„Gorgonzola" gegen „Cambozola"

Besprechung der EuGH-E Rs C-87/97[1]

Reinhard Schanda [2]

Der EuGH hat am 4. März 1999 über die Vorlagefragen des Handelsgerichts Wien in der Sache Gorgonzola ./. Cambozola erkannt. Damit ist dieser Rechtsstreit jedoch noch nicht entschieden.

A Die Vorlagefragen des Handelsgerichts Wien

Das Gericht[3] hatte dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

„1. Ist es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs (Art. 30, 36 EGV) vereinbar, daß ein in einem Mitgliedstaat seit 1977 rechtmäßig hergestellter und mit der Marke 'Cambozola' bezeichneter Käse, der in einem anderen Mitgliedstaat seit 1983 vertrieben wird, in diesem Mitgliedstaat aufgrund einer nationalen Maßnahme unter Berufung auf ein zwischenstaatliches Abkommen zum Schutz von geographischen Herkunftsbezeichnungen und Benennungen bestimmter Erzeugnisse (welches die Bezeichnung 'Gorgonzola' unter Schutz stellt) und unter Berufung auf ein nationales Irreführungsverbot unter der Bezeichnung 'Cambozola' nicht vertrieben werden darf?

2. Macht es für die Beantwortung dieser Frage einen Unterschied, ob die Verpackung der mit der Marke 'Cambozola' bezeichneten Käsesorte einen deutlich sichtbaren Hinweis auf das Erzeugungsland ('Deutscher Weichkäse') trägt, wenn dieser Käse in der Regel nicht in ganzen Käsetorten ausgestellt und an den Verbraucher verkauft wird, sondern in Teilstücken, zum Teil ohne Originalverpakkung?"

2 Die Antworten des EuGH

Diese Fragen wurden vom EuGH wie folgt beantwortet:[4]

„Der Grundsatz des freien Warenverkehrs verwehrt es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts einem Mitgliedstaat nicht, die ihm obliegenden Maßnahmen zu treffen, um den Schutz der aufgrund der VO Nr. 2081/92/EWG des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel eingetragenen Ursprungsbezeichnungen sicherzustellen. In diesem Rahmen *kann*[5] die Verwendung einer Bezeichnung wie „Cambozola" i. S. von Art. 13 Abs. 1 lit. b dieser VO als *Anspielung*[6] auf die geschützte Ursprungsbezeichnung „Gorgonzola" qualifiziert werden; die Angabe des wahren Ursprungs des Erzeugnisses auf der Verpackung vermag daran nichts zu ändern. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 2 der VO Nr. 2081/92 dafür vorliegen, daß die vorher eingetragene Marke trotz der Eintragung der geschützten Ursprungsbezeichnung „Gorgonzola" weiter verwendet werden darf; das Gericht hat sich dabei für die Beurteilung der Frage, ob die Eintragung der Marke *in gutem Glauben*[7] erfolgen konnte, insbesondere auf die im Zeitpunkt der Eintragung bestehende Rechtslage zu stützen und darf eine Bezeichnung wie „Cambozola" nicht als solche als eine Irreführung des Verbrauchers qualifizieren."

3 Vorgeschichte „Österzola"

Der Schutz der Bezeichnung „Gorgonzola"[8] hat in Österreich bereits eine Vorgeschichte: Mit Entscheidung vom 18.5.1993[9] hatte der österreichische Oberste Gerichtshof den Gebrauch der Bezeichnung „Österzola" für einen gleichartigen Blauschimmelkäse verboten. Er sprach aus, daß Art. 3 Abkommen von Stresa[10] die Bezeichnung „Gorgonzola", und zwar auch (analog dem Markenrecht) gegen verwechselbar ähnliche Bezeichnungen wie „Öster-

1 MarkenR 1999, 129. Dieser Beitrag erscheint zugleich in der österreichischen Zeitschrift ecolex 1999/5.

2 Dr. Reinhard Schanda, Korrespondent für Österrreich, Rechtsanwalt in Wien. Korrespondenz: A-1010 Wien, Stallburggasse 4, office@sattler.co.at (www.sattler.co.at).

3 Handelsgericht Wien 18.7.1996 – Cambozola – ÖBl 1997, 305.

4 Der EuGH folgt dabei sinngemäß den Schlußanträgen von Generalanwalt Jacobs vom 17.12.1998.

5 Hervorhebung vom Verfasser.

6 Hervorhebung vom Verfasser.

7 Hervorhebung vom Verfasser.

8 Es handelt sich dabei um einen Vorort, inzwischen Stadtteil, von Mailand.

9 Österzola – ecolex 1993, 758 mit Anm. Kucsko = ÖBl. 1993, 78 = WBl. 1993, 335 = PBl. 1994, 154 = SZ 66/64.

10 Internationales Abkommen über die Anwendung der Ursprungsbezeichnungen und Benennungen für Käse; unterzeichnet am 1.6.1951 in Stresa; österr. BGBl. 1955/135. Strittig war dabei auch, ob dieses Abkommen Bestandteil der österr. Rechtsordnung geworden war. Nach Mayer, Das Abkommen von Stresa – Ein Nichtakt, ecolex 1995, 139 war dieses Abkommem absolut nichtig und von keiner österreichischen Behörde anzuwenden. Der OGH bejahte jedoch die Anwendbarkeit. Zum Aspekt des Schutzes von Namen und Zeichen durch völkerrechtliche Verträge vgl. auch Schärf, Der Schutz des Rot-Kreuz-Zeichens in Österreich, RdM 1997, 148 bei Fn. 3.

zola", schütze. Für das Wort „Gorgonzola" seien sowohl die Bestandteile „Gorgon", als auch „zola" prägend; mit „Österzola" werde daher eine Assoziation zu „Gorgonzola" ausgelöst. „Österzola" und „Gorgonzola" seien daher verwechselbar ähnlich.[11]

Aus dem Abkommen von Stresa hatte sich allerdings kein unmittelbarer Unterlassungsanspruch (wegen Kennzeichenverletzung) ergeben. Der OGH mußte daher auf einen sittenwidrigen Normverstoß i. S. d § 1 UWG als Anspruchsgrundlage zurückgreifen, und sprach aus, daß ein Verstoß gegen den Schutz der Ursprungsbezeichnung sittenwidrig sei, weil die Bezeichnung des Schimmelkäses mit „Österzola" „eine Assoziation zur Güte und Beschaffenheit des seit langer Zeit bekannten 'Gorgonzola' auslöse", und damit nicht nur einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern bewirke, sondern auch den Werbewert der geschützten Bezeichnung beeinträchtige.[12]

4 Schutz nach VO 2081/91/EG

Im Unterschied zur Kollision „Gorgonzola" – „Österzola" ist der nunmehrige Rechtsstreit „Gorgonzola" – „Cambozola" auf Basis der auch in Österreich inzwischen in Kraft getretenen „VO Nr. 2081/91 des Rates vom 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel" (nachstehend VO)[13] zu lösen.[14]

Die VO sieht für Ursprungsbezeichnungen und geographische Angaben ein Registrierungssystem vor.[15] Aufgrund einer bestehenden Registrierung genießt die Bezeichnung „Gorgonzola" Schutz nach dieser VO.[16]

Art. 13 VO gewährt einen Unterlassungsanspruch ua auch gegen „Anspielungen" auf eine eingetragene Bezeichnung, selbst wenn der wahre Ursprung des Erzeugnisses angegeben ist oder wenn die geschützte Bezeichnung in Übersetzung oder zusammen mit Ausdrücken wie „Art", „Typ", „Verfahren", „Facon", „Nachahmung" oder dergleichen verwendet wird.

5 Kollision mit der Marke „Cambozola"

Nach Art. 14 Abs. 2 VO dürfen jedoch Marken, die vor dem Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung der Ursprungsbezeichnung oder der geographischen Angabe in gutem Glauben eingetragen worden sind, ungeachtet der Eintragung der Ursprungsbezeichnung oder der geographischen Angabe weiterverwendet werden, wenn die Marke nicht einem der in Art. 3 Abs. 1 lit. c und g und Art. 12 Abs. 2 lit. b der MarkenRL genannten Gründe für die Ungültigkeit oder den Verfall unterliegt.

Die zitierten Eintragungshindernisse (und der genannte Verfallsgrund) nach der MarkenRL bestehen (u. a.) für Zeichen,

- „die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der ... geographischen Herkunft ... der Ware dienen können",[17]
- „die geeignet sind, das Publikum z. B. über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Ware ... zu täuschen",[18]
  oder wenn die Marke „infolge ihrer Benutzung" geeignet ist, das Publikum insbesondere über ... die geographische Herkunft der Ware irrezuführen.[19]

Die genannten Eintragungshindernisse bestehen freilich für alle Marken. Nur eine Marke, die nicht gegen die genannten Registrierungshindernisse der MarkenRL verstößt, kann daher geeignet sein, gegen eine geographische Herkunftsbezeichnung bestehen zu können. Insoweit normiert die VO nichts, was sich nicht bereits aus der MarkenRL ergäbe.[20]

6 Guter Glaube

Weitere Voraussetzung nach der VO ist aber, daß diese Marke in gutem Glauben erworben wurde. Ob hier die streitgegenständliche Marke „Cambozola" in gutem Glauben erworben wurde, ist gemäß EuGH Sache des erkennenden nationalen Gerichts. Dabei hat das Gericht auf die im Zeitpunkt der Markeneintragung (hier: 1983) bestehende Rechtslage abzustellen.

---

11 Die Richtigkeit dieser Beurteilung erscheint allerdings fraglich: Maßgeblich für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der Gesamteindruck der zu beurteilenden Zeichen (vgl. etwa Koppensteiner, Wettbewerbsrecht3, § 38 Rdnr. 12, § 40 Rdnr. 17). Nach keiner der (jedenfalls im Markenrecht maßgeblichen) Kategorien Wortbild, Wortklang und Sinngehalt (beide Worte haben keinen Sinngehalt) erscheinen die beiden Zeichen verwechselbar ähnlich (vgl. zu diesen Kategorien etwa Kucsko, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht4 1995, 69. Es scheint wenig wahrscheinlich, daß ein österr. Konsument annehmen würde, der Käse „Österzola" werde vom Inhaber der geschützten Bezeichnung „Gorgonzola" oder in dessen Lizenz vertrieben. Vgl. dazu auch Hauer, Lebensmittelrecht und EU (1997), 78 bei Fn. 186, der zu Recht darauf verweist, daß das Abkommen von Stresa „Assoziationen" und „Anspielungen" gar nicht releviert hat.

12 So der OGH (Fn. 9).

13 ABl. 1992 L 208, 1. Diese VO gilt für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, nicht aber für Weinbauerzeugnisse und alkoholische Getränke (Art. 1 Abs. 1 VO). Sie unterscheidet zwischen „Ursprungsbezeichnungen" und „geographischen Angaben" (Art. 2 Abs. 2).

14 Das Abkommen von Stresa und sonstige „nationale" Vorschriften (wie z. B. das ratifizierte bilaterale Abkommen BGBl 1954/235 i. d. F. BGBl. 1972/348) sind seither nicht mehr anzuwenden. Vgl. dazu Hornbanger, Vorabentscheidungstrends in der österreichischen Rechtsprechung, ecolex 1998, 527 bei Fn. 20 m. w. N. sowie Wohlgemuth, Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen, ecolex 1998, 642 (645).

15 Vgl. dazu etwa Meyer, Anmeldung von Herkunftsangaben nach der VO (EWG) Nr. 2081/92, GRUR 1997, 91 sowie Wohlgemuth, a. a. O.. Diese Registrierung hat gem. Art. 13 Abs. 3 VO auch zur Folge, daß diese Bezeichnungen nicht zu – nach Art. 3 Abs. 1 VO freien – Gattungsbezeichnungen werden können.

16 Gem. VO 1107/96/EG zur Eintragung geographischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen, ABl. 1996 L 148, 1.

17 Registrierungshindernis gem Art. 3 Abs. 1 lit. c.

18 Registrierungshindernis gem Art. 3 Abs. 1 lit. g.

19 Verfallsgrund gem Art. 12 Abs. 2.

20 Daher hat der EuGH wohl auf dieses Erfordernis in seinem Leitsatz auch nicht gesondert hingewiesen (obwohl dies etwa die Schlußanträge des Generalanwalt noch vorgesehen hatten).

Damals war die VO 2081/92/EWG noch nicht in Kraft, sondern es galt in Österreich das schon erwähnte Abkommen von Stresa und das „Abkommen zwischen der österreichischen Bundesregierung und der italienischen Regierung über geographische Herkunftsbezeichnungen und Benennungen bestimmter Erzeugnisse".[21] Mit Zusatzprotokoll vom 17.12.1969[22] wurde dieses bilaterale Abkommen „für den Fall des Außerkrafttretens oder der Abänderung der Internationalen Konvention von Stresa" unter anderem auch auf die Käsebezeichnung „Gorgonzola" ausgedehnt.[23]

Das erkennende österreichische Gericht wird also zu entscheiden haben, ob auf Basis der Rechtslage zum Zeitpunkt der Markenregistrierung die Marke „Cambozola" gutgläubig registriert werden konnte. Da zum damaligen Zeitpunkt das Abkommen von Stresa in Kraft stand, ist diese Frage nur am Maßstab dieses Abkommens, und nicht auch am Maßstab des bilateralen Abkommens zu beurteilen.

Art. 3 des Abkommens von Stresa sah vor, daß die geschützten Ursprungsbezeichnungen „ausschließlich diesen Käsesorten vorbehalten" seien, gleichviel ob sie allein verwendet oder von einem qualifizierenden oder korrigierenden Ausdruck wie „Typ", „Art", „Form" o. a. begleitet werden. Der Schutz nach dem Abkommen war damit weniger weitreichend, als jener nach der VO. Diese gewährt nach Art. 13 Abs. 1 lit. b nämlich auch Schutz gegen bloße „Anspielungen", selbst wenn der wahre Ursprung des Erzeugnisses angegeben ist, also keine Verwechslungs- oder Irreführungsgefahr vorliegt.[24]

Hier schließt sich der Kreis zur Entscheidung „Österzola": Darin hatte der OGH ausgesprochen, daß ein Verstoß gegen das Abkommen von Stresa sittenwidrig und im konkreten Fall auch subjektiv vorwerfbar sei. Hier wie dort stellt sich die Frage, ob die Rechtsmeinung, „Österzola" bzw „Cambozola" sei mit der Bezeichnung „Gorgonzola" nicht verwechselbar ähnlich, vertretbar ist. Dieses Kriterium der subjektiven Vorwerfbarkeit dürfte wohl auch zugleich einen tauglichen Maßstab für die Beurteilung der Gutgläubigkeit nach Art. 14 Abs. 2 VO bilden.[25]

Das OLG Frankfurt[26] hat in einem Parallelverfahren die Meinung vertreten, daß selbst der (weitere) Schutz nach der VO für „Gorgonzola" die Bezeichnung „Cambozola" nicht verbiete. Die beiden Wortbestandteile „Gorgon" und „Cambo" unterschieden sich so deutlich voneinander, daß beide Bezeichnungen einen, selbst bei flüchtiger Betrachtungsweise, klar unterschiedlichen Gesamteindruck vermittelten.

Im Sinne eines Größenschlusses erscheint diese Rechtsmeinung am Maßstab des (geringeren) Schutzes nach dem Abkommen von Stresa umso eher vertretbar. Eine Marke „Cambozola" konnte daher im Jahr 1983 wohl gutgläubig i. S. d. VO registriert werden.

7 Österreichische Markenschutzgesetz-Novelle

Die geplante österreichische Markenrechts-Novelle[27] sieht auch eine Einfügung von Bestimmungen zur Umsetzung der VO in Österreich in das MSchG vor. Diese enthalten jedoch nicht nur (wie von der VO vorgesehen) ein Verfahren für die Anmeldung solcher Bezeichnungen in Österreich, sondern normieren – gemäß dem Entwurf – in § 68 f. auch einen Unterlassungsanspruch gegenüber Handlungen, die gegen Art. 13 der VO verstoßen.

Der Novellen-Entwurf verabsäumt es allerdings, auch den Rechtfertigungstatbestand des Art. 14 Abs. 2 VO „umzusetzen". Am Maßstab dieses Entwurfs könnte sich ein Markeninhaber also nicht – wie jedoch von der VO vorgesehen – unter Berufung auf eine gutgläubig erworbene Marke verteidigen. Die geplante „Umsetzung" durch Normierung eines eigenen Unterlassungsanspruchs im MSchG ist (aufgrund der unmittelbaren Wirkung der VO) nicht nur überflüssig,[28] sondern widerspricht auch inhaltlich den Vorgaben der VO.

8 Zusammenfassung

Bei einer Kollision zwischen einer eingetragenen Ursprungsbezeichnung und einer zuvor registrierten Marke kommt es darauf an, ob die Marke (am Maßstab der damaligen Rechtslage) gutgläubig registriert werden konnte. Dabei ist zu beurteilen, ob der Markeninhaber bei Zugrundelegung der verkehrsüblichen Sorgfalt annehmen durfte, daß die Verwendung der Marke zum Zeitpunkt der Eintragung mit dem seinerzeit geltenden nationalen Recht vereinbar sei.

Die in der RV zur österreichischen Markenrechts-Novelle vorgesehene „Umsetzung" der VO über Ursprungsbezeichnungen übersieht in § 68 f. den Rechtfertigungsgrund des Art. 14 VO. ■

21 Unterzeichnet am 1.2.1952 in Rom. Österr. BGBl. 1954/235; für Deutschland vgl. deutsch-italienisches Abkommen vom 23.7.1963, BGBl. 1965 II S. 156 Art. 3 und 4, Anl. B.

22 Österr. BGBl. 1972/348.

23 Anhang II 1. zum Zusatzprotokoll.

24 Vgl. dazu Hornbanger, Vorabentscheidungstrends in der österreichischen Rechtsprechung, ecolex 1998, 527 bei Fn. 21 f.

25 Das meint wohl auch der Generalanwalt, wenn er in seinen Schlußanträgen ausführt, daß zu beurteilen ist, ob der Markeninhaber bei Zugrundelegung der verkehrsüblichen Sorgfalt annehmen durfte, daß die Verwendung der Marke zum Zeitpunkt der Eintragung mit dem seinerzeit geltenden nationalen Recht vereinbar sei.

26 5.6.1997 – „Gorgonzola / Cambozola" – GRURInt 1997, 751 mit Anm. Knaak, rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluß des BGH vom 18.6.1998 – I ZR 169/97.

27 Regierungsvorlage Nr. 1643/99. Am 24.3.1999 dem Wirtschaftsausschuß zugeteilt.

28 Vgl. dazu etwa Hetmeier in Lenz, EGV-Komm., Art. 189 Rdnr. 7.

Auch die von der DB-RL ignorierte „hierarchische Ordnung" von Copyright/Urheberrecht im Verhältnis zu den „verwandten Rechten" zeigt mE die Unausgereiftheit der Richtlinie, die ausschließlich von wirtschaftspolitischen Motiven geleitet zu sein scheint.

Die bislang zu Recht bestandene „Höherwertigkeit" und der damit verbundene stärkere Schutz[21]) für „geistige Schöpfungen" im Vergleich zum Schutz von Investment (vgl dazu die „verwandten Schutzrechte" insb für Vorträge und Aufführungen, für Lichtbilder, Schallträger, Rundfunksendungen usw[22]) scheint – zumindest die DB-RL anlangend – nicht mehr gültig zu sein.

Es wird – wieder einmal – die Praxis gefordert sein, eine Interpretation und damit ein entsprechendes Korrektiv zu den überschießenden Bestimmungen der DB-RL über das Schutzrecht „sui generis" durch den EuGH zu suchen.

21) *Kucsko*, Österreichisches und europäisches Urheberrecht (1996) 53 ff.
22) So auch Art 14 TRIPS-Abk; *Hodik*, Leistungsschutzrechte – „Auswüchse" des Urheberrechts? FS 50 Jahre UrhG (1986) 141.

„GORGONZOLA" GEGEN „CAMBOZOLA"

Reinhard Schanda

Der EuGH hat am 4. 3. 1999[1]) die Vorlagefragen des HG Wien in der Sache Gorgonzola/Cambozola beantwortet. Damit ist dieser Rechtsstreit jedoch noch nicht entschieden.

1. Die Vorlagefragen des HG Wien

Das Gericht[2]) hatte dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

„1. Ist es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs (Art 30, 36 EGV) vereinbar, daß ein in einem Mitgliedstaat seit 1977 rechtmäßig hergestellter und mit der Marke ‚*Cambozola*' bezeichneter Käse, der in einem anderen Mitgliedstaat seit 1983 vertrieben wird, in diesem Mitgliedstaat aufgrund einer nationalen Maßnahme unter Berufung auf ein zwischenstaatliches Abkommen zum Schutz von geographischen Herkunftsbezeichnungen und Benennungen bestimmter Erzeugnisse (welches die Bezeichnung ‚*Gorgonzola*' unter Schutz stellt) und unter Berufung auf ein nationales Irreführungsverbot unter der Bezeichnung ‚*Cambozola*' nicht vertrieben werden darf?

2. Macht es für die Beantwortung dieser Frage einen Unterschied, ob die Verpackung der mit der Marke ‚*Cambozola*' bezeichneten Käsesorte einen deutlich sichtbaren Hinweis auf das Erzeugungsland (‚Deutscher Weichkäse') trägt, wenn dieser Käse idR nicht in ganzen Käsetorten ausgestellt und an den Verbraucher verkauft wird, sondern in Teilstücken, zum Teil ohne Originalverpackung?"

2. Die Antworten des EuGH

Diese Fragen wurden vom EuGH wie folgt beantwortet:[3])

„Der Grundsatz des freien Warenverkehrs verwehrt es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrecht[s] einem Mitgliedstaat nicht, die ihm obliegenden Maßnahmen zu treffen, um den Schutz der aufgrund der VO Nr 2081/92/EWG des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel eingetragenen Ursprungsbezeichnungen sicherzustellen. In diesem Rahmen *kann*[4]) die Verwendung einer Bezeichnung wie ‚Cambozola' iS von Art 13 Abs 1 lit b dieser VO als *Anspielung*[5]) auf die geschützte Ursprungsbezeichnung ‚Gorgonzola' qualifiziert werden; die Angabe des wahren Ursprungs des Erzeugnisses auf der Verpakkung vermag daran nichts zu ändern. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen nach Art 14 Abs 2 der VO Nr 2081/92 dafür vorliegen, daß die vorher eingetragene Marke trotz der Eintragung der geschützten Ursprungsbezeichnung ‚Gorgonzola' weiter verwendet werden darf; das Gericht hat sich dabei für die Beurteilung der Frage, ob die Eintragung der Marke *in gutem Glauben*[6]) erfolgen konnte, insb auf die im Zeitpunkt der Eintragung bestehenden Rechtslage zu stützen und darf eine Bezeichnung wie ‚Cambozola' nicht als solche als eine Irreführung des Verbrauchers qualifizieren."

3. Vorgeschichte „Österzola"

Der Schutz der Bezeichnung „*Gorgonzola*"[7]) hat in Österreich bereits eine Vorgeschichte: Mit E v 18. 5. 1993[8]) hatte der OGH den Gebrauch der Be-

1) Rs C-87/97.
2) Handelsgericht Wien 18. 7. 1996 – Cambozola – ÖBl 1997, 305.
3) Der EuGH folgt dabei sinngemäß den Schlußanträgen von Generalanwalt *Jacobs* vom 17. 12. 1998.
4) Hervorhebung von mir.
5) Hervorhebung von mir.
6) Hervorhebung von mir.
7) Es handelt sich dabei um einen Vorort, inzwischen Stadtteil, von Mailand.
8) Österzola – ecolex 1993, 758 mit Anm *Kucsko* = ÖBl 1993, 78 = wbl 1993, 335 = PBl 1994, 154 = SZ 66/64.

zeichnung *„Österzola"* für einen gleichartigen Blauschimmelkäse verboten. Er sprach aus, daß Art 3 Abk von Stresa[9]) die Bezeichnung *„Gorgonzola"*, und zwar auch (analog dem Markenrecht) gegen verwechselbar ähnliche Bezeichnungen wie *„Österzola"*, schütze. Für das Wort *„Gorgonzola"* seien sowohl die Bestandteile *„Gorgon"*, als auch *„zola"* prägend; mit *„Österzola"* werde daher eine Assoziation zu *„Gorgonzola"* ausgelöst. *„Österzola"* und *„Gorgonzola"* seien daher verwechselbar ähnlich.[10])

Aus dem Abk von Stresa hatte sich allerdings kein unmittelbarer Unterlassungsanspruch (wegen Kennzeichenverletzung) ergeben. Der OGH mußte daher auf einen sittenwidrigen Normverstoß iSd § 1 UWG als Anspruchsgrundlage zurückgreifen, und sprach aus, daß ein Verstoß gegen den Schutz der Ursprungsbezeichnung sittenwidrig sei, weil die Bezeichnung des Schimmelkäses mit *„Österzola"* „eine Assoziation zur Güte und Beschaffenheit des seit langer Zeit bekannten ‚Gorgonzola' auslös[e]", und damit nicht nur einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern bewirke, sondern auch den *Werbewert* der geschützten Bezeichnung *beeinträchtige*.[11])

4. Schutz nach VO 2081/91/EG

Im Unterschied zur Kollision *„Gorgonzola"* – *„Österzola"* ist der nunmehrige Rechtsstreit *„Gorgonzola"* – *„Cambozola"* auf Basis der auch in Österreich inzwischen in Kraft getretenen „VO Nr. 2081/91 des Rates vom 14. 7. 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel" (nachstehend VO)[12]) zu lösen.[13]) Die VO sieht für Ursprungsbezeichnungen und geographische Angaben ein Registrierungssystem vor.[14]) Aufgrund einer bestehenden Registrierung genießt die Bezeichnung *„Gorgonzola"* Schutz nach dieser Verordnung.[15])

Art 13 VO gewährt einen Unterlassungsanspruch ua auch gegen *„Anspielungen"* auf eine eingetragene Bezeichnung, selbst wenn der wahre Ursprung des Erzeugnisses angegeben ist oder wenn die geschützte Bezeichnung in Übersetzung oder zusammen mit Ausdrücken wie „Art", „Typ", „Verfahren", „Facon", „Nachahmung" odgl verwendet wird.

5. Kollision mit der Marke „Cambozola"

Nach Art 14 Abs 2 VO dürfen jedoch *Marken*, die vor dem Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung der Ursprungsbezeichnung oder der geographischen Angabe *in gutem Glauben* eingetragen worden sind, ungeachtet der Eintragung der Ursprungsbezeichnung oder der geographischen Angabe *weiterverwendet* werden, wenn die Marke nicht einem der in Art 3 Abs 1 lit c und g und Art 12 Abs 2 lit b der MarkenRL genannten Gründe für die Ungültigkeit oder den Verfall unterliegt.

Die zitierten Eintragungshindernisse (und der genannte Verfallsgrund) nach der MarkenRL bestehen (ua) für Zeichen,

- „die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der [. . .] *geographischen Herkunft* [. . .] der Ware dienen können",[16])
- „die geeignet sind, das Publikum zB über die Art, die Beschaffenheit oder die *geographische Herkunft* der Ware [. . .] zu täuschen",[17])
- oder wenn die Marke *„infolge ihrer Benutzung* [. . .] geeignet ist, das Publikum insb über [. . .] die *geographische Herkunft* dieser Waren irrezuführen".[18])

Die genannten Eintragungshindernisse bestehen freilich für alle Marken. Nur eine Marke, die nicht gegen die genannten Registrierungshindernisse der MarkenRL verstößt, kann daher geeignet sein, gegen eine geographische Herkunftsbezeichnung bestehen zu können. Insoweit normiert die VO nichts, was sich nicht bereits aus der MarkenRL ergäbe.[19])

6. Guter Glaube

Weitere Voraussetzung nach der VO ist aber, daß diese Marke *in gutem Glauben* erworben wurde. Ob hier die streitgegenständliche Marke *„Cambozola"* in gutem Glauben erworben wurde, ist gem EuGH Sache des erkennenden nationalen Gerichts. Dabei hat das Gericht auf die im Zeitpunkt der Mar-

9) Internationales Abk über die Anwendung der Ursprungsbezeichnungen und Benennungen für Käse; unterzeichnet am 1. 6. 1951 in Stresa; BGBl 1955/135. Strittig war dabei auch, ob dieses Abk Bestandteil der österr Rechtsordnung geworden war. Nach *Mayer*, Das Abk von Stresa – Ein Nichtakt, ecolex 1995, 139 war dieses Abk absolut nichtig und von keiner österreichischen Behörde anzuwenden. Der OGH bejahte jedoch die Anwendbarkeit. Zum Aspekt des Schutzes von Namen und Zeichen durch völkerrechtliche Verträge vgl auch *Schärf*, Der Schutz des Rot-Kreuz-Zeichens in Österreich, RdM 1997, 148 bei FN 3.

10) Die Richtigkeit dieser Beurteilung erscheint allerdings fraglich: Maßgeblich für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der *Gesamteindruck* der zu beurteilenden Zeichen (vgl etwa *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht[3], § 38 Rz 12, § 40 Rz 17). Nach keiner der (jedenfalls im Markenrecht maßgeblichen) Kategorien Wortbild, Wortklang und Sinngehalt (beide Worte haben keinen Sinngehalt) erscheinen die beiden Zeichen verwechselbar ähnlich (vgl zu diesen Kategorien etwa *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht[4] [1995] 69). Es scheint wenig wahrscheinlich, daß ein österr Konsument annehmen würde, der Käse *„Österzola"* werde vom Inhaber der geschützten Bezeichnung *„Gorgonzola"* oder in dessen Lizenz vertrieben. Vgl dazu auch *Hauer*, Lebensmittelrecht und EU (1997) 78 bei FN 186, der zu Recht darauf verweist, daß das Abk von Stresa „Assoziationen" und „Anspielungen" gar nicht releviert hat.

11) So der OGH (FN 8).

12) ABl 1992 L 208/1. Diese VO gilt für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, nicht aber für Weinbauerzeugnisse und alkoholische Getränke (Art 1 Abs 1 VO). Sie unterscheidet zwischen *„Ursprungsbezeichnungen"* und *„geographischen Angaben"* (Art 2 Abs 2).

13) Das Abk von Stresa und sonstige „nationale" Vorschriften (wie zB das ratifizierte bilaterale Abk BGBl 1954/235 idF BGBl 1972/348) sind seither nicht mehr anzuwenden. Vgl dazu *Hornbanger*, Vorabentscheidungstrends in der österreichischen Rechtsprechung, ecolex 1998, 527 bei FN 20 mwN sowie *Wohlgemuth*, Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen ecolex 1998, 642 (645).

14) Vgl dazu etwa *Meyer*, Anmeldung von Herkunftsangaben nach der VO (EWG) Nr 2081/92, GRUR 1997, 91 sowie *Wohlgemuth*, aaO. Diese Registrierung hat gem Art 13 Abs 3 VO auch zur Folge, daß diese Bezeichnungen nicht zu – nach Art 3 Abs 1 VO freien – Gattungsbezeichnungen werden können.

15) Gem VO 1107/96/EG zur Eintragung geographischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen, ABl 1996 L 148/1.

16) Registrierungshindernis gem Art 3 Abs 1 lit c.

17) Registrierungshindernis gem Art 3 Abs 1 lit g.

18) Verfallsgrund gem Art 12 Abs 2.

19) Daher hat der EuGH wohl auf dieses Erfordernis in seinem Leitsatz auch nicht gesondert hingewiesen (obwohl dies etwa die Schlußanträge des Generalanwalts noch vorgesehen hatten).

keneintragung (hier: 1983) bestehende Rechtslage abzustellen.

Damals war die VO 2081/92/EWG noch nicht in Kraft, sondern galt in Österreich das schon erwähnte Abk von Stresa und das „Abk zwischen der österr Bundesregierung und der italienischen Regierung über geographische Herkunftsbezeichnungen und Benennungen bestimmter Erzeugnisse".[20]) Mit Zusatzprotokoll vom 17. 12. 1969[21]) wurde dieses bilaterale Abk „für den Fall des Außerkrafttretens oder der Abänderung der Internationalen Konvention von Stresa" ua auch auf die Käsebezeichnung „Gorgonzola" ausgedehnt.[22])

Das erkennende österr Gericht wird also zu erkennen haben, ob auf Basis der Rechtslage zum Zeitpunkt der Markenregistrierung die Marke *„Cambozola"* gutgläubig registriert werden konnte. Da zum damaligen Zeitpunkt das Abk von Stresa in Kraft stand, ist diese Frage nur am Maßstab dieses Abk, und nicht auch am Maßstab des bilateralen Abk zu beurteilen.

Art 3 des Abk von Stresa sah vor, daß die geschützten Ursprungsbezeichnungen „ausschließlich diesen Käsesorten vorbehalten" seien, gleichviel ob sie allein verwendet oder von einem qualifizierenden oder korrigierenden Ausdruck wie „Typ", „Art", „Form" oa begleitet werden. Der Schutz nach dem Abk war damit weniger weitreichend als jener nach der VO. Diese gewährt nach Art 13 Abs 1 lit b nämlich auch Schutz gegen bloße „Anspielungen", selbst wenn der wahre Ursprung des Erzeugnisses angegeben ist, also keine Verwechslungs- oder Irreführungsgefahr vorliegt.[23])

Hier schließt sich der Kreis zur E *„Österzola"*: Darin hatte der OGH ausgesprochen, daß ein Verstoß gegen das Abk von Stresa sittenwidrig und im konkreten Fall auch subjektiv vorwerfbar sei. Hier wie dort stellt sich die Frage, ob die Rechtsmeinung, *„Österzola"* bzw *„Cambozola"* sei mit der Bezeichnung *„Gorgonzola"* nicht verwechselbar ähnlich, *vertretbar* ist. Dieses Kriterium der *subjektiven Vorwerfbarkeit* dürfte wohl auch zugleich einen tauglichen Maßstab für die Beurteilung der *Gutgläubigkeit* nach Art 14 Abs 2 VO bilden.[24])

Das OLG Frankfurt[25]) hat in einem Parallelverfahren die Meinung vertreten, daß selbst der (weitere) Schutz nach der VO für *„Gorgonzola"* die Bezeichnung *„Cambozola" nicht* verbiete. Die beiden Wortbestandteile *„Gorgon"* und *„Cambo"* unterschieden sich so deutlich voneinander, daß beide Bezeichnungen einen, selbst bei flüchtiger Betrachtungsweise, klar unterschiedlichen Gesamteindruck vermittelten.

Im Sinne eines Größenschlusses erscheint diese Rechtsmeinung am Maßstab des (geringeren) Schutzes nach dem Abk von Stresa umso eher *vertretbar*. Eine Marke *„Cambozola"* konnte daher im Jahr 1983 wohl gutgläubig iSd VO registriert werden.

7. MSchG-Nov

Die geplante Markenrechts-Nov[26]) sieht auch eine Einfügung von Bestimmungen zur Umsetzung der VO in Österreich in das MSchG vor. Diese enthalten jedoch nicht nur (wie von der VO vorgesehen) ein *Verfahren* für die Anmeldung solcher Bezeichnungen in Österreich, sondern normieren – gem dem Entwurf – in § 68 f auch einen *Unterlassungsanspruch* gegenüber Handlungen, die gegen Art 13 der VO verstoßen.

Der Nov-Entw verabsäumt es allerdings, auch den Rechtfertigungstatbestand des Art 14 Abs 2 VO „umzusetzen". Am Maßstab dieses Entwurfs könnte sich ein Markeninhaber also nicht – wie jedoch von der VO vorgesehen – unter Berufung auf eine gutgläubig erworbene Marke verteidigen. Die geplante „Umsetzung" durch Normierung eines eigenen Unterlassungsanspruchs im MSchG ist (aufgrund der unmittelbaren Wirkung der VO) nicht nur überflüssig,[27]) sondern widerspricht auch inhaltlich den Vorgaben der VO.

20) Unterzeichnet am 1. 2. 1952 in Rom. BGBl 1954/235.
21) BGBl 1972/348.
22) Anhang II 1. zum Zusatzprotokoll.
23) Vgl dazu *Hornbanger*, Vorabentscheidungstrends in der österreichischen Rechtsprechung, ecolex 1998, 527 bei FN 21 f.
24) Das meint wohl auch der GA, wenn er in seinen Schlußanträgen ausführt, daß zu beurteilen ist, ob der Markeninhaber bei Zugrundelegung der verkehrsüblichen Sorgfalt annehmen durfte, daß die Verwendung der Marke zum Zeitpunkt der Eintragung mit dem seinerzeit geltenden nationalen Recht vereinbar sei.
25) 5. 6. 1997 – „Gorgonzola / Cambozola" – GRURInt 1997, 751 mit Anm *Knaak*.
26) RV 1643 BlgNR 20. GP. Am 24. 3. 1999 dem Wirtschaftsausschuß zugeteilt.
27) Vgl dazu etwa *Hetmeier* in Lenz, EGV-Komm, Art 189 Rz 7.

Bei einer Kollision zwischen einer eingetragenen geographischen Angabe oder Ursprungsbezeichnung und einer zuvor registrierten Marke kommt es darauf an, ob die Marke (am Maßstab der damaligen Rechtslage) gutgläubig registriert werden konnte. Dabei ist zu beurteilen, ob der Markeninhaber bei Zugrundelegung der verkehrsüblichen Sorgfalt annehmen durfte, daß die Verwendung der Marke zum Zeitpunkt der Eintragung mit dem seinerzeit geltenden nationalen Recht vereinbar sei.
Die in der RV zur Markenrechts-Nov vorgesehene „Umsetzung" der VO über Ursprungsbezeichnungen übersieht in § 68 f den Rechtfertigungsgrund des Art 14 VO.