jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE OGH 2009/9/22 17Ob9/09m

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.09.2009

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** KG, *****, vertreten durch Schwarz Schönherr Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. M***** GmbH, 2. Slobodan M*****, beide vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 28.240 EUR), Rechnungslegung (Streitwert 4.050 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 2.025 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. Jänner 2009, GZ 2 R 153/08x-32, mit dem infolge Berufung der klagenden und der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 4. Juni 2008, GZ 22 Cg 46/07v-26, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung - unter Berücksichtigung des in Rechtskraft erwachsenen Ausspruchs über das Veröffentlichungsbegehren - nunmehr insgesamt zu lauten hat:

„Das Klagebegehren,

1. die beklagten Parteien sind schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen ‚A*****' und/oder einem diesem Zeichen verwechselbar ähnlichem Zeichen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt;

2. die beklagten Parteien sind schuldig, binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des klagsstattgebenden Urteils über die mit kennzeichenverletzenden Produkten laut Punkt 1. des Urteilsbegehrens erzielten Umsätze Rechnung zu legen und die Rechnungslegung unter den Kostenfolgen des § 151 PatG durch einen Sachverständigen nach Wahl der Klägerin überprüfen zu lassen;

3. die klagende Partei wird ermächtigt, den das Unterlassungsbegehren betreffenden Teil des Spruchs des über diese Klage ergehenden Urteils (auf eine im Begehren näher beschriebene Weise) zu veröffentlichen,

wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 7.029,94 EUR (darin 1.169,83 EUR USt und 10,91 EUR Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 7.488 EUR (darin 862,33 EUR USt und 2.314 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text**

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin vertreibt seit Jahrzehnten eine Kräuterlimonade unter ihrem im Inland sehr bekannten Firmenschlagwort „A*****". Sie ist auch Inhaberin mehrerer österreichischer Marken und zweier Gemeinschaftsmarken mit jeweils ihrem Firmenschlagwort als prägendem Bestandteil.

Die Erstbeklagte (in der Folge: Pächterin) ist Pächterin eines Gastronomiebetriebs, bestehend aus einem Selbstbedienungsbuffet und einem Gartenlokal mit Bedienung. Der Zweitbeklagte ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Pächterin. Im Selbstbedienungsbereich des Gastronomiebetriebs wird Kräuterlimonade der Klägerin sowie eine Kräuterlimonade eines anderen Herstellers jeweils in Halbliter-PET-Flaschen um 2,90 Euro verkauft. Im Gartenbereich mit Kellnerbedienung werden Getränke nur offen ausgeschenkt; in der für den Bedienungsbereich aufliegenden Karte wird neben dem unter seinem Handelsnamen angeführten Getränk der Klägerin um 2,30 Euro für 0,25 l keine andere Kräuterlimonade angeboten.

Die Pächterin bezieht Kräuterlimonade der Klägerin von einer Lizenznehmerin der Klägerin in 18-Liter-Containern zum Ausschenken über eine Zapfanlage in ihrem Gastgarten. Die Zapfhähne der von der Lieferantin zur Verfügung gestellten Schankanlage besitzen ein spezielles Gewinde und können nicht mit Containern anderer Lieferanten verbunden werden. Durch einen Adapter kann das Problem der unterschiedlichen Gewindenormen grundsätzlich behoben werden, es steht jedoch nicht fest, dass die Pächterin einen derartigen Adapter verwendet hat. An der Schankanlage können Getränke nur unter Verwendung eines elektronischen Schlüssels gezapft werden, wodurch gleichzeitig ein Bonierungsvorgang ausgelöst wird. Die Belege über die Zapfvorgänge werden jeweils am Ende des Tages ausgedruckt und für die Kassa verwendet.

Am 9. 5. 2006 bestellte ein Mitarbeiter der Klägerin als Testkäufer im Gartenlokal der Pächterin bei einem Kellner Kräuterlimonade der Klägerin unter Nennung des dafür geläufigen Handelsnamens. Der Kellner servierte aufgrund dieser Bestellung in einem offenen Glas ein Getränk, das farblich dem Produkt der Klägerin glich. Der Testkäufer kostete dieses Getränk und stellte fest, dass es nicht nach der Kräuterlimonade der Klägerin schmeckte. Er füllte das Getränk sodann in ein Röhrchen um und verlangte eine Rechnung, die ihm ein Kellner aushändigte. Die handgeschriebene und mit Firmenstampiglie versehene Rechnung lautete auf 3 Euro für das mit dem Handelsnamen des Getränks der Klägerin bezeichnete Getränk, wobei in diesem Preis 70 Cent Trinkgeld (nicht gesondert als solches ausgewiesen) enthalten waren. Die Auswertung der vom Testkäufer bei der Pächterin gezogenen Getränkeprobe in einem von der Klägerin beauftragten Labor ergab, dass das dem Testkäufer servierte Getränk kein Originalgetränk der Klägerin war; es enthielt nämlich einen Konservierungsstoff, der dem Getränk der Klägerin nicht beigemischt wird. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Zweitbeklagte vom Ausschenken herkömmlicher Kräuterlimonade unter dem Handelsnamen des Getränks der Klägerin am 9. 5. 2006 an den Testkäufer der Klägerin wusste, dass die Beklagten einen Vorteil daraus zogen, oder dass es - abgesehen von der Abgabe am 9. 5. 2006 an den Testkäufer der Klägerin - zu weiteren Verkäufen herkömmlicher Kräuterlimonade unter dem Handelsnamen des Getränks der Klägerin gekommen ist.

Die Klägerin begehrt, die Beklagten schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen „A*****" und/oder einem diesem Zeichen verwechselbar ähnlichen Zeichen zu bewerben und/oder zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt; sie verbindet das Unterlassungsbegehren mit Begehren auf Rechnungslegung sowie auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Die Pächterin habe herkömmliche Kräuterlimonade als offenes Schankgetränk unter dem Handelsnamen des Getränks der Klägerin vertrieben und damit gegen § 10 MSchG, § 9 UWG verstoßen.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Klagebegehrens. Mangels Kennzeichenrechtsverletzung bestehe keiner der geltend gemachten Ansprüche. Die Pächterin habe als offene Schankware nur die Kräuterlimonade der Klägerin angeboten und verkauft und sich als Lieferanten der Sirup-Container eines Lizenznehmers der Klägerin bedient. Die Container könnten nur in der von der Lieferantin zur Verfügung gestellten Schankanlage mit Hilfe eines besonderen Schlüssels benutzt werden; Getränke anderer Hersteller könnten nicht über dieselbe Schankanlage gezapft werden. Damit habe der Zweitbeklagte organisatorisch dafür Vorsorge getragen, dass ausschließlich das Getränk der Klägerin als Schankware vertrieben werde; für allfällige betrügerische Handlungen Dritter hafte er ebenso wenig wie die Pächterin.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren statt und wies das Rechnungslegungsbegehren sowie den Antrag auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung ab. Die Klägerin sei als Markeninhaberin berechtigt, die Unterlassung von Eingriffen in ihr Recht zu begehren. Auch der Inhaber eines Unternehmens könne geklagt werden, wenn die Markenrechtsverletzung von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen werde. Durch das Ausschenken von Kräuterlimonade eines anderen Herstellers im Betrieb der Pächterin anstelle des bestellten Getränks seien Markenrechte der Klägerin verletzt worden. Das Ausschenken sei durch einen Beschäftigten der Pächterin erfolgt, was zur Haftung der Pächterin und deren Geschäftsführers führe. Der Anspruch auf Rechnungslegung sei nicht berechtigt, weil nicht festgestellt habe werden können, dass die Beklagten einen Vorteil aus der Kennzeichenverletzung gezogen bzw von dieser gewusst hätten; insoweit lägen die Voraussetzungen der Unternehmerhaftung nach § 54 Abs 2 MSchG nicht vor. Ein Aufklärungsinteresse des Publikums bestehe nicht.

D a s Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil, dessen Ausspruch über das Veröffentlichungsbegehren nicht angefochten wurde, in seinem Ausspruch über das Unterlassungsbegehren mit der Maßgabe, dass es wie folgt zu lauten habe: „Die Beklagten sind schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, herkömmliche Kräuterlimonade unter dem Zeichen [Handelsname des Getränks der Klägerin] und/oder einem zu dem genannten Zeichen verwechselbar ähnlichen Zeichen insbesondere in Getränkekarten anzubieten und/oder in Geschäftspapieren, insbesondere Rechnungen, so zu bezeichnen, soweit es sich dabei nicht um ein Erzeugnis der Klägerin und/oder ihrer Lizenznehmer handelt." Dem Rechnungslegungsbegehren gab das Berufungsgericht nur gegenüber der Pächterin statt und wies das Mehrbegehren gegenüber dem Zweitbeklagten ab; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 Euro übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. In der Speisekarte der Pächterin sei herkömmliche Kräuterlimonade unter der Marke der Klägerin angeboten worden; dies sei ebenso ein unzulässiger Kennzeichenrechtseingriff wie die Bezeichnung des servierten Getränks in der Rechnung mit der Marke. Das Unterlassungsgebot sei daher in modifizierter Form zu bestätigen gewesen. Die Pächterin hafte für das festgestellte Ausschenken bzw die Fakturierung herkömmlicher Kräuterlimonade unter der Marke der Klägerin in ihrem Betrieb durch einen ihrer Bediensteten. Ebenso hafte der Zweitbeklagte als verantwortliches Organ der Pächterin; er hätte beweisen müssen, ohne sein Verschulden gehindert gewesen zu sein, gegen den festgestellten Verstoß vorzugehen, insbesondere, schuldlos keine Kenntnis von der Markenrechtsverletzung gehabt zu haben. Somit gingen die Non-liquet-Feststellungen, wonach seine Kenntnis vom Ausschenken herkömmlicher Limonade an den Testkäufer nicht feststehe und dass eine weitere Verletzung zwar nicht festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen werden könne, zu seinen Lasten. Die Pflicht zur Rechnungslegung treffe jedoch nur die Pächterin als Unternehmensinhaberin; dieser Anspruch sei bereits aufgrund des festgestellten Markenrechtseingriffs berechtigt.

**Rechtliche Beurteilung**

D i e Revision ist zur Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Haftung eines Unternehmensinhabers für Markenverletzungen im Betrieb seines Unternehmens zulässig; das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

Die Beklagten machen geltend, sie hafteten nicht für Markenverletzungen eines ihrer Mitarbeiter, die dieser im Rahmen von Eigengeschäften außerhalb der üblichen geschäftlichen Betriebsabläufe durch missbräuchliche, vertrags- und weisungswidrige Verwendung betrieblicher Einrichtungen begangen habe, zumal das Unternehmen aus diesen Geschäften keinen Vorteil gezogen habe.

1.1. Wer in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt wird, kann den Verletzer auf Unterlassung klagen (§ 51 MSchG). Der Anspruch ist verschuldensunabhängig (4 Ob 122/03z).

1.2. Der Inhaber eines Unternehmens kann auf Unterlassung geklagt werden, wenn eine Markenrechtsverletzung im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen wird (§ 54 Abs 1 MSchG). Die in dieser Bestimmung angeordnete markenrechtliche Unternehmerhaftung erweitert den Kreis der Unterlassungsverpflichteten auf Inhaber von Unternehmen, die die markenverletzenden Handlungen nicht selbst begangen haben, sofern die Verletzungshandlungen im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten erfolgt sind.

2.1. Im deutschen Schrifttum wird bei vergleichbarer Gesetzeslage der markenrechtliche Begriff des Betriebs eines Unternehmens funktional und nicht räumlich ausgelegt.

Nach Ingerl/Rohnke (Markengesetz[2] Vor §§ 14-19 Rz 25, 27 unter Hinweis auf lauterkeitsrechtliche Rsp des BGH: GRUR 1963, 438 - Fotorabatt; GRUR 1963, 434 - Reiseverkäufer) ist „geschäftlicher Betrieb" weit auszulegen, weil dem

Betriebsinhaber die durch die Einschaltung von Beauftragten ermöglichte Erweiterung seines Geschäftsbereichs zugute kommt und die Verletzungshandlungen zu dem von ihm zu beherrschenden Risikobereich gehören. Maßgeblich für seine Haftung ist daher, ob die rechtswidrige Handlung dem Unternehmen zugute kommt und ob dessen Inhaber für die Abstellung sorgen kann. Von einer Markenrechtsverletzung in einem geschäftlichen Betrieb kann nur dann nicht mehr gesprochen werden, wenn der Angestellte oder Beauftragte gelegentlich seiner Tätigkeit betriebliche Einrichtungen für außerhalb seines Aufgabenbereichs liegende Zwecke vertragswidrig missbraucht oder Privatgeschäfte abwickelt.

Auch Fezer (Markenrecht4 § 14 MarkenG Rz 1058 f) grenzt die betriebszugehörige Tätigkeit eines Angestellten nicht nach räumlichen Kriterien, sondern nach dem Sachzusammenhang mit dem betrieblichen Aufgabenbereich ab. Eine dem Unternehmensinhaber zurechenbare Markenverletzung muss der Angestellte im Rahmen der ihm obliegenden Aufgaben begehen. Keine betriebszugehörige, sondern eine rein private Tätigkeit liegt vor, wenn sie zwar räumlich im geschäftlichen Betrieb vorgenommen wird, jedoch nicht dem Betriebsinhaber, sondern allein dem handelnden Angestellten oder Beauftragten zugute kommt, mag sich auch der Handelnde im Zusammenhang mit der begangenen Verletzungshandlung der Geschäftseinrichtungen des Betriebsinhabers bedient haben.

2.2. § 18 UWG regelt in vergleichbarer Form zu § 54 Abs 1 MSchG die Haftung des Unternehmers für rechtswidrige Handlungen seiner Bediensteten und Beauftragten. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu § 18 UWG ist Voraussetzung einer lauterkeitsrechtlichen Haftung des Unternehmers, dass der Arbeitnehmer im geschäftlichen Interesse des Unternehmensinhabers tätig wurde (RIS-Justiz RS0079839). Die wettbewerbwidrige Handlung muss dem Unternehmer zugute kommen (RIS-Justiz RS0079799). Keine Haftung nach § 18 UWG besteht, wenn die beanstandete Handlung eine rein private Tätigkeit eines Angestellten war, mag sie auch räumlich im Betrieb des Unternehmens vorgenommen worden sein und es sich um eine Ware gehandelt haben, die der Art nach zum Vertriebsgegenstand des Unternehmens gehört (4 Ob 392/82; 4 Ob 38/01v).

3.1. Die Unternehmerhaftung des § 54 Abs 1 MSchG für im Betrieb des Unternehmers von seinen Bediensteten oder Beauftragten begangene Markenrechtsverletzungen hat den Zweck, dem Betriebsinhaber jenes Risiko zuzurechnen, das mit dem für ihn nutzbringenden Einsatz von betrieblichen Hilfspersonen regelmäßig verbunden ist; Vor- und Nachteile des Einsatzes für ihn tätiger Dritter sollen ihn gleichermaßen treffen.

3.2. Nach diesem Gesetzeszweck findet diese Haftung des Unternehmers demnach - ebenso wie bei der Parallelbestimmung des § 18 UWG, der gleiche Wertungen zugrunde liegen - ihre Grenze dort, wo dem Unternehmer das Handeln seiner Hilfspersonen in keiner Weise zugute kommt und er daraus überhaupt keinen Vorteil ziehen kann. Solches ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Angestellte oder Beauftragte des Unternehmers ohne dessen Billigung unter missbräuchlicher Ausnutzung der betrieblichen Infrastruktur (Betriebsorganisation) Privatgeschäfte betreibt und damit nicht für das Unternehmen, sondern für eigene Zwecke und auf eigene Rechnung tätig wird (in diesem Sinne zutreffend Ingerl/Rohnke und Fezer aaO).

4.1. Im Sicherungsverfahren haben die Tatsacheninstanzen nicht ausgeschlossen, dass die Pächterin aufgrund der Bestellung des Testkäufers, der das Getränk der Klägerin verlangte, dem Gast nicht von der Klägerin stammende Kräuterlimonade über ihre Schankanlage abgegeben hat; sie haben - vom Senat gebilligt (17 Ob 8/07m, Punkt 4.1.) - einen Markeneingriff bejaht.

4.2. Im Hauptverfahren haben sich die Tatsachengrundlagen entscheidend verändert. Nunmehr steht nämlich fest, dass das markenrechtsverletzende Ausschenken nicht über die betriebliche Schankanlage erfolgt ist (Berufungsurteil S 14; Ersturteil S 8, wonach die Zapfhähne der Schankanlange nur zu den Containern mit Produkten der Klägerin passen, und eine Verwendung von Adaptern zum Ausschenken aus Containern mit Fremdware nicht feststeht). Nicht festgestellt werden konnte, dass der Zweitbeklagte als verantwortliches Organ der Pächterin von der markenverletzenden Abgabe von Kräuterlimonade wusste, und dass die Beklagten daraus einen Vorteil zogen.

4.3. Nach den zuvor dargestellten Grundsätzen der markenrechtlichen Unternehmerhaftung nach § 54 Abs 1 MSchG liegen im Anlassfall die Voraussetzungen einer Zurechnung des markenverletzenden Verhaltens eines Angestellten der Pächterin als Täter der Verletzungshandlung zur Pächterin und ihrem Geschäftsführer nicht vor. Es steht nämlich fest, dass nur die über die Schankanlage abgegebenen Getränke bei den Betriebseinnahmen der Pächterin berücksichtigt werden, weil erst der Zapfvorgang die der Unternehmensbuchhaltung dienende Bonierung auslöst. Das von einem Kellner markenverletzend ausgegebene und bar kassierte Getränk wurde nicht über die Schankanlage abgegeben;

dieser Geschäftsfall kann damit auch nicht in die Buchhaltung der Pächterin eingeflossen sein. Somit haben die Beklagten aus diesem Geschäft keinen Vorteil gezogen; es handelte sich dabei vielmehr offensichtlich um ein Privatgeschäft des Kellners unter missbräuchlicher Ausnutzung seiner Einbindung in die betriebliche Infrastruktur der Pächterin (wofür auch die unübliche Vorgangsweise des Kellners spricht, das Trinkgeld in der händisch ausgestellten Rechnung in den Getränkepreis hineinzurechnen). Dem Zweitbeklagten war dieser Vorgang nicht bekannt, er kann ihn deshalb auch nicht gebilligt haben. Unter diesen Umständen kann der Pächterin das markenverletzende Verhalten eines ihrer Angestellten nicht im Rahmen der Unternehmerhaftung des § 54 Abs 1 MSchG zugerechnet werden. Damit scheidet auch eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Pächterin als deren Organ aus.

5. Der Revision war Folge zu geben und das Klagebegehren abzuweisen. Damit hängt die Entscheidung nicht mehr von der im Rechtsmittel weiter aufgeworfenen Frage ab, ob das Berufungsgericht § 405 ZPO verletzt und ein Unterlassungsgebot erlassen hat, dessen näher beschriebene Eingriffshandlungen nicht Gegenstand des Unterlassungsbegehrens gewesen sind.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 Abs 1 ZPO, im Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO.

**Schlagworte**

Almdudler III,

**Textnummer**

E92043

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0170OB00009.09M.0922.000

**Im RIS seit**

22.10.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

19.12.2013

**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