

# TE OGH 1986/1/14 4Ob403/85

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.01.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl, Dr. Resch, Dr. Kuderna und Dr. Gamerith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Firma Anton von WALDHEIM, chemisch-pharmazeutische Fabrik, 1090 Wien, Boltzmannngasse 9A-11, vertreten durch Dr. Horst Reitböck, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Firma "DIOSAPHARM" Friedrich DIETHOLM, Kaufmann, 1120 Wien, Bischoffgasse 18, vertreten durch Dr. Rainer Schischka, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und einstweiliger Verfügung (Streitwert im Provisorialverfahren S 200.000), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 7. Oktober 1985, GZ 4 R 147/85-12, womit der Beschuß des Handelsgerichtes Wien vom 7. Juni 1985, GZ 37 Cg 126/85-8, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat die Kosten des Revisionsrekurses selbst zu tragen.

Die klagende Partei hat die Kosten der Beantwortung des Revisionsrekurses vorläufig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist seit Anfang des Jahres 1984 Generalimporteur der Enthaarungsmittelproduktgruppe "depilzero" für Österreich und die Bundesrepublik Deutschland und beliefert damit den Großhändler K\*\*\* KG, welcher sie an die Einzelhändler (Drogerien) weiter vertreibt. Die Produkte werden vom Unternehmen Z\*\*\* C\*\*\* in Mailand hergestellt und verpackt. Bis Anfang des Jahres 1982 war der Beklagte der Generalvertreter dieser Produkte in Österreich. Die "depilzero"-Produkte werden seit ca. 5 Jahren in Österreich in gleichgebliebener Verpackung vertrieben. Diese besteht aus quaderförmigen Schachteln, die im Falle der Haarentfernungscreme länglich und schmal sind und die Maße 17,5 cm (Höhe) x 5,5 cm (Breite) x 5,5 cm (Tiefe) aufweisen. Die Schachteln für das Warmwachs für die Haarentfernung sind niedriger und breiter und haben die Abmessungen 12 cm (Höhe) x 9 cm (Breite) x 5 cm (Tiefe). In der Reihe der "depilzero"-Produkte trägt die Cremeschachtel in den oberen Ecken der vier Längsseiten in roten Feldern die Bezeichnung "n o 1" in weißer Schrift, die Warmwachsschachtel in den oberen Ecken der beiden hochgestellten Längs- und Breitseiten die Bezeichnung "n. o 5". Der weiße Untergrund der Schachteln wird in beiden Fällen überwiegend von einer türkisfarbigen Fläche mit abgerundeten Ecken bedeckt, die sich jeweils um die Ecke der Schachtel über zwei der hochgestellten Seitenflächen erstreckt. Darauf ist ebenfalls in türkis eine nackte Frau in sitzender Haltung abgebildet,

deren Körper und Kopf überwiegend auf einer Seitenfläche sichtbar ist, während der Rest der Figur, überwiegend die teils ausgestreckten bzw. angewinkelten Beine, um die Ecke auf der anschließenden Seitenfläche fortgesetzt wird. Die Bezeichnung des Packungsinhaltes ist in weißer Schrift im unteren Bereich der türkisfarbigen Fläche auf jeder der vier Seitenflächen angegeben. Im oberen Bereich der Verpackung befindet sich auf weißem Untergrund in großer dunkelblauer, fast schwarzer Schrift die Produktbezeichnung "depilzero". Vor der Auslieferung werden auf die Verpackungen Plaketten geklebt, die auf die Klägerin hinweisen.

Der Beklagte ist seit 1. März 1983 Alleinvertreter der Enthaarungsmittelproduktgruppe "valy-dep" für Österreich und die Bundesrepublik Deutschland. Diese Produkte werden ihm von der Erzeugerfirma L\*\*\* Valy-dep in Padua ohne Verpackung geliefert. Er hat die Faltschachteln für diese Produkte selbst bei einem österreichischen Unternehmen in Auftrag gegeben. Auch hier besteht die Verpackung aus quaderförmigen Schachteln, die im Falle der Schnellenthaarungscreme länglich und schmal sind und die Maße 16,3 cm (Höhe) x 4,9 cm (Breite) x 4 cm (Tiefe) aufweisen. Die Schachteln für das Warmwachs zur Haarentfernung sind niedriger und breiter und haben Abmessungen von 9,8 cm (Höhe) x 9,5 cm (Breite) x 4,5 cm (Tiefe). In der Reihe der "valy-dep"-Produkte trägt die Cremeschachtel in den oberen Ecken der vier Längsseiten und zusätzlich in einer Ecke der Oberseite in türkisen Feldern die Bezeichnung "1" in dunkelblauer Schrift, die Warmwachsschachtel in den oberen Ecken der Längs- und Breitseiten und zusätzlich in einer Ecke der Oberseite die Bezeichnung "5". Der weiße Untergrund der Schachteln wird auch hier in beiden Fällen überwiegend von einer türkisfarbigen Fläche mit abgerundeten Ecken bedeckt, die sich im Falle der Schnellenthaarungscremeschachtel jeweils um die Ecke über zwei der hochgestellten Seitenflächen erstreckt, im Falle der Warmwachsschachteln jedoch nur die beiden gegenüberliegenden hochgestellten Breitseiten bedeckt. Darauf ist ebenfalls in türkis eine nackte Frau abgebildet, die sitzend ihr angewinkeltes Bein umfaßt hält. Die Abbildung endet etwa in Ellbogenhöhe. Die Frauenabbildung auf der Schnellenthaarungscremeschachtel erstreckt sich gleichfalls um die Ecke zweier hochgestellter Seitenflächen. Die Bezeichnung des Packungsinhaltes ist in weißer Schrift im unteren Bereich der türkisfarbigen Flächen auf jeder der vier Seitenflächen (Schnellenthaarungscremeschachtel) bzw. auf den beiden hochgestellten Breitseiten (Warmwachsschachteln) angegeben. Im oberen Bereich der Verpackungen befindet sich auf weißem Untergrund in großer dunkelblauer Schrift die Produktbezeichnung "valy-dep". Auf der Schachtelunterseite ist ein Hinweis auf die Beklagte als "distributer" abgedruckt.

Die Klägerin erblickt in der Verwendung der Verpackungen durch den Beklagten einen Verstoß gegen § 9 Abs 3 UWG und gegen § 1 UWG. Der Beklagte habe die Verpackungen offenkundig derjenigen der "depilzero"-Produkte nachgemacht. Diese seien auf dem österreichischen Markt gut eingeführt und in beteiligten Verkehrskreisen bekannt, wodurch die Produkte in der Verpackung des Beklagten auf Grund der von der Klägerin im einzelnen hervorgehobenen Übereinstimmungen mit jenen der Klägerin verwechselt werden könnten. Zur Sicherung ihres gleichlautenden Unterlassungsbegehrens stellte die Klägerin daher den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Beklagten der Vertrieb der Produkte "valy-dep-Schnellenthaarungscreme" und "valy-dep Warmwachs zur Haarentfernung" in weiß-türkisen Verpackungen, deren Aufmachung den Verpackungen der von der Klägerin vertriebenen Produkte "depilzero Haarentfernungscreme" und "depilzero Warmwachs für Haarentfernung" nachgemacht seien, verboten werden möge.

Der Beklagte sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Er vertreibe die "valy-dep"-Produkte in Österreich schon seit April 1983 und damit jedenfalls bereits länger als die Klägerin ihre "depilzero"-Produkte. Selbst bei Verwechslungsfähiger Ähnlichkeit der beiden Verpackungen, die jedoch bestritten werde, komme dem Beklagten die Priorität zu. Die Klägerin habe ihre Enthaarungsmittel im Jahr 1982 noch nicht und zur Zeit der Klagseinbringung nicht mehr importiert und vertrieben. Durch die einstweilige Verfügung würde eine zumindest mehrwöchige Auslieferungsunterbrechung bewirkt werden, durch die dem Beklagten ein weit größerer Schaden entstünde, als er der Klägerin durch die von ihr behauptete Verwechslungsgefahr überhaupt erwachsen könne. Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag der Klägerin zur Gänze ab. Es vertrat die Rechtsansicht, daß ein Verstoß gegen § 9 Abs 3 UWG schon deshalb nicht angenommen werden könne, weil die hiefür erforderliche Verkehrsgeltung für die Warenausstattung der Klägerin von dieser weder ausreichend behauptet noch überhaupt bescheinigt worden sei. Darüber hinaus stamme die Verpackung der "depilzero"-Produkte vom Erzeuger, weshalb die Klägerin die Legitimation zur Anspruchsverfolgung fehle. Auch ein Verstoß gegen § 1 UWG liege nicht vor, weil die Klägerin nicht einmal das Vorliegen eines vom Sondertatbestand des § 9 Abs 3 UWG abweichenden Tatbestandsmerkmals behauptet habe, aus dem die Sittenwidrigkeit des Vorgehens des Beklagten ersichtlich wäre. Die Klägerin habe auch nicht bescheinigt, daß

die charakteristische Verpackung der "depilzero"-Produkte ihr zugerechnet worden sei, bevor der Beklagte die ähnliche Verpackung für die "valy-dep"-Produkte verwendet habe. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin Folge und verbot der beklagten Partei für die Dauer des Rechtsstreites beim Vertrieb der Produkte "valy-dep Schnellenthaarungscreme" und "valy-dep Warmwachs zur Haarentfernung" Warenverpackungen in der Aufmachung laut der einen Bestandteil dieser Entscheidung bildenden Beilagen C und D zu verwenden, welche den Verpackungen der von der klagenden Partei vertriebenen "depilzero Haarentfernungscreme" und "depilzero Warmwachs für die Haarentfernung" insbesondere dadurch verwechselbar ähnlich sind, daß sie auf weißem Untergrund auf großen türkisfarbigen Flächen mit abgerundeten Ecken eine Frauenabbildung enthalten, die Produktbezeichnung "valy-dep" in blauer Schrift auf weißem Untergrund gehalten und die Schnellenthaarungscreme mit der Nr."1" das Warmwachs zur Haarentfernung mit der Nr."5" bezeichnet ist. Es sprach ferner aus, daß der Wert des von der Abänderung betroffenen Beschwerdegegenstandes S 15.000, nicht aber S 300.000 übersteigt und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Rekursgericht vertrat die Rechtsansicht, die Nachahmung fremder Erzeugnisse, die keinen Formalschutz genießen, sei wettbewerbsrechtlich dann verboten, wenn sie unter Begleitumständen geschehe, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Handlung ergebe. Dies sei unter anderem der Fall, wenn der Nachahmende das Vorbild nicht nur als Anregung zu eigenem Schaffen benütze, sondern seinem Produkt ohne ausreichenden Grund die Gestaltungsform eines fremden Erzeugnisses gebe und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorrufe. Der Nachahmer müsse im Rahmen des Möglichen von dem nachgeahmten Erzeugnis vor allem dann, wenn ihm eine große Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehe, angemessenen Abstand halten. Voraussetzung der Sittenwidrigkeit der Nachahmung sei also, daß eine bewußte Nachahmung erfolgte, dadurch die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt wurde und eine andersartige Gestaltung zumutbar gewesen wäre. Eine besondere Verkehrsgeltung des nachgeahmten Vorbildes, das durchaus auch eine Warenverpackung sein könne, sei nicht Voraussetzung für die Annahme einer Verwechslungsgefahr, weil es nicht um den sogenannten Ausstattungsschutz nach § 9 Abs 3 UWG gehe, bei dessen Vorhandensein es ohnedies keines Rückgriffs auf § 1 UWG bedürfe. Vielmehr genüge eine gewisse Verkehrsbelebtheit. Bewußte Nachahmung setze voraus, daß der Nachahmende die Umstände kannte, die sein Verhalten objektiv wettbewerbswidrig erscheinen ließen oder sich dieser Kenntnis bewußt verschließe. Bei der Beurteilung, ob eine Verwechslungsgefahr vorliege, müsse berücksichtigt werden, daß der Durchschnittskäufer fast nie das Vorbild und die Nachahmung gleichzeitig betrachten könne, sondern regelmäßig ein Wahrnehmungsbild mit einem Erinnerungsbild in Zusammenhang bringe und vergleiche, wobei insbesonders bei Waren, die für das breite Publikum bestimmt seien, in der Eile des Geschäftsverkehrs an Aufmerksamkeit und Urteilsfähigkeit des Interessenten nur geringe Anforderungen gestellt werden könnten. Es sei davon auszugehen, daß die charakteristische Verpackung der "depilzero"-Produkte seit fünf Jahren unverändert auf dem österreichischen Markt sei. Die verwechselbare Ähnlichkeit der beiden Verpackungen sei dadurch gegeben, daß der Gesamteindruck durch die nahezu völlig übereinstimmende Farbkombination beherrscht werde. Weiters durch die farblich gleichartigen Produktbezeichnungen und Inhaltsangaben sowie die übereinstimmenden Ziffernangaben im Rahmen der jeweiligen Produktpalette. Bei dieser Sachlage fielen die geringfügigen Unterschiede in bezug auf die Abmessungen der Verpackungen und die bildlichen Darstellungen auf den türkisfarbigen Flächen nicht mehr ins Gewicht. Desgleichen nicht der vom Beklagten hervorgehobene Umstand, daß die Produktbezeichnungen "depilzero" und "valy-dep" verschieden seien. Es bestehe vielmehr die Gefahr, daß diese Unterschiede den angesprochenen Verkehrskreisen bei flüchtiger Betrachtung nicht mehr auffallen und bewußt würden. Der Beklagte habe die Verpackung der "depilzero"-Produkte bewußt nachgeahmt. Es wäre ihm jedoch in bezug auf die farbliche und graphische Ausgestaltung sowie die Nummernbezeichnung innerhalb der Produktpalette eine nahezu unbegrenzte Zahl von Möglichkeiten einer andersartigen Aufmachung offengestanden, weshalb ihm die Einhaltung eines größeren Abstandes von den charakteristischen Merkmalen der "depilzero"-Verpackungen auch ohne weiteres zumutbar gewesen wäre. Die Klägerin sei auch Mitbewerberin des Beklagten. Ihr Unterlassungsanspruch werde nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie die "depilzero"-Produkte erst seit Jahresanfang 1984 vertreibe. Die Verpackung dieser Produkte befindet sich nämlich schon weit länger auf dem österreichischen Markt in Verwendung und der Beklagte begehe dadurch, daß er seine Produkte in der von ihm veranlaßten sittenwidrig nachgeahmten Verpackung weiterhin vertreibe, nach wie vor jedes Mal einen weiteren Wettbewerbsverstoß.

Gegen diesen Beschuß richtet sich der Revisionsrekurs des Beklagten mit dem Antrag, den Beschuß des Erstgerichtes wieder herzustellen.

Die Klägerin beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Entscheidend für die Sittenwidrigkeit einer Nachahmung ist, daß es sich um eine bewußte Nachahmung handelt, dadurch die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt wird und eine andersartige Gestaltung zumutbar ist (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 80; Schönherr, Entscheidungsbesprechung ÖBl. 1980, 70; ÖBl. 1981, 98; ÖBl. 1981, 115; ÖBl. 1981, 154; ÖBl. 1985, 24 ua.).

Alle diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Der Beklagte bestreitet im Revisionsrekurs gar nicht, daß ihm beim Entwerfen der eigenen Faltschachteln die von der Klägerin verwendeten Vorbild und Anregung waren und daß ihm auch eine völlig andere Gestaltung seiner Faltschachteln möglich und zumutbar gewesen wäre. Er meint jedoch, daß keine Verwechslungsgefahr bestanden habe, weil auch die Vielzahl der übereinstimmenden Merkmale nicht darüber hinwegtäuschen könne, daß zwischen den wichtigsten Kennzeichen, nämlich den Produktnamen, keine Gemeinsamkeit bestehe. Dem kann nicht beigepflichtet werden.

Bei der Frage, ob die Gefahr einer Verwechslung besteht, kommt es immer auf den Gesamteindruck an, den ein wenigstens nicht ganz unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in der Eile des Geschäftsverkehrs empfängt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß der Durchschnittsinteressent die einander ähnlichen Waren meist nicht gleichzeitig sieht, sondern fast immer nur mehr oder weniger blasse Erinnerungsbilder mit der betreffenden Ware vergleicht, wobei er in der Flüchtigkeit des geschäftlichen Verkehrs keine allzu große Aufmerksamkeit aufwendet. An die Kritikfähigkeit und Aufmerksamkeit des Durchschnittsinteressenten dürfen daher keine allzu großen Anforderungen gestellt werden (Hohenecker-Friedl a.a.O. 50 f.; ÖBl. 1980, 68; ÖBl. 1985, 105 ua.). Daß die Warenbezeichnungen nicht verwechselbar ähnlich sind, könnte dann von Bedeutung sein, wenn der Kaufinteressent weiß, daß eine bestimmte Ware von verschiedenen Herstellern in der gleichen oder ähnlichen Verpackung angeboten wird, wie dies etwa bei normalem Flaschenbier der Fall ist. Für Enthaarungsmittel gilt dies jedoch nicht. Daß aber abgesehen von der Warenbezeichnung die vom Beklagten verwendeten Verpackungen auf Grund der nahezu völlig übereinstimmenden Farbkombinationen, der jeweils mehrere Seitenflächen bedeckenden und daher nicht leicht vergleichbaren Frauengestalten und der übereinstimmenden Ziffernangaben der Produktenpalette mit den von der Klägerin verwendeten Verpackungen verwechselbar ähnlich sind, hat das Rekursgericht mit Recht angenommen. Der Gesamteindruck der auch größtmäßig nur wenig unterschiedlichen Verpackungen stimmt weitgehend überein, so daß bei flüchtiger Betrachtung und vor allem, wenn die beiden Produkte nicht miteinander verglichen werden können, eine Verwechslungsgefahr gegeben ist.

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekurses der beklagten Partei gründet sich auf die §§ 40, 50 ZPO, 78, 402 Abs 2 EO, jener über die Kosten der klagenden Partei auf § 393 Abs 1 EO.

## **Anmerkung**

E07286

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00403.85.0114.000

## **Dokumentnummer**

JJT\_19860114\_OGH0002\_0040OB00403\_8500000\_000

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