jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2002/12/6 4Ob273/02d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.12.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Waldemar B*****, vertreten durch Dr. Egon Engin-Deniz, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei H***** GmbH, ***** vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren 20.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 17. Oktober 2002, GZ 4 R 144/02d-11, womit der Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg vom 3. Mai 2002, GZ 4 Cg 44/02i-4, abgeändert wurde, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung - einschließlich des bestätigten Teils - wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung

Der beklagten Partei wird aufgetragen, es ab sofort zu unterlassen,

1. ein mit dem Produkt "Kleiner Feigling" der Klägerin ähnliches Feigenlikör mit Wodka-Getränk in mit der Wort-Bildmarke der gefährdeten Partei verwechslungsfähig ähnlicher Ausstattung, insbesondere unter Verwendung der Bezeichnung "Kleiner Frechdachs" oder sinngleicher Bezeichnungen, in Verbindung mit einer bildlichen Darstellung eines stilisierten Augenpaares und stilisierter Haare in Verkehr zu bringen;

2. mit der Werbeaussage "Die Trinkidee des Jahres - witzig, frech! Wodka-Feigelikör. Die Parole in Discos, bei Zeltfesten, Partys lautet: Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs!" oder sinngleichen Aussagen für Feigenlikör mit Wodka-Getränke der beklagten Partei im Internet oder anderswo zu werben. Das Mehrbegehren, der beklagten Partei auch zu untersagen, mit der Aussage "Sei kein Feigling, trink kleiner Feigling!" oder sinngleichen Aussagen für Feigenlikör mit Wodka-Getränke der beklagten Partei im Internet oder anderswo zu werben, wird abgewiesen.

Die klagende Partei hat drei Viertel ihrer Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen, ein Viertel dieser Kosten hat sie endgültig selbst zu tragen."

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 177,43 EUR (darin 29,57 EUR Umsatzsteuer) bestimmten anteiligen Kosten ihrer Äußerung und die mit 487,66 EUR (darin 81,27 EUR Umsatzsteuer) bestimmten anteiligen Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die Klägerin stellt Spirituosenspezialitäten, darunter einen Feigenlikör mit Wodka her, den sie unter der Bezeichnung "Der kleine Feigling" in Deutschland und seit 1995 auch in Österreich vertreibt. Sie ist Inhaberin der Wortmarke "Kleiner Feigling", die in Österreich unter der Registernummer AT 151279 eingetragen ist und ab 17. 2. 1994 Schutz genießt. Daneben besteht auch Schutz für die Wortbildmarke "Kleiner Feigling" mit der Darstellung eines Augenpaares, die in Österreich aufgrund der internationalen Registrierung IR 678771 mit Priorität vom 17. 1. 1997 geschützt ist:

Beide Marken sind für die Klasse 33 - Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), insbesondere Spirituosen und Liköre - eingetragen. Die mit den Marken der Klägerin versehenen Getränkeflaschen werden in verschiedenen Größen (0,7 l bis 0,02 l) in Verkehr gebracht. Bis 31. 12. 2001 hatte die Klägerin insgesamt 741,972.831 Flaschen "Kleiner Feigling" in der Größe von 0,02 Litern in Verkehr gebracht, wovon 8,432.702 Stück zwischen 1995 und 31. 12. 2001 allein in Österreich verkauft wurden.

Die Beklagte erzeugt und vertreibt Spirituosen in Österreich, darunter ebenfalls Feigenlikör mit Wodka in 0,02 Liter-Fläschchen unter der Bezeichnung "Kleiner Frechdachs"in nachstehender Aufmachung:

Sie ist Inhaberin einer Wortmarke und einer Wortbildmarke "Kleiner Frechdachs" für Waren der Klasse 33 mit Schutzbeginn 29. 5. 2000 bzw 24. 8. 2001. Die auf ihren Fläschchen angebrachte Wortbildmarke "Kleiner Frechdachs" zeigt ein stilisiertes Gesicht, aus dem das Augenpaar besonders hervorsticht. Auf ihrer Homepage bewirbt die Beklagte den Feigenlikör mit der Aussage: "Die Trinkidee des Jahres - witzig, frech. Die Parole in Discos, bei Zeltfesten, Partys lautet:

"Sei kein Feigling, trink Kleiner Feigling!" Daneben findet sich auf der Homepage ein weiterer Slogan: "Die Trinkidee des Jahres - witzig, frech. Die Parole in Discos, bei Zeltfesten, Partys lautet: "Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs!".

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches begehrt die Klägerin, der Beklagten aufzutragen, es zu unterlassen, 1. ein mit dem Produkt "Kleiner Feigling" der Klägerin ähnliches Feigenlikör mit Wodka-Getränk in mit der Wortbildmarke der gefährdeten Partei verwechslungsfähig ähnlicher Ausstattung, insbesondere unter Verwendung der Bezeichnung "Kleiner Frechdachs" oder sinngleicher Bezeichnungen, in Verbindung mit einer bildlichen Darstellung eines stilisierten Augenpaares und stilisierter Haare, in Verkehr zu bringen; 2. mit den Werbeaussagen "Die Trinkidee des Jahres - witzig, frech! Wodka-Feigenlikör. Die Parole in Discos, bei Zeltfesten, Partys lautet: "Sei kein Feigling, trink Kleiner Feigling!" oder "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs!" oder sinngleichen Aussagen für Feigenlikör mit Wodka-Getränke der beklagten Partei im Internet oder anderswo zu werben. Das Produkt der Klägerin sei weithin bekannt und werde sowohl bei Endverbrauchern als auch bei Wiederverkäufern geschätzt. Die Klägerin habe bis 31. 12. 2001 in Deutschland 741,972.831 Flaschen in der Größe 0,02 Liter verkauft und für die Bewerbung des Produkts zwischen 1992 bis Ende 2001 mehr als 4,000.000 DM ausgegeben. Seit Einführung des Produkts auf dem österreichischen Markt habe sie bis Ende 2001 8,432.702 Flaschen in Österreich verkauft; davon entfielen allein auf das Jahr 2001 1,756.560 Flaschen, die sie über ca 10.000 Absatzstellen vertrieben habe. Die in Deutschland durchgeführten Werbemaßnahmen seien auch über die Privatfernsehsender SAT 1, PRO 7 und Kabel 1 in Österreich empfangen worden, sodass von einem überragenden Bekanntheitsgrad des Produkts auch in Österreich ausgegangen werden könne. Die Beklagte beute die Bekanntheit und den guten Ruf des Produkts der Klägerin aus, indem sie sich in der Aufmachung ihrer Ware und in den Werbeaussagen an diese anlehne. Sie betreibe genau dasselbe Produkt wie die Klägerin in einer auch von ihr angegebenen Flaschengröße; ihr Zeichen "Kleiner Frechdachs" erinnere begrifflich an die Marke der Klägerin, die graphische Gestaltung der Etiketten in Schriftbild und Darstellung zweier stilisierter Augen und Haare seien ähnlich, die Werbeaussage der Beklagten nenne auch die Marke der Klägerin und spiele damit deutlich auf das Konkurrenzprodukt an. Im Übrigen behaupte die Beklagte, die "Trinkidee des Jahres" zu haben, was unrichtig sei, weil das Produkt der Klägerin schon länger auf dem Markt bekannt sei. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte die Aufmachung des Produkts und die Marke der Klägerin bewusst nachahme, sie gebe die Marke der Klägerin wortgetreu wieder und setze das Begriffspaar "Feigling" und "Frechdachs" bewusst ein, um an der Bekanntheit des Produkts und der Marke der Klägerin zu schmarotzen und dieses gleichzeitig abzuwerten. Sie handle daher sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG und verletze die Markenrechte der Klägerin, indem sie sich an deren Wortbildmarke in verwechslungsfähiger Weise anlehne. Die Verwendung des begrifflichen Gegenteils von "Feigling", nämlich "Frechdachs", wecke beim Konsumenten Assoziationen zur Marke der Klägerin, deren graphische Gestaltung nachgeahmt werde. Es sei daher anzunehmen, dass der redliche Verkehr die beiden Marken gedanklich in Verbindung bringe. Die Beklagte beantragte,

den Sicherungsantrag abzuweisen. Ihr Erzeugnis "Kleiner Frechdachs" werde nur in Fläschchen zu je 20 ml vertrieben, sodass die Bezeichnung als "klein" naheliegend sei. Die Werbeaussage "Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs" setze das Erzeugnis der Klägerin in keiner Weise herab, nenne es doch weder deren Markennamen "Kleiner Feigling" noch fordere sie dazu auf, vom Kauf des Erzeugnisses der Klägerin Abstand zu nehmen und stattdessen jenes der Beklagten zu kaufen. Die Werbung enthalte auch keine herabsetzende Bemerkung über das Konkurrenzprodukt. Die Aufforderung, nicht feige zu sein, sei daher wettbewerbsrechtlich völlig neutral. Es könne auch nicht von einer anlehnenden Werbung gesprochen werden, versuche doch die Beklagte nicht, die Güte ihres Angebots ausschließlich durch Gleichsetzung mit Eigenschaften des fremden Produkts zu beweisen. Dass auf der Web-Site der Beklagten auch der Slogan "Sei kein Feigling, trink Kleiner Feigling" aufscheine, sei auf einen Irrtum der Gestalterin der Web-Site zurückzuführen. Der Wortlaut sei von der Beklagten in keiner Weise beabsichtigt gewesen und sei ihr zunächst auch nicht aufgefallen. Sie habe erst durch Zustellung der Klage davon erfahren, habe hierauf sogleich die Website entsprechend geändert und erkläre sich zum Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs sowie zur Einschaltung des Vergleichstexts auf der Homepage für die Dauer eines Monats bereit. Im Übrigen habe die Beklagte weder die Produktaufmachung der Klägerin sittenwidrig nachgeahmt noch die Markenrechte der Klägerin verletzt. Abgesehen davon, dass die Beklagte ihr Produkt nur in der Flaschengröße von 20 ml anbiete, unterscheide sich ihre Flasche sowohl in Form als auch Farbausstattung gänzlich von jener der Klägerin. Auch die Bezeichnungen "Frechdachs" und "Feigling" seien für den Durchschnittsverbraucher ohne Schwierigkeiten zu unterscheiden. Auch die stilisierten Augen wiesen ausreichende Unterschiede auf. Im Übrigen sei der "Frechdachs" auf der Etikette der Beklagten auch tatsächlich abgebildet, während sich auf der Etikette der Klägerin lediglich ein Augenpaar befinde. Aufgrund ihrer augenfällig unterschiedlichen Markenbezeichnungen und Gestaltungen werde der Durchschnittsverbraucher daher beide Erzeugnisse nicht miteinander in Verbindung bringen, geschweige denn miteinander verwechseln. Es könne daher von einem Schmarotzen an der Bekanntheit des Produkts der Klägerin keine Rede sein. Unerfindlich sei, worin die in der Klage behauptete Abwertung des Produkts der Klägerin bestehen solle. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte die Güte ihres eigenen Angebots durch Gleichsetzung mit den Eigenschaften des Produkts der Klägerin zu beweisen versuche. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Es bejahte sowohl einen Verstoß gegen § 1 UWG als auch eine Markenrechtsverletzung. Die Beklagte nütze den Ruf des Produkts der Klägerin aus, indem sie sich in der Aufmachung der Ware und in ihren Werbeaussagen an dieses anlehne und beim Kunden eine Assoziation zum Produkt der Klägerin herstelle. Schon das Begriffspaar "Feigling" - "Frechdachs" bilde einen Gegensatz, der in Bezug auf das Produkt eine Verbindung vermuten lasse; das vorangestellte Eigenschaftswort "kleiner" führe die Assoziation herbei. Dadurch, dass die Beklagte ihr Produkt in Gegensatz zu jenem der Klägerin stelle, hebe sie den negativen Aspekt eines "Feiglings" (den die Klägerin nicht im Sinn der Eigenschaft feig, sondern als Wortspiel abgeleitet von dem Produkt Feigenlikör verstehe) hervor. Das bedeute, dass der Verbraucher erst durch den Gegensatz zu "Kleiner Frechdachs" eine Abwertung des von der Klägerin verwendeten Begriffs empfinden könne. Dies werde besonders deutlich durch die Aussage der Beklagten "Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs". Hiemit werde dem Verbraucher unmissverständlich suggeriert, er möge nicht "feig sein", sondern das Produkt der Beklagten vorziehen. Damit verstoße die Beklagte aber gegen § 1 UWG. Im Übrigen lehne sie sich an die Wortbildmarke der Klägerin in verwechslungsfähiger Weise an. Es sei anzunehmen, dass der redliche Verkehr die Marken gedanklich miteinander in Verbindung bringe. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. In Anbetracht der unterschiedlichen Flaschenform, Farbausstattung und Beschriftung wie auch der Abweichungen in der Darstellung auf der Etikette verneinte das Rekursgericht eine sittenwidrige Nachahmung der Warenausstattung. Auch die verwendeten Worte "Frechdachs" und "Feigling" seien nicht zu verwechseln. Der Durchschnittsverbraucher werde nicht vermuten, dass die Produkte der Streitteile vom selben Hersteller stammen. Er werde beide Erzeugnisse aufgrund ihrer augenfällig unterschiedlichen Markenbezeichnungen und Gestaltungen nicht miteinander in Verbindung bringen, geschweige denn miteinander verwechseln, sodass von einem Schmarotzen an der Bekanntheit des Produkts der Klägerin keine Rede sein könne. Hinweise darauf, dass die Beklagte die Güte ihres Angebots ausschließlich durch Gleichsetzung mit den Eigenschaften des Produkts der Klägerin zu beweisen versuche, bestünden nicht. Das Rekursgericht verneinte auch eine Markenrechtsverletzung. Die beiden Zeichen stimmten weder im Wortlaut noch im Wortklang überein noch wiesen sie Ähnlichkeiten auf. Sie würden auch nicht gedanklich miteinander in Verbindung gebracht. Im Übrigen seien beide Produkte als Erzeugnisse zweier unterschiedlicher Hersteller in zwei verschiedenen Ländern erkennbar. Die Aufforderung "Sei kein Feigling" sei kein markenmäßiger

Gebrauch, sondern ein umgangssprachlicher, sodass auch dadurch keine Markenverletzung begründet werden könne.Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches begehrt die Klägerin, der Beklagten aufzutragen, es zu unterlassen, 1. ein mit dem Produkt "Kleiner Feigling" der Klägerin ähnliches Feigenlikör mit Wodka-Getränk in mit der Wortbildmarke der gefährdeten Partei verwechslungsfähig ähnlicher Ausstattung, insbesondere unter Verwendung der Bezeichnung "Kleiner Frechdachs" oder sinngleicher Bezeichnungen, in Verbindung mit einer bildlichen Darstellung eines stilisierten Augenpaares und stilisierter Haare, in Verkehr zu bringen; 2. mit den Werbeaussagen "Die Trinkidee des Jahres - witzig, frech! Wodka-Feigenlikör. Die Parole in Discos, bei Zeltfesten, Partys lautet: "Sei kein Feigling, trink Kleiner Feigling!" oder "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs!" oder sinngleichen Aussagen für Feigenlikör mit Wodka-Getränke der beklagten Partei im Internet oder anderswo zu werben. Das Produkt der Klägerin sei weithin bekannt und werde sowohl bei Endverbrauchern als auch bei Wiederverkäufern geschätzt. Die Klägerin habe bis 31. 12. 2001 in Deutschland 741,972.831 Flaschen in der Größe 0,02 Liter verkauft und für die Bewerbung des Produkts zwischen 1992 bis Ende 2001 mehr als 4,000.000 DM ausgegeben. Seit Einführung des Produkts auf dem österreichischen Markt habe sie bis Ende 2001 8,432.702 Flaschen in Österreich verkauft; davon entfielen allein auf das Jahr 2001 1,756.560 Flaschen, die sie über ca 10.000 Absatzstellen vertrieben habe. Die in Deutschland durchgeführten Werbemaßnahmen seien auch über die Privatfernsehsender SAT 1, PRO 7 und Kabel 1 in Österreich empfangen worden, sodass von einem überragenden Bekanntheitsgrad des Produkts auch in Österreich ausgegangen werden könne. Die Beklagte beute die Bekanntheit und den guten Ruf des Produkts der Klägerin aus, indem sie sich in der Aufmachung ihrer Ware und in den Werbeaussagen an diese anlehne. Sie betreibe genau dasselbe Produkt wie die Klägerin in einer auch von ihr angegebenen Flaschengröße; ihr Zeichen "Kleiner Frechdachs" erinnere begrifflich an die Marke der Klägerin, die graphische Gestaltung der Etiketten in Schriftbild und Darstellung zweier stilisierter Augen und Haare seien ähnlich, die Werbeaussage der Beklagten nenne auch die Marke der Klägerin und spiele damit deutlich auf das Konkurrenzprodukt an. Im Übrigen behaupte die Beklagte, die "Trinkidee des Jahres" zu haben, was unrichtig sei, weil das Produkt der Klägerin schon länger auf dem Markt bekannt sei. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte die Aufmachung des Produkts und die Marke der Klägerin bewusst nachahme, sie gebe die Marke der Klägerin wortgetreu wieder und setze das Begriffspaar "Feigling" und "Frechdachs" bewusst ein, um an der Bekanntheit des Produkts und der Marke der Klägerin zu schmarotzen und dieses gleichzeitig abzuwerten. Sie handle daher sittenwidrig im Sinn des Paragraph eins, UWG und verletze die Markenrechte der Klägerin, indem sie sich an deren Wortbildmarke in verwechslungsfähiger Weise anlehne. Die Verwendung des begrifflichen Gegenteils von "Feigling", nämlich "Frechdachs", wecke beim Konsumenten Assoziationen zur Marke der Klägerin, deren graphische Gestaltung nachgeahmt werde. Es sei daher anzunehmen, dass der redliche Verkehr die beiden Marken gedanklich in Verbindung bringe. Die Beklagte beantragte, den Sicherungsantrag abzuweisen. Ihr Erzeugnis "Kleiner Frechdachs" werde nur in Fläschchen zu je 20 ml vertrieben, sodass die Bezeichnung als "klein" naheliegend sei. Die Werbeaussage "Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs" setze das Erzeugnis der Klägerin in keiner Weise herab, nenne es doch weder deren Markennamen "Kleiner Feigling" noch fordere sie dazu auf, vom Kauf des Erzeugnisses der Klägerin Abstand zu nehmen und stattdessen jenes der Beklagten zu kaufen. Die Werbung enthalte auch keine herabsetzende Bemerkung über das Konkurrenzprodukt. Die Aufforderung, nicht feige zu sein, sei daher wettbewerbsrechtlich völlig neutral. Es könne auch nicht von einer anlehnenden Werbung gesprochen werden, versuche doch die Beklagte nicht, die Güte ihres Angebots ausschließlich durch Gleichsetzung mit Eigenschaften des fremden Produkts zu beweisen. Dass auf der Web-Site der Beklagten auch der Slogan "Sei kein Feigling, trink Kleiner Feigling" aufscheine, sei auf einen Irrtum der Gestalterin der Web-Site zurückzuführen. Der Wortlaut sei von der Beklagten in keiner Weise beabsichtigt gewesen und sei ihr zunächst auch nicht aufgefallen. Sie habe erst durch Zustellung der Klage davon erfahren, habe hierauf sogleich die Website entsprechend geändert und erkläre sich zum Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs sowie zur Einschaltung des Vergleichstexts auf der Homepage für die Dauer eines Monats bereit. Im Übrigen habe die Beklagte weder die Produktaufmachung der Klägerin sittenwidrig nachgeahmt noch die Markenrechte der Klägerin verletzt. Abgesehen davon, dass die Beklagte ihr Produkt nur in der Flaschengröße von 20 ml anbiete, unterscheide sich ihre Flasche sowohl in Form als auch Farbausstattung gänzlich von jener der Klägerin. Auch die Bezeichnungen "Frechdachs" und "Feigling" seien für den Durchschnittsverbraucher ohne Schwierigkeiten zu unterscheiden. Auch die stilisierten Augen wiesen ausreichende Unterschiede auf. Im Übrigen sei der "Frechdachs" auf der Etikette der Beklagten auch tatsächlich abgebildet, während sich auf der Etikette der Klägerin lediglich ein Augenpaar befinde. Aufgrund ihrer augenfällig unterschiedlichen Markenbezeichnungen und Gestaltungen werde der Durchschnittsverbraucher daher beide Erzeugnisse nicht

miteinander in Verbindung bringen, geschweige denn miteinander verwechseln. Es könne daher von einem Schmarotzen an der Bekanntheit des Produkts der Klägerin keine Rede sein. Unerfindlich sei, worin die in der Klage behauptete Abwertung des Produkts der Klägerin bestehen solle. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte die Güte ihres eigenen Angebots durch Gleichsetzung mit den Eigenschaften des Produkts der Klägerin zu beweisen versuche. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Es bejahte sowohl einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG als auch eine Markenrechtsverletzung. Die Beklagte nütze den Ruf des Produkts der Klägerin aus, indem sie sich in der Aufmachung der Ware und in ihren Werbeaussagen an dieses anlehne und beim Kunden eine Assoziation zum Produkt der Klägerin herstelle. Schon das Begriffspaar "Feigling" - "Frechdachs" bilde einen Gegensatz, der in Bezug auf das Produkt eine Verbindung vermuten lasse; das vorangestellte Eigenschaftswort "kleiner" führe die Assoziation herbei. Dadurch, dass die Beklagte ihr Produkt in Gegensatz zu jenem der Klägerin stelle, hebe sie den negativen Aspekt eines "Feiglings" (den die Klägerin nicht im Sinn der Eigenschaft feig, sondern als Wortspiel abgeleitet von dem Produkt Feigenlikör verstehe) hervor. Das bedeute, dass der Verbraucher erst durch den Gegensatz zu "Kleiner Frechdachs" eine Abwertung des von der Klägerin verwendeten Begriffs empfinden könne. Dies werde besonders deutlich durch die Aussage der Beklagten "Sei kein Feigling, trink Kleiner Frechdachs". Hiemit werde dem Verbraucher unmissverständlich suggeriert, er möge nicht "feig sein", sondern das Produkt der Beklagten vorziehen. Damit verstoße die Beklagte aber gegen Paragraph eins, UWG. Im Übrigen lehne sie sich an die Wortbildmarke der Klägerin in verwechslungsfähiger Weise an. Es sei anzunehmen, dass der redliche Verkehr die Marken gedanklich miteinander in Verbindung bringe. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. In Anbetracht der unterschiedlichen Flaschenform, Farbausstattung und Beschriftung wie auch der Abweichungen in der Darstellung auf der Etikette verneinte das Rekursgericht eine sittenwidrige Nachahmung der Warenausstattung. Auch die verwendeten Worte "Frechdachs" und "Feigling" seien nicht zu verwechseln. Der Durchschnittsverbraucher werde nicht vermuten, dass die Produkte der Streitteile vom selben Hersteller stammen. Er werde beide Erzeugnisse aufgrund ihrer augenfällig unterschiedlichen Markenbezeichnungen und Gestaltungen nicht miteinander in Verbindung bringen, geschweige denn miteinander verwechseln, sodass von einem Schmarotzen an der Bekanntheit des Produkts der Klägerin keine Rede sein könne. Hinweise darauf, dass die Beklagte die Güte ihres Angebots ausschließlich durch Gleichsetzung mit den Eigenschaften des Produkts der Klägerin zu beweisen versuche, bestünden nicht. Das Rekursgericht verneinte auch eine Markenrechtsverletzung. Die beiden Zeichen stimmten weder im Wortlaut noch im Wortklang überein noch wiesen sie Ähnlichkeiten auf. Sie würden auch nicht gedanklich miteinander in Verbindung gebracht. Im Übrigen seien beide Produkte als Erzeugnisse zweier unterschiedlicher Hersteller in zwei verschiedenen Ländern erkennbar. Die Aufforderung "Sei kein Feigling" sei kein markenmäßiger Gebrauch, sondern ein umgangssprachlicher, sodass auch dadurch keine Markenverletzung begründet werden könne.

Rechtliche Beurteilung

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil das Rekursgericht bei Beurteilung der geltend gemachten Markenrechtsverletzung von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist; er ist auch berechtigt. Die Klägerin stützt ihr Unterlassungsbegehren auch auf eine Verletzung ihrer Markenrechte. Sie vertritt die Auffassung, Verwechslungsgefahr im Sinn des § 10 Abs 1 Z 2 MSchG liege entgegen der Auffassung des Rekursgerichts vor. Für ihre Beurteilung sei nicht das zergliedernde Betrachtung der einzelnen Bestandteile, sondern der Gesamteindruck maßgebend, wofür einzelne Elemente in unterschiedlicher Gewichtung beitragen könnten. Die Vielzahl der Übereinstimmungen der prioritätsjüngeren Darstellung mit der Wortbildmarke der Klägerin im Zusammenhang mit der Ähnlichkeit der gewählten Bezeichnung für die gleiche Ware führe die Gefahr von Verwechslungen herbei.Der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil das Rekursgericht bei Beurteilung der geltend gemachten Markenrechtsverletzung von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist; er ist auch berechtigt. Die Klägerin stützt ihr Unterlassungsbegehren auch auf eine Verletzung ihrer Markenrechte. Sie vertritt die Auffassung, Verwechslungsgefahr im Sinn des Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MSchG liege entgegen der Auffassung des Rekursgerichts vor. Für ihre Beurteilung sei nicht das zergliedernde Betrachtung der einzelnen Bestandteile, sondern der Gesamteindruck maßgebend, wofür einzelne Elemente in unterschiedlicher Gewichtung beitragen könnten. Die Vielzahl der Übereinstimmungen der prioritätsjüngeren Darstellung mit der Wortbildmarke der Klägerin im Zusammenhang mit der Ähnlichkeit der gewählten Bezeichnung für die gleiche Ware führe die Gefahr von Verwechslungen herbei.

Dazu wird erwogen:

§ 10 Abs 1 Z 2 MSchG gestattet es dem Inhaber einer (prioritätsälteren) Marke, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren (oder Dienstleistungen) zu benutzen, wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Was unter Benutzung eines Zeichens zu verstehen ist, ergibt sich aus § 10a MSchG. Unter Benutzung eines Zeichens zur Kennzeichnung einer Ware versteht § 10a MSchG insbesondere das Anbringen des Zeichens auf Waren oder deren Aufmachung (Z 1). Als Benutzung wird auch angesehen, unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen (Z 2) oder das Zeichen in den Geschäftspapieren, in Ankündigungen oder in der Werbung zu verwenden (Z 4). Im vorliegenden Fall ist daher auschlaggebend, ob die Beklagte ein mit der Marke ähnliches Zeichen im Sinn des § 10a MSchG benutzt und ob dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MSchG gestattet es dem Inhaber einer (prioritätsälteren) Marke, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren (oder Dienstleistungen) zu benutzen, wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Was unter Benutzung eines Zeichens zu verstehen ist, ergibt sich aus Paragraph 10 a, MSchG. Unter Benutzung eines Zeichens zur Kennzeichnung einer Ware versteht Paragraph 10 a, MSchG insbesondere das Anbringen des Zeichens auf Waren oder deren Aufmachung (Ziffer eins,). Als Benutzung wird auch angesehen, unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen (Ziffer 2,) oder das Zeichen in den Geschäftspapieren, in Ankündigungen oder in der Werbung zu verwenden (Ziffer 4,). Im vorliegenden Fall ist daher auschlaggebend, ob die Beklagte ein mit der Marke ähnliches Zeichen im Sinn des Paragraph 10 a, MSchG benutzt und ob dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.

An der Warengleichartigkeit im Sinn des § 10 Abs 1 Z 2 ist im vorliegenden Fall ebensowenig zu zweifeln wie an einer - nach dem bescheinigten Sachverhalt - nicht unbedeutenden Bekanntheit der älteren Marke und an ihrer Eignung, die Waren, für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und von Produkten anderer Unternehmen zu unterscheiden (siehe EuGH-Sammlung 1999 I 2779 = ÖBl 1999, 255 - Chiemsee; ÖBl 2001, 159 - T-One).An der Warengleichartigkeit im Sinn des Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, ist im vorliegenden Fall ebensowenig zu zweifeln wie an einer - nach dem bescheinigten Sachverhalt - nicht unbedeutenden Bekanntheit der älteren Marke und an ihrer Eignung, die Waren, für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und von Produkten anderer Unternehmen zu unterscheiden (siehe EuGH-Sammlung 1999 römisch eins 2779 = ÖBl 1999, 255 - Chiemsee; ÖBl 2001, 159 - T-One).

Für den Begriff der Verwechslungsgefahr gilt gemeinschaftsweit ein einheitlicher Maßstab, den der EuGH in mehreren Entscheidungen konkretisiert hat. Danach ist - ebenso wie nach ständiger österreichischer Rechtsprechung - die Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (ÖBl 2001, 159 - T-One mwN; zuletzt etwa 4 Ob 18/02d und 4 Ob 137/02d). Eine umfassende Beurteilung bedeutet, dass auf die Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken, deren Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad auf dem Markt und der Ähnlichkeit der von ihnen erfassten Waren oder Dienstleistungen Bedacht zu nehmen ist. So kann ein geringer Grad der Gleichartigkeit der erfassten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH ÖBl 1999, 105 - Cannon/Canon; ÖBl 2001, 159 - T-One; 4 Ob 18/02d). Folge dieser Wechselwirkung ist es, dass bei Warenidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich ist, um Verwechslungsgefahr auszuschließen, als bei einem größeren Warenabstand (Ingerl/Rohnke, dMarkengesetz § 14 Rz 180 mit Nachweisen aus der deutschen Rechtsprechung; 4 Ob 18/02d; RIS-Justiz RS0116294). Ob das von der Beklagten verwendete Zeichen der Marke der Klägerin in Bild, Klang oder Bedeutung ähnlich ist, richtet sich nach dem Gesamteindruck, den Marke und Zeichen hervorrufen. Dabei sind die sie unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen. Entscheidend ist die Wirkung auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungsart, der die Marke regelmäßig als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die Einzelheiten achtet (EuGHSlg 1997 I-6191 = ÖBl 1998, 106 - Sabèl/Puma Rn 23; EuGHSlg 1999 I-3819 = ÖBl 1999, 305 - Lloyd/Lloint's - Rn 36 mwN; ÖBl 2001, 159 - T-One). Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen:Für den Begriff der Verwechslungsgefahr gilt gemeinschaftsweit ein einheitlicher Maßstab, den der EuGH in mehreren Entscheidungen konkretisiert hat. Danach ist

- ebenso wie nach ständiger österreichischer Rechtsprechung - die Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (ÖBl 2001, 159 - T-One mwN; zuletzt etwa 4 Ob 18/02d und 4 Ob 137/02d). Eine umfassende Beurteilung bedeutet, dass auf die Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken, deren Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad auf dem Markt und der Ähnlichkeit der von ihnen erfassten Waren oder Dienstleistungen Bedacht zu nehmen ist. So kann ein geringer Grad der Gleichartigkeit der erfassten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH ÖBl 1999, 105 - Cannon/Canon; ÖBl 2001, 159 - T-One; 4 Ob 18/02d). Folge dieser Wechselwirkung ist es, dass bei Warenidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich ist, um Verwechslungsgefahr auszuschließen, als bei einem größeren Warenabstand (Ingerl/Rohnke, dMarkengesetz Paragraph 14, Rz 180 mit Nachweisen aus der deutschen Rechtsprechung; 4 Ob 18/02d; RIS-Justiz RS0116294). Ob das von der Beklagten verwendete Zeichen der Marke der Klägerin in Bild, Klang oder Bedeutung ähnlich ist, richtet sich nach dem Gesamteindruck, den Marke und Zeichen hervorrufen. Dabei sind die sie unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen. Entscheidend ist die Wirkung auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungsart, der die Marke regelmäßig als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die Einzelheiten achtet (EuGHSlg 1997 I-6191 = ÖBl 1998, 106 - Sabèl/Puma Rn 23; EuGHSlg 1999 I-3819 = ÖBl 1999, 305 - Lloyd/Lloint's - Rn 36 mwN; ÖBl 2001, 159 - T-One). Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ist die Verwechslungsgefahr zu bejahen:

Beide zur Kennzeichnung von Feigenlikör mit Wodka verwendeten Wortbildmarken enthalten ein Hauptwort, das eine (im gewissen Sinn gegensätzliche) Charaktereigenschaft ausdrückt und in Verbindung mit dem weiteren Eigenschaftswort "kleiner" verwendet wird. Beide Charaktereigenschaften beginnen mit "F" und sind zweisilbig. Die graphische Gestaltung der beiden Marken, deren Gesamteindruck von dem aus einem nach links geneigten Gesicht hervortretenden Augenpaar auf dunklem Grund maßgeblich bestimmt wird, löst ganz ähnliche Assoziationen aus. Einem die Marke der Klägerin als Ganzes wahrnehmenden Durchschnittsverbraucher bleiben die angeführten Merkmale der klägerischen Marke mehr oder weniger verschwommen im Gedächtnis haften. Er wird sich, was den Wortteil der Marke betrifft, vor allem daran erinnern können, dass dieser eine Charaktereigenschaft bezeichnet. Da er regelmäßig beide Marken nicht gleichzeitig wahrnimmt, besteht die Gefahr, dass er das auf dem Produkt der Beklagten angebrachte Zeichen aufgrund der gleichfalls darin enthaltenen zweisilbigen und mit "F" beginnenden Charaktereigenschaft und der in wesentlichen Punkten ganz ähnlichen bildlichen Darstellung des hervortretenden Augenpaares auf dunklem Hintergrund mit der ihm aus der Erinnerung bekannten Marke der Klägerin verwechselt.

Das zu Punkt 1 erhobene Sicherungsbegehren besteht somit zu Recht. Die Beklagte hat durch Verwendung eines der Marke der Klägerin ähnlichen Zeichens für die Kennzeichnung gleicher Waren die Gefahr von Verwechslungen hervorgerufen (§ 10 Abs 1 Z 2 MSchG iVm § 10a Z 1 und 2 MSchG). Ob das Unterlassungsbegehren auch unter den Gesichtspunkten einer sittenwidrigen Rufausbeutung oder der vermeidbaren Herkunftstäuschung berechtigt wäre, kann offenbleiben. In seinem Punkt 2 ist das Unterlassungsbegehren wegen des durch die Beklagte verwirklichten Markeneingriffs insoweit berechtigt, als der Beklagten die Werbeaussage "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs!" verboten werden soll. Unter dem markenmäßigen Gebrauch eines Zeichens wird nach § 10a Z 4 MSchG auch seine Verwendung in Geschäftspapieren, in Ankündigungen oder in der Werbung verstanden. Die Benutzung einer fremden Marke kann auch im Rahmen der vergleichenden Werbung eines Konkurrenzunternehmers erfolgen (Fezer, Markenrecht^3 § 14 dMarkenG Rz 496 mwN und § 23 Rz 49). Ob die Wiedergabe einer fremden Marke kennzeichenmäßigen Gebrauch verwirklicht, hängt vom Verständnis der angesprochenen Verkehrsteilnehmer ab (Ingerl/Rohnke, dMarkenG § 14 Rz 98). Nach dem bescheinigten Sachverhalt verwendet die Beklagte sowohl den Markenbestandteil "Feigling" der klägerischen Marke als auch das dieser Marke verwechselbar ähnliche Zeichen "Kleiner Frechdachs" mit dem Aufruf: "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs". Dieser Aufruf erfolgte auf der Homepage der Beklagten zu Werbezwecken. Er ist nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise so zu verstehen, dass sie nicht das Produkt der Klägerin "Kleiner Feigling", sondern jenes der Beklagten "Kleiner Frechdachs" trinken sollten. Damit gebraucht die Beklagte aber die für die Klägerin geschützte Wortmarke (bzw deren wesentlichen Teil "Feigling") kennzeichenmäßig, ohne sich auf einen der Rechtfertigungsgründe des § 10 Abs 3 MSchG berufen zu können. Sie gebraucht also die Marke der Klägerin im Sinn des § 10a Z 4 MSchG und verwirklicht damit einen Verstoß gegen deren Markenrecht.Das zu Punkt 1 erhobene Sicherungsbegehren besteht somit zu Recht. Die Beklagte hat durch Verwendung eines der Marke der Klägerin ähnlichen Zeichens für die Kennzeichnung gleicher Waren die Gefahr

von Verwechslungen hervorgerufen (Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MSchG in Verbindung mit Paragraph 10 a, Ziffer eins und 2 MSchG). Ob das Unterlassungsbegehren auch unter den Gesichtspunkten einer sittenwidrigen Rufausbeutung oder der vermeidbaren Herkunftstäuschung berechtigt wäre, kann offenbleiben. In seinem Punkt 2 ist das Unterlassungsbegehren wegen des durch die Beklagte verwirklichten Markeneingriffs insoweit berechtigt, als der Beklagten die Werbeaussage "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs!" verboten werden soll. Unter dem markenmäßigen Gebrauch eines Zeichens wird nach Paragraph 10 a, Ziffer 4, MSchG auch seine Verwendung in Geschäftspapieren, in Ankündigungen oder in der Werbung verstanden. Die Benutzung einer fremden Marke kann auch im Rahmen der vergleichenden Werbung eines Konkurrenzunternehmers erfolgen (Fezer, Markenrecht[3] Paragraph 14, dMarkenG Rz 496 mwN und Paragraph 23, Rz 49). Ob die Wiedergabe einer fremden Marke kennzeichenmäßigen Gebrauch verwirklicht, hängt vom Verständnis der angesprochenen Verkehrsteilnehmer ab (Ingerl/Rohnke, dMarkenG Paragraph 14, Rz 98). Nach dem bescheinigten Sachverhalt verwendet die Beklagte sowohl den Markenbestandteil "Feigling" der klägerischen Marke als auch das dieser Marke verwechselbar ähnliche Zeichen "Kleiner Frechdachs" mit dem Aufruf: "Sei kein Feigling, trink kleiner Frechdachs". Dieser Aufruf erfolgte auf der Homepage der Beklagten zu Werbezwecken. Er ist nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise so zu verstehen, dass sie nicht das Produkt der Klägerin "Kleiner Feigling", sondern jenes der Beklagten "Kleiner Frechdachs" trinken sollten. Damit gebraucht die Beklagte aber die für die Klägerin geschützte Wortmarke (bzw deren wesentlichen Teil "Feigling") kennzeichenmäßig, ohne sich auf einen der Rechtfertigungsgründe des Paragraph 10, Absatz 3, MSchG berufen zu können. Sie gebraucht also die Marke der Klägerin im Sinn des Paragraph 10 a, Ziffer 4, MSchG und verwirklicht damit einen Verstoß gegen deren Markenrecht.

Berechtigt ist hingegen der Einwand des Revisionsrekurses, in Ansehung der Behauptung "Sei kein Feigling, trink kleiner Feigling" sei die Wiederholungsgefahr weggefallen. Die Beklagte machte glaubhaft, dass diese Aussage auf einem Irrtum beruhte und sie sogleich nach seiner Aufklärung die Website entsprechend geändert habe. Sie hat sich auch zum Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs sowie zur Einschaltung des Vergleichstextes auf der Homepage für die Dauer eines Monats bereit erklärt. Sie hat damit besondere Umstände dargetan, die eine Wiederholung der beanstandeten Werbeaussage "Sei kein Feigling, trink kleiner Feigling" als gänzlich ausgeschlossen erscheinen lassen. Ihr Verhalten, nämlich die Änderung der Homepage und die Bereitschaft zum Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs sowie zur Einschaltung des Vergleichstextes auf ihrer Homepage lässt den Schluss zu, dass die Beklagte eine derartige Äußerung in ihrer Werbung nicht neuerlich machen werde. Das Unterlassungsbegehren ist daher in diesem Umfang nicht berechtigt.

Dem Revisionsrekurs der Klägerin wird somit zum Teil Folge gegeben und in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen die einstweilige Verfügung teilweise erlassen.

Die Kostenentscheidung beruht in Ansehung der Kosten der Klägerin auf § 393 Abs 1 EO und in Ansehung der Kosten der Beklagten auf §§ 78 und 402 Abs 4 EO iVm §§ 43 und 50 ZPO. Die Klägerin hat den Sicherungsantrag zu weit gefasst. Mangels anderer Anhaltspunkte für die Bewertung werden Obsiegen und Unterliegen mit drei Vierteln bzw einem Viertel bewertet.Die Kostenentscheidung beruht in Ansehung der Kosten der Klägerin auf Paragraph 393, Absatz eins, EO und in Ansehung der Kosten der Beklagten auf Paragraphen 78 und 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 43 und 50 ZPO. Die Klägerin hat den Sicherungsantrag zu weit gefasst. Mangels anderer Anhaltspunkte für die Bewertung werden Obsiegen und Unterliegen mit drei Vierteln bzw einem Viertel bewertet.

Anmerkung

E68274 4Ob273.02d

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00273.02D.1206.000

Dokumentnummer

JJT_20021206_OGH0002_0040OB00273_02D0000_000

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at