jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/3/14 4Ob281/04h

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.03.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Walter F*****, vertreten durch Engin-Deniz Reimitz Schönherr Hafner Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. I***** GmbH, 2. Gabriele V*****, 3. Egon David F*****, alle vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, 4. R***** GmbH, 5. Dr. Günther K*****, und 6. Rainer M*****, 4., 5. und 6. beklagte Partei vertreten durch Dr. Florian Perschler, Rechtsanwalt in Wien, als Verfahrenshelfer, wegen Unterlassung, Löschung, Rechnungslegung und Veröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 33.340,00 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Viert- und des Fünftbeklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 21. Oktober 2004, GZ 1 R 150/04t-39, mit dem die einstweilige Verfügung des Handelsgerichts Wien vom 22. Juli 2004, GZ 19 Cg 43/04a-34, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung hinsichtlich der Viert- und des Fünftbeklagten wie folgt zu lauten hat:

"Der Antrag, die Viert- und den Fünftbeklagten mit einstweiliger Verfügung zur Sicherung der Ansprüche des Klägers auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen und markenrechtlicher Eingriffe, auf welche das Klagebegehren gerichtet ist, für die Dauer dieses Rechtsstreits zu verpflichten, es zu unterlassen, Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien und/oder mit Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien ähnliche Waren und/oder Dienstleistungen unter Verwendung der Bezeichnung „Immomaxx" zu bewerben und/oder anzubieten und/oder zu vertreiben, wird abgewiesen.

Der Kläger ist schuldig, der Viert- und dem Fünftbeklagten die mit 1.359 EUR (darin 226,50 EUR USt) bestimmten Äußerungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Der Kläger ist schuldig, der Viert- und dem Fünftbeklagten die mit 2.987,46 EUR (darin 497,91 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Der Kläger ist Inhaber der österreichischen Marke „Immomax" mit Priorität 15. Juli 1997, welche für Immobilienwesen,

Dienstleistungen eines Immobilienmaklers, Immobilienvermittlung, Schätzung von Immobilien, Verpachtung von Immobilien und Immobilienverwaltung eingetragen ist. Er betreibt als Einzelunternehmer ein Immobilienmaklerbüro und verwendet die Marke seit ihrer Eintragung laufend als Unternehmenskennzeichen, als Bezeichnung auf seinem Geschäftslokal, im Rahmen von Inseraten, auf seinem Geschäftspapier und als Internetadresse (immomax.at); auch die automatischen Begrüßungsworte am Telefon und seine Visitenkarten weisen auf „Immomax" hin.

In Deutschland meldete Martin J. B***** die Marke „Immomaxx" am 12. August 1997 an. Die Marke wurde am 13. Oktober 1997 für Deutschland registriert und im Jahr 2001 auf den Drittbeklagten umgeschrieben. Ebenfalls im Jahr 1997 wurde eine Domain www.immomaxx.de registriert und im Jahr 2002 auf den Drittbeklagten übertragen. Am 28. Februar 2002 ließ der Drittbeklagte die Domain www.immomaxx.at registrieren und benützt diese auch.

Die Erstbeklagte betreibt in der Bundesrepublik Deutschland als Immobilienmaklerin ein Franchiseunternehmen, wobei sie europaweit Franchisenehmer hat. Zu diesem Zweck gestattet ihr der Drittbeklagte die Nutzung der Marke „Immomaxx". Alleinige Geschäftsführerin der Erstbeklagten ist die Zweitbeklagte.

Im Jahr 2003 beabsichtigte die Erstbeklagte, ihre Aktivitäten auf Österreich auszudehnen, und schloss zu diesem Zweck mit dem Sechstbeklagten eine Franchisevereinbarung, die unter anderem die Benutzung der Marke „Immomaxx" umfasste, für die in Österreich kein Markenschutz besteht. Die Zweitbeklagte kündigte auf der Homepage www.immomaxx.de in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Erstbeklagten unter Hinweis auf den Drittbeklagten als Mitgründer an, dass im Jahr 2003 ein Vertriebsbüro „Immomaxx Austria" in Wien eröffnet und die Franchiserechte an die Gruppe „M***** - Dr. K*****" vergeben würden. Ebenso kündigte sie an, dass der Sechstbeklagte unweit des Stephansdoms eine Top-Adresse für den Kauf und Verkauf von Wohnungen, Häusern und gewerblichen Objekten eingerichtet habe, nämlich das „Immomaxx"-Immobiliencenter Wien-City in der Z*****gasse. Es werde dort die aktuellste Technik eingesetzt, die auf dem Markt verfügbar sei. Der zentrale Server ermögliche den Zugriff auf 10.000e von Immobilienangeboten. „Immomaxx" sei seit 1997 beim Patentamt in München als Marke registriert. Der Sechstbeklagte oder einer der im Center tätigen vier Lizenzmakler führten den Interessenten die aktuellsten Angebote vor, nämlich etliche 100e Objekte in Wien und Umgebung sowie zahlreiche weitere in Österreich und Europa. In der Z*****gasse 3 habe nicht nur das „Immomaxx"-Immobiliencenter Wien-City, für das der Sechstbeklagte mit einem Partner die Franchiserechte übernommen habe, den Sitz; er leite dort auch die Systemzentrale von „Immomaxx Austria" mit Zuständigkeit für Wien, Niederösterreich und das Burgenland. Als Geschäftskontakt wird für das „Immomaxx"-Immobiliencenter Wien-City die Z*****gasse 3 in Wien 1. angegeben. Diese Ankündigung erschien zumindest noch im Februar 2004 auf der Homepage der Erstbeklagten.

Ebenfalls noch am 20. Februar 2004 erschienen auf der Homepage www.immomaxx.de Lichtbilder des Sechstbeklagten und seiner Ehegattin als „Sales Director und Franchise-Partner" sowie eine Abbildung des Geschäftslokals in der Z*****gasse mit der großen Aufschrift www.immomaxx.at. Auf dieser Website wurden Immobilien im Umkreis von Wien angeboten, und zwar jedenfalls noch Ende Jänner und Ende Februar 2004. Als Kontaktadresse schien „Immomaxx Wien-City", Z*****gasse 3, Wien 1., auf.

Die Viertbeklagte wurde am 9. August 1999 vom Sechstbeklagten, der der alleinige Gesellschafter war, zum Zweck des Immobiliengewerbes gegründet; Geschäftsführerin war zunächst seine Ehegattin, Geschäftsanschrift die S*****straße 4/7 in Wien. Als die Viertbeklagte jedoch dort in Mietrückstände geriet, eröffnete sie das Geschäftslokal in der Z*****gasse 3. Nachdem die Ehegattin des Sechstbeklagten als Geschäftsführerin ausgeschieden war, erklärte sich der Fünftbeklagte bereit, die Geschäftsführung zu übernehmen. Er arbeitete allerdings nicht aktiv im Unternehmen mit, sondern das Unternehmen wurde vom Sechstbeklagten, der sich täglich im Büro in der Z*****gasse aufhielt, geführt. Der Fünftbeklagte hingegen kam lediglich einige Male pro Woche dorthin.

Ende 2003 erklärte der Sechstbeklagte dem Fünftbeklagten, dass er wieder eine Geschäftsmöglichkeit habe, nämlich als Franchisenehmer der Erstbeklagten. Mitarbeiter hatte die Viertbeklagte zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht mehr und sie war auch bereits zahlungsunfähig. Der Sechstbeklagte brachte in der Auslage des Lokals in der Z*****gasse das Hinweisschild „Immomaxx" an und legte auch eine Website „immomaxx/rm" für die Viertbeklagte an. Der Fünftbeklagte verlangte allerdings nach kurzer Zeit die Entfernung der Hinweise, da er zwischenzeitig die Zahlungsunfähigkeit der Viertbeklagten erkannt hatte. Darüber hinaus verfügten weder die Viertbeklagte noch der

Sechstbeklagte über eine Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler. Die Anschrift der Viertbeklagten war allerdings noch im Jänner und März 2004 die Kontaktstelle für Personen, die sich für die von „Immomaxx" Österreich inserierten Immobilien interessierten.

Im April wurde gegen die Viertbeklagte Konkursantrag gestellt, der mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde; daraufhin wurde das Amtslöschungsverfahren eingeleitet. Die Viertbeklagte konnte die Miete in der Z*****gasse 3 nicht mehr zahlen, sodass es zur Räumung kam. Die Viertbeklagte übt keine Geschäfte mehr aus.

Der Kläger begehrte zur Sicherung seiner inhaltsgleichen Unterlassungs- und Löschungsansprüche die Verpflichtung aller sechs Beklagten, es zu unterlassen, Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien und/oder mit Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien ähnliche Waren und/oder Dienstleistungen unter Verwendung der Bezeichnung „Immomaxx" zu bewerben und/oder anzubieten und/oder zu vertreiben, sowie die Verpflichtung des Drittbeklagten zur Unterlassung der Verwendung der Domains www.immomaxx.at und www.immomaxx.de und jeder anderen Domain, die das Zeichen „Immomaxx", sei es in Alleinstellung oder mit einem Zusatz, beinhalte, und die Einwilligung des Drittbeklagten in die Löschung der Domain www.immomaxx.at. Er berief sich dazu auf seine markenrechtlichen Ansprüche gemäß §§ 51 ff MSchG als Inhaber der Marke „Immomax" und verwies auf die Verwechslungsfähigkeit mit dem ähnlichen Zeichen „Immomaxx"; darüber hinaus brachte er vor, die Beklagten täuschten die Verkehrskreise darüber, dass die von ihnen vergebenen Franchiserechte nicht auch die rechtlich zulässige Verwendung der Bezeichnung „Immomaxx" umfassten; schließlich sei das Verhalten der Beklagten auch sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Die Viertbeklagte existiere noch, sodass die Gefahr der Benützung des Zeichens „Immomaxx" weiter bestehe; der Fünftbeklagte wiederum benütze dieses Zeichen unabhängig von seiner Funktion als Geschäftsführer der Viertbeklagten.Der Kläger begehrte zur Sicherung seiner inhaltsgleichen Unterlassungs- und Löschungsansprüche die Verpflichtung aller sechs Beklagten, es zu unterlassen, Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien und/oder mit Immobiliendienstleistungen und/oder Immobilien ähnliche Waren und/oder Dienstleistungen unter Verwendung der Bezeichnung „Immomaxx" zu bewerben und/oder anzubieten und/oder zu vertreiben, sowie die Verpflichtung des Drittbeklagten zur Unterlassung der Verwendung der Domains www.immomaxx.at und www.immomaxx.de und jeder anderen Domain, die das Zeichen „Immomaxx", sei es in Alleinstellung oder mit einem Zusatz, beinhalte, und die Einwilligung des Drittbeklagten in die Löschung der Domain www.immomaxx.at. Er berief sich dazu auf seine markenrechtlichen Ansprüche gemäß Paragraphen 51, ff MSchG als Inhaber der Marke „Immomax" und verwies auf die Verwechslungsfähigkeit mit dem ähnlichen Zeichen „Immomaxx"; darüber hinaus brachte er vor, die Beklagten täuschten die Verkehrskreise darüber, dass die von ihnen vergebenen Franchiserechte nicht auch die rechtlich zulässige Verwendung der Bezeichnung „Immomaxx" umfassten; schließlich sei das Verhalten der Beklagten auch sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG. Die Viertbeklagte existiere noch, sodass die Gefahr der Benützung des Zeichens „Immomaxx" weiter bestehe; der Fünftbeklagte wiederum benütze dieses Zeichen unabhängig von seiner Funktion als Geschäftsführer der Viertbeklagten.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Sicherungsantrags, wobei sich die Viert- und der Fünftbeklagte auf das Fehlen einer Wiederholungsgefahr beriefen. Ein Konkurseröffnungsantrag sei mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen und das Amtslöschungsverfahren eingeleitet worden. Die Viertbeklagte entfalte auch keinerlei operative Tätigkeiten mehr.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung, die die Erst-, Zweit-, Dritt- und Sechstbeklagten nicht anfochten. Der Kläger verfüge für Österreich über die ausschließlichen Rechte an der Marke „Immomax"; die Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen „Immomax" und „Immomaxx" sei auf Grund des identen Wortklangs und des fast gleichen Wortbilds evident, auch die Branchengleichheit sei unzweifelhaft. Hinsichtlich der Viert- und des Fünftbeklagten vertrat das Erstgericht die Rechtsansicht, dadurch, dass das Geschäftslokal der Viertbeklagten mit „Immomaxx" gekennzeichnet und ihre Geschäftsanschrift sowie ihre Telefonnummer für „Immomaxx"-Kunden als Kontaktadresse genannt worden seien, sei zumindest der Eindruck erweckt worden, dass die Viertbeklagte unter der Bezeichnung „Immomaxx" auftrete und diese auch verwenden dürfe. Dieser Anschein habe nicht nur Ende 2003 bestanden, sondern auch noch bis Ende Februar 2004, weil Anschrift und Telefonnummer der Viertbeklagten weiterhin als Kontaktadresse für „Immomaxx" Österreich inseriert und auf der Homepage www.immomaxx.de angegeben gewesen seien. Die Viertbeklagte habe zwar ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und ihr Geschäftslokal verloren, sie bestehe aber noch und sei im Firmenbuch nicht gelöscht, sodass nicht auszuschließen sei, dass sie - allenfalls nach Kapitalzufuhr - ihre einschlägige Geschäftstätigkeit wieder aufnehmen könnte. Weitere Verstöße gegen das

Markenrecht des Klägers seien daher grundsätzlich möglich, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Dies gelte auch für den Fünftbeklagten, der es als einziger Geschäftsführer zugelassen habe, dass der Sechstbeklagte Geschäftstätigkeiten unter der Bezeichnung „Immomaxx" in den Geschäftsräumlichkeiten der Viertbeklagten ausgeübt und deren Adresse und Telefonnummer verwendet habe. Er habe in weiterer Folge zwar veranlasst, dass das Geschäftsschild „Immomaxx" nach kurzer Zeit wieder entfernt werde, jedoch keine ausreichenden Schritte dagegen unternommen, dass in weiterer Folge der Sechstbeklagte weiterhin die Viertbeklagte mit „Immomaxx" in Beziehung gesetzt habe. Auch habe er gegenüber der Erstbeklagten nicht klargestellt, dass er jegliche Nutzung von „Immomaxx" im Zusammenhang mit der Viertbeklagten untersage. Damit seien auch gegenüber der Viert- und dem Fünftbeklagten die Voraussetzungen für ein Unterlassungsgebot gemäß § 56 Abs 1 MSchG und § 24 UWG gegeben.Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung, die die Erst-, Zweit-, Dritt- und Sechstbeklagten nicht anfochten. Der Kläger verfüge für Österreich über die ausschließlichen Rechte an der Marke „Immomax"; die Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen „Immomax" und „Immomaxx" sei auf Grund des identen Wortklangs und des fast gleichen Wortbilds evident, auch die Branchengleichheit sei unzweifelhaft. Hinsichtlich der Viert- und des Fünftbeklagten vertrat das Erstgericht die Rechtsansicht, dadurch, dass das Geschäftslokal der Viertbeklagten mit „Immomaxx" gekennzeichnet und ihre Geschäftsanschrift sowie ihre Telefonnummer für „Immomaxx"-Kunden als Kontaktadresse genannt worden seien, sei zumindest der Eindruck erweckt worden, dass die Viertbeklagte unter der Bezeichnung „Immomaxx" auftrete und diese auch verwenden dürfe. Dieser Anschein habe nicht nur Ende 2003 bestanden, sondern auch noch bis Ende Februar 2004, weil Anschrift und Telefonnummer der Viertbeklagten weiterhin als Kontaktadresse für „Immomaxx" Österreich inseriert und auf der Homepage www.immomaxx.de angegeben gewesen seien. Die Viertbeklagte habe zwar ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und ihr Geschäftslokal verloren, sie bestehe aber noch und sei im Firmenbuch nicht gelöscht, sodass nicht auszuschließen sei, dass sie - allenfalls nach Kapitalzufuhr - ihre einschlägige Geschäftstätigkeit wieder aufnehmen könnte. Weitere Verstöße gegen das Markenrecht des Klägers seien daher grundsätzlich möglich, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Dies gelte auch für den Fünftbeklagten, der es als einziger Geschäftsführer zugelassen habe, dass der Sechstbeklagte Geschäftstätigkeiten unter der Bezeichnung „Immomaxx" in den Geschäftsräumlichkeiten der Viertbeklagten ausgeübt und deren Adresse und Telefonnummer verwendet habe. Er habe in weiterer Folge zwar veranlasst, dass das Geschäftsschild „Immomaxx" nach kurzer Zeit wieder entfernt werde, jedoch keine ausreichenden Schritte dagegen unternommen, dass in weiterer Folge der Sechstbeklagte weiterhin die Viertbeklagte mit „Immomaxx" in Beziehung gesetzt habe. Auch habe er gegenüber der Erstbeklagten nicht klargestellt, dass er jegliche Nutzung von „Immomaxx" im Zusammenhang mit der Viertbeklagten untersage. Damit seien auch gegenüber der Viert- und dem Fünftbeklagten die Voraussetzungen für ein Unterlassungsgebot gemäß Paragraph 56, Absatz eins, MSchG und Paragraph 24, UWG gegeben.

Das Rekursgericht bestätigte über Rekurs der Viert- und des Fünftbeklagten die einstweilige Verfügung mit der Maßgabe, dass es ihren Anwendungsbereich auf das Gebiet der Republik Österreich beschränkte. Die Viertbeklagte sei zwar am 10. August 2004 im Firmenbuch gelöscht worden, dies nehme ihr aber nicht die Rekurslegitimation, weil diese Löschung lediglich deklarativ sei, solange noch Vermögen vorhanden sei. Vollbeendigung trete in einem solchen Fall nicht ein. Im Übrigen gehe während eines anhängigen Zivilprozesses die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft selbst bei völliger Vermögenslosigkeit nicht unter, was mit dem besonderen Rechtsschutzbedürfnis des Prozessgegners zu begründen sei. Wiederholungsgefahr sei insofern anzunehmen, als deren Vorliegen nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz zu beurteilen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei die Viertbeklagte noch nicht gelöscht gewesen. Es wäre daher durch Kapitalzufuhr ein Wiederaufleben der Gesellschaft verbunden mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit möglich gewesen. Mit 10. August 2004 sei die Wiederholungsgefahr allerdings jedenfalls weggefallen. Der Fünftbeklagte hafte nicht nur als Geschäftsführer der Viertbeklagten, sondern er sei auch ohne Bezugnahme auf die Viertbeklagte im Zusammenhang mit der Vergabe von Franchiserechten unter Verwendung der die Kennzeichenrechte des Klägers verletzenden Bezeichnung „Immomaxx" aufgetreten. Da er auch während des gesamten (erstinstanzlichen) Verfahrens die Ansprüche des Klägers bestritten habe, sei Wiederholungsgefahr anzunehmen.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diese Entscheidung gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs der Viert- und des Fünftbeklagten ist zulässig und auch berechtigt.

1. Das Rekursgericht ist - im Ergebnis zutreffend - vom Weiterbestehen der Parteifähigkeit (deren Wegfall wäre ein in

jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmender Nichtigkeitsgrund [7 Ob 126/98z uva; E. Kodek in Rechberger[2] § 477 ZPO Rz 2 mwN) der Viertbeklagten trotz amtswegiger Löschung im Firmenbuch mit 10. August 2004 ausgegangen, zur Klarstellung ist aber folgendes zu ergänzen:1. Das Rekursgericht ist - im Ergebnis zutreffend - vom Weiterbestehen der Parteifähigkeit (deren Wegfall wäre ein in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmender Nichtigkeitsgrund [7 Ob 126/98z uva; E. Kodek in Rechberger[2] Paragraph 477, ZPO Rz 2 mwN) der Viertbeklagten trotz amtswegiger Löschung im Firmenbuch mit 10. August 2004 ausgegangen, zur Klarstellung ist aber folgendes zu ergänzen:

Die divergente Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob das einmal eingeleitete Verfahren auch mit einer voll beendeten Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, fortzusetzen sei (1 Ob 551, 552/89 = SZ 62/43; RIS-Justiz RS0035195) oder ob in diesem Fall während des anhängigen Verfahrens auch das Prozessrechtsverhältnis mit dieser Gesellschaft beendet werde und eine Fortsetzung des Prozesses gegen die untergegangene Gesellschaft nicht möglich sei (8 Ob 652/88 = SZ 62/127; RIS-Justiz RS0035204), wurde durch die Entscheidung eines verstärkten Senats des Obersten Gerichtshofs vom 22. Oktober 1998 (8 ObA 2344/96f = SZ 71/175 = JBl 1999, 268 [Oberhammer] = GesRZ 1999, 34 [Dellinger]) bereinigt. Demnach geht die ständige Rechtsprechung nunmehr davon aus, dass bei Löschung einer beklagten Kapitalgesellschaft während eines anhängigen Prozesses das Verfahren auf Begehren des Klägers fortzusetzen ist; strebt der Kläger hingegen nicht die Fortsetzung des Verfahrens gegen die gelöschte Gesellschaft an, ist die Klage zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären (RIS-Justiz RS0110979, zuletzt 7 Ob 242/03v).

Nach den Entscheidungen 8 Ob 197/02g (= ZIK 2003/143) und 7 Ob 242/03v (= ecolex 2004/334) macht es dabei keinen wesentlichen Unterschied, ob die Gesellschaft gemäß § 2 ALöschG (nunmehr § 40 FBG) wie im vom verstärkten Senat entschiedenen Fall wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird oder ob gemäß § 1 Abs 1 ALöschG (nunmehr § 39 FBG) die Gesellschaft mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde, aufgelöst wird. Der Eintragung der Löschung der Firma komme nämlich nur deklarative Bedeutung zu. Die Liquidation der Gesellschaft könne erst dann als beendet angesehen werden, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Gänze verteilt sei. Wesentlich sei vielmehr, dass in beiden Fällen die Gesellschaft als aufgelöst gelte und keine Liquidation stattfinde. Es sei daher sachgemäß, dem Kläger in beiden Fällen das Recht zu geben, das Verfahren fortzusetzen, ihn jedoch hiezu nicht zu zwingen. Diesen Erwägungen schließt sich auch der erkennende Senat an.Nach den Entscheidungen 8 Ob 197/02g (= ZIK 2003/143) und 7 Ob 242/03v (= ecolex 2004/334) macht es dabei keinen wesentlichen Unterschied, ob die Gesellschaft gemäß Paragraph 2, ALöschG (nunmehr Paragraph 40, FBG) wie im vom verstärkten Senat entschiedenen Fall wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird oder ob gemäß Paragraph eins, Absatz eins, ALöschG (nunmehr Paragraph 39, FBG) die Gesellschaft mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde, aufgelöst wird. Der Eintragung der Löschung der Firma komme nämlich nur deklarative Bedeutung zu. Die Liquidation der Gesellschaft könne erst dann als beendet angesehen werden, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Gänze verteilt sei. Wesentlich sei vielmehr, dass in beiden Fällen die Gesellschaft als aufgelöst gelte und keine Liquidation stattfinde. Es sei daher sachgemäß, dem Kläger in beiden Fällen das Recht zu geben, das Verfahren fortzusetzen, ihn jedoch hiezu nicht zu zwingen. Diesen Erwägungen schließt sich auch der erkennende Senat an.

Der Oberste Gerichtshof hat schließlich bereits mehrfach ausgesprochen (1 Ob 70/99x; 1 Ob 153/02k = EvBl 2003/119), dass der Wille des Klägers zur Verfahrensfortsetzung gegen die aufgelöste oder gelöschte Gesellschaft nicht ausdrücklich erklärt werden muss, er kann sich vielmehr auch daraus ergeben, dass der Kläger trotz der ihm bekannten, den Verlust der Parteifähigkeit herbeiführenden Umstände das Verfahren durch Anträge oder Rechtsmittel fortsetzt. Dabei kann es aber nicht dem Belieben des Klägers anheim gestellt werden, in welchem Zeitpunkt er zu erkennen gibt, das Verfahren nicht fortsetzen zu wollen. Schon deshalb hat der Kläger, wird ihm die Tatsache der Auflösung der beklagten Kapitalgesellschaft, einerlei ob nach § 39 FBG oder nach § 40 FBG, im Verfahren bekannt, binnen angemessener Frist dem Gericht bekannt zu geben, dass er von der Verfahrensfortsetzung abstehe, widrigenfalls sein Fortsetzungswille unterstellt wird (1 Ob 153/02k).Der Oberste Gerichtshof hat schließlich bereits mehrfach ausgesprochen (1 Ob 70/99x; 1 Ob 153/02k = EvBl 2003/119), dass der Wille des Klägers zur Verfahrensfortsetzung gegen die aufgelöste oder gelöschte Gesellschaft nicht ausdrücklich erklärt werden muss, er kann sich vielmehr auch daraus ergeben, dass der Kläger trotz der ihm bekannten, den Verlust der Parteifähigkeit herbeiführenden Umstände das Verfahren durch Anträge oder Rechtsmittel fortsetzt. Dabei kann es aber nicht dem

Belieben des Klägers anheim gestellt werden, in welchem Zeitpunkt er zu erkennen gibt, das Verfahren nicht fortsetzen zu wollen. Schon deshalb hat der Kläger, wird ihm die Tatsache der Auflösung der beklagten Kapitalgesellschaft, einerlei ob nach Paragraph 39, FBG oder nach Paragraph 40, FBG, im Verfahren bekannt, binnen angemessener Frist dem Gericht bekannt zu geben, dass er von der Verfahrensfortsetzung abstehe, widrigenfalls sein Fortsetzungswille unterstellt wird (1 Ob 153/02k).

Im vorliegenden Fall wurde der Beschluss über die Abweisung des Konkurseröffnungsantrags mangels kostendeckenden Vermögens am 31. März 2004, also nach Gerichtsanhängigkeit dieses Verfahrens, in die Ediktsdatei aufgenommen. Am 3. April 2004 wurde die Auflösung der Viertbeklagten gemäß § 39 FBG ins Firmenbuch eingetragen. Dennoch beantragte der Kläger am 13. April 2004 nach dem Scheitern eines ersten Zustellversuchs die neuerliche Zustellung der Klage unter anderem an die Viertbeklagte; am 17. Juni 2004 wurde seinen Rechtsvertretern der Beschluss des Erstgerichts vom 28. Mai 2004 über die Bewilligung der Verfahrenshilfe zu Gunsten (unter anderem) der Viertbeklagten zugestellt, ohne dass er einen Rekurs erhoben hätte. Schließlich wies die Viertbeklagte mit Schriftsatz vom 24. Juni 2004 auf ihre bevorstehende amtswegige Löschung hin, woraufhin der Kläger in seinem Schriftsatz vom 30. Juni 2004 ausführte, die Viertbeklagte sei jedenfalls noch existent, selbst wenn sie schon gelöscht wäre, hätte dies nichts mit der Wiederholungsgefahr zu tun.Im vorliegenden Fall wurde der Beschluss über die Abweisung des Konkurseröffnungsantrags mangels kostendeckenden Vermögens am 31. März 2004, also nach Gerichtsanhängigkeit dieses Verfahrens, in die Ediktsdatei aufgenommen. Am 3. April 2004 wurde die Auflösung der Viertbeklagten gemäß Paragraph 39, FBG ins Firmenbuch eingetragen. Dennoch beantragte der Kläger am 13. April 2004 nach dem Scheitern eines ersten Zustellversuchs die neuerliche Zustellung der Klage unter anderem an die Viertbeklagte; am 17. Juni 2004 wurde seinen Rechtsvertretern der Beschluss des Erstgerichts vom 28. Mai 2004 über die Bewilligung der Verfahrenshilfe zu Gunsten (unter anderem) der Viertbeklagten zugestellt, ohne dass er einen Rekurs erhoben hätte. Schließlich wies die Viertbeklagte mit Schriftsatz vom 24. Juni 2004 auf ihre bevorstehende amtswegige Löschung hin, woraufhin der Kläger in seinem Schriftsatz vom 30. Juni 2004 ausführte, die Viertbeklagte sei jedenfalls noch existent, selbst wenn sie schon gelöscht wäre, hätte dies nichts mit der Wiederholungsgefahr zu tun.

Aus dem Verhalten des Klägers ist unzweifelhaft der Wille zur Fortsetzung des Verfahrens (auch) gegen die Viertbeklagte abzuleiten, sodass das Rekursgericht zutreffend die Parteifähigkeit und Rekurslegitimation der Viertbeklagten angenommen hat. Dies gilt auch für das Revisionsrekursverfahren.

2. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-JustizRS0037619; vgl aus jüngerer Zeit 4 Ob 202/98d) ist auch bei Unterlassungsansprüchen grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz abzustellen. Einem Unterlassungsbegehren (Sicherungsantrag) kann daher nur stattgegeben werden, wenn die Wiederholungsgefahr noch im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses (der Erlassung der Provisorialentscheidung) weiterbesteht (4 Ob 355/80 = ÖBl 1981, 102 - Ersatzteillager)2. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0037619; vergleiche aus jüngerer Zeit 4 Ob 202/98d) ist auch bei Unterlassungsansprüchen grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz abzustellen. Einem Unterlassungsbegehren (Sicherungsantrag) kann daher nur stattgegeben werden, wenn die Wiederholungsgefahr noch im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses (der Erlassung der Provisorialentscheidung) weiterbesteht (4 Ob 355/80 = ÖBl 1981, 102 - Ersatzteillager).

Das Erstgericht ist davon ausgegangen, dass die Viertbeklagte ihre Geschäftstätigkeit "inzwischen" (also zum Zeitpunkt seiner Entscheidung) eingestellt und ihr Geschäftslokal verloren habe, im Firmenbuch allerdings noch nicht gelöscht sei. Bereits Ende 2003 habe die Viertbeklagte keine Mitarbeiter mehr gehabt und sei zahlungsunfähig gewesen. Sie habe auch über keine Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler verfügt. Des Weiteren ergibt sich aus den Feststellungen der Vorinstanzen in Verbindung mit dem Firmenbuch, dass ein Konkurseröffnungsantrag am 11. März 2004 mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen, am 3. April 2004 die Auflösung der Viertbeklagten infolge dieser Abweisung gemäß § 39 FBG im Firmenbuch eingetragen und sie am 10. August 2004 gemäß § 40 FBG amtswegig im Firmenbuch wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde (vgl FN 185907v).Das Erstgericht ist davon ausgegangen, dass die Viertbeklagte ihre Geschäftstätigkeit "inzwischen" (also zum Zeitpunkt seiner Entscheidung) eingestellt und ihr Geschäftslokal verloren habe, im Firmenbuch allerdings noch nicht gelöscht sei. Bereits Ende 2003 habe die Viertbeklagte keine Mitarbeiter mehr gehabt und sei zahlungsunfähig gewesen. Sie habe auch über keine Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler verfügt. Des Weiteren ergibt sich aus den Feststellungen der Vorinstanzen in Verbindung mit dem Firmenbuch, dass ein Konkurseröffnungsantrag am 11. März 2004 mangels kostendeckenden

Vermögens abgewiesen, am 3. April 2004 die Auflösung der Viertbeklagten infolge dieser Abweisung gemäß Paragraph 39, FBG im Firmenbuch eingetragen und sie am 10. August 2004 gemäß Paragraph 40, FBG amtswegig im Firmenbuch wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde vergleiche FN 185907v).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass Wiederholungsgefahr im Allgemeinen bei Veräußerung oder Schließung eines Unternehmens wegfällt (4 Ob 352/63 = SZ 37/49 - Heereskraftfahrerabzeichen; 4 Ob 145/02f = ÖBl-LS 2002/162 - Extradienst; RIS-JustizRS0077206). Etwas Anderes gilt, wenn ernstliche Anzeichen dafür bestehen, dass der Betrieb - wenn auch in anderer Form - wiederaufgenommen wird (4 Ob 45/14 = SZ 45/14 - Perückenausverkauf; 4 Ob 14/95 = ÖBl 1995, 214 - Ausverkaufszeitraum; 4 Ob 22/95 = ÖBl 1996, 35 - Rolls Roys; 4 Ob 145/02f - Extradienst). In der Entscheidung 4 Ob 95/92 = ÖBl 1993, 18 - Pharma Service wurde erkannt, dass die Auflösung einer GmbH gemäß § 1 AmtsLG (nunmehr: § 39 FBG) zwar zunächst nur bedeute, dass sie sich jetzt in Liquidation befinde und auch in diesem Zustand im geschäftlichen Verkehr (unter ihrer Firma) tätig sein könnte. Dies sei aber nach der (dortigen) Aktenlage nicht der Fall und es werde auch nicht behauptet, dass die offenbar vermögenslose GmbH noch irgendeine geschäftliche Tätigkeit entfalte, sodass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte angenommen werden müsse, dass sie gemäß § 2 AmtsLG (nunmehr: § 40 FBG) gelöscht werden werde. Dieser Sachverhalt sei daher mit der Schließung des Geschäfts vergleichbar, welche nach der Rechtsprechung die Wiederholungsgefahr beseitige.Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass Wiederholungsgefahr im Allgemeinen bei Veräußerung oder Schließung eines Unternehmens wegfällt (4 Ob 352/63 = SZ 37/49 - Heereskraftfahrerabzeichen; 4 Ob 145/02f = ÖBl-LS 2002/162 - Extradienst; RIS-JustizRS0077206). Etwas Anderes gilt, wenn ernstliche Anzeichen dafür bestehen, dass der Betrieb - wenn auch in anderer Form - wiederaufgenommen wird (4 Ob 45/14 = SZ 45/14 - Perückenausverkauf; 4 Ob 14/95 = ÖBl 1995, 214 - Ausverkaufszeitraum; 4 Ob 22/95 = ÖBl 1996, 35 - Rolls Roys;4 Ob 145/02f - Extradienst). In der Entscheidung 4 Ob 95/92 = ÖBl 1993, 18 - Pharma Service wurde erkannt, dass die Auflösung einer GmbH gemäß Paragraph eins, AmtsLG (nunmehr: Paragraph 39, FBG) zwar zunächst nur bedeute, dass sie sich jetzt in Liquidation befinde und auch in diesem Zustand im geschäftlichen Verkehr (unter ihrer Firma) tätig sein könnte. Dies sei aber nach der (dortigen) Aktenlage nicht der Fall und es werde auch nicht behauptet, dass die offenbar vermögenslose GmbH noch irgendeine geschäftliche Tätigkeit entfalte, sodass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte angenommen werden müsse, dass sie gemäß Paragraph 2, AmtsLG (nunmehr: Paragraph 40, FBG) gelöscht werden werde. Dieser Sachverhalt sei daher mit der Schließung des Geschäfts vergleichbar, welche nach der Rechtsprechung die Wiederholungsgefahr beseitige.

Im vorliegenden Verfahren ist die amtswegige Löschung der Viertbeklagten nicht nur anzunehmen, sondern bereits vor Einbringung ihres Rekurses gegen die einstweilige Verfügung des Erstgerichts erfolgt. Dem entgegnete der Kläger lediglich, auch bei einer Gesellschaft, deren Konkursantrag mangels Vermögens abgewiesen worden sei, könne die Zuführung einer entsprechend großen Menge an Kapital, die eine Fortführung des Geschäftsbetriebs und damit ein Wiederaufleben der Gesellschaft ermögliche, keinesfalls ausgeschlossen werden. Dass die vermögenslose Viertbeklagte tatsächlich noch irgendeine geschäftliche Tätigkeit entfalten würde (vgl 4 Ob 95/92 - Pharma Service), hat der Kläger hingegen nicht dargetan. Vielmehr ist das Erstgericht sogar ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Viertbeklagte „derzeit" keine Geschäfte ausübe. Damit erweist sich die Annahme einer Wiederholungsgefahr durch die Vorinstanzen jedoch als rechtlich unrichtig, weshalb das Sicherungsbegehren gegen die Viertbeklagte abzuweisen war.Im vorliegenden Verfahren ist die amtswegige Löschung der Viertbeklagten nicht nur anzunehmen, sondern bereits vor Einbringung ihres Rekurses gegen die einstweilige Verfügung des Erstgerichts erfolgt. Dem entgegnete der Kläger lediglich, auch bei einer Gesellschaft, deren Konkursantrag mangels Vermögens abgewiesen worden sei, könne die Zuführung einer entsprechend großen Menge an Kapital, die eine Fortführung des Geschäftsbetriebs und damit ein Wiederaufleben der Gesellschaft ermögliche, keinesfalls ausgeschlossen werden. Dass die vermögenslose Viertbeklagte tatsächlich noch irgendeine geschäftliche Tätigkeit entfalten würde vergleiche 4 Ob 95/92 - Pharma Service), hat der Kläger hingegen nicht dargetan. Vielmehr ist das Erstgericht sogar ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Viertbeklagte „derzeit" keine Geschäfte ausübe. Damit erweist sich die Annahme einer Wiederholungsgefahr durch die Vorinstanzen jedoch als rechtlich unrichtig, weshalb das Sicherungsbegehren gegen die Viertbeklagte abzuweisen war.

3. Das Rekursgericht ging davon aus, der Fünftbeklagte sei auch völlig ohne Bezugnahme auf die Viertbeklagte im Zusammenhang mit der Vergabe von Franchiserechten unter Verwendung der die Kennzeichenrechte des Klägers verletzenden Bezeichnung "immomaxx" aufgetreten. Dieser Annahme lag die Feststellung des Erstgerichts zugrunde,

die Zweitbeklagte habe in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Erstbeklagten unter Hinweis auf den Drittbeklagten als Mitgründer auf der Homepage www.immomaxx.de angekündigt, im Jahr 2003 werde ein Vertriebsbüro „Immomaxx Austria" in Wien eröffnet und die Franchiserechte würden an die Gruppe „M***** - Dr. K*****" vergeben.

Aus einer Ankündigung der Zweitbeklagten kann aber nicht geschlossen werden, dass sich der Fünftbeklagte auch unabhängig von seiner Funktion als Geschäftsführer der Viertbeklagten wettbewerbswidrig verhalten werde. Ein dem Fünftbeklagten zuzurechnendes Verhalten geht aus der Ankündigung nicht hervor.

Das Rekursgericht hat auf die ständige Rechtsprechung verwiesen, wonach es als Indiz für das Vorhandensein einer Wiederholungsgefahr zu werten ist, wenn der Beklagte im Prozess seine Unterlassungspflicht bestreitet. Dieser Rechtssatz ist aber nur dann von Bedeutung, wenn ein Verstoß an sich möglich ist und sich der Wegfall der Wiederholungsgefahr aus einer Sinnesänderung des Beklagten ergeben soll. Ist hingegen ein Wettbewerbsverstoß schon aus objektiven Gründen auszuschließen, dann kann es nicht darauf ankommen, ob der Beklagte im Verfahren nicht nur die Wiederholungsgefahr, sondern auch seine Unterlassungspflicht bestreitet.

Das trifft auch für den vorliegenden Fall zu: Der Fünftbeklagte ist nach dem festgestellten Sachverhalt nur als Geschäftsführer der Viertbeklagten tätig geworden. Wegen der Löschung der Viertbeklagten ist es - wie oben dargelegt - auszuschließen, dass sie in Hinkunft die Markenrechte des Klägers verletzen wird. Dies muss auch für den Fünftbeklagten als ihren (ehemaligen) Geschäftsführer gelten.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 41 Abs 1 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO. Es stehen lediglich 50 % Einheitssatz und 25 % Streitgenossenzuschlag zu, die Bemessungsgrundlage im Provisiorialverfahren beträgt 33.340 EUR.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraph 41, Absatz eins, ZPO, für das Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO. Es stehen lediglich 50 % Einheitssatz und 25 % Streitgenossenzuschlag zu, die Bemessungsgrundlage im Provisiorialverfahren beträgt 33.340 EUR.

Textnummer

E76599

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0040OB00281.04H.0314.000

Im RIS seit

13.04.2005

Zuletzt aktualisiert am

27.02.2012

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at