

TE OGH 2004/5/25 4Ob45/04b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.05.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, durch die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Barbara P*****, vertreten durch Dr. Franz Lethmüller, Rechtsanwalt in Landeck, gegen die beklagte Partei Fatima W*****, vertreten durch Dr. Peter Lechner und Dr. Hermann Pfurtscheller, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert 7.267,28 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 18. Dezember 2003, GZ 2 R 221/03x-49, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 27. August 2003, GZ 8 Cg 197/01y-44, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben; dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin betreibt in S***** ein 4-Sterne-Hotel unter der Bezeichnung "Kinderhotel St. Zeno". Sie hatte den Betrieb 1988 von ihrer Mutter übernommen. Diese hatte bewusst den Namen des Heiligen Zeno für das 1970 als Neubau eröffnete Hotel gewählt. Ihr Ehemann hatte sich die Bezeichnung "St. Zeno" als Wortmarke beim Österreichischen Patentamt mit Priorität vom 26. 8. 1970 schützen lassen. Noch im Jahr 1970 setzte die Mutter der Klägerin diese Bezeichnung gegenüber dem damaligen Wirt eines in unmittelbarer Nähe befindlichen Gasthofs gleichen Namens durch. Der benachbarte Wirt wählte den Ersatznamen Lärchenhof und verzichtet seither auf die Bezeichnung "St. Zeno".

"St. Zeno" bezeichnet (nach den Feststellungen des Erstgerichts "mittlerweile") auch einen Ortsteil von S***** mit mehreren Tourismusbetrieben, darunter auch dem im Jahr 2001 in unmittelbarer Nähe des Hotels der Klägerin eröffneten "Aparthotel terrazeno" (zunächst als "Aparthotel Terra-Zeno" bezeichnet). Letzteres wird von der R***** & Co OEG betrieben. Auch der Name dieses Ortsteils leitet sich vom Heiligen Zeno, einem Bischof des 15. Jahrhunderts in Verona ab.

Die Beklagte ist seit 1. 9. 2001 Angestellte der damals noch in Gründung befindlichen R***** & Co OEG. Ihre Aufgabe

ist es, die effiziente Verwaltung und betriebswirtschaftlich rentable Führung des "Aparthotels terrazeno" sicherzustellen. Die ihr eingeräumte Vertretungsbefugnis umfasst den Abschluss von Appartementvermietungsverträgen, die Beschaffung der Sachmittel des laufenden Betriebs, den Abschluss von Instandhaltungsaufträgen und das Inkasso von Gästebanzahlungen. Ihre Tätigkeit besteht in der Verwaltung und Betreuung des Aparthotels, insbesondere der Pflege, Wartung und Instandhaltung und der Betreuung der Gäste. Hauptaufgabe ist die Betreuung der Rezeption mit dem an das Internet angeschlossenen Hotelcomputer, wobei die Buchungen hauptsächlich über das Internet erfolgen. Die Beklagte tritt den Gästen gegenüber als Ansprechpartnerin auf. Sie hat die Möglichkeit, eine Umsatzprovision von 10 % ab einem gewissen Belag an Gästebetten zu erzielen. Bereits im Tourismusprospekt für die Wintersaison 2001/02 wurde das neu erbaute Appartementhaus als "Aparthotel Terra-Zeno" vorgestellt und - mit Zustimmung der Beklagten - die Familie Fatima W***** (das ist der Name der Beklagten) als Betreiberin genannt. Grund dafür war, dass dem Gast ein gewisser Familienanschluss während der Urlaubszeit suggeriert werden sollte. Im Hotelprospekt schien die Familie W***** schon 2001 unter "Information, Reservierungen" oberhalb der Angabe von Telefon und Faxnummer, E-Mail-Anschrift und Internetadresse auf. Auch der Internetauftritt verwies im Zusammenhang mit Reservierung und Information auf die "Familie W*****". Für die Namensgebung des Betriebs wie auch für die Gestaltung der Werbung und des Internetauftritts war die Beklagte nicht verantwortlich.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten, im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem von ihr betriebenen Aparthotel die Verwendung und den Gebrauch der Bezeichnung "Zeno" für sich allein oder in Kombination mit anderen Worten sowie mit damit verwechselbar ähnlichen Bezeichnungen, insbesondere auf Geschäftspapier, Werbematerial (wie zB Prospekten und Drucksorten) und Videofilmen sowie in anderen Medien, etwa dem Internet (Internetschaltungen, Internetadresse und E-Mail-Adresse, Internetsuchbegriff) und Ähnlichem zu unterlassen; in eventu im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für das bzw in dem als Aparthotel Terra-Zeno bezeichneten Hotel in S***** die Verwendung und den Gebrauch der Bezeichnung "Zeno" in der im Hauptbegehren beschriebenen Weise zu unterlassen. Die Marke der Klägerin sei mit Priorität vom 26. 8. 1970 als Wortmarke für die Dienstleistungsklasse 42 (Hotel) für Karl G***** geschützt; die Klägerin sei seine Rechtsnachfolgerin. Sie betreibe unter der Bezeichnung "Kinderhotel St. Zeno" ein 4-Sterne-Hotel in S*****. Die gewählte Bezeichnung habe für diesen Hotelbetrieb überwiegende Verkehrsgeltung erlangt. Als Betreiberin des Aparthotels Terra-Zeno trete die Beklagte im Wettbewerb zur Klägerin auf und greife in das Markenrecht und die geschützte Geschäftsbezeichnung der Klägerin ein. Sollte die Beklagte - wie sie nun im Verfahren ausführe - tatsächlich nur Angestellte der Betreiberin sein, so habe sie es unterlassen, rechtzeitig und ausreichend auf diesen Umstand hinzuweisen. Sie sei nach außen hin als Betreiberin aufgetreten und auch zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil daran interessiert, das Hotel bestmöglich zu vermarkten.

Die Klägerin stützt ihr Unterlassungsbegehren auch auf § 1 UWG. Die Beklagte habe das im Verkehr bekannt gewordene und als betriebliche Herkunftsbezeichnung geeignete Zeichen der Klägerin ohne hinreichenden Grund und in der unzulässigen Absicht übernommen, Verwechslungen herbeizuführen, um den Ruf der Klägerin wettbewerbsmindernd zu beeinträchtigen oder für sich auszunützen. Die Klägerin stützt ihr Unterlassungsbegehren auch auf Paragraph eins, UWG. Die Beklagte habe das im Verkehr bekannt gewordene und als betriebliche Herkunftsbezeichnung geeignete Zeichen der Klägerin ohne hinreichenden Grund und in der unzulässigen Absicht übernommen, Verwechslungen herbeizuführen, um den Ruf der Klägerin wettbewerbsmindernd zu beeinträchtigen oder für sich auszunützen.

Die Beklagte wendete mangelnde Passivlegitimation ein. Sie stehe zum Betreiber des Aparthotels in einem Angestelltenverhältnis und sei weder Betreiberin noch trete sie im Wettbewerb als solche auf. Dieser Umstand sei der Klägerin bereits vor Klageeinbringung bekanntgegeben worden. Davon abgesehen bezeichne der Begriff "St. Zeno" einen Ortsteil bzw Weiler von S***** und sei daher nicht schutzfähig. Die Bezeichnung des Aparthotels unterscheide sich ausreichend von jener des Kinderhotels.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ab und gab dem Eventualbegehren statt. Es stellte noch fest, die Beklagte habe der Nennung ihres Namens als Betreiberin und Ansprechpartnerin für Information und Buchungen in der Bewerbung des Aparthotels zugestimmt. Sie habe - nach Abmahnung durch die Klägerin - telefonisch nur mitgeteilt, sie sei Angestellte. Nicht erwiesen sei, dass sie zur Verantwortlichkeit für die Verwendung der Bezeichnung "Zeno" auf die Geschäftsführer der OEG verwiesen habe. Dass die OEG Betreiberin des Aparthotels und ihre Dienstgeberin sei,

habe sie erst im Gerichtsverfahren offengelegt. Sie habe auch nach Klageerhalt nichts unternommen, um ihren Namen bzw die Angabe "Familie W*****" aus den Geschäftsbriefen und dem Internetauftritt des Hotels zu entfernen, weil sie weiterhin die von den Gästen gesuchte Ansprechperson habe sein wollen. Noch im Jänner 2002 sei Geschäftspapier mit dem Namen der Beklagten verwendet worden. Erst im Frühsommer 2002 scheine die OEG auf dem Briefpapier des Aparthotels auf. Die zunächst gewählte Schreibweise "Terra-Zeno" sei im Herbst 2001 auf "terrazeno" geändert worden. Rechtlich bejahte das Erstgericht - von der insoweit bindenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts im ersten Rechtsgang ausgehend - die Schutzfähigkeit der Flurbezeichnung "St. Zeno" und die Verwechselbarkeit der beiden Bezeichnungen "Kinderhotel St. Zeno" und "Aparthotel Terra-Zeno" (bzw "terrazeno"), wie auch die Haftung der Beklagten als Gehilfin. Das gegen die Beklagte gerichtete Eventualbegehren sei berechtigt, die Beklagte habe den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert und das wettbewerbswidrige Verhalten trotz Abmahnung nicht eingestellt.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, inwieweit ein Angestellter, der im Rahmen eines weisungsgebundenen Angestelltenverhältnisses wettbewerbsverletzende Handlungen begehe, hierfür auch persönlich zur Unterlassung verhalten werden könne. Der aus der Hotelbezeichnung der Klägerin herausragende Bestandteil "St. Zeno" sei schutzfähig. Er bezeichnet zwar auch einen Ortsteil der Gemeinde S*****, sei aber als geographische Ortsangabe jenen Verkehrskreisen, an die sich das Angebot der Klägerin richte, weitestgehend unbekannt. Die geographische Bedeutung trete daher gegenüber dem Phantasiecharakter ganz zurück, sodass es nicht darauf ankomme, ob "St. Zeno" mittlerweile oder schon seit jeher ein Ortsteil von Serfaus sei. Zwischen der Bezeichnung der Klägerin und jener des Aparthotels bestehe angesichts des aus beiden Bezeichnungen herausragenden und übereinstimmenden Begriffs "Zeno" Verwechslungsgefahr. Zur Passivlegitimation der Beklagten führte das Berufungsgericht aus, die Beklagte sei zwar nur Angestellte der Betreibergesellschaft und weder für die Namensgebung selbst noch für die Gestaltung der Werbung in Hotelprospekten, Foldern oder der Homepage verantwortlich gewesen. Sie hafte dennoch als Gehilfin des unmittelbaren Störers, weil sie den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht habe. Nach Beanstandung und Hinweis auf das Markenrecht der Klägerin habe sie nämlich weder die wettbewerbsverletzende Handlung eingestellt noch die Person ihres Auftraggebers bekanntgegeben, um es der Klägerin zu ermöglichen, den Hauptstörer gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Durch ihr Verhalten fördere die Beklagte nicht nur den Wettbewerb der Betreibergesellschaft, sondern auch eigenen Wettbewerb, stehe doch fest, dass sie neben dem kollektivvertraglich festgelegten Grundlohn die Möglichkeit habe, eine Umsatzprovision zu erzielen. Sie habe daher für eigenes wettbewerbswidriges Verhalten einzustehen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Beklagten ist zulässig und im Sinn des darin enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Zur Passivlegitimation der Beklagten:

Die Beklagte macht geltend, sie sei nicht für die Namensgebung und Werbegestaltung verantwortlich gewesen und habe keine Möglichkeit gehabt, das beanstandete Auftreten ihres Dienstgebers und damit den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Sie könne daher nicht für sein Verhalten zur Verantwortung gezogen werden. Aktives, den Wettbewerbsverstoß förderndes Verhalten habe sie nicht gesetzt, eine bewusste Förderung fremden Wettbewerbsverstoßes durch Unterlassung komme schon wegen ihrer Weisungsgebundenheit als Arbeitnehmerin nicht in Frage. Dem ist zu erwidern:

Nach herrschender Auffassung scheidet die Passivlegitimation nicht daran, dass der Beklagte Arbeitnehmer ist (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 34 Rz 42, Gamerith aaO 313; ÖBI 2002, 297 - Internationales Kultur- und Filmfestival). So kann auch ein Arbeitnehmer als Gehilfe für sein Verhalten wettbewerbsrechtlich verantwortlich werden, wenn in seiner Person alle haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (Gamerith aaO 307). Nach herrschender Auffassung scheidet die Passivlegitimation nicht daran, dass der Beklagte Arbeitnehmer ist (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ Paragraph 34, Rz 42, Gamerith aaO 313; ÖBI 2002, 297 - Internationales Kultur- und Filmfestival). So kann auch ein Arbeitnehmer als Gehilfe für sein Verhalten wettbewerbsrechtlich verantwortlich werden, wenn in seiner Person alle haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind (Gamerith aaO 307).

Die Voraussetzungen für die Haftung der Beklagten sind im vorliegenden Fall - bejaht man die Schutzfähigkeit des Kennzeichens der Klägerin und die Verwechslungsgefahr in Bezug auf die für das Aparthotel Terra-Zeno gewählte Bezeichnung - gegeben.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist die Beklagte bei Bewerbung des Aparthotels terrazeno von Anfang an als Betreiberin des Hotels und Ansprechpartnerin der Gäste aufgetreten. Indem die Beklagte aber als Betreiberin des Aparthotels auftritt und dabei ein für die Klägerin geschütztes Zeichen zur Kennzeichnung der von ihr angebotenen Dienstleistung im geschäftlichen Verkehr verwendet, nimmt sie eine Benützungshandlung im Sinn des § 10a Z 1 und 4 MSchG vor. Dass die gewählte Bezeichnung geeignet ist, in Kennzeichenrechte der Klägerin einzugreifen, konnte auch ihr nicht verborgen bleiben. Davon abgesehen setzt der Markeneingriff kein Verschulden voraus. Der Täter haftet auch dann, wenn er nicht weiß, dass er eine fremde Marke benutzt. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist die Beklagte bei Bewerbung des Aparthotels terrazeno von Anfang an als Betreiberin des Hotels und Ansprechpartnerin der Gäste aufgetreten. Indem die Beklagte aber als Betreiberin des Aparthotels auftritt und dabei ein für die Klägerin geschütztes Zeichen zur Kennzeichnung der von ihr angebotenen Dienstleistung im geschäftlichen Verkehr verwendet, nimmt sie eine Benützungshandlung im Sinn des Paragraph 10 a, Ziffer eins und 4 MSchG vor. Dass die gewählte Bezeichnung geeignet ist, in Kennzeichenrechte der Klägerin einzugreifen, konnte auch ihr nicht verborgen bleiben. Davon abgesehen setzt der Markeneingriff kein Verschulden voraus. Der Täter haftet auch dann, wenn er nicht weiß, dass er eine fremde Marke benutzt.

2. Zur Schutzfähigkeit der Bezeichnung "St. Zeno"

Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch auf eine Verletzung ihrer Markenrechte an der seit 1970 für die Dienstleistungsklasse Hotel eingetragene Wortmarke "St. Zeno". Die Beklagte wendet ein, St. Zeno sei seit jeher ein eigener Ortsteil von Serfaus gewesen und damit als Marke nicht schutzfähig.

Nach § 4 Abs 1 Z 4 MSchG sind Zeichen, die (ausschließlich) aus Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der geographischen Herkunft der Erbringung der Dienstleistung dienen, von der Registrierung ausgeschlossen, wobei für die Beurteilung der Zeitpunkt der Markenregistrierung maßgeblich ist. Voraussetzung des von der Klägerin für die Marke in Anspruch genommenen Schutzes ist die Unterscheidungskraft. Unterscheidungskraft haben bei Wortmarken grundsätzlich nur frei erfundene, keiner Sprache angehörende Phantasiewörter (ieS) oder solche Wörter, die zwar dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen sind, jedoch mit der Ware oder Dienstleistung, für die sie bestimmt sind, in keinem Zusammenhang stehen (Phantasiewörter im weiteren Sinn). Entscheidend ist dabei, ob die Wörter im Verkehr als Phantasiebezeichnungen aufgefasst werden. Das gilt auch für geographische Bezeichnungen. Auch hier kommt es darauf an, ob sie im Verkehr als Herkunftsangabe aufgefasst werden. Nur wenn das Zeichen ausschließlich oder doch so überwiegend den Charakter einer Phantasiebezeichnung hat, dass die daneben noch vorhandene geographische Bedeutung ganz zurücktritt, ist es dem markenrechtlichen Schutz zugänglich (ÖBl 1995, 228 - Moosalm; PBI 2002, 122 - Levante; ecolex 2002/236 - Sportwelt Amade). Entscheidend ist die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise, zu denen nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht nur die Bewohner der Region, sondern auch die an einem Urlaub in dieser Ferienregion interessierten in- und ausländischen Touristen zählen, die Kenntnis von der Fremdenverkehrswerbung der Gemeinde S***** und ihrer Fremdenverkehrsbetriebe erlangen. Nach Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, MSchG sind Zeichen, die (ausschließlich) aus Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der geographischen Herkunft der Erbringung der Dienstleistung dienen, von der Registrierung ausgeschlossen, wobei für die Beurteilung der Zeitpunkt der Markenregistrierung maßgeblich ist. Voraussetzung des von der Klägerin für die Marke in Anspruch genommenen Schutzes ist die Unterscheidungskraft. Unterscheidungskraft haben bei Wortmarken grundsätzlich nur frei erfundene, keiner Sprache angehörende Phantasiewörter (ieS) oder solche Wörter, die zwar dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen sind, jedoch mit der Ware oder Dienstleistung, für die sie bestimmt sind, in keinem Zusammenhang stehen (Phantasiewörter im weiteren Sinn). Entscheidend ist dabei, ob die Wörter im Verkehr als Phantasiebezeichnungen aufgefasst werden. Das gilt auch für geographische Bezeichnungen. Auch hier kommt es darauf an, ob sie im Verkehr als Herkunftsangabe aufgefasst werden. Nur wenn das Zeichen ausschließlich oder doch so überwiegend den Charakter einer Phantasiebezeichnung hat, dass die daneben noch vorhandene geographische Bedeutung ganz zurücktritt, ist es dem markenrechtlichen Schutz zugänglich (ÖBl 1995, 228 - Moosalm; PBI 2002, 122 - Levante; ecolex 2002/236 - Sportwelt Amade). Entscheidend ist die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise, zu denen nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht nur

die Bewohner der Region, sondern auch die an einem Urlaub in dieser Ferienregion interessierten in- und ausländischen Touristen zählen, die Kenntnis von der Fremdenverkehrswerbung der Gemeinde S***** und ihrer Fremdenverkehrsbetriebe erlangen.

Feststellungen, die eine Beurteilung darüber zuließen, ob - bezogen auf den Zeitpunkt der Markenregistrierung - die angesprochenen Verkehrskreise "St. Zeno" als Ortsbezeichnung oder als phantasiehaftes, vom Namen eines Heiligen abgeleitetes Zeichen verstanden, fehlen. Die Klägerin hat dazu vorgebracht, der Ortsteil "St. Zeno" sei erst nach Errichtung ihres Hotels im Zuge einer Aufschließung und Ansiedlung entstanden. Demgegenüber hat die Beklagte behauptet, "St. Zeno" sei seit jeher ein Ortsteil von Serfaus. Ob es bereits zum Zeitpunkt der Markenregistrierung einen Ortsteil dieser Bezeichnung in Serfaus gab (wogegen spricht, dass das Telefonbuch Ausgabe 1960 für Serfaus eine derartige Bezeichnung nicht enthielt) oder ob sich dieser Ortsteil erst später entwickelte, steht nicht fest. Insoweit ist das Verfahren unvollständig geblieben und bedarf einer Ergänzung. Sollte es schon zum Zeitpunkt der Markenmeldung und Registrierung (1969/1970) einen Ortsteil mit dem Namen "St. Zeno" gegeben haben, wäre die Marke der Klägerin nicht schutzfähig und könnte mangels Verkehrsgeltungsnachweises (§ 4 Abs 2 MSchG) das vorliegende Unterlassungsbegehren nicht stützen. In einem solchen Fall wäre nämlich anzunehmen, dass aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise die geographische Bedeutung dieses Zeichens als Orts- bzw Adressangabe keineswegs so weit gegenüber dem Phantasiecharakter zurücktritt, dass von einem Überwiegen des Phantasiecharakters ausgegangen werden könnte.

Feststellungen, die eine Beurteilung darüber zuließen, ob - bezogen auf den Zeitpunkt der Markenregistrierung - die angesprochenen Verkehrskreise "St. Zeno" als Ortsbezeichnung oder als phantasiehaftes, vom Namen eines Heiligen abgeleitetes Zeichen verstanden, fehlen. Die Klägerin hat dazu vorgebracht, der Ortsteil "St. Zeno" sei erst nach Errichtung ihres Hotels im Zuge einer Aufschließung und Ansiedlung entstanden. Demgegenüber hat die Beklagte behauptet, "St. Zeno" sei seit jeher ein Ortsteil von Serfaus. Ob es bereits zum Zeitpunkt der Markenregistrierung einen Ortsteil dieser Bezeichnung in Serfaus gab (wogegen spricht, dass das Telefonbuch Ausgabe 1960 für Serfaus eine derartige Bezeichnung nicht enthielt) oder ob sich dieser Ortsteil erst später entwickelte, steht nicht fest. Insoweit ist das Verfahren unvollständig geblieben und bedarf einer Ergänzung. Sollte es schon zum Zeitpunkt der Markenmeldung und Registrierung (1969/1970) einen Ortsteil mit dem Namen "St. Zeno" gegeben haben, wäre die Marke der Klägerin nicht schutzfähig und könnte mangels Verkehrsgeltungsnachweises (Paragraph 4, Absatz 2, MSchG) das vorliegende Unterlassungsbegehren nicht stützen. In einem solchen Fall wäre nämlich anzunehmen, dass aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise die geographische Bedeutung dieses Zeichens als Orts- bzw Adressangabe keineswegs so weit gegenüber dem Phantasiecharakter zurücktritt, dass von einem Überwiegen des Phantasiecharakters ausgegangen werden könnte.

Sollte 1970 allerdings nur ein Flurname "St. Zeno" bekannt gewesen sein, allenfalls auch ein Weiler bestehend aus ein bis zwei Gehöften (wie dies die vorgelegten Urkunden nahelegen), wäre die 1970 gewählte Marke aus der Sicht der beteiligten Verkehrskreise keine geographische Angabe, sondern eine phantasiehafte, von einem Heiligen abgeleitete Bezeichnung (vgl ÖBI 1995, 228 - Moosalm). Die für eine Beurteilung maßgeblichen beteiligten Verkehrskreise bestehen nämlich nicht nur aus Einheimischen, denen ein Flurname im Allgemeinen bekannt sein wird, sondern - und vor allem - auch aus in- und ausländischen Hotelgästen und nicht ortskundigen Lieferanten und Geschäftspartnern. Aus ihrer Sicht wäre von einem Überwiegen des relativen Phantasiecharakters gegenüber der - ihnen zumeist auch wohl unbekanntem - Bezeichnung eines lokalen Weilers oder einer Flur auszugehen. In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof die Eintragung der Marke "Moosalm" für den Schutzbereich Erziehung und Unterhaltung als schutzfähig angesehen (ÖBI 1995, 228). Auch der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass ein weniger bekannter Ort, der weder historisch noch kulturell oder wirtschaftlich Bedeutung hat und daher nur einem ganz kleinen, auf solchen Gebieten besonders versierten Kreis geläufig ist, als Marke eingetragen werden kann (VwGH PBI 1917, 209; PBI 1928, 179 ähnlich VwGH ÖBI 1982, 118 - Borkum). War daher "St. Zeno" zum Zeitpunkt der Markenregistrierung lediglich die Bezeichnung eines Weilers oder einer Flur und noch nicht der Name eines offiziell auch Fremden gegenüber so bezeichneten Ortsteils von Serfaus, so könnte der Marke die Unterscheidungskraft als relative Phantasiebezeichnung nicht abgesprochen werden.

Sollte 1970 allerdings nur ein Flurname "St. Zeno" bekannt gewesen sein, allenfalls auch ein Weiler bestehend aus ein bis zwei Gehöften (wie dies die vorgelegten Urkunden nahelegen), wäre die 1970 gewählte Marke aus der Sicht der beteiligten Verkehrskreise keine geographische Angabe, sondern eine phantasiehafte, von einem Heiligen abgeleitete Bezeichnung (vergleiche ÖBI 1995, 228 - Moosalm). Die für eine Beurteilung maßgeblichen beteiligten Verkehrskreise bestehen nämlich nicht nur aus Einheimischen, denen ein Flurname im Allgemeinen bekannt sein wird, sondern - und vor allem - auch aus in- und ausländischen Hotelgästen

und nicht ortskundigen Lieferanten und Geschäftspartnern. Aus ihrer Sicht wäre von einem Überwiegen des relativen Phantasiecharakters gegenüber der - ihnen zumeist auch wohl unbekanntem - Bezeichnung eines lokalen Weilers oder einer Flur auszugehen. In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof die Eintragung der Marke "Moosalm" für den Schutzbereich Erziehung und Unterhaltung als schutzfähig angesehen (ÖBl 1995, 228). Auch der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass ein weniger bekannter Ort, der weder historisch noch kulturell oder wirtschaftlich Bedeutung hat und daher nur einem ganz kleinen, auf solchen Gebieten besonders versierten Kreis geläufig ist, als Marke eingetragen werden kann (VwGH PBl 1917, 209; PBl 1928, 179 ähnlich VwGH ÖBl 1982, 118 - Borkum). War daher "St. Zeno" zum Zeitpunkt der Markenregistrierung lediglich die Bezeichnung eines Weilers oder einer Flur und noch nicht der Name eines offiziell auch Fremden gegenüber so bezeichneten Ortsteils von Serfaus, so könnte der Marke die Unterscheidungskraft als relative Phantasiebezeichnung nicht abgesprochen werden.

Eine spätere Entwicklung des Zeichens "St. Zeno" zu einem Ortsteil von Serfaus berührte den Bestand der Marke nicht. Sie ist ab Prioritätszeitpunkt geschützt. § 33b MSchG, wonach die Entwicklung einer Marke zur gebräuchlichen Bezeichnung einer Ware oder Dienstleistung, somit zu einer Gattungsbezeichnung, einen Lösungsgrund bildet (ÖBl 1999, 237 - Sony Walkman), umfasst Zeichen, die zur Bezeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen dienen können, nicht. Die Frage einer allfälligen analogen Anwendung dieser Bestimmung auf geographische Bezeichnungen stellt sich hier nicht, weil feststeht, dass die Klägerin gegen die Benutzung ihres Zeichens zur Kennzeichnung eines anderen Gasthofs schon in einem früheren Fall eingeschritten ist; wie sie sich aber gegen die Benennung eines Ortsteils als "St. Zeno" hätte zur Wehr setzen können, ist nicht zu sehen. Das im § 33b Abs 1 MSchG für einen Entfall des Markenrechts geforderte subjektive Element läge damit im vorliegenden Fall nicht vor. Eine spätere Entwicklung des Zeichens "St. Zeno" zu einem Ortsteil von Serfaus berührte den Bestand der Marke nicht. Sie ist ab Prioritätszeitpunkt geschützt. Paragraph 33 b, MSchG, wonach die Entwicklung einer Marke zur gebräuchlichen Bezeichnung einer Ware oder Dienstleistung, somit zu einer Gattungsbezeichnung, einen Lösungsgrund bildet (ÖBl 1999, 237 - Sony Walkman), umfasst Zeichen, die zur Bezeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen dienen können, nicht. Die Frage einer allfälligen analogen Anwendung dieser Bestimmung auf geographische Bezeichnungen stellt sich hier nicht, weil feststeht, dass die Klägerin gegen die Benutzung ihres Zeichens zur Kennzeichnung eines anderen Gasthofs schon in einem früheren Fall eingeschritten ist; wie sie sich aber gegen die Benennung eines Ortsteils als "St. Zeno" hätte zur Wehr setzen können, ist nicht zu sehen. Das im Paragraph 33 b, Absatz eins, MSchG für einen Entfall des Markenrechts geforderte subjektive Element läge damit im vorliegenden Fall nicht vor.

Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch überdies auf § 9 UWG. Das Zeichen "St. Zeno" genieße Verkehrsgeltung als besondere Bezeichnung ihres Unternehmens. Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch überdies auf Paragraph 9, UWG. Das Zeichen "St. Zeno" genieße Verkehrsgeltung als besondere Bezeichnung ihres Unternehmens.

Für ein Zeichen, das im Geschäftsverkehr als geographische Herkunftsangabe aufgefasst wird, kann neben dem Schutz des § 10 MSchG auch jener des § 9 UWG in Anspruch genommen werden, wenn das Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Dieser in Art 3 Abs 3 MarkenRL verwendete Begriff der Unterscheidungskraft wird im Sinn des bisher verwendeten Begriffs Verkehrsgeltung verstanden (ÖBl 2000, 175 - Manpower; ÖBl 2002, 25 - Manpower II). Voraussetzung dafür ist es, dass das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen Waren oder Dienstleistungen angesehen wird (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 29 Rz 39 f und § 39 Rz 20 f). Maßgeblich ist, dass die beteiligten Verkehrskreise an ein und dasselbe Unternehmen bzw die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen denken, wenn sie mit dem Zeichen konfrontiert werden (Koppensteiner aaO § 29 Rz 14). Für ein Zeichen, das im Geschäftsverkehr als geographische Herkunftsangabe aufgefasst wird, kann neben dem Schutz des Paragraph 10, MSchG auch jener des Paragraph 9, UWG in Anspruch genommen werden, wenn das Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Dieser in Artikel 3, Absatz 3, MarkenRL verwendete Begriff der Unterscheidungskraft wird im Sinn des bisher verwendeten Begriffs Verkehrsgeltung verstanden (ÖBl 2000, 175 - Manpower; ÖBl 2002, 25 - Manpower römisch II). Voraussetzung dafür ist es, dass das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen Waren oder Dienstleistungen angesehen wird (Koppensteiner,

Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ Paragraph 29, Rz 39 f und Paragraph 39, Rz 20 f). Maßgeblich ist, dass die beteiligten Verkehrskreise an ein und dasselbe Unternehmen bzw die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen denken, wenn sie mit dem Zeichen konfrontiert werden (Koppensteiner aaO Paragraph 29, Rz 14).

Die Klägerin hat sich unter Hinweis auf die Bekanntheit ihres Unternehmens und der dort gebotenen Dienstleistungen bei in- und ausländischen Gästen, Reiseveranstaltern, Lieferanten, Geschäftspartnern, lokalen und regionalen Behörden auf die Verkehrsgeltung ihrer Bezeichnung St. Zeno berufen und - sollte ein Verkehrsgeltungsnachweis erforderlich werden - ein demoskopisches Gutachten beantragt. Seine Einholung ist bisher unterblieben, weil beide Vorinstanzen den (überwiegenden) Phantasiecharakter und damit die Schützfähigkeit der Bezeichnung bejaht haben. Insoweit wäre das Verfahren - sollte der markenrechtliche Schutz aus den angeführten Überlegungen nicht zum Tragen kommen - mit einer sekundären Mangelhaftigkeit behaftet, die eine Verfahrensergänzung durch Einholung eines demoskopischen Gutachtens über die Bekanntheit der Bezeichnung "St. Zeno" als Hinweis auf das Unternehmen der Klägerin und der dort angebotenen Dienstleistungen erforderte. Auf seiner Grundlage müsste die Unterscheidungskraft des Zeichens neu beurteilt werden.

Für die Beurteilung der Bekanntheit des Zeichens der Klägerin ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem sich die beiden konkurrierenden Zeichen im Geschäftsverkehr gegenüberstehen. Voraussetzung des Schutzes nach § 9 UWG als Geschäftsbezeichnung ist die Unterscheidungskraft des Zeichens. Fehlt diese, so beginnt der Schutz erst mit dem Zeitpunkt der Erlangung der Verkehrsgeltung (ÖBl 1986, 127 - GfB-Betriebsberatung; RIS-Justiz RS0078785). Dem Grundsatz der Priorität entsprechend müsste daher das Zeichen der Klägerin (um ihrem Anspruch zum Durchbruch verhelfen zu können) zum Zeitpunkt des Auftretens der Beklagten im Geschäftsverkehr mit einem verwechselbar ähnlichen Zeichen bereits Verkehrsgeltung erlangt haben. Für die Beurteilung der Bekanntheit des Zeichens der Klägerin ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, zu dem sich die beiden konkurrierenden Zeichen im Geschäftsverkehr gegenüberstehen. Voraussetzung des Schutzes nach Paragraph 9, UWG als Geschäftsbezeichnung ist die Unterscheidungskraft des Zeichens. Fehlt diese, so beginnt der Schutz erst mit dem Zeitpunkt der Erlangung der Verkehrsgeltung (ÖBl 1986, 127 - GfB-Betriebsberatung; RIS-Justiz RS0078785). Dem Grundsatz der Priorität entsprechend müsste daher das Zeichen der Klägerin (um ihrem Anspruch zum Durchbruch verhelfen zu können) zum Zeitpunkt des Auftretens der Beklagten im Geschäftsverkehr mit einem verwechselbar ähnlichen Zeichen bereits Verkehrsgeltung erlangt haben.

Die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen beziehen sich auf eine bestimmte Fremdenverkehrsregion, sodass (anders als im Fall der Entscheidung ÖBl 2002, 84 - Immobilienring) nur eine eingeschränkte Verkehrsgeltung unter Reiseveranstaltern, die Aufenthalte in dieser Region vermitteln oder veranstalten, unter in- und ausländischen Gästen, die Tourismusbetriebe dieser Region aufgesucht haben oder dies beabsichtigen und unter Lieferanten, die Geschäftsbeziehungen in und zu dieser Region unterhalten, zu fordern ist.

3. Zur Verwechslungsgefahr:

Das Berufungsgericht hat eine Verwechslungsgefahr zwischen der Marke der Klägerin und der Bezeichnung des Aparthotels terrazeno zutreffend bejaht (§ 510 Abs 3 ZPO). Das Zeichen der Klägerin wurde zur Gänze in das prioritätsjüngere Zeichen aufgenommen, wobei die ältere Marke innerhalb des jüngeren Zeichens keineswegs eine unbedeutende Rolle spielt, sondern auch dort prägenden Charakter entfaltet. Der Entfall der Buchstaben "St." ist bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr unbedeutend, weil auch - Unterscheidungskraft der Marke vorausgesetzt - Teile der Marke schutzfähig sind. Ohne Bedeutung ist es auch, ob die (frühere) Schreibweise "Terra-Zeno" oder nunmehr "terrazeno" gewählt wird, weil die Verwechslungsgefahr der Zeichen schon ihrem Klang nach bestehen kann. Der Zusatz "terra" kann im Zusammenhang mit den Darstellungen im Werbeprospekt als Hinweis auf das terrassenförmig angelegte Gebäude und damit als beschreibende Angabe verstanden werden, der - wenn überhaupt - nur sehr geringe Kennzeichnungskraft zukommt. Die gleichfalls nur wenig kennzeichnungskräftigen, auf die Betriebsart jeweils hinweisenden Zusätze "Aparthotel" bzw "Kinderhotel" tragen nicht oder nur unbedeutend zur Unterscheidbarkeit bei. Hinzu kommt die Gleichartigkeit der jeweils angebotenen Dienstleistungen. Zusammenfassend lässt daher die Übereinstimmung der beiden Zeichen in dem sie prägenden Bestandteil "Zeno" zumindest Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn entstehen, weil der Kunde, selbst wenn er erkennt, dass es sich um verschiedene Unternehmen handelt, wirtschaftliche oder organisatorische Beziehungen vermuten wird. Er könnte auch annehmen, ein und derselbe Unternehmer biete als Ergänzung seines Betriebs "St. Zeno" die Vermietung von Appartements im

benachbarten Gebäude des Aparthotels terrazeno an. Das Berufungsgericht hat eine Verwechslungsgefahr zwischen der Marke der Klägerin und der Bezeichnung des Aparthotels terrazeno zutreffend bejaht (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Das Zeichen der Klägerin wurde zur Gänze in das prioritätsjüngere Zeichen aufgenommen, wobei die ältere Marke innerhalb des jüngeren Zeichens keineswegs eine unbedeutende Rolle spielt, sondern auch dort prägenden Charakter entfaltet. Der Entfall der Buchstaben "St." ist bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr unbedeutend, weil auch - Unterscheidungskraft der Marke vorausgesetzt - Teile der Marke schutzfähig sind. Ohne Bedeutung ist es auch, ob die (frühere) Schreibweise "Terra-Zeno" oder nunmehr "terrazeno" gewählt wird, weil die Verwechslungsgefahr der Zeichen schon ihrem Klang nach bestehen kann. Der Zusatz "terra" kann im Zusammenhang mit den Darstellungen im Werbeprospekt als Hinweis auf das terrassenförmig angelegte Gebäude und damit als beschreibende Angabe verstanden werden, der - wenn überhaupt - nur sehr geringe Kennzeichnungskraft zukommt. Die gleichfalls nur wenig kennzeichnungskräftigen, auf die Betriebsart jeweils hinweisenden Zusätze "Aparthotel" bzw. "Kinderhotel" tragen nicht oder nur unbedeutend zur Unterscheidbarkeit bei. Hinzu kommt die Gleichartigkeit der jeweils angebotenen Dienstleistungen. Zusammenfassend lässt daher die Übereinstimmung der beiden Zeichen in dem sie prägenden Bestandteil "Zeno" zumindest Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn entstehen, weil der Kunde, selbst wenn er erkennt, dass es sich um verschiedene Unternehmen handelt, wirtschaftliche oder organisatorische Beziehungen vermuten wird. Er könnte auch annehmen, ein und derselbe Unternehmer biete als Ergänzung seines Betriebs "St. Zeno" die Vermietung von Appartements im benachbarten Gebäude des Aparthotels terrazeno an.

4. Zum Verstoß gegen § 1 UWG: 4. Zum Verstoß gegen Paragraph eins, UWG:

Mit der Behauptung, die Beklagte habe das im Verkehr bekanntgewordene und als betriebliche Herkunftsbezeichnung geeignete Zeichen der Klägerin ohne hinreichenden Grund und in der Absicht übernommen, Verwechslungen herbeizuführen und/oder den Ruf der Klägerin wettbewerbsmindernd zu beeinträchtigen, oder den Ruf der Klägerin für sich auszunutzen, stützt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren noch auf § 1 UWG. Mit der Behauptung, die Beklagte habe das im Verkehr bekanntgewordene und als betriebliche Herkunftsbezeichnung geeignete Zeichen der Klägerin ohne hinreichenden Grund und in der Absicht übernommen, Verwechslungen herbeizuführen und/oder den Ruf der Klägerin wettbewerbsmindernd zu beeinträchtigen, oder den Ruf der Klägerin für sich auszunutzen, stützt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren noch auf Paragraph eins, UWG.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung (ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr), dass bei Fehlen eines besonderen Tatbestandsmerkmals des § 9 UWG auf die Generalklausel zurückgegriffen werden kann, wenn die Zeichenverletzung eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinn des § 1 UWG ist. Allerdings ist bei Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, Zurückhaltung geboten. § 1 UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen (Koppensteiner aaO § 29 Rz 3; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D; ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr; RIS-Justiz RS0114532). Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des § 1 UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an das fremde Kennzeichen als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken und überdies die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen wurde, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbsmindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen (ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr mwN). Es entspricht ständiger Rechtsprechung (ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr), dass bei Fehlen eines besonderen Tatbestandsmerkmals des Paragraph 9, UWG auf die Generalklausel zurückgegriffen werden kann, wenn die Zeichenverletzung eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinn des Paragraph eins, UWG ist. Allerdings ist bei Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, Zurückhaltung geboten. Paragraph eins, UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen (Koppensteiner aaO Paragraph 29, Rz 3; ÖBl 2001, 124 - Die Blauen von D; ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr; RIS-Justiz RS0114532). Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des Paragraph eins, UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an das fremde Kennzeichen als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten

Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken und überdies die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen wurde, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbshindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen (ÖBl 2002, 20 - Das blaue Rohr mwN).

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist die Verkehrsbekanntheit des für die Dienstleistungen der Klägerin verwendeten Zeichens nicht zweifelhaft. Ob allerdings die Betreiber des Aparthotels Terra Zeno die Bezeichnung aus den angeführten verwerflichen Gründen gewählt haben und die Beklagte dazu einen Beitrag als Mittäterin oder Gehilfin geleistet hat, wurde nicht festgestellt. Abgesehen davon, dass die Klägerin dazu keine Beweise angeboten hat, sind derartige Beweggründe nicht unbedingt naheliegend, könnte doch für die Wahl der Bezeichnung auch die Lage im Ortsteil St. Zeno ausschlaggebend gewesen sein.

Der Revision der Beklagten wird Folge gegeben, die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung zur Verkehrsgeltung des klägerischen Zeichens aufgetragen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Textnummer

E73613

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0040OB00045.04B.0525.000

Im RIS seit

24.06.2004

Zuletzt aktualisiert am

22.02.2012

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at