

# TE OGH 1990/12/4 4Ob164/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.12.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Gamerith, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter und Dr.Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B\*\*\* S.p.A., Abbiategrosso, Viale Mazini 161, Italien, vertreten durch Dr.Hans Kröppel, Rechtsanwalt in Kindberg, wider die beklagte Partei G\*\*\* - Haus der Landmaschine Gesellschaft mbH, Deutsch-Wagram, vertreten durch Dr.Erich Zeiner und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 400.000), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 22. August 1990, GZ 1 R 80/90-19, womit der Beschluß des Kreisgerichtes Korneuburg vom 26.Februar 1990, GZ 3 Cg 198/89-14, abgeändert wurde, folgenden Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses selbst zu tragen; die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Beide Parteien vertreiben Landmaschinen, insbesondere auch Scheibenmäher.

In den Jahre 1968 und 1969 entwickelte die Klägerin einen Scheibenmäher, der zunächst vier Mähscheiben mit je zwei Mähklingen, insgesamt also acht Mähklingen, aufwies. Neu an dieser Konstruktion war, daß die Breite des Mähbalkens der Arbeitsbreite entsprach; das wurde dadurch erreicht, daß das Lager der ersten der vier Mähscheiben direkt mit einem Winkelgetriebe angetrieben wird. Die gleiche Konstruktionsart (Arbeitsbreite = Balkenbreite) weist nur das Konkurrenzprodukt der Firma M\*\*\* auf, welches sich jedoch vom Erzeugnis der Klägerin insofern unterscheidet, als die Firma M\*\*\* zwar auch die erste Mähscheibe direkt antreibt, aber nicht mit einem Winkel-, sondern mit einem Vertikalgetriebe. Trotz der Konstruktionsgleichheit lassen sich die Teile des M\*\*\*- Scheibenmähers nicht mit Teilen der von der Klägerin erzeugten Scheibenmäher austauschen.

1969 kam der Scheibenmäher der Klägerin mit der Typenbezeichnung B\*\*\* 775 auf den Markt, seit 1981 auch in Österreich. Seit damals hat die V\*\*\* & N\*\*\* Landmaschinenfabrik GmbH den Exklusivvertrieb dieser Maschinen inne. Sie hat mit dem Scheibenmäher der früheren Bezeichnung B\*\*\* 775 und der jetzigen Bezeichnung B\*\*\* 404 einen Marktanteil von rund 50 % und verkauft rund 360 bis 370 solcher Geräte jährlich in Österreich. 1988 war an die Stelle der Originalbezeichnung B\*\*\* 775 die Bezeichnung B\*\*\* 404 getreten; daneben gibt es auch Mäher mit fünf und

sechs Scheiben, welche dann die entsprechenden Bezeichnungen B\*\*\* 405 bzw B\*\*\* 406 tragen. Auf Grund vorhandener Lagerbestände werden aber in Österreich nach wie vor auch Geräte mit der Bezeichnung B\*\*\* 775 ausgeliefert. 1988 änderte die Klägerin die sogenannte "Anfahrsicherung" insofern, als die Trägerstange nicht mehr gebogen, sondern gerade konstruiert und der Zylinder der Anfahrsicherung etwas kürzer dimensioniert wurde. Die Geräte werden wahlweise mit runden oder ovalen Mähscheiben geliefert. Die Geräte der Klägerin tragen ein Schild mit dem Hinweis "Made in Italy".

Die V\*\*\* & N\*\*\* GmbH verkauft den Scheibenmäher B\*\*\* 404 (früher: 775) an Händler um rund S 37.000, selten auch an Endverbraucher um rund S 42.000 bis S 43.000.

Die Beklagte ist seit etwa 25 Jahren Marktführerin bei importierten Trommelmäherwerken. 1989 lernte ihr Geschäftsführer, Ing. Herbert H\*\*\*, auf einer Messe in Jugoslawien einen Scheibenmäher mit vier Scheiben unter der Bezeichnung "Britev" kennen. Als er ihn sah, erkannte er keinerlei Zusammenhang mit dem Gerät der Klägerin, insbesondere auch nicht, daß eine Nachbildung vorliegen könnte. Da ihm die Größe und der Preis des jugoslawischen Gerätes günstig erschienen, trat er namens der Beklagten zu dem jugoslawischen Erzeugungsunternehmen S\*\*\* in Geschäftsbeziehung. Er verlangte von der Erzeugerin, daß ihre Geräte keine Herkunftsbezeichnung tragen sollten, weil es ihm darauf ankam, im Rahmen der von der Beklagten vertriebenen Produktpalette nur die geläufige Bezeichnung "CM ... " zu verwenden. Die Beklagte vertreibt den Scheibenmäher der Firma S\*\*\* nunmehr unter der Bezeichnung "CM 165" und bot ihn seit Juni 1989 in Österreich auf verschiedenen Fachmessen und in Fachzeitschriften als Neuheit an; sie verkauft das Gerät Landwirten um einen Neupreis von rund S

40.600 und Händlern um rund S 33.000. In Deutschland kauft die Beklagte eine eigene Gelenkswelle mit Freilauf, welche sie gemeinsam mit den Scheibenmähern ohne Aufpreis liefert. Dieser Scheibenmäher wiegt 295 kg; er wird in Österreich ausschließlich in orange-roter Farbe vertrieben und erhält bei der Beklagten zwei Aufkleber, den einen mit der Bezeichnung "CM 165" und den anderen mit der Bezeichnung "Garbe" sowie dem Symbol eines pflügenden Bauern. Die Beklagte verkauft den Scheibenmäher in Österreich nur mit runden Scheiben und geraden Klingen, weil die Firma S\*\*\* nur runde Scheiben erzeugt. Seit Juni 1989 hat die Beklagte in Österreich 13 Geräte dieser Art verkauft. Das Gerät trägt keinen Hinweis darauf, daß es in Jugoslawien hergestellt wird.

Das Gerät B\*\*\* 404 (früher 775) der Klägerin wird in Österreich seit 1981 ausschließlich in blauer Farbe vertrieben. Seit dem Sommer 1989 beanstandeten verschiedentlich Händler gegenüber dem Geschäftsführer der V\*\*\* & N\*\*\* GmbH, Dipl. Ing. W\*\*\*, daß die Beklagte das gleiche Geräte wesentlich billiger anbiete und daher die Händlerspanne größer sei. Nachdem Dipl. Ing. W\*\*\* Inserate und einen Prospekt der Beklagten gesehen hatte, fragte die V\*\*\* &

N\*\*\* GmbH die Klägerin, weshalb sie offensichtlich Originalteile der jugoslawischen Firma S\*\*\* liefere, welche dann auf den österreichischen Markt gelangten. Die Klägerin wies diesen Vorwurf zurück; sie habe weder der Firma S\*\*\* noch einem anderen Unternehmen eine Lizenz zum Nachbau erteilt oder Ersatzteile geliefert. Die V\*\*\* & N\*\*\* GmbH beschaffte hierauf ein Gerät CM 165 und leitete es der Klägerin weiter, die in ihrer Betriebsstätte in Italien einen Vergleich der beiden Konkurrenzprodukte vornahm. Auf Grund des Ergebnisses dieser Prüfung forderten die Klägerin und die V\*\*\* & N\*\*\* GmbH die Beklagte auf, es künftig zu unterlassen, "die dem Typ B\*\*\* 404 sklavisch nachgebauten Scheibenmäher in Verkehr zu bringen". Am 13.9.1989 erwiderte die Beklagte, daß kein sklavischer Nachbau vorliege; sie verwies auf im einzelnen aufgezählte Unterschiede und erklärte sich nicht bereit, den Vertrieb der Mäher einzustellen. Auch ein weiteres Verlangen der Klägerin und der V\*\*\* & N\*\*\* GmbH, den Vertrieb des Scheibenmähers CM 165 zu unterlassen, lehnte die Beklagte ab.

Die Firma S\*\*\* hatte unverkennbar das von der Klägerin entwickelte und auf den Markt gebrachte Produkt zum Vorbild ihres Erzeugnisses genommen; sie nahm dabei aber auch einige Abänderungen vor. Beiden Scheibenmähern ist gemeinsam, daß sie an einen Traktor anzukuppeln sind, wobei der Antrieb vom Traktor aus zunächst mit einer Kardanwelle und die weitere Transmission mit Keilriemenscheibe, Keilriemen, Winkelgetriebe und Zahnrädern erfolgt, welche unmittelbar auf die Mähscheiben wirken. Die Farbe der von der Beklagten vertriebenen S\*\*\*-Maschinen ist rot, die des Mähers B\*\* 404 (775) blau. Ohne Schutttuch und Kardanwelle wiegt diese Maschine 230 kg, die CM 165 250 kg. Die Gewichts Differenz von 20 kg kann ausschließlich auf zwei Maschinenteile zurückgeführt werden, nämlich die Riemenscheibe und das Aufhängegehäuse. Diese Teile haben eine völlig gleiche Form, sind aber aus verschiedenen Werkstoffen hergestellt: Die Klägerin verwendet Leichtmetall (Aluminium), die Firma S\*\*\* einen schwereren Grauguß, den auch die Klägerin in früheren Jahren verwendet hatte. Am Mähwerk zeigen sich dem oberflächlichen Betrachter -

vom Farbunterschied abgesehen - keine wesentlichen Unterschiede. Die Mähscheiben weisen äußerlich dieselben Dimensionen auf; jene des S\*\*\*-Gerätes sind rot, die des Gerätes der Klägerin metallfarben. Die Mähscheiben können zwischen den Geräten beliebig ausgewechselt werden. Die Klägerin vertreibt sowohl ovale als auch runde Mähscheiben sowie flache oder gedrehte Klingen; die Beklagte hingegen vertreibt nur runde Scheiben mit ausschließlich flachen Klingen. Beide Mähbalken sind gleich breit. Die auf den jeweils äußersten Scheiben sitzenden Kunststoffkegel haben gleiche Dimensionen; die seit 1988 in Österreich verkauften Geräte der Klägerin tragen vorwiegend die neuen, teilweise aber auch noch die alten Kegel, welche mit weniger Rippen ausgestattet sind. Die Geräte der Beklagten weisen nur Kegel der früheren Konstruktionsart auf, welche die Firma S\*\*\* von einem Zwischenhändler erworben hatte; dabei handelt es sich um Teile, welche die von der Klägerin beauftragte Drittfirma erzeugt.

Sowohl der Unterteil als auch der Oberteil der Wanne des Mähbalkens sind bei beiden Geräten dimensionsgetreu; es finden sich sowohl die gleichen Abstände als auch die gleiche Anzahl von Nieten und Verschraubungen. Die Wanne des Gerätes der Klägerin weist - nicht äußerlich, sondern erst nach Zerlegung - erkennbare Versteifungen auf, welche zusätzlich eingeschweißt wurden, um eine größere Stabilität des Mähbalkens zu erreichen. Dennoch lassen sich der Mähbalkenoberteil und -unterteil der beiden Geräte beliebig miteinander austauschen und zusammenbauen, ebenso die Mähscheiben und die Kegel. Dimensionsgetreu nachgebildet ist auch das Gehäuse des Winkelgetriebes, welches am Mähbalken montiert ist. Bei einem Austausch der einzelnen Teile des Mähbalkens der beiden Geräte ist die Funktionstüchtigkeit gewährleistet.

Auf Grund der maßstabgetreuen Nachbildung durch die Firma S\*\*\* sind auch die anderen Teile gegenseitig austauschbar, so die Anfahrssicherung, das Tragegerüst und die Keilriemenscheiben. Bei der Materialqualität bestehen hingegen Unterschiede: So verwendet die Firma S\*\*\* für die Herstellung der Antriebswelle einen unlegierten Vergütungsstahl, der nur Kohlenstoff als Legierungselement hat und normalerweise für gering beanspruchte Maschinenteile verwendet wird. Die Antriebswelle des von der Klägerin erzeugten Gerätes besteht hingegen aus einem Vergütungsstahl, der als Legierungselemente außer Kohlenstoff noch Nickel, Chrom und Molybdän enthält. Nach Wärmebehandlung weist daher die Antriebswelle der Klägerin beste mechanische Eigenschaften und hohe Zähigkeit auf; sie wird in dieser Form normalerweise für hochbeanspruchte Maschinenteile verwendet. Für die Scheibennabe - also jenen Teil, der die Messerklingenscheiben trägt - verwendet die Firma S\*\*\* einen Werkstoff von geringerer Zähigkeit und Härte als die Klägerin, welche legierte Einsatzstähle verwendet und dadurch eine weit höhere Verschleißfähigkeit, hohe Dauerfestigkeit bei schwelloser Belastung und eine genügende Zähigkeit erreicht. Auch das Scheibenzahnrad weist Qualitätsunterschiede auf; es ist das höchstbelastete Zahnrad, weil es die Scheiben direkt antreibt und deren Schwingungen tragen muß. Der von der Klägerin verwendete Werkstoff enthält Nickel und hat daher eine höhere Qualität als der von der Firma S\*\*\* verwendete Werkstoff, welcher insbesondere ein großes "Gefügeproblem" aufweist, nämlich das Vorhandensein von Austenitresten in hohen Mengen, die ein Grund für innere Spannungen, Verformungen und sogar mögliche Brüche sind, die im Laufe der Betriebszeit auftreten können. Schließlich verwendet die Klägerin für die Messerklingenscheiben ein verfestigtes Stahlblech "AS-Form 420", einen mikrolegierten Stahl mit kontrollierter und feiner Korngröße; dadurch hat der Werkstoff im verfestigten Zustand eine hohe Zugfestigkeit und eine gute Streckgrenze. Dieser Werkstoff ist jedoch nicht genormt. Die von der Firma S\*\*\* verwendeten Messerklingen werden aus unlegiertem Stahl hergestellt, der 0,0507 % Kohlenstoff, Reste von Legierungselementen und keine Mikrolegierungselemente enthält; seine Zugfestigkeit ist daher kleiner als jene des von der Klägerin verwendeten. Abgesehen von der Farbe und den Aufklebern unterscheiden sich die Geräte der Streitparteien äußerlich noch in folgenden Punkten:

Die Keilriemenabdeckung des Gerätes B\*\*\* 404 besteht aus einem abgerundeten Gehäuse mit Lüftungsschlitzen. Die Typenbezeichnung B\*\*\* 404 befindet sich auf einem ovalen, länglichen, hellen Untergrund und ist gleichfalls in blauer Schrift gehalten.

Demgegenüber ist die Keilriemenabdeckung beim Scheibenmäher Garbe CM 165 kantiger ausgebildet. Im Bereich der Welle zur Verbindung mit dem Traktor hat das die Keilriemenabdeckung bildende Gehäuse eine polygonale Umrißform; die Typenbezeichnung CM 165

findet sich auf gelbem Grund in einem Rechteck. Die Firmenbezeichnung "Garbe" und die bildliche Darstellung des Pferdes mit Pflug sind in schwarzer Schrift auf weißem rechteckigem Grund angebracht. Auf Grund der unterschiedlichen Ausgestaltung sind die Keilriemenabdeckungen der beiden Geräte nicht gegeneinander

austauschbar; sie sehen auch äußerlich anders aus. Ein wesentlicher Unterschied besteht auch im Bereich der Kardanwelle, also der Verbindung vom Traktor zum Gerät, weil das Gerät B\*\*\* 404 einen integrierten Freilauf hat, der die Verwendung jeder marktüblichen Antriebswelle ermöglicht. Die Klägerin bietet keine eigenen Kardanwellen an, weil die Landwirte solche Wellen üblicherweise schon als Zubehör zum Traktor haben. Da beim Gerät der Firma S\*\*\* der technisch erforderliche Freilauf nicht in das Gerät integriert ist, ist eine Welle erforderlich, die zusätzlich einen solchen Freilauf aufweist. Dieser Unterschied ist für Landmaschinenhändler und Landwirte augenscheinlich. Im Gegensatz zum Gerät der Klägerin weist auch die Keilriemenabdeckhaube des B\*\*\*-Gerätes keine umlaufende Rippe bzw Erhebung auf, die beide Gehäuseteile zusammenhält; vielmehr sind die beiden polygonalen Gehäuseteile ineinandergesteckt. Das Keilriemengehäuse wird beim Scheibenmäher CM 165 nicht an der Außenseite durch erkennbare Lüftungsschlitze, sondern an seiner Innenseite belüftet, wo im Anschluß an die Traktorwelle ein Schlitz freigelassen wurde, der die Funktion der Belüftung übernimmt.

Auch die Bremsenrichtungen sind in ihrer Formgebung bei den beiden Geräten unterschiedlich ausgebildet: Die Stangen, welche die Ablenkeinrichtung bilden und in der Bremsenrichtung entgegen einem vorbestimmten Verschiebewiderstand verschiebbar aufgenommen sind, sind beim Gerät B\*\*\* 404 gerade und beim Gerät der Beklagten gebogen. Die gebogene Stange ist jedoch maßstabgetreu einer früheren Konstruktionsvariante der Klägerin für das Gerät B\*\*\* 775 nachgebildet, welche noch teilweise auf dem Markt ist. Auch die Zylinder der Auflaufbremse sind unterschiedlich ausgestaltet: Das S\*\*\*-Gerät hat - wie eine frühere Konstruktion der Klägerin - einen etwas längeren Zylinder mit einer kreisrunden Abdeckung; der Zylinder der Klägerin ist etwas kürzer konstruiert und weist eine ellipsenförmige, über den Zylinder hinausreichende Abdeckung auf. Auch die Anlenkung der hydraulischen Zylinder-Kolben-Aggregate für das Verschwenken des Mähbalkens, für welche nur wenige Alternativen zur Verfügung stehen, ist insofern unterschiedlich gelöst, als beim B\*\*\* 404 die Anlenkung unter Zwischenschaltung einer - den ästhetischen Gesamteindruck bestimmenden - Lasche, beim CM 165 hingegen durch Verbindung mit einem Lager auf der Kolbenstange des Zylinder-Kolben-Aggregates erfolgt.

Die Anschlußstellen für die Dreipunktaufhängung eines Traktors ergeben keine wesentlichen Unterscheidungsmerkmale; diese Dreipunktaufhängung weisen auch andere, von Konkurrenzunternehmen hergestellte Scheibenmäher auf. Unterschiede zwischen den Geräten bestehen auch in der Abdeckung durch ein Schutz Tuch, das beim Betrieb verwendet wird: Der Unterschied der Schutz Tuchkonstruktion ergibt sich nur daraus, daß im Herstellerland Italien ein derartiger Schutz nicht vorgeschrieben ist und die Klägerin daher zunächst ein Tragegerüst und ein Schutz Tuch konstruiert hatte, das in der Formgebung mit dem von der Firma S\*\*\* übernommenen identisch ist. Bei den in Österreich vertriebenen B\*\*\*-Geräten werden jedoch Schutz Tücher und ein Gerüst hierfür verwendet, welche erst die V\*\*\* & N\*\*\* GmbH auf Grund einer Zulieferung durch einen Dritten beistellt. Beim Gerät B\*\*\* 404 ist der in Österreich verwendete Tragrahmen für die planenartige Abdeckung der Mähscheiben über einen geschwungenen, zum Boden abwärts abgewinkelten Arm am Gehäuse angeschlossen; hingegen geschieht die Anlenkung des Tragrahmens für die planenartige Abdeckung beim Scheibenmäher CM 165 über eine im wesentlichen horizontale Schwenkachse, welche eine gabelförmige Lagerung durchsetzt. Die Kinematik der Verschwenkung des Tragrahmens für die Abdeckung ist somit in beiden Fällen völlig verschieden gelöst, wobei die Lösung des CM 165 insofern komplizierter ist, als der Traktorführer - anders als beim Abdeckgerät der Klägerin - zum Bedienen der Abdeckung seinen Führerstand verlassen muß. Auch in Details des Tragerahmens bestehen Unterschiede: Der Tragrahmen des Mähers B\*\*\* 404 wird von zwei gelenkig miteinander verbundenen Teilen gebildet, die um eine zum Mähbalken im wesentlichen parallele Schwenkachse schwenkbar miteinander verbunden sind; demgegenüber ist der Tragrahmen des Mähers CM 165 einteilig und nicht in sich faltbar ausgebildet. Die Querholme des Tragrahmens sind beim B\*\*\* 404 mit dem Längsträger verschweißt, beim CM 165 mit Schraubverbindungen befestigt. Die Abdeckplane des CM 165 wird mit dem Tragrahmen verschnürt, während beim B\*\*\* 404 eine Öse zu erkennen ist, die der Festlegung der Abdeckplane mittels Riemen dient. Ein weiterer, gleichfalls aus den Prospekten ersichtlicher Unterschied besteht darin, daß der Mähbalken des CM 165 nur einen Absenkwinkel von 35° gegenüber der Horizontalen aufweist, der des B\*\*\* 404 hingegen einen solchen von 45°. Die Abdeckplane des B\*\*\* 404 ist grau, jenes des CM 165 gelb.

Weder für die Geräte der Klägerin B\*\*\* 404 und 775 noch für das von der Beklagten vertriebene Gerät CM 165 besteht in Österreich patentrechtlicher Schutz.

Mit der Behauptung, daß der von der Beklagten unter der Bezeichnung "CM 165 Garbe" vertriebene Scheibenmäher

von der jugoslawischen Firma S\*\*\* dem Gerät der Klägerin B\*\*\* 404 bewußt in einer zur Verwechslung geeigneten Form nachgebaut sei, begehrt die Klägerin zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, den Scheibenmäher mit vier Mähscheiben, der von der Firma S\*\*\*, Jugoslawien, erzeugt wird und dem Scheibenmäher der Klägerin B\*\*\* 775 und 404 sklavisch nachgebaut wurde und derzeit unter der Typenbezeichnung CM 165 Garbe von der Beklagten vertrieben wird, weiter in Verkehr zu bringen, zu verkaufen oder sonst zu vertreiben. Auch die Firma M\*\*\* habe eine ähnliche Konstruktionsform wie die Klägerin gewählt, dabei aber insofern den notwendigen konstruktiven Abstand eingehalten, als sie den Antrieb der ersten Mähscheibe nicht durch ein Winkelgetriebe, sondern durch ein Vertikalgetriebe vornehme. Die Scheibenmäher der wichtigsten Konkurrenten hätten ein "eigenartiges unterschiedliches Aussehen".

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsbegehrens; hilfsweise wolle der Klägerin eine Sicherheitsleistung von S 1.000.000 aufgetragen werden. Da sich die von der Beklagten vertriebenen Geräte nicht nur durch die Farbe und die deutlich erkennbare Typenbezeichnung, sondern auch durch die sonstige Ausgestaltung von den Geräten der Klägerin deutlich unterschieden, sei eine Herkunftstäuschung ausgeschlossen; die tatsächlich vorhandenen Übereinstimmungen seien technisch bedingt oder betreffen Elemente ohne Unterscheidungskraft.

Der Erstrichter wies den Sicherungsantrag ab. Es könne nicht als bescheinigt angenommen werden, daß die Firma S\*\*\* das Gerät der Klägerin im Bewußtsein der Verwechslungsgefahr oder einer Herkunftstäuschung nachbaue. Der Gesamteindruck des von der Beklagten vertriebenen Gerätes weiche erheblich von dem des Scheibenmähers der Klägerin ab. Vor allem die Keilriemenabdeckplatte biete eine klare Unterscheidungsmöglichkeit; auch durch die Verwendung einer Schutzabdeckung und einer verschiedenartigen Antriebswelle werde die Gefahr von Verwechslungen sowie einer Herkunftstäuschung verhindert. Für die Nachahmung seien sachliche Momente, nämlich die Übernahme der nicht geschützten Konstruktion (Gleichheit von Arbeits- und Balkenbreite), nicht jedoch das Bestreben, Verwechslungen herbeizuführen, maßgebend gewesen. Auch der Beklagten als Händlerin könne dieser Vorwurf nicht gemacht werden.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und trug der Klägerin auf, für alle dadurch der Beklagten verursachten Nachteile Sicherheit durch gerichtlichen Erlag von S 300.0000 zu leisten; es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die in ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes herausgearbeiteten Voraussetzungen für eine sittenwidrige vermeidbare Herkunftstäuschung lägen hier vor: Die Firma S\*\*\* habe den Scheibenmäher der Klägerin B\*\*\* 775 bzw 404 geradezu maßstabgetreu so nachgebaut, daß nicht bloß die gesamte Konstruktion, sondern auch die Abmessungen und die Details weitestgehend identisch seien. Die vom Erstgericht als gravierend angesehenen Unterschiede fielen hingegen weniger ins Gewicht: Farbe und Kennzeichnung seien als Unterscheidungsmerkmal ohne Bedeutung. Als hervorstechende Änderung sei zunächst die Keilriemenabdeckung in Betracht zu ziehen, welche beim Produkt der Klägerin abgerundet sei und Lüftungsschlitze aufweise, während sie beim Scheibenmäher der Firma S\*\*\* kantiger gehalten sei und keine Lüftungsschlitze habe. Diese Änderung trete zwar äußerlich in Erscheinung, sei aber selbst unter Bedachtnahme auf die übrigen Abweichungen so geringfügig, daß dadurch die Gefahr von Verwechslungen nicht ausgeschlossen werden könne. Die Abdeckung stehe nicht so sehr im Vordergrund, daß durch ihre etwas abweichende Gestaltung bei dem sonst sklavischen Nachbau des gesamten, auch technisch aufwendigen Gerätes Verwechslungen ausgeschlossen würden. Auch die Kardanwelle biete keinen Anhaltspunkt für eine Unterscheidung. Auch der Unterschied in der "Anfahrtsicherung" sei ein so geringes, nicht ins Auge fallendes Detail - das im übrigen dem Vorgängermodell, B\*\*\* 775, wiederum maßstabgetreu nachgebildet sei -, daß er zu keiner anderen Beurteilung führen könne. Obwohl die bewußte Nachahmung von der Firma S\*\*\* begangen wurde, sei doch die Beklagte, die das Gerät im Bewußtsein der Nachahmung vertreibt, passiv legitimiert, bestehe doch zwischen den Streitteilen durch die Gleichheit des Kundenkreises ein Wettbewerbsverhältnis. Im Hinblick auf den mit der einstweiligen Verfügung verbundenen tiefen Eingriff in die Rechtssphäre der Beklagten sei der Klägerin eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen gewesen.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Revisionsrekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Beschluß des Erstrichters wiederherzustellen.

Die Klägerin beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Das Nachahmen eines fremden Produktes, das keinen Sonderschutz - etwa nach dem Markenschutzgesetz, dem Urheberrechtsgesetz oder als Unternehmenskennzeichen - genießt, ist, wie schon die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, an sich nicht wettbewerbswidrig; ein Verstoß gegen § 1 UWG ist hier nur dann anzunehmen, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Handlung ergibt (ÖBl 1989, 39 mwN). Das trifft nach ständiger Rechtsprechung ua dort zu, wo der Nachahmende das Vorbild nicht nur als Anregung zu eigenem Schaffen benützt, sondern seinem Produkt ohne ausreichenden Grund die Gestaltungsform eines fremden Erzeugnisses gibt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorruft. Der Nachahmer muß von dem nachgeahmten Erzeugnis im Rahmen des Möglichen - vor allem dann, wenn ihm eine große Anzahl anderer Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung steht - angemessenen Abstand halten. Sittenwidrige Nachahmung setzt nicht in jedem Fall eine bis an die Grenzen unmittelbarer Leistungsübernahme reichende Nachahmung in allen Einzelheiten (also eine sogenannte "sklavische Nachahmung") voraus; entscheidend ist vielmehr, daß eine bewußte Nachahmung vorliegt, daß damit die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt wird und daß schließlich eine andersartige Gestaltung zumutbar gewesen wäre (ÖBl 1988, 10 und 41; ÖBl 1989, 39 je mwN). Wer ein fremdes Erzeugnis unter Übernahme von Merkmalen, mit denen der Verkehr eine Herkunftsvorstellung verbindet, nachahmt und sein Produkt in den Verkehr bringt, handelt somit wettbewerbswidrig, wenn er nicht im Rahmen des Zumutbaren alles Notwendige getan hat, um eine Irreführung des Verkehrs nach Möglichkeit auszuschließen (ÖBl 1988, 10 und 41 uva). Eine solche Irreführung ist insbesondere dort zu befürchten, wo der Gegenstand der Nachahmung auf Grund seiner wettbewerbslichen, zur Auslösung von Herkunftsvorstellungen geeigneten Eigenart im Verkehr so bekannt geworden ist, daß sich beim Auftreten von Nachahmungen Verwechslungen über die betriebliche Herkunft ergeben können (ÖBl 1984, 95; ÖBl 1988, 10 und 41, je mwN). "Wettbewerbslich eigenartig" ist ein Erzeugnis, wenn es bestimmte Merkmale oder Gestaltungsformen aufweist, die dem Geschäftsverkehr seine Unterscheidung von gleichartigen Erzeugnissen anderer Herkunft ermöglichen. Das Produkt muß darüber hinaus bereits in Verkehr gesetzt und auf diese Weise dem Publikum bekannt geworden sein, ohne daß aber Verkehrsgeltung im Sinne des § 9 Abs 3 UWG erforderlich wäre; die notwendige "Verkehrsbekanntheit" ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn das Publikum das Erzeugnis (noch) nicht einem bestimmten Unternehmen zuordnet (ÖBl 1989, 39 mwN). Die Sittenwidrigkeit der sklavischen Nachahmung liegt eben gerade darin, daß der Nachahmende ein im Verkehr bekanntes Produkt - mag es vom Publikum auch keinem bestimmten Erzeuger zugeordnet werden - auf eine solche Weise nachmacht, daß der Kaufinteressent annehmen kann, es handle sich bei diesem neuen Produkt um das ihm bereits bekannte, seinen besonderen Wünschen und Vorstellungen entsprechende Erzeugnis (ÖBl 1986, 43; ÖBl 1989, 39 mwN).

Eine solche "vermeidbare Herkunftstäuschung" (Schönherr in ÖBl 1980, 70; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 16, 541 ff Rz 450 ff zu § 1 dUWG) ist hier tatsächlich gegeben:

Daß die Erzeugerfirma S\*\*\* den von der Klägerin entwickelten und vertriebenen Scheibenmäher zum Vorbild genommen und weitgehend maßstabgetreu nachgebaut, also bewußt nachgeahmt hat, haben die Vorinstanzen als bescheinigt angenommen. Damit hat die Firma S\*\*\* aber gleichzeitig die Gefahr von Verwechslungen mit dem seit 1981 auch in Österreich vertriebenen und daher im Verkehr bekannten Gerät der Klägerin herbeigeführt. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es nach ständiger Rechtsprechung auf den Gesamteindruck an. Die unterschiedliche Farbgebung ist nicht geeignet, die Verwechslungsgefahr auszuschließen (ÖBl 1981, 154; ÖBl 1987, 156), hält es doch der durchschnittliche Kaufinteressent durchaus für möglich, daß ein Produzent seine technischen Artikel in verschiedenen Farben auf den Markt bringe. Wie weit die deutliche Kennzeichnung von Produkten mit den Firmenschlagwörtern der Hersteller Verwechslungen auszuschließen geeignet ist (vgl JBl 1936, 256; ÖBl 1975, 110; ÖBl 1982, 64) kann aber hier auf sich beruhen:

Gerade weil - wie die Beklagte ausführt (S. 262) - dem hier in Frage kommenden Konsumenten wegen des kleinen Marktes die Beklagte und ihre charakteristische Firmenbezeichnung bekannt sind, weiß er, daß sie Händlerin und nicht Erzeugerin landwirtschaftlicher Geräte ist; der - deutlich sichtbare - Hinweis auf die Beklagte ist daher nicht geeignet, den Eindruck zu widerlegen, der von ihr vertriebene Scheibenmäher stamme aus derselben Erzeugungsstätte wie der Scheibenmäher B\*\*\* 404 oder 775.

Die Scheibenmäher der Streitteile stimmen festgestelltermaßen in ihrer äußeren Form, aber auch in ihrer inneren Konstruktion weitgehend überein; tatsächlich ist ja das Gerät der Firma S\*\*\* jenem der Klägerin vielfach sogar dimensionsgetreu nachgebaut. Wie schon das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat, fallen demgegenüber die im

einzelnen festgestellten Unterschiede nicht so stark ins Gewicht, daß damit jede Gefahr von Verwechslungen hintangehalten werden könnte. Unterschiede im Gewicht und im verwendeten Material können nur bei einer detaillierten Untersuchung auffallen, nicht aber bei einem Vergleich, wie sie ein Durchschnittskäufer anstellt, selbst wenn für ihn - wie hier - der Erwerb keine alltägliche, sondern eine wirtschaftlich nicht unbedeutende Angelegenheit ist. Kleinere Abweichungen in der Ausgestaltung fallen zumindest einem nicht unbeträchtlichen Teil der Kaufinteressenten nicht auf oder können zu der Auffassung führen, daß es sich um ein älteres oder neueres Modell desselben Erzeugers handle. Auch der wohl augenfälligste Unterschied - die unterschiedliche Ausgestaltung der Keilriemenabdeckung - kann den Gesamteindruck nicht so verändern, daß die verschiedene Herkunft der beiden Rasenmäher unzweifelhaft würde.

Zwar trifft es zu, daß sich das Rekursgericht nicht ausdrücklich damit auseinandergesetzt hat, wie weit die Firma S\*\*\* im Rahmen des Zumutbaren alles Notwendige getan hat, um angemessenen Abstand zum Scheibenmäher der Klägerin zu halten; dennoch ist die angefochtene Entscheidung im Ergebnis richtig: Die Klägerin hat nicht nur behauptet, daß eine andersartige Gestaltung des Scheibenmähers und insbesondere der einzelnen Konstruktionsteile möglich und zumutbar sei (S. 67); sie hat durch die Vorlage von Prospekten verschiedener Mitbewerber auch dargetan, daß Scheibenmäher mit einem wesentlich anderen Aussehen möglich sind (Beilagen /E bis /M). Auch der Scheibenmäher der Firma M\*\*\*, welcher ebenfalls durch die Übereinstimmung von Arbeits- und Balkenbreite gekennzeichnet ist, hält einen wesentlich deutlicheren Abstand zum Gerät der Klägerin als jener der Firma S\*\*\* (Beilage 1, Bild 35). Das von der Beklagten vorgelegte Gutachten der Patentanwälte Dipl.Ing.Adolf K\*\*\* und Dr.Thomas H\*\*\*, Beil .1), befaßt sich zwar mit der Frage, "ob optisch unterscheidende Gestaltungen dann, wenn sie unter Aufrechterhaltung der Funktion zumutbar sind bzw wenn andere technische Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, vorliegen", nicht aber damit, ob optisch übereinstimmende Gestaltungen technisch unvermeidbar sind. Im Ergänzungsgutachten derselben Patentanwälte vom 5.2.1990, Beil ./2, wird zwar dargelegt, daß "dort, wo ohne Beeinträchtigung der Funktion andere Gestaltungsmöglichkeiten gewählt werden konnten, von derartigen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wurde"; daraus ergibt sich aber nicht, daß die Firma S\*\*\* beim Nachbau einen ausreichenden, im Rahmen des technisch Möglichen angemessenen Abstand zum Vorbild gehalten hätte. Im Hinblick auf die durchaus unterschiedliche Ausformung der von den einzelnen Mitbewerbern erzeugten Scheibenmäher muß im Provisorialverfahren davon ausgegangen werden, daß auch für die Firm S\*\*\* mannigfaltige Möglichkeiten für stärkere Abweichungen von dem Scheibenmäher der Klägerin bestanden hätten. Der Beklagten kann schließlich auch darin nicht gefolgt werden, daß sie selbst dann, wenn der Firma S\*\*\* eine vermeidbare Herkunftstäuschung anzulasten wäre, nicht sittenwidrig gehandelt hätte. Zwar darf nach ständiger Rechtsprechung ein Händler Waren, die er gutgläubig erworben hat, auch dann weiterveräußern, wenn er nachträglich erfahren hat, daß sie sittenwidrig nachgeahmt wurden (ÖBl 1981, 98; ÖBl 1986, 15 ua). Darum geht es aber in dem hier zu beurteilenden Fall nicht: Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hatten die Klägerin und die V\*\*\* & N\*\*\* GmbH die Beklagte schon vor dem Prozeß darauf aufmerksam gemacht, daß das Gerät CM 165 dem Typ B\*\*\* 404 sklavisch nachgebaut sei; dennoch hat sich die Beklagte dem Verlangen der Klägerin widersetzt, den Vertrieb dieser Mäher einzustellen. Sie hat auch in erster Instanz nicht behauptet, daß sie nur die schon vor der Aufklärung durch die Klägerin gekauften Geräte weiterveräußern würde. Hat aber die Beklagte trotz Kenntnis des Nachbaues durch die Firma S\*\*\* solche Geräte weiter angeschafft und verkauft, dann hat sie damit selbst gegen die guten Sitten verstoßen (ÖBl 1981, 115 und 154).

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Beschlusses.

Der Ausspruch über die Kosten der Beklagten gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 40, 50, 52 ZPO, jener über die Kosten der Klägerin auf § 393 Abs 1 EO.

#### **Anmerkung**

E22604

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0040OB00164.9.1204.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19901204\_OGH0002\_0040OB00164\_9000000\_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)