

TE OGH 1977/11/8 4Ob396/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.1977

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Leidenfrost als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger, Dr. Friedl, Dr. Resch und Dr. Kuderna als Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei S*, GBR., vertreten durch Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien und Gegner der gefährdeten Partei I.) C*-Gesellschaft m.b.H., 2.) F*, Geschäftsführer, beide *, beide vertreten durch Dr. Gerhard Benn-Ibler, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert S 200.000,-), infolge Revisionsrekurse beider Streitteile gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 28. Juni 1977, GZ 1 R 166/77-10, womit infolge Rekurses der beklagten Parteien der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 17. Mai 1977, GZ 37 Cg 281/77-4, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

I.) Dem Revisionsrekurs der beklagten Parteien wird nicht Folge gegebenrömisch eins.) Dem Revisionsrekurs der beklagten Parteien wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien haben die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels selbst zu tragen.

II.) Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, daß sie zu lauten hat:römisch zwei.) Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, daß sie zu lauten hat:

„Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien haben die Kosten ihrer Äußerung und ihres erfolglosen Rekurses selbst zu tragen.“

Die klagende Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses vorläufig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die klagende Partei ist Inhaberin der österreichischen Wortmarke „F*“, eingetragen für nicht medizinierte Zucker-, Back- und Konditorwaren mit Priorität vom 11. 6. 1965. Die erstbeklagte Partei vertreibt in Österreich Kindersüßwaren in Lutscherform mit der Bezeichnung „Fi*-P*“, wobei auf den Umhüllungen der Ware das Wort „Fi*“ gegenüber dem Wort „P*“ und den übrigen Aufschriften blickfangartig hervorgehoben wird. Das Wort „P*“ bedeutet in diesem Zusammenhang „Lutscher“ und wird als Sachbezeichnung im Handel mit Süßwaren allgemein verwendet. Der Zweitbeklagte ist Geschäftsführer der erstbeklagten Partei.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragte die klagende Partei, den beklagten Parteien aufzutragen, in Österreich den Gebrauch der Bezeichnung „Fi* P*“ für nicht medizinierte Zucker-, Back- und Konditorwaren zu unterlassen. Zur Begründung brachte sie vor, das englische Wort „P*“ bedeute in der deutschen Sprache „Lutscher“. Als Sachbezeichnung genieße es eine nur äußerst geringe Kennzeichnungskraft, sodaß zwischen der Bezeichnung „Fi* P*“ und der Wortmarke der klagenden Partei „F*“ Verwechslungsgefahr bestehe.

Die beklagten Parteien sprachen sich gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus und bestritten jede Verwechslungsgefahr. Das Wort „Fi*“ weise auf die besondere Beschaffenheit der Lutscher, nämlich auf deren moussierende Füllung hin. Da das Wort „P*“ die Bedeutung von „Lutscher“ habe, besitze die Bezeichnung „Fi* P*“ nur einen beschreibenden Charakter und sei in bezug auf die Marke „F*“ überdies nicht verwechselbar ähnlich.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Es ging davon aus, daß die klagende Partei im Hinblick auf die Registrierung ihrer Marke den Schutz des § 9 Abs 3 UWG genieße. Für den Käufer sei das von den beklagten Parteien blickfangartig hervorgehobene Wort „Fi*“ von entscheidender Bedeutung. Der hauptsächlich aus Kindern bestehende Abnehmerkreis werde durch die Bezeichnung „Fi* P*“, falls überhaupt ein Unterschied wahrgenommen werde, zu der Annahme verleitet, die beiden Lutscher stammten von ein und demselben Unternehmen. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Es ging davon aus, daß die klagende Partei im Hinblick auf die Registrierung ihrer Marke den Schutz des Paragraph 9, Absatz 3, UWG genieße. Für den Käufer sei das von den beklagten Parteien blickfangartig hervorgehobene Wort „Fi*“ von entscheidender Bedeutung. Der hauptsächlich aus Kindern bestehende Abnehmerkreis werde durch die Bezeichnung „Fi* P*“, falls überhaupt ein Unterschied wahrgenommen werde, zu der Annahme verleitet, die beiden Lutscher stammten von ein und demselben Unternehmen.

Das Rekursgericht änderte diese Entscheidung lediglich dahin ab, daß es die Wirksamkeit der vom Erstgericht erlassenen einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung in der Höhe von S 100.000.-- abhängig machte. Es billigte die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, wobei es insbesondere auf Grund des durch das Wort „Fi*“ geprägten optischen Gesamteindrucks eine Verwechslungsgefahr annahm.

Gegen diese Entscheidung richteten sich die Revisionsrekurse beider Teile. Die klagende Partei bekämpfte lediglich die ihr auferlegte Sicherheitsleistung und beantragte die Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz. Die beklagten Parteien beantragten, den angefochtenen Beschluß dahin abzuändern, daß der Sicherungsantrag abgewiesen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagten Parteien beantragten schließlich, für den Fall der Bestätigung der angefochtenen Entscheidung ihnen den Erlag eines Befreiungsbetrages aufzuerlegen und auszusprechen, daß für den Fall seines Erlages die einstweilige Verfügung außer Kraft trete.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der klagenden Partei ist berechtigt, jener der beklagten Parteien hingegen nicht berechtigt.

Zum Revisionsrekurs der beklagten Parteien:

Die Rechtsmittelwerber vertreten die Auffassung, der Marke „F*“ komme infolge ihrer bloß geringfügigen Abweichung von der reinen Beschaffenheitsangabe „Fi*“ ein nur sehr eingeschränkter Schutzzumfang zu. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichtes habe sie den beschreibenden Charakter der Bezeichnung „Fi* P*“ im Sinne eines Lutschers mit moussierender Füllung in erster Instanz sowohl behauptet als auch durch Vorlage eines solchen Lutschers und von Textstellen einschlägiger Wörterbücher bescheinigt. Die Annahme einer Verwechslungsgefahr sei daher infolge des äußerst engen Schutzbereiches der Marke verfehlt. Im übrigen liege aber auch die vom Rekursgericht aus dem Wortbild abgeleitete Verwechslungsgefahr nicht vor, weil zwei auffällig getrennte Wörter in unterschiedlicher Schrift verwendet würden, die überdies durch Einrückung in einen roten Kreis besonders hervorgehoben worden seien, ohne daß das ? wenn auch unwesentlich ? kleinere Wort „P*“ in den Hintergrund träte. Als Blickfang diene die Gesamtbezeichnung „Fi* P*“, sodaß den Abnehmern beide Wörter im Gedächtnis haften blieben.

Diesen Auffassungen kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Ob eine Marke unterscheidungskräftig ist, muß gemäß dem § 1 Abs 2 MSchG unter Berücksichtigung aller Tatumstände nach Maßgabe der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise beurteilt werden. Entscheidend ist daher nicht so sehr, ob die Marke an sich Unterscheidungskraft besitzt, sondern vor allem, ob sie im Geschäftsverkehr als Zeichen der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aufgefaßt werden kann. Beteiligte Verkehrskreise sind alle

Personen, die als Erwerber der Ware in Betracht kommen, also insbesondere auch die Verbraucher (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht, 162). Ob eine Marke unterscheidungskräftig ist, muß gemäß dem Paragraph eins, Absatz 2, MSchG unter Berücksichtigung aller Tatumstände nach Maßgabe der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise beurteilt werden. Entscheidend ist daher nicht so sehr, ob die Marke an sich Unterscheidungskraft besitzt, sondern vor allem, ob sie im Geschäftsverkehr als Zeichen der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aufgefaßt werden kann. Beteiligte Verkehrskreise sind alle Personen, die als Erwerber der Ware in Betracht kommen, also insbesondere auch die Verbraucher (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht, 162).

Im vorliegenden Fall ist nach der Art der Ware davon auszugehen, daß als Verbraucher erwachsene Personen und Kinder aller Bevölkerungsschichten in Betracht kommen. Diesem Käuferkreis ist aber von Ausnahmen abgesehen die Kenntnis der Bedeutung des Wortes „Fi*“ nicht zuzumuten. Dieses Wort kann vielmehr von der weitaus überwiegenden Mehrzahl dieser Käufer mangels jeglichen Anhaltspunktes aus dem Wortschatz der deutschen Sprache nur für ein Phantasiewort gehalten werden, ohne daß eine Beschaffenheitsangabe oder sonst ein unmittelbarer, wesensgemäßer Zusammenhang dieser Ware mit diesem Wort erblickt wird. Dem Wort „Fi*“ kommt daher nach Auffassung der beteiligten Verkehrskreise eine deutliche Unterscheidungskraft zu, sodaß es entgegen der Meinung der Rechtsmittelwerber nicht als schwaches Zeichen, dem ein eingeschränkter Schutzbereich zukäme, angesehen werden kann.

Von diesen Erwägungen ausgehend, ist die Verwechslungsgefahr zu prüfen. Ihr Vorliegen ist nach der Auffassung eines nicht ganz unbeträchtlichen Teiles der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen. Dabei ist immer von der Vorstellung auszugehen, die diese Kreise schon bei flüchtiger Betrachtung in der Eile des Geschäftsverkehrs mit der betreffenden Bezeichnung verbinden. Entscheidend ist der Gesamteindruck, nicht aber eine zergliedernde Betrachtung einzelner Wortbestandteile. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Durchschnittskäufer die beiden Bezeichnungen fast niemals gleichzeitig wahrnimmt, sondern nur mehr oder weniger verschwommene Erinnerungsbilder mit der konkret wahrgenommenen Bezeichnung vergleichen kann (ÖBl 1973, 106; 4 Ob 324/75; 4 Ob 337/76 uva; Hohenecker-Friedl aaO, 50). Die Verwechslungsgefahr ist insbesondere dann anzunehmen, wenn durch den Zeichengebrauch der Anschein einer Identität der beiden Unternehmen (Verwechslungsgefahr im engeren Sinn) oder wenn der Anschein eines besonderen Zusammenhanges wirtschaftlicher oder organisatorischer Natur dieser beiden Unternehmen (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn) erweckt wird. Bei Wortbezeichnungen besteht die Verwechslungsgefahr dann, wenn sie entweder nach dem Wortbild, dem Wortsinn oder dem Wortklang einander so nahe kommen, daß Verwechslungen im geschäftlichen Verkehr entstehen können (ÖBl 1972, 69; 4 Ob 332/75; 4 Ob 337/76 ua; Hohenecker-Friedl aaO).

Im vorliegenden Fall ist bei dem anzustellenden Ähnlichkeitsvergleich auf einen großen Käuferkreis, zu dem auch Kinder zählen, Bedacht zu nehmen, von dem keine besondere Aufmerksamkeit bei der Auswahl des gerade auf diesem Gebiet vielfältigen Angebotes erwartet werden kann und von dem auch anzunehmen ist, daß er sich nicht immer einer exakten Ausdrucksweise bei der Bezeichnung der gewünschten Ware bedient. Bei Gegenüberstellung der beiden für gleichartige Waren dienenden Bezeichnungen „F*“ und „Fi* P*“ ist ersichtlich, daß das Wort ? bzw der Wortstamm „Fi*“ ? eine besonders einprägsame dominierende Stellung einnimmt. Die in der Marke der klagenden Partei enthaltenen, an den erwähnten Wortstamm anschliessenden Endbuchstaben „*“ treten gegenüber dem Wort „Fi*“ umso weniger hervor, als sie wohl von den meisten Kunden als Mehrzahlbildung angenommen werden. Aber auch die Hinzufügung des Wortes „P*“ bei der von den beklagten Parteien verwendeten Bezeichnung steht der Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Die Untergerichte haben nämlich als bescheinigt angenommen, daß das Wort „Fi*“ gegenüber dem Wort „P*“ und den übrigen auf der Umhüllung des Lutschers enthaltenen Aufschriften blickfangartig hervorgehoben wird. Der im Revisionsrekurs unternommene Versuch, von diesem Sachverhalt abzuweichen und davon auszugehen, daß beide Wörter als einheitlicher Blickfang dienen, ohne daß das Wort „P*“ in den Hintergrund träte, ist daher zum Scheitern verurteilt. Diese von dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt in unzulässiger Weise abweichenden Rechtsmittelausführungen werden überdies schon durch einen Blick auf die Umhüllungen der Lutscher widerlegt. Im übrigen besitzt das Wort „P*“ angesichts der dargelegten dominierenden Bedeutung des Wortes „Fi*“ nicht jene Unterscheidungskraft, die eine Verwechslungsgefahr zwischen der Marke der klagenden Partei und der Bezeichnung der beklagten Parteien ausschließen könnte. Daran vermag auch die Umrahmung der beiden Wörter „Fi* P*“ nichts zu ändern, weil sie als übliche Verzierung anzusehen ist, die keine für die Eigenart der Marke bestimmende Unterscheidungskraft besitzt (vgl Hohenecker-Friedl, aaO, 165). Im vorliegenden

Fall ist bei dem anzustellenden Ähnlichkeitsvergleich auf einen großen Käuferkreis, zu dem auch Kinder zählen, Bedacht zu nehmen, von dem keine besondere Aufmerksamkeit bei der Auswahl des gerade auf diesem Gebiet vielfältigen Angebotes erwartet werden kann und von dem auch anzunehmen ist, daß er sich nicht immer einer exakten Ausdrucksweise bei der Bezeichnung der gewünschten Ware bedient. Bei Gegenüberstellung der beiden für gleichartige Waren dienenden Bezeichnungen „F*“ und „Fi* P*“ ist ersichtlich, daß das Wort ? bzw der Wortstamm „Fi*“ ? eine besonders einprägsame dominierende Stellung einnimmt. Die in der Marke der klagenden Partei enthaltenen, an den erwähnten Wortstamm anschliessenden Endbuchstaben „*“ treten gegenüber dem Wort „Fi*“ umso weniger hervor, als sie wohl von den meisten Kunden als Mehrzahlbildung angenommen werden. Aber auch die Hinzufügung des Wortes „P*“ bei der von den beklagten Parteien verwendeten Bezeichnung steht der Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Die Untergerichte haben nämlich als bescheinigt angenommen, daß das Wort „Fi*“ gegenüber dem Wort „P*“ und den übrigen auf der Umhüllung des Lutschers enthaltenen Aufschriften blickfangartig hervorgehoben wird. Der im Revisionsrekurs unternommene Versuch, von diesem Sachverhalt abzuweichen und davon auszugehen, daß beide Wörter als einheitlicher Blickfang dienten, ohne daß das Wort „P*“ in den Hintergrund träte, ist daher zum Scheitern verurteilt. Diese von dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt in unzulässiger Weise abweichenden Rechtsmittelausführungen werden überdies schon durch einen Blick auf die Umhüllungen der Lutscher widerlegt. Im übrigen besitzt das Wort „P*“ angesichts der dargelegten dominierenden Bedeutung des Wortes „Fi*“ nicht jene Unterscheidungskraft, die eine Verwechslungsgefahr zwischen der Marke der klagenden Partei und der Bezeichnung der beklagten Parteien ausschließen könnte. Daran vermag auch die Umrahmung der beiden Wörter „Fi* P*“ nichts zu ändern, weil sie als übliche Verzierung anzusehen ist, die keine für die Eigenart der Marke bestimmende Unterscheidungskraft besitzt (vergleiche Hohenecker-Friedl, aaO, 165).

Der Revisionsrekurs der beklagten Parteien ist aber auch hinsichtlich des Antrages auf Festsetzung eines Befreiungsbetrages im Sinne des § 391 Abs 1 EO nicht berechtigt. Ein solcher Betrag kann nur dann festgesetzt werden, wenn dies nach der Beschaffenheit des Falles zur Sicherung des Antragstellers genügt. Ein Unterlassungsanspruch kann aber in aller Regel nicht durch Gelderlag, sondern nur durch das einstweilige Verbot des beanstandeten Verhaltens gesichert werden (ÖBl 1969, 22; ÖBl 1971, 125; 4 Ob 335-338/77; 4 Ob 347/77 uva). Darüber hinaus bilden die einen Beweis des Schadens, den die klagende Partei durch das Verhalten der beklagten Parteien erleidet, entgegenstehenden, fast unüberwindlichen Schwierigkeiten einen triftigen Grund, den Beklagten die Möglichkeit zu versagen, die einstweilige Verfügung durch Erlag eines Befreiungsbetrages nach dem § 391 Abs 1 EO abzuwenden (ÖBl 1971, 125; Ob 335-338/77 uva). Im übrigen haben die beklagten Parteien Umstände, die im konkreten Fall die Festsetzung eines Befreiungsbetrages rechtfertigen könnten, nicht einmal vorgebracht, sondern haben erstmals im Revisionsrekurs einen diesbezüglichen Antrag gestellt. Der Revisionsrekurs der beklagten Parteien ist aber auch hinsichtlich des Antrages auf Festsetzung eines Befreiungsbetrages im Sinne des Paragraph 391, Absatz eins, EO nicht berechtigt. Ein solcher Betrag kann nur dann festgesetzt werden, wenn dies nach der Beschaffenheit des Falles zur Sicherung des Antragstellers genügt. Ein Unterlassungsanspruch kann aber in aller Regel nicht durch Gelderlag, sondern nur durch das einstweilige Verbot des beanstandeten Verhaltens gesichert werden (ÖBl 1969, 22; ÖBl 1971, 125; 4 Ob 335-338/77; 4 Ob 347/77 uva). Darüber hinaus bilden die einen Beweis des Schadens, den die klagende Partei durch das Verhalten der beklagten Parteien erleidet, entgegenstehenden, fast unüberwindlichen Schwierigkeiten einen triftigen Grund, den Beklagten die Möglichkeit zu versagen, die einstweilige Verfügung durch Erlag eines Befreiungsbetrages nach dem Paragraph 391, Absatz eins, EO abzuwenden (ÖBl 1971, 125; Ob 335-338/77 uva). Im übrigen haben die beklagten Parteien Umstände, die im konkreten Fall die Festsetzung eines Befreiungsbetrages rechtfertigen könnten, nicht einmal vorgebracht, sondern haben erstmals im Revisionsrekurs einen diesbezüglichen Antrag gestellt.

Der Revisionsrekurs der beklagten Parteien muß somit erfolglos bleiben.

Zum Revisionsrekurs der klagenden Partei:

Da die klagende Partei den Unterlassungsanspruch ausreichend bescheinigt hat, wäre die Auferlegung einer Sicherheitsleistung nur dann gerechtfertigt, wenn wegen der Bedeutung des durch die einstweilige Verfügung hervorgerufenen Eingriffes in die Interessen der beklagten Parteien Bedenken bestünden. Durch die Sicherheitsleistung wird die in einem solchen Fall erforderliche Interessenabwägung zwischen der Gefährdung des Antragstellers und dem Eingriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners vorgenommen und ein entsprechender Ausgleich bewirkt (ÖBl 1975, 110 und die dort angeführte Judikatur und Literatur). Umstände, aus denen sich ein

solcher schwerwiegender Eingriff erschließen ließe, wurden aber von den beklagten Parteien in erster Instanz weder behauptet noch bescheinigt noch sind sie im Verfahren hervorgekommen (ÖBl 1975, 110; 4 Ob 335-338/77). Wenn auch entgegen der Auffassung der klagenden Partei die Auferlegung einer Sicherheitsleistung ungeachtet eines in erster Instanz gestellten Antrages formell zulässig war (ÖBl 1975, 110; ÖBl 1971, 28 ua), so fehlte es doch an den dargelegten sachlichen Voraussetzungen. Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei war daher Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung ist in den §§ 78, 402, 393 Abs 1 EO, 40, 50, 52 ZPO begründet. Die Kostenentscheidung ist in den Paragraphen 78, 402, 393, Absatz eins, EO, 40, 50, 52 ZPO begründet.

Textnummer

E800950

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1977:0040OB00396.77.1108.000

Im RIS seit

07.01.2026

Zuletzt aktualisiert am

07.01.2026

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at