

# TE OGH 1999/3/9 4Ob339/98a

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.03.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. pharm. Dr. Miklos P\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\* vertreten durch DDr. Christian Schwaighofer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Klaus Riedmüller, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 450.000 S; Revisionsrekursinteresse 150.000 S), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 9. November 1998, GZ 2 R 290/98h-13, mit dem der Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck vom 30. September 1998, GZ 10 Cg 156/98a-5, teilweise abgeändert worden ist, den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß wird dahin abgeändert, daß der Beschuß des Erstgerichtes zur Gänze wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 24.903 S (darin 4.150,50 S USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Revisionsrekursbeantwortung der beklagten Partei wird als verspätet zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Beklagte führt die Firma "St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft". Sie ist zur Ausübung des konzessionspflichtigen (§ 223 GewO) Drogistengewerbes berechtigt und betreibt - ebenso wie die Klägerin - in W\*\*\*\*\* eine Apotheke; in einer Entfernung von etwa einem Kilometer davon betreibt die Beklagte zusätzlich eine Drogerie unter der Etablissementbezeichnung "Projekt Gesundheit". Auf einer Glasfläche im Eingangsbereich dieser Drogerie befindet sich die Aufschrift "Projekt Gesundheit St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft"; dieselbe Bezeichnung verwendet die Beklagte auf Briefpapier und Briefumschlägen sowie auf den in der Drogerie ausgestellten Rechnungen. Die Beklagte führt die Firma "St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft". Sie ist zur Ausübung des konzessionspflichtigen (Paragraph 223, GewO) Drogistengewerbes berechtigt und betreibt - ebenso wie die Klägerin - in W\*\*\*\*\* eine

Apotheke; in einer Entfernung von etwa einem Kilometer davon betreibt die Beklagte zusätzlich eine Drogerie unter der Etablissementbezeichnung "Projekt Gesundheit". Auf einer Glasfläche im Eingangsbereich dieser Drogerie befindet sich die Aufschrift "Projekt Gesundheit St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft"; dieselbe Bezeichnung verwendet die Beklagte auf Briefpapier und Briefumschlägen sowie auf den in der Drogerie ausgestellten Rechnungen.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragt die Klägerin - soweit für das Revisionsrekursverfahren noch von Bedeutung -, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, die Unternehmensbezeichnung "Projekt Gesundheit St. Stephan Apotheke, Mag. pharm. Robert B\*\*\*\*\* KG, Dr. S\*\*\*\*\*-Straße \*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*" zu verwenden. Die Beklagte führe durch die gewählte Unternehmensbezeichnung für die Drogerie das Publikum über geschäftliche Verhältnisse in Irrtum, indem sie den Eindruck erwecke, daß unter der angegebenen Anschrift eine Apotheke geführt werde.

Die Beklagte beantragt Abweisung des Provisorialantrages. Sie sei als im Firmenbuch eingetragene Personengesellschaft des Handelsrechtes gem § 66 GewO verpflichtet, ihre Betriebsstätte mit einer äußereren Geschäftsbezeichnung zu versehen, wofür sie (ebenso wie auf den Geschäftsurkunden) gem § 63 Abs 3 GewO ihre Firma verwende; für Rechnungen ergäbe sich diese Verpflichtung auch aus § 11 Abs 1 Z 1 UStG. Die Beklagte beantragt Abweisung des Provisorialantrages. Sie sei als im Firmenbuch eingetragene Personengesellschaft des Handelsrechtes gem Paragraph 66, GewO verpflichtet, ihre Betriebsstätte mit einer äußereren Geschäftsbezeichnung zu versehen, wofür sie (ebenso wie auf den Geschäftsurkunden) gem Paragraph 63, Absatz 3, GewO ihre Firma verwende; für Rechnungen ergäbe sich diese Verpflichtung auch aus Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, UStG.

Das Erstgericht wies den Provisorialantrag ab. Die Beklagte sei nach den von ihr zitierten Bestimmungen der GewO und des UStG nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, sich im geschäftlichen Verkehr ihres gesamten Firmenwortlautes zu bedienen.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung im nunmehr bekämpften Umfang, bewertete den Entscheidungsgegenstand mit mehr als 260.000 S und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Ob die Verwendung einer Unternehmensbezeichnung irreführend und damit wettbewerbswidrig iS des § 2 UWG sei, müsse unabhängig von firmen- oder markenrechtlichen Erwägungen geprüft werden. Durch den Gebrauch einer Firma dürfe nicht fälschlich der Besitz einer behördlichen Berechtigung behauptet werden, weil andernfalls das gesetzliche Verbot durch die Wahl eines entsprechenden Firmenwortlautes jederzeit umgangen werden könne. Die von der Beklagten geführte Firma vermittele den wettbewerbsrelevanten Eindruck, es handle sich bei ihrem Unternehmen um eine Apotheke; dies treffe für die Drogerie aber nicht zu. Weder § 66 Abs 2 GewO noch § 11 Abs 1 Z 1 UStG und § 18 Abs 2 HGB könne entnommen werden, daß die Verwendung einer gegen § 2 UWG verstößenden Firma erlaubt sei. Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung im nunmehr bekämpften Umfang, bewertete den Entscheidungsgegenstand mit mehr als 260.000 S und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Ob die Verwendung einer Unternehmensbezeichnung irreführend und damit wettbewerbswidrig iS des Paragraph 2, UWG sei, müsse unabhängig von firmen- oder markenrechtlichen Erwägungen geprüft werden. Durch den Gebrauch einer Firma dürfe nicht fälschlich der Besitz einer behördlichen Berechtigung behauptet werden, weil andernfalls das gesetzliche Verbot durch die Wahl eines entsprechenden Firmenwortlautes jederzeit umgangen werden könne. Die von der Beklagten geführte Firma vermittele den wettbewerbsrelevanten Eindruck, es handle sich bei ihrem Unternehmen um eine Apotheke; dies treffe für die Drogerie aber nicht zu. Weder Paragraph 66, Absatz 2, GewO noch Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, UStG und Paragraph 18, Absatz 2, HGB könne entnommen werden, daß die Verwendung einer gegen Paragraph 2, UWG verstößenden Firma erlaubt sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil die Entscheidung des Rekursgerichtes im Widerspruch zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung über den Umfang von Sicherungsmaßnahmen steht; das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung kann dem Beklagten nicht durch einstweilige Verfügung verboten werden, im geschäftlichen Verkehr

1955, 252 = ÖBI 1955, 13 = HS 1148; ÖBI 1957, 8 = HS 1149; JBI 1962, 509 = ÖBI 1962, 73 = HS 3030; EvBI 1971/141 = ÖBI 1971, 81 = HS 7079; ÖBI 1972, 68 = HS 8080; ÖBI 1973, 41; ÖBI 1974, 35 = HS 8079; zuletzt 4 Ob 196/98x). Zulässig ist nur das Verbot, einen bestimmten Firmenbestandteil isoliert zu verwenden (ÖBI 1972, 68 = HS 8080 - Metro II; ÖBI 1973, 41- Tabac-Cosmetic; ÖBI 1995, 172 - ENTEC).

Im vorliegenden Fall bezieht sich das begehrte Verbot zwar auf eine Unternehmensbezeichnung, diese enthält aber zur Gänze die Firma jener juristischen Person, die Unternehmensträgerin ist. Die vom Rekursgericht erlassene einstweilige Verfügung greift deshalb der endgültigen Entscheidung unzulässigerweise vor: Die im Firmenbuch eingetragenen juristischen Personen und die Personengesellschaften des Handelsrechts sind verpflichtet, im Geschäftsverkehr ausschließlich ihre Firma zu verwenden (§ 63 Abs 3 GewO; siehe Schuhmacher in Straube, HGB § 17 Rz 6). Um dem Unterlassungsgebot entsprechen zu können, müßte daher die Firma geändert oder der Geschäftsbetrieb eingestellt werden (siehe SZ 27/317 = JBI 1955, 252 = ÖBI 1955, 13 = HS 1148). Beides ist mit dem Wesen der einstweiligen Verfügung als Sicherungsmaßnahme unvereinbar (GesRZ 1994, 306), würde doch damit eine unumkehrbare Situation geschaffen (ÖBI 1996, 127 - Feuerlöschgeräte). Im vorliegenden Fall bezieht sich das begehrte Verbot zwar auf eine Unternehmensbezeichnung, diese enthält aber zur Gänze die Firma jener juristischen Person, die Unternehmensträgerin ist. Die vom Rekursgericht erlassene einstweilige Verfügung greift deshalb der endgültigen Entscheidung unzulässigerweise vor: Die im Firmenbuch eingetragenen juristischen Personen und die Personengesellschaften des Handelsrechts sind verpflichtet, im Geschäftsverkehr ausschließlich ihre Firma zu verwenden (Paragraph 63, Absatz 3, GewO; siehe Schuhmacher in Straube, HGB Paragraph 17, Rz 6). Um dem Unterlassungsgebot entsprechen zu können, müßte daher die Firma geändert oder der Geschäftsbetrieb eingestellt werden (siehe SZ 27/317 = JBI 1955, 252 = ÖBI 1955, 13 = HS 1148). Beides ist mit dem Wesen der einstweiligen Verfügung als Sicherungsmaßnahme unvereinbar (GesRZ 1994, 306), würde doch damit eine unumkehrbare Situation geschaffen (ÖBI 1996, 127 - Feuerlöschgeräte).

Der Provisorialantrag war deshalb zur Gänze abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

Die Frist des § 402 Abs 3 EO begann am 1. 2. 1999 zu laufen; die am 23. 2. 1999 zur Post gegebene Revisionsrekursbeantwortung ist somit verspätet. Die Frist des Paragraph 402, Absatz 3, EO begann am 1. 2. 1999 zu laufen; die am 23. 2. 1999 zur Post gegebene Revisionsrekursbeantwortung ist somit verspätet.

#### **Anmerkung**

E53292 04A03398

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0040OB00339.98A.0309.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990309\_OGH0002\_0040OB00339\_98A0000\_000

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