

# TE OGH 2003/3/25 4Ob268/02v

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.03.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Gräß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dipl. Ing. Dr. mont. Otto D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ulrich O. Dagofer, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei Oberst Mag. Manfred G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hermann Heller, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 19.621,67 EUR) und 3.633,64 EUR sa, infolge Revision der beklagten Partei gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 26. September 2002, GZ 1 R 146/02a-15, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 4. März 2002, GZ 24 Cg 352/00f-8, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Teilurteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil in seinem abweisenden Ausspruch über das Unterlassungsbegehr wiedhergestellt wird.

2. Der in der Revision enthaltene Rekurs gegen den aufhebenden Ausspruch wird zurückgewiesen.

3. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

4. Der Kläger ist schuldig, dem Beklagten die mit 2.124,80 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 177,30 EUR Umsatzsteuer und 1.061 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte ist Herausgeber und Chefredakteur der viermal im Jahr erscheinenden Zeitschrift "D\*\*\*\*\*", deren Medieninhaberin die Österreichische Offiziersgesellschaft ist.

Am 29. 11. 1997 fand im Garnisonskasino der Maria Theresien-Kaserne in Wien die Delegiertenkonferenz der Österreichischen Offiziersgesellschaft statt, an der auch die beiden Streitteile teilnahmen.

Der Kläger ist Milizoffizier im Rang eines Oberstleutnants und Mitglied der steirischen Offiziersgesellschaft, als deren Delegierter er zur Konferenz entsandt worden war. In seinem Zivilberuf ist er Beamter des Landes Steiermark.

In der Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" wird über die Delegiertenkonferenzen dieser Gesellschaft regelmäßig berichtet. Die Zeitschrift wird nicht nur an die Mitglieder der Offiziersgesellschaft versandt, sondern liegt auch bei den Dienststellen des Bundesheers und der weiteren öffentlichen Dienststellen - etwa auch in der Steiermark - auf. In der Ausgabe 4/97

dieser Zeitschrift wurde über die erwähnte Delegiertenkonferenz berichtet; dabei waren auch zwei Lichtbilder abgedruckt, die einen Vortragenden sowie den Rahmen der Veranstaltung zeigten. Auf den Seiten 22 und 23 dieser Ausgabe war ein Artikel von DDr. Erich Reiter unter dem Titel "Was kostet ein NATO-Beitritt?" abgedruckt. Auf Seite 23 war im Bereich des Artikels ein Lichtbild zu sehen, das den Kläger zeigt, welcher "eingenickt" war. Deutlich erkennbar ist dessen gesenktes Gesicht, er trägt seine Brille, hat aber die Augen geschlossen. Etwas undeutlich ist sein Kragenspiegel zu sehen; an der Ordensspange ist er als Milizoffizier erkennbar.

Unter dem Lichtbild findet sich folgender Text: "Taaagwache!! - Es gilt, die Zeichen der Zeit nicht zu überhören."

Als der Kläger bemerkte, dass er fotografiert worden war, stellte er den Beklagten zur Rede und verbot diesem ein Fotografieren. Am 19. 12. 1997 wurden rund 9.000 Exemplare der Zeitschrift "D\*\*\*\*\*", Ausgabe 4/97, der Post zum Versand übergeben; der Kläger selbst erhielt diese Ausgabe am 23. 12. 1997.

Mit der Behauptung, dass er durch dieses ohne seine Zustimmung aufgenommene Lichtbild und dessen Veröffentlichung vor seinen dienstlichen Vorgesetzten und seinen Kollegen in der steiermärkischen Landesregierung sowie vor seinen Offizierskameraden lächerlich gemacht und verspottet worden sei, wodurch auch seine Chance auf Beförderung als Milizoffizier zum Oberst geschmälerter worden sei, begehrte der Kläger, dem Beklagten die Unterlassung der Veröffentlichung von Fotos des Klägers, welche diesen schlafend darstellen, ohne dessen Zustimmung zu gebieten und ihn zur Zahlung von 3.633,64 EUR sA zu verurteilen. Er sei zwar tatsächlich eingenickt. Unerklärlich sei aber, was das dabei aufgenommene Foto mit dem Artikel über einen NATO-Beitritt Österreichs zu tun habe. Nicke jemand bei einem Vortrag ein, so sei das eine Frage des Privatlebens. Der Beklagte habe - wie die Bildunterschrift zeige - die Veröffentlichung in Verspottungsabsicht vorgenommen. Auch für die Karriere als Beamter des Landes Steiermark und als Milizoffizier sei die Bildnisveröffentlichung schädlich. Dem Kläger stehe demnach neben dem Anspruch auf Unterlassung auch ein solcher auf Schadenersatz nach § 87 UrhG zu. Mit der Behauptung, dass er durch dieses ohne seine Zustimmung aufgenommene Lichtbild und dessen Veröffentlichung vor seinen dienstlichen Vorgesetzten und seinen Kollegen in der steiermärkischen Landesregierung sowie vor seinen Offizierskameraden lächerlich gemacht und verspottet worden sei, wodurch auch seine Chance auf Beförderung als Milizoffizier zum Oberst geschmälerter worden sei, begehrte der Kläger, dem Beklagten die Unterlassung der Veröffentlichung von Fotos des Klägers, welche diesen schlafend darstellen, ohne dessen Zustimmung zu gebieten und ihn zur Zahlung von 3.633,64 EUR sA zu verurteilen. Er sei zwar tatsächlich eingenickt. Unerklärlich sei aber, was das dabei aufgenommene Foto mit dem Artikel über einen NATO-Beitritt Österreichs zu tun habe. Nicke jemand bei einem Vortrag ein, so sei das eine Frage des Privatlebens. Der Beklagte habe - wie die Bildunterschrift zeige - die Veröffentlichung in Verspottungsabsicht vorgenommen. Auch für die Karriere als Beamter des Landes Steiermark und als Milizoffizier sei die Bildnisveröffentlichung schädlich. Dem Kläger stehe demnach neben dem Anspruch auf Unterlassung auch ein solcher auf Schadenersatz nach Paragraph 87, UrhG zu.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger gestehe selbst zu, eingeschlafen zu sein; tatsächlich habe er sogar durch sein Schnarchen die Veranstaltung gestört und habe aufgeweckt werden müssen. Das Bild halte damit die Wahrheit fest und habe als Nachricht einen gesteigerten Informationswert. Mit der Veröffentlichung des Bildes habe der Beklagte zutreffend berechtigte Kritik am Verhalten des Klägers geübt. Das begehrte Verbot widerspreche dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung. Das beanstandete Bild sei nicht ehrverletzend. Die angebliche Beeinträchtigung übersteige nicht den mit jeder Bildveröffentlichung verbundenen Ärger. Dem Kläger stehe daher auch kein Schadenersatz zu. Der Kläger sei nicht Berufsoffizier, sei überdies schon neun Monate vor dem Erscheinen der Zeitschrift entordert worden, was eine Beförderung zum Oberst ohnehin ausschließe.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 3. 9. 2001 bot der Beklagte dem Kläger "einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich des Inhalts an, dass er sich verpflichtet, die Veröffentlichung von Fotos des Klägers, welche diesen schlafend darstellen, ohne dessen Zustimmung zu unterlassen, und darüber hinaus, dass er sich verpflichtet, generell die Veröffentlichung von Fotos des Klägers zu unterlassen" (S. 29). Dazu brachte er vor, dass es sich bei dem beanstandeten Lichtbild um das einzige handle, das er vom Kläger gemacht habe; er habe somit drei Jahre kein weiteres Foto gemacht, woraus sich ergebe, dass auch eine Wiederholungsgefahr fehle. Das Erstgericht wies das gesamte Klagebegehr ab. Die beanstandete Bildveröffentlichung bilde keinen Verstoß gegen den Schutz des Privatlebens. Das subjektiv vorhandene Interesse am Unterbleiben einer Bildveröffentlichung werde erst dann zum berechtigten Interesse im Sinn des § 78 UrhG, wenn ihm diese Berechtigung von der Rechtsordnung zuerkannt werde. Die Darstellung einer schlafenden Person, die offensichtlich lediglich eingenickt sei, sei an sich weder entwürdigend

noch herabsetzend. Der Text der Bildunterschrift halte fest, dass jemand der schlafe, nicht höre. Eine Verspottung des Abgebildeten könne darin aber nicht gesehen werden. Ein Vorwurf, der Kläger erfülle seine Pflichten nicht, sei darin nicht zu erblicken. Worin die schädlichen Reaktionen Dritter bestünden, habe der Kläger nicht näher ausgeführt. Es bestehe daher kein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Nichtveröffentlichung. Er habe daher auch keinen Anspruch auf Ersatz im Sinn des § 87 UrhG. Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehren - mit Teilurteil - statt, hob das Ersturteil in seinem Ausspruch über das Leistungsbegehren und in seiner Kostenentscheidung auf und verwies insoweit die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Unterlassungsanspruch des Klägers sei gerechtfertigt. Da der Artikel, in dessen Bereich das beanstandete Lichtbild veröffentlicht wurde, keinen Bezug zu diesem habe, könne lediglich die Bildunterschrift in die Beurteilung einbezogen werden. Diese sei aber so gestaltet, dass der deutlich abgebildete und daher für jedermann leicht zu identifizierende Kläger verunglimpt werde. Der Kläger werde als jemand dargestellt, der Wesentliches verschlafe, nicht die notwendige Aufmerksamkeit aufbringe und nicht auf der Höhe der Zeit sei. Damit sei durchaus im Sinn des Klagevorbringens der Vorwurf der Unfähigkeit oder Missachtung ihn treffender Pflichten verbunden. Es sei offenkundig, dass der Kläger im Freundes- und Bekanntenkreis sowie in seinem beruflichen Umfeld mehr oder weniger milder Verspottung oder zumindest peinlicher und unangenehmer Anrede ausgesetzt sein werde. Es bestehe daher ein berechtigtes Interesse des Klägers, dass eine derartige identifizierende Bildberichterstattung samt einer zu zumindest für den Kläger nachteiligen Missdeutungen Anlass gebenden Bildunterschrift nicht ohne seine Zustimmung stattfinde. Überwiegende Interessen des Beklagten, die die beanstandete Bildnisveröffentlichung rechtfertigen könnten, seien demgegenüber nicht zu sehen. Der vom Beklagten auch im Berufungsverfahren aufrechterhaltene Einwand des Wegfalls der Wiederholungsgefahr sei nicht berechtigt. Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitige zwar in der Regel die Wiederholungsgefahr, die Vermutung der ernstlichen Absicht, gleichartige Verstöße in Hinkunft zu vermeiden, könne aber im Einzelfall durch den Nachweis besonderer Umstände widerlegt werden, welche die Aufrichtigkeit des Verpflichtungswillens zweifelhaft erscheinen lassen. Das trifft etwa dann zu, wenn das Vergleichsangebot nur die Unterlassungsverpflichtung, nicht aber die vom Verletzten gleichfalls zu Recht begehrte Veröffentlichung des Unterlassungstitels begehre. Im vorliegenden Fall habe der Kläger neben der Unterlassung der Bildveröffentlichung auch Entschädigung gemäß § 87 UrhG begehrt. Dass dieses Begehren unberechtigt wäre, könne derzeit nicht gesagt werden. Das Vergleichsangebot des Beklagten in der Tagsatzung vom 3. 9. 2001 erweise sich daher als unvollständig. Überdies habe der Beklagte neben dem Vergleichsangebot noch ein weiteres Bestreitungsvorbringen erstattet, das sich gegen den Unterlassungsanspruch gerichtet habe. Der Kläger habe hierauf - vom Beklagten unwidersprochen - vorgebracht, dass dieser offensichtlich weiterhin das Unterlassungsbegehren bestreite. Unter diesen Umständen könne aus dem Verhalten des Beklagten nicht geschlossen werden, dass er die Unrechtmäßigkeit der vom Kläger beanstandeten Vorgangsweise mittlerweile eingesehen habe und im Hinblick auf seine Bereitschaft, sich in vollstreckbarer Form zur Unterlassung solcher Verstöße zu verpflichten, die Gefahr einer Wiederholung des Verstoßes als ausgeschlossen angesehen werden könne. Auch der vom Beklagten behauptete Umstand, dass es sich bei dem Foto um das einzige handle, das er vom Kläger gemacht habe, und inzwischen drei Jahre verstrichen seien, lasse die Annahme des Wegfalls jeder Wiederholungsgefahr nicht berechtigt erscheinen. Über den Anspruch des Klägers auf Schadenersatz gemäß § 87 UrhG könne hingegen noch nicht abschließend abgesprochen werden, da das Erstgericht die vom Kläger hiefür angebotenen Beweise nicht aufgenommen habe. Das vom Kläger hiezu erstattete Vorbringen sei ausreichend konkret und schlüssig. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 3. 9. 2001 bot der Beklagte dem Kläger "einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich des Inhalts an, dass er sich verpflichtet, die Veröffentlichung von Fotos des Klägers, welche diesen schlafend darstellen, ohne dessen Zustimmung zu unterlassen, und darüber hinaus, dass er sich verpflichtet, generell die Veröffentlichung von Fotos des Klägers zu unterlassen" (S. 29). Dazu brachte er vor, dass es sich bei dem beanstandeten Lichtbild um das einzige handle, das er vom Kläger gemacht habe; er habe somit drei Jahre kein weiteres Foto gemacht, woraus sich ergebe, dass auch eine Wiederholungsgefahr fehle. Das Erstgericht wies das gesamte Klagebegehren ab. Die beanstandete Bildveröffentlichung bilde keinen Verstoß gegen den Schutz des Privatlebens. Das subjektiv vorhandene Interesse am Unterbleiben einer Bildveröffentlichung werde erst dann zum berechtigten Interesse im Sinn des Paragraph 78, UrhG, wenn ihm diese Berechtigung von der Rechtsordnung zuerkannt werde. Die Darstellung einer schlafenden Person, die offensichtlich lediglich eingenickt sei, sei an sich weder entwürdigend noch herabsetzend. Der Text der Bildunterschrift halte fest, dass jemand der schlafe, nicht höre. Eine

Verspottung des Abgebildeten könne darin aber nicht gesehen werden. Ein Vorwurf, der Kläger erfülle seine Pflichten nicht, sei darin nicht zu erblicken. Worin die schädlichen Reaktionen Dritter bestünden, habe der Kläger nicht näher ausgeführt. Es bestehe daher kein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Nichtveröffentlichung. Er habe daher auch keinen Anspruch auf Ersatz im Sinn des Paragraph 87, UrhG. Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehr - mit Teilurteil - statt, hob das Ersturteil in seinem Ausspruch über das Leistungsbegehr und in seiner Kostenentscheidung auf und verwies insoweit die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Unterlassungsanspruch des Klägers sei gerechtfertigt. Da der Artikel, in dessen Bereich das beanstandete Lichtbild veröffentlicht wurde, keinen Bezug zu diesem habe, könne lediglich die Bildunterschrift in die Beurteilung einbezogen werden. Diese sei aber so gestaltet, dass der deutlich abgebildete und daher für jedermann leicht zu identifizierende Kläger verunglimpft werde. Der Kläger werde als jemand dargestellt, der Wesentliches verschlaffe, nicht die notwendige Aufmerksamkeit aufbringe und nicht auf der Höhe der Zeit sei. Damit sei durchaus im Sinn des Klagevorbringens der Vorwurf der Unfähigkeit oder Missachtung ihn treffender Pflichten verbunden. Es sei offenkundig, dass der Kläger im Freundes- und Bekanntenkreis sowie in seinem beruflichen Umfeld mehr oder weniger milder Verspottung oder zumindest peinlicher und unangenehmer Anrede ausgesetzt sein werde. Es bestehe daher ein berechtigtes Interesse des Klägers, dass eine derartige identifizierende Bildberichterstattung samt einer zu zumindest für den Kläger nachteiligen Missdeutungen Anlass gebenden Bildunterschrift nicht ohne seine Zustimmung stattfinde. Überwiegende Interessen des Beklagten, die die beanstandete Bildnisveröffentlichung rechtfertigen könnten, seien demgegenüber nicht zu sehen. Der vom Beklagten auch im Berufungsverfahren aufrechterhaltene Einwand des Wegfalls der Wiederholungsgefahr sei nicht berechtigt. Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitige zwar in der Regel die Wiederholungsgefahr, die Vermutung der ernstlichen Absicht, gleichartige Verstöße in Hinkunft zu vermeiden, könne aber im Einzelfall durch den Nachweis besonderer Umstände widerlegt werden, welche die Aufrichtigkeit des Verpflichtungswillens zweifelhaft erscheinen lassen. Das trifft etwa dann zu, wenn das Vergleichsangebot nur die Unterlassungsverpflichtung, nicht aber die vom Verletzten gleichfalls zu Recht begehrte Veröffentlichung des Unterlassungstitels begehre. Im vorliegenden Fall habe der Kläger neben der Unterlassung der Bildveröffentlichung auch Entschädigung gemäß Paragraph 87, UrhG begehrt. Dass dieses Begehr unberechtigt wäre, könne derzeit nicht gesagt werden. Das Vergleichsangebot des Beklagten in der Tagsatzung vom 3. 9. 2001 erweise sich daher als unvollständig. Überdies habe der Beklagte neben dem Vergleichsangebot noch ein weiteres Bestreitungsvorbringen erstattet, das sich gegen den Unterlassungsanspruch gerichtet habe. Der Kläger habe hierauf - vom Beklagten unwidersprochen - vorgebracht, dass dieser offensichtlich weiterhin das Unterlassungsbegehr bestreite. Unter diesen Umständen könne aus dem Verhalten des Beklagten nicht geschlossen werden, dass er die Unrechtmäßigkeit der vom Kläger beanstandeten Vorgangsweise mittlerweile eingesehen habe und im Hinblick auf seine Bereitschaft, sich in vollstreckbarer Form zur Unterlassung solcher Verstöße zu verpflichten, die Gefahr einer Wiederholung des Verstoßes als ausgeschlossen angesehen werden könne. Auch der vom Beklagten behauptete Umstand, dass es sich bei dem Foto um das einzige handle, das er vom Kläger gemacht habe, und inzwischen drei Jahre verstrichen seien, lasse die Annahme des Wegfalls jeder Wiederholungsgefahr nicht berechtigt erscheinen. Über den Anspruch des Klägers auf Schadenersatz gemäß Paragraph 87, UrhG könne hingegen noch nicht abschließend abgesprochen werden, da das Erstgericht die vom Kläger hiefür angebotenen Beweise nicht aufgenommen habe. Das vom Kläger hiezu erstattete Vorbringen sei ausreichend konkret und schlüssig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen diese Entscheidung erhobene außerordentliche Revision ist, soweit sie sich gegen das Teilurteil wendet, zulässig, weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Wegfall der Wiederholungsgefahr abgewichen ist; insoweit ist die Revision auch berechtigt.

Soweit sich das Rechtsmittel - wie sich aus der Anfechtungserklärung und dem Abänderungsantrag sowie der herangezogenen Kostenbemessungsgrundlage ergibt - auch gegen den aufhebenden Ausspruch richtet, ist es ungeachtet der verfehlten Bezeichnung (§ 84 Abs 2 ZPO) ein Rekurs. Dieser ist zurückzuweisen. Da nämlich das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rekurses nicht ausgesprochen hat (§ 519 Abs 1 Z 2 ZPO), ist ein Rechtsmittel gegen einen solchen Beschluss - auch ein außerordentlicher Rekurs - jedenfalls unzulässig ist (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> § 519 Rz 4 mwN). Soweit sich das Rechtsmittel - wie sich aus der Anfechtungserklärung und dem

Abänderungsantrag sowie der herangezogenen Kostenbemessungsgrundlage ergibt - auch gegen den aufhebenden Ausspruch richtet, ist es ungeachtet der verfehlten Bezeichnung (Paragraph 84, Absatz 2, ZPO) ein Rekurs. Dieser ist zurückzuweisen. Da nämlich das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rekurses nicht ausgesprochen hat (Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO), ist ein Rechtsmittel gegen einen solchen Beschluss - auch ein außerordentlicher Rekurs - jedenfalls unzulässig ist (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> Paragraph 519, Rz 4 mwN).

Mit Recht wendet sich der Beklagte gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Wiederholungsgefahr wäre hier zu bejahen:

Wiederholungsgefahr - als (materiellrechtliche) Voraussetzung eines klagbaren Unterlassungsanspruchs nach UWG (ÖBI 1992, 42 - Luftfrachtsendungen uva) ist nach ständiger Rechtsprechung dann zu verneinen, wenn der Verletzer besondere Umstände dartun kann, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (ÖBI 1992, 42 - Luftfrachtsendungen; ÖBI 1995, 42 - Urlaub für Schlaue uva). Das - wenngleich vom Kläger abgelehnte - Angebot des Beklagten, sich in einem vollstreckbaren Vergleich zu der vom Kläger begehrten Unterlassung zu verpflichten, beseitigt nach nunmehr einhelliger Rechtsprechung in der Regel die Wiederholungsgefahr (SZ 51/87 = ÖBI 1978, 127 - Umsatzbonus II; ÖBI 1984, 123 - Fertigpackungen; ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung; WBI 2000/263, 387 - Teppichknoten uva). Dabei kann es regelmäßig keinen Unterschied machen, ob der Beklagte gleichzeitig auch den Rechtsstandpunkt des Klägers ausdrücklich als richtig bezeichnet oder aber weiterhin daran festhält, durch die beanstandete Handlung keinen Gesetzesverstoß begangen zu haben, ist doch nicht zu erkennen, warum jemand, der aus freien Stücken einen Exekutionstitel gegen sich zu schaffen bereit ist, nur deshalb eher geneigt sein sollte, diesem Titel zuwiderzuhandeln, weil er weiterhin der Meinung ist, dass sein Prozessgegner auf die von ihm freiwillig übernommene Unterlassungsverpflichtung keinen Rechtsanspruch hätte (SZ 51/87 = ÖBI 1978, 127 - Umsatzbonus II). In diesem Fall bleibt daher die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht deshalb aufrecht, weil der Beklagte im Prozess den Wettbewerbsverstoß verteidigt. Zwar beseitigt ein solches Vergleichsangebot dann, wenn der Kläger auch Urteilsveröffentlichung begehrt, die Wiederholungsgefahr nur unter der Voraussetzung, dass dem Kläger zugleich auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Beklagten in angemessenem Umfang angeboten wird (ÖBI 1984, 135 - Superaktionsspanne; ÖBI 1994, 227 - Ritter/Knight; WBI 2000/263, 387 ua), weil ja der Veröffentlichungsanspruch untrennbar mit dem Unterlassungsanspruch verknüpft ist. Anders ist die Rechtslage aber dann, wenn neben dem Unterlassungsanspruch von ihm unabhängige Ansprüche - wie etwa ein weiteres Unterlassungsbegehr oder (wie hier) ein Schadenersatzbegehr - gestellt wird (ÖBI 1985, 16 - Linzer Tort; 6 Ob 97/01k ua). Aus der Weigerung, einen Vergleich über die verlangte Schadenersatzzahlung zu schließen, kann demnach nicht der Schluss gezogen werden, der Beklagte habe vor, noch einmal die beanstandete Handlung vorzunehmen. Wiederholungsgefahr - als (materiellrechtliche) Voraussetzung eines klagbaren Unterlassungsanspruchs nach UWG (ÖBI 1992, 42 - Luftfrachtsendungen uva) ist nach ständiger Rechtsprechung dann zu verneinen, wenn der Verletzer besondere Umstände dartun kann, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (ÖBI 1992, 42 - Luftfrachtsendungen; ÖBI 1995, 42 - Urlaub für Schlaue uva). Das - wenngleich vom Kläger abgelehnte - Angebot des Beklagten, sich in einem vollstreckbaren Vergleich zu der vom Kläger begehrten Unterlassung zu verpflichten, beseitigt nach nunmehr einhelliger Rechtsprechung in der Regel die Wiederholungsgefahr (SZ 51/87 = ÖBI 1978, 127 - Umsatzbonus II; ÖBI 1984, 123 - Fertigpackungen; ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung; WBI 2000/263, 387 - Teppichknoten uva). Dabei kann es regelmäßig keinen Unterschied machen, ob der Beklagte gleichzeitig auch den Rechtsstandpunkt des Klägers ausdrücklich als richtig bezeichnet oder aber weiterhin daran festhält, durch die beanstandete Handlung keinen Gesetzesverstoß begangen zu haben, ist doch nicht zu erkennen, warum jemand, der aus freien Stücken einen Exekutionstitel gegen sich zu schaffen bereit ist, nur deshalb eher geneigt sein sollte, diesem Titel zuwiderzuhandeln, weil er weiterhin der Meinung ist, dass sein Prozessgegner auf die von ihm freiwillig übernommene Unterlassungsverpflichtung keinen Rechtsanspruch hätte (SZ 51/87 = ÖBI 1978, 127 - Umsatzbonus römisch II). In diesem Fall bleibt daher die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht deshalb aufrecht, weil der Beklagte im Prozess den Wettbewerbsverstoß verteidigt. Zwar beseitigt ein solches Vergleichsangebot dann, wenn der Kläger auch Urteilsveröffentlichung begehrt, die Wiederholungsgefahr nur unter der Voraussetzung, dass dem Kläger zugleich auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Beklagten in angemessenem Umfang angeboten wird (ÖBI 1984, 135 - Superaktionsspanne; ÖBI 1994, 227 - Ritter/Knight; WBI 2000/263, 387 ua), weil ja der Veröffentlichungsanspruch untrennbar mit dem Unterlassungsanspruch verknüpft ist. Anders ist die Rechtslage aber dann, wenn neben dem Unterlassungsanspruch

von ihm unabhängige Ansprüche - wie etwa ein weiteres Unterlassungsbegehr oder (wie hier) ein Schadenersatzbegehr gestellt wird (ÖBI 1985, 16 - Linzer Tort; 6 Ob 97/01k ua). Aus der Weigerung, einen Vergleich über die verlangte Schadenersatzzahlung zu schließen, kann demnach nicht der Schluss gezogen werden, der Beklagte habe vor, noch einmal die beanstandete Handlung vorzunehmen.

Freilich kann die durch das Angebot eines vollstreckbaren Vergleichs begründete Vermutung der ernstlichen Absicht des Beklagten, gleichartige Gesetzesverstöße künftig zu vermeiden, im Einzelfall durch den Nachweis besonderer Umstände widerlegt werden, die ungeachtet des Vergleichsangebots die Aufrichtigkeit seines Verpflichtungswillens zweifelhaft erscheinen lassen (ÖBI 1989, 87 = MR 1988, 125 [zustimmend M. Walter] - Heeresnachrichtenamt). Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, dann sind keine Umstände zu erkennen, die Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Absicht des Beklagten erwecken könnten, in Zukunft das Bild des schlafenden Klägers nicht mehr zu veröffentlichen. Der Beklagte hat - unter Verwendung der in der dargestellten Rechtsprechung gebrauchten Ausdrucksweise - den Abschluss eines "vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs" angeboten, der im Umfang sogar über das Begehr des Klägers hinausgegangen ist. Bei Annahme dieses Angebots hätte der Kläger also all das erreicht, was er im Falle des Obsiegens mit seinem Unterlassungsbegehr hätte erreichen können. Der Beklagte hat sich - entgegen den Ausführungen des Klägers in der Revisionsbeantwortung - auch auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr berufen, wenngleich er - nach dem Wortlaut des Protokolls (S. 29) - dabei nicht ausdrücklich auf den unmittelbar vorher angebotenen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich hingewiesen, sondern vorgebracht hat, er besitze nur das beanstandete, vor mehr als drei Jahren aufgenommene Foto vom Kläger. Dieses Vorbringen kann im Zusammenhang mit dem Vergleichsangebot nur dahin verstanden werden, dass der Beklagte keinerlei Absicht habe, noch einmal das beanstandete (einige) Foto zu veröffentlichen oder gar den Kläger ein weiteres Mal zu fotografieren, weshalb er den weit gefassten Unterlassungsvergleich anbiete. Der Wille des Beklagten, den Wegfall der Wiederholungsgefahr (auch) im Hinblick auf sein Vergleichsangebot geltend zu machen, kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen. Der Meinung des Klägers, ein solches Vergleichsangebot könnte nur dann die (Vermutung der) Wiederholungsgefahr beseitigen, wenn es spätestens in der Klagebeantwortung erstattet wurde, ist nicht zu folgen, kann doch eine Sinnesänderung sehr wohl auch während eines längeren Verfahrens eintreten. Dass der Beklagte vorher sein Verhalten im Prozess verteidigt und nach Erstattung des Vergleichsvorschlags den Mangel der Wiederholungsgefahr (auch) mit seinem mangelnden Interesse an einer Wiederholung der Handlung begründet hat, hindert nach dem oben Gesagten nicht den Wegfall der Wiederholungsgefahr. Dass er dem Hinweis des Klägers, er beharre offenbar nach wie vor auf der Abweisung des Unterlassungsanspruchs, nicht entgegengetreten ist, spricht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gleichfalls nicht für das weitere Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Dass der Beklagte ein gerichtliches Unterlassungsgebot verhindern wollte, war ja der Sinn des Vergleichsangebots. Hätte der Kläger das Angebot angenommen, wäre der Unterlassungsanspruch verglichen worden; andernfalls ist das Begehr mangels Wiederholungsgefahr abzuweisen.

Hätte aber der Beklagte den Unterlassungsanspruch anerkannt, dann hätte er damit auch die Wiederholungsgefahr zugegeben und hätte unbedingt - auch zur Zahlung der Prozesskosten - verurteilt werden müssen (EvBI 1999/147). Der Zweck des Angebots eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs dient aber gerade der Verhinderung eines solchen Prozessausgangs. Bei Annahme des Vergleichs wäre über die vom Vergleich nicht umfassten Prozesskosten abzusprechen gewesen; dabei wäre die Berechtigung des Prozessstandpunkts der Parteien zu überprüfen gewesen.

Aus diesen Erwägungen war in Stattgebung der Revision das angefochtene Teilurteil über den Unterlassungsanspruch dahin abzuändern, dass dieser - wie es das Erstgericht aus anderen Gründen getan hat - abgewiesen wird.

Der Ausspruch über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz gründet sich auf § 52 Abs 2 ZPO, jener über die Kosten des Revisionsverfahrens auf §§ 41, 50 Abs 1, § 52 Abs 1 ZPO. Bemessungsgrundlage für die Revision ist freilich nur der Streitwert des Unterlassungsanspruchs. Da der Kläger auf die Unzulässigkeit des in der Revision enthaltenen Rekurses nicht hingewiesen hat, steht ihm auch insoweit kein Kostenersatz zu. Der Ausspruch über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz gründet sich auf Paragraph 52, Absatz 2, ZPO, jener über die Kosten des Revisionsverfahrens auf Paragraphen 41, 50 Absatz eins, Paragraph 52, Absatz eins, ZPO. Bemessungsgrundlage für die Revision ist freilich nur der Streitwert des Unterlassungsanspruchs. Da der Kläger auf die Unzulässigkeit des in der Revision enthaltenen Rekurses nicht hingewiesen hat, steht ihm auch insoweit kein Kostenersatz zu.

#### **Anmerkung**

E69094 4Ob268.02v

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0040OB00268.02V.0325.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20030325\_OGH0002\_0040OB00268\_02V0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)