

Gericht

OLG Wien

Entscheidungsdatum

12.01.2016

Geschäftszahl

34R148/15g

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht ***** wegen des Widerspruchs gegen die Marken AT 276459 und AT 276458 über die Rekurse der Antragsgegner gegen die Beschlüsse der Rechtsabteilung des Patentamts vom 16.6.2015, WM 63/2014-7, -8, -9 und -10, und WM 64/2014-7, -8, -9 und -10, in nicht öffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Die Rechtsmittelverfahren 34 R 148/15g und 34 R 149/15d werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden; führendes Verfahren ist 34 R 148/15g.
 2. Den Rekursen der Antragsgegner wird nicht Folge gegeben.
- Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.
Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

Text

Begründung

Die **Antragstellerin** beruft sich auf drei Marken, und zwar:

- a) ihre internationale Wort-Bild-Marke CTM 6601091 (Registrierungsdatum 10.12.2008):



eingetragen für die Warenklasse

- 3 (Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel);

- b)** ihre internationale Wortmarke CTM 5682141 (Registrierungsdatum 29.1.2008):
1 MILLION,

eingetragen für die Warenklasse

- 3** Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; [Schleifpräparate] Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; und

- c)** die Wortmarke CTM 7220461 (Registrierungsdatum 5.6.2009):
LADY MILLION,

eingetragen für die Warenklassen

- 3** Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, Deodorants für den persönlichen Gebrauch, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel;
- 18** Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Häute und Felle; Reise- und Handkoffer; Regenschirme, Sonnenschirme und Spazierstöcke; Peitschen, Pferdegeschirre und Sattlerwaren);
- 25** Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen.

Sie widersprach

- a)** der Wort-Bild-Marke (angegriffene Marke) AT 276459 (Priorität vom 30.10.2013):



- b)** der Wort-Marke AT 276458 (zweite angegriffene Marke; Priorität vom 30.10.2013):
TWENTY MILLION,

die jeweils für die Waren und Dienstleistungen der Klassen

- 3** Seifen; Parfums, Parfümerien, ätherische Öle; Körper- und Schönheitspflegepräparate; Haarwässer; Zahnputzmittel; Kunstnägel; Nagelspitzen; Klebstoffe und sonstige Präparate zur Befestigung von Kunstnägeln und Nagelspitzen; Nägelaufbaupflege; Nagelpflegemittel; Nagellacke; Klebstoffe für kosmetische Zwecke; künstliche Nägel; Nagelaufkleber;
- 5** Hygieneprodukte für den persönlichen Gebrauch, ausgenommen Kosmetikartikel; pharmazeutische Erzeugnisse; Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Lebensmittel für medizinische oder veterinärmedizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel;
- 9** **Tonträger; Musikdateien zum Herunterladen; Schallplatten;**
- 14** Amulette, Anstecknadeln, Armbänder, Broschen, Halsketten, Ketten, Medaillons, Ringe, Schmuckwaren, Juwelierwaren, Haarschmuck, Schmuck für künstliche Nägel;
- 25**
Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen;
- 35** **Einzel-, Groß- und Internethandelsdienstleistungen in Bezug auf** kosmetische Erzeugnisse, Kunstnägel, Nagelspitzen, Nagellacke, Klebstoffe zur Befestigung von Kunstnägeln, Nägelaufbaupflege, **Bekleidungsstücke**, chemische Erzeugnisse, Drogeriewaren, Kosmetikwaren und Haushaltswaren, Waren des Gesundheitswesens,

Parfums, Körper- und Schönheitspflegepräparate, Schmuckwaren,
Bekleidungsartikel, Tonträger und Datenträger.

eingetragen wurden.

Die angegriffenen Marken seien wegen der Waren- und Dienstleistungsidentität und/oder -ähnlichkeit zur Verwechslung mit den Widerspruchsmarken geeignet.

Das Patentamt gab den Widersprüchen teilweise Folge und hob die Registrierung beider Marken in Bezug auf alle Waren der Klassen 3, 5, 14 und die Dienstleistungen der Klasse 35 bis auf jene des Einzel-, Groß- und Internethandels in Bezug auf Bekleidungsartikel und Ton- und Datenträger auf; in Bezug auf die Waren der Klasse 9 und 25 blieben die angegriffenen Marken (ebenfalls) bestehen (zur Übersichtlichkeit ist der aufrecht gebliebene Umfang der Waren und Dienstleistungen oben durch Fettdruck hervorgehoben).

Zudem wies das Patentamt den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens in Bezug auf das Nichtigkeitsverfahren (betreffend die Widerspruchsmarke CTM 5682141, Wortmarke 1 MILLION) ab, weil der Widerspruch auf diese Marke, für die eine Benutzung erst gar nicht behauptet worden sei, von vornherein nicht gestützt habe werden können. Diese Marke bleibe bei der Beurteilung des Widerspruchs außer Betracht.

Die Wortbildmarke 1 MILLION (CTM 6601091) sei hingegen im Gebiet der Republik Österreich ernsthaft benutzt worden.

Zur Verwechslungsgefahr führte das Patentamt aus, dass in Bezug auf die Waren der Klassen 3 und 5 eine Warenähnlichkeit und/oder -identität bestehe. Bei der Klasse 14 bestehe eine Ähnlichkeit, weil Schmuckwaren gemeinsam mit Kosmetika und Körperpflegemittel vermarktet würden; der Vertriebsweg sei derselbe. Dies gelte auch für die Dienstleistungen der Klasse 35 bis auf Einzel-, Groß- und Internethandelsdienstleistungen in Bezug auf Bekleidungsartikel, Tonträger und Datenträger. In der Gesamtbewertung sei das gemeinsam kennzeichnende Element der streitverfangenen Marken der Bestandteil „Million“ und diese Gemeinsamkeit führe zur Verwechslungsgefahr in Bezug auf die im Spruch genannten Waren und Dienstleistungen.

Gegen diese Beschlüsse richten sich die Rekurse der Antragsgegner mit den Anträgen, die Widersprüche der Antragstellerin abzuweisen, in eventu werden Aufhebungsanträge gestellt.

Die Antragstellerin beantragt jeweils, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Rekurse sind nicht berechtigt.

1. Gemäß § 187 ZPO, den heranzuziehen das Rekursgericht – auch trotz des Fehlens einer allgemeine Verweisungsnorm in nach § 139 PatG iVm § 77c Abs 1 MSchG anzuwendenden Außerstreitgesetz – keine Bedenken hat (dogmatisch ist in Bezug auf § 12 Abs 2 AußStrG ein Größen- oder ein Analogieschluss zu ziehen; vgl RIS-Justiz RS0035344 [für das Insolvenzverfahren]), kann der Senat Verfahren verbinden, die zwischen den nämlichen Personen geführt werden, wenn dadurch zum Beispiel die Kosten und der Aufwand vermindert werden. Die verbundenen Verfahren können auch durch ein gemeinschaftliches Urteil entschieden werden (§ 404 Abs 2 ZPO). Die Anwendung dieser Bestimmungen ist nicht auf das Verfahren erster Instanz beschränkt (vgl *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 187 ZPO Rz 2; RIS-Justiz RS0037216).

Die Voraussetzung der Verbindung zur gemeinschaftlichen Entscheidung erachtet das Rekursgericht – neben der evidenten Parteienidentitäten – schon alleine dadurch als gegeben, weil die Entscheidung im gegebenen Fall durch *ein* Rechtsmittel bekämpft werden könnte.

2.1 Für die Antragsgegner sei das Verfahren mangelhaft, weil es wegen des Löschantrags (wegen Nichtbenützung) gegen die Wortmarke 1 MILLION zu unterbrechen gewesen wäre.

2.2 Dieser Ansicht ist nicht zu folgen: Der Unterbrechungsbestimmung des § 25 Abs 2 Z 1 AußStrG liegt ein verfahrensökonomischer Gedanke zugrunde, weil bei Parteienidentität zivilgerichtliche/verwaltungsrechtliche Entscheidungen in Vorfragen Bindungswirkung in einem Folgeprozess haben. Eine Unterbrechung des Rechtsstreits ist aber nur beim Vorliegen von Präjudizialität zulässig (*Rechberger* in *Rechberger* AußStrG² § 25 Rz 9; vgl auch *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 190 ZPO Rz 2; *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 190 ZPO Rz 1).

In diesem Zusammenhang verkennen die Rekurswerber, dass nur die Wortmarke 1 MILLION vom Löschantrag betroffen ist; diese Widerspruchsmarke hat das Patentamt bei seiner Beurteilung der Verwechslungsgefahr ohnedies außer Betracht gelassen. Selbst wenn diese Wortmarke gelöscht werden sollte, hat dieser Umstand keine Folgewirkung auf die Beständigkeit der anderen Widerspruchsmarken. In diesem Zusammenhang kann daher keine Präjudizialität gesehen werden.

3.1 Das Verfahren vor dem Patentamt sei auch mangelhaft, weil sich die Entscheidung des Patentamts in wesentlichen Punkten ausschließlich auf eine fremdsprachige (englische) Urkunde, nämlich das Affidavit (Beilage ./B des Akts des Patentamts) stütze. Nach der Rechtsprechung des OGH bewirke die Berücksichtigung fremdsprachiger (nicht übersetzter) Urkunden nur dann keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens, wenn diese Urkunden durch weitere Beweise ergänzt werden. Dies sei im konkreten Fall nicht erfolgt. Die zudem vorgelegten Rechnungen würden die Widerspruchsmarken auch nicht nennen; es seien nur die Positionen der Marken PRADA, VALENTINA und andere Marken des Unternehmens PACO RABANNE aufgelistet.

3.2 Diese Darstellung eines Formmangels einer nicht in der Gerichtssprache vorliegenden Urkunde greift zu kurz. Denn es liegt auch dann kein Verfahrensmangel vor, wenn das Erstgericht (die erstinstanzliche Behörde) selbst und die Gegenpartei sprachkundig sind und aufgrund der leichten Verständlichkeit der Urkunde trotz Fremdsprachigkeit davon auszugehen ist, dass auch die Rechtsmittelinstanz diese verstehen wird. In diesem Fall ist es eine Frage der Beweiswürdigung, welche Beweiskraft der Urkunde zukommt. Allfällige Fehler sind in der Beweistrüge geltend zu machen, die die Antragsgegner aber nicht erhoben haben (vgl *Kodek* in *Fasching/Konecny*² § 85 ZPO Rz 96 ff; *Sengstschmid*, Fremdsprachige Beweisurkunden im Zivilverfahren, ÖBI 2015/13 mwN). Ebenso wenig haben sie explizit behauptet, den Inhalt der Urkunde nicht zu verstehen.

Im Wesentlichen enthält die englische Urkunde bezogen auf das Beweisthema der mangelnden Benutzung der Widerspruchsmarken Umsatzzahlen, die tabellarisch für die Jahre 2009 bis (Jänner) 2014 aufgelistet und unabhängig von der Sprachkenntnis verständlich sind. Die (nicht näher bekämpfte) Würdigung des Patentamts, dass im Zusammenhalt mit den weiters vorgelegten Urkunden eine (ernsthafte) Benutzung gegeben ist, ist nicht zu beanstanden. Zudem zeigen die Antragsgegner auch keine Umstände auf, die diese Einschätzung erschüttern könnten.

3.3 Die durch das Europarecht und die Rechtsprechung des EuGH determinierten Grundsätze des Nachweises der Benutzung lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Eine Marke wird ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion – die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, für die sie eingetragen wurde – benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern (C-40/01, *Ansul* [Rn 43], C-416/04 P, *Sunrider* [Rn 70], C-259/02, *La Mer Technology* [Rn 27]; 17 Ob 11/08d, *BUZZ!*; RIS-Justiz RS0123519; Om 8/11, *WEG*). Nur eine kennzeichenmäßige Benutzung kann daher rechtserhaltend sein. Sie liegt vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Bezug auf sie so gebraucht wird, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungsart (zum Beurteilungsmaßstab C-342/97, *Lloyd*) annimmt oder annehmen kann, das Zeichen diene der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen von gleichen oder gleichartigen Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft (4 Ob 391/84, *Ford-Spezialwerkstätte*; 4 Ob 79/06f, *Smiley*; 4 Ob 134/06v, *BUZZ!*; 17 Ob 1/08h, *Feeling/Feel*; RIS-Justiz RS0066671; *Beetz* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz² § 33a Rz 27 ff). Dieses Zeichen muss daher als Herkunftshinweis für das damit beworbene Produkt verstanden werden (BGH I ZR 293/02 = GRUR 2005, 1047, *OTTO*; I ZR 167/05 = GRUR 2009, 60, Rz 19, *LOTTOCARD*; Om 2/10, *Flügerl*).

3.4 Die Frage, ob eine Benutzung mengenmäßig ausreicht, um Marktanteile zu behalten oder hinzuzugewinnen, hängt von mehreren Faktoren und von einer Einzelfallbeurteilung ab. Dabei sind die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen, die Häufigkeit und die Regelmäßigkeit der Benutzung der Marke, die Frage, ob die Marke benutzt wird, um *alle* identischen Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers oder nur *manche* von diesen zu vermarkten, oder auch die Beweise über die Benutzung der Marke, die der Inhaber vorlegen kann, zu berücksichtigen. Es gibt kein Mindestmaß einer Benutzung; selbst eine geringfügige, aber wirtschaftlich tatsächlich gerechtfertigte Benutzung kann ausreichen, um die Ernsthaftigkeit zu belegen (C-416/04 P, Slg 2006 I-4237, *Vitafruit*; Om 14/06, *Dreher*; Om 4/09, *Sallaki*; Om 10/10, *Nuke* mwN; RIS-Justiz RW0000806).

3.5 Auch eine mengenmäßig geringfügige Benutzung kann ernsthaft sein, wenn sie im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen wird, um Marktanteile zu behalten oder zu gewinnen (C-259/02, *La Mer Technology*; C-416/04 P, *Sunrider*, Rn 72). Die Größe des Vertriebsgebietes ist dabei nur einer der zu berücksichtigenden Faktoren (C-416/04 P, *Sunrider*, Rn 76). Auch die Eigenschaften des Markts, die einen unmittelbaren Einfluss auf die kaufmännische Strategie des Markeninhabers haben können, können dabei herangezogen werden (C-259/02, *La Mer Technology*, Rn 3; Om 10/10, *Nuke*; Om 11/09, *BT*). Letztlich ist auch zu unterscheiden, ob die Marke zur Kennzeichnung von Massenartikeln oder von Nischenprodukten verwendet wird (Om 11/09, *BT*).

Im Zweifel sind aber keine hohen Anforderungen an den Gebrauch der Marke zu stellen, (Om 3/11, *Jones*; Om 5/10, *Coolwater*; RIS-Justiz RS0066797 [das Lösungsverfahren betreffend]).

3.6 Dass der Verkauf möglicherweise nicht nur unter der registrierten Marke, sondern unter abgewandelten Zeichen (§ 33a Abs 4 MSchG) erfolgt, schadet der rechtserhaltenden Benutzung einer Marke nicht von vornherein: Die Marke muss jedoch auch in der tatsächlich benutzten (erweiterten) Form eindeutig die Herkunft

aus einem bestimmten Unternehmen kennzeichnende Element bilden (4 Ob 119/06p = RIS-Justiz RS0121289, *SIERRA Tequila*; Om 1/91 = PBI 1991, 193, *ALPO/ALPOFLEX*; Om 10/07, *Rothmans*; Om 13/10, *Goudina* [Gestaltungsspielraum]).

3.7 Vor diesem Hintergrund bestehen für die (ernsthafte) Benützung der Wortbildmarke 1 MILLION und der Wortmarke LADY MILLION in der eingetragenen oder abweichenden Form auch bezogen auf die eingetragenen Waren keine Bedenken.

4. Die Antragsgegner monieren, dass das Patentamt die Verwechslungsgefahr insoweit unrichtig rechtlich beurteilt habe, als die Zusätze „Twenty“ und „Lady“ zu wenig berücksichtigt worden seien. Der gemeinsame Wortbestandteil „Million“ sei als numerischer Ausdruck für sich allein relativ schwach ausgeprägt. Zwischen „Lady“ und „Twenty“ bestehe hingegen ein deutlicher Abstand, der eine Verwechslungsgefahr ausschließe.

5. Gemäß § 29a iVm § 30 Abs 1 Z 2 MSchG ist auf Widerspruch des Inhabers einer früher angemeldeten noch zu Recht bestehenden Marke eine Marke zu löschen, wenn die beiden Marken und die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marken eingetragen sind, gleich oder ähnlich sind und wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass die Marke mit der älteren Marke gedanklich in Verbindung gebracht würde.

5.1 Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der betroffenen Waren oder Dienstleistungen sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen. Zu diesen Faktoren gehören – ausgehend vom Registerstand (RIS-Justiz RS0066553, T13; ua) – insbesondere ihre Art, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (vgl C-39/97, *Cannon/Canon* [Rn 23]; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ 117 mwN bei FN 108).

5.2 Für den Begriff der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr gilt ein gemeinschaftsweit einheitlicher Maßstab, den der EuGH in mehreren Entscheidungen konkretisiert hat (zB C-191/11 P, *Yorma's* [Rn 43]; EuG T-599/10, *Eurocool* [Rn 97]); dem folgt auch die ständige österreichische Rechtsprechung. Danach ist die Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (ÖBI 2001, 159, *T-One* mwN; ÖBI 2003, 182, *Kleiner Feigling* ua; RIS-Justiz RS0121500, insb T4, RS0121482, RS0117324; 4 Ob 238/04k; 4 Ob 154/06k; 17 Ob 1/08h; 17 Ob 32/08t; 4 Ob 7/12a; 4 Ob 139/13i und 4 Ob 228/14d; *Schumacher* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz² § 10 Rz 51 ff mwN).

5.3 Eine umfassende Beurteilung bedeutet, dass auf die Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere die Ähnlichkeit der Marken, ihre Kennzeichnungskraft und die Ähnlichkeit der von ihnen erfassten Waren oder Dienstleistung Bedacht zu nehmen ist (vgl RIS-Justiz RS0121482). So kann eine höhergradige Gleichartigkeit der erfassten Waren oder Dienstleistungen eine geringere Ähnlichkeit der Marken ausgleichen und umgekehrt (C-39/97, *Cannon/Canon*). Folge dieser Wechselwirkung ist, dass bei Waren- oder Dienstleistungsidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich ist, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen (RIS-Justiz RS0116294; 4 Ob 36/04d, *Firm*; 17 Ob 36/08f, *Kobra/cobra-couture.at*; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ 111 mwN).

5.4 Bei einem aus Wort und Bild zusammengesetzten Zeichen ist in der Regel der Wortbestandteil für den Gesamteindruck maßgebend, weil der Geschäftsverkehr sich meist an diesem Wort – sofern es unterscheidungskräftig ist – zu orientieren pflegt und vor allem dieses Wort im Gedächtnis behalten wird (RIS-Justiz RS0066779;

Koppensteiner, Markenrecht⁴ 116). Das Recht an einer Wortbildmarke wird daher regelmäßig auch durch solche Zeichen verletzt, die nur den unterscheidungskräftigen Wortbestandteil in einer zur Herbeiführung von Verwechslungen geeigneten Weise wiedergeben (ÖBl 1988, 154, *Preishammer*; ÖBl 1996, 279, *Bacardi/Baccara*; 4 Ob 119/02g; 4 Ob 10/03d, *More*).

5.5 Verwechslungsgefahr ist in der Regel schon dann anzunehmen, wenn Übereinstimmung in einem der Kriterien Bild, Klang oder Bedeutung besteht (4 Ob 330/97a = ÖBl 1998, 246, *Go*; 4 Ob 55/04y = RIS-Justiz RS0079190, T22; 17 Ob 36/08f, *Kobra/Cobra*).

Wird eine Marke vollständig in ein Zeichen aufgenommen, so ist regelmäßig – und zwar auch dann, wenn noch andere Bestandteile vorhanden sind – Ähnlichkeit und damit bei Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit auch Verwechslungsgefahr anzunehmen (4 Ob 138/03b, *gotv*; 17 Ob 1/08h, *Feeling/Feel*; 4 Ob 181/14t, *Peter Max/Spannmax* = OLG Wien 34 R 5/14a; RIS-Justiz RS0079033). Bei der Übernahme eines schwachen Zeichens besteht Verwechslungsgefahr, wenn das übernommene Zeichen innerhalb des übernehmenden Zeichens keine untergeordnete Rolle spielt und nicht gegenüber den Bestandteilen, die den Gesamteindruck des übernehmenden Zeichens prägen, gänzlich in den Hintergrund tritt (Om 15/01 = PBl 2002, 135, *Jack&Jones*; 17 Ob 1/08h, *Feeling/Feel*; 17 Ob 32/08t, *Jukebox*; RIS-Justiz RS0079033, T20; RIS-Justiz RS0079033, insb T26).

Auch nach der Judikatur des EuGH (vgl C-120/04, *Thomson life*) kann – übereinstimmend mit der vorgenannten, jüngeren Rechtsprechung – bei identischen Waren oder Dienstleistungen Verwechslungsgefahr für das Publikum bestehen, wenn das strittige Zeichen durch die Aneinanderreihung der Unternehmensbezeichnung eines Dritten und einer normal kennzeichnungskräftigen eingetragenen Marke gebildet wird und die ältere Marke im zusammengesetzten Zeichen eine selbständig kennzeichnende Stellung behält (vgl 7 Ob 32/08t, *Jukebox*; Om 12/10 PBl 2011, 67, *PeakZero*; jüngst 4 Ob 181/14t, *Peter Max/Spannmax*).

5.6 Bereits aus älteren Entscheidungen des OGH ergibt sich, dass (unter bestimmten Voraussetzungen) ein abweichender Begriffsinhalt trotz Ähnlichkeit im Wortbild oder Wortklang die Verwechselbarkeit ausschließen kann (4 Ob 30/89 mwN; RIS-Justiz RS0079571, T17, T18; vgl zuletzt vgl 4 Ob 228/14d). Dies stimmt mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH überein, wonach Bedeutungsunterschiede die optische und klangliche Ähnlichkeit zweier Zeichen „neutralisieren“ können. Dies setzt voraus, dass zumindest eine der kollidierenden Marken aus Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise eine eindeutige und bestimmte Bedeutung hat, welche die Verkehrskreise ohne weiteres erfassen können (C-361/04 P, *Picaro/Picasso*; C-206/04 P, *Mühlens*; C-16/06 P, *Mobelix/Obelix*; weitere Nachweise bei *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz³ § 14 Rz 928, und bei *Onken* in Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht [Stand 1.12.2014] § 8 Rz 22; vgl auch BGH I ZR 102/07, GRUR 2010, 235, *AIDA/AIDU*, mwN zur deutschen Rsp).

5.7 Die Frage der Verwechslungsgefahr ist zudem eine Rechtsfrage und daher grundsätzlich auch keinem Beweisverfahren zugänglich (ÖBl 1994, 227, *Ritter/Knight*; stRsp RIS-Justiz RS0043640).

6.1 Von diesen Grundsätzen ausgehend ist die Beurteilung des Patentamts nicht zu beanstanden. Das Rekursgericht hält die diesbezügliche Begründung der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen für zutreffend (§ 139 PatG iVm § 37 Abs 2 MSchG und § 60 Abs 2 AußStrG).

6.2 Sowohl in der Wortbildmarke der Antragstellerin 1 MILLION, verstärkt auch durch die grafische Aufmachung, als auch in ihrer Wortmarke LADY MILLION tritt im Gesamteindruck bezogen auf die eingetragenen Waren der Wortbestandteil MILLION als kennzeichnungskräftig hervor. Dem zufolge ist wegen dieser Übereinstimmung und wegen der Aufnahme dieses kennzeichnenden Wortbestandteils in die angegriffenen Marken (vgl 4 Ob 138/03b, *gotv*; 17 Ob 1/08h, *Feeling/Feel*; 4 Ob 181/14t, *Peter Max/Spannmax*; RIS-Justiz RS0079033) von einer Verwechslungsgefahr auszugehen. Die anderen begrifflichen, bildlichen oder klanglichen Unterschiede sind zu gering, um bei der gegebenen Waren- und Dienstleistungsidentität und/oder -ähnlichkeit den erforderlichen Abstand zu erzeugen.

Im Ergebnis bedarf die Entscheidung des Patentamtes daher keiner Korrektur.

7. Da die Entscheidung keine bisher von der Rechtsprechung unbeantworteten Rechtsfragen von der Qualität des § 62 Abs 1 AußStrG aufweist und über den Einzelfall hinaus nicht bedeutsam ist, ist der Revisionsrekurs nicht zulässig.

In diesem Fall hat das Rekursgericht nach § 59 Abs 2 AußStrG auszusprechen, ob der Wert des Entscheidungsgegenstands, der – wie hier – rein vermögensrechtlicher Natur ist, aber nicht in einem Geldbetrag besteht, EUR 30.000,-- übersteigt. Diese Voraussetzung ist angesichts der Bedeutung des Markenschutzes im Wirtschaftsleben gegeben.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OLG0009:2016:03400R00148.15G.0112.000