

# TE OGH 1991/12/3 40b1/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.12.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Heinrich B\*\*\*\*\*-Verlag, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei K\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Heinz Giger und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 500.000), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 27.Juni 1991, GZ 1 R 94/91-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 25.Februar 1991, GZ 38 Cg 69/89-20, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. den Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem in der Revision enthaltenen Rekurs wird nicht Folge gegeben. Die angefochtene Entscheidung wird, soweit sie den Zwischenfeststellungsantrag betrifft, mit der Maßgabe bestätigt, daß sie insoweit zu lauten hat:

"Der vom Kläger gestellte Zwischenantrag auf Feststellung wird zurückgewiesen."

2. zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 19.069,20 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 3.178,20 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der klagende Verlag ist Medieninhaber der in der Bundesrepublik Deutschland verlegten und seit 1970 auch in Österreich vertriebenen Programmzeitschrift "Fernsehwoche" mit dem Untertitel "aktuell und vielseitig". Diese Zeitschrift, deren Auflage in Österreich derzeit rund 8.500 Stück beträgt, wird selbständig und nicht als Beilage zu einem anderen Printmedium verkauft. Sie bringt und kommentiert vorwiegend die Fernsehprogramme in der Bundesrepublik Deutschland, befaßt sich daneben aber auch mit den österreichischen Programmen.

Die Beklagte ist Medieninhaberin der Tageszeitung "Kurier". Auf der Titelseite der Ausgabe dieser Zeitung vom 10.2.1989 fand sich - in einem eigenen "Kasten" - die Ankündigung "Heute mit Beilagen 'Schöner leben' und Fernseh Woche". Am 24.2.1989 brachte die Titelseite des "Kuriere" gleichfalls den Hinweis "Heute mit den Beilagen 'Schöner

leben' und neuer Fernseh Woche". Seit der

50. Kalenderwoche des Jahres 1988 war dem "Kurier" und der "Neuen Kronen Zeitung" jede Woche die "Fernseh- und Radiowoche" beigelegt, deren Druckauflage im Frühjahr 1989

1,772.000 Exemplare umfaßt hatte. Die Nettoreichweite der beiden genannten Tageszeitungen lag Anfang 1989 bei 3,123.000 Lesern.

Mit der Behauptung, daß die Verwendung der Bezeichnung "Fernseh Woche" in den Ankündigungen der Beklagten vom 10. und 24.2.1989 geeignet sei, Verwechslungen mit dem Titel der vom Kläger herausgegebenen Programmzeitschrift "Fernsehwoche" hervorzurufen (§ 9 Abs 1 UWG, § 80 UrhG), und zumindest jenen Käuferkreis, dem die Programmzeitschrift des Klägers bekannt ist, zu der unrichtigen Annahme zu verleiten, diese Zeitschrift liege nunmehr - allenfalls in (neuer) Aufmachung - auch dem "Kurier" bei, begehrt der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, beim Vertrieb ihrer Tageszeitung "Kurier" das Ankündigen von Beilagen unter einem Titel, der geeignet ist, Verwechslungen mit Titeln von Druckwerken hervorzurufen, deren sich der Kläger befugterweise bedient, oder über die Beschaffenheit und die Bezugsquelle der Beilage in Irrtum zu führen, insbesondere das Ankündigen einer "Fernseh Woche" als Beilage zur Freitag-Ausgabe, zu unterlassen und jede diesem Verbot widerstreitende Ankündigung zu beseitigen, soweit ihr noch die Verfügung darüber oder diese ermöglichender Einfluß auf den unmittelbar Verfügungsberechtigten zusteht. Ferner stellt der Kläger ein Veröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Das Druckwerk des Klägers sei in Wien kaum erhältlich; seine Auflage liege weit hinter jener des "Kuriers". Zwischen dem vom Kläger verwendeten Titel - "Fernsehwoche aktuell und vielseitig" - und dem von der Beklagten für ihre Programmbeilage verwendeten Titel - "Fernseh- und Radiowoche" - bestehe keine Verwechslungsgefahr. Der Bezeichnung "Fernseh Woche" fehle jegliche Kennzeichnungskraft, beschränke sie sich doch auf die Wiedergabe des Inhaltes, nämlich des Fernsehprogramms für eine Woche. Da die Beklagte dieses Zeichen nicht als Titel, sondern nur in einer Ankündigung verwendet habe, scheide eine Anwendung des § 80 UrhG oder des § 9 UWG aus. Im Hinblick auf die speziellere Norm des § 9 UWG könne § 2 UWG nicht herangezogen werden. Im übrigen werde auf das in der Äußerung zum Sicherungsantrag des Klägers gestellte Angebot zum Abschluß eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches verwiesen, womit die Wiederholungsgefahr ausgeschlossen sei.

In ihrer im Provisorialverfahren erstatteten Äußerung hatte die Beklagte dem Kläger den Abschluß eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches angeboten (S. 19 f); der Kläger hatte dieses Angebot in seiner Gegenäußerung abgelehnt (S. 44). Das Erstgericht hatte den Sicherungsantrag abgewiesen (ON 6); das Rekursgericht hatte diesen Beschluß aus der Erwägung bestätigt, daß mit dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches, mit dem der Kläger all das erreicht hätte, was er durch das Urteil erlangen könne, sei die Wiederholungsgefahr weggefallen sei (ON 10).

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 2.2.1990 trug die Beklagte die Klagebeantwortung vor. Der Kläger erklärte nach Erörterung, daß nach seiner Auffassung im Hauptverfahren kein Vergleichsangebot der Beklagten vorliege, habe doch die Beklagte nur auf ihr Vorbringen in der Äußerung verwiesen. Sodann schlossen die Parteien einen bedingten Vergleich, in welchem sich die Beklagte verpflichtete, ab sofort beim Vertrieb ihrer Zeitung die Ankündigung von Beilagen unter dem Titel "Fernsehwoche" zu unterlassen und dem Kläger einen bestimmten Kostenbetrag zu ersetzen (ON 12). Diesen Vergleich widerrief die Beklagte (ON 13). In der Tagsatzung vom 9.3.1990 erklärte die Beklagte, daß sie ihr Vorbringen im Provisorialverfahren auch zum Vorbringen des Hauptverfahrens erhebe und vortrage. Da der Kläger ihr Angebot auf Abschluß eines vollstreckbaren gerichtlichen Vergleiches, welcher nicht nur das Unterlassungs-, sondern auch das Urteilsveröffentlichungsbegehren erfaßt hätte, abgelehnt habe, sei auch für das Hauptverfahren die Wiederholungsgefahr weggefallen. Der Kläger erklärte hierauf, daß er das nunmehr erstattete Vergleichsangebot annehme. Dem erwiderte die Beklagte, daß sie nun das Vergleichsangebot nicht neuerlich gestellt habe; dieses sei vielmehr schon durch die Ablehnung des Klägers gegenstandslos geworden.

In der Tagsatzung vom 20.6.1990 stellte der Kläger den Zwischenantrag auf Feststellung, daß mit der Annahmeerklärung des Klägers in der Verhandlung vom 9.3.1990 zu dem dort vorgetragenen Vergleichsangebot ein Vergleich zustande gekommen sei und daß die Beklagte durch den Vortrag der Klagebeantwortung in der Verhandlung vom 2.2.1990 kein annahmefähiges Vergleichsangebot erstattet habe.

Die Beklagte beantragt die Abweisung dieses Antrages.

Das Erstgericht wies den Zwischenantrag auf Feststellung sowie das gesamte Klagebegehren ab. Die beanstandete Ankündigung könne, weil es sich dabei nur um einen Hinweis auf die - anders bezeichnete - Beilage der Zeitung handle, nicht als Verwendung eines Titels (Zeichens) im Sinne des § 80 UrhG (§ 9 UWG) angesehen werden. Der wesentliche Inhalt beider Druckwerke sei die Vermittlung des Fernsehprogramms für eine Woche, für den angesprochenen Kundenkreis somit eben die "Fernseh Woche". Die in Österreich angesprochenen Verkehrskreise würden der Ankündigung nicht entnehmen, daß nun dem "Kurier" die Zeitschrift des Klägers beiliege. Unter Berücksichtigung der dem Durchschnittsbetrachter jedenfalls geläufigen Kenntnis, daß einer österreichischen Tageszeitung nicht ein deutsches Wochenblatt beiliege, könne auch eine Irreführung im Sinn des § 2 UWG ausgeschlossen werden. Der Zwischenantrag auf Feststellung sei deshalb abzuweisen, weil das vom Kläger seinerzeit abgelehnte Vergleichsangebot nicht wiederholt worden sei; um das annehmen zu können, hätte es eines ausdrücklichen Hinweises der Beklagten bedurft.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Was den Zwischenfeststellungsantrag angehe, so fehle es schon an den prozessualen Voraussetzungen für eine Stattgebung. Tatsachen könnten nach dem klaren Wortlaut des § 236 Abs 1 ZPO nicht Gegenstand eines solchen Feststellungsantrages sein. Bei einem Vergleich sei nicht der Vertragsabschluß als solcher, sondern nur das daraus abgeleitete Rechtsverhältnis zur Feststellung geeignet. Der Kläger habe aber nur die Feststellung des Zustandekommens eines Vergleiches sowie des Umstandes, daß eine bestimmte Erklärung der Beklagten ein Vergleichsangebot bedeute, somit die Feststellung von Tatsachen begehrt. Außerdem mangle es an der weiteren Voraussetzung für den Zwischenantrag auf Feststellung, daß nämlich dem präjudiziellen Recht über den konkreten Rechtsstreit hinaus Bedeutung zukomme; nur in einem solche Fall bestehe ein Bedürfnis nach selbständiger urteilsmäßiger Feststellung. Der Vergleichsabschluß und die Bewertung einer Erklärung der Beklagten seien aber nur Vorfragen für die Entscheidung über das Vorliegen der Wiederholungsgefahr zur Begründung des konkreten Unterlassungsanspruches. Der Zwischenfeststellungsantrag sei daher zu Recht abgewiesen worden. Im Hinblick auf das Verhalten der Beklagten im Hauptverfahren könne allerdings nicht mehr zweifelsfrei von einem ernstlichen Sinneswandel der Beklagten ausgegangen werden; die Wiederholungsgefahr sei daher weiterhin zu vermuten. Dem Erstgericht sei nämlich darin beizupflichten, daß in dem von der Beklagten am 9.3.1990 erstatteten Vorbringen eine ausdrückliche Wiederholung des Vergleichsangebotes nicht enthalten gewesen sei.

Obwohl die Wiederholungsgefahr zu bejahen sei, habe das Erstgericht jedoch das Hauptbegehren zu Recht abgewiesen. Sämtliche für die Beurteilung des mit der Klage geltend gemachten Anspruches in Betracht kommenden Tatbestände setzten Verwechslungsgefahr voraus. Eine Beurteilung nach § 2 UWG scheide wegen der Spezialität des § 9 UWG aus. Bei Titeln von Zeitungen und Zeitschriften könnten schon geringfügige Abweichungen die Gefahr von Verwechslungen ausschließen. Auf dem Zeitungsmarkt stünden nämlich ähnliche Zeitungstitel oft jahrzehntelang nebeneinander, so daß sich das Publikum daran gewöhnt habe, auf Unterschiede der Titel genau zu achten; das gelte insbesondere für Zeitungstitel, die sich aus sprachüblichen Gattungsbezeichnungen zusammensetzen. Ob der auf den Inhalt der Zeitschrift hinweisenden Wortverbindung "Fernsehwoche" die notwendige Unterscheidungskraft und damit die zeichenrechtliche Schutzfähigkeit nach § 9 Abs 1 UWG, § 80 UrhG zuzugestehen ist, könne dahingestellt bleiben. Dieser Wortverbindung könnte höchstens schwache Kennzeichnungskraft zukommen, so daß bereits die Verschiedenheit in Ausstattung, Preis, Verbreitungsart und Verbreitungsgebiet selbst bei gleichem Wortlaut der Zeitungstitel die Verwechslungsgefahr ausschliesse. Im Titel des Klägers sei zwar das Wort "Fernsehwoche" graphisch hervorgehoben; zweifellos gehöre aber auch die keinesfalls völlig zurücktretende Wortfolge "aktuell und vielseitig" zum Titel. Diese Zusammengehörigkeit werde noch durch das dem gesamten Titel unterlegte rote Rechteck sowie die sich von der übrigen Titelblattgestaltung abhebende weiße Schrift hervorgehoben. Weiters weise sich die Zeitung des Klägers schon nach Stärke und Inhalt - es fänden sich darin in erheblichem Ausmaß auch redaktionelle Beiträge - als selbständige Kaufzeitschrift aus. Schließlich liege der bei weitem überwiegende Verbreitungsraum dieser Zeitschrift in der Bundesrepublik Deutschland, was auch die Gestaltung des Inhaltes beeinflusse. Demgegenüber werde die "Fernseh- und Radiowoche" nicht frei verkauft, sondern nur den Tageszeitungen "Neue Kronen Zeitung" und "Kurier" beigelegt; sie sei dünner als das Medium des Klägers, enthalte redaktionelle Beiträge überwiegend nur mit Bezug auf das Fernsehprogramm und habe ihren Verbreitungsraum ausschließlich in Österreich, weshalb der Inhalt auf die österreichischen Verhältnisse abstelle. Im Hinblick auf diese signifikanten Unterschiede könne die Gefahr von Verwechslungen ausgeschlossen werden.

Gegen dieses Urteil wendet sich die außerordentliche Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### **I. Zum Zwischenfeststellungsantrag:**

Während das Erstgericht über diesen Antrag sachlich erkannt und ihn - folgerichtig mit Urteil (Fasching III 134 und LB2 Rz 1084; 5 Ob 153, 224/75; 6 Ob 547/91; 4 Ob 529, 1550/91 ua) - abgewiesen hat, hat das Berufungsgericht die prozessualen Voraussetzungen für die Stattgebung verneint. Fehlt aber eine dieser Voraussetzungen - wie insbesondere die Präjudizialität oder das Hinausreichen über den konkreten Rechtsstreit -, dann ist der Antrag nach nunmehr ständiger Rechtsprechung mit Beschluß zurückzuweisen (Arb 8806; SZ 40/28; EvBl 1957/238; 5 Ob 89/87; 6 Ob 547/91 uva; Fasching LB2 Rz 1083). Daß das Berufungsgericht seine Entscheidung dennoch in die Form

eines - bestätigenden - Urteils gekleidet hat, konnte nichts daran ändern, daß es in Wahrheit einen Zurückweisungsbeschluß gefaßt hat, gegen den ungeachtet der Urteilsform nicht das Rechtsmittel der Berufung, sondern das für die Bekämpfung eines solchen Beschlusses vorgesehene Rechtsmittel des Rekurses zusteht (SZ 46/103; JBl 1960, 260; 4 Ob 529, 1550/91 uva). Der Beschluß auf Zurückweisung eines Zwischenfeststellungsantrages durch das Berufungsgericht ist nach ständiger Rechtsprechung (SZ 29/2; EvBl 1969/144; MietSlg 26.505; 4 Ob 529, 1550/91 ua) auf Grund der sinngemäß anzuwendenden Bestimmung des § 519 Abs 1 Z 1 ZPO mit Rekurs anfechtbar. Solche Rekurse sind nach der WGN 1989 unabhängig vom Entscheidungsgegenstand in zweiter Instanz und dem Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne der § 502 Abs 1, § 528 Abs 1 ZPO - als "Vollrekurse" alter Prägung - zulässig (Petrasch, Der Weg zum Obersten Gerichtshof nach der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1989, ÖJZ 1989, 743 ff (750); NRsp 1991/63; 5 Ob 108/90; 4 Ob 505/91 ua).

Das gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhobene Rechtsmittel, dessen in diesem Belang unrichtige Bezeichnung als "außerordentliche Revision" nicht schadet (§ 84 Abs 2, letzter Satz, ZPO), ist somit - als Rekurs - zulässig; der Rekurs ist aber nicht berechtigt.

Der Kläger hat seinen Zwischenfeststellungsantrag auf die Behauptung gestützt, die Beklagte habe in der Tagsatzung vom 9.3.1990 - erstmals im Hauptverfahren - den Abschluß eines Unterlassungsvergleiches angeboten; er habe dieses Angebot sogleich angenommen. Damit hat er zwar die Willenseinigung der Parteien über den Vergleich behauptet. Mit dieser Willensübereinstimmung sind aber nur die materiell-rechtlichen Bedingungen für das Zustandekommen eines privatrechtlichen Vergleichsvertrages hergestellt; zum gerichtlichen Vergleich wird die Parteienvereinbarung jedoch erst dann, wenn sie von Anfang an vor Gericht geschlossen werden soll und gerichtlich - durch einen Richter (oder durch einen Rechtspfleger, soweit die Sache in dessen selbständigen Wirkungsbereich fällt) - protokolliert wird (Fasching, LB2 Rz 1351). Nach ständiger Rechtsprechung kommt ein gerichtlicher Vergleich überdies im Zweifel erst mit der Unterschrift der Parteien zustande (SZ 42/61; SZ 58/151;

SZ 59/170; im selben Sinn Rummel in Rummel, ABGB2, Rz 1 zu § 884;

Holzhammer, Österreichisches Zivilprozeßrecht<sup>2</sup>, 227; aM Fasching aaO Rz 1352, welcher gleichwohl die Rechtsprechung für sehr praktisch und zweckmäßig hält). Da der Kläger die gerichtliche Protokollierung eines (unbedingten) Vergleiches samt Unterfertigung durch die Parteien nicht behauptet hat und nach der Aktenlage auch nicht behaupten konnte, muß sein Zwischenantrag dahin verstanden werden, daß er den Abschluß eines privatrechtlichen Vergleiches (zum ehestmöglichen Zeitpunkt) festgestellt wissen will. Von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Vergleiches hängt aber die Entscheidung über das Klagebegehren nicht ab, ist es doch nicht auf den Bruch der angeblich zustandekommenen Vereinbarung, sondern allein auf das Gesetz gestützt. Da der festzustellende Vergleich sohin nicht präjudiziell ist, hat das Berufungsgericht mit Recht das Vorliegen dieser prozessualen Voraussetzung (Fasching aaO Rz 1078) verneint.

Der in der Revision enthaltene Rekurs mußte mithin erfolglos bleiben; die angefochtene Entscheidung war mit der Maßgabe zu bestätigen, daß der Zwischenfeststellungsantrag nicht (mit Urteil) ab-, sondern (mit Beschluß) zurückgewiesen wird.

#### **II. Zum Hauptbegehren:**

Die Revision ist zulässig. Wie der erkennende Senat schon oftmals ausgesprochen hat, kann gerade auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechtes eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO auch dann vorliegen, wenn - wie hier - zu den maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriffen zwar schon allgemeine, von der Rechtsprechung entwickelte Leitsätze bestehen, die konkrete Lösung des zu entscheidenden Falles sich aber daraus noch nicht ohne weiteres ergibt, vielmehr wegen Fehlens von Vorentscheidungen mit weitgehend gleichartigen Sachverhalten ein sorgfältiger Vergleich mit den bisher entschiedenen, nur ähnlichen Fällen vorgenommen werden muß. Im Wettbewerbsrecht kann daher der Oberste Gerichtshof seiner Leitfunktion nur dann gerecht werden, wenn er nicht nur die richtige Wiedergabe von Leitsätzen der Judikatur, sondern überall dort, wo es nach der Lage des Falles die Rechtssicherheit, die Rechtseinheit oder die Rechtsentwicklung fordern, auch die richtige Konkretisierung der in Betracht kommenden unbestimmten Gesetzesbegriffe prüft (ÖBl 1991, 80 mwN). Ein dem vorliegenden vergleichbarer Sachverhalt war aber - soweit überblickbar - noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes.

Die Revision ist jedoch nicht berechtigt.

Nach § 80 Abs 1 UrhG darf im geschäftlichen Verkehr (ua) der Titel eines Werkes der Literatur für kein anderes Werk auf eine Weise verwendet werden, die geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Wer im geschäftlichen Verkehr (ua) die besondere Bezeichnung eines Druckwerkes, für das § 80 UrhG nicht gilt, in einer Weise benützt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann nach § 9 Abs 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Ob die Zeitschrift des Klägers - als (Sammel-)Werk (SZ 41/116; SZ 62/155) - den Schutz des § 80 Abs 1 UrhG oder - mangels Werkcharakters - jenen des § 9 Abs 1 UWG genießt, kann hier offen bleiben; in jedem Fall setzt der Schutz der Bezeichnung Unterscheidungskraft des verletzten Zeichens voraus (ÖBl 1976, 105 mwN; ÖBl 1983, 48; SZ 62/155 ua). Die Bezeichnung des Druckwerkes muß etwas Besonderes, Individuelles an sich haben und darf sich nicht auf die bloße Angabe des Inhaltes oder des Gebietes, auf das sie sich bezieht, beschränken (ÖBl 1977, 41 mwN; SZ 62/155).

Absolut schutzunfähig sind nach der neueren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes solche Zeichen, die zur Bezeichnung bestimmter Gattungen von Waren oder Dienstleistungen im Verkehr allgemein gebräuchlich sind (§ 4 Abs 1 Z 3 MSchG); sie können nicht nur nicht als Marke registriert werden (§ 4 Abs 2 MSchG), sondern genießen auch keinen Schutz nach §§ 9 UWG und 80 UrhG (SZ 54/41; ÖBl 1983, 48; WBl 1991, 298 mwN). Diese Voraussetzung trifft allerdings auf den Titel der Zeitschrift des Klägers schon deshalb nicht zu, weil das Wort "Fernsehwoche" zur Bezeichnung von Fernseh-(Wochen-)programmzeitschriften keineswegs allgemein gebräuchlich ist. Wohl aber besteht dieser Titel bloß aus Worten, die Angaben über die Beschaffenheit und die Bestimmung der Ware (= Druckwerk) - nämlich über den Inhalt der Zeitschrift - enthalten (vgl § 4 Abs 1 Z 2 MSchG), bringt doch der Titel nur zum Ausdruck, daß das Wochenprogramm der verschiedenen Fernsehsender, also die "Fernsehwoche" (vgl: "Arbeitswoche"), im einzelnen angekündigt wird. Diese Bezeichnung kann daher entgegen der Meinung des Klägers (S. 84) nicht mit der Bezeichnung "TAKE OFF" verglichen werden, deren Originalität der Oberste Gerichtshof bejaht hat (SZ 62/155). Der Titel "Fernsehwoche" ist hingegen - wie die Beklagte zutreffend geltend gemacht hat - tatsächlich nur beschreibend. Einem solchen Zeichen fehlt an sich die Unterscheidungskraft; es kann sie aber bei entsprechender Verkehrsgeltung erlangen. Nach § 4 Abs 2 MSchG kann ein rein beschreibendes Wortzeichen dann als Marke registriert werden, wenn es in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen der Waren oder Dienstleistungen des Unternehmens des Anmelders gilt; auch nach Wettbewerbsrecht können solche Wörter bei entsprechender Verkehrsgeltung Schutz nach § 9 Abs 3 UWG erlangen (SZ 54/1, WBl 1991, 298 uva). Daß aber der Titel "Fernsehwoche" innerhalb beteiligter Verkehrskreise - sei es auch in Österreich oder nur in der Bundesrepublik Deutschland - als Zeichen des Klägers gelte (§ 9 Abs 3 UWG), wurde weder behauptet noch festgestellt. Auf die Frage, ob etwa im Hinblick auf Art 8 PVÜ eine Verkehrsgeltung in Deutschland für den Schutz des Titels der deutschen Zeitschrift auch in Österreich ausreichen würde (vgl dazu Schönherr in ÖBl 1976, 80 ff; SZ 57/88), braucht demnach nicht eingegangen zu werden.

Auf seinen in erster Instanz geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 2 UWG kommt der Kläger in der Revision mit Recht nicht mehr zurück. Ganz abgesehen von der Frage, ob § 9 UWG gegenüber § 2 UWG im Verhältnis der Spezialität steht (in diesem Sinne ÖBl 1982, 89 und 101; aM Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, 134; Stefan Frotz in ÖBl 1982, 89; vgl Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>16</sup>, 861 Rz 261 zu § 3 dUWG), ist der Tatbestand des § 2 UWG hier schon deshalb zu verneinen, weil die beanstandete Angabe nicht geeignet ist, einen nicht unbeträchtlichen Teil der angesprochenen Leserkreise über die Herkunft der Beilage zur Tageszeitung der Beklagten in Irrtum zu führen.

Im Hinblick auf die überaus geringe Auflage der "Fernsehwoche" des Klägers von rund 8.500 Exemplaren - selbst bei Annahme einer Auflage von knapp 17.000 Stück im Jahr 1981 (Beilage G) - muß nämlich davon ausgegangen werden, daß nur ein sehr geringer Teil der Leser des "Kuriers" das Printmedium des Klägers kennt. Für die überwältigende Mehrheit der Leser scheidet damit die Möglichkeit des vom Kläger befürchteten Irrtums aus. Aber auch die - wenigen - Leser, denen die Programmzeitschrift des Klägers bekannt ist, werden höchstens zu einem ganz geringen Teil zu der Annahme verleitet werden, dem "Kurier" liege nun jeden Freitag die aus dem Ausland stammende Zeitschrift bei, wird doch von dieser großen österreichischen Tageszeitung zweifellos allgemein erwartet, daß sie das Schwergewicht auf das österreichische Fernsehprogramm legen, eine in der Bundesrepublik Deutschland erscheinende Zeitschrift hingegen vor allem das dortige Fernsehprogramm bringen wird.

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Der Ausspruch über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E27732

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:0040OB00001.92.1203.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19911203\_OGH0002\_0040OB00001\_9200000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)