



OGH Urteil vom 20.1.2004, 4 Ob 222/03f – Vöslauer- ./ Juvina-PET-Flasche

Fundstelle: ecolex 2004/218, 463 (*Schumacher*) = EvBl 2004/120, 564 = ÖBl 2004/44, 168 = RdW 2004/368, 412 = wbl 2004/154, 298

- 1. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist bei einer dreidimensionalen Marke die Ähnlichkeit des Eingriffsgegenstands mit der geschützten Form und nicht mit dem Gegenstand maßgebend, den der Markeninhaber unter Verwendung der Formmarke in Verkehr bringt.**
- 2. Bei dreidimensionalen oder körperlichen Marken (hier: wellenförmige Vöslauer-Mineralwasser-Flasche) kann demzufolge eine Verwechslungsgefahr nur dann entstehen, wenn das geschützte Zeichen (hier: Die äußere Form der Verpackung) als Herkunftshinweis verwendet wird.**
- 3. Es ist daher zu prüfen, ob die mit der Marke identische oder ihr ähnliche Form in einer Gesamtgestaltung so untergeht oder mit ihr verschmilzt, dass sie darin vom Verkehr nicht mehr als gedanklich herauslösbares Zeichen erkannt wird. Die Herkunftsfunktion der Marke soll nämlich dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung garantieren, indem sie es ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V***** AG, *****, vertreten durch Kraft & Winternitz, Rechtsanwälte GmbH, gegen die beklagten Parteien 1. M*****gesellschaft mbH, *****, 2. August S*****, beide vertreten durch Dr. Franz Hitzenberger und andere Rechtsanwälte in Vöcklabruck, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Zahlung (Gesamtstreitwert 58.000 EUR), über die außerordentliche Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 12. Juni 2003, GZ 3 R 74/03d-12, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Jänner 2003, GZ 24 Cg 151/026-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung als Teilurteil wie folgt zu lauten hat:

"Die Beklagten sind schuldig, 1) den Vertrieb von Getränken der Klasse 32 im Sinne der Klassifikation von Nizza in der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal welchen Flaschenvolumens - zu unterlassen, 2) sämtliche in der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal welchen Flaschenvolumens - im Handel angebotenen Getränke der der Klasse 32 im Sinne der Klassifikation von Nizza auf eigene Kosten vom Markt zu nehmen und die Flaschen sowie die zugehörigen Negativ-Produktionsformen auf eigene Kosten zu vernichten, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird, 3) jegliche Bewerbung von Getränken im Sinne der Klasse 32 im Sinne der Klassifikation von Nizza unter Präsentation/Darstellung der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal welchen Flaschenvolumens - unverzüglich einzustellen und zukünftig zu unterlassen." Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin vertreibt unter der Marke "VÖSLAUER" Mineralwasser in Flaschen, deren Form mit der zu Gunsten der Klägerin registrierten österreichischen Formmarke Nr 176045 geschützt ist:

Die Marke ist für die Klasse 32 (Mineralwasser und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke sowie Limonaden, Fruchtsaftgetränke und Fruchtsäfte) seit 5. 6. 1998 geschützt. Die Klägerin ist im Bereich des Handels mit Mineralwasser in Österreich Marktführerin. Sie setzte im Jahr 2001 179,000.000 Liter Mineralwasser ab.

Die Erstbeklagte vertreibt unter der Bezeichnung "JUVINA" ebenfalls Mineralwasser, welches seit einiger Zeit ebenso wie das Mineralwasser der Klägerin in PET-Leichtflaschen vertrieben wird:

Die PET-Flaschen wurden im Zusammenhang mit dem "JUVINA"-Relaunch, der Präsentation eines zeitgemäßen und aktuellen Produktauftritts, eingeführt. Der Zweitbeklagte ist Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der Erstbeklagten. Die Erstbeklagte setzte 2001 80,000.000 Liter Mineralwasser ab.

Die PET-Leichtflaschen der Klägerin sind im oberen Drittel mit einem Etikett versehen, das (ua) die Aufschrift "VÖSLAUER" trägt; der Name ist unterhalb des Flaschenhalses auch eingeprägt. In die untere Hälfte der in transparentem Zartblau gehaltenen Flasche sind horizontal verlaufende dreidimensionale Wellen eingekerbt, deren Abstand bei der 1,5 l Flasche 17 mm beträgt.

Auch die von den Beklagten verwendeten Flaschen sind in transparentem Zartblau gehalten; in der oberen Hälfte sind horizontal verlaufende Wellen eingekerbt, die bei der 1,5 l Flasche etwa gleich breit wie die in die Flasche der Klägerin eingekerbten Wellen, jedoch weniger stark ausgeprägt sind. Auch das Mineralwasser der Beklagten ist ausschließlich in Flaschen mit Etikett erhältlich. Das Etikett bedeckt mehr als die Hälfte der gesamten Flasche und ist in großen Buchstaben mit dem Namen "JUVINA" bedruckt. Die Flaschen der Erstbeklagten sind geringfügig größer als die der Klägerin; ihr Boden ist sockelartig, während der Boden der Flasche der Klägerin glatt gestaltet ist. Mineralwasser anderer Anbieter wird in Flaschen unterschiedlichster Form, Farbe und Gestaltung vertrieben. Glatte Flaschenoberflächen werden ebenso verwendet wie Oberflächen mit horizontalen oder spiralförmig gedrehten Einkerbungen.

Die Klägerin ließ im Juli 2002 eine Marktanalyse durchführen, in deren Verlauf 1.000 Personen zu dem von der Klägerin vorgegebenen Thema "Die Markentypik der VÖSLAUER-PET-Flasche" befragt wurden. Die Studie kam zum Ergebnis, dass die Wellenprägung der Flasche typisch für die Marke "VÖSLAUER" sei. Fast die Hälfte der "VÖSLAUER"-Käufer hätten die Flasche spontan als "VÖSLAUER"-Flasche identifiziert; bei Vorlage einer Markenliste seien es 60 % gewesen; von den "VÖSLAUER"-Käufern 77 %. Die "JUVINA"-Flasche werde schwach identifiziert und erreiche sogar bei ihren eigenen Käufern nur 26 %.

Die Verwechslung der "JUVINA"-Flasche mit "VÖSLAUER" sei in der Gesamtstichprobe mit 55 % sehr hoch und bei den eigenen Käufern mit 36 % signifikant. Die "JUVINA"-Käufer begännen die Welle als typisches Element "zu erlernen". Die Ähnlichkeit führe zu einer hohen Verwechslungsgefahr und damit zu einer Irreführung des Verbrauchers.

30 % der Verbraucher hätten einen Unternehmenszusammenhang zwischen "VÖSLAUER" und "JUVINA" hergestellt; 38 % hätten gemeint, dass damit eine bestimmte gute Qualität signalisiert werden solle. Der vermutete Zusammenhang sei vorteilhaft für "JUVINA".

Die "Welle" ist als Gestaltungselement für Mineralwasser und sonstige Erfrischungsgetränke weit verbreitet. Sie ist auch Teil des Werbekonzepts der Klägerin. Auch die Erstbeklagte verwendet die "Welle" seit 20 Jahren für die Gestaltung der Etiketten ihres Mineralwassers.

Die Klägerin begehrt, die Beklagten schuldig zu erkennen, 1) den Vertrieb von Getränken "der Klasse 32 von Nizza" in der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal welchen Flaschenvolumens - zu unterlassen, 2) sämtliche in der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal

welchen Flaschenvolumens - im Handel angebotenen Getränke der "Klasse 32 von Nizza" auf eigene Kosten vom Markt zu nehmen und die Flaschen sowie die zugehörigen Negativ-Produktionsformen auf eigene Kosten zu vernichten, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird, 3) jegliche Bewerbung von Getränken im Sinne der Klasse 32, Klassifikation von Nizza, unter Präsentation/Darstellung der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage ./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, oder einer ähnlichen verwechslungsfähigen Flaschenform - egal welchen Flaschenvolumens - unverzüglich einzustellen und zukünftig zu unterlassen, 4) über die bisher durch den Vertrieb von Produkten in der streitgegenständlichen Flaschenform gemäß Abbildung Beilage./H, die einen integrierenden Bestandteil des Urteils bildet, - egal welchen Flaschenvolumens - erwirtschafteten Umsätze im Einzelnen Rechnung zu legen, 5) das Doppelte eines angemessenen Entgelts von 7.500 EUR, sohin einen Betrag von 15.000 EUR, samt 10,75 % Zinsen seit Klagseinbringung zu zahlen.

Die Klägerin habe für die besondere Form der von ihr verwendeten Flasche Verkehrsgeltung erreicht. Die Erstbeklagte habe die Kennzeichen und geschützten Formelemente der "VÖSLAUER"-Flasche übernommen. Dadurch werde der Eindruck hervorgerufen, die beiden Mineralwässer würden vom selben Unternehmen vertrieben oder es bestehe eine sonstige Rechtsbeziehung. Die Beklagten nutzten den Ruf der Klägerin schmarotzerisch aus und hätten das mit großen Kosten aufgebaute Image des Produkts der Klägerin auf ihre unbekannte und billige Marke übertragen. Sie ersparten sich damit finanzielle Mittel für einen eigenen Markenaufbau. Kunden kauften wegen der durch die verwechselbare Ähnlichkeit mit dem Produkt der Klägerin hervorgerufenen positiven Assoziationen vermehrt das Mineralwasser der Beklagten. Aufgrund des vorsätzlichen, zumindest aber grob fahrlässigen Verhaltens der Beklagten gebühre der Klägerin das Doppelte des angemessenen Entgelts.

Die Beklagten beantragen, das Klagebegehren abzuweisen. Der Zweitbeklagte sei nicht passiv legitimiert, da er nicht persönlich in die Erstellung der "JUVINA"-Produktbroschüren involviert sei. Die wellenförmigen Einkerbungen der Flasche der Klägerin seien ein schwaches Zeichen. Sie hätten überdies technisch funktionelle Bedeutung, weil sie der Flasche einen besseren Halt gäben. Die Marken der Streitteile seien sowohl in die Flaschen als auch in die Flaschenverschlüsse eingraviert. Der dominierende Schriftzug "JUVINA" samt deutlicher Angabe des Abfüllers verhindere jede Verwechslung.

Aus der Marktforschungsanalyse gehe hervor, dass auch die Marke "JUVINA" einen hohen Bekanntheitsgrad genieße. Den Befragten seien die Flaschen ohne Etikett gezeigt werden, im Lebensmittelhandel würden sie mit Etikett angeboten. Schon aus dem verwendeten PET-Material und dessen Durchsichtigkeit ergebe sich eine große Ähnlichkeit aller am Markt befindlichen Mineralwasserflaschen. Die "Welle" sei für sich allein nicht schutzfähig. Die Erstbeklagte habe mit Kosten und Mühen eine eigene Marke aufgebaut; ihr Marktanteil sei von 2001 bis 2002 um 22,9 % gesunken.

Das *Erstgericht* schränkte das Verfahren auf die Punkte 1 bis 3 des Klagebegehrens ein und wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Der Zweitbeklagte habe als Geschäftsführer der Erstbeklagten für deren Wettbewerbsverstöße einzustehen. Der Form der von der Klägerin verwendeten Flasche, zu der auch die wellige Gestaltung der unteren Hälfte gehöre, sei grundsätzlich Unterscheidungskraft zuzuerkennen.

Dass ihr zumindest überwiegend rein technisch-funktionelle Bedeutung zukomme, sei nicht richtig. Es handle sich aber um ein schwaches Zeichen, da die wellenförmige Gestaltung von Getränkeflaschen wie etwa auch von Getränkeetiketten sehr häufig vorkomme. Schon geringfügige Abweichungen schlossen daher die Verwechslungsgefahr aus. Die Abweichungen zwischen den Flaschen beider Parteien seien nicht bloß geringfügig. Schon aufgrund der deutlichen und unmissverständlichen Gestaltung der Etiketten der Beklagten und der unterschiedlichen Gestaltung der Flaschen selbst sei die Verwechslungsgefahr zu verneinen. Die Beklagten hätten auch nicht Leistungen der Klägerin schmarotzerisch ausgebeutet. Die Beklagte habe vielmehr dargelegt, dass hinter der Einführung der PET-Leichtflasche ein entsprechendes Entwicklungs- und Werbekonzept

stehe.

Das *Berufungsgericht* bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte das Berufungsgericht den Inhalt der bei der Marktanalyse verwendeten Fragebogen fest. Es sei davon auszugehen, dass die Befragung unter Beachtung dieser Anweisungen durchgeführt worden sei. Die PET-Flaschen der Marken "VÖSLAUER" und "JUVINA" seien einander ohne Etiketten zweifellos sehr ähnlich. Beide wiesen dreidimensionale Wellen auf, beide seien in einem durchsichtigen Blauton gehalten, der sich nur geringfügig unterscheide. Boden und Oberteil der Flaschen seien allerdings etwas anders geformt. Die Schraubverschlüsse hätten zwar einen blauen, aber doch einen unterschiedlichen Farbton. Dazu komme, dass auf dem Schraubverschluss bei den Flaschen der Beklagten ein "J", bei der Marke "VÖSLAUER" je nach Flascheninhalt das Wort "prickelnd" oder "mild" stehe. Die reliefartige Ausprägung des Wortes "VÖSLAUER" bzw. des Buchstabens "J" bewirkten einen weiteren, nicht unbedeutenden Unterschied. Durch das Etikett werde die Ähnlichkeit der Flaschen völlig in den Hintergrund gedrängt. Das von der Klägerin verwendete Etikett sei relativ schmal, es befinde sich im oberen Drittel der Flasche und weise den bogenförmigen Schriftzug "VÖSLAUER" auf. Das von der Erstbeklagten verwendete Etikett decke hingegen die unteren zwei Drittel der PET-Flasche ab und weise vertikal den wesentlich größeren, durch seine Hervorhebung ins Auge fallenden Schriftzug "JUVINA" auf. Durch das besonders große Etikett seien nur vier dreidimensionale Wellen im oberen Teil der PET-Flasche sichtbar.

Selbst ein flüchtiger Kunde werde nicht versehentlich zu einem Mineralwasser der Marke "JUVINA" greifen, wenn er ein "VÖSLAUER" kaufen wolle. Es bestehe auch keine Gefahr, dass die beiden Flaschen gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Welle als Synonym für Wasser sei bereits in der Antike verwendet worden. Auf der Vorderseite des Etiketts werde deutlich auf die Erstbeklagte und ihre Quelle hingewiesen. Eine Verbindung zur Klägerin dränge sich bei Betrachtung der beiden etikettierten Flaschen nicht auf. Das Ergebnis der Umfrage ändere daran nichts. Die Befragten seien nicht von selbst auf die Idee gekommen, einen Zusammenhang zwischen der Klägerin und der Erstbeklagten herzustellen, sondern sie seien auf ihre Zustimmung zu vorgegebenen Antworten befragt worden. Auch eine sittenwidrige Nachahmung oder schmarotzerische Ausbeutung von Leistungen liege nicht vor. Denke man sich die Wellen weg, so könne nicht ernsthaft vertreten werden, die "JUVINA"-Flasche sei der "VÖSLAUER"-Flasche sklavisch nachgeahmt. Unter dem Etikett der "JUVINA"-Flasche befänden sich keine Wellen, sondern kreisförmige Einbuchtungen, die die Stabilität der Flasche erhöhten. Von einer bewussten Nachahmung könne daher nicht gesprochen werden. Hätte die Erstbeklagte am Markenerfolg der Klägerin schmarotzen wollen, so hätte sie zweifellos ein anderes Etikett gewählt und nicht eines, das derart in die Augen springe.

Die gegen dieses Urteils gerichtete *Revision* der Klägerin ist *zulässig*, weil keine Rechtsprechung zur Frage besteht, ob bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr einer als Formmarke geschützten Flaschenform die Ähnlichkeit der Form maßgebend ist oder ob auf das Etikett und die Gesamterscheinung abzustellen ist; die Revision ist *auch berechtigt*.

Nach § 1 Abs 1 MSchG kann eine Marke auch in der Form einer Ware bestehen (Formmarke). Für dreidimensionale Zeichen besteht das besondere und auch durch den Erwerb von Verkehrsgeltung nicht überwindbare Eintragungshindernis des § 4 Abs 1 Z 6 MSchG, wonach Zeichen von der Registrierung ausgeschlossen sind, die ausschließlich aus der Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, oder aus der Form der Ware, die zur Herstellung einer technischen Wirkung erforderlich ist, oder aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Um schutzfähig zu sein, muss das dreidimensionale Zeichen auch den übrigen Eintragungsvoraussetzungen entsprechen; es muss daher insbesondere unterscheidungskräftig sein (§§ 1, 4 Abs 1 Z 3 MSchG; s Kucsko, Geistiges Eigentum 270ff mwN).

Unterscheidungskräftig sind Zeichen, die geeignet sind, Waren (Dienstleistungen) als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren (Dienstleistungen) somit

von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Kucsko aaO 281 mwN).

Die zu Gunsten der Klägerin geschützte Marke ist eine Formmarke; sie besteht in der besonderen Gestaltung der Flasche, in der die Klägerin ihr Mineralwasser vertreibt. Damit kann das besondere Eintragungshindernis des § 4 Abs 1 Z 6 MSchG, das ein durch das Markenrecht begründetes Monopol für technische Lösungen oder Gebrauchseigenschaften einer Ware verhindern soll, von vornherein nicht vorliegen. Die für die Klägerin geschützte Flaschenform ist auch unterscheidungskräftig. Sie ist nicht technisch bedingt und vor allem wegen ihrer wellenförmigen Einkerbungen geeignet, eine Herkunftsvorstellung auszulösen.

Die Herkunftsfunktion der Marke ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ihre Hauptfunktion; die Marke soll dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung garantieren, indem sie es ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (insbes C-39/97 = Slg 1998 I-05507 - CANNON/Canon, RNr 28). Der EuGH hat - bezogen auf Farbmarken - auch ausgesprochen, dass Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Ware verschmelzen, nicht zwingend als Herkunftshinweis aufgefasst werden (Rs C-104/01 - Libertel, RNr 65).

Verwechslungsgefahr kann nur entstehen, wenn das geschützte Zeichen als Herkunftshinweis verwendet wird (4 Ob 82/95 = ÖBl 1996, 139 - Spanische Reitschule; 4 Ob 262/02m = ecolex 2003/254 [Schanda]).

Das gilt auch für Formmarken (s Gericht 1. Instanz Rs T-88/00 - Mag Instrument Inc/Harmonisierungsamt, RNr 38). Auch hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Form als Herkunftshinweis aufgefasst wird, weil auch bei einer Formmarke das geschützte Zeichen mit dem Erscheinungsbild der Ware verschmelzen kann. Dabei kommt es darauf an, ob die mit der Marke identische oder ihr ähnliche Form in einer Gesamtgestaltung so untergeht oder mit ihr verschmilzt, dass sie darin vom Verkehr nicht mehr als gedanklich herauslösbares Zeichen erkannt wird (Ingerl/Rohnke, Markengesetz² § 14 Rz 128).

Die angefochtene Entscheidung hat dies für die hier geschützte Flaschenform bejaht. Die Ähnlichkeit der beiden PET-Flaschen werde durch das Etikett völlig in den Hintergrund gedrängt, auch wenn die Flaschen einander ohne Etikett sehr ähnlich seien.

Damit wird verkannt, dass nicht die beiden Flaschen einander gegenüberzustellen sind, sondern dass es bei der Beurteilung der - markenrechtlichen - Verwechslungsgefahr auf die Ähnlichkeit der von der Erstbeklagten verwendeten Flaschenform mit der für die Klägerin geschützten Marke ankommt (§ 10 Abs 2 MSchG: ... ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen...; s auch Ingerl/Rohnke aaO § 14 Rz 516ff mwN). Die Marke besteht in einer Flaschenform ohne Etikett; damit ist die Ähnlichkeit der Mineralwasserflasche der Beklagten mit dieser Flaschenform und nicht mit der von der Klägerin in Verkehr gebrachten Mineralwasserflasche mit Etikett maßgebend. Ein Vergleich der geschützten Flaschenform mit der Mineralwasserflasche der Beklagten zeigt, dass die prägenden Merkmale der geschützten Flaschenform bei der Mineralwasserflasche der Beklagten verwirklicht sind. Es sind dies die hohe schlanke Form und die wellenförmigen Einkerbungen; diesen Merkmalen kommt im Erscheinungsbild der Flasche selbstständige Bedeutung zu. Sie werden trotz des auffallend gestalteten Etiketts wahrgenommen und sind geeignet, eine Herkunftsvorstellung auszulösen.

Die Übereinstimmung in diesen Merkmalen ist damit auch geeignet, zumindest den Anschein eines Zusammenhangs zwischen der Klägerin als Markeninhaberin und den Beklagten hervorzurufen, so dass jedenfalls Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn (s 4 Ob 317/80 = SZ 53/69 = ÖBl 1981, 24 - Tabasco; 4 Ob 10/93 = ÖBl 1993, 89 - for you) besteht. Da die Beklagten damit die Marke der Klägerin verletzen und Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch der Klägerin schon nach §§ 51, 52 MSchG begründet sind, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Verhalten der Beklagten (auch) als Wettbewerbsverstoß qualifiziert werden könnte.

Ebenso wenig bedarf es des von der Klägerin angeregten Vorabentscheidungsersuchens. Die Entscheidung folgt - wie oben dargelegt - den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung; die Anwendung dieser Grundsätze auf den zu beurteilenden Sachverhalt ist Sache des nationalen

Gerichts.

Der Revision war Folge zu geben und dem Klagebegehren mit Teilurteil zu den Punkten 1, 2 und 3 stattzugeben. Über die noch offenen Punkte 4 und 5 wird das Erstgericht das Verfahren fortzusetzen haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der klagende Getränkehersteller Vöslauer vertrieb unter der Marke "VÖSLAUER" Mineralwasser in zartblauen Flaschen, deren Form (Wellenmuster) in Österreich als Formmarke zu Reg. Nr. 176.045 geschützt war.

Die Beklagte bewarb unter der Bezeichnung "JUVINA" Mineralwasser ebenfalls in zartblauen Flaschen mit eingekerbten Wellen:



Vöslauer klagte den Konkurrenten auf Unterlassung. Die Gerichte hatten letztlich zu prüfen, ob die wellenförmigen Vertiefungen an den 1,5-Liter-Pet-Flaschen ohne Rücksicht auf das Etikett eine bestimmte Herkunftsvorstellung zugunsten der Klägerin auslösten?



II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH führte aus, dass die zugunsten der Klägerin geschützte Formmarke für die konkrete Flaschenform auch unterscheidungskräftig war. Denn sie war ist nicht technisch bedingt und vor allem wegen ihrer wellenförmigen Einkerbungen geeignet, eine Herkunftsvorstellung auszulösen. Es kam – so die Rechtsauffassung der Höchststrichter – beim durchzuführenden Gesamtvergleich auf die Flaschenform der Beklagten und die für die Klägerin geschützte dreidimensionale Marke an, die in der Flaschenform ohne Etikett besteht. Die prägenden Merkmale (hier: hohe schlanke Form, wellenförmige Einkerbungen) der geschützten Flaschenform wären bei der Mineralwasserflasche der Beklagten ebenfalls verwirklicht. Diese Merkmale würden trotz des auffallend gestalteten Etiketts wahrgenommen und wären geeignet, eine Herkunftsvorstellung auszulösen. Der OGH bejahte die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn, weshalb dem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch der Klägerin stattgegeben wurde.

III. Kritische Würdigung

Auch bei Formmarken kann die Verwechslungsgefahr nach zutreffender Ansicht des Höchstgerichts nur dann entstehen, wenn das geschützte Zeichen als Herkunftshinweis verwendet wird. Zu prüfen ist daher, ob die mit der Marke identische oder ihr ähnliche Form in einer Gesamtgestaltung so untergeht oder mit ihr verschmilzt, dass sie darin vom Verkehr nicht mehr als gedanklich heraus lösbare(s) Zeichen(-bestandteil) erkannt wird. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist bei einer Formmarke die Ähnlichkeit des Eingriffsgegenstands mit der geschützten Form und nicht mit dem Gegenstand maßgebend, den der Markeninhaber unter Verwendung der Formmarke in Verkehr bringt.

Wer demzufolge die als Formmarke geschützte Form eines Konkurrenzprodukts imitiert, kann sich

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

nicht darauf berufen, das Produkt mit der Etikettierung unterscheidbar zu machen. Sofern die charakteristische Form eines Produkts als Marke registriert ist, muss die Verwechselbarkeit ausschließlich anhand der Form beurteilt werden, nicht primär an den unterschiedlichen Markennamen.

IV. Zusammenfassung

Bereits 1931 sprach das Höchstgericht¹ zu § 9 Abs 3 UWG aus: „Eine Flasche kann allerdings ohne Rücksicht auf ihre Ettikettierung und ihren Verschluss durch ihre Form allein im Sinne des § 9 Abs 3 UWG schutzfähig sein. Dazu gehört aber eine Form, die irgendwie auffallend von den regelmäßigen geometrischen Figuren abweicht oder sonst einen ganz ungewöhnlichen Eindruck macht.“

Die als dreidimensionale Marke registrierte „Vöslauer-Flasche“ der Klägerin besaß nach Auffassung der Höchststrichter in diesem Sinne genug Unterscheidungskraft, um die durchaus ähnlich gestaltete „Juvina-Flasche“ der Beklagten zu verdrängen.

1 OGH 22.4.1931,22.4.1931, 4 Ob 217/31 – *Fleckwasserflasche*, JBl 1931, 463 = Rsp 1931/142.