

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Rainer Kornfeld, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei C***** AG, *****, vertreten durch Mag. Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wegen Wiederaufnahme des Verfahrens AZ 19 Cg 31/04m des Handelsgerichts Wien (Streitwert 36.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 7. November 2011, GZ 2 R 111/11z-5, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 9. Mai 2011, GZ 19 Cg 52/11k-2, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin begehrt (teilweise) Wiederaufnahme eines vor dem Erstgericht geführten verbundenen Verfahrens. Die hier Beklagte beehrte dort, die Wiederaufnahmsklägerin schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, auf dem Gebiet der Europäischen Union Schokoladeosterhasen in Goldfolie herzustellen, anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben, insbesondere aus dem Gebiet der Europäischen Union auszuführen und/oder auf andere Weise, auch unentgeltlich, in Verkehr zu bringen, die dem durch die Gemeinschaftsmarke der Beklagten geschützten Goldhasen verwechselbar ähnlich sind, insbesondere Schokoladeosterhasen entsprechend einer dem Urteil angeschlossenen Anlage, sie beehrt weiters Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung.

Die (hier) Klägerin erhob Widerklage und beehrte die Löschung der Gemeinschaftsmarke nach Art 7 Abs 1 lit c, d und e GMV sowie wegen bösgläubiger Markenmeldung.

Das Erstgericht erkannte mit Urteil vom 31. März 2011 die Wiederaufnahmsklägerin im Sinn des Unterlassungsbegehrens (Punkt 1), des Rechnungslegungsbegehrens (Punkt 2) und des Veröffentlichungsbegehrens (Punkt 3) schuldig. Das Widerklagebegehren wies das Erstgericht hingegen ab (Punkt 5).

Mit der gegenständlichen Wiederaufnahmsklage beantragt die Klägerin, das mit dem genannten Urteil geschlossene Verfahren zu den Punkten 1 und 3 des Urteilsspruchs (Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren) wiederaufzunehmen. Es bilde einen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, dass

die Klägerin am 20. Dezember 2010 Kenntnis von dem am 17. Dezember 2010 ergangenen Urteil T-336/08 des EuG erhalten habe, welches neue Tatsachen und Beweismittel enthalte, deren Vorbringen und Benutzung im wiederaufzunehmenden Verfahren eine für die Klägerin günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte. Das EuG habe in der genannten Entscheidung ausgesprochen, dass eine bis auf den Schriftzug „Lindt Goldhase“ mit der im wiederaufzunehmenden Verfahren gegenständlichen Marke der Beklagten idente Marke keine Unterscheidungskraft iSd Art 7 Abs 1 lit b GMV in der gesamten Union habe. Ausschließlich Deutschland betreffende Unterlagen ließen den Schluss nicht zu, dass die angemeldete Marke in der gesamten Union durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hätte. Vorbringen und Benutzung dieser Entscheidung hätten im wiederaufzunehmenden Verfahren eine für die Klägerin günstigere Entscheidung herbeigeführt, weil damit klargestellt sei, dass der Schutzzumfang der im wiederaufzunehmenden Verfahren beurteilten Marke auf den Schriftzug „Lindt Goldhase“ beschränkt und dementsprechend eng zu bemessen sei, sodass keine Verwechslungsgefahr mit dem „Prachthasen“ der Klägerin bestehe und dass der im wiederaufzunehmenden Verfahren beurteilten Marke selbst 2004 noch keine unionsweite Verkehrsgeltung zugekommen sei, sodass deren Anmeldung 2000 jedenfalls bösgläubig erfolgt sei. Die Beklagte habe damals über keine unionsweite Benutzungsmarke verfügt.

Das Erstgericht wies die Wiederaufnahmsklage zurück.

Das Rekursgericht bestätigte die Klagezurückweisung und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil das Rekursgericht der

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gefolgt sei. Unter den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO falle nicht, dass das Gericht im Vorprozess eine Vorfrage selbst beurteilt habe und in der Folge eine abweichende Entscheidung der zuständigen Behörde oder des zuständigen Gerichts ergehe. Die Entscheidung des EuG, die nach Auffassung der Wiederaufnahmsklägerin eine andere Entscheidung im Vorprozess bewirken könne, habe sich nicht auf die im Vorprozess gegenständliche Gemeinschaftsmarke bezogen. Ein behördliches Erkenntnis falle nach der Systematik der österreichischen Zivilprozessordnung nicht unter den Begriff der „neuen Tatsache oder Beweismittel“ und damit den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, weil sonst die Wiederaufnahmsgründe nach § 530 Abs 1 Z 5 und 6 ZPO überflüssig wären.

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin, mit dem sie die Aufhebung der Klagezurückweisung und die Rückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur Einleitung des Verfahrens über die Wiederaufnahmsklage anstrebt, ist nicht zulässig.

Die Wiederaufnahmsklägerin strebt ausdrücklich nur die Wiederaufnahme jenes Verfahrens an, dessen Gegenstand das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren der (hier) Beklagten wegen Verletzung der Gemeinschaftsmarke der Beklagten zum Gegenstand hatte. Die ursprünglich weitere Anspruchsgrundlage (zugunsten der Beklagten eingetragene österreichische Marke) schied bereits als Anspruchsgrundlage aus.

Anders als nach nationalem österreichischem Recht ist das Gericht im Verfahren wegen Verletzung einer Gemeinschaftsmarke nur in beschränktem Umfang befugt, die

Rechtsgültigkeit der Marke zu prüfen. Nach Art 99 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (GMV) haben die Gemeinschaftsmarkengerichte von der Rechtsgültigkeit der Gemeinschaftsmarke auszugehen, sofern diese nicht durch den Beklagten mit einer Widerklage auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit angefochten wird (17 Ob 17/09p mwN).

Da die Klägerin ausdrücklich nur das die Markenverletzung betreffende Vorverfahren wiederaufnehmen will, sind allfällige Auswirkungen des als neues Beweismittel nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ins Treffen geführten Urteils des EuG vom 17. Dezember 2010, T-336/08, auf die Beurteilung der Rechtsgültigkeit der Gemeinschaftsmarke, welche ausschließlich Gegenstand des von der Wiederaufnahmsklage nicht erfassten Verfahrens über die von der Klägerin angestrebte Nichtigerklärung der Gemeinschaftsmarke der Beklagten hier nicht zu erörtern. Abgesehen davon, dass mangelnde Unterscheidungskraft oder Verkehrsgeltung nicht - allenfalls aufgrund neu benutzbarer Beweismittel neu zu beurteilende - Tatsachen, sondern vielmehr Rechtsfragen sind (vgl RIS-Justiz RS0043586), sind diese Fragen im Verfahren über die Verletzung der Gemeinschaftsmarke, dessen Wiederaufnahme die Klägerin anstrebt, ebenso wenig zu behandeln wie die allfällige Bösgläubigkeit der Beklagten bei der Markenmeldung (auf deren Beurteilung das von der Klägerin ins Treffen geführte Urteil des EuG nach ihrem Standpunkt ebenso wirke).

Entgegen dem von der Klägerin auch in dritter Instanz noch vertretenen Standpunkt vermag die Entscheidung des EuG über die Rechtsbeständigkeit der Gemeinschaftsmarke der Beklagten, welche sich von der

Gemeinschaftsmarke der Beklagten, die Gegenstand des von der Wiederaufnahmsklage betroffenen Verfahrens war, nur dadurch unterscheidet, dass das Firmenlogo der Beklagten fehlt, keine Auswirkung auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Markenverletzungsstreit zu entfalten.

Bei der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere die Elemente zu berücksichtigen sind, die die Marke und das sie nach der Behauptung des Klägers verletzende Zeichen unterscheiden und dominieren. Es kommt entscheidend darauf an, wie die Marke und das Zeichen auf den Durchschnittsverbraucher dieser Art von Waren oder Dienstleistungen wirken. Der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke/ein Zeichen normalerweise als Ganzes wahr und achtet nicht auf die Einzelheiten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die beiden Zeichen regelmäßig nicht gleichzeitig wahrgenommen werden und dass der Grad der Aufmerksamkeit von der Art der Ware und Dienstleistung abhängt. Diese Grundsätze gelten auch für Formmarken (4 Ob 239/04g mwN). Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der Gesamteindruck maßgebend, den der Durchschnittsbetrachter von der Formmarke der Beklagten gewinnt; eine Zergliederung in schutzfähige und schutzunfähige Bestandteile, wie sie die Klägerin offenbar vornehmen will, ist nicht zulässig. Der erkennende Senat sprach bereits zu 4 Ob 239/04g aus, dass der Umstand, dass der „Prachthase“ der Klägerin, anders als der den Gegenstand der Formmarke bildende Hase, keine Aufschrift und auch keine Schelle trägt, die Verwechslungsgefahr nicht auszuschließen vermag. Ihr Fehlen wird regelmäßig nur bei

einem direkten Vergleich auffallen und bedeutet nicht, dass es sich um einen Schokoladehasen eines anderen Erzeugers handeln muss. Beide Abweichungen liegen innerhalb der Bandbreite, wie sie auch bei aus ein- und demselben Unternehmen stammenden Erzeugnissen vorkommen kann und, was die fehlende Angabe des Wortbestandteils der Marke betrifft, beim gleichzeitigen Vertrieb einer Ware im (normalpreisigen) Lebensmitteleinzelhandel und im Lebensmitteldiskonthandel nicht unüblich ist.

Die von der Revisionsrekurswerberin aufgeworfene und als erheblich nach § 528 Abs 1 ZPO bezeichnete Frage, ob bereits früher vorhandene Tatsachen in erst später entstandenen Beweismitteln eine Wiederaufnahmsklage rechtfertigen, insbesondere wenn eine auf schon früher vorhandenen Tatsachen beruhende, erst später ergangene Entscheidung das Beweismittel bildet, ist in diesem Fall daher nicht zu beantworten.

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist daher zurückzuweisen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. Jänner 2012

Dr. S c h e n k

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: