

# TE OGH 2001/6/12 4Ob126/01k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.06.2001

## 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 K\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr. Meinhard Ciresa, Rechtsanwalt in Wien, gegen die (erst)beklagte Partei I\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ludwig Pramer und Dr. Peter Lindinger, Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Rechnungslegung (Streitwert im Provisorialverfahren 450.000 S), über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 26. Februar 2001, GZ 2 R 14/01v-24, womit der Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 16. Oktober 2000, GZ 2 Cg 186/00a-10, abgeändert und der Sicherungsantrag der klagenden Partei abgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben; dem Rekursgericht wird die neue Entscheidung über den Rekurs der beklagten Partei aufgetragen.

Die Klägerin hat die Kosten ihres Revisionsrekurses vorläufig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin vertreibt seit 1989/1990 in Österreich ein Trinkwasserrohrsystem "KELIT HIT" auf Kunststoffbasis unter dem Slogan "Das blaue Rohr". Sie verwendet dafür einen blauen Sonderfarbton im Bereich der RAL-Farbtöne 5005, 5010, 5017 und 5019 nach Farbtonliste RAL 840 HR. Vor 1990 war sie Alleinvertriebspartnerin des italienischen Herstellers P\*\*\*\*\* in Österreich und vertrieb die von diesem hergestellten, gleichfalls blauen Trinkwasserrohre der Marke "COPRAX". Das System "Kelit hit" besteht aus einer Vielzahl einzelner Komponenten, die die Klägerin in jahrelanger teils kostspieliger Entwicklung gegenüber den von P\*\*\*\*\* stammenden "COPRAX"-Rohren weiterentwickelt und (unter Beibehaltung des blauen Sonderfarbtones) den speziellen Bedürfnissen ihrer Kunden angepasst hat. Kunden der Klägerin sind der Installationsgroßhandel und Sanitärinstallateure, die im Rahmen ihrer Angebote bei Ausschreibungen und durch ihre handwerkliche Tätigkeit vor Ort den Absatz des klägerischen Trinkwasserrohrsystems maßgeblich beeinflussen.

Die Erstbeklagte (im Folgenden Beklagte) vertreibt seit drei Jahren das von der italienischen Firma T\*\*\*\*\* (Zweitbeklagte) hergestellte Sanitärrohr-Schweißsystem "COBRATHERM" in Österreich. Dieses System besteht

gleichfalls aus blauem Kunststoff und umfasst Trinkwasserrohre und Sanitärformstücke, die jenen der Klägerin sowohl in der Abmessung und der Dimension als auch im Farbton 1 : 1 gleichen.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begehrt die Klägerin, der (Erst)Beklagten (das Verfahren gegen die zweitbeklagte italienische Herstellerin ruht derzeit), mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, Trinkwasserrohrsysteme und Sanitärformstücke unter der Bezeichnung "COBRATHERM" zu vertreiben oder zu bewerben, sofern diese in dem von der Klägerin verwendeten blauen Sonderfarbton gemäß RAL 840 oder einem diesem verwechslungsfähig ähnlichen anderen blauen Sonderfarbton gehalten sind. Die Klägerin habe seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit den in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwendet. Von Mitbewerbern angebotene Kunststoffrohre seien teils grau, teils wiesen sie andere Farben auf. Einzelne seien zwar blau, deren Farbton unterscheide sich jedoch von jenem der Klägerin deutlich. Gemäß ÖNORM B 5174 seien Rohre im Farbton Grau gleichmäßig durchzufärben; Sonderfarbtöne seien unter gewissen Voraussetzungen zulässig, die gewählten Farbtöne müssten sich derart voneinander unterscheiden, dass eine eindeutige Zuordnung des Herstellers möglich sei. Eine Studie aus Oktober 1999 habe ergeben, dass 65 % aller befragten 319 Installationsbetriebe die Farbe Blau bei Kunststoffrohren mit der Marke bzw dem Hersteller "KE KELIT" verbinden; daraus ergebe sich, dass die Klägerin auch nach der Verkehrsanschauung Verkehrsgeltung für dieses Unternehmenskennzeichen genieße. Durch den Vertrieb von Trinkwasserrohren und Formteilen aus Kunststoff, die in einem identen blauen Farbton gehalten seien, greife die Beklagte in den Ausstattungsschutz der Klägerin ein. Es wäre ihr zumutbar, einen ausreichenden Abstand zum Farbton der Klägerin zu halten. Die Beklagte und ihre Lieferantin T\*\*\*\*\* (die Zweitbeklagte) legten es geradezu darauf an, mit ihren blauen Rohren Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin hervorzurufen und verstießen damit auch gegen § 1 UWG. Sie konkurrenzten die Klägerin mit ihren Produkten minderer Qualität, indem sie den blauen Sonderfarbton nachahmten und ihre Produkte zu geringeren Preisen als die Klägerin in Österreich verkauften. Mit ihrer Vorgangsweise sei auch die Gefahr verbunden, dass der Konsument Mischinstallationen nicht erkennen könne und dadurch in die Irre geführt werde, weil die von der Klägerin abgegebene Gewährleistungszusage bei technischen Problemen mit Mischinstallationen nicht gelte. Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begehrt die Klägerin, der (Erst)Beklagten (das Verfahren gegen die zweitbeklagte italienische Herstellerin ruht derzeit), mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, Trinkwasserrohrsysteme und Sanitärformstücke unter der Bezeichnung "COBRATHERM" zu vertreiben oder zu bewerben, sofern diese in dem von der Klägerin verwendeten blauen Sonderfarbton gemäß RAL 840 oder einem diesem verwechslungsfähig ähnlichen anderen blauen Sonderfarbton gehalten sind. Die Klägerin habe seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit den in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwendet. Von Mitbewerbern angebotene Kunststoffrohre seien teils grau, teils wiesen sie andere Farben auf. Einzelne seien zwar blau, deren Farbton unterscheide sich jedoch von jenem der Klägerin deutlich. Gemäß ÖNORM B 5174 seien Rohre im Farbton Grau gleichmäßig durchzufärben; Sonderfarbtöne seien unter gewissen Voraussetzungen zulässig, die gewählten Farbtöne müssten sich derart voneinander unterscheiden, dass eine eindeutige Zuordnung des Herstellers möglich sei. Eine Studie aus Oktober 1999 habe ergeben, dass 65 % aller befragten 319 Installationsbetriebe die Farbe Blau bei Kunststoffrohren mit der Marke bzw dem Hersteller "KE KELIT" verbinden; daraus ergebe sich, dass die Klägerin auch nach der Verkehrsanschauung Verkehrsgeltung für dieses Unternehmenskennzeichen genieße. Durch den Vertrieb von Trinkwasserrohren und Formteilen aus Kunststoff, die in einem identen blauen Farbton gehalten seien, greife die Beklagte in den Ausstattungsschutz der Klägerin ein. Es wäre ihr zumutbar, einen ausreichenden Abstand zum Farbton der Klägerin zu halten. Die Beklagte und ihre Lieferantin T\*\*\*\*\* (die Zweitbeklagte) legten es geradezu darauf an, mit ihren blauen Rohren Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin hervorzurufen und verstießen damit auch gegen Paragraph eins, UWG. Sie konkurrenzten die Klägerin mit ihren Produkten minderer Qualität, indem sie den blauen Sonderfarbton nachahmten und ihre Produkte zu geringeren Preisen als die Klägerin in Österreich verkauften. Mit ihrer Vorgangsweise sei auch die Gefahr verbunden, dass der Konsument Mischinstallationen nicht erkennen könne und dadurch in die Irre geführt werde, weil die von der Klägerin abgegebene Gewährleistungszusage bei technischen Problemen mit Mischinstallationen nicht gelte.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Der von der Klägerin verwendete Farbton sei weder eine Schöpfung der Klägerin noch in der Branche unüblich. Auch andere Hersteller und Händler verwendeten blaue Trinkwasserrohrsysteme. Blau sei europaweit und insbesondere in Italien die dominierende Farbe für Trinkwasserrohre. So stelle die italienische Firma P\*\*\*\*\* bereits seit mehr als zehn Jahren blaue Rohrsysteme her. Sowohl die Klägerin als auch die Zweitbeklagte hätten derartige blaue Rohrsysteme bei P\*\*\*\*\* bezogen und diese Farbe auch für später hergestellte Systeme beibehalten, sodass es zu keiner Nachahmung des Sonderfarbtons der

Klägerin gekommen sei. Die von der Klägerin vorgelegte Marktstudie sage nichts über eine Verkehrsgeltung zugunsten der Klägerin aus, weil sie die Farbe Blau nicht mit dem System der Klägerin KELIT HIT in Verbindung bringe, sondern mit den in der Studie angeführten Systemen KE KELIT/COPRAX/KELOX/EGGER, die nicht von der Klägerin stammten. Im Übrigen entsprächen die Produkte der Beklagten den einschlägigen Normen, sie seien nicht minderwertig. Eine Irreführung von Kunden scheide aus.

Nach Erhalt der Äußerung im Wege des § 112 ZPO überreichte die Klägerin eine Gegenäußerung, in der sie darauf hinwies, dass Mitbewerber, die einen blauen Farbton verwendeten, einen Farbabstand von "zumindest 15" einhielten, wogegen der Farbton der Beklagten mit jenem der Klägerin ident sei. Die Marktstudie berücksichtige nur der Klägerin zurechenbare Rohrsysteme: Sie vertreibe die Marken KE KELIT, COPRAX und KELOX; EGGER sei der Name ihres alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers, sodass einige Kunden "EGGER" als Herstellerbezeichnung betrachteten. Nach Erhalt der Äußerung im Wege des Paragraph 112, ZPO überreichte die Klägerin eine Gegenäußerung, in der sie darauf hinwies, dass Mitbewerber, die einen blauen Farbton verwendeten, einen Farbabstand von "zumindest 15" einhielten, wogegen der Farbton der Beklagten mit jenem der Klägerin ident sei. Die Marktstudie berücksichtige nur der Klägerin zurechenbare Rohrsysteme: Sie vertreibe die Marken KE KELIT, COPRAX und KELOX; EGGER sei der Name ihres alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers, sodass einige Kunden "EGGER" als Herstellerbezeichnung betrachteten.

Nach Einlangen einer weiteren Gegenäußerung der Erstbeklagten trug das Erstgericht den Streitparteien die Vorlage eidesstättiger Erklärungen der Auskunftspersonen anstelle der von ihnen beantragten Einvernahmen auf, worauf die Klägerin neben der eidesstättigen Erklärung eines Mitarbeiters noch einen weiteren Bericht über die Ergebnisse der Farbmessung vorlegte und vorbrachte, die "COPRAX"-Rohre stammten von der Firma P\*\*\*\*\* und seien von der Klägerin unter Beibehaltung des blauen Sonderfarbtönen weiterentwickelt worden; P\*\*\*\*\* vertreibe in Österreich keine Trinkwasserrohre, der Vertrieb erfolge durch die Klägerin aufgrund einer mit P\*\*\*\*\* bestehenden Lizenzvereinbarung unter der Marke "KELIT HIT". In Österreich verwendeten insgesamt sechs Hersteller einen blauen Farbton für ihre Trinkwasserrohre auf Kunststoffbasis, wobei lediglich die Beklagte einen Farbabstand von weniger als 4 einhalte.

Das Erstgericht wies das zuletzt angeführte Vorbringen der Klägerin einschließlich des Berichts über die Ergebnisse der Farbmessung mit der Begründung zurück, ein Schriftsatzwechsel sei im Provisorialverfahren nicht vorgesehen, die Klägerin habe in ihrer Gegenäußerung bereits die Möglichkeit gehabt, zu den Einwänden der Beklagten Stellung zu nehmen. Es erließ die begehrte einstweilige Verfügung gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 800.000 S. Es nahm noch als bescheinigt an, dass die Klägerin seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit für das Trinkwasserrohrsystem COPRAX der Firma P\*\*\*\*\* und bei Vertrieb des von der Klägerin stammenden Systems KELIT HIT einen in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwende. Dieser blaue Sonderfarbton werde auch von der Beklagten und einer weiteren Firma in Österreich verwendet. Demgegenüber hielten auf dem Markt befindliche Trinkwasserrohre und Formteile anderer Mitbewerber mit dem von ihnen verwendeten Farben Blau einen Farbabstand von zumindest 15 ein. Die ÖNORM B 5174 ordne für die Farbgestaltung von Rohren einen Farbton Grau an. Sonderfarbtöne seien zulässig und mit der Normenbezeichnung anzugeben. Sie könnten neben der Herstellerbezeichnung als Unterscheidungsmerkmal zur Identifikation des Herstellers dienen. Die gewählten Farbtöne müssten sich untereinander derart unterscheiden, dass eine eindeutige Zuordnung des Herstellers möglich sei. Die von der Klägerin in Auftrag gegebene Studie des Instituts für Grundlagenforschung aus Oktober 1999 sei aufgrund einer Befragung von 319 Installationsbetrieben österreichweit verfasst worden. Die Fragestellung dieser Studie, welche Marken oder Hersteller der Befragte unter anderem mit der Farbe "Blau" verbinde, habe sich auf Marken oder Hersteller bezogen. Dementsprechend seien im Forschungsergebnis die Angaben "KE KELIT/COPRAX/KELOX/EGGER" zusammengefasst worden, weil die Klägerin ihre Produkte unter den Namen KE KELIT, früher COPRAX und KELOX vertrieben habe und einige Kunden das Unternehmen der Klägerin mit dem Namen ihres Gesellschaftergeschäftsführers Egger als Hersteller verbunden hätten. Insgesamt hätten 65 % aller befragten Installationsbetriebe die Farbe Blau dem Produkt der Klägerin zugeordnet.

Das Erstgericht konnte nicht feststellen, dass die von der Beklagten vertriebenen Trinkwasserrohre und Formstücke niederer Qualität als jene der Klägerin wären. Es hielt noch fest, dass die Klägerin gegenüber allen Mitgliedsfirmen der Bundesinnung der Sanitär- und Heizungsinstallateure eine Gewährleistungszusage mit garantierter Qualität ihres Rohrsystems abgegeben habe. Sie habe diese jedoch für den Fall eingeschränkt, dass systemfremde Rohre mit jenen der Klägerin vermischt werden sollten. Aufgrund der identen Farbgebung könne ein Installateur, der eine konkrete

Installation nicht selbst verlegt habe, nur schwer beurteilen, ob es sich im Einzelfall um eine einheitliche Installation oder um eine "Mischinstallation" handle. Eine "Mischinstallation" wäre zwar technisch grundsätzlich möglich, die Verwendung unterschiedlicher Rohrstoffe im Schweißbereich könnte sich jedoch als problematisch erweisen.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, der blaue Sonderfarbton der Klägerin sei nicht nur nach der ÖNORM B 5174, sondern auch nach der Verkehrsanschauung ein Unternehmenskennzeichen, dem angesichts seines Zuordnungsgrads von 65 % Verkehrsgeltung zukomme. Die Beklagte verstoße gegen den Ausstattungsschutz der Klägerin in Bezug auf den blauen Farbton. Es bestehe Verwechslungsgefahr, weil eine eindeutige Zuordnung der Rohre weder zur Klägerin noch zur Beklagten möglich sei; die Beklagte verstoße auch gegen § 1 UWG. Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, der blaue Sonderfarbton der Klägerin sei nicht nur nach der ÖNORM B 5174, sondern auch nach der Verkehrsanschauung ein Unternehmenskennzeichen, dem angesichts seines Zuordnungsgrads von 65 % Verkehrsgeltung zukomme. Die Beklagte verstoße gegen den Ausstattungsschutz der Klägerin in Bezug auf den blauen Farbton. Es bestehe Verwechslungsgefahr, weil eine eindeutige Zuordnung der Rohre weder zur Klägerin noch zur Beklagten möglich sei; die Beklagte verstoße auch gegen Paragraph eins, UWG.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Gegenäußerungen der gefährdeten Partei fehle. Das Rekursgericht vertrat die Auffassung, im Provisorialverfahren sei nach Vorliegen der Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei ein weiterer Schriftsatzwechsel unzulässig; das Gericht habe in derartigen Schriftsätzen enthaltenes weiteres Vorbringen selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn es diese Schriftsätze nicht ausdrücklich zurückgewiesen habe. Die Berechtigung des Sicherungsantrags sei im vorliegenden Fall daher allein am Vorbringen der Klägerin im Antrag selbst und am (Bestreitungs)Vorbringen der Beklagten in ihrer Äußerung zu messen. Auf die in der Exekutionsordnung nicht geregelte Frage der Zulässigkeit eines weiteren Schriftsatzwechsels seien die §§ 257, 258 ZPO analog anzuwenden. Aus der Rechtsprechung, wonach ein wegen ungenügender Angaben abgewiesener Sicherungsantrag jederzeit mit den entsprechenden Ergänzungen wieder eingebracht werden könne, sei zu erschließen, dass nach Erstattung der vom Gericht aufgetragenen Äußerung weitere Schriftsätze der Parteien unzulässig seien. Auch die Dringlichkeit des Sicherungsverfahrens spreche für die Unzulässigkeit weiterer Schriftsätze jedenfalls in jenen Fällen, in denen das Erstgericht die Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei nicht mit einer gleichzeitigen Aufforderung zur Gegenäußerung zugestellt habe. Daran ändere auch die unmittelbare Zustellung nach § 112 ZPO nichts, weil das bloße Einlangen eines Schriftsatzes nicht als allfälliger Auftrag zur Äußerung oder Gegenäußerung angesehen werden könne. Der Schutz der von der Klägerin verwendeten Farbe als Ausstattungsmerkmal setze die von ihr zu bescheinigende Verkehrsgeltung voraus, die umso höher sein müsse, je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungskraft der Farbe seien. Nach der von der Klägerin vorgelegten Studie ordneten 65 % aller befragten Installationsbetriebe die Farbe Blau den Marken bzw den Herstellern "KE KELIT, COPRAX, KELOX und EGGER" zu, was die Annahme der Verkehrsgeltung rechtfertige. Allerdings sei aus dem Vorbringen im Klage- und Sicherungsantrag ein Bezug der Klägerin zu den Bezeichnungen KELOX und EGGER nicht nachvollziehbar, ein derartiger Bezug werde erst in den - nach den vorherigen Ausführungen - unbeachtlichen Äußerungsschriftsätzen der Klägerin hergestellt. Die Klägerin habe den Zuordnungsgrad und damit die Verkehrsgeltung des verwendeten Sonderfarbtone damit nicht bescheinigt. Ein Anspruch nach § 9 Abs 3 UWG scheide aus. Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des § 1 UWG käme nur dann in Betracht, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen ließen. Dies sei nach den Feststellungen des Erstgerichts nicht der Fall. Das Erstgericht habe unbekämpft festgestellt, die Trinkwasserrohre und Formstücke der Beklagten seien nicht von minderer Qualität, sodass der Ruf der Klägerin nicht wettbewerbshindernd beeinträchtigt werden könne. Auch der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte vertreibe nur die marktgängigsten Stücke, finde im festgestellten Sachverhalt keine Deckung. Es stehe auch nicht fest, dass die Beklagte ihre Rohre und Formstücke unter jenen Preisen vertreibe, die die Klägerin für ihre Produkte verlange. Im Übrigen entspreche das von der Beklagten vertriebene System den Anforderungen einer Prüfung nach ÖNORM B 5174. Auch ein Verstoß gegen § 2 UWG scheide aus. Das Bescheinigungsverfahren habe ergeben, dass Kunden der Klägerin und somit auch der Beklagten Installationsgroßhändler und Sanitärinstallateure seien, sodass es nicht darauf ankomme, ob Konsumenten eine allfällige "Mischinstallation" erkennen könnten. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Gegenäußerungen der gefährdeten Partei fehle. Das Rekursgericht vertrat die Auffassung, im Provisorialverfahren sei nach Vorliegen der

Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei ein weiterer Schriftsatzwechsel unzulässig; das Gericht habe in derartigen Schriftsätzen enthaltenes weiteres Vorbringen selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn es diese Schriftsätze nicht ausdrücklich zurückgewiesen habe. Die Berechtigung des Sicherungsantrags sei im vorliegenden Fall daher allein am Vorbringen der Klägerin im Antrag selbst und am (Bestreitungs)Vorbringen der Beklagten in ihrer Äußerung zu messen. Auf die in der Exekutionsordnung nicht geregelte Frage der Zulässigkeit eines weiteren Schriftsatzwechsels seien die Paragraphen 257., 258 ZPO analog anzuwenden. Aus der Rechtsprechung, wonach ein wegen ungenügender Angaben abgewiesener Sicherungsantrag jederzeit mit den entsprechenden Ergänzungen wieder eingebracht werden könne, sei zu erschließen, dass nach Erstattung der vom Gericht aufgetragenen Äußerung weitere Schriftsätze der Parteien unzulässig seien. Auch die Dringlichkeit des Sicherungsverfahrens spreche für die Unzulässigkeit weiterer Schriftsätze jedenfalls in jenen Fällen, in denen das Erstgericht die Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei nicht mit einer gleichzeitigen Aufforderung zur Gegenäußerung zugestellt habe. Daran ändere auch die unmittelbare Zustellung nach Paragraph 112, ZPO nichts, weil das bloße Einlangen eines Schriftsatzes nicht als allfälliger Auftrag zur Äußerung oder Gegenäußerung angesehen werden könne. Der Schutz der von der Klägerin verwendeten Farbe als Ausstattungsmerkmal setze die von ihr zu bescheinigende Verkehrsgeltung voraus, die umso höher sein müsse, je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungskraft der Farbe seien. Nach der von der Klägerin vorgelegten Studie ordneten 65 % aller befragten Installationsbetriebe die Farbe Blau den Marken bzw den Herstellern "KE KELIT, COPRAX, KELOX und EGGER" zu, was die Annahme der Verkehrsgeltung rechtfertige. Allerdings sei aus dem Vorbringen im Klage- und Sicherungsantrag ein Bezug der Klägerin zu den Bezeichnungen KELOX und EGGER nicht nachvollziehbar, ein derartiger Bezug werde erst in den - nach den vorherigen Ausführungen - unbeachtlichen Äußerungsschriftsätzen der Klägerin hergestellt. Die Klägerin habe den Zuordnungsgrad und damit die Verkehrsgeltung des verwendeten Sonderfarbtons damit nicht bescheinigt. Ein Anspruch nach Paragraph 9, Absatz 3, UWG scheide aus. Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des Paragraph eins, UWG käme nur dann in Betracht, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen ließen. Dies sei nach den Feststellungen des Erstgerichts nicht der Fall. Das Erstgericht habe unbekämpft festgestellt, die Trinkwasserrohre und Formstücke der Beklagten seien nicht von minderer Qualität, sodass der Ruf der Klägerin nicht wettbewerbshindernd beeinträchtigt werden könne. Auch der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte vertreibe nur die marktgängigsten Stücke, finde im festgestellten Sachverhalt keine Deckung. Es stehe auch nicht fest, dass die Beklagte ihre Rohre und Formstücke unter jenen Preisen vertreibe, die die Klägerin für ihre Produkte verlange. Im Übrigen entspreche das von der Beklagten vertriebene System den Anforderungen einer Prüfung nach ÖNORM B 5174. Auch ein Verstoß gegen Paragraph 2, UWG scheide aus. Das Bescheinigungsverfahren habe ergeben, dass Kunden der Klägerin und somit auch der Beklagten Installationsgroßhändler und Sanitärinstallateure seien, sodass es nicht darauf ankomme, ob Konsumenten eine allfällige "Mischinstallation" erkennen könnten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil das Rekursgericht infolge der unrichtigen Lösung einer bedeutsamen Frage des Verfahrensrechts die Beweistrüge nicht erledigt hat; er ist auch berechtigt.

Die Revisionsrekurswerberin wendet sich gegen die Auffassung des Rekursgerichts, wonach der Sicherungsantrag nur nach seinem Inhalt und gegebenenfalls der nach Aufforderung des Gerichts eingebrachten Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei beurteilt werden dürfe, weitere Schriftsätze im Provisorialverfahren aber unzulässig seien und das Gericht in derartigen Schriftsätzen enthaltenes weiteres Vorbringen auch dann nicht berücksichtigen dürfe, wenn es diese Schriftsätze nicht ausdrücklich zurückgewiesen habe. Sie macht geltend, es stehe dem Erstgericht zwar frei, derartige weitere Schriftsätze zurückzuweisen, es müsse ihm jedoch unbenommen bleiben, in weiteren Schriftsätzen enthaltenes ergänzendes Vorbringen anzunehmen und seiner Entscheidung zugrundezulegen, um so die für den jeweiligen Einzelfall zweckmäßigste Vorgangsweise zu wählen. Es bestehe kein Bedürfnis, weitere Schriftsätze generell für unzulässig zu beurteilen. Die Vorgangsweise des Rekursgerichts führe im Übrigen zu einer Mehrbelastung des Gerichts, das den ersten Sicherungsantrag mangels ausreichenden Vorbringens oder mangels Bescheinigung abweisen und über den weiteren, dann verbessert eingebrachten Sicherungsantrag neuerlich entscheiden müsste. Dem ist zu folgen:

Die Exekutionsordnung regelt die Frage der Zulässigkeit eines Schriftsatzwechsels nach Erstattung einer aufgetragenen Äußerung nicht. Auch § 78 EO ordnet die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung über

Klage, Klagebeantwortung und Streitverhandlung (§§ 226 bis 265 ZPO, darunter auch die Bestimmungen über einen weiteren Schriftsatzwechsel nach der Klagebeantwortung §§ 258 und 259 ZPO) für das Exekutionsverfahren nicht an; diese Bestimmungen sind nach ihrem Inhalt im Exekutionsverfahren auch weitgehend bedeutungslos. Dessen ungeachtet wendete das Rekursgericht unter Hinweis auf die Entscheidung 4 Ob 81/89 = EvBl 1989/137 die §§ 258 f ZPO im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit eines weiteren Schriftsatzwechsels analog auch auf das Sicherungsverfahren an. Es übersieht dabei, dass der Oberste Gerichtshof die sinngemäße Anwendung der in diesen Bestimmungen niedergelegten Grundsätze der ZPO nur im Zusammenhang mit der Frage der (Un)Anfechtbarkeit der Zulassung oder Zurückweisung weiterer Äußerungsschriftsätze aus der Erwägung für richtig befunden hat, dass verfahrensrechtliche Beschlüsse (dort die Zurückweisung eines Schriftsatzes im Provisorialverfahren), die selbst im Hauptverfahren keiner Überprüfung im Instanzenweg unterliegen, im Sicherungsverfahren erst recht nicht überprüfbar sein könnten. Aus dieser Argumentation kann jedoch entgegen der Auffassung des Rekursgerichts keineswegs abgeleitet werden, dass im Provisorialverfahren (nach Vorliegen der Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei) ein weiterer Schriftsatzwechsel unzulässig wäre, und das Gericht darin enthaltenes weiteres Vorbringen auch dann nicht berücksichtigen dürfe, wenn es den Schriftsatz nicht ausdrücklich zurückgewiesen habe. Vielmehr muss es dem über den Sicherungsantrag entscheidenden Gericht unbenommen bleiben, allfällige weitere Schriftsätze und mit diesen vorgelegte Bescheinigungsmittel unabhängig davon, ob sie aufgetragen wurden, seiner Entscheidung zugrunde zu legen, genauso wie es ihm nicht verwehrt werden kann, derartige Schriftsätze mit (unanfechtbarem) Beschluss zurückzuweisen. Diesen Gedanken hat der Oberste Gerichtshof auch schon in seiner Entscheidung EvBl 1989/137 zum Ausdruck gebracht, indem er meinte, die Unanfechtbarkeit des (einen Schriftsatz zurückweisenden) Beschlusses wirke sich auch im umgekehrten Sinn dahin aus, dass Verfügungen des Gerichts, mit dem vermeintlich gesetzwidrige vorbereitende Schriftsätze angenommen und dem Verfahren zugrunde gelegt werden, unanfechtbar seien. Soweit nun aber das Erstgericht weitere Schriftsätze der Klägerin nicht zurückgewiesen, sondern das darin enthaltene Vorbringen und die dabei vorgelegten Bescheinigungsmittel bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat, hat es in diesem Sinn eine unanfechtbare Verfügung über diese Schriftsätze vorgenommen, deren Zulässigkeit einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren nicht zugänglich ist. Das Rekursgericht hätte daher seiner Entscheidung nicht nur das im Sicherungsantrag und der Äußerung der Beklagten enthaltene Vorbringen zugrunde legen dürfen; es hätte vielmehr auf der Basis des vom Erstgericht berücksichtigten Vorbringens und der dabei vorgelegten Bescheinigungsmittel (soweit sie nicht zurückgewiesen wurden) zunächst über die Beweisrüge der Beklagten entscheiden müssen. Die Exekutionsordnung regelt die Frage der Zulässigkeit eines Schriftsatzwechsels nach Erstattung einer aufgetragenen Äußerung nicht. Auch Paragraph 78, EO ordnet die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung über Klage, Klagebeantwortung und Streitverhandlung (Paragraphen 226 bis 265 ZPO, darunter auch die Bestimmungen über einen weiteren Schriftsatzwechsel nach der Klagebeantwortung Paragraphen 258 und 259 ZPO) für das Exekutionsverfahren nicht an; diese Bestimmungen sind nach ihrem Inhalt im Exekutionsverfahren auch weitgehend bedeutungslos. Dessen ungeachtet wendete das Rekursgericht unter Hinweis auf die Entscheidung 4 Ob 81/89 = EvBl 1989/137 die Paragraphen 258, f ZPO im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit eines weiteren Schriftsatzwechsels analog auch auf das Sicherungsverfahren an. Es übersieht dabei, dass der Oberste Gerichtshof die sinngemäße Anwendung der in diesen Bestimmungen niedergelegten Grundsätze der ZPO nur im Zusammenhang mit der Frage der (Un)Anfechtbarkeit der Zulassung oder Zurückweisung weiterer Äußerungsschriftsätze aus der Erwägung für richtig befunden hat, dass verfahrensrechtliche Beschlüsse (dort die Zurückweisung eines Schriftsatzes im Provisorialverfahren), die selbst im Hauptverfahren keiner Überprüfung im Instanzenweg unterliegen, im Sicherungsverfahren erst recht nicht überprüfbar sein könnten. Aus dieser Argumentation kann jedoch entgegen der Auffassung des Rekursgerichts keineswegs abgeleitet werden, dass im Provisorialverfahren (nach Vorliegen der Äußerung des Gegners der gefährdeten Partei) ein weiterer Schriftsatzwechsel unzulässig wäre, und das Gericht darin enthaltenes weiteres Vorbringen auch dann nicht berücksichtigen dürfe, wenn es den Schriftsatz nicht ausdrücklich zurückgewiesen habe. Vielmehr muss es dem über den Sicherungsantrag entscheidenden Gericht unbenommen bleiben, allfällige weitere Schriftsätze und mit diesen vorgelegte Bescheinigungsmittel unabhängig davon, ob sie aufgetragen wurden, seiner Entscheidung zugrunde zu legen, genauso wie es ihm nicht verwehrt werden kann, derartige Schriftsätze mit (unanfechtbarem) Beschluss zurückzuweisen. Diesen Gedanken hat der Oberste Gerichtshof auch schon in seiner Entscheidung EvBl 1989/137 zum Ausdruck gebracht, indem er meinte, die Unanfechtbarkeit des (einen Schriftsatz zurückweisenden) Beschlusses wirke sich auch im umgekehrten Sinn dahin aus, dass Verfügungen des Gerichts, mit dem vermeintlich

gesetzwidrige vorbereitende Schriftsätze angenommen und dem Verfahren zugrunde gelegt werden, unanfechtbar seien. Soweit nun aber das Erstgericht weitere Schriftsätze der Klägerin nicht zurückgewiesen, sondern das darin enthaltene Vorbringen und die dabei vorgelegten Bescheinigungsmittel bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat, hat es in diesem Sinn eine unanfechtbare Verfügung über diese Schriftsätze vorgenommen, deren Zulässigkeit einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren nicht zugänglich ist. Das Rekursgericht hätte daher seiner Entscheidung nicht nur das im Sicherungsantrag und der Äußerung der Beklagten enthaltene Vorbringen zugrunde legen dürfen; es hätte vielmehr auf der Basis des vom Erstgericht berücksichtigten Vorbringens und der dabei vorgelegten Bescheinigungsmittel (soweit sie nicht zurückgewiesen wurden) zunächst über die Beweistrüge der Beklagten entscheiden müssen.

Die Beklagte hat in ihrer Beweistrüge ua geltend gemacht, die Feststellungen zur Verkehrsgeltung des von der Klägerin verwendeten Sonderfarbtons seien durch die vorgelegte Studie insofern nicht gedeckt, als 65 % der Befragten die Farbe Blau den Marken und Herstellern KE KELIT, COPRAX, KELOX und EGGER und nicht etwa eindeutig dem Produkt der Klägerin KELIT HIT zugeordnet hätten. Im Übrigen seien die Feststellungen zur bisherigen Verwendung des Sonderfarbtons durch die Bescheinigungsmittel nicht gedeckt und in sich widersprüchlich. Das Erstgericht habe festgestellt, dass die Klägerin seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit für das Trinkwasserrohrsystem COPRAX von P\*\*\*\*\* und in der Folge KELIT HIT einen in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwendet habe. Aufgrund der vorliegenden Bescheinigungsmittel hätte das Erstgericht aber feststellen müssen, dass das von P\*\*\*\*\* schon vor 1990 erzeugte Rohrsystem COPRAX sowohl von der Klägerin als auch von der Firma T\*\*\*\*\* (der Zweitbeklagten und Lieferantin der Beklagten) vertrieben und in weiterer Folge für die jeweils eigenen Rohrsysteme verwendet worden sei. Die erstmalige Verwendung dieses Farbtons durch die Klägerin sei entgegen der Auffassung des Erstgerichts nicht bescheinigt, sodass eine Nachahmung durch die Beklagte ausscheide.

Da nun das Rekursgericht - ausgehend von der unrichtigen Beurteilung der Verfahrensfrage - nicht über die Beweistrüge entschieden hat, stehen die zur Beurteilung des Sicherungsanspruchs erforderlichen Sachverhaltselemente nicht fest, sodass sich die Aufhebung seiner Entscheidung und eine Zurückverweisung an das Rekursgericht zur Erledigung der Beweistrüge als erforderlich erweist.

Aus Anlass der rechtlichen Beurteilung wird auch der Einwand der Beklagten zu berücksichtigen sein, dass ein Ausstattungsschutz hinsichtlich der Farbe Blau (ganz generell) nicht bestehen könne, hinsichtlich des gewählten Sonderfarbtons aber voraussetze, dass die Umfrage (bzw deren Ergebnis) auf den Sonderfarbton eingehe, was nach den Feststellungen nicht der Fall sei, weil die vorliegende Studie nur den Zuordnungsgrad der Farbe Blau untersucht habe, jedoch keine Aussage zum Sonderfarbton der Klägerin treffe.

Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Farbe als Ausstattung im Sinn des § 9 Abs 3 UWG nur in ihrer konkreten Erscheinungsform geschützt sein, in der sie für eine bestimmte Ware verwendet wird, um diese von gleichartigen Waren anderer zu unterscheiden (ÖBl 1997, 176 - MANZ - Rot mwN, ÖBl 1994, 223 - Zeitrelais; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D.). Voraussetzung der Schutzfähigkeit von Farben als Ausstattungsmerkmal ist deren Verkehrsgeltung, das Unternehmenskennzeichen muss innerhalb beteiligter Verkehrskreise als eindeutiger Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen Waren bzw Dienstleistungen angesehen werden. Angesichts des Umstands, dass Farben und Farbverbindungen zu den wichtigsten und gebräuchlichsten Werbemitteln gehören, nimmt die Rechtsprechung ein bedeutendes Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs an. Freihaltebedürfnis, Kennzeichnungskraft und Verkehrsgeltung stehen bei der Beurteilung in einer Wechselbeziehung: je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungskraft, desto höher muss die Verkehrsgeltung sein, um einen Schutz zu rechtfertigen (ÖBl 1994, 223 - Zeitrelais; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D.). Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Farbe als Ausstattung im Sinn des Paragraph 9, Absatz 3, UWG nur in ihrer konkreten Erscheinungsform geschützt sein, in der sie für eine bestimmte Ware verwendet wird, um diese von gleichartigen Waren anderer zu unterscheiden (ÖBl 1997, 176 - MANZ - Rot mwN, ÖBl 1994, 223 - Zeitrelais; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D.). Voraussetzung der Schutzfähigkeit von Farben als Ausstattungsmerkmal ist deren Verkehrsgeltung, das Unternehmenskennzeichen muss innerhalb beteiligter Verkehrskreise als eindeutiger Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen Waren bzw Dienstleistungen angesehen werden. Angesichts des Umstands, dass Farben und Farbverbindungen zu den wichtigsten und gebräuchlichsten Werbemitteln gehören, nimmt die Rechtsprechung ein bedeutendes Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs an. Freihaltebedürfnis, Kennzeichnungskraft und Verkehrsgeltung stehen bei

der Beurteilung in einer Wechselbeziehung: je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungskraft, desto höher muss die Verkehrsgeltung sein, um einen Schutz zu rechtfertigen (ÖBl 1994, 223 - Zeitrelais; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D.).

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof eine Verkehrsdurchsetzung der Farben Blau-weiß für Tankstellen einer bestimmten Benzinmarke bei 85 % aller PKW-Besitzer in Österreich angenommen (ÖBl 1974, 35 - Aral II) und die Verkehrsgeltung eines roten Sonderfarbtönen für juristische Fachwerke bei einem Zuordnungsgrad von mehr als 90 % bejaht (ÖBl 1997, 176 - MANZ - Rot). Die dort zu beurteilenden Farben (Blau-weiß, bzw Rot) wiesen ein der Farbe Blau vergleichbar großes Freihaltebedürfnis bei gleichfalls geringer Kennzeichnungskraft auf. Selbst wenn daher im vorliegenden Fall 65 % der angesprochenen Verkehrskreise die Farbe Blau ausschließlich dem Unternehmen der Klägerin bzw ihren Produkten zuordneten, reichte dieser Zuordnungsgrad unter Bedachtnahme auf das für die Farbe Blau gerade im Zusammenhang mit Wasserrohren bestehende Freihaltebedürfnis und seine geringe Kennzeichnungskraft nicht aus, um eine Verkehrsgeltung der Klägerin zu begründen. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof eine Verkehrsdurchsetzung der Farben Blau-weiß für Tankstellen einer bestimmten Benzinmarke bei 85 % aller PKW-Besitzer in Österreich angenommen (ÖBl 1974, 35 - Aral römisch II) und die Verkehrsgeltung eines roten Sonderfarbtönen für juristische Fachwerke bei einem Zuordnungsgrad von mehr als 90 % bejaht (ÖBl 1997, 176 - MANZ - Rot). Die dort zu beurteilenden Farben (Blau-weiß, bzw Rot) wiesen ein der Farbe Blau vergleichbar großes Freihaltebedürfnis bei gleichfalls geringer Kennzeichnungskraft auf. Selbst wenn daher im vorliegenden Fall 65 % der angesprochenen Verkehrskreise die Farbe Blau ausschließlich dem Unternehmen der Klägerin bzw ihren Produkten zuordneten, reichte dieser Zuordnungsgrad unter Bedachtnahme auf das für die Farbe Blau gerade im Zusammenhang mit Wasserrohren bestehende Freihaltebedürfnis und seine geringe Kennzeichnungskraft nicht aus, um eine Verkehrsgeltung der Klägerin zu begründen.

Angesichts des hier bescheinigten (zu geringen) Zuordnungsgrades ist die Verkehrsgeltung der Farbe Blau als Voraussetzung ihrer Schutzfähigkeit als Ausstattungsmerkmal der von der Klägerin vertriebenen Produkte somit zu verneinen, ohne dass es noch darauf ankommt, ob die in der Studie angeführten Bezeichnungen Produkten der Klägerin zuzuordnen sind.

Der Revisionsrekurs der Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass auch das Inverkehrbringen eines Rohrsystems in einer den Produkten der Klägerin täuschend ähnlichen Farbgestaltung gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen kann. Die Klägerin hat ihr Begehren dementsprechend auch auf § 1 UWG gestützt und dazu ausgeführt, die Beklagte (bzw deren Lieferantin) legten es mit der Wahl eines identen blauen Farbtönen geradezu darauf an, Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin hervorzurufen; sie konkurrenzten die Klägerin mit Rohren minderer Qualität, indem sie den blauen Sonderfarbton nachahmten und ihre Produkte - im Übrigen nur marktgängige Rohre und Formstücke - zu einem geringeren Preis als die Klägerin verkauften. Ihre Vorgangsweise rufe die Gefahr hervor, dass der Konsument "Mischinstallationen" (zwischen Rohren der Klägerin und solchen der Beklagten) nicht erkennen könne und dadurch in Irrtum geführt werde, weil die von der Klägerin gegebene Gewährleistungszusage bei technischen Problemen mit Mischinstallationen nicht gelte. Die Beklagte hat dies bestritten und ausgeführt, der von der Klägerin verwendete Farbton sei weder eine Schöpfung der Klägerin noch in der Branche unüblich. So stelle die Firma P\*\*\*\*\* bereits seit mehr als zehn Jahren blaue Rohrsysteme her. Von dieser Firma hätte sowohl die Klägerin als auch die Firma T\*\*\*\*\* derartige Rohrsysteme bezogen und diese Farben auch für später hergestellte eigene Systeme beibehalten. Demnach habe die Beklagte den Farbton der Klägerin auch nicht nachgeahmt. Der Revisionsrekurs der Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass auch das Inverkehrbringen eines Rohrsystems in einer den Produkten der Klägerin täuschend ähnlichen Farbgestaltung gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen kann. Die Klägerin hat ihr Begehren dementsprechend auch auf Paragraph eins, UWG gestützt und dazu ausgeführt, die Beklagte (bzw deren Lieferantin) legten es mit der Wahl eines identen blauen Farbtönen geradezu darauf an, Verwechslungen mit den Produkten der Klägerin hervorzurufen; sie konkurrenzten die Klägerin mit Rohren minderer Qualität, indem sie den blauen Sonderfarbton nachahmten und ihre Produkte - im Übrigen nur marktgängige Rohre und Formstücke - zu einem geringeren Preis als die Klägerin verkauften. Ihre Vorgangsweise rufe die Gefahr hervor, dass der Konsument "Mischinstallationen" (zwischen Rohren der Klägerin und solchen der Beklagten) nicht erkennen könne und dadurch in Irrtum geführt werde, weil die von der Klägerin gegebene Gewährleistungszusage bei technischen Problemen mit Mischinstallationen nicht gelte. Die Beklagte hat dies bestritten und ausgeführt, der von der Klägerin verwendete Farbton sei weder eine Schöpfung der Klägerin noch in der Branche



unüblich. So stelle die Firma P\*\*\*\*\* bereits seit mehr als zehn Jahren blaue Rohrsysteme her. Von dieser Firma hätte sowohl die Klägerin als auch die Firma T\*\*\*\*\* derartige Rohrsysteme bezogen und diese Farben auch für später hergestellte eigene Systeme beibehalten. Demnach habe die Beklagte den Farbton der Klägerin auch nicht nachgeahmt.

Dazu stellte das Erstgericht fest, dass die Klägerin seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit für das Trinkwasserrohrsystem COPRAX von P\*\*\*\*\* und in der Folge KELIT HIT der Klägerin einen - in der Branche bisher unüblichen - blauen Sonderfarbton verwende. Diese Feststellung wurde von der Beklagten in ihrer Beweistrüge bekämpft. Das Rekursgericht hat die Beweistrüge nicht behandelt und einen Verstoß gegen § 1 UWG schon aus der Überlegung verneint, dass die von der Beklagten angebotenen Rohre und Formstücke nach den Feststellungen keine mindere Qualität aufwiesen und die Vorwürfe, die Beklagte vertrete nur marktgängige Stücke zu geringeren Preisen als die Klägerin, nicht bescheinigt seien. Im Übrigen entsprächen die Rohre der Beklagten auch den Anforderungen der ÖNORM B 5174. Dazu stellte das Erstgericht fest, dass die Klägerin seit Beginn ihrer Vertriebstätigkeit für das Trinkwasserrohrsystem COPRAX von P\*\*\*\*\* und in der Folge KELIT HIT der Klägerin einen - in der Branche bisher unüblichen - blauen Sonderfarbton verwende. Diese Feststellung wurde von der Beklagten in ihrer Beweistrüge bekämpft. Das Rekursgericht hat die Beweistrüge nicht behandelt und einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG schon aus der Überlegung verneint, dass die von der Beklagten angebotenen Rohre und Formstücke nach den Feststellungen keine mindere Qualität aufwiesen und die Vorwürfe, die Beklagte vertrete nur marktgängige Stücke zu geringeren Preisen als die Klägerin, nicht bescheinigt seien. Im Übrigen entsprächen die Rohre der Beklagten auch den Anforderungen der ÖNORM B 5174.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass bei Fehlen eines besonderen Tatbestandsmerkmals des § 9 UWG auf die Generalklausel zurückgegriffen werden kann, wenn die Zeichenverletzung eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinn des § 1 UWG ist (ÖBI 1991, 209 - 7-Früchte-Müsli-Riegel mwN; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D; Fitz/Gamerith Wettbewerbsrecht 3, 37). Allerdings ist für die Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, Zurückhaltung geboten. § 1 UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht 3 § 29 Rz 3; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D; BGH GRUR 1997, 754 - "Grau/Magenta"). Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des § 1 UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken und überdies die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen wurde, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbshindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen (BGH GRUR 1997 - "Grau/Magenta"; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D). Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass bei Fehlen eines besonderen Tatbestandsmerkmals des Paragraph 9, UWG auf die Generalklausel zurückgegriffen werden kann, wenn die Zeichenverletzung eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinn des Paragraph eins, UWG ist (ÖBI 1991, 209 - 7-Früchte-Müsli-Riegel mwN; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D; Fitz/Gamerith Wettbewerbsrecht 3, 37). Allerdings ist für die Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, Zurückhaltung geboten. Paragraph eins, UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht 3 Paragraph 29, Rz 3; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D; BGH GRUR 1997, 754 - "Grau/Magenta"). Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des Paragraph eins, UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken und überdies die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen wurde, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbshindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen (BGH GRUR 1997 - "Grau/Magenta"; ÖBI 2001, 124 - Die Blauen von D).

Weder die Verkehrsbekanntheit der für die Produkte der Klägerin verwendeten Farbe noch deren Eignung, als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, ist zweifelhaft, beides wird von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt. Ob allerdings die weiteren Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 1 UWG erfüllt sind, kann mangels Erledigung der Beweisrüge durch das Rekursgericht nicht endgültig beurteilt werden. Der vom Erstgericht als bescheinigt angenommene Sachverhalt, wonach die Klägerin seit Jahren einen in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwendet habe und die Beklagte - im Gegensatz zu anderen Herstellern von Trinkwasserrohren diesen Farbton 1 : 1 für in Form und Dimension idente Formstücke übernehme, lässt angesichts des Fehlens jeglicher technischer oder sonstiger zwingender Notwendigkeiten, die Wasserrohre einzufärben und angesichts unzähliger Möglichkeiten, sie so einzufärben, dass sie sich von jenen der Klägerin hinreichend unterscheiden, den - allerdings widerlegbaren - Eindruck entstehen, die Beklagte mache das Produkt der Kläger bewusst nach, sie beabsichtige damit die Herbeiführung mittelbarer Verwechslungen oder die unlautere Ausbeutung des Rufes der Klägerin, um in ihren Kundenstock eindringen zu können und um am Markterfolg der erfolgreich vertriebenen Produkte der Klägerin teilhaben zu können (BGH GRUR 1997, 754 - "Grau/Magenta"; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D). Weder die Verkehrsbekanntheit der für die Produkte der Klägerin verwendeten Farbe noch deren Eignung, als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, ist zweifelhaft, beides wird von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt. Ob allerdings die weiteren Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Paragraph eins, UWG erfüllt sind, kann mangels Erledigung der Beweisrüge durch das Rekursgericht nicht endgültig beurteilt werden. Der vom Erstgericht als bescheinigt angenommene Sachverhalt, wonach die Klägerin seit Jahren einen in der Branche bisher unüblichen blauen Sonderfarbton verwendet habe und die Beklagte - im Gegensatz zu anderen Herstellern von Trinkwasserrohren diesen Farbton 1 : 1 für in Form und Dimension idente Formstücke übernehme, lässt angesichts des Fehlens jeglicher technischer oder sonstiger zwingender Notwendigkeiten, die Wasserrohre einzufärben und angesichts unzähliger Möglichkeiten, sie so einzufärben, dass sie sich von jenen der Klägerin hinreichend unterscheiden, den - allerdings widerlegbaren - Eindruck entstehen, die Beklagte mache das Produkt der Kläger bewusst nach, sie beabsichtige damit die Herbeiführung mittelbarer Verwechslungen oder die unlautere Ausbeutung des Rufes der Klägerin, um in ihren Kundenstock eindringen zu können und um am Markterfolg der erfolgreich vertriebenen Produkte der Klägerin teilhaben zu können (BGH GRUR 1997, 754 - "Grau/Magenta"; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D).

Die Beklagte hat die diesen Überlegungen zugrunde liegenden Feststellungen des Erstgerichts allerdings in ihrer Beweisrüge bekämpft und die Feststellung begehrt, dass die italienische Firma P\*\*\*\*\* schon vor 1990 Rohre "COPRAX" in diesem Farbton (der Klägerin) hergestellt habe, dass sowohl die Klägerin als auch die Firma T\*\*\*\*\* (= die Zweitbeklagte) dieses System COPRAX vertrieben und schließlich diesen Farbton für die von ihnen jeweils hergestellten (eigenen) Rohrsysteme beibehalten hätten. Von diesen (von der Beklagten angestrebten) Feststellungen ausgehend fehlte es aber schon an einer bewussten Nachahmung des betrieblichen Herkunftszeichens der Klägerin als Voraussetzung einer Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten.

Ob nun die Erzeugerin des von der Beklagten vertriebenen Rohrsystems das Produkt der Klägerin in seinem Ausstattungsmerkmal Farbe bewusst nachgeahmt hat, um einen ungerechtfertigten Nutzen zu ziehen (wofür die Beklagte als Händlerin haftete, weil sie von der sittenwidrigen Nachahmung Kenntnis erlangt hat s. ÖBl 1997, 167 - Astoria; ÖBl 2118 - Metallgusstisch "M"; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D; Fitz/Gamerith aaO 65), lässt sich vor Erledigung der Beweisrüge nicht abschließend beurteilen. Die Aufhebung und Rückverweisung an das Rekursgericht zur Erledigung der Beweisrüge erweist sich daher als erforderlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO.

#### **Anmerkung**

E62079 04A01261

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00126.01K.0612.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010612\_OGH0002\_0040OB00126\_01K0000\_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](http://www.jusline.at)