

# TE OGH 2001/12/17 4Ob234/01t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk, sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hugo B\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr. Gerhard Engin-Deniz & Dr. Christian Reimitz Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt in Wien, und 2. S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Korn Zöchbauer Frauenberger Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Rechnungslegung (Streitwert im Provisorialverfahren 900.000 S), über die Revisionsreklame der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 2. August 2001, GZ 4 R 157/01p-23, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 15. Juni 2001, GZ 14 Cg 19/01h-17, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Der Revisionsreklame der erstbeklagten Partei wird zurückgewiesen. Die klagende Partei hat die Kosten ihrer die erstbeklagte Partei betreffenden Revisionsreklamebeantwortung vorläufig selbst zu tragen.
2. Dem Revisionsreklame der zweitbeklagten Partei wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der zweitbeklagten Partei die mit 46.731,60 S bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 7.788,60 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Inhaberin der internationalen Wortmarke "BOSS" IR 256092 für Waren der Klasse 25 (Bekleidung). Diese Marke mit Priorität vom 7. 12. 1979 ist seit 9. 10. 1980 für den Bereich der Republik Österreich rechtswirksam.

Das Unternehmen Hugo Boss wurde 1923 als Kommanditgesellschaft gegründet. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die Kommanditgesellschaft in eine Gesellschaft mbH und schließlich Mitte der 80er-Jahre in eine Aktiengesellschaft umgewandelt.

Bis Anfang der 80er-Jahre erzeugte die Klägerin ausschließlich Anzüge, Sakkos und Hosen für Herren. Im Laufe der 80er-Jahre erweiterte sie aufgrund der starken Nachfrage nach Produkten von Hugo Boss ihre Produktpalette erheblich. Es kamen Hemden, Krawatten, Pullover, Jeans, Mäntel, Jacken, T-Shirts, Polos und Socken, im Jahre 1986 eine Kosmetikserie und 1989 Brillen hinzu, welche Produkte in Lizenz unter der Marke "BOSS" erzeugt werden.

Mit dem Namen "BOSS" verband und verbindet der Konsument hochwertige, ansprechende, modische und qualitativ gute Ware mit hohem Prestigewert.

Die Klägerin beliefert den österreichischen Markt seit 1972 oder 1973. Die große Nachfrage nach BOSS-Artikeln setzte in Österreich Ende der 80er-Jahre ein. Großen Bekanntheitsgrad erreichte die Marke "BOSS" durch das Sportsponsoring der Klägerin ua in der Formel 1 und im Tennis. Die Klägerin stattete auch den Hauptdarsteller in bestimmten Filmen aus, sponserte schon in den 80er-Jahren die Salzburger Festspiele und warb unter ihrer Wortmarke auch in Zeitschrifteninseraten.

Aufgrund dieser Werbemaßnahmen war die Marke "BOSS" bereits Anfang der 90er-Jahre in Österreich sehr bekannt. Eine Bekanntheitserhebung durch das Fessel-Institut im Oktober/November 1995 ergab, dass das Zeichen BOSS der Klägerin im Befragungszeitraum bei 58 % der Gesamtbevölkerung und bei 87 % der Verwender und Käufer hochwertiger Herrenoberbekleidung bekannt war. Im Befragungszeitraum Februar/März 1996 konnten 68 % der befragten Österreicher im Alter über 15 Jahren einen Bezug zwischen dem Namen "BOSS" und den Produkten der Klägerin herstellen; im Bereich der Verwender und Käufer hochwertiger Herrenoberbekleidung konnten das 92 % der Befragten. Die Erstbeklagte besitzt die österreichische Wortmarke "BOSS" reg Nr 151133, die mit Priorität vom 25. 11. 1993 für Filterzigaretten eingetragen ist. Die Marke "BOSS" wurde für Zigaretten im früheren Jugoslawien für die T\*\*\*\*\* mit Priorität 14. 12. 1984 eingetragen. Die Erstbeklagte arbeitete mit diesem Unternehmen aufgrund verschiedener Kooperationsverträge seit den 60er-Jahren zusammen. 1990 entschloss sich die Erstbeklagte zum Erwerb der Mehrheit der Anteile an der slowenischen Gesellschaft, um für sich eine Produktions- und Vertriebsbasis auf dem jugoslawischen Markt zu schaffen.

Die T\*\*\*\*\* kündigte mit Schreiben vom 20. 4. 1989 an, zu Verhandlungen mit Hugo Boss betreffend die Marke "BOSS" bereit zu sein, sobald ihre BOSS-Zigaretten gute Umsätze auf dem jugoslawischen Markt sowie in Österreich, Italien und anderen Ländern erzielten. Die Erstbeklagte verwendet die Wortmarke BOSS auf den Zigarettenverpackungen in einer Aufmachung, die der Verpackung der BOSS-Düfte stark ähneln.

Die Zweitbeklagte betreibt am Flughafen S\*\*\*\*\* einen DutyFree- und einen Travel Value-Shop. Die für den Einkauf zuständige Mitarbeiterin bestellte im Jahr 1999 bei einem Vertreter der Erstbeklagten 100 Stangen BOSS-Zigaretten, die im Mai 1999 von der Firma H\*\*\*\*\*, einem Großlieferanten im Duty Free-Bereich, an die Zweitbeklagte ausgeliefert wurden. Die Zweitbeklagte veräußerte von der Erstbeklagten angekauften Zigaretten am Flughafen S\*\*\*\*\*. Den Vertretern und Mitarbeitern der Zweitbeklagten war nicht bekannt, dass die BOSS-Zigaretten allenfalls in Marken-, Namens- und Kennzeichenrechte der Kläger eingreifen könnten. Derartiges wurde auch deshalb nicht einmal in Erwägung gezogen, weil der Zigarettenlieferant H\*\*\*\*\* selbst den BOSS-Shop am Flughafen Sch\*\*\*\*\* betreibt. Die Zweitbeklagte wurde mit dem dargestellten Sachverhalt erstmals durch Zustellung der Klage konfrontiert. Eine Abmahnung der Zweitbeklagten durch die Klägerin vor Klageführung war nicht erfolgt. Nach Zustellung der Klage wollte die Zweitbeklagte die noch nicht verkauften 31 Stangen BOSS-Zigaretten an die Erstbeklagte zurückgeben. Aus Kostengründen entschied sie sich jedoch für eine zollamtliche Vernichtung.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begeht die Klägerin, beiden Beklagten mit einstweiliger Verfügung das Bewerben, Anbieten und/oder Verbreiten von Zigaretten unter Verwendung des Firmenschlagworts und der Standardmarke der Klägerin "BOSS" zu verbieten. Ihr Firmenschlagwort und ihre Wortmarke hätten eine weit bessere Priorität als die Marke der Erstbeklagten. Damit entstünde Verwechslungsgefahr. Die Beklagten nützten die der Klägerin entgegengebrachte Wertschätzung für ihre Zigaretten aus. So bewerben sie ihre BOSS-Zigaretten im Zusammenhang mit Herrenmode, die wie die aus dem Haus der Klägerin stammende Bekleidung aussehe. Der Klägerin komme der branchenübergreifende Schutz der bekannten Marke nach § 10 Abs 2 MSchG zugute; daneben bestehe der wettbewerbliche Schutz wegen sittenwidriger schmarotzerischer Ausbeutung. Die Zweitbeklagte hafte für die geltend gemachten Ansprüche, weil sie die BOSS-Zigaretten, welche Firmenschlagwort und Marke der Klägerin gröblichst verletzten, vertrieben. Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begeht die Klägerin, beiden Beklagten mit einstweiliger Verfügung das Bewerben, Anbieten und/oder Verbreiten von Zigaretten unter Verwendung des Firmenschlagworts und der Standardmarke der Klägerin "BOSS" zu verbieten. Ihr Firmenschlagwort und ihre Wortmarke hätten eine weit bessere Priorität als die Marke der Erstbeklagten. Damit entstünde Verwechslungsgefahr. Die Beklagten nützten die der Klägerin entgegengebrachte Wertschätzung für ihre Zigaretten aus. So bewerben sie ihre BOSS-Zigaretten im Zusammenhang mit Herrenmode, die wie die aus dem Haus der Klägerin stammende Bekleidung aussehe. Der Klägerin komme der branchenübergreifende Schutz der bekannten Marke nach

Paragraph 10, Absatz 2, MSchG zugute; daneben bestehe der wettbewerbliche Schutz wegen sittenwidriger schmarotzerischer Ausbeutung. Die Zweitbeklagte hafte für die geltend gemachten Ansprüche, weil sie die BOSS-Zigaretten, welche Firmenschlagwort und Marke der Klägerin gröblichst verletzten, vertrieben.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrags. Die Voraussetzungen für einen Markenschutz, insbesondere für den branchenübergreifenden Schutz der bekannten Marke nach § 10 Abs 2 MSchG fehlten. Es mangle auch an Eilbedürftigkeit. Die Zweitbeklagte habe nicht rechtswidrig gehandelt, weil sie den von der Klägerin behaupteten Sachverhalt gar nicht gekannt habe. Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrags. Die Voraussetzungen für einen Markenschutz, insbesondere für den branchenübergreifenden Schutz der bekannten Marke nach Paragraph 10, Absatz 2, MSchG fehlten. Es mangle auch an Eilbedürftigkeit. Die Zweitbeklagte habe nicht rechtswidrig gehandelt, weil sie den von der Klägerin behaupteten Sachverhalt gar nicht gekannt habe.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung gegen die Erstbeklagte, wies aber den Sicherungsantrag, soweit er gegen die Zweitbeklagte gerichtet war, ab. Die Erstbeklagte habe gegen § 10 Abs 2 MSchG idF der Markenrechtsnovelle 1999 verstoßen. Ihr gegenüber stehe der Klägerin daher der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Der gegen die Zweitbeklagte gestellte Sicherungsantrag sei hingegen abzuweisen, weil ein rechtswidriges Verhalten der Zweitbeklagten, die die BOSS-Zigaretten in Unkenntnis der Markenrechtsverletzung vertrieben habe, nicht vorliege. Die Zweitbeklagte sei ein reines Vertriebsunternehmen und sei zu einer Prüfung, ob ein Markenrechtsverstoß vorliege, nicht verpflichtet gewesen. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung gegen die Erstbeklagte, wies aber den Sicherungsantrag, soweit er gegen die Zweitbeklagte gerichtet war, ab. Die Erstbeklagte habe gegen Paragraph 10, Absatz 2, MSchG in der Fassung der Markenrechtsnovelle 1999 verstoßen. Ihr gegenüber stehe der Klägerin daher der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Der gegen die Zweitbeklagte gestellte Sicherungsantrag sei hingegen abzuweisen, weil ein rechtswidriges Verhalten der Zweitbeklagten, die die BOSS-Zigaretten in Unkenntnis der Markenrechtsverletzung vertrieben habe, nicht vorliege. Die Zweitbeklagte sei ein reines Vertriebsunternehmen und sei zu einer Prüfung, ob ein Markenrechtsverstoß vorliege, nicht verpflichtet gewesen.

Das Rekursgericht, das dem Rekurs der Erstbeklagten nicht Folge gab, erließ die einstweilige Verfügung auch gegen die Zweitbeklagte und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands hinsichtlich beider Beklagten 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Da die Zweitbeklagte Zigaretten unter der Marke BOSS vertreibe, verwirkliche sie den Tatbestand des § 10 Abs 2 MSchG. Sie sei unmittelbare Störerin und nicht bloß Gehilfin. Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Haftung reiner Zeitungsvertriebsunternehmen, Domain-Vergabestellen und anderen Gehilfen könne daher hier nicht angewendet werden. Auch wenn die Zweitbeklagte die Zigaretten vom Vertreiber eines BOSS-Shops bezogen habe und ihr nicht bekannt gewesen sei, dass diese Zigaretten allenfalls in Rechte der Klägerin eingreifen, könne ihre markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Haftung nicht verneint werden. Da die Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs 2 MSchG vorlägen, sei die einstweilige Verfügung auch gegen die Zweitbeklagte zu erlassen; die gegen die Erstbeklagte erlassene einstweilige Verfügung sei zu bestätigen. Das Rekursgericht, das dem Rekurs der Erstbeklagten nicht Folge gab, erließ die einstweilige Verfügung auch gegen die Zweitbeklagte und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands hinsichtlich beider Beklagten 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Da die Zweitbeklagte Zigaretten unter der Marke BOSS vertreibe, verwirkliche sie den Tatbestand des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG. Sie sei unmittelbare Störerin und nicht bloß Gehilfin. Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Haftung reiner Zeitungsvertriebsunternehmen, Domain-Vergabestellen und anderen Gehilfen könne daher hier nicht angewendet werden. Auch wenn die Zweitbeklagte die Zigaretten vom Vertreiber eines BOSS-Shops bezogen habe und ihr nicht bekannt gewesen sei, dass diese Zigaretten allenfalls in Rechte der Klägerin eingreifen, könne ihre markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Haftung nicht verneint werden. Da die Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG vorlägen, sei die einstweilige Verfügung auch gegen die Zweitbeklagte zu erlassen; die gegen die Erstbeklagte erlassene einstweilige Verfügung sei zu bestätigen.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Der Revisionsrekurs der Erstbeklagten ist nicht zulässig:

Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden § 526 Abs 2 ZPO) - Ausspruch des Rekursgerichts sind in Ansehung der Erstbeklagten die Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO nicht gegeben, weil der Oberste Gerichtshof mit Urteil vom 16. 10. 2001, 4 Ob 54/01x, die vom Rekursgericht für die Begründung der Zulassung des

Revisionsrekurses angeführte Rechtsfrage (Anwendung des § 10 Abs 2 MSchG auf die Marke der Klägerin "BOSS") bereits - im Sinne der hier von den Vorinstanzen vertretenen Rechtsauffassung - entschieden hat: Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (Paragraph 526, Absatz 2, ZPO) - Ausspruch des Rekursgerichts sind in Ansehung der Erstbeklagten die Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO nicht gegeben, weil der Oberste Gerichtshof mit Urteil vom 16. 10. 2001, 4 Ob 54/01x, die vom Rekursgericht für die Begründung der Zulassung des Revisionsrekurses angeführte Rechtsfrage (Anwendung des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG auf die Marke der Klägerin "BOSS") bereits - im Sinne der hier von den Vorinstanzen vertretenen Rechtsauffassung - entschieden hat:

Das Erstgericht hat ausführliche Feststellungen getroffen, die den Werbe- und Marktwert sowie die Verkehrsbekanntheit der Marke der Klägerin im Zeitpunkt der Registrierung der Marke BOSS der Erstbeklagten für Filterzigaretten ausreichend untermauern. Wie bereits in der Entscheidung 4 Ob 54/01x - in einem Verfahren, in dem dieselbe Klägerin die mit der hiesigen Erstbeklagten zusammenarbeitende slowenische Zigarettenherstellerin und deren österreichischen Vertriebspartner erfolgreich auf Unterlassung des Inverkehrbringens von Zigaretten und Zigarettenpackungen unter Verwendung der Marke "BOSS" sowie auf Rechnungslegung in Anspruch nahm - ist auch im vorliegenden Verfahren dieser Marke der Klägerin der Schutz einer bekannten Marke gegen ihre Benützung für nicht ähnliche Waren zu gewähren, weil diese Benützung des Zeichens die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Bekanntheit der Klägermarke im Sinn des § 10 Abs 2 MSchG im Zeitpunkt der Registrierung der Marke der Erstbeklagten im Jahr 1993 ist im vorliegenden Verfahren unabhängig davon ausreichend bescheinigt worden, dass und ob die Bekanntheitserhebung im Jahre 1995 zutreffende oder - was beide Beklagten im Rechtsmittel ausführlich rügen - allenfalls anzuzweifelnde Fragenschemata enthielt oder nicht. Schon die übrigen Bescheinigungsergebnisse über die Einführung der Klägermarke und ihre Bewerbung ua durch Sponsoring von allgemein bekannten Kultur- und Sportveranstaltungen und dabei auftretenden bekannten Personen, dokumentieren hinreichend den Bekanntheitsgrad dieser Marke. Die Auffassung der Vorinstanzen, dass die Erstbeklagte gegen § 10 Abs 2 MSchG verstoßen habe, weil sie durch Verwendung der Klägermarke für Filterzigaretten bewusst die Wertschätzung und Unterscheidungskraft der Klägermarke ohne rechtfertigenden Grund und damit in unlauterer Weise ausnützt, bedeutet keine Verkennung der Rechtslage, die im Interesse der Rechtssicherheit wahrgenommen werden müsste. Dass der Sicherungsantrag mangels Eilbedürftigkeit abzuweisen gewesen wäre, hat das Rekursgericht unter zutreffendem Hinweis auf das Gesetz und dazu vorliegende Rechtsprechung (insbesondere ÖBl 1984, 161 - Pelzwaren - Lagerverkauf; RIS-Justiz RS0054556) angesichts der im vorliegenden Verfahren gegebenen zeitlichen Abfolge von Klage, Klagebeantwortungen und Sicherungsantrag unbedenklich verneint. Dass die Marke BOSS überhaupt keine oder nur geringe Unterscheidungskraft haben solle, wurde von den Vorinstanzen im Einklang mit der Rechtsprechung (ÖBl 1997, 227 - Stanfordboss) verneint. Das Erstgericht hat ausführliche Feststellungen getroffen, die den Werbe- und Marktwert sowie die Verkehrsbekanntheit der Marke der Klägerin im Zeitpunkt der Registrierung der Marke BOSS der Erstbeklagten für Filterzigaretten ausreichend untermauern. Wie bereits in der Entscheidung 4 Ob 54/01x - in einem Verfahren, in dem dieselbe Klägerin die mit der hiesigen Erstbeklagten zusammenarbeitende slowenische Zigarettenherstellerin und deren österreichischen Vertriebspartner erfolgreich auf Unterlassung des Inverkehrbringens von Zigaretten und Zigarettenpackungen unter Verwendung der Marke "BOSS" sowie auf Rechnungslegung in Anspruch nahm - ist auch im vorliegenden Verfahren dieser Marke der Klägerin der Schutz einer bekannten Marke gegen ihre Benützung für nicht ähnliche Waren zu gewähren, weil diese Benützung des Zeichens die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Bekanntheit der Klägermarke im Sinn des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG im Zeitpunkt der Registrierung der Marke der Erstbeklagten im Jahr 1993 ist im vorliegenden Verfahren unabhängig davon ausreichend bescheinigt worden, dass und ob die Bekanntheitserhebung im Jahre 1995 zutreffende oder - was beide Beklagten im Rechtsmittel ausführlich rügen - allenfalls anzuzweifelnde Fragenschemata enthielt oder nicht. Schon die übrigen Bescheinigungsergebnisse über die Einführung der Klägermarke und ihre Bewerbung ua durch Sponsoring von allgemein bekannten Kultur- und Sportveranstaltungen und dabei auftretenden bekannten Personen, dokumentieren hinreichend den Bekanntheitsgrad dieser Marke. Die Auffassung der Vorinstanzen, dass die Erstbeklagte gegen Paragraph 10, Absatz 2, MSchG verstoßen habe, weil sie durch Verwendung der Klägermarke für Filterzigaretten bewusst die Wertschätzung und Unterscheidungskraft der Klägermarke ohne rechtfertigenden Grund und damit in unlauterer Weise ausnützt, bedeutet keine Verkennung der Rechtslage, die im Interesse der Rechtssicherheit wahrgenommen werden müsste. Dass der Sicherungsantrag mangels

Eilbedürftigkeit abzuweisen gewesen wäre, hat das Rekursgericht unter zutreffendem Hinweis auf das Gesetz und dazu vorliegende Rechtsprechung (insbesondere ÖBI 1984, 161 - Pelzwaren - Lagerverkauf; RIS-Justiz RS0054556) angesichts der im vorliegenden Verfahren gegebenen zeitlichen Abfolge von Klage, Klagebeantwortungen und Sicherungsantrag unbedenklich verneint. Dass die Marke BOSS überhaupt keine oder nur geringe Unterscheidungskraft haben solle, wurde von den Vorinstanzen im Einklang mit der Rechtsprechung (ÖBI 1997, 227 - Stanfordboss) verneint.

Aus diesen Gründen war der Revisionsrekurs der Erstbeklagten zurückzuweisen (§ 510 Abs 3, § 528a ZPO). Aus diesen Gründen war der Revisionsrekurs der Erstbeklagten zurückzuweisen (Paragraph 510, Absatz 3., Paragraph 528 a, ZPO).

Da die Zurückweisung des Revisionsrekurses sich auf eine erst nach Erhebung des Rechtsmittels ergangene Entscheidung des erkennenden Senats stützt, kann es der Klägerin nicht schaden, dass sie in der Revisionsrekursbeantwortung nicht auf die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses hingewiesen, sondern nur dessen Abweisung beantragt hat. Die Kosten dieses Schriftsatzes waren ihr daher nicht abzuerkennen; vielmehr hat sie sie gemäß § 393 Abs 1 EO vorläufig selbst zu tragen. Da die Zurückweisung des Revisionsrekurses sich auf eine erst nach Erhebung des Rechtsmittels ergangene Entscheidung des erkennenden Senats stützt, kann es der Klägerin nicht schaden, dass sie in der Revisionsrekursbeantwortung nicht auf die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses hingewiesen, sondern nur dessen Abweisung beantragt hat. Die Kosten dieses Schriftsatzes waren ihr daher nicht abzuerkennen; vielmehr hat sie sie gemäß Paragraph 393, Absatz eins, EO vorläufig selbst zu tragen.

## 2. Der Revisionsrekurs der Zweitbeklagten ist berechtigt:

Dem Rekursgericht ist zwar darin beizupflichten, dass die Zweitbeklagte nicht als Gehilfin der Erstbeklagten einzustufen ist - weshalb die Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung hier nicht heranzuziehen ist -, sondern selbst im eigenen Namen die mit der Marke "Boss" versehenen Zigaretten ein- und verkauft hat. Die Klägerin hat sie deshalb als Markenverletzer, also als Störer, in Anspruch genommen. Das Rekursgericht hat jedoch übersehen, dass sich die Verletzungshandlung des § 10 Abs 2 MSchG nicht darin erschöpft, eine bekannte Marke für eine branchenfremde Ware oder Dienstleistung zu verwenden; vielmehr ist es nach dieser Gesetzesstelle dem Inhaber einer eingetragenen Marke gestattet, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese im Inland bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Unlauterkeit der Benutzung ist somit - anders als in den Fällen des § 10 Abs 1 MSchG - Tatbestandsmerkmal. Der Image-/Renommeeschutz greift also nur, wenn die Benutzung des jüngeren Zeichens in unlauterer Weise erfolgt und kein rechtfertigender Grund vorhanden ist; es müssen demnach besondere Umstände für die Verwerflichkeit der Anlehnung vorliegen (Klaka in Ströbele/Klaka/Althammer, Markengesetz § 14d MarkenG Rz 18). Ob nun - wie Klaka aaO meint - der Kläger die Umstände, aus denen sich ein unlauteres Verhalten des Beklagten ergibt, nachzuweisen hat oder ob schon die Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung und Verwässerung bekannter Marken grundsätzlich die Rechtswidrigkeit indizieren und diese nur dann entfällt, wenn der Beklagte besondere Umstände geltend macht, die sein Verhalten rechtfertigen (in diesem Sinne Sack, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 ff [82]), bedarf hier keiner näheren Prüfung. Die Frage der Beweislast ist ja ohne Bedeutung, weil das Erstgericht Feststellungen getroffen hat, die eine Beurteilung der Rechtsfrage ermöglichen, ob das Verhalten der Zweitbeklagten als unlauter anzusehen ist. Dem Rekursgericht ist zwar darin beizupflichten, dass die Zweitbeklagte nicht als Gehilfin der Erstbeklagten einzustufen ist - weshalb die Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung hier nicht heranzuziehen ist -, sondern selbst im eigenen Namen die mit der Marke "Boss" versehenen Zigaretten ein- und verkauft hat. Die Klägerin hat sie deshalb als Markenverletzer, also als Störer, in Anspruch genommen. Das Rekursgericht hat jedoch übersehen, dass sich die Verletzungshandlung des Paragraph 10, Absatz 2, MSchG nicht darin erschöpft, eine bekannte Marke für eine branchenfremde Ware oder Dienstleistung zu verwenden; vielmehr ist es nach dieser Gesetzesstelle dem Inhaber einer eingetragenen Marke gestattet, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese im Inland bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Die Unlauterkeit der Benutzung ist somit - anders als in den Fällen des Paragraph 10, Absatz eins, MSchG - Tatbestandsmerkmal. Der Image-/Renommeeschutz greift also nur, wenn die Benutzung des jüngeren

Zeichens in unlauterer Weise erfolgt und kein rechtfertigender Grund vorhanden ist; es müssen demnach besondere Umstände für die Verwerflichkeit der Anlehnung vorliegen (Klaka in Ströbele/Klaka/Althammer, Markengesetz5 Paragraph 14 d, MarkenG Rz 18). Ob nun - wie Klaka aaO meint - der Kläger die Umstände, aus denen sich ein unlauteres Verhalten des Beklagten ergibt, nachzuweisen hat oder ob schon die Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung und Verwässerung bekannter Marken grundsätzlich die Rechtswidrigkeit indizieren und diese nur dann entfällt, wenn der Beklagte besondere Umstände geltend macht, die sein Verhalten rechtfertigen (in diesem Sinne Sack, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 ff [82]), bedarf hier keiner näheren Prüfung. Die Frage der Beweislast ist ja ohne Bedeutung, weil das Erstgericht Feststellungen getroffen hat, die eine Beurteilung der Rechtsfrage ermöglichen, ob das Verhalten der Zweitbeklagten als unlauter anzusehen ist.

Das muss im Hinblick auf die hier vorliegenden - maßgeblichen (Klaka aaO) - Umstände des Einzelfalls eindeutig verneint werden. Die Zweitbeklagte hat nach den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens keine Kenntnis solcher Tatsachen gehabt, aus denen sie auf eine Verletzung von Marken oder sonstigen Kennzeichenrechten der Klägerin hätte schließen müssen. Gerade der Umstand, dass ihr Lieferant einen BOSS-Shop betreibt, war dazu angetan, etwaige Zweifel über einen möglichen Markeneingriff, die eine Prüfpflicht hätten auslösen können, gar nicht aufkommen zu lassen. Die Zweitbeklagte konnte ohne weiteres annehmen, dass die Marke auf den Zigaretten mit Zustimmung der Klägerin angebracht wurde. Sobald die Zweitbeklagte aber - durch Zustellung der Klage - den wahren Sachverhalt erfuhr, hat sie den weiteren Verkauf der Zigaretten eingestellt und die restliche Ware zollamtlich vernichten lassen.

Entgegen der Meinung der Klägerin ist daher eine Haftung der Zweitbeklagten zu verneinen.

In Stattgebung ihres Revisionsrekurses war die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass der Beschluss des Erstgerichts zur Gänze wiederhergestellt wird.

Der die Zweitbeklagte betreffende Kostenauusspruch gründet sich auf §§ 41, 50 Abs 2 ZPO, 78, 402 Abs 4 EOder die Zweitbeklagte betreffende Kostenauusspruch gründet sich auf Paragraphen 41,, 50 Absatz 2, ZPO, 78, 402 Absatz 4, EO.

#### **Anmerkung**

E64177 4Ob234.01t

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00234.01T.1217.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20011217\_OGH0002\_0040OB00234\_01T0000\_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)