

# TE OGH 1988/5/10 4Ob339/86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith als Vorsitzenden und durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Harold S\*\*\*, Rechtsanwalt in Graz, Kalchberggasse 8, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Elektro R\*\*\* Gesellschaft mbH, Graz, Dietrichsteinplatz 15 (20 S 5/86 des Landesgerichtes für ZRS Graz), vertreten durch Dr. Josef Friedrich, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei B\*\*\* Vertriebsgesellschaft mbH, Graz, Sternäckerweg 23, vertreten durch Dr. Gerhard Eckert, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 320.000 S), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 28. Jänner 1986, GZ 7 R 220/85-16, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 9. Oktober 1985, GZ 7 Cg 53/85-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 10.766,25 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 978,75 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Grazer Kaufmann Karl R\*\*\* hat am 2. Oktober 1968 zu AM 464/68 des Österreichischen Patentamtes die Wort-Bild-Marke "Der Preishammer schlägt alles!" zur Eintragung in das Markenregister angemeldet. Die Marke zeigt neben diesem Slogan die bildliche Darstellung einer Faust mit einem Hammer; ihr Warenverzeichnis umfaßt (u.a.) Beleuchtungs-, Beheizungs-, Koch-, Trocken- und Lüftungsgeräte, Heizstrahler, Kühlschränke, Kühltruhen, Tiefkühltruhen, Herde und Öfen, ferner Werkzeuge, Metallbeschläge, Drahtwaren und Blechwaren. Daß diese Marke dann auch tatsächlich registriert worden und in der Folge auf die Elektro R\*\*\* Gesellschaft mbH (im folgenden: Gemeinschuldnerin) als Rechtsnachfolgerin Karl R\*\*\* übergegangen ist, ist in dritter Instanz nicht mehr strittig. Sie wird seit 1969 "laufend in verschiedenen Variationen, jedoch immer unter dem Begriff 'Preishammer'" verwendet. In der Steiermark gebraucht den Begriff "Preishammer" nur die Gemeinschuldnerin.

Die beklagte GmbH wirbt seit Dezember 1984 in ihrem Geschäftslokal in Graz, Sternäckerweg 23, für verschiedene, monatlich wechselnde Billigangebote mit einer oberhalb dieser Angebote angebrachten, etwa 1 bis 1,5 m breiten und ca. 40 cm hohen Tafel, welche die Wörter "PREIS" (in roten Buchstaben) und "HAMMER" (in blauen Buchstaben) sowie unterhalb davon einen auf das Angebot weisenden roten Pfeil zeigt. Diese Werbung der Beklagten wird von der B\*\*\*-Vertriebsgesellschaft mbH in Klosterneuburg durch ganzseitige Inserate in der "Kleinen Zeitung" und durch Postwurfsendungen unterstützt, in welchen jeweils auf drei (Beilagen D, 1) oder fünf (Beilagen G und H) "Preishämmer

des Monats" hingewiesen wird. Nach dem Impressum der Postwurfsendungen ist für diese Werbung ausschließlich die B\*\*\*-Vertriebsgesellschaft mbH in Klosterneuburg verantwortlich. Unter den von der Beklagten angebotenen "Preishämmern" befindet sich zumindest eine Bosch-Stichsäge; auch sonst vertreibt die Beklagte (u.a.) Elektrogeräte, insbesondere Heizstrahler und Heimwerkergeräte.

Im "Kurier-Magazin" vom 26. Juli 1985 hat die in Wien ansässige Firma T\*\*\* unter der Überschrift "Preishämmer" für eine Zündlichtpistole, eine Tischsäge und ein Autogen-Schweißgerät geworben.

Unter Berufung auf das Markenschutzgesetz und auf § 9 Abs 3 UWG beantragte die Gemeinschuldnerin die Verurteilung der Beklagten, im geschäftlichen Verkehr sofort die Verwendung des Kennzeichens "Preishammer" zu unterlassen. Durch den ständigen Gebrauch dieses Wortes - auch in Verbindungen wie "Preishammer-Volltreffer", "Preishammer-Preise", "Preishammer-Weihnachtsüberraschung", "Preishammer-Aktionsgeräte" - sei der Begriff "Preishammer" geradezu "ein Synonym für das Unternehmen geworden"; er habe in Graz und darüber hinaus in der ganzen Steiermark Verkehrsgeltung erlangt und werde von vielen Kunden sogar als Firmenbezeichnung der Gemeinschuldnerin angesehen.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und bestreitet vor allem ihre Passivlegitimation: Die gesamte B\*\*\*-Werbung werde ausschließlich von der B\*\*\*-Vertriebsgesellschaft mbH in Klosterneuburg als der Muttergesellschaft des B\*\*\*-Konzerns geleitet und koordiniert; die Beklagte selbst sei eine Tochtergesellschaft dieses Konzerns und als solche gezwungen, alle von der Konzernleitung vorgeschriebenen Werbemaßnahmen in ihrem Bereich durchzuführen. Das Unterlassungsbegehr sei im übrigen auch deshalb nicht berechtigt, weil das von der Beklagten ausschließlich verwendete Wort "Preishammer" - auch "Preishammer des Monats" - für sich allein weder unterscheidungskräftig noch der für die Gemeinschuldnerin eingetragenen Wort-Bild-Marke "Der Preishammer schlägt alles!" verwechselbar ähnlich sei.

Das Erstgericht erkannte im Sinne des Klagebegehrens und nahm noch folgenden weiteren Sachverhalt als erwiesen an:

Die beklagte GmbH wurde am 1. Dezember 1980 mit einem Stammkapital von 100.000 S gegründet; alleinige Gesellschafterin ist derzeit die Fritz S\*\*\* GmbH.

Die einzelnen B\*\*\*-Gesellschaften sind rechtlich selbständig; teilweise gibt es Beteiligungen der Fritz S\*\*\* GmbH. Diese Gesellschaft ist die Muttergesellschaft aller B\*\*\*-Vertriebsgesellschaften, welche ihrerseits durch einen Franchisevertrag mit der Karl Heinz und Agnes E\*\*\* GmbH in Klosterneuburg als Holding-Gesellschaft der S\*\*\*-Gruppe den B\*\*\*-Gesellschaften gegen Entrichtung von Franchisegebühren nicht nur die Benützung des Firmennamens "B\*\*\*" überläßt, sondern sie insgesamt durch die Vorschreibung des Werbe-, Ausstattungs-, Vertriebs- und Verrechnungssystems sowie der Preise, zu denen sie zu verkaufen haben - durchwegs abgesichert durch entsprechende Konventionalstraf-Vereinbarungen -, so gebunden hat, daß die einzelnen B\*\*\*-Gesellschaften de facto Filialen der Karl Heinz und Agnes E\*\*\* GmbH sind. Nach dem Inhalt des Vertrages werden vom Franchisegeber insbesondere die Marktforschung und die Werbung durchgeführt; zu diesem Zweck wird ein Lenkungsausschuß gebildet, dem zwei Mitarbeiter des Franchisegebers und ein Vertreter aller Franchisenehmer angehören. Die Beklagte ist in diesem Ausschuß nicht vertreten. Nach Punkt VIII des Vertrages hat der genannte Ausschuß "die Grundkonzeption für Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen zu beschließen. Die auf dieser Grundlage herausgegebenen Richtlinien sind vom Franchisenehmer zu befolgen. Er hat an allen vom Lenkungsausschuß durchgeföhrten Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen teilzunehmen ....".

Rechtlich bejahte das Erstgericht die Passivlegitimation der Beklagten: Diese habe die von der B\*\*\*-Klosterneuburg veranlaßte Werbung in ihrem Geschäftslokal in Graz durchgeführt und damit zu ihrer eigenen Werbung gemacht; sie sei deshalb für einen allfälligen wettbewerbswidrigen Inhalt als unmittelbarer Störerin verantwortlich. Auch die Bestimmungen des Franchisevertrages könnten diese Haftung der Beklagten nicht ausschließen. Wie der Oberste Gerichtshof bereits zu 4 Ob 394/83 ausgesprochen habe, sei der Umstand, daß ein Wettbewerbsverstoß nicht aus eigenem Entschluß, sondern auf Weisung eines Dritten oder in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung begangen wurde, gerade im Bereich des verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruches ohne rechtliche Bedeutung.

In der Sache selbst sei davon auszugehen, daß die Beklagte mit dem Wort "Preishammer" den wesentlichen Bestandteil der Marke der Gemeinschuldnerin als Bezeichnung für besonders günstige Angebote verwende. Dabei handle es sich teilweise um Artikel, die auch von der Gemeinschuldnerin geführt würden oder zumindest geführt

werden könnten. Dieser Mißbrauch des kennzeichnenden Markenwertes einer fremden Wort-Bild-Marke berechtige die Gemeinschuldnerin zur Unterlassungsklage nach § 9 Abs 3 UWG.

Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos; das Berufungsgericht bestätigte das Urteil der ersten Instanz und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, 300.000 S übersteige. Auf der Grundlage der als unbedenklich übernommenen Sachverhaltsfeststellungen des Ersturteils sei auch die Rechtsrüge der Beklagten unbegründet.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird seinem ganzen Inhalt nach von der Beklagten mit Revision aus den Gründen des § 503 Abs 1 Z 2 und 4 ZPO bekämpft; der Revisionsantrag geht auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens. Nachdem das Verfahren durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Elektro R\*\*\* GmbH zunächst unterbrochen worden war, beantragte der zum Masseverwalter bestellte Kläger die Fortsetzung des Rechtsstreites. In seiner Revisionsbeantwortung stellte er den Antrag, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Soweit die Beklagte auch in dritter Instanz wieder ihre passive Klagelegitimation bestreitet, kann ihr nicht gefolgt werden: Wie die Revisionswerberin selbst erkennt, unterscheidet sich der hier festgestellte Sachverhalt von demjenigen der Vorentscheidung ÖBI 1983, 86 vor allem dadurch, daß die beanstandete Wettbewerbshandlung - nämlich das Anbringen einer Tafel mit dem Wort "Preishammer" als Hinweis auf die jeweils aktuellen Billigangebote - diesmal in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten in Graz begangen wurde. Da die Beklagte damit die von der Konzernleitung in Klosterneuburg - auch in ihrem

Interesse - gestaltete Werbung zu ihrer eigenen gemacht hat, kann sie für einen allfälligen wettbewerbswidrigen Inhalt dieser Ankündigung nicht etwa nur als Unternehmensinhaberin im Rahmen des § 18 UWG, sondern auf Grund ihrer eigenen aktiven Mitwirkung als unmittelbare Störerin verantwortlich gemacht werden. Diese Haftung wird entgegen der Meinung der Beklagten auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte nach den Bestimmungen des Franchisevertrages verpflichtet war, an allen vom Lenkungsausschuß durchgeführten Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen teilzunehmen, sich also der von der Konzernleitung angeordneten Anbringung der beanstandeten Tafel in ihren Betriebsräumlichkeiten möglicherweise gar nicht entziehen konnte, ohne die im Vertrag vorgesehenen Sanktionen der Franchisegeberin befürchten zu müssen. Daß ein Wettbewerbsverstoß nicht aus eigenem Entschluß, sondern auf Weisung eines Dritten oder in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung begangen wird, ist ja gerade im Bereich des verschuldensunabhängigen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruches, um den allein es hier geht, ohne rechtliche Bedeutung (ebenso schon die gleichfalls in einem Rechtsstreit gegen die Beklagte ergangene, bisher nicht veröffentlichte Vorentscheidung 4 Ob 394/83). Das erstmals in der Revision erstattete Vorbringen, wonach der mit der Durchführung dieser Werbemaßnahmen betraute Filialleiter des Grazer Baumarktes nicht bei der Beklagten selbst beschäftigt, sondern als Arbeitnehmer der B\*\*\*-Vertriebsgesellschaft mbH in Klosterneuburg nur dieser Gesellschaft gegenüber verantwortlich und weisungsgebunden gewesen sei, ist eine unzulässige und daher unbeachtliche Neuerung (§ 504 Abs 2 ZPO); es könnte im übrigen auch deshalb zu keinem für die Beklagte günstigeren Ergebnis führen, weil die rechtlich selbständige Beklagte für die in ihrem Betrieb begangenen Wettbewerbshandlungen ihres Filialleiters gemäß § 18 UWG auch dann einzustehen hätte, wenn er formell Arbeitnehmer einer anderen B\*\*\*-Gesellschaft gewesen sein sollte.

Auch in der Sache selbst erweisen sich die Rechtsausführungen der Revision als nicht stichhäftig. Da bei einem aus Wort und Bild zusammengesetzten Zeichen, wie es die Marke der Gemeinschuldnerin ist, für den Gesamteindruck in der Regel der Wortbestandteil maßgebend ist, weil sich der Geschäftsverkehr meist an ihm - sofern er unterscheidungskräftig ist - zu orientieren pflegt und vor allem diesen Bestandteil im Gedächtnis behält, wird das Recht an einer Wort-Bild-Marke in der Regel auch durch solche Zeichen verletzt, die nur den unterscheidungskräftigen Wortbestandteil in einer zur Herbeiführung von Verwechslungen geeigneten Weise wiedergeben (ÖBI 1982, 77; ÖBI 1984, 104 mwN; ÖBI 1985, 105); das gilt vor allem dann, wenn die bildliche Zutat - hier: die Faust mit dem Hammer - nicht nur keine eigene, vom Wortbegriff gedanklich wegführende Bedeutung hat, sondern sogar den Aussagegehalt des Wortbestandteils noch unterstreicht (OPM in PBI 1983, 186). Ein solcher Fall liegt aber auch hier vor: Von einem "Überwiegen" des bildlichen Elementes in der Wort-Bild-Marke der Gemeinschuldnerin kann entgegen den

Behauptungen der Beklagten überhaupt keine Rede sein; auch in dieser Marke stehen vielmehr die Worte "Der Preishammer schlägt alles!" durchaus gleichwertig neben der bildlichen Darstellung der Faust mit dem Hammer. Daß die Beklagte diesem Slogan nur das Hauptwort "Preishammer" entnommen und in ihrer eigenen Werbung verwendet hat, kann den Vorwurf eines Markeneingriffes schon deshalb nicht entkräften, weil sich gerade in diesem Wort die Aussage des gesamten Slogans konzentriert und damit der - durch die bildliche Darstellung noch anschaulicher gemachte - Begriff des "Preishammers" den Gesamteindruck der Marke beherrscht. Es kann aber auch nicht gesagt werden, daß das Wort "Preishammer" als "Allgemeinbegriff der Werbebranche" für sich allein nicht unterscheidungskräftig und deshalb nur in Verbindung mit weiteren (wörtlichen oder bildlichen) Elementen schutzfähig wäre: Von einem "absolut schutzunfähigen", weil im Sinne des § 4 Abs 1 Z 3 MSchG "zur Bezeichnung bestimmter Gattungen von Waren oder Dienstleistungen im Verkehr allgemein gebräuchlichen" Zeichen, dem nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SZ 54/1 = ÖBI 1981, 106; ÖBI 1983, 44; ÖBI 1983, 48) auch kein zivilrechtlicher Schutz nach § 9 Abs 3 UWG zukäme, kann nach Ansicht des erkennenden Senates bei dem Wort "Preishammer" keine Rede sein; die durch den deutlich erkennbaren beschreibenden Hinweis auf die besondere Preisgestaltung des werbenden Unternehmens verminderte Kennzeichnungskraft dieser phantasievollen Wortverbindung ändert aber nichts daran, daß eine unveränderte Übernahme durch einen Mitbewerber, wie sie hier vorliegt, auch bei einem solchen Zeichen regelmäßig unzulässig ist (ÖBI 1984, 106 ua). Die Beklagte hat das der Wort-Bild-Marke der Gemeinschuldnerin entnommene Wort "Preishammer" aber auch "kennzeichenmäßig" iS des § 13 MSchG gebraucht. Ein solcher "kennzeichenmäßiger Gebrauch" liegt immer dann vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Beziehung auf sie so gebraucht wird, daß der unbefangene Durchschnittsbetrachter annehmen kann, das Zeichen diene der Unterscheidung von gleichen oder gleichartigen Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft und weise damit auf die Herkunft der Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Betrieb hin (ÖBI 1985, 158; ÖBI 1987, 40 ua). Das war auch hier der Fall, konnte doch die über dem Tisch mit den Billigangeboten angebrachte Tafel mit dem - durch einen Pfeil unterstützten - Hinweis "Preishammer" ohne weiteres auch als Hinweis auf die Herkunft der so bezeichneten Waren aus einem bestimmten Betrieb verstanden werden. Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E14180

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00339.86.0510.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880510\_OGH0002\_0040OB00339\_8600000\_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)