

Der Oberste Gerichtshof hat durch 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***** GmbH, *****, vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die beklagte Partei Dr. E***** L*****, vertreten durch Dr. Johannes Dörner und Dr. Alexander Singer, Rechtsanwälte in Graz, wegen Unterlassung, Beseitigung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 18.000 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 21. Jänner 2010, GZ 1 R 3/10h-15, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 25. Oktober 2009, GZ 10 Cg 126/09y-10, abgeändert wurde, folgenden

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionskurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Dem Rekursgericht wird eine neuerliche, nach Ergänzung des Rekursverfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin gegen den Beklagten auf das Unterbleiben von Verstößen gegen das Markenrecht der Klägerin beantragte die Klägerin, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu unterlassen, ohne Zustimmung der Klägerin die von der Klägerin registrierte Marke „Arthrobene“, insbesondere auf der Internetseite „www.s****.at“ und/oder in einem Buch, zu bewerben und/oder anzubieten und/oder auf eine sonstige Art iSd § 10a MSchG zu benutzen. Die Klägerin sei Inhaberin einer als Gemeinschaftsmarke eingetragenen Wortmarke, mit der sie ua Gelenkscapseln und Muskelsalben bezeichne. Der Beklagte verletzte ihre Marke dadurch, dass er der Marke ähnliche Zeichen für gleiche Waren in verwechslungsfähiger Weise verwende, indem er seine Produkte „Arthrobene Disc“ und „Arthrobene Rescue“ in einem Buch und im Internet bewerbe und sie zum Kauf anbiete.

Der Beklagte bestritt das Sicherungsbegehren. Er sei Alleingesellschafter der Klägerin und nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet, sich zu den Produkten der Marke der Klägerin zu bekennen und diese zu fördern. Die Klägerin habe seinem Verhalten zugestimmt.

Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag statt. Es hielt folgenden Sachverhalt für bescheinigt: Die Klägerin ist aufgrund des Einbringungsvertrags vom 11. 9. 2007 Gesamtrechtsnachfolgerin der A**** OEG und durch Rechtsübergang vom 27. 6. 2008 Inhaberin der am 16. 3. 2007

unter Nr 005116711 eingetragenen Gemeinschaftswortmarke „Arthrobene“. Die Klägerin bringt unter dieser Marke Gelenkscapseln, Muskelsalbe, Gelenksgel (Bindegewebsgelee) und verschiedene Öle in Österreich in Verkehr. Der Beklagte, ein Facharzt der Orthopädie, ist Gesellschafter der Klägerin. Er betreibt im Zuge seiner beruflichen Tätigkeit die Internetseite „www.s*****.at“ und ist Autor des von ihm vertriebenen Buchs „*****“. Auf seiner Homepage und in seinem Buch bewirbt der Beklagte die Produkte „Arthrobene Disc“ und „Arthrobene Rescue“, die sich noch in der Entwicklungsphase befinden und noch nicht vertrieben werden; diese Produkte fallen in die selben Warenklassen wie die von der Klägerin vertriebenen Erzeugnisse. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin den Beklagten zur Nutzung der Marke „Arthrobene“ ermächtigt hat. Ein Lizenzvertrag vom 17. 8. 2005 zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der N***** KEG ist nur vom zuletzt genannten Unternehmen unterfertigt worden. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte aufgrund dieses Vertrags zur Verwendung der Gemeinschaftsmarke „Arthrobene“ berechtigt ist. Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin enthält die Bestimmung: „Die Gesellschafter bekennen sich zu den Produkten der Marke Arthrobene.“

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass der Beklagte in Markenrechte der Klägerin eingreife, da er das geschützte Zeichen auf seiner Homepage verwende. Dies sei eine Benutzungshandlung iSd § 10a MSchG ungeachtet des Umstands, dass Produkte unter den Bezeichnungen „Arthrobene Disc“ und „Arthrobene Rescue“ noch gar nicht in vertriebsfähiger Form vorlägen. Es bestehe Verwechslungsgefahr, weil die Marke in den vom Beklagten verwendeten Produktbezeichnungen nicht nur zur Gänze

übernommen werde, sondern auch den prägenden Zeichenbestandteil bilde. Die angesprochenen Verkehrskreise gingen deshalb von einer Serienmarke aus und ordneten die damit gekennzeichneten Produkte der Klägerin oder zumindest einem mit ihr verbundenen Unternehmen zu. Dass der Beklagte aufgrund eines Lizenzvertrags zum Gebrauch der Klagsmarke berechtigt sei, habe er weder vorgebracht, noch sei dies dem bescheinigten Sachverhalt zu entnehmen, zumal der Beklagte nicht Partei des Lizenzvertrags Beil ./I sei.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab; es sprach - auf Antrag der Klägerin gemäß § 528 Abs 2a ZPO iVm § 508 Abs 3 ZPO - aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Infolge Rechtsrüge sei die angefochtene Entscheidung in jeder Hinsicht rechtlich zu überprüfen. Das Sicherungsbegehren sei zum Teil nicht schlüssig und zum Teil unbestimmt. § 10 MSchG verschaffe dem Markeninhaber keinen in dieser Allgemeinheit formulierbaren Anspruch darauf, Dritten die Bewerbung oder den Vertrieb der mit der Marke versehenen Produkte (oder der Marke selbst) zu verbieten. Die Klägerin habe als Inhaberin eines Markenrechts zwar einen Anspruch darauf, dass der Beklagte die geschützte Marke nicht iSd § 10a MarkenschutzG „benutze“ (welche Bestimmung beispielhaft definiere, was als Benutzung anzusehen sei). Das Zitat dieser sehr weit gefassten Gesetzesbestimmung genüge dem Bestimmtheitsgebot im Sicherungsverfahren (§ 389 Abs 1 EO, § 405 ZPO) nicht. Ein Urteilsbegehren, das nur abstrakt darauf abziele, jemandem den Verstoß (also jeden Verstoß) gegen eine Gesetzesbestimmung mit aufzählendem Inhalt zu verbieten, sei nicht vollstreckbar. Zwar sei auch das Rekursgericht grundsätzlich berechtigt, dem Spruch einer einstweiligen Verfügung eine klarere und deutlichere - vom Begehren abweichende - Fassung zu geben,

wenn diese in den Behauptungen der gefährdeten Partei eine eindeutige Grundlage finde und sich auch im Wesentlichen mit dem Begehren decke. Dem Gericht sei jedoch verwehrt, erst ein umfangreiches Vorbringen der Klägerin auszuwerten, um so den begehrten Spruch, dessen von der Partei stammende Formulierung keine Anhaltspunkte für das konkret zu unterlassende Verhalten enthalte, so umzuformulieren (hier: erst neu zu textieren), bis sich ein ausreichend konkretes vollstreckbares Verbot ergebe, zumal auch das Klagebegehren in seinem auf die Unterlassung abzielenden Teil keine andere Formulierung enthalte als der Sicherungsantrag.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil das Rekursgericht von Grundsätzen höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Bestimmtheit eines Unterlassungsgebots und zur Befugnis, ein solches zu modifizieren, abgewichen ist; das Rechtsmittel ist berechtigt im Sinne seines hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags.

Die Klägerin macht geltend, ihr Sicherungsbegehren sei ausreichend bestimmt und damit vollstreckbar, weil es auf konkret beschriebene Formen unbefugter Nutzung von Marken abstelle; ein allenfalls zu weit gefasstes Begehren wäre durch Abweisung eines unberechtigten Mehrbegehrens einzuschränken gewesen.

1. Bei Fassung des Unterlassungsgebots sind die prozessuale Frage nach der ausreichenden Bestimmtheit des Begehrens und die - nach dem materiellen Recht zu beurteilende - Frage, wie weit das Begehren angesichts der begangenen oder drohenden Rechtsverletzung gehen darf, auseinanderzuhalten (RIS-Justiz RS0037518).

2.1. Welche Anforderungen an die Konkretisierung (Bestimmtheit) des Rechtsschutzbegehrens zu stellen sind, hängt von den Besonderheiten des anzuwendenden

materiellen Rechts und den Umständen des Einzelfalls ab. Die Anforderungen sind danach in Abwägung des zu schützenden Interesses des Antragsgegners, sich gegen das Rechtsschutzbegehren verteidigen zu können, sowie seines Interesses an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des Antragstellers an einem wirksamen Rechtsschutz festzulegen. Dem Begehren muss unter Berücksichtigung des Sprach- und Ortsgebrauchs und nach dem Verständnis der beteiligten Verkehrskreise zu entnehmen sein, was begehrt ist (vgl. 4 Ob 86/07m mwN). Auch die Bestimmtheit von Sachleistungsbegehren ergibt sich aus dem Maßstab des allgemeinen Verkehrs und der ortsspezifischen Sprachregeln, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein Klagebegehren in der Regel nur ausreichend bestimmt ist, wenn ein stattgebendes Urteil Grundlage einer Exekution sein könnte (vgl. RIS-Justiz RS0037469 [T1]).

2.2. Unterlassungsgebote müssen demnach das verbotene Verhalten so deutlich umschreiben, dass sie dem Beklagten als Richtschnur für sein zukünftiges Verhalten dienen können. Diesem Erfordernis genügen nicht näher konkretisierte, allgemeine Begriffe nicht, sondern es muss in einer für das Gericht und die Parteien unverwechselbaren Weise feststehen, was geschuldet wird (RIS-Justiz RS0119807; 4 Ob 49/06v). Dem Beklagten kann nicht ganz generell aufgetragen werden, sich rechtmäßig zu verhalten (4 Ob 29/07d - Gebrauchsanleitung; 17 Ob 22/07w - personalshop.de).

2.3. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts kennzeichnet das Sicherungsbegehren im Anlassfall die Unterlassungspflicht jedenfalls in ihrem Kern so deutlich, dass ihre Verletzung gemäß § 355 EO in Exekution gezogen werden

kann. Die Klägerin strebt (wie sich aus ihrem Begehren und Vorbringen zu den behaupteten Verletzungshandlungen ergibt) an, dem Beklagten zu verbieten, a) Produkte mit der Marke der Klägerin zu bewerben, b) solche Produkte anzubieten, und c) ihre Marke (ganz allgemein) zu benutzen. Alle drei derart beschriebenen Verhaltensweisen sind ausreichend bestimmt: Die beteiligten Verkehrskreise und damit auch der Beklagte haben ausreichend konkrete Vorstellungen davon, was mit den Begriffen „Bewerben und Anbieten markierter Produkte“ bzw „Benutzen einer Marke“ gemeint ist, zumal das angestrebte Verbot durch die beiden Zusätze „insbesondere auf einer bestimmten Internetseite und/oder in einem Buch“ und „auf eine sonstige Art iSd § 10a MSchG“ noch näher illustriert und verdeutlicht wird.

3.1. Erst in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob ein - wie hier - ausreichend konkretes Unterlassungsgebot allenfalls zu weit gefasst ist. Ob dies der Fall ist, hängt vor allem von der festgestellten Verletzungshandlung ab. Ein Unterlassungsgebot hat sich in seinem Umfang nämlich am konkreten Verstoß zu orientieren (RIS-Justiz RS0037645, RS0037607 [T34]); es ist daher auf die konkrete Verletzungshandlung sowie - um Umgehungen durch den Verpflichteten nicht allzu leicht zu machen (vgl RIS-Justiz RS0037733, RS0037607) - auf ähnliche Fälle einzuengen (grundlegend: 4 Ob 49/06v). Die an sich wegen der Gefahr von Umgehungen gerechtfertigte weite Fassung von Unterlassungsgeboten darf nur so weit gehen, als die Befürchtung gerechtfertigt ist, der Beklagte werde auch jene Verletzungshandlungen begehen, die unter das weit gefasste Unterlassungsgebot fallen (RIS-Justiz RS0037607 [T38]). Ein seinem Umfang nach berechtigtes Begehren ist aber als Minus im zu weiten Sicherheitsantrag enthalten (4 Ob 49/06v uva).

3.2. Hier hat die Klägerin bestimmte Verletzungshandlungen indirekt mittels Hinweises auf eine Gesetzesbestimmung (§ 10a MSchG) umschrieben und zum Gegenstand ihres Sachantrags gemacht. Dessen Berechtigung ist zunächst daran zu messen, ob der Beklagte Verhaltensweisen, wie sie die angeführte Gesetzesstelle in vier Ziffern näher umschreibt, zu verantworten hat oder ob aufgrund seines bisherigen Verhaltens damit zu rechnen ist, dass er sich in Zukunft so verhält. Ein danach allenfalls zu erlassendes Unterlassungsgebot wird sodann dahin umzuformulieren sein, dass darin bestimmte Verhaltensweisen direkt beschrieben werden.

3.3. Zu einer solchen Modifizierung und Neufassung des Begehrens ist das Gericht berechtigt, sofern es dem Begehren nur eine klarere und deutlichere, dem tatsächlichen Begehren und Vorbringen des Klägers entsprechende Fassung gibt (vgl. RIS-Justiz RS0039357, RS0041254 [T2, T4, T12, T13]). Bei der Neufassung des Spruchs hat sich das Gericht im Rahmen des vom Kläger Gewollten und damit innerhalb der von § 405 ZPO gezogenen Grenzen zu halten (4 Ob 32/03i). Diese Grenze wird nicht überschritten, wenn der Spruch nur verdeutlicht, was nach dem Vorbringen ohnedies begehrt ist (RIS-Justiz RS0039357 [T27]; 17 Ob 23/08v).

4. Ausgehend von einer unrichtigen Rechtsansicht hat das Rekursgericht den Sicherungsantrag mit einer unzutreffenden Begründung abgewiesen und deshalb das Rechtsmittel der Klägerin (insbesondere die darin enthaltene Beweisrüge) nicht vollständig behandelt. Dieser Verfahrensmangel ist geeignet, die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern (vgl. § 503 Z 2 ZPO). Die Rechtssache ist deshalb an das

Rekursgericht zurückzuverweisen und ihm aufzutragen, neuerlich über das Rechtsmittel zu entscheiden.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 13. Juli 2010

Dr. G r i s s

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: