

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,  
Walter Holzer

Mai 2015

03

97 – 152

## Beiträge

**Die Benutzung einer fremden Marke in eigener Gewinnspielwerbung**

*Katharina Majchrzak und Silke Graf* ☎ 100

**Monopol versus Unionsrecht – zurück zum Start?**

*Arthur Stadler und Nicholas Aquilina* ☎ 108

## Leitsätze

Nr 18 – 28 ☎ 113

## Rechtsprechung

**Schifahrerwerbung – Unterlassungsanspruch bei Verletzung  
von Persönlichkeitsrechten Dritter** *Hannes Seidelberger* ☎ 115

**Landesausspielung II – Neuerlich zur Inländerdiskriminierung  
im Glücksspielrecht** ☎ 119

**MCDONALD'S – Zur mittelbaren Verwechslungsgefahr  
bei Serienmarken** *Katharina Schmid* ☎ 122

**Ediktsdatei II – Zum Umfang der Entscheidungsveröffentlichung  
nach § 37 Abs 1 KartG** *Thomas Mildner* ☎ 126

**Online-Archiv II – Überwachungspflichten bei Online-Archiven**  
*Susanne Kissich* ☎ 133

**Copydan Båndkopi – Zum „gerechten Ausgleich“ bei  
multifunktionalen Trägern** *Roman Heidinger* ☎ 137

**Kausalsenat – Zur Besetzung des Rechtsmittelsenats in Verfahren  
des gewerblichen Rechtsschutzes** *Philipp Anzenberger* ☎ 148

## Bericht

**AIPPI-Kongress 2014** *Rainer Beetz und Marc Keschmann* ☎ 151

## ÖSTERREICHISCHE BLÄTTER FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

64. Jahrgang 2015

**Medieninhaber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: Kohlmarkt 16, 1014 Wien, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften.

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

**Geschäftsleitung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung).

**Herausgeber:** Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Schwarzenbergplatz 14, 1040 Wien, www.oev.or.at

**Redaktion:** Dr. Gottfried Musger, Hofrat des OGH; Dipl.-Ing. Walter Holzer; RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek.

**Schriftleitung:** RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek. Assistenz: Dr. Charlotte Radaszkiewicz.

**Wissenschaftlicher Beirat:** o. Univ.-Prof. Dr. J. Aicher, Wien; o. Univ.-Prof. DDR. W. Barfuß, Präsident Austrian Standard Institute, Wien; Univ.-Prof. Dr. C. Baudenbacher, Präsident des EFTA-Gerichtshofs, Universität St. Gallen; Hon.-Prof. DDR. R. Dittich, Sekt.-Chef im BMJ i.R.; Univ.-Prof. Dr. H. Krejci, Wien; Hon.-Prof. Dr. G. Kucsko, RA, Wien; Univ.-Prof. DDR. H. Wünsch, Graz.

**Verlagsredaktion:** Mag. Elisabeth Maier, E-Mail: elisabeth.maier@manz.at

**Druck:** Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn.

**Verlags- und Herstellungsort:** Wien.

**Grundlegende Richtung:** Laufende Information über die Rechtsprechung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sowie die Veröffentlichung einschlägiger Fachartikel und Buchbesprechungen.

**Zitiervorschlag:** ÖBI 2015/Nummer.

**Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at

**Bezugsbedingungen:** Die ÖBI erscheinen 6x jährlich (2x jährlich mit der Beilage „ipCompetence“). Der Bezugspreis 2015 beträgt € 275,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 55,-. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden.

**Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adresse:** RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek, Rotenturmstraße 16-18, 1010 Wien, E-Mail: wiltschek@wip.at. 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)“, 7. Aufl (Verlag MANZ, 2012), zu halten.

**Urheberrechte:** Mit der Einreichung seines Manuskripts räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie die Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (auch einschließlich CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungstücken an den Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG), ein. Gem § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs. Dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen oder Beiträgen jedweder Art ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlags gestattet.

**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).

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

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.

Impressum abrufbar unter [www.manz.at/impressum](http://www.manz.at/impressum)



# Brüssel und der österreichische Gesetzgeber

ÖBI 2015/21

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“, so heißt es zumindest in Art 288 Abs 3 AEUV. Dass die Wirklichkeit anders aussieht, ist allgemein bekannt. Einerseits werden RL immer detaillierter; die nach Art 288 AEUV vorzuziehenden „Ziele“ könnten in vielen Fällen genauso als unmittelbar anwendbare Normen in einer VO stehen. Andererseits erwartet die EK – gestützt durch Rsp des EuGH – eine möglichst präzise Umsetzung. Das führt zu Konflikten, wenn der Gesetzgeber versucht, bei der Umsetzung von RL – zumal in bereits existierenden Gesetzen – die sprachliche und systematische Eigenart des nationalen Rechts zu wahren.

Ein Beispiel dafür ist die jüngst beschlossene UWGNov 2015 (BGBl I 2015/49): Die §§ 1 a und 2 UWG werden auf Drängen der EK (weiter) an die RL-UGP angepasst. § 1 a Abs 2 UWG enthält nun eine Liste von Kriterien, auf die „bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt“, abzustellen ist; dazu gehören ua – wenig überraschend – „Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer“ dieser Praktik. In § 2 Abs 4 UWG wird klargestellt, dass nicht nur das „Vorenthalten“ von wesentlichen Informationen irreführend sein kann, sondern auch der Umstand, dass solche Informationen „auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig“ bereitgestellt werden. Dass vernünftige Rechtsanwender dies ohnehin unter den Begriff des Vorenthaltes subsumierten, genügt der EK offenkundig nicht. Ähnliches gilt für die Anordnung in § 2 Abs 5 UWG, wonach bei der Prüfung, ob wesentliche Informationen vorenthalten wurden, auch die „räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen, die durch das Kommunikationsmedium auferlegt wurden und alle Maßnahmen, die der Unternehmer zur anderweitigen Zurverfügungstellung von Information getroffen hat“, zu berücksichtigen sind. Sicherheitshalber werden also die schon in § 2 Abs 4 UWG genannten „Beschränkungen des Kommunikationsmediums“ ein zweites Mal erwähnt.

Das Drängen der EK auf – auch sprachliche – „Richtliniennähe“ von Umsetzungsgesetzen ist indes nicht so problematisch, wie es auf den ersten Blick scheint. Das nationale Recht ist richtlinienkonform auszulegen; der insofern letztzuständige EuGH orientiert sich nicht selten am Wortlaut des Unionsrechtsakts. Daher liegt es nahe, diesen Wortlaut auch im Umsetzungsgesetz sichtbar zu machen. Der Versuch, ihn sprachlich zu verbessern oder Bestimmungen einer RL in das System des nationalen Rechts einzubauen, kann zu unnötigen Reibungsverlusten führen. Letztlich ist es eine Abwägung im Einzelfall: Sprache und Systematik des nationalen Rechts stehen auf der einen Seite, Transparenz für den Rechtsanwender auf der anderen. Vor allem bei RL mit hoher Regelungsdichte wird eine 1:1-Umsetzung oft die sinnvollste Lösung sein. Umso wichtiger ist es, bei Gesetzgebungsprojekten in Brüssel nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die legislative Qualität zu achten. Dass dies angesichts der Mitwirkung von 28 Mitgliedstaaten nicht immer einfach ist, liegt auf der Hand.

Gottfried Musger

→ Editorial ..... 97  
**Brüssel und der österreichische Gesetzgeber**  
*Von Gottfried Musger*

## Beiträge

→ Die Benutzung einer fremden Marke in eigener Gewinnspielwerbung ..... 100  
 Gewinnspiele sind eine beliebte Verkaufsförderungsmaßnahme. Häufig werden dabei als Gewinne bekannte – oft branchenfremde – Markenprodukte (zB Tablets, Smartphones, diverse Luxusprodukte) ausgelobt, um damit die Attraktivität des Gewinnspiels zu steigern. Dieser Beitrag untersucht – ausgehend von den höchstgerichtlichen *E Cartier II* und *Trikot der Nationalmannschaft* sowie unter Berücksichtigung der einschlägigen Judikatur in Deutschland – die marken- und lauterkeitsrechtlichen Aspekte der Verwendung einer fremden Marke im Rahmen eigener Gewinnspielwerbung. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die in Frage kommenden Einwendungen (Referenzgebrauch und Erschöpfung) gegen einen möglichen Markeneingriff gelegt.  
*Von Katharina Majchrzak und Silke Graf*

→ Monopol versus Unionsrecht – zurück zum Start? ..... 108  
 In der Rs *Pfleger ua* (C-390/12) befasste sich der EuGH bereits zum vierten Mal mit dem österr Glücksspielrecht und stellte unmissverständlich klar, dass beschränkende Regelungen gegen Unionsrecht verstoßen, wenn diese nicht tatsächlich das Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung verfolgen und es somit an der Kohärenz der beschränkenden Regelungen mangelt. Im nationalen Ausgangsverfahren erging jüngst eine Revisionsentscheidung des VwGH, womit dem erstinstanzlichen LVwG Oberösterreich aufgetragen wurde, eine detaillierte Feststellung und Beweiswürdigung der Verstöße gegen das Unionsrecht vorzunehmen. Somit geht es nun zurück zum Start, womit an den Kern der EuGH-E *Pfleger* und der dieser vorangegangenen EuGH-Urteile zum GSpG erinnert sei. Zwischenzeitlich beschäftigen sich auch die Zivilgerichte in einigen Verfahren mit der Frage der Kohärenz des GSpG bzw der aggressiven Bewerbung der von den österr de facto-Monopolisten angebotenen Glücksspiele. Eine Bestandsaufnahme.  
*Von Arthur Stadler und Nicholas Aquilina*

## ÖBI-Leitsätze

→ ÖBI-Leitsätze 2015/18–28 ..... 113

## Rechtsprechung

→ Schifahrerwerbung – Unterlassungsanspruch bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter ..... 115  
 OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 62/14 t  
*Mit Anmerkung von Hannes Seidelberger*

→ Landesausspielung II – Neuerlich zur Inländerdiskriminierung im Glücksspielrecht ..... 119  
 OGH 20. 1. 2015, 4 Ob 200/14 m

→ MCDONALD’S – Zur mittelbaren Verwechslungsgefahr bei Serienmarken ..... 122  
 OGH 16. 12. 2014, 4 Ob 190/14 s  
*Mit Anmerkung von Katharina Schmid*

→ Ediktsdatei II – Zum Umfang der Entscheidungsveröffentlichung nach § 37 Abs 1 KartG ..... 126  
 OGH 21. 1. 2015, 16 Ok 6/14 i  
*Mit Anmerkung von Thomas Mildner*

