

Vorwort

Diese Bachelorarbeit wurde im Rahmen der Lehrveranstaltung „Wettbewerbs-, Kartell- und Immaterialgüterrecht“ verfasst. Immaterialgüter nehmen mittlerweile eine zentrale Rolle in unserem Wirtschaftssystem ein. Aufgrund ihrer Intangibilität und leichter Duplizierung ist der Gesetzgeber dazu berufen, einen effektiven sowie genau abgesteckten Schutz festzulegen. Erklärtes Ziel dieser Arbeit ist zu untersuchen, wie sich ein Nutzer eines Kennzeichens gegen rechtswidrige Eingriffe mithilfe des UWG erwehren kann.

Die OGH-E „Musiktruch'n“¹ wird die Grundlage dieser Arbeit herstellen. In diesem Urteil hatte sich der Kläger gegen eine registrierte Marke mit Hilfe von § 1 Abs 1 Z 1 UWG durchgesetzt. Der OGH sah den Tatbestand durch eine „vermeidbare Herkunftstäuschung“ verwirklicht und judizierte dementsprechend.

Dieses Thema hat mein Interesse vor allem durch die Praxisnähe und den Querschnittscharakter geweckt, das Spannungsverhältnis zum Markenrecht wird auch in dieser Bearbeitung in manchen Teilaspekten von Relevanz sein. Die Harmonisierung in diesem Rechtsbereich ist ebenfalls seit der RL-UGP² sehr weit fortgeschritten, deren Umsetzung im Österreichischen Recht keine einfache Aufgabe war und daher viele Auslegungs- und Anwendungsfragen aufwirft. Dies macht ein geändertes herangehen an einen Fall nötig, weil durch die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Interpretation nun noch mehr die Rsp des EuGH und die Zwecke der RL zu berücksichtigen sind.³

Aufgrund des Umfangs einer Bachelorarbeit müssen gezwungenermaßen einige interessante Aspekte ausgelassen werden. Daher ist das Urheberrecht sowie das Namensrecht des ABGB nicht Teil dieser Darstellung. Auch Prozessrechtliche Aspekte konnten nicht bearbeitet werden.

¹ OGH 15.02.2011, 4 Ob 110/10w – Musiktruch'n – ecolex 2011, 640 (Horak).

² RL 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 2005/149, 22 vom 11.6.2005.

³ Vgl Koppensteiner, wbl 2009, 1 (2).

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	3
1.1. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung	3
1.2. Das Urteil	4
1.2.1. Der Sachverhalt	4
1.2.2. Urteilsgang	4
2. § 1 UWG – Vermeidbare Herkunftstäuschung	5
2.1. Vorbemerkungen	5
2.1.1. Verhältnis zum „Imitationsmarketing“	6
2.1.2. Verhältnis zum Kennzeichenschutz	12
2.2. Voraussetzungen	13
2.2.1. unmittelbare/nachschaffende Übernahme	14
2.2.2. wettbewerbliche Eigenart / Verkehrsbekanntheit	14
2.2.3. vermeidbare Herkunftstäuschung	16
2.2.4. Erheblichkeitsschwelle	21
2.2.5. Zusammenfassende Kritik am Urteil und eigene Meinung	21
3. Imitationsmarketing	22
3.1. Allgemeines	22
3.1.1. Verhältnis zum Kennzeichenschutz	22
3.2. Voraussetzungen	23
3.2.1. Tatbestand	23
3.2.2. Erheblichkeitsschwelle	27
3.2.3. Zusammenfassende Würdigung	27
4. § 9 UWG - Kennzeichenschutz	28
4.1. Allgemeines	28
4.2. Voraussetzungen	28
4.2.1. Schutzfähige Kennzeichen	29
4.2.2. Eingriff in ein geschütztes Kennzeichen	30
5. Umfassende rechtliche Würdigung und eigener Standpunkt	31
6. Literaturverzeichnis	34
7. Judikaturverzeichnis	35

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
B2B	business to business
B2C	business to customer
dt	deutsch
E	Entscheidung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
gem	gemäß
hA	herrschende Ansicht
ieS	im engeren Sinne
iVm	in Verbindung mit
Jud	Judikatur
leg cit	legis citatae
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
oÄ	oder Ähnliches
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
stRsp	ständiger Rechtsprechung
vgl	verglichen
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1. Einleitung

1.1. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung

Durch das Internet und ähnliche Medien ist die Masse an Verletzungen von geistigem Eigentum in die Höhe geschossen. Gerade Kennzeichen können sehr schnell nachgemacht/ausgenutzt werden. Nicht immer reichen die klassischen Immaterialgüterrechte aus um dies zu verhindern, nicht alles ist eben einem gesetzlichen Schutz zugänglich. Daher muss immer öfter auf Wettbewerbsregeln ausgewichen werden.

Das UWG selbst hatte immer schon einen gewissen Ergänzungscharakter zum klassischen Markenschutz. Mit der UWG-Novelle 2007⁴ wurde dies sogar noch verstärkt. Um dessen Möglichkeiten zum Schutz von Unternehmerischen Kennzeichen soll sich die hier vorliegende Arbeit drehen. Untersucht werden die „vermeidbare Herkunftstäuschung“ (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG), das „Imitationsmarketing“ (§ 2 Abs 3 Z 1 UWG) und den „Missbrauch von Unternehmenskennzeichen“ (§ 9 Abs 1 und 3 UWG). Auch das Verhältnis zwischen diesen Normen soll einen Schwerpunkt bilden.

Es soll anhand eines Falles die Frage beantwortet werden wie geistiges Eigentum geschützt werden kann, wenn man sich keine Marke „leisten“ wollte bzw. diese nicht eintragungsfähig war. Dabei wird auch auf Schutzniveauunterschiede aufmerksam gemacht.

Nach einer kurzen Darstellung des Sachverhalts, geht der Autor auf die Voraussetzungen des § 1 UWG im allgemeinen und auf die Fallgruppe „vermeidbare Herkunftstäuschung“ im Besonderen ein. Dabei wird immer wieder auf das Urteil zurückgegriffen und auch dargestellt, wie sich dieses in die bestehende Rsp einfügt. Anschließend wird § 2 Abs 3 Z 1 UWG untersucht, welcher erst mit der UWG-Novelle 2007 eingefügt wurde und die „vermeidbare Herkunftstäuschung“ kodifizieren sollte, jedoch mit leicht modifizierten Anwendungsvoraussetzungen. Da der OGH ausdrücklich offen gelassen hatte, ob auch die Voraussetzungen des § 9 Abs 1 bzw Abs 3 UWG gegeben seien, sind diese dann der nächste logische Schritt der Arbeit.

Abschließend ist ein Kapitel einer umfassenden rechtlichen Würdigung sowie der persönlichen Meinung des Autors gewidmet.

⁴ BGBl I Nr. 79/2007.

1.2. Das Urteil

1.2.1. Der Sachverhalt

Der Kläger strahlt in seinem Radioprogramm „Radio Tirol“ seit über 25 Jahren die Volksmusiksendung „Musiktruch’n“ aus. I* R* moderierte die Sendung bis zum Herbst 2008. Das Programm wurde nach eigenem Gutdünken des Moderators gestaltet. Nach seinem Ausscheiden wird die Sendung von einem anderen Moderator betreut und läuft nunmehr nach einer vorgegebenen „Sendeuhr“.

Die Beklagte strahlt selbst nunmehr seit November 2008 in ihrem Radiosender eine volkstümliche Sendung mit dem Titel „Musigtruchn“ aus, wobei bei dem Titel der Sendung der Radiosender angehängt ist. Moderator ist der abgeworbene frühere Moderator der „Musiktruch’n“, der diese Sendung wiederum ohne strikte Vorgaben und Konzepte nach seinem persönlichen Stil gestaltet. Vor dem Start seiner Moderatortätigkeit bei der Beklagten wurde in der Kronenzeitung unter der Überschrift „Promotion“ und „I* R* weiterhin ‚on air‘ im Radio zu hören“ darauf hingewiesen, dass I* R* künftig als Moderator bei der Beklagten tätig sein werde.

Am 4.11.2008 war auf der Homepage der Beklagten folgender Eintrag zu finden: „Musigtruchn. Jeden Mittwoch von 16 bis 17 Uhr. Die bekannte Musiksendung mit I* R*. Musikalische Gäste aus dem In- und Ausland. Informationen rund um die Musik.“

Die Beklagte meldete mit Priorität 7.1.2008 die Marke „Musigtruchn“ in den Klassen 35: Werbung; und 38:Telekommunikation, insbesondere Ausstrahlung von Rundfunksendungen beim Österreichischen Patentamt an.

1.2.2. Urteilsgang

Das Erstgericht erachtete den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt als bescheinigt. Es stellte noch fest, H* K* als „Ideengeber“ der Radiosendung „Musiktruch’n“ habe seine „sämtlichen Verwertungsrechte am Werk Musiktruch’n“ exklusiv bis auf schriftlichen Widerruf an die Beklagte übertragen. Es verneinte die Voraussetzungen des § 80 UrhG sowie des § 6 UrhG, zumal ein besonderer Leitgedanke für die einzelnen „Musiktruch’n“-Sendungen nicht erkennbar sei. Die Tatbestände des § 9 Abs 1 und Abs 3 UWG seien nicht erfüllt, weil der Kläger „Musiktruch’n“ nicht als Unternehmenskennzeichen gebrauchte. Ein

Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG liege auch nicht vor wegen des geringen Bekanntheitsgrads des Sendungstitels „Musiktruch'n“ und fehlender Verwechslungsgefahr.

Das Rekursgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und bejahte die Anwendung des § 9 Abs 1 UWG sowie Abs 3 weil die Beklagte in ihrer Werbung die Verkehrsgeltung eingeräumt habe. Überdies hinaus ist auch der Tatbestand einer unlauteren Geschäftspraktik iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG gegeben, weil die Bekanntheit der Musiksendung des Klägers von der Beklagten schmarotzerisch ausgebeutet, weil sie für ihre eigene Musiksendung mit dieser Bekanntheit werbe. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil sich das Rekursgericht bei der Auslegung des Begriffs „Druckwerk“ in § 9 Abs 1 UWG nicht auf höchstgerichtliche Rechtsprechung habe stützen können.

Der OGH selbst entschied ähnlich wie das Rekursgericht und erkannte den Revisionsrekurs für nicht berechtigt. Er judizierte allerdings aufgrund von § 1 Abs 1 Z 1 UWG wobei er die Fallgruppe „vermeidbare Herkunftstäuschung“ für verwirklicht ansah. Ob der Tatbestand des § 9 Abs 1 bzw 3 UWG ebenfalls verwirklicht war, ließ er ausdrücklich offen.

2. § 1 UWG – Vermeidbare Herkunftstäuschung

2.1. Vorbemerkungen

Die Generalklausel des UWG stellt die grundlegende wettbewerbsrechtliche Ordnungsvorschrift dar.⁵ Ihre sehr allgemein gehaltene Formulierung ist notwendig, um neu aufkommende wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen aufgreifen zu können. Daher ist sie auch wesentlich durch Richterrecht geprägt. Die dadurch aufkommende Rechtsunsicherheit wurde gemildert, indem gewisse Fallgruppen in der Lehre gebildet wurden, aus denen sich die Anwendbarkeit des § 1 UWG ergibt. Diese Fallgruppen sind allerdings nur Richtsätze, jedenfalls sind sie nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzuwenden.⁶

Für diese Untersuchung ist die „vermeidbare Herkunftstäuschung“, welche der Fallgruppe „Ausbeutung“ zuzuordnen ist, relevant. Sie ermöglicht es Leistungsübernahmen durch Mitbewerber zu unterbinden. Das bekommt dadurch eine Ähnlichkeit zum Markenrecht, weil

⁵ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 176.

⁶ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 179.

dadurch auch rein ästhetische Leistungen bzw wie im vorliegenden Fall auch die Kopie einer Wortmarke verhindert werden kann.⁷

2.1.1. Verhältnis zum „Imitationsmarketing“

(1) Die UWG-Novelle 2007

Die UWG-Novelle 2007 hat in der Lit in Bezug auf die „vermeidbare Herkunftstäuschung“ eine große Reaktion ausgelöst.⁸ Es wird die Meinung vertreten, dass diese jetzt ausschließlich nach dem neuen § 2 Abs 3 Z 1 UWG beurteilt werden soll.⁹ Dieser beurteilt dann eine Geschäftspraktik als irreführend und daher unlauter, wenn sie geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte und das folgende enthält: Jegliche Vermarktung eines Produkts einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem Produkt oder Unternehmenskennzeichen eines Mitbewerbers begründet.¹⁰ Auf Vermeidbarkeit¹¹ und subjektive Anforderungen kommt es nicht mehr an.¹² Auch die normalerweise benötigte Verkehrsgeltung ist darin nicht erwähnt, der OGH nimmt jedoch aus der Ansicht, dass das Lauterkeitsrecht nicht die Grenzen des Immaterialgüterschutzes unterlaufen soll, heraus an, dass für Ausstattungen iSd § 9 Abs 3 UWG ebenfalls Verkehrsgeltung benötigt wird.¹³ Es stellt sich die Frage, ob neben dieser Bestimmung noch ein eigenständiger Anwendungsbereich für § 1 UWG bleibt.

Eine erste Einschränkung des § 2 Abs 3 Z 1 UWG ergibt sich aus der Voraussetzung der „Vermarktung“. Diesen Begriff legt der OGH allerdings sehr weit aus, auch die Verpackung zählt bereits dazu.¹⁴ Damit ist die Nachahmung der Ware selbst eigentlich nicht geschützt.¹⁵ Daher soll nach einer weiteren Ansicht § 1 UWG als Auffangtatbestand dann greifen, wenn ein Produkt ganz ohne Werbung in den Verkehr gebracht wurde.¹⁶ Ob in der Praxis ein Fall

⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 189.

⁸ *Schuhmacher*, wbl 2007, 557; *Wilschek/Majchrzak*, ÖBf 2008, 4; *Koppensteiner*, wbl 2011, 587; *Gamerith*, ÖBf 2008, 174.

⁹ *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (562).

¹⁰ § 2 Abs 3 Z 1 UWG.

¹¹ Zweifelnd *Bornkamm*, GRUR 2011, 1.

¹² *Duursma/Duursma-Kepplinger* in Gumpoldsberger/Baumann, UWG Ergänzungsband § 2 Rz 56;

Schuhmacher, wbl 2007, 557 (561f).

¹³ OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i.

¹⁴ OGH 12.05.2009, 17 Ob 7/09t.

¹⁵ *Duursma/Duursma-Kepplinger* in Gumpoldsberger/Baumann, UWG Ergänzungsband § 2 Rz 57.

¹⁶ *Gamerith*, ÖBf 2008, 174 (178).

vorliegen wird, wo eine „Vermarktung“ nicht stattfand, ist allerdings fraglich nach dem heutigen Stand der Rsp.

Eine Beschränkung der Herkunftstäuschung auf einen Irreführungstatbestand würde allerdings dazu führen, dass dieser nur mehr auf einen Schutz des Verbrauchers hinausläuft. Diese Umdeutung stößt in der Lit auf Kritik. Der primär dem Verbraucherschutz dienende Irreführungsschutz soll weiterhin mit hauptsächlich dem Mitbewerberschutz dienendem Nachahmungsschutz nebeneinander stehen.¹⁷ Dies wird vor allem damit argumentiert, dass die gegenteilige Annahme dazu führen würde, dass eine glatte, jedoch nicht irreführende Nachahmung außerhalb der Sonderschutzrechte niemals unlauter sein kann.¹⁸ Außerdem ist die Nachahmung in den Erwägungsgründen der UGP-RL gar nicht erwähnt.¹⁹ Eine historische Interpretation unterstützt wohl diese These: In einer früheren Stellungnahme der Kommission spricht diese aus, dass die sklavische Nachahmung nicht in den Anwendungsbereich der RL fällt.²⁰ Der OGH sah in manchen Fällen bei einer glatten Leistungsübernahme den (damaligen) Tatbestand der Sittenwidrigkeit unmittelbar verwirklicht, ohne dass weitere besondere wettbewerbliche Umstände hinzukommen mussten.²¹ Die Erläuterungen der Regierungsvorlage sprechen davon, dass die Rsp zu § 1 UWG aF „unberührt“ bleibe.²² Diese Ansicht konkurriert mit der These der abschließenden Regelung des § 2 Abs 3 Z 1 UWG.

Problematisch an den Erläuterungen der Regierungsvorlage ist der Eingang der bisherigen Rsp in den historischen Auslegungsvorgang, diese wird dadurch zu Unrecht „versteinert“.²³ Durch die Teilung der Generalklausel und der Einführung vieler neuer unionsrechtlich geprägter Tatbestände kann nicht davon gesprochen werden, dass § 1 UWG nicht verändert wurde. Der neu eingeführte Begriff der „Unlauterkeit“ ist im Gegensatz zur früheren Sittenwidrigkeit ein objektiver, in vielen Fällen muss es daher zu einem Umdenken dort kommen, wo früher die Rsp auch subjektive Unrechtselemente gefordert hat.²⁴ Darauf wird später noch genauer einzugehen sein. Auch die UGP-RL selbst spricht davon unterschiedliche

¹⁷ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 579.

¹⁸ So aber *Koppensteiner*, wbl 2006, 553.

¹⁹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 579.

²⁰ KOM (2003) 356 endg, Nr 40, 67.

²¹ Ua OGH 12.06.2007, 4 Ob 90/07z.

²² ErläutRV 144 BlgNR 23, GP 9, 3.

²³ So *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (560).

²⁴ *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (566); *Koppensteiner*, wbl 2006, 553.

Generalklauseln und Rechtsgrundsätze zu ersetzen.²⁵ Die verschiedenen Begriffe der Sittenwidrigkeit in den einzelnen Mitgliedsstaaten blieben jedoch unberührt.²⁶

In Deutschland existiert ein sehr ähnliches Problem. Dort ist die „vermeidbare Herkunftstäuschung“ seit dem UWG 2004 in § 4 Nr. 9 lit. a dUWG kodifiziert. Zuerst wollte der Gesetzgeber diesen unverändert lassen, er sah Art 6 Abs 2 lit a UPG-RL darin bereits verwirklicht. Schlussendlich setzte er mit § 5 II dUWG eine dem § 2 Abs 3 Z 1 UWG sehr ähnliche Regelung doch um. In der Begründung liest man zuerst, dass § 4 Nr. 9 lit. a dUWG außerhalb des Anwendungsbereichs der RL läge und daher unberührt bliebe.²⁷ Einige Seiten später jedoch legt er die Beantwortung der Frage des Verhältnisses zwischen § 5 II dUWG und § 4 Nr. 9 lit. a dUWG in die Hände der Rsp.²⁸ Zur Lösung wurden im Schrifttum verschiedenste Thesen vertreten, welche wiederum von einem Nebeneinander der Bestimmungen bis zur absoluten Unanwendbarkeit²⁹ des § 4 Nr. 9 lit. a dUWG reichen. Hier muss allerdings erwähnt werden, dass sich die Rechtsfolgen und die Aktivlegitimation dieser Bestimmungen unterscheiden. Dies reicht für manche, um eine eigenständige Bedeutung des § 4 Nr. 9 lit. a dUWG zu begründen.³⁰

Der OGH hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht zum Verhältnis dieser Normen geäußert. Abgesehen vom vorliegenden Fall hat der OGH seit der Novelle jedoch § 1 UWG bei einer Herkunftstäuschung nur ein einziges Mal erwogen.³¹ Die subjektiven Anforderungen sind jedoch weiterhin untersucht worden. Bei der Rufausbeutung, welche dem Tatbestand der „vermeidbaren Herkunftstäuschung“ ähnlich ist, prüft der OGH diese Normen hintereinander.³²

(2) Das besondere Problem des vorliegenden Falles

Es kann nun die Ansicht vertreten werden, dass es anscheinend keinen Unterschied ergäbe ob man nun § 2 Abs 3 Z 1 oder § 1 Abs 1 Z 1 UWG anwendet, da letzteres niemals anwendbar sein kann, wenn nicht gleichzeitig schon der Tatbestand des Imitationsmarketing erfüllt wurde. Das problematische an dieser These liegt aber bei den unterschiedlichen

²⁵ ErwGr 13 RL-UGP .

²⁶ ErwGr 7 RL-UGP.

²⁷ BT-Drucks. 16/10145, S. 17.

²⁸ BT-Drucks. 16/10145, S. 24.

²⁹ So ganz deutlich *Scherer*, WRP 2009, 1446.

³⁰ *Köhler*, GRUR 2009, 445.

³¹ OGH 20.10.2009, 4 Ob141/09b.

³² Vgl OGH 16.02.2011, 17 Ob 14/10y. Interessant an dieser Entscheidung ist die Unterscheidung zwischen „sittenwidriger Rufausbeutung“ (für den OGH § 2 Abs 3 Z 1) und „unlauterer Rufausbeutung“ (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG).

Erheblichkeitsschwellen. Es kann nämlich durchaus vorkommen, dass man den Wettbewerb nicht unerheblich beeinflusst und trotzdem auf der anderen Seite den Durchschnittsverbraucher nicht irreführt. Dass dies nicht rein hypothetisch ist, zeigt der hier untersuchte Fall ganz deutlich: Nach der EuGH-Rsp zum Durchschnittsverbraucher könnte dieser sehr wohl fähig sein jederzeit zu wissen auf welchem Radiosender er sich gerade befinde und daher trotz des gleichen Titels der Sendung nicht irreführt sein.³³ Dadurch ist allerdings die objektiv-abstrakte Verwechslungsgefahr dieser Titel nicht ausgeräumt, da diese die Umstände des Einzelfalls nicht berücksichtigt. Durch die Übernahme der Sendung und des Titels könnte der Wettbewerb auch ohne irreführte Verbraucher beeinflusst werden, weil sie sich dem übernommenen Produkt zuwenden. Durch die Vollharmonisierung dürften allerdings die nationalen Gerichte keinen höheren Schutz gewähren als den durch die RL vorgegebenen. Aus dieser Sichtweise steht auf einmal die Frage der Unionsrechtswidrigkeit des Urteils im Raum.³⁴

(3) Geschäftspraktiken im Verhältnis zur sonstigen unlauteren Handlung

In diesem Kontext zeigt sich ganz deutlich das Problem der derzeitigen zweigeteilten Generalklausel. Wegen der verschiedenen Erheblichkeitsschwellen und Tatbestände zwingt es zu einer genauen Unterscheidung zwischen B2B und B2C-Bereich. Für den dt Raum vertritt *Fezer* die Meinung, diese Unterscheidung sei der erste Prüfungsschritt bei der Beurteilung eines Falls.³⁵ Eine scharfe Trennung dieser Bereiche ist allerdings kaum möglich.³⁶ *Koppensteiner* schlägt vorsichtig eine Zweifelsregel für B2C vor³⁷, in einem späteren Beitrag unterfällt dagegen alles was auch Verbraucherinteressen tangiert den „strengerem“ Maßstab des § 1 Abs 1 Z 2 UWG.³⁸ Zu dem hier vorliegenden Problem, nämlich wenn Z 1 leg cit den strengerem Maßstab vorgibt, macht er keine Aussagen. Der Mitbewerberschutz könnte den Vorrang der RL untergraben, wenn die Gerichte aus Gründen des Mitbewerberschutzes Geschäftspraktiken verbieten, die im Verhältnis zu Verbrauchern erlaubt sind.³⁹

Ebenfalls in diesem Zusammenhang anzumerken, ist die Rsp des OGH zu vergleichbaren Fällen zum Rechtsbruch. Wird das Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung

³³ Dazu noch unten.

³⁴ Außer der Anspruch hätte sich genauso gut auf § 2 Abs 3 Z 1 UWG stützen können, dazu unten.

³⁵ *Fezer*, WRP 2009, 1163 (1166).

³⁶ *Scherer* spricht sogar von „illusorisch“: *Scherer*, WRP 2009, 1446 (1448).

³⁷ *Koppensteiner*, wbl 2006, 553.

³⁸ *Koppensteiner*, wbl 2009, 1.

³⁹ *Hoeren*, WRP 2009, 789 (794).

einer ausdrücklich missbilligten Geschäftspraktik gestützt, so kann die einstweilige Verfügung schon dann erlassen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden - einander nicht ausschließenden - Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist nicht erforderlich.⁴⁰ Ist also eine Erheblichkeitsschwelle durch die Verwirklichung einer „sonstigen unlauteren Handlung“ überschritten, erübrigt sich eine Prüfung der anderen. Es stellt sich die Frage ob diese Argumentation auch hier analog anzuwenden sei und sich daher die Untersuchung des Vorliegens einer Geschäftspraktik erübrigt. Dies kann mE nur verneint werden, nähme es doch § 2 Abs 3 Z 1 UWG beträchtlich an Anwendungsbereich. Denn jede Verwechslungsgefahr begründende Vermarktung eines Produktes hat immanent auch Elemente einer Übernahme fremder Leistungen, welche sonstige unlautere Handlungen darstellen.⁴¹ Folgt man jetzt dieser Argumentation konsequent, müsste ein Verstoß nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG nur dann zu prüfen sein, wenn § 1 UWG nicht ausreicht, was jedoch einer totalen Umkehr der eigentlichen Gesetzssystematik gleichkäme. Hier sei noch fragmentarisch angemerkt, dass in letzter Zeit der OGH in einigen seiner Entscheidungen bereits das klassische „Fallprüfungsschema“ modifiziert angewendet hat, indem er zB bei Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle des § 2 UWG die genaue Untersuchung der sog „Schwarzen Liste“ unterließ und sogleich urteilte.

Ein gutes Beispiel zu dieser Problematik gibt wiederum der vorliegende Fall: Die Bekl bewirbt ua in der Kronen Zeitung ihre neue Sendung. Diese Geschäftspraktik fällt ganz deutlich in den B2C-Bereich. Da allerdings nach ganz einhelliger Meinung das Ausbeuten fremder Leistungen (hier der Aufbau des Rufes der Wortmarke „Musiktruch’n“) nicht als eine Geschäftspraktik iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG anzusehen ist, kann diese nur unter den B2B Bereich fallen. Der OGH beurteilt dieses Verhalten nun als unlauter und untersagt es der Bekl den Titel für diese Sendung beizubehalten und ihn zu bewerben. Er schält also zuerst die Geschäftspraktiken heraus um im § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu bleiben.⁴² Anschließend daran kippt er dann die begleitenden Geschäftspraktiken des Sachverhalts. Allerdings sind Werbeaktionen im B2C Bereich durch die UGP-RL abschließend geregelt⁴³, womit sich der OGH zwingend mit dem Durchschnittsverbraucher auseinandersetzen hätte müssen. Folgt man nun dieser Argumentation, kann kein Anwendungsbereich mehr für den § 1 Abs 1 Z 1 UWG bei der Herkunftstäuschung gegeben sein.

⁴⁰ RS0123913.

⁴¹ *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 1 Rz 36.

⁴² In der Begründung findet sich keine Erwähnung der Werbung.

⁴³ Vgl nur Art 1 Werbe-RL (RL 2006/114/EG vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl 2006 L 376/21), welcher sich seit der Novelle nur mehr auf den B2B Bereich erstreckt.

Um dies hintanzuhalten könnte man verallgemeinernd annehmen, der Begriff der Geschäftspraktik sei eine *lex specialis* zur sonstigen unlauteren Handlung. Ein Sachverhalt könnte dann nur mehr unter den Begriff der sonstigen unlauteren Handlung fallen, wenn gar keine Geschäftspraktik im Zusammenhang mit der Handlung gesetzt wurde. Unterstützung findet diese These mE sowohl in einer grammatikalischen als auch in einer historischen Auslegung dieses Begriffes. Das Wort „sonstig“ deutet auf ein nachrangiges Verhältnis hin. Der Gesetzgeber selbst führte diesen Begriff ja „nur“ ein, um über den eingegengten Begriff der Geschäftspraktik hinaus auch alle unlauteren Handlungen zu erfassen, die die frühere Rsp entwickelt hat.⁴⁴ Das Primat der richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet die Mitgliedstaaten auch dazu, der Richtlinie zu optimaler Effektivität zu verhelfen.⁴⁵ Die Gerichte dürfen va wegen der Vollharmonisierung das Schutzniveau nicht nach oben verlegen, indem sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegende Sachverhalte aufgreifen und per „Domino“-Effekt in diesen wiederum hineinfallen. Fraglich ist hierzu aber, ob das Problem damit gelöst werden kann, da das Problem der Unterscheidung B2B-B2C nur auf eine andere Ebene verlagert wird.

(4) Vollharmonisierung

Um diesem Anspruch der Vollharmonisierung ganz zu entsprechen, dürfen die Mitgliedstaaten keine der RL entgegengesetzten Normen anwenden bzw erlassen. Als Ausfluss dieses Prinzips dürfte Werbung („Vermarktung“ iSd § 2 (3) Z 1 UWG) für jedwede Art von Produkt nur dann untersagt werden, wenn es den Durchschnittsverbraucher irreführt. Liegt nach diesen Vorschriften eine zulässige Werbung vor, kann sie daher nicht nach § 1 Abs 1 Z 1 untersagt werden.⁴⁶ Wie bereits dargelegt, hat dies allerdings Reflexwirkungen auf den B2B-Bereich, vor allem auf dem Gebiet der Übernahme fremder Leistungen. Diese könnten außerhalb von Sonderschutzrechten nur mehr dann untersagt werden, wenn der Übernehmer damit in die Irre führt.⁴⁷

(5) Ergebnis und eigener Standpunkt

Diese Ansicht ist aber wohl aus schon oben genannten Gründen im Endeffekt nicht haltbar, in den Materialien und auch in den Tatbeständen der RL selbst findet sich kein Hinweis darauf, dass damit eine Veränderung der Schutzniveaus im Leistungsschutz beabsichtigt wird. Der OGH hat zudem betont, dass der Schutz in der Fallgruppe Ausbeutung auch auf dem Schutz

⁴⁴ ErläutRV 144 BlgNR 23, GP 9, 3.

⁴⁵ Fezer, WRP 2009, 1163 (1174f).

⁴⁶ Vgl Köhler in Köhler/Bornkamm UWG²⁹ § 4 dUWG Rz 9.5 für das deutsche Pendant § 5 II dUWG.

⁴⁷ Für die Übernahme von Marken: *Koppensteiner*, wbl 2011, 587.

fremder Leistung beruht.⁴⁸ Der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sich daher rein auf die Fälle der Irreführung und steht gleichberechtigt neben dem Nachahmungsschutz.

Diese Ergebnisse widersprechen allerdings der gewollten Totalharmonisierung auf dem Gebiet der Werbung. Hier könnten demnach Mitgliedstaaten autonom das Schutzniveau (vergleichender) Werbung anheben, indem Sie die dahinter stehende Leistungsübernahme untersagen.

Eine endgültige Entscheidung der Verhältnisse des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes zur Vollharmonisierung der Werbung im B2C Bereich kann nur der EuGH liefern, mE sprechen allerdings die besseren Argumente für eine kumulative Anwendung des § 2 Abs 3 Z 1 und § 1 Abs 1 Z 1 UWG im Bereich der Herkunftstäuschung. **Wenn eine unlautere Geschäftspraktik also nicht die Erheblichkeitsschwellen der §§ 1 Abs 1 Z 2, 1a, 2 UWG überschreitet und dennoch der Sachverhalt Elemente einer sonstigen unlauteren Handlung enthält, kann im Bereich der Herkunftstäuschung trotz der Vollharmonisierung unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG vorgegangen werden.** Dies ergibt sich mE vor allem aus der Zielrichtung der Richtlinie. Der Verbraucher nämlich, und der Unternehmer nur im Bezug auf den Verbraucher, soll sich an einem einheitlichen Rechtsrahmen orientieren können.⁴⁹

Zusammenfassend ergibt sich, im Gleichklang mit dem vorliegenden Fall, die weitere Anwendbarkeit des § 1 Abs 1 Z 1 UWG bei Fällen der vermeidbaren Herkunftstäuschung.⁵⁰ Für die hier unternommene Untersuchung ergibt sich dadurch, dass man weiterhin gegen eine glatte Übernahme einer Leistung (bzw Kennzeichen) vorgehen kann, auch wenn der Übernehmer diese zB in seiner Werbekampagne nicht irreführend benutzt. Die Schutzniveaus des Leistungsschutzes sind mit der UWG-Novelle 2007 unverändert geblieben.

2.1.2. Verhältnis zum Kennzeichenschutz

Bei Fehlen einer Voraussetzung für einen Kennzeichenschutz nach § 9 UWG kommt eine subsidiäre Anwendung des Wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in Form der Generalklausel in Betracht.⁵¹ Der OGH betont jedoch in stRsp, dass dadurch nicht die Grenzen des immaterialgüterrechtlichen Schutzes unterlaufen werden dürfen, außerhalb dieser

⁴⁸OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94.

⁴⁹ Vgl ErwGr 12 RL-UGP.

⁵⁰ Zur Anwendbarkeit des § 2 Abs 3 Z 1 UWG auf den Sachverhalt siehe unten.

⁵¹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 531.

ist die Nachahmung von Leistungen grundsätzlich frei.⁵² In solchen Fällen werden als Ausgleich zusätzliche Tatbestandselemente gefordert. Zum einen muss das besagte Kennzeichen auf dem Weg zur Verkehrsgeltung und geeignet als betriebliches Herkunftszeichen sein, zum anderen muss die Anlehnung an das Kennzeichen ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht geschehen sein, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf auszunutzen.⁵³

Aus diesen Erläuterungen lässt sich ableiten, dass die Generalklausel im Hinblick auf Kennzeichen nur subsidiär anwendbar ist. Dies betont auch die hA und stRsp.⁵⁴ Auch hier stellt sich wiederum die Frage ob die UWG-Novelle dieses Verhältnis verändert hat.

§ 2 Abs 3 Z 1 UWG schützt nämlich auch Kennzeichenrechte und dieser ist bedingt durch die Systematik des neuen UWG nur „über“ die Generalklausel erreichbar. Im Verhältnis zu dieser Norm scheint also eine volle Konkurrenz vorzuliegen.⁵⁵ In der Rsp wird dies auch so gehandhabt.⁵⁶ Ob dies nun auch für andere Fallgruppen der Generalklausel gilt, ist bislang offen.

Der vorliegende Fall scheint jedoch implizit von einer kumulativen Konkurrenz der Normen auszugehen, da er § 9 UWG nicht explizit verneint, sondern überraschenderweise offen lässt, allerdings einen Kennzeichenrechtlichen Schutz über die Generalklausel gewährt. Das ist vor allem dadurch ungewöhnlich, da die zweite Instanz sehr wohl nach § 9 UWG aburteilte und der OGH die Revision vollinhaltlich abweist. Weitergehende Äußerungen zum Verhältnis von § 9 UWG zur Generalklausel macht der OGH jedoch nicht.

Es kann also nicht automatisch von einem Paradigmenwechsel in der Rsp ausgegangen werden, höchstens eine Andeutung. Soweit ersichtlich hatte sich der OGH nicht mehr mit diesem Problem auseinanderzusetzen.

2.2. Voraussetzungen

Um § 1 UWG im Rahmen der Fallgruppe „Ausbeutung“ zu verwirklichen, sind drei verschiedene Tatbestandsmerkmale Voraussetzung, die zueinander in einer wechselseitigen

⁵² *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 189.

⁵³ *Schmid* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 9 Rz 5.

⁵⁴ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 33 Rz 65.

⁵⁵ Vgl auch *Gamerith*, ÖBf 2008, 174.

⁵⁶ Vgl nur OGH 19.09.2011, 17 Ob 23/11y.

Beziehung stehen („bewegliches System“).⁵⁷ Diese sind die unmittelbare/nachschaffende Übernahme, die wettbewerbliche Eigenart des übernommenen Produkts und besondere wettbewerbliche Umstände, die vorhanden sein müssen. Bei den besonderen wettbewerblichen Umständen wird sich diese Darstellung auf die „vermeidbare Herkunftstäuschung“ beschränken.

2.2.1. unmittelbare/nachschaffende Übernahme

Zwischen einer unmittelbaren und nachschaffenden Übernahme wird vor allem durch den Grad der Nachahmung differenziert. Bei kleineren Abweichungen geht die Rsp grundsätzlich noch von einer unmittelbaren Übernahme aus.⁵⁸ Ab wann genau nur noch von einer nachschaffenden Übernahme geredet werden kann, ist nicht vollständig geklärt, jedoch ist ausschlaggebend, dass der Übernehmer selbst auch eine relevante Leistung erbringen musste um die Nachahmung fertigzustellen.⁵⁹ Weiters muss der Übernehmende das Original gekannt haben; Doppelschöpfungen werden von § 1 UWG nicht erfasst.

Eine Linie der Rsp geht auch ohne Vorliegen von besonderen wettbewerblichen Umständen von einer Sittenwidrigkeit der unmittelbaren (in der Jud „glatten“) Übernahme aus, solange der Geschädigte unbillig um die Früchte seiner Arbeit gebracht wird.⁶⁰

In dem hier vorliegenden Fall kann trotz des einen veränderten Buchstabens wohl von einer unmittelbaren Übernahme ausgegangen werden. Diese wurde jedoch nicht direkt als unlauter beurteilt, es mussten weitere besondere Umstände hinzutreten. Hier noch erwähnenswert erscheint die Tatsache, dass der OGH zuerst die sofortige Unlauterkeit einer glatten Übernahme bejaht, nur um im nächsten Satz sofort wieder kehrt zu machen und auszusprechen, dass nicht jede Anlehnung an ein fremdes Leistungsergebnis unlauter ist.

2.2.2. wettbewerbliche Eigenart / Verkehrsbekanntheit

Um nicht die Nachahmungsfreiheit komplett zum Erliegen zu bringen, kann natürlich nicht jedes Produkt bzw Leistungsergebnis schutzwürdig sein. Das korrespondiert auch mit dem Immaterialgüterrecht, die grundsätzlich Ideen und den jetzigen Stand der Technik nicht unter

⁵⁷ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 539.

⁵⁸ zB OLG Linz 20.06.1989, 1 R 161/88.

⁵⁹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 552.

⁶⁰ RS0078341

Schutz stellt.⁶¹ Die wichtigste Ausnahme im Bereich der Ausbeutung ist die wettbewerbliche Eigenart. Diese Voraussetzung wird je nachdem, welcher besondere wettbewerblicher Umstand geltend gemacht wird, anders erfüllt.⁶² Bei der Herkunftstäuschung fordert die Judikatur, dass das Produkt/Kennzeichen eine Herkunftsfunktion ausübt.⁶³ Ein Erzeugnis muss daher bestimmte Merkmale oder Eigenheiten aufweisen, die es dem Verbraucher im Geschäftsverkehr ermöglichen, das Produkt einem Hersteller zuzuordnen und von jeweils ähnlichen anderen Produkten zu unterscheiden, um wettbewerbliche Eigenart zu besitzen. Bei Kennzeichen wird überdies ein hoher Grad von Eigenart gefordert, es muss zu einem geistigen Fortleben im Gedächtnis des Verbrauchers kommen.⁶⁴ Warum jedoch gerade Kennzeichen in diesem beweglichen System höheren Anforderungen gerecht werden müssen, ist nicht ersichtlich. Dem Argument, dass sonst mit § 1 UWG die Grenzen des Kennzeichenschutzes ausgehöhlt werden könnten, wird mit dem Erfordernis der Verkehrsbekanntheit, die auf dem Weg zur Verkehrsgeltung sein muss, und den zusätzlichen subjektiven Anforderungen mE schon genüge getan.

Der OGH bewertete in dieser E, dass der Titel „Musigtruchn“ ausreichende Originalität aufweise, um wettbewerbliche Eigenart für sich zu beanspruchen. Über diesen Satz hinaus äußerte er sich nicht zu diesem Punkt. Auch die erhöhte Eigenart für Kennzeichen wurde nicht thematisiert. Das ist vor allem unter dem Umstand problematisch, dass „Musigtruchn“ nur die dialektische Übersetzung des englischen Wortes „Jukebox“ darstellt, von Originalität i.e.S. kann daher sicherlich nicht gesprochen werden. Ohne diese könnte aber selbst bei einer unmittelbaren Übernahme keine Unlauterkeit beanstandet werden. Auch können gem der Jud übliche und gängige Wörter keine bzw kaum eine wettbewerbliche Eigenart begründen.⁶⁵ Unter dem Aspekt, dass Kennzeichen hohe Eigenart zu besitzen haben, muss dies dann erst recht bezweifelt werden.

Ebenfalls muss das nachgeahmte Leistungserzeugnis eine gewisse Verkehrsbekanntheit besitzen, welche aber nicht mit der kennzeichenrechtlichen Verkehrsgeltung verwechselt werden sollte. Bei Kennzeichen wird wiederum unverständlicherweise ein höherer Maßstab angelegt, hier muss die Entwicklung zur Verkehrsgeltung zumindest schon angebahnt sein.⁶⁶ Früher wurde dieses Merkmal alternativ zur wettbewerblichen Eigenart verwendet, in der

⁶¹ Für das Patentrecht: *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 27ff.

⁶² *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 556.

⁶³ OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v.

⁶⁴ OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v.

⁶⁵ OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v; *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 562.

⁶⁶ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 561.

jüngeren *Jud* jedoch kumulativ angewandt.⁶⁷ Richtiger ist *mE* jedoch, die Verkehrsbekanntheit sowohl als eigenen Tatbestand wie auch als eine Spielart der wettbewerblichen Eigenart zu sehen (wettbewerbliche Eigenart **durch** Verkehrsbekanntheit). Dies korrespondiert gerade bei Kennzeichen auch mit dem Gedanken des § 9 Abs 3 UWG, der gewisse Kennzeichen erst bei Verkehrsgeltung mit § 9 Abs 1 UWG gleichsetzt.⁶⁸ Gegen das Argument des Unterlaufens der kennzeichenrechtlichen Schutzgrenzen kann wiederum angeführt werden, dass § 1 UWG noch weitere besondere und subjektive wettbewerbliche Umstände erfordert.

Im Fall „Musigtruchn“ scheint die beanstandete fehlende wettbewerbliche Eigenart wohl durch die Bekanntheit wettgemacht (eigentlich begründet) worden zu sein, auch wenn der OGH dies nicht direkt ausspricht. Weitere Probleme scheinen hier nicht vorzuliegen, die Umfragen waren *vl* nicht Präsentativ genug um eine Verkehrsgeltung zu bescheinigen, eine Verkehrsbekanntheit kann jedoch kaum abgesprochen werden.

2.2.3. vermeidbare Herkunftstäuschung

Die vermeidbare Herkunftstäuschung ist eine der besonderen wettbewerblichen Umstände, die die Unlauterkeit einer Nachahmung begründen können. Um diesen Tatbestand zu erfüllen muss eine Verwechslungsgefahr herrschen, der Übernehmer die Umstände kennen, die seine Handlungen objektiv wettbewerbswidrig erscheinen lassen und nicht im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren alles unternommen haben, um diese Gefahr auszuschließen.⁶⁹ Im Zusammenhang mit Kennzeichen sind wiederum erhöhte Voraussetzungen zu erfüllen, hier muss als subjektives Merkmal noch die verwerfliche Absicht der Herbeiführung von Verwechslungen hinzukommen.⁷⁰

(1) Verwechslungsgefahr

Ob durch eine Nachahmung nun eine konkrete Verwechslungsgefahr hervorruft, ist weitgehend eine Einzelfallentscheidung.⁷¹ Diese muss jedoch gerade durch die Übernahme der Eigenart des nachgeahmten Erzeugnisses entstehen.⁷² Durch das Bestehen

⁶⁷ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 560.

⁶⁸ OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v.

⁶⁹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 576.

⁷⁰ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 597.

⁷¹ OGH 09.04.2002, 4 Ob 78/02b.

⁷² *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 580.

unterschiedlicher Vertriebswege kann das Risiko erheblich reduziert werden⁷³, ist dem Abnehmer die Herkunft der Ware genau bekannt, ist eine Herkunftstäuschung generell ausgeschlossen.⁷⁴ Die Herkunftstäuschung muss sich im Zeitpunkt der Werbung oder des Kaufs verwirklichen, nachträgliche Täuschungen können nicht mehr berücksichtigt werden.⁷⁵

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr wird vom europäischen Verbraucherleitbild ausgegangen. Dieses fingiert eine Person, welche durchschnittlich aufmerksam, mündig und kritisch ist.⁷⁶ Allerdings wird seine Aufmerksamkeit immer kontextbezogen bewertet, umso bedeutender das Geschäft für den Durchschnittsverbraucher (zB Autokauf), umso detaillierter wird er angebotene Informationen aufnehmen und verarbeiten.

Im hier untersuchten Fall verglich der OGH die zwei Sendungstitel und nahm pauschal Verwechslungsgefahr an aufgrund des phonetischen Gleichklangs. Diese vereinfachende Darstellung ist aus mehreren Gründen stark zu kritisieren. Einerseits wurde die begleitende Werbung nicht thematisiert, also ist davon auszugehen dass sich die Verwechslung während des „Kaufs“ (hier: des Hörens) verwirklicht. Dies führt zu zwei alternativ zu bewertenden Problemstellungen: Entweder der Verbraucher hört die „Musigtruchn“ und verwechselt den Sender den er gerade benutzt, dh er nimmt an auf dem Radiosender „Radio Tirol“ zu sein, befindet sich stattdessen aber eigentlich auf „U1 Tirol“, oder ihm ist sehr wohl bewusst auf „U1 Tirol“ zu sein, ist hier aber der Überzeugung dass „U1 Tirol“ seit jeher das Original der „Musigtruchn“ herstellt.

Ersteres ist im Kontext beurteilt stark zu bezweifeln, man kann wohl berechtigt davon ausgehen, dass „U1 Tirol“, wie auch andere Radiosender, eine hohe Tendenz zur dauernden Wiederholung des eigenen Namens hat, um eben im Gedächtnis des Verbrauchers sich zu verankern. Bei zweiterem Problem ist die schon zitierte Jud anzuführen, wo keine Verwechslungsgefahr gegeben sein kann, wenn dem Abnehmer (hier: der Radiohörer) der Hersteller genau bekannt ist.

Ergänzend kann noch angeführt werden, dass die Frequenz eine Art von Vertriebsweg darstellt, das Wechseln des Radiosenders also nach schon zitierter Jud die Gefahr einer Verwechslung an sich schon reduziert. Dies deckt sich auch mit der Lebenserfahrung: Radiosender werden üblicherweise nicht zufällig gefunden. Eher sind fixe Frequenzen im

⁷³ OLG Köln 04.10.2002, 6 U 35/02.

⁷⁴ OGH 09.04.2002, 4 Ob 84/02k.

⁷⁵ OGH 10.09.1985, 4 Ob 353/85.

⁷⁶ OGH 24.10.2000, 4 Ob 196/00b.

Autoradio eingespeichert, Zuhause sind meistens die Frequenzen die man persönlich hört bekannt, hier jedoch jeweils mit den dazugehörigen Radiosendernamen.

Der OGH hat hier anscheinend statt die Umstände des Einzelfalls und das Verbraucherleitbild ausreichend zu analysieren eine Markenrechtliche Prüfung⁷⁷ vorgenommen, wo er die zwei Zeichen in einem „luftleeren“ Raum gegenüberstellt und prüft ob durch Ähnlichkeiten eine Verwechslungsgefahr besteht. Der OGH lässt den Durchschnittsverbraucher völlig dekontextualisiert die Kennzeichen bewerten. Wie noch gezeigt werden wird, kann dies bei einer Herkunftstäuschung durch Kennzeichen nicht immer ausreichend sein.

(2) Vermeidbarkeit

Ist eine Herkunftstäuschung nicht vermeidbar, so ist sie nicht wettbewerbswidrig.⁷⁸ Um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen sind jedoch nur geeignete und zumutbare Maßnahmen von dem Nachahmer zu ergreifen. Sind solche getroffen, ist eine noch verbleibende Täuschung zu akzeptieren.⁷⁹

Die Frage der Eignung einer Maßnahme ist wiederum im Lichte des durchschnittlichen Verbrauchers zu beurteilen. Es ist danach zu fragen auf welche Merkmale dieser bei der Unterscheidung der Leistungen achtet.⁸⁰

Bei Kennzeichen, vor allem bei reinen Wortmarken wie im vorliegenden Fall, ist als Maßnahme wohl nur eine Änderung der Buchstaben geeignet. Das neue Kennzeichen muss sich vom nachgeahmten derart unterscheiden, dass der Durchschnittsverbraucher es nicht mit dem Bild vom ursprünglichen Kennzeichen, das nach *Jud* ja im Gedächtnis fortleben muss, verwechselt.

Wegen des beweglichen Systems muss der Abstand größer sein, wenn das nachgeahmte Leistungsergebnis eine hohe wettbewerbliche Eigenart aufweist. Der Titel „Musigtruchn“ ist außerordentlich bekannt in den relevanten Verbraucherkreisen. Wie schon oben dargelegt erhöht dies auch gleichzeitig die wettbewerbliche Eigenart.

(3) Kenntnis der Umstände / Subjektive Anforderungen

Bei der vermeidbaren Herkunftstäuschung ist nur eine bewusste Nachahmung wettbewerbswidrig.⁸¹ Es ist erforderlich, dass der Nachahmer das Produkt kennt und auch die

⁷⁷ Zu dieser: *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 98ff.

⁷⁸ OGH 04.02.1999, 4 Ob 330/98b.

⁷⁹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 588.

⁸⁰ OGH 04.11.1980, 4 Ob 363/80.

Umstände beurteilen kann, die sein Verhalten objektiv wettbewerbswidrig erscheinen lassen. Bei der Kenntnis handelt es sich nicht um ein Verschuldenselement, das die individuelle Vorwerfbarkeit betrifft.⁸² Daher kann man auch durch bewusstes Sich-Verschließen nicht der Unlauterkeit entkommen, auch solch ein Verhalten wird von der Jud als wettbewerbswidrig beurteilt.⁸³

Davon zu unterscheiden ist die bei Kennzeichen wiederum erhöhte Schwelle, hier müssen noch weitere subjektive Anforderungen hinzutreten, es wird gefordert, dass die Nachahmung mit der verwerflichen Absicht, Verwechslungen herbeizuführen, begangen wurde.⁸⁴ Wie dieses Tatbestandsmerkmal sich von Z 13 des Anhangs abgrenzt, ist bisher noch nicht geklärt. Auch dieser fordert nämlich Absichtlichkeit und würde aufgrund des Prüfungsschemas dem § 1 UWG vorgehen.

Diese Anforderungen sind auch mit der UGP-RL nicht gänzlich unvereinbar, zwar ist der Begriff „unlauter“ nun ein objektiver, der Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ lässt jedoch eine Interpretation zu, die auch subjektive Elemente umfassen kann.⁸⁵ Dies deckt sich auch mit der Absicht des Gesetzgebers, die Rechtsprechung zu § 1 UWG „unberührt“ zu lassen.⁸⁶

Die „berufliche Sorgfalt“ steht zwar nur bei § 1 Abs 1 Z 2 UWG, ist jedoch wegen der nicht Unterscheidbarkeit von B2B und B2C im Hinblick auf die Maßstäbe der Unlauterkeit auch im Rahmen der Z 1 leg cit zu prüfen.⁸⁷

Subjektive Elemente sind im Rahmen einer immer größer werdenden Wettbewerbsordnung nicht mehr Zweckmäßig und zeitgemäß. Auch die OGH Judikatur hat im Zeitablauf eher eine Linie eingenommen, die den Wettbewerb als Institution der Marktordnung sieht und diesen bewahren soll. Dem ist wohl zuzustimmen, auch die Immaterialgüterrechte sind diesem Gedanken immer näher gerückt, ältere Elemente wie zB die „Erfinderehre“ enthalten zwar noch einen subjektiven Belohnungsgedanken⁸⁸, der Fokus ist dennoch nunmehr auf das Zusammenspiel zwischen Innovation und Imitation ausgerichtet.⁸⁹

⁸¹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 597.

⁸² *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 578.

⁸³ RS0078656

⁸⁴ OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v.

⁸⁵ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 578.

⁸⁶ ErläutRV 144 BlgNR 23, GP 9, 3.

⁸⁷ OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b.

⁸⁸ Vgl *Haybäck*, Das Recht am geistigen Eigentum 107.

⁸⁹ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 512.

Das problematische an subjektiven Anforderungen ist auch deren Relativität in der Interpretation. Der Gedanke, vgl dem vorliegenden Fall, bei einer Übernahme des Moderators und Showkonzepts darauf aufmerksam zu machen, dass dieser nunmehr für einen Konkurrenten arbeitet und dies noch mit einem ähnlichen Titel zu unterstreichen, ist nicht per-se auf den ersten Blick verwerflich. Die Funktion eines Kennzeichens ist es ja dem Verbraucher schnell und einfach ein Produkt wiedererkennen zu lassen, dass schon einmal seine Bedürfnisse befriedigen konnte.⁹⁰ Abgeleitet daraus ergibt sich auch das schärfste Argument gegen die Nachahmung von Kennzeichen, denn es soll verhindert werden dass eine nicht vorhandene Qualität vorgetäuscht wird und der Konsument damit irreführt wird.⁹¹ Hier wird jedoch sowohl der Moderator als auch das Showkonzept übernommen, womit dieses Argument hier nicht greifen kann. Vielmehr spaltet der OGH das Kennzeichen vom dahinterliegenden Produkt ab

Weiters wurde mit der Werbung eher versucht, eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden. Es wurde explizit darauf hingewiesen, dass der Moderator den Sender gewechselt hat. Dies widerspricht sich aber mit der verwerflichen Absicht, Verwechslungen herbeizuführen, welche bei der Nachahmung von Kennzeichen jedoch Voraussetzung für die Wettbewerbswidrigkeit ist.

Die Kläger argumentierten andererseits mit der ersparten Mühe, die Zuordnung vom Kennzeichen zum dementsprechenden Produkt aufzubauen. Der bestehende Ruf wird mit der Übernahme des Kennzeichens zum Teil übertragen. Mit einem Blick auf die Werbung des Übernehmers lässt sich annehmen, dass dies auch beabsichtigt war. Da die Sendung ja beim ursprünglichen Sender weitergeführt wird, könnte es durch die Verwechslungen zu einem Abgang von Hörern kommen. Da das Wort „Musigtruchn“ nicht in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen ist, was den Verlust der Schutzwürdigkeit zur Folge hätte⁹², ist der dazu aufgebaute good-will prinzipiell in der Hand des Erstbenutzers. Entscheidet sich also der Inhaber, dass Produkt zu ändern, jedoch das Kennzeichen beizubehalten, so ist es den Konkurrenten nicht erlaubt das ursprüngliche Produkt mit dem Kennzeichen zu verbinden und zu bewerben umso von dem schon aufgebauten Ruf einfach zu profitieren.

Dies lässt sich aus Sicht des Imitationswettbewerbs kritisieren. Gibt der Innovator für eine neue Erfindung eine alte Produktgruppe auf, weil zB die Rentabilität sinkt, besteht jedoch noch eine ausreichende Nachfrage, so wäre es belebend für den Wettbewerb auch das

⁹⁰ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 3.

⁹¹ Fezer in Fezer, Markenrecht³ §14 dMarkenG Rz 103ff.

⁹² Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 243.

Kennzeichen nachahmen zu können um so den Verbrauchern einfach zu signalisieren, wo sie nun ihre Nachfrage befriedigen können.

2.2.4. Erheblichkeitsschwelle

Zuletzt wird neben den Voraussetzungen der Unlauterkeit noch die Erheblichkeitsschwelle geprüft. Eine wettbewerbswidrige Handlung muss Auswirkungen zum Nachteil von Unternehmern haben und den Wettbewerb nicht nur unerheblich beeinflussen.⁹³ Reine Bagatellfälle sind nicht erfasst. Die Relevanzschwelle ist jedoch sehr niedrig anzusetzen, die bloße Eignung reicht, da sonst zukunftsgerichtete Unterlassungsklagen nicht möglich wären.⁹⁴ Relevante Kriterien für diese Beurteilung sind Dauer und Intensität der Handlung, der Marktanteil der betroffenen und handelnden Unternehmen und der bereits erlangte Wettbewerbsvorsprung.⁹⁵ Eine empirische Studie oÄ ist zumeist nicht als Beweis im Verfahren einzubringen, diese ist nur nötig wenn die Erfahrungen des täglichen Lebens nicht ausreichen und dem Richter die notwendige Sachkenntnis fehlt um die Rechtsfrage selbstständig zu beurteilen.⁹⁶

Sollte man das Verhalten im vorliegenden Fall als unlauter beurteilen, so ist die nachfolgende Prüfung der Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle unproblematisch. Die beiden Radiosender überschneiden sich im relevanten Markt erheblich und konkurrieren dort. Eine unlautere Handlung des einen kann dann naturgemäß zur Abwanderung von Hörern und daher zur nicht nur unerheblichen Beeinflussung des Wettbewerbs führen.

2.2.5. Zusammenfassende Kritik am Urteil und eigene Meinung

Wie gezeigt ist in diesem Urteil das Vorhandensein der Komponenten der vermeidbaren Herkunftstäuschung durchaus einer kritischen Auseinandersetzung zugänglich. Leider reflektiert die Länge der Begründung des Urteils diesen Umstand nicht. Der OGH hält sich gerade bei umstrittenen Voraussetzungen sehr zurück und begnügt sich mit Standardphrasen. In einer Zeit, wo subjektive Elemente vermehrt kritisiert werden⁹⁷, und einem Fall in dem

⁹³ *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 1 Rz 120.

⁹⁴ *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 1 Rz 126.

⁹⁵ *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 1 Rz 129ff.

⁹⁶ OGH 14.12.1999, 4 Ob 290/99x; *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 1 Rz 140.

⁹⁷ *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (561).

gerade deren Vorliegen einen großen Streitpunkt darstellt, ist es bedauerlich dass der OGH dieses Thema mit zwei kurzen Sätzen beendet.

Bei der Konstitution der Verwechslungsgefahr gibt sich der OGH ebenfalls wortkarg und belässt es bei einem phonetischen Vergleich. Die Deutung der Werbung, nämlich als absichtliche Förderung der Verwechslungsgefahr, kann wie gezeigt auch anders interpretiert werden. Wiederum gibt der OGH keine Begründung warum er gerade dieser Auslegung gefolgt ist.

ME enthält dieser Fall viele Elemente, die ihn auch für weiterführende Urteile sehr interessant macht. Die Chance nach der UWG-Novelle, die Konturen zwischen § 1 und § 2 Abs 3 Z 1 UWG zu schärfen, hat der OGH jedoch mit diesem Urteil verpasst. Klargestellt hat er jedoch, im Gegensatz zur Fallgruppe „Rechtsbruch“⁹⁸, dass subjektive Anforderungen weiterhin in der Fallgruppe „Ausbeutung“ gefordert werden und dass die Rsp nach der UWG-Novelle unverändert weitergeführt wird.

3. Imitationsmarketing

3.1. Allgemeines

§ 2 Abs 3 Z 1 UWG wird zumeist mit „Imitationsmarketing“⁹⁹ beschrieben und geht gegen die irreführende und Verwechslungsgefahr begründende Vermarktung von Produkten oder Unternehmenskennzeichen vor. Er wurde zur Umsetzung des Art 6 Abs 2 lit a RL-UGP erlassen und ist daher richtlinienkonform auszulegen.

3.1.1. Verhältnis zum Kennzeichenschutz

Der größte Unterschied zu § 9 UWG liegt in der erweiterten Klagslegitimation. Im Gegensatz zu § 9 UWG ist nämlich nicht nur der Kennzeicheninhaber aktivlegitimiert, sondern gem § 14 UWG auch den restlichen Mitbewerbern und den in § 14 Abs 1 UWG genannten Interessenverbänden.¹⁰⁰ Dies führt zu einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts von

⁹⁸ OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b.

⁹⁹ zB OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i.

¹⁰⁰ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 460.

Markeninhabern.¹⁰¹ Zu beachten ist jedoch weiterhin der Vorrang des § 9 UWG vor § 2 UWG, da er eine lex specialis darstellt.¹⁰²

In materieller Hinsicht ist vor allem beachtlich, dass § 2 Abs 3 Z 1 UWG weder eine kennzeichenmäßige Nutzung noch eine Unterscheidungskraft des fraglichen Unternehmenskennzeichens fordert. Jedoch kann eine Verwechslung nicht vorliegen, wenn der Verbraucher das Kennzeichen nicht von anderen unterscheiden kann.¹⁰³

Einen weiteren Unterschied enthält der Prüfungsvorgang an sich. Während § 9 UWG an der objektiv rechtswidrigen Benützung anknüpft, muss bei § 2 Abs 3 Z 1 UWG ein Marktteilnehmer irreführt werden und eine Entscheidung treffen die er sonst nicht getroffen hätte.¹⁰⁴

3.2. Voraussetzungen

3.2.1. Tatbestand

§ 2 Abs 3 Z 1 UWG lautet wie folgt:

„Eine Geschäftspraktik gilt ferner als irreführend, wenn sie geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte und das Folgende enthält:

- 1. jegliche Vermarktung eines Produkts einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem Produkt oder Unternehmenskennzeichen eines Mitbewerbers begründet;“*

In dem hier umrissenen Rahmen interessiert uns nur der Tatbestand „Unternehmenskennzeichen“. Da er ein europarechtlicher Begriff ist, muss für eine genaue Ausfüllung noch auf die Jud des EuGH dazu abgewartet werden. Solche ist allerdings bis jetzt noch nicht erfolgt. Jedenfalls muss immer die UGP-RL im Hinterkopf mitgedacht werden.

¹⁰¹ Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG²⁹ § 5 dUWG Rz 1.86.

¹⁰² OGH 07.07.1981, 4 Ob 362/81.

¹⁰³ Vgl auch Horak, ecoloex 2011, 431 (432) zutr zur Feststellung dass ohne wettbewerbliche Eigenart eine Unterscheidungskraft nicht gegeben sein kann und daher ein Kennzeichen für den Schutz nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG wettbewerbliche Eigenart benötigt.

¹⁰⁴ Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 462.

Deren Art 6 Abs 2 lit a lautet:

„(2) Eine Geschäftspraxis gilt ferner als irreführend, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte, und Folgendes beinhaltet:

a) jegliche Art der Vermarktung eines Produkts, einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers begründet;

Vor allem durch den Begriff „Warennamen“ könnten in § 2 Abs 3 Z 1 UWG auch Dinge geschützt werden, die dem klassischen Verständnis eines „Unternehmenskennzeichens“ (va im Hinblick auf § 9 UWG) nicht entsprechen. In der Lit wird daher auch folgerichtig vertreten, dass der Anwendungsbereich von § 2 Abs 3 Z 1 UWG größer ist als jener von § 9 UWG.¹⁰⁵ Der Ansicht, dass der Anwendungsbereich von § 2 Abs 3 Z 1 UWG gleich dem § 9 UWG ist und der Unterschied vor allem in der unterschiedlichen Klagslegitimation liegt, ist mE nicht zu folgen.¹⁰⁶ Der unbestimmte Begriff der „anderen Kennzeichen“ ist ein weiteres Indiz dafür, im Zweifel den „Unternehmenskennzeichen“ einen sehr großzügigen Anwendungsbereich zu unterstellen.

Ganz außer Acht lassen kann man § 9 UWG jedoch nicht. Der OGH judiziert dass auch bei § 2 Abs 3 Z 1 UWG jene Kennzeichen Verkehrsgeltung benötigen, welche nach § 9 Abs 1 UWG nicht geschützt sind (also Ausstattungen uä).¹⁰⁷ Diese Beurteilung hält mE einer näheren Untersuchung nicht stand. Erklärtes Ziel der RL und daher auch von § 2 Abs 3 Z 1 UWG ist der Verbraucherschutz, der von § 9 UWG allerdings der Schutz vom Inhaber des Kennzeichens. Der leitende Gedanke dahinter ist, dass ein durch ein Kennzeichen transportierter Qualitätsstandard beim Verbraucher nicht durch Verwechslungen mit ähnlichen, jedoch minderqualitativen Nachahmungen enttäuscht wird. Solche Qualitätsvorstellungen sind jedoch auch durch zB Ausstattungen kommunizierbar, warum der Verbraucher hier schlechter geschützt werden soll, ist nicht ersichtlich. Dadurch ergibt sich zwar im Ergebnis ein erweiterter Schutz, dieser ist jedoch hinzunehmen. Durch § 9 Abs 3 UWG soll ja der Unternehmer „belohnt“ werden, indem es seine Leistungen (den Aufbau von Verkehrsgeltung für zB seine Arbeiterkleidung) schützt. Dieser wird durch § 2 Abs 3 Z 1 UWG nicht nutzlos, da beide Rechtsnormen verschiedene

¹⁰⁵ *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (562).

¹⁰⁶ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 579.

¹⁰⁷ OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i.

Erheblichkeitsschwellen besitzen und den jeweiligen Sachverhalt anders beurteilen. Will man sich auf ein rechtswidriges Imitationsmarketing berufen, so muss bewiesen werden dass der Durchschnittsverbraucher durch das Nachgeahmte Kennzeichen auch wirklich eine Entscheidung trifft, die er sonst nicht getroffen hätte, was nur bei besonders guten bzw hohen Qualitätsvorstellungen der Fall sein wird. § 9 UWG knüpft dagegen an der objektiven rechtswidrigen Benutzung an.¹⁰⁸

Im untersuchten Fall wäre ganz offensichtlich generell der Anwendungsbereich des § 2 Abs 3 Z 1 UWG eröffnet. Der Name der Show (das „Produkt“) „Musigtruchn“ ist als Warenzeichen bzw Warennamen zu interpretieren. Dafür kann der schon erwähnte weite Anwendungsbereich der Kennzeichen sowie der umfassende Produktbegriff des UWG ins Treffen geführt werden.

Der OGH überprüfte den § 2 UWG nicht, da die Kläger sich nur auf das UrhG und die §§ 1, 9 UWG stützten. Im Zusammenhang mit § 1 UWG machten die Kläger schmarotzerische Rufausbeutung geltend, der OGH urteilte jedoch nach der dem § 2 Abs 3 Z 1 UWG näheren „vermeidbaren Herkunftstäuschung“.

Weiters muss durch die Handlung des Marktteilnehmers eine „Verwechslungsgefahr“ entstehen. Wie dieser Begriff in concreto auszulegen ist, ist umstritten. Im österreichischen Schrifttum wird auf das Kennzeichenrecht (also § 9 UWG) verwiesen.¹⁰⁹ Aufgrund der Rsp des EuGH wird im dt Schrifttum jedoch etwas genauer differenziert.¹¹⁰ Dort wird mehr auf die Irreführung bedacht genommen. Vor allem muss das Kennzeichen eine gewisse Bekanntheit erreicht haben. Das wird mit einem Blick auf die Erheblichkeitsschwelle verständlich: Ein unbekanntes Zeichen wird einen Verbraucher nämlich nicht zu einer Geschäftsentscheidung motivieren. Ganz generell muss das Kennzeichen einen gewissen Wiedererkennungseffekt besitzen, damit gewisse Vorstellungen über das dahinterstehende Produkt im Gedächtnis des Verbrauchers fortleben können. Es muss also wettbewerbliche Eigenart haben.¹¹¹ Hier zeigt sich noch einmal sehr schön, dass Verkehrsbekanntheit und wettbewerbliche Eigenart in einer Wechselbeziehung stehen. Auch einfachste Kennzeichen können bei einer gewissen Verbreitung Qualitätsvorstellungen transportieren.

Erwähnenswert ist auch noch, dass zwar nicht in der deutschen, jedoch in der englischen und der französischen Fassung nicht von Verwechslungsgefahr, sondern von Herbeiführen von

¹⁰⁸ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 462.

¹⁰⁹ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 461.

¹¹⁰ *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG²⁹ § 5 dUWG Rz 4.238.

¹¹¹ Vgl auch *Horak*, *ecolx* 2011, 431.

Verwirrung gesprochen wird.¹¹² *Bornkamm* legt dies so aus, dass nur eine Herbeiführung von Verwechslungen unlauter sei, was enger ist als die reine Begründung von Verwechslungsgefahr.¹¹³ So eine Interpretation ergibt mE jedoch einen Widerspruch mit anderen Bestimmungen der RL, vorrangig denen des Anhangs. Folgt man *Bornkamm*, so wäre nämlich im europäischen Lauterkeitsrecht die Begründung von Verwechslungsgefahr anscheinend nur dann unlauter, wenn Sie absichtlich geschieht (vgl Anhang), dort jedoch sogar für kleinste Bagatellfälle, während andererseits zB die Herbeiführung von Verwechslungsgefahr trotz Kenntnis der objektiven Umstände, welches wie schon oben angemerkt von der (verwerflichen) Absicht unterschieden werden muss¹¹⁴, erst bei Verwirklichung von Verwechslungen als unlauter zu klassifizieren wäre. Richtiger erscheint es die reine Begründung von Verwechslungsgefahr als rechtswidrig zu beurteilen, die Abgrenzung zu Bagatellfällen sollte allein durch die Relevanzschwelle vorgenommen werden.

Auch die Vermeidbarkeit wird in § 2 Abs 3 Z 1 UWG sowie in der UGP-RL nicht als Tatbestandsmerkmal erwähnt. Doch auch hier gilt, dass der Stand der Technik frei verwendet werden kann, selbst wenn ein Gestaltungsmerkmal Herkunftsvorstellungen auslöst.¹¹⁵ Denn das Kriterium der Vermeidbarkeit trifft einen allgemeinen Grundsatz, der auch das europäische Lauterkeitsrecht durchdringt.¹¹⁶ Wie die Beurteilung im nichttechnischen Bereich, wo gewissen Trends aus wirtschaftlichen Zwängen gefolgt werden muss, ausfallen wird, ist noch nicht ersichtlich.

Bei der Verwechslungsgefahr muss auf alle tatsächlichen Umstände Bedacht genommen werden.¹¹⁷ Der OGH hätte es also nicht bei einem rein phonetischen Vergleich belassen können. Auf die obigen Ausführungen und die Kritik kann hier verwiesen werden.¹¹⁸ Ob die Verwechslung eine Intensität erreicht, welche den Verbraucher tatsächlich eine Entscheidung treffen lässt, die er ansonsten nicht getroffen hätte, ist rein eine Frage der Erheblichkeitsschwelle.

¹¹² „which creates confusion“; „créant une confusion“.

¹¹³ *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG²⁹ § 5 dUWG Rz 4.238.

¹¹⁴ *Wiebe* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 597.

¹¹⁵ *Bornkamm*, GRUR 2011, 1.

¹¹⁶ *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG²⁹ § 5 dUWG Rz 4.254.

¹¹⁷ Vgl Art 6 Abs 2 lit a UGP-RL.

¹¹⁸ *Siehe S 16.*

3.2.2. Erheblichkeitsschwelle

Im Rahmen des Imitationsmarketings muss, im Gegensatz zu anderen Tatbeständen des § 2 UWG, nur das Relevanzfordernis geprüft werden, die Täuschungseignung wird unwiderleglich vermutet.¹¹⁹ Bei der Relevanz wird dann lediglich danach gefragt, ob der Durchschnittsverbraucher derart wesentlich getäuscht wurde, dass die Täuschung geeignet ist, sich in einer geschäftlichen Eignung zu manifestieren.¹²⁰ Es muss also zwischen verwirklichter Handlung und der Täuschung ein kausaler Zusammenhang bestehen.¹²¹

Im hier untersuchten Fall ist wohl vor allem der kausale Zusammenhang kritisch zu hinterfragen, denn die Umfragen bestätigen auch dass die Sendung wegen des (gewechselten) Moderators gehört wurde. Es stellt sich die Frage ob für den Durchschnittsverbraucher die Herkunft der gewünschten Sendung (also der Radiosender, der gehört wird) überhaupt eine Relevanz besitzt und ob nicht vielmehr das Konzept der Show und der Moderator den Ausschlag geben anstatt des nachgeahmten Kennzeichens.

3.2.3. Zusammenfassende Würdigung

Der neu geschaffene Tatbestand des Imitationsmarketings ist ein Novum im UWG, da es bei einem B2C-Fall, durch die alleinige Ausrichtung auf Verbraucherinteressen, einen eingeschränkteren Anwendungsbereich hat als die Generalklausel. Durch das Fehlen von subjektiven Anforderungen und die üblicherweise „leichtere“¹²² Erheblichkeitsschwelle ergibt sich jedoch ein größerer Schutzbereich. Das reflektiert auch die Rsp, „vermeidbare Herkunftstäuschung“ ist seit der Novelle nur noch zweimal geprüft worden, Urteile zu § 2 Abs 3 Z 1 UWG sind allerdings sehr häufig. Die Beschränkung bei Ausstattungen durch Verkehrsgeltungserfordernisse sollte mE aufgegeben werden.

Beim untersuchten Fall ist aus Sicht des Verbrauchers die Übernahme des Titels der Sendung nicht zu beanstanden, da durch dasselbe Showkonzept und denselben Moderator die Erwartungen an das „Produkt“ nicht enttäuscht werden.

Ob eine Irreführung überhaupt vorliegt und selbst bei Bejahung dieser, dass jene auch kausal und intensiv genug für einen Radiosenderwechsel war, ist wohl schwer zu belegen. ME

¹¹⁹ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 50.

¹²⁰ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 47.

¹²¹ *Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 2 Rz 48.

¹²² Vgl jedoch oben S 8.

würden die Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs 3 Z 1 UWG beim vorliegenden Fall nicht gegeben sein.

4. § 9 UWG - Kennzeichenschutz

4.1. Allgemeines

Kennzeichenrechte nach § 9 UWG sind Immaterialgüterrechte.¹²³ Die Norm regelt den Schutz von Unternehmenskennzeichen und von im geschäftlichen Verkehr als solche gebrauchten Namen gegen verwechslungsfähigen Gebrauch durch unberechtigte Dritte.¹²⁴ Die dahinterstehende kreative Leistung kann jedoch nach anderen Rechtsnormen geschützt sein.

4.2. Voraussetzungen

Um nach § 9 UWG für ein Kennzeichen Schutz genießen zu können sind drei Voraussetzungen nötig. Erstens muss es sich um ein nach § 9 Abs 1 UWG geschütztes Kennzeichen handeln oder durch Verkehrsgeltung iVm § 9 Abs 3 UWG einem Kennzeichen gleichgehalten werden. Jedoch ist nicht jede Kennzeichnung durch Verkehrsgeltung einem Schutz zugänglich. Wie auch im MarkenR¹²⁵ gibt es für manche Gestaltungen ein Freihaltebedürfnis, für die ein Schutz generell ausgeschlossen ist.¹²⁶

Zweitens muss das Kennzeichen an sich genügend Unterscheidungskraft besitzen um eine Herkunftsfunktion auszulösen, dieses Merkmal korrespondiert wieder mit der „wettbewerblichen Eigenart“. Eine Verwechslungsgefahr wäre ausgeschlossen, wenn der Empfänger das Kennzeichen nicht als einen Unterschied zu anderen wahrnimmt.¹²⁷

Schutz nach § 9 Abs 1 UWG erhält man nur, wenn man sich dem Zeichen „befugterweise bedient“.¹²⁸ Defensivmarken sind daher nicht möglich, man muss das Kennzeichen auch

¹²³ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 1.

¹²⁴ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 3.

¹²⁵ Vgl § 4 MarkSchG.

¹²⁶ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 92.

¹²⁷ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 38.

¹²⁸ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 91.

tatsächlich benutzen. Der Schutz erstrahlt auch nur regional auf jenes Gebiet indem das Kennzeichen auch wirklich verwendet wird.¹²⁹

4.2.1. Schutzzfähige Kennzeichen

(1) Nach § 9 Abs 1 UWG geschützte Kennzeichen

Geschützt durch § 9 Abs 1 UWG sind Namen, Firma, besondere Bezeichnung eines Unternehmens und die besondere Bezeichnung eines Druckwerks für das § 80 UrhG nicht gilt.

Das OLG¹³⁰, welches sowohl § 9 Abs 1 UWG als auch Abs 3 leg cit verwirklicht sah, stützte sich bei seiner Argumentation vor allem auf eine extensive Auslegung des Druckwerk Begriffs. Es subsumierte den Titel einer Radiosendung auch unter diesen Tatbestand, da zum Zeitpunkt des Entstehens des UWG (BG vom 26.09.1923, BGBl 531) die Entwicklung im Mediensektor nicht vorstellbar und damals den gesamten relevanten Bereich abdeckte. Im Lichte der neuen digitalen Medien wäre eine Ungleichberechtigung dieser mit allen gedruckten Erzeugnissen nicht vertretbar, noch im Sinne des Gesetzgebers. Weiters führte das OLG aus, dass dies auch für die Mediengruppe der flüchtigen, einmaligen Veröffentlichungen im Hörfunk und Fernsehen gelten muss. Daher wurde ein Titelschutz nach § 9 Abs 1 UWG für eine Rundfunksendung angenommen. Anschließend bejahte es die Verwechslungsgefahr, wobei hier eine Markenrechtliche Gegenüberstellung ausreicht¹³¹, und urteilte dementsprechend.

Der OGH hingegen griff diese Argumentationslinie gar nicht auf und beließ es bei einem Urteil nach der Generalklausel, wobei er § 9 UWG ausdrücklich offen ließ. Dies deutet darauf hin, dass der OGH die Auslegung des OLG als zu weitgehend empfunden hatte bzw zumindest versuchte dazu keine Stellungnahme abzugeben (was er dann schließlich auch nicht tat).

Hier ist wohl im Ergebnis der Argumentation des OLG zu folgen. Wenn nicht urheberrechtlich geschützte Titel, wie zB ein Zeitungsname, geschützt sind, so muss das auch für das digitale Pendant gelten. Das Medium des Inhalts (Papier, Funkwelle) stellt keinen rechtlich relevanten Unterschied in diesem Gebiet dar.

¹²⁹ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 37.

¹³⁰ OLG Innsbruck 29.03.2010, 2 R 43/09d.

¹³¹ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 104.

(2) Nach § 9 Abs 3 UWG geschützte Kennzeichnungen

Schutz nach § 9 Abs 3 UWG besteht von vornherein nur bei Verkehrsgeltung.¹³² Bei Vorhandensein dieser stellt es sowohl Geschäftsabzeichen als auch andere zur Unterscheidung des Unternehmens benutzte Einrichtungen, zB Ausstattungen von Waren, ihrer Verpackung oÄ, mit den besonderen Geschäftsbezeichnungen nach § 9 Abs 1 UWG gleich.

Geschäftsabzeichen sind va Firmenlogos, Ausstattungen sind sinnlich wahrnehmbare Kennzeichen der Ware, wie zB die Form der Verpackung aber auch Wort- bzw Bildmarken.¹³³ Auch Zeichen, die als Marke eingetragen werden könnten, können bei Verkehrsgeltung als Produkt- oder Dienstleistungsbezeichnung geschützt sein.¹³⁴

Die Anforderungen an die Verkehrsgeltung sind abhängig vom Grad der Unterscheidungskraft.¹³⁵ Als absolute Untergrenze ist jedoch immer das Freihaltebedürfnis zu bedenken, für solche Zeichen kann niemals Schutz bestehen.

Sollte man in unserem Fall der Begründung des OLG nicht folgen, so sind jedoch die Voraussetzungen der Schutzwürdigkeit nach § 9 Abs 3 UWG auf jeden Fall gegeben, da „Musigtruchn“ als Marke eingetragen wurde und als Produktbezeichnung verwendet wird. Die Anforderungen an die Verkehrsgeltung wurden jedoch nicht erfüllt/belegt. Wie hoch diese sein müsste, ist eine Einzelfallentscheidung und kann in diesem Rahmen nicht ausführlich besprochen werden. Es gibt in der Rsp keine starren Mindest- oder Höchstgrenzen, vielmehr betont der OGH die Wechselbeziehung zwischen Freihaltebedürfnis, Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft (Unterscheidungskraft).¹³⁶

4.2.2. Eingriff in ein geschütztes Kennzeichen

§ 9 UWG schützt nicht absolut ein Kennzeichen, sondern nur gegen einen zur Verwechslung geeigneten Gebrauch.¹³⁷ Voraussetzung dafür ist, dass ein Zeichen in einer Weise gebraucht

¹³² Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 26.

¹³³ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 27.

¹³⁴ Kucsko, Geistiges Eigentum 685.

¹³⁵ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 40.

¹³⁶ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 74.

¹³⁷ Schmid in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 104.

wird, die geeignet ist, einen Irrtum über die Verknüpfung des Zeichens mit einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen.¹³⁸

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr gelten nach der Rsp die für die Beurteilung eines Markeneingriffs aufgestellten Grundsätze.¹³⁹ Voraussetzung für das Bestehen von Verwechslungsgefahr ist, dass die Zeichen zumindest ähnlich sind.¹⁴⁰ Dabei ist auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Zeichen in Bild, Klang oder Bedeutung hervorrufen.¹⁴¹ Die Ähnlichkeit der Waren, Branchen und Dienstleistungen der jeweils benutzten Kennzeichen ist ebenfalls heranzuziehen um zu bestimmen, ob Verwechslungsgefahr vorliegt.¹⁴²

Im vorliegenden Fall liegt Verwechslungsgefahr iSd § 9 UWG vor. Einerseits ist Wortklang und Bedeutung identisch und die Abweichungen im Wortbild sind vernachlässigbar. Das angestellte „U1“ ändert daran nichts, da dieser Zusatz im Verhältnis zum übernommenen Element in den Hintergrund tritt.¹⁴³ Dazu kommt noch die Identität der angebotenen Leistung (Radiosendung mit Musikinformationen).

5. Umfassende rechtliche Würdigung und eigener Standpunkt

Es wurde gezeigt, dass mit Hilfe des UWG effektiv und umfangreich Kennzeichen geschützt und verteidigt werden können. Durch die großen Anwendungsbereiche und Überlappungen der vorgestellten Normen sind zumeist alle drei zu bedenken. Dennoch lässt sich vor allem zwischen § 9 und § 1 UWG ein (Rang)Verhältnis bestimmen.

1. Zuallererst wird untersucht, ob die Schutzvoraussetzungen von § 9 Abs 1 UWG gegeben sind. Kann dies schon bejaht werden, liegt der Vorteil darin dass die gegnerische Kennzeichenbenutzung nur Verwechslungsgefahr hervorrufen muss und nicht noch andere besondere wettbewerbliche Umstände hinzutreten müssen, auch etwaige subjektive Anforderungen sind nicht Tatbestandsmerkmal. Vor allem das Fehlen von Verkehrsbekanntheit ist bei § 9 Abs 1 UWG kein Problem.

¹³⁸ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 29 Rz 55.

¹³⁹ OGH 12.09.2001, 4 Ob 169/01h.

¹⁴⁰ *Schmid* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 115.

¹⁴¹ zB OGH 06.12.2002, 4 Ob 273/02d.

¹⁴² *Schmid* in Wiebe/G. Kodek, UWG § 9 Rz 123.

¹⁴³ OGH 15.02.2011, 4 Ob 110/10w.

2. Ist der Anwendungsbereich von § 9 Abs 1 UWG nicht gegeben, so ist zu untersuchen ob Verkehrsgeltung vorhanden ist und das verwendete Zeichen daher mit § 9 Abs 3 UWG verteidigt werden kann.

3. Bei Fehlen von Verkehrsgeltung kann bei Kennzeichen als „last resort“ noch § 1 UWG herangezogen werden. Hier muss jedoch die Verkehrsgeltung zumindest schon angebahnt sein, außerdem werden zusätzliche besondere wettbewerbliche Umstände sowie subjektive Anforderungen gefordert.

Das verbindende Glied dieser drei Rechtsnormen ist der Mitbewerberschutz. Der Telos liegt ganz klar im Schutz von Leistungsergebnissen. Der Belohnungsgedanke in § 9 Abs 3 UWG verdeutlicht dies, da er Schutz nur bei beachtenswerten Leistungen gewährt. Vorteilhaft ist außerdem, dass bei der Untersuchung von Verwechslungsgefahr zwar der Durchschnittsverbraucher herangezogen wird, die Prüfung selbst sich aber auf den Vergleich der Kennzeichen beschränkt. Die konkreten Umstände, in welchem der Verbraucher mit den Kennzeichen konfrontiert wird, werden nicht berücksichtigt.

4. Ganz anders hingegen ist § 2 Abs 3 Z 1 UWG zu beurteilen. IVm der UGP-RL ist hier primär der Verbraucherschutz vor Irreführung in den Vordergrund zu stellen. Art 6 Abs 2 UGP-RL besagt deutlich, dass alle konkreten Umstände berücksichtigt werden müssen und dass der Durchschnittsverbraucher durch die Irreführung eine Handlung tätigen muss, die er sonst nicht getätigt hätte. Die hier durchgeführte Prüfung differenziert also etwas stärker als eine rein Markenrechtliche. Daher kann mE auch nicht der Schutz vom Vorhandensein der Verkehrsgeltung abhängig gemacht werden.¹⁴⁴ Die derzeitige Rsp des OGH, der die eigenständige Bedeutung des § 2 Abs 3 Z 1 auf die erweiterte Antragslegitimation reduziert¹⁴⁵, ist daher stark zu kritisieren. Wie schon beim Imitationsmarketing beschrieben, ist der Durchschnittsverbraucher bei der Konfrontation eines Kennzeichens iSd § 9 Abs 3 UWG nicht weniger schutzwürdig.

Das eigentliche, große Problem ist die mit dem § 2 Abs 3 Z 1 UWG einhergehende intendierte Vollharmonisierung durch die RL und der bei der Umsetzung durch die UWG-Novelle gefallene Satz, dass die Rsp zu § 1 UWG unberührt bleibt. Genau genommen dürften bei Kennzeichen keine höheren als auch niedrigen Schutzbedingungen gefordert werden als die in Art 6 Abs 2 UGP-RL festgelegten. Durch den weiten Anwendungsbereich dieser Norm bleibt kein Kennzeichen über, dass nur über die §§ 1, 9 UWG abgedeckt wäre. Dieses Problem lässt

¹⁴⁴ So auch *Koppensteiner*, wbl 2011, 587 (592).

¹⁴⁵ OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i.

sich jedoch, wie gezeigt, lösen, wenn man die Reflexwirkungen die ein Urteil über einen B2B Sachverhalt auf den nicht abtrennbaren B2C Bereich bewirkt, bei der Beurteilung einer Verletzung der Vollharmonisierung außer Acht lässt. Rechtspolitisch ist aber eine baldige RL über den B2B Bereich wünschenswert, um so zu einem einheitlichen europäischen Wettbewerbsrecht zu gelangen.

Bei dem hier untersuchten Fall ist eine Auseinandersetzung mit diesen Problemkomplexen komplett unterlassen worden. Trotzdem sind einige Schlussfolgerungen möglich. Zum einen ist die in Lit umstrittene weiterbestehende Anwendbarkeit der „vermeidbaren Herkunftstäuschung“ belegt worden, ebenfalls werden auch weiterhin subjektive Elemente für die Wettbewerbswidrigkeit gefordert.

Die nicht aufgegriffene Argumentationslinie des OLG vermag ebenso zu überzeugen. Es spricht viel dafür, den Druckbegriff des § 9 UWG extensiv auszulegen und ihn auch für Sendungsnamen oÄ fruchtbar zu machen.

6. Literaturverzeichnis

Kommentare:

Gumpoldsberger/Baumann (Hg), UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; Ergänzungsband (2009)

Fezer (Hg), Markenrecht³ (2001)

Köhler/Bornkamm (Hg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb²⁹ (2011)

Wiebe/G. Kodek (Hg), Kommentar zum UWG (2009)

Zeitschriften:

Bornkamm, Die Schnittstellen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und UWG – Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutzes, GRUR 2011, 1

Fezer, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163

Gamerith, Wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz durch die RL-UGP – Welche Änderungen bringt § 2 Abs 3 Z 1 UWG für den Kennzeichenschutz? ÖBl 2008, 174

Hoeren, Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich, WRP 2009, 789

Horak, Fluid Trademarks, ecolex 2011, 431

Köhler, Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 445

Koppensteiner, Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2006, 553

Koppensteiner, Das UWG nach der Novelle 2007, wbl 2009, 1

Koppensteiner, Marken- und Lauterkeitsrecht, wbl 2011, 587

Scherer, Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG zur europarechtlichen Vollharmonisierung der irreführenden oder vergleichenden Werbung, WRP 2009, 1446

Schuhmacher, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557

Wiltschek/Majchrzak, Die UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008, 4

Monographien und Lehrbücher:

Haybäck, Das Recht am geistigen Eigentum (2004)

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997)

Kucsko, Geistiges Eigentum (2003)

Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010)

7. Judikaturverzeichnis

Oberster Gerichtshof:

OGH 04.11.1980, 4 Ob 363/80

OGH 07.07.1981, 4 Ob 362/81

OGH 10.09.1985, 4 Ob 353/85

OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94

OGH 04.02.1999, 4 Ob 330/98b

OGH 14.12.1999, 4 Ob 290/99x

OGH 24.10.2000, 4 Ob 196/00b

OGH 22.03.2001, 4 Ob 55/01v

OGH 12.09.2001, 4 Ob 169/01h

OGH 09.04.2002, 4 Ob 78/02b

OGH 09.04.2002, 4 Ob 84/02k

OGH 06.12.2002, 4 Ob 273/02d

OGH 12.06.2007, 4 Ob 90/07z

OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b

OGH 12.05.2009, 17 Ob 7/09t

OGH 20.10.2009, 4 Ob 141/09b

OGH 15.02.2011, 4 Ob 110/10w

OGH 16.02.2011, 17 Ob 14/10y

OGH 19.09.2011, 17 Ob 23/11y

OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i

Oberlandesgericht:

OLG Linz 20.06.1989, 1 R 161/88

OLG Innsbruck 29.03.2010, 2 R 43/09d

Deutsche Judikatur:

OLG Köln 04.10.2002, 6 U 35/02