

565. Die Marke muss einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt sein, wobei allerdings keine festen Prozentsätze und zwar auch nicht im Sinn einer absoluten Untergrenze maßgeblich sind. An den Nachweis der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft sind allerdings umso höhere Anforderungen zu stellen, je höher das Freihaltebedürfnis ist. Benutzungshandlungen von Lizenznehmern mit Fremdbenutzungswillen sind der Markeninhaberin dabei zuzurechnen. Ein Eventualbegehren jedoch, das einen Antrag auf Eintragung des Zeichens mit einem anderen, nämlich späteren Verkehrsgeltungsnachweis enthält, wäre von einer außerhalb des zu behandelnden Antrags gelegenen Bedingung abhängig. Ein solcher Antrag ist unzulässig. Ob ein Zeichen Verkehrsgeltung (im Sinn der sekundärrechtlichen Terminologie auch: erworbene Unterscheidungskraft) besitzt, ist Rechtsfrage, die auf Grund der tatsächlichen Grundlagen zu lösen ist. OLG Wien 21.11.2018, 133 R 99/18h – Farbmarke (orange).

566. Um ein Gutachten beurteilen zu können, mit dem die Verkehrsbekanntheit nachgewiesen werden soll, bedarf es konkreter Feststellungen zu den gestellten Fragen, zum befragten Personenkreis und zu den Antworten sowie zur darauf bezogenen prozentuellen Auswertung. Die darauf aufbauende Beurteilung nach § 4 Abs 2 MSchG ist hingegen der Rechtsanwendung zuzurechnen. Dabei kommt es auch darauf an, ob die Fragestellung dazu taugt, die Verkehrsdurchsetzung für den beanspruchten Schutzzumfang zu belegen. OLG Wien 31.08.2017, 133 R 37/17i – Waffelverpackung.

§ 5. Marken, die eine Auszeichnung oder eines der im § 4 Abs. 1 Z 1 erwähnten Zeichen als Bestandteile enthalten, dürfen, sofern die Benützung gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, nur registriert werden, nachdem das Recht zur Benützung der Auszeichnung oder des Zeichens nachgewiesen worden ist.

Kommentar

Die ausschließliche Verwendung von Hoheitszeichen (wie etwa der Bundesadler, aber auch besondere Auszeichnungen wie „staatlich geprüfter...“ und Gütezeichen) als (Teil einer) Marke begründet bereits nach § 4 Abs 1 Z 1 MSchG ein absolutes Registrierungshindernis. Dies wird durch § 5 MSchG insofern eingeschränkt, als dieser klarstellt, dass kein

absolutes Registrierungshindernis besteht, wenn das Zeichen auch andere Bestandteile hat, die kein Hoheitszeichen sind. Dieses Ergebnis ergäbe sich allerdings auch aus einer Auslegung von § 4 Abs 1 Z 1 MSchG allein.

Bedeutender ist daher der zweite Teil der Regelung, wonach vor der Registrierung ein Nachweis für die Berechtigung zur Benützung des Hoheitszeichens zu erbringen ist. Der Nachweis wird idR urkundlich erfolgen, also etwa durch Vorlage eines Vertrags oder Diploms. Wird dieser Nachweis erbracht, wird idR auch keine Täuschungsgehung der Registrierung mehr entgegenstehen (§ 4 Abs 1 Z 8 MSchG), außer diese ergibt sich noch aus anderen Umständen.

Wer ein Hoheitszeichen im Geschäftsverkehr verwendet, ohne dazu berechtigt zu sein und seine Kunden damit irreführt (was die Ablehnung der Registrierung als Marke naturgemäß nicht verhindern kann), wird im Übrigen auch gegen § 2 UWG verstoßen und damit potentiellen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein.

Leitsätze

Keine relevanten Leitsätze vorhanden.

§ 6. (1) Es ist untersagt, im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen oder als Bestandteil von Waren- oder Dienstleistungskennzeichnungen unbefugt das Staatswappen, die Staatsfahne, ein anderes staatliches Hoheitszeichen oder das Wappen einer inländischen Gebietskörperschaft oder ohne Zustimmung der Berechtigten die im § 4 Abs. 1 Z 1 lit. c genannten Zeichen zu benutzen. Ebenfalls untersagt ist die Benutzung eines Prüfungs- oder Gewährzeichens ohne Zustimmung der das Prüfungs- oder Gewährzeichen verleihenden Behörde zur Kennzeichnung oder als Bestandteil der Kennzeichnung solcher Waren oder Dienstleistungen, für die das Zeichen eingeführt ist, oder ähnlicher Waren oder Dienstleistungen.

(2) Auf ausländische staatliche Hoheitszeichen und amtliche Prüfungs- oder Gewährzeichen ist Abs. 1 nur anzuwenden, wenn eine zwischenstaatliche Vereinbarung oder Gegenseitigkeit besteht und wenn das ausländische Zeichen im Bundesgesetzblatt kundgemacht worden ist. Wird in die Kundmachung keine Darstellung der amtlichen Ausführungsform des Zeichens aufgenommen, so ist zu verlautbaren, wo eine solche Darstellung öffentlich zugänglich ist.

(3) Wer dem Verbot (Abs. 1) zuwiderhandelt, wird von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 218 € oder mit Arrest bis zu einem Monat bestraft. Bei erschwerenden Umständen können diese Strafen auch nebeneinander verhängt werden.

Kommentar

Die Bestimmung gehört mit § 4 Abs 1 Z 1 und § 5 MSchG in die Reihe der Vorschriften zur Verwendung von Hoheitszeichen als (Teil einer) Marke. Beispiele für Hoheitszeichen, die nach § 6 Abs 2 MSchG kundgemacht wurden und die demnach nicht verwendet werden dürfen sind Wappen und Flagge der Republik San Marino (BGBl II 2013/5).

Im Einzelnen werden unterschiedliche Begrifflichkeiten verwendet, die sich in den jeweils anderen Bestimmungen so nicht finden (vgl etwa § 6 Abs 2 MSchG: „Prüfungs- oder Gewährzeichen“). Aufgrund des einheitlichen Regelungsziels ist jedoch davon auszugehen, dass hinsichtlich des Schutzgegenstands kein Unterschied besteht. Daher sind insb die in § 5 MSchG genannten „Auszeichnungen“ auch von § 6 MSchG erfasst.

Als kurios kann die Verwaltungsstrafbestimmung in § 6 Abs 3 MSchG bezeichnet werden. Nicht nur aufgrund der altertümlichen Wortwahl, sondern auch aufgrund der Strafhöhe. Hierzu lohnt sich ein Blick in § 10 Abs 2 VStG, wonach bei Verwaltungsübertretungen im Zweifel „mit Geldstrafe bis zu 218 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen“ zu bestrafen sind. Warum gerade hier statt zwei Wochen ein ganzer Monat angemessen sein soll und es dennoch beim Betrag von 218 € bleibt, ist kritisch zu hinterfragen und in Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz potentiell verfassungswidrig.

Leitsätze

567. Das VStG sieht für das Verhältnis zwischen Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen keinen festen Umrechnungsschlüssel vor. VwGH 30.4.1992, 91/02/0146.

568. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist nach den Strafzumessungsregeln des § 19 VStG zu berechnen. VwGH 30.0.1992, 91/02/0146.

569. Ungeachtet des Umstandes, dass die Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen sind, hat die Berufungsbehörde eine Begründung dafür zu geben, wenn

sie bei mehreren Geldstrafen in unterschiedlichem Ausmaß des gesetzlichen Höchststrahmens bei der Ersatzfreiheitsstrafe den Strafraumen jeweils im selben Ausmaß ausschöpft, so dass teilweise ein nach dem Verhältnis der Höchststrafen zu bemessender erheblicher Unterschied besteht. VwGH 29.5.1998, 96/02/0130 – JUS A/2977 = ZfVB 1999/798 = ZUV 1999 H 1, 24.

§ 7. § 4 Abs. 1 Z 1 und die §§ 5 und 6 gelten auch für Darstellungen, die der amtlichen Ausführungsform der Auszeichnung oder des Zeichens ähnlich sind. Befugt geführte Auszeichnungen und Zeichen der im § 4 Abs. 1 Z 1 bezeichneten Art können jedoch auch dann, wenn sie anderen derartigen Auszeichnungen oder Zeichen ähnlich sind, Bestandteile von Marken bilden (§ 5) und zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden (§ 6).

Kommentar

Die Norm ist die letzte in der Reihe zur Regelung der markenmäßigen Verwendung von Hoheitszeichen. Insgesamt bestehen für dieses Thema daher vier vereinzelte Normen, was deutlich macht, wie hoch der Gesetzgeber die mit Hoheitszeichen verbundene Ausstrahlungswirkung einschätzt.

Es ist nur konsequent, dass § 7 MSchG dementsprechend anordnet, dass § 4 Abs 1 Z 1 lit c sowie die §§ 5 und 6 MSchG auch dann greifen, wenn Zeichen verwendet werden, die den tatsächlichen Hoheitszeichen nur ähnlich sind und somit einen Nachahmungsschutz installiert. Auch dieser besteht freilich nur insoweit als der Gebrauch des konkreten Hoheitszeichens erlaubt ist – eine Ähnlichkeit eines Hoheitszeichens zu einem anderen geht daher nicht zulasten des berechtigten Nutzers.

Leitsätze

570. Für die Ähnlichkeit mit einem Hoheitszeichen reicht es nicht aus, dass ein Tier abgebildet ist, dessen Abbildung häufig für Wappen verwendet wird. Charakteristisch für Hoheitszeichen sind die kreisrunde Form („Siegelcharakter“) und ein Textteil, der auf ein staatliches Gemeinwesen hinweist. OPM 25.10.2000, OM 2/00 – Old Bourbon Street – PBl 2001, 200 = ÖBl-LS 2002/55.

571. Eine Bildmarke, welche dieselbe Anzahl von Sternen wie das Europa-Emblem enthält und die auch dieselbe Art der Sterne zeigt, kann als Nachahmung des Europa-Emblems im heraldischen Sinne angesehen werden. Es ist unerheblich, dass der Sternenkranz der Bildmarke nicht mit dem des Europa-Emblems identisch ist, da bei den relevanten Verkehrskreisen der Eindruck entstehen kann, dass es sich um eine Nachahmung des Sternenkranzes des Europa-Emblems im heraldischen Sinne handelt. EuG 21.4.2004, T-127/02 – Europa-Emblem.

572. Eine Bildmarke, welche eine Nachahmung des EUR-Zeichens in zentraler Position erfasst kann beim Publikum den Eindruck einer Verbindung zwischen ihrem Inhaber und der Europäischen Union hervorrufen, wenn weitere Bestandteile den Eindruck, den das Vorhandensein dieser Nachahmung des Euro-Zeichens beim Publikum erweckt, nicht beseitigen. EuG 10.7.2013, T-3/12 – MEMBER OF € euro experts.

§ 8. *(Aufgehoben durch BGBl 1977/350.)*

§ 9. Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten kann, wenn dies zur leichteren Feststellung der Herkunft von Waren einer bestimmten Gattung wegen ihrer Beschaffenheit, insbesondere Gefährlichkeit, oder aus volkswirtschaftlichen Gründen geboten ist, anordnen, daß derartige Waren nur in Verkehr gesetzt werden dürfen, wenn sie mit einer eingetragenen Marke in einer durch die Verordnung zu bezeichnenden Weise versehen sind.

Kommentar

Derzeit besteht keine VO, aufgrund der es verpflichtend ist, für das Inverkehrsetzen gewisser Waren eine Marke zu verwenden. Die Bestimmung ist daher gegenwärtig ohne praktische Relevanz. Die letzte VO dieser Art, die Sensenzwangsverordnung, wurde durch die VO über die Regulierung auf dem Gebiet des Kennzeichnungsrechts vom 14. 10. 1994 (BGBl 1994/825) aufgehoben.

Die Figur dieses sog „Markenzwangs“ reicht bis zurück ins 18. Jahrhundert und basiert auf Erwägungen zur Sicherung der Qualitätskontrolle und der raschen und eindeutigen Bestimmung des Herstellers. Eine vergleichbare Regelung besteht noch hinsichtlich im Inland erzeugter

oder zum Verkauf angebotener Edelmetallgegenstände (vgl § 5 Punzierungsgesetz 2000).

Leitsätze

Keine relevanten Leitsätze vorhanden.

§ 10. (1) Vorbehaltlich der Wahrung älterer Rechte gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

1. ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§ 10a), die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist;
2. ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§ 10a), wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

(2) Der Inhaber einer eingetragenen Marke hat auch das Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§ 10a), unabhängig davon, ob diese Waren oder Dienstleistungen gleich oder ähnlich oder nicht ähnlich sind mit denjenigen, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese im Inland bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Bekanntheit der älteren Marke muss spätestens am Tag der Anmeldung der jüngeren Marke, gegebenenfalls am prioritäts- oder zeitrangbegründenden Tag, oder im Entstehungszeitpunkt des jüngeren sonstigen Kennzeichenrechts vorgelegen sein.

(2a) Unbeschadet älterer Rechte ist der Inhaber einer eingetragenen Marke auch berechtigt, Dritten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr Waren ins Inland zu verbringen, ohne die Waren in den zollrechtlich freien Verkehr zu überführen, wenn die Waren, einschließlich ihrer Verpackung, aus Drittstaaten stammen und ohne Zustimmung eine Marke aufweisen, die mit der für derartige Waren eingetragenen Marke gleich ist oder in ihren wesentlichen Aspekten