

- 1. Für den marken- oder wettbewerbsrechtlichen Nebenanspruch der Urteilsveröffentlichung besteht keine Einschränkung auf periodische Medien. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, das betroffene Publikum über einen Gesetzesverstoß aufzuklären, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen befürchten lässt.**
- 2. Wird die rechtswidrige Handlung im Internet begangen, so kann auf Urteilsveröffentlichung im Internet erkannt werden. Dabei ist ein Zeitraum zu bestimmen, während dessen die Veröffentlichung auf der Website aufzuscheinen hat, durch deren Inhalt rechtswidrig gehandelt wurde. Es ist zweckmäßig, das Urteil in einem Fenster zu veröffentlichen, das sich öffnet (Pop-up-Fenster in einem Viertel der Bildschirmgröße), wenn der Internetnutzer auf eine bestimmte Seite gelangt. Für den diesbezüglichen Aufklärungszweck ist ein Zeitraum von 30 Tagen ausreichend.**
- 3. § 25 öUWG (entspricht § 23 dUWG) ist auf Urteilsveröffentlichung im Internet analog anwendbar. Der Betreiber der Website, wozu auch der Beklagte zählen kann, ist verpflichtet, die Urteilsveröffentlichung ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen 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 H\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Engin-Deniz und Dr. Christian Reimitz, Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.336,42 EUR), über die außerordentliche Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 16. Mai 2002, GZ 6 R 44/02s-36, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 12. Dezember 2001, GZ 10 Cg 55/00z-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es, einschließlich des bestätigten Teils, insgesamt wie folgt zu lauten hat:

1. Die Beklagte ist schuldig, es ab sofort zu unterlassen, Zigaretten und zugehörige Packungen unter Verwendung des Firmenschlagworts und der Standardmarke der Klägerin 'BOSS' im Internet zu bewerben und/oder anzubieten, soweit sich Werbung und/oder Angebot auf den österreichischen Markt beziehen.
2. Die Beklagte ist schuldig, über die von ihr in Österreich in Verkehr gebrachten 'BOSS'-Zigaretten unter Vorlage von Kopien der Eingangs- und Ausgangsrechnungen binnen 14 Tagen zu Händen der Klagevertreter Rechnung zu legen sowie nach erfolgter Rechnungslegung deren Überprüfung durch einen Buchprüfer nach Wahl der Klägerin mit den Rechtsfolgen gemäß § 151 PatG zu dulden.
3. Die Klägerin wird ermächtigt, den stattgebenden Teil des Urteilspruchs binnen sechs Monaten nach Rechtskraft auf Kosten der Beklagten für die Dauer von 30 Tagen auf den Websites der Beklagten mit den Internetadressen [www.reemtsma.com](http://www.reemtsma.com) und [www.reemtsma.de](http://www.reemtsma.de) oder, sollte die Beklagte ihre Internetadressen ändern, auf den Websites mit den an Stelle der Internetadressen [www.reemtsma.com](http://www.reemtsma.com) und [www.reemtsma.de](http://www.reemtsma.de) verwendeten Internetadressen, zu veröffentlichen, und zwar mit den üblichen graphischen Hervorhebungen, fettgedruckten

Namen der Prozessparteien sowie dem Zeichen 'BOSS', Fettdruckumrandung, im Übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße und Zeilenabständen, wie auf den Websites der Beklagten üblich, wobei die Veröffentlichung in einem Fenster in der Größe eines Viertels der Bildschirmoberfläche zu erfolgen hat, das sich bei Aufrufen jener Seite öffnet (Pop-up-Fenster), auf der die Beklagte in deutscher Sprache ihre Produkte vorstellt.

4. Das Mehrbegehren, die Klägerin zu ermächtigen, den stattgebenden Teil des Urteilspruchs auf Kosten der Beklagten in Ausgaben der Tageszeitungen 'Kurier', 'Neue Kronen Zeitung' und 'Kleine Zeitung' sowie im Internet für einen 30 Tage übersteigenden Zeitraum zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

5. Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 6.368,64 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 977,99 EUR USt und 500,72 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 4.680,90 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 780,15 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Klägerin ist ein deutsches Unternehmen. Sie ist mit Priorität 7. 12. 1979 Inhaberin der international registrierten und auch in Österreich geschützten Wortmarke IR 456092 "BOSS", eingetragen für Waren der Klasse 25 (Bekleidung). Unter dieser Marke vertreibt die Klägerin seit vielen Jahren - in Österreich seit 1970 - Herrenbekleidung und seit dem Jahr 2000 auch Damenbekleidung. Die Klägerin hat Markenlizenzen für Parfum, Brillen, Strickwaren, Krawatten, Unterwäsche und Schuhe vergeben. Sie lässt ausgewählte Partnerunternehmen (ua) Brillen, Parfumerieerzeugnisse, Kosmetika, Uhren, Schuhe und Leder-Accessoires erzeugen und unter ihrer Marke vertreiben. Die von der Klägerin und ihren Lizenzpartnern hergestellten und vertriebenen Produkte sind von gehobener Qualität. Ihr Prestigewert ist sowohl allgemein als auch in den angesprochenen Verkehrskreisen hoch.

Die Klägerin konnte für 1993 keinen Verkehrsgeltungsnachweis erbringen. Im Befragungszeitraum Oktober/November 1995 waren die Marke und das Firmenschlagwort der Klägerin 58 % der österreichischen Gesamtbevölkerung und 87 % der Verwender und Käufer hochwertiger Herrenoberbekleidung bekannt; im Befragungszeitraum Februar/März 1996 betragen diese Werte 68 % und 92 %; im Zeitraum September bis November 1997 waren es 65,15 % und 90 %. Die Klägerin tritt seit vielen Jahren als Sponsor verschiedener Sportveranstaltungen auf, wie insbesondere der Formel 1 und von Tennisturnieren.

Die Beklagte erzeugt und vertreibt Tabakwaren. Auch ihr slowenisches Tochterunternehmen erzeugt und vertreibt Tabakwaren, und zwar unter der in Österreich mit Priorität 25. 11. 1993 registrierten Wortmarke Nr 151133 "BOSS" für Filterzigaretten. In Ungarn und in der Slowakei lässt die Beklagte "BOSS"-Zigaretten von ihren dortigen Tochterunternehmen erzeugen. Vertrieben werden die Zigaretten von einem anderen Tochterunternehmen der Beklagten. Die für Zigaretten verwendete Wortmarke "BOSS" wird in der gleichen Schriftart geschrieben wie das Firmenschlagwort der Klägerin.

Bereits 1989 wies die Klägerin die Beklagte und auch deren slowenisches Tochterunternehmen wiederholt darauf hin, dass sie einer Verwendung ihres Firmenschlagworts für Zigaretten nicht zustimme. Das slowenische Tochterunternehmen der Beklagten erklärte sich zu Verhandlungen mit der Klägerin bereit, sobald die jugoslawische und internationale Nachfrage nach "BOSS"-Zigaretten gute Umsätze erwarten lasse. In Österreich sind "BOSS"-Zigaretten nur in den Duty Free Shops erhältlich.

Die Beklagte betreibt unter den Domains [www.reemtsma.com](http://www.reemtsma.com) und [www.reemtsma.de](http://www.reemtsma.de) Websites, deren Texte sowohl in englischer als auch in deutscher Sprache verfasst sind. Beim Anklicken des Links "Sortiment" gelangt der Internetnutzer auf eine Seite, deren Text wie folgt lautet:

"Mehr Infos? Klicken Sie sich durch unsere Produktvielfalt. Hinweis: Dies ist ein Ausschnitt aus unserem Sortiment. Zum Teil gehören uns die Markenrechte, zum Teil handelt es sich um Lizenzmarken oder um Marken anderer Hersteller, die wir für diese distribuieren. Nicht alle Marken und Markenvarianten sind überall erhältlich." Auf dieser Seite sind zwei "BOSS"-Zigarettenpackungen abgebildet. Werden diese angeklickt, so gelangt man zu den Zigaretten "BOSS Classic", "BOSS Lights", "BOSS Super Lights" und "BOSS Ultra Lights", die wie folgt beschrieben werden: "Boss Die Marken der Boss-Familie sind Sloweniens erfolgreichste Marken. Das internationale Flair der Marke BOSS ist in Slowenien zum Synonym des Erfolgs geworden. Moderne Technologien zur Herstellung von Tabakprodukten bei Tobacna Ljubljana unterstützen den rasanten Aufstieg dieser Marke. Sie ist Trendsetter in einem Land, das sich in einem ständigen Modernisierungsprozess befindet. Aus der Boss-Familie stammen auch die ersten Lights- und Ultra-Lights-Cigaretten Sloweniens: Die Boss Lights und Boss Super Lights".

Bei zwei weiteren "BOSS"-Zigarettenpackungen findet sich folgender Text:

"Boss The BOSS world is the world of those people who create their own success. They enjoy fulfilling their visions, dreams and define the way to it. They know which brand belongs to them: BOSS cigarettes. These BOSS cigarettes are only available in the Czech Republic, Hungary, Ukraine, Russia and Taiwan."

Der zuletzt wiedergegebene Text war ursprünglich ausschließlich in englischer Sprache zugänglich, mittlerweile gibt es den Text auch in deutscher Sprache, wobei Russland als Vertriebsland allerdings nicht mehr aufscheint. Die Websites der Beklagten verzeichneten im November 1999 105.000 Zugriffe aus Deutschland und rund 2.700 aus Österreich; im Oktober 2000 waren es 450.000 Zugriffe aus Deutschland und 7.800 aus Österreich.

Die Klägerin begehrt, der Beklagten zu untersagen, Zigaretten und zugehörige Packungen unter Verwendung des Firmenschlagworts und der Standardmarke der Klägerin "BOSS" im Internet zu bewerben und/oder anzubieten; sie stellt darüber hinaus ein Rechnungslegungs- und ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Ihre Marke sei bereits im Prioritätszeitpunkt der Marke der Beklagten bekannt und berühmt gewesen. Auch das Firmenschlagwort der Klägerin habe daher eine weit bessere Priorität als die Marke der Beklagten. Durch die Werbung der Beklagten im Internet werde der unrichtige Eindruck erweckt, dass die Beklagte Lizenznehmerin der Klägerin sei. Die Beklagte beute den Ruf der Klägerin in sittenwidriger schmarotzerischer Weise aus.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Zwischen den Streitparteien bestehe kein Wettbewerbsverhältnis. Die durchgreifende Warenverschiedenheit schließe einen Imagetransfer aus. Im Prioritätszeitpunkt ihrer für Zigaretten eingetragenen Marke "BOSS" sei die Marke der Klägerin in Österreich nicht bekannt gewesen. Durch die Internetwerbung werde kein Bezug zur Klägerin hergestellt. Der Ruf der Klägerin sei für Zigaretten nicht verwertbar. Der Schriftzug "BOSS" sei in einer Standardschrift gehalten; die Schreibweise habe ein führendes deutsches Designunternehmen vorgeschlagen, mit dem die Beklagte seit mehr als 20 Jahren in Geschäftsverbindung stehe.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt. Es sei österreichisches Recht anzuwenden. Die überragende Verkehrsgeltung des Firmenschlagworts der Klägerin in den Jahren 1995, 1996 und 1997 stehe außer Zweifel. Die Bekanntheit ihrer Marke im Prioritätszeitpunkt der Marke

der Beklagten lasse sich durch Rückrechnung ableiten. Mit der Werbung für ihre Zigarettenmarke "BOSS" benutze die Beklagte ein bekanntes Zeichen, das für die Klägerin geschützt sei. Der Klägerin stehe daher ein Unterlassungsanspruch nach § 10 Abs 2 MSchG zu. Art 5 Abs 4 MarkenRL, wonach das Recht aus der bekannten Marke der Weiterbenutzung eines bisher zulässigen Zeichens nicht entgegengehalten werden könne, sei nicht umgesetzt worden. Der Unterlassungsanspruch sei auch nach § 9 UWG begründet. Zwischen den von den Streitparteien vertriebenen Waren bestehe keine durchgreifende Branchenverschiedenheit. Der gute Ruf der Klägerin sei auch für Zigaretten verwertbar. Die Internetwerbung der Beklagten sei sittenwidrig, weil sie versuche, die Güte ihrer "BOSS"-Zigaretten ausschließlich durch Gleichsetzung mit den Eigenschaften der Produkte der Klägerin zu beweisen. Durch die Bezugnahme auf das "internationale Flair der Marke BOSS" sowie durch den Versuch, ihre eigene Marke als "Synonym des Erfolgs" darzustellen, spreche sie denselben Kundenkreis an wie die Klägerin.

Durch ihre anlehrende Werbung werde ein ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis begründet. Da die Beklagte bewusst versuche, durch Rufausbeutung der Marke der Klägerin ihren eigenen Absatz zu fördern, verstoße sie auch gegen § 1 UWG. Die Urteilsveröffentlichung in drei Tageszeitungen und im Internet sei gerechtfertigt, weil der Internetnutzer nicht regelmäßig im Internet Nachschau halte, ob sein Eindruck dem wahren Sachverhalt entspreche. Eine Einschränkung der Unterlassung und der Urteilsveröffentlichung "auf Homepages in Österreich" sei nicht geboten, weil eine territoriale Begrenzung der Aufrufbarkeit von Internetseiten unmöglich sei.

Das *Berufungsgericht* bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Das Verbotungsrecht des Markeninhabers bestehe gegen jede Verwendung im geschäftlichen Verkehr. Dass das Zeichen "BOSS" den inländischen Verkehrskreisen allenfalls nicht zur Kenntnis gekommen sei, habe keine rechtliche Bedeutung, weil eine abstrakte inländische Verwechslungsgefahr genüge. Dem Inhaber einer in Österreich bekannten Marke sei der Unterlassungsanspruch unabhängig davon zuzubilligen, ob der Dritte die Wertschätzung der Marke tatsächlich gegenüber inländischen Verkehrskreisen ausnutze oder beeinträchtige. Da der Unterlassungsanspruch der Klägerin schon nach dem Markenschutzgesetz berechtigt sei, könne dahingestellt bleiben, ob auch Verstöße gegen §§ 1, 9 UWG vorliegen. Das Rechnungslegungsbegehren sei berechtigt, weil die Beklagte über die Umsätze an "BOSS"-Zigaretten Rechnung legen könne. Mit einer Urteilsveröffentlichung nur im Internet könnte nur ein Bruchteil der betroffenen Personenkreise aufgeklärt werden. Ein typischer Internetnutzer werde schon mangels Kaufmöglichkeit nicht allzu häufig auf die Websites der Beklagten zurückkehren. Da sich die Werbung an einen großen, in keiner Weise überschaubaren und begrenzten Personenkreis gerichtet habe, sei auch eine weitgestreute Information der Öffentlichkeit unbedingt notwendig. Die Urteilsveröffentlichung in auflagenstarken überregionalen Zeitungen sei daher zwingend erforderlich. Dass die Beklagte ihre Websites mittlerweile geändert habe, ändere an der Fortdauer der Verletzungshandlungen nichts. Die Beklagte habe auf sämtlichen Seiten, auf denen bisher "BOSS"-Zigarettenpackungen abgebildet waren, ein "Wap-up-Fenster" (richtig: Pop-up-Fenster) mit der Urteilsveröffentlichung anzubringen, um dem Äquivalenzgrundsatz Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass die Internetnutzer entsprechend aufgeklärt werden. Es sei unerfindlich, warum die Urteilsveröffentlichung zur Irreführung geeignet sein solle. Die von der Beklagten gewünschte Präzisierung des Unterlassungsgebots sei entbehrlich. Wegen der gesicherten Rechtsprechung zur Frage der Bekanntheit einer Marke, sei der Anregung zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht zu folgen.

Die gegen dieses Urteil gerichtete außerordentliche Revision der Beklagten ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Urteilsveröffentlichung im Internet fehlt; die Revision ist auch teilweise berechtigt.

Mit Beschluss vom 29. Mai 2001, 4 Ob 110/01g, hat der erkennende Senat die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts für den von der Klägerin behaupteten Markeneingriff bejaht. Im Zuständigkeitsstreit war vom Vorbringen der Klägerin auszugehen, wonach die Beklagte durch die Werbung im Internet für "BOSS"-Zigaretten den guten Ruf der Marke "BOSS" und des Firmenschlagworts der Klägerin schmarotzerisch ausbeute. Nach dem nunmehr festgestellten Sachverhalt enthält die deutschsprachige Fassung der Websites nicht bloß den Hinweis "nicht alle Marken und Markenvarianten sind überall erhältlich", sondern es werden Tschechien, Ungarn, die Ukraine und Taiwan als einzige Vertriebsländer für "BOSS"-Zigaretten genannt.

Die Vorinstanzen haben trotz dieser Änderung eine Rufausbeutung angenommen. Das Berufungsgericht verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass eine abstrakte inländische Verwechslungsgefahr genüge und es daher nicht darauf ankomme, ob der Dritte die Wertschätzung der Marke tatsächlich gegenüber inländischen Verkehrskreisen ausnutzt oder beeinträchtigt.

Das Berufungsgericht bezieht sich damit auf die Entscheidung 4 Ob 54/01x (= ÖBI 2002/29 - BOSS-Zigaretten II). In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall war zu entscheiden, ob eine inländische Rufausbeutung angenommen werden kann, wenn das inländische Publikum die Eingriffsware gar nicht zu Gesicht bekommt und daher seine Vorstellung des guten Rufs der "BOSS"-Bekleidung gar nicht auf die "BOSS"-Zigaretten übertragen kann. Im vorliegenden Fall geht es hingegen darum, ob durch die Werbung für "BOSS"-Zigaretten auf den Websites der Beklagten auch der österreichische Internetnutzer angesprochen wird (eine Frage, die zwar im Zuständigkeitsstreit bejaht wurde, aber auf Grundlage eines Sachverhalts, in dem ein deutschsprachiger Hinweis auf die Absatzländer fehlte und ein Vertrieb von "BOSS"-Zigaretten in Österreich nicht festgestellt war), und, wenn die erste Frage zu bejahen ist, darum, ob durch die Vermarktung von Zigaretten als "BOSS"-Zigaretten die mit der bekannten Marke "BOSS" verbundenen Gütevorstellungen auf die Zigaretten übertragen werden.

Die erste Frage stellt sich, weil angesichts der weltweiten Abrufbarkeit des Internets ein berechtigtes Bedürfnis nach Gestaltungsmöglichkeiten besteht, Werbung und Angebot auf bestimmte Staaten zu beschränken (s *Freitag*, Marken- und Kennzeichenrecht im Internet, in *Kröger/Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht<sup>2</sup>, 460 [494 f]). In diesem Sinn kann der Hinweis auf einer Website, dass das Angebot nur für bestimmte Märkte gelte, ein zusätzliches Indiz dafür sein, auf welche Märkte ein Angebot ausgerichtet ist; er darf aber weder durch den sonstigen Inhalt der Website noch durch das tatsächliche Verhalten des werbenden Unternehmens widerlegt sein (s *Mankowski*, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRURInt 1999, 909 [919 f]; *Seidelberger*, Wettbewerbsrecht und Internet, RdW 2000, 518 [518 f] mwN).

Im vorliegenden Fall erklärt die Beklagte zwar, die Zigaretten nur in bestimmten Ländern zu vertreiben, die Zigaretten werden aber - wie vom Erstgericht festgestellt - auch in österreichischen Duty Free Shops vertrieben. Damit ist ihre Erklärung durch ihr tatsächliches Verhalten widerlegt. Schon aus diesem Grund kann der Disclaimer die Ausrichtung der Werbung für BOSS-Zigaretten auch auf österreichische Internetnutzer nicht hindern. Es muss daher nicht weiter geprüft werden, ob ein Hinweis auf die Absatzmärkte ausreicht, um einen Eingriff in das Markenrecht der Klägerin auszuschließen.

Was die zweite Frage betrifft, so ist eine Rufübertragung - wie schon vom Erstgericht richtig erkannt - zu bejahen, weil die Beklagte genau mit jenen Eigenschaften ihrer Zigarettenmarke

wirbt, die für die bekannte "BOSS"-Marke charakteristisch sind: internationales Flair und Erfolg. Dass die Beklagte diese Eigenschaften für ihre slowenischen Marken in Anspruch nimmt, kann naturgemäß einen Eingriff in die prioritätsälteren österreichischen Rechte der Klägerin nicht ausschließen, weil gerade dadurch der gute Ruf der "BOSS"-Marke auf die slowenischen Marken übertragen wird.

Ob die Beklagte den Schriftzug der Klägerin übernommen hat oder ob sie ihn - in Ländern außerhalb Österreichs – länger verwendet als die Klägerin, ist ohne Bedeutung. Maßgebend ist allein, dass die Beklagte in Österreich keine prioritätsälteren Rechte besitzt und dass der Gebrauch des Schriftzugs in anderen Ländern einen markenverletzenden Gebrauch in Österreich nicht zu rechtfertigen vermag.

Die Beklagte regt an, dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob Art 5 Abs 2 MarkenRL einer diese Bestimmung umsetzenden nationalen Norm entgegensteht, die dahin ausgelegt wird, dass die Benutzung einer Marke auf einer Website unter den hier gegebenen Umständen als unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung einer bekannten österreichischen Marke qualifiziert wird. Ihrer Anregung ist nicht zu folgen, weil - wie der EuGH immer wieder betont (zuletzt etwa EuGH 23.4.2002, C-143/00 - *Boehringer-Ingelheim* = wbl 2002/171) - die Beurteilung des konkreten Falls Sache der nationalen Gerichte ist und, entgegen der Behauptung der Beklagten, auch in einem Fall wie dem vorliegenden nicht dem EuGH vorbehalten ist.

Die Beklagte macht geltend, dass das Unterlassungsgebot zu weit gefasst und damit zu unbestimmt sei, um vollstreckbar zu sein. Das Unterlassungsgebot erfasse seinem Wortlaut nach jede Benutzung "im Internet". Der nicht spezialisierte Exekutionsrichter müsse sich die Einschränkung auf den österreichischen Markt "dazudenken". Das Unterlassungsgebot sei dahin einzuschränken, dass es nur dann gilt, wenn sich die Werbung und/oder das Angebot ausdrücklich oder erkennbar (Verwendung einer .at Domain) auf den österreichischen Markt bezieht oder wenn nicht klargestellt wird, dass Werbung und Angebot nicht für den österreichischen Markt bestimmt sind.

Richtig ist, dass nach ständiger Rechtsprechung Gegenstand des Urteilsantrags und des Unterlassungsgebots immer die konkrete Verletzungshandlung zu sein hat. Ein unbestimmtes Begehren erfüllt die prozessuale Voraussetzung für einen tauglichen Exekutionstitel nicht; zu weit gefasst ist ein Unterlassungsgebot, wenn der Beklagte damit zu Unterlassungen verurteilt wird, zu denen er bei richtiger Auslegung des materiellen Rechts nicht verpflichtet wäre (4 Ob 16/91 = ÖBl 1991, 108 - *Sport-Sonnenbrille*; 4 Ob 17/91 = Öbl 1991, 105 - *Hundertwasser-Pickerln II*; 4 Ob 288/00g = ÖBl 2002, 17 - *Mini-Scooter* uva).

Im vorliegenden Fall wird der Beklagten jede Zigarettenwerbung mit der Marke der Klägerin im Internet verboten; deren (österreichische) Markenrechte werden aber nur verletzt, wenn und soweit sich die Werbung auch an österreichische Internetnutzer richtet. Das ist bei einer Werbung in deutscher Sprache jedenfalls dann der Fall, wenn - wie hier – die Ware, für die geworben wird, auch tatsächlich in Österreich vertrieben wird. Ein Hinweis, dass die Waren nur in anderen Staaten vertrieben würden, kann den Österreichbezug der Werbung unter diesen Umständen - wie oben dargelegt - keineswegs ausschließen.

In einem solchen Fall kann das Unterlassungsgebot demnach auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass kein Disclaimer vorliegt. Im Spruch ist aber klarzustellen, dass das Unterlassungsgebot nur gilt, soweit sich Werbung und/oder Angebot auf den österreichischen Markt beziehen, wenn dieser Zusatz auch nicht geeignet ist, dem Exekutionsrichter die - zugegeben schwierige - Beurteilung zu ersparen, ob sich die Internetwerbung im konkreten Fall auch an österreichische Internetnutzer richtet. Diese Beurteilung kann - sollte die Beklagte ihren Internetauftritt ändern - anhand der im Erkenntnisverfahren angewandten Grundsätze immer erst im Exekutionsverfahren vorgenommen werden.

Die Beklagte macht geltend, dass der Klägerin kein Rechnungslegungsanspruch zusteht, soweit die Beklagte Marke und Firmenschlagwort der Klägerin nicht verletze. Das Berufungsgericht habe seine Entscheidung ausschließlich auf eine Verletzung der österreichischen Marke gestützt. Von einer unlauteren Ausnützung oder Beeinträchtigung des klägerischen Firmenschlagworts ohne rechtfertigenden Grund könne keine Rede sein.

Die Beklagte verkennt, dass der Rechnungslegungsanspruch bereits aufgrund des festgestellten Markeneingriffs berechtigt ist (§ 55 MSchG; § 151 PatG). Im Spruch war aber klarzustellen, dass die Beklagte nur über Umsätze mit "BOSS"-Zigaretten Rechnung zu legen hat.

Die Beklagte wendet sich gegen den Umfang der Urteilsveröffentlichung. Sie macht geltend, dass das Vorbringen der Klägerin zu den sachlichen Voraussetzungen der Urteilsveröffentlichung nicht ausreichend konkret sei. Nach dem Mediengesetz könne ein Urteil nur in einem periodischen Medium veröffentlicht werden; das müsse analog auch für das Markenschutzgesetz und das UWG gelten.

Das Erstgericht hat ausgesprochen, dass die Klägerin befugt sei, den stattgebenden Urteilsspruch in den Tageszeitungen "Kurier", "Neue Kronen Zeitung" und "Kleine Zeitung" sowie auf den beiden Websites der Beklagten auf deren Kosten zu veröffentlichen. Beide Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass eine Urteilsveröffentlichung im Internet zulässig ist.

Das Markenschutzgesetz erklärt zur Urteilsveröffentlichung § 149 PatG für sinngemäß anwendbar (§ 55 MSchG); nach § 149 Abs 1 PatG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil in einer nach § 409 Abs 2 ZPO zu bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Umfang und Art der Veröffentlichung sind im Urteil zu bestimmen. § 149 PatG enthält damit, ebenso wie § 25 UWG, keine Einschränkung auf periodische Medien. Eine solche Einschränkung kann auch § 13 MedG nicht entnommen werden, weil diese Bestimmung für die Veröffentlichung der Gegendarstellung oder nachträglichen Mitteilung immer jenes Medium bestimmt, in dem die Veröffentlichung erschienen ist, auf die sie sich bezieht. § 13 Abs 5 und 6 MedG regeln daher auch die Veröffentlichung im Rundfunk oder in anderen in technischer Hinsicht gleichen Medien. Für die von der Beklagten gewünschte Einschränkung der Veröffentlichung auf periodische Medien fehlt damit jede Grundlage.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, das Publikum über einen Gesetzesverstoß aufzuklären, welcher auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt (stRsp 4 Ob 91/93 = ÖBl 1993, 212 - *Ringe* uva). Wird dem Beklagten eine bestimmte Werbung verboten, so ist es notwendig, mit der Urteilsveröffentlichung jene Verkehrskreise zu erreichen, denen gegenüber die beanstandete Werbung wirksam geworden ist.

Von der - durch das begehrte Unterlassungsgebot allein erfassten - Internetwerbung der Beklagten haben nur jene Verkehrskreise Kenntnis erlangt, die die Websites der Beklagten aufgesucht haben. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass auf die Websites der Beklagten mehrere tausend Mal im Monat von Österreich aus zugegriffen wird. Erfahrungswerte darüber, ob, wie oft und in welchen Zeitabständen der durchschnittliche Internetnutzer auf eine von ihm aufgesuchte Website zurückkehrt, sind dem erkennenden Senat nicht bekannt. Es ist jedoch anzunehmen, dass an den Produkten der Beklagten interessierte Internetnutzer deren Website nicht nur einmal, sondern wiederholt aufsuchen. Wer hingegen auf die Website gerät, ohne an Zigaretten interessiert zu sein, und bei dem es daher bei einem einmaligen Aufsuchen bleibt, dem gegenüber kann die mit der Vermarktung von Zigaretten als "BOSS"-Zigaretten verbundene Rufübertragung nicht wirksam werden. Insoweit besteht daher auch kein Aufklärungsbedürfnis; soweit aber ein Aufklärungsbedürfnis besteht, weil Internetnutzer den guten Ruf der Marke "BOSS" auf die von der Beklagten angebotenen Zigaretten übertragen, handelt es sich um einen Personenkreis, von dem

anzunehmen ist, dass er die Websites der Beklagten wiederholt aufsuchen wird, und der daher am besten durch eine Urteilsveröffentlichung im Internet erreicht werden kann.

Das spricht dafür, die Urteilsveröffentlichung auf das Internet zu beschränken, wenn - wie hier – das Unterlassungsgebot nur Werbung im Internet erfasst. Wie die Urteilsveröffentlichung zu erfolgen hat, hat sich nach den technischen Gegebenheiten des Internet zu richten.

Danach ist es notwendig, einen Zeitraum zu bestimmen, während dessen die Veröffentlichung auf der Website aufzuscheinen hat, durch deren Inhalt in die Markenrechte der Klägerin eingegriffen wurde. Bei der Bemessung des Zeitraums ist auf den Zeitabstand Bedacht zu nehmen, in dem ein durchschnittlicher, am Inhalt der Website interessierter Internetnutzer die Websites aufsucht. Eine Orientierung an dem Zeitraum, in dem die gesetzwidrige Werbung im Internet aufrufbar war, erscheint nicht zielführend, weil die Urteilsveröffentlichung keine Strafe sein soll, sondern die Aufklärung derjenigen bezweckt, die von der gesetzwidrigen Werbung Kenntnis erlangt haben.

Wird aber auf den Aufklärungszweck abgestellt, so erscheint ein Zeitraum von 30 Tagen ausreichend, weil anzunehmen ist, dass ein an den Zigaretten der Beklagten interessierter Internetnutzer deren Websites in kürzeren Abständen aufsucht.

Was die Art der Urteilsveröffentlichung betrifft, so ist es zweckmäßig, wie von der Klägerin angeregt und vom Berufungsgericht übernommen, das Urteil in einem Fenster zu veröffentlichen, das sich öffnet (Pop-up-Fenster), wenn der Internetnutzer auf eine bestimmte Seite gelangt. Dabei erscheint es für die Aufklärung ausreichend, wenn sich das Fenster auf jener Seite öffnet, auf der die Beklagte in deutscher Sprache ihre Produkte vorstellt und von der der Internetnutzer zu weiteren Informationen über die Produkte gelangt.

Was die Größe des Fensters betrifft, so erscheint es angemessen, wenn das Fenster ein Viertel der Bildschirmoberfläche bedeckt. Aufgrund der technischen Gegebenheiten des Internet bedarf die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung der Mitwirkung der Beklagten.

Die Beklagte hat als Betreiberin der Website eine einem Medienunternehmer vergleichbare Stellung. Nach § 25 Abs 7 UWG ist der Medienunternehmer verpflichtet, die Veröffentlichung aufgrund eines rechtskräftigen Urteils oder eines anderen vollstreckbaren Exekutionstitels ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen. § 149 PatG enthält keine entsprechende Regelung. Diese planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes ist, da die Interessenlage gleich ist, durch analoge Anwendung des § 25 Abs 7 UWG zu schließen. Die Beklagte ist daher verpflichtet, die Veröffentlichung ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen (zum klagbaren Anspruch gegen den Medienunternehmer auf Vornahme der Veröffentlichung s 4 Ob 10/91 = SZ 64/16).

Der Revision war teilweise Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 2, § 50 ZPO. Die Klägerin ist nur mit einem Teil des mit insgesamt 1.453,46 EUR bewerteten Veröffentlichungsbegehrens und damit mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil ihres Anspruchs unterlegen, dessen Geltendmachung überdies keine besonderen Kosten veranlasst hat.

## ***Anmerkung***\*

### **I. Das Problem**

Das österreichische Höchstgericht in Zivilsachen hatte sich in der vorliegenden E mit der Urteilsveröffentlichung im World Wide Web (WWW) auseinander zusetzen, maW ob und

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at).

inwieweit die Neuen Medien für den marken- bzw. lauterkeitsrechtlichen Anspruch der zivilprozessualen Bekanntmachung instrumentalisiert werden können?

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Der für Wettbewerbssachen zuständige 4. Zivilsenat des OGH gelangt mit überzeugenden Argumenten zu einer Verpflichtung zur Urteilsbekanntmachung und macht praxisnahe Vorgaben für ihre tatsächliche Umsetzung.

Die Vorgeschichte ist kurz erzählt: Die Klägerin ist ein deutsches Unternehmen und Inhaberin der internationalen Wortmarke "BOSS". Die Beklagte erzeugt und vertreibt z.T. über ausländische Tochterunternehmen Zigaretten unter der Bezeichnung "BOSS", wofür sie in Österreich auch über eine eingetragene Wortmarke verfügt. Die Beklagte betreibt unter den Netzadressen <http://www.reemtsma.com> und <http://www.reemtsma.de> Websites, die gleichfalls von Österreich abgerufen werden können, und auf denen die Beklagte für das ihr Zigaretten Sortiment wirbt. Auf den Websites behauptet die Beklagte, dass die Zigaretten nur in Slowenien, Ungarn, Ukraine, Russland und Taiwan erhältlich seien. Tatsächlich werden sie aber in österreichischen Duty Free Shops gleichwohl verkauft.

Alle drei Instanzen gingen davon aus, dass die Internet-Werbung für BOSS-Zigaretten auch in das österreichische Markenrecht der Klägerin „BOSS“ – als berühmte Marke - eingreift, da die Werbung in deutscher Sprache gehalten ist und die Zigaretten in Österreich vertrieben werden.

Die erste und zweite Instanz bezogen das Veröffentlichungsbegehren neben dem Internet auch auf drei Tageszeitungen. Erst der OGH schränkte es auf die beiden Websites der Beklagten ein. Es sollte ausschließlich derselbe Personenkreis erfasst werden, dem auch die rechtswidrige Werbung zur Kenntnis gelangt sei. Im Übrigen machte das Höchstgericht detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung der Urteilsbekanntmachung im WWW, wo der Beklagte werblich aktiv war: Die Klägerin ist ermächtigt, das Urteil unter bestimmten Internet-Adressen dreißig Tage lang auf Kosten des Beklagten als automatisch aufscheinendes Pop-up-Fenster in der Größe eines Viertels des Bildschirms veröffentlichen zu lassen. Ein Zeitraum von dreißig Tagen erschien dem OGH angemessen, um interessierte Nutzer zu erreichen.

## III. Praxisfolgen

Das zivilprozessuale Gebot der Urteilsbekanntmachung im Internet wegen einer unzulässigen Verwendung der international etablierten Modemarke "Boss" für Zigaretten aus Slowenien ist durchaus verallgemeinerungsfähig. Die Verurteilung zur Urteilsbekanntmachung ist im Immaterialgüterrecht weit verbreitet (vgl. § 23 UWG; § 103 UrhG; § 143 Abs 6 MarkenG u.a.). Der Anspruch auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung ist nur ein vom Unterlassungsbegehren abhängiger Nebenanspruch (st Rsp OGH 4.4.1978, 4 Ob 321/78; für einen umfassenden Veröffentlichungsanspruch *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup>, § 23 UWG Rz 3 mwN).

Zweck jeder privaten Veröffentlichungsbefugnis, z.B. nach § 103 dUrhG ist es, die beteiligten Verkehrskreise über einen Gesetzesverstoß aufzuklären, welcher auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt. Ist daher aus marken- lauterkeits- oder urheberrechtlichen Gründen eine bestimmte Werbung zu beanstanden, so ist es notwendig, mit der Urteilsveröffentlichung jene Verkehrskreise zu erreichen, denen gegenüber die verletzende Werbung wirksam geworden ist (zur gebotenen Interessenabwägung bereits BGH 23.10.1970, I ZR 89/69 – *Tampax*, GRUR 1971, 153, 155; *Wild in Schricker* UrhG<sup>2</sup>, § 103 Rz 2). Dieses Ziel kann durch eine Veröffentlichung im WWW erreicht werden. Es macht aber einen erheblichen Unterschied, ob die Entscheidung auf einer stark besuchten Homepage oder

auf einer schwer auffindbaren Unterseite einer Website platziert wird. Problematisch, und daher ebenfalls zu regeln, ist die Dauer einer Urteilsveröffentlichung im WWW, da es sich bei diesem „Massenmedium“ im unjuristischen Sinn eben nicht um eine Zeitung oder den kurzlebigen Rundfunk handelt (so zutreffend bereits *Haller*, Amtliche Werke und Internet – urheberrechtliche Schlaglichter in *Tades/Danzl/Graninger* [Hrsg], FS Dittrich [2000], 163, 169). Am ehesten ist die Situation mit der Gegendarstellung im Presserecht zu vergleichen (dazu praxisnah *Hoene*, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup> [2001], § 12 Rz 7 mwN).

Bei der zivilprozessualen Bekanntmachung hat das Gericht zu bestimmen, wie lange und in welcher Form die Veröffentlichung abrufbar sein muss (vgl. § 23 Abs 2 UWG). Der Kläger muss dies daher konkret beantragen (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, aaO Rz 9). Eine Orientierung am Äquivalenzprinzip, wie vom OGH vorgenommen, erscheint sinn- und maßvoll, maW es gilt das Postulat des gleichen Veröffentlichungswertes (zur Art der Bekanntmachung als Ermessenfrage des Gerichtes nach § 23 Abs 3 UWG siehe *Baumbach/Hefermehl*, aaO Rz 13). Was schließlich die Größe der Urteilsveröffentlichung im Verhältnis zur jeweiligen Webpage betrifft, sollten mE einerseits vergleichbare Printformate und andererseits die bereits gängigen Anzeigenformate der Online-Werbung (abrufbar unter <http://www.werbeformen.de> Stichwort Standardformate, besucht am 30.12.2002) herangezogen werden.

#### **IV. Zusammenfassung**

In richtungsweisender Art, die einem Höchstgericht würdig ist, hat der OGH die private Urteilsveröffentlichung nach einer Markenverletzung auch für die Neuen Medien bejaht. Die konkrete Umsetzung im WWW erscheint verallgemeinerungsfähig für die Verurteilung zur Urteilsbekanntmachung aufgrund von lauterkeits- oder urheberrechtlichen Befugnissen. Ebenfalls mit Urteil vom 15.10.2002 (4 Ob 177/02m – *Wiener-Werkstätten* nv) hat sich der Gerichtshof ebenfalls zugunsten einer Urteilsveröffentlichung im World Wide Web ausgesprochen, weil wettbewerbsrechtlich verpönte Handlungen auch im Internet gesetzt worden waren.