

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

# TE OGH 1999/1/26 40b309/98i

JUSLINE Entscheidung

② Veröffentlicht am 26.01.1999

# Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf und Dr. Tittel, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei N\*\*\*\*\* mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Gassauer-Fleissner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Heidemarie K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hans Mandl und Dr. Georg Mandl, Rechtsanwälte in Feldkirch, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Veröffentlichung (Gesamtstreitwert 500.000 S), infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 10. September 1998, GZ 2 R 157/98z-47, womit infolge Berufung der klagenden und der beklagten Partei das Teilurteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 6. März 1998, GZ 6 Cg 5/96i-37, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

# Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden teilweise bestätigt und teilweise abgeändert, sodaß die Entscheidung nunmehr zu lauten hat:

"Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, bei Bestellung von "Dr. Metz - ERINASOLUM" Einlegesohlen oder Einlegesohlen mit einer der Bezeichnungen "Dr. Metz" oder "ERINASOLUM", oder Kombinationen dieser Bezeichnungen, andere Produkte auszuliefern als solche, die aus der Produktion der klagenden Partei stammen und diese Bezeichnung tragen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei über den Verkauf und den Vertrieb von Schuheinlegesohlen, die diesem Unterlassungsbegehren widersprechen, Rechnung zu legen und diese Rechnungslegung auf Wunsch der klagenden Partei durch einen Buchsachverständigen überprüfen zu lassen.

Die klagende Partei wird ermächtigt, den Spruch des klagestattgebenden Urteiles innerhalb von sechs Monaten nach dessen Rechtskraft im redaktionellen Teil der periodischen Druckschriften "Kurier", "Neue Kronenzeitung" und "Wiener Blatt" mehrspaltig und ganzseitig, und zwar in der für redaktionelle Artikel üblichen Letterngröße mit schwarzer Balkenumrandung, den Namen der Streitteile in gesperrter Schrift, auf einer Seite nach Wahl der Klägerin, jeweils in einer Samstagausgabe, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, die Bezeichnungen "Dr. Metz" und "ERINASOLUM", Kombinationen dieser Bezeichnungen, sowie damit verwechselbar ähnliche Bezeichnungen im Zusammenhang mit der Werbung, dem Verkauf und dem Vertrieb von Einlegesohlen zu verwenden und zu gebrauchen, insbesondere die Bezeichnungen "Dr. Metz Schlanksohlen" unter Verwendung einer Abbildung

der von der klagenden Partei stammenden "Dr. Metz - ERINASOLUM" Einlegesohle, auf der auch der Schriftzug "Dr. Metz - ERINASOLUM" aufscheint, "ERINASOLUM-Einlegesohlen", von "Dr. med. Robert Metz entwickelte ERINASOLUM-Einlegesohlen", "Dr. Metz - Schlanksohlen", wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei mit 2.326,70 S anteilig bestimmte Barauslagen binnen 14 Tagen zu ersetzen. Im übrigen werden die Kosten gegeneinander aufgehoben."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.480,82 S bestimmten anteiligen Barauslagen des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### **Text**

# Entscheidungsgründe:

Die Klägerin erzeugt Schuheinlegesohlen, die sie auch in Österreich vertreibt. Sie ist Inhaberin der internationalen Wortmarke "Dr. Metz - ERINASOLUM", die mit Priorität vom 29. 3. 1993 in Österreich Schutz u. a. für Einlegesohlen genießt.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin,

- a) die Beklagte sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, die Bezeichnungen "Dr. Metz" und "ERINASOLUM", Kombinationen dieser Bezeichnungen, sowie damit verwechselbar ähnliche Bezeichnungen im Zusammenhang mit der Werbung, dem Verkauf und dem Vertrieb von Einlegesohlen zu verwenden und zu gebrauchen, insbesondere die Bezeichnungen "Dr. Metz Schlanksohlen" unter Verwendung einer Abbildung der von der Klägerin stammenden "Dr. Metz ERINASOLUM" Einlegesohle, auf der auch der Schriftzug "Dr. Metz ERINASOLUM" aufscheint, "ERINASOLUM-Einlegesohlen", von "Dr. med. Robert Metz entwickelte ERINASOLUM-Einlegesohlen", "Dr. Metz Schlanksohlen";
- b) die Beklagte sei schuldig, es zu unterlassen, bei Bestellung von "Dr. Metz ERINASOLUM" Einlegesohlen oder Einlegesohlen mit einer der Bezeichnungen "Dr. Metz" oder "ERINASOLUM", oder Kombinationen dieser Bezeichnungen, andere Produkte auszuliefern als solche, die aus der Produktion der Klägerin stammen und diese Bezeichnung tragen;
- c) die Beklagte sei schuldig, der Klägerin über den Verkauf und den Vertrieb von Schuheinlegesohlen, die den Unterlassungsbegehren zu a) und b) widersprechen, Rechnung zu legen und diese Rechnungslegung auf Wunsch der Klägerin durch einen Buchsachverständigen überprüfen zu lassen;
- d) die Beklagte sei schuldig, der Klägerin aufgrund der Rechnungslegung laut c) des Begehrens ein (näher bestimmtes) angemessenes Entgelt zu bezahlen;
- e) die Klägerin werde ermächtigt, den Spruch des klagestattgebenden Urteiles innerhalb von sechs Monaten nach dessen Rechtskraft im redaktionellen Teil von neun namentlich genannten periodischen Druckschriften mehrspaltig und ganzseitig, und zwar in der für redaktionelle Artikel üblichen Letterngröße mit schwarzer Balkenumrandung, den Namen der Streitteile in gesperrter Schrift, auf einer Seite nach Wahl der Klägerin, bei den drei Tageszeitungen jeweils in einer Samstagausgabe, auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Sie bringt dazu vor, die Beklagte vertreibe Schuheinlegesohlen unter Verwendung der nicht eingetragenen Handelsnamen bzw. Etablissementbezeichnungen "BioComfort", "BioComfort Versand", "BioComfort Handels AG", "BioComfort Oberjörg", "PRISMA Spezialitäten", "Gesundheits-Naturboutique Prisma", "Biosana-Post-Shop AG" sowie "H. Kräuchi Büroagenturen und Packservice". Sie werbe für den Verkauf ihrer Produkte durch Schaltung von Inseraten, in denen sie zur telefonischen oder schriftlichen Bestellung auffordere. Dabei gebe sie jeweils eine ihrer fünf Postfachadressen bzw. eine ihrer drei inländischen oder vier deutschen Telefonnummern an. Die Gestaltung dieser Inserate erwecke den Eindruck, daß die Beklagte unter den darin angeführten Firmen auftrete, die beworbenen Produkte selbst vertreibe oder zumindest mit den genannten Firmen zusammenarbeite. Ihr tatsächlicher Geschäftssitz sei mit ihrer Privatadresse identisch. Entgegen ihren Ankündigungen in Inseraten liefere die Beklagte keine Produkte der Klägerin, sondern Fälschungen, die von schlechterer Qualität seien als die Produkte der Klägerin. Die Beklagte wisse, daß sie Nachahmungen vertreibe, weil ihre Produkte - im Unterschied zu den (auch in den Inseraten der Beklagten abgebildeten) Einlegesohlen der Klägerin - nicht den augenfälligen Schriftzug "Dr. Metz - ERINASOLUM" aufwiesen. Die Beklagte mache der Klägerin mit Plagiaten Konkurrenz, was als schmarotzerische Ausbeutung gegen die

guten Sitten verstoße und zu einer Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise über die Herkunft der Waren führe. Sie verwende darüber hinaus unbefugt die Marke der Klägerin. Wie die Beklagte an mit der Marke der Klägerin versehene Ware gelangt sei, sei der Klägerin unbekannt.

Die Beklagte bestreitet die passive Klagelegitimation und wendet ein, sie nehme lediglich im Rahmen von Dienstleistungsverträgen für ausländische Unternehmen schriftliche und telefonische Bestellungen entgegen und leite diese an ihre Vertragspartner weiter. Diese übermittelten ihr in der Folge die bestellten Waren zum Zwecke des Vertriebs, und die Beklagte liefere die Produkte nach Verpackung im Namen des jeweiligen Unternehmens und auf dessen Rechnung an die Besteller aus. Auf Werbemaßnahmen ihrer Vertragspartner habe die Beklagte keinen Einfluß. Sie übe für ihre Vertragspartner nur die Dienstleistungen einer Briefträgerin und Telefonistin aus und habe ihnen gestattet, ihre Telefonnummer für die Annahme von Bestellungen bekanntzugeben; zum selben Zweck habe sie auch ein Postfach eingerichtet. Ein Wettbewerbsverhältnis mit der Klägerin bestehe nicht. Die Beklagte hafte auch nicht als Gehilfe, Mittäter oder Anstifter für wettbewerbswidriges Verhalten ihrer Auftraggeber im Zusammenhang mit Werbemaßnahmen oder dem Vertrieb derer Produkte. Die Auftraggeber der Beklagten seien zum Vertrieb von Produkten der Klägerin berechtigt, jedenfalls habe die Beklagte vom Vorliegen dieser Berechtigung selbst bei sorgfältiger Prüfung ausgehen dürfen. Aufgrund der seit Klageeinbringung verstrichenen Zeit bestehe kein Veröffentlichungsanspruch mehr. Mit Klageeinbringung habe die Beklagte ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Versand von Schuheinlegesohlen beendet. Die Beklagte gab sodann Namen und Anschriften ihrer angeblichen Auftraggeber bekannt (Protokoll 12. 12. 1996 ON 20 S 1) und wiederholte ihr (schon im Schreiben vom 4. 10. 1996 enthaltenes) Angebot, mit der Beklagten einen vollstreckbaren Vergleich betreffend die Punkte a) und b) des Klagebegehrens samt Kostenersatz abzuschließen.

Das Erstgericht gab im ersten Rechtsgang mit Teilurteil den unter a) bis c) angeführten Begehren zur Gänze und dem Veröffentlichungsbegehren im Umfang von drei Druckschriften statt und wies das Mehrbegehren zu d) ab; der abweisende Teil dieses Urteiles erwuchs in Rechtskraft. Auch im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht beiden Unterlassungs- sowie dem Rechnungslegungsbegehren Folge, hingegen wies es das verbliebene Veröffentlichungsbegehren ab.

Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Die Beklagte betreibt zusammen mit dem bei ihr angestellten Gatten und fallweise mit einer Aushilfskraft seit 1. 2. 1995 eine Büroagentur und ein Packservice. Für verschiedene Auftraggeber, unter anderem auch für Unternehmen mit den Firmen "BioComfort", "BioComfort Versand AG", "BioComfort Oberjörg", "PRISMA Spezialitäten", "Gesundheitsnaturboutique Prisma" und "BioSana-Post-Shop AG" nahm die Beklagte telefonisch oder auch über ein von ihr eingerichtetes Postfach im Inland Bestellungen entgegen, gab diese Bestellungen an ihre Auftraggeber weiter, erhielt von diesen die zu versendende Ware (Schuheinlegesohlen) samt den Lieferadressen, verpackte die Ware und versendete diese per Post an die Besteller. Der verpackten Ware wurde dabei eine Rechnung oder ein Nachnahmeschein beigelegt; bezahlt wurde vom Besteller direkt an den Auftraggeber der Beklagten. Die Rechnungen enthielten keinen Hinweis auf den Lieferanten der Ware oder die Beklagte, die Nachnahmescheine nur den Firmennamen des Lieferanten; als Rücksendeadresse bei Nichtannahme war der Firmenname des Lieferanten und das Postfach der Beklagten angegeben. Die Beklagte wurde für ihre Tätigkeit pro versandtem Paket unabhängig davon bezahlt, ob die Warenbesteller Zahlung leisteten. Die Beklagte hat ihre verschiedenen Telefonnummern und ihre Postfachanschrift ihren Auftraggebern für deren Produktwerbung zur Verfügung gestellt. Auftraggeber der Beklagten haben unter Verwendung von Telefonnummern und Postfachadresse der Beklagten mehrfach im Verlauf des Jahres 1995 in verschiedenen Printmedien Werbeanzeigen geschaltet, in denen Schuheinlegesohlen von Dr. Metz, teilweise auch unter der Bezeichnung "Dr. Metz Schlanksohlen", beworben wurden. Nicht erwiesen ist, daß die Auftraggeber der Beklagten berechtigt waren, beim Vertrieb ihrer Produkte die Marke der Klägerin zu verwenden. Tatsächlich wurden jedenfalls zum Teil Bestellungen auf Grund dieser Inserate in der Form erledigt, daß die Besteller keine Originalware der Klägerin, sondern ähnliche Ware nicht dieser Qualität ausgeliefert erhielten. Im Gegensatz zu den Produkten der Klägerin fehlte auf Teilen der von den Auftraggebern der Beklagten gelieferten Ware die Aufschrift "Dr. Metz -ERINASOLUM". Die Beklagte wußte zwar von den entsprechenden Werbeeinschaltungen unter Verwendung ihrer Telefonnummern bzw. Postfachadresse; es ist aber nicht erwiesen, daß sie Kenntnis von der unberechtigten Verwendung der Marke der Klägerin für nicht von dieser stammende Einlegesohlen durch ihre Vertragspartner hatte.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, auf Grund der undifferenzierten Angabe von Telefonnummer und

Postfachadresse der Beklagten in den Inseraten und mangels jeden konkreten Hinweises auf den Warenabsender müsse jeder Besteller davon ausgehen, daß die Beklagte selbst hinter der versandten Ware stehe; die Beklagte habe deshalb für die Wettbewerbsverletzung ihrer Auftraggeber einzustehen. Damit bestehe auch ein Rechnungslegungsanspruch der Klägerin gem § 56 MSchG iVm § 150 PatG gegenüber der Beklagten. Das Veröffentlichungsbegehren sei hingegen deshalb abzuweisen, weil das Erscheinen der Inserate mehr als zwei Jahre zurückliege, was eine Aufklärung des Publikums nicht mehr erforderlich mache.In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, auf Grund der undifferenzierten Angabe von Telefonnummer und Postfachadresse der Beklagten in den Inseraten und mangels jeden konkreten Hinweises auf den Warenabsender müsse jeder Besteller davon ausgehen, daß die Beklagte selbst hinter der versandten Ware stehe; die Beklagte habe deshalb für die Wettbewerbsverletzung ihrer Auftraggeber einzustehen. Damit bestehe auch ein Rechnungslegungsanspruch der Klägerin gem Paragraph 56, MSchG in Verbindung mit Paragraph 150, PatG gegenüber der Beklagten. Das Veröffentlichungsbegehren sei hingegen deshalb abzuweisen, weil das Erscheinen der Inserate mehr als zwei Jahre zurückliege, was eine Aufklärung des Publikums nicht mehr erforderlich mache.

Das Berufungsgericht änderte dieses Teilurteil dahin ab, daß es auch dem Veröffentlichungsbegehren (im noch gerichtsanhängigen Umfang) stattgab; es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil sich das Berufungsgericht an die herrschende Judikatur des Höchstgerichtes gehalten habe. In Anlehnung an die Entscheidungen ÖBI 1975, 81 und ÖBI 1983, 144 (denen zugrundelag, daß sich ein Reisebüro an den Werbeveranstaltungen eines anderen Unternehmens durch Beistellung von Autobussen samt Fahrern bzw. durch Entgegennahme der Anmeldungen beteiligte und die Nennung seines Namens in Einladungen und Prospekten duldete, die den Eindruck erweckten, das Reisebüro selbst sei Veranstalter, was zur Bejahung der Haftung des Reisebüros für das Verhalten des anderen Unternehmens führte) vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, die Beklagte habe am Vertrieb der Einlegesohlen ihrer Vertragspartner in einer Weise mitgewirkt, die den Eindruck hervorgerufen habe, sie selbst trete im geschäftlichen Verkehr auf; das Verhalten ihrer Auftraggeber sei ihr daher zuzurechnen. Die Entgegennahme von Bestellungen für Dritte, das Verpacken und Versenden von Waren für Dritte stelle geradezu typischerweise das Fördern des Wettbewerbes des Dritten dar. Sei demnach auf Grund der Umstände des Einzelfalles die Wettbewerbsabsicht des Täters, der nicht Mitbewerber ist, offenkundig, brauche der Kläger diese Absicht (die im Rahmen einer Markenrechtsverletzung nach § 9 UWG im übrigen irrelevant sei) nicht zu beweisen (§ 269 ZPO). Die Beklagte habe zumindest im nachhinein von den Werbemaßnahmen ihrer Auftraggeber Kenntnis erlangt und somit auch feststellen können, daß die in den Inseraten abgebildeten Einlegesohlen mit der Aufschrift "Dr. Metz - ERINASOLUM" zumindest teilweise nicht ident gewesen seien mit den von ihr verpackten und versendeten Waren. Auch hätte die Beklagte auf ihre Auftraggeber einwirken können, daß sowohl in den Inseraten, als auch in den Rechnungen und Nachnahmescheinen der jeweilige Vertreiber der Produkte offengelegt werde. Die Beklagte habe auch im Prozeß zur Aufklärung des Verwirrspiels, wer nun der Vertreiber der von ihr verpackten und versendeten Produkte sei und welche Rechte er habe, nichts beigetragen. Damit habe sie für die Wettbewerbsverstöße ihrer (nicht hinreichend bekannten) Vertragspartner jedenfalls einzustehen. Nach der Rechtsprechung hafteten Mittäter, Anstifter und Gehilfen für Eingriffe ebenso wie der unmittelbare Täter; dieser Grundsatz führe zur Bejahung eines Rechnungslegungsanspruches auch gegenüber einem Gehilfen des Haupttäters.Das Berufungsgericht änderte dieses Teilurteil dahin ab, daß es auch dem Veröffentlichungsbegehren (im noch gerichtsanhängigen Umfang) stattgab; es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil sich das Berufungsgericht an die herrschende Judikatur des Höchstgerichtes gehalten habe. In Anlehnung an die Entscheidungen ÖBI 1975, 81 und ÖBI 1983, 144 (denen zugrundelag, daß sich ein Reisebüro an den Werbeveranstaltungen eines anderen Unternehmens durch Beistellung von Autobussen samt Fahrern bzw. durch Entgegennahme der Anmeldungen beteiligte und die Nennung seines Namens in Einladungen und Prospekten duldete, die den Eindruck erweckten, das Reisebüro selbst sei Veranstalter, was zur Bejahung der Haftung des Reisebüros für das Verhalten des anderen Unternehmens führte) vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, die Beklagte habe am Vertrieb der Einlegesohlen ihrer Vertragspartner in einer Weise mitgewirkt, die den Eindruck hervorgerufen habe, sie selbst trete im geschäftlichen Verkehr auf; das Verhalten ihrer Auftraggeber sei ihr daher zuzurechnen. Die Entgegennahme von Bestellungen für Dritte, das Verpacken und Versenden von Waren für Dritte stelle geradezu typischerweise das Fördern des Wettbewerbes des Dritten dar. Sei demnach auf Grund der Umstände des Einzelfalles die Wettbewerbsabsicht des Täters, der nicht Mitbewerber ist, offenkundig, brauche der Kläger diese Absicht (die im Rahmen einer Markenrechtsverletzung nach Paragraph 9, UWG im übrigen irrelevant sei) nicht zu beweisen (Paragraph 269, ZPO). Die Beklagte habe zumindest im nachhinein von den Werbemaßnahmen ihrer Auftraggeber Kenntnis erlangt und somit auch feststellen können, daß die in den Inseraten abgebildeten Einlegesohlen mit der Aufschrift "Dr. Metz - ERINASOLUM" zumindest teilweise nicht ident gewesen seien mit den von ihr verpackten und versendeten Waren. Auch hätte die Beklagte auf ihre Auftraggeber einwirken können, daß sowohl in den Inseraten, als auch in den Rechnungen und Nachnahmescheinen der jeweilige Vertreiber der Produkte offengelegt werde. Die Beklagte habe auch im Prozeß zur Aufklärung des Verwirrspiels, wer nun der Vertreiber der von ihr verpackten und versendeten Produkte sei und welche Rechte er habe, nichts beigetragen. Damit habe sie für die Wettbewerbsverstöße ihrer (nicht hinreichend bekannten) Vertragspartner jedenfalls einzustehen. Nach der Rechtsprechung hafteten Mittäter, Anstifter und Gehilfen für Eingriffe ebenso wie der unmittelbare Täter; dieser Grundsatz führe zur Bejahung eines Rechnungslegungsanspruches auch gegenüber einem Gehilfen des Haupttäters.

# **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil der vom Berufungsgericht zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung ein den vorliegenden Umständen nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrundeliegt und das Berufungsgericht die Haftung der Beklagten für Markenrechtsverletzungen als Gehilfin ihrer Auftraggeber unrichtig beurteilt hat; das Rechtsmittel ist teilweise berechtigt.

1. Zum Unterlassungsbegehren wegen wettbewerbswidrigen Handelns Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch richtet sich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter (Störer), sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Für wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen hat jeder einzustehen, der den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat (stRsp ua WBI 1996, 40 = ÖBI 1996, 122

- Gratisflugreisen II; ÖBI 1997, 69 - Mietschulden; ÖB 1998, 33 -

Wettbewerbsverstoßes verwirklicht werden (Gamerith,

getragen ist (stRsp zB SZ 55/111 = ÖBI 1983, 127 -

Ungarischer Zahnarzt mwN). Die Haftung des Gehilfen setzt voraus, daß in seiner Person alle Tatbestandsmerkmale des betreffenden

Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", WBl 1991, 305ff, 311; ÖBl 1998, 33 - Ungarischer Zahnarzt). Das gilt auch

für subjektive Voraussetzungen; zu diesen zählt insbesondere, daß die

Wettbewerbshandlung von der entsprechenden Wettbewerbsabsicht

Immobilienmakler-Abgabeprovision; SZ 62/208 = MR 1990, 66 = ÖBI 1990,

253 - moderne Sklaven; WBI 1994, 280 = MR 1995, 70 = ÖBI 1994, 217 -

Satellitenprogramm; EvBl 1998/157 = ecolex 1998, 646 - Thai-Classic [Schanda]). Der Störer muß also in der Absicht handeln, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Das erfordert in bezug auf den wettbewerbsrechtlichen Charakter des Verhaltens, daß sich der Störer (bzw. sein Gehilfe) mindestens der Wirkung seiner Handlung auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse bewußt ist, diese also, wenn schon nicht bezweckt, so jedenfalls in Kauf nimmt. Dazu muß der Handelnde mindestens jene Tatumstände kennen, die diese Beeinflussung der Marktverhältnisse hervorrufen, wenn auch nicht die darüber hinausgehenden verschuldensbegründenden Faktoren (Gamerith aaO 313). Darüber hinaus hat der erkennende Senat schon ausgesprochen, daß auch im österreichischen Recht der Grundsatz gilt, daß eine Handlung, die zunächst mangels Kenntnis eines wesentlichen Umstandes nicht sittenwidrig ist, (erst) von dem Augenblick an unlauter wird, in dem der Verletzer (wenn auch nachträglich) Kenntnis von dem betreffenden Tatumstand erhält (ÖBI 1997, 167 - Astoria mwN aus Lehre und deutscher Rsp).

Die Beklagte ist eine selbständig Wirtschaftstreibende, die sich im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages verpflichtet hat, für ihre Auftraggeber bestimmte Hilfsleistungen (Einrichtung eines Postfaches, Ermächtigung zur Verwendung dieser Postfachanschrift bzw. der Telefonnummern der Beklagten als Bestelladresse für schriftliche oder telefonische Bestellungen in Inseraten ihrer Auftraggeber, Entgegennahme der Bestellungen von Kunden ihrer Auftraggeber, Weiterleitung dieser Bestellungen an die Auftraggeber, Entgegennahme von Waren samt Lieferadressen, Verpackung, Postabfertigung an die Kunden ihrer Auftraggeber) im Wege des sogenannten "outsourcing" zu erbringen. Unter "outsourcing", einer Neuschöpfung aus den beiden englischen Worten "outside" und "resourcing", wird die Inanspruchnahme äußerer Hilfe durch Übertragung von Dienstleistungen an Dritte verstanden (zum Begriff: Höller, Was ist Outsourcing, EDVR 1993, 38ff; Zundel, Outsourcing - eine neue DV-Strategie für die öffentliche Verwaltung? ZfV 1995, 314ff). Diese ursprünglich im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien eingesetzte betriebswirtschaftliche Strategie (Vergabe von Datenverarbeitungsaufgaben an Service-Rechenzentren) erstreckt sich mittlerweile generell auf die Inanspruchnahme externer Dienstleistungen (wie Einkauf, Lagerverwaltung, Transportleistungen, Abrechnung, Inkasso, Telekommunikationsdienstleistungen zB in Form von [Telefon-]Call-Centers, aber auch Reinigungsleistungen, Werbung, Rechtsberatung uä) und ist Folge einer fortschreitenden Arbeitsteilung durch Spezialisierung, indem nämlich Teile betrieblicher Funktionen ausgelagert und verselbständigt werden.

Erbringt ein selbständiger Unternehmer für seinen Auftraggeber auf solche Weise "ausgelagerte" Dienstleistungen, die der Auftraggeber andernfalls in seinem eigenen Unternehmen durch unselbständige Gehilfen (insbesondere Arbeitnehmer) vornehmen müßte, stellt sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht regelmäßig die Frage, ob bzw. unter welchen Bedingungen der Auftragnehmer für wettbewerbswidriges Verhalten seines Auftraggebers, das außerhalb des unmittelbaren Tätigkeitsbereiches des Auftragnehmers verwirklicht wurde, haftet. Werden nämlich entgeltliche Dienstleistungen (hier: im Wege des outsourcing) erbracht, steht die Verfolgung des eigenen wirtschaftlichen Interesses des Auftragnehmers gegenüber dem Eingriff in die Wettbewerbslage zwischen dem (häufig branchenfremden) Auftragnehmer und seinen Mitbewerbern so sehr im Vordergrund, daß die damit zwangsläufig verbundene Förderung fremden Wettbewerbs regelmäßig nur eine unbeabsichtigte Nebenwirkung ist; eine "Gehilfen"-Tätigkeit iS einer bewußten Förderung des unmittelbaren Täters liegt dann aber nicht vor. Selbst wenn dem Wettbewerber diese Auswirkung bewußt ist, reicht dies für die Annahme einer Wettbewerbsförderungsabsicht nicht aus (in diesem Sinne Gamerith aaO 315f). Auch in der deutschen Lehre (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht20 Rz 327d EinlUWG mwN; dem beipflichtend Ulrich in WRP 1998, 1215) wird in jüngster Zeit die Meinung vertreten, wer ohne die Absicht handle, fremden Wettbewerb zu fördern, hafte auch nicht als Mitstörer an einem fremden Wettbewerbsverstoß, weil ihn keine wettbewerbsrechtliche Verhaltenspflicht treffe; eine Person, die selbst nicht Täter eines Wettbewerbsverstoßes sein könne, hafte deshalb nur dann für die Beteiligung an einem solchen Verstoß, wenn sie als Anstifter oder Gehilfe nach deliktsrechtlichen Grundsätzen vorsätzlich handle.

Der erkennende Senat vertritt dazu die Ansicht, daß ein Handeln eines selbständigen Unternehmers im (entgeltlichen) Auftrag eines anderen seine wettbewerbsrechtliche Haftung als Gehilfe für Handlungen des auftraggebenden Störers grundsätzlich noch nicht ausschließt. Zu verlangen ist vom Gehilfen in solchen Fällen zunächst, daß er demjenigen, der nicht offensichtlich unbegründet behauptet, Verletzter eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu sein, an dem der Gehilfe mitgewirkt habe, die Person seines Auftraggebers bekanntgibt, um so eine gerichtliche Inanspruchnahme des verantwortlichen Hauptstörers zu ermöglichen. Darüber hinaus hat er die mitwirkende Tätigkeit an der als wettbewerbsverletzend beanstandeten Handlung sofort einzustellen. Erfüllt der Gehilfe diese Auskunftspflicht nicht oder nur ungenügend (wobei allfällige Unklarheiten zu seinen Lasten

gehen) oder setzt er seine Tätigkeit für den Auftraggeber unverändert fort, kann er seine eigene wettbewerbsrechtliche Haftung gegenüber dem Verletzten nicht mit der Einrede ausschließen, er habe im entgeltlichen Auftrag eines Dritten gehandelt. Gibt der Gehilfe hingegen seinen Auftraggeber bekannt, ist weitere Voraussetzung seiner eigenen Haftung (nach den oben dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung zur Gehilfenhaftung), daß er mindestens jene Tatumstände kennt, die eine Beeinflussung der Marktverhältnisse zum Nachteil der Mitbewerber seines Auftraggebers hervorrufen. Dem Kennen dieser Umstände ist das vorwerfbare Nicht-Kennen gleichzuhalten, das dann vorliegt, wenn der Gehilfe nach den Umständen des einzelnen Falles gehalten gewesen wäre, sich nähere Kenntnis über das Vorliegen solcher Tatumstände zu verschaffen, aber trotz ausreichender Verdachtsmomente vor einem (ihm als möglich erscheinenden) wettbewerbswidrigen Verhalten seines Auftraggebers bewußt die Augen verschlossen hat (vgl. ÖBI 1984, 95 - Stilmöbeltisch; ÖBI 1985, 24 = MR 1992, 21 [Walter] = GRURInt 1985, 684 - Mart Stam-Stuhl; ÖBl 1986, 97 - Who's Who; ÖBI 1996, 45 = MR 1995, 32 - Echo der Frau II). Die

Beweislast dafür, daß der als Gehilfe in Anspruch Genommene diese Kenntnis hatte oder haben mußte, trägt nach allgemeinen Regeln der Kläger.

Nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt hat die Beklagte, der die Klage am 11. 1. 1996 zugestellt worden ist, erstmals in der mündlichen Streitverhandlung am 12. 12. 1996 (also erst fast ein Jahr später) Name und Anschrift von vier Vertragspartnern bekanntgegeben. Sie hat aber - wie das Berufungsgericht zutreffend aufzeigt - selbst dann nicht einmal den Versuch unternommen, das Verwirrspiel um die Person ihrer Auftraggeber nachvollziehbar aufzuklären: Nach den (von der Beklagten unbekämpft gebliebenen) Feststellungen wurde die Beklagte nämlich für Unternehmen mit den Firmen "BioComfort", "BioComfort Versand AG", "BioComfort Oberjörg", "PRISMA Spezialitäten", "Gesundheitsnaturboutique Prisma" und "BioSana-Post-Shop AG" tätig; nur eine einzige dieser Firmen stimmt aber mit den am 12. 12. 1996 von der Beklagten bekanntgegebenen Namen überein. Darüber hinaus ergeben sich aus der Aussage der Zeugin Gassner beachtliche Anhaltspunkte dafür, daß zwei der vier bekanntgegebenen Firmen identisch sein könnten. Von einer nachvollziehbaren Aufklärung der Beklagten über die Person ihrer Vertragspartner kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Dazu kommt, daß die Beklagte auch die zweite Bedingung, unter der ihre entgeltliche Tätigkeit für Dritte keine Haftung für deren wettbewerbswidriges Verhalten außerhalb des betrauten Wirkungskreises zur Folge hätte, nicht erfüllt hat: Daß sie nämlich die beanstandete Tätigkeit spätestens mit Klagezustellung beendet hätte, hat sie weder behauptet, noch wurde dies festgestellt. In dieses Bild paßt auch, daß die Beklagte der Klägerin erst mit Schreiben vom 4. 10. 1996, also mehr als neun Monate nach Klageeinbringung und erst nach rechtskräftigem Abschluß des Provisorialverfahrens, einen (teilweisen) Unterlassungsvergleich angeboten hat. Nicht ohne Bedeutung in diesem Zusammenhang ist letztlich auch der Umstand, daß nicht mit Sicherheit feststeht, ob die Beklagte überhaupt Produkte der Klägerin (und nicht nur diesen ähnliche Nachbildungen) verpackt und verschickt hat, obwohl sie von den Werbemaßnahmen unter Verwendung der Marke der Klägerin Kenntnis hatte.

Auf Grund all dieser Umstände kann keine Rede davon sein, daß die Beklagte ihre Auftraggeber bekanntgegeben und ihre beanstandete Tätigkeit sofort eingestellt hätte. Sie haftet daher schon deshalb als Gehilfin für die Mitwirkung an wettbewerbswidrigem Verhalten ihrer (weitgehend unbekannt gebliebenen) Auftraggeber, mag dieses Verhalten auch außerhalb des der Beklagten übertragenen Wirkungskreises gesetzt worden sein. Auf das (nach den dargestellten

Grundsätzen) weitere haftungsbegründende Element ihrer Kenntnis von jenen Tatumständen, die die Marktverhältnisse zum Nachteil der Mitbewerber des Auftraggebers beeinflussen, kommt es somit hier nicht mehr an. Das auf wettbewerbswidriges Handeln gestützte Unterlassungsbegehren erweist sich deshalb als berechtigt.

#### 2. Zum Rechnungslegungsbegehren

Die Beklagte vertritt die Ansicht, daß ein Anspruch auf Rechnungslegung immer nur gegenüber dem Haupttäter (hier: den Auftraggebern der Beklagten), nicht aber auch gegenüber dessen Gehilfen, bestehe. Die Beklagte könne schon deshalb nicht zur Rechnungslegung verpflichtet sein, weil sie nur für die Bestellannahme und Verpackung zuständig gewesen sei, aus der Produktverwertung selbst aber keinerlei Gewinn erzielt habe.

Nach der Entscheidung ÖBI 1995, 116 - Schuldrucksorten muß das Fehlen einer Regelung über einen Rechnungslegungsanspruch im UWG für die sittenwidrige Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse als planwidrige Lücke des wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen Nachahmung gewertet werden, die durch analoge Anwendung verwandter Vorschriften des Immaterialgüterrechts (§ 56 MSchG, § 34 MuSchG, § 151 PatG, § 87a UrhG) zu schließen ist, weil diese Bestimmungen unmittelbar dem Gedanken Rechnung tragen, dem wegen eines Eingriffes in eine geschützte Rechtsposition Verletzten die Verfolgung seines Anspruches gegen den Verletzer auf Herausgabe der Bereicherung zu erleichtern. In Fortführung dieses Gedankens hat der erkennende Senat in der Entscheidung ÖBI 1998, 66 - Rahmenschalungselemente erkannt, daß in eine geschützte Rechtsposition nicht nur eingreift, wer fremde Arbeitsergebnisse glatt übernimmt, sondern jeder, der unter sittenwidrigen Begleitumständen fremde Arbeitsergebnisse nachahmt. Aus den Leistungen eines anderen zieht aber auch derjenige einen ungerechtfertigten Nutzen, der (wie hier die Auftraggeber der Beklagten) unter sittenwidrigen Begleitumständen (nämlich unter Verwendung der geschützten Marke der Klägerin in der Werbung) eigene kompatible Produkte vertreibt. Auch in diesem Fall ist die Bereicherung herauszugeben; zur Vorbereitung des Bereicherungsanspruches steht dem Verletzten ein Anspruch auf Rechnungslegung zu. Nach der Entscheidung ÖBI 1995, 116 - Schuldrucksorten muß das Fehlen einer Regelung über einen Rechnungslegungsanspruch im UWG für die sittenwidrige Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse als planwidrige Lücke des wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen Nachahmung gewertet werden, die durch analoge Anwendung verwandter Vorschriften des Immaterialgüterrechts (Paragraph 56, MSchG, Paragraph 34, MuSchG, Paragraph 151, PatG, Paragraph 87 a, UrhG) zu schließen ist, weil diese Bestimmungen unmittelbar dem Gedanken Rechnung tragen, dem wegen eines Eingriffes in eine geschützte Rechtsposition Verletzten die Verfolgung seines Anspruches gegen den Verletzer auf Herausgabe der Bereicherung zu erleichtern. In Fortführung dieses Gedankens hat der erkennende Senat in der Entscheidung ÖBI 1998, 66 - Rahmenschalungselemente erkannt, daß in eine geschützte Rechtsposition nicht nur eingreift, wer fremde Arbeitsergebnisse glatt übernimmt, sondern jeder, der unter sittenwidrigen Begleitumständen fremde Arbeitsergebnisse nachahmt. Aus den Leistungen eines anderen zieht aber auch derjenige einen ungerechtfertigten Nutzen, der (wie hier die Auftraggeber der Beklagten) unter sittenwidrigen Begleitumständen (nämlich unter Verwendung der geschützten Marke der Klägerin in der Werbung) eigene kompatible Produkte vertreibt. Auch in diesem Fall ist die Bereicherung herauszugeben; zur Vorbereitung des Bereicherungsanspruches steht dem Verletzten ein Anspruch auf Rechnungslegung zu.

Hat nun die Beklagte - wie ausgeführt - an einem solchen Vertrieb kompatibler Produkte unter sittenwidrigen Umständen verantwortlich mitgewirkt, ist kein Grund ersichtlich, warum sie diese Mitverantwortung nicht auch in Ansehung der Rechnungslegungspflicht zu tragen hätte. Es wird ihr damit - entgegen ihrer Befürchtung - auch nichts Unmögliches aufgebürdet, ist sie doch als selbständige Unternehmerin zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichtet, aus denen sie den in ihrer Zusammenarbeit mit ihren Auftraggebern erzielten Umsatz genau ermitteln kann. Auf den von ihren Auftraggebern erzielten Gewinn bei der Produktvermarktung kommt es in diesem Zusammenhang hingegen nicht an. Auch das Rechnungslegungsbegehren besteht daher zu Recht.

# 3. Zum Veröffentlichungsbegehren

Die Beklagte zieht die Berechtigung des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung mit dem Argument in Zweifel, seit dem Erscheinen der beanstandeten Inserate seien schon mehrere Jahre vergangen, es bestehe daher kein Aufklärungsbedarf der Allgemeinheit mehr.

Die gesetzlichen Regelungen über die Urteilsveröffentlichung beruhen auf dem Gedanken, daß es häufig im Interesse der Allgemeinheit liegt, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären. Die Urteilsveröffentlichung soll vor allem das Publikum aufklären

und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (ÖBI 1980, 73 - Nerzölcreme "Mona Lisa"). Die Berechtigung des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung hängt somit davon ab, ob an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin besteht; das hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu prüfen (ÖBI 1980, 73 - Nerzölcreme "Mona Lisa" mwN; WBI 1998, 47 - BLEIFREI). Bei der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung sind den Interessen dessen, dem das Recht auf Urteilsveröffentlichung zugesprochen wird, und dem Interesse der beteiligten Verkehrskreise an der Aufklärung ausgewogen Rechnung zu tragen (EB zu Z 12 der Regierungsvorlage zur UWG-Novelle 1980, 249 BIgNR 15.GP, 7). Für die Beurteilung, ob die Urteilsveröffentlichung notwendig ist, ist der Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz maßgebend (Ciresa, Handbuch der Urteilsveröffentlichung, Rz 266 mwN; WBI 1998, 47 -BLEIFREI). Die gesetzlichen Regelungen über die Urteilsveröffentlichung beruhen auf dem Gedanken, daß es häufig im Interesse der Allgemeinheit liegt, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären. Die Urteilsveröffentlichung soll vor allem das Publikum aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (ÖBI 1980, 73 - Nerzölcreme "Mona Lisa"). Die Berechtigung des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung hängt somit davon ab, ob an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin besteht; das hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu prüfen (ÖBI 1980, 73 -Nerzölcreme "Mona Lisa" mwN; WBI 1998, 47 - BLEIFREI). Bei der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung sind den Interessen dessen, dem das Recht auf Urteilsveröffentlichung zugesprochen wird, und dem Interesse der beteiligten Verkehrskreise an der Aufklärung ausgewogen Rechnung zu tragen (EB zu Ziffer 12, der Regierungsvorlage zur UWG-Novelle 1980, 249 BIgNR 15.GP, 7). Für die Beurteilung, ob die Urteilsveröffentlichung notwendig ist, ist der Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz maßgebend (Ciresa, Handbuch der Urteilsveröffentlichung, Rz 266 mwN; WBI 1998, 47 - BLEIFREI).

Der zwischen Gesetzesverstoß und Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz liegende Zeitraum ist die aufklärungsrelevante Zeitspanne; auf die danach bis zur Rechtskraft des Urteiles und bis zur tatsächlichen Urteilsveröffentlichung noch verstreichende Zeit kommt es grundsätzlich nicht an, weil die längere Dauer des Prozesses keine Prämie für den unterliegenden Teil in der Richtung bilden darf, daß infolge längerer Zeitdauer von einer Urteilsveröffentlichung Abstand zu nehmen ist (Ciresa aaO Rz 184 mwN in FN 95). Ob eine Urteilsveröffentlichung auch dann bewilligt werden kann, wenn der Gesetzesverstoß bereits längere Zeit zurückliegt, hängt nach der stRsp insbesondere davon ab, ob noch künftige Vorteile des Beklagten oder nachteilige Auswirkungen für den Kläger zu besorgen sind und wie groß der aufzuklärende Personenkreis ist; erst bei einer drei Jahre übersteigenden aufklärungsrelevanten Zeitspanne wird das Bedürfnis nach einer Urteilsveröffentlichung abgelehnt (Ciresa aaO mwN in FN 98ff; vgl. auch Klauser, Entscheidungsbesprechung in ÖBI 1998, 360ff, 363).Der zwischen Gesetzesverstoß und Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz liegende Zeitraum ist die aufklärungsrelevante Zeitspanne; auf die danach bis zur Rechtskraft des Urteiles und bis zur tatsächlichen Urteilsveröffentlichung noch verstreichende Zeit kommt es grundsätzlich nicht an, weil die längere Dauer des Prozesses keine Prämie für den unterliegenden Teil in der Richtung bilden darf, daß infolge längerer Zeitdauer von einer Urteilsveröffentlichung Abstand zu nehmen ist (Ciresa aaO Rz 184 mwN in FN 95). Ob eine Urteilsveröffentlichung auch dann bewilligt werden kann, wenn der Gesetzesverstoß bereits längere Zeit zurückliegt, hängt nach der stRsp insbesondere davon ab, ob noch künftige Vorteile des Beklagten oder nachteilige Auswirkungen für den Kläger zu besorgen sind und wie groß der aufzuklärende Personenkreis ist; erst bei einer drei Jahre übersteigenden aufklärungsrelevanten Zeitspanne wird das Bedürfnis nach einer Urteilsveröffentlichung abgelehnt (Ciresa aaO mwN in FN 98ff; vergleiche auch Klauser, Entscheidungsbesprechung in ÖBI 1998, 360ff, 363).

Die Veröffentlichung der beanstandeten Inserate ist während des gesamten Jahres 1995 (letztes Inserat im November) erfolgt, das Verfahren erster Instanz wurde am 25. 11. 1997 gem § 193 Abs 3 ZPO geschlossen, das Protokoll über die damals noch ausstehende Beweisaufnahme ist am 27. 2. 1998 beim Erstgericht eingelangt. Berücksichtigt man, daß aufgrund der Vielzahl der Inserate in Zeitungen mit hohen Auflagezahlen ein großer Personenkreis vom Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt hat und daß es sich bei den beworbenen Produkten um nicht nur ganz kurzlebige Wirtschaftsgüter handelt, ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die Urteilsveröffentlichung auch bei einer aufklärungsrelevanten Zeitspanne von wenig mehr als zwei Jahren noch gerechtfertigt ist. Die Veröffentlichung der beanstandeten Inserate ist während des gesamten Jahres 1995 (letztes Inserat im November) erfolgt, das Verfahren erster Instanz wurde am 25. 11. 1997 gem Paragraph 193, Absatz 3, ZPO geschlossen, das

Protokoll über die damals noch ausstehende Beweisaufnahme ist am 27. 2. 1998 beim Erstgericht eingelangt. Berücksichtigt man, daß aufgrund der Vielzahl der Inserate in Zeitungen mit hohen Auflagezahlen ein großer Personenkreis vom Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt hat und daß es sich bei den beworbenen Produkten um nicht nur ganz kurzlebige Wirtschaftsgüter handelt, ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die Urteilsveröffentlichung auch bei einer aufklärungsrelevanten Zeitspanne von wenig mehr als zwei Jahren noch gerechtfertigt ist.

#### 4. Zum Unterlassungsbegehren wegen Markenrechtsverletzung

§ 9 UWG ist dann verletzt, wenn jemand eine Unternehmens- oder Warenbezeichnung in einer Weise benützt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Zeichen eines anderen hervorzurufen; diese Benützung muß kennzeichenmäßig erfolgen (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 Rz 53f zu § 29). Daß aber die Beklagte selbst nicht von der Klägerin stammende Waren unter deren Marke oder unter einem mit dieser Marke verwechslungsfähigen Zeichen vertrieben oder am Vertrieb solcher Waren mitgewirkt hätte, wurde weder behauptet noch festgestellt. Sie hat damit weder unmittelbar noch mittelbar in Markenrechte der Klägerin eingegriffen. Solange eine Gesetzesverletzung noch nicht erfolgt ist, kann ein Anspruch auf Unterlassung jedoch erst geltend gemacht werden, wenn die Gesetzesverletzung drohend bevorsteht (ÖBI 1989, 56 - BIOREN mwN); solches hat die Klägerin aber nicht behauptet. Das auf Verletzung von Markenrechten gestützte Unterlassungsbegehren ist daher unbegründet.Paragraph 9, UWG ist dann verletzt, wenn jemand eine Unternehmens- oder Warenbezeichnung in einer Weise benützt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Zeichen eines anderen hervorzurufen; diese Benützung muß kennzeichenmäßig erfolgen (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 Rz 53f zu Paragraph 29,). Daß aber die Beklagte selbst nicht von der Klägerin stammende Waren unter deren Marke oder unter einem mit dieser Marke verwechslungsfähigen Zeichen vertrieben oder am Vertrieb solcher Waren mitgewirkt hätte, wurde weder behauptet noch festgestellt. Sie hat damit weder unmittelbar noch mittelbar in Markenrechte der Klägerin eingegriffen. Solange eine Gesetzesverletzung noch nicht erfolgt ist, kann ein Anspruch auf Unterlassung jedoch erst geltend gemacht werden, wenn die Gesetzesverletzung drohend bevorsteht (ÖBI 1989, 56 - BIOREN mwN); solches hat die Klägerin aber nicht behauptet. Das auf Verletzung von Markenrechten gestützte Unterlassungsbegehren ist daher unbegründet.

Die Kostenentscheidung im Verfahren erster Instanz gründet sich auf§ 43 Abs 1 ZPO. Die im ersten Rechtsgang mit rund 51 % ihres Begehrens, im zweiten Rechtsgang mit rund 55 % ihres Begehrens obsiegende Klägerin erhält von der Beklagten als Mittelwert 53 % (das sind 3.651,70 S) der von ihr bezahlten Pauschalgebühr erster Instanz und der von ihr ausgelegten Zeugengebühren (das sind 3.869 S), muß der Beklagten hingegen 49 % der von dieser im ersten Verfahrensgang bezahlten Pauschalgebühr zweiter Instanz (somit 5.194 S), die weitere Verfahrenskosten bilden, ersetzen; im übrigen tritt Kostenaufhebung ein. Die Kostenentscheidung im Verfahren erster Instanz gründet sich auf Paragraph 43, Absatz eins, ZPO. Die im ersten Rechtsgang mit rund 51 % ihres Begehrens, im zweiten Rechtsgang mit rund 55 % ihres Begehrens obsiegende Klägerin erhält von der Beklagten als Mittelwert 53 % (das sind 3.651,70 S) der von ihr bezahlten Pauschalgebühr erster Instanz und der von ihr ausgelegten Zeugengebühren (das sind 3.869 S), muß der Beklagten hingegen 49 % der von dieser im ersten Verfahrensgang bezahlten Pauschalgebühr zweiter Instanz (somit 5.194 S), die weitere Verfahrenskosten bilden, ersetzen; im übrigen tritt Kostenaufhebung ein.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin mit ihrer Berufung (Bemessungsgrundlage zwei Drittel des Veröffentlichungsbegehrens, demnach 33.333 S) zur Hälfte obsiegt, die Beklagte hingegen (Bemessungsgrundlage 450.000 S) einen Erfolg von rund 44 % erzielt. Die Beklagte hat der Klägerin daher die halbe Pauschalgebühr zweiter Instanz (das sind 1.325 S) und 12 % der Kosten von deren Berufungsbeantwortung (das sind 3.967,92 S) zu ersetzen. Die Beklagte hat die Pauschalgebühr zweiter Instanz trotz mehrmaliger Anrufung des Berufungsgerichtes nur einmal zu entrichten (Anm 4 zu TP 2 GGG). Im Revisionsverfahren beträgt der Erfolg der Beklagten rund 43%; sie erhält deshalb die Pauschalgebühr mit dieser Quote (das sind 5.697,50 S) von der Klägerin, hat ihr aber 14% von deren Kosten der Revisionsbeantwortung (das sind 2.885,40 S) zu ersetzen. Aus der Saldierung der gegenseitigen Ansprüche resultiert eine Kostenersatzforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten in Höhe von 2.480,82 S im Rechtsmittelverfahren.Im Berufungsverfahren hat die Klägerin mit ihrer Berufung (Bemessungsgrundlage zwei Drittel des Veröffentlichungsbegehrens, demnach 33.333 S) zur Hälfte obsiegt, die Beklagte hingegen (Bemessungsgrundlage 450.000 S) einen Erfolg von rund 44 % erzielt. Die Beklagte hat der Klägerin daher die halbe Pauschalgebühr zweiter Instanz (das sind 1.325 S) und 12 % der Kosten von deren Berufungsbeantwortung (das sind 3.967,92 S) zu ersetzen.

Die Beklagte hat die Pauschalgebühr zweiter Instanz trotz mehrmaliger Anrufung des Berufungsgerichtes nur einmal zu entrichten Anmerkung 4 zu TP 2 GGG). Im Revisionsverfahren beträgt der Erfolg der Beklagten rund 43%; sie erhält deshalb die Pauschalgebühr mit dieser Quote (das sind 5.697,50 S) von der Klägerin, hat ihr aber 14% von deren Kosten der Revisionsbeantwortung (das sind 2.885,40 S) zu ersetzen. Aus der Saldierung der gegenseitigen Ansprüche resultiert eine Kostenersatzforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten in Höhe von 2.480,82 S im Rechtsmittelverfahren.

# **Anmerkung**

E52818 04A03098

**European Case Law Identifier (ECLI)** 

ECLI:AT:OGH0002:1999:0040OB00309.98I.0126.000

Dokumentnummer

JJT\_19990126\_OGH0002\_0040OB00309\_98I0000\_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