

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Mai 2021

03

97 – 144

## Beitrag

Kundenbewertungen im Lauterkeitsrecht *Stefan Holzweber* ➔ 100

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 106

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 107

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 110

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ➔ 111

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen  
Registerverfahren ➔ 112

Editorial:  
Ganz Gallien?  
2021, 97

## Rechtsprechung

Venezianische Glasbläser – Im Venezianischen Stil in Österreich  
hergestellt? *Clemens Thiele* ➔ 113

Hendl aus Österreich – Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung  
*Reinhard Hinger* ➔ 117

Blutplasmaspende – Gewinn, Prämie, Gegenleistung und  
Aufwandsentschädigung *Reinhard Hinger* ➔ 119

Farbmarke Orange – Heimwerk Orange *Christian Schumacher* ➔ 122

Zaruba – Keyword Advertising unter Umständen erlaubt  
*Michaela Petsche* ➔ 125

Verfahrens- und Kontrollsystem – Technizität nach dem  
„any hardware“-Prinzip *Michael Stadler* ➔ 130

Otis II – Aufzugskartell, Schadenersatzanspruch eines Fördergebers  
*Isabella Hartung* ➔ 134

Atresmedia – Vergütungsansprüche, wenn Tonträger in audiovisuellen  
Produktionen verwendet werden *Hans Lederer* ➔ 136

Almwurzerl – Ober- oder Unterschrift *Philipp Einberger* ➔ 141

ÖBI 2021/44

→ Heimwerk Orange<sup>1)</sup>

§ 4 Abs 2 MSchG  
OGH 20. 10. 2020,  
4 Ob 101/20 m  
(RA AM  
1197/2016,  
OLG Wien  
33 R 13/20 d),  
ECLI:AT:  
OGH0002:2020:  
0040OB00101.  
20M.1020.000

Farbmarke  
Orange

Ob eine Marke, der die Unterscheidungskraft an sich fehlt, die Unterscheidungskraft infolge Benutzung erworben hat, ist konkret anhand sämtlicher Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, ob die Marke geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen so zu kennzeichnen, dass deren Herkunft

**Sachverhalt:**

Die ASt beantragte die Eintragung der Farbmarke RAL 2008 Orange



für die Dienstleistungsklasse 35 „Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln“, in eventu „Einzelhandelsdienstleistungen von Baumärkten“. Die Rechtsabteilung des PA wies den Antrag ab; das RekG<sup>2)</sup> bestätigte diese Entscheidung

Der OGH wies den aoRevRek zurück.

**Aus der Begründung:**

[4]<sup>3)</sup> 2. Die Grundsätze der Rsp des EuGH und der nationalen Gerichte zur Schutzfähigkeit von konturlosen Farbmarken lassen sich wie folgt zusammenfassen (vgl bereits OPM OBM 2/10, Rohrenden-Schutz):

[5] 2.1. Eine Farbe als solche kann für bestimmte Waren oder Dienstleistungen<sup>4)</sup> Unterscheidungskraft haben, sofern sie Gegenstand einer grafischen Darstellung sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist. Die Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode (wie auch hier) erfüllt diese Voraussetzung (C-104/01, *Libertel*,<sup>5)</sup> Rn 29, 37).

[6] 2.2. Die Zahl der Farben, die das allgemeine Publikum unterscheiden kann, ist niedrig, weil sich ihm selten die Gelegenheit zum unmittelbaren Vergleich von Waren mit unterschiedlichen Farbtönen bietet. Die geringe Zahl der für das Publikum unterscheidbaren Farben führt zu einer Verringerung der tatsächlich verfügbaren Farben mit der Folge, dass mit wenigen Eintragungen von Marken für bestimmte WDL der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte. Ein derartiges Monopol wäre mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar. Die Verfügbarkeit der Farbe soll für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die WDL der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werden (C-104/01, *Libertel*, Rn 47, 54 f; 17 Ob 2/08 f;<sup>6)</sup> VwGH 2006/04/0178).

[7] Farben kommt generell eine geringe Kennzeichnungseignung zu (4 Ob 37/94;<sup>7)</sup> 4 Ob 126/01 k<sup>8)</sup>). Sie können zwar bestimmte gedankliche Verbindungen

von einem bestimmten Unternehmen erkannt wird. Das kann nicht aus generellen und abstrakten Angaben (wie zB bestimmten Prozentsätzen) abgeleitet werden. Es kann kein prozentueller Kennzeichnungsgrad genannt werden, ab dem von vornherein immer Unterscheidungskraft anzunehmen wäre.

vermitteln und Gefühle hervorrufen. Sie sind aber ihrer Natur nach kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Das gilt umso mehr, weil sie in der Werbung und bei der Vermarktung von WDL wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden (C-104/01, *Libertel*, Rn 40 f, 65 – 67; C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*<sup>9)</sup>).

[8] Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, kommt Farben nicht von vornherein Unterscheidungskraft zu (C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*, Rn 39). Ein allgemeiner Grundsatz, dass Farben als solche nie geeignet sein können, WDL eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmer zu unterscheiden, besteht allerdings nicht; eine Farbe als solche unabhängig von ihrer Benutzung wäre etwa bei einem sehr unüblichen Farbton (vgl 4 Ob 37/94) oder bei einem sehr spezifischen Markt und einer sehr beschränkten Zahl der WDL unterscheidungskräftig (C-104/01, *Libertel*, Rn 41, 66 f; C-447/02 P, *KWS Saat*, Rn 79; vgl 17 Ob 2/08 f).

[9] 2.3. Selbst wenn einer Farbe als solcher nicht von vornherein Unterscheidungskraft zukommt, kann sie diese in Bezug auf die WDL, für die sie angemeldet wird, infolge ihrer Benutzung erwerben (C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*, Rn 39). Eine solche Unterscheidungskraft kann insb nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise<sup>10)</sup> eintreten. In diesem Fall sind sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass sich eine Marke herausgebildet hat, die die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnen und diese Ware damit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheiden kann (C-104/01, *Libertel*, Rn 67).

[10] Dabei ist die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft aber nicht grundsätzlich von der originären verschieden (vgl schon C-108/97, *Chiemsee*,<sup>11)</sup> Rn 44, und C-353/03, *Nestlé/Mars*,<sup>12)</sup> Rn 25). Entscheidend ist in beiden Fällen, ob die Marke geeignet ist, die damit bezeichneten WDL einem bestimmten Unternehmen zuzuordnen (C-108/97, *Chiemsee*, Rn 46; ebenso etwa C-299/99, *Philips/Remington*,<sup>13)</sup> Rn 61, oder C-353/03, *Nestlé/Mars*, Rn 30). Ist das Zei-

Ein Baumarkt beantragte Schutz für die Farbe Orange zur Kennzeichnung seiner Waren und Dienstleistungen; diese Farbe ist in diesem Marktsegment durchaus beliebt. Der OGH sah in der Beurteilung von Bekanntheitsprozentsätzen keine erhebliche Rechtsfrage und in der ablehnenden Haltung des PA und des OLG Wien keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung.

**[Generell geringe Kennzeichnungseignung von Farbmarken]**

[7] Farben kommt generell eine geringe Kennzeichnungseignung zu (4 Ob 37/94;<sup>7)</sup> 4 Ob 126/01 k<sup>8)</sup>). Sie können zwar bestimmte gedankliche Verbindungen

1) Unjuristische Anspielung auf *Clockwork Orange*.  
2) OLG Wien 6. 5. 2020, 33 R 13/20 d, JUT\_20200506\_OLG0009\_03300R00013\_20D0000\_000.  
3) Die in eckige Klammern gesetzte Nummerierung entspricht den Randnummern in der Ausfertigung der Entscheidung.  
4) In der Folge: **WDL**.  
5) ÖBI 2004/59 (*Gamerith*).  
6) *Roter Koffer*, ÖBI 2008/60 (*Gamerith*).  
7) *Zeitrelais*, ÖBI 1994, 223.  
8) *Das blaue Rohr*, ÖBI 2002, 20.  
9) ÖBI-LS 2005/113.  
10) In der Folge: **bVk, Vk**.  
11) ÖBI 1999, 255.  
12) ÖBI 2005/54 (*Donath*).  
13) ÖBI 2003/15 (*Gamerith*).

chen als solches nicht unterscheidungskräftig, muss seine Benutzung dazu geführt haben, dass die bVk oder zumindest ein erheblicher Teil dieser Kreise die WDL durch das Zeichen als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (4 Ob 38/06 a)<sup>14</sup>).

#### [Erwerb der Unterscheidungskraft infolge Benutzung]

[11] 2.4. Ob eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, ist konkret anhand sämtlicher Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffenden WDL als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen. Diese Gesichtspunkte müssen sich auf eine Benutzung der Marke als Marke beziehen, dh auf eine Benutzung, die der Identifizierung der WDL durch die bVk als von einem bestimmten Unternehmen stammend dient. Im Rahmen dieser Prüfung können insb der Marktanteil der betreffenden Marke, die Intensität, geografische Verbreitung und Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der bVk, der die WDL aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden. Ergibt sich aufgrund dieser Gesichtspunkte, dass die bVk oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die WDL aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Marke nicht von der Eintragung ausgeschlossen ist. Ob die Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt anzusehen ist, kann daher nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie zB bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (C-217/13 und C-218/13, *Oberbank*,<sup>15</sup> Rn 40–42, 44 mwN).

[12] 2.5. Dass der EuGH die Angabe „abstrakter“ Prozentsätze verweigerte, spricht nicht dagegen, die Entscheidung über die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft (Verkehrsgeltung, Verkehrsdurchsetzung) aufgrund des mit einer Umfrage ermittelten Kennzeichnungsgrads des strittigen Zeichens zu treffen. Es kann nur nicht von vornherein gesagt werden, dass ab einem bestimmten Kennzeichnungsgrad immer Unterscheidungskraft anzunehmen wäre. Vielmehr hängt das im Einzelfall (vgl RS011880) davon ab, wie stark die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens ausgeprägt ist. Je stärker der bloß beschreibende Charakter ist, umso höher müsste der durch Benutzung erworbene Kennzeichnungsgrad sein (vgl 4 Ob 38/06 a = RS0120911; 4 Ob 203/17 g); je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungs-kraft, desto höher muss die Verkehrsgeltung sein, um einen Schutz zu rechtfertigen (4 Ob 126/01 k; 17 Ob 2/08 f; RS0078229 [T 6, T 7]).

[13] 2.6. Die Unterscheidungskraft einer Marke, ob sie nun originär vorhanden ist oder durch Benutzung erworben wurde, muss in Bezug auf die WDL, für die die Marke angemeldet wurde, und in Bezug auf die mutmaßliche Wahrnehmung der bVk, dh der normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Rede stehenden Kategorie von WDL, beurteilt werden (C-217/13 und

C-218/13, *Oberbank*, Rn 39 mwN). „bVk“ sind somit alle Personen, die als Erwerber der Ware in Betracht kommen, also der Handel und/oder der normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher dieser WDL (4 Ob 46/18 w,<sup>16</sup> 4 Ob 49/14 f, je mwN; vgl RS0079038).

[14] 2.7. Ein Zeichen besitzt Verkehrsgeltung, wenn es in den bVk als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen WDL angesehen wird; maßgeblich ist, dass die bVk an ein und dasselbe Unternehmen bzw die Herkunft der WDL aus demselben Unternehmen denken, wenn sie mit dem Zeichen konfrontiert werden (RS0078751 [insb T 7]). Der Bekanntheitsgrad eines Zeichens – also die Angabe, wie weit die bVk das Zeichen überhaupt kennen – sagt über seine Verkehrsgeltung noch nichts aus. Entscheidend ist vielmehr in erster Linie der Kennzeichnungsgrad; er gibt an, wie weit das Zeichen innerhalb bVk als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, eine bestimmte Ware oder Leistung angesehen wird. Das Unternehmen selbst muss dabei nicht bekannt sein; es genügt, wenn an die WDL des Zeichenträgers, nicht aber an diesen selbst, gedacht wird. Der Zuordnungsgrad – also die Angabe, wie weit das Unternehmen, mit dem das Zeichen in Zusammenhang gebracht wird, namentlich bekannt ist – ist keine notwendige Voraussetzung für die Verkehrsgeltung; nach ihm muss nur dann gefragt werden, wenn die Frage nach dem entsprechenden Kennzeichnungsgrad zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat (RS0078788; RS0079181). Dass es auf den Kennzeichnungsgrad und nicht (primär) auf den „Zuordnungsgrad“ ankommt, bedeutet, dass der Name des Zeichenträgers nicht bekannt sein muss (4 Ob 38/06 a mwN).

[15] 3. Das RekG bestätigte mangels Unterscheidungskraft und mangels Verkehrsgeltung der Farbmarke den Beschluss der Rechtsabteilung des Patentamts, mit dem dieses die Eintragung der Farbmarke in das Markenregister versagte. [...]

[17] 4.1. Die ASt macht ausdrücklich geltend, dass ihr Begehren auf durch Benutzung erworbene (und nicht auf originäre) Unterscheidungskraft gestützt werde, und führt dazu ins Treffen, die Annahme eines Freihaltebedürfnisses sei deshalb unzutreffend.

[18] Dass die originäre Unterscheidungskraft nicht grundsätzlich von der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft verschieden ist und es bei beiden darum geht, ob die Marke eine hinreichende Zuordnung zum Unternehmen herstellen kann, entspricht aber der Rsp des EuGH (vgl oben Pkt 2.3.); damit besteht ein Zusammenhang zwischen originärer Unterscheidungskraft des Zeichens und dem durch Benutzung erworbenen Kennzeichnungsgrad, welcher umso höher sein muss, je geringer die originäre Kennzeichnungs-kraft ist (vgl oben Pkt 2.5.). Dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die WDL der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werden darf, ergibt sich aus der für die Farbmarkeneintragung ganz grundsätzlichen Überlegung, dass angesichts der gerin-

14) *Shopping City*, ÖBl 2007/5 (*Gamerith*).

15) ÖBl 2014/56 (*Schober/Terlitz*).

16) *Stimmung hoch zwei*, ÖBl 2019/11 (*Schumacher*).

gen Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben mit wenigen Eintragungen als Marken für bestimmte WDL der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte und ein derart weites Monopol mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar wäre, insb weil es einem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte (C-104/01, *Libertel*, Rn 54 ff). Diese Überlegungen zum Allgemeininteresse, die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die WDL der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt zu beschränken, treffen aber auch auf Marken mit durch Benützung erworbener Unterscheidungskraft zu (vgl C-104/01, *Libertel*, Rn 71, 67). Die im RevRek angesprochene Aussage des C-108/97, *Chiemsee*, Rn 48, bezieht sich jedoch einerseits auf Marken, die geographische Bezeichnungen enthalten, die mit Farbmarken nicht zu vergleichen sind; zudem kann im Hinblick auf den spezifischen Charakter und die Bekanntheit einer geographischen Bezeichnung auch diese nur dann Unterscheidungskraft iSd Art 3 Abs 3 RL 89/104/EWG erlangen, wenn eine offenkundig besonders langfristige und intensive Benutzung der Marke nachgewiesen wird (C-108/97, *Chiemsee*, Rn 50).

[19] 4.2. Letztlich kann diese Differenzierung hier aber ebenso wie die semantische Frage, ob „erheblicher“ Teil der bVkl iS von „nicht unbeträchtlicher“ Teil zu verstehen sei, auf sich beruhen. Das RekG ist von einem Marktanteil der im Bau- und Heimwerkerbedarfshandel tätigen ASt von 14,9% sowie von einem Kennzeichnungsgrad der betreffenden Farbe von

41,6% und einem Zuordnungsgrad von 38,6% in Bezug auf Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln (Hauptantrag) bzw einem Kennzeichnungsgrad von 48,2% und einem Zuordnungsgrad von 42,2% in Bezug auf Einzelhandelsdienstleistungen von Baumärkten (Eventualantrag) ausgegangen. Im Hinblick darauf, dass die Farbe Orange beliebt sei und auch von Mitbewerbern verwendet werde, genüge ein derartiger Kennzeichnungsgrad im Lichte der Vorjudikatur des OGH (wo Zuordnungsgrade von 85% bis 90% als ausreichend [4 Ob 335/73, 4 Ob 28/97<sup>17)</sup>], solche von 65%, von wenig mehr als 50% bzw von 34% jedoch als nicht ausreichend qualifiziert worden sind [4 Ob 126/01 k, 17 Ob 2/08 f, 4 Ob 203/17 g]) nicht, um Verkehrsgeltung für die Farbe annehmen zu können.

[20] Diese Beurteilung hält sich im Rahmen der Vorjudikatur und des den Gerichten im Einzelfall zukommenden Beurteilungsspielraums: Bei einem Kennzeichnungsgrad von unter 50% ist die Verneinung erworbener Verkehrsgeltung im Hinblick auf die nicht erkennbare originäre Unterscheidungskraft des Zeichens und unter Einbeziehung eines Marktanteils von unter 15% nicht korrekturbedürftig (vgl 4 Ob 203/17 g).

[21] 4.3. Dass die häufige Verwendung der Farbe Orange durch Mitbewerber keine Grundlage in den Feststellungen habe, ist schon angesichts der Konstatierungen etwa zur „dominanten“ Verwendung der Farbe Orange im Auftritt des Mitbewerbers H\* nicht nachvollziehbar.

17) MANZ-Rot, ÖBL 1997, 176.

**Anmerkung:**

Die E ist zunächst aufgrund des Sachverhalts bemerkenswert. Es soll im Markenmeldeverfahren für ein Zeichen erlangte Unterscheidungskraft (Verkehrsgeltung) nachgewiesen werden, konkret für die abstrakte Farbmarke Orange für Baumärkte. Das PA konnte zwar umfassende und als Unternehmenshinweis verstandene Verwendung der Farbe Orange durch den ASt, das Unternehmen OBI, feststellen – stellte allerdings ebenfalls fest, dass zumindest ein Mitbewerber, offensichtlich das Unternehmen Hornbach, die Farbe Orange dominant (wenn auch zusammen mit anderen Farben) im Marktauftritt verwendet. Vor diesem Hintergrund waren vorgelegte Verkehrsumfragen zu werten.<sup>18)</sup>

Dabei war zunächst interessant, dass bei einer Fragestellung nach der Farbe iZm „Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln“ mit 41,6% Kennzeichnungsgrad (bezogen auf alle Befragten, bezogen nur auf den Verkehrskreis der Baumarktkäufer ergaben sich 67,2%) ein deutlich geringerer Kennzeichnungsgrad als bei einer Fragestellung nach der Farbe iZm „Baumärkten“ mit 48,2% ermittelt wurde. Ist es schon von vornherein nicht einfach für Befragte, die Frage nach der abstrakten Zuordnung einer Farbe zu einem einzigen Unternehmen zu beantworten, dürfte die „juristische“ Bezeichnung dessen, was Otto Normalverbraucher als „Baumarkt“

kennt, mit „Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln“ die konkrete Beantwortung für einige Befragte erschwert haben.

Für die Beurteilung iSe erlangten Unterscheidungskraft verlangt der EuGH ausdrücklich, dass diese Voraussetzung als erfüllt anzusehen ist, wenn „die bVkl oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen“.<sup>19)</sup> Dass der EuGH ferner seit Langem ausdrücklich fordert, dass dies „nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie zB bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden“ darf, ist bekannt.<sup>20)</sup>

Leider fehlt in der nationalen Rsp weiterhin eine Auseinandersetzung mit der Frage, was den geforderten „erheblichen Teil der bVkl“ ausmacht. Für die Vorhersehbarkeit der Schutz- und Eintragungsfähigkeit im Einzelfall wäre dies entscheidend. Dies will man anscheinend damit wettmachen, dass in Praxis und höchstgerichtlicher Rsp – wie auch hier – unter 50% Kennzeichnungsgrad typischerweise kein „erheblicher Anteil“ der bVkl vorliegen soll; was soll denn dann aber bitte „erheblich“ sein? Dazu kommt, dass die Abgrenzung, welche Personen in die Beurteilung einzubezie-

18) Nähere Details dazu finden sich in der E des OLG Wien 33 R 13/20 d.

19) EuGH 19. 6. 2014, C-217/13 und C-218/13, *Oberbank*, Rn 42.

20) EuGH *Oberbank*, Rn 44 mwN.



hen sind, Schwierigkeiten bereitet (das soll bei Massenkonsum die Gesamtbevölkerung sein, ausgenommen diejenigen, die einen Kauf/eine Verwendung ausschließen);<sup>21)</sup> auch hierzu fehlt eine eingehendere Diskussion – der Anmelder im vorliegenden Fall konnte laut dem vom OLG Wien gebilligten Sachverhalt bezogen auf den engeren Verkehrskreis der Baumarktkäufer einen Kennzeichnungsgrad von 67,2% vorweisen (rechnet man die angegebenen Zahlen hoch, frequentierten ca 25% der Befragten keine Baumärkte, was gut nachvollziehbar scheint, weil doch ein gewisser Anteil der Bevölkerung nicht „do-it-yourself“ handwerklich veranlagt ist).

Es wäre wünschenswert gewesen, wenn das OLG Wien oder der OGH hier für den Einzelfall etwas näher darauf eingegangen wären, wie sich die Tatsache auswirkt, dass 25% der Bevölkerung sich anscheinend einfach nicht für Baumärkte interessieren und daher die Markenwelten der einzelnen Baumärkte wohl nicht oder nicht mit demselben Interesse wie Baumarktkunden wahrnehmen.

Anders gefragt: Wenn 67,2% all jener, die Baumärkte aufsuchen, ausdrücklich angeben können, in einer bestimmten Farbe den Hinweis auf einen einzigen Baumarkt zu erkennen (obwohl dies eine konkret nicht einfach zu beantwortende Frage ist, weil sie die ihnen abstrakt vorgelegte Farbe ja immer nur als Bestandteil komplexerer Gestaltungen wahrnehmen), und nur eine geringe Zahl die Farbe dem „falschen“ Baumarkt (aus Sicht des Verkehrsgeltungsnachweises) zuordnet, mit welcher Begründung kann man dann verneinen, dass ein „erheblicher Teil“ der Vk die Farbe als Kennzeichen wahrnimmt?

Um hier nun nicht ausschließlich über Prozentsätze zu entscheiden, bezieht der OGH den Marktanteil mit ein, den er mit 14,9% offensichtlich als negativ für die

Beurteilung der Unterscheidungskraft erachtet. Ähnliches hat schon in der E *Knoppers*,<sup>22)</sup> auf die sich der OGH bezieht, überrascht, wo ein Marktanteil von dort (laut OGH: „nur“) 11% im heiß umkämpften Markt der Süßwaren als Argument gegen Verkehrsgeltung angesehen wurde. Je nach Markt könnten 11% auch Marktführerschaft bedeuten, was würde der OGH dann als Unterstützung eines Verkehrsgeltungsnachweises erachten – mehr als 1/3, mehr als 1/2, nur die Marken von Marktbeherrschern? Und wie wiegen andererseits die 14,9% nicht bei Waren, sondern bei Dienstleistungen des Einzelhandels, konkret im Bau- und Heimwerkerbedarfhandel? Notorisch ist wohl, dass es eine kleine Zahl von großen Baumarktketten in Österreich gibt – kann man deren Marktanteil wirklich, jedenfalls ohne dies auf weitere Umstände zu gründen, einfach so wie der OGH hier auf die Negativ-Seite in der Beurteilung geben?

Interessant ist schließlich, dass der OGH damit der eigentlich wohl schwierigen Frage ausweicht, welchen Einfluss die festgestellte „dominante“ Verwendung der Farbe Orange durch einen Mitbewerber nun wirklich hat, insb wo das sich daraus ergebende Gesamtbild der Verkehrsauffassung ja gerade durch die Verkehrsumfragen „gemessen“ worden sein sollte.

Wie immer auch die sehr schwierige Wertung der Verkehrsgeltung in diesem Fall zu treffen gewesen wäre, leider trägt die E zur Vorhersehbarkeit von Entscheidungen zur Schutzfähigkeit von Ausstattungselementen als Marken nichts bei, sondern verwirrt vielmehr.

*Christian Schumacher*

21) Siehe dazu *Mutz* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz*<sup>3</sup> § 4 Rz 443 mwN.

22) OGH 4 Ob 203/17 g, *Waffelverpackung*.

