



- 1. Nach der UWG-Novelle 2007 ist ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iS von § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Der Unterlassungsanspruch wegen Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.**
- 2. Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Auslegung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden (hier: zum Werbeverbot nach § 11 TabakG).**
- 3. Die Ausnahmeregelung in § 11 Abs 2 TabakG soll offenkundig Zeichen Bestandschutz gewähren, deren Verwendung zwar an sich unter das Werbeverbot fiele, die aber schon vor dessen Inkrafttreten gutgläubig auch für andere Erzeugnisse verwendetet worden waren. Dieser Zweck erfasst in gleicher Weise identische und bloß ähnliche Zeichen. Die Beklagte kann sich daher insofern (zumindest) auf eine vertretbare Rechtsauffassung berufen.**
- 4. Unvertretbar ist allerdings die weitere Annahme der Beklagten, dass sie sich auch dann auf § 11 Abs 2 TabakG berufen könne, wenn zwar nicht sie, aber andere Unternehmen die Originalzeichen (also nicht die konkret strittigen Zeichen) vor dem Inkrafttreten des Werbeverbots für tabakfremde Erzeugnisse benutzt hätten. Dies geht nicht nur über den Wortlaut, sondern auch über den offenkundigen Zweck dieser Bestimmung hinaus.**
- 5. Die auf das Kriterium der Vertretbarkeit abstellende Rechtsprechung in Lauterkeitssachen deckt nicht den Versuch, einen offenkundigen Gesetzesverstoß nachträglich mit spitzfindigen Argumenten zu rechtfertigen.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Johannes P. Willheim, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei G\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 30.000 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 28. Oktober 2009, GZ 15 R 194/09y-12, mit welchem der Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 25. August 2009, GZ 20 Cg 189/09v-5, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluss**

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen. Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen

### **Begründung:**

Die Klägerin vermarktet in Österreich Tabakprodukte eines international tätigen Unternehmens. Ein anderes Unternehmen vertreibt Zigaretten der Marke „Camel“, deren Verpackung mit folgendem charakteristischen Kennzeichen versehen ist: (Abb. 1)

Die Beklagte betreibt die Website „www.camelbase.at“. Sie verwendet dort und in ihrem sonstigen Auftritt folgendes Logo (in der Folge: Camelbase-Logo): (Abb. 2)

Auf ihrer Website kündigt die Beklagte Veranstaltungen an, deren Sponsor sie ist („Camelbase-Events“). Bei diesen Veranstaltungen sind „Camelbase-Eventstützpunkte“ aufgebaut; Mitarbeiter der Beklagten verteilen Werbegeschenke. Gelegentlich errichtet die Beklagte auch ein Zelt, in dem sie Getränke sowie Zigaretten der Marke „Camel“ verkauft. Die Stützpunkte, Zelte und Werbegeschenke sind mit der Aufschrift „camelbase.at“ und dem Camelbase-Logo versehen; gleiches gilt für die Bekleidung der Mitarbeiter.

Auf ihrer Website zeigt die Beklagte Fotos von „Camelbase-Events“, auf denen insbesondere der Schriftzug „camelbase.at“ und das Camelbase-Logo abgebildet sind. Weiters bietet sie entsprechend gekennzeichnete Modeartikel und Accessoires zum Kauf an.

Die Bezeichnung „Camel“ und das Original-Kamel wurden schon vor Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbverbots in § 11 Abs 1 TabakG (31. Juli 2005) für die Kennzeichnung von Veranstaltungen und Freizeitbekleidung verwendet. Dabei wurden etwa Bezeichnungen wie Camel-Store, Camel-Shop, Camel-Tage oder Camel-Boots gebraucht. Das Logo der Beklagten wurde damals jedoch nicht verwendet.

Zur Sicherung ihres mit Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr

1. Sponsoring für Tabakerzeugnisse iSd § 1 Z 7a TabakG zu betreiben, insbesondere in Form von Zahlungen finanzieller Leistungen an Veranstalter von Events, insbesondere an Veranstalter von Musikfestivals wie das vom 20. bis 22. August 2009 stattfindende „Frequency-Festival“, sowie

2. Werbung für Tabakerzeugnisse, insbesondere für Zigaretten der Marke „Camel“, auf Eventveranstaltungen durch die Bewerbung einer Website unter der URL [www.camelbase.at](http://www.camelbase.at), auf der ein Logo wiedergegeben ist, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, durch PromotorInnen der Website unter der URL [www.camelbase.at](http://www.camelbase.at), auf deren Kleidung jenes gezeichnete Dromedar zu sehen ist, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, sowie durch den Betrieb der Website unter der URL [camelbase.at](http://camelbase.at), auf der stets ein Logo wiedergegeben ist, das jenes gekennzeichnete Dromedar enthält, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, zu betreiben.

Durch das beanstandete Verhalten verstoße die Beklagte gegen das allgemeine Werbe- und Sponsoringverbot für Tabakerzeugnisse nach § 11 Abs 1 TabakG. Die Ausnahme nach § 11 Abs 2 TabakG könne die Beklagte nicht für sich in Anspruch nehmen, weil sie die von ihr angebotenen Erzeugnisse erst nach dem Inkrafttreten dieses Verbots entwickelt und in Verkehr gebracht habe.

Die Beklagte entgegnet, dass die Bezeichnung „Camel“ und das Bild eines Dromedars schon vor dem Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbverbots in diversen Branchen, zB für Events und Veranstaltungen, für Freizeitbekleidung sowie für Aktivitäten im Kunstsektor, verwendet worden seien. Damit sei der Ausnahmetatbestand des § 11 Abs 2 TabakG erfüllt. Diese Ausnahme beziehe sich auf den Schutz der betroffenen Branchen (zB Mode- oder Parfumindustrie) und sei nicht auf den Schutz einzelner Unternehmen beschränkt, die die Zeichen tatsächlich vor dem Inkrafttreten des Werbeverbots gebraucht hätten. Diese Rechtsansicht sei jedenfalls vertretbar, weshalb kein unlauterer Rechtsbruch iSv § 1 UWG vorliege. Die Website der Beklagten enthalte keinen Bezug zu Tabakerzeugnissen.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab. Haltung und Silhouette des (originalen) Camel-Kamels fänden sich im Camelbase-Logo der Beklagten wieder. Damit sei die

Verwendung dieses Logos eine mittelbare Werbung für „Camel“-Zigaretten. Jedoch sei die Auffassung der Beklagten vertretbar, ihr Verhalten sei durch § 11 Abs 2 TabakG gedeckt. Ein Verstoß gegen § 1 UWG liege daher nicht vor.

Das *Rekursgericht* untersagte der Beklagten, im geschäftlichen Verkehr

1. Sponsoring für Tabakerzeugnisse iSd § 1 Z 7a TabakG in Form von Zahlungen finanzieller Leistungen an Veranstalter von Events, insbesondere an Veranstalter von Musikfestivals wie das „Frequency-Festival“ vom 20. bis 22. August 2009, gegen die Erlaubnis, bei diesen Events Einrichtungen wie Stützpunkte mit aufblasbaren Säulen, Warenstände oder Zelte aufzustellen, auf denen ein Logo dargestellt wird, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, zu betreiben;

2. Werbung für Tabakerzeugnisse, insbesondere für Zigaretten der Marke „Camel“, zu betreiben,

durch Ankündigen von Veranstaltungen bzw Events, Darstellen von Fotos, Anbieten von Gewinnspielen und/oder von Modeartikeln und Accessoires auf der Website [www.camelbase.at](http://www.camelbase.at) unter Verwendung eines Logos, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, sowie

auf Eventveranstaltungen durch die Bewerbung der Website [www.camelbase.at](http://www.camelbase.at), auf der ein Logo dargestellt wird, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, und durch PromotorInnen der Website [www.camelbase.at](http://www.camelbase.at) auf deren Kleidung ein Logo dargestellt wird, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist.

Das Dromedar auf dem Camelbase-Logo entspreche in Gestalt, Haltung und Silhouette jenem des Camel-Originalzeichens; auch die Bezeichnung „camelbase“ spiele auf die Zigarettenmarke an. Aus diesem Grund stelle das angesprochene Raucherpublikum eine gedankliche Verbindung zwischen den Camelbase-Aktivitäten und den Zigaretten her. Das beanstandete Verhalten fördere daher zumindest mittelbar den Verkauf von „Camel“-Zigaretten. Dass die Beklagte dies auch beabsichtige, zeige sich darin, dass sie bei einzelnen Veranstaltungen in von ihr aufgestellten Zelten ausschließlich Zigaretten dieser Marke verkaufe.

Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse sei nach § 11 Abs 1 TabakG grundsätzlich verboten. § 11 Abs 2 TabakG enthalte eine Ausnahme für Diversifikationsprodukte, die allerdings an mehrere Bedingungen geknüpft sei. Insbesondere sei sie nach § 11 Abs 3 TabakG nicht auf Produkte anwendbar, die nach dem Inkrafttreten des Werbeverbots entwickelt und in Verkehr gebracht worden seien. § 11 Abs 2 TabakG schütze nur die Verwendung von Namen, Marken oder Symbolen, die vor diesem Zeitpunkt in identischer Form sowohl für Tabakwaren als auch für andere Produkte verwendet worden seien. Als solches Zeichen komme nur das Original-Camel-Symbol in Betracht, nicht aber das damals noch nicht verwendete Logo der Beklagten. Dies ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut und dem Zweck von § 11 TabakG, sodass sich die Beklagte nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen könne. Zudem erfasse § 11 Abs 2 TabakG nur konkrete Produkte bestimmter Hersteller, die sich dafür unter der strittigen Bezeichnung vor Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbeverbots ein Renommee aufgebaut hätten.

Den Revisionsrekurs ließ das *Rekursgericht* nachträglich mit der Begründung zu, dass die seiner Entscheidung zugrunde liegende Auslegung von § 11 Abs 2 TabakG nicht durch höchstgerichtliche Judikatur gedeckt sei.

Der *Revisionsrekurs* der Beklagten ist aus dem vom *Rekursgericht* genannten Grund *zulässig*, er ist aber *nicht berechtigt*.

1. Die Vorinstanzen haben die Rechtsprechung zur Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ in der Sache richtig wiedergegeben. Danach ist ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (4 Ob 225/07d = MR 2008, 114 [Heidinger 108] = wbl 2008, 290 [Artmann 253] = ÖBl 2008, 237 [Mildner] = ecolex 2008, 551 [Tonninger] - Wiener Stadtrundfahrten; RIS-Justiz RS0123239). Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden (4 Ob 225/07b - Wiener Stadtrundfahrten; zuletzt etwa mwN 4 Ob 40/09z = ÖBl-LS 2009/239 [Mildner] = ecolex 2009, 881 [Tonninger] - Lademulden).

2. Die Klägerin behauptet einen Verstoß der Beklagten gegen das Werbeverbot nach § 11 TabakG. Die hier maßgebenden Teile dieser mit 31. Juli 2005 in Kraft getretenen Bestimmung lauten:

(1) Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse sind verboten.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 dürfen Namen, Marken oder Symbole, die zur Zeit des In-Kraft-Tretens dieser Bestimmung bereits guten Glaubens sowohl für Tabakerzeugnisse als auch für andere Erzeugnisse verwendet wurden, für diese anderen Erzeugnisse sowie für Werbung oder Sponsoring zugunsten dieser anderen Erzeugnisse verwendet werden. Voraussetzung ist, dass

1. es sich bei diesen anderen Erzeugnissen, Veranstaltungen oder Aktivitäten sowie bei der darauf bezogenen Werbung oder dem darauf bezogenen Sponsoring eindeutig nicht um Tabakerzeugnisse handelt und

2. keine sonstigen für ein Tabakerzeugnis bereits benutzten Unterscheidungsmerkmale verwendet werden.

(3) Die Ausnahme des Abs. 2 gilt nicht für Namen, Marken oder Symbole für von Tabakerzeugnissen verschiedene Erzeugnisse, die nach In-Kraft-Treten dieser Bestimmung entwickelt und in Verkehr gebracht werden.

„Werbung“ ist in diesem Zusammenhang „jede Form der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder der indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“ (§ 1 Z 7 TabakG); „Sponsoring“ ist „jede Form des öffentlichen oder privaten Beitrags zu einer Veranstaltung oder Aktivität oder jede Form der Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel oder der direkten oder der indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“ (§ 1 Z 7a TabakG).

3. Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten diese Definitionen erfüllt. Die angesprochenen Kreise verstehen sowohl die Bezeichnung „camelbase.at“ als auch das Camelbase-Logo ohne jeden Zweifel als Anspielung auf die bekannte Zigarettenmarke „Camel“. Die konkrete Verwendung der Zeichen (Website, Sponsoring von „Events“, Verteilen von Werbegeschenken) dient offenkundig dazu, eine positive Stimmung für diese Marke zu erzeugen. Damit fördert das beanstandete Verhalten zumindest indirekt den Verkauf von Tabakerzeugnissen. Der Tatbestand von § 11 Abs 1 TabakG ist daher erfüllt.

4. Von entscheidender Bedeutung ist daher, ob sich die Beklagte auf die Ausnahme des § 11 Abs 2 TabakG berufen kann.

4.1. Die Annahme des Rekursgerichts, § 11 Abs 2 TabakG erlaube nur die Verwendung solcher Zeichen, die in identischer Form für Tabakerzeugnisse und andere Produkte verwendet worden seien, ist zwar nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht

ausgeschlossen. Allerdings führte sie zu einem merkwürdigen Wertungswiderspruch: Der weite Werbebegriff des Tabakgesetzes kann, wie das vorliegende Verfahren zeigt, auch die Verwendung von Namen, Marken oder Symbolen erfassen, die bloß eine Ähnlichkeit mit Kennzeichen aufweisen, die für Tabakerzeugnisse verwendet werden. Die Werbewirkung solcher Zeichen wird freilich im Regelfall geringer sein als jene von Originalzeichen. Dennoch wäre die unter § 11 Abs 1 TabakG fallende Verwendung bloß „angelehnter“ Zeichen nach der Entscheidung des Rekursgerichts jedenfalls unzulässig, während die Verwendung von Originalzeichen unter den Voraussetzungen des § 11 Abs 2 TabakG erlaubt sein könnte. Dieses Ergebnis ist weder durch höchstgerichtliche Judikatur noch durch den Zweck des Gesetzes gedeckt. Denn die Ausnahmeregelung in § 11 Abs 2 TabakG soll offenkundig Zeichen Bestandschutz gewähren, deren Verwendung zwar an sich unter das Werbeverbot fiele, die aber schon vor dessen Inkrafttreten gutgläubig auch für andere Erzeugnisse verwendet worden waren. Dieser Zweck erfasst in gleicher Weise identische und bloß ähnliche Zeichen. Die Beklagte kann sich daher insofern (zumindest) auf eine vertretbare Rechtsauffassung berufen.

4.2. Unvertretbar ist allerdings die weitere Annahme der Beklagten, dass sie sich auch dann auf § 11 Abs 2 TabakG berufen könne, wenn zwar nicht sie, aber andere Unternehmen die Originalzeichen (also nicht die konkret strittigen Zeichen) vor dem Inkrafttreten des Werbeverbots für tabakfremde Erzeugnisse benutzt hätten. Dies geht nicht nur über den Wortlaut, sondern auch über den offenkundigen Zweck dieser Bestimmung hinaus. Denn in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (700 BlgNR 22. GP, zu Z 6 [§ 11]) heißt es dazu: „Diese Ausnahmeregelung soll allfällige Wettbewerbsnachteile für Produkte beispielsweise der Mode oder Parfumindustrie, die zur Zeit des Inkrafttretens des generellen Werbe/Sponsoringverbots für Tabakerzeugnisse bereits bestehen, namensgleich mit Tabakerzeugnissen sind und sich bereits unter dem Namen eines Tabakerzeugnisses ein Renommee aufgebaut haben, ausschließen.“ In solchen Fällen soll die „Weiterführung“ der bereits verwendeten Zeichen möglich sein.

Der Hinweis auf das zulässige „Weiterführen“ von Kennzeichen zeigt deutlich, dass das in den Materialien angesprochene „Renommee“ nur bei solchen Unternehmen geschützt ist, die es tatsächlich vor Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbverbots für ihre Produkte erworben hatten. Andere Unternehmen, die nach diesem Zeitpunkt mit gleich oder ähnlich gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen auf den Markt kommen, verfügen über keinen wertvollen Besitzstand, der durch die Ausnahmebestimmung des § 11 Abs 2 TabakG vor dem allgemeinen Werbe- und Sponsoringverbot geschützt werden müsste.

4.3. Angesichts dieses eindeutigen Regelungszwecks kann sich die Beklagte nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen. Sie hat nicht behauptet, dass sie die strittigen Zeichen selbst vor Inkrafttreten des allgemeinen Werbeverbots in der oben genannten Weise genutzt hätte oder dass sie (zumindest) im Auftrag eines anderen Unternehmens handelte, das diese Bedingung erfüllte. Der bloße Umstand, dass andere Unternehmen die Wortmarke „Camel“ und das Originalkamel zur Kennzeichnung von tabakfremden Produkten verwendet hatten, kann nicht dazu führen, dass die Nutzung eines ähnlichen Wortzeichens (camelbase.at) oder eines an das Original angelehnten Bildzeichens (Camelbase-Logo) nun trotz des umfassenden Werbeverbots ganz allgemein - also unabhängig von einem wertvollen Besitzstand (Renommee) des Nutzers im maßgebenden Zeitpunkt - zulässig wäre. Die auf das Kriterium der Vertretbarkeit abstellende Rechtsprechung deckt nicht den Versuch, einen offenkundigen Gesetzesverstoß nachträglich mit spitzfindigen Argumenten zu rechtfertigen (4 Ob 29/07d = SZ 2007/61 - Granulat; RIS-Justiz RS0077931 [T13]).

4.4. Dazu kommt, dass sich die Werbemaßnahmen der Beklagten nach dem bescheinigten Sachverhalt nicht auf konkrete tabakfremde Waren oder Dienstleistungen beschränken. Zwar vertreibt die Beklagte über ihre Website Waren, die mit dem Camelbase-Logo gekennzeichnet sind. Die dort ebenfalls beworbenen Camelbase-Events haben aber bei realistischer

Betrachtung nicht ausschließlich den Zweck, den Absatz dieser Produkte zu fördern. Vielmehr ist die Beklagte offenkundig bestrebt, mit ihren Camelbase-Aktivitäten eine positive Stimmung (auch) für die Zigarettenmarke „Camel“ zu erzeugen; jede andere Deutung des beanstandeten Verhaltens wäre weltfremd.

Damit ist aber die in § 11 Abs 2 Z 1 TabakG enthaltene Bedingung nicht erfüllt, wonach es sich bei den „anderen“ Erzeugnissen und bei der darauf bezogenen Werbung oder dem darauf bezogenen Sponsoring „eindeutig“ nicht um Tabakerzeugnisse handeln darf. Gerade diese Eindeutigkeit fehlt bei den Camelbase-Events. Daher würde es der Beklagten auch nicht weiterhelfen, wenn sie sich - etwa aufgrund vertraglicher Beziehungen - auf das von einem anderen Unternehmen erworbene Renommee für die beanstandeten Zeichen berufen könnte.

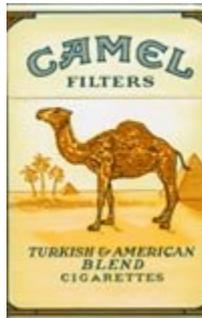
5. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht daher dem Grunde nach zu Recht. Gegen die vom Rekursgericht vorgenommene Umformulierung des Verbots wendet sich die Beklagte nicht. Ihr Revisionsrekurs muss daher scheitern.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 ZPO.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Die Klägerin vermarktete in Österreich Tabakprodukte eines international tätigen Unternehmens. Ein anderes Unternehmen vertrieb aber die Zigaretten der Marke „Camel“, deren Verpackung mit folgendem charakteristischen Kennzeichen versehen war:



Die Beklagte betrieb die Website „www.camelbase.at“. Sie verwendete dort und in ihrem sonstigen Auftritt das sog. „Camelbase-Logo“ zur Ankündigung und Bewerbung von diversen Veranstaltungen, wie z.B. des Frequency Festivals:



Auf ihrer Website zeigt die Beklagte Fotos von „Camelbase-Events“, auf denen insbesondere der Schriftzug „camelbase.at“ und das Camelbase-Logo abgebildet sind. Weiters bietet sie entsprechend gekennzeichnete Modeartikel und Accessoires zum Kauf an.

---

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

Die Bezeichnung „Camel“ und das Original-Kamel wurden schon vor Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbeverbots, also vor dem 31. Juli 2005 für die Kennzeichnung von Veranstaltungen und Freizeitbekleidung verwendet. Dabei wurden etwa Bezeichnungen wie Camel-Store, Camel-Shop, Camel-Tage oder Camel-Boots gebraucht. Das Logo der Beklagten wurde damals hingegen noch nicht verwendet.

Die Klägerin begehrte im Sicherungsverfahren mit der Behauptung eines nach § 1 UWG unlauteren Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch, der Beklagten u.a. zu verbieten, Sponsoring für Tabakerzeugnisse iSd § 1 Z 7a TabakG zu betreiben, insbesondere in Form von Zahlungen finanzieller Leistungen an Veranstalter von Events, insbesondere an Veranstalter von Musikfestivals wie das vom 20. bis 22. August 2009 stattfindende „Frequency-Festival“, sowie Werbung für Tabakerzeugnisse, insbesondere für Zigaretten der Marke „Camel“, auf Eventveranstaltungen durch die Bewerbung einer Website unter der URL <http://www.camelbase.at>, auf der ein Logo wiedergegeben ist, das jenes gezeichnete Dromedar enthält, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, durch PromotorInnen der Website unter der URL <http://www.camelbase.at>, auf deren Kleidung jenes gezeichnete Dromedar zu sehen ist, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, sowie durch den Betrieb der Website unter der URL [camelbase.at](http://www.camelbase.at), auf der stets ein Logo wiedergegeben ist, das jenes gekennzeichnete Dromedar enthält, das auch auf den Zigarettenpackungen der Marke „Camel“ abgebildet ist, zu betreiben.

Die Beklagte wendete zusammengefasst ein, die Bezeichnung „Camel“ und das Bild eines Dromedars wäre schon vor dem Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbeverbots in diversen Branchen, zB für Events und Veranstaltungen, für Freizeitbekleidung sowie für Aktivitäten im Kunstsektor, verwendet worden; der Ausnahmetatbestand des § 11 Abs 2 TabakG wäre erfüllt bzw. zumindest konnte die Beklagte davon in vertretbarer Rechtsansicht ausgehen.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab, das Rekursgericht gab dem Unterlassungsbegehren (in leicht modifizierter Form) statt und ließ den Revisionsrekurs an den OGH zu. Die Höchststrichter hatten sich daher mit der Auslegung des Tabakwerbeverbots nach § 11 Abs 2 TabakG zu befassen.

## **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die erlassene EV. Gemäß § 11 TabakG idF ab dem 31.7.2005 waren Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse grundsätzlich verboten, ausgenommen (sinngemäß) die Verwendung solcher Namen, Marken oder Symbole, die zuvor bereits guten Glaubens für Tabakerzeugnisse oder andere Erzeugnisse verwendet wurden. Das beanstandete Verhalten der Beklagten fiel unter Werbung bzw. Sponsoring iS des § 1 Z 7, 7a TabakG. Die angesprochenen Kreise verstünden nämlich sowohl die Bezeichnung „camelbase.at“ als auch das Camelbase-Logo ohne jeden Zweifel als Anspielung auf die bekannte Zigarettenmarke „Camel“. Die konkrete Verwendung der Zeichen auf der Website, zum Sponsoring von „Events“ und das Verteilen von Werbegeschenken dienten offenkundig dazu, eine positive Stimmung für diese Marke zu erzeugen. Damit förderte die Beklagte zumindest indirekt den Verkauf von Tabakerzeugnissen.

Allerdings ortete der OGH in der Begründung des Rekursgerichts einen zu korrigierenden Wertungswiderspruch, darin die unter § 11 Abs 1 TabakG fallende Verwendung bloß „angelehnter“ Zeichen als jedenfalls unzulässig zu verbieten, während die Verwendung von Originalzeichen unter den Voraussetzungen des § 11 Abs 2 TabakG erlaubt sein könnte. Unter Hinweis auf das zulässige „Weiterführen“ von Kennzeichen in den Gesetzesmaterialien führten die Höchststrichter aus, dass das von der Ausnahmeregelung des § 11 Abs 2 TabakG geschützte „Renommee“ nur bei solchen Unternehmen geschützt wäre, die es tatsächlich vor Inkrafttreten des allgemeinen Tabakwerbeverbots für ihre Produkte erworben hatten. Andere

Unternehmen, die nach diesem Zeitpunkt mit gleich oder ähnlich gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen auf den Markt kam, verfügten über keinen wertvollen Besitzstand, der durch § 11 Abs 2 TabakG vor dem allgemeinen Werbeverbot geschützt werden müsste. Angesichts dieses eindeutigen Regelungszwecks konnte sich die Beklagte nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung erlaubt einen Blick auf die auch nach der UWG-Novelle 2007<sup>1</sup> nach wie vor aktuelle Fallgruppe des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch. Die Besonderheit des Prüfungsschemas für die **Fallgruppe Rechtsbruch** besteht darin, das Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung einer ausdrücklich missbilligten Geschäftspraktik zu stützen, so kann die einstweilige Verfügung schon dann erlassen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden – einander nicht ausschließenden – Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist nicht erforderlich.<sup>2</sup>

Nach der mit Spannung erwarteten<sup>3</sup> und nunmehr wohl gefestigten Rsp<sup>4</sup> zur Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Nov 2007 ergeben sich Änderungen in der Begründung, weniger im Ergebnis der nunmehr als unlauter zu beurteilenden Rechtsverstößen unter Mitbewerbern.

- Als **unvertretbarer Rechtsbruch** d.h. als unlauter, gilt daher die Verletzung jeder Norm, die geeignet ist, einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung zu verschaffen, der wiederum geeignet ist, zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung zu führen.
- Die **Vertretbarkeit** der Rechtsauffassung genügt (nach wie vor), da ein funktionierender Leistungswettbewerb nicht jeweils die strengste Auslegung verlangt.

Die (komplexe) Prüfung der Unlauterkeit wegen eines behaupteten Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch hat zu einer „privilegierten“ Anrufungsmöglichkeit des Höchstgerichts geführt.<sup>5</sup> Bei der Annahme einer unvertretbaren Rechtsansicht durch das Gericht II. Instanz ist die Zulässigkeit eines Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof nicht bloß am Maßstab der „krassen Fehlbeurteilung“ der Vertretbarkeitsfrage zu messen, sondern auch daran, ob die (zumindest implizite) Annahme der objektiven Rechtswidrigkeit von höchstgerichtlicher Rechtsprechung oder dem eindeutigen Gesetzeswortlaut gedeckt ist.<sup>6</sup>

Dies gilt allerdings nur dann uneingeschränkt, wenn das Gericht zweiter Instanz eine vertretbare Rechtsansicht angenommen hat. Denn in diesem Fall ist die "richtige" Auslegung der angeblich übertretenen Norm unerheblich; entscheidend ist allein, ob das Gericht zweiter Instanz die Vertretbarkeitsfrage in vertretbarer Weise beurteilt hatte. Das Rechtsmittel an den OGH ist daher nicht schon bei Fehlen von höchstgerichtlicher Rsp zur „richtigen“ Auslegung

---

1 BGBl I 79/2007.

2 OGH 8.7.2008, 4 Ob 113/08h – *Medium T*, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = ÖJZ-LS 2008/37, 970 = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = wbl 2009/19, 45 = ÖBl-LS 2009/4/6/7/8, 14 = ÖBl-LS 2009/27, 17 = ÖBl 2009/21, 116 (*Gamerith*).

3 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*); dazu *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; *Heidinger*, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503.

4 OGH 18.11.2008, 4 Ob 156/08g – *Stiftung Warentest*, wbl 2009/89, 206 = ecolex 2009/161, 423

(*Schumacher*) = ÖBl-LS 2009/86/87, 58; 12.5.2009, 4 Ob 55/09f – *Anstaltsordnung*, ÖBl-LS 2009/238, 217.

5 OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – *Lademulden*, ecolex 2009/341, 881 (*Tonninger*) = ÖBl-LS 2009/239, 217 (*Mildner*) = wbl 2009/248, 572.

6 OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – *Lademulden*, ecolex 2009/341, 881 (*Tonninger*) = ÖBl-LS 2009/239, 217 (*Mildner*) = wbl 2009/248, 572.

der angeblich übertretenen Norm zulässig, sondern nur dann, wenn das Gericht zweiter Instanz seinen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Vertretbarkeitsfrage überschritten hat. Anders ist die Rechtslage, wenn das Gericht zweiter Instanz eine unvertretbare Rechtsansicht des Beklagten angenommen hat. Denn dies setzt zwingend voraus, dass der Beklagte objektiv gegen eine im konkreten Fall anwendbare Norm verstoßen hat; nur eine unrichtige Auslegung kann auch unvertretbar sein.<sup>7</sup>

**Ausblick:** im konkreten Fall hatte die Beklagte nicht behauptet, dass sie die strittigen Zeichen, nämlich die ähnlichen oder angelehnten Namen bzw. Symbole selbst vor Inkrafttreten des allgemeinen Werbeverbots in der oben genannten Weise genutzt hätte oder dass sie (zumindest) im Auftrag eines anderen Unternehmens handelte, das diese Bedingung erfüllte. Dies bedeutet aber, dass im Fall des Nachweises einer gestattungsmäßigen Verwendung<sup>8</sup> vor dem 31.7.2005 das Werbeverbot des § 11 TabakG nicht mehr greift, zumindest aber dessen Verletzung nicht unvertretbar, und damit nicht unlauter ist.

#### **IV. Zusammenfassung**

Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung und damit für einen vorwerfbaren Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch sind nach der UWG-Nov 2007 der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden.

---

7 Vgl. OGH 24.3.2009, 4 Ob 15/09y – *Blockhütte*, ÖB1-LS 2009/172, 159; 29.9.2009, 4 Ob 152/09w – *Nichtrauscherschutz*, nv; 4 Ob 152/09w; 19.11.2009, 4 Ob 70/09m – *Schüleraustausch-Programme*, nv.

8 Vgl. dazu OGH 7.11.1995, 4 Ob 77/95 – *Plus*, ÖB1 1996, 143 (*Koppensteiner*); *Thiele*, Update Sponsoring - Naming-Rights bei Kultur- und Sportstätten, *ecolex* 2005, 773 mwN.