

1. Bei Zeitungstiteln können schon kleine Abweichungen die Gefahr von Verwechslungen ausschließen, weil hier nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten bestehen und sich das Publikum selbst bei akustischem Gleichklang oder bei Verkehrsgeltung eines Kurztitels daran gewöhnt hat, auch kleine Unterschiede zu beachten.

2. Ob bei einer Nachahmung im Einzelfall Verwechslungseignung besteht, ist keine erhebliche Rechtsfrage. Dies gilt auch für ein zur Kennzeichnung einer Zeitschrift verwendetes Zeichen. Auf die Priorität kommt es nicht an.

Leitsätze verfasst von RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F***** GmbH, ****, vertreten durch Berger Saurer Zöchbauer, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Herbert U*****, vertreten durch Dr. Michael Graff und Dr. Franz Markus Nestl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 34.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 18. März 2003, GZ 5 R 23/03v-9, den

Beschluss

gefasst:

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

Begründung:

Der Oberste Gerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass für die Verwechslungsgefahr bei Zeitungs- und Zeitschriftentiteln andere Maßstäbe als für die Verwechslungsgefahr bei Zeichen ganz allgemein gelten. Nach dieser Rechtsprechung können - insbesondere dann, wenn sich die Titel aus sprachüblichen Gattungsbezeichnungen zusammensetzen - schon kleine Abweichungen die Gefahr von Verwechslungen ausschließen, weil gerade bei solchen Titeln nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten bestehen und sich das Publikum selbst bei akustischem Gleichklang oder bei Verkehrsgeltung eines Kurztitels daran gewöhnt hat, auch kleine Unterschiede zu beachten (4 Ob 341/85 = ÖBl 1986, 71 - Festspiel Illustrierte mwN; 4 Ob 282/97t = ÖBl 1998, 76 - St. Pölten konkret ua). Mit dieser Rechtsprechung steht die angefochtene Entscheidung im Einklang:

Den aus sprachüblichen Gattungsbezeichnungen zusammengesetzten Titeln sind Titel gleichzuhalten, die aus Begriffen bestehen, die als Hinweis auf den Inhalt der damit bezeichneten Zeitung oder Zeitschrift verstanden werden. Auch in diesem Fall genügen bereits geringe Unterschiede, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen, so dass selbst bei Aufnahme des älteren Titels in den jüngeren Titel - anders als bei der Aufnahme eines älteren

Warenzeichens in ein jüngeres Zeichen - die Verwechslungsgefahr nicht regelmäßig zu bejahen ist. Die Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr bei Zeichen ganz allgemein ist daher insoweit im vorliegenden Fall nicht maßgebend und es ist auch ohne Bedeutung, ob "Gastro" als Titel für eine Fachzeitschrift für das Gaststättengewerbe nicht rein beschreibend, sondern - wenn auch wohl nur in einem geringen Maß - unterscheidungskräftig ist. Ob nach den im konkreten Fall gegebenen Umständen Verwechslungsgefahr besteht, hat im Übrigen regelmäßig keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO liegt daher - von einer hier nicht gegebenen krassen Fehlbeurteilung abgesehen - nicht vor (Kodek in Rechberger, ZPO² § 502 Rz 5 mwN).

Anmerkung*

I. Das Problem

Neuerlich wurde die Frage an das Höchstgericht herangetragen, ob für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei Zeitungs- und Zeitschriftentiteln andere Maßstäbe als für die Verwechslungsgefahr bei Zeichen ganz allgemein gelten?

II. Die Entscheidung des Gerichtes

Der OGH betont unter Verweis auf die zitierte Vorjudikatur, dass - insbesondere dann, wenn sich die Titel aus sprachüblichen Gattungsbezeichnungen zusammensetzen - schon kleine Abweichungen die Gefahr von Verwechslungen ausschließen, weil gerade bei solchen Titeln nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten bestehen und sich das Publikum selbst bei akustischem Gleichklang oder bei Verkehrsgeltung eines Kurztitels daran gewöhnt hat, auch kleine Unterschiede zu beachten. Die Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr bei Zeichen ganz allgemein ist daher insoweit im vorliegenden Fall nicht maßgebend.

Immerhin billigt der 4. Senat dem Wortbestandteil „Gastro“ eine – wenngleich bloß geringe – Unterscheidungskraft für den Titel einer Fachzeitschrift im Gaststättengewerbe zu.

III. Kritische Würdigung

Die vorliegen E verträgt sich mit dem Beschluss vom 13.9.1999, 4 Ob 115/99m – *Wirtschaftswoche*, *ecolex* 2000, 133 m Anm *Schanda*,= MR 1999, 354 = ÖBl 2000, 125 = wbl 2000/32, 47, auf den ersten Blick nur schwer. Dort hat nämlich das Höchstgericht ausgesprochen, dass an die Unterscheidungskraft für Titel (nach § 80 UrhG) derselbe Maßstab anzulegen ist, wie für alle anderen Kennzeichenrechte (in diesem Sinn auch jüngst OGH 18.2.2003, 4 Ob 38/03x – *music-channel.cc*, *ecolex* 2003/223, 537 m abl Anm *Schanda*; abrufbar unter http://www.eurolawyer.at/pdf/OGH_4_Ob_38-03x.pdf).

Mit der nunmehrigen Entscheidung kehrt der OGH offenbar wieder auf die von der hM in Deutschland vertretene Linie zurück, die an die Unterscheidungskraft von Titel (z.B. von Zeitschriften) nur geringere Anforderungen stellt als an die Unterscheidungskraft einer Marke (vgl. *Fezer*, *Markenrecht*³ § 15 Rz 158 mwN).

Einmal mehr hat das Höchstgericht an seiner Maxime festgehalten, möglichst viel reversibel zu halten, um den Umständen des Einzelfalles best möglich gerecht zu werden. Für die

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

Rechtsanwender bleiben freilich schwer zu kalkulierende Unwägbarkeiten, die jedoch im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht bis zu einem gewissen Grad systemimmanent und daher hinzunehmen sind.

IV. Zusammenfassung

Sowohl die Beurteilung der Unterscheidungskraft als auch der Verwechslungsgefahr in Kennzeichenstreitigkeiten bleiben Rechtsfragen, die sich einer lückenlosen und dogmatisch widerspruchsfreien Einordnung entziehen.