



Fundstellen: ecolex 2012/65, 152 (*Brandstätter*) = RdW 2012/158, 150 = wbl 2012/18, 57

- 1. Personennamen sind grundsätzlich unterscheidungskräftig, auch wenn sie verbreitet sind. Ihnen fehlt die Unterscheidungskraft nur insoweit, als sie zugleich Sachangaben für die damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen sind. Das Zeichen „BRAUN“ ist ungeachtet des Umstands, dass es ein nicht besonders seltener Nachname und zugleich eine Farbbezeichnung ist, für Produkte einer Konditorei bzw. eines Kaffeehauses der originär (also auch ohne Verkehrsgeltung) unterscheidungskräftig, weil es sich um keine Sachangabe für Konditorwaren oder Schokolade handelt.**
- 2. Im Falle einer Kollision zwischen dem Recht an einer Geschäftsbezeichnung, einem Namens- oder Firmenrecht mit einem Markenrecht entscheidet die Priorität. Ist der Schutzbereich eines Zeichens regional begrenzt, kommt es im Fall einer Kollision auf die Priorität in diesem räumlich begrenzten Bereich an.**
- 3. Unlauteres Imitationsmarketing nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG setzt eine Täuschung über die Zuordnung eines bestimmten Kennzeichens zu einem bestimmten Unternehmen und damit notwendig eine Marktverwirrung in den beteiligten Verkehrskreisen voraus. Eine solche ist ausgeschlossen, solange die im Kollisionsstreit verfangenen Zeichen nicht auf demselben regionalen Markt zusammentreffen. Auch in diesem Zusammenhang muss demnach der regionale Schutzbereich eines Zeichens und die dort bestehende Priorität berücksichtigt werden.**
- 4. Anders als bei Eingriffen in die Ehre oder in den wirtschaftlichen Ruf einer Person muss bei einer behaupteten Verletzung des Namensrechts nach § 43 ABGB keineswegs immer ein unwiederbringlicher Schaden drohen. Daher ist der Anspruchsteller im Sicherungsverfahren idR gehalten, die Gefährdung des Anspruchs iS des § 381 Z 1 oder Z 2 EO durch Glaubhaftmachung konkreter Tatsachen darzutun.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin 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 K***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Maximilian Eiselsberg und andere Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei M***** S*****, vertreten durch Mag. Dr. Erich Stefan Gerold, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Markenlöschung (Streitwert im Sicherungsverfahren 33.000 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 26. Mai 2011, GZ 3 R 81/11v-8, womit infolge Rekurses der klagenden Partei der Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 9. April 2011, GZ 7 Cg 41/11g-4, bestätigt wurde, folgenden

Beschluss

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.821,24 EUR (darin 303,54 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Begründung:

Die Klägerin, deren Firma am 19.9.1997 im Firmenbuch des Landesgerichts Salzburg eingetragen wurde, betreibt unter der Bezeichnung „Konditorei Cafe Braun“ eine Konditorei

und ein Kaffeehaus in Hallein, das zuvor G***** Braun, geschäftsführender Alleingesellschafter der Klägerin, als Einzelunternehmen geführt hat. Die Klägerin verkauft ua Confiseriewaren und Schokolade.

Der Beklagte betreibt seit März 2008 in der Stadt Salzburg einen Handel mit internationalen Manufaktur-Schokoladen. Er ist seit 16. 3. 2009 Inhaber der beim Patentamt Wien in der Warenklasse 30 für Konditorwaren und Schokolade registrierten Wortbildmarke Nr AT249898:

Braun.

INTERNATIONALE MANUFAKTUR-SCHOKOLADEN

Über dem Eingang des Geschäftslokals des Beklagten befindet sich der Schriftzug „Braun.“, wobei der Anfangsbuchstabe die geschwungene Form des Markennamens aufweist.

Im November 2010 eröffnete die Klägerin in unmittelbarer Nähe des Geschäftslokals des Beklagten ein Geschäftslokal mit der Bezeichnung „Braun-Chocolatier-Confiserie“. Auf dem Geschäftsschild steht das Wort „Braun“, wobei der Anfangsbuchstabe die geschwungene Form aus dem nachfolgend wiedergegebenen Logo der Klägerin aufweist:

Braun

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu unterlassen, im Gebiet des Bundeslandes Salzburg im geschäftlichen Verkehr das Zeichen „Braun“ oder ein diesem Zeichen verwechselbar ähnliches Zeichen als Unternehmensbezeichnung im Zusammenhang mit einem Geschäft für Confiseriewaren, insbesondere Schokolade, und/oder zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Confiseriewaren oder dem Vertrieb von Confiseriewaren, insbesondere Schokolade, zu verwenden, dies insbesondere in Form der Wortbildmarke des Beklagten. Die Familie Braun betreibt in Hallein unter dem Firmenschlagwort „Braun“ seit 1912 eine traditionsreiche Konditorei; dieses Familienunternehmen samt Firmenwert sei in die Klägerin eingebracht worden. Die Firma der Klägerin leite sich vom bürgerlichen Namen des G***** Braun ab. Im Unternehmen der Klägerin werde das Zeichen „Braun“ seit vielen Jahrzehnten auch zur markenmäßigen Kennzeichnung der eigenen Waren verwendet. Die Bezeichnung „Braun“ werde auf Kartons und Drucksorten der Klägerin aufgedruckt. Seit den 1960er Jahren werde das zuvor wiedergegebene Logo der Klägerin mit dem charakteristischen Anfangsbuchstaben „B“ zur Kennzeichnung von Waren verwendet. Das Unternehmen der Klägerin sei über Hallein hinaus bekannt, insbesondere in der nur 15 km entfernten Stadt Salzburg und in der Region. Zu den Kunden der Konditorei Braun in Hallein zählten seit jeher viele Salzburger. Die Klägerin habe schon in der Vergangenheit regelmäßig Kunden in Salzburg beliefert und verkaufe ihre Produkte nunmehr auch in ihrer Salzburger Filiale. Das Unternehmen der Klägerin sei seit 1983 ständig im „Gault Millau“ als führender Betrieb im Bereich der Patisserie und Confiserie erwähnt; 2001 sei G***** Braun von diesem Gourmetführer die begehrte Auszeichnung „Goldene Kaffeebohne“ verliehen worden. In Salzburg und ganz Österreich seien seit 1989 Medienberichte erschienen, in denen

Gourmetkritiker das Unternehmen der Klägerin bzw deren Geschäftsführer als einen der besten Confiseure in Österreich gelobt hätten. Der Name „Braun“ genieße daher in Bezug auf die Klägerin und deren Produkte (handgefertigte Confiseriewaren, insbesondere aus Schokolade) bei den Verkehrskreisen in Salzburg einen hervorragenden Ruf und habe Verkehrsgeltung erlangt.

Der Beklagte betreibe eine Homepage im Internet unter der Adresse www.braunpunkt.at. Er trete im geschäftlichen Verkehr überwiegend unter dem Unternehmensschlagwort „Braun.“ auf, wobei statt des Wortes „Punkt“ meist nur der Punkt als Satzzeichen beigefügt sei. In letzter Zeit sei der Beklagte vermehrt unter der Bezeichnung „Braun“ aufgetreten. Dies führe gehäuft zu Verwechslungen bei Kunden der Klägerin, die das in der Nähe gelegene Geschäft des Beklagten irrtümlich für die Filiale der Klägerin hielten. Die Streitparteien verwendeten beide für ihre Unternehmen die unterscheidungskräftige Bezeichnung „Braun“.

Die Klägerin habe ältere (Firmen-)Rechte an diesem Zeichen, das sie als Firmenschlagwort verwende, und könne sich auch ohne Verkehrsgeltung auf den Schutz nach § 9 Abs 1 UWG stützen. Die Verwendung des Namens „Braun“ durch den Beklagten sei auch eine irreführende und daher unlautere Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 3 Z 1 UWG, weil sie bei den Verkehrskreisen eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorrufe. Die Klägerin berufe sich weiters auf den Namensschutz nach § 43 ABGB, weil sich ihre Firma vom bürgerlichen Namen ihres Alleingeschafters ableite und sie aufgrund des Gestattungsvertrags mit dem Namensträger zur Verfolgung von Ansprüchen aus einer Verletzung seines Namensrechts befugt sei.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrags. Er betreibe seit März 2008 in Salzburg einen Handel mit internationalen Manufaktur-Schokoladen unter der Bezeichnung „Braun. Internationale Manufaktur-Schokoladen“. Die Bezeichnung „Braun“ stehe für Schokolade, der Punkt für „sonst nichts“, „stopp“, „aus“ - „Schokolade sonst nichts“ (vergleichbar dem Slogan „Nespresso, what else ...“). Die graphische Gestaltung des Schriftzugs, das geschwungene „B“ in einem Kreis, stelle „Braun.“ dar und solle einen Bezug zur Barockstadt Salzburg/18. Jahrhundert/Mozart herstellen. Der Klägerin sei die Tätigkeit des Beklagten von Beginn an bekannt gewesen. Beschwerden gebe es erst seit der Eröffnung einer Filiale der Klägerin in Salzburg, wobei die Klägerin in Salzburg nicht auf ihr Café in Hallein hinweise und die Etablissementbezeichnung ganz bewusst so gewählt habe, dass es zu Verwechslungen komme. Die Etablissementbezeichnung des Beklagten falle unter den Schutz nach § 10 MSchG und § 9 UWG und werde auch für die Kennzeichnung der von ihm vertriebenen Schokoladen durchgängig verwendet.

Das Zeichen „Braun“ sei nicht unterscheidungsfähig. Es gebe auch an anderen Orten Konditoreien mit der Bezeichnung „Braun“. Die von den Streitparteien verwendeten Kennzeichen seien nicht verwechselbar, weil sie nur das Wort „Braun“ gemeinsam hätten und im Übrigen unterscheidungs-fähige Zusätze aufwiesen. Der Schutz nach Firmenrecht bestehe nur am selben Ort, der hier dadurch, dass sich die Klägerin in die Konkurrenzsituation nach Salzburg begeben habe, nicht vorliege. Braun als Allernamensname falle nicht unter den Namensschutz des § 43 ABGB und habe keine Unterscheidungskraft. Verkehrsgeltung für die Klägerin sei - wenn überhaupt - nur in Hallein gegeben.

Das *Erstgericht* wies - ausgehend vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt - den Sicherungsantrag ab. Geschützt sei nur ein Zeichen, das Unterscheidungs- (Kennzeichnungs-)kraft besitze. Solches treffe auf das Zeichen „Braun“ nicht zu, das ein allgemein beschreibender Begriff ohne Unterscheidungskraft sei. Der Name „Braun“ als Familienname des geschäftsführenden Geschafters der Klägerin sei zugleich ein allgemeiner Begriff, dem für sich alleine keine Unterscheidungskraft oder Identifikationswirkung zukomme, weshalb kein Namensschutz nach § 43 ABGB bestehe. Die Klägerin sei damit nicht berechtigt, dem

Beklagten die Verwendung des Namens „Braun“ zu untersagen. Der Beklagte habe dieses Zeichen aufgrund der Farbe seiner Produkte gewählt.

Das *Rekursgericht* bestätigte diesen Beschluss; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, ob Verkehrsgeltung eines Firmenkennzeichens oder Firmenschlagworts mit schwacher Unterscheidungskraft ein Tatbestandselement des § 2 Abs 3 Z 1 UWG sei. Das Rekursgericht nahm folgenden Sachverhalt ergänzend als bescheinigt an:

„Es kann nicht festgestellt werden, dass der Name 'Braun' der Klägerin wegen der seit 1998 erschienenen Medienberichte im Zusammenhang mit Gourmet-Kritiken, in denen das Unternehmen der Klägerin bzw deren Geschäftsführer G***** Braun als einer der besten Confiseure in Österreich gelobt wird, im Land Salzburg oder in der Stadt Salzburg eine hohe Bekanntheit genießt. Es kann nicht festgestellt werden, dass zu den Kunden der Konditorei 'Braun' in Hallein seit jeher viele Salzburger zählen.“

Die Klägerin beanspruche den Schutz nach § 9 UWG für ihre Firma sowie für die besondere Bezeichnung ihres Unternehmens durch den handschriftlichen Schriftzug „Braun“ (wohl als Firmenschlagwort). Dieser Schriftzug falle unter § 9 Abs 3 UWG, weil er der Unterscheidung des Unternehmens von anderen Unternehmen diene. „Braun“ bezeichne im allgemeinen Sprachgebrauch eine Farbe und sei für die Waren der Streitteile weder beschreibend noch allgemein gebräuchlich. Damit bestehe kein Freihaltebedürfnis an diesem Zeichen für Konditoren, Confiseure oder Schokoladenhändler. Als Farbbezeichnung sei „Braun“ ein schwaches Zeichen mit geringer Kennzeichenkraft, bei dem schon geringe Abweichungen die Verwechslungsgefahr beseitigten. Die Klägerin leite ihr Firmenschlagwort allerdings von einem Namen her. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Name „Braun“ ein Allerweltsname sei oder Unterscheidungskraft besitze. Da in beiden Fällen schwache Kennzeichen mit wenig Unterscheidungskraft vorlägen, bleibe zu prüfen, ob Verkehrsgeltung für das Firmenschlagwort bzw den Namen vorliege, weil dadurch fehlende Unterscheidungskraft wettgemacht werden könne. Aus dem ergänzend als bescheinigt angenommenen Sachverhalt ergebe sich, dass es der Klägerin nicht gelungen sei, Verkehrsgeltung der Bezeichnung „Braun“ für das Bundesland Salzburg einschließlich der Landeshauptstadt nachzuweisen. Damit komme Schutz nach § 9 UWG nicht in Betracht. Diese Bestimmung sei gegenüber dem Irreführungstatbestand des § 2 Abs 3 Z 1 UWG die speziellere Norm. Die Verwendung eines verwechselbar ähnlichen Zeichens könne eine Täuschung über die betriebliche Herkunft herbeiführen, doch sei nur der speziellere Tatbestand des § 9 Abs 3 UWG anwendbar, weil andernfalls der erforderliche Verkehrsgeltungsnachweis umgangen werden könnte. Auch sei ein Irrtum über das Kennzeichenoriginal bei der geschäftlichen Entscheidung des Marktteilnehmers ohne Verkehrsgeltung wohl ausgeschlossen. Damit könne der Unterlassungsanspruch auch nicht auf § 2 Abs 3 Z 1 UWG gestützt werden. Zur Anspruchsgrundlage des § 43 ABGB fehle das für das Sicherungsverfahren notwendige Vorbringen zur Anspruchsgefährdung, weil der Klägerin insoweit nicht § 24 UWG zugute komme; die Klägerin hätte konkret zu behaupten und zu bescheinigen gehabt, dass ihr ohne die begehrte einstweilige Verfügung ein unwiederbringlicher Schaden iSd § 381 Z 2 EO drohe.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, sie besitze gegenüber dem Beklagten die älteren Rechte am Zeichen „Braun“, das auch ohne Verkehrsgeltung als ihr Firmenschlagwort seit der Eintragung im Firmenbuch unter den - räumlich unbeschränkten - Schutz des § 9 Abs 1 UWG falle. Der Beklagte habe dieses Firmenschlagwort zeichengleich in seine

Unternehmensbezeichnung übernommen, weshalb die Verwechslungsgefahr auf der Hand liege.

1.1. Nicht nur die Firma mit ihrem vollen Wortlaut, sondern auch Bestandteile einer Firma sind als Firmenschlagwort zufolge der ihnen innewohnenden Namensfunktion schutzfähige Kennzeichen iSd § 9 Abs 1 UWG, wenn sie Unterscheidungskraft (Kennzeichnungskraft) besitzen, also etwas Besonderes, Individuelles an sich haben, das sich schon seiner Art nach dazu eignet, ihren Träger von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden (4 Ob 73/01s - pro-solution mwN). Selbständigen Schutz hat ein Firmenschlagwort nur dann, wenn es in Alleinstellung gebraucht wird und so unterscheidungskräftig ist, dass es geeignet ist, als Name zu wirken, oder wenn es als namensmäßiger Hinweis auf den Firmeninhaber bereits Verkehrsgeltung erlangt hat (vgl RIS-Justiz RS0078752).

1.2. Personennamen sind grundsätzlich unterscheidungskräftig, auch wenn sie verbreitet sind. Ihnen fehlt die Unterscheidungskraft nur insoweit, als sie zugleich Sachangaben für die damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen sind (17 Ob 20/10f = RIS-Justiz RS0126550). Für Personennamen, die zugleich einer im allgemeinen Sprachgebrauch üblichen Farbbezeichnung entsprechen (hier: Braun), gilt nichts anderes.

1.3. Nach diesen Grundsätzen ist das Zeichen „Braun“ ungeachtet des Umstands, dass es auch ein nicht besonders seltener Nachname und zugleich eine Farbbezeichnung ist, für Produkte der Klägerin originär (also auch ohne Verkehrsgeltung) unterscheidungskräftig, weil es sich um keine Sachangabe für Konditorwaren oder Schokolade handelt. Zu beachten ist allerdings, dass die Klägerin dieses Zeichen nach dem festgestellten Sachverhalt nicht in Alleinstellung als Firmenschlagwort verwendet, sondern dass es ein Bestandteil jener Bezeichnung ist, unter der die Klägerin - jedenfalls im Kollisionszeitpunkt, also bei Schutzbeginn der Marke der Beklagten - im Geschäftsverkehr aufgetreten ist.

2.1. § 9 UWG bietet Schutz nicht gegen jeden, sondern nur gegen einen zur Verwechslung geeigneten Gebrauch von Kennzeichen. Voraussetzung dafür ist, dass ein Zeichen in einer Weise gebraucht wird, die geeignet ist, einen Irrtum über die Verknüpfung des Zeichens mit einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen. Kennzeichen vermitteln grundsätzlich nur für jenes Gebiet ein Ausschließlichkeitsrecht, auf das der Zeichengebrauch ausstrahlt; außerhalb dieses Gebiets wird auch die Kategorie der Unterscheidungskraft gegenstandslos, weil Verwechslungsgefahr schon begrifflich dort ausgeschlossen ist, wo niemand das Zeichen kennt (4 Ob 14/01i - Dorf Alm mwN).

2.2. Im Falle einer Kollision zwischen dem Recht an einer Geschäftsbezeichnung, einem Namens- oder Firmenrecht mit einem Markenrecht entscheidet die Priorität (vgl RIS-Justiz RS0066654 [T7, T11]). Ist der Schutzbereich eines Zeichens regional begrenzt, kommt es im Fall einer Kollision auf die Priorität in diesem räumlich begrenzten Bereich an (4 Ob 115/94 - Slender you mwN).

2.3. Die Klägerin nimmt im Kennzeichenstreit zwischen einem Bestandteil ihrer Geschäftsbezeichnung und der Marke des Beklagten schon nach ihrem Begehren räumlichen Schutz nur in beschränktem Umfang (für das Bundesland Salzburg) in Anspruch.

Die Tatsacheninstanzen konnten nicht als bescheinigt feststellen, dass zu den Kunden der Klägerin in Hallein seit jeher viele Bewohner der Stadt Salzburg zählen oder dass die Klägerin dort oder im Bundesland Salzburg eine hohe Bekanntheit genießt.

Damit ist für das Sicherungsverfahren davon auszugehen, dass sich der örtliche Schutzbereich des Zeichens „Braun“ als Bestandteil der Geschäftsbezeichnung der Beklagten jedenfalls nicht vom Firmensitz Hallein bis in die Stadt Salzburg erstreckt.

2.4. Besitzt demnach der Beklagte in der Stadt Salzburg die bessere Priorität am strittigen Zeichen, weil er sein Unternehmen dort seit März 2008 führt, während die Klägerin ihre Stadtfiliale erst im November 2010 eröffnet hat, kann die Klägerin ihren Sicherungsantrag nicht mit Erfolg auf § 9 Abs 1 UWG stützen, und zwar unabhängig davon, dass sie das strittige Zeichen nicht als Firmenschlagwort in Alleinstellung verwendet hat und daher bei der

Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht bloß „Braun“, sondern „Konditorei Cafe Braun“ der Marke des Beklagten gegenüber zu stellen ist.

3.1. Die Klägerin macht zur Anspruchsgrundlage nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG geltend, diese sei uneingeschränkt neben § 9 UWG anwendbar und setze keine Verkehrsgeltung voraus. Von dieser Frage (die der Senat zuletzt offengelassen hat, vgl 17 Ob 14/10y - Relax), hängt die Entscheidung allerdings nicht ab.

3.2. Beim Tatbestand des § 2 Abs 3 Z 1 UWG geht es darum, Verbraucher und Mitbewerber mithilfe lauterkeitsrechtlicher Verhaltensnormen vor Kennzeichenverwechslungen zu schützen (*Gamerith*, Wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz durch die RL-UGP, ÖBl 2008, 174, 177). Eine Täuschung über die Zuordnung eines bestimmten Kennzeichens zu einem bestimmten Unternehmen setzt notwendig eine Marktverwirrung in den beteiligten Verkehrskreisen voraus. Eine solche ist ausgeschlossen, solange die im Kollisionsstreit verfangenen Zeichen nicht auf demselben regionalen Markt zusammentreffen. Auch in diesem Zusammenhang muss demnach der regionale Schutzbereich eines Zeichens und die dort bestehende Priorität berücksichtigt werden (siehe dazu schon Punkt 2.2.).

3.3. Nach diesen Grundsätzen kann dem Beklagten schon deshalb kein unlauteres Verhalten nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG zur Last gelegt werden, weil es der Klägerin nicht gelungen ist zu bescheinigen, dass der Beklagte mit der Wahl seiner Unternehmens- und Warenbezeichnung ein zu diesem Zeitpunkt in der Stadt Salzburg bereits bekanntes Zeichen der Klägerin nachgeahmt und dadurch die (konkrete) Gefahr von Verwechslungen hervorgerufen hätte (vgl dazu Punkt 2.3.). Das Rekursgericht hat deshalb auch den geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Tatbestand im Ergebnis zu Recht verneint.

3.4. Ob die Kunden des Beklagten durch die im Unternehmensauftritt enthaltene Bezeichnung „Manufaktur“ über die Beschaffenheit der Waren in Irrtum geführt werden, wie die Rechtsmittelwerberin meint, spielt hier keine Rolle, weil das Sicherungsbegehren darauf nicht abstellt.

4.1. Soweit die Klägerin den Sicherungsantrag auf namensrechtliche Ansprüche stützt, hat sie die Gefährdung des Anspruchs iSd § 381 Z 1 oder Z 2 EO durch Glaubhaftmachung konkreter Tatsachen darzutun (RIS-Justiz RS0011600 [T1]). Sie muss Umstände behaupten und bescheinigen, die die Annahme eines unwiederbringlichen Schadens rechtfertigen; die abstrakte oder theoretische Möglichkeit eines Schadens genügt nicht (vgl 4 Ob 198/00x uva).

4.2. Zwar wird bei Eingriffen in die Ehre oder in den wirtschaftlichen Ruf einer Person die Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens auch ohne Behauptung und Bescheinigung besonderer Umstände bejaht, weil die Auswirkungen einer Ehrverletzung oder Rufschädigung kaum zu überblicken sind und sich durch Geldersatz nicht völlig ausgleichen lassen (vgl RIS-Justiz RS0011399). Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelwerberin lässt sich diese Rechtsprechung aber nicht auch auf Eingriffe in das Namensrecht übertragen. Denn anders als bei Eingriffen in die Ehre oder in den wirtschaftlichen Ruf einer Person muss bei einer Verletzung des Namensrechts keineswegs immer ein unwiederbringlicher Schaden drohen (4 Ob 198/00x).

4.3. Eine Gefährdung im aufgezeigten Sinn hat die Klägerin weder behauptet noch bescheinigt. Das Sicherungsbegehren ist deshalb auch im Lichte des § 43 ABGB unbegründet.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

*Anmerkung**

I. Das Problem

Das klägerische Unternehmen bestand schon seit dem Jahr 1912 als traditionsreiche Konditorei in der Stadt Hallein ca. 15 km südlich der Landeshauptstadt Salzburg. Seit September 1997 firmierte die Klägerin unter der protokollierten Bezeichnung „Konditorei Cafe Braun“ und vertrieb Confiseriewaren und Schokolade.

Im November 2010 eröffnete die Klägerin in der Churfürststraße 4 in 5020 Salzburg ein Geschäftslokal mit der Bezeichnung „Braun-Chocolatier-Confiserie“. Auf dem Geschäftsschild steht das Wort „Braun“, wobei der Anfangsbuchstabe die geschwungene Form aus dem nachfolgend wiedergegebenen Logo der Klägerin aufweist:



Kurz nach Geschäftseröffnung musste die Klägerin jedoch feststellen, dass sich in unmittelbarer Nähe – Luftlinie ca. 300 Meter – das Geschäftslokal des (später) Beklagten befand. Der Beklagte war Inhaber des Einzelunternehmens „Braun.“ [braunpunkt] Internationale Manufaktur-Schokoladen mit Sitz in 1140 Wien. Er unterhielt einen „Schokoladen-Salon“ im 1. Stock der Pfeifergasse 4, in 5020 Salzburg sowie ein Geschäft in der Judengasse 1, ebenfalls in 5020 Salzburg. Der Beklagte bewarb seine Schokolade-Produkte u.a. mit folgender CI/Logo:



Darüber hinaus war der Beklagte seit 16. 3. 2009 Inhaber der beim Österreichischen Patentamt in der Warenklasse 30 für Konditorwaren und Schokolade registrierten Wortbildmarke Nr AT249898:



INTERNATIONALE MANUFAKTUR-SCHOKOLADEN

Über dem Eingang des Salzburger Geschäftslokals des Beklagten befand sich der Schriftzug „Braun.“, wobei der Anfangsbuchstabe die geschwungene Form des Markenworts aufwies.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Die Klägerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, um dem Beklagten zusammengefasst zu verbieten, im Gebiet des Bundeslandes Salzburg im geschäftlichen Verkehr das Zeichen „Braun“ oder ein diesem Zeichen verwechselbar ähnliches Zeichen (einschließlich der registrierten Marke) für Confiturwaren, insbesondere Schokolade, zu verwenden. Ergänzend führte die Klägerin aus, ihr Unternehmen wäre über Hallein hinaus bekannt, insbesondere in der Stadt Salzburg und in der Region bekannt. Zu den Kunden der Konditorei Braun in Hallein zählten seit jeher viele Salzburger. Gestützt auf ihre älteren Namens- und Firmenrechte nach § 43 ABGB bzw. § 37 UGB, aber auch auf § 9 Abs 1 UWG und den Tatbestand des irreführenden Imitationsmarketings nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG gäbe die Vorgangsweise des Beklagten zu Verwechslungen Anlass und würde das Publikum über die Herkunft der Schoko-Produkte getäuscht.

Demgegenüber wendete der Beklagte ein, das klägerische Zeichen „Braun“ wäre für Schokolade bloß beschreibend und berief sich auf sein eigenes Unternehmensschlagwort „Braun.“, wobei statt des Wortes „Punkt“ meist nur der Punkt als Satzzeichen beigefügt wäre. Die Bezeichnung „Braun“ stehe für Schokolade, der Punkt für „sonst nichts“, „stopp“, „aus“ – „Schokolade sonst nichts“ (vergleichbar dem Slogan „Nespresso, what else ...“). Die grafische Gestaltung des Schriftzugs, das geschwungene „B“ in einem Kreis, stelle „Braun.“ dar und solle einen Bezug zur Barockstadt Salzburg/18. Jahrhundert/Mozart herstellen.

Das LG Salzburg wies den Sicherungsantrag zurück, da „Braun“ (mit oder ohne Punkt) für Schokoladewaren nicht unterscheidungskräftig wäre. Das OLG Linz bestätigte die Abweisung und ergänzte den Sachverhalt um die Negativ-Feststellungen zur fehlenden Bekanntheit des klägerischen Unternehmenskennzeichens „Braun“ in Stadt und Land Salzburg.

Der OGH hatte sich u.a. mit der Frage zu befassen, ob die (behauptete) Verkehrsgeltung eines Firmenkennzeichens oder Firmenschlagworts mit schwacher Unterscheidungskraft ein Tatbestandselement des § 2 Abs 3 Z 1 UWG wäre?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Die Höchstichter gaben dem ordentlichen Revisionsrekurs keine Folge. Sie hielten zunächst fest, dass das Zeichen „BRAUN“ ungeachtet des Umstandes, wonach es auch ein nicht besonders seltener Nachname und zugleich eine Farbbezeichnung war, für Produkte der Klägerin originär (also auch ohne Verkehrsgeltung) unterscheidungskräftig wäre, weil es sich um keine Sachangabe für Konditorwaren oder Schokolade handelte. Zu beachten war allerdings, dass die Klägerin dieses Zeichen nach dem festgestellten Sachverhalt nicht in Alleinstellung als Firmenschlagwort verwendete, sondern dass es ein Bestandteil jener Bezeichnung „Konditorei Cafe Braun“ war, unter der die Klägerin – jedenfalls im Kollisionszeitpunkt, also bei Schutzbeginn der Marke der Beklagten – im Geschäftsverkehr aufgetreten war.

Nach dem im Kennzeichenrecht herrschenden Prioritätsgrundsatz war für das Sicherungsverfahren davon auszugehen, dass sich der örtliche Schutzbereich des Zeichens „Braun“ als Bestandteil der Geschäftsbezeichnung der Beklagten jedenfalls nicht vom Firmensitz in Hallein bis in die Stadt Salzburg erstrecken würde. Demzufolge besaß der Beklagte in der Stadt Salzburg die bessere Priorität am strittigen Zeichen, weil er sein Unternehmen dort seit März 2008 führt, während die Klägerin ihre Stadtfiliale erst im November 2010 eröffnet hatte.

Unter denselben Aspekten der Priorität und des räumlichen Schutzbereichs musste gleichwohl der Anspruch aus unlauterem Imitationsmarketing scheitern, da eine unlautere Marktverwirrung ausgeschlossen wäre, solange die im Kollisionsstreit verfangenen Zeichen nicht auf demselben regionalen Markt zusammentrafen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das Höchstgericht gibt im vorliegenden Fall einige grundlegende Antworten auf Fragen des Kennzeichenrechts, die sich leitsatzartig, wie folgt, zusammenfassen lassen:

- Zeichen und ihre Bestandteile sind zufolge der ihnen innewohnenden Individualisierungsfunktion immer dann schutztaugliche Kennzeichen iS des § 9 Abs 1 UWG, wenn sie **Unterscheidungskraft** (Kennzeichnungskraft) besitzen, also etwas Besonderes, Individuelles an sich haben, das sich schon seiner Art nach dazu eignet, ihren Träger von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden.¹
- Personennamen sind grundsätzlich unterscheidungskräftig, auch wenn sie verbreitet sind. Ihnen fehlt die Unterscheidungskraft nur insoweit, als sie zugleich Sachangaben für die damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen sind.²
- Im Falle einer Kollision zwischen dem Recht an einer Geschäftsbezeichnung, einem Namens- oder Firmenrecht mit einem Markenrecht entscheidet der Zeitvorrang (**Prioritätsgrundsatz**). Das jeweils jüngere, erst durch Registrierung begründete Markenrecht muss sich daher eine Einschränkung durch das ältere, stärkere Recht an der Führung einer Etablisementbezeichnung gefallen lassen.³
- Die prinzipielle **Gleichwertigkeit der Kennzeichenrechte** untereinander verlangt vielmehr als Konsequenz bei der Prioritätsfeststellung die Gleichbehandlung der Nutzung eines Kennzeichens als Marke mit der Nutzung als Bezeichnung eines Unternehmens.⁴
- Kennzeichen vermitteln grundsätzlich nur für jenes Gebiet ein Ausschließlichkeitsrecht, auf das der Zeichengebrauch ausstrahlt (**Territorialität**); außerhalb dieses Gebiets wird auch die Kategorie der Unterscheidungskraft gegenstandslos, weil Verwechslungsgefahr schon begrifflich dort ausgeschlossen ist, wo niemand das Zeichen kennt.⁵
- Ist der Schutzbereich eines Zeichens regional begrenzt, kommt es im Fall einer Kollision auf die zeitliche Priorität in diesem räumlich begrenzten Bereich an.⁶

In dieses (nationale) System des Kennzeichenrechts versucht nunmehr der OGH das aus Art 6 Abs 2 lit a UGP-RL⁷ stammende Imitationsmarketing einzufügen.⁸ § 2 Abs 3 Z 1 UWG schützt nämlich auch Kennzeichenrechte und dieser ist bedingt durch die Systematik des neuen UWG auch „über“ die Generalklausel des § 1 UWG erreichbar. Im Verhältnis zu dieser

¹ St Rsp seit OGH 11.1.1972, 4 Ob 368/71 – *Metro II*, ÖBl 1972, 68 (zust *Schönherr*).

² OGH 16.2.2011, 17 Ob 20/10f – *Justierfuß Max*, ecolex 2011/248, 642 (*Horak*) = ÖBl 2011/29, 127 = wbl 2011/149, 398.

³ St Rsp OGH 29.4.1980 4 Ob 317/80 – *Tabasco I*, ÖBl 1981, 24 = SZ 53/69; *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Grundriß Allgemeiner Teil (1982) Rz 344.

⁴ OGH 5.4.2005, 4 Ob 30/05y – *MANPOWER*, RdW 2005/621, 544 = ÖBl-LS 2005/139 = AnwBl 2007, 9.

⁵ OGH 30.1.2001, 4 Ob 14/01i – *Dorf Alm*, RdW 2001/450, 409 = ecolex 2001/187, 546 = ÖBl-LS 2001/124/125 = ÖBl 2002/70, 300 mwN.

⁶ OGH 18.10.1994, 4 Ob 115/94 – *Slender you*, ÖBl 1995, 159 = SZ 67/174 = ÖBl 1995, 224 = wbl 1995, 211 mwN.

⁷ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABi L 149 vom 11.6.2005, 22 ff.

⁸ Kritisch zu diesem Vorhaben bereits *Horak*, Imitationsmarketing und Schutz nicht registrierter Kennzeichen. Zum Verhältnis von UWG und Markenrecht, ÖBl 2012, 151 mwN.

Norm scheint also eine volle Konkurrenz vorzuliegen.⁹ Mit der vorliegenden Entscheidung schlägt das Höchstgericht gleichfalls diese Richtung ein.

Kritisch anzumerken sind die – vor dem Hintergrund des konkret eingeschränkten Sicherungsbegehrens – zweifellos zutreffenden Ausführungen des Höchstgerichts zur Gefährdungsbescheinigung bei nach § 43 ABGB zu beurteilenden Ansprüchen. Die Rsp ist bereits bei differenzierteren Ergebnissen angelangt, als das unbedarfte Studium der vorliegenden Entscheidungspassagen in Pkt. 4.1. vermittelt. Die Gerichte haben längst ausgesprochen, dass im Fall einer Namensverletzung nach § 43 ABGB der Unterlassungsanspruch des Namensträgers auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen ist. Es handelt sich nämlich zB um einen unwiederbringlichen Nachteil, den eigenen Namen nicht als Domain unter der Top Level „.at“ nützen zu können.¹⁰ Gleichwohl bleibt der Vorwurf an die Klagevertretung bestehen weder behauptet noch bescheinigt zu haben, einen verwechslungsbedingten Ausfall an möglichen weiteren Kunden durch die unmittelbare räumliche Nähe der Stadtsalzburger Geschäftsstelle der Konkurrenz „ums Eck“ zu erleiden.¹¹

Ausblick: Offen lässt das Höchstgericht die durchaus spannende Frage, ob die Kunden des Beklagten durch die im Unternehmensauftritt enthaltene Bezeichnung „Manufaktur“ über die Beschaffenheit der Waren in Irrtum geführt werden könnten? Mangels Bezugnahme des Sicherungsbegehrens darauf ist im Anlassfall nicht darauf einzugehen gewesen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch, der für ein Massenpublikum, an welches sich Schokoladeprodukte richten,¹² heranzuziehen ist, bedeutet „Manufaktur“ ein in Handarbeit hergestelltes Industrieerzeugnis oder einfach „Handarbeit“.¹³ Demnach läge in der Bezeichnung für bloß maschinell gefertigte und keineswegs „handgeschöpfte“ Confiseriewaren durchaus ein Täuschungs- bzw. Irreführungspotential, das eine Unlauterkeit nach § 2 UWG begründen könnte.

IV. Zusammenfassung

Ein bloßes Firmenschlagwort einer in Österreich eingetragenen Firma (hier: Konditorei Cafe BRAUN für Schokoladeprodukte) genießt keinen räumlich unbeschränkten Schutz. Es vermittelt wie die nicht registrierte Geschäfts- und Unternehmensbezeichnung nur für jenes Gebiet ein Ausschließungsrecht, auf das der Zeichengebrauch ausstrahlt. Dieser reicht zB im konkreten Fall nicht einmal von der Bezirkshauptstadt Hallein in die ca. 15 km entfernte Stadt Salzburg. Daher kann einem Chocolatier aus Wien, der in Salzburg bereits eine Filiale eröffnet hat, die Bezeichnung „*Braun*.“ nicht untersagt werden.

⁹ Vgl auch *Gamerith*, Wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz durch die RL-UGP. Welche Änderungen bringt § 2 Abs 3 Z 1 UWG für den Kennzeichenschutz? ÖBl 2008, 174.

¹⁰ OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – *ortig.at*, MR 2000, 8 = *ecolex* 2000/98, 215 (*Schanda*) = wbl 2000/87, 142 = ÖJZ-LSK 2000/107 = ÖBl 2000, 134 (*Kurz*) = RdW 2000/296, 341 = EvBl 2000/113 = ARD 5224/29/2001 = SZ 72/207; 29.11.2005, 4 Ob 213/05k – *Zukunft Österreich*, MR 2006, 14 (*Höhne/Dieplinger*) = RZ 2006, 152 = ÖBl-LS 2006/70/71/72, 117 = ÖBl-LS 2006/73, 118 = ÖBl 2006/45, 183 (*Gamerith*).

¹¹ In diesem Sinn ist wohl das in Pkt. 4.1. der vorliegenden Entscheidung zitierte Judikat OGH 13.9.2000, 4 Ob 198/00x – *bundesheer.at I*, MR 2000, 325 = *ecolex* 2001/55, 129 (*Schanda*) = ÖBl-LS 2001/35, 18 = ÖBl 2001, 35 (*Kurz*) = wbl 2001/32, 43 = ARD 5193/26/2001, zu verstehen.

¹² Vgl. OPM 14.3.2012, OBm 4/11 – *MOZART Liköre*, PBl 2012, 139.

¹³ Vgl. *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung²⁵ (2011), 712 ISp; *derselbe*, Das Fremdwörterbuch¹⁰ (2011), 642 rSp.