

MARKENLIZENZ UND IRREFÜHRUNG

Die österreichische Judikatur anerkennt seit langem die Zulässigkeit der Markenlizenz.¹⁾ In Rechtsprechung und Literatur wurde jedoch immer wieder die Frage nach den Zulässigkeitsgrenzen der Markenlizenz gestellt. Es wurde dabei geprüft, ob die Markenlizenz nicht eine Täuschung der Allgemeinheit und damit eine Verkehrsverwirrung bewirke, weil hierbei doch Waren oder Dienstleistungen aus einem anderen Unternehmen als dem des Markeninhabers stammten und dennoch mit dessen Zeichen versehen wurden. Es wurde also zu bedenken gegeben, ob dadurch nicht eine Irreführung des Verkehrs eintrete.²⁾

1. Einleitung

Herkunfts-
funktion
Irreführung
Markenlizenz

Die deutsche Rechtsprechung und Literatur hat dabei zur Überprüfung der konkreten Zulässigkeit einer Markenlizenz regelmäßig auf die Gleichwertigkeit der Warenqualität von Lizenzgeber und Lizenznehmer abgestellt: Solange das in Lizenz hergestellte Produkt bzw die in Lizenz erbrachte Dienstleistung qualitätsmäßig dem Produkt bzw der Dienstleistung des Markeninhabers entspreche, werde auch der Abnehmer in seinem Vertrauen nicht irreführt.³⁾ Sehe ein Lizenzvertrag keine wirksam erscheinende Vorsorge gegen diese Gefahren vor, so sei er nichtig, wenn die Benutzung eine Täuschung der Allgemeinheit und damit eine Verkehrsverwirrung befürchten läßt.⁴⁾

Diese Auffassung wird damit begründet, daß der Konsument darauf vertraue, daß alle mit einer bestimmten Marke bezeichneten Produkte die gleichen Eigenschaften aufweisen. Da es ihm zumeist gleichgültig sei, ob ein Produkt in demselben Unternehmen hergestellt werde oder nicht, der Konsument in der Marke also weniger einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern viel eher auf ein bestimmtes Produkt und dessen Beschaffenheit erblicke, beziehe sich die Unterscheidungsfunktion der Marke eher auf das Produkt als auf den Unternehmer. Die Zulässigkeitsgrenze der Markenlizenz finde sich daher dort, wo unter der gleichen Marke Produkte von unterschiedlicher Qualität erzeugt oder vertrieben werden.

Dazu ist folgendes anzumerken: Ausgangspunkt jeder Zulässigkeitsüberlegung bezüglich eines

Vertrages muß die Vertragsfreiheit sein, die sich aus dem ABGB ergibt. Solange das Gesetz keine Einschränkung der Vertragsfreiheit normiert, kann man über seine Rechte auch disponieren.⁵⁾ Eine solche

- 1) „Die Überlassung der Benützung einer Marke an einen anderen, ohne Übertragung des Markenrechts als solchem (markenrechtlicher Lizenzvertrag) ist zulässig.“ So OGH 22. 12. 1926 JBl 1927, 92; OGH 7. 7. 1970 – Tierlob – ÖBl 1971, 23 (24); OPM 26. 10. 1974 PBl 1975, 71 (73) ua. „Es steht jedem Markeninhaber frei, einem Dritten die Erlaubnis zur Verwendung seiner Marke zu erteilen (markenrechtliche Lizenz).“ So OGH 28. 11. 1978 – Guhl – ÖBl 1979, 94; vgl statt vieler *Hohenecker/Friedl*, Wettbewerbsrecht (1959) 199f. Auch in den EB zur RV der MSchG Nov 1977, mit der der Lizenzbegriff in das MSchG eingeführt wurde, wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Zulässigkeit der Markenlizenz unbestritten sei (EB 489 BgNR 14. GP 10). Vgl auch RG 11. 10. 1939 – Luxor – GRUR 1940, 106; (Deutsches) Kammergericht 4. 6. 1954 GRUR 1954, 459. Die Möglichkeit der Markenlizenz wird auch in Art 8 der „Ersten Richtlinie des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Marken“ (89/104/EWG) normiert.
- 2) *Brunstein*, Studien im österreichischen Markenrecht, 71; vgl auch *Wirner*, Die Markenlizenz in Österreich in *Beier/Deutsch/Fikentscher*, Die Warenzeichenlizenz, 220f; *Trüstedt*, Warenzeichen und Ausstattung in *Reimer*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁴, 576ff; *Kusmann*, Warenzeichenlizenzverträge, 96 sowie RG 12. 3. 1935 – NSU – GRUR 1935, 753; RG 27. 9. 1935 – Lignose – GRUR 1935, 962; BGH 28. 8. 1940 – Strickende Hände – GRUR 1940, 560 (561); BGH 5. 3. 1951 – Piekfein – GRUR 1951, 324.
- 3) *Stumpf*, Der Lizenzvertrag, 279; *Trüstedt*, Warenzeichen und Ausstattung in *Reimer*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁴, 576. Vgl auch die Geltendmachung der Irreführung als Gegeneinwand gegen den Verwirkungseinwand beim Ausstattungsschutz: BGH 21. 12. 1954 – Wickelsterne – GRUR 1955, 406 (409), wo die Frage der Warenqualität zwar aufgeworfen, jedoch nicht beantwortet wird; vgl auch BGH 22. 2. 1952 – Zwillingmarke – GRUR 1952, 577; BGH 7. 4. 1965 – Markenbenzin – GRUR 1966, 45 mit Anm *Hoepffner*. Ebenso das Schweizer Bundesgericht 25. 1. 1979 – OMO – ÖBl 1980, 15 (16f).
- 4) RG 12. 3. 1935 – NSU – GRUR 1935, 753, 757; RG 27. 9. 1935 – Lignose – GRUR 1935, 962; RG 19. 11. 1935 – Zwillingmarke – GRUR 1936, 659 („Zustimmung zur Namensführung unwirksam, wenn Öffentlichkeit verwirrt wird“); BGH 28. 8. 1940 – Strickende Hände – GRUR 1940, 560 (561); BGH 12. 1. 1966 – Meßmer-Tee II – BGHZ 44S, 372 (377); BGH 17. 9. 1969 – Migrol – GRURInt 1970, 286 (288); *Heydt*, Gleichzeitige Benutzung derselben Marke durch mehrere Personen und Marken von Inhabern ohne Geschäftsbetrieb, GRUR 1958, 457 (459); *Stumpf*, Der Lizenzvertrag, 279; *Trüstedt*, Warenzeichen und Ausstattung in *Reimer*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁴, 578; *Baumbach/Hefermehl*, Warenzeichengesetz Anh § 8, Rdn 20f; vgl auch EB 489 BgNR 14. GP 8; *Koppensteiner*, Konzernmarken und Konzernbegriff, GRUR 1972, 394 (396); *Kucsko*, Über irreführende Umweltengel, *ecolex* 1990, 93.
- 5) Vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 66ff, 122ff; für die deutsche Rechtslage *Krieger*, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht in *Beier/Deutsch/Fikentscher*, Die Warenzeichenlizenz, 27.

Dispositionsbeschränkung könnte sich allenfalls aus § 879 ABGB ergeben; für den Fall nämlich, daß die Erteilung einer Markenlizenz gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Markenlizenz gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, dh es ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Markenlizenz den Tatbestand der Irreführung iS des § 2 UWG verwirklicht. In der Folge ist zu untersuchen, wie sich eine solche allfällige Wettbewerbswidrigkeit auf den Bestand der Lizenz, dh auf die konkrete Wirksamkeit des Markenlizenzvertrages auswirkt.

2. Markenlizenz und Irreführung

a) Vertrauen auf die Identität des Unternehmens

Die hL ordnet der Marke primär eine Herkunftsfunktion zu.⁶⁾ Diese Auffassung stützt sich vor allem auf § 1 MSchG, wonach Marken besondere Zeichen sind, zum Handelsverkehr bestimmte Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von gleichartigen Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Diese Bestimmung kann jedoch nicht isoliert von den übrigen Bestimmungen des MSchG interpretiert werden. Der Bedeutungsgehalt dieser Bestimmung hat nämlich durch die Einführung der freien Übertragbarkeit der Marke⁷⁾ einen grundlegenden Bedeutungswandel erfahren:

Vor einer solchen Übertragbarkeit war klar, daß die Marke das bestimmte Unternehmen identifizieren sollte, aus dem das Produkt stammte. Da Marke und Unternehmen von Gesetzes wegen unauflöslich miteinander verbunden waren, hatte die Marke die Aufgabe, auf das bestimmte Unternehmen hinzuweisen, das die Produkte in Verkehr setzte. Der Verbraucher durfte annehmen, daß ein mit der Marke versehenes Produkt immer aus ein und demselben Unternehmen stammte.

Seit 1977 kann dies der Verbraucher jedoch nicht mehr. Die Marke kann ohne das zugehörige Unternehmen auf einen Dritten übertragen werden. Ohne daß dies für den Verbraucher erkennbar sein muß, kann also das Produkt von einem ganz anderen Unternehmer hergestellt und vertrieben werden. Diese nunmehrige Übertragbarkeit muß bei einer Interpretation des § 1 MSchG berücksichtigt werden: Die Marke weist nun nicht mehr auf ein bestimmtes, immer gleiches Unternehmen hin. Sie weist lediglich darauf hin, daß das Produkt aus dem Unternehmen des jeweiligen Kennzeichnungsberechtigten stammt.⁸⁾ Damit ist aber die ursprüngliche Aussage der Marke auf eine Selbstverständlichkeit reduziert: Die Marke weist auf den jeweiligen Markeninhaber (oder dessen Lizenznehmer) hin. Diese Funktion der Marke inkludiert einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen aber gerade nicht.⁹⁾

Ein Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit auf die Unternehmensidentität bei der Verwendung einer Marke kann daher auch nicht bestehen. Eine

Irreführung kann sich daher nicht bereits daraus ergeben, daß das konkrete Produkt in einem anderen Unternehmen als dem des Markeninhabers hergestellt wird.

Dem geänderten Stellenwert der Marke trägt auch die jüngste Novelle in Deutschland Rechnung:¹⁰⁾ Dort ist nunmehr nicht nur die Übertragung der Marke ohne Geschäftsbetrieb möglich, sondern das Bestehen eines Geschäftsbetriebes überhaupt keine Voraussetzung mehr für einen wirksamen Markenschutz.¹¹⁾ Das Markenrecht kann verpfändet werden oder Gegenstand einer dinglichen Lizenz¹²⁾ sein. Diese geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen haben auch in Deutschland dazu geführt, die Bedeutung der Herkunftsfunktion der Marke zu überdenken.¹³⁾

b) Vertrauen auf die Qualität der Produkte

Die ältere deutsche Rechtsprechung und Literatur hat – wie oben berichtet – zur Überprüfung der konkreten Zulässigkeit einer Markenlizenz regelmäßig auf die Gleichwertigkeit der Warenqualität von Lizenzgeber und Lizenznehmer abgestellt: Solange das in Lizenz hergestellte Produkt bzw die in Lizenz erbrachte Dienstleistung qualitativ dem Produkt bzw der Dienstleistung des Markeninhabers entsprechen, werde auch der Abnehmer in seinem Vertrauen nicht irreführt.

Diese Meinung wurde jüngst auch von *Koppensteiner* referiert:¹⁴⁾ „Die Zulässigkeit der Markenlizenz, zumindest des Gebrauchs der Marke durch den Lizenznehmer, setzt [...] voraus, daß seine Erzeugnisse in ihrer wesentlichen qualitativen Auslegung denen des Lizenzgebers entsprechen.“

Diese Meinung überzeugt jedoch aus folgendem Grund nicht: Niemand hat Anspruch auf eine gleichbleibende Qualität von Markenartikeln! Dem Markeninhaber steht es frei, unter seiner Marke auch Produkte minderwertigerer Qualität zu vertreiben. Wenn der Inhaber einer Marke aber die Qualität seiner Produkte verschlechtern darf, darf er seine Marke wohl auch an Unternehmer weitergeben, die diese zum Vertrieb von Produkten minderwertigerer

6) Vgl etwa *Kucsko*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht⁴ (1995) 71; *Baumbach/Hefermehl*, Warenzeichenrecht¹², Einl WZG RZ 14 ff.

7) MSchG-Nov 1977.

8) In diesem Sinne auch OGH 1. 9. 1992, RdW 1993, 77.

9) Es erscheint daher auch geboten, die Lehre von der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich neu zu überdenken.

10) In Deutschland wurde zunächst die Übertragung einer Marke ohne zugehöriges Unternehmen zugelassen: Gesetz über die Erstreckung von gewerblichen Schutzrechten vom 23. 4. 1992, in Kraft getreten am 1. 5. 1992. Seit 1. 1. 1995 ist ein gänzlich neues MarkenG in Kraft: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. 10. 1994. Vgl dazu *Berlit*, Das neue Markenrecht (1995).

11) Vgl dazu etwa *Repenn*, Die Marke als selbständiges Wirtschaftsgut, ÖBl 1995, 99.

12) Zur „dinglichen“ Wirkung von Markenlizenzen vgl auch *Schanda*, Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten, GRURInt 1994, 275.

13) Vgl etwa *Klaka*, Erschöpfung und Verwirkung im Lichte des Markenrechtsreformgesetzes, GRUR 1994, 321 (326); *Lehmann/Schönfeld*, Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienste der Informationsökonomie, GRUR 1994, 481 (486).

14) *Koppensteiner*, Markenrechtsentwicklung und Parallelimport, ÖBl 1994, 195 (198). Die Frage wird dort als Vorfrage der Zulässigkeit von Parallelimporten erörtert.

Qualität benutzen. Ein Vertrauensschutz der Konsumenten auf eine bestimmte Qualität der Produkte ist daher nicht anzunehmen.

Auch in Deutschland wurde mangels einer Verpflichtung des Markeninhabers zur Beibehaltung¹⁵⁾ bzw. Durchsetzungsmöglichkeit für die Verbraucher ein rechtlicher Schutz der Qualitätsfunktion abgelehnt.¹⁶⁾ Nach neuer deutscher Rechtslage kann der Markeninhaber zwar die Rechte aus der Marke gegen seinen Lizenznehmer geltend machen, der hinsichtlich der Qualität der von ihm hergestellten Waren oder der von ihm erbrachten Dienstleistungen gegen eine Bestimmung des Lizenzvertrages verstößt (§ 30 Abs 2 Z 5 dMarkenG 1994); auch daraus kann aber nicht abgeleitet werden, daß der Markeninhaber die Qualität seiner Produkte nicht verschlechtern dürfte. Er kann die Marke durchaus auch lizenzieren und dem Lizenznehmer vertraglich geringere Qualitätsstandards auftragen als er selbst oder ein anderer Lizenznehmer sie einhält. Die neue Regelung gibt ihm lediglich das Kontrollmittel in die Hand, die Einhaltung der vereinbarten Qualität auch mit markenrechtlichen Mitteln zu überwachen.¹⁷⁾

c) Irreführung durch sonstige Umstände

Die Verwendung einer Marke durch den Markenlizenznehmer kann im Einzelfall dennoch irreführend sein: Es kann nämlich auch die Verwendung einer Marke durch den Markeninhaber selbst irreführend sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn mit der Marke bestimmte Vorstellungen erweckt werden, denen die unter der Marke vertriebenen Produkte nicht entsprechen. So hat der OGH etwa ausgesprochen, daß es irreführend ist, wenn der Inhaber einer Marke „Stahlgold“ unter dieser Marke Produkte vertreibt, die in Wahrheit so gut wie kein Gold enthalten.¹⁸⁾ Ähnlich liegen die Fälle, in denen durch die Verwendung einer Marke (oder im Zusammenhang damit) der Eindruck einer geographischen Herkunftsangabe erweckt wird, die jedoch nicht der tatsächlichen Herkunft entspricht.¹⁹⁾ Der OGH ist daher grundsätzlich zu dem Ergebnis gekommen, daß die Benützung eines Zeichens markenrechtlich zulässig, aber dennoch wettbewerbsrechtlich unzulässig sein kann.²⁰⁾

Eine solche irreführende Benutzung, die „geeignet ist, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft“ der Waren oder Dienstleistungen irrezuführen, ist seit der MSchG-Nov 1992²¹⁾ auch ein eigener Löschungsgrund.²²⁾

Unter denselben Voraussetzungen, unter denen die Verwendung der Marke durch den Markeninhaber irreführend ist, kann eine Irreführung auch durch einen Markenlizenznehmer ausgelöst werden. Dies ist jedoch keine Besonderheit der Markenlizenz, sondern ergibt sich jeweils nur daraus, daß der Lizenznehmer eben aufgrund sonstiger Umstände den Tatbestand des § 2 UWG verwirklicht. Dieses Verhalten wäre auch dann irreführend, wenn keine Lizenz bestünde. Die so ausgelöste Irreführung steht daher in keinem Zusammenhang mit dem Markenlizenzvertrag und kann daher auch nicht dessen Nichtigkeit iS des § 879 ABGB begründen.

3. Wettbewerbswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit

Koppensteiner meint,²³⁾ „daß ein täuschungsgeeigneter Gebrauch der Marke durch den Lizenznehmer nach den §§ 2, 4 UWG unterbunden werden kann, uU sogar zur Nichtigkeit des Lizenzvertrages führt“. Er beruft sich dabei auf OGH 12. 5. 1992 – „Gulliver's Reisen“,²⁴⁾ *Baumbach/Hefermehl*²⁵⁾ und *Busse/Starck*.²⁶⁾

Busse/Starck und *Baumbach/Hefermehl* referieren aaO lediglich die (auch oben beschriebene) deutsche Judikatur, die sich jedoch auf die alte deutsche Rechtslage bezieht, derzufolge eine Leerübertragung der Marke nicht möglich war. Diese Entscheidungen haben infolge der Änderung der Herkunftsfunktion der Marke nach geltendem österreichischem (und nun auch geltendem deutschem) Recht nur eine sehr bescheidene Argumentationskraft. Die E OGH 12. 5. 1992 – „Gulliver's Reisen“ (I)²⁷⁾ wiederum führt als einzige Referenz der nämlichen Aussage *Baumbach/Hefermehl*²⁸⁾ an, bezieht sich also ebenfalls auf Aussagen, die auf der Basis einer grundlegend anderen Rechtslage getätigt wurden. Es entsteht daher der Eindruck der Perpetuierung eines Arguments, das in Wahrheit seine Überzeugungskraft eingebüßt hat.

Auch für den Fall, daß sich eine Irreführung gerade durch die Benutzung einer Marke durch den Lizenznehmer ergeben sollte, bedeutet das noch nicht, daß der Markenlizenzvertrag deshalb nichtig ist. Nicht jede Wettbewerbswidrigkeit einer Vereinbarung begründet nämlich eine Gesetzwidrigkeit iS des § 879 ABGB, ein Verstoß gegen das UWG führt also nicht notwendigerweise zur Nichtigkeit der diesbezüglichen Vereinbarung. Dies ergibt sich daraus, daß nach § 879 ABGB nicht jedes Geschäft nichtig ist, das zu einer Norm des positiven Rechts im Widerspruch steht. Vielmehr ist, wenn das Gesetz die Nichtigkeit ihm widersprechender Geschäfte nicht ausdrücklich

15) So BGH 2. 2. 1973 – Cinzano – GRUR 1973, 468 (471 I) mit Verweis auf die Vorjudikatur.

16) *Beier/Krieger*, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke, GRURInt 1976, 125 (127) = *Beier*, Die Funktionen der Marke, in *Beier*, Markenrechtliche Abhandlungen (1986), 255 (233 ff); *Sack*, Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, GRUR 1972, 445 (448 ff); ebenso *Vanzetti*, Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRURAusl 1965, 128 (134 ff) für das italienische Recht; *Lehmann/Schönfeld*, Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienste der Informationsökonomie, GRUR 1994, 481 (487);

17) So auch *Lehmann/Schönfeld*, Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienste der Informationsökonomie, GRUR 1994, 481 (487).

18) OGH 19. 1. 1982 – Stahlgold-Uhren – ÖBl 1982, 66.

19) Vgl etwa OGH 3. 8. 1960 ÖBl 1961, 7; OGH 28. 11. 1978 – Guhl – ÖBl 1979, 94.

20) OGH 20. 4. 1982 – Purocel – ÖBl 1983, 50; OGH 19. 1. 1982 – Stahlgold-Uhren – ÖBl 1982, 66.

21) BGBl 1992/773.

22) § 33 c MSchG. Die Bestimmung wurde in Umsetzung von Art 12 Abs 2 lit b der oben erwähnten RL 89/104/EWG erlassen (EBRV 669 BlgNR 18. GP 6).

23) *Koppensteiner*, Markenrechtsentwicklung und Parallelimport, ÖBl 1994, 195 (198).

24) ÖBl 1992, 157 (159).

25) Warenzeichenrecht¹² (1985) Anh § 8 Rn 20.

26) Warenzeichengesetz⁶ (1990) § 8 Rn 10.

27) Vgl auch OGH 24. 11. 1992 – „Gulliver's Reisen“ (II) – ÖBl 1993, 21.

28) Wettbewerbsrecht¹⁶, Rz 68 zu § 16 dUWG.

anordnet, jeweils zu fragen, ob der Verbotszweck die Ungültigkeit verlangt.²⁹⁾

*Krejci*³⁰⁾ meint zum Verhältnis zwischen Wettbewerbswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit, daß Verträge, die infolge wettbewerbswidrigen Verhaltens geschlossen werden, idR – nämlich wenn es an besonderen Nichtigkeitsregeln fehlt – gültig seien. Geschützt seien nämlich (nur) die übrigen Mitbewerber. Diesen stünden Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche zu, nicht aber das Recht, in Rechtsbeziehungen anderer einzugreifen.

Mit dem Verhältnis zwischen Wettbewerbswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit iS des § 879 ABGB hat sich aus Anlaß einer OGH-E³¹⁾ zum RabattG auch *M. Bydlinski*³²⁾ befaßt. Auch *M. Bydlinski* kommt zu dem Ergebnis, daß eine Vereinbarung eines verbotenen Preisnachlasses zwar die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen des RabattG auslöse, jedoch im übrigen gültig sei.³³⁾

Bei der Übertragung dieser Überlegungen auf den Fall der Irreführung iS des UWG ist freilich zu beachten, daß das RabattG im Gegensatz zu § 2 UWG nicht (auch) den Schutz des Publikums, sondern lediglich den Schutz der Mitbewerber vor Augen hat(te). § 2 UWG hingegen soll sowohl Mitbewerber davor schützen, daß sich jemand durch Täuschung einen ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb verschafft, als auch die Allgemeinheit davor schützen, durch irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse zu falschen Entscheidungen veranlaßt zu werden. Verbotszweck des § 2 UWG ist auch der Schutz des Publikums.³⁴⁾

Dennoch ist mE davon auszugehen, daß der Verbotszweck des § 2 UWG die Nichtigkeit der zugrundeliegenden Vereinbarung nicht erfordert, dies deshalb, weil der Schutzzweck der genannten Bestimmung bereits durch die im UWG normierten Sanktionen, nämlich Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche, sowie durch Strafbestimmungen³⁵⁾ ausreichend abgesichert erscheint. Auch richtet sich das gesetzliche Verbot nicht gegen den Vertrag, der der Irreführung zugrunde liegt, sondern gegen die Irreführung selbst, sodaß sich auch die rechtlichen Sanktionen nur gegen diese richten und die Gültigkeit des Vertrages unberührt lassen.³⁶⁾

4. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann sich daher aus dem Irreführungstatbestand des § 2 UWG keine Nichtigkeit des Markenlizenzvertrages ergeben. Dies deshalb, weil schon die Markenbenutzung durch den Lizenznehmer allein idR keine Irreführung begründet, weil das Gesetz weder das Vertrauen auf die Identität des Markeninhabers noch das Vertrauen auf den Qualitätsstandard eines Produktes schützt. In den Fällen, in denen dennoch durch einen Markenlizenznehmer ein Irreführungstatbestand begründet wird, ergibt sich diese Irreführung nicht aus der Markenlizenz, sondern aus sonstigen – von der Lizenz unabhängigen – Umständen.

Sollte dennoch im Einzelfall die Markenlizenz selbst den Irreführungstatbestand verwirklichen, so vernichtet diese Wettbewerbswidrigkeit die Gültigkeit des Lizenzvertrages nicht, weil der Schutzzweck des § 2 UWG dies nicht erfordert.

- 29) Vgl etwa OGH 3. 10. 1990 WBI 1991, 70; *Kozio/Welser*¹⁰⁾, 142 f; *Krejci* in Rummel, ABGB I², § 879 Rz 25.
 30) *Krejci* in Rummel, ABGB I², § 879 Rz 174.
 31) OGH 16. 1. 1986 SZ 59/11 = ÖBI 1986, 106 = RdW 1986, 174 = JBl 1986, 526 mit Anm *Pfersmann*.
 32) *M. Bydlinski*, Rabattverbot und Vertragsrecht, JBl 1988, 701.
 33) Ebenso auch *Aicher* in Rummel, ABGB I², Rz 2 zu § 1062.
 34) § 9 UWG bezweckt den Schutz des Kennzeicheninhabers vor mißbräuchlicher Verwendung seines Kennzeichenrechts und begründet kein Verbot der Irreführung des Publikums. Nur indirekt wird dadurch auch das Interesse des Publikums an wahrheitsgemäßer Information geschützt (vgl *St. Frotz*, Zum Verhältnis von § 9 Abs 3 UWG zu § 2 UWG, ÖBI 1982, 90; ebenso bereits *Adler*, System des österreichischen Markenrechts (1909) 298: „Das Markenrecht begründet keinen Schutz des Publikums, sondern einen Schutz des Markeninhabers vor mißbräuchlicher Zeichenverwendung“; ebenso *Baumbach/Hefermehl*, WZG, Anh § 8, Rdn 19; ebenso *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht², 2. Bd, 134). Die unterschiedliche Funktion der beiden Bestimmungen zeigt sich auch in der Regelung der aktiven Klagslegitimation in § 14 UWG. Nur bei einem Verstoß gegen § 2 UWG ist die „abgeschwächte Popularklage“ zulässig. Bei Verletzung des – primär auf den Individualschutz gerichteten – § 9 UWG kann hingegen bloß derjenige klagen, der sich des Zeichens „befugterweise bedient“ (*St. Frotz*, aaO 90). § 9 UWG ist gegenüber § 2 UWG auch nicht *lex specialis*. Vgl dazu ausführlich *St. Frotz*, aaO 89 ff; ebenso *Koppensteiner*, aaO 134. AA OGH 7. 7. 1981 – Bosch Kundendienst – ÖBI 1982, 101; OGH 20. 10. 1981 – Bunte Krone – ÖBI 1982, 99.
 35) Vgl OGH 30. 6. 1954 JBl 1954, 591.
 36) Ebenso für die Rabattproblematik beim Kaufvertrag *M. Bydlinski*, Rabattverbot und Vertragsrecht, JBl 1988, 701 (704).

Rechtliches Gehör bei der Unterlassungsexekution

Die Einvernahme des Verpflichteten vor der Exekutionsbewilligung ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Vor Verhängung der Strafe kann der Verpflichtete jedoch, sofern nicht Gefahr im Verzug ist, nach § 358 EO einvernommen werden.

Der Verpflichtete hat – in Durchbrechung des Neuerungsverbots – die Möglichkeit, ein Vorbringen zur Richtigkeit der sich aus den Akten ergebenden Umstände, die für die Strafhöhe von Bedeutung sind, erstmals im Rekurs zu erstellen.

Aus der Begründung:

Dem Exekutionsverfahren liegt als Exekutionstitel eine EV zugrunde, mit welcher der verpflp geboten wurde, Werbeständer unter bestimmten, dort näher bezeichneten Umständen aufzustellen und/oder stehen zu lassen. Die betrP stützt den Exekutionsantrag und die Strafanträge auf die konkreten Behauptungen, wonach die verpflp in bestimmten Fällen nach Zustellung der EV die Werbeständer nur lückenhaft entfernt hat und die ihr zur vollständigen Entfer-

§ 355 EO
 OGH
 30. 8. 1995,
 3 Ob 185/94