

# TE OGH 2021/4/20 4Ob19/21d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.04.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi und MMag. Matzka sowie die Hofrätin Mag. Istjan LL.M. als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\*, vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei S\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 31.000 EUR), Beseitigung (Streitwert 1.000 EUR), Rechnungslegung und Zahlung (Stufenklage; Streitwert 1.000 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 1.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. November 2020, GZ 4 R 43/20b-28, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 30. Dezember 2019, GZ 17 Cg 5/19w-22, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung, die hinsichtlich der Abweisung des Mehrbegehrens Punkt 5 der Berufungsentscheidung) in Rechtskraft erwachsen ist, wird hinsichtlich des stattgebenden Umfangs der Entscheidung über das Beseitigungsbegehren (Punkt 2 der Berufungsentscheidung) und der Entscheidung über die Kosten dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts insoweit (Punkte 3, 5 und 14 des Ersturteils) wiederhergestellt wird und die Kosten des berufungsgerichtlichen Verfahrens wechselseitig aufgehoben werden. Im Übrigen wird die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 715,50 EUR bestimmte anteilige Pauschalgebühr dritter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die Klägerin ist Herstellerin verschiedener Wodka-Produkte, die sie weltweit unter dem Kennzeichen

**ABSOLUT**<sup>®</sup>

vertriebt. Sie fügt diesem Zeichen ergänzende (das jeweilige Produkt beschreibende) Begriffe bei. Seit 2012 führt sie auch ein gastronomisches Konzept unter der Bezeichnung „ABSOLUT Art Bar“.

[2] Die Klägerin ist Inhaberin mehrerer Marken, die den Begriff „absolut“ enthalten, etwa:

Reg.Nr.

Marke

Priorität

eingetragen für

AT 124658

ABSOLUT

17. 10. 1988

bzw 15. 05. 1992 (in Kl 42)

Kl 33 (Wodka);

Kl 42 (Betrieb von Restaurants und Bars)

AT 124659

**ABSOLUT**  
*Country of Sweden*  
**VODKA**

17. 10. 1988

Kl 33 (Wodka)

UM 1521681

ABSOLUT

31. 01. 2000

...

Kl 33 (Wodka);

Kl 41 (Erziehung, Ausbildung, Veranstaltung, ...); Kl 42 (Verpflegung, Catering, Betrieb von Restaurants und Bars, ...)

UM 3219979

ABSOLUT BAR

10. 06. 2003

Kl 25 (Bekleidung, Schuhwaren, ...),

...

Kl 33 (alkoholische Getränke);

Kl 41 (Erziehung, Ausbildung, Veranstaltung; Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten);

Kl 43 (Verpflegung und Beherbergung von Gästen)

UM 13404843

ABSOLUT BAR

27. 10. 2014

Kl 41 (Erziehung, Ausbildung, Veranstaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten, ...);

Kl 43 (Dienstleistung zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen, ...)

UM 1023654

**ABSOLUT**  
*Country of Sweden*  
**MANDRIN**

21. 12. 1998

Kl 33 (Wodka)

AT 127313

**ABSOLUT**  
*Country of Sweden*  
**CITRON**

28. 06. 1989

Kl 33 (Wodka mit Zitronengeschmack)

[3]

[4] Diese Marken sind seit 1999 bis heute einem bedeutenden Anteil der 16- bis 40-jährigen Wintersportinteressenten, die (zumindest gelegentlich) alkoholische Getränke konsumieren, bekannt.

[5] Die Beklagte betreibt seit 1999 einen Schneepark für Ski- und Snowboardfahrer unter der Bezeichnung „ABSOLUT PARK“. Unter dem Namen „ABSOLUT SCHOOL“ betreibt sie eine Ski- und Snowboardschule. Die Beklagte ist Inhaberin folgender Marke:

Reg.Nr.

Marke

Priorität

eingetragen für

AT 233800

## **ABSOLUT PARK**

19. 06. 2006

Kl 41 (Unterhaltung, sportliche Aktivitäten);

Kl 43 (Dienstleistung zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen, ...)

[6] Auf Ihren Websites „www.shop.absolutpark.com“, „www.shop.absolutpark.com/de/shop“ und „www.absolutschool.at“ verwendet die Beklagte folgende Zeichen mit der hier ersichtlichen graphischen Gestaltung (auf die im Folgenden verwiesen wird):

## **ABSOLUT PARK**

## **ABSOLUT SHOP**



## **ABSOLUT SCHOOL**

[7] Die Beklagte verwendet das Zeichen „ABSOLUT PARK“ auf einem Gebäude im Ski- und Snowboardpark, auf Anlagen in diesem Park, auf einem Holzschild, das den Eingang zum Park kennzeichnet, und auf Kleidungsstücken, die im Rahmen der Ski- und Snowboardschule verwendet werden. Unter der Bezeichnung „ABSOLUT SHOP“ betrieb sie einen Webshop, über den sie Textilien und Schlüsselanhänger verkaufte. Die Website unter der Domain „www.absolutpark.com“ betreibt sie seit 2002 in Deutsch und Englisch; seit dem Bestehen der Ski- und

Snowboardschule im Jahr 2007 betreibt sie auch die Website „www.absolutschool.at“. Dass sie auch eine Website „www.absolutschool.com“ betreibt, konnte nicht festgestellt werden. Die Beklagte nutzt seit 2007 einen YouTube-Kanal und seit 2009 auch Facebook mit mittlerweile 30.000 Abonnenten.

[8] Die Klägerin begehrt, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr zu verbieten, das Zeichen ABSOLUT in Alleinstellung und/oder mit Zusätzen wie „PARK“, „SCHOOL“, „SHOP“ und/oder „BoardingHouse“, insbesondere (die Domains) <absolutpark.com>, <absolutschool.com>, (die Facebook-Seiten) <facebook.com/AbsolutPark>, <facebook.com/absolutschool>, <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> und/oder mit der oben dargestellten graphischen Gestaltung insbesondere für Wintersportgebiete oder damit verbundene Dienstleistungen, wie zB den Betrieb eines Schi- und/oder Snowboardparks zu benutzen und/oder Kleidung mit diesen Zeichen herzustellen, anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben, in Verkehr zu bringen und/oder zu diesen Zwecken zu besitzen. Weiters stellt sie ein Beseitigungsbegehren, das insbesondere auf die Zerstörung von Kleidungsgegenständen und die Löschung der Domain und Facebook-Seiten abzielt. Darüber hinaus begehrt die Klägerin Rechnungslegung und Leistung (Stufenklage) und Urteilsveröffentlichung.

[9] Die Klägerin brachte vor, dass ihre Absolut-Marken in der Europäischen Union und in Österreich jedenfalls seit dem Jahr 2000 einen hohen Bekanntheitsgrad hätten. Soweit für das Revisionsverfahren von Relevanz stützt die Klägerin ihre Begehren auf § 10 Abs 1 Z 2 MSchG und § 10 Abs 2 MSchG. Die Zeichen der Streitparteien seien hochgradig ähnlich bzw sogar ident. Damit verursache die Beklagte Verwechslungsgefahr iSd § 10 Abs 1 Z 2 MSchG. Die Beklagte nutze auch die Anziehungskraft, den Ruf und das Ansehen der bekannten Marken der Klägerin aus, was deren Schutz nach § 10 Abs 2 MSchG beeinträchtige. Die Nachahmung der Marke, deren Rufausbeutung und das Verursachen von Verwechslungsgefahr verstoße gegen § 1, § 2 Abs 3 Z 1, § 9 Abs 1 und Abs 3 UWG; zudem stütze sich die Klägerin auch auf ihr Namensrecht.

[10] Die Beklagte bestritt ua die Verwechslungsgefahr; „ABSOLUT“ sei auch keine bekannte Marke. Die Beklagte habe weder die Wertschätzung der Marken der Klägerin ausgenutzt, noch gegen das UWG verstoßen.

[11] Das Erstgericht gab mit Teilurteil der Klage teilweise wie folgt statt:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr folgende Zeichen

## **ABSOLUT PARK**



insbesondere für Wintersportgebiete oder damit verbundene Dienstleistungen, wie zB den Betrieb eines Schi- und/oder Snowboardparks zu benutzen und/oder Kleidung mit diesen Zeichen herzustellen, anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben in Verkehr zu bringen und/oder zu diesen Zwecken zu besitzen.

2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei habe es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Zeichen 'ABSOLUT' in Alleinstellung und/oder mit Zusätzen wie 'PARK', 'SCHOOL', 'SHOP', und/oder 'BoardingHouse', insbesondere <absolutpark.com>, <absolutschool.com>, <facebook.com/AbsolutPark>, <facebook.com/absolutschool>, <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> insbesondere für Wintersportgebiete oder damit verbundene Dienstleistungen, wie zB den Betrieb eines Schi- und/oder Snowboardparks zu benutzen und/oder Kleidung mit diesen Zeichen herzustellen, anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben, in Verkehr zu bringen und/oder zu diesen Zwecken zu besitzen, wird abgewiesen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, sämtliche Zustände, die gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Punkt 1. verstoßen, binnen 14 Tagen zu beseitigen, als dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird, insbesondere sämtliche Kleidungsgegenstände, die gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Punkt 1. verstoßen, insbesondere in folgender Gestaltung



oder



zu zerstören.

4. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, für die Beseitigung nach Punkt 3. einen Nachweis zu führen, wird abgewiesen.

5. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei verpflichtet, die Domains <absolutpark.com>, <absolutschool.at> und/oder die Facebook-Seiten <facebook.com/AbsolutPark> und <facebook.com/absolutschool> und/oder <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> zu löschen, wird abgewiesen.

6. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen über die seit 18. 6. 2015 durch Verletzungshandlungen gemäß Punkt 1. dieses Urteils erzielten Umsätze und Gewinne, unter Vorlage von Belegen Rechnung zu legen und die Richtigkeit der Rechnungslegung durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen (§ 55 MSchG iVm § 151 PatG).

7. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, auch über Zeiten vor dem 18. 6. 2015 Rechnung zu legen, wird abgewiesen.

8. Die beklagte Partei ist schuldig, den Spruchpunkt 1. und 3. dieses Urteils binnen 14 Tagen auf ihre Kosten unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien sowie farbigen Abbildungen auf den Webseiten <absolutpark.com>, <shop.absolutpark.com>, <absolutschool.at> oder, sollte sie ihre Internetadresse ändern, auf den Websites mit den dann gültigen Internetadressen für einen Zeitraum von vier Monaten so zu veröffentlichen, dass es sofort und ohne Scrollen zu sehen ist, nicht jedoch in Form eines Pop-up-Fensters, sowie auf der Eingangsseite ihrer Facebook-Profilen <facebook.com/AbsolutPark>, <facebook.com/absolutschool> und zwar als fixierten Beitrag oben in der Chronik der Seite zu veröffentlichen.

9. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, die unter Punkt 8. ausgesprochene Veröffentlichung für weitere zwei Monate vorzunehmen, wird abgewiesen.

10. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei werde verpflichtet, den Spruchpunkt 1. und 2. dieses Urteils binnen sechs Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung auf ihre Kosten unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien sowie farbigen Abbildungen auf der Eingangsseite ihres Facebook-Profiles <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> und zwar als fixierten Beitrag oben in der Chronik der Seite zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

11. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Spruchpunkt 1. und 2. dieses Urteils binnen sechs Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in

Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien einmalig in einer Sonntagsausgabe der österreichweit erscheinenden 'Kronen Zeitung' auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

12. Das Mehrbegehren, der klagenden Partei werde die Ermächtigung erteilt, auch die übrigen klagsstattgebenden Teile des Urteilspruches zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

13. Das Mehrbegehren, der klagenden Partei werde die Ermächtigung erteilt, die klagsstattgebenden Teile dieses Urteils binnen sechs Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien in einer Wochenendausgabe der österreichweit erscheinenden Tageszeitung 'Der Standard' auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

14. [Prozesskosten].“

[12] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin teilweise Folge, nicht aber jener der Beklagten und änderte das Teilurteil dahin ab, sodass es insgesamt lautet:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Zeichen

ABSOLUT

mit Zusätzen wie 'PARK', 'SCHOOL','SHOP', insbesondere <absolutpark.com>, <absolutschool.at>, <facebook.com/AbsolutPark>, <facebook.com/absolutschool> in folgender graphischer Gestaltung

## ABSOLUT PARK



insbesondere für Wintersportgebiete oder damit verbundene Dienstleistungen wie zum Beispiel den Betrieb eines Schi- und/oder Snowboardparks zu benutzen und/oder Kleidung mit diesen Zeichen herzustellen, anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben, in Verkehr zu bringen und/oder zu diesen Zwecken zu besitzen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, sämtliche Zustände, die gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Punkt 1. verstoßen, binnen 14 Tagen zu beseitigen, als dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird, insbesondere sämtliche Kleidungsgegenstände, die gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Punkt 1. verstoßen, insbesondere in folgender Gestaltung







zu zerstören sowie die Domains <absolutpark.com>, <absolutschool.at> und die Facebook-Seiten <facebook.com/AbsolutPark>, <facebook.com/absolutschool> zu löschen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen über die seit 18. 6. 2015 durch Verletzungshandlungen gemäß Punkt 1. dieses Spruchs erzielten Umsätze und Gewinne unter Vorlage von Belegen Rechnung zu legen und die Richtigkeit der Rechnungslegung durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen.

4.1. Die beklagte Partei ist schuldig, die Spruchpunkte 1., 2. und 4.1. dieses Urteils binnen 14 Tagen auf ihre Kosten unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien sowie farbigen Abbildungen auf den Webseiten <absolutpark.com>, <shop.absolutpark.com>, <absolutschool.at> oder, sollte sie ihre Internetadresse ändern, auf den Websites mit den dann gültigen Internetadressen für den Zeitraum von sechs Monaten so zu veröffentlichen, dass es sofort und ohne Scrollen zu sehen ist, nicht jedoch in Form eines Pop-up-Fensters, sowie auf der Eingangsseite ihrer Facebook-Profile <facebook.com/AbsolutPark> und <facebook.com/absolutschool>, und zwar als fixierten Beitrag oben in der Chronik der Seite, zu veröffentlichen.

4.2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, die Spruchpunkte 1., 2. und 4.2. dieses Urteils binnen sechs Monaten ab Rechtskraft der Entscheidung unter der fett gedruckten Überschrift 'Im Namen der Republik' in Normallettern wie für redaktionelle Beiträge, mit Fettdrucküberschrift und fett und gesperrt geschriebenen Namen der Parteien einmalig in einer Sonntagsausgabe der österreichweit erscheinenden 'Kronen Zeitung' und in einer Wochenendausgabe der österreichweit erscheinenden Tageszeitung 'Der Standard' auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

5. Die Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig,

5.1. die Benutzung des Zeichens ABSOLUT in Alleinstellung ganz allgemein sowie mit Zusätzen wie 'BoardingHouse' und/oder <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

5.2. die Facebook-Seite <facebook.com/AbsolutBoardingHouse> zu löschen sowie darüber und über die gemäß Punkt 2. aufgetragene Beseitigung einen Nachweis zu führen,

5.3. auch über Zeiten vor dem 18. 6. 2015 im Sinn von Punkt 3. Rechnung zu legen, werden ebenso abgewiesen wie

5.4. das Veröffentlichungsmehrbegehren im Sinn von Punkt 4. betreffend die übrigen stattgebenden Teile des Urteilspruchs sowie betreffend die Eingangsseite des Facebook-Profiles <facebook.com/AbsolutBoardingHouse>.

6. [Prozesskosten].“

[13] Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und ließ die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zu.

[14] Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im klagsabweisenden Sinn; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[15] Die Klägerin beantragt, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

[16] Die Revision ist zulässig, weil die Entscheidung über die Domainlöschung der Rechtsprechung widerspricht. Das Rechtsmittel ist auch teilweise berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

[17] A. Zum Unterlassungsbegehren:

[18] 1.1 Das Erstgericht stützte das Unterlassungsgebot auf § 10 Abs 2 MSchG. Es ging von einer bekannten Marke aus. Es bestehe wegen der hohen Ähnlichkeit der Zeichen der Streitteile in Verbindung mit der mittelmäßigen Kennzeichnungskraft eine gedankliche Verknüpfung der Zeichen. Die Beklagte nutze den Ruf der bekannten Wort-Bild-

Marken der Klägerin unlauter aus. Ein Eingriff in die Markenrechte bestehe aber nur aufgrund der optischen Gestaltung der oben dargestellten Zeichen der Beklagten.

[19] 1.2 Auch das Berufungsgericht bejahte die Voraussetzungen des § 10 Abs 2 MSchG. Ausgehend vom maßgeblichen Verkehrskreis von jüngeren Wintersportinteressenten, die zumindest gelegentlich Alkohol tranken, seien die klägerischen Marken bekannt iSd § 10 Abs 2 MSchG. Ebenso wie das Erstgericht ging auch das Berufungsgericht von einem Grad der Ähnlichkeit der Zeichen der Streitteile aus, der zur gedanklichen Verknüpfung durch die Verkehrskreise führe. Der Unterlassungsanspruch bestehe wegen der unlauteren Benutzung des Zeichens der Beklagten. Nicht nur in der grafischen, sondern auch in der konzeptuellen Ähnlichkeit der Zeichengestaltung liege eine Ausnutzung der Unterscheidungskraft der bekannten Marken (Zeichen) der Klägerin, und zwar dahingehend, dass Durchschnittsverbraucher der maßgeblichen Verkehrskreise dadurch gedanklich zumindest auf eine geschäftliche Beziehung der Streitteile, etwa eine Werbe- oder Marketingkooperation, hingeführt würden. Das Berufungsgericht formulierte das Unterlassungsgebot weiter als das Erstgericht. Die Verwendung des Wortes „absolut“ könne der Beklagten aber nicht schlechthin verwehrt werden. Es bestünden Möglichkeiten, diesen Begriff ohne Anlehnung an die typographische und konzeptuelle Gestaltung durch die Klägerin in einer Weise einzusetzen, die keine Assoziationen zu den Wodka-Produkten der Klägerin hervorrufe.

[20] 1.3 In ihrem Rechtsmittel bestreitet die Beklagte die Bekanntheit der klägerischen Marken, die erforderliche gedankliche Verknüpfung der klägerischen Marken mit den Zeichen der Beklagten und die unlautere Ausnutzung durch sie. Damit ist sie nicht im Recht.

[21] 2.1 Eine Marke ist bekannt, wenn ein bedeutender Teil des maßgeblichen Publikums das Zeichen kennt. „Maßgeblich“ ist jenes Publikum, an das sich die unter der betreffenden Marke vermarkteten Waren oder Dienstleistungen richten (EuGH C-690/17, ÖKO-Test Verlag GmbH, Rn 47; C-375/97, General Motors, Rn 26). Dabei kommt es nicht auf einen bestimmten Prozentsatz an (RIS-Justiz RS0118988). Bei der Prüfung sind vielmehr alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere der Marktanteil der Marke, die Intensität, die geografische Ausdehnung und die Dauer ihrer Benutzung sowie der Umfang der Investitionen, die das Unternehmen zu ihrer Förderung getätigt hat (4 Ob 27/20d, Book of Dead; 17 Ob 27/11m, Red Bull/Run Cool). Ob eine bekannte Marke vorliegt, ist eine aufgrund von Tatsachen zu lösende Rechtsfrage (OPMS Om 11/08).

[22] 2.2 Die von den Vorinstanzen zum Bekanntheitsgrad und zur Marktdurchsetzung getroffenen Feststellungen reichen jedenfalls hin, um die Bekanntheit der klägerischen Marken im Sinne der Rechtsansichten der Vorinstanzen zu bejahen. Die Ausführungen im Rechtsmittel können dies nicht widerlegen.

[23] 3.1 Der Schutz der bekannten Marke setzt keine Verwechslungsgefahr voraus, sondern nur eine solche Ähnlichkeit, dass das Publikum die Zeichen gedanklich miteinander verknüpft (RS0133145). Die einander gegenüberstehenden Zeichen müssen deshalb einander gleich oder ähnlich sein, weil es typischerweise nur dadurch zu einer Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung oder Verwässerung der bekannten Marke kommen kann (RS0120364).

[24] 3.2 Der Grad der dafür erforderlichen Ähnlichkeit ist niedriger anzusetzen als der Grad der Ähnlichkeit, der für Verwechslungsgefahr verlangt wird; es reicht zudem aus, wenn die Ähnlichkeit in einem der drei Punkte Bild, Klang oder Sinngehalt besteht (4 Ob 27/20d, Book of Dead). Dann ist die Marke gegen unlautere Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung geschützt (RS0118990; RS0115930; 17 Ob 15/09v, Styriagra).

[25] 3.3 § 10 Abs 2 MSchG will diesen Beeinträchtigungen vorbeugen, die Folge eines bestimmten Grades der Ähnlichkeit zwischen den Zeichen sind, aufgrund dessen die beteiligten Verkehrskreise die beiden gedanklich miteinander verknüpfen (EuGH C-375/97, General Motors, Rn 23; EuGH C-408/01, Adidas, Rn 29).

[26] 3.4 Faktoren, die bei der Prüfung, ob das Publikum eine gedankliche Verknüpfung vornimmt, zu berücksichtigen sind, sind neben dem Grad der Ähnlichkeit der Zeichen, die Art der Waren und Dienstleistungen, für die die einander gegenüberstehenden Marken jeweils eingetragen sind, einschließlich des Grades der Nähe oder der Unähnlichkeit dieser Waren und Dienstleistungen sowie die betreffenden Verkehrskreise, das Ausmaß der Bekanntheit der älteren Marke, der Grad der der älteren Marke innewohnenden oder von ihr durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft und das Bestehen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum (EuGH C-252/07, Intel, Rn 42).

[27] 3.5 Die angefochtene Entscheidung ist hier fehlerfrei. Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, dass die Klagsmarke zur Gänze in die Zeichen der Beklagten aufgenommen wurde und die Zusätze „Shop“, „School“ und „Park“



rein beschreibend sind. Damit ist von einer weitgehenden Identität der Zeichen im prägenden Bestandteil auszugehen (RS0079033), was im Anlassfall zur Bejahung der gedanklichen Verknüpfung führt (vgl. EuGH C-252/07, Intel, Rn 44).

[28] 3.6 Die Argumentation der Klägerin, dass den Klagsmarken nur geringe (originäre) Kennzeichnungskraft zukommen soll, widerlegt nicht die von den Vorinstanzen bejahte gedankliche Verknüpfung. Das Rechtsmittel blendet hier aus, dass die klägerischen Marken bei weiten Teilen des Publikums bekannt sind und durch die Benutzung zusätzlich erworbene Unterscheidungskraft aufweist (vgl. 4 Ob 27/20d, Book of Dead). Zwischen der originären und durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft ist aber nicht zu differenzieren (4 Ob 38/06a mWN).

[29] 3.7 Gegen eine gedankliche Verknüpfung kann im Anlassfall auch nicht damit argumentiert werden, dass die fraglichen Marken für Waren oder Dienstleistungen eingetragen sind, bei denen sich die jeweils betroffenen Verkehrskreise (gar) nicht überschneiden (EuGH C-252/07, Intel, Rn 46). Die Beklagte brachte selbst vor, dass sich ihr Angebot an Wintersportler im Alter von 16 bis 25 Jahren richte. Die Revision tritt dem Standpunkt des Berufungsgerichts nicht entgegen, dass sich unter dieser Zielgruppe auch solche Personen befänden, die zumindest gelegentlich harte Alkoholika konsumieren. Damit überschneiden sich die von den Streitparteien angesprochenen Verkehrskreise.

[30] 4. Der Schutz nach § 10 Abs 2 MSchG greift nur, wenn die Benützung des jüngeren Zeichens in unlauterer Weise erfolgt und kein rechtfertigender Grund vorhanden ist; es müssen demnach besondere Umstände für die Verwerflichkeit der Anlehnung vorliegen (RS0115930).

[31] 4.1 Das Gesetz unterscheidet dabei vier Fallgruppen der möglichen Eingriffshandlungen (4 Ob 222/16z). Sanktioniert werden die Ausnutzung der Wertschätzung („Rufausbeutung“), die Beeinträchtigung der Wertschätzung („Rufschädigung“), die Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft („Verwässerung“) und die Ausnutzung der Unterscheidungskraft („Aufmerksamkeitsausbeutung“). Das Berufungsgericht hat sich auf Letztere gestützt.

[32] 4.2 Eine Ausnutzung der Unterscheidungskraft erfasst Eingriffe in die Kennzeichnungskraft und die Werbekraft der Marke. Der Verletzer zieht mit Hilfe einer bekannten Marke die Aufmerksamkeit des Publikums auf sich und sein Produkt und erzielt dadurch einen Kommunikationsvorsprung. Verwendet ein Dritter die bekannte Marke, um dadurch das Interesse des Publikums auf sein Produkt zu lenken, so profitiert er damit von der Bekanntheit dieser Marke, ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen; er hängt sich an die Bekanntheit der fremden Marke an, um den Absatz seiner eigenen Waren oder Dienstleistungen zu fördern (17 Ob 15/09v, Styriagra). Bei Verwendung eines identischen oder ähnlichen Zeichens liegt es wegen der bei bekannten Marken offenkundigen Möglichkeit einer Aufmerksamkeitsausbeutung nahe, unlautere Motive zu vermuten (17 Ob 15/09v, Styriagra; RS0120365 [T3]). Diese Verteilung der Behauptungs- und Beweislast des Verletzers findet ihre Grundlage in Art 9 Abs 2 lit c UMV und § 10 Abs 2 MSchG, die ausdrücklich von einer Ausnutzung oder Beeinträchtigung „ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise“ sprechen. Das erlaubt den Schluss, dass die Ausnutzung der Unterscheidungskraft bekannter Marken grundsätzlich die Rechtswidrigkeit indiziert und dass diese nur entfällt, wenn der Verletzer besondere Umstände geltend macht, die sein Verhalten rechtfertigen (RS0120365).

[33] 4.3 Die Beklagte hat die Marke der Klägerin „ABSOLUT“ ident in ihre Marke übernommen. Zudem hat sie sich auch in der optischen Gestaltung stark an die Klagsmarke angenähert (Großschreibung, Fettdruck, ähnliche Schriftart). Es wäre daher an ihr gewesen, darzulegen, weshalb nicht zumindest eine Ausnutzung der Unterscheidungskraft der Klagsmarken vorliegt. Das gelingt ihr auch im Rechtsmittel nicht.

[34] 4.4 Im vorliegenden Fall besteht vielmehr kein Zweifel, dass die Beklagte die hohe Bekanntheit der klägerischen Marken ausnutzt, um Interesse auf ihr eigenes Produkt zu lenken. Darin liegt nach der oben referierten Rechtsprechung ein unlauteres Ausnutzen (zumindest) der Unterscheidungskraft dieser Marken. Auf die von der Revision bestrittenen Unlauterkeitsfälle der Verwässerung und der Rufausbeutung kommt es daher nicht mehr an.

[35] 4.5 Die angefochtene Entscheidung war damit hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zu bestätigen.

[36] B. Zur Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung:

[37] 5. Entsprechendes gilt auch für die Entscheidung über die Rechnungslegung und die Urteilsveröffentlichung, der das Rechtsmittel argumentativ nicht entgegentritt.

[38] C. Zum Beseitigungsanspruch:

[39] 6. Hingegen erweist sich die Berufung hinsichtlich des Löschungsanspruchs als berechtigt.

[40] 7. Als Rechtsgrundlage für einen markenrechtlichen Anspruch auf Löschung einer Domain kommt § 52 MSchG in Betracht (vgl 17 Ob 13/07x, amade.at III; 17 Ob 36/08f, KOBRA/cobra-couture.at).

[41] 7.1 Demnach ist der Markenverletzer zur Beseitigung des dem Gesetz widerstreitenden Zustands verpflichtet (Abs 1). Der Verletzte kann insbesondere verlangen, dass auf Kosten des Verletzers die markenverletzenden Gegenstände sowie etwa vorhandene Vorräte von nachgemachten Marken (Eingriffsgegenstände) vernichtet und die ausschließlich oder vorzugsweise zur Herstellung markenverletzender Gegenstände dienlichen Werkzeuge, Vorrichtungen und anderen Hilfsmittel (Eingriffsmittel) für diesen Zweck unbrauchbar gemacht werden, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird (Abs 2).

[42] 7.2 Der Löschungsanspruch wurde in der früheren Rechtsprechung generell als geeignete Maßnahme zur Beseitigung des rechtswidrigen Gebrauchs eines Namens als Domainname qualifiziert (4 Ob 231/03d ua; RS0118366). Dabei anerkannte der Oberste Gerichtshof bei Verletzung von Kennzeichenrechten durch die Domain einer Website den Anspruch des Verletzten auf Beseitigung des störenden Zustands durch Abgabe einer Löschungs- bzw Verzichtserklärung gegenüber der Registrierungsstelle (4 Ob 36/04d, www.firn.at).

[43] 7.3 In weiterer Folge hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 17 Ob 13/07x, amade.at III, in Abkehr bisheriger Rechtsprechung im Bereich des § 10 Abs 1 MSchG einen solchen Anspruch verneint. Bei einer Löschung könnte die Domain auch nicht mehr zu erlaubten Zwecken genutzt werden. Maßgebend für die Beurteilung, ob eine Benutzung eines Zeichens iSd § 10a MSchG vorliegt und ob dadurch Verwechslungsgefahr iSd § 10 Abs 1 Z 2 MSchG begründet wird, ist demnach der Inhalt der Website, die unter der Domain in das Internet gestellt wird. Es wurde offen gelassen, ob ein Löschungsanspruch besteht, wenn der Kläger über eine bekannte Marke iSv § 10 Abs 2 MSchG verfügt. Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung wurde in dieser Entscheidung aber festgehalten, dass der Anspruch auf Löschung einer Domain für den Fall zu verneinen ist, dass die Nutzung einer Domain nach materiellem Recht nicht untersagt werden kann (RS0122725).

[44] 7.4 Dazu korrespondierend wurde in der jüngeren Rechtsprechung klargestellt, dass das Verbot der Domain-Nutzung nicht weiter reichen könne als die materiell-rechtliche Unterlassungspflicht (4 Ob 197/10i, Faschingsprinz).

[45] 7.5 Im Zusammenhang mit der Verneinung eines markenrechtlichen Anspruchs auf Löschung einer Firma hielt der Senat fest, dass ein solcher Beseitigungsanspruch durch einen gleich weit reichenden Unterlassungsanspruch gedeckt sein müsste (4 Ob 223/12s, Skorpion/scorpio; zust St. Korn in Kucsko/Schumacher, marken.schutz3 § 52 Rz 41).

[46] 8. Wendet man diese Grundsätze auf den hier zu beurteilenden Anlassfall an, muss dies zur Abweisung des Löschungsanspruchs führen, ohne dass geklärt werden muss, ob bei bekannten Marken iSd § 10 Abs 2 MSchG an sich ein solcher Löschungsanspruch besteht.

[47] 8.1 Die Klägerin beehrte, der Beklagten ganz allgemein die Nutzung des Zeichens „ABSOLUT“ bzw auch in Form einer Domain (und Facebook-Seite) zu verbieten. Das Berufungsgericht gab unter Abweisung des Mehrbegehrens diesem Unterlassungsbegehren aber nur insoweit Folge, als es der Beklagten untersagte, das Zeichen in der eingangs ersichtlichen graphischen Gestaltung zu benutzen. Die Klägerin ließ die Abweisung des Mehrbegehrens unbekämpft. Damit wurde die von ihr geltend gemachte Unterlassungsverpflichtung hinsichtlich der schlichten Benutzung der Domain – also ohne die inkriminierte graphische Gestaltung – rechtskräftig verneint. Das Verbot setzt damit eine solche graphische Gestaltung zwingend voraus (was etwa dann der Fall wäre, wenn zB der Begriff <absolutpark.com> auf Kleidungsstücken in der oben angeführten Gestaltung gedruckt wird). Weder das bloße Halten einer Domain noch ihre Benützung unterliegt dem der Beklagten auferlegten Verbot, den Begriff „ABSOLUT“ in der graphischen Gestaltung zu verwenden.

[48] Entgegen den Ausführungen in der Revisionsbeantwortung ist die Formulierung des Berufungsgerichts eindeutig und auch (wegen des angeblichen Fehlens der Wörter „und/oder“ vor „in folgender graphischer Gestaltung“) nicht in sich sinnlos, es liegt damit hier keine offensichtliche, iSd § 419 ZPO berichtigungsfähige Unrichtigkeit vor. Eine solche Berichtigung kommt wohl auch bei sinnstörenden Auslassungen, die am wahren Willen des Gerichts keinen Zweifel lassen, in Betracht (9 ObA 30/98x). Nach dem insoweit aber eindeutigen Spruch des Berufungsgerichts ist der Beklagten untersagt, das Zeichen „ABSOLUT“ (nur) mit bestimmten Zusätzen in einer näher beschriebenen graphischen Gestaltung zu verwenden. Da der Spruch somit einen Sinn ergibt, gehen die Ausführungen der Klägerin, dass der „in

sich sinnlose Spruch“ zu berichtigen sei, ins Leere. Die Klägerin blendet dabei aus, dass die von ihr behauptete (angeblich sinnlose) Bedeutung der Entscheidung auch dann gegeben wäre, wenn man das von ihr vermisste Wort „und“ ergänzt.

[49] 8.2 Die klägerischen Marken sind aufgrund des bereits rechtskräftigen Teils der Entscheidung damit nach keiner der geltend gemachten Ansprüche dagegen geschützt, als Bestandteil einer Domain genutzt zu werden. Daraus folgt, dass auch kein markenrechtlicher Anspruch auf Löschung der Domain bestehen kann. Denn ein solcher Anspruch wäre wegen der Zulässigkeit der Nutzung als Domain durch keinen gleich weit reichenden Unterlassungsanspruch gedeckt; er ginge über das hinaus, was der Markeninhaber materiell-rechtlich verlangen kann (vgl 4 Ob 223/12s, Skorpion/scorpio). Entsprechendes gilt für die anderen Anspruchsgrundlagen.

[50] 8.3 Mangels eines rechtswidrigen Zustands bei der Benutzung der Domains (und Facebookseiten) ist der Beseitigungsanspruch in diesem Umfang daher zu verneinen.

[51] 9. Der Revision war daher in Ansehung des Beseitigungsanspruchs teilweise Folge zu geben und das Ersturteil in diesem Umfang wiederherzustellen.

[52] 10. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO. Die Klägerin war in erster Instanz jeweils mit einem Teil ihrer vier Begehren erfolgreich, wobei in der Gesamtschau von einem gleichteiligen Obsiegen auszugehen ist, sodass es zur Kostenaufhebung kommt. Gemäß § 43 Abs 1 Satz 3 ZPO hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz ihrer halben

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)