Eingegangen
14. Juli 2008
CMS Reich-Rohrwig Hainz

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien
eingel. am 8 - JULI 2008
.....fach, mit.....Blg. .....Akten
.....Halbschriften

12

REPUBLIK ÖSTERREICH
**Oberlandesgericht Wien**

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Rassi und die KR Mag. Ehrlich-Adam in der Rechtssache der klagenden Partei ***Fromageries Bel***, F-75008 Paris, 16, bd Malesherbes, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei ***„Alma" Vorarlberger Käsefabrikation und Export reg.Gen.m.b.H***, 6971 Hard, Rheinstraße 1, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Rechnungslegung (Streitwert im Provisorialverfahren EUR 30.000,--), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 24.1.2008, GZ 17 Cg 78/07p-8, in nichtöffentlicher Sitzung den

**B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Rekurs wird ***F o l g e*** gegeben.

Der angefochtene Beschluss, der in Pkt 1. als unangefochten unberührt bleibt, wird im Übrigen dahin abgeändert, dass dessen Pkt 2. wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruches der klagenden Partei auf Unterlassung weiterer Kennzeicheneingriffe wird der

beklagten Partei aufgetragen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, Käse in Verpackungen anzubieten und/oder zu vertreiben, die der Gemeinschaftsmarke Nr 003482098 und/oder den Verpackungen des Produktes "*Kiri*" der klagenden Partei wie in der angeschlossen Beilage ./A abgebildet verwechselbar ähnlich sind, insbesondere Käse in Verpackungen wie in der angeschlossen Beilage ./B abgebildet.

Die klagende Partei hat die Kosten des Provisorialverfahrens vorläufig, die beklagte Partei hat diese Kosten endgültig selbst zu tragen."

Die klagende Partei hat die Kosten ihres Rekurses vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

**B e g r ü n d u n g :**

Die Klägerin ist Inhaberin der Wortbildmarke "*Kiri*", Nr 003482098, mit Priorität vom 30.10.2003. Die Marke ist für die Klasse 29 (Eier, Milch in allen Formen, Butter, Sahne, Käse und Käsespezialitäten, Joghurt, Milchproteine und Molke, Milchhefe und andere Milchprodukte sowie Milchgetränke) eingetragen. Die

Klägerin vertreibt unter dieser Marke und unter gleicher Bezeichnung schon davor, in der aus der (dieser Entscheidung angeschlossenen) Beilage ./A ersichtlichen Verpackung sehr erfolgreich einen in erster Linie für Kinder bestimmten Schmelzkäse.

Die Beklagte ist seit 29.7.2002 Inhaberin der Wortmarke "*Milki´s*" für die Klasse 29 und vertreibt in diversen Supermarktketten Käse in der als Beilage ./B dieser Entscheidung angeschlossenen Verpackungsausstattung.

Die Klägerin begehrte zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie aus dem Spruch ersichtlich (vgl modifiziertes Verfügungsbegehren, ON 3). Sie stützte sich dabei sowohl auf § 51 MSchG als auch auf Art 9 iVm Art 98 GMV und machte geltend, dass hier Verwechslungsgefahr bestünde. Die den Gesamteindruck prägenden Elemente auf der Verpackung des Produktes "*Milkis*" (Form, farbliche Gestaltung, Schriftbild und Bildelemente) sei der Gemeinschaftsmarke der klagenden Partei verwechselbar ähnlich. Zudem verstoße die Beklagte gegen §§ 1 und 9 UWG.

Ein demoskopisches Gutachten zur Verkehrsgeltung des Packungsauftritts der Marke „*Kiri*" in Österreich habe ergeben, dass - bei Vorschlag von Marken - die Markenzuordnung zur Packungsabbildung der klagenden Partei selbst in neutralisierter Form 54% bei

Haushalten mit Kindern und bei Frauen mit Kindern im Haushalt und 35% bei den haushaltsführenden Personen betrage.

Die Beklagte bestritt, beantragte die Abweisung des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und brachte im Wesentlichen vor, dass eine Verwechselbarkeit gegenständlich nicht vorliege. Ein Ausstattungsschutz nach § 9 UWG komme ebenso wenig in Betracht wie ein Verstoß gegen § 1 UWG.

Mit dem lediglich in Pkt 2. angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab. Die in Pkt 1. des Beschlusses vorgenommene Zurückweisung eines Schriftsatzes der klagenden Partei blieb unbekämpft.

Das Erstgericht begründete die Abweisung des Verfügungsantrags im Wesentlichen damit, dass eine Verwechslungsgefahr aufgrund der Warenausstattung nicht vorliege. Die Darbietung des Produkts der Beklagten weiche im Gesamteindruck durch zahlreiche Detailunterschiede erheblich von jener eingetragenen Marke ab, unter der die Klägerin ihren Schmelzkäse verkaufe. So sei das Wort "*Kiri*" mit dem Wort "*Milkis*" nicht annähernd ähnlich. Der Schriftzug der beiden Namen sei unterschiedlich und auch an anderer Stelle der Verpackung platziert. Es sei für die Bewerbung eines Käseprodukts naheliegend, die Abbildung einer Wiesen- oder Almlandschaft zu verwenden, sodass die

diesbezügliche Übereinstimmung nicht besonders ins Gewicht falle. Betrachte man die Details, so überwiege beim klägerischen Produkt die Darstellung einer Kuh am Wiesengrund, während bei der Beklagten ein kleines Mädchen den Blickfang bilde. Auch der übrige Text der beiden Produkte unterscheide sich erheblich. Der prägende Eindruck sei der Wortteil der Produktausstattung, sodass die bildliche Gestaltung für den Konsumenten in den Hintergrund trete. Dazu komme, dass ein Schmelzkäse, der vorwiegend zum Verzehr durch Kinder bestimmt sei, "*wegen der Eigenwilligkeit von Kindern im Hinblick auf Äußerlichkeiten*" nicht schlechthin durch ein beliebiges anderes Produkt substituierbar sei.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Klägerin wegen Aktenwidrigkeit, unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich der Geltendmachung sekundärer Feststellungsmängel. Die klagende Partei beantragt, den Rekurs im antragsstattgebenden Sinn abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist berechtigt.

Insofern die klagende Partei in ihrem Rekurs eine Aktenwidrigkeit geltend macht, ist ihr aus zwei Aspekten nicht zu folgen. Wie aus dem Gesamtzusammenhang der erstgerichtlichen Feststellungen erkennbar ist, hat das Erstgericht der Wortbildmarke die Beilage ./C zugeordnet. Wenn es weiters auf die seiner Entscheidung

angeschlossene Beilage ./A verweist, ist es erkennbar davon ausgegangen, dass die gegenständliche Marke bei der Verpackung der klägerischen Produkte verwendet wird. Damit geht der Vorwurf der Aktenwidrigkeit schon mangels Relevanz ins Leere (EFSlg 44.101; *Kodek* in *Rechberger*[3] ZPO § 471 Rz 7). Die klagende Partei konnte in ihrem Rekurs nicht darlegen, welchen Einfluss die vermeintliche Aktenwidrigkeit auf die Entscheidung gehabt haben soll. Betrachtet man die im erstgerichtlichen Verfahren vorgelegten Urkunden betreffend die geschützte Marke bzw die darauf aufbauende Verpackung der klagenden Partei, kann die hier nötige Relevanz für die Aktenwidrigkeit nicht nachvollzogen werden.

Zur Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage und Verdeutlichung des Sachverhalts ergänzt der Rekurssenat aufgrund der vorgelegten Urkunden (vgl 6 Ob 21/99b; 6 Ob 289/98p) den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt um die graphische Darstellung der gegenständlichen klägerischen Marke, die als Beilage ./C der Rekursentscheidung angeschlossen wird.

Nach Art 9 Abs 1 GMV gewährt die Gemeinschaftsmarke ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Ähnlichkeit oder Identität des Zeichens mit der Gemeinschaftsmarke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die

Gemeinschaftsmarke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht; dabei schließt die Gefahr von Verwechslungen die Gefahr ein, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird (Art 9 Abs 1 lit b GMV). Art 9 Abs 1 lit b GMV stimmt im Wesentlichen mit Art 5 Abs 1 lit b MarkenRL und dem diese Bestimmung umsetzenden § 10 Abs 1 Z 2 MSchG überein (vgl 4 Ob 239/04g). Die Rechtsprechung des EuGH und die an der EuGH-Rechtsprechung orientierte nationale Rechtsprechung zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist daher auch bei der Beurteilung von Verletzungsklagen nach der GMV anzuwenden. Sind die sich gegenüberstehenden Zeichen nicht identisch, sondern nur ähnlich, oder die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht identisch, sondern nur ähnlich, so besteht - abgesehen von der gegenständlich von der Klägerin nicht geltend gemachten Bestimmung des § 10 Abs 2 (vgl dazu *Guggenbichler* in *Kucsko*, marken.schutz 283 ff) - Markenschutz nur dann, wenn durch die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten Verwechslungsgefahr hervorgerufen wird (*Schumacher* in *Kucsko*, marken.schutz 207). Für den Begriff der Verwechslungsgefahr gilt gemeinschaftsweit ein einheitlicher Begriff. Danach ist die Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (4 Ob 25/05p; 4 Ob 248/04k; 4 Ob 239/04g). Bei dieser umfassenden

Beurteilung ist auf den Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere jene Elemente zu berücksichtigen sind, die die Marke und das angeblich verletzende Zeichen unterscheiden und dominieren. Es kommt entscheidend darauf an, wie die Marke und das Zeichen auf den Durchschnittsverbraucher dieser Art von Waren oder Dienstleistungen wirken. Der Durchschnittsverbraucher nimmt nämlich eine Marke normalerweise als Ganzes wahr und achtet nicht auf die Einzelheiten (EuGH Rs C-251/95 = Slg 1997 I-6191 = ÖBl 1998, 106; 4 Ob 325/00y; 4 Ob 239/04g). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungen abzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die beiden Zeichen regelmäßig nicht gleichzeitig wahrgenommen werden und dass der Grad der Aufmerksamkeit von der Art der Ware oder Dienstleistung abhängt (EuGH Rs C-342/97 = Slg 1997 I-3819 = ÖBl 1999, 305; 4 Ob 325/00y). Insbesondere liegt Verwechslungsgefahr dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus denselben Unternehmen oder gegebenenfalls auch aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (vgl EuGH Rs C-39/97 = ecolex 1999, 41; 4 Ob 55/04y; *Schumacher* aaO 208).

Im Gegensatz zur Rechtsansicht des Erstgerichts besteht im vorliegenden Fall unter Heranziehung der

oben referierten Grundsätze und unter Abstellung auf den Gesamteindruck Verwechslungsgefahr. Der Verweis auf allfällige Detailunterschiede ist nicht geeignet, einen Wegfall der Verwechslungsgefahr zu begründen. Im Gegensatz zu einer in jüngster Zeit vom OGH zu beurteilenden Konstellation (17 Ob 16/07p, Maltesers - KitKat) hat hier die Klagsmarke ihre selbstständig kennzeichnende Funktion noch nicht verloren. Der Umstand, dass von der Beklagten auf ihren Verpackungen die Klagsmarke mit anderen Bestandteilen verschmolzen wurde, reicht dazu nicht hin. Zutreffend weist der Rekurs darauf hin, dass die Aufschriften "*Kiri*" und "*Milkis*" den gleichen („runden") Schrifttyp und die gleiche Schriftgröße aufweisen. Die Buchstaben sind jeweils dunkelblau und weiß umrandet. Den Gesamteindruck der für die klagende Partei geschützten Marke prägen vor allem das Schriftbild, die graphische Gestaltung der Almlandschaft, die farbliche Gestaltung, sowie die perspektivische Darstellung des verpackten Produktes (Schmelzkäse). Auch bezüglich der Klangfarben der beiden Wörten „*Kiri*" und „*Milkis*" bestehen Parallelitäten. Dies liegt wohl darin begründet, dass „*Kiri*" und „*Milkis*" zweisilbig sind. Der in beiden Wörtern (einzige) enthaltene Vokal „i" ist ident. Als Konsonant scheint in beiden Wörtern zumindest das „k" auf. Hinzu kommt, dass beide Verpackungen eine rechteckige, nahezu identische Form aufweisen.

Schließlich kann dem Erstgericht dahin nicht gefolgt werden, dass die Darstellung eines Schmelzkäses (*„wegen der Eigenwilligkeit von Kindern im Hinblick auf Äußerlichkeiten"*) durch ein beliebiges anderes Produkt nicht schlechthin substituierbar ist. Zum einen kann Kindern generell nicht eine "Eigenwilligkeit" im Hinblick auf Äußerlichkeiten unterstellt werden, die dazu führt, im Ergebnis den Markenschutz in weiten Bereichen auszuhöhlen. Zum anderen hat die Klägerin zutreffend dargelegt, dass auch andere Mitbewerber von Schmelzkäse für die Verpackung ihrer Produkte eine völlig andere Gestaltung gewählt haben. Die Bandbreite der Darstellungen von Schmelzkäse geht wohl über die von den beiden Streitparteien gewählten Formen hinaus.

Aus diesen Erwägungen war dem Rekurs im antragsstattgebenden Sinn Folge zu geben. Auf einen allfälligen Verstoß gegen das UWG war nicht mehr einzugehen, weil das begehrte Unterlassungsgebot bereits auf markenschutzrechtliche Ansprüche gestützt werden kann. Aufgrund der inhaltlichen Bindung an den Antrag bestand kein Anlass, das (nur) *„zu Zwecken des Wettbewerbs"* beantragte Unterlassungsgebot umfassender zu formulieren.

Die Abänderung der Entscheidung des Erstgerichtes bewirkt auch eine Änderung der Kostenentscheidung. Dabei gründet sich die Entscheidung über die Kosten der Klägerin auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der

Beklagten auf §§ 402 Abs 4, 78 EO iVm § 40 ZPO.

Die zweitinstanzliche Kostenentscheidung gründet sich hinsichtlich der klagenden Partei auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 402 Abs 4, 78 EO iVm §§ 40, 50 ZPO.

Gemäß §§ 402 Abs 4, 78 EO iVm §§ 526 Abs 3, 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO war auszusprechen, dass der nicht in einem Geldbetrag bestehende Wert des Entscheidungsgegenstandes EUR 20.000,-- übersteigt, weil kein Anlass bestand, von der Bewertung des Sicherungsbegehrens durch die Klägerin abzugehen.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses gründet sich auf §§ 500 Abs 2 Z 3, 526 Abs 3, 528 Abs 1 ZPO, §§ 402, 78 EO. Eine erhebliche Rechtsfrage liegt nicht vor. Ob anhand des konkreten Erscheinungsbildes entsprechende Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nicht von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung.

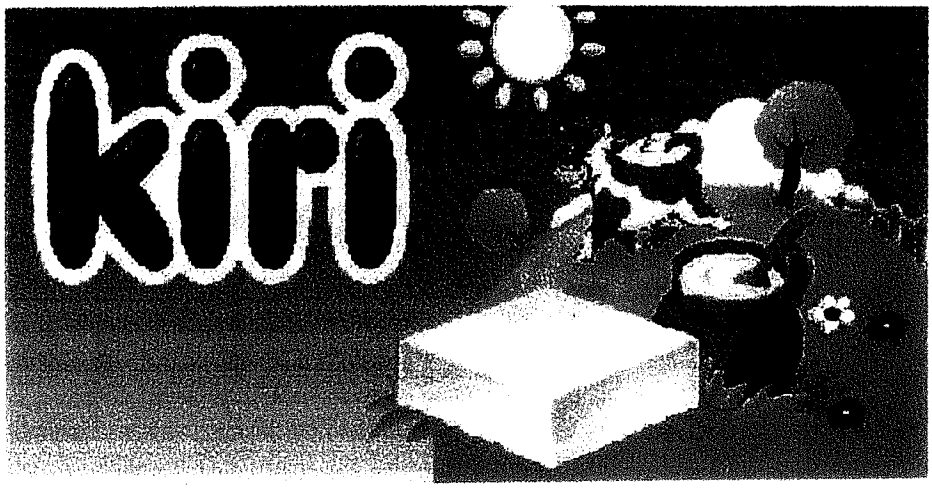
Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt.1, am 25.Juni 2008

**Dr. Regine Jesionek**
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

6 Portionen
kiri®
mit Sahne
Calcium
LEICHT ZU ÖFFNEN
Drücken & Ziehen
17 07 2007

6 Portionen
kiri®
Kräuter
mit Joghurt verfeinert
Calcium
GUTSCHEIN
3 €*
vedes
LEICHT ZU ÖFFNEN
Drücken & Ziehen
*Ab einem Mindesteinkauf von 15€ bei Ihrem VEDES- oder SPIELZEUG-RING-Fachgeschäft
Gutschein siehe Packungsrückseite

BEILAGE./B
CMS REICH-ROHRWIG HAINZ




1C