jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2001/4/24 4Ob81/01t

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 24.04.2001

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R***** GmbH, *****, vertreten durch Schönherr Barfuss Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei August S*****, vertreten durch Dr. Utho Hosp, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung und Rechnungslegung (Streitwert 600.000 S), infolge Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 1. Dezember 2000, GZ 4 R 200/00k-14, mit dem das Urteil des Landesgerichts Wels vom 18. Juli 2000, GZ 3 Cg 23/00t-6, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass sie - einschließlich des bestätigten Teils - insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"Der Beklagte ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ein der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnliches Zeichen, und zwar das der Klagebeilage ./B entsprechende Zeichen, auf den Dosen eines Energy Drinks anzubringen, unter diesem Zeichen Energy Drinks anzubieten und (insbesondere) nach Venezuela auszuführen, insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung zu bewerben und anzubieten.

Das Mehrbegehren, dem Beklagten zu untersagen, unter einem der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnlichen Zeichen Energy Drinks in Verkehr zu bringen und insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung in Verkehr zu bringen, sowie das Begehren, den Beklagten schuldig zu erkennen, der Klägerin binnen 14 Tagen über die mit Produkten, die gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Pkt 1 des Klagebegehrens verstoßen, erzielten Umsätze unter Angabe der Verkaufsmengen und der Erzeugungs- und Verkaufspreise sowie unter Vorweisung der Belege Rechnung zu legen und die Richtigkeit der Rechnungslegung durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen, wird abgewiesen.

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 22.514,80 S bestimmten anteiligen Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 2.203,30 S USt und 9.295 S Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 22.349,05 S bestimmten anteiligen Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 1.858,18 S USt und 10.600 S Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Klägerin ist schuldig, dem Beklagten die mit 15.241,25 S bestimmten anteiligen Barauslagen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Inhaberin der österreichischen Wortbildmarke Nr 182460:

Die Klägerin hat ihre Wortbildmarke am 3. 5. 1999 auch in Venezuela angemeldet. Sie vertreibt unter dieser Marke ein alkoholfreies Erfrischungsgetränk (Energy Drink), das in Österreich einen sehr hohen Bekanntheitsgrad hat. Das Getränk wird vor allem in Dosen zu 250 ml abgefüllt. Die Dosen sind in den Farben Blau, Silber, Rot und Gold gehalten, wobei die Vorderseite - entsprechend der Wortbildmarke - diagonal in blaue und silberne Farbflächen geteilt ist. Markenname (RED BULL) und Produktbezeichnung (ENERGY DRINK) sind in roter Farbe geschrieben; den Mittelpunkt bildet eine in Gold gehaltene Kreisfläche mit zwei kämpfenden Stieren in Rot. Auf der Rückseite finden sich auf silbernem Grund in roter Schrift Angaben zur Wirkungsweise und in blauer Schrift Angaben über die Zusammensetzung.

Der Beklagte hat von der Ciclon C.A., einem Unternehmen mit Niederlassungen in Wien, Venezuela und in der Dominikanischen Republik, Abfüllaufträge für das Erfrischungsgetränk (Energy Drink) CICLON erhalten. Dabei stellt die Auftraggeberin den Getränkegrundstoff, die Rezeptur und die fertig beschrifteten Dosen zur Verfügung; vom Beklagten stammen Zusatzstoffe wie Fruktose, Dextrose, Zucker und Zitronensäure. Im Unternehmen des Beklagten wird das Getränk nach der Rezeptur zubereitet und in die Dosen abgefüllt. Die Auftraggeberin muss die befüllten Dosen binnen 3 Tagen abholen, weil der Beklagte nicht über genügend Lagerraum verfügt. Im Zusammenhang mit einem dem Beklagten erteilten Abfüllauftrag teilte die Auftraggeberin mit, dass die Dosen von der Spedition D***** nach Venezuela transportiert werden.

Die für das Getränk CICLON verwendeten Dosen haben die gleiche Form wie die RED BULL-Dosen. Gleich ist auch die Farbkombination Blau-Silber und deren diagonale Begrenzung, die Beschriftung in roter Farbe und ein in goldgelber Farbe gehaltener Mittelpunkt:

Auf der Rückseite ist die Dose in Rot und Blau auf silbernem Grund beschriftet. Als Hersteller ist auf den Dosen eine - nicht registrierte - "August S***** GmbH" angegeben; es finden sich darauf auch Angaben in deutscher Sprache. Das Getränk wird in erster Linie in Südamerika vertrieben. Im Internet ist unter der Adresse http:

www.ciclon.com eine wie folgt gestaltete Website abrufbar:

Die Klägerin begehrt, dem Beklagten zu untersagen, ein der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnliches Zeichen, und zwar das der Klagebeilage ./B entsprechende Zeichen, auf den Dosen eines Energy Drinks anzubringen, unter diesem Zeichen Energy Drinks anzubieten, in Verkehr zu bringen und (insbesondere) nach Venezuela auszuführen, insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung zu bewerben, anzubieten und in Verkehr zu bringen. Die Klägerin stellt weiters ein Rechnungslegungsbegehren. Der Beklagte vertreibe den Energy Drink in Dosen, die offensichtlich in der Absicht gestaltet worden seien, die Bekanntheit der Warenaufmachung und den Ruf des Energy Drinks RED BULL auf unlautere Weise auszunützen. Damit verletze er die Markenrechte der Klägerin; dafür genüge es, dass das Zeichen auf der Ware angebracht und/oder die Ware ausgeführt werde. Das Verhalten des Beklagten sei auch nach venezolanischem Recht rechtswidrig. Der Klägerin stehe darüber hinaus ein Unterlassungsanspruch nach § 9 Abs 3 UWG und nach § 1 UWG zu. Dem Beklagten seien vermeidbare Herkunftstäuschung und sittenwidriger Behinderungswettbewerb vorzuwerfen. Er handle teils als unmittelbarer Täter, teils als Mittäter.Die Klägerin begehrt, dem Beklagten zu untersagen, ein der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnliches Zeichen, und zwar das der Klagebeilage ./B entsprechende Zeichen, auf den Dosen eines Energy Drinks anzubringen, unter diesem Zeichen Energy Drinks anzubieten, in Verkehr zu bringen und (insbesondere) nach Venezuela auszuführen, insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung zu bewerben, anzubieten und in Verkehr zu bringen. Die Klägerin stellt weiters ein Rechnungslegungsbegehren. Der Beklagte vertreibe den Energy Drink in Dosen, die offensichtlich in der Absicht gestaltet worden seien, die Bekanntheit der Warenaufmachung und den Ruf des Energy Drinks RED BULL auf unlautere

Weise auszunützen. Damit verletze er die Markenrechte der Klägerin; dafür genüge es, dass das Zeichen auf der Ware angebracht und/oder die Ware ausgeführt werde. Das Verhalten des Beklagten sei auch nach venezolanischem Recht rechtswidrig. Der Klägerin stehe darüber hinaus ein Unterlassungsanspruch nach Paragraph 9, Absatz 3, UWG und nach Paragraph eins, UWG zu. Dem Beklagten seien vermeidbare Herkunftstäuschung und sittenwidriger Behinderungswettbewerb vorzuwerfen. Er handle teils als unmittelbarer Täter, teils als Mittäter.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Der Beklagte sei nur Lohnabfüller; er habe keinen Einfluss auf die Gestaltung der Dosen. Mit dem Abfüllen verletze der Beklagte weder die Markenrechte der Klägerin noch handle er wettbewerbswidrig. Die Bezeichnung CICLON und das äußere Erscheinungsbild der Dosen schlössen eine Verwechslung aus.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Energy Drinks unter einem der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnlichen Zeichen, und zwar dem der Klagebeilage ./B entsprechenden Zeichen, anzubieten, in Verkehr zu bringen und auszuführen, insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung zu bewerben, anzubieten und in Verkehr zu bringen; es gab dem Rechnungslegungsbegehren statt und wies das Mehrbegehren ab, dem Beklagten das Anbringen des der registrierten Marke RED BULL ähnlichen Zeichens zu untersagen. Es sei österreichisches Recht anzuwenden, weil die Streitteile ihren Sitz in Österreich hätten und die Produkte des Beklagten auch in Österreich angeboten würden. Sein Verhalten wirke sich daher auf den österreichischen Markt aus. Der Energy Drink CICLON werde mit Hilfe des Internet jedenfalls in Österreich angeboten. Dass sich das Verhalten des Beklagten auch auf den venezolanischen Markt auswirke, sei ohne Bedeutung. Das vom Beklagten verwendete Zeichen sei der Wortbildmarke RED BULL sehr ähnlich; es bestehe jedenfalls mittelbare Verwechslungsgefahr, auch wenn die Markennamen verschieden seien. Bereits durch bloßen Besitz der Waren würden die Markenrechte der Klägerin verletzt. Durch die Mithilfe des Beklagten würden der Ciclon CA das Anbieten, das Inverkehrbringen und die Ausfuhr des Getränks ermöglicht; der Beklagte sei daher jedenfalls Gehilfe des Störers. Nur das Anbringen des Zeichens auf der Ware habe der Beklagte weder gefördert noch ermöglicht, da die Dosen in Deutschland hergestellt worden seien. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin bestehe sowohl nach § 51 MSchG als auch nach § 9 Abs 3 UWG zu Recht. Der Beklagte ermögliche es der Ciclon CA, eine der Wortbildmarke RED BULL verwechselbar ähnliche Warenausstattung zu benutzen. Insoweit könne auch eine unmittelbare Verwechslung nicht ausgeschlossen werden.Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Energy Drinks unter einem der österreichischen Marke 182460 verwechselbar ähnlichen Zeichen, und zwar dem der Klagebeilage ./B entsprechenden Zeichen, anzubieten, in Verkehr zu bringen und auszuführen, insbesondere auch Energy Drinks unter der Bezeichnung CICLON mit einer der Warenausstattung von RED BULL verwechselbar ähnlichen, und zwar der Klagebeilage ./B entsprechenden Warenausstattung zu bewerben, anzubieten und in Verkehr zu bringen; es gab dem Rechnungslegungsbegehren statt und wies das Mehrbegehren ab, dem Beklagten das Anbringen des der registrierten Marke RED BULL ähnlichen Zeichens zu untersagen. Es sei österreichisches Recht anzuwenden, weil die Streitteile ihren Sitz in Österreich hätten und die Produkte des Beklagten auch in Österreich angeboten würden. Sein Verhalten wirke sich daher auf den österreichischen Markt aus. Der Energy Drink CICLON werde mit Hilfe des Internet jedenfalls in Österreich angeboten. Dass sich das Verhalten des Beklagten auch auf den venezolanischen Markt auswirke, sei ohne Bedeutung. Das vom Beklagten verwendete Zeichen sei der Wortbildmarke RED BULL sehr ähnlich; es bestehe jedenfalls mittelbare Verwechslungsgefahr, auch wenn die Markennamen verschieden seien. Bereits durch bloßen Besitz der Waren würden die Markenrechte der Klägerin verletzt. Durch die Mithilfe des Beklagten würden der Ciclon CA das Anbieten, das Inverkehrbringen und die Ausfuhr des Getränks ermöglicht; der Beklagte sei daher jedenfalls Gehilfe des Störers. Nur das Anbringen des Zeichens auf der Ware habe der Beklagte weder gefördert noch ermöglicht, da die Dosen in Deutschland hergestellt worden seien. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin bestehe sowohl nach Paragraph 51, MSchG als auch nach Paragraph 9, Absatz 3, UWG zu Recht. Der Beklagte ermögliche es der Ciclon CA, eine der Wortbildmarke RED BULL verwechselbar ähnliche Warenausstattung zu benutzen. Insoweit könne auch eine unmittelbare Verwechslung nicht ausgeschlossen werden.

Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehren zu Gänze statt und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Österreichisches Recht sei anzuwenden, weil die Klägerin Markenschutz für das Gebiet der Republik Österreich in Anspruch nehme. Ein Inlandsbezug bestehe insofern, als das Internet-Informationsangebot in deutscher Sprache gerade auch

österreichischen Nutzern nahegebracht werde. Darin liege ein Anbieten der Ware im Inland, weil "coming soon" und "neu" auf eine tatsächliche oder ernsthaft mögliche Präsenz auf dem österreichischen Markt schließen ließen. Inverkehrbringen sei jede Tätigkeit, durch die die mit dem Zeichen versehene Ware dem wirtschaftlichen Verkehr zugeführt werde. Die Ausschließlichkeitsrechte des Markeninhabers würden auch durch die Ausfuhr und die Werbung verletzt. Der Beklagte besitze den Energy Drink CICLON und ermögliche es seinem Auftraggeber, den Energy Drink anzubieten, in Verkehr zu bringen, auszuführen und zu bewerben. Der Beklagte sei sich der Wirkung seiner Handlung auf den österreichischen Markt bewusst gewesen. Er hafte als Gehilfe für die Verletzungshandlungen der Ciclon C.A. Ein Handeln eines selbstständigen Unternehmers im (entgeltlichen) Auftrag eines anderen schließe die Haftung als Gehilfe nicht aus. Der Energy Drink CICLON sei dem Energy Drink RED BULL in Dosenform, Farbgestaltung etc so ähnlich, dass jedenfalls mittelbare Verwechslungsgefahr bestehe. Sie werde durch die verschiedenen Markennamen nicht beseitigt.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision der Beklagten ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem gleichartigen Sachverhalt fehlt; die Revision ist auch teilweise berechtigt.

Der Beklagte bekämpft das Berufungsurteil als aktenwidrig und mangelhaft. Die Aktenwidrigkeit erblickt er darin, dass das Berufungsgericht den Inhalt der vom Erstgericht übergangenen Beweisanträge auf Vernehmung von zwei Zeugen unrichtig wiedergegeben habe. Er habe die Zeugen auch zum Beweis seines gesamten Vorbringens in der Klagebeantwortung genannt; in der Klagebeantwortung habe er vorgebracht, dass das Produkt in Österreich nicht, und daher auch nicht über das Internet, angeboten werde und dass er weder als unmittelbarer Täter noch als Gehilfe im Sinne einer bewussten Förderung der Ciclon C.A. hafte. Die von ihm genannten Zeugen hätten sowohl zur Frage des Anbietens des Produkts CICLON in Österreich als auch zur Frage seiner Haftung als Gehilfe wesentliche Angaben machen können. Da sie nicht vernommen worden seien, sei sowohl des erstgerichtliche als auch das berufungsgerichtliche Verfahren mangelhaft geblieben.

Ein in der Berufung geltend gemachter Mangel des Verfahrens erster Instanz, den das Berufungsgericht verneint hat, kann nach ständiger Rechtsprechung in der Revision nicht mehr gerügt werden (JBl 1998, 643 uva). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht, wenn das Berufungsgericht die Mängelrüge mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hat (Kodek in Rechberger, ZPO**2 § 503 Rz 3 mwN). In diesem Sinn ist das Vorbringen in der Revision wohl auch zu verstehen; nicht als Rüge einer Aktenwidrigkeit, die nur vorläge, wenn Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen worden wären (s Kodek aaO § 503 Rz 4 mwN), sondern als Rüge eines Mangels des berufungsgerichtlichen Verfahrens, der darin bestehen soll, dass das Berufungsgericht den in der Berufung geltend gemachten Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens mit einer aktenwidrigen Begründung verneint habe.Ein in der Berufung geltend gemachter Mangel des Verfahrens erster Instanz, den das Berufungsgericht verneint hat, kann nach ständiger Rechtsprechung in der Revision nicht mehr gerügt werden (JBl 1998, 643 uva). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht, wenn das Berufungsgericht die Mängelrüge mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hat (Kodek in Rechberger, ZPO**2 Paragraph 503, Rz 3 mwN). In diesem Sinn ist das Vorbringen in der Revision wohl auch zu verstehen; nicht als Rüge einer Aktenwidrigkeit, die nur vorläge, wenn Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen worden wären (s Kodek aaO Paragraph 503, Rz 4 mwN), sondern als Rüge eines Mangels des berufungsgerichtlichen Verfahrens, der darin bestehen soll, dass das Berufungsgericht den in der Berufung geltend gemachten Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens mit einer aktenwidrigen Begründung verneint habe.

Die Rüge ist aber nicht berechtigt: Der Beklagte hat in der Klagebeantwortung kein Vorbringen zum Internetauftritt der Ciclon C.A. erstattet. Er hat auch nicht behauptet, dass der Energy Drink CICLON in Österreich nicht angeboten werde, sondern im Wesentlichen nur Vorbringen zu seiner Tätigkeit als Abfüller erstattet. Soweit es sich dabei um Tatsachenbehauptungen handelt, hat das Erstgericht den von ihm behaupteten Sachverhalt ohnehin festgestellt; soweit es um Rechtsfragen geht, waren keine Feststellungen zu treffen. So ist die Frage, ob die Präsentation von CICLON im Internet als Anbieten aufzufassen ist, ebenso eine Rechtsfrage wie die Frage, ob der Beklagte den Markeneingriff der Ciclon C.A. bewusst gefördert hat und daher als Gehilfe haftet. Dass zu diesen Themen die vom Beklagten genannten Zeugen nicht vernommen wurden, kann daher von Vornherein keinen Verfahrensmangel bilden.

In der Sache selbst bekämpft der Beklagte die Auffassung des Berufungsgerichts, dass "uneingeschränkt"

österreichisches Recht anzuwenden sei. Er macht geltend, dass der Energy Drink CICLON in Österreich weder angeboten noch in Verkehr gebracht werde. Durch die Internetseite werde kein Bezug zu Österreich hergestellt. Es sei venezolanisches Recht anzuwenden; eine Markenverletzung liege weder nach venezolanischem Recht noch nach der Pariser Verbandsübereinkunft noch nach dem TRIPS-Abkommen vor.

Die Frage der Anwendung venezolanischen Rechts oder eines internationalen Übereinkommens stellt sich nicht, weil die Klägerin ihren Anspruch in erster Linie auf eine Verletzung ihrer österreichischen Wortbildmarke stützt. Bereits daraus folgt, dass österreichisches (Marken-)Recht anzuwenden ist: Für das Markenrecht gilt der Grundsatz der Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes; das ist das Recht jenes Staates, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird (§ 34 Abs 1 IPRG; Schwimann in Rummel, ABGB**2§ 34 IPRG Rz 3 mwN). Nach dem Recht des Schutzlandes - und damit im vorliegenden Fall nach österreichischem Recht - ist insbesondere zu beurteilen, ob eine Verletzungshandlung vorliegt (SZ 56/107 = IPRE 1/104 = ÖBl 1983, 162 = PBl 1984, 38 = GRURInt 1984, 450 [Wirner] mwN - Attco/Atco; ÖBl 1986, 73 - Hotel Sacher; ÖBl 1986, 92 - Noverox-Ferrox).Die Frage der Anwendung venezolanischen Rechts oder eines internationalen Übereinkommens stellt sich nicht, weil die Klägerin ihren Anspruch in erster Linie auf eine Verletzung ihrer österreichischen Wortbildmarke stützt. Bereits daraus folgt, dass österreichisches (Marken-)Recht anzuwenden ist: Für das Markenrecht gilt der Grundsatz der Anknüpfung an das Recht des Schutzlandes; das ist das Recht jenes Staates, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird (Paragraph 34, Absatz eins, IPRG; Schwimann in Rummel, ABGB**2 Paragraph 34, IPRG Rz 3 mwN). Nach dem Recht des Schutzlandes - und damit im vorliegenden Fall nach österreichischem Recht - ist insbesondere zu beurteilen, ob eine Verletzungshandlung vorliegt (SZ 56/107 = IPRE 1/104 = ÖBl 1983, 162 = PBl 1984, 38 = GRURInt 1984, 450 [Wirner] mwN - Attco/Atco; ÖBl 1986, 73 - Hotel Sacher; ÖBl 1986, 92 - Noverox-Ferrox).

Nach § 10 Abs 1 Z 2 MSchG gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn dadurch die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird. Welche Handlungen als Benutzung eines Zeichens zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung angesehen werden und damit dem Markeninhaber vorbehalten sind, wird in § 10a MSchG bestimmt. Demonstrativ aufgezählt werden (ua) das Anbringen des Zeichens auf Waren oder auf deren Aufmachung, das Anbieten und Inverkehrbringen von Waren unter dem Zeichen und das Besitzen von Waren zu diesen Zwecken sowie die Ein- und Ausfuhr von Waren unter dem Zeichen.Nach Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, MSchG gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn dadurch die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird. Welche Handlungen als Benutzung eines Zeichens zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung angesehen werden und damit dem Markeninhaber vorbehalten sind, wird in Paragraph 10 a, MSchG bestimmt. Demonstrativ aufgezählt werden (ua) das Anbringen des Zeichens auf Waren oder auf deren Aufmachung, das Anbieten und Inverkehrbringen von Waren unter dem Zeichen und das Besitzen von Waren zu diesen Zwecken sowie die Ein- und Ausfuhr von Waren unter dem Zeichen.

Nach den EB zur Markenrechts-Novelle 1999 (1643 BlgNR 20. GP 26) fällt auch der bloße Besitz unter den Begriff "Benutzung", sofern dieser Besitz als Vorbereitung für ein späteres Inverkehrbringen bzw Anbieten der Waren dient; der Begriff "Anbieten" umfasst auch das Anbieten in elektronischen Medien. Durch die Übernahme dieser Regelungen in das nationale Markenrecht soll ein weiterer Schritt zur besseren Verfolgbarkeit von Markenverletzungen und nachgeahmten Waren im Sinne der Verordnung (EG) Nr 3295/94 gemacht werden.

Der Beklagte füllt den Energy Drink in Dosen ab, deren Erscheinungsbild von der Farbkombination Blau-Silber und deren diagonaler Begrenzung, der Beschriftung in roter Farbe und einem in goldgelber Farbe gehaltenen Mittelpunkt geprägt wird. Diese Elemente sind auch für die Wortbildmarke der Klägerin charakteristisch und bestimmen deren Gesamteindruck. Keine Übereinstimmung besteht im Namen des Produkts. Die Klägerin vertreibt ihren Energy Drink unter dem Markennamen RED BULL; der vom Beklagten abgefüllte Energy Drink wird unter der Bezeichnung CICLON vertrieben. Angesichts der Warenidentität und des hohen Bekanntheitsgrads der Wortbildmarke der Klägerin

begründet die Ähnlichkeit des Erscheinungsbilds der vom Beklagten befüllten Dosen mit der Wortbildmarke der Klägerin - wie vom Beklagten in der Revision auch nicht mehr in Zweifel gezogen - jedenfalls Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn.

Das Berufungsgericht hat das Abfüllen des Energy Drinks in die der Wortbildmarke der Klägerin verwechselbar ähnlich gestalteten Dosen als Anbringen der Marke auf der Ware gewertet. Da die Revision dazu keine Ausführungen enthält, ist auf diesen Teil des Begehrens nicht einzugehen (Kodek aaO § 471 Rz 9 mwN).Das Berufungsgericht hat das Abfüllen des Energy Drinks in die der Wortbildmarke der Klägerin verwechselbar ähnlich gestalteten Dosen als Anbringen der Marke auf der Ware gewertet. Da die Revision dazu keine Ausführungen enthält, ist auf diesen Teil des Begehrens nicht einzugehen (Kodek aaO Paragraph 471, Rz 9 mwN).

Die Klägerin begehrt, dem Beklagten weitere Benutzungshandlungen zu untersagen. Dem Beklagten soll verboten werden, unter einem ihrer Wortbildmarke ähnlichen Zeichen Energy Drinks anzubieten, in Verkehr zu bringen, auszuführen und zu bewerben. Im Zusammenhang damit nimmt die Klägerin die Haftung des Beklagten als Mittäter und Gehilfe in Anspruch.

Als Mittäter haftet, wer tatbestandsmäßig handelt (MR 1997, 28 - Des Kaisers neue Kleider = ÖBl 1997, 140 - Nacktfoto[montage]); wer einen Tatbeitrag leistet, haftet nur dann, wenn er den Täter bewusst fördert (ÖBl 1991, 101 = WBl 1991, 330 - Einstandsgeschenk; MR 1995, 60 = ÖBl 1995, 84 = WBl 1995, 125 - Telefonstudien, jeweils mwN). Bewusste Förderung setzt voraus, dass der Gehilfe die Tatumstände kennt, die die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens begründen. Dem Kennen dieser Umstände ist das vorwerfbare Nichtkennen gleichzuhalten. In der Person des Gehilfen müssen nicht nur die objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern auch allfällige subjektive Tatbestandsmerkmale verwirklicht sein. Gehilfe in diesem Sinn kann auch ein selbstständiger Unternehmer sein, der es übernommen hat, für einen Auftraggeber bestimmte Leistungen zu erbringen (ecolex 2000/19 = ÖBl 1999, 229 = RdW 1999, 473 = wbl 1999/230 - ERINASOLUM mwN).

Der Beklagte ist selbstständiger Unternehmer; er schafft als Abfüller die Voraussetzung dafür, dass der Energy Drink unter einer der Wortbildmarke der Klägerin verwechselbar ähnlichen Aufmachung angeboten und ausgeführt werden kann, und dass es möglich ist, mit dieser Ausstattung zu werben. Der Beklagte hat nicht einmal behauptet, dass ihm die (österreichische) Wortbildmarke der Klägerin nicht bekannt wäre; kennt er sie aber, dann musste ihm bewusst sein, dass die Aufmachung des von ihm abgefüllten Energy Drinks die (österreichischen) Markenrechte der Klägerin verletzte. Da die Klägerin den Beklagten in erster Linie wegen Verletzung ihrer österreichischen Marke in Anspruch nimmt, ist nicht entscheidend, ob zu ihren Gunsten auch in Venezuela eine Marke registriert ist. Es ist daher auch nicht richtig, dass dem Beklagten Prüfpflichten auferlegt würden, denen er als Abfüller nicht oder nur schwer nachkommen könnte. Seine Haftung als Gehilfe ist bereits deshalb zu bejahen, weil er mit dem Abfüllen und dem darin liegenden Anbringen eines der österreichischen Wortbildmarke der Klägerin verwechselbar ähnlichen Zeichens den Markeneingriff seiner Auftraggeberin bewusst gefördert hat. Weitere subjektive Voraussetzungen müssen nicht erfüllt sein, weil die Haftung für Markenverletzungen weder ein Verschulden noch ein Handeln in Wettbewerbsabsicht voraussetzt.

Das (österreichische) Markenrecht der Klägerin wird in erster Linie durch die Ausfuhr des Energy Drinks (§ 10a Z 3 MSchG) verletzt, die im Auftrag der Ciclon C.A. erfolgt. In die Markenrechte der Klägerin wird aber auch dadurch eingegriffen, dass im Internet eine Website aufgesucht werden kann, auf der der Energy Drink CICLON abgebildet ist. Mit dieser Abbildung wird für den Energy Drink geworben; der Energy Drink wird damit auch im Sinne des § 10a Z 2 MSchG angeboten. Unter Anbieten im Sinne dieser Bestimmung ist nämlich jede Handlung zu verstehen, die anregen soll, die Ware zur Begründung eigener Verfügungsgewalt oder zur Benutzung zu erwerben (Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz5 § 14 Rz 27), und nicht, wie nach Zugabenrecht (vormals § 1 ZugG; nunmehr § 9a Abs 1 UWG), vor allem das Inaussichtstellen (einer Zugabe) gegenüber individuell bestimmten Personen (SZ 63/109 = ÖBl 1991, 113 - Goldfassl; ÖBl 1997, 26 = WBl 1996, 499 - KURIER-Gutschein, jeweils mwN).Das (österreichische) Markenrecht der Klägerin wird in erster Linie durch die Ausfuhr des Energy Drinks (Paragraph 10 a, Ziffer 3, MSchG) verletzt, die im Auftrag der Ciclon C.A. erfolgt. In die Markenrechte der Klägerin wird aber auch dadurch eingegriffen, dass im Internet eine Website aufgesucht werden kann, auf der der Energy Drink CICLON abgebildet ist. Mit dieser Abbildung wird für den Energy Drink geworben; der Energy Drink wird damit auch im Sinne des Paragraph 10 a, Ziffer 2, MSchG angeboten. Unter Anbieten im Sinne dieser Bestimmung ist nämlich jede Handlung zu verstehen, die anregen soll, die Ware zur Begründung eigener Verfügungsgewalt oder zur Benutzung zu erwerben (Althammer/Ströbele/Klaka,

Markengesetz5 Paragraph 14, Rz 27), und nicht, wie nach Zugabenrecht (vormals Paragraph eins, ZugG; nunmehr Paragraph 9 a, Absatz eins, UWG), vor allem das Inaussichtstellen (einer Zugabe) gegenüber individuell bestimmten Personen (SZ 63/109 = ÖBl 1991, 113 - Goldfassl; ÖBl 1997, 26 = WBl 1996, 499 - KURIER-Gutschein, jeweils mwN).

Mit dem Internetauftritt wird CICLON auch in Österreich angeboten und es wird für CICLON geworben, auch wenn die Domain der Ciclon C.A. unter der Top-Level-Domain ".com" und damit in den USA registriert ist. Der Inlandsbezug wird dadurch hergestellt, dass die Internetseite von einem inländischen Internetzugang aus angewählt werden kann (zur Verletzung eines in Österreich geschützten Namens durch den Gebrauch auf in den USA registrierten Websites s 4 Ob 39/01s). Der Hinweis "coming soon" wird nicht nur auf die Homepage, sondern auch auf den Energy Drink bezogen.

Die Klägerin begehrt darüber hinaus, dem Beklagten zu untersagen, unter einem ihrer Wortbildmarke ähnlichen Zeichen Energy Drinks in Verkehr zu bringen. Dieses Begehren wäre berechtigt, wenn der Beklagte den Energy Drink CICLON in Österreich in Verkehr brächte oder wenn ein solches Inverkehrbringen unmittelbar drohend bevorstünde. Das Inverkehrbringen im Inland ist maßgebend, weil das österreichische Markenrecht der Klägerin nur durch ein Inverkehrbringen in Österreich verletzt werden kann.

Nach dem festgestellten Sachverhalt wird der Energy Drink CICLON jedoch weder in Österreich in Verkehr gebracht noch steht ein solches Inverkehrbringen unmittelbar drohend bevor: Die Auftraggeberin des Beklagten führt die vom Beklagten befüllten Dosen nach Venezuela aus; dass sie den Energy Drink auch im Inland in Verkehr brächte, ist nicht festgestellt. Durch das Anbieten und Werben im Internet wird zwar ein Inlandsbezug hergestellt; daraus folgt aber nicht, dass das Inverkehrbringen des Energy Drinks in Österreich unmittelbar drohend bevorstünde. Anbieten und Werben lassen zwar annehmen, dass der Energy Drink in Verkehr gebracht wird; dass dies aber in Österreich der Fall sein werde, kann aufgrund des Internetauftritts nicht mit der Sicherheit angenommen werden, wie dies eine vorbeugende Unterlassungsklage voraussetzt. Eine vorbeugende Unterlassungsklage ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein (Wettbewerbs- oder Markenrechts-)Verstoß unmittelbar drohend bevorsteht (Erstbegehungsgefahr; ÖBl 1995, 128 - Verführerschein II mwN; ÖBl 2000, 262 - OKRY ua).Nach dem festgestellten Sachverhalt wird der Energy Drink CICLON jedoch weder in Österreich in Verkehr gebracht noch steht ein solches Inverkehrbringen unmittelbar drohend bevor: Die Auftraggeberin des Beklagten führt die vom Beklagten befüllten Dosen nach Venezuela aus; dass sie den Energy Drink auch im Inland in Verkehr brächte, ist nicht festgestellt. Durch das Anbieten und Werben im Internet wird zwar ein Inlandsbezug hergestellt; daraus folgt aber nicht, dass das Inverkehrbringen des Energy Drinks in Österreich unmittelbar drohend bevorstünde. Anbieten und Werben lassen zwar annehmen, dass der Energy Drink in Verkehr gebracht wird; dass dies aber in Österreich der Fall sein werde, kann aufgrund des Internetauftritts nicht mit der Sicherheit angenommen werden, wie dies eine vorbeugende Unterlassungsklage voraussetzt. Eine vorbeugende Unterlassungsklage ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein (Wettbewerbs- oder Markenrechts-)Verstoß unmittelbar drohend bevorsteht (Erstbegehungsgefahr; ÖBl 1995, 128 - Verführerschein römisch II mwN; ÖBl 2000, 262 - OKRY ua).

Kann dem Beklagten kein Inverkehrbringen des Energy Drinks CICLON in Österreich angelastet werden, so ist auch dem Rechnungslegungsbegehren der Klägerin die Grundlage entzogen. Der Beklagte soll über von ihm erzielte Umsätze Rechnung legen; das Erzielen von Umsätzen setzt ein Inverkehrbringen der Ware voraus, das hier weder vorliegt noch unmittelbar drohend bevorsteht.

Der Revision war teilweise Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 43, 50 ZPO. Die Klägerin ist mit einem ihrer vier - nicht gesondert bewerteten - Unterlassungsbegehren und mit dem Rechnungslegungsbegehren unterlegen. Sie hat das Unterlassungsbegehren mit insgesamt 500.000 S und das Rechnungslegungsbegehren mit 100.000 S bewertet. Ihr Unterliegen ist daher mit rund 225.000 S, ihr Obsiegen mit rund 375.000 S zu bewerten. Da die Klägerin demnach mit rund 37,5 % unterlegen ist und mit rund 62,5 % obsiegt hat, hat sie im Verfahren erster Instanz Anspruch von 25 % ihrer Kosten und von 62,5 % ihrer Barauslagen. Der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 37,5 % seiner Barauslagen. Im Berufungsverfahren ist die Klägerin mit ihrer Berufung zur Gänze durchgedrungen; sie hat daher Anspruch auf Ersatz der darauf entfallenden Kosten. Der Beklagte ist mit seiner Berufung zur Hälfte erfolgreich gewesen; insoweit sind die Kosten daher gegeneinander aufzuheben. Der Beklagte hat aber Anspruch auf die Hälfte der Pauschalgebühr für die Berufung. Im Revisionsverfahren ist die Klägerin - ebenso wie im Verfahren erster Instanz - zu 62,5 % erfolgreich gewesen, zu 37,5 % ist sie unterlegen. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz von einem Viertel ihrer Kosten; der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 37,5 % seiner Barauslagen.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 43,, 50 ZPO. Die Klägerin ist mit

einem ihrer vier - nicht gesondert bewerteten - Unterlassungsbegehren und mit dem Rechnungslegungsbegehren unterlegen. Sie hat das Unterlassungsbegehren mit insgesamt 500.000 S und das Rechnungslegungsbegehren mit 100.000 S bewertet. Ihr Unterliegen ist daher mit rund 225.000 S, ihr Obsiegen mit rund 375.000 S zu bewerten. Da die Klägerin demnach mit rund 37,5 % unterlegen ist und mit rund 62,5 % obsiegt hat, hat sie im Verfahren erster Instanz Anspruch von 25 % ihrer Kosten und von 62,5 % ihrer Barauslagen. Der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 37,5 % seiner Barauslagen. Im Berufungsverfahren ist die Klägerin mit ihrer Berufung zur Gänze durchgedrungen; sie hat daher Anspruch auf Ersatz der darauf entfallenden Kosten. Der Beklagte ist mit seiner Berufung zur Hälfte erfolgreich gewesen; insoweit sind die Kosten daher gegeneinander aufzuheben. Der Beklagte hat aber Anspruch auf die Hälfte der Pauschalgebühr für die Berufung. Im Revisionsverfahren ist die Klägerin - ebenso wie im Verfahren erster Instanz - zu 62,5 % erfolgreich gewesen, zu 37,5 % ist sie unterlegen. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz von einem Viertel ihrer Kosten; der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 37,5 % seiner Barauslagen.

Anmerkung

E61902 04A00811

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00081.01T.0424.000

Dokumentnummer

JJT_20010424_OGH0002_0040OB00081_01T0000_000

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