



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

1 R 244/10z

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Rassi und den KR Kwasny in der Rechtssache der klagenden Parteien **1. VKR Holding A/S**, Breeltevej 18, DK-2970 Horsholm, Dänemark, und **2. VELUX Österreich GmbH**, Veluxstraße 3, 2120 Wolkersdorf, beide vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien **1. Roto Dach- und Solartechnologie GmbH**, Fabrikstraße 3, 3381 Golling, **2. Roto Frank AG**, Wilhelm-Frank-Platz 1, D-70771 Leinfelden-Echterdingen, Deutschland, beide vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren EUR 60.000,--), über die Rekurse der klagenden Parteien und der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 01.09.2010 (Rekursinteresse jeweils EUR 30.000,--), GZ 22 Cg 69/10f-9, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Rekurs der klagenden Parteien wird **nicht Folge** gegeben.

Dem Rekurs der beklagten Parteien wird **teilweise Folge** gegeben und der angefochtene Beschluss dahin abgeändert, dass er insgesamt zu lauten hat:

**„Einstweilige Verfügung**

Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Parteien gegen die beklagten Parteien auf Unterlassung wird den beklagten Parteien bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils ab sofort geboten, in einer vergleichenden Werbung unter Bezugnahme auf die Marke VELUX irreführende und nicht objektive Äußerungen dahin, dass bei einem Austausch eines gängigen Velux-Dachfensters durch ein Roto-Dachfenster eine rundum besser durchdachte Technik vorliege bzw das Velux-Dachfenster dadurch modernisiert werde und bei einem Velux-Fenster ein störender Flügel in den Raum rage und ähnliche sinngleiche Äußerungen zu unterlassen.

Das Mehrbegehren, den Beklagten weiter zu gebieten, ganz allgemein in einer vergleichenden Werbung unter Bezugnahme auf die Marke VELUX irreführende und nicht objektive Äußerungen zu tätigen, und/oder die Marke VELUX der Erstklägerin und/oder die Produkte der Klägerinnen herabzusetzen und/oder den mit der Marke VELUX verbundenen guten Ruf im Rahmen von Werbung für eigene Produkte in unlauterer Weise auszunutzen, zu unterlassen,

sowie das Begehren, den Beklagten zu verbieten, die Marke VELUX und/oder den VELUX Größenraster im Zusammenhang mit der Werbung für den Austausch von VELUX Dachflächenfenster durch eigene Produkte zu verwenden,

in eventu die Marke VELUX und/oder den VELUX Größenraster im Zusammenhang mit der Werbung für den Austausch von VELUX Dachflächenfenstern durch eigene Produkte ohne folgenden ausdrücklichen Hinweis zu verwenden: „®VKR-Holding A/S ist Inhaberin der österreichischen Wortmarke Nummer 34970 VELUX und der Gemeinschaftswortmarke Nummer 002131191, 651869 und 955609 VELUX. VKR-Holding A/S und

*die VELUX-Gruppe sind weder mit ROTO Frank AG in irgendeiner Weise verbunden noch haben sie etwas mit den Roto-Dachfenstern zu tun“,*

in eventu die Marke VELUX und/oder den VELUX Größenraster im Zusammenhang mit der Werbung für den Austausch von VELUX Dachflächenfenstern durch eigene Produkte ohne ausdrücklichen Hinweis darauf zu verwenden, dass es sich bei VELUX um eine zugunsten der Erstklägerin registrierte Marke handelt, werden **abgewiesen**.

Die klagenden Parteien haben 75% ihrer Kosten des Provisorialverfahrens erster Instanz endgültig und 25% vorläufig selbst zu tragen. Die klagende Parteien sind schuldig, den beklagten Parteien deren mit jeweils EUR 1.114,63 (hierin USt EUR 185,77) bestimmten anteiligen Kosten des Sicherungsverfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu Handen der Beklagtenvertreterin zu ersetzen.“

Die klagenden Parteien haben ihre Rekurskosten und 50% ihrer Rekursbeantwortungskosten endgültig vorläufig selbst zu tragen.

Die klagenden Parteien sind schuldig, den beklagten Parteien deren mit EUR 2.416,76 (hierin USt EUR 402,79) bestimmte anteiligen Kosten des Sicherungsverfahrens zweiter Instanz binnen 14 Tagen zu Handen der Beklagtenvertreterin zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--

Der ordentliche Revisionsrekurs ist **nicht zulässig**.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Erstklägerin ist Inhaberin der nachstehenden CTM Wort- und Wortbildmarken VELUX: CTM 651 356, CTM 651 869, CTM 955 609, CTM 213 1191, CTM 655 9132, CTM 526 0229. Die Erstklägerin ist ferner Inhaberin der österreichi-

schen Wortmarke VELUX, AT 034970, und der österreichischen Wortbildmarke VELUX, AT 119009. Der Zweitklägerin wurde das Recht eingeräumt, die Marke VELUX, insb auch beim Vertrieb von Dachflächenfenstern in Österreich zu verwenden.

Die Erstbeklagte ist auf die Herstellung, den Austausch und die Wartung von Dachflächenfenstern spezialisiert und ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Zweitbeklagten. Die Beklagten stellten den der Erstentscheidung angeschlossenen Werbeflyer auf ihrer Website ins Internet.

In diesem Werbeflyer werden Renovierungsfenster zum Austausch von alten Roto-Fenstertypen und gängigen „Velux-Typen“ beworben, da es lange Zeit wegen der von der Konkurrenz abweichenden Abmessung der Velux-Fenster nicht möglich war, renovierungsbedürftige Fenster der Klägerinnen durch ein Fenster anderer Mitbewerber zu ersetzen. Die Beklagten sahen sich daher veranlasst, spezielle Standard-Renovierungsfenster zum Austausch alter Fenstertypen herzustellen.

Die Klägerinnen begehren zur Sicherung eines gleichlautenden Unterlassungsanspruchs die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch wiedergegebenen Wortlaut. Sie stützen Punkt 1 des Begehrens auf eine ihre Rechte an der Marke VELUX verletzende Nutzung durch die Beklagten. Auch die Benutzung einer fremden Marke als fremde Marke sei eine relevante „Benutzung“ einer Marke iSd markenrechtlichen Verletzungstatbestände. Die von den Beklagten verwendete Schreibweise ändere nichts daran, dass sie die Marke der Erstklägerin markenmäßig benützen würden.

Die Benutzung der Marke VELUX durch die Beklagten

würden nicht die Anforderungen des Art 12 lit c GMV erfüllen. Selbst wenn man davon ausginge, komme diese Bestimmung nicht zum Tragen, weil die Benutzung der Marke VELUX durch die Beklagten nicht den „anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel“ entspreche. Dies auch deshalb, weil die Beklagten im Werbeflyer nicht darauf hinweisen, dass es sich bei der Marke VELUX um eine zugunsten der Erstklägerin registrierte Marke handle.

Zum wettbewerbsrechtlichen Teil ihres Begehrens führten die Klägerinnen aus, dass die vergleichende Werbung der Beklagten nicht den Zulässigkeitskriterien iSd § 2a Abs 1 UWG entspreche. Der Werbevergleich verstoße gegen das Irreführungsverbot, weil der Werbeflyer den Eindruck erwecke, dass die Fenster der Beklagten moderner und besser seien als die Dachflächenfenster der Klägerinnen und der Austausch eines herkömmlichen Schwingfensters durch ein Klappschwingfenster jedenfalls vorteilhaft sei. Weiters werde der Eindruck vermittelt, dass die Klägerinnen keine Dachflächenfenster anbieten würden, die aus pflegeleichtem Kunststoff gemacht sind, bei geöffnetem Fenster viel Kopffreiheit bieten und einen Einhandgriff haben. Der von den Beklagten vermittelte Eindruck sei falsch. Derjenige, der zu Werbezwecken Vergleiche ziehe, müsse dem Publikum alle wesentlichen Umstände mitteilen, die ihm ein objektives Urteil ermöglichen. So würden die Beklagten zur Frage des Putzens der Außenscheibe keine Angaben machen. Schließlich verstoße der Werbevergleich gegen das Herabsetzungs- und Verunglimpfungsverbot und nütze darüber hinaus den Ruf der Marke VELUX in unlauterer Weise aus.

Die Beklagten brachten in ihren gesonderten Stellungnahmen im Wesentlichen vor, dass die Marke VELUX im

inkriminierten Flyer nicht als Herkunftshinweis, sondern lediglich als Hinweis auf die Bestimmung der eigenen Marke verwendet werde. Das Markenrecht berechtige den Markeninhaber nicht dazu, die Benutzung eines mit einer Marke identischen oder ähnlichen Zeichens in einer vergleichbaren Werbung zu verbieten, wenn für den Verbraucher keine Verwechslungsgefahr zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber bestehe. Eine Verwechslungsgefahr liege nicht vor. Das Zeichen der Klägerinnen werde im inkriminierten Flyer zur Bestimmung der von den Beklagten erbrachten Leistungen nicht in der Art und Weise wiedergegeben, wie die Klägerinnen ihre Marke selbst verwenden, sondern lediglich in normaler Textgröße und nicht in Großbuchstaben. Die Marke der Klägerin werde weder herabgesetzt noch schlecht gemacht, noch deren Wertschätzung in unlauterer Weise ausgenutzt. Die Werbeaussagen würden auch nicht gegen § 2a Abs 1 UWG verstoßen.

Mit dem angefochtenen Beschluss verpflichtete das Erstgericht die Beklagten zum einen mit einstweiliger Verfügung zur Unterlassung, in einer vergleichenden Werbung unter Bezugnahme auf die Marke VELUX irreführende und nicht objektive Äußerungen zu tätigen, dies insb durch Äußerungen, die den unterstrichenen Passagen im angeschlossenen Werbeflyer entsprechen oder durch inhaltsgleiche Äußerungen. Insoweit der wettbewerbsrechtliche Teil des Begehrens sich darauf stützt, dass die Beklagten die Marke VELUX herabsetzen bzw den mit der Marke VELUX verbundenen guten Ruf im Rahmen von Werbung für eigene Produkte in unlauterer Weise ausnützen würden, wies das Erstgericht das Sicherungsbegehren erkennbar ab.

Auch das auf markenrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützte Mehrbegehren wies das Erstgericht ebenso ab wie

die dazu erhobenen Eventualbegehren.

Es traf dabei die den Seiten 3 bis 7 des angefochtenen Beschlusses zu entnehmenden Feststellungen, die eingangs teilweise wiedergegeben wurden. Zusammengefasst traf das Erstgericht folgende weitere Feststellungen:

Der Markt für Dachflächenfenster in Österreich wird im Wesentlichen von den Klägerinnen und der Erstbeklagten bedient, wobei die Klägerinnen einen Marktanteil von ungefähr 85 % haben. Mit Velux-Dachflächenfenstern verbinden die angesprochenen Verkehrskreise höchste Qualitätsvorstellungen.

Bei den Velux-Schwingfenstern der Type GGU handelt es sich um Kunststofffenster mit wartungsfreier, weißer Oberfläche; sie haben einen Holzkern mit nahtloser Polyurethan-Ummantelung. Diese Schwingfenster haben eine durchgehende Griffleiste am oberen Fensterflügel, die ein bequemes Öffnen und Schließen der Fenster und die Platzierung von Möbelstücken unterhalb des Fensters ermöglicht. Bei den Velux-Klappschwingfenstern der Type GPU handelt es sich um Kunststofffenster mit wartungsfreier, weißer Oberfläche; sie haben einen Holzkern mit nahtloser Polyurethan-Ummantelung. Diese Fenster haben neben der durchgehenden Griffleiste im oberen Bereich auch noch einen Einhandgriff am unteren Ende des Flügels, der eine weite Ausstellfunktion des Fensterflügels ermöglicht. Beide Fenstertypen haben die gleichen Maße und sind daher Standardfenster.

Ein Velux-Schwingfenster kann ohne Brech-, Putz- oder Folgearbeiten gegen ein neues Velux-Schwingfenster oder ein Velux-Klappschwingfenster ausgetauscht werden. Bei einem Austausch der Fenster ist das Anbringen von Verleistungsprofilen nicht erforderlich. Die Lieferung

neuer Fenster ist in zwei Arbeitstagen möglich.

Die mühelose Reinigung der Fenster ist gewährleistet, weil die beiden Velux-Fenstertypen nahezu bis zu 180 Grad schwenkbar sind. Es ist während des Putzvorgangs nicht erforderlich, das Fenster mit der Hand zu halten, weil ein Fensterflügel in geschwenkter Position mittels eines Putzriegels fixiert werden kann. Es ist für Verbraucher beim Erwerb eines Dachfensters ua wesentlich, ob der Öffnungs- und Schließmechanismus für das Fenster leicht erreichbar ist und ob auch die Außenscheibe bequem gereinigt werden kann.

In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht den markenrechtlichen Unterlassungsanspruch, weil das hier verwendete Zeichen aufgrund der Schreibweise „Velux“ nicht mit der markenrechtlich geschützten Wortmarke der Klägerin „VELUX“ ident sei. Der Unterschied der beiden Schreibweisen sei groß genug, damit sie einem durchschnittlichen Verbraucher auffallen müssen, weshalb hier lediglich Art 9 Abs 1 lit b GMV in Betracht komme. Diese Bestimmung lege für die Verwechslungsgefahr einen einheitlichen Maßstab fest. In Anbetracht einer Abwägung der einzelnen Kriterien Kennzeichnungskraft, Warenähnlichkeit und Zeichenähnlichkeit liege im vorliegenden Fall kein Fall der Verwechslungsgefahr vor. Das angesprochene Publikum würde nicht glauben, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen könnten aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.

Allerdings würden die Beklagten mit der Werbung gegen § 2 UWG verstoßen. Sie verschweigen, dass auch die Waren der Klägerinnen die im Werbeprospekt der Beklagten angeführten positiven Eigenschaften und darüber hinaus



noch zusätzliche Vorteile hätten, die für den Kunden wichtig seien. Von den Beklagten werde verschwiegen, dass der Austausch eines Schwingfensters durch ein Klappschwingfenster für den Kunden nicht jedenfalls von Vorteil sei. Zur Frage des Putzens der Fenster würden keine Angaben gemacht, obwohl diese Eigenschaft für die Kunden von wesentlicher Bedeutung sei. Der Werbevergleich der Beklagten sei aus diesem Grund irreführend und nicht objektiv. Hingegen verneinte das Erstgericht, dass hier eine herabsetzende vergleichende Werbung vorliegt bzw der Ruf der Marke der Klägerinnen ausgenutzt wird.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Rekurse beider Streitteile. Die Klägerinnen bekämpfen den antragsabweisenden Teil wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragten, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Verfügungsantrag zur Gänze stattgegeben werde.

Die Beklagten bekämpfen die stattgebende Entscheidung wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweismwürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragen die Abänderung der angefochtenen Entscheidung dahin, dass das Verfügungsbegehren zur Gänze abgewiesen werde.

Die Parteien beantragen jeweils, dem Rekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Der Rekurs der Klägerinnen ist nicht berechtigt, der Rekurs der Beklagten ist teilweise berechtigt.

Zum Rekurs der Beklagten:

Die Klägerinnen stützen den zweiten Punkt ihres Begehrens darauf, dass die vergleichende Werbung der Beklagten nicht den Zulässigkeitskriterien des § 2a UWG

bzw des Art 4 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung entsprechen würde. In ihrem auf UWG gestützten Sicherungsbegehren beantragen sie, den Beklagten (ganz allgemein) zu verbieten, in einer vergleichenden Werbung irreführende Äußerungen zu tätigen, die Marke VELUX oder die Produkte der Klägerinnen herabzusetzen oder den mit der Marke verbundenen guten Ruf im Rahmen von Werbung für eigene Produkte in unlauterer Weise auszunutzen.

Nach den - zuletzt vom OGH in der Entscheidung 4 Ob 93/10w zusammengefassten - Grundsätzen zur Frage von Unterlassungsgeboten, die für Lauterkeitsverstöße gelten, ist die prozessuale Frage nach der ausreichenden Bestimmung des Begehrens von der - nach dem materiellen Recht zu beurteilenden - Frage, wie weit das Begehren angesichts der begangenen oder drohenden Rechtsverletzungen gehen darf, auseinanderzuhalten (RIS-Justiz RS0037518).

Ob ein ausreichend konkretes Unterlassungsgebot zu eng oder zu weit gefasst ist, hängt vor allem von der festgestellten Verletzungshandlung ab. Ein Unterlassungsgebot hat sich in seinem Umfang nämlich am konkreten Verstoß zu orientieren (vgl zuletzt 4 Ob 88/10k uva); es ist daher auf die konkrete Verletzungshandlung sowie - um Umgehung durch den Verpflichteten nicht allzu leicht zu machen (vgl RIS-Justiz RS0037733, RS0037607) - auf ähnliche Fälle einzuengen. Die an sich wegen der Gefahr von Umgehungen gerechtfertigte weite Fassung von Unterlassungsgeboten darf nur so weit gehen, als die Befürchtung gerechtfertigt ist, der Beklagte werde auch jene Verletzungshandlungen begehen, die unter das weit gefasste Unterlassungsgebot fallen (RIS-Justiz RS0037607).

Ein Unterlassungsgebot ist aber zu eng, wenn es nur

eine der festgestellten Verletzungshandlung völlig gleiche Handlung umfasst. Denn der ursprüngliche Verstoß begründet nicht nur die Gefahr der Wiederholung in unveränderter Form; vielmehr ist zu besorgen, dass der Beklagte - zumal bei einem zu eng gefassten Verbot - Handlungen setzen könnte, die auf ähnliche Weise zum selben Erfolg führen (4 Ob 117/08p). Schon die Prozessökonomie spricht dafür, Begehren so zu fassen und zuzulassen, dass das entsprechende gerichtliche Unterlassungsgebot auch ähnliche Rechtsverletzungen umfasst, sodass nicht neuerlich geklagt werden muss (4 Ob 3/91). Nach diesen Grundsätzen ist es zulässig, dem Beklagten nicht nur ein konkret zugeschriebenes Verhalten zu untersagen, sondern auch die Unterlassung „ähnlicher“ Störungen aufzutragen.

Ein anderer Weg, dem Verpflichteten die Umgehung von Unterlassungsgeboten nicht allzu leicht zu machen, liegt in der Möglichkeit einer allgemeinen Beschreibung der Verletzungshandlung (4 Ob 16/91; 4 Ob 17/91) oder der Verbindung eines konkreten Einzelverbotes mit einem verallgemeinernden Verbot, das die tatsächlich verübte Handlung bei ihrer Beschreibung allgemein erfasst und ihr so einen breiteren Raum gibt, ohne dabei über den Kern der Verletzungshandlung - also dessen, womit der Beklagte rechtswidrig gehandelt hat - hinauszugehen (vgl RIS-Justiz RS0037733 [T13]).

Das Begehren, die Beklagten schuldig zu erkennen, generell irreführende und nicht objektive Äußerungen zu unterlassen, geht über den möglichen Umfang hinaus (vgl RIS-Justiz RS0037645). Das vom Erstgericht erlassene Unterlassungsgebot geht daher über den zulässigen Umfang hinaus. Der Rekurs der Beklagten war in diesem Umfang berechtigt. Der angefochtene Beschluss, den Beklagten zu

gebieten, ganz allgemein in einer vergleichenden Werbung unter Bezugnahme auf die Marke VELUX irreführende und nicht objektive Äußerungen zu tätigen, war somit im abweisenden Sinn abzuändern.

Insoweit die Beklagten im Flyer damit warben, dass das Renovierungsfenster von Roto bei einem Austausch eines gängigen Velux-Dachfensters generell rundum die besser durchdachte Technik bedeute, dass durch das Produkt der Beklagten Velux-Dachfenster modernisiert würden und unterschwellig behauptet wurde, dass bei einem Roto-Fenster im Gegensatz zu einem Velux-Dachfenster kein störender Flügel in den Raum rage, liegen im Rahmen der hier vorliegenden vergleichenden Werbung irreführende Aussagen der Beklagten vor. Insoweit war dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurssenat versteht die Werbeaussagen der Beklagten dahin, dass gegenüber gängigen Velux-Typen eine rundum besser durchdachte Technik beworben wird. Das Produkt der Beklagten wird als moderner qualifiziert. Es weise demnach auch bestimmte Nachteile nicht auf, etwa einen störender Flügel, der in den Raum ragt. Letzteres kann ein durchschnittlicher Betrachter des Flyers in diesem Zusammenhang nur so verstehen, dass bei den Velux-Fenstern ein störender Flügel in den Raum ragt. Anders kann die entsprechende Passage nicht verstanden werden. Die Beklagten suggerieren somit, dass die Produkte der Klägerinnen nicht in der gleichen Form Modernität oder durchdachte Technik aufweisen bzw störende Nachteile hätten.

Ein Werbevergleich ist zwar nur dann nachprüfbar, wenn er sich auf Tatsachen beschränkt, die beweisbar sind (vgl 4 Ob 20/05b). Dieses Kriterium grenzt die Tatsachen-

behauptung vom Werturteil und sonstigen Meinungsäußerungen ab. Die Frage, ob ein Produkt moderner oder technisch besser durchdacht sei, ist zum einen ein Werturteil. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass dieses Werturteil auch einen überprüfbaren Tatsachenkern enthält (vgl 4 Ob 140/90). Nach der Rsp enthält sogar die Behauptung eines Gewerbetreibenden, er sei „in allem besser als die anderen“, trotz ihrer allgemeinen Fassung sehr wohl einen „Tatsachenkern“ in einer objektiv überprüfbaren Aussage über das Unternehmen des Werbenden und dessen Leistungen (RIS-Justiz RS0078206) hat. Bei den Aussagen im Flyer handelt es sich auch nicht um (marktschreierische) Übertreibungen, die nicht wörtlich verstanden werden.

Der durchschnittliche Verbraucher hat durch den Prospekt den Eindruck, dass die Produkte der Beklagten den Produkten der Klägerinnen überlegen sind. Selbst wenn eine andere Interpretation möglich ist, wäre dies mit Blick auf die sogenannte Unklarheitenregelung, die bei der Beurteilung des maßgeblichen Gesamteindrucks anzuwenden ist, zu verneinen (vgl *Herzig in Wiebe/Kodek* § 2a UWG Rz 43).

Eine solche Überlegenheit setzt allerdings voraus, dass die Fenster der Beklagten (zB) beim Einbau, der Benützung oder der Wartung Vorteile gegenüber den Produkten der Klägerinnen aufweisen. Derartiges ist jedoch aus den Feststellungen des Erstgerichts nicht ansatzweise ableitbar. Vielmehr hat das Erstgericht festgestellt, dass auch die Waren der Klägerinnen jene im Werbeprospekt angeführten positiven Eigenschaften des Konkurrenzprodukts haben und darüber hinaus noch zusätzliche Vorteile haben, die für den Kunden wichtig sind. Aus den Feststel-

lungen lässt sich auch ableiten, dass auch bei einem Velux-Fenster kein störender Flügel in den Raum ragt.

In diesem Zusammenhang muss auf die Beweisrüge der Beklagten nicht näher eingegangen werden. Die Beklagten streben hier die Feststellung an, es könne nicht festgestellt werden, dass eine mühelose Reinigung nicht auch bei den im Werbeflyer angebotenen Fenstern der Beklagten möglich sei. Legt man eine derartige Feststellung der Entscheidung zugrunde, wäre für die Beklagten nichts gewonnen. Der Werbende muss nämlich die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptung aufgrund richtlinienkonformer Auslegung von § 1 Abs 5 UWG (Art 7 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung) in Fällen vergleichender Werbung behaupten und beweisen (RIS-Justiz RS0116971; zuletzt 4 Ob 177/09x = EvBl 2010/57 [Rassl]).

Bei den vom Rekursssenat als irreführend betrachteten Aussagen, wonach ein Austausch eines Velux-Dachfensters durch ein Roto-Fenster zu einer rundum besser durchdachte Technik bzw Modernisierung führt, bzw dass ein Velux-Fenster einen störender Flügel habe, liegen weder derartige Behauptungen der Beklagten noch ein entsprechendes Beweisergebnis vor. Vielmehr distanzieren sich die Beklagten von einer Aussage iS von *„Unsere Produkte haben zumindest die gleiche Qualität wie die weltbekannten Dachflächenfenster von VELUX und sind sogar noch moderner und technisch ausgereifter“*. Nach Ansicht der Beklagten werde weder behauptet, dass bei Velux-Fenstern ein Fensterflügel störend in den Raum ragt noch dass diese Fenster minderwertig seien (vgl ON 4 und ON 7). Damit gestehen die Beklagten ua auch zu, dass bei einem Roto-Fenster im Vergleich zu einem Velux-Fenster keine rundum besser

durchdachte oder moderne Technik vorliegt. Wie oben bereits ausgeführt, decken sich diese Tatsachen aber nicht mit dem Inhalt des inkriminierten Werbeflyers.

Der gerügte sekundäre Verfahrensmangel zur Frage, dass auch die Fenster der Beklagten mühelos zu reinigen seien, liegt nicht vor. Es kann nämlich dahinstehen, ob beide Produkte mit dem gleichen Komfort geputzt werden können. Die geltend gemachte Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung stützt sich nicht darauf, dass die Beklagten eine Gleichwertigkeit, sondern eine Überlegenheit ihres Produkts behauptet haben, ohne dies jedoch hinreichend nachgewiesen zu haben. Im Gegenteil: Die fehlende Überlegenheit der Roto-Fenster wird von den beklagten zugestanden (vgl Seite 7 in ON 4 bzw Seite 9 in ON 7).

Das Erstgericht ist somit zutreffend davon ausgegangen, dass wegen der irreführenden Aussagen im Werbeflyer die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht vorlagen, sodass dem Rekurs der Beklagten nur teilweise (nämlich mit Blick auf den Umfang der einstweiligen Verfügung) Folge zu geben war.

#### Zum Rekurs der Klägerinnen:

In ihrer Tatsachenrüge bekämpfen die Klägerinnen die Schlussfolgerung des Erstgerichts, dass die Waren beider Streitteile gleichartig (aber nicht identisch) seien. Diese Frage kann dahinstehen, weil – wie noch auszuführen sein wird – ein markenrechtlicher Eingriff iSd Art 9 Abs 1 lit a GMV ohnedies nicht vorliegt.

Das Erstgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die inkriminierten Behauptungen nicht gegen Art 9 Abs 1 lit a GMV verstoßen. Art 9 Abs 1 lit a GMV gestat-

tet es dem Inhaber einer Gemeinschaftsmarke, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen sind.

Eine derartige Benutzung iSd GMV bzw des MSchG liegt hier jedoch nicht vor. Eine tatsächliche markenmäßige Benutzung ist nur dann gegeben, wenn eine Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr auf eine Art zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen gebraucht wird, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungsart annimmt oder annehmen kann, dass das Zeichen zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen von gleichen oder gleichartigen anderer Herkunft dient (4 Ob 79/06f; *Engin-Deniz*, MSchG<sup>2</sup> 175).

Eine markenmäßige Benutzung iSd Grundsätze liegt hier nicht vor. Die Beklagten haben durch die Verwendung des Wortes „Velux“ die geschützte Marke nicht markenmäßig verwendet (vgl 4 Ob 327/00t). Für den Schutz aus der GMV bzw dem MSchG ist es aber wesentlich, dass der Gebrauch eines Zeichens markenmäßig erfolgt (*Engin-Deniz*, MSchG<sup>2</sup> 183). Nicht jede bloße Verwendung des Wortes „Velux“ stellt einen markenmäßigen Gebrauch dar. Ausschlaggebend für einen markenmäßigen Gebrauch ist, dass damit eine Ankündigung, Bewerbung oder ein Hinweis auf eine konkrete Ware oder Dienstleistung erfolgt (*Engin-Deniz*, MSchG<sup>2</sup> 183). Bei unbefangener Betrachtung des inkriminierten Werbeflyers ist klar ersichtlich, dass damit die „Roto-Renovierungsfenster“ beworben werden sollen. Der Begriff „Velux“ im Zusammenhang mit „Velux-Typen“ oder „Velux-



Dachfenster“ oder „Velux-Größenbezeichnung“ ist nach verständiger Würdigung dahin zu verstehen, dass damit jenes Fenster gemeint ist, das durch das beworbene Produkt ausgetauscht (und nicht erworben) werden kann. Die beworbenen Fenster werden somit nicht als „VELUX-Fenster“ bezeichnet, sodass eine Benutzung iSd GMV bzw iSd MSchG auszuschließen ist.

Es liegt hier kein Anbringen eines Zeichens auf Waren, auf deren Ausstattung oder auf Gegenstände, an denen die Dienstleistung ausgeführt werden soll, kein Anbringen von Waren oder Dienstleistungen unter dem Zeichen, kein Inverkehrbringen gekennzeichneteter Waren, kein Erbringen von Dienstleistungen unter dem Zeichen, kein Besitzen gekennzeichneteter Waren zum Zweck des Anbietens bzw Inverkehrbringens, keine Ein- und Ausfuhr von Waren unter dem Zeichen sowie keine Verwendung in den Geschäftspapieren, in Ankündigung oder der Werbung vor (vgl § 10a MSchG).

Geht man davon aus, dass bereits die Bezugnahme auf ein fremdes Produkt mit einer geschützten Marke in der Werbung unzulässig sein soll, wäre dem Bereich der an sich zulässigen vergleichenden Werbung (vgl die RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung bzw § 2a UWG) ein weiter Anwendungsbereich entzogen. Dies kann man dem Verordnungs- bzw Gesetzgeber nicht unterstellen. Mangels eines markenmäßigen Gebrauchs des geschützten Zeichens durch die Beklagten geht der auf einen Markenrechtseingriff gestützte erste Teil des Sicherungsantrags ins Leere.

Daran anknüpfend kann sich die Klägerin auch nicht auf Art 9 Abs 1 lit b GMV bzw § 10 Abs 1 Z 2 MSchG stützen, zumal diese Bestimmungen voraussetzen, dass eine

Gefahr von Verwechslungen besteht. Aus dem angeschlossenen Werbeflyer, der die „Roto-Renovierungsfenster“ den „gängigen Velux-Typen“ gegenüberstellt, kann nicht abgeleitet werden, dass „Velux“ mit den Produkten der Beklagten in Verbindung steht.

Ein markenrechtlicher Schutz des „VELUX Größenrasters“ scheitert schon daran, dass die Erstklägerin Inhaberin der Wortmarke „VELUX“ bzw der Wortbildmarke „VELUX“ ist, nicht Inhaberin eines „VELUX Größenrasters“ als Marke.

Das Erstgericht hat das Vorliegen eines Markenrechtseingriffs daher zutreffend verneint, sodass dem Rekurs der Klägerinnen insoweit nicht Folge zu geben war.

Ins Leere geht der Rekurs auch insoweit, als er sich erkennbar dagegen richtet, dass vom Erstgericht die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit zum Vorwurf verneint wurde, die Beklagten hätten die Produkte der Klägerinnen herabgesetzt und/oder den mit der Marke VELUX verbundenen guten Ruf im Rahmen von Werbung für eigene Produkte in unlauterer Weise ausgenutzt. Wie vom Erstgericht richtig aufgezeigt, mangelt es für eine Rufausbeutung am dafür notwendigen „Imagetransfer“ (4 Ob 259/03x; 4 Ob 105/97p; *Liebscher*, Die berühmte Marke im UWG, ÖBl 1993, 9 [10] mwN). Zudem überwiegen hier die Interessen der Beklagten, einen Vergleich vorzunehmen und dabei das Produkt des Mitbewerbers zu benennen, das Interesse der Klägerinnen, dass die Bezeichnung „Velux“ nicht im Zuge einer Werbung für ein Konkurrenzprodukt verwendet wird. Eine Rufausbeutung scheidet schon deshalb aus, weil der Hinweis auf das fremde Kennzeichen hier ausschließlich dazu dient, Unterschiede bzw Gemeinsamkeiten der Konkurrenzprodukte deutlich zu machen (*Herzig* in *Wiebe/Kodek* § 2a UWG Rz 43).

Im Herausstreichen von Vorteilen des eigenen Produkts liegt auch keine unnötige unlautere „Herabsetzung“ der Marke der Klägerinnen vor. Weder liegen hier eine Pauschalabwertung oder unnötiges Bloßstellen noch aggressive Tendenzen vor (4 Ob 89/03x; 4 Ob 105/06d; *Herzig in Wiebe/Kodek* § 2a UWG Rz 71), sodass die Berechtigung des Verfügungsantrags in diesem Punkt zutreffend verneint wurde.

Insoweit der wettbewerbsrechtliche Teil des klägerischen Begehrens sich auf rufausbeutende bzw herabsetzende Handlungen stützt, war der angefochtene Beschluss mit der Maßgabe zu bestätigen, dass der entsprechende Teil des Begehrens auch spruchgemäß ausdrücklich abzuweisen war.

Zu den Kostenentscheidungen:

Die Klägerinnen haben ihr Sicherungsbegehren insgesamt mit EUR 60.000,-- bewertet. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass dieser Wert je zur Hälfte auf die beiden Teilbegehren entfällt. Die Klägerinnen sind mit ihrem markenschutzrechtlichen Begehren zur Gänze, mit ihrem wettbewerbsrechtlichen Begehren annähernd zur Hälfte unterlegen. Den Beklagten ist es daher gelungen, den Sicherungsantrag im Ausmaß von drei Viertel des Streitwerts abzuwehren. Damit haben die Beklagten gemäß §§ 402 Abs 4, 78 EO iVm § 74 Abs 1 ZPO jeweils Anspruch auf Ersatz von 75% der Kosten ihrer jeweiligen Äußerung. Als ERV-Erhöungsbeitrag waren jeweils nur EUR 1,80 zuzusprechen. Die Klägerinnen haben in erster Instanz nur zu annähernd 25% obsiegt, weshalb sie 75% ihrer Kosten des erstinstanzlichen Provisorialverfahrens endgültig selbst zu tragen haben.

Bezüglich des Rekurses der Klägerinnen waren die Beklagten zur Gänze erfolgreich, weshalb sie Anspruch auf

Ersatz der Kosten ihrer Rekursbeantwortung haben. Mit ihrem eigenen Rekurs waren die Beklagte annähernd mit der Hälfte ihres Rekursinteresses erfolgreich. Sie haben daher Anspruch auf Ersatz der Hälfte ihrer Rekurskosten. Den Beklagten gebühren auch im Rechtsmittelverfahren für die Einbringung ihrer Schriftsätze jeweils nur EUR 1,80 als ERV-Erhöungsbeitrag. Die Klägerin haben ihre Rekursbeantwortungskosten je zur Hälfte vorläufig bzw endgültig selbst zu tragen.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands folgt der Bewertung durch die Klägerinnen.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig, weil eine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung iSd § 528 Abs 1 ZPO nicht zu lösen war.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 1, am 25.November 2010

**Dr. Regine Jesionek**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG