
Datum: 22.11.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 121/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:1122.6U121.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 33/02

Tenor:

1.)

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 8.5.2002 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 33/02 - teilweise abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Dienstleistungen der "SC" mit der Farbe "m" zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn dies wie in dem nachfolgend auf den Seiten 3 und 4 dieses Urteils wiedergegebenen Prospekt geschieht, wobei der in dem Originalprospekt der Antragsgegnerin verwendete Originalfarbton, wie er aus der Anlage K 6 ersichtlich ist, maßgeblich ist.

2.)

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Antragstellerin zu 46 % und die Antragsgegnerin zu 54 % zu tragen.

Entscheidungsgründe

1

Die Berufung ist zulässig und in dem Umfang, in dem die Antragstellerin weiterhin den Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt und nicht ihren Antrag zurückgenommen hat, auch begründet. Der Antragstellerin steht der geltendgemachte Verfügungsanspruch aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG zu, weil der aus dem vorstehenden Urteilstenor ersichtliche Prospekt der Antragsgegnerin ihre (Farb-) Marke Nr. XXXXXXXXXX "m" verletzt. Die farbliche Darstellung sowohl der "0" auf dem Titelblatt des Prospekts, als auch der beiden Dreiecke in dem mehrfach verwendeten Wort/Bildzeichen "SC" ist mit der Farbmarke der Antragstellerin verwechselbar.

2

Mit Blick auf die erfolgte Eintragung der Marke ist der Beurteilung ein für die Antragstellerin bestehender Markenschutz an der Farbe m für die eingetragenen Waren- und Dienstleistungen zugrunde zu legen. Die Farbe wird von der Antragsgegnerin an den erwähnten Stellen in dem Prospekt auch - wie dies für markenrechtliche Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG erforderlich ist (vgl. z.B. BGH WRP 02, 987,988 f - "Festspielhaus") - als Marke, also zur Unterscheidung ihrer Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen benutzt.

3

Die Beurteilung der Frage, ob die Verwendung der Farbe markenmäßig erfolgt, wirft dann besondere Schwierigkeiten auf, wenn es sich um eine konturlose Farbe handelt. Die bloße Verwendung einer konturlosen Farbe - wie sie durch die angeführte Marke zu Gunsten der Antragstellerin geschützt ist - hat zunächst keine kennzeichnende, also herkunftshinweisende Funktion. Denn der Verkehr wird im Regelfall nicht annehmen, dass eine Farbe als solche, also unabhängig von der Art ihrer Verwendung, von Hause aus die Funktion haben könnte, auf den Anbieter der Dienstleistung hinzuweisen. Der Verkehr sieht vielmehr die Farbpalette als grundsätzlich für jedermann frei benutzbar an und misst daher der Verwendung einer Farbe andere, etwa rein dekorative oder - etwa bei plakativer Benutzung - werbliche Funktionen bei. Darin unterscheidet sich die Verwendung einer Farbe strukturell etwa von einer der Verwendung eines Wort- oder Wort/ Bildzeichens, das von Hause aus Kennzeichnungskraft aufweist. Eine abweichende Bewertung kann angebracht sein, wenn eine - konturlose - Farbe so durchgehend in einer Werbebroschüre verwendet ist, dass sie ersichtlich als Identitätskennzeichen des Unternehmens dienen soll; diese Voraussetzung ist im Streitfall freilich nicht gegeben. Anders kann sich die Situation allerdings auch dann darstellen, wenn die Farbe von dem in Anspruch Genommenen bereits intensiv benutzt worden ist und aus diesem Grunde der Verkehr in der bloßen Verwendung der Farbe einen Hinweis auf den Verwender sieht. So wird der Verkehr etwa die Verwendung der Farbe m durch die Antragstellerin wegen deren jahrelanger intensiver und plakativer Benutzung in den von ihr angebotenen Dienstleistungsbereichen nicht als bloß werbliche Aufmachung oder gar nur dekorative Ausschmückung, sondern als Hinweis auf die Antragstellerin ansehen. Indes kann der Markenschutz nicht erst in den Fällen seine Wirkung entfalten, in denen der Verletzer selbst die geschützte Farbe schon so intensiv genutzt hat, dass der Verkehr seinerseits die Farbe als solche ihm zuordnet. Vielmehr muss der bestehende Markenschutz dem Berechtigten gerade auch gewährleisten, dass er bereits die Entstehung einer solchen Vorstellung im Verkehr durch Geltendmachung seiner Rechte verhindern kann. Dies gebietet die Einbeziehung der dem Verkehr bekannten Marken Dritter bereits bei der Beurteilung der Frage, ob der Verletzer die Farbe markenmäßig benutzt. Das ist im übrigen auch deswegen sachgerecht, weil sich die Frage, ob eine verwendete Farbe (auch) die Funktion hat, auf den Anbieter hinzuweisen,

4

5 dann anders stellt, wenn sie für die betreffende Ware oder Dienstleistung nicht nur von dem Verletzer, sondern in nicht unerheblichem Umfang, und zwar mit kennzeichnender Wirkung, auch von einem anderen Anbieter auf dem Markt benutzt wird. Denn der Verkehr ist dann daran gewöhnt, dass die einzelne Farbe ausnahmsweise auch auf den Verwender hinweist, und wird ihr diese Funktion zumindest potenziell auch für die angegriffene Verwendung durch den Verletzer beimessen. So wird gerade der schon erwähnte Umstand, dass der Verkehr die Farbe m in dem verfahrensgegenständlichen Dienstleistungsbereich der Antragstellerin zuordnet, ihn zu der Annahme veranlassen können, die Farbe sei auch in dem Prospekt der Antragsgegnerin als Herkunftshinweis und damit markenmäßig verwendet worden.

6 Ausgehend hiervon liegt eine markenmäßige Benutzung der Farbe zunächst bei deren Verwendung in dem Wort/Bildzeichen "SC" durch die beiden mfarbenen Dreiecke vor. Denn der Verkehr sieht das Gesamtzeichen - schon wegen des phantasievollen Wortbestandteiles, aber auch im Hinblick auf die ausdrückliche Angabe des (r), mit der das Zeichen versehen ist - als Marke der Antragsgegnerin an und wird daher auch die verwendeten Farben als zumindest mit-kennzeichnend auffassen. Darüber hinaus erfolgt auch die farbliche Gestaltung der "O" auf der Titelseite des gefalteten Prospektes markenmäßig. Denn durch die herausgestellte "O" in dem Einleitungssatz "*Mit ,O' geht's los ...*" spielt die Antragsgegnerin - für den durchschnittlich aufmerksamen Interessenten erkennbar - auf das Wählen einer mit einer Null beginnenden Rufnummer und damit ihre Dienstleistung der Vermittlung von Telefongesprächen an, die über das Ortsnetz hinausgehen. Der Verkehr wird daher auch den plakativen Einsatz gerade der Farbe m im Hinblick auf die allgemein bekannte Verwendung dieser Farbe durch die Antragstellerin als herkunftshinweisend ansehen. Das dürfte demgegenüber nicht auch für die Verwendung der Farben auf den beiden Innenseiten gelten, durch die die Antragsgegnerin die Aussage "*SPECIAL-TARIF 2002 Türkei 24 Cent*" bzw. den Hinweis "*Türkei*" in dem Prospekt hervorhebt, weil es sich dabei um rein beschreibende Angaben aus ihrem Angebot handelt. Die Frage kann indes dahinstehen, weil sich der Angriff der Antragstellerin gegen den Prospekt als Ganzen richtet und aus den dargelegten Gründen die Verwendung der Farbe m jedenfalls an den übrigen Stellen markenmäßig erfolgt.

7 Es besteht auch Verwechslungsgefahr. Ob die Gefahr von Verwechslungen begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Marke, aus der vorgegangen wird, und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Nähe der Dienstleistungen ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Abstand der Dienstleistungen größer ist (vgl. BGH GRUR 2000, 875/876 -"Davidoff"-; WRP 1998, 755/757 -"nitrangin"-; EuGH GRUR 1998, 387 -"Springende Raubkatze"-). Ausgehend hiervon ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen. Die sich gegenüberstehenden Dienstleistungen sind identisch und die verwendete der zu Gunsten der Antragstellerin geschützten Farbe so ähnlich, dass sie zumindest dem Verkehr, der nicht beide Farbtöne nebeneinander vor sich hat, sogar als mit dieser identisch vorkommen wird. Damit wäre eine Verwechslungsgefahr im Rechtssinne sogar schon dann zu bejahen, wenn die Farbmarke der Antragstellerin von nur geringer Kennzeichnungskraft wäre. Erst Recht ist eine solche angesichts des Umstands anzunehmen, dass die Marke der Antragstellerin wegen der gerichtsbekannten jahrelangen intensiven Benutzung noch gesteigert ist.

8 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs.1, 269 Abs.3 ZPO.

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 9

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird endgültig wie folgt festgesetzt: 10

bis zur Teilrücknahme des Antrags in der Berufungsverhandlung auf	100.000 EUR;	11
anschließend auf	50.000 EUR.	

Mangels anderer Anhaltspunkte schätzt der Senat das gem. § 12 Abs.1 GKG i.V.m. § 3 ZPO für die Wertfestsetzung maßgebliche Interesse der Antragstellerin an beiden ursprünglichen Antragsteilen gleich hoch ein. 12