

# TE OGH 1958/11/11 4Ob310/58f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.11.1958

## Norm

Markenschutzgesetz 1953 §3 Abs1 Z3

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb §9

## Kopf

SZ 31/135

## Spruch

"Gervais" ist nicht als eine Individualbezeichnung, sondern als eine Beschaffenheitsangabe anzusehen.

Entscheidung vom 11. November 1958, 4 Ob 310/58.

I. Instanz: Kreisgericht Wels; II. Instanz: Oberlandesgericht Linz.

## Text

Die in der Deutschen Bundesrepublik ansässige klagende Partei hat die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, weil sie sich infolge der Verwendung der Bezeichnung "Gervais" durch den in Österreich wohnenden Beklagten und auch der typischen Aufmachung, in der sie selbst ihren "Gervais"-Käse vertreibt, in ihren Rechten beeinträchtigt fühlt. Sie beruft sich hinsichtlich der Verwendung des Wortes "Gervais" auf den Umstand, daß sich die Firma Ch. Gervais, Paris, die Markenbezeichnung "Gervais" durch die internationale Marke Nr. 129.992 auch in Österreich seit 3. März 1947 habe schützen lassen. Das Vorgehen des Beklagten verstoße gegen § 9 UWG.

Die beklagte Partei hat sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Das Wort "Gervais" sei in Österreich längst zur Beschaffenheitsangabe geworden. Es komme ihm daher der Markenschutz in Österreich nicht zu. Die klagende Partei habe auch nicht dargetan, was sie mit dem angeblichen Erfinder der erwähnten Käseart, Charles Gervais, gemeinsam habe. Die beklagte Partei erzeuge Gervais- Käse bereits seit 1928. Sie habe die Aufmachung der Klägerin keineswegs kopiert. Die Aufmachung der Erzeugnisse der Klägerin sei nicht typisch und keineswegs zum Herkunftszeichen der Klägerin geworden. Die quadratische Form sei durch die bei der klagenden Partei in Verwendung stehenden Maschinen technisch bedingt, die drucktechnische Ausstattung branchenüblich. Schon durch die völlige Verschiedenheit des Textes könne von einer Irreführung des Publikums nicht gesprochen werden. Die beklagte Partei werde jedoch die fraglichen Etiketten in Zukunft nicht mehr verwenden.

Das Erstgericht gab dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im wesentlichen statt und verbot der beklagten Partei, Käse, besonders Frischrahmkäse, unter dem Namen "Gervais" mit oder ohne Zusätze, insbesondere in der Form von in Stanniol verpackten quaderförmigen Stücken mit einer quadratischen Grundfläche von 6 X 6 cm mit diagonal aufgeklebtem Aufdruck in blauer und roter Farbe auf weißem Grund, zu erzeugen, zu verteilen oder zu vertreiben.

Das Erstgericht sah auf Grund des von der klagenden Partei vorgelegten Handelsregistrauszuges als bescheinigt an, daß zum Betriebsgegenstand der klagenden Partei unter anderem die Herstellung und der Vertrieb aller Käsesorten gehören, "welche als Erzeugnisse der Firma Ch. Gervais in allen Ländern bekannt sind."

Durch die Vorlage des Amtszeugnisses des Österreichischen Patentamtes vom 3. Juni 1958 habe die klagende Partei weiter bescheinigt, daß die Wortmarke "Gervais" beim Internationalen Büro in Bern am 3. März 1947 unter Nr. 129.992 registriert wurde und auf Grund des Madrider Abkommens vom 14. April 1891 in Österreich Schutz genieße. Der Unterlassungsanspruch der klagenden Partei im Sinne des § 9 UWG., der sich auf die Tatsache der Registrierung der Marke "Gervais" stütze, sei daher hinreichend glaubhaft gemacht. Auf die Einwendung des Beklagten, daß die Registrierung nicht zu Recht bestehe, weil es sich um eine bloße Gattungsbezeichnung handle, sei nicht einzugehen. Zur Überprüfung dieser Behauptung wären umständliche Beweiserhebungen, insbesondere durch Vernehmung von Sachverständigen, notwendig, die im Provisorialverfahren nicht zulässig seien.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der beklagten Partei teilweise Folge und änderte den erstgerichtlichen Beschluß dahin ab, daß zur Sicherung des Unterlassungsanspruches der klagenden Partei gegen den Beklagten diesem verboten wurde, Käse in Verpackungen mit diagonal aufgeklebter weißer Etikette in der Größe von zirka 48 X 15 mm unter Verwendung von großen lateinischen Druckbuchstaben in roter und blauer Farbe in der Höhe von 3, 4 bzw. 2mm in der ersten, zweiten bzw. dritten Zeile des Haupttextes und von zirka 1 1/2 mm hohen Buchstaben in blauer Farbe für den Seitentext zu verkaufen, zu verteilen oder zu vertreiben. Das Mehrbegehren, dem Beklagten auch zu verbieten, Käse, insbesondere Frischrahmkäse, unter einer Bezeichnung, die das Wort "Gervais" mit oder ohne Zusätze enthält, insbesondere in der Form von in Stanniol verpackten quaderförmigen Stücken mit einer quadratischen Grundfläche von 6 x 6 cm und schlechthin in Verpackungen mit diagonal aufgeklebtem Aufdruck in blauer und roter Farbe auf weißem Grunde, zu erzeugen, zu verkaufen, zu verteilen oder zu vertreiben, wurde abgewiesen.

In den Gründen seiner Entscheidung führte das Rekursgericht aus: Die klagende Partei habe sich auf die Markenrechte, die der Firma Ch. Gervais, Paris, zustehen, berufen. Sie behaupte wohl, daß sie eine Tochtergesellschaft dieser Pariser Firma sei, habe aber jegliche Behauptung darüber unterlassen, daß ihr Lizenzrechte an der für die Pariser Firma geschützten Marke zustünden, und habe weder den einen noch den anderen Umstand bescheinigt. Der Umstand, daß laut Handelsregistrauszug des Amtsgerichtes München der Gegenstand des Unternehmens der Klägerin die Herstellung und der Vertrieb von Käsesorten sei, "welche als Erzeugnisse der Firma Ch. Gervais in allen Ländern bekannt sind", besage gar nichts, denn auch hier sei nicht die Firma Ch. Gervais, Paris, als Erzeugerin zitiert, und selbst wenn dies der Fall wäre, ließe sich hieraus noch nicht auf eine Lizenzberechtigung zwingend schließen. Die Klägerin berufe sich somit zumindest nicht bescheinigterweise zu Recht auf die Markenschutzrechte der Firma Ch. Gervais, Paris, zu deren Gunsten laut Amtszeugnis des Österreichischen Patentamtes vom 3. Juni 1968 eine Wortmarke "Gervais" in Österreich den Schutz genießt.

Die Meinung des Erstgerichtes, daß diese Markenrechte im Provisorialverfahren nicht überprüft werden könnten, lehnte das Rekursgericht ab. Es verwies auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes SZ. XXVI 199 (Moorschwebstoff), die die Möglichkeit offen lasse, den Antrag auf einstweilige Verfügung abzuweisen, falls der Beklagte in der Lage wäre, zu bescheinigen, daß sich die Registermarke im Verkehr als Zeichen der klagenden Partei nicht durchgesetzt hätte. Lasse man aber die Bescheinigung von Umständen zu, die der Registermarke ihre Wirkung nehmen, so müsse es auch möglich sein, die eklatante Unrichtigkeit einer Eintragung im Provisorialverfahren darzutun. Selbst in jenen Fällen, wo ein Prüfungsverfahren beim Patentamt durchgeführt wurde, erfolge die Prüfung ja nur unter markenrechtlichen Gesichtspunkten und nicht unter denen des unlauteren Wettbewerbes. Mit Recht stehe daher die Entscheidung SZ. XXV 88 (Mokka-Linde) auf dem Standpunkt, daß die ordentlichen Gerichte nicht an die Entscheidung des Patentamtes über die Verwechslungsfähigkeit im Markenlöschungsprozeß gebunden seien. Um so weniger könne daher das ordentliche Gericht an die Tatsache der Eintragung in das internationale Markenregister gebunden sein, wenn feststehe, daß, wie im vorliegenden Fall in Österreich - zum Unterschied von Deutschland (s. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. S. 639) -, seit vielen Jahrzehnten kein Zweifel daran bestehe, daß dem Wort "Gervais" die Voraussetzungen für die Registrierung nach § 3 Abs. 1 Z. 3 MSchG. 1953 fehlten und daß die Zurückweisung der Eintragung im Sinne des Art. 5 des Madrider Abkommens, BGBl. Nr. 8/1948, nur durch besatzungsbedingte Umstände unterblieben sei. Eine einstweilige Verfügung sei eine allzu einschneidende, im Ergebnis oft den Prozeßerfolg vorwegnehmende Einrichtung, als daß es zulässig wäre, sich mit prima facie-Beweisen solcher Art

zu begnügen, obwohl feststehe, daß es sich bei dem Wort "Gervais" um eine Gattungsbezeichnung handelt, die nicht markenfähig sei. Aus diesen Gründen glaubte das Rekursgericht, der Klägerin einen Schutz nach § 9 Abs. 3 UWG. an der für die Pariser Firma Ch. Gervais eingetragenen Wortmarke "Gervais" nicht zubilligen zu können.

Auch soweit das Erstgericht dem Beklagten die Verpackung in Stanniolpapier im Format 6 X 6 cm verbot, erachtete das Rekursgericht diese Verfügung für nicht gerechtfertigt. Es sei gerichtsbekannt, daß fast alle Weichkäsesorten in Stanniolpackungen etwa in der fraglichen Größe mit verschiedenen Variationen, und zwar seitens der verschiedensten Firmen, verpackt würden. Insbesondere sei auch gerichtsbekannt, daß für verschiedene Käsesorten auch Stanniolpackungen in der Größe von 6 X 6 cm verwendet würden. Ein Blick in die Auslage eines Käsehändlers genüge, um die Richtigkeit dieser Tatsache zu beweisen. Es erscheine somit keineswegs bescheinigt, daß die geschilderte Art der Verpackung innerhalb beteiligter Verkehrskreise gerade als Kennzeichen des klägerischen Unternehmens gelte. Eine solche Bescheinigung lasse sich auch aus den eidesstattlichen Erklärungen nicht herauslesen, sondern nur, daß die Klägerin ihren Käse in Stanniol in quadratischer Form verpacke, nicht aber daß ausschließlich die Klägerin ihren Käse - von der Etikette abgesehen - derart verpacke. Es könne also nicht die Rede davon sein, daß bescheinigt wäre, es gelte die Stanniolverpackung in quadratischem Format 6 X 6 cm innerhalb beteiligter Kreise als Kennzeichen des Unternehmens.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs der klagenden Partei nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Es kann dahingestellt bleiben, ob durch den vorgelegten Handelsregisterauszug als hinlänglich bescheinigt angesehen werden kann, daß die klagende Partei eine Tochtergesellschaft der Firma Ch. Gervais s. a. in Paris und als solche daher zur Benützung der zugunsten der Firma Ch. Gervais s. a. in Paris am 3. März 1947 registrierten und seither auch in Österreich geschützten internationalen Marke "Gervais" befugt ist.

Das Rekursgericht hat zutreffend erkannt, daß der prima facie-Beweis der Registermarke diesmal nicht ausreicht, weil Umstände offen zutage liegen, die mit aller Deutlichkeit darauf hinweisen, daß die Wortmarke "Gervais" in Österreich schon seit langer Zeit nicht mehr die Bedeutung eines auf die Pariser Fabrik Ch. Gervais hinweisenden Individualzeichens hat, sondern sich zu einer allgemein gebrauchten Gattungsbezeichnung entwickelt hat.

Wie aus der Zuschrift des Österreichischen Patentamtes vom 2. Juli 1958 hervorgeht, ist die Registermarke Nr. 129.992, auf die sich der Unterlassungsanspruch der klagenden Partei gründet, eine Erneuerung der internationalen Marke Nr. 54.660. Der internationalen Marke Nr. 54.660 wurde im Jahre 1928 der Schutz in Österreich versagt. Dem österreichischen Patentamt steht als Markenprüfungsbehörde gemäß Art. 5 des Madrider Markenabkommens, BGBl. Nr. 8/1948, die Befugnis zu, internationale Marken auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen und ihnen den Schutz in Österreich zu versagen. Von dieser Möglichkeit konnte jedoch wegen der Okkupation Österreichs durch das Deutsche Reich in der Zeit vom 14. Mai 1938 bis 19. Juli 1947 kein Gebrauch gemacht werden. Die in diesem Zeitraum international registrierten Marken Nr. 98.438 bis 131.807, somit also auch die gegenständliche Marke Nr. 129.992, wurden demnach in Österreich keiner Gesetzmäßigkeitsprüfung unterzogen. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes ist die erwähnte Zuschrift des Patentamtes - prozessual gesehen - keine unzulässige Neuerung, obgleich diese Zuschrift erst im Rekursverfahren vorgelegt wurde. Sie ist lediglich eine amtliche aufklärende Mitteilung darüber, warum überhaupt die Nr. 129.992 im Register aufscheint.

Bereits vor 1918 ging die Rechtsprechung in Österreich dahin, daß das Wort "Gervais" in Österreich zur Beschaffenheitsangabe (Gattungsbezeichnung) geworden ist.

Mit der Entscheidung vom 20. Jänner 1913, PatBl. 1914 S. 253, hat das damals zuständige Ministerium für öffentliche Arbeiten ausgesprochen, daß "Gervais" für Käse aller Art nicht registrierbar sei. Das Wort "Gervais" sei schon seit einer Reihe von Jahren im Inland nicht mehr als Individualzeichen, d. h. als Hinweis auf Waren aus einem bestimmten Unternehmen, anzusehen, sondern ein in den beteiligten Verkehrskreisen allgemein gebräuchlicher Sachname geworden, mit welchem ein auf besondere Art bereiteter weicher Milchkäse bezeichnet werde. Es haben eben seinerzeit, durch den Anklang, den der möglicherweise zuerst vom Markenhinterleger erzeugte und in den Handel gebrachte Käse fand, veranlaßt, zahlreiche andere Unternehmer sowohl in Österreich wie anderwärts sich mit der Erzeugung eines ebenso oder ähnlich bereiteten und in der gleichen zylindrischen Form mit Papierumhüllung in den

Handel gebrachten Käses befaßt, wodurch allmählich der Verkehr in einer mit dem Wort "Gervais" bezeichneten Käsesorte nicht mehr den Hinweis auf einen aus dem Unternehmen des Charles Gervais stammenden Käse, sondern lediglich eine Sachbezeichnung erblicken mußte (s. Sonn - Prettenhofer - Koch, Warenzeichenrecht, S. 580).

Im gleichen Sinn stellte das Ministerium für öffentliche Arbeiten in seiner Entscheidung vom 29. März 1915, PatBl. 1916 S. 140, fest, daß "Gervais", "Gervais Carres", "Gervais-Demi-sel", "Gervais-Suisses" für Käse nicht registrierbar sei. Das Wort wurde durch die beteiligten inländischen Verkehrskreise als eine allgemein übliche Bezeichnung einer ganz bestimmten Sorte Käse angesehen. Hiezu komme noch der Umstand, daß das Wort "Gervais" schon durch den Sprachgebrauch die Eigenschaft verloren habe, derzeit als Marke für Käse aus einem bestimmten Unternehmen zu dienen (s. Sonn - Prettenhofer - Koch a. a. O. S. 600).

Auch das Handelsministerium hat mit Bescheid vom 10. August 1929, PatBl. 1929 S. 274, ausgesprochen, daß das Wort "Gervais" in Österreich zur Beschaffenheitsangabe geworden ist. In diesem Bescheid wird darauf verwiesen, daß ein Alleinrecht an dem Zeichen nur dann erworben werden könnte, wenn der strikte Beweis dafür erbracht würde, daß sich der Sachname "Gervais" in Österreich wieder zum Individualzeichen rückgebildet habe.

Entgegen der Meinung der Rekurswerberin spricht nichts für die Annahme, daß sich die tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Rechtsprechung vor 1947 ausgegangen ist, seither geändert hätten. Im Gegenteil, auch das Österreichische Patentamt (Beschwerdeabteilung) hat neuerdings in der am 5. November 1955 ergangenen Entscheidung PatBl. 1955 S. 164 unter Verweisung auf die ältere Rechtsprechung und unter Heranziehung der jüngeren Fachliteratur ausgesprochen, daß "Gervais" nicht mehr Individualzeichen ist, sondern sich zum Namen einer bestimmten Käsesorte entwickelt hat.

Als "Gervais" wird gemeinlich ein fettreicher, ungeriefter, milder Weichkäse aus Süßrahm verstanden, der seinen Namen dem ersten Hersteller Charles Gervais verdankt (Der Große Brockhaus, 1954, Band 4 S. 540). Es ist gerichtsbekannt, daß ebenso wie vor 1947 auch seither eine große Anzahl österreichischer Molkereien und Käseerzeuger Rahmkäse herstellen und unter der Bezeichnung "Gervais" in den Verkehr bringen. An den so in den Handel gebrachten Gervais-Käse knüpfen, wie gleichfalls gerichtsbekannt ist, weite beteiligte Verkehrskreise, insbesondere die Konsumenten, nicht mehr die Erwartung, daß er ein Erzeugnis der Firma Ch. Gervais in Paris ist oder daß er die Herstellungsart mit diesem Erzeugnis gemein hat. Sie verbinden damit vielmehr lediglich die Vorstellung, daß es sich hierbei um einen milden Weichkäse handelt. Ob und bei welchem Teil des Publikums bei dem Einkauf von Gervais-Käse die Erinnerung an eine bestimmte Erzeugungsstätte oder Herstellungsart auch heute noch nicht erloschen ist, ist für die Entscheidung im Provisorialverfahren nicht ausschlaggebend. Es genügt, wenn der durch die Tatsache der Registrierung geschaffene prima facie-Beweis der Schutzfähigkeit der Wortmarke "Gervais" auf Grund der im Vorstehenden angeführten Umstände in einer Weise erschüttert wurde, daß es in hohem Maße als zweifelhaft angesehen werden muß, ob der Registermarke im Verkehr individualisierende Unterscheidungskraft zukommt.

Ohne Rechtsirrtum hat daher das Rekursgericht den aus der Registermarke abgeleiteten Unterlassungsanspruch der klagenden Partei im Provisorialverfahren abgewiesen.

Dem Rekursgericht ist auch darin beizupflichten, daß es die stanniolverpackte Quaderform mit quadratischer Oberfläche in der Größe 6 X 6 cm nicht als schutzfähiges Unternehmenskennzeichen angesehen hat. Schutzfähig im Sinne des § 9 Abs. 3 UWG. sind nur solche Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Unternehmens von anderen Unternehmen bestimmte Einrichtungen, insbesondere auch Ausstattungen von Waren, ihrer Verpackung oder Umhüllung und von Geschäftspapieren, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Unternehmens gelten. Voraussetzung für einen Schutz nach § 9 Abs. 3 UWG. ist also, daß sich eine bestimmte Ausstattung oder Verpackung vermöge ihrer Unterscheidungskraft im Geschäftsverkehr als Kennzeichen des Unternehmens tatsächlich eingebürgert hat. Davon kann aber bei der von der Klägerin gebrauchten Stanniolverpackung keine Rede sein, weil Stanniolverpackungen bei Weichkäse allgemein üblich sind. Auch die quadratische Form ist weder an sich noch in Verbindung mit der Stanniolverpackung charakteristisch genug, um die Herkunft des Erzeugnisses gerade aus dem Unternehmen der Klägerin hinreichend zu individualisieren. Daß sich die Verpackungsart und Form trotz fehlender Individualisierungsmerkmale zu einem Unternehmenskennzeichen herausgebildet hätte, kann auf Grund der Beilagen nicht als bescheinigt angesehen werden.

#### **Anmerkung**

**Schlagworte**

Beschaffenheitsangabe, "Gervais", Gattungsbezeichnung, "Gervais", Gervais, Beschaffenheitsangabe, Marke, "Gervais" ist Beschaffenheitsangabe, Unlauterer Wettbewerb, Gattungsname "Gervais", Warenname, "Gervais", Wettbewerb unlauterer, Gattungsname, "Gervais"

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1958:0040OB00310.58.1111.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19581111\_OGH0002\_0040OB00310\_5800000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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