



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 58/25

vom

17. September 2026

in dem Rechtsbeschwerdeverfahren

betreffend die Marke Nr. 30 2010 036 738

Nachschlagewerk:	ja
BGHZ:	nein
BGHR:	ja
<u>JNEU:</u>	<u>nein</u>

OBI-Orange

MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 73 Abs. 1 Satz 1, § 78 Abs. 1 Satz 1, § 82 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 144 Abs. 1 Satz 1

- a) Bei Waren oder Dienstleistungen, an denen bei jedem Verbraucher ein Bedarf entstehen kann (hier: Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln), zählt die Gesamtbevölkerung zu dem angesprochenen Verkehr.
- b) Im Löschungsverfahren kann der vom Markeninhaber durch ein demoskopisches Gutachten (zunächst) erbrachte Nachweis der Verkehrsdurchsetzung durch ein vom Löschantragsteller gegenbeweislich vorgelegtes demoskopisches Gutachten auch dann erschüttert werden, wenn dieses zwar nicht die Methodik, aber das Ergebnis des ersten Gutachtens in Frage stellt.
- c) Im Löschungsverfahren kann der vom Markeninhaber (zunächst) erbrachte Nachweis der Verkehrsdurchsetzung durch ein vom Löschantragsteller gegenbeweislich vorgelegtes demoskopisches Gutachten jedenfalls dann erschüttert werden, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass der im Gegengutachten ermittelte Zuordnungsgrad von deutlich unter 50 % auf methodische Mängel zurückzuführen ist.
- d) Im Löschungsverfahren obliegt dem Markeninhaber der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung des angegriffenen Zeichens. Der im Registerverfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz findet insoweit keine Anwendung (Fortführung von BGH, Beschluss vom 22. Juli 2021 - I ZB 16/20, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 42] = WRP 2021, 1566 - NJW-Orange).

BGH, Beschluss vom 17. September 2026 - I ZB 58/25 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2026 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterinnen Pohl, Dr. Schmaltz, den Richter Odörfer und die Richterin Wille

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den am 5. Juni 2025 an Verkündungs Statt zugestellten Beschluss des 29. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts wird auf Kosten der Markeninhaberin zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 A. Für die Markeninhaberin ist die am 17. Juni 2010 angemeldete abstrakte Farbmarke Nr. 30 2010 036 738 "Orange (RAL 2008)"



seit dem 22. November 2012 als verkehrsdurchgesetztes Zeichen für die Dienstleistungen der Klasse 35 "Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln" in das bei dem Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen. Die Registrierung erfolgte auf der Grundlage eines von der Markeninhaberin vorgelegten demoskopischen Gutachtens der Pflüger Rechtsforschung GmbH aus Juli 2012, das auf einer im April/Mai

2012 durchgeführten Verkehrsbefragung beruht (im Folgenden Pflüger-Gutachten 2012).

- 2 Die Antragstellerin zu 1 hat am 30. April 2015, die Antragstellerin zu 2 am 13. Dezember 2016 bei dem DPMA die Löschung der abstrakten Farbmarke unter anderem mit der Begründung beantragt, die Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung des nicht unterscheidungskräftigen Zeichens lägen nicht vor. Die Markeninhaberin hat den Löschungsanträgen widersprochen.
- 3 Das DPMA hat die Löschung der Marke angeordnet. Dagegen hat die Markeninhaberin Beschwerde eingelegt. Im Beschwerdeverfahren hat sie Zusatzauswertungen der Pflüger Rechtsforschung GmbH vom 21. September 2018 (im Folgenden Pflüger-Zusatzauswertungen 2018) sowie ein auf einer Verkehrsbefragung im Juni/Juli 2020 beruhendes demoskopisches Gutachten der Pflüger Rechtsforschung GmbH vom 4. August 2020 (im Folgenden Pflüger-Gutachten 2020) vorgelegt. Die Antragstellerin zu 1 hat ein auf der Grundlage einer Verkehrsbefragung im November/Dezember 2020 erstelltes Gutachten des Instituts für Demoskopie Allensbach vom 4. März 2021 (im Folgenden IfD-Gutachten 2021) vorgelegt. Das Bundespatentgericht hat zu den von den Beteiligten gerügten Mängeln des jeweils gegnerischen Gutachtens Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen demoskopischen Sachverständigengutachtens und Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung. Es hat die Beschwerde der Markeninhaberin zurückgewiesen (BPatG, Beschluss vom 5. Juni 2025 - 29 W [pat] 24/18, juris).
- 4 Mit ihrer vom Bundespatentgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Markeninhaberin ihren Antrag auf Zurückweisung der Löschungsanträge weiter. Die Antragstellerinnen beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

5 B. Das Bundespatentgericht hat angenommen, die angegriffene Marke sei zu löschen. Hierzu hat es - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Bedeutung - ausgeführt:

6 Die abstrakte Farbmarke verfüge nicht von Haus aus über die für die Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft. Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln würden nicht auf einem sehr spezifischen Markt angeboten. Soweit derartige Dienstleistungen vor allem in Baumärkten angeboten würden, sei der Verkehr nicht an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt.

7 Eine das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft überwindende Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Markenanmeldung könne nicht festgestellt werden. Der auf der Grundlage des Pflüger-Gutachtens 2012 und der Pflüger-Zusatzauswertung 2018 ermittelte Zuordnungsgrad von 45,6 %, bezogen auf die Gesamtbevölkerung als angesprochenen Verkehr, rechtfertige die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung nicht. Zudem sei das Pflüger-Gutachten 2012 mit methodischen Mängeln behaftet. Der deshalb deutlich unter 45,6 % liegende Zuordnungsgrad reiche auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Markeninhaberin zu den Umständen der Markennutzung nicht für die Annahme aus, der angesprochene Verkehr habe im Zeitpunkt der Markenanmeldung in der Farbe Orange einen Herkunftshinweis auf die Markeninhaberin gesehen.

8 Eine Verkehrsdurchsetzung könne auch nicht mit Sicherheit für den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 13. Januar 2025 festgestellt werden. Der im Pflüger-Gutachten 2020, ausgehend von einem Bekanntheitsgrad von 73,5 %, ermittelte Zuordnungsgrad von 49,6 % könne nicht zugrunde gelegt werden. Die Ergebnisse würden durch das IfD-Gutachten 2021 erschüttert, das zu einem Bekanntheitsgrad von 52 % und einem Zuordnungsgrad von 30 % gelange. Die von der Markeninhaberin gerügten Mängel des IfD-Gutachtens 2021 seien nach den

Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht geeignet, die erheblichen Abweichungen nachvollziehbar zu erklären. Hierüber könne der Vortrag der Markeninhaberin zu den Umständen der Markennutzung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschungsanträge nicht hinweghelfen.

9 Der fehlende Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gehe zu Lasten der die Feststellungslast tragenden Markeninhaberin. Die gerichtliche Einholung eines demoskopischen Gutachtens von Amts wegen sei nicht veranlasst. Im Löschungsverfahren sei es Sache der Markeninhaberin nachzuweisen, dass die angegriffene Marke das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft infolge ihrer Benutzung überwunden habe.

10 C. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde der Markeninhaberin hat keinen Erfolg.

11 I. Die ohne Beschränkung auf einen abgrenzbaren Teil zugelassene Rechtsbeschwerde eröffnet dem Rechtsbeschwerdegericht die volle rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses, ohne dass diese auf die Entscheidung der als Zulassungsgrund angeführten Rechtsfragen beschränkt ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 11. September 2025 - I ZB 6/25, GRUR 2025, 1686 [juris Rn. 16] = WRP 2025, 1424 - Testarossa, mwN).

12 II. Gegenstand der Rechtsbeschwerde sind nur die Begehren der Antragstellerinnen, die Eintragung der Marke wegen fehlender Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) zu löschen. Soweit das Bundespatentgericht das Schutzhindernis einer bösgläubigen Markenmeldung (§ 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG aF) verneint hat, verfolgen die Antragstellerinnen diesen eigenen Streitgegenstand (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2017 - I ZB 105/16, BGHZ 216, 208 [juris Rn. 11] - Quadratische Tafelschokoladenverpackung I; Beschluss vom 22. Juli 2021 - I ZB 16/20, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 10] = WRP 2021, 1566 - NJW-Orange) nicht weiter.

- 13 III. Die Beurteilung des Bundespatentgerichts, die angegriffene Marke sei zu löschen, weil sie nicht originär unterscheidungskräftig sei (dazu C III 2) und sich weder im Zeitpunkt ihrer Anmeldung (dazu C III 3 c) noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschungsanträge (dazu C III 3 d) im Verkehr durchgesetzt habe, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 14 1. Nach der Anmeldung der angegriffenen Marke am 17. Juni 2010 sind die Bestimmungen des § 50 Abs. 1 und 2 Satz 1 MarkenG durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2357) mit Wirkung vom 14. Januar 2019 geändert worden. Eine für den Streitfall maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht.
- 15 Die neue Fassung des § 50 Abs. 1 MarkenG ist seit ihrem Inkrafttreten auf das vorliegende Verfahren anwendbar, weil insoweit keine Übergangsregelung gilt. Danach wird die Eintragung einer Marke auf Antrag für nichtig erklärt und gelöscht, wenn sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG eingetragen worden ist. Für die Prüfung des der Eintragung entgegenstehenden Schutzhindernisses ist insoweit auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens, hier am 17. Juni 2010, abzustellen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 13] - NJW-Orange, mwN). Ist - wie vorliegend - der Löschungsantrag vor dem 14. Januar 2019 gestellt worden, so ist nach der Übergangsvorschrift des § 158 Abs. 8 Satz 2 MarkenG die Regelung des § 50 Abs. 2 MarkenG in ihrer bisher geltenden Fassung (aF) anzuwenden. Ist die Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG eingetragen worden, so kann nach § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG aF die Eintragung nur gelöscht werden, wenn das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Löschung besteht. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Bundespatentgericht, hier am 13. Januar 2025 (vgl. BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 13] - NJW-Orange, mwN).

- 16 2. Die Annahme des Bundespatentgerichts, die angegriffene Marke verfüge nicht von Haus aus über die für die Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- 17 a) Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind von der Eintragung Marken ausgeschlossen, denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt.
- 18 Unterscheidungskraft in diesem Sinne ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und die Waren oder Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 16] - NJW-Orange; BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2023 - I ZB 28/23, GRUR 2024, 216 [juris Rn. 10] = WRP 2024, 329 - KÖLNER DOM). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH, Beschluss vom 9. November 2016 - I ZB 43/15, GRUR 2017, 186 [juris Rn. 29] = WRP 2017, 183 - Stadtwerke Bremen; Beschluss vom 5. Oktober 2017 - I ZB 97/16, GRUR 2018, 301 [juris Rn. 11] = WRP 2018, 459 - Pippi Langstrumpf-Marke).
- 19 Diese Grundsätze finden auch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von abstrakten Farbmarken Anwendung, bei denen kein strengerer Maßstab anzulegen ist als bei anderen Markenformen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Verbraucher aus der Farbe eines Produkts häufig nicht auf die Herkunft

der Ware oder der erbrachten Dienstleistung aus einem bestimmten Unternehmen schließen. Zudem ist bei abstrakten Farbmarken auch im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses mangelnder Unterscheidungskraft das Allgemeininteresse an der freien Verfügbarkeit der Farben für andere Wirtschaftsteilnehmer zu berücksichtigen. Danach ist davon auszugehen, dass abstrakten Farbmarken die erforderliche Unterscheidungskraft im Allgemeinen fehlt. Bei solchen Marken ist deshalb regelmäßig zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die gleichwohl die Annahme rechtfertigen, die abstrakte Farbmarke sei unterscheidungskräftig. Solche Umstände können darin bestehen, dass die Zahl der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet ist, sehr gering und der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist (EuGH, Urteil vom 6. Mai 2003 - C-104/01, Slg. 2003, I-3793 = GRUR 2003, 604 [juris Rn. 60, 66 und 71] - Libertel [Farbe Orange]; Urteil vom 21. Oktober 2004 - C-447/02, Slg. 2004, I-10107 = GRUR Int. 2005, 227 [juris Rn. 79] - KWS Saat/HABM [Orangeton HKS 7]; BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - I ZB 52/15, BGHZ 211, 268 [juris Rn. 14 f.] - Sparkassen-Rot).

20

b) Von diesen rechtlichen Maßstäben ist das Bundespatentgericht ausgegangen. Es hat angenommen, danach seien keine besonderen Umstände ersichtlich, aufgrund derer der angegriffenen Marke eine originäre Unterscheidungskraft zuzumessen sein könnte. Bei den von der Marke beanspruchten Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln handele es sich nicht um einen sehr spezifischen und überschaubaren Markt. Die Dienstleistungen bezögen sich auf eine große Anzahl von Produkten, die der Letztverbraucher zu privaten Bautätigkeiten oder zum Heimwerken verwende, und würden nicht nur von den - den Markt dominierenden - großen Baumarktketten stationär und online, sondern auch von reinen Online-Anbietern, allgemeinen Verkaufsplattformen im Internet, kleinen Werkmärkten und Geschäften mit anderen Schwerpunkten wie Haushaltswarengeschäften angeboten. Das Angebot von

Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln erfolge daher auf den unterschiedlichsten Vertriebswegen und sei insgesamt sehr divers. Der angesprochene Verkehr sei auch nicht daran gewöhnt, dass für Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln Farben als Kennzeichnungsmittel verwendet würden. Von den sieben beziehungsweise sechs Baumarktketten, die in den Jahren 2011/2012 beziehungsweise 2019/2020 die höchsten Umsätze erzielt hätten, hätten die drei Beteiligten des vorliegenden Verfahrens jedenfalls auch die Farbe Orange sowie drei weitere Unternehmen unter anderem die benachbarte Farbe Rot benutzt. Dies spreche dagegen, dass der Verkehr den mit Blick auf Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln verwendeten Farben als solchen einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen entnehme. Diese tatgerichtliche Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Rechtsbeschwerde hingenommen.

- 21 3. Die Rechtsbeschwerde wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, das Eintragungshindernis der fehlenden originären Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke sei nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden.
- 22 a) Nach § 8 Abs. 3 MarkenG findet § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG keine Anwendung, wenn die Marke sich vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.
- 23 b) Die Frage, ob eine Marke sich in den beteiligten Verkehrskreisen infolge ihrer Benutzung für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hat, ist aufgrund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beurteilen, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie damit von den

Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH, Urteil vom 4. Mai 1999 - C-108/97 und C-109/97, Slg. 1999, I-2779 = GRUR 1999, 723 [juris Rn. 49 und 54] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; Urteil vom 19. Juni 2014 - C-217/13 und C-218/13, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 40] = WRP 2014, 940 - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 31] - Sparkassen-Rot; BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 21] - NJW-Orange). Abzustellen ist auf die mutmaßliche Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise, das heißt den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der Kategorie von Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wurde (EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 39] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 21] - NJW-Orange). Zu berücksichtigen sind insbesondere der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung, die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern und von anderen Berufsverbänden sowie eine gegebenenfalls eingeholte Verkehrsbefragung (vgl. EuGH, GRUR 1999, 723 [juris Rn. 51 und 53 f.] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; GRUR 2014, 776 [juris Rn. 41 und 43] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 31 f.] - Sparkassen-Rot). Führt eine Gesamtbetrachtung dieser Gesichtspunkte zu der Feststellung, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, hat die Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt und liegen damit die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung vor (EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 41 bis 43] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 21] - NJW-Orange).

- 24 c) Das Bundespatentgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich die angegriffene Marke im Zeitpunkt ihrer Anmeldung am 17. Juni 2010 nicht zu Gunsten der Markeninhaberin im Verkehr durchgesetzt hat. Es hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass das Pflüger-Gutachten 2012 weder als solches (dazu C III 3 c bb) noch in der Gesamtschau mit den von der Markeninhaberin vorgetragenen Umständen der Markennutzung (dazu C III 3 c cc) die Annahme der Verkehrsdurchsetzung rechtfertigt.
- 25 aa) Die Würdigung, ob die vorgelegten Beweismittel und festgestellten Tatsachen den Nachweis erbringen, dass eine Farbe infolge ihrer Benutzung von den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen aufgefasst wird, ist dem Bundespatentgericht als Tatgericht vorbehalten (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Juli 2018 - C-84/17, C-85/17 und C- 95/17, GRUR 2018, 1141 [juris Rn. 84 f.] - Société des produits Nestlé u.a. ./ Mondelez UK Holdings & Services [Form einer Schokoladentafel]). An seine Feststellungen ist der Bundesgerichtshof gemäß § 89 Abs. 2 MarkenG grundsätzlich gebunden. Er überprüft die Beweiswürdigung lediglich darauf, ob das Bundespatentgericht einen zutreffenden Rechtsbegriff zugrunde gelegt, sich mit dem Verfahrensstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, und das gewonnene Ergebnis von den getroffenen Feststellungen getragen wird (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2014 - I ZR 228/12, GRUR 2014, 1101 [juris Rn. 26] = WRP 2014, 1314 - Gelbe Wörterbücher; zur Feststellung der originären Unterscheidungskraft einer abstrakten Farbmarke vgl. BGHZ 211, 268 [juris Rn. 19] - Sparkassen-Rot).
- 26 bb) Das Bundespatentgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass das Pflüger-Gutachten 2012 in Verbindung mit den Pflüger-Zusatzauswertungen 2018 für sich genommen die Verkehrsdurchsetzung der abstrakten Farbmarke im Anmeldezeitpunkt nicht nachweisen kann.

27 (1) Das Bundespatentgericht hat angenommen, der im Pflüger-Gutachten 2012 ausgewiesene Zuordnungsgrad von 51 % für den Verkehrskreis "Käufer von Bau- oder Heimwerkerartikeln" (Personen, die hin und wieder Bau- oder Heimwerkerartikel kaufen), von 50,3 % für den Verkehrskreis "(Potentielle) Käufer von Bau- oder Heimwerkerartikeln" (Personen, die hin und wieder Bau- oder Heimwerkerartikel kaufen beziehungsweise den Kauf solcher Artikel in absehbarer Zeit nicht ausschließen) oder von 56,3 % für den Verkehrskreis "Interessenten für Bau- oder Heimwerkerartikel" (Personen, die sich näher für Bau- und Heimwerkerartikel und Werbung dafür interessieren) könne für die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke nicht herangezogen werden. Von Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln angesprochener Verkehrskreis sei die Gesamtbevölkerung, ohne dass ein Ausschluss bestimmter Gruppen in Betracht komme. Abzustellen sei daher auf den in der Pflüger-Zusatzauswertung 2018 ermittelten Zuordnungsgrad von 45,6 % in der Gesamtbevölkerung, der als solcher die Annahme der Verkehrsdurchsetzung nicht rechtfertige. Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

28 (a) Zu den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG gehören in erster Linie die Endabnehmer der Waren oder Dienstleistungen, an die sich das entsprechende Angebot - hier Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln in Form des Verkaufs solcher Waren und darauf abzielender Tätigkeiten wie der Auswahl des angebotenen Warensortiments und zum Kauf anregender Dienstleistungen (vgl. EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - C-418/02, Slg. 2005, I-5873 = GRUR 2005, 764 [juris Rn. 34] - Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte [Praktiker]; BGH, Beschluss vom 14. Januar 2016 - I ZB 56/14, GRUR 2016, 382 [juris Rn. 22] = WRP 2016, 336 - BioGourmet) - richtet. Neben den aktuellen Abnehmern sind auch die Personen einzubeziehen, die an den angebotenen Produkten künftig interessiert sein können, ohne sie bisher erworben zu haben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2006 - I ZB 11/04, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 22] = WRP 2006, 1130 - LOTTO;

BGH, GRUR 2014, 1101 [juris Rn. 49] - Gelbe Wörterbücher; BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2014 - I ZB 61/13, GRUR 2015, 581 [juris Rn. 40] = WRP 2015, 726 - Langenscheidt-Gelb). Bei Waren des Massenkonsums, die der Grundversorgung dienen oder deren gelegentlicher Erwerb - und sei es nur zur Weitergabe an Dritte (vgl. BGH, GRUR 2015, 581 [juris Rn. 40] - Langenscheidt-Gelb; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 8 Rn. 788) - potentiell für jeden in Betracht kommt, zählt die Gesamtbevölkerung zu dem angesprochenen Verkehr (BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 22] - LOTTO; BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009 - I ZB 88/07, GRUR 2010, 138 [juris Rn. 46] = WRP 2010, 260 - ROCHER-Kugel; BGH, GRUR 2015, 581 [juris Rn. 40] - Langenscheidt-Gelb; vgl. auch BGHZ 211, 268 [juris Rn. 102] - Sparkassen-Rot; aA Pflüger, GRUR 2025, 1635, 1641).

29

(b) Das Bundespatentgericht hat ausgeführt, die von der angegriffenen Marke beanspruchten Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln bezögen sich auf Produkte, die der Verbraucher zu privaten Bautätigkeiten oder zum Heimwerken - etwa bei Reparaturen im und ums Haus oder der (Um-)Gestaltung des Zuhauses - verwende. Hierbei handele es sich um Waren des Massenkonsums und des täglichen Bedarfs. Zu Bau- und Heimwerkerartikeln zählten so grundlegende Produkte wie Hämmer und Schrauben und so vielseitig verwendbare Artikel wie Klebe- oder Kreppband und Glühbirnen, dass praktisch bei jedem ein Bedarf an derartigen Artikeln entstehen könne. Von der Gesamtbevölkerung seien auch nicht Teile der Bevölkerung mit dem Argument auszuschließen, sie lehnten die Inanspruchnahme von Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln ab. Praktisch niemand könne den künftigen Konsum solcher Dienstleistungen nachvollziehbar kategorisch, mithin grundsätzlich, und dauerhaft, also nicht nur in absehbarer Zeit, ausschließen. Ein Bedarf an Bau- und Heimwerkerartikeln könne auch bei nicht handwerklich begabten oder interessierten Personen entstehen, zumal sich im Lauf des Lebens die Wohnsituation oder die persönlichen Verhältnisse ändern

könnten. Dabei sei unmaßgeblich, ob jemand nicht beabsichtige, zum Kauf von Bau- oder Heimwerkerartikeln einen Baumarkt aufzusuchen, weil sich entsprechende Produkte ebenfalls bei Online-Anbietern, Haushaltswarengeschäften mit einer entsprechenden Abteilung oder Supermärkten finden könnten. Auch die Werbung der Markeninhaberin auf den verschiedensten Kanälen einschließlich TV und Internet und im Wege des bundesweiten flächendeckenden Einwurfs von Werbebroschüren zielen darauf ab, die gesamte Bevölkerung zu erreichen. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde im Ergebnis stand.

30 (c) Die Rechtsbeschwerde wendet vergeblich ein, das Bundespatentgericht habe bei der Bestimmung der beteiligten Verkehrskreise im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG zu Unrecht außer Acht gelassen, dass sich ein signifikanter Anteil der Gesamtbevölkerung für Bau- und Heimwerkerartikel grundsätzlich nicht interessiere und sie daher nicht mit Wahrscheinlichkeit kaufen oder gebrauchen werde. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung würden Frauen von Dienstleistungen der Bau- und Heimwerkermärkte weniger angesprochen als Männer. Zudem wichen ältere und wohlhabendere, zunehmend aber auch junge Menschen auf professionelle Handwerker aus, die das Material kauften und mitbrächten. Demzufolge richte sich ein erheblicher Anteil des Sortiments eines Bau- und Heimwerkermarkts an professionelle Kunden. Der Umstand, dass einzelne Bau- und Heimwerkerartikel in Supermärkten unter Eigenmarken zu finden seien, mache die Kunden von Lebensmittelgeschäften nicht zu potentiellen Käufern von Bau- und Heimwerkerartikeln. Für die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung sei daher auf den im Pflüger-Gutachten 2012 ausgewiesenen - als zumindest hin und wieder Bau- oder Heimwerkerartikel kaufende oder den Kauf solcher Artikel in absehbarer Zeit nicht ausschließende Personen definierten - Verkehrskreis "(Potentielle) Käufer von Bau- und Heimwerkerartikeln" abzustellen.

- 31 Zum angesprochenen Verkehr zählen alle Personen, für die der Kauf der in Rede stehenden Ware oder die Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung in Betracht kommt, und damit auch Personen, die zwar bislang kein Interesse an dem entsprechenden Angebot gezeigt haben, aber künftig daran interessiert sein können (vgl. BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 22] - LOTTO). Ob ein solches Interesse mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder in näherer Zeit entstehen wird, ist ohne Belang. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob sämtliche Bau- und Heimwerkerartikel, auf die sich die in Rede stehenden Einzelhandelsdienstleistungen beziehen, für alle Verbraucherinnen und Verbraucher von Interesse sind. Das Bundespatentgericht ist davon ausgegangen, dass Bau- und Heimwerkerartikel eine erhebliche Anzahl verschiedener Produkte umfassten, die in einem Privathaushalt von jedem sinnvoll eingesetzt werden könnten.
- 32 (d) Die Rechtsbeschwerde führt erfolglos an, Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln fielen nicht unter den vom Bundespatentgericht herangezogenen Begriff des Massenkonsums. Sie würden nicht sehr häufig und in regelmäßigen Abständen, sondern lediglich zielgerichtet und projektbezogen im Einzelfall in Anspruch genommen. Der Gang in den Baumarkt erfolge zu ausgewählten Zeitpunkten wenige Male im Jahr.
- 33 Das Bundespatentgericht hat nicht angenommen, Verbraucherinnen und Verbraucher fragten Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln in Baumärkten häufig und regelmäßig nach. Es hat darauf abgestellt, dass bei jeder Person zumindest künftig ein Bedarf an derartigen Produkten entstehen könne und daher alle Verbraucherinnen und Verbraucher der Erwägung zugänglich erschienen, diesbezügliche Einzelhandelsdienstleistungen - auch über andere Vertriebswege als einen Baumarkt - in Anspruch zu nehmen (vgl. BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 22] - LOTTO). Dann aber ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Bundespatentgericht davon aus-

gegangen ist, Dienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln würden von der breiten Masse der Bevölkerung konsumiert (vgl. auch BGH, GRUR 2015, 581 [juris Rn. 40] - Langenscheidt-Gelb).

34 (e) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, auszunehmen sei jedenfalls derjenige Anteil der Gesamtbevölkerung, der den Kauf von Bau- und Heimwerkerartikeln für sich ausschliesse. Deshalb müssten diejenigen Befragten unberücksichtigt bleiben, die auf die im Pflüger-Gutachten 2012 gestellte Frage "Kommt der Kauf [von Bau- oder Heimwerkerartikeln] für Sie in absehbarer Zeit in Betracht oder würden Sie das ausschließen?" mit "würde ausschließen" geantwortet hätten.

35 Der Senat hat entschieden, dass von den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG solche Teile des Verkehrs auszunehmen sind, die den Kauf der in Rede stehenden Waren oder die Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistungen für sich kategorisch ablehnen (vgl. BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 22 f.] - LOTTO). Es kann offenbleiben, ob Gleiches für solche Personen gilt, die keinerlei Bezug zu den betreffenden Waren oder Dienstleistungen haben (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2007 - I ZR 94/04, GRUR 2007, 1066 [juris Rn. 35] = WRP 2007, 1466 - Kinderzeit; Beschluss vom 2. April 2009 - I ZB 94/06, GRUR 2009, 954 [juris Rn. 26] = WRP 2009, 1250 - Kinder III; BGH, GRUR 2010, 138 [juris Rn. 46] - ROCHER-Kugel). Auszunehmen sind jedenfalls nur solche Personen, bei denen nachvollziehbar ist, weshalb sie niemals als Käufer oder Konsumenten der einschlägigen Waren oder als Empfänger der in Rede stehenden Dienstleistungen in Betracht kommen (vgl. Nordemann-Schiffel, GRUR 2025, 1562, 1564; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 8 Rn. 787).

36 Nach diesen Maßstäben hat das Bundespatentgericht zu Recht auch diejenigen Personen als potentielle Käufer von Bau- oder Heimwerkerartikeln angesehen, die einen Kauf solcher Produkte in absehbarer Zeit ausgeschlossen haben. Es hat ohne Rechtsfehler angenommen, die im Pflüger-Gutachten 2012

gestellte Frage ermittle wegen der unbestimmten Formulierung "in absehbarer Zeit" schon nicht zuverlässig, ob die Befragten den Erwerb von Bau- oder Heimwerkerartikeln nicht nur in den nächsten Wochen und Monaten, sondern grundsätzlich und dauerhaft für die Zukunft ausschließen. Entgegen der Rüge der Rechtsbeschwerde wird Letzteres durch die vorangehenden Fragen "Kaufen Sie, zumindest hin und wieder, für sich selbst oder für andere Bau- oder Heimwerkerartikel? Oder kaufen Sie so etwas nie?" nicht gewährleistet, weil diese nicht auf das künftige, sondern auf das vergangene und gegenwärtige Kaufverhalten der Befragten abzielen. Unabhängig davon hat das Bundespatentgericht die auf die Frage gegebene Antwort "würde ausschließen" für irrelevant gehalten, weil der Ausschluss eines künftigen Bedarfs an Bau- und Heimwerkerartikeln auch unter geänderten Lebensverhältnissen nicht nachvollziehbar sei.

- 37 (f) Demnach ergibt sich aus den vom Bundespatentgericht festgestellten Einsatzmöglichkeiten von Bau- und Heimwerkerartikeln, dass die Inanspruchnahme der von der angegriffenen Marke beanspruchten Einzelhandelsdienstleistungen für die Gesamtbevölkerung in Betracht kommt. Dann aber kommt es auf das vom Bundespatentgericht ergänzend herangezogene Werbeverhalten der Markeninhaberin nicht an. Die Rechtsbeschwerde führt zu Recht an, dadurch, dass jeder mann mit der Werbung der Markeninhaberin in Berührung kommen möge, werde die Gesamtbevölkerung nicht zu dem von ihren Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln angesprochenen Verkehrskreis. Der Kreis der Abnehmer, die die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen nachfragen, ist nach dauerhaften charakteristischen Kriterien der maßgeblichen Gattung und den objektiven Merkmalen der Waren oder Dienstleistungen zu bestimmen und nicht nach Werbekonzeptionen oder Vermarktungsstrategien, die jederzeit geändert werden können (BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 - I ZR 100/99, GRUR 2002, 340 [juris Rn. 29] = WRP 2002, 330 - Fabergé; Beschluss vom 21. Februar 2008 - I ZB 24/05, GRUR 2008, 710 [juris Rn. 32] = WRP 2008, 1087 - VISAGE; Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 135/11, GRUR 2013, 725 [juris

Rn. 33] = WRP 2013, 1034 - Duff Beer; Urteil vom 17. November 2014 - I ZR 114/13, GRUR 2015, 587 [juris Rn. 21] = WRP 2015, 732 - PINAR).

38 (g) Die Rechtsbeschwerde rügt vergeblich, das Bundespatentgericht habe es versäumt, die von der Markeninhaberin angebotenen Zeugen Dr. P. und Dr. D. zu der Frage des maßgeblichen Verkehrskreises zu vernehmen. Als das Pflüger-Gutachten 2012 erstellende Personen hätten sie aus eigener (sachverständiger) Wahrnehmung zeugenschaftlich bekunden können, warum nach ihrer Ansicht nur der Verkehrskreis "(Potentielle) Käufer von Bau- und Heimwerkerartikeln" relevant sein könne. Das Bundespatentgericht hat zu Recht angenommen, dass es sich bei der Frage, wie die beteiligten Verkehrskreise zu definieren seien, um eine Rechtsfrage handelt (vgl. dazu auch BGHZ 211, 268 [juris Rn. 37] - Sparkassen-Rot; Pflüger, GRUR 2017, 992, 995; dies., GRUR 2025, 1635, 1641).

39 (2) Das Bundespatentgericht hat angenommen, die Pflüger-Zusatzauswertung 2018 komme, wenn man bei der Nachfrage bei der Bekanntheit des Zeichens nur die Angabe "OBI" für die Folgefragen berücksichtige, zu einem Zuordnungsgrad von 45,6 % in der Gesamtbevölkerung. Dieser Wert rechtfertige für sich genommen die Annahme der Verkehrsdurchsetzung nicht. Zudem sei aufgrund methodischer Mängel des Pflüger-Gutachtens 2012 jedenfalls bei der Überleitungsfrage, der Ausgestaltung der den Befragten vorgelegten Farbkarte und der bei der Bekanntheitsfrage angebotenen Antwortalternativen von einem merklich geringeren Zuordnungsgrad auszugehen. Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

40 Die Annahme der Verkehrsdurchsetzung aufgrund eines demoskopischen Gutachtens ist in der Regel erst bei einem 50 % übersteigenden Zuordnungsgrad gerechtfertigt (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - I ZB 65/13, GRUR 2015, 1012 [juris Rn. 34] = WRP 2015, 1108 - Nivea-Blau; BGHZ 211, 268 [juris

Rn. 109] - Sparkassen-Rot; BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 42] - NJW-Orange; BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 - I ZR 139/20, GRUR 2021, 1199 [juris Rn. 59] = WRP 2021, 1295 - Goldhase III). Die Einschätzung des Bundespatentgerichts, der Zuordnungsgrad im Jahr 2012 liege - auch wegen methodischer Mängel des Pflüger-Gutachtens 2012 - deutlich darunter, hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

- 41 (a) Das Bundespatentgericht hat ausgeführt, die zur Befragung überleitende Bemerkung "Zum Einzelhandel gehören auch die Großmärkte, die jedermann offenstehen" im Pflüger-Gutachten 2012 weise eine nicht unerhebliche lenkende Wirkung auf, weil sie die Befragten auf Unternehmen mit großen Verkaufsstätten hinleite. Deshalb habe die Gefahr bestanden, dass ein nicht unerheblicher Teil der Befragten bei der kurz danach gestellten Frage nach dem Bezug der Farbe Orange zu den Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln (Kennzeichnungsgrad) vorrangig an große Baumärkte denke, zu denen die Markeninhaberin zähle.
- 42 Die Rechtsbeschwerde rügt vergeblich, das Bundespatentgericht habe nicht dargelegt, aufgrund welcher demoskopischen Spezialkenntnisse es zu dieser Einschätzung gelangt sei. Gegen ihre Richtigkeit spreche, dass der gerichtliche Sachverständige die Überleitungsfrage als präzise formuliert bezeichnet habe. Erfahrungsgemäß würden Bau- und Heimwerkerartikel nahezu ausschließlich in Baumärkten angeboten, die dem Verbraucher in der Regel als Großmärkte im umgangssprachlichen Sinn begegneten.
- 43 Das Bundespatentgericht konnte die Feststellung, dass der Begriff "Großmarkt" aus Sicht der Gesamtbevölkerung auf eine große Verkaufsstätte hinweist, als Teil des angesprochenen Verkehrs aus eigener Sachkunde treffen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - I ZR 150/01, BGHZ 156, 250 [juris Rn. 20] - Marktführerschaft; Urteil vom 20. November 2025 - I ZR 73/24, GRUR 2025, 1935

[juris Rn. 55] = WRP 2026, 71 - Preisänderungsregelung III). Auf dieser Grundlage hat es ohne Rechtsfehler angenommen, durch die Verwendung des Begriffs "Großmarkt" sei der Blickwinkel der Befragten methodisch unzulässig verengt worden. Daran ändert nichts, dass der Sachverständige den Einleitungssatz nicht beanstandet hat. Er hat den Satz nicht einer Bewertung auf methodische Mängel unterzogen, weil die Untersuchung des Pflüger-Gutachtens 2012 nicht Gegenstand seines Begutachtungsauftrags war.

44 Die Verkehrsdurchsetzung muss in Bezug auf diejenigen Waren oder Dienstleistungen festgestellt werden, für die die Marke angemeldet worden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - C-353/03, Slg. 2005, I-6135 = GRUR 2005, 763 [juris Rn. 25] - Nestlé [HAVE A BREAK]; BGH, GRUR 2015, 1012 [juris Rn. 44] - Nivea-Blau; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 43] - Sparkassen-Rot). Eine Verengung der Eingangsfrage auf das Angebot dieser Waren oder Dienstleistungen durch eine bestimmte Art von Unternehmen ist damit unvereinbar. Hierdurch werden nicht im Rahmen des - auf der ersten Stufe zu ermittelnden - Bekanntheitsgrads diejenigen Befragten ausgesondert, die einen Bezug zwischen der Marke und den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen überhaupt nicht herstellen. Vielmehr werden die Befragten auf einen Zusammenhang zwischen der Marke und einem Unternehmen hingelenkt, der erst auf der zweiten Stufe bei der Ermittlung des Kennzeichnungsgrads abzufragen ist (vgl. BGHZ 211, 268 [juris Rn. 43] - Sparkassen-Rot). Die in Rede stehenden Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln können auch nicht mit dem Angebot eines Baumarkts mit großer Verkaufsfläche gleichgesetzt werden. Nach den von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandeten Feststellungen des Bundespatentgerichts werden Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln zwar vornehmlich in Baumärkten, aber auch in kleineren Werkmärkten, Haushaltwarengeschäften mit entsprechenden Abteilungen und von reinen Online-Anbietern erbracht.

45 (b) Das Bundespatentgericht hat angenommen, die lose Aufbringung der nach der Eingangsbemerkung vorgelegten Farbkarte auf einem weißen Trägerkarton sei für die Ermittlung des Zuordnungsgrads der abstrakten Farbmarke "Orange" nicht hinreichend verlässlich. Wegen dieser Ausgestaltung könne - auch wenn nicht nach der Farbkombination Orange/Weiß, sondern nach "dieser Farbe [Orange]" gefragt worden sei - eine unbewusste Beeinflussung der Befragten nicht ausgeschlossen werden. Die Gefahr sei umso größer gewesen, als die Markeninhaberin bereits im Zeitpunkt der dem Pflüger-Gutachten 2012 zugrunde liegenden Verkehrsbefragung die Farbe Orange oftmals in Kombination mit Weiß verwendet habe. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

46 Die Vorlage einer Farbkarte, auf der die einfarbige abstrakte Farbmarke weiß umrandet ist, stellt einen methodischen Mangel eines demoskopischen Gutachtens über die Verkehrsdurchsetzung der Marke dar, wenn sie dazu führen kann, dass Befragte eine nicht allein auf die Farbe, sondern auf die Kombination mit Weiß bezogene Herkunftsvorstellung äußern (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 [juris Leitsatz 3 und Rn. 47] - Nivea-Blau). Dies hat das Bundespatentgericht im Streitfall angenommen. Dabei war es entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht gehalten, dem Antrag der Markeninhaberin auf Vorlage der Original-Farbkarte nachzugehen. Das Bundespatentgericht ist mit Blick auf die schriftsätzliche Darstellung davon ausgegangen, dass die lose Aufbringung der in Orange gehaltenen Farbkarte auf dem weißen Trägerkarton für die Befragten sichtbar gewesen sei. Es hat allerdings - als Teil des angesprochenen Verkehrs zulässigerweise aus eigener Sachkunde - für möglich gehalten, dass die Befragten die Ausgestaltung unbewusst als Farbkombination angesehen haben. Soweit die Rechtsbeschwerde anführt, die Befragten hätten die Farbkarte und den Untergrund nicht als Einheit wahrgenommen, ersetzt sie die Beurteilung des Bundespatentgerichts durch ihre eigene Sichtweise, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen. Im Übrigen hat das Bundespatentgericht die Gefahr der Hinlenkung der Be-

fragten auf die Markeninhaberin durch die häufige Ausgestaltung ihres Marktauftritts in Orange/Weiß verstärkt gesehen. Insoweit kam es entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde weder darauf an, ob die Verwendung der Farbkombination Orange/Weiß durch die Markeninhaberin äußerst bekannt war, noch darauf, ob ihr in Printmedien eine Verwendung der Farbe Orange ohne Weiß möglich gewesen wäre.

47 (c) Das Bundespatentgericht hat einen methodischen Mangel des Pflüger-Gutachtens 2012 auch darin gesehen, dass die erste Bekanntheitsfrage "Haben Sie diese Farbe schon mal im Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln gesehen oder bei der Werbung des Einzelhandels für diese Waren?" um die Antwortvariante "Oder kommt Ihnen diese Farbe dabei bekannt vor?" ergänzt worden ist. Durch die aktiv angebotene Antwortalternative habe die Gefahr bestanden, dass die Befragten hin zu einer positiven Beantwortung der Bekanntheitsfrage beeinflusst worden seien und deshalb die nachfolgenden Fragen zum Kennzeichnungsgrad einem größeren Personenkreis als ohne die angebotene Antwortalternative gestellt worden seien. Diese Beurteilung wird von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen.

48 (d) Das Bundespatentgericht hat zudem die Nachfrage "Woran denken Sie denn bei dieser Farbe im Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln? Was fällt Ihnen dazu ein?" bei den Befragten, denen die vorgelegte Farbe in diesem Zusammenhang nicht bekannt vorkam, als insistierend erachtet. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Teil der Befragten, die die Bekanntheitsfrage mit "nein" beantwortet hätten, durch das Nachhaken gleich mit zwei Fragen und die Verwendung des Worts "denn" den Eindruck erhalte, die verneinende Antwort sei nicht zufriedenstellend gewesen, und sie deshalb geändert habe. Jedenfalls hätten diejenigen Befragten nicht weiter einbezogen werden dürfen, die ein konkretes anderes Unternehmen als "OBI" genannt hätten.

49 Soweit die Rechtsbeschwerde einwendet, das Wort "denn" werde nach der Alltagssprache und im Kontext der Nachfrage nicht als insistierend wahrgenommen, ersetzt sie die tatgerichtliche Würdigung des Bundespatentgerichts in unbehelflicher Weise durch ihre eigene Einschätzung. Davon abgesehen hat das Bundespatentgericht wegen der als methodisch mangelhaft angesehenen Nachfrage den ermittelten Zuordnungsgrad lediglich insoweit reduziert, als es bei den Folgefragen nur diejenigen Befragten berücksichtigt hat, die auf die Nachfrage "OBI" angegeben haben. Es hat daher der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung nicht den im Pflüger-Gutachten 2012 ausgewiesenen Zuordnungsgrad von 45,7 %, sondern den in der Zusatzauswertung 2018 ermittelten Zuordnungsgrad von 45,6 % in der Gesamtbevölkerung zugrunde gelegt. Insoweit erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen.

50 cc) Die Rechtsbeschwerde wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Bundespatentgericht unter Berücksichtigung der von der Markeninhaberin vorgebrachten weiteren Umstände keine Überzeugung von der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke im Zeitpunkt ihrer Anmeldung gewonnen hat.

51 (1) Für die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung kann nicht von festen Prozentsätzen des Zuordnungsgrads der Marke in den beteiligten Verkehrskreisen ausgegangen werden (EuGH, GRUR 1999, 723 [juris Rn. 52] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; GRUR 2014, 776 [juris Rn. 44 und 48] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 20] - LOTTO; BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2013 - I ZB 65/12, GRUR 2014, 483 [juris Rn. 34] = WRP 2014, 438 - test; BGH, GRUR 2015, 581 [juris Rn. 42 f.] - Langenscheidt-Gelb; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 92] - Sparkassen-Rot). Auch wenn im Regelfall die Grenze nicht unter 50 % angesetzt werden kann, können im Einzelfall besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen (vgl. BGH, GRUR 2006, 760 [juris Rn. 20] - LOTTO; GRUR 2008, 710 [juris Rn. 26] - VISAGE; GRUR 2014,

483 [juris Rn. 34] - test). Jedenfalls, wenn der durch ein demoskopisches Gutachten ermittelte Zuordnungsgrad im Bereich von 50 % liegt, kann dieser Wert in der Gesamtschau mit weiteren Umständen des Marktauftritts für die Annahme der Verkehrsdurchsetzung der Marke genügen (vgl. BGH, GRUR 2014, 483 [juris Rn. 40] - test; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 92 bis 94] - Sparkassen-Rot).

52 (2) Das Bundespatentgericht hat angenommen, der aufgrund des Pflüger-Gutachtens 2012 festzustellende Zuordnungsgrad sei nicht ausreichend, um eine Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke zu belegen. Er liege nicht im Bereich von 50 %, sondern deutlich unter 45,6 %. Auch in der Gesamtschau mit dem als wahr zu unterstellenden Vortrag der Markeninhaberin zu Werbeaufwendungen, Dauer und Umfang der Werbung, Umsatzzahlen, Anzahl der Standorte ihrer Baumärkte und ihrer Marktführerschaft unter den Baumärkten könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke in der Farbe Orange einen Herkunftshinweis gesehen habe. Die Aussagekraft der von der Markeninhaberin vorgetragenen Umstände sei in gewissem Umfang eingeschränkt, weil sie sich auch auf den Einzelhandel mit Produkten bezögen, die - wie Garten- und Deko-Artikel, Küchenutensilien, Auto- und Fahrradzubehör - nicht unter den Begriff der Bau- und Heimwerkerartikel fielen. Wenn man dem Baumarktsegment ein besonderes Gewicht beimesse, so müsse zugleich Beachtung finden, dass in den Jahren 2011 und 2012 von den sieben umsatzstärksten Baumarktketten sechs die Farbe Orange oder Rot in ihren Marken und ihrem Auftritt verwendet hätten. Zu berücksichtigen sei weiter, dass die Markeninhaberin die Farbe Orange oftmals nicht isoliert, sondern in Kombination mit dem Wort "OBI" oder den Farben Weiß oder Schwarz verwendet habe.

53 (3) Die Rechtsbeschwerde rügt erfolglos, das Bundespatentgericht habe entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die von der Markeninhaberin vorgetragenen Umstände ihres Marktauftritts nicht als

gleichwertige Kriterien für eine Verkehrsdurchsetzung angesehen, sondern sie dem nur ausnahmsweise einzuholenden demoskopischen Gutachten untergeordnet.

54

(a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Frage, ob eine Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, aufgrund einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte zu beantworten, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffende Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Leistung damit von den Leistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH, GRUR 1999, 723 [juris Rn. 49 und 54] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; GRUR 2014, 776 [juris Rn. 40] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]). Wenn die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung besondere Schwierigkeiten bereitet, verbietet es das Unionsrecht nicht, die Frage der Unterscheidungskraft durch eine Verbraucherbefragung klären zu lassen (vgl. EuGH, GRUR 1999, 723 [juris Rn. 53 f.] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; GRUR 2014, 776 [juris Rn. 43] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]). Das gilt insbesondere bei abstrakten Farbmarken (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 48] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]), bei denen eine Verbraucherbefragung als unmittelbares Beweismittel häufig einen zuverlässigeren Nachweis der Verkehrsdurchsetzung als mittelbare Tatsachen und Indizien wie Verkaufszahlen und Werbematerial bietet (vgl. EuG, Urteil vom 24. Februar 2016 - T-411/14, juris Rn. 83 f. - Coca-Cola/HABM [Form einer Konturflasche ohne Riffelung]; Urteil vom 26. Oktober 2022 - T-621/21, GRUR-RS 2022, 28731 Rn. 85 - Lemken/EUIPO [himmelblauer Farbton]; BGH, GRUR 2014, 483 [juris Rn. 32] - test; GRUR 2015, 581 [juris Rn. 30] - Langenscheidt-Gelb; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 32 und 93] - Sparkassen-Rot). Das Ergebnis einer Verbraucherbefragung darf allerdings nicht den allein maßgebenden Gesichtspunkt für die Beurteilung der infolge Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft einer abstrakten Farbmarke darstellen (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 48] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]).

55 (b) Von diesen Grundsätzen ist das Bundespatentgericht ausgegangen. Es hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass sich die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung im Streitfall besonders schwierig gestaltet, weil die Markeninhaberin die Farbe Orange oftmals in Kombination mit der Bezeichnung "OBI" und anderen Farben verwendet hat. In einem solchen Fall lassen die Umstände, die - wie Umsätze, Marktanteile und Werbeaufwendungen - sonst auf eine Verkehrsdurchsetzung hinweisen können, regelmäßig nur darauf schließen, dass die konkrete, durch mehrere Merkmale gekennzeichnete Gestaltung durchgesetzt ist (BGH, GRUR 2008, 710 [juris Rn. 37 f.] - VISAGE; GRUR 2015, 581 [juris Rn. 31] - Langenscheidt-Gelb; BGHZ 211, 268 [juris Rn. 32] - Sparkassen-Rot; GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 32] - NJW-Orange). Die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung einer Farbe wird sich daher im Regelfall erst nach Vorlage eines methodisch einwandfreien demoskopischen Gutachtens treffen lassen (vgl. BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 32] - NJW-Orange; BGH, Beschluss vom 24. April 2025 - I ZB 50/24, MarkenR 2025, 224 [juris Rn. 20]).

56 Nach diesen Maßstäben hat das Bundespatentgericht zu Recht das Pflüger-Gutachten 2012 als Ausgangspunkt für die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke im Anmeldezeitpunkt gewählt und zusätzlich die von der Markeninhaberin vorgetragenen Umstände ihres Marktauftritts in den Blick genommen. Es hat die tatsächlichen Gegebenheiten in der Gesamtschau mit dem sich aus dem Pflüger-Gutachten 2012 ergebenden Zuordnungsgrad allerdings nicht als Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke angesehen, weil die Markeninhaberin die Farbe Orange häufig in Verbindung mit Wort- und weiteren Farbelementen verwendet habe und der Verkehr wegen der im Baumarktsektor vorherrschenden ähnlichen Orange- und Rottöne nicht dazu geneigt habe, in der Farbe Orange einen eigenständigen Herkunftshinweis zu sehen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, die Markeninhaberin habe durch ihre erheblichen wirtschaftlichen Aktivitäten die Farbe Orange zum Zeitpunkt der

Markenanmeldung derart auf dem Markt platziert, dass der Verkehr sie nicht bloß als Farbe, sondern als markenmäßigen Hinweis auf die Markeninhaberin wahrnehme, setzt sie der tatgerichtlichen Würdigung des Bundespatentgerichts lediglich ihre eigene Sichtweise entgegen.

57 d) Das Bundespatentgericht hat zu Recht angenommen, auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschungsanträge, also der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Bundespatentgericht am 13. Januar 2025, könne eine Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden. Es ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme das Pflüger-Gutachten 2020 wegen des davon abweichenden IfD-Gutachtens 2021 eine Verkehrsdurchsetzung weder für sich genommen (dazu C III 3 d aa) noch in der Gesamtschau mit den von der Markeninhaberin vorgetragenen Umständen (dazu C III 3 d bb) ausreichend belege. Seine Annahme, die demnach fehlende Aufklärbarkeit der Verkehrsdurchsetzung gehe zu Lasten der die Feststellungslast tragenden Markeninhaberin, ohne dass von Amts wegen eine weitere Beweiserhebung veranlasst sei, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand (dazu C III 3 d cc).

58 aa) Das Bundespatentgericht hat ausgeführt, das von der Markeninhaberin vorgelegte, im Wesentlichen mangelfreie Pflüger-Gutachten 2020 könne den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht erbringen. Es gelange zwar zu einem Bekanntheitsgrad von jedenfalls 73,5 % und einem Zuordnungsgrad von 49,6 % in der Gesamtbevölkerung. Der ermittelte Zuordnungsgrad werde aber durch die Ergebnisse des von den Antragstellerinnen angeführten IfD-Gutachtens 2021, das zu einem Bekanntheitsgrad von 52 % und einem Zuordnungsgrad von 30 % komme, erheblich in Frage gestellt (dazu C III 3 d aa [1]). Die von der Markeninhaberin angeführten Kritikpunkte an dem IfD-Gutachten 2021 zeigten nach den Ausführungen des Sachverständigen entweder keinen Mangel des Gutachtens

auf oder seien jedenfalls nicht geeignet, die erheblichen Abweichungen der Umfrageergebnisse der Parteigutachten, insbesondere die erhebliche Divergenz von etwa 20 % bei dem Bekanntheitswert, zu erklären (dazu C III 3 d aa [2]). Diese Beurteilung hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

59 (1) Die Rechtsbeschwerde macht geltend, die Markeninhaberin sei ihrer Beweislast dadurch gerecht geworden, dass sie mit dem Pflüger-Gutachten 2020 eine methodisch einwandfreie Verkehrsbefragung vorgelegt habe, die einen Zuordnungsgrad im Bereich von 50 % ergeben habe. Die Antragstellerinnen hätten mit dem IfD-Gutachten 2021 schon aus Rechtsgründen nicht den Gegenbeweis erbringen können. Es sei nicht geeignet, das Ergebnis des Pflüger-Gutachtens 2020 in Zweifel zu ziehen, weil es dessen Methodik nicht widerlegt habe. Damit dringt die Rechtsbeschwerde nicht durch.

60 (a) Im Lösungsverfahren obliegt es dem Markeninhaber zu beweisen, dass sich die angegriffene Marke infolge ihrer Benutzung im Verkehr durchgesetzt hat (vgl. BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Leitsatz 2 und Rn. 39] - NJW-Orange). Er hat den Nachweis geführt, wenn das Bundespatentgericht gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 MarkenG nach Würdigung aller Beweisergebnisse und tatsächlichen Umstände die freie Überzeugung von der Verkehrsdurchsetzung der Marke gewinnt (vgl. BGH, MarkenR 2025, 224 [juris Rn. 21 und 25]). Verbleiben bei dem Bundespatentgericht nach der Beweismwürdigung Zweifel, so geht dies zu Lasten des die Beweislast tragenden Markeninhabers (vgl. BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Leitsatz 1 und Rn. 34 und 38] - NJW-Orange; Grabrucker in Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl., § 78 Rn. 3 und 4).

61 Im Rahmen der Beweismwürdigung hat das Bundespatentgericht zu prüfen, ob der Markeninhaber den ihm obliegenden (Haupt-)Beweis der Verkehrsdurchsetzung der Marke - etwa durch Vorlage eines demoskopischen Parteigutachtens - (zunächst) geführt und der Lösungsantragsteller im Wege des Gegen-

beweises Tatsachen nachgewiesen hat, die die (vorläufig) gewonnene gerichtliche Überzeugung von der Verkehrsdurchsetzung der Marke erschüttern (vgl. BGH, MarkenR 2025, 224 [juris Rn. 16, 22 und 25]; zu § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vgl. BGH, Urteil vom 23. November 2017 - I ZR 51/16, NJW-RR 2018, 551 [juris Rn. 24]; Urteil vom 18. Januar 2024 - IX ZR 6/22, NJW 2024, 2251 [juris Rn. 20]; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band 1, 5. Aufl., Kap. 2 Rn. 4). Eine Widerlegung des vom Markeninhaber vorgelegten Parteigutachtens - im Sinne des Beweises des Gegenteils - ist nicht erforderlich.

62 (b) Diese Maßstäbe hat das Bundespatentgericht seiner Beweiswürdigung zugrunde gelegt. Es hat nicht sicher festzustellen vermocht, dass der Zuordnungsgrad der angegriffenen Marke im Bereich von 50 % liegt, weil die im Pflüger-Gutachten 2020 ermittelten Bekanntheits- und Zuordnungsgrade durch die im IfD-Gutachten 2021 ausgewiesenen Werte, die nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht mit Mängeln des IfD-Gutachtens 2021 erklärbar seien, deutlich unterschritten würden. Dabei hat das Bundespatentgericht rechtsfehlerfrei eine Erschütterung der Aussagekraft des Pflüger-Gutachtens 2020 für möglich gehalten, auch wenn das IfD-Gutachten 2021 methodische Mängel des Pflüger-Gutachtens 2020 nicht aufgezeigt hat. Der Gegenbeweis kann auch dadurch geführt werden, dass der nicht beweisbelastete Löschungsantragsteller ein konträres Parteigutachten vorlegt, das den Schluss darauf zulässt, dass ein für die Annahme der Verkehrsdurchsetzung der Marke ausreichender Zuordnungsgrad doch nicht vorliegt (vgl. Nordemann-Schiffel, GRUR 2025, 1562, 1565; zu sonstigen Gutachten vgl. BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17, NJW-RR 2019, 17 [juris Rn. 19]; Beschluss vom 14. Mai 2019 - VIII ZR 126/18, NJW-RR 2019, 841 [juris Rn. 13]).

63 (c) Die Rechtsbeschwerde wendet vergeblich ein, die Markeninhaberin habe mit der Vorlage eines methodisch einwandfreien demoskopischen Gutachtens, das einen für die Verkehrsdurchsetzung ausreichenden Zuordnungsgrad

ergeben habe, alles ihr Mögliche und Zumutbare getan, um dem Bundespatentgericht eine vernünftige und zügige, effiziente Entscheidung zu ermöglichen. Mehr könne ihr im Rahmen ihrer Beweislast nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesgerichtshofs nicht abverlangt werden.

64 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass der Markeninhaber nachzuweisen hat, dass eine Marke Unterscheidungskraft infolge Benutzung erworben hat, weil es sich um eine Ausnahme von den Eintragungshindernissen handelt. Dies gebieten zudem die Vernunft und ein elementares Erfordernis der Verfahrenseffizienz. Der Inhaber der angegriffenen Marke ist nämlich am besten in der Lage, den Beweis für die konkreten Handlungen zu erbringen, die sein Vorbringen zu stützen vermögen, die Marke habe aufgrund ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 69 f.] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; zum Nachweis der ernsthaften Benutzung einer Marke im Verfallsverfahren vgl. EuGH, Urteil vom 26. September 2013 - C-610/11, GRUR Int. 2013, 1047 [juris Rn. 61 f.] - Centrotherm Systemtechnik/HABM [CENTROTHERM]; Urteil vom 22. Oktober 2020 - C-720/18 und C-721/18, GRUR 2020, 1301 [juris Rn. 78 bis 81] = WRP 2021, 29 - Ferrari [testarossa]). Hieraus folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht, dass der Markeninhaber den endgültigen Beweis geführt hat, wenn die von ihm vorgelegten Beweismittel auf eine Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke schließen lassen. Nach der gesetzlichen Konzeption trägt der Markeninhaber das Risiko der Nichterweislichkeit der Verkehrsdurchsetzung. Es ist unerheblich, aus welchen Gründen ihm dieser Nachweis nicht gelingt (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 72] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]).

65 Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich nichts anderes. Der Senat hat die Aussagekraft eines demoskopischen Gutachtens wegen Zweifeln an der fehlerfreien Durchführung der zugrunde liegenden Befragung als

möglicherweise beeinträchtigt erachtet (vgl. BGH, MarkenR 2025, 224 [juris Rn. 18 und 22]). Daraus folgt nicht, dass die Beweiskraft eines demoskopischen Gutachtens ausschließlich durch ihm anhaftende Mängel und nicht auch in der Gesamtwürdigung mit weiteren Beweismitteln - wie einem vom Löschantragsteller vorgelegten demoskopischen Gutachten mit abweichendem Ergebnis - erschüttert sein kann.

66 (2) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, die von der Markeninhaberin gerügten Mängel des IfD-Gutachtens 2021 stünden der Erschütterung der Ergebnisse des Pflüger-Gutachtens 2020 nicht entgegen. Ihre Rüge, die kaum verständliche Eingangsfrage im IfD-Gutachten 2021 habe offensichtlich zu einem deutlich niedrigeren Bekanntheitsgrad - und demzufolge einem erheblich geringeren Zuordnungsgrad - als im Pflüger-Gutachten 2020 geführt, ist sachlich nicht gerechtfertigt. Soweit sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf weitere Mängel des IfD-Gutachtens verwiesen hat, ist sie mit diesem Angriff entsprechend § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO ausgeschlossen, weil sie eine entsprechende Verfahrensrüge entgegen § 85 Abs. 4 Nr. 3 MarkenG nicht in der Rechtsbeschwerdebegründung erhoben und ausgeführt hat.

67 (a) Ein vom Löschantragsteller gegenbeweislich vorgelegtes demoskopisches Gutachten ist nicht geeignet, den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens in Frage zu stellen, wenn auf sein Ergebnis wegen methodischer Mängel Aufschläge gemacht werden müssen, die dazu führen, dass für das Zeichen ein Zuordnungsgrad über 50 % erreicht wird (vgl. BGHZ 211, 268 [juris Leitsatz 4 und Rn. 91 bis 93] - Sparkassen-Rot). Dies kann insbesondere in Betracht kommen, wenn eine methodisch fehlerhafte Formulierung der Frage zum Bekanntheitsgrad dazu führt, dass sich die Zahl der im Anschluss zum Kennzeichnungs- und zum Zuordnungsgrad Befragten unzulässig reduziert (vgl. BGHZ 211, 268 [juris Rn. 91] - Sparkassen-Rot). Ein solches Gutachten kann

den vom Markeninhaber (zunächst) geführten Nachweis der Verkehrsdurchsetzung allerdings trotz methodischer Mängel jedenfalls dann erschüttern, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass der ermittelte Zuordnungsgrad von deutlich unter 50 % auf die methodischen Mängel des Gutachtens zurückzuführen ist.

68 (b) Die Annahme des Bundespatentgerichts, die sprachlich komplizierte Formulierung der Bekanntheitsfrage im IfD-Gutachten 2021 sei nicht geeignet zu erklären, dass das Gutachten einen - um etwa 20 % unter dem Wert des Pflüger-Gutachtens 2020 liegenden - Bekanntheitsgrad von 30 % ergeben habe, steht damit in Einklang.

69 (aa) Das Bundespatentgericht hat die im IfD-Gutachten 2021 festgehaltene Eingangsfrage "Haben Sie diesen Farbton im Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich Bau- und Heimwerkerartikel schon einmal gesehen, oder ist Ihnen dieser Farbton im Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich Bau- und Heimwerkerartikel noch nicht begegnet?" für problematisch gehalten. Sie sei wegen der zweifachen Nennung der Dienstleistungen relativ lang, was ihr Verständnis erschwere. Der gerichtliche Sachverständige habe die im Pflüger-Gutachten 2020 gewählte Formulierung "Haben Sie diese Farbe im Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikel schon einmal gesehen? Oder ist Ihnen diese Farbe in diesem Zusammenhang noch nicht begegnet?" wegen der Verwendung der Präposition "von" und des Verzichts auf die Wiederholung der Dienstleistungen für besser verständlich und vorzugswürdig erachtet.

70 Die unterschiedliche Formulierung der Eingangsfrage könne nach der Einschätzung des Sachverständigen zwar zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Sie sei jedoch nicht geeignet, die erhebliche Abweichung der beiden Gutachten um etwa 20 % bei dem Bekanntheitsgrad zu erklären. Der Sachverständige habe in seinem schriftlichen Gutachten nicht mit Sicherheit sagen können, dass das deutliche Auseinanderfallen zweifelsfrei auf die komplizierte Formulierung der

Bekanntheitsfrage und die möglichen Verständnisschwierigkeiten zurückzuführen sei. Er habe nachvollziehbar und schlüssig erläutert, es sei nicht möglich, die Unterschiede in den Ergebnissen aus demoskopischer Sicht ursächlich zu erklären oder seriös zu bewerten. In der mündlichen Verhandlung habe der Sachverständige sodann ausdrücklich geäußert, er könne sich einen Abfall um 20 % aufgrund der komplizierteren Fragestellung im IfD-Gutachten 2021 nicht vorstellen, und dies als Spekulation bezeichnet. In diesem Zusammenhang sei weiter zu berücksichtigen, dass der geringe Anteil der im IfD-Gutachten 2021 gegebenen Antwort "unentschieden" von 3 % eher gegen eine Verunsicherung der Befragten durch die Formulierung der Bekanntheitsfrage spreche. Der Sachverständige habe erläutert, dass Verständnisprobleme - sofern sie nicht den Abbruch der Befragung zur Folge hätten - zu der Antwort "unentschieden" führten, und den Anteil von 3 % als wenig bezeichnet. Selbst wenn man davon ausginge, dass die von 3 % der Befragten gegebene Antwort "unentschieden" auf Problemen beim Verständnis der Bekanntheitsfrage beruhe, und den im IfD-Gutachten 2021 ermittelten Bekanntheitsgrad daher nicht mit 52 %, sondern mit 55 % ansetzte, läge die Differenz zum Pflüger-Gutachten bei 18,5 % und damit weiterhin im Bereich von 20 %.

- 71 (bb) Das Bundespatentgericht hat es danach mit Blick auf die Ausführungen des Sachverständigen für ausgeschlossen gehalten, dass der deutlich niedrigere Bekanntheitsgrad im IfD-Gutachten 2021 auf die komplizierte Fragestellung zurückzuführen ist. Dabei hat es die Erhöhung des Bekanntheitsgrads bei einer verständlicheren Formulierung der Eingangsfrage zwar nicht für quantifizierbar gehalten. Es hat jedoch als sicher erachtet, dass das IfD-Gutachten 2021 in diesem Fall keinen um etwa 20 % höheren Bekanntheitsgrad - und demzufolge einen Zuordnungsgrad im Bereich von 50 % - ergeben hätte. Mit Blick darauf kann offenbleiben, ob das IfD-Gutachten 2021 die Aussagekraft des Pflüger-Gutachtens 2020 auch dann beeinträchtigt hätte, wenn bei Verwendung der Präpo-

sition "von" und einmaliger Nennung der Einzelhandelsdienstleistungen ein Bekanntheitsgrad von etwa 70 % und ein Zuordnungsgrad in einer Größenordnung von 50 % möglich erschienen wären.

72 (cc) Die Rechtsbeschwerde wendet vergeblich ein, der Sachverständige habe nicht geäußert, er könne sich aufgrund der Mängel des IfD-Gutachtens 2021 eine Divergenz von 20 % zu dem im Pflüger-Gutachten 2020 ausgewiesenen Bekanntheitsgrad nicht vorstellen. Eine solche Äußerung sei dem Verhandlungsprotokoll nicht zu entnehmen. Dort sei lediglich die Erklärung des Sachverständigen festgehalten, es sei vorstellbar, dass es bei einem aus der Formulierung der Bekanntheitsfrage im IfD-Gutachten 2021 resultierenden Fehlverständnis zu einem Abfall kommen könne; einen Abfall um 20 % halte er für Spekulation.

73 Das Bundespatentgericht hat im angefochtenen Beschluss festgehalten, der Sachverständige habe in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich gesagt, dass er sich einen Abfall um 20 % aufgrund der komplizierteren Fragestellung nicht vorstellen könne und dass dies - insoweit sei auch eine Protokollierung erfolgt - "Spekulation" sei. Es durfte auf die ergänzende Äußerung des Sachverständigen zurückgreifen, auch wenn diese nicht im Protokoll über die Beweisaufnahme festgehalten war.

74 Der Inhalt einer Sachverständigenaussage wird nicht von der (negativen) Beweiskraft des Protokolls nach § 77 Abs. 2 Satz 2 MarkenG, § 165 ZPO erfasst (vgl. BeckOGK.ZPO/F. Schmidt, Stand 1. Juli 2026, § 165 Rn. 10; Zöller/Schultzky, ZPO, 36. Aufl., § 165 Rn. 3; zur Zeugenaussage vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80, NJW 1982, 1052 [juris Rn. 12]; Urteil vom 8. Dezember 1993 - XII ZR 133/92, NJW-RR 1994, 386 [juris Rn. 21]). Das Protokoll genießt zwar nach § 415 Abs. 1 ZPO die allgemeine Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 386 [juris Rn. 21]). Die Vorschrift des § 415 Abs. 1 ZPO begründet aber keine negative Beweiskraft dahin, dass

nicht protokollierte Erklärungen nicht abgegeben wurden (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2020 - IX ZR 125/17, BGHZ 225, 90 [juris Rn. 95]; Stein/Roth, ZPO, 24. Aufl., § 165 Rn. 12; Zöller/Feskorn aaO vor § 415 Rn. 7). Eine präzisierende Aussage kann das Gericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO daher auch dann verwerten, wenn sie nicht im Protokoll festgehalten ist (zur Zeugenaussage vgl. BGH, NJW 1982, 1052 [juris Rn. 12]). Das Bundespatentgericht hat der im angefochtenen Beschluss zusätzlich festgehaltenen Aussage des Sachverständigen keinen anderen Bedeutungsgehalt als dessen protokollierter Angabe beigemessen. Es hat sie ersichtlich als ergänzende Präzisierung seiner Aussage gewertet, er halte einen Abfall des Bekanntheitsgrads aufgrund der komplizierten Fragestellung um 20 % für spekulativ.

75 (3) Die Rechtsbeschwerde führt erfolglos an, das Bundespatentgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten Auswirkungen der komplizierten Fragestellung auf den Bekanntheitsgrad von bis zu 12 % für möglich gehalten habe.

76 Der Sachverständige hat in einer Fußnote seines Gutachtens auf eine Veröffentlichung aus dem Jahr 1961 verwiesen, in der diskutiert worden sei, inwieweit bei der Bewertung der Prozentsätze auf geschlossene Fragen Abschlüsse von 5 % bis 12 % bei der Beantwortung von Fragen mit vorgegebenen Antworten sinnvoll seien. Er hat einen Abschlag in dieser Größenordnung vorliegend jedoch nicht für angezeigt gehalten.

77 Unabhängig davon ergäbe selbst eine Korrektur des im IfD-Gutachten 2021 ausgewiesenen Werts um 12 % einen Bekanntheitsgrad von 64 % und demzufolge einen Zuordnungsgrad von allenfalls 42 % beziehungsweise - bei Berücksichtigung der die Bekanntheitsfrage mit "unentschieden" beantwortenden Befragten - einen Bekanntheitsgrad von 67 % und einen Zuordnungsgrad von höchstens 45 %. Einen solchen Zuordnungsgrad hat das Bundespatentgericht zu Recht nicht als Nachweis der Verkehrsdurchsetzung angesehen (vgl. Rn. 39 f.).

- 78 (4) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich aus der Senatsentscheidung "Sparkassen-Rot" nicht, dass die methodisch angreifbare Eingangsfrage eines Gutachtens stets zu seiner Unverwertbarkeit führt. Der Senat hat entschieden, dass ein demoskopisches Gutachten, das mit einer methodisch grundlegend fehlerhaften, im Nachhinein nicht mehr korrigierbaren Eingangsfrage beginnt, die Verkehrsdurchsetzung weder beweisen noch widerlegen kann (vgl. BGHZ 211, 268 [juris Rn. 43 und 107] - Sparkassen-Rot). Einen solchen Fehler weist das IfD-Gutachten 2021 nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts nicht auf. Danach ist die Eingangsfrage nicht methodisch grundlegend verfehlt, sondern eine schwer verständliche Formulierung gewählt worden, die weder das IfD-Gutachten 2021 unbrauchbar macht noch zu einem Aufschlag von etwa 20 % führen kann.
- 79 (5) Die Rechtsbeschwerde beanstandet ohne Erfolg, das Bundespatentgericht habe bei der Würdigung der Abweichungen im Bekanntheitsgrad nicht das Pflüger-Gutachten 2012 und das im Verfahren vor dem DPMA vorgelegte IfD-Gutachten vom 3. Juni 2014 (IfD-Gutachten 2014) herangezogen, die - ähnlich wie der im Pflüger-Gutachten 2020 ermittelte Bekanntheitsgrad von 73,5 % - einen Bekanntheitsgrad von 63,9 % beziehungsweise von 69 % in der Gesamtbevölkerung ergeben hätten. Bei Berücksichtigung dieser Umstände hätte das Bundespatentgericht den im IfD-Gutachten 2021 ausgewiesenen Bekanntheitsgrad von 52 % als "Ausreißer" ansehen müssen.
- 80 Das Bundespatentgericht hat die im Pflüger-Gutachten 2012 und im IfD-Gutachten 2014 ausgewiesenen Bekanntheitsgrade nicht als Beleg für die Richtigkeit des Bekanntheitsgrads im Pflüger-Gutachten 2020 erachtet, weil es deren einleitenden Hinweis auf "Großmärkte" (Pflüger-Gutachten 2012) beziehungsweise auf "Baumärkte" (IfD-Gutachten 2014) - zu Recht (zum Begriff "Großmarkt" vgl. Rn. 43 f.) - für methodisch mangelhaft gehalten hat. Soweit die Rechtsbe-

schwerde meint, die aus Sicht des Bundespatentgerichts fehlerhafte Eingangsbemerkung habe keine so große Auswirkung, dass sie zur Unverwertbarkeit der Ergebnisse der beiden Gutachten führe, ersetzt sie die Würdigung des Bundespatentgerichts durch ihre eigene Einschätzung, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen. Sie bringt auch nicht vor, das Bundespatentgericht habe Vortrag der Markeninhaberin übergangen, wonach die fehlerhafte Formulierung der Eingangsfrage im Pflüger-Gutachten 2012 und im IfD-Gutachten 2014 im Wege eines Abschlags auf die ermittelten Bekanntheitsgrade korrigiert werden könnte, der gleichwohl zu einem vergleichbaren Wert wie im Pflüger-Gutachten 2020 führte.

81 bb) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, die Zweifel an dem im Pflüger-Gutachten 2020 ermittelten Zuordnungsgrad könnten durch die von der Markeninhaberin vorgetragenen Umstände der Markennutzung nicht ausgeräumt werden.

82 (1) Das Bundespatentgericht hat angenommen, da der im Pflüger-Gutachten 2020 ermittelte Zuordnungsgrad von 49,6 % durch die Ergebnisse des IfD-Gutachtens 2021 erheblich in Frage gestellt werde, könne eine Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschungsanträge auch dann nicht mit Sicherheit angenommen werden, wenn man in die Gesamtwürdigung das Vorbringen der Markeninhaberin zu ihren Umsätzen, ihrer Marktposition und ihren Werbeaktivitäten einbeziehe. Dabei könne ihr Vortrag zu den jahrzehntelangen hohen - größtenteils auf Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln als klassischem Kernbereich von Baumärkten entfallenden - Umsätzen, der deutschlandweiten Verbreitung ihrer Märkte und deren Verkaufsflächen, dem hohen Umfang ihrer Werbeaufwendungen, der kontinuierlichen und vielfältigen Nutzung des in Rede stehenden Orangetons in der Werbung und bei Erbringung der Einzelhandelsdienstleistungen in Baumärkten sowie ihrer langjährigen Marktführerschaft unter den Baumärkten - auch in Bezug auf

Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln - zugrunde gelegt werden. Diese Umstände hätten nur eine eingeschränkte Aussagekraft, weil die angegriffene Farbmarke regelmäßig nicht isoliert, sondern in Kombination mit anderen Kennzeichnungen - insbesondere mit der Wortmarke "OBI" - eingesetzt worden sei. Zudem sei die Farbe Orange ebenso wie die in ein ähnliches Farbspektrum fallende Farbe Rot in der Baumarktbranche weiterhin sehr präsent. In den Jahren 2021 und 2022 hätten neben der Markeninhaberin die fünf nächstumsatzstärksten Baumarktunternehmen vollständig oder überwiegend die Farbe Orange oder Rot verwendet.

83 (2) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde konnte das Bundespatentgericht für die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke vorrangig auf die von den Beteiligten vorgelegten demoskopischen Gutachten abstellen, weil sich wegen der regelmäßigen Verwendung der Farbe Orange in Verbindung mit der Kennzeichnung "OBI" die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung schwierig gestaltete und die demoskopischen Gutachten daher die zuverlässigsten Beweismittel darstellten (vgl. Rn. 54 f.). Soweit die Rechtsbeschwerde einwendet, die von der Markeninhaberin vorgetragene Umstände rechtfertigten schon für sich genommen die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung, setzt sie der tatgerichtlichen Würdigung des Bundespatentgerichts ihre eigene Sichtweise entgegen, ohne einen Rechtsfehler darzulegen.

84 cc) Die Rechtsbeschwerde rügt erfolglos, das Bundespatentgericht habe es versäumt, die Differenzen zwischen dem Pflüger-Gutachten 2020 und dem IfD-Gutachten 2021 in der Bekanntheitsfrage aufzulösen.

85 (1) Das Bundespatentgericht hat auf Antrag der Markeninhaberin ein schriftliches Sachverständigengutachten dazu eingeholt, ob das IfD-Gutachten 2021 methodische Fehler aufweist und etwaige Mängel die Abweichungen von den Ergebnissen des Pflüger-Gutachtens 2020 zu erklären vermögen. Ergän-

zend hat es den Sachverständigen mündlich angehört, um die Differenzen zwischen den Parteigutachten aufzuklären. Danach hat es die unterschiedlichen Ergebnisse aus demoskopischer Sicht für nicht erklärlich und messbar gehalten. Soweit die Markeninhaberin zunächst hilfsweise die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zur Frage der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke beantragt hat, hat sie diesen Antrag zurückgenommen. Die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, das Bundespatentgericht habe einen Beweis-antrag der Markeninhaberin übergangen.

86 (2) Die Rechtsbeschwerde führt nicht an, das Bundespatentgericht hätte auch ohne Beweisangebot der Markeninhaberin ein demoskopisches Gutachten zu der Frage der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke einholen müssen. Hierzu war das Bundespatentgericht auch nicht von Amts wegen gehalten.

87 (a) Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 MarkenG ermittelt das Bundespatentgericht den Sachverhalt von Amts wegen. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass im Rahmen eines Verfallsverfahrens der Nachweis der ernsthaften Benutzung einer Unionsmarke deren Inhaber obliegt und nicht von Amts wegen von der zuständigen Behörde zu führen ist. Der Grundsatz der Amtsermittlung findet mithin keine Anwendung auf die Frage des Nachweises der ernsthaften Benutzung einer Marke in einem Verfallsverfahren (vgl. EuGH, GRUR Int. 2013, 1047 [juris Rn. 63 und 65] - Centrotherm Systemtechnik/HABM [CENTROTHERM]). Für das registerrechtliche Lösungsverfahren, in dem die Beweislast für die Verkehrsdurchsetzung ebenfalls beim Markeninhaber liegt (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 68] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Leitsatz 2 und Rn. 39] - NJW-Orange), kann nichts anderes gelten (vgl. EuG, Urteil vom 11. Februar 2010 - T-289/08, GRUR Int. 2010, 520 [juris Rn. 25 und 27] - Deutsche BKK/HABM [Deutsche BKK]; Baronikians, GRUR-Prax 2025, 495; vgl. auch BGH, GRUR 2021, 1526 [juris Rn. 37 f. und 42] - NJW-Orange). Gelingt dem Markeninhaber der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung

mithilfe der von ihm vorgelegten Belege oder beantragten Beweismittel nicht, ist die Marke daher für ungültig zu erklären, ohne dass das Bundespatentgericht weitere Ermittlungen anzustellen hat (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 71 und 74] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]).

88 (b) Aufgrund dessen musste das Bundespatentgericht nicht gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen über die Anordnung der Einholung eines Sachverständigengutachtens entscheiden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27. Februar 2019 - VIII ZR 255/17, NJW-RR 2019, 719 [juris Rn. 18]). Gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG ist, soweit das Markengesetz keine Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundespatentgericht enthält, die Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden, wenn die Besonderheiten des Verfahrens vor dem Bundespatentgericht dies nicht ausschließen. Nach § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht - auch ohne Antrag des Beweispflichtigen - die Hinzuziehung von Sachverständigen anordnen. Die Regelung enthält eine Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1999 - I ZR 183/97, NJW 2000, 743 [juris Rn. 23]). Mit Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist der Amtsermittlungsgrundsatz auf den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung allerdings nicht anwendbar. Dann aber scheidet nach den Besonderheiten des Lösungsverfahrens die Heranziehung von § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus.

89 (3) Die Rechtsbeschwerde macht vergeblich geltend, das Bundespatentgericht hätte die Markeninhaberin nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO darauf hinweisen müssen, dass sie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme beweisfällig bleiben werde, falls sie nicht die gerichtliche Einholung eines demoskopischen Gutachtens beantrage (vgl. dazu BGHZ 211, 268 [juris Rn. 111] - Sparkassen-Rot). Mit dieser erst in der mündlichen Verhandlung erhobenen Verfahrensrüge ist die Rechtsbeschwerde entsprechend § 85 Abs. 4 Nr. 3, § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO ausgeschlossen.

- 90 Unabhängig davon musste das Bundespatentgericht, nachdem der Sachverständige die Divergenzen der Parteigutachten begutachtet hatte, nicht darauf hinweisen, dass es eine Beweislastentscheidung zu Lasten der Markeninhaberin treffen werde.
- 91 Das Gericht ist nicht verpflichtet, im Anschluss an die Beweisaufnahme seine vorläufige Beweiswürdigung mitzuteilen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, weitere Beweismittel anzubieten. Etwas anderes gilt nur, wenn die Partei nach dem Verlauf der Beweisaufnahme darauf vertrauen durfte, dass das Gericht den Beweis als geführt ansehen werde (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2016 - V ZR 42/15, NJW 2016, 3100 [juris Rn. 32 f.]).
- 92 Das Bundespatentgericht hatte bereits in der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2024 verdeutlicht, dass es die Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke durch das Pflüger-Gutachten 2020 mit Blick auf das abweichende IfD-Gutachten 2021 nicht für erwiesen halte und für die gerichtliche Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens ein Beweisantrag der Markeninhaberin erforderlich sei. Die Markeninhaberin musste damit rechnen, dass das Bundespatentgericht nach der Anhörung des Sachverständigen am 13. Januar 2025 das IfD-Gutachten 2021 weiterhin als tauglichen Gegenbeweis ansehen werde. Die Beteiligten haben ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 13. Januar 2025 die Aussagen des Sachverständigen abweichend gewürdigt. Die Markeninhaberin hat in ihrem Schriftsatz vom 3. Februar 2025 auch in Erwägung gezogen, dass das Bundespatentgericht nicht in ihrem Sinn entscheiden werde.
- 93 IV. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 [juris Rn. 21] - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32 f.]

- Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi). Im vorliegenden Verfahren stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Die Verkehrsdurchsetzung einer abstrakten Farbmarke kann unzweifelhaft durch ein demoskopisches Gutachten geklärt werden, weil sich die Prüfung anhand der Marktgegebenheiten wegen der Verwendung der Marke mit anderen kennzeichnenden Gestaltungselementen als besonders schwierig gestaltet (vgl. EuGH, GRUR 1999, 723 [juris Rn. 53 f.] - Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]). Die Beurteilung, ob der Markeninhaber im Löschungsverfahren durch die Vorlage eines methodisch korrekten demoskopischen Gutachtens den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung erbracht hat, wenn ein vom Löschungsantragsteller vorgelegtes demoskopisches Gutachten auf ein anderes Ergebnis schließen lässt, obliegt den Gerichten der Mitgliedstaaten (vgl. EuGH, GRUR 2018, 1141 [juris Rn. 84 f.] - Société des produits Nestlé u.a. ./ Mondelez UK Holdings & Services [Form einer Schokoladentafel]). Hat das nationale Gericht die von den Beteiligten vorgelegten Nachweise und gestellten Beweisanträge ausgeschöpft, so gehen seine verbleibenden Bedenken gegen die Verkehrsdurchsetzung zweifellos zu Lasten des Markeninhabers (vgl. EuGH, GRUR 2014, 776 [juris Rn. 71 und 74] - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; GRUR Int. 2013, 1047 [juris Rn. 63 bis 65] - Centrotherm Systemtechnik/HABM [CENTROTHERM]). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (GRUR Int. 2013, 1047 [juris Rn. 63 und 65] - Centrotherm Systemtechnik/HABM [CENTROTHERM]) lässt keinen Zweifel offen, dass der Amtsermittlungsgrundsatz im Löschungsverfahren nicht anwendbar ist.

94 D. Danach ist die Rechtsbeschwerde der Markeninhaberin mit der Kostenfolge des § 90 Abs. 2 Satz 1 MarkenG zurückzuweisen.

Koch

Pohl

Schmaltz

Odörfer

Wille

Vorinstanz:

Bundespatentgericht, Entscheidung vom 05.06.2025 - 29 W (pat) 24/18 -

Verkündet am:

17. September 2026

Wächter, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle