

# TE OGH 2008/10/20 1R167/08y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.10.2008

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Rassi und die KR Mag. Ehrlich-Adam in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* S.A., 30 Avenue Montaigne, F-75008 Paris, Frankreich, vertreten durch Schwarz Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei H\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\*, Kaufmann, Lahrndorferstraße 134, 4451 Garsten, vertreten durch Lechner, Wirleitner Oberlindoer Niedermayr, Rechtsanwälte in Steyr, wegen Rechnungslegung und Auskunftserteilung, über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 11.07.2008, 17 Cg 59/07v-12 (Berufungsinteresse EUR 8.200,-), in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird in der Hauptsache nicht Folge gegeben. Hingegen wird der Berufung im Kostenpunkt teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin geändert, dass dessen Punkt 3 zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.706,96 (darin enthalten EUR 139,61 Barauslagen und EUR 261,23 USt) bestimmten Kosten zu Handen der Klagevertreterin binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.082,93 (darin UST EUR 180,49) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 4.000,-, nicht aber EUR 20.000,--.

Die Revision ist nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin begehrte die Unterlassungsverpflichtung des Beklagten, Tücher anzubieten, zu vertreiben, in den Verkehr zu bringen oder zu importieren, die mit einer für die Klägerin eingetragenen Gemeinschaftsmarke bzw internationalen Marke versehen oder mit Zeichen gekennzeichnet sind, die mit den Marken der Klägerin verwechselbar ähnlich sind. Weiters stellte sie ein Beseitigungs-, Rechnungslegungs-, Auskunfts- und Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die Klägerin bewertete den Unterlassungsanspruch mit EUR 24.100,-- den Rechnungslegungs- und den Auskunftsanspruch mit jeweils EUR 4.100,-- und den Beseitigungs- bzw Veröffentlichungsanspruch jeweils mit EUR 2.000,--.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 13.11.2007 schlossen die Streitteile einen Teilvergleich. Darin verpflichtete sich der Beklagte zur Unterlassung bzw zur Beseitigung entsprechend dem Klagebegehren. Auf das Veröffentlichungsbegehren wurde verzichtet. Die Parteien trafen im Teilvergleich über die Kosten des Verfahrens keine Regelung.

Vom Vergleich nicht umfasst war das Rechnungslegungs- und Auskunftsbegehren. Dagegen wandte der Beklagte ein, dass das Rechnungslegungsbegehren nicht berechtigt sei, weil bei ihm im Zuge einer Hausdurchsuchung sämtliche im Zusammenhang mit der angekauften Ware stehenden Rechnungen beschlagnahmt bzw fotokopiert worden seien.

Die Klägerin verfüge bereits über alle Unterlagen, sodass ein gesonderter Rechnungslegungsanspruch nicht mehr bestehe. Auch das Auskunftsbegehren sei durch die polizeiliche Beschlagnahmung erledigt. Sowohl zum Rechnungslegungsbegehren als auch zum Auskunftsbegehren brachte der Beklagte weiter vor, dass eine genaue Auflistung der von der Markenrechtsverletzung betroffenen Tücher nicht möglich sei, weil darüber nur pauschal Eingangs- und Ausgangsrechnungen gelegt würden. Diese würden nur die Bezeichnung „Tücher“ ohne Angaben der Farbe, des Musters etc aufweisen. Die Klägerin replizierte und brachte vor, dass beide Begehren schon deshalb nicht erfüllt seien, weil bei den vorliegenden Unterlagen weder die Namen noch weitere Details ausgeführt seien. Mit der angefochtenen Entscheidung gab das Erstgericht dem Rechnungslegungs- und Auskunftsbegehren statt und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin die mit EUR 4.278,40 bestimmten Prozesskosten zu ersetzen. Unter Bezugnahme auf die vorgelegten Urkunden und die Einvernahme des Beklagten stellte das Erstgericht fest, dass mit den im Strafverfahren beschlagnahmten Unterlagen und insbesondere der vorgelegten Urkunde ./M die einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung entsprechenden Daten nicht entnommen werden können. Vielmehr bedarf es dazu Erhebungen bei Lieferanten und Kunden, die nur der Beklagte durchführen kann und nicht der Klägerin zugemutet werden dürfen. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht von der durch den Teilvergleich zugestandenen Markenrechtsverletzung durch den Beklagten aus. Die Stattgabe des Rechnungslegungsbegehrens stützte das Erstgericht auf § 55 MschG iVm § 151 PatentG. Weiters sah das Erstgericht eine Pflicht des Beklagten zur Auskunftserteilung nach § 55a Abs 1 MschG erfüllt. Der Argumentation des Beklagten, dem Rechnungslegungs- und Auskunftsbegehren sei bereits durch die Beschlagnahme im Strafverfahren entsprochen worden, könne nicht gefolgt werden, weil es der Aufbereitung dieser Urkunden bedürfe. Es seien dazu Erhebungen durch den Beklagten, der zu diesem Zweck allein den Kontakt zu den Lieferanten und Kunden herstellen könne, erforderlich, damit nachvollziehbare Daten über Menge, Preis, Herkunft, Absatz etc der kennzeichenverletzenden Waren an die Klägerin geliefert werden könnten. Die Klägerin verfüge bereits über alle Unterlagen, sodass ein gesonderter Rechnungslegungsanspruch nicht mehr bestehe. Auch das Auskunftsbegehren sei durch die polizeiliche Beschlagnahmung erledigt. Sowohl zum Rechnungslegungsbegehren als auch zum Auskunftsbegehren brachte der Beklagte weiter vor, dass eine genaue Auflistung der von der Markenrechtsverletzung betroffenen Tücher nicht möglich sei, weil darüber nur pauschal Eingangs- und Ausgangsrechnungen gelegt würden. Diese würden nur die Bezeichnung „Tücher“ ohne Angaben der Farbe, des Musters etc aufweisen. Die Klägerin replizierte und brachte vor, dass beide Begehren schon deshalb nicht erfüllt seien, weil bei den vorliegenden Unterlagen weder die Namen noch weitere Details ausgeführt seien. Mit der angefochtenen Entscheidung gab das Erstgericht dem Rechnungslegungs- und Auskunftsbegehren statt und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin die mit EUR 4.278,40 bestimmten Prozesskosten zu ersetzen. Unter Bezugnahme auf die vorgelegten Urkunden und die Einvernahme des Beklagten stellte das Erstgericht fest, dass mit den im Strafverfahren beschlagnahmten Unterlagen und insbesondere der vorgelegten Urkunde ./M die einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung entsprechenden Daten nicht entnommen werden können. Vielmehr bedarf es dazu Erhebungen bei Lieferanten und Kunden, die nur der Beklagte durchführen kann und nicht der Klägerin zugemutet werden dürfen. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht von der durch den Teilvergleich zugestandenen Markenrechtsverletzung durch den Beklagten aus. Die Stattgabe des Rechnungslegungsbegehrens stützte das Erstgericht auf Paragraph 55, MschG in Verbindung mit Paragraph 151, PatentG. Weiters sah das Erstgericht eine Pflicht des Beklagten zur Auskunftserteilung nach Paragraph 55 a, Absatz eins, MschG erfüllt. Der Argumentation des Beklagten, dem Rechnungslegungs- und Auskunftsbegehren sei bereits durch die Beschlagnahme im Strafverfahren entsprochen worden, könne nicht gefolgt werden, weil es der Aufbereitung dieser Urkunden bedürfe. Es seien dazu Erhebungen durch den Beklagten, der zu diesem Zweck allein den Kontakt zu den Lieferanten und Kunden herstellen könne, erforderlich, damit nachvollziehbare Daten über Menge, Preis, Herkunft, Absatz etc der kennzeichenverletzenden Waren an die Klägerin geliefert werden könnten.

Von einer tatsächlichen und/oder rechtlichen Unmöglichkeit dieser Leistung durch den Beklagten könne keine Rede sein, weil er seine Beziehungen zu Lieferanten und Abnehmern nutzen könne und müsse, um die erforderlichen Angaben und Belege zur überprüfbaren Rechnungslegung zu ermitteln und beizuschaffen.

## **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten wegen mangelhafter Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich der Geltendmachung eines sekundären Verfahrensmangels. Weiters bekämpft der Beklagte auch die Kostenentscheidung. Er beantragt, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das restliche Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. In eventu wird beantragt, die im Urteil enthaltene Kostenentscheidung dahin abzuändern, dass dem Beklagten nur ein Prozesskostenersatz in Höhe von EUR 1.706,39 auferlegt werde. Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben. Die Berufung ist in der Hauptsache nicht berechtigt, hingegen ist die Berufung im Kostenpunkt teilweise berechtigt.

Zur Berufung in der Hauptsache:

Die Beweisrügen des Beklagten ist aus mehrfachen Gründen verfehlt. Zum einen ist die Beweisrügen nicht gesetzmäßig ausgeführt. Um die Beweisrügen im Sinne der Rechtsprechung „gesetzmäßig“ auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber angeben (zumindest deutlich zum Ausdruck zu bringen), a.) welche konkrete Feststellung bekämpft wird, b.) in Folge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, c.) welche Feststellung begehrte wird und d.) aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (7 Ob 752/79; 1 Ob 659/85; Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 471 ZPO Rz 8). Aus der Beweisrügen des Beklagten ist nicht zu entnehmen, welche konkrete Feststellung bekämpft wird und warum die Beweiswürdigung des Erstgerichtes unrichtig sein soll. Schließlich wird auch nicht ausgeführt, aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrten Feststellungen zu treffen gewesen wären. Es reicht nicht aus, dass der Beklagte lapidar darauf hinweist, dass das Beweisverfahren konkrete, angeblich unwidersprochen gebliebene Ergebnisse erbracht hätte. Die Beweisrügen des Beklagten ist aus mehrfachen Gründen verfehlt. Zum einen ist die Beweisrügen nicht gesetzmäßig ausgeführt. Um die Beweisrügen im Sinne der Rechtsprechung „gesetzmäßig“ auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber angeben (zumindest deutlich zum Ausdruck zu bringen), a.) welche konkrete Feststellung bekämpft wird, b.) in Folge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, c.) welche Feststellung begehrte wird und d.) aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (7 Ob 752/79; 1 Ob 659/85; Kodek in Rechberger<sup>3</sup> Paragraph 471, ZPO Rz 8). Aus der Beweisrügen des Beklagten ist nicht zu entnehmen, welche konkrete Feststellung bekämpft wird und warum die Beweiswürdigung des Erstgerichtes unrichtig sein soll. Schließlich wird auch nicht ausgeführt, aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrten Feststellungen zu treffen gewesen wären. Es reicht nicht aus, dass der Beklagte lapidar darauf hinweist, dass das Beweisverfahren konkrete, angeblich unwidersprochen gebliebene Ergebnisse erbracht hätte.

Für den Beklagten wäre auch nichts gewonnen, würde man die von ihm gewünschten Feststellungen, wonach aus den Rechnungen des Beklagten die Stückzahl der markenschutzverletzenden Tücher nicht eruiert werden könnten, der Entscheidung zugrunde legen. Wie in der rechtlichen Beurteilung noch darzulegen sein wird, geht das Rechnungslegungsbegehren bzw das Auskunftsbegehren nicht schon dann ins Leere, wenn es dem Rechnungslegungs- und Auskunftspflichtigen nicht möglich ist, aus den ihm (derzeit) vorliegenden Unterlagen eine Rechnung zu legen bzw eine entsprechende umfassende Auskunft zu erteilen. Vielmehr muss der Beklagte ihm zumutbare Erhebungen durchführen und kann sich nicht ausschließlich auf die vorliegenden Eingangs- und Ausgangsrechnungen berufen.

Die unterbliebene Feststellung zum Umfang der der Klägerin bereits vor Klagseinbringung bekannten Fakten zu den Lieferanten, Abnehmern, Eingangs- und Ausgangsrechnungen und Lieferscheinen rügt der Beklagte in der Rechtsrügen als „Verfahrensmangel und sekundären Feststellungsmangel“. Damit macht der Beklagte nicht einen Verfahrensmangel im engeren Sinn, sondern einen sogenannten rechtlichen Feststellungsmangel geltend, also den Fall, bei dem das Erstgericht in Folge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen nicht getroffen und notwendige Beweise nicht aufgenommen hat (vgl Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 496 ZPO Rz 4 mwN). Der Beklagte übersieht jedoch, dass das Erstgericht ohnedies eine zu den vermissten Feststellung korrespondierende Feststellung getroffen hat. Es legte dar, dass aufgrund der im Strafverfahren beschlagnahmten (und für die Klägerin verfügbaren) Unterlagen die einer ordnungsgemäßigen Rechnungslegung entsprechenden Daten nicht entnommen werden könnten. Ein rechtlicher Feststellungsmangel scheidet aufgrund der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen somit aus. Die unterbliebene Feststellung zum Umfang der der Klägerin bereits vor Klagseinbringung bekannten Fakten zu den Lieferanten, Abnehmern, Eingangs- und Ausgangsrechnungen und Lieferscheinen rügt der Beklagte in der Rechtsrügen als „Verfahrensmangel und sekundären Feststellungsmangel“. Damit macht der Beklagte nicht einen Verfahrensmangel im engeren Sinn, sondern einen sogenannten rechtlichen Feststellungsmangel geltend, also den Fall, bei dem das Erstgericht in Folge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen nicht getroffen

und notwendige Beweise nicht aufgenommen hat vergleiche Kodek in Rechberger<sup>3</sup> Paragraph 496, ZPO Rz 4 mwN). Der Beklagte übersieht jedoch, dass das Erstgericht ohnedies eine zu den vermissten Feststellung korrespondierende Feststellung getroffen hat. Es legt dar, dass aufgrund der im Strafverfahren beschlagnahmten (und für die Klägerin verfügbaren) Unterlagen die einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung entsprechenden Daten nicht entnommen werden könnten. Ein rechtlicher Feststellungsmangel scheidet aufgrund der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen somit aus.

Dass die Klägerin neben den Unterlagen, die im Zuge der Hausdurchsuchung beschlagnahmt bzw fotokopiert wurden, weitere Informationen über die Lieferanten, Abnehmer, Eingangs- und Ausgangsrechnungen und Lieferscheine hätte, wurde vom Beklagten nicht behauptete. Wird aber ein bestimmter Sachverhalt nicht behauptet, dann bedeutet die Unterlassung entsprechender Feststellungen keinen Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 3 ZPO (vgl Kodek aaO). In seinen weiteren Ausführungen in der Rechtsrüge (Punkt 2b der Berufung) verkennt der Beklagte das Wesen der Rechnungslegungspflicht. Der Anspruch auf Rechnungslegung dient der Vorbereitung des Anspruches auf angemessenes Entgelt und/oder Schadenersatz. Um diese Zahlungsansprüche abschätzen zu können, benötigt der in seinen Markenrechten Verletzte Auskunft über das Ausmaß der Schutzrechtsverletzung (vgl 17 Ob 5/07w). Inhalt und Umfang des Rechnungslegungsanspruches richten sich nach § 55 MSchG iVm § 151 PatentG. Nach diesen Bestimmungen ist der Verletzer zur Rechnungslegung sowie dazu verpflichtet, deren Richtigkeit durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. Für Inhalt und Umfang dieser Verpflichtung ist stets der Zweck der Rechnungslegung entscheidend; von ihm hängt es auch ab, ob zur Rechnungslegung im Einzelfall die Vorlage von Belegen gehört. Um den Zweck der Rechnungslegung zu erreichen, und zwar um den Kläger in die Lage zu versetzen, die Grundlage für seine Ansprüche auf angemessenes Entgelt, angemessene Entschädigung oder Schadenersatz gegen den Beklagten zu ermitteln, zu erreichen, schränkt die Rechtsprechung den Umfang der Rechnungslegung nicht allzusehr ein (vgl RIS-Justiz RS0120237). Zur Überprüfung der Rechnungslegung gewährt sie grundsätzlich Einsicht in die Wareneingangs- und Warenausgangsrechnung, sofern einer derartigen Einsicht nicht besondere Geheimhaltungsinteressen des Rechnungspflichtigen entgegenstehen (vgl 4 Ob 145/05k). Der Beklagte geht nun irrtümlich davon aus, dass seine Rechnungslegung ausschließlich darin bestehen soll, die ihm vorliegenden Rechnungen und Unterlagen der Klägerin vorzulegen. Damit verkennt er das Wesen des Rechnungslegungsanspruches. Dieser verpflichtet den Rechnungspflichtigen dazu, bestimmte Vermögensbewegungen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes darzustellen (vgl SZ 55/145; SZ 46/68). Vom Rechnungspflichtigen ist somit zu erwarten, dass er aus den ihm zur Verfügung stehenden bzw verfügbaren Unterlagen die entsprechenden Geschäftsvorgänge für den Rechnungslegungsberechtigten darstellt. Es ist primär eine Tätigkeit geschuldet, nämlich das Erstellen einer Rechnung. Das unterscheidet das Rechnungslegungsbegehren etwa von einem Bucheinsichtsbegehren, bei dem es sich um einen Anspruch auf Duldung (der Einsicht) handelt (vgl dazu Rassi, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891). Nach richtiger Ansicht handelt es sich dabei um verschiedene Ansprüche; ein Anspruch auf Bucheinsicht ist kein Minus gegenüber einem Begehr auf Rechnungslegung (SZ 30/54). Als Nebenansprüche stehen die genannten Rechtsbehelfe dem Informationsberechtigten meist alternativ zur Verfügung. So hat derjenige, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Angabe eines Vermögens bzw zur Rechnungslegung verpflichtet ist, in vielen Fällen auch Bucheinsicht zu gewähren und umgekehrt. In der vom Beklagten zitierten Rsp war unter anderem zu klären, inwieweit ein Rechnungspflichtiger zusätzlich zur von ihm zu erstellenden Rechnung auch Belege vorlegen bzw Einsicht gewähren muss. Diese Frage stellt sich nicht, weil der Beklagte die ihn treffende primäre Verpflichtung (Erstellen einer Rechnung) noch nicht erfüllt hat. Dass die Klägerin neben den Unterlagen, die im Zuge der Hausdurchsuchung beschlagnahmt bzw fotokopiert wurden, weitere Informationen über die Lieferanten, Abnehmer, Eingangs- und Ausgangsrechnungen und Lieferscheine hätte, wurde vom Beklagten nicht behauptete. Wird aber ein bestimmter Sachverhalt nicht behauptet, dann bedeutet die Unterlassung entsprechender Feststellungen keinen Verfahrensmangel im Sinne des Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO vergleiche Kodek aaO). In seinen weiteren Ausführungen in der Rechtsrüge (Punkt 2b der Berufung) verkennt der Beklagte das Wesen der Rechnungslegungspflicht. Der Anspruch auf Rechnungslegung dient der Vorbereitung des Anspruches auf angemessenes Entgelt und/oder Schadenersatz. Um diese Zahlungsansprüche abschätzen zu können, benötigt der in seinen Markenrechten Verletzte Auskunft über das Ausmaß der Schutzrechtsverletzung vergleiche 17 Ob 5/07w). Inhalt und Umfang des Rechnungslegungsanspruches richten sich nach Paragraph 55, MSchG in Verbindung mit Paragraph 151, PatentG. Nach diesen Bestimmungen ist der Verletzer zur Rechnungslegung sowie dazu verpflichtet, deren Richtigkeit durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. Für Inhalt und Umfang dieser

Verpflichtung ist stets der Zweck der Rechnungslegung entscheidend; von ihm hängt es auch ab, ob zur Rechnungslegung im Einzelfall die Vorlage von Belegen gehört. Um den Zweck der Rechnungslegung zu erreichen, und zwar um den Kläger in die Lage zu versetzen, die Grundlage für seine Ansprüche auf angemessenes Entgelt, angemessene Entschädigung oder Schadenersatz gegen den Beklagten zu ermitteln, zu erreichen, schränkt die Rechtsprechung den Umfang der Rechnungslegung nicht allzusehr ein vergleiche RIS-Justiz RS0120237). Zur Überprüfung der Rechnungslegung gewährt sie grundsätzlich Einsicht in die Wareneingangs- und Warenausgangsrechnung, sofern einer derartigen Einsicht nicht besondere Geheimhaltungsinteressen des Rechnungspflichtigen entgegenstehen vergleiche 4 Ob 145/05k). Der Beklagte geht nun irrtümlich davon aus, dass seine Rechnungslegung ausschließlich darin bestehen soll, die ihm vorliegenden Rechnungen und Unterlagen der Klägerin vorzulegen. Damit verkennt er das Wesen des Rechnungslegungsanspruches. Dieser verpflichtet den Rechnungslegungspflichtigen dazu, bestimmte Vermögensbewegungen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes darzustellen vergleiche SZ 55/145; SZ 46/68). Vom Rechnungslegungspflichtigen ist somit zu erwarten, dass er aus den ihm zur Verfügung stehenden bzw verfügbaren Unterlagen die entsprechenden Geschäftsvorgänge für den Rechnungslegungsberechtigten darstellt. Es ist primär eine Tätigkeit geschuldet, nämlich das Erstellen einer Rechnung. Das unterscheidet das Rechnungslegungsbegehren etwa von einem Bucheinsichtsbegehren, bei dem es sich um einen Anspruch auf Duldung (der Einsicht) handelt vergleiche dazu Rassi, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891). Nach richtiger Ansicht handelt es sich dabei um verschiedene Ansprüche; ein Anspruch auf Bucheinsicht ist kein Minus gegenüber einem Begehr auf Rechnungslegung (SZ 30/54). Als Nebenansprüche stehen die genannten Rechtsbehelfe dem Informationsberechtigten meist alternativ zur Verfügung. So hat derjenige, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Angabe eines Vermögens bzw zur Rechnungslegung verpflichtet ist, in vielen Fällen auch Bucheinsicht zu gewähren und umgekehrt. In der vom Beklagten zitierten Rsp war unter anderem zu klären, inwieweit ein Rechnungslegungspflichtiger zusätzlich zur von ihm zu erstellenden Rechnung auch Belege vorlegen bzw Einsicht gewähren muss. Diese Frage stellt sich nicht, weil der Beklagte die ihn treffende primäre Verpflichtung (Erstellen einer Rechnung) noch nicht erfüllt hat.

Die Berufung geht selbst davon aus, dass den Einkaufsrechnungen bzw Stammkundenlisten nicht zu entnehmen ist, wieviele kennzeichenverletzende Tücher eingekauft bzw weiterverkauft wurden. Auch wird das Vorbringen des Beklagten widerlegt, dass der Rechnungslegungsanspruch bereits erfüllt worden sei. Die gleichen Grundsätze können auch auf das Auskunftsbegehren angewendet werden. Wer in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt worden ist, kann Auskunft über die Herkunft und die Vertriebswege von widerrechtlich gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen verlangen, sofern dies nicht unverhältnismäßig im Vergleich zur Schwere der Verletzung wäre und nicht gegen gesetzliche Verschwiegenheitspflichten verstößen würde (vgl § 55a MSchG). In diesem Zusammenhang hat der Beklagte in seiner Parteienvernehmung auf die „beispielhafte Rechnung der Firma Damasco“ verwiesen. Seine Angaben waren aber äußerst vage, zumal weder gesichert davon auszugehen ist, dass die Firma Damasco tatsächlich der Lieferant der Tücher ist noch sonstige konkrete Angaben (zB über die Kontaktpersonen) oder nähere Details über einzelne Lieferungen oder Bestellungen gemacht wurden. Aus diesen Erwägungen wurde auch der Auskunftsanspruch noch nicht erfüllt. Die Berufung geht selbst davon aus, dass den Einkaufsrechnungen bzw Stammkundenlisten nicht zu entnehmen ist, wieviele kennzeichenverletzende Tücher eingekauft bzw weiterverkauft wurden. Auch wird das Vorbringen des Beklagten widerlegt, dass der Rechnungslegungsanspruch bereits erfüllt worden sei. Die gleichen Grundsätze können auch auf das Auskunftsbegehren angewendet werden. Wer in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt worden ist, kann Auskunft über die Herkunft und die Vertriebswege von widerrechtlich gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen verlangen, sofern dies nicht unverhältnismäßig im Vergleich zur Schwere der Verletzung wäre und nicht gegen gesetzliche Verschwiegenheitspflichten verstößen würde vergleiche Paragraph 55 a, MSchG). In diesem Zusammenhang hat der Beklagte in seiner Parteienvernehmung auf die „beispielhafte Rechnung der Firma Damasco“ verwiesen. Seine Angaben waren aber äußerst vage, zumal weder gesichert davon auszugehen ist, dass die Firma Damasco tatsächlich der Lieferant der Tücher ist noch sonstige konkrete Angaben (zB über die Kontaktpersonen) oder nähere Details über einzelne Lieferungen oder Bestellungen gemacht wurden. Aus diesen Erwägungen wurde auch der Auskunftsanspruch noch nicht erfüllt.

Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf die Unmöglichkeit, die Rechnungslegung bzw Auskunftserteilung zu erfüllen. Der Beklagte hat im Verfahren erster Instanz dazu lediglich knapp vorgebracht, dass ihm genauere Informationen nicht möglich seien, weil die Eingangs- und Ausgangsrechnungen nur pauschal gelegt worden seien. Grundsätzlich muss

auch dem Rechnungslegungs- bzw Auskunftspflichtigen die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung zugebilligt werden, woran wegen der für das gesamte Schuldrecht geltenden Regelung des § 1447 ABGB nicht zu zweifeln ist (vgl RIS-Justiz RS0115570). Eine Unmöglichkeit ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn die dem Beklagten vorliegenden Unterlagen für eine Rechnungslegung bzw Auskunftserteilung nicht ausreichen. Für eine Verurteilung genügt es, dass eine ernstzunehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance besteht, dass der Rechnungslegungs- bzw Auskunftspflichtige die dafür notwendigen Unterlagen beschaffen kann (vgl 5 Ob 163/01h). Ob Unmöglichkeit einer Leistung vorliegt, kann immer nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden (10 Ob 326/02t). Das Erstgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte hier seine Beziehungen zu den Lieferanten und Abnehmern nutzen kann, um die erforderlichen Angaben und Belege zu ermitteln und beizuschaffen. Dem schließt sich der Berufungssenat an. Ein Rechnungslegungs- und Auskunftspflichtiger ist somit zur nötigen Recherche verpflichtet, um alle relevanten Informationen zu erlangen. Wenn er dies unterlässt, handelt er schuldhaft und kann sich nicht auf die Unmöglichkeit berufen (RIS-Justiz RS0034107). Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf die Unmöglichkeit, die Rechnungslegung bzw Auskunftserteilung zu erfüllen. Der Beklagte hat im Verfahren erster Instanz dazu lediglich knapp vorgebracht, dass ihm genauere Informationen nicht möglich seien, weil die Eingangs- und Ausgangsrechnungen nur pauschal gelegt worden seien. Grundsätzlich muss auch dem Rechnungslegungs- bzw Auskunftspflichtigen die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung zugebilligt werden, woran wegen der für das gesamte Schuldrecht geltenden Regelung des Paragraph 1447, ABGB nicht zu zweifeln ist vergleiche RIS-Justiz RS0115570). Eine Unmöglichkeit ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn die dem Beklagten vorliegenden Unterlagen für eine Rechnungslegung bzw Auskunftserteilung nicht ausreichen. Für eine Verurteilung genügt es, dass eine ernstzunehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance besteht, dass der Rechnungslegungs- bzw Auskunftspflichtige die dafür notwendigen Unterlagen beschaffen kann vergleiche 5 Ob 163/01h). Ob Unmöglichkeit einer Leistung vorliegt, kann immer nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden (10 Ob 326/02t). Das Erstgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte hier seine Beziehungen zu den Lieferanten und Abnehmern nutzen kann, um die erforderlichen Angaben und Belege zu ermitteln und beizuschaffen. Dem schließt sich der Berufungssenat an. Ein Rechnungslegungs- und Auskunftspflichtiger ist somit zur nötigen Recherche verpflichtet, um alle relevanten Informationen zu erlangen. Wenn er dies unterlässt, handelt er schuldhaft und kann sich nicht auf die Unmöglichkeit berufen (RIS-Justiz RS0034107).

Zur Berufung im Kostenpunkt:

Nach § 47 ZPO gelten die (gesamten) Kosten eines (Gesamt-)Vergleiches als gegenseitig aufgehoben, wenn nicht etwas anderes vereinbart wurde. Daraus ist abzuleiten, dass bei einem Teilvergleich, mit dem nur einzelne Hauptansprüche erledigt werden, bei Fehlen einer Vereinbarung, die aliquoten Prozesskosten aufgehoben sind (Obermaier, Kostenhandbuch Rz 28; vgl auch OLG Linz 1 R 173/03x). Die Parteien haben bei einem Gesamtstreitwert von EUR 36.300,-- einen Teilvergleich über EUR 28.100,-- geschlossen. Das bedeutet mangels anderer Vereinbarung, dass 77 % der gesamten Kosten jeder Partei bis einschließlich des Vergleichsabschlusses gegeneinander aufgehoben und die restlichen 23 % weiter streitverfangene Kosten des Verfahrens sind (GIUNF 4504). Nach Paragraph 47, ZPO gelten die (gesamten) Kosten eines (Gesamt-)Vergleiches als gegenseitig aufgehoben, wenn nicht etwas anderes vereinbart wurde. Daraus ist abzuleiten, dass bei einem Teilvergleich, mit dem nur einzelne Hauptansprüche erledigt werden, bei Fehlen einer Vereinbarung, die aliquoten Prozesskosten aufgehoben sind (Obermaier, Kostenhandbuch Rz 28; vergleiche auch OLG Linz 1 R 173/03x). Die Parteien haben bei einem Gesamtstreitwert von EUR 36.300,-- einen Teilvergleich über EUR 28.100,-- geschlossen. Das bedeutet mangels anderer Vereinbarung, dass 77 % der gesamten Kosten jeder Partei bis einschließlich des Vergleichsabschlusses gegeneinander aufgehoben und die restlichen 23 % weiter streitverfangene Kosten des Verfahrens sind (GIUNF 4504).

Unter Berufung auf eine Entscheidung des Handelserichtes Wien aus dem Jahre 1935 (EvBl 1935/463) will M. Bydlinski im Zweifel annehmen, dass die endgültige Kostenbereinigung erst mit der Endentscheidung erfolgt und die Parteien durch die Nichtgeltendmachung der Kosten bezüglich der verglichenen Teilverforderung nicht um ihren Ersatzanspruch gebracht werden sollten (Bydlinski in Fasching/Konecny II/1<sup>2</sup> § 47 Rz 4). Demnach bleibe bei einem Teilvergleich die Kostenfrage offen, wenn der Vergleich die Hauptsache nicht zur Gänze erledige. Unter Berufung auf eine Entscheidung des Handelserichtes Wien aus dem Jahre 1935 (EvBl 1935/463) will M. Bydlinski im Zweifel annehmen, dass die endgültige Kostenbereinigung erst mit der Endentscheidung erfolgt und die Parteien durch die Nichtgeltendmachung

der Kosten bezüglich der verglichenen Teilstellung nicht um ihren Ersatzanspruch gebracht werden sollten (Bydlinski in Fasching/Konecny II/1<sup>2</sup> Paragraph 47, Rz 4). Demnach bleibe bei einem Teilvergleich die Kostenfrage offen, wenn der Vergleich die Hauptsache nicht zur Gänze erledige.

Dieser Ansicht kann sich das Berufungsgericht nicht anschließen. Die oben dargelegte Bestimmung des § 47 Abs 1 ZPO gilt mangels spezieller Regel auch für einen Teilvergleich. Die Parteien sind nämlich trotz Teilvergleiches ohnedies in der Lage, die Kostenentscheidung dem Gericht zu überlassen. Diese Möglichkeit besteht sowohl bei einem Gesamtvergleich (vgl SZ 65/63; RIS-Justiz RS0035866) als auch bei einem Teilvergleich. § 47 Abs 1 räumt im Vergleichsfall einer Parteienvereinbarung den Vorrang ein (vgl Obermaier aaO, Bydlinski in Fasching/Konecny aaO). Eine derartige Vereinbarung haben die Streitteile jedoch nicht getroffen sodass die Kosten des verglichenen Teils des Klagebegehrens als aufgehoben gelten. Dieser Ansicht kann sich das Berufungsgericht nicht anschließen. Die oben dargelegte Bestimmung des Paragraph 47, Absatz eins, ZPO gilt mangels spezieller Regel auch für einen Teilvergleich. Die Parteien sind nämlich trotz Teilvergleiches ohnedies in der Lage, die Kostenentscheidung dem Gericht zu überlassen. Diese Möglichkeit besteht sowohl bei einem Gesamtvergleich (vgl SZ 65/63; RIS-Justiz RS0035866) als auch bei einem Teilvergleich. Paragraph 47, Absatz eins, räumt im Vergleichsfall einer Parteienvereinbarung den Vorrang ein (vgl Obermaier aaO, Bydlinski in Fasching/Konecny aaO). Eine derartige Vereinbarung haben die Streitteile jedoch nicht getroffen sodass die Kosten des verglichenen Teils des Klagebegehrens als aufgehoben gelten.

Der Kläger war mit Hinblick auf die Wiederholungsgefahr auch nicht gezwungen, einen Teilvergleich abzuschließen. Wird vom Beklagten nur ein Teilvergleich angeboten und werden die Kosten des Vergleiches vom Ausgang des strittigen Teiles abhängig gemacht, können bewusste Unklarheiten über die Reichweite des Vergleiches zur Annahme der Wiederholungsgefahr führen (4 Ob 360/86 = ÖBI 1989,87). Das Gleiche gilt, wenn ein Teilvergleich nur unter aliquoter Aufhebung der Kosten des verglichenen Teils angeboten wird. Die Wiederholungsgefahr fällt durch ein Vergleichsangebot nur dann weg, wenn der Kläger im Vergleich alles bekommt, was er im Urteil bekommen könnte; also auch die Kosten (RIS-Justiz RS0079180 [T5] und RS0079899). Der Kläger muss es sich zurechnen lassen, einen Teilvergleich ohne eine für ihn günstige Kostenvereinbarung abgeschlossen zu haben. Der Kostenrechtskurs war somit im Wesentlichen berechtigt. Allerdings ist die Kostenberechnung des Beklagten in einem geringen Ausmaß fehlerhaft, weil von einem Ansatz von EUR 650,-- für die Klage und den Schriftsatz (statt richtig EUR 650,60) ausgegangen wurde. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 40, 41 und 50 ZPO. Wenn eine erfolglose Berufung in der Hauptsache erhoben wird und die Berufung nur im Kostenpunkt (teilweise) erfolgreich bleibt, gebührt dem Berufungswerber nach nunmehr gesicherter Rechtsprechung des OGH kein Ersatz für einen sogenannten fiktiven Kostenrechtskurs (8 ObA 117/04w; 2 Ob 85/06y; 2 Ob 135/07b; vgl auch RIS-Justiz RWZ0000073). Sobald ein Rechtsmittelwerber auch die Entscheidung des Erstgerichts in der Hauptsache bekämpft, bleibt bei der Kostenentscheidung des Rechtsmittelverfahrens ein allfälliger - hier teilweiser - Erfolg im Kostenpunkt nach der (nicht auf das Recht der sachlichen Zuständigkeit beschränkten) Wertung des § 54 Abs 2 JN unberücksichtigt; es kommt nur auf den Erfolg in der Hauptsache an. Bei Erfolglosigkeit der Berufung in der Hauptsache hat daher der Ansatz von Kosten eines fiktiven Kostenrechtskurses zu unterbleiben (RIS-Justiz RS0119892). Der Kläger war mit Hinblick auf die Wiederholungsgefahr auch nicht gezwungen, einen Teilvergleich abzuschließen. Wird vom Beklagten nur ein Teilvergleich angeboten und werden die Kosten des Vergleiches vom Ausgang des strittigen Teiles abhängig gemacht, können bewusste Unklarheiten über die Reichweite des Vergleiches zur Annahme der Wiederholungsgefahr führen (4 Ob 360/86 = ÖBI 1989,87). Das Gleiche gilt, wenn ein Teilvergleich nur unter aliquoter Aufhebung der Kosten des verglichenen Teils angeboten wird. Die Wiederholungsgefahr fällt durch ein Vergleichsangebot nur dann weg, wenn der Kläger im Vergleich alles bekommt, was er im Urteil bekommen könnte; also auch die Kosten (RIS-Justiz RS0079180 [T5] und RS0079899). Der Kläger muss es sich zurechnen lassen, einen Teilvergleich ohne eine für ihn günstige Kostenvereinbarung abgeschlossen zu haben. Der Kostenrechtskurs war somit im Wesentlichen berechtigt. Allerdings ist die Kostenberechnung des Beklagten in einem geringen Ausmaß fehlerhaft, weil von einem Ansatz von EUR 650,-- für die Klage und den Schriftsatz (statt richtig EUR 650,60) ausgegangen wurde. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 40, 41 und 50 ZPO. Wenn eine erfolglose Berufung in der Hauptsache erhoben wird und die Berufung nur im Kostenpunkt (teilweise) erfolgreich bleibt, gebührt dem Berufungswerber nach nunmehr gesicherter Rechtsprechung des OGH kein Ersatz für einen sogenannten fiktiven Kostenrechtskurs (8 ObA 117/04w; 2 Ob 85/06y; 2 Ob 135/07b; vergleiche auch RIS-Justiz RWZ0000073). Sobald ein Rechtsmittelwerber auch die Entscheidung des Erstgerichts in der Hauptsache bekämpft, bleibt bei der Kostenentscheidung des Rechtsmittelverfahrens ein allfälliger - hier teilweiser - Erfolg im Kostenpunkt nach der (nicht

auf das Recht der sachlichen Zuständigkeit beschränkten) Wertung des Paragraph 54, Absatz 2, JN unberücksichtigt; es kommt nur auf den Erfolg in der Hauptsache an. Bei Erfolglosigkeit der Berufung in der Hauptsache hat daher der Ansatz von Kosten eines fiktiven Kostenrekurses zu unterbleiben (RIS-Justiz RS0119892).

Gem § 500 Abs 2 Z 1 ZPO war auszusprechen, dass der nicht in einem Geldbetrag bestehende Wert des Entscheidungsgegenstandes EUR 4.000,-- übersteigt, nicht jedoch EUR 20.000,--, weil kein Anlass bestand, von der Verwertung des Begehrens durch die Klägerin abzugehen. Im Hinblick auf den rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang war dabei der Wert des Rechnungslegungsbegehrens und des Auskunftsbegehrens nach § 55 JN zusammenzurechnen. Gem Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer eins, ZPO war auszusprechen, dass der nicht in einem Geldbetrag bestehende Wert des Entscheidungsgegenstandes EUR 4.000,-- übersteigt, nicht jedoch EUR 20.000,--, weil kein Anlass bestand, von der Verwertung des Begehrens durch die Klägerin abzugehen. Im Hinblick auf den rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang war dabei der Wert des Rechnungslegungsbegehrens und des Auskunftsbegehrens nach Paragraph 55, JN zusammenzurechnen.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf §§ 500 Abs 2 Z 3, 502 Abs 1 ZPO. Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung geht über den Einzelfall nicht hinaus. Die Berufungsentscheidung deckt sich mit der zitierten Rechtsprechung des OGH. Zudem ist die Frage, ob Unmöglichkeit einer Leistung vorliegt immer nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (vgl 10 Ob 326/02d). Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf Paragraphen 500, Absatz 2, Ziffer 3,, 502 Absatz eins, ZPO. Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung geht über den Einzelfall nicht hinaus. Die Berufungsentscheidung deckt sich mit der zitierten Rechtsprechung des OGH. Zudem ist die Frage, ob Unmöglichkeit einer Leistung vorliegt immer nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen vergleiche 10 Ob 326/02d).

#### **Anmerkung**

EW006621R167.08y

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2008:00100R00167.08Y.1020.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

09.02.2009

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