jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1976/5/11 4Ob314/76

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.05.1976

Norm

Markenschutzgesetz §4
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb §9

Kopf

SZ 49/65

Spruch

Schutzunfähig sind Wörter, die der Umgangssprache oder einer Fachsprache angehören und für die ein Freihaltebedürfnis besteht, damit nicht ein Wort, das für die Verständigung der Menschen erforderlich ist, durch Monopolisierung zugunsten einer bestimmten Person der Sprache entzogen wird. Dies gilt auch für die bestimmte Form einer Ware, wenn sie eine Folge der zweckmäßigsten und wirtschaftlichsten Herstellungsart ist

OGH 11. Mai 1976, 4 Ob 314/76 (OLG Wien 1 R 264/75; HG Wien 18 Cg 55/74)

Text

Der Kläger erzeugt und vertreibt Schaumzuckerware in zylindrischer Form mit abgerundetem Kopf unter der Bezeichnung "Schwedenbombe". Diese Schwedenbomben sind zum Teil einheitlich dunkelbraun und zum Teil mit Kokosraspel bestreut. Sie werden in Kartons sowie in Klarsichtpackungen an Einzelhändler geliefert. Die Form dieser Ware gemäß der Abbildung Beilage A 1 ist zugunsten des Klägers durch Registrierung der österreichischen Marke Nr. 58.847 geschützt. Die geschützte Marke besteht in der besonderen körperlichen Form nach der Darstellung. Die Registrierung erfolgte auf Grund eines Verkehrsgeltungsnachweises für die "Klasse 26 d Schaumzuckerware". Die Schutzdauer der Marke begann am 31. Jänner 1967.

Der Beklagte vertreibt in Österreich von der Firma X (BRD) erzeugte Schaumzuckerwahren unter der Bezeichnung "Schoko-Küsse", "Kokos-Küsse" und "Mokka-Küsse". Auch hiebei handelt es sich um Schaumzuckerwaren in zylindrischer Form mit abgerundetem Kopf. Diese Waren sind etwas größer als die Schwedenbomben und das Verhältnis des Zylinderdurchmessers zur Höhe ist ebenfalls verschieden. Der Durchmesser der Schwedenbomben beträgt etwa 4 cm und ihre Höhe etwa

4.6 cm, während der Durchmesser der vom Beklagten vertriebenen Ware etwa 5 cm und ihre Höhe ebenfalls etwa 5 cm beträgt. Bei den vom Beklagten vertriebenen Produkten ist der abgerundete Kopf mehr abgeflacht als bei den Schwedenbomben. Die "Schoko-Küsse" sind, wie die nicht bestreuten Schwedenbomben, einfärbig dunkelbraun, während die "Kokos-Küsse" mit Kokosraspel bestreut sind, der jedoch wesentlich gröber ist als der der bestreuten Schwedenbomben, Die "Mokka-Küsse" unterscheiden sich von den "Schoko-Küssen" dadurch, daß sie dunkler und heller braun gestreift sind.

Der Kläger begehrt, den Beklagten schuldig zu erkennen, in Österreich den Vertrieb von Schaumzuckerwaren in der

charakteristischen Form der Schwedenbomben, das ist ein Zylinder mit abgerundetem Kopf, insbesondere entsprechend der Abbildung Beilage A/1, zu unterlassen, mit der Begründung, die vom Beklagten vertriebene Ware sei verwechslungsfähig mit den Schwedenbomben, weshalb durch das Vorgehen des Beklagten in das Markenrecht des Klägers eingegriffen und dadurch auch die Form der Schwedenbombe auf sittenwidrige Weise nachgeahmt werde.

Der Beklagte beantragte Klageabweisung, bestritt die Verwechslungsfähigkeit der beiderseitigen Produkte und wendete ein, die Form eines Produktes könne überhaupt nicht als Marke registriert werden. Im übrigen stelle die Form der Schwedenbombe die einzige für die Erzeugung einer Schaumzuckerware mögliche Form dar.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Hiebei traf es folgende zusätzliche Feststellungen:

Weiche Schaumzuckerwaren, deren Schaummasse trotz eines Überzuges von Fettglasur- oder Schokolademasse relativ rasch austrocknet, sind zu den Konditoreierzeugnissen zu rechnen, da sie nur über eine Zeitspanne von höchstens drei Wochen verkaufsfähig sind. Für die Erzeugung solcher weicher Schaumzuckerwaren auf Gebäckunterlage, die nachher mit Fettglasur- oder Schokolademasse überzogen werden, gibt es maschinelle Anlagen, die eine beträchtliche Leistung haben und den Ausstoß großer Mengen ermöglichen. Führend für solche Anlagen in Mitteleuropa ist die Firma Otto K KG in D mit ihren sogenannten OKA-Automaten. Auch vom Kläger werden solche Automaten für die Herstellung der Schwedenbomben verwendet.

Die Form der als Schwedenbomben, Kokos-Küsse, Schoko-Küsse und Mokka-Küsse bezeichneten Produkte ergibt sich nicht zwangsläufig aus dem Produktionsablauf. Aus ökonomischen Gründen scheiden jedoch Formen mit scharfen Kanten und zu breiter Basis aus. Hinsichtlich der zweckmäßigen Formgebung sind von technischer Seite her folgende Kriterien zu erfüllen:

1. Leichte Stapelfähigkeit der Waffelunterlagen in den Füllmagazinen, damit sowohl ein störungsfreies Nachfüllen als auch eine klaglose maschinelle Entnahme möglich ist;

2. der Körper soll nicht zu hoch werden, damit der Auspreßvorgang pro Maschinentakt nicht zu lange dauert und der Preßkörper trotz ruckartiger Bewegung der Maschine sicher stehen bleibt;

3. der Körper soll tunlichst keine scharfen Kanten haben, weil dies sonst beim Überziehen mit Glasur oder Schokolademasse zwangsweise zu Unterschieden in der Dicke des Überzuges führt. Aus demselben Grund sind flache obere Begrenzungsflächen nicht erstrebenswert. Der unerwünschte Effekt der verschiedenen Schichtdicke kann in solchen Fällen nur dadurch verringert werden, daß man die Überzugsmasse im Sprühverfahren aufträgt.

Aus ökonomischen Gründen ist es wichtig, daß 1. die Waffelblätter ohne allzugroßen Abfall ausgestanzt werden können und wegen der Bruchgefahr möglichst keine Ecken haben; 2. die Basisbreite nicht zu groß wird, um mit einem Maschinentakt eine möglichst große Anzahl von Schaumkörpern herstellen zu können, 3. das Verhältnis von Oberfläche zum Rauminhalt der Schaumkörper so beschaffen ist, daß es dem einer Kugel möglichst nahekommt, weil die Überzugsmasse, auf den Rauminhalt bezogen, bedeutend teurer ist als die Schaummasse und die Kugel der Körper mit dem größten Rauminhalt bei kleinster Oberfläche ist, 4. die Körper nicht bizarre Formen besitzen, in welchem Falle sie sich schwer verpacken ließen.

Die Erfüllung all dieser Anforderungen läßt für den Entwurf eines neuen, von den Schwedenbomben und "Küssen" deutlich verschiedenen Körpers nicht sehr viele Möglichkeiten offen. Am besten scheint ein Körper geeignet zu sein, der deutlich niedriger ist und einen elliptischen Querschnitt besitzt. Die Deckfläche sollte dabei nicht eben sein, sondern die Form eines abgeflachten Halbelliptoides besitzen. Ein solcher Körper kann auf dem OKA-Automaten leicht hergestellt werden. Wenn die kurze Ellipsenhalbachse so groß wie der Radius der "Küsse" gewählt wird, kann mit einem Maschinentakt auch dieselbe Anzahl Schaumkörper ausgestoßen werden. Wird bei der Herstellung in dieser Form die kürzere Halbachse der Ellipsengrundfläche mit 2.5 cm und die längere mit 3.5 cm angenommen, und derselbe Rauminhalt wie bei den "Küssen", nämlich

85.7 cm3 gewünscht, so ergibt sich eine Höhe von 3.1 cm und eine Oberfläche von 113.3 cm2. Das Verhältnis der Oberfläche zum Rauminhalt beträgt dann 1.32: 1, was günstiger als bei den Schwedenbomben und etwas ungünstiger als bei den "Küssen" ist. Bei ersteren beträgt es 1.43: 1, bei letzteren 1.18: 1. Diese Form wäre somit eine brauchbare Ausweichmöglichkeit, die etwa dieselben Materialien verbraucht wie die "Küsse", voraussichtlich auch praktisch

dieselben organoleptischen Eigenschaften beim Verzehr hat und mit derselben Ausstoßleistung erzeugt werden kann. Eine exakte Gestaltung des Körpers wäre nur möglich, wenn hiezu eine eigene Einrichtung für die Maschine hergestellt wird, was einen Aufwand von zirka 17 000 DM erfordern würde.

Die Firma X erzeugt seit einiger Zeit gleichartige Schaumzuckerwaren wie die "Küsse" mit einer sternförmigen Grundfläche, wobei die Oberfläche Rippen aufweist, die in eine Spitze auslaufen. Diese Erzeugnisse werden unter der Bezeichnung "Stern-Kuß" vertrieben, und zwar teils mit gleichmäßig dunkelbrauner Oberfläche, teils mit Kokosraspel bestreut. Diese Sternform ist ebenso eine gute Ausweichmöglichkeit wie die Darstellung auf Beilage./U. Die Haltbarkeit und die Nußeindrücke sind gegenüber der Schwedenbombe und der Kußform nicht wesentlich verschieden.

Für den Geschmackseindruck derartiger Schaumzuckerware ist das Verhältnis zwischen der Schaummasse und der Überzugsmasse maßgebend. Auch das Verhältnis zwischen der Schaummasse und der Waffelmasse spielt eine Rolle. Hinsichtlich der Bodenfläche kann man auf dünnere Waffel ausweichen und dadurch dieses Verhältnis variieren. Es ist möglich, elliptische Waffel herzustellen, wofür eine eigene Stanzform erzeugt werden müßte. Die Dicke der Waffel, die von der Firma X verwendet werden, bietet in dieser Hinsicht gewisse Schwierigkeiten. Im Hinblick darauf, daß man bei der Herstellung der elliptischen Form auf ein ungünstigeres Verhältnis zwischen Schaummasse und Waffelmasse kommt, würde es sich bei dieser Form empfehlen, dünnere Waffelblätter zu verwenden, die einfacher herzustellen wären. Ein wesentlich größerer Abfall oder ein erhöhter Transportbedarf würde hiedurch nicht entstehen. Größere Schwierigkeiten bei maschinellen Einsätzen der Erzeugnisse sind ebenfalls nicht zu erwarten. Eine glatte Oberfläche der elliptisch hergestellten Schaumzuckerwaren ist dadurch herstellbar, daß man die Waren zunächst oben abschneidet und eine weitere Vorrichtung betätigt, die darin besteht, daß auf die Schnittfläche ein Brett leicht aufgedrückt wird, um die entstehende Kante wieder glattzudrücken. Die bei diesem Verfahren entstehenden scharfen Kanten könnte man durch die Herstellung einer leicht gewölbten Oberfläche vermeiden, wozu eine entsprechende Zusatzvorrichtung an der Maschine erforderlich wäre.

Im Hinblick darauf, daß die Schaummasse billiger ist als die Überzugsmasse, wäre eine geringstmögliche Oberfläche mit größtmöglichem Rauminhalt ideal. In dieser Hinsicht ist die Kußform als in hohem Maße zweckmäßig zu bezeichnen, sogar etwas zweckmäßiger als die Schwedenbombenform. Die elliptische Form stunde ungefähr in der Mitte zwischen diesen beiden Formen. Bei der Sternform und der in Beilage ./U dargestellten Form kann die Couverture jedenfalls in derselben Weise wie bei der Kußform aufgebracht werden, und zwar dadurch, daß die Form durch einen Schleier von Glasurmasse läuft. Der Überschuß an Glasurmasse müßte hierauf abgeblasen werden. Bei diesen Formen würden allerdings durch das Abblasen die Kanten etwas stärker hervortreten.

Rechtlich vertrat das Erstgericht den Standpunkt, markenfähig im Sinne des§ 9 Abs. 3 UWG sei auch die äußere Form einer Ware unter der Voraussetzung, daß sie nicht funktionell bedingt sei. Da Schaumzuckerwaren zumutbarerweise auch in anderer, als der vom Beklagten hergestellten Form ausgearbeitet werden können, sei diese Form nicht funktionell bedingt. Im Hinblick auf die Registrierung der Schwedenbombenform als Marke könne demnach der Kläger gemäß § 9 UWG die Unterlassung der Herstellung von Schaumzuckerware in ähnlicher Form verlangen. Im übrigen müsse in dieser Herstellung auch eine sklavische Nachahmung der Produkte des Klägers erblickt werden, was gegen § 1 UWG verstoße. Das Unterlassungsbegehren sei daher ebenso gerechtfertigt, wie gemäß§ 25 UWG das Veröffentlichungsbegehren.

Über Berufung des Beklagten wies das Berufungsgericht das Klagebegehren ab. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und unbedenklicher Beweiswürdigung mit der Maßgabe, daß die Ausführungen des Sachverständigen, die "Stern-Form" sei eine gute Ausweichmöglichkeit gegenüber der Idealform "zylindrisch mit rundem Kopf", nicht besage, daß die "Stern-Form" die Idealform zur Gänze erreiche, sondern nur daß sie eine nach Meinung des Sachverständigen zumutbare Ausweichform darstelle. Bei der rechtlichen Beurteilung ging das Berufungsgericht davon aus, daß die vom Beklagten auf den Markt gebrachten Erzeugnisse mit den Erzeugnissen des Klägers verwechslungsfähig ähnlich seien. Eine andere Täuschungshandlung als die Wahl einer verwechslungsfähig ähnlichen Form der Erzeugnisse sei nicht einmal behauptet worden. Das Vorgehen des Beklagten könne daher nicht dem § 2 UWG unterstellt werden. Daß die Form nur zu dem Zweck der Täuschung gewählt worden sei, habe das Verfahren nicht ergeben. Die Registrierung der Form der Ware des Klägers als Marke binde das Gericht nicht. Dies gelte auch für die Entscheidung des Patentamtes, das nach der Behauptung des Klägers inzwischen über einen Antrag des Beklagten auf Löschung der Marke des Klägers abschlägig entschieden haben soll, weil gemäß § 57 Markenschutzgesetz (1970) nur eine nach Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens gefällte Entscheidung der

Registrierungsbehörde oder eine vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bereits rechtskräftig gewordene Entscheidung der Registrierungsbehörde das Gericht binde. Im vorliegenden Fall sei aber die Entscheidung der Registrierungsbehörde erst nach Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, in welchem das Gericht die Vorfrage, ob das Markenrecht des Klägers besteht, selbständig gelöst habe, ergangen. In Lehre und Rechtsprechung werde die Frage, ob die Form einer Ware als Marke Schutz erlangen könne, verschieden beantwortet. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage sei entbehrlich, weil die Schutzfähigkeit der Form der Ware als Marke jedenfalls dann zu verneinen sei, wenn diese Form in einer funktionellen Beziehung zur Ware selbst stehe. Die Marke dürfe keinesfalls dazu mißbraucht werden, andere Unternehmen von einer zweckmäßigen Gestaltung der Ware auszuschließen. Die Form der Ware dürfe daher keinesfalls dann als Marke eingetragen werden, wenn gleichartige Waren in anderer Form nicht genauso zweckmäßig hergestellt werden können. Dabei spiele es keine Rolle, ob eine andere Herstellungsmöglichkeit hinsichtlich Zweckmäßigkeit dieser Form nahekomme oder nicht. Dem Unternehmer müsse jedenfalls die Wahl der zweckmäßigsten Form gewahrt bleiben. Nach dem festgestellten Sachverhalt sei aber für die Herstellung von Schaumzuckerwaren der vorliegenden Art die zylindrische Form mit abgerundetem Kopf die zweckmäßigste Herstellungsform. Wesentlich dafür sei das günstige Verhältnis zwischen Körper und Rauminhalt, das bei der Kugelform am besten sei, die aber nicht in Frage komme. Daher sei die beanstandete Form die zweckmäßigste. Die Ellipsenform komme ihr nahe, doch sei bei dieser das Verhältnis zwischen Körper und Rauminhalt ungünstiger; überdies träten bei dieser Form doch gewisse Unebenheiten auf, die mit einem zusätzlichen Verfahren beseitigt werden müßten. Die strittige Form sei somit die zweckmäßigste, von deren Verwendung der Beklagte durch eine Registrierung der "Bomben"-Form als Marke für den Kläger nicht ausgeschlossen werden könne. Der Kläger könne sich daher auf die Eintragung dieser Form als Marke zur Begründung seines Begehrens auf Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Form nicht berufen. Das Vorgehen des Beklagten durch den Vertrieb einer Ware mit der beanstandeten Form verstoße daher weder gegen § 9 noch gegen § 1 UWG. Da für die Wahl der Form der Ware des Beklagten eine in der Natur dieser Ware gelegene Notwendigkeit bestehe, könne dem Erzeuger dieser Ware auch nicht sittenwidrige sklavische Nachahmung der Ware des Beklagten vorgeworfen werden.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Wert des von der Abänderung betroffenen Teiles des Streitgegenstandes 1 000 S übersteigt.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision des Klägers nicht Folge.

Rechtliche Beurteilung

Aus den Entscheidungsgründen:

In der Rechtsrüge geht auch die Revision davon aus, daß das Gericht an die Entscheidung des Patentamtes über den Antrag auf Löschung der Marke des Klägers nicht gebunden ist. Der Kläger meint aber, daß das Gericht an die Entscheidung des Patentamtes im Registrierungsverfahren gebunden sei, weil die Eintragung nach Erbringung des Verkehrsgeltungsnachweises erfolgt sei und daher für die Registrierung der Marke keineswegs ausschließlich rechtliche Erwägungen maßgeblich waren. Bei Zweifel an der Registrierbarkeit der Marke hätte das Gericht das Verfahren von Amts wegen unterbrechen müssen. Die Form einer Ware könne nur dann nicht als Marke geschützt werden, wenn das Wesen der Ware in einer bestimmten Form bestehe. Das treffe bei Schaumzuckerwaren nicht zu, weil sie auch in anderen als in der "Bomben-Form" hergestellt werden könnten. Zeichen, die an sich nicht unterscheidungskräftig sind, könnten im Wege der Verkehrsgeltung die ihnen sonst fehlende Kennzeichnungskraft erlangen. Das gelte auch für die Form einer Ware. Von einer Verkehrsgeltung der für den Kläger als Marke eingetragenen Form der Ware müsse das Gericht aber ausgehen, solange diese Marke eingetragen sei. Die vorliegende Marke sei nicht anders zu beurteilen als die Eintragung einer beschreibenden Angabe als Wortmarke.

Zu diesen Ausführungen ist zunächst festzuhalten, daß nach dem Sachverhalt, welcher der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist, die strittige Form (jene der Ware des Klägers und die ähnliche beanstandete Form) die zweckmäßigste Form der Ware ist. Sie ergibt sich zwar nicht zwangsläufig aus dem Produktionsablauf, weil Schaumzuckerware auch in anderer Form hergestellt werden kann, sie ist aber diejenige, die bei der Berücksichtigung der technischen und ökonomischen Gesichtspunkte der Idealform (der Form der Kugel als des Körpers mit größtem Rauminhalt bei kleinster Oberfläche, weil die Überzugsmasse gegenüber der Masse des Körpers bedeutend teurer ist) am nächsten kommt. Sie wird von den wenigen bestehenden Ausweichmöglichkeiten nicht erreicht. Die Form der Ware ist somit funktionsbedingt, so daß sie nicht als ein "besonderes Zeichen" angesehen werden kann, das dazu

dient, zum Handelsverkehr bestimmte Waren eines Unternehmens von gleichartigen Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (§ 1 Abs. 1 MSchG 1970 und insoweit gleich für den Prioritätszeitpunkt:§ 1 Abs. 1 MSchG 1953). Wohl können auch körperliche Gebilde solche "Zeichen" und daher dem Markenschutz zugänglich sein (Hohenekker - Friedl, Wettbewerbsrecht, 159, ÖBl. 1974, 115). Ob auch die Form der Ware selbst als ein solches körperliches Gebilde anzusehen ist, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Voraussetzung für die Erlangung eines markenrechtlichen Schutzes ist nämlich zunächst, daß es sich überhaupt um ein "Zeichen" im angeführten Sinne handelt. Der Hinweis des Klägers auf die Annahme einer Verkehrsgeltung durch die Registrierungsbehörde ist schon deswegen verfehlt, weil zwar grundsätzlich eine fehlende oder zu geringe Kennzeichnungskraft durch eine entsprechende Verkehrsgeltung ausgeglichen werden kann (Hohenecker - Friedl, 166, ÖBl. 1974, 115, 1966, 82 u. a.), aber dabei vorausgesetzt ist, daß das entsprechende Zeichen an sich schutzfähig ist und nur die erforderliche Kennzeichnungskraft fehlt. Ein von vornherein nicht schutzfähiges Zeichen kann dagegen eine Schutzfähigkeit auch nicht durch eine Verkehrsgeltung erlangen. Dies gilt etwa bei Wörtern, die der Umgangssprache oder einer Fachsprache angehören und für die ein Freihaltebedürfnis besteht, damit nicht ein Wort, das für die Verständigung der Menschen erforderlich ist, durch Monopolisierung zugunsten einer bestimmten Person der Sprache entzogen wird (Hohenecker - Friedl, 166/167, ÖBl. 1970, 149, 1960, 70).

Derselbe Grundsatz muß aber auch gelten, wenn die Form einer Ware funktionsbedingt ist, weil sie die zweckmäßigste, wenn auch nicht die allein mögliche Form der Herstellung dieser Ware ist (vgl. Hohenekker - Friedl, 158). Wenn die Form eine Folge der wirtschaftlichsten und zweckmäßigsten Herstellung der Ware ist, darf sie nicht durch Zuerkennung eines Markenschutzes für ein Unternehmen monopolisiert werden, so daß Mitbewerber bei der Erzeugung der Ware auf eine andere weniger zweckmäßige und wirtschaftliche Form ausweichen müßten. Das käme einer Patentierung der Form gleich, die nicht Aufgabe des Markenschutzrechtes ist. Es stunde auch im Gegensatz zum allgemeinen Interesse, daß die Möglichkeit erhalten bleibe, daß jeder Wettbewerber die Ware in der wirtschaftlichsten und zweckmäßigsten Art, und somit am preiswertesten, herstellen kann. Im übrigen wurde von der Rechtsprechung auch hervorgehoben, daß ein Zeichen im Sinn des Markenrechtes nur dann als Marke gelten kann, wenn es für die Ware unterscheidend ist, nicht aber dann, wenn es seiner Natur nach nicht dem Unterscheidungszweck dient, sondern durch die Natur der Ware oder als Folge eines bestimmten Erzeugungsprozesses notwendig gegeben ist (SZ 25/63). Dies muß auch für eine bestimmte Form einer Ware angenommen werden, wenn sie eine Folge der zweckmäßigsten und wirtschaftlichsten Herstellungsart ist.

Ob dies bei einer als Marke eingetragenen Form zutrifft, stellt eine Tatfrage dar. Wird diese Tatfrage dahin gelöst, daß die als Marke eingetragene Form der Ware nicht durch die wirtschaftlichste und zweckmäßigste Art ihrer Erzeugung funktionell bedingt ist, muß ihr an sich die Eigenschaft eines "Zeichens" im Sinn des § 1 MSchG zuerkannt werden, das bei Vorliegen der übrigen Eintragungsvoraussetzungen insbesondere der erforderlichen Unterscheidungskraft oder deren Ersatz oder Ergänzung durch eine entsprechende Verkehrsgeltung als Marke eingetragen werden und den damit verbundenen Schutz erlangen kann. Wird aber die Form der Ware als Folge der wirtschaftlichsten und zweckmäßigsten Art ihrer Erzeugung erkannt, ist sie von vornherein nicht als "Zeichen" im Sinn des § 1 MSchG zu beurteilen und kann daher ohne Rücksicht auf eine behauptete oder bestehende Verkehrsgeltung den wettbewerbsrechtlichen Schutz einer Marke nicht erlangen.

Das Gericht ist bei der Beurteilung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach den Bestimmungen des UWG, der durch die Eintragung einer Marke in das Markenregister erworben wird, an die Entscheidung des Patentamtes nicht gebunden. Es hat vielmehr diesen selbständig zu prüfen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 57 MSchG 1970 vorliegen oder über ein Löschungsbegehren des Beklagten schon vor Beginn des Rechtsstreites rechtskräftig abschlägig entschieden wurde. Aus der Regelung des § 57 MSchG 1970 ergibt sich aber auch klar, daß die Unterbrechung des Rechtsstreites im Ermessen des Gerichtes steht und das Gericht dazu nicht verpflichtet ist. Das Gericht hat vielmehr die Wahl, unter den dort angegebenen Voraussetzungen das Verfahren zu unterbrechen und die Rechtskraft der Entscheidung des Patentamtes abzuwarten, an die das Gericht dann gebunden ist, oder die Vorfrage, ob das Markenrecht des Klägers nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes besteht, selbständig zu prüfen und zu lösen (Hohenekker - Friedl, 56; Friedl, ÖBl. 1960, 41 ff., insbesondere 44, 46; ÖBl. 1974, 115: JBl. 1964, 38 u. a.).

Hiebei ist das Gericht bei der Beurteilung von Rechtsfragen völlig frei. Für die Feststellung der tatsächlichen Grundlagen des Markenschutzes schafft die Registrierung für das gerichtliche Verfahren allerdings einen sogenannten prima-facie-Beweis, den der Beklagte durch einen Gegenbeweis entkräften kann (Friedl, ÖBl. 1960, 41; ÖBl. 1974, 115,

1972, 18, 1964, 32 u. a.).

Es hatte also im vorliegenden Fall nicht der Kläger zu beweisen, daß es sich bei der für ihn als Marke eingetragenen Form tatsächlich um ein "Zeichen" im Sinne des § 1 MSchG 1970 (für den Prioritätszeitpunkt: § 1 MSchG 1953) handelt, das einen markenrechtlichen Schutz erlangen kann, daß also diese Form nicht funktionsbedingt ist und nicht jene darstellt, die sich bei der zweckmäßigsten und wirtschaftlichsten Herstellung der Ware naturgemäß ergibt. Es hatte vielmehr der Beklagte zu beweisen, daß der strittigen Form diese Eigenschaft zukommt und sie daher nicht als "Zeichen" im Sinne des § 1 MSchG schützbar ist. Dieser Beweis ist dem Beklagten nach dem festgestellten Sachverhalt - anders gegenüber jenem, welchen das Patentamt seiner Entscheidung über das Begehren auf Löschung der Marke des Klägers zugrunde legte - gelungen, weil sich daraus ergibt, daß die als Marke eingetragene Form der Ware funktionsbedingt und daher kein "Zeichen" im Sinn des § 1 MSchG ist. Diese Form hatte somit von vornherein nicht die Eignung, einen markenrechtlichen Schutz zu erlangen. Darauf, ob eine Verkehrsgeltung zu Recht oder zu Unrecht angenommen wurde, kommt es somit nicht mehr an. Die Verkehrsgeltung kann nur fehlende oder nicht ausreichende Kennzeichnungskraft, nicht aber den absoluten Mangel der Schutzfähigkeit ersetzen (Hohenecker - Friedl, 166/167).

Daraus folgt, daß der vom Kläger auf § 9 Abs. 3 UWG gestützte Unterlassungsanspruch nicht begrundet ist.

Daraus, daß die Form der Ware des Klägers und damit auch die beanstandete ähnliche Form der vom Beklagten vertriebenen Ware funktionsbedingt und zu einer wirtschaftlichen und zweckmäßigen Art der Erzeugung erforderlich ist, folgt aber auch, daß die Verwendung dieser Form nicht mit dem Hinweis auf eine "sklavische Nachahmung" als gemäß § 1 UWG sittenwidrig untersagt werden kann. Eine Nachahmung ist nur dann sittenwidrig, wenn der Nachahmende das Vorbild nicht bloß als Anregung zu eigenem Schaffen benützen will, sondern ohne zwingenden Grund seinem eigenen Produkt die Gestaltungsform des fremden Erzeugnisses gibt und dadurch in den beteiligten Verkehrskreisen die Gefahr von Verwechslungen hervorruft (Hohenecker - Friedl 79; ÖBl. 1974, 11, 1973, 13, 1972, 92, 1970, 20, 1965, 95; 4 Ob 328/74; 4 Ob 361/74 u. a.). Wird aber die Form, welche zur Erzeugung der Ware am wirtschaftlichsten und zweckmäßigsten ist, nachgeahmt oder eine ihr ähnliche Form gewählt, da keine oder nur ganz beschränkte Ausweichmöglichkeiten bestehen, wie im vorliegenden Fall, dann ist für die Nachahmung ein ausreichender Grund gegeben und diese ohne Hinzutreten besonderer Gründe, die im vorliegenden Fall nicht zum Inhalt des Klagebegehrens gemacht und auch nicht festgestellt wurden, nicht sittenwidrig. Der erhobene Unterlassungsanspruch kann daher auch nicht auf § 1 UWG gestützt werden.

Anmerkung

Z49065

Schlagworte

Form der Ware, ist schutzunfähig, wenn sie eine Folge der zweckmäßigsten, und wirtschaftlichsten Herstellung ist, Wörter, schutzunfähig sind -, die der Umgangssprache oder einer, Fachsprache angehören und für die ein Freihaltsbefugnis besteht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1976:0040OB00314.76.0511.000

Dokumentnummer

JJT_19760511_OGH0002_0040OB00314_7600000_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