

# TE OGH 2000/11/28 4Ob200/00s

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.11.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk, sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz H\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Johannes Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Reinhold S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef-Michael Danler, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 450.000 S), über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Klägers gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 29. Juni 2000, GZ 2 R 144/00v-12, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck vom 19. April 2000, GZ 7 Cg 12/00h-3, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Dem Erstgericht wird eine neuerliche, nach Verfahrensergänzung zu fällende Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Kosten des Provisorialverfahrens.

## Text

Begründung:

Der Kläger vertreibt Ultraschall-Marderschutzgeräte in Glister-Verpackungen. Auf der Vorderseite der Verpackung stehen auf grünem Untergrund die Aufschriften "MARDERFREI DURCH ULTRASCHALL" (schwarz), darunter "Go Marder Go" (rot) "NEU" (schwarz in einem vieleckigen gelben Stern) und dazwischen ein Bild eines in ein Kabel (einen Schlauch) beißenden Marders und sodann jeweils untereinander in schwarzer Schrift: o Jahrelange Erfahrung o Effektive Wirkung o Optimales Preis-Leistungsverhältnis und weiter die Aufschrift Wir verletzen die Tiere nicht sondern vertreiben sie in das Auto Ihres Nachbarn!".

Auf der Rückseite der Verpackung des klägerischen Produkts findet sich auf weißem Untergrund eine ganzseitige Gebrauchsanweisung sowie links unten das Firmenslogowort BEHRO und eine Telefon- und eine Faxnummer sowie rechts unten ein EAN-Code 9 003771 250309 (Beilage C).

Der Beklagte vertreibt ebenfalls Marder-Schutzgeräte, und zwar ebenfalls ein Ultraschallgerät, aber auch - unter der Überschrift MARDER-STOP - ein "Duftabwehrmittel".

Das Ultraschallgerät vertreibt er in einer in gelber Grundfarbe gehaltenen rechteckigen Pappschachtel, auf deren Vorderseite sich von oben her zunächst über die gesamte Breite ein grüner Querstrich(-balken), darunter ein mit dem vom Kläger verwendeten Foto vermutlich identisches Foto eines in ein Kabel (einen Schlauch) beißenden Marders und über diese beiden Flächen in gelber Druckschrift die Aufschrift "Marder im Auto?" befinden; darunter stehen jeweils untereinander schwarz die Aufschriften "Jahrelange Erfahrung, Effektive Wirkung und Optimales Preis-Leistungs-Verhältnis", vor denen jeweils ein rotes "Häkchen" sichtbar ist, und darunter der Text: "Wir verletzen die Tiere nicht, sondern vertreiben sie". Neben und über einer Zeichnung eines sitzenden Marders steht in roter Farbe zunächst "Ultraschall-Marderscheuche" und darunter "Marder aus dem Auto!". Darunter und auf der Rückseite der Verpackung steht im Kleindruck eine Gebrauchsanleitung. An den schmalen Querseiten findet sich der EAN-Code 9 003771 140211 (Beilage B).

In einer ebenfalls mit gelbem Untergrund gehaltenen rechteckigen Pappverpackung, deren Vorderseite auf einem Werbeblatt vergrößert dargestellt wird (Beilage A), vertreibt der Beklagte ein Marder-Duftabwehrmittel. Auf der Vorderseite befindet sich zunächst die Überschrift MARDER-(blau)STOP(weiß in rotem Achteck wie "Stop-Tafel"), darunter ein grüner Querbalken, das Marderbild und über diesen Flächen in gelber Schrift die Frage "Marder im Auto?" (wie in Beilage B), darunter neben der Marderzeichnung (wie in Beilage B) eine grüne DUFTWOLKE (geschrieben und skizziert) und in roter Schrift über die Marderzeichnung geschrieben "Marder aus dem Auto!"; weiters der Text "Hält Marder von Ihrem Auto fern! (in schwarz), darunter "Stoppt den Marderverbiss um nahezu 100 %! (in rot); darunter links unten, in einem rot umrandeten weißen Dreieck "4-5 Monate SCHUTZ", daneben weiß in einem blauen flachen Ovalgrund "Ein klassisches Schweizer Produkt, in Deutschland produziert! MIT TIERÄRZTEN ENTWICKELT!".

Zur Sicherung eines im Wesentlichen gleichlautenden Unterlassungsbegehrens beantragte der Kläger, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen (hier unrichtig: es zu unterlassen), Produkte, auf deren Verpackung das dem Kläger gehörende Marderfoto sowie der Schriftzug "Marder im Auto" "Marder aus dem Auto" und ein gezeichneter Marder aufscheinen, weder zu bewerben, noch in Verkehr zu bringen, noch Werbezettel über diese Produkte in Verkehr zu bringen sowie (hier richtig: es zu unterlassen), den EAN-Code des Klägers zu verwenden. Das auf den Verpackungen objektivierte Marderfoto sei von ihm "gemacht" worden, sodass er daran Urheberrechte besitze. Der Beklagte verstöße durch die Verwendung dieses Fotos "ohne Zustimmung des Klägers", aber auch des EAN-Codes und der genannten Verpackungsaufschriften in der Absicht, den Bekanntheitsgrad des Produktes des Klägers zum eigenen Vorteil auszunützen und die Kunden über das eigene Produkt in Irrtum zu führen, gegen die §§ 2 und 9 UWG. Zur Sicherung eines im Wesentlichen gleichlautenden Unterlassungsbegehrens beantragte der Kläger, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen (hier unrichtig: es zu unterlassen), Produkte, auf deren Verpackung das dem Kläger gehörende Marderfoto sowie der Schriftzug "Marder im Auto" "Marder aus dem Auto" und ein gezeichneter Marder aufscheinen, weder zu bewerben, noch in Verkehr zu bringen, noch Werbezettel über diese Produkte in Verkehr zu bringen sowie (hier richtig: es zu unterlassen), den EAN-Code des Klägers zu verwenden. Das auf den Verpackungen objektivierte Marderfoto sei von ihm "gemacht" worden, sodass er daran Urheberrechte besitze. Der Beklagte verstöße durch die Verwendung dieses Fotos "ohne Zustimmung des Klägers", aber auch des EAN-Codes und der genannten Verpackungsaufschriften in der Absicht, den Bekanntheitsgrad des Produktes des Klägers zum eigenen Vorteil auszunützen und die Kunden über das eigene Produkt in Irrtum zu führen, gegen die Paragraphen 2 und 9 UWG.

Der Beklagte erstattete erst nach Ablauf der ihm vom Erstrichter gesetzten Äußerungsfrist von 8 Tagen - zugleich mit der Klagebeantwortung - eine Gegenäußerung.

Das Erstgericht verbot dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung, Produkte, auf deren Verpackung das dem Kläger gehörende Marderfoto aufscheint, "weder zu bewerben noch in Verkehr zu bringen, noch Werbezettel über diese Produkte in Verkehr zu bringen" und den EAN-Code des Klägers zu verwenden. Über die im Sicherungsantrag weiters angeführten Verpackungsaufdrucke (Aufschriften "Marder im Auto" und "Marder aus dem Auto" sowie die Marderzeichnung) sprach es - vom Kläger nicht bekämpft - nicht ab. Es erachtete überdies als bescheinigt, dass der Kläger Inhaber der unter der Nummer AM 5612/99 beim Österreichischen Patentamt registrierten Wortbildmarke "Marderfrei" sei und das (auch) vom Beklagten verwendete Marderfoto hergestellt habe. In rechtlicher Hinsicht falle dem Beklagten vermeidbare Herkunftstäuschung zur Last, weil er die Verpackung des (Produkts des) Klägers bewusst nachgeahmt und nicht einen ohneweiters zumutbaren, objektiv möglichen Abstand durch andersartige Gestaltung der Verpackung eingehalten habe, weshalb in hohem Maße Verwechslungsgefahr gegeben sei.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag im Umfang seiner Erledigung durch das Erstgericht ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Nach seiner Auffassung habe der Kläger seine - vom Erstgericht im Rahmen seiner Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung "als bescheinigt" angenommene - Behauptung, er sei der Hersteller des auf den Verpackungen des Beklagten verwendeten Marderfotos, nicht bescheinigt. Jedenfalls habe er zu dieser Behauptung kein präsentes Bescheinigungsmittel angeboten. Er habe sich in der Klage auf "PV des Klägers" berufen und im Sicherungsantrag pauschal behauptet, der Unterlassungsanspruch "sei durch die unter Punkt I angeführten Beweise bescheinigt". Die Vernehmung einer Partei zur Bescheinigung sei zwar zulässig, müsse aber in einer Weise angeboten werden, die dem beschleunigten Sicherungsverfahren entspreche, etwa durch die erklärte Bereitschaft, die Partei (Auskunftsperson) binnen Kürze bei Gericht stellig zu machen. Davon könne umsoweniger abgesehen werden, wenn eine Partei nicht am Sitz des erkennenden Gerichts wohne. Es sei daher davon auszugehen, dass der Kläger seine Behauptung, er sei der Hersteller des "Marderfotos", nicht bescheinigt habe. Dasselbe treffe auf die Behauptung des Klägers zu, der Beklagte verweise den EAN-Code seines Produkts. Die auf den Verpackungen der Parteien ersichtlichen Zahlenfolgen seien nicht zur Gänze ident, zur Frage des EAN-Codes habe der Kläger lediglich eine Rechnung der "EAN-\*\*\*\*\* GesmbH" vorgelegt. Ohne nähere Darlegung des EAN-Systems, das nicht zum Allgemeinwissen zähle, könne daraus allein nicht die Behauptung als bescheinigt angenommen werden, auf den Verpackungen des Beklagten scheine der EAN-Code des Produkts des Klägers auf. Dass der Beklagte in ein Urheberrecht des Klägers am "Marderfoto" eingreife, und zu Unrecht den EAN-Code des Klägers verweise, sei nicht bescheinigt, sodass die einstweilige Verfügung darauf allein nicht gestützt werden könne. Trotz der Verwendung eines identischen "Marderfotos" auf den Verpackungen und der teilweise übereinstimmenden Zahlenfolge auf den EAN-Codes sei aufgrund der voneinander gänzlich abweichenden Verpackungsgestaltung, insbesondere der verwendeten, von einander stark abweichenden Grundfarben, der Art des Verpackungsmaterials und der verschiedenen graphischen Gestaltung Verwechslungsgefahr auszuschließen, sodass der Beklagte nach der im Sicherungsverfahren gegebenen Bescheinigungslage nicht gegen die Bestimmungen des UWG verstöße.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag im Umfang seiner Erledigung durch das Erstgericht ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Nach seiner Auffassung habe der Kläger seine - vom Erstgericht im Rahmen seiner Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung "als bescheinigt" angenommene - Behauptung, er sei der Hersteller des auf den Verpackungen des Beklagten verwendeten Marderfotos, nicht bescheinigt. Jedenfalls habe er zu dieser Behauptung kein präsentes Bescheinigungsmittel angeboten. Er habe sich in der Klage auf "PV des Klägers" berufen und im Sicherungsantrag pauschal behauptet, der Unterlassungsanspruch "sei durch die unter Punkt römisch eins angeführten Beweise bescheinigt". Die Vernehmung einer Partei zur Bescheinigung sei zwar zulässig, müsse aber in einer Weise angeboten werden, die dem beschleunigten Sicherungsverfahren entspreche, etwa durch die erklärte Bereitschaft, die Partei (Auskunftsperson) binnen Kürze bei Gericht stellig zu machen. Davon könne umsoweniger abgesehen werden, wenn eine Partei nicht am Sitz des erkennenden Gerichts wohne. Es sei daher davon auszugehen, dass der Kläger seine Behauptung, er sei der Hersteller des "Marderfotos", nicht bescheinigt habe. Dasselbe treffe auf die Behauptung des Klägers zu, der Beklagte verweise den EAN-Code seines Produkts. Die auf den Verpackungen der Parteien ersichtlichen Zahlenfolgen seien nicht zur Gänze ident, zur Frage des EAN-Codes habe der Kläger lediglich eine Rechnung der "EAN-\*\*\*\*\* GesmbH" vorgelegt. Ohne nähere Darlegung des EAN-Systems, das nicht zum Allgemeinwissen zähle, könne daraus allein nicht die Behauptung als bescheinigt angenommen werden, auf den Verpackungen des Beklagten scheine der EAN-Code des Produkts des Klägers auf. Dass der Beklagte in ein Urheberrecht des Klägers am "Marderfoto" eingreife, und zu Unrecht den EAN-Code des Klägers verweise, sei nicht bescheinigt, sodass die einstweilige Verfügung darauf allein nicht gestützt werden könne. Trotz der Verwendung eines identischen "Marderfotos" auf den Verpackungen und der teilweise übereinstimmenden Zahlenfolge auf den EAN-Codes sei aufgrund der voneinander gänzlich abweichenden Verpackungsgestaltung, insbesondere der verwendeten, von einander stark abweichenden Grundfarben, der Art des Verpackungsmaterials und der verschiedenen graphischen Gestaltung Verwechslungsgefahr auszuschließen, sodass der Beklagte nach der im Sicherungsverfahren gegebenen Bescheinigungslage nicht gegen die Bestimmungen des UWG verstöße.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der außerordentliche Revisionsrekurs des Klägers ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus Gründen der Wahrung der Rechtssicherheit zulässig und mit seinem Aufhebungsantrag auch berechtigt.

Der Kläger hat zur Bescheinigung ua seiner (Klage- und) Antragsbehauptungen, er habe das auf den Verpackungen abgebildete Foto des in ein Kabel (einen Schlauch) beißenden Marders gemacht und besitze das Urheberrecht, sowie .... der Beklagte verwende auch den EAN-Code seines (des Klägers) Produkts, seine Parteienvernehmung angeboten. Das Erstgericht hat den Kläger weder vorgeladen noch vernommen, ist aber dessen ungeachtet in seiner Entscheidung von diesen Tatsachen ausgegangen. Entgegen der Auffassung des Erstrichters bedeutet der Umstand, dass der Beklagte seine (diese Behauptungen des Klägers substantiell bestreitende) Äußerung zum Sicherungsantrag verspätet erstattete, weshalb auf sie nicht weiter Bedacht zu nehmen war, mangels Belehrung über die Säumnisfragen (§ 56 Abs 2 letzter Satz EO) keine "Zustimmung zum Sicherungsantrag" im Sinn des § 56 Abs 2 und 3 EO und jedenfalls kein "Zugeständnis der behaupteten Tatsachen". Wegen des zwingenden Charakters der Bestimmungen der Exekutionsordnung über die Gewährung des beschleunigten Rechtsschutzes im Provisorialverfahren sind die Voraussetzungen für eine derartige Maßnahme, also auch die Bescheinigung des Anspruchs von Amts wegen zu prüfen (SZ 25/251; ÖBI 1975, 109 - Badeausstattungs-Liefersperre; ÖBI 1986, 45 - Kräutertee; SZ 62/184; Heller/Berger/Stix 2826 f; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung 107; anders oder nicht klar: König, Einstweilige Verfügungen2 Rz 3/41, der in der Nichtäußerung ein Tatsachenzugeständnis "nach Maßgabe des Untersuchungsgrundes" sieht). Der Erstrichter war also infolge der verspäteten Äußerung des Beklagten zum Sicherungsantrag nicht davon enthoben, die Antragsbehauptungen einem Bescheinigungsverfahren zu unterziehen. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts war auch das zu den oben beschriebenen Beweisthemen erstattete Bescheinigungsanbot der Parteienvernehmung des Klägers nicht "mangels Anbots eines präsenten Bescheinigungsmittels" unzureichend und mit der Rechtsfolge zu vernachlässigen, dass der Kläger diese Behauptungen nicht bescheinigt hätte. Das Anbot der unbeeideten Parteienvernehmung ist selbst dann ein taugliches Bescheinigungsmittel, wenn der Kläger - wie hier - nicht am Sitz des Prozessgerichts wohnt, weil die mangelnde sofortige Ausführbarkeit (§ 274 Abs 1 ZPO) dieses Bescheinigungsmittels sich erst nach einem erfolglosen Versuch der Vorladung und Vernehmung der Partei herausstellt und die bloße Ladung einer Partei allein dem Wesen und dem Zweck des Provisorialverfahrens noch nicht entgegensteht (JBI 1986, 728; König aaO Rz 3/43 mwN). Nach dem Gesagten wird daher der Erstrichter im fortgesetzten Provisorialverfahren die Parteienvernehmung des Klägers zu den genannten Tatsachenbehauptungen durchzuführen oder doch zu versuchen haben. Der Kläger hat zur Bescheinigung ua seiner (Klage- und) Antragsbehauptungen, er habe das auf den Verpackungen abgebildete Foto des in ein Kabel (einen Schlauch) beißenden Marders gemacht und besitze das Urheberrecht, sowie .... der Beklagte verwende auch den EAN-Code seines (des Klägers) Produkts, seine Parteienvernehmung angeboten. Das Erstgericht hat den Kläger weder vorgeladen noch vernommen, ist aber dessen ungeachtet in seiner Entscheidung von diesen Tatsachen ausgegangen. Entgegen der Auffassung des Erstrichters bedeutet der Umstand, dass der Beklagte seine (diese Behauptungen des Klägers substantiell bestreitende) Äußerung zum Sicherungsantrag verspätet erstattete, weshalb auf sie nicht weiter Bedacht zu nehmen war, mangels Belehrung über die Säumnisfragen (Paragraph 56, Absatz 2, letzter Satz EO) keine "Zustimmung zum Sicherungsantrag" im Sinn des Paragraph 56, Absatz 2 und 3 EO und jedenfalls kein "Zugeständnis der behaupteten Tatsachen". Wegen des zwingenden Charakters der Bestimmungen der Exekutionsordnung über die Gewährung des beschleunigten Rechtsschutzes im Provisorialverfahren sind die Voraussetzungen für eine derartige Maßnahme, also auch die Bescheinigung des Anspruchs von Amts wegen zu prüfen (SZ 25/251; ÖBI 1975, 109 - Badeausstattungs-Liefersperre; ÖBI 1986, 45 - Kräutertee; SZ 62/184; Heller/Berger/Stix 2826 f; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung 107; anders oder nicht klar: König, Einstweilige Verfügungen2 Rz 3/41, der in der Nichtäußerung ein Tatsachenzugeständnis "nach Maßgabe des Untersuchungsgrundes" sieht). Der Erstrichter war also infolge der verspäteten Äußerung des Beklagten zum Sicherungsantrag nicht davon enthoben, die Antragsbehauptungen einem Bescheinigungsverfahren zu unterziehen. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts war auch das zu den oben beschriebenen Beweisthemen erstattete Bescheinigungsanbot der Parteienvernehmung des Klägers nicht "mangels Anbots eines präsenten Bescheinigungsmittels" unzureichend und mit der Rechtsfolge zu vernachlässigen, dass der Kläger diese Behauptungen nicht bescheinigt hätte. Das Anbot der unbeeideten Parteienvernehmung ist selbst dann ein taugliches Bescheinigungsmittel, wenn der Kläger - wie hier - nicht am Sitz des Prozessgerichts wohnt, weil die mangelnde sofortige Ausführbarkeit (Paragraph 274, Absatz eins, ZPO) dieses Bescheinigungsmittels sich erst nach einem erfolglosen Versuch der Vorladung und Vernehmung der Partei herausstellt und die bloße Ladung einer Partei allein dem Wesen und dem Zweck des Provisorialverfahrens noch nicht entgegensteht (JBI 1986, 728; König aaO Rz 3/43 mwN). Nach dem Gesagten wird daher der Erstrichter im fortgesetzten Provisorialverfahren die Parteienvernehmung

des Klägers zu den genannten Tatsachenbehauptungen durchzuführen oder doch zu versuchen haben.

Erst wenn sodann ein gesichertes Bescheinigungsergebnis über die Zuordnung des betroffenen Marderfotos und die Verwendung dieses Fotos und des EAN-Codes des Klägers durch den Beklagten vorliegt, kann über den - dem bisherigen Rechtsmittelverfahren unterworfenen - Sicherungsantrag des Klägers abschließend entschieden werden. Dabei ist allerdings schon jetzt der Beurteilung des Rekursgerichts beizupflichten, dass von einer Verwechselbarkeit der jeweiligen "Ultraschall-Marderschutz-Verpackungen" der Parteien bloß aufgrund des äußeren Gesamtbildes aufgrund der vom Rekursgericht hervorgehobenen wesentlichen Unterschiede keine Rede sein kann.

Diese Erwägungen führen zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Provisorialsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung im dargelegten Umfang (§§ 78, 402 Abs 4 EO, § 527 Abs 2 ZPO). Diese Erwägungen führen zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Provisorialsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung im dargelegten Umfang (Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO, Paragraph 527, Absatz 2, ZPO).

Der Vorbehalt der Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf den §§ 78, 402 Abs 4 EO, § 52 ZPO. Der Vorbehalt der Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf den Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO, Paragraph 52, ZPO.

#### **Anmerkung**

E59869 04A02000

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

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00200.00S.1128.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20001128\_OGH0002\_0040OB00200\_00S0000\_000

**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)