

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB I

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2021

04

145 – 192

## Beitrag

**Von Skihelmen, „Coyoten“ und „JÖs“ – Status quo der Werbefunktion**

Marco Wolfsberger und Alexander Zauner ↻ 148

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 157

Nationale Rechtsentwicklung ↻ 160

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 160

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 165

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen  
Registerverfahren ↻ 166

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ↻ 166

## Rechtsprechung

**Produktfamilie S/Quellcode – Drohende Entwertung des Quellcodes  
durch Veröffentlichung** Barbara Kuchar ↻ 168

**DER STANDARD – Standards für die Unterscheidungskraft**  
Martin Hüttenmayr ↻ 171

**Jö-Kundenkarte – Die Marke im „mobile wallet“**  
Arthur Stadler, Jacqueline Bichler und Veronika Krickl ↻ 175

**Morbier-Käse – Käse, der nur so aussieht wie ein Produkt  
mit geschützter geografischer Herkunft** Alexander Koller ↻ 179

**Marken auf Malta – Markenrechte nach Malta verschifft**  
Tobias Hayden und Marco Thorbauer ↻ 183

**AKM/Zürs.net II – Ausnahme vom Senderecht für  
Kleingemeinschaftsantennenanlagen** Hans Lederer ↻ 186

**Mittelfinger – Mit dem Finger auf das Zitatrecht und die  
Parodie gezeigt** Johann Guggenbichler ↻ 190

Editorial:  
Ein Sommer  
wie damals?

# Ein Sommer wie damals?



ÖBI 2021/51

Ich schreibe diese Zeilen, kurz nachdem die österr Regierung einen „Sommer wie damals“ in Aussicht gestellt hat. Gemeint war damit, dass im Sommer 2021 endlich die COVID-19-Pandemie nicht mehr das Leben bestimmen soll. Wenn Sie, liebe Leserin, lieber Leser, dieses Heft im Sommer in den Händen halten, werden Sie schon beurteilen können, ob diese Hoffnung wahr wurde.

Das 27. ÖBI-Seminar am 18. 6. war jedenfalls noch stark geprägt von den Sicherheitsvorschriften der Pandemie, aber es war sehr schön zu sehen, dass das Seminar zumindest teilweise als Präsenzveranstaltung stattfinden konnte, und allseits wurde die Hoffnung geteilt, dass im Frühjahr 2022 wieder ein „Seminar wie damals“ stattfinden kann.

Die COVID-19-Pandemie hat selbstverständlich auch in unserem Rechtsbereich Auswirkungen. So wären Missachtungen der Einschränkungen oder Sicherheitsbestimmungen in Gastronomie oder Handel als Rechtsbruch nach dem UWG auch im Wege des „private enforcement“ mit EV-Anträgen von Mitbewerbern oder Verbänden sanktionierbar. Nunmehr ist eine internationale Diskussion über IP-Schutzrechte iZm Impfstoffverfügbarkeit entbrannt.

*Sommer wie früher?* Vor, aber auch während der COVID-19-Pandemie ist ein Thema gerade in heißen Sommern mitten in der Gesellschaft angekommen, nicht zuletzt aufgrund eines schüchtern wirkenden, ausdrucksstarken („How dare you!“) jungen Mädchens aus Schweden, *Greta Thunberg*: die Bewältigung der Klimakrise.

Der Kampf gegen die Klimakrise wird auch in unserem Rechtsbereich (wie in allen Bereichen des Lebens) Auswirkungen zeigen: Im Entwurf für Änderungen des Kartell- und Wettbewerbsrechts durch das KaWeRÄG 2021 soll der Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft in die Ausnahme vom Kartellverbot einfließen.<sup>1)</sup> Auf EU-Ebene sind im Rahmen der Green-Deal-Maßnahmen „Empowering the Consumers for the Green Transition“ in Vorbereitung, womit unter anderem geschönte Umwelteinformationen („greenwashing“) bekämpft werden sollen. Dazu erreichten in Österreich bereits früher Fälle zur angepriesenen Herstellung von Plastikflaschen aus Plastikmüll aus dem Meer<sup>2)</sup> und zur Behauptung „klimaneutraler“ Herstellung aufgrund von Kompensationszahlungen<sup>3)</sup> den OGH; man wird sehen, inwiefern hier neue Aspekte in die Irreführungsprüfung einfließen könnten. Denkt man ferner an die Pläne auf Unionsebene für Sorgfaltsverpflichtungen zum Schutz von Menschenrechten und der Umwelt in der Lieferkette (denen Deutschland mit einem Lieferkettengesetz bereits vorgegriffen hat), wird ein typisches Thema des von der beruflichen Sorgfaltspflicht bestimmten modernen Lauterkeitsrechts nach der UGP-RL sichtbar. Auch in diesem Bereich könnten wohl Wettbewerbsverzerrungen im Fall nicht ausreichend aufgewandter Sorgfalt einzelner Marktteilnehmer im Wege des „private enforcement“ durch Ansprüche insb auf Unterlassung nach dem UWG sanktioniert werden.

Wir werden über die weiteren Entwicklungen laufend in den ÖBI berichten.

Vorerst wünschen wir Ihnen aber einen schönen Sommer.

Christian Schumacher

## IMPRESSUM

gem. § 24 MedienG

Offenlegung gem. § 25 MedienG und Angaben zu § 5 ECG abrufbar unter <https://www.manz.at/impresum>

## ÖSTERREICHISCHE BLÄTTER FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

70. Jahrgang 2021

**Medieninhaber und Herausgeber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.

**Anschrift:** Kohlmarkt 16, 1010 Wien.

**Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien ([verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)).

**Herausgeber:** Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Ditscheinergasse 4, 1030 Wien, [www.oev.or.at](http://www.oev.or.at)

**Chefredakteur:** RA Dr. Christian Schumacher.

**Redaktion:** Patentanwalt DI Dr. Rainer Beetz, LL.M.; Dr. Reinhard Hinger, Senatspräsident des OLG Wien.

**Ständige fachliche Mitarbeit:** RA MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Dr. Christian Handig.

**Redaktionsassistent:** Mag. Barbara Gatterbauer.

**Verlagsredaktion:** Dr. Elisabeth Maier, Johannesgasse 23, 1010 Wien, E-Mail: [elisabeth.maier@manz.at](mailto:elisabeth.maier@manz.at)

**Hersteller:** Printera Grupa d.o.o., 10431 Sveta Nedelja.

**Herstellungsort:** Sveta Nedelja, Kroatien.

**Verlagsort:** Wien, Österreich.

**Zitiervorschlag:** ÖBI 2021/Nummer.

**Anzeigenkontakt:** Stefan Dallinger, Tel: (01) 531 61-114, Fax: (01) 531 61-596, E-Mail: [stefan.dallinger@manz.at](mailto:stefan.dallinger@manz.at)

**Bezugsbedingungen:** Die ÖBI erscheinen 6x jährlich (2x jährlich mit der Beilage „ipCompetence“). Der Bezugspreis 2021 beträgt € 306,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 61,20. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abgestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen müssen schriftlich bis spätestens 18. November vor Jahresende beim Verlag einlangen.

**Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adresse:** RA Dr. Christian Schumacher, Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 19, 1010 Wien, E-Mail: [ch.schumacher@schoenherr.eu](mailto:ch.schumacher@schoenherr.eu). Wir bitten Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum Download unter [www.manz.at/formatvorlagen](http://www.manz.at/formatvorlagen)) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristentages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 8. Aufl (Verlag MANZ, 2019), zu halten.

**Urheberrechte:** Sämtliche Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil der Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

**Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen.

**Grafisches Konzept:** Michael Fürsinn für buero8, 1070 Wien ([buero8.com](http://buero8.com)).

**Covergestaltung:** bauer – konzept & gestaltung, 1040 Wien ([erwinbauer.com](http://erwinbauer.com)).

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.

1) Siehe zum Begutachtungsentwurf des KaWeRÄG *Ablasser-Neuhuber*, Seite 160.

2) OGH 4 Ob 144/18g, *Ocean Bottle*, ÖBI 2019, 34 (*Graf*).

3) OGH 4 Ob 202/12b, *klimaneutral*, ÖBI 2013, 175.

→ Editorial ..... 145  
**Ein Sommer wie damals?**  
*Von Christian Schumacher*

## Beitrag

→ Von Skihelmen, „Coyoten“ und „JÖs“ – Status quo der Werbefunktion und ihre Rezeption in der österr Rechtsprechung. .... 148  
 Der EuGH hat die Werbefunktion bereits vor über zehn Jahren definiert und im Doppelidentitätsbereich explizit als geschützte Markenfunktion anerkannt, dennoch fristet diese in der markenrechtlichen Praxis größtenteils noch ein Schattendasein. Das OLG Wien und der OGH hatten sich nun erstmals – in mehreren rezenten Entscheidungen – mit dieser Thematik auseinanderzusetzen, was Anlass gibt, den Status quo dieser Funktion, insb deren Zielrichtung und Anwendungsbereich, im Rahmen dieses Beitrags näher zu betrachten.  
*Von Marco Wolfsberger und Alexander Zauner*

## Aktuelle Entwicklungen

→ EU-Rechtsentwicklung ..... 157  
**Jüngste Entscheidungen des EuGH und anhängige Vorabentscheidungsverfahren**  
*Von Astrid Ablasser-Neuhuber, Rainer Beetz und Christian Schumacher*

→ Nationale Rechtsentwicklung ..... 160  
*Von Astrid Ablasser-Neuhuber*

→ Rechtsprechung des EuGH und EuG in EUIPO-Verfahren ..... 160  
**Neue Entscheidungen in Registerverfahren zu Unionsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern im Instanzenzug vom EUIPO**  
*Von Christoph Bartos und Katharina Majchrzak*

→ Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ..... 165  
**Neue Entscheidungen der Beschwerdekammern des EPA**  
*Von Matthias Brunner*

→ Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen Registerverfahren ..... 166  
**Neue Entscheidungen des OLG Wien im Instanzenzug vom Österreichischen Patentamt**  
*Von David Plasser*

→ Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ..... 166  
**Neue Entscheidungen des OLG Wien in Register- und Verletzungsverfahren**  
*Von Rainer Beetz*

## Rechtsprechung

→ Produktfamilie S/Quellcode – Drohende Entwertung des Quellcodes durch Veröffentlichung. .... 168  
**OGH 10. 12. 2020, 4 Ob 182/20y**  
*Mit Anmerkung von Barbara Kuchar*

→ DER STANDARD – Standards für die Unterscheidungskraft ..... 171  
**OGH 22. 12. 2020, 4 Ob 198/20 a**  
*Mit Anmerkung von Martin Hüttenmayr*

→ Jö-Kundenkarte – Die Marke im „mobile wallet“ ..... 175  
**OGH 22. 12. 2020, 4 Ob 205/20 f**  
*Mit Anmerkung von Arthur Stadler, Jacqueline Bichler und Veronika Krickl*

- Morbier-Käse – Käse, der nur so aussieht wie ein Produkt mit geschützter geografischer Herkunft . . . . . 179  
 EuGH 17. 12. 2020, C-490/19  
 Mit Anmerkung von Alexander Koller
- Marken auf Malta – Markenrechte nach Malta verschifft . . . . . 183  
 VwGH 27. 11. 2020, Ra 2019/15/0162  
 Mit Anmerkung von Tobias Hayden und Marco Thorbauer
- AKM/Zürs.net II – Ausnahme vom Senderecht für Kleingemeinschaftsantennenanlagen und das ORF-Privileg . . . . . 186  
 OGH 26. 11. 2020, 4 Ob 166/20 w  
 Mit Anmerkung von Hans Lederer
- Mittelfinger – Mit dem Finger auf das Zitatrecht und die Parodie gezeigt . . . . . 190  
 OGH 26. 1. 2021, 4 Ob 3/21 a  
 Mit Anmerkung von Johann Guggenbichler

## Standards

- Impressum . . . . . 145
- Buchbesprechung . . . . . 192



### Der Begleiter im Reiserecht

Das optimale Nachschlagewerk:

- Mehr als 1000 Entscheidungen der letzten 25 Jahre ausgewertet
- Mehr als 800 Stichworte systematisch angeordnet

Lindinger  
**Wiener Liste zur Reisepreisminderung**

4. Auflage 2021. XVIII, 502 Seiten. Br.  
 ISBN 978-3-214-02176-4

**48,00 EUR**  
 inkl. MwSt.

shop.manz.at

**MANZ**