

TE OGH 1988/9/13 4Ob49/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.09.1988

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Angst, Dr. Kodek und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Philip M*** Incorporated, New York, N.Y., 100 Park Avenue, USA, vertreten durch Dr. Erich Zeiner, Dr. Hans Georg Zeiner und Dr. Norbert Pirker, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Ö*** S*** FÜR

N***, 2. Robert R***, Angestellter, beide Innsbruck, Thomas-Riss-Weg 10, beide vertreten durch Dr. Peter Riedmann und Dr. Gerhard Heinz Waldmüller, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 800.000 S), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgerichtes vom 13. April 1988, GZ 3 R 105/88-11, womit der Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck vom 21. Jänner 1988, GZ 18 Cg 27/88-2, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

1. Die Revisionsrekursbeantwortung der Beklagten wird zurückgewiesen.
2. Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die Klägerin ist Inhaberin der unter Nr. 111421 des Österreichischen Patentamtes registrierten Wort-Bild-Marke "Marlboro", der die Priorität ihrer Anmeldung vom 16. Juli 1985 zukommt. Die Marke wurde am 17. Jänner 1986 eingetragen, und zwar (u.a.) für die Waren der Klasse 16:

"Papier, Pappe (Karton), Papierwaren und Pappwaren, die nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckschriften, Zeitungen und Zeitschriften, Bücher; Buchbinderartikel; Photographien;

Schreibwaren, Klebstoffe (für Papier- und Schreibwaren);

Kunstlederbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Spielkarten; Drucklettern, Druckstücke". Die Klägerin erzeugt und vertreibt derzeit in Österreich keine Produkte dieser Warenklasse.

Die erstbeklagte Partei ist ein Verein mit dem Sitz in Innsbruck, dessen Tätigkeitsbereich sich auf das gesamte

Bundesgebiet erstreckt; die Errichtung von Zweigstellen und Zweigvereinen in allen Bundesländern ist beabsichtigt. Mit Bescheid des Bundesministeriums für Inneres vom 17. April 1987, Zl. 97704/2-II/15/87, wurde die Bildung des Vereins nicht untersagt. Seine konstituierende Sitzung fand am 3. Juli 1987 statt. Bundesleiter der Erstbeklagten ist der Zweitbeklagte. Laut den Statuten betätigt sich der erstbeklagte Verein ausschließlich gemeinnützig; er ist unparteilich und überkonfessionell und bezweckt den Schutz der Nichtraucher vor den Gefahren und Beeinträchtigungen des Passivrauchens mit Hilfe gesetzlich zulässiger Mittel. Die Beklagten verkaufen Aufkleber mit dem charakteristischen Schriftzug "Marlboro" sowie dem charakteristischen Design ("Red Roof Design" = graphische Darstellung eines roten Daches) der Marke der Klägerin. Unterhalb des Daches ist ein reitender Cowboy mit Lasso abgebildet und folgender Satz zu lesen: "Nur ein Rindvieh läßt sich von Marlboro einfangen". Kleingedruckt steht in der linken unteren Ecke: "Schöneborn' Schutzgemeinschaft der Nichtraucher A-6026 Innsbruck, Postfach 1".

Mit Schreiben vom 5. Oktober 1987 forderten die Klagevertreter die Beklagten auf, die geschilderte Werbeaktion unter mißbräuchlicher "Verwendung der Marke Marlboro in typischer Schriftform sowie der weltbekannten und berühmten Ausstattung der Marlboro-Zigaretten", insbesondere gekennzeichnet durch das Dachsymbol, die rote Farbe, die Cowboydarstellung und die Ausstattung der Zigarettenpackung in ihrer Gesamtheit, zu unterlassen. Die Beklagten lehnten die Unterfertigung der zugleich mit diesem Schreiben übermittelten Unterlassungserklärung ausdrücklich ab und forderten, daß die Klägerin ihr Verlangen zurücknehme. Überdies schlugen sie der Klägerin vor, "alles so zu lassen, wie es war"; sie - die Beklagten - würden "einige Aufkleber verkaufen" und von dem Vorhaben der Klägerin auf Einbringung der Klage nichts erwähnen.

Mit der Behauptung, daß die Beklagten mit dem erwähnten Aufkleber in das Markenrecht der Klägerin eingriffen und zugleich sämtliche Produkte der Klägerin herabsetzen und damit gegen die §§ 1 und 2 UWG verstießen, begeht die Klägerin zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, die Marke "Marlboro" zu verwenden und/oder zu gebrauchen, insbesondere in der typischen Schriftform und/oder unter Verwendung des Dachsymbols der Marke Nr. 111421.

Das Erstgericht erließ - ohne Anhörung der Beklagten - die beantragte einstweilige Verfügung. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt nahm es noch als bescheinigt an, daß die Beklagten die Aufkleber um 14 S verkauften. Rechtlich meinte es, die Klägerin habe bescheinigt, daß ihre Wort-Bild-Marke unter anderem für Waren der österreichischen Warenklasse 16 (Papierprodukte) eingetragen sei; die von den Beklagten vertriebenen Aufkleber fielen als Papierprodukte unter diese Warenklasse. Auf Grund der Gestaltung der Aufkleber bestehe die Gefahr von Verwechslungen mit der Marke der Klägerin. Der Tatbestand des § 9 Abs 3 UWG sei demnach verwirklicht. Auch wohltätige oder gemeinnützige Einrichtungen würden "im geschäftlichen Verkehr" tätig. Der Satz "Nur ein Rindvieh läßt sich von Marlboro einfangen" verstoße überdies gegen § 1 UWG, weil er geeignet sei, sämtliche Produkte der Klägerin herabzusetzen. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes 300.000 S übersteige. Die Feststellung, daß die Beklagten die Aufkleber um 14 S verkauften, übernahm es nicht. Rechtlich führte es aus:

Einige Grundlage für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des Markenrechtes sei die Bestimmung des § 9 Abs 3 UWG. Diesen Schutz genieße auch eine nicht benutzte Marke, sofern die Registrierung nicht länger als 5 Jahre zurückliege. Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch nach § 9 UWG sei aber ein "kennzeichenmäßiger Gebrauch" einer Marke im Sinne des § 13 MSchG. Dieser liege nur dann vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Beziehung auf sie so gebraucht werde, daß der unbefangene Durchschnittsabnehmer annehmen könne, daß das Zeichen der Unterscheidung der so gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung von gleichen oder gleichartigen Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft diene, also auf die Herkunft der Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Betrieb hinweise. Sei diese Voraussetzung zu bejahen, dann hänge die Berechtigung des Unterlassungsanspruches weiters davon ab, ob Warengleichartigkeit vorliege und eine Verwechslungsgefahr im engeren oder weiteren Sinn mit der registrierten Marke bestehe. Erblicke aber das Publikum in der Verwendung einer Marke keine Kennzeichnung der Ware nach ihrer betrieblichen Herkunft, so könne auch keine Verwechslungsgefahr bestehen.

Im vorliegenden Fall könne nicht zweifelhaft sein, daß die von der Erstbeklagten verkauften Aufkleber sowohl den charakteristischen Schriftzug "Marlboro" als auch das charakteristische Design (graphische Darstellung eines roten Daches) der Marke der Klägerin enthielten und weiters als Papierprodukte anzusehen seien, die unter die Waren der

Klasse 16 fielen. Die Aufkleber wiesen aber als Urheber die Erstbeklagte aus und trügen die Aufschrift "Nur ein Rindvieh läßt sich von Marlboro einfangen". Das Publikum müsse demnach beim Betrachten dieser Aufkleber auf Anhieb bemerken, daß das Marlboro-Emblem nur als Hinweis auf ein anderes Unternehmen - eben jenes der Klägerin - gemeint sei und nicht der Individualisierung des Herstellers dieser Aufdrucke diene; ein Mißverständnis sei nicht möglich. Ein unbefangener Betrachter erkenne sogleich, daß es sich bei diesen Aufklebern um einen Angriff auf die weltbekannten Marlboro-Rauchwaren handle. Die Gefahr einer Täuschung dahin, daß diese Aufdrucke der Klägerin als Markeninhaberin zugeordnet würden, sei auszuschließen. Somit liege kein kennzeichenmäßiger Gebrauch der Marke der Klägerin durch die Erstbeklagte vor, so daß auf die Verwechslungsgefahr nicht näher einzugehen sei. Der Vollständigkeit halber sei aber angemerkt, daß auch der Anschein, die Ware - der Aufkleber - röhre aus dem Unternehmen der Klägerin her, nicht erweckt werde. Der auf § 9 Abs 3 UWG gestützte Unterlassungsanspruch sei somit nicht bescheinigt.

Allerdings könnte ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegen, wenn die Markenbenützung zugleich eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs wäre; Voraussetzung dafür wäre das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses und ein sittenwidriges, von Wettbewerbsabsicht getragenes Verhalten. Auch diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor: Daß die Beklagten in Wettbewerbsabsicht gehandelt hätten, sei nicht bescheinigt. Ihre Aufkleber richteten sich gegen die Marke "Marlboro" als Synonym für Zigaretten bzw. allenfalls Tabakwaren, nicht aber gegen die von der Klägerin tatsächlich vertriebenen Waren, geschweige denn die Produkte der Warenklasse 16, die ja bisher noch gar nicht erzeugt worden seien. Da die Erstbeklagte in bezug auf Tabakwaren nicht Wettbewerber sei, wäre ihre allfällige Wettbewerbsabsicht von der Klägerin zu bescheinigen gewesen. Vereinz Zweck der Erstbeklagten und vorrangiges Ziel der Aufkleber sei die Warnung vor den gesundheitsschädlichen Auswirkungen des Rauchens; die in Anlehnung an den Reklamestil der Zigarettenmarke "Marlboro" gestalteten Aufkleber sollten offenbar auf eine satirische bzw. ironische Art der Antiraucherwerbung dienen. Negative Auswirkungen auf tabakfremde Produkte der Klägerin seien nicht zu befürchten. Nach dem Gesamteindruck der Aufkleber und insbesondere dem Hinweis auf die Erstbeklagte als deren Urheber solle vielmehr in erster Linie die Schädlichkeit des Rauchens an den Pranger gestellt und die Zigarettenmarke "Marlboro" stellvertretend für andere Zigarettenmarken apostrophiert werden.

Auch von sittenwidriger Ausbeutung des Geschäftserfolges der Klägerin im Sinne einer öffentlichen Anlehnung an deren "guten Ruf" könne nicht gesprochen werden. Voraussetzung dafür wäre, daß sich der Nachahmer ohne einen sachlich anzuerkennenden Grund an die fremde Marke angenähert und damit leichtfertig die Gefahr einer Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung in Kauf genommen habe, obwohl ihm das Einhalten eines größeren Abstandes ohne weiteres zuzumuten gewesen wäre. Die Aktion der Beklagten werde jedoch von der grundsätzlich anzuerkennenden Zielsetzung getragen, die Bevölkerung auf die allgemein bekannten gesundheitlichen Folgen des Rauchens aufmerksam zu machen und vom Zigarettenkonsum abzuhalten. Diese Zielsetzung habe mittlerweile weltweit Anerkennung gefunden. Gegen diesen Beschuß wendet sich der Revisionsrekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die einstweilige Verfügung des Erstrichters wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Revisionsrekursbeantwortung der Beklagten ist verspätet. Der Revisionsrekurs wurde den Beklagten am 18. Mai 1988 zugestellt, die Beantwortung des Rechtsmittels aber erst am 15. Juni 1988, sohin nach Ablauf der Frist von vierzehn Tagen (§ 402 Abs 1 Satz 2 EO), überreicht; sie war daher zurückzuweisen.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Der Inhaber einer Marke kann einen Unterlassungsanspruch nach § 9 UWG nur dann geltend machen, wenn seine Marke von einem anderen kennzeichenmäßig gebraucht wird und nicht schon dann, wenn die Marke zu anderen Zwecken - z.B. als reine Bestimmungsangabe (ÖBI 1985, 158) oder im Zuge eines Berichtes oder einer Abhandlung über die mit der Marke gekennzeichneten Waren oder Leistungen, etwa in Zeitungen und Zeitschriften, Lehrbüchern und dergleichen (vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 15 Rz 2 zu § 16 dUWG) - genannt wird. Das Berufungsgericht hat richtig erkannt, daß die Beklagten die Marke "Marlboro" nicht kennzeichenmäßig gebraucht haben. Die von der Klägerin dagegen vorgebrachten Argumente sind nicht stichhaltig:

Selbst wenn man aus dem Vertrieb der Aufkleber durch die Erstbeklahte folgern wollte, daß sie den Handel mit einer

Ware aus Papier betreibe, so könnte doch nicht davon gesprochen werden, daß sie das Zeichen "Marlboro" zur Kennzeichnung ihrer Ware - um diese von gleichartigen Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (§ 1 Abs 1 MSchG) - daran angebracht habe (§ 13 MSchG). Der ganz offenkundige, auch dem flüchtigen Betrachter sofort ins Auge fallende Zweck des Aufklebers ist es, gegen "Marlboro" als eine der bekanntesten Zigarettenarten und gegen die Werbung dafür zu polemisieren. Auch wenn der kleingedruckte Name der Erstbeklagten schwer lesbar ist, ist doch sofort zu erkennen, daß hier nicht eine mit "Marlboro" gekennzeichnete Ware angeboten, sondern gegen das, was in Österreich mit dem Zeichen "Marlboro" in Verbindung gebracht wird - und das ist nur die Zigarettenarten - Stellung genommen wird. Das Zeichen "Marlboro" auf dem von der Klägerin beanstandeten Aufkleber ist keineswegs geeignet, auf die Herkunft dieser aus Papier erzeugten "Ware" hinzuweisen. Äußert sich jemand über das mit einer Marke bezeichnete Produkt eines anderen, dann benutzt er die Marke nicht kennzeichnend. Das gilt auch für die von der Klägerin angeführten Beispiele einer vergleichenden Werbung (S 88/89). Da der von der Klägerin beanstandete Aufkleber nach ihrem Standpunkt die von der Erstbeklagten vertriebene Ware ist, ist der Hinweis auf die Neuerung der MSchG-Novelle 1969, wonach "kennzeichnender Gebrauch" im Sinne des § 13 MSchG auch bei Anbringung der Marke auf Gefäßen oder Umhüllungen sowie in Ankündigungen und Geschäftspapieren vorliegt, ohne rechtliche Bedeutung.

Die Klägerin kann auch daraus nichts gewinnen, daß ihrer Ansicht nach wahrscheinlich niemand den Aufkleber erwerben würde, wenn darauf nicht ihre Marke aufschien; das ändert nämlich nichts daran, daß die Erstbeklagte nicht ihre eigene Ware mit der Marke der Klägerin gekennzeichnet hat, sondern gegen die von der Klägerin in Österreich vertriebenen Waren, also Zigaretten, zu Felde gezogen ist. Der Aufkleber wird daher wohl nur von solchen Personen gekauft werden, die sich an der Kampagne gegen Zigaretten, und damit auch gegen "Marlboro", beteiligen wollen. Von einem Schmarotzen "am guten Ruf der Marke Marlboro" (S 91) kann in diesem Zusammenhang nicht ernstlich gesprochen werden; dieser Frage kommt auch für den Kennzeichenschutz keine Bedeutung zu.

Haben die Beklagten also die Marke der Klägerin nicht im oben dargestellten Sinne benutzt, so können sie nicht nach § 9 Abs 1 und 3 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Die Klägerin hält weiter daran fest, daß die Beklagten auch gegen § 1 UWG verstoßen hätten; insbesondere meint sie, daß ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen vorliege. Dem ist nicht zuzustimmen:

Die Klägerin vertreibt - nach ihrem eigenen Vorbringen - in Österreich keine Papierwaren. Daß sie einen solchen Vertrieb in absehbarer Zeit in Österreich aufnehmen werde, hat sie nicht behauptet; aus der Markenregistrierung geht auch nicht hervor, daß sie schon konkrete Schritte zur Eröffnung eines Papierwarenhandels unternommen hätte. Selbst wenn man die Erstbeklagte als Papierhändler einstufen wollte, läge somit kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen vor. Soweit die Klägerin ihr Begehrungen auf ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten als ihrer Mitbewerberin stützt, muß sie daher scheitern. Die Klägerin hat den Beklagten in erster Instanz nicht die Förderung fremden Wettbewerbs zum Vorwurf gemacht. Wenn sie im Revisionsrekurs darauf hinweist, daß der Aufkleber nicht gegen Zigaretten schlechthin, sondern nur gegen solche der Marke "Marlboro" agiere und auch dahin verstanden werden könnte, daß die Erstbeklagte den Konsum heimischer Rauchwaren gegenüber importierten fördern wolle (S 95), übersieht sie, daß bei der Förderung fremden Wettbewerbs die Wettbewerbsabsicht nicht zu vermuten, sondern vom Kläger zu beweisen ist (ÖBI 1982, 124 u.v.a.). Eine solche Absicht hat die Klägerin aber in erster Instanz nicht behauptet; sie ist auch nicht hervorgekommen, spricht doch schon der Vereinszweck der Erstbeklagten dagegen, daß sie die Absicht gehabt hätte, den Wettbewerb der A*** T*** AG zu fördern. Im übrigen hat das Rekursgericht die Wettbewerbsabsicht der Beklagten ausdrücklich als nicht bescheinigt angenommen; da es sich bei der Feststellung der Wettbewerbsabsicht um eine Tat- und nicht um eine Rechtsfrage handelt (SZ 47/23; ÖBI 1979, 70; ÖBI 1987, 23, MuR 1988, 84), wäre es dem Obersten Gerichtshof auch aus diesem Grund verwehrt, eine solche Absicht der Beklagten anzunehmen.

Der Revisionsrekurs mußte mithin erfolglos bleiben. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekurses gründet sich auf die §§ 78, 402 Abs 2 EO iVm §§ 40, 50, 52 ZPO.

Anmerkung

E15010

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00049.88.0913.000

Dokumentnummer

JJT_19880913_OGH0002_0040OB00049_8800000_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