

# TE OGH 2006/6/27 3Ob39/06s

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.06.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Dr. Prückner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die verpflichteten Parteien 1. M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, und 2. Hüseyin Ü\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der verpflichteten Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 20. Dezember 2005, GZ 47 R 881/05i-39, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Jänner 2006, AZ 47 R 881/05i, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Liesing vom 2. November 2005, GZ 10 E 2180/05d-34, ersetztlos aufgehoben wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die verpflichteten Parteien sind schuldig, der betreibenden Partei die mit 1.239,28 EUR (darin 206,54 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Ein Gerichtshofs zweiter Instanz trug den verpflichteten Parteien in Abänderung einer erstinstanzlichen Entscheidung mittels einstweiliger Verfügung (EV) vom 21. April 2005 auf, es ab sofort bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Energy Drinks unter Verwendung des Zeichens Red Dragon und/oder eines anderen vergleichbaren Zeichens, insbesondere in der [abgebildeten] Warenausstattung, das den Gemeinschaftsmarken der betreibenden Partei (Wortmarke CTM 52803 „Red Bull“ sowie Bildmarken CTM 52787, CTM 1143122 und CTM 52746) verwechselbar ähnlich ist, im Gebiet europäischen Gemeinschaft (EG) herzustellen und/oder herstellen zu lassen, anzubieten, in Verkehr zu bringen, aus dem Gebiet der EG auszuführen und/oder im Gebiet der EG auf sonstige Weise zu benützen. Die nun betreibende Partei hatte ihre Ansprüche auf Art 9 Abs 1 lit b GMV (§ 10 Abs 1 Z 2 MSchG) und Art 9 Abs 1 lit c GMV § 10 Abs 2 MSchG gestützt. Ein Gerichtshofs zweiter Instanz trug den verpflichteten Parteien in Abänderung einer erstinstanzlichen Entscheidung mittels einstweiliger Verfügung (EV) vom 21. April 2005 auf, es ab sofort bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Energy Drinks unter Verwendung des Zeichens Red Dragon und/oder eines anderen vergleichbaren Zeichens, insbesondere in der [abgebildeten] Warenausstattung, das den Gemeinschaftsmarken der betreibenden Partei (Wortmarke CTM 52803 „Red Bull“ sowie Bildmarken CTM 52787, CTM 1143122 und CTM 52746) verwechselbar ähnlich ist, im Gebiet europäischen

Gemeinschaft (EG) herzustellen und/oder herstellen zu lassen, anzubieten, in Verkehr zu bringen, aus dem Gebiet der EG auszuführen und/oder im Gebiet der EG auf sonstige Weise zu benützen. Die nun betreibende Partei hatte ihre Ansprüche auf Artikel 9, Absatz eins, Litera b, GMV (Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MSchG) und Artikel 9, Absatz eins, Litera c, GMV (Paragraph 10, Absatz 2, MSchG) gestützt.

Auf Antrag der betreibenden Partei hatte das Erstgericht dieser gegen die verpflichteten Parteien mit Beschluss vom 29. September 2005 ON 11 die Unterlassungsexekution nach § 355 EO bewilligt und zugleich wegen des im Exekutionsantrag und in weiteren neun Strafanträgen behaupteten Zuwiderhandelns (Werbung auf der Website) über beide verpflichtete Parteien jeweils zehn Geldstrafen verhängt. Der Exekutionstitel erwuchs zufolge des Beschlusses vom Obersten Gerichtshofs vom 29. November 2005, AZ 4 Ob 122/05b, in Rechtskraft. Darin wurde ausgeführt, mangels eines Rechtfertigungsgrunds für die Annäherung des Zeichens der erstbeklagten Partei an die Gemeinschaftsmarken der klagenden [nun betreibenden] Partei liege ein Verstoß gegen Art 9 Abs 1 lit c GMV, § 10 Abs 2 MSchG vor. Der im Revisionsrekurs breit erörterten Frage der Verwechslungsfähigkeit komme keine Bedeutung zu. Auch ein Rekurs der verpflichteten Parteien gegen das Strafausmaß und die Kostenentscheidung im Beschluss ON 11 blieb erfolglos (ON 31). Auf Antrag der betreibenden Partei hatte das Erstgericht dieser gegen die verpflichteten Parteien mit Beschluss vom 29. September 2005 ON 11 die Unterlassungsexekution nach Paragraph 355, EO bewilligt und zugleich wegen des im Exekutionsantrag und in weiteren neun Strafanträgen behaupteten Zuwiderhandelns (Werbung auf der Website) über beide verpflichtete Parteien jeweils zehn Geldstrafen verhängt. Der Exekutionstitel erwuchs zufolge des Beschlusses vom Obersten Gerichtshofs vom 29. November 2005, AZ 4 Ob 122/05b, in Rechtskraft. Darin wurde ausgeführt, mangels eines Rechtfertigungsgrunds für die Annäherung des Zeichens der erstbeklagten Partei an die Gemeinschaftsmarken der klagenden [nun betreibenden] Partei liege ein Verstoß gegen Artikel 9, Absatz eins, Litera c, GMV, Paragraph 10, Absatz 2, MSchG vor. Der im Revisionsrekurs breit erörterten Frage der Verwechslungsfähigkeit komme keine Bedeutung zu. Auch ein Rekurs der verpflichteten Parteien gegen das Strafausmaß und die Kostenentscheidung im Beschluss ON 11 blieb erfolglos (ON 31).

Mit ihrem Antrag auf Vollzug der Exekution vom 30. September 2005 ON 19 (beim Erstgericht eingelangt am 3. Oktober 2005) beantragte die betreibende Partei erneut die Verhängung von Geldstrafen über die verpflichteten Parteien. Diese verstießen trotz Vollstreckbarkeit gegen das Unterlassungsgebot der EV. Sie brächten weiterhin Energy Drinks Red Dragon in genau der durch die EV insbesondere verbotenen Produktausstattung im Gebiet der EG in Verkehr. Auch am 29. September 2005 sei ein Energy Drink weiterhin im Gebiet der EG angeboten und verkauft worden, nämlich im E\*\*\*\*\* Aktiv-Markt S\*\*\*\*\* in Nürnberg. Den verpflichteten Parteien sei vorzuwerfen, dass sie den Energy Drink in der verpönten Aufmachung weiterhin herstellten/herstellen ließen, anbieten und in Verkehr brächten. Daneben sei ihnen aber auch vorzuwerfen, dass sie offensichtlich auch ihre Abnehmer und (im Betrieb ihres Unternehmens beauftragten) Vertriebspartner vom gerichtlichen Verkaufsverbot nicht informierten und damit schulhaft nichts dagegen unternähmen, dass diese Abnehmer ihrerseits die vom Unterlassungstitel erfassten Energy Drinks verkauften. Der Zweitverpflichtete habe als alleiniger Geschäftsführer der erstverpflichteten Partei an den Verstößen mitgewirkt, indem er trotz Kenntnis nicht gegen das Zuwiderhandeln eingeschritten sei. Über Auftrag des Erstgerichts zur Verbesserung des Strafantrags brachte die betreibende Partei ergänzend vor, sie könne „leider“ keine konkreten Angaben über weitere Verkäufe des inkriminierten Produkts im konkreten Zeitraum machen. Es könne jedoch nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass der Vertrieb nicht auf den genannten Markt beschränkt gewesen sei. Der Vertrieb an einer Vertriebsstätte zeige vielmehr, dass die Verpflichteten nichts unternähmen, um dem vollstreckbaren Unterlassungsgebot nachzukommen, und indiziere, dass sie weiterhin umfassenden Vertrieb verantworteten, der nicht auf den dargestellten Markt beschränkt sei. Das Erstgericht schob mit Beschluss vom 3. Oktober 2005 (der Geschäftsstelle übergeben am 4. Oktober 2005) ON 20 auf Antrag der verpflichteten Parteien, eingebracht am 30. September 2005, die Exekution zur Unterlassung mit sofortiger Wirkung gemäß § 42 Abs 1 Z 2a EO auf, ohne diese Aufschiebung zeitlich zu begrenzen. Aufschiebungsgrund war der außerordentliche Revisionsrekurs der betreibenden Partei gegen den Exekutionstitel. Mit ihrem Antrag auf Vollzug der Exekution vom 30. September 2005 ON 19 (beim Erstgericht eingelangt am 3. Oktober 2005) beantragte die betreibende Partei erneut die Verhängung von Geldstrafen über die verpflichteten Parteien. Diese verstießen trotz Vollstreckbarkeit gegen das Unterlassungsgebot der EV. Sie brächten weiterhin Energy Drinks Red Dragon in genau der durch die EV insbesondere verbotenen Produktausstattung im Gebiet der EG in Verkehr. Auch am 29. September 2005 sei ein Energy Drink weiterhin im Gebiet der EG angeboten und verkauft worden, nämlich im E\*\*\*\*\* Aktiv-Markt S\*\*\*\*\* in Nürnberg. Den verpflichteten Parteien sei vorzuwerfen, dass sie den Energy Drink in der verpönten

Aufmachung weiterhin herstellten/herstellen ließen, anbieten und in Verkehr brächten. Daneben sei ihnen aber auch vorzuwerfen, dass sie offensichtlich auch ihre Abnehmer und (im Betrieb ihres Unternehmens beauftragten) Vertriebspartner vom gerichtlichen Verkaufsverbot nicht informierten und damit schulhaft nichts dagegen unternähmen, dass diese Abnehmer ihrerseits die vom Unterlassungstitel erfassten Energy Drinks verkauften. Der Zweitverpflichtete habe als alleiniger Geschäftsführer der erstverpflichteten Partei an den Verstößen mitgewirkt, indem er trotz Kenntnis nicht gegen das Zuwiderhandeln eingeschritten sei. Über Auftrag des Erstgerichts zur Verbesserung des Strafantrags brachte die betreibende Partei ergänzend vor, sie könne „leider“ keine konkreten Angaben über weitere Verkäufe des inkriminierten Produkts im konkreten Zeitraum machen. Es könne jedoch nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass der Vertrieb nicht auf den genannten Markt beschränkt gewesen sei. Der Vertrieb an einer Vertriebsstätte zeige vielmehr, dass die Verpflichteten nichts unternähmen, um dem vollstreckbaren Unterlassungsgebot nachzukommen, und indiziere, dass sie weiterhin umfassenden Vertrieb verantworteten, der nicht auf den dargestellten Markt beschränkt sei. Das Erstgericht schob mit Beschluss vom 3. Oktober 2005 (der Geschäftsstelle übergeben am 4. Oktober 2005) ON 20 auf Antrag der verpflichteten Parteien, eingebracht am 30. September 2005, die Exekution zur Unterlassung mit sofortiger Wirkung gemäß Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer 2 a, EO auf, ohne diese Aufschiebung zeitlich zu begrenzen. Aufschiebungsgrund war der außerordentliche Revisionsrekurs der betreibenden Partei gegen den Exekutionstitel.

Mit Beschluss vom 2. November 2005 ON 34 verhängte das Erstgericht über die verpflichteten Parteien weitere Geldstrafen im Ausmaß von je 100 EUR, weil sie am 29. September 2005 der EV zuwider gehandelt hätten. Da sie auch gehalten seien, sich darum zu kümmern, dass alle Vertragspartner (Geschäftsketten) die verbotene Ware aus den Regalen nähmen, seien die verpflichteten Parteien auch für das Anbieten und den Verkauf der Waren in Nürnberg zur Verantwortung zu ziehen. Bei der Strafbemessung berücksichtigte das Erstgericht, dass die verpflichteten Parteien mittlerweile bei ihrer Präsenz im Internet das Unterlassungsgebot befolgten. Entgegen der Ansicht der betreibenden Partei könne vom Vorhandensein der Dosen in einem E\*\*\*\*\* Markt in Nürnberg nicht darauf geschlossen werden, dass sich der Vertrieb nicht auf diesen beschränke und die verpflichteten Parteien nichts unternähmen, um dem vollstreckbaren Unterlassungsgebot nachzukommen. Die Aufschiebung des Exekutionsverfahrens hindere die Verhängung einer Geldstrafe für ein vor dem Aufschiebungsbeschluss liegendes Verhalten nicht.

Das Gericht zweiter Instanz gab dem gegen die Bewilligung des Strafantrags ON 19 gerichteten Rekurs der verpflichteten Parteien (in Wahrheit nur teilweise) dahin Folge, dass es den angefochtenen Beschluss ersatzlos behob. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Da der uneingeschränkte Wortlaut des unangefochten gebliebenen Aufschiebungsbeschlusses ON 20 sowohl die bereits in Vollzug gesetzten als auch allfällige künftige Exekutionsakte umfasse, hätte das Erstgericht den Strafantrag ON 19 nach seinem Aufschiebungsbeschluss ON 20 nicht mehr bewilligen dürfen. Da der Strafantrag bereits vor Erlassung des Aufschiebungsbeschlusses eingebracht worden sei, gelte für ihn nach der höchstgerichtlichen Rsp dasselbe wie für bereits vollzogene Exekutionsakte, die gemäß § 43 Abs 1 EO einstweilen bestehen blieben. Der Strafantrag sei „daher“ weder zu bewilligen noch abzuweisen, sondern müsse bis zur Entscheidung über den außerordentlichen Revisionsrekurs gegen den Exekutionstitel unerledigt bleiben. Da der uneingeschränkte Wortlaut des unangefochten gebliebenen Aufschiebungsbeschlusses ON 20 sowohl die bereits in Vollzug gesetzten als auch allfällige künftige Exekutionsakte umfasse, hätte das Erstgericht den Strafantrag ON 19 nach seinem Aufschiebungsbeschluss ON 20 nicht mehr bewilligen dürfen. Da der Strafantrag bereits vor Erlassung des Aufschiebungsbeschlusses eingebracht worden sei, gelte für ihn nach der höchstgerichtlichen Rsp dasselbe wie für bereits vollzogene Exekutionsakte, die gemäß Paragraph 43, Absatz eins, EO einstweilen bestehen blieben. Der Strafantrag sei „daher“ weder zu bewilligen noch abzuweisen, sondern müsse bis zur Entscheidung über den außerordentlichen Revisionsrekurs gegen den Exekutionstitel unerledigt bleiben.

Die sofortige Abweisung des Strafantrags komme nicht in Betracht. Dieser sei schlüssig, das Rekursvorbringen, wonach die beiden verpflichteten Parteien keinen Einfluss auf den im Strafantrag genannten Händler gehabt hätten, weshalb sie auch keine Beseitigungspflicht getroffen hätte, könne nur in einer Impugnationsklage nach § 36 EO mit Erfolg releviert werden, und sei deshalb unbedeutlich. Die sofortige Abweisung des Strafantrags komme nicht in Betracht.

Dieser sei schlüssig, das Rekursvorbringen, wonach die beiden verpflichteten Parteien keinen Einfluss auf den im Strafantrag genannten Händler gehabt hätten, weshalb sie auch keine Beseitigungspflicht getroffen hätte, könne nur in einer Impugnationsklage nach Paragraph 36, EO mit Erfolg releviert werden, und sei deshalb unbeachtlich.

Der außerordentliche Revisionsrekurs der verpflichteten Parteien ist zulässig, jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

a) Wie schon in ihrem Rekurs gegen den Strafbeschluss des Erstgerichts begehren die verpflichteten Parteien auch im Revisionsrekursverfahren die gänzliche Abweisung des Strafantrags. Der behauptete Verkauf von näher bezeichneten Energy Drinks in einem E\*\*\*\*\* Markt in Nürnberg begründe schon begrifflich keinen Verstoß der verpflichteten Parteien gegen das Titelverbot, solange keine konkreten Umstände vorgebracht würden, denen zufolge ihnen eine Verfügung auch über den Warenbestand dieses Geschäfts in Nürnberg zukäme. Das weitere Vorbringen über Verstöße gegen den Titel liege so außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass es ohne konkrete Anhaltspunkte von vornherein nur als unrichtig angesehen werden könne.

In der Sache legte bereits das Erstgericht - von der betreibenden Partei unangefochten - den verpflichteten Parteien lediglich zur Last, am 26. September 2005 die inkriminierte Ware in Nürnberg angeboten und verkauft zu haben; dafür seien sie zur Verantwortung zu ziehen. Die - nicht näher konkretisiert - behaupteten Zu widerhandlungen durch weitere Herstellung des Getränks in der durch den Exekutionstitel verpönten Aufmachung legte das Erstgericht den verpflichteten Parteien eindeutig nicht zur Last, wogegen, wie dargelegt die betreibende Partei nichts unternahm. Auch im Revisionsrekursverfahren kommt sie darauf nicht mehr zurück. Zu prüfen bleibt daher allein der behauptete Verstoß dadurch, dass den betreffenden Energy Drink in dieser Aufmachung an einem bestimmten Tag in einem Verbrauchermarkt in Nürnberg, Bundesrepublik Deutschland, verkauft worden sei. Die Unterlassungsexekution könnte der betreibenden Partei nur bewilligt werden, wenn das ein Zu widerhandeln gegen die mit dem Titel verbotenen Handlungen, nämlich Energy Drinks in bestimmter Ausstattung anzubieten, in Verkehr zu bringen oder auf sonstige Weise zu benützen bedeuten würde. Dass dies der Fall sei, wird bereits im Strafantrag ausdrücklich behauptet. Ein bestimmter Zusammenhang zwischen dem Nürnberger Geschäft und den verpflichteten Parteien wird allerdings nicht behauptet. „Daneben“ wird aber auch geltend gemacht, diesen sei vorzuwerfen, dass sie offensichtlich auch ihre Abnehmer und (im Betrieb ihres Unternehmens beauftragten) Vertriebspartner vom gerichtlichen Verkaufsverbot nicht informierten und damit schulhaft nichts dagegen unternähmen, dass diese Abnehmer ihrerseits die im Unterlassungstitel erfassten Energy Drinks verkauften. Erst im Verbesserungs-Schriftsatz ON 28 wird eine Verknüpfung zwischen dem Verkauf in Nürnberg und dem letztgenannten Vorwurf in der Weise hergestellt, der Vertrieb an einer Vertriebsstätte zeige, dass die verpflichteten Parteien nichts unternähmen, um dem vollstreckbaren Unterlassungsgebot nachzukommen, und indiziere, sie verantworteten weiterhin einen umfassenden Vertrieb, der nicht auf den genannten Markt beschränkt sei. Nach der stRsp des Obersten Gerichtshofs muss der betreibende Gläubiger bei der Unterlassungsexekution in jedem weiteren Strafantrag konkret und schlüssig behaupten, der Verpflichtete habe seit Einbringung des vorangegangenen Strafantrags dem Exekutionstitel zuwider gehandelt. Diese Behauptungen sind weder zu bescheinigen noch zu bewiesen (3 Ob 298/99s; RIS-Justiz RS0113988). Prüft man nun das Vorbringen der betreibenden Partei in erster Instanz, so zeigt sich, dass - zumindest implizit - ein konkretes Zu widerhandeln der verpflichteten Parteien durch den der Verkauf einer solchen Dose in einem Geschäft in Nürnberg durch ungenannt gebliebene Personen an einem bestimmten Tag als Verstoß geltend gemacht wird. Entgegen der Ansicht der betreibenden Partei in ihrer Revisionsrekursbeantwortung indiziert allerdings der Vertrieb in Nürnberg „mehr als vier Monate nach Rechtskraft der Unterlassungsverfügung“ keineswegs einen Verstoß der verpflichteten Parteien selbst gegen die Unterlassungsverpflichtung dadurch, dass sie auch nach Rechtskraft der EV weiterhin die inkriminierten Produkte ausgeliefert hätten. Aus dem allein maßgeblichen Vorbringen in erster Instanz ergibt sich nicht der geringste Hinweis, dass aus bestimmten Gründen anzunehmen wäre, die gekaufte Getränkendose wäre erst nach Erlassung der EV an den Detailhändler geliefert worden. Abgesehen davon ist die Darstellung auch sachlich unrichtig, weil die EV erst durch den Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 29. November 2005 AZ 4 Ob 122/05b rechtskräftig wurde, somit lange nach dem Tag des behaupteten Verstoßes am 29. September 2005. Richtig ist allerdings, dass der Exekutionstitel der zweiten Instanz bereits am 21. April 2005 entstand.

Auch wenn sich die betreibende Partei in ihrem erstinstanzlichen Vorbringen nicht ausdrücklich darauf berief, dass die verpflichteten Parteien einen verbotswidrigen Zustand nicht behoben hätten, liegt der Sache nach diese Behauptung vor. Tatsächlich kann auch der Umstand, dass ein Detailhändler, der nicht Verpflichteter ist, ein Produkt, dessen

Vertrieb den verpflichteten Parteien (als Hersteller oder Großhändler) verboten wurde, in seinem Geschäft zum Verkauf bereithält, als ein solcher Zustand iSd Rsp verstanden werden (vgl. Klicka in Angst, EO, § 355 Rz 6; Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, § 355 Rz 2 je mwN; E. Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht 525). Ein schuldhafter Verstoß gegen den Exekutionstitel durch die verpflichteten Parteien ist dann zu bejahen, wenn diese den Einzelhändler im konkreten Fall nicht daran hinderten, Getränkedosen in der vom Exekutionstitel verpönten Aufmachung zu verkaufen. Zu Unrecht wenden sich die Rechtsmittelwerber gegen die Rechtsansicht der zweiten Instanz, im vorliegenden Fall reichten die Behauptungen in erster Instanz für die Erlassung eines Strafbeschlusses aus. Deren Ansicht ist insgesamt durch die - teilweise vom Rekursgericht zitierte - Rsp des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0079555 [insbesondere T4 und T5]) gedeckt. Die erste Entscheidung dieser Rechtsatzkette § Ob 184/74 = ÖBI 1976, 27) beruft sich auf die (auch im Revisionsrekurs zitierte) Vorentscheidung SZ 12/312, worin dargelegt wurde, ein Zuwiderhandeln gegen einen bloß auf Unterlassung und nicht auch auf Beseitigung lautenden Exekutionsbeschluss liege auch dann vor, wenn der Verpflichtete einen - sei es von wen immer geschaffenen - den Vorschriften des Gesetzes widersprechenden Zustand nicht beseitige, soweit ihm „die Verfügung zustehe“. Soweit sich das Gericht zweiter Instanz auch auf die E 3 Ob 215/02t, 321/02f = SZ 2002/178 beruft, kann diese zwar deshalb nicht als Belegstelle herangezogen werden, weil die Ausführungen zur Zustandsstörung nur für jene Fälle gelten, in denen § 15 UWG anzuwenden ist. Auch die E 3 Ob 198/02t (= RdW 2004, 223 = RpflE 2003/127 = ZIK 2004, 20) betraf einen Titel, der sich auf das UWG gründete. Entgegen der nunmehr in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Auffassung der betreibenden Partei stützt sich der den Exekutionstitel bildende Beschluss zweiter Instanz aber gerade nicht auf das UWG, sondern auf Markenrecht. Durch die MarkenRNov 1999 wurden die bis dahin einander ergänzenden und teilweise überlappenden kennzeichenrechtlichen Bestimmungen des MSchG und des UWG entflochten. Aufgrund der genannten Novelle haben die aus Verletzungen von registrierten Marken resultierenden Rechte (insbesondere der Unterlassungsanspruch nach § 51 MSchG) ihre alleinige Grundlage im MSchG und können nicht mehr auf Basis des UWG (§ 9) geltend gemacht werden. Nur die durch Benutzung einer registrierten Marke verwirklichte Eingriffe in andere Kennzeichenrechte sind weiterhin nach dem UWG zu verfolgen (4 Ob 5/06y; RIS-Justiz RS0120717). Entgegen der Ansicht der betreibenden Partei hat auch der Oberste Gerichtshof in seiner bestätigenden Entscheidung 4 Ob 122/05b, wie bereits dargestellt, die EV im Titelverfahren ausschließlich auf die GMV und das MSchG und nicht auf das UWG gestützt. Auch wenn sich die betreibende Partei in ihrem erstinstanzlichen Vorbringen nicht ausdrücklich darauf berief, dass die verpflichteten Parteien einen verbotswidrigen Zustand nicht behoben hätten, liegt der Sache nach diese Behauptung vor. Tatsächlich kann auch der Umstand, dass ein Detailhändler, der nicht Verpflichteter ist, ein Produkt, dessen Vertrieb den verpflichteten Parteien (als Hersteller oder Großhändler) verboten wurde, in seinem Geschäft zum Verkauf bereithält, als ein solcher Zustand iSd Rsp verstanden werden vergleiche Klicka in Angst, EO, Paragraph 355, Rz 6; Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO, Paragraph 355, Rz 2 je mwN; E. Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht 525). Ein schuldhafter Verstoß gegen den Exekutionstitel durch die verpflichteten Parteien ist dann zu bejahen, wenn diese den Einzelhändler im konkreten Fall nicht daran hinderten, Getränkedosen in der vom Exekutionstitel verpönten Aufmachung zu verkaufen. Zu Unrecht wenden sich die Rechtsmittelwerber gegen die Rechtsansicht der zweiten Instanz, im vorliegenden Fall reichten die Behauptungen in erster Instanz für die Erlassung eines Strafbeschlusses aus. Deren Ansicht ist insgesamt durch die - teilweise vom Rekursgericht zitierte - Rsp des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0079555 [insbesondere T4 und T5]) gedeckt. Die erste Entscheidung dieser Rechtsatzkette (3 Ob 184/74 = ÖBI 1976, 27) beruft sich auf die (auch im Revisionsrekurs zitierte) Vorentscheidung SZ 12/312, worin dargelegt wurde, ein Zuwiderhandeln gegen einen bloß auf Unterlassung und nicht auch auf Beseitigung lautenden Exekutionsbeschluss liege auch dann vor, wenn der Verpflichtete einen - sei es von wen immer geschaffenen - den Vorschriften des Gesetzes widersprechenden Zustand nicht beseitige, soweit ihm „die Verfügung zustehe“. Soweit sich das Gericht zweiter Instanz auch auf die E 3 Ob 215/02t, 321/02f = SZ 2002/178 beruft, kann diese zwar deshalb nicht als Belegstelle herangezogen werden, weil die Ausführungen zur Zustandsstörung nur für jene Fälle gelten, in denen Paragraph 15, UWG anzuwenden ist. Auch die E 3 Ob 198/02t (= RdW 2004, 223 = RpflE 2003/127 = ZIK 2004, 20) betraf einen Titel, der sich auf das UWG gründete. Entgegen der nunmehr in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Auffassung der betreibenden Partei stützt sich der den Exekutionstitel bildende Beschluss zweiter Instanz aber gerade nicht auf das UWG, sondern auf Markenrecht. Durch die MarkenRNov 1999 wurden die bis dahin einander ergänzenden und teilweise überlappenden kennzeichenrechtlichen Bestimmungen des MSchG und des UWG entflochten. Aufgrund der genannten Novelle haben die aus Verletzungen von registrierten Marken resultierenden Rechte (insbesondere der Unterlassungsanspruch nach

Paragraph 51, MSchG) ihre alleinige Grundlage im MSchG und können nicht mehr auf Basis des UWG (Paragraph 9,) geltend gemacht werden. Nur die durch Benutzung einer registrierten Marke verwirklichte Eingriffe in andere Kennzeichenrechte sind weiterhin nach dem UWG zu verfolgen (4 Ob 5/06y; RIS-Justiz RS0120717). Entgegen der Ansicht der betreibenden Partei hat auch der Oberste Gerichtshof in seiner bestätigenden Entscheidung 4 Ob 122/05b, wie bereits dargestellt, die EV im Titelverfahren ausschließlich auf die GMV und das MSchG und nicht auf das UWG gestützt.

Allerdings erlegt auch § 52 Abs 1 MSchG dem Markenverletzer - ähnlich wie§ 15 UWG - die Pflicht zur Beseitigung des dem Gesetz widerstreitenden Zustands auf, wobei diese Pflicht in den folgenden Absätzen näher konkretisiert wird. Während in § 15 UWG die Verpflichtung durch die Worte „soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht“ eingeschränkt wird, geht die Beseitigungspflicht nach § 52 Abs 2 MSchG nur so weit, als „dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird“. Dass die verkaufta Getränkedose Eigentum des Detailhändlers geworden wäre, ergibt sich aus dem Vorbringen der betreibenden Partei in erster Instanz nicht. Daher ist nach dem allein maßgebenden Vorbringen davon auszugehen, dass die verpflichteten Parteien zur Beseitigung des verbotswidrigen Zustands nichts unternahmen. Daran ändert es auch nichts, dass das Verbotsrecht des Markeninhabers auch gegenüber Detailhändlern nach §§ 10, 10a MSchG zustünde und mit Klage und in der Folge Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte. Allerdings erlegt auch Paragraph 52, Absatz eins, MSchG dem Markenverletzer - ähnlich wie Paragraph 15, UWG - die Pflicht zur Beseitigung des dem Gesetz widerstreitenden Zustands auf, wobei diese Pflicht in den folgenden Absätzen näher konkretisiert wird. Während in Paragraph 15, UWG die Verpflichtung durch die Worte „soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht“ eingeschränkt wird, geht die Beseitigungspflicht nach Paragraph 52, Absatz 2, MSchG nur so weit, als „dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird“. Dass die verkaufta Getränkedose Eigentum des Detailhändlers geworden wäre, ergibt sich aus dem Vorbringen der betreibenden Partei in erster Instanz nicht. Daher ist nach dem allein maßgebenden Vorbringen davon auszugehen, dass die verpflichteten Parteien zur Beseitigung des verbotswidrigen Zustands nichts unternahmen. Daran ändert es auch nichts, dass das Verbotsrecht des Markeninhabers auch gegenüber Detailhändlern nach Paragraphen 10, 10a MSchG zustünde und mit Klage und in der Folge Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte.

Im Einzelnen spricht von den im Revisionsrekurs angeführten Entscheidungen zunächst die zuB Ob 12/91 = ÖBI 1991, 115 eher für den Standpunkt der zweiten Instanz. In dem ihr zugrunde liegenden Fall war der verpflichteten Partei im Wettbewerbsprozess verboten worden, im geschäftlichen Verkehr mit Brausen unrichtige Behauptungen aufzustellen; im Exekutionsantrag hatte die betreibende Partei geltend gemacht, die verpflichtete Partei habe nach Zustellung der EV im Titelprozess dem Verbot zuwider bei bestimmten Wiederverkäufern den beanstandeten Prospekt mit der verbotenen Behauptung aufliegen lassen und so die Verletzungshandlung fortgesetzt und den geschaffenen Dauerzustand nicht beseitigt. Der Oberste Gerichtshof führte aus, es sei der verpflichteten Partei zumutbar, ihre Werbekataloge, die sie beim Vertrieb ihrer Produkte Wiederverkäufern überlassen habe, zurückzurufen oder zumindest aus dem Verkehr zu nehmen; dass ihr eine Einflussnahme auf die Unternehmer nicht zukäme, müsse nicht die betreibende Partei widerlegen, sondern die verpflichtete Partei im Wege einer Klage nach § 36 EO beweisen. Ersichtlich ging der Oberste Gerichtshof bei dieser Ansicht davon aus, die Behauptung es habe sich bei jenen Unternehmen, bei deren die Prospekte auflagen, um „Wiederverkäufer“ gehandelt, denen die verpflichtete Partei selbst die Prospekte überlassen habe, weshalb wohl von einer möglichen Einflussnahme auszugehen war, was auch in der Wortwahl „belassen“ im Exekutionsantrag seitens der betreibenden Partei zum Ausdruck gebracht wurde. Die E 3 Ob 70, 71/89 (= ÖBI 1990, 134 = MR 1990, 26 = wbl 1989, 343), ebenfalls zu einem Titel nach UWG, stellt klar, dass als Zuwiderhandeln nicht nur unmittelbare Handlungen der verpflichteten Partei in Betracht kommen, sondern ihr iSd § 18 UWG auch alle Handlungen der Personen zuzurechnen seien, deren sie sich beim Vertrieb ihrer Zeitschrift bediene. In der Entscheidung werden die Vorgänge beim Vertrieb einer Zeitschrift als im Wesentlichen offenkundig angesehen und wird ausgeführt, es bedürfe keiner näheren Behauptung über die Art der Untätigkeit der verpflichteten Partei, wenn behauptet werde, diese lasse eine Nummer der von ihr herausgegebenen Zeitung österreichweit verkaufen, insbesondere in einer ganz bestimmten Trafik. Selbstverständlich sei die verpflichtete Partei auch nach Auslieferung der Zeitschriften an den Trafikanten in der Lage, den weiteren Verkauf abzustellen, und sei es auch durch Rückkauf der schon ausgelieferten Exemplare. Wiederum wird ausdrücklich an § 15 UWG angeknüpft und die Pflicht zur Beseitigung eines den Vorschriften des UWG widerstreitenden Zustands statuiert, soweit dem Verpflichteten die Verfügung hierüber zustehe. Daraus könnte abgeleitet werden, dass gerade und nur wegen der dem Obersten Gerichtshof bekannten Umstände des Zeitungsvertriebs davon auszugehen war, dass im konkreten Fall die

verpflichtete Partei in der Lage war, den weiteren Verkauf der von ihr vertriebenen Zeitschrift abzustellen, es wird aber jedenfalls ein weiter „Zustands“-Begriff gebraucht und eine Behauptung zur Verfügungsmöglichkeit des Verpflichteten nicht verlangt. In der E 3 Ob 110/97s schrieb der Oberste Gerichtshof betreffend den Vertrieb von periodischen Druckschriften die zu 3 Ob 70, 71/89 vertretene Rechtsansicht fort. Im Einzelnen spricht von den im Revisionsrekurs angeführten Entscheidungen zunächst die zu 3 Ob 12/91 = ÖBl 1991, 115 eher für den Standpunkt der zweiten Instanz. In dem ihr zugrunde liegenden Fall war der verpflichteten Partei im Wettbewerbsprozess verboten worden, im geschäftlichen Verkehr mit Brausen unrichtige Behauptungen aufzustellen; im Exekutionsantrag hatte die betreibende Partei geltend gemacht, die verpflichtete Partei habe nach Zustellung der EV im Titelprozess dem Verbot zuwider bei bestimmten Wiederverkäufern den beanstandeten Prospekt mit der verbotenen Behauptung aufliegen lassen und so die Verletzungshandlung fortgesetzt und den geschaffenen Dauerzustand nicht beseitigt. Der Oberste Gerichtshof führte aus, es sei der verpflichteten Partei zumutbar, ihre Werbekataloge, die sie beim Vertrieb ihrer Produkte Wiederverkäufern überlassen habe, zurückzurufen oder zumindest aus dem Verkehr zu nehmen; dass ihr eine Einflussnahme auf die Unternehmer nicht zukäme, müsse nicht die betreibende Partei widerlegen, sondern die verpflichtete Partei im Wege einer Klage nach Paragraph 36, EO beweisen. Ersichtlich ging der Oberste Gerichtshof bei dieser Ansicht davon aus, die Behauptung es habe sich bei jenen Unternehmen, bei deren die Prospekte auflagen, um „Wiederverkäufer“ gehandelt, denen die verpflichtete Partei selbst die Prospekte überlassen habe, weshalb wohl von einer möglichen Einflussnahme auszugehen war, was auch in der Wortwahl „belassen“ im Exekutionsantrag seitens der betreibenden Partei zum Ausdruck gebracht wurde. Die E 3 Ob 70, 71/89 (= ÖBl 1990, 134 = MR 1990, 26 = wbl 1989, 343), ebenfalls zu einem Titel nach UWG, stellt klar, dass als Zu widerhandeln nicht nur unmittelbare Handlungen der verpflichteten Partei in Betracht kommen, sondern ihr iSd Paragraph 18, UWG auch alle Handlungen der Personen zuzurechnen seien, deren sie sich beim Vertrieb ihrer Zeitschrift bediene. In der Entscheidung werden die Vorgänge beim Vertrieb einer Zeitschrift als im Wesentlichen offenkundig angesehen und wird ausgeführt, es bedürfe keiner näheren Behauptung über die Art der Untätigkeit der verpflichteten Partei, wenn behauptet werde, diese lasse eine Nummer der von ihr herausgegebenen Zeitung österreichweit verkaufen, insbesondere in einer ganz bestimmten Trafik. Selbstverständlich sei die verpflichtete Partei auch nach Auslieferung der Zeitschriften an den Trafikanten in der Lage, den weiteren Verkauf abzustellen, und sei es auch durch Rückkauf der schon ausgelieferten Exemplare. Wiederum wird ausdrücklich an Paragraph 15, UWG angeknüpft und die Pflicht zur Beseitigung eines den Vorschriften des UWG widerstreitenden Zustands statuiert, soweit dem Verpflichteten die Verfügung hierüber zustehe. Daraus könnte abgeleitet werden, dass gerade und nur wegen der dem Obersten Gerichtshof bekannten Umstände des Zeitungsvertriebs davon auszugehen war, dass im konkreten Fall die verpflichtete Partei in der Lage war, den weiteren Verkauf der von ihr vertriebenen Zeitschrift abzustellen, es wird aber jedenfalls ein weiter „Zustands“-Begriff gebraucht und eine Behauptung zur Verfügungsmöglichkeit des Verpflichteten nicht verlangt. In der E 3 Ob 110/97s schrieb der Oberste Gerichtshof betreffend den Vertrieb von periodischen Druckschriften die zu 3 Ob 70, 71/89 vertretene Rechtsansicht fort.

Soweit sich die verpflichtete Partei auf die Entscheidung 4 Ob 79/95 beruft, wonach auch im Bereich des UWG die Voraussetzungen der Verfügungsbefugnis des Störers behauptet werden müssten, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine in einem Unterlassungsprozess ergangene Entscheidung handelte und nicht um eine solche im Exekutionsverfahren. Schließlich ist es grundsätzlich auch keineswegs ausgeschlossen, ein Verhalten Dritter auch im Rahmen der Unterlassungsexekution nach § 355 EO durch Strafen gegen den Verpflichteten zu sanktionieren. Demnach wäre entgegen der Auffassung der Verpflichteten der Strafantrag entgegen der Auffassung der Verpflichteten an sich - ohne Berücksichtigung der von der Erstrichterin verfügten Aufschiebung - zu bewilligen gewesen. Soweit sich die verpflichtete Partei auf die Entscheidung 4 Ob 79/95 beruft, wonach auch im Bereich des UWG die Voraussetzungen der Verfügungsbefugnis des Störers behauptet werden müssten, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine in einem Unterlassungsprozess ergangene Entscheidung handelte und nicht um eine solche im Exekutionsverfahren. Schließlich ist es grundsätzlich auch keineswegs ausgeschlossen, ein Verhalten Dritter auch im Rahmen der Unterlassungsexekution nach Paragraph 355, EO durch Strafen gegen den Verpflichteten zu sanktionieren. Demnach wäre entgegen der Auffassung der Verpflichteten der Strafantrag entgegen der Auffassung der Verpflichteten an sich - ohne Berücksichtigung der von der Erstrichterin verfügten Aufschiebung - zu bewilligen gewesen.

b) Mangels eines Rechtsmittels der betreibenden Partei muss hier auf die Wirkung eines Aufschiebungsbeschlusses nach § 43 Abs 1 EO auf Strafanträge, die vor Bindung des Richters an einen solchen Beschluss bei Gericht eingebbracht,

aber noch nicht bewilligt wurden, nicht eingegangen werden. Denn die verpflichteten Parteien können bei dieser Rechtslage die von ihnen allein angestrebte sofortige Abweisung des Strafantrags nicht erreichen. Die Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz ist ausgeschlossen, weil ein Rechtsmittel der betreibenden Partei nicht vorliegt und es sich auch nicht um einen „echten“ Aufhebungsbeschluss handelt, der die reformatio in peius zuließe (vgl. Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 527 ZPO Rz 19 mwN). Damit erweist sich der Revisionsrekurs der verpflichteten Parteien als nicht berechtigt.b) Mangels eines Rechtsmittels der betreibenden Partei muss hier auf die Wirkung eines Aufschiebungsbeschlusses nach Paragraph 43, Absatz eins, EO auf Strafanträge, die vor Bindung des Richters an einen solchen Beschluss bei Gericht eingebracht, aber noch nicht bewilligt wurden, nicht eingegangen werden. Denn die verpflichteten Parteien können bei dieser Rechtslage die von ihnen allein angestrebte sofortige Abweisung des Strafantrags nicht erreichen. Die Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz ist ausgeschlossen, weil ein Rechtsmittel der betreibenden Partei nicht vorliegt und es sich auch nicht um einen „echten“ Aufhebungsbeschluss handelt, der die reformatio in peius zuließe vergleiche Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Paragraph 527, ZPO Rz 19 mwN). Damit erweist sich der Revisionsrekurs der verpflichteten Parteien als nicht berechtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 78 EO iVm §§ 50, 41 ZPO. Die verpflichteten Parteien haben der betreibenden Partei die Kosten der ihr vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung zu ersetzen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraphen 50, 41 ZPO. Die verpflichteten Parteien haben der betreibenden Partei die Kosten der ihr vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

#### **Anmerkung**

E81498 3Ob39.06s

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITR Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ecolex 2006/401 S 918 (Schumacher) - ecolex 2006,918 (Schumacher) XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:0030OB00039.06S.0627.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20060627\_OGH0002\_0030OB00039\_06S0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)