

# TE OGH 2007/7/10 170b11/07b

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.07.2007

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei „A\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*“, vertreten durch Schwarz Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagten Parteien 1. „F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*“, 2. Christine A\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 28.240 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei und der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 20. März 2007, GZ 2 R 230/06t-18, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 22. August 2006, GZ 34 Cg 82/06z-8, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

I. Die Urkundenvorlage der beklagten Parteien wird zurückgewiesen. Die Urkundenvorlage der beklagten Parteien wird zurückgewiesen.

II. Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben. Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Dem Revisionsrekurs der beklagten Parteien wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung nunmehr zu lauten hat:

„Der Antrag der klagenden Partei, den beklagten Parteien mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen „Almdudler“ und/oder einem zu dem Zeichen „Almdudler“ verwechselbar ähnlichen Zeichen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 1.057,52 EUR (darin 176,25 EUR USt) bestimmten Äußerungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 3.717,66 EUR (darin 619,61 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin erzeugt eine Kräuterlimonade, die sie unter der für sie in Klasse 32 (alkoholfreie Getränke) registrierten österreichischen Wortmarke „Almdudler“ vertreibt. Die Erstbeklagte, deren alleinige Geschäftsführerin die Zweitbeklagte ist, betreibt in der Nähe von Wien ein Ausflugsrestaurant samt angeschlossenem Hotel, für das sie bis Dezember 2005 auch Limonade der Klägerin bezog; seit 2006 enthält ihr Sortiment statt dessen ein als „Kräuterlimonade“ bezeichnetes Getränk, das nicht von der Klägerin stammt.

Ein Mitarbeiter der Klägerin bestellte am 19. 4. 2006 im Restaurant der Erstbeklagten „Almdudler“. Das im Glas servierte Getränk war keine Limonade der Klägerin; der Gast wurde vom Servierpersonal nicht auf diesen Umstand hingewiesen. Auf der Rechnung wurde das Getränk als „Dudler“ ausgewiesen. Die an diesem Tag im Restaurant aufliegende Speise- und Getränkekarte enthielt ein Getränk, das entweder als „Almdudler“ oder als „Dudler“ bezeichnet war. Anfang Mai 2006 wurden die Speise- und Getränkekarten der Erstbeklagten neu gestaltet; nunmehr wird ein Getränk angeboten, das - ebenso wie auf der Rechnung - als „Kräuterlimonade“ bezeichnet ist. Mit Schriftsatz vom 26. 5. 2006 an das Landesgericht für Strafsachen Wien beantragte die Klägerin die Einleitung der Voruntersuchung gegen die Beklagten wegen des Verdachts der vorsätzlichen und gewerbsmäßigen Marken- und Kennzeichenrechtsverletzung gemäß § 60 Abs 1 2. Satz MSchG iVm § 60 Abs 2 MSchG. Bei einem weiteren Besuch desselben Mitarbeiters der Klägerin im Lokal der Erstbeklagten Anfang Juli 2006 befand sich in einem Schaukasten an dem vom Eingang des Lokals entfernten Ende des Kundenparkplatzes (noch) eine (einige) Getränkekarte, in der ein Getränk mit der Bezeichnung „Almdudler“ enthalten war, die die Beklagten „offenbar übersehen“ haben. Weiters waren damals im Umfeld des Restaurants mehrere Parkplatz-Hinweisschilder aufgestellt, die (als Werbung) das Zeichen „Almdudler“ aufwiesen; diese Werbeartikel waren den Beklagten 2002 vom Getränkelieferanten ohne Benutzungsbeschränkung übergeben worden. Aus Anlass dieses Verfahrens haben die Beklagten auf diesen Schildern die für die Klägerin registrierte Marke überklebt. Im Rahmen einer Veranstaltung Mitte 2006 hat die Erstbeklagte auf ausdrückliche Nachfrage und Bestellung Almdudler der Klägerin in Flaschen angeboten. Ein Mitarbeiter der Klägerin bestellte am 19. 4. 2006 im Restaurant der Erstbeklagten „Almdudler“. Das im Glas servierte Getränk war keine Limonade der Klägerin; der Gast wurde vom Servierpersonal nicht auf diesen Umstand hingewiesen. Auf der Rechnung wurde das Getränk als „Dudler“ ausgewiesen. Die an diesem Tag im Restaurant aufliegende Speise- und Getränkekarte enthielt ein Getränk, das entweder als „Almdudler“ oder als „Dudler“ bezeichnet war. Anfang Mai 2006 wurden die Speise- und Getränkekarten der Erstbeklagten neu gestaltet; nunmehr wird ein Getränk angeboten, das - ebenso wie auf der Rechnung - als „Kräuterlimonade“ bezeichnet ist. Mit Schriftsatz vom 26. 5. 2006 an das Landesgericht für Strafsachen Wien beantragte die Klägerin die Einleitung der Voruntersuchung gegen die Beklagten wegen des Verdachts der vorsätzlichen und gewerbsmäßigen Marken- und Kennzeichenrechtsverletzung gemäß Paragraph 60, Absatz eins, 2. Satz MSchG in Verbindung mit Paragraph 60, Absatz 2, MSchG. Bei einem weiteren Besuch desselben Mitarbeiters der Klägerin im Lokal der Erstbeklagten Anfang Juli 2006 befand sich in einem Schaukasten an dem vom Eingang des Lokals entfernten Ende des Kundenparkplatzes (noch) eine (einige) Getränkekarte, in der ein Getränk mit der Bezeichnung „Almdudler“ enthalten war, die die Beklagten „offenbar übersehen“ haben. Weiters waren damals im Umfeld des Restaurants mehrere Parkplatz-Hinweisschilder aufgestellt, die (als Werbung) das Zeichen „Almdudler“ aufwiesen; diese Werbeartikel waren den Beklagten 2002 vom Getränkelieferanten ohne Benutzungsbeschränkung übergeben worden. Aus Anlass dieses Verfahrens haben die Beklagten auf diesen Schildern die für die Klägerin registrierte Marke überklebt. Im Rahmen einer Veranstaltung Mitte 2006 hat die Erstbeklagte auf ausdrückliche Nachfrage und Bestellung Almdudler der Klägerin in Flaschen angeboten.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen „Almdudler“ und/oder einem zu dem Zeichen „Almdudler“ verwechselbar ähnlichen Zeichen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt. Die Beklagten verletzten Kennzeichenrechte der Klägerin dadurch, dass sie nicht von der Klägerin stammende Getränke ohne Zustimmung der Klägerin unter deren Marke vertrieben. In der Getränkekarte des Restaurants sei am 19. 4. 2006 das Getränk „Almdudler“ ausgelobt, bei Bestellung eines „Almdudlers“ jedoch - ohne aufklärenden Hinweis - eine Kräuterlimonade aus fremder Produktion serviert worden. Anfang Juli 2006 sei es zwar zum Austausch der an die Gäste im Lokal ausgegebenen Getränkekarten gekommen und die Marke der Klägerin darin nicht mehr verwendet worden; allerdings sei auf einer in einem Schaukasten beim Parkplatz vor dem Lokal ausgestellten Getränkekarte nach wie vor „Almdudler“ ausgelobt worden. Darüber hinaus finde sich der Schriftzug „Almdudler“ auf (Parkplatz-

) Hinweisschildern; beanstandet werde insofern nicht deren Aufstellung, sondern die - durch Servieren eines Fremdprodukts bewirkte - Markenverletzung, erwarteten doch die Gäste auch auf Grund dieser Tafeln ein Produkt der Klägerin. Der angebotene gerichtliche Vergleich trage nicht auch dem berechtigten Begehr auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung Rechnung. Ob die Bezeichnung „Dudler“ verwechslungsfähig mit der klägerischen Marke sei, sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie hätten die Limonade der Klägerin bis Dezember 2005 als Ausschankware (Containerware) angeboten; seither werde diese nur noch bei Veranstaltungen (zB Hochzeiten) auf Wunsch und Vorbestellung in Flaschen verkauft. Die Beklagten hätten seit dem Produktwechsel keine Kräuterlimonade unter der Marke der Klägerin angeboten oder beworben. Auf Speisekarte und Bonierungssystem sei für eine kurze Übergangsfrist zunächst die Bezeichnung „Dudler“ verwendet worden, zwischenzeitig sei eine Umstellung auf den Begriff „Kräuterlimonade“ erfolgt; eine aufwändige neuerliche Abänderung von Speisekarten und Bonierungseingabe während des Ausschanks dieses Produkts sei nicht vorgesehen. Zu Beginn der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen im Jahr 2002 habe der Lieferant Parkplatz-Hinweisschilder ohne jede Benutzungseinschränkung übergeben; dabei handle es sich um branchenübliche nützliche Zubehörteile oder Werbe-Artikel, durch die sich die Klägerin zusätzliche Werbeträgerstandorte verschaffe. Die Erstbeklagte sei nicht verpflichtet, ausschließlich Produkte der auf diesen Hinweisschildern angeführten Marke zu führen; die Marke werde insofern auch nicht kennzeichnungsähnlich gebraucht. Die Marke sei auf den Schildern mittlerweile schon unkenntlich gemacht worden. Die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, weil Speisekarte und Bonierungssystem lange vor Klagseinbringung geändert worden seien. Auch die Speisekarte in einem Schaukasten beim Parkplatz habe gemäß der Anweisung der Geschäftsleitung jeweils aktualisiert werden sollen; sie sei dort vollkommen nebensächlich und gehe im Gesamteindruck gänzlich unter, sodass es auch hier am kennzeichnungsähnlichen Gebrauch fehle. Angeboten werde der Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs im Sinne des Unterlassungsbegehrungs. Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag - in modifizierter Form - statt und gebot den Beklagten es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen „Almdudler“ und/oder einem zu dem Zeichen „Almdudler“ verwechselbar ähnlichen Zeichen zu bewerben, insbesondere auf Parkplatzschildern, und/oder anzubieten, insbesondere in Speise- und Getränkekarten, und/oder in Geschäftspapieren, insbesondere Rechnungen, anzuführen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt.

Die Klägerin wende sich gegen ein „Bewerben, Vertreiben und Inverkehrbringen“ von Fremdprodukten unter ihrer Marke. Bewerben sei jede unternehmerische Äußerung mit dem Ziel, den Warenabsatz zu fördern. Die Parkplatzschilder mit der Marke der Klägerin seien eine Werbemaßnahme. Da den Kunden nur auf ausdrückliches Nachfragen und bei besonderen Gelegenheiten Produkte der Klägerin angeboten würden, handle es sich bei den Schildern um ein (unzulässiges) Bewerben eines gleichartigen Getränks. In Verkehr bringen sei die Einräumung von Verfügungsmacht; hier gehe es nur um den Vertrieb von Waren. Ein Vertrieb markierter Waren liege im Anlassfall nicht vor. Die Aufnahme der Marke in die Getränkekarte sei als Anbieten iSd § 10a Z 2 MSchG, die Bezeichnung in der Rechnung als Benutzen in Geschäftspapieren zu beurteilen. Insofern sei dem Unterlassungsgebot eine dem klaren Willen der Klägerin entsprechende Fassung zu geben gewesen. Schon die Verwendung des Worts „Dudler“ in der Karte sei eine unzulässige Eingriffshandlung, weil dieses Zeichen der Marke der Klägerin verwechselbar ähnlich sei. Der Gesetzesverstoß der Beklagten durch die Anführung von „Almdudler“ in den an die Gäste im Lokal ausgegebenen Karten habe sich über einen Zeitraum von rund vier Monaten erstreckt, durch die Anführung in der Karte in einem Schaukasten beim Parkplatz dauere er noch immer an, durch die Anführung auf den Parkplatzschildern habe er erst mit Klagseinbringung geendet. Infolge einer solchen Verbreitung stehe der Klägerin ein Veröffentlichungsanspruch zu, den das Vergleichsangebot nicht umfasst habe, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sei. Die Klägerin wende sich gegen ein „Bewerben, Vertreiben und Inverkehrbringen“ von Fremdprodukten unter ihrer Marke. Bewerben sei jede unternehmerische Äußerung mit dem Ziel, den Warenabsatz zu fördern. Die Parkplatzschilder mit der Marke der Klägerin seien eine Werbemaßnahme. Da den Kunden nur auf ausdrückliches Nachfragen und bei besonderen Gelegenheiten Produkte der Klägerin angeboten würden, handle es sich bei den Schildern um ein (unzulässiges) Bewerben eines gleichartigen Getränks. In Verkehr bringen sei die Einräumung von Verfügungsmacht; hier gehe es nur um den Vertrieb von Waren. Ein Vertrieb markierter Waren liege im Anlassfall nicht vor. Die Aufnahme der Marke in die Getränkekarte sei als Anbieten iSd Paragraph 10 a, Ziffer 2, MSchG, die Bezeichnung in der Rechnung als Benutzen in Geschäftspapieren zu beurteilen. Insofern sei dem Unterlassungsgebot eine dem klaren Willen der Klägerin entsprechende Fassung zu geben gewesen. Schon die Verwendung des Worts „Dudler“ in der Karte sei eine

unzulässige Eingriffshandlung, weil dieses Zeichen der Marke der Klägerin verwechselbar ähnlich sei. Der Gesetzesverstoß der Beklagten durch die Anführung von „Almdudler“ in den an die Gäste im Lokal ausgegebenen Karten habe sich über einen Zeitraum von rund vier Monaten erstreckt, durch die Anführung in der Karte in einem Schaukasten beim Parkplatz dauere er noch immer an, durch die Anführung auf den Parkplatzschildern habe er erst mit Klagseinbringung geendet. Infolge einer solchen Verbreitung stehe der Klägerin ein Veröffentlichungsanspruch zu, den das Vergleichsangebot nicht umfasst habe, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sei.

Das Rekursgericht fasste folgenden Beschluss:

#### „1. Einstweilige Verfügung“

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagten auf Unterlassung kennzeichenwidriger Handlungen wird den Beklagten ab sofort verboten, im geschäftlichen Verkehr das Zeichen 'Almdudler' in einer Speise-/Getränkekarte, angebracht in einem (an dem vom Eingang des Lokals entfernten Ende des Kundenparkplatzes befindlichen) Schaufenster oder auf ähnliche Weise, für herkömmliche (also nicht von der klagenden Partei und/oder ihren Lizenznehmern erzeugte) Kräuterlimonade zu benutzen.

2. Das Mehrbegehren, den Beklagten ganz allgemein zu verbieten, herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen 'Almdudler' und/oder einem zu dem Zeichen 'Almdudler' verwechselbar ähnlichen Zeichen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, beinhaltend im Besonderen das Verbot der Benutzung des Zeichens „Almdudler“ oder eines verwechselbar ähnlichen Zeichens in den im Lokal an die Gäste ausgegebenen Speise-/Getränkekarten sowie auf Parkplatz-Hinweisschildern, wird abgewiesen.“

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung insbesondere zur Frage fehle, ob eine (Parkplatz-)Hinweistafel, die ein geschütztes Zeichen enthalte, nach Änderung des Sortiments weiterverwendet werden dürfe. Gegenstand des Unterlassungsgebots sei immer nur die konkrete Verletzungshandlung. Das weit gefasste Unterlassungsbegehren der Klägerin, das im Wesentlichen nur auf das Bewerben, Vertreiben und In-Verkehr-Bringen herkömmlicher Kräuterlimonade unter dem Zeichen Almdudler (oder einem verwechselbar ähnlichen Zeichen) abstelle (der letzte Halbsatz: „soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt“, umschreibe nur den vorherigen Begriff „herkömmliche Kräuterlimonade“), sei daher an den behaupteten Verletzungshandlungen zu messen. Die Klägerin mache den Beklagten zum Vorwurf, ihre Marke

a) in den im Lokal aufliegenden Speise-/Getränkekarten, b) außerhalb des Lokals in einer Karte in einem Schaukasten beim Parkplatz sowie

c) auf Parkplatz-Schildern zu verwenden, dies jeweils im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Ausschankware nicht von der Klägerin stamme. Zum ersten Vorwurf habe das Erstgericht nicht als bescheinigt angenommen, dass in den Karten die Marke der Klägerin genannt werde; es habe vielmehr ein „non liquet“ dahingehend zum Ausdruck gebracht, es sei sowohl möglich, dass in den Karten noch die klägerische Marke aufgeschiene sei, oder aber, dass die Speisekarten im Lokal bereits - lückenlos - (wohl laut Aussage der Zweitbeklagten durch Verdecken des Wortbestandteils „Alm“ mit einem weißen Roller als Übergangslösung bis zum ohnehin vorgesehenen Neudruck der Speisekarten) ausgebessert worden seien. Dieser behauptete Eingriffstatbestand sei daher nicht bescheinigt. Die Klägerin habe die Frage der Verwechslungsfähigkeit ihrer Marke mit dem Zeichen „Dudler“ ausdrücklich vom Verfahrensgegenstand ausgenommen, weshalb sich die Beurteilung dieses Umstands erübrige; Gleicher gelte für die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr zu dieser behaupteten Form des Markeneingriffs durch Neudruck der Speisekarten bereits Anfang Mai, also aus eigenem Antrieb und nicht als Reaktion auf die Klägerin.

Ob die Verwendung der Marke auf den Parkplatzschildern rechtsverletzend sei, hänge von der Verkehrsauffassung ab, also vom Zusammenhang der Markenbenutzung mit der Herstellung und dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen nach der Beurteilung eines verständigen Verbrauchers. Hier fehle es am Anbringen des Zeichens auf der Ware oder deren Aufmachung, weil das Getränk in unmarkierten Gläsern abgegeben werde. Es sei darauf abzustellen, ob der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher, der auf dem Parkplatz eines Restaurants mit einer Getränkemarke versehene Parkplatz-Hinweisschilder vorfinde, eine gedankliche Zuordnung dieses Zeichens zu einem im Restaurant vertriebenen konkreten Produkt vornehme. Dies sei nicht der Fall, da das Vorfinden solcher Tafeln wohl den Schluss nach sich ziehen werde, es habe in der Vergangenheit ein entsprechender Kontakt bestanden, aus dessen Anlass zum beiderseitigen Vorteil einerseits eine Beschilderung,

andererseits ein Werbeträgerstandort zur Verfügung gestellt werde. Dass ein allfälliges Ende dieser Geschäftsbeziehung auch jeweils das Entfernen derartiger Tafeln mit sich brächte, widerspreche dem häufig anzutreffenden altersmäßig schlechten Zustand solcher Werbeträger samt geänderter Produktpalette. Der verständige Durchschnittsverbraucher erwarte auf Grund der bloßen Nennung eines bestimmten alkoholfreien Getränks auf einer solchen Tafel nicht, dass dieses Getränk auch tatsächlich (noch) angeboten werde, sondern orientiere sich diesbezüglich an der Speise-/Getränkekarte. Mangels rechtsverletzenden Gebrauchs sei das Unterlassungsbegehr daher, soweit es sich auf die vorgebrachte Verwendung von Parkplatz-Hinweisschildern stütze, unberechtigt. Die Erstbeklagte verkaufe immer noch fallweise (im Rahmen von Veranstaltungen) das Getränk der Klägerin in Flaschen, sodass auch aus diesem Grund keine Verpflichtung zum Entfernen dieser Hinweisschilder zwecks Vermeidung einer Kennzeichenverletzung bestehe.

Zum Vorwurf des Markeneingriffs außerhalb des Lokals in einer Getränkekarte in einem Schaukasten sei davon auszugehen, dass grundsätzlich ein rechtsverletzender Gebrauch eines Zeichens durch seine Anführung in einer Speise-/Getränkekarte erfolgen könne; der verständige Durchschnittsverbraucher erwarte schon in Hinblick auf den dem Zeichen zugeordneten Preis, eine entsprechende Bestellung und Konsumation vornehmen zu können. Dabei genüge die wahrnehmbare Wiedergabe des Zeichens; ob und wann das Publikum hiervon tatsächlich Kenntnis erlange, sei unerheblich. Im Umfang dieser Verletzungshandlung sei das Unterlassungsbegehr daher berechtigt. Auch wenn naheliege, dass die Beklagten mittlerweile auch insofern eine Aktualisierung vorgenommen hätten, sei solches im Verfahren nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervorgekommen. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass sich diese (eine) Karte noch immer in diesem Schaukasten befindet; dies schließe den Wegfall der Wiederholungsgefahr aus. Der angefochtene Beschluss sei daher nur in diesem Umfang zu bestätigen, der Sicherungsantrag im Übrigen abzuweisen, was auch für die Begehrensalternative „verwechselbar ähnliches Zeichen“ gelte, weil zum einen die allenfalls darunter fallende Verwendung des Zeichens „Dudler“ nicht Verfahrensgegenstand sei, zum anderen anhand des konkret hervorgekommenen Verstoßes (Verwendung des Zeichens auf identische Weise) sowie der nicht zu beanstandenden Veränderung sämtlicher übrigen Speise-/Getränkekarten nicht zu besorgen sei, dass die Beklagten anstelle der Aktualisierung auch dieser (letzten) Karte diese bloß mit einem verwechselbar ähnlichen Zeichen versehen und so das Unterlassungsgebot umgehen könnten.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Klägerin und der Revisionsrekurs der Beklagten sind zulässig; das Rechtsmittel der Beklagten ist auch berechtigt

Zu I) Zu römisch eins)

Die Beklagten haben im Revisionsrekursverfahren Urkunden vorgelegt und damit gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels verstoßen. Die Urkundenvorlage war daher zurückzuweisen. Zu II) Die Beklagten haben im Revisionsrekursverfahren Urkunden vorgelegt und damit gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels verstoßen. Die Urkundenvorlage war daher zurückzuweisen. Zu römisch II)

Zum Revisionsrekurs der Klägerin

1.1. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, auch die Verwendung ihrer Marke durch die Beklagten auf Parkplatz-Hinweisschildern sei als Verletzungshandlung zu beurteilen. Der Durchschnittsverbraucher fasse dies als Bewerbung jener Produkte auf, die er im zugehörigen Lokal konsumieren könne, und nehme eine entsprechende gedankliche Zuordnung zwischen Marke und Ware vor.

1.2. Ob das Anführen einer Marke für Getränke auf Parkplatz-Hinweisschildern (siehe Lichtbilder Beil./6) vom Publikum als Herkunftshinweis für die im dem Parkplatz zugeordneten Restaurant erhältlichen Getränke wahrgenommen wird, ob es sich dabei also um einen kennzeichnungsähnlichen Gebrauch der Marke (im Sinne der Ausführungen unter Punkt 2) handelt, ist durchaus zweifelhaft. Das Rekursgericht hat gegen die Annahme eines rechtsverletzenden Gebrauchs gewichtige Argumente angeführt. Die aufgeworfene Frage bedarf aber aus nachfolgenden Überlegungen keiner näheren Prüfung.

2.1. Eine Markenverletzung liegt nur vor, wenn die Benutzung der Marke unbefugt erfolgt (vgl § 53 Abs 1 MSchG). Unbefugt und damit widerrechtlich ist eine Nutzung, wenn sie ohne Zustimmung des Markeninhabers erfolgt (vgl Ingerl/Rohnke, Markengesetz<sup>2</sup> § 14 Rz 35 mN zur Rsp des BGH). Die Zustimmung ist eine Willenserklärung; sie kann

auch konkludent (§ 863 ABGB) erteilt werden. Gestattet ein Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch seines Kennzeichens, dann hat das (nur) schuldrechtliche Wirkung. Das durch einen Gestattungsvertrag erlangte Recht besteht darin, dass der Kennzeicheninhaber gegenüber seinem Vertragspartner auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen verzichtet (4 Ob 96/92 = ÖBI 1993, 21 - Gulliver's Reisen; vgl RIS-JustizRS0079006 und RS0079013). Eine Gestattung, die ohne ausdrückliche oder sich zweifelsfrei aus den Umständen ergebende zeitliche Begrenzung erteilt wurde, bedarf zu ihrer Auflösung der Kündigung; eine solche ist nur aus wichtigem Grund möglich (Ingerl/Rohnke aaO Rz 36 mwN).2.1. Eine Markenverletzung liegt nur vor, wenn die Benutzung der Marke unbefugt erfolgt vergleiche Paragraph 53, Absatz eins, MSchG). Unbefugt und damit widerrechtlich ist eine Nutzung, wenn sie ohne Zustimmung des Markeninhabers erfolgt vergleiche Ingerl/Rohnke, Markengesetz<sup>2</sup> Paragraph 14, Rz 35 mN zur Rsp des BGH). Die Zustimmung ist eine Willenserklärung; sie kann auch konkludent (Paragraph 863, ABGB) erteilt werden. Gestattet ein Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch seines Kennzeichens, dann hat das (nur) schuldrechtliche Wirkung. Das durch einen Gestattungsvertrag erlangte Recht besteht darin, dass der Kennzeicheninhaber gegenüber seinem Vertragspartner auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen verzichtet (4 Ob 96/92 = ÖBI 1993, 21 - Gulliver's Reisen; vergleiche RIS-JustizRS0079006 und RS0079013). Eine Gestattung, die ohne ausdrückliche oder sich zweifelsfrei aus den Umständen ergebende zeitliche Begrenzung erteilt wurde, bedarf zu ihrer Auflösung der Kündigung; eine solche ist nur aus wichtigem Grund möglich (Ingerl/Rohnke aaO Rz 36 mwN).

2.2. Bescheinigt ist, dass die von der Klägerin im Verfahren beanstandeten Parkplatz-Hinweisschilder der Erstbeklagten von ihrem damaligen Getränkeliweranten als Werbeartikel ohne Benutzungsbeschränkung übergeben worden sind; dies geschah zu einem Zeitpunkt, als die Erstbeklagte noch in laufender Geschäftsbeziehung zur Markeninhaberin stand und deren Produkte bezog. Aus Anlass dieses Verfahrens haben die Beklagten auf diesen Schildern die für die Klägerin registrierte Marke überklebt.

2.3. Dieser Sachverhalt ist rechtlich als Abschluss eines (konkludenten) Gestattungsvertrags zwischen der Klägerin als Markeninhaberin (der diesbezüglich das Handeln des Getränkevertriebsunternehmens, dem sie ihre Werbemittel zur Weiterverteilung zur Verfügung gestellt hat, nach Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zuzurechnen ist) und der Erstbeklagten zu beurteilen. Dass die Benützungsbefugnis mit dem Ende der Geschäftsbeziehung befristet sein sollte, wurde weder ausdrücklich vereinbart, noch musste dies die Erstbeklagte zweifelsfrei aus den Umständen erschließen. Es liegt nämlich nicht nahe, dass die Markeninhaberin bei Beendigung der Lieferbeziehung auch dann auf die von den Werbemitteln ausgehende allgemeine Werbewirkung verzichten will, wenn die Erstbeklagte auf einen Austausch der Hinweisschilder verzichtet.

2.4. Daraus folgt, dass die Erstbeklagte die klägerische Marke auf den Hinweisschildern bis zur Kündigung des Gestattungsvertrags nicht unbefugt benutzt hat. Eine solche Kündigung liegt frühestens in der Klagsführung; auf diese hat die Erstbeklagte unverzüglich reagiert und die Marke überklebt. Das auf diesen Sachverhalt gestützte Unterlassungsbegehr (das offensichtlich das Bewerben fremder Kräuterlimonade mit der klägerischen Marke umfasst) ist daher unbegründet.

3.1. Die Klägerin bekämpft unter dem Rechtsmittelgrund der Mängelhaftigkeit des Rekursverfahrens die Auffassung des Rekursgerichts, die Verwendung des Zeichens „Dudler“ in der im Restaurant aufliegenden Speise- und Getränkekarte sei als nicht verfahrensgegenständlich unbeachtlich; richtig sei vielmehr, dass auch insoweit ein Markeneingriff vorgelegen habe. Überhaupt habe das Rekursgericht das Unterlassungsgebot viel zu eng gefasst.

3.2. Auf die Verwendung des Zeichens „Dudler“ wird bei Erledigung des Rechtsmittels der Beklagten eingegangen. Die Frage der Fassung des Unterlassungsgebots ist angesichts der Abweisung des Sicherungsantrags gegenstandslos.

Zum Revisionsrekurs der Beklagten

1. Die Beklagten machen geltend, das Anführen der klägerischen Marke in einer einzigen Speisekarte, die sich an unauffälliger Stelle in einem Schaukasten beim Parkplatz eines Restaurants befindet und offenbar irrtümlich nicht aktualisiert worden sei, könne auch dann nicht als rechtsverletzende Eingriffshandlung beurteilt werden, wenn in diesem Restaurant nicht das unter dieser Marke vertriebene Produkt, sondern eine Kräuterlimonade eines anderen Herstellers verkauft werde. Unter diesen Umständen liege kein kennzeichnemäßiger Gebrauch der Marke, sondern eine von einem Bestellvorgang völlig losgelöste und auch räumlich distanzierte bloße „Markennennung“ vor.

2.1. Das MSchG enthält keine allgemeine Definition der Benutzung einer Marke, sondern in § 10a MSchG (der Art 5 Abs

3 MarkenRL bzw Art 9 Abs 2 GMV umsetzt) lediglich eine demonstrative Auflistung verletzungstypischer Handlungsformen, die den Benutzungsbegriff voraussetzen und ihn beispielhaft konkretisieren.2.1. Das MSchG enthält keine allgemeine Definition der Benutzung einer Marke, sondern in Paragraph 10 a, MSchG (der Artikel 5, Absatz 3, MarkenRL bzw Artikel 9, Absatz 2, GMV umsetzt) lediglich eine demonstrative Auflistung verletzungstypischer Handlungsformen, die den Benutzungsbegriff voraussetzen und ihn beispielhaft konkretisieren.

2.2. Nach der Rechtsprechung des EuGH (12. 11. 2002, C 206/01, Slg 2002 I-10273 - Arsenal Rn 51 ff) ist die Marke ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs und eine der Voraussetzungen, damit dieses System funktionieren kann. Allerdings bedarf das Monopolrecht Marke im Interesse des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs der Beschränkung ihrer Wirkung gegenüber solchen Verwendungsformen, die für das Funktionieren des freien Marktes benötigt werden. Die Ausübung des Markenrechts muss daher auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber den Verbrauchern, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte. Der Markeninhaber kann danach auch die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens für Waren, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, nicht verbieten, wenn diese Benutzung im Hinblick auf die Funktionen der Marke seine Interessen als Markeninhaber nicht beeinträchtigen kann. So sind bestimmte Benutzungen zu rein beschreibenden Zwecken vom Anwendungsbereich des Art 5 Abs 1 MarkenRL ausgeschlossen, da sie kein Interesse beeinträchtigen, das diese Bestimmung schützen soll, und daher nicht unter den Begriff der Benutzung in deren Sinne fallen.2.2. Nach der Rechtsprechung des EuGH (12. 11. 2002, C 206/01, Slg 2002 I-10273 - Arsenal Rn 51 ff) ist die Marke ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs und eine der Voraussetzungen, damit dieses System funktionieren kann. Allerdings bedarf das Monopolrecht Marke im Interesse des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs der Beschränkung ihrer Wirkung gegenüber solchen Verwendungsformen, die für das Funktionieren des freien Marktes benötigt werden. Die Ausübung des Markenrechts muss daher auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber den Verbrauchern, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte. Der Markeninhaber kann danach auch die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens für Waren, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, nicht verbieten, wenn diese Benutzung im Hinblick auf die Funktionen der Marke seine Interessen als Markeninhaber nicht beeinträchtigen kann. So sind bestimmte Benutzungen zu rein beschreibenden Zwecken vom Anwendungsbereich des Artikel 5, Absatz eins, MarkenRL ausgeschlossen, da sie kein Interesse beeinträchtigen, das diese Bestimmung schützen soll, und daher nicht unter den Begriff der Benutzung in deren Sinne fallen.

2.3. Kennzeichenmäßiger Gebrauch liegt nach der Rechtsprechung des OGH vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Bezug auf sie so gebraucht wird, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungsart annimmt oder annehmen kann, das Zeichen diene zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen von gleichen oder gleichartigen anderer Herkunft (RIS-Justiz RS0066671[T6]; zuletzt etwa 4 Ob 134/06v - BUZZ). Ist die Verwendung des Zeichens mehrdeutig, muss ein kennzeichenmäßiger Gebrauch angenommen werden (RIS-Justiz RS0066671[T1]). Zeichenmäßiger Gebrauch kann demnach vorliegen, wenn ein fremdes Warenzeichen in eine Unternehmensbezeichnung oder in Werbemittel wie zum Beispiel Anzeigen, Kataloge, Preislisten, Geschäftsbriefe, Drucksachen, Rechnungen usw aufgenommen wird (RIS-Justiz RS0066671[T7]).

2.4. Das Tatbestandsmerkmal der Benutzung verlangt demnach zunächst die Feststellung, dass das Zeichen herkunftshinweisend zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solchen eines bestimmten Unternehmens und somit als „Marke“ benutzt wird (EuGH 23. 2. 1999, C-63/97 - BMW Rn 38). Die Herkunftsgarantie wird bereits beeinträchtigt, wenn die Benutzung auch nur den Eindruck entstehen lässt, dass eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den betroffenen Waren und dem Markeninhaber besteht (EuGH 12. 11. 2002, C 206/01, Slg 2002 I-10273 - Arsenal Rn 56; weitere Nachweise bei Lange, Marken- und Kennzeichenrecht Rz 1820). Zu berücksichtigen ist, dass eine Marke ihre Identifizierungsfunktion nicht allein beim Warenerwerb durch den Kunden, sondern in jedem Stadium des Warenabsatzes, beginnend mit dem Angebot bis zum Absatz und darüber hinaus auch noch in der Hand des Kunden und nach dem Einbau zum funktionellen Gebrauch erfüllt (Lange aaO Rz 11 mwN; 4 Ob 158/06y -

3.1. Es kann kein Zweifel bestehen, dass das Anführen einer (hier: für alkoholfreie Getränke eingetragenen) Marke in der Speise- und Getränkekarte eines Restaurants vom Publikum als Herkunftshinweis für das unter dieser Marke angebotene Getränk wahrgenommen wird. Bei der gebotenen Interessenabwägung zwischen Markeninhaber und Benutzer (dazu zuvor Punkt 2.2.) ist davon auszugehen, dass durch eine solche Benutzungshandlung durch das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers geschützte Interessen verletzt werden, wenn im betreffenden Restaurant als damit bezeichnetes Getränk nicht das Getränk des Markeninhabers, sondern ein Produkt eines anderen Herstellers verkauft wird. Schutzwürdige Interessen des unbefugten Markenbenutzers sind nicht erkennbar.

3.2. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Speise- und Getränkekarte im Lokal selbst aufliegt oder in einem Schaukasten hängt, der nur vom Parkplatz vor dem Lokal aus eingesehen werden kann. In beiden Fällen wird die Marke im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung des eigenen Warenangebots in engem räumlichen Zusammenhang mit diesem verwendet und von den Verbrauchern als Hinweis auf die Herkunft der im Restaurant angebotenen Produkte aufgefasst. Dieser Herkunftshinweis führt aber zu einer Fehlvorstellung der Verbraucher, wenn die tatsächlich verkaufte Ware nicht vom Markeninhaber stammt.

3.3. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat ein Mitarbeiter der Klägerin am 19. 4. 2006 einen „Almdudler“ bestellt und ohne aufklärenden Hinweis eine andere Kräuterlimonade erhalten. Dass bei seinem zweiten Besuch Anfang Juli 2006 ebenso vorgegangen worden wäre, ist weder behauptet noch festgestellt. Zu diesem Zeitpunkt schien „Almdudler“ nur noch in der Getränkekarte auf, die im Schaukasten an dem vom Eingang des Lokals entfernten Ende des Parkplatzes hing und auf deren Austausch offenbar vergessen worden war. In allen anderen Getränkekarten und auch im Bonierungssystem war „Almdudler“ durch „Kräuterlimonade“ ersetzt worden.

3.4. Es ist daher zu prüfen, ob eine Markenware auch dann im Sinne des§ 10a Z 2 MSchG angeboten wird, wenn sie zwar - wie hier - in einer Getränkekarte aufscheint, im Lokal aber nicht (mehr) die Markenware, sondern ein gleichartiges Getränk ausgeschenkt ist. Nach § 10a Z 2 MSchG ist dem Markeninhaber (ua) vorbehalten, „unter dem Zeichen Waren anzubieten“. Ein Angebot liegt unabhängig davon vor, ob die Ware auch tatsächlich geliefert werden kann. Auch die - durch die Beendigung der Lieferbeziehung - unrichtig gewordene Anführung eines Markengetränks in einer Getränkekarte muss daher als Anbieten dieser Ware gewertet werden. Die Herkunftsgarantie der Marke wird beeinträchtigt, wenn der Eindruck entstehen kann, das anstelle des Markengetränks angebotene „namenlose“ Getränk stamme vom Markeninhaber. Ein solcher Eindruck kann bereits dann entstehen, wenn nicht ausdrücklich klargestellt wird, dass entgegen dem durch die Anführung in der Getränkekarte erweckten Eindruck das ausgeschenkte Getränk nicht das Markengetränk, sondern das Produkt eines anderen Herstellers ist. Dass sie die Gäste in diesem Sinn aufgeklärt hätten, haben die Beklagten nicht behauptet.3.4. Es ist daher zu prüfen, ob eine Markenware auch dann im Sinne des Paragraph 10 a, Ziffer 2, MSchG angeboten wird, wenn sie zwar - wie hier - in einer Getränkekarte aufscheint, im Lokal aber nicht (mehr) die Markenware, sondern ein gleichartiges Getränk ausgeschenkt ist. Nach Paragraph 10 a, Ziffer 2, MSchG ist dem Markeninhaber (ua) vorbehalten, „unter dem Zeichen Waren anzubieten“. Ein Angebot liegt unabhängig davon vor, ob die Ware auch tatsächlich geliefert werden kann. Auch die - durch die Beendigung der Lieferbeziehung - unrichtig gewordene Anführung eines Markengetränks in einer Getränkekarte muss daher als Anbieten dieser Ware gewertet werden. Die Herkunftsgarantie der Marke wird beeinträchtigt, wenn der Eindruck entstehen kann, das anstelle des Markengetränks angebotene „namenlose“ Getränk stamme vom Markeninhaber. Ein solcher Eindruck kann bereits dann entstehen, wenn nicht ausdrücklich klargestellt wird, dass entgegen dem durch die Anführung in der Getränkekarte erweckten Eindruck das ausgeschenkte Getränk nicht das Markengetränk, sondern das Produkt eines anderen Herstellers ist. Dass sie die Gäste in diesem Sinn aufgeklärt hätten, haben die Beklagten nicht behauptet.

3.5. Die Beklagten machen geltend, die Marke der Klägerin deshalb rechtmäßig genutzt zu haben, weil sie bei einer Veranstaltung Mitte 2006 „Almdudler“ in Flaschen angeboten haben. Sie lassen dabei außer Acht, dass die angesprochenen Verkehrskreise den Inhalt einer Speise- und Getränkekarte auf das regelmäßig zur Verfügung stehende Angebot beziehen und nicht als Hinweis darauf verstehen, dass und welche Getränke auf ausdrückliche Bestellung hin beschafft werden können.

3.6. Der markenrechtliche Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig (stRsp ua4 Ob 122/03z = MR 2003, 295 - Northland). Dass die Beklagten die Speise- und Getränkekarte im Schaukasten offenbar übersehen und es daher

unterlassen haben, bei der Umstellung des Bonierungssystems auch diese Karte durch eine neugestaltete Speise- und Getränkekarte zu ersetzen, vermag daher an der dadurch begangenen Markenverletzung nichts zu ändern.

4.1. Die Beklagten machen geltend, die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, weil sie von sich aus noch vor Klagseinbringung die Marke aus den im Restaurant aufliegenden Speise- und Getränkekarten gelöscht und den Abschluss eines gerichtlichen Unterlassungsvergleichs angeboten hätten.

4.2. Um die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu entkräften, hat der Beklagte besondere Umstände darzutun, die eine Wiederholung seiner Handlung als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Dabei kommt es immer auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an, für welche insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreits wichtige Anhaltspunkte bieten kann. Maßgebend ist stets, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz RS0012087 und RS0080065).

4.3. Nach den Feststellungen haben die Beklagten bis Dezember 2005 „Almdudler“ von der Klägerin bezogen und bis zum Verbrauch der gelieferten Containerware im Jänner 2006 in ihrem Lokal ausgeschenkt. Im Jänner haben sie „Almdudler“ durch die Kräuterlimonade eines anderen Herstellers ersetzt, ohne dies aber den Kunden gegenüber sofort klarzustellen. Noch vor Klagseinbringung haben sie die im Lokal aufliegenden Speise- und Getränkekarten sowie auch das Bonierungssystem geändert und statt „Almdudler“ „Kräuterlimonade“ angeführt. Dabei haben sie eine Speise- und Getränkekarte in einem Schaukasten am Parkplatz übersehen und nicht (sofort) ausgetauscht.

4.4. Ob die Beklagten im Zeitraum bis zur Umstellung des Bonierungssystems, das heißt von Jänner bis Anfang Mai 2006, „Almdudler“ in den im Lokal aufliegenden Getränkekarten belassen oder in „Dudler“ geändert haben, spielt keine Rolle. Sie haben die Markenrechte der Klägerin jedenfalls verletzt, weil sie - wie die Feststellungen zum ersten Besuch der Testperson im Lokal zeigen - Kunden im Glauben gelassen haben, ihnen den bestellten „Almdudler“ zu servieren, obwohl sie in Wahrheit nur mehr eine andere Kräuterlimonade im Angebot hatten. Gleichzeitig mit der Umstellung des Bonierungssystems Anfang Mai 2006 haben die Beklagten die Speise- und Getränkekarten im Lokal noch vor jeder Beanstandung durch die Klägerin ausgetauscht. Im Verfahren haben sie einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten, der allerdings keine Veröffentlichungsermächtigung umfasst hat.

4.5. Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitigt die Vermutung der Wiederholungsgefahr, wenn der Kläger dadurch all das erhält, was er im Verfahren erreichen kann (stRsp ua 4 Ob 283/00x = ÖBI 2001, 105 - Reisebedarf mwN). Der Beklagte braucht in seinem Vergleichsanbot dem Klagebegehren nur in den Punkten Rechnung zu tragen, in denen der Kläger im Rechtsstreit obsiegen könnte (4 Ob 395/87 = ÖBI 1989, 52 - Carsonics/Carsound).

4.6. Ein Anspruch auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung steht zu, wenn der Kläger daran ein berechtigtes Interesse hat (§ 25 Abs 3 UWG). Die Urteilsveröffentlichung soll eine unrichtige Meinung richtig stellen und verhindern, dass diese Meinung weiter um sich greift. Sie dient der Aufklärung des Publikums über einen bestimmten Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt (stRsp 4 Ob 244/01p = ÖBI 2002, 71 - Alpentrio Tirol mwN). Begehrte der Kläger die Veröffentlichung in bestimmten Medien, dann ist das Gericht daran gebunden und kann nicht auf Veröffentlichung in anderen Medien erkennen (4 Ob 7/93 = ÖBI 1993, 96 - Compass). Der Kläger begehrte, ihn zur Urteilsveröffentlichung in einer Ausgabe der Zeitschrift „Gastro“ und in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ (Ausgabe Niederösterreich) auf Seite 5 zu ermächtigen.4.6. Ein Anspruch auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung steht zu, wenn der Kläger daran ein berechtigtes Interesse hat (Paragraph 25, Absatz 3, UWG). Die Urteilsveröffentlichung soll eine unrichtige Meinung richtig stellen und verhindern, dass diese Meinung weiter um sich greift. Sie dient der Aufklärung des Publikums über einen bestimmten Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt (stRsp 4 Ob 244/01p = ÖBI 2002, 71 - Alpentrio Tirol mwN). Begehrte der Kläger die Veröffentlichung in bestimmten Medien, dann ist das Gericht daran gebunden und kann nicht auf Veröffentlichung in anderen Medien erkennen (4 Ob 7/93 = ÖBI 1993, 96 - Compass). Der Kläger begehrte, ihn zur Urteilsveröffentlichung in einer Ausgabe der Zeitschrift „Gastro“ und in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ (Ausgabe Niederösterreich) auf Seite 5 zu ermächtigen.

4.7. Die Beklagten haben die Markenrechte der Klägerin verletzt, indem sie nach Beendigung der Lieferbeziehung und nach Verbrauch der Containerware im Jänner 2006 unter der Marke „Almdudler“ eine andere Kräuterlimonade angeboten haben. Sie haben jedoch Anfang Mai 2006 aus eigenem Antrieb das Bonierungssystem geändert und den

Markennamen „Almdudler“ aus ihren Speise- und Getränkekarten entfernt. Dabei haben sie allerdings übersehen, dass auch im Schaukasten am Parkplatz eine - durch die Umstellung überholte - Getränkekarte ausgehängt war. Es ist aber weder behauptet noch festgestellt, dass sie auch nach Umstellung des Bonierungssystems und Änderung der im Restaurant aufliegenden Speise- und Getränkekarten die von ihnen nunmehr ausgeschenkte Kräuterlimonade im Lokal als „Almdudler“ angeboten hätten.

4.8. Damit ist davon auszugehen, dass sich die Markenverletzung nur gegenüber einem beschränkten Personenkreis ausgewirkt hat, nämlich gegenüber jenen Gästen, die einen Almdudler bestellen, aber ohne entsprechenden Hinweis eine andere Kräuterlimonade erhalten haben, oder die - nach Umstellung des Bonierungssystems und Neugestaltung der Speise- und Getränkekarten - die im Schaukasten am Parkplatz ausgehängte (überholte) Getränkekarte gesehen und gelesen haben. Die Notwendigkeit der Aufklärung gegenüber einem derart eingeschränkten Personenkreis rechtfertigt es nicht, das Urteil in einer auflagenstarken überregionalen Zeitung, wie der Ausgabe Niederösterreich der Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, zu veröffentlichen. Noch weniger erscheint es gerechtfertigt, das Urteil in einem Fachmagazin zu veröffentlichen, das sich, wie die Zeitschrift „Gastro“, an die Gastronomie wendet. Hier mag die Veröffentlichung eines Unterlassungsgebots abschreckend für andere Gastwirte wirken; zur - die Urteilsveröffentlichung allein rechtfertigenden - Aufklärung der Kunden der Beklagten trägt sie aber nichts bei.

4.9. Mangels schutzwürdigen Interesses ist das Urteilsveröffentlichungsbegehren der Klägerin nicht berechtigt. Dass die Beklagten neben der begehrten Unterlassung nicht auch die Veröffentlichung in beiden oder in einem der von der Klägerin begehrten Medien angeboten haben, vermag daher die durch ihr Verhalten - Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs und Umstellung des Bonierungssystems sowie Neugestaltung der Speise- und Getränkekarten aus eigenem Antrieb - dokumentierte Sinnesänderung nicht zu widerlegen. Den Beklagten ist es damit gelungen, den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu bescheinigen.

5. Dem Revisionsrekurs der Beklagten war daher Folge zu geben und der Sicherungsantrag abzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm § 41 Abs 1 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO. Der Streitgenossenzuschlag für zwei Streitgenossen beträgt 10 %. Als Bemessungsgrundlage war im Revisionsrekursverfahren mangels anderer Anhaltspunkte vom halben Streitwert auszugehen.6. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO in Verbindung mit Paragraph 41, Absatz eins, ZPO, für das Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO. Der Streitgenossenzuschlag für zwei Streitgenossen beträgt 10 %. Als Bemessungsgrundlage war im Revisionsrekursverfahren mangels anderer Anhaltspunkte vom halben Streitwert auszugehen.

### **Anmerkung**

E8469417Ob11.07b

### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖBl 2007/62 S 275 (Gamerith) - ÖBl 2007,275 (Gamerith) = RZ 2008,20EÜ7 - RZ 2008 EÜ7XPUBLEND

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0170OB00011.07B.0710.000

### **Zuletzt aktualisiert am**

20.03.2009

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>