

# TE OGH 1986/12/2 4Ob383/86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.12.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl, Dr. Resch, Dr. Kuderna und Dr. Gamerith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Alois B\*\*\*, Be- und Entlüftungsanlagen, Wien 17., Beheimgasse 21, vertreten durch Dr. Walter Prunbauer und Dr. Friedrich Prunbauer, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei F\*\*\* Luft- und Klimatechnik Gesellschaft m.b.H., Schwaz, Hüsslstraße 49, vertreten durch DDr. Walter Nowak, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 321.000,--), infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 22. Mai 1986, GZ 2 R 40/86-97, womit infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 25. Oktober 1985, GZ 10 Cg 332/82-91, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben. Hingegen wird der Revision der beklagten Partei Folge gegeben; die Entscheidungen der Untergerichte werden insoweit abgeändert, daß auch das nachfolgende Eventualbegehren der klagenden Partei sowie das nachfolgende Veröffentlichungsbegehren abgewiesen werden:

"Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr bei der Erzeugung und im Vertrieb von Be- und Entlüftungsanlagen sowie deren Montage, und zwar insbesondere auch von Dunstabzugshauben, es zu unterlassen, in Werbemitteln aller Art die graphische Darstellung eines Kochmännchens mit vorne eingedrückter Kochhaube, erhobenem Zeigefinger, hängenden Schultern, in breit lächelnder zufriedener Pose, welches dem Kochmännchen auf dem Prospekt, der als integrierender Bestandteil, Beilage B diesem Akt angeschlossen ist und bleibt, verwechslungsfähig oder irreführend über die Herkunft ähnlich ist, zu benutzen oder anzukündigen. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den stattgebenden Teil des Urteilsspruchs binnen drei Monaten nach Rechtskraft auf Kosten der beklagten Partei in einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung, Tiroler Ausgabe, im Textteil in Normallettern mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift und gesperrt geschriebenen Prozeßparteien veröffentlichen zu lassen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 199.469,61 bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin sind S 18.930,- an Barauslagen und S 15.213,11 an Umsatzsteuer enthalten), ferner die mit S 27.747,35 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin sind S 2.240,- an Barauslagen und S 2.318,85 an Umsatzsteuer enthalten) und schließlich die mit S 29.262,10 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin sind S 10.000 an Barauslagen und S 1.751,10 an Umsatzsteuer enthalten) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Zur Vorgeschichte wird auf den in dieser Rechtssache ergangenen, den Aufhebungsbeschuß des Berufungsgerichts bestätigenden Beschuß des Obersten Gerichtshofes vom 16.3.1982, 4 Ob 434/81-25, verwiesen. Der Oberste Gerichtshof billigte in diesem Beschuß die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, daß dem verfahrensgegenständlichen Abbild eines Kochmännchens der Charakter einer eigentümlichen geistigen Schöpfung im Sinne des § 1 Abs 1 UrhG nicht zukomme, sodaß dem auf einer derartigen Verletzung beruhenden Klagsanspruch insoweit die Grundlage fehle. Zu prüfen bleibe hingegen das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts komme hiefür aber nach den bisherigen Verfahrensergebnissen nicht ein Verstoß gegen den § 9 Abs 3 UWG, sondern ein solcher gegen den § 1 UWG in Betracht, weil das Kochmännchen nicht der besonderen Bezeichnung des Unternehmens oder einer in der erstzitierten Gesetzesstelle genannten Einrichtung, sondern unmittelbar der Werbung für eine Ware des Klägers diene. Zu prüfen sei, ob eine sittenwidrige Nachahmung einer fremden Werbemaßnahme vorliege. Der Kläger werde sein Begehren in bezug auf den aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb abgeleiteten Klagsanspruch entsprechend zu modifizieren haben; dem auf Anerkennung gerichteten Klagebegehren fehle sowohl nach dem Urheberrechtsgesetz als auch nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eine gesetzliche Grundlage.

Im zweiten Rechtsgang modifizierte der Kläger sein Klagebegehren im Sinne des aus dem Urteilsspruch ersichtlichen (späteren) Eventualbegehrens. Im weiteren Verlauf des zweiten Rechtsganges änderte er sein Klagebegehren dahin, daß er das ursprüngliche Begehren als Hauptbegehren aufrecht erhielt und das modifizierte Begehren als Eventualbegehren stellte. Der Kläger brachte im wesentlichen ergänzend vor, er habe auf Geschäftspapieren, Inseraten und Prospekten mit dem Kochmännchen geworben und es zur Kennzeichnung seines Unternehmens verwendet. Er habe auf diese Weise Verkehrsgeltung erlangt.

Die beklagte Partei bestritt dieses Vorbringen und brachte ergänzend vor, die aus 2.000 Stück bestehende Auflage der Prospekte sei vor dem 17.12.1980 zur Gänze verteilt worden, sodaß der Klagsanspruch verjährt sei. Das inkriminierte Kochmännchen sei lediglich von einem Angestellten der beklagten Partei entworfen worden, ohne daß diese von der Abbildung des Kochmännchens des Klägers und deren Übernahme durch den Angestellten Kenntnis gehabt hätte.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ab und gab dem Eventualbegehren statt. Dem Urteilsveröffentlichungsbegehren wurde teils stattgegeben (Kronen-Zeitung), teils wurde es zurückgewiesen (Kurier), teils abgewiesen (Österreichische Gastgewerbezeitung). Das Berufungsgericht traf folgende für das Revisionsverfahren noch wesentliche Feststellungen:

Der Kläger erteilte im Jahr 1964 dem Graphiker Robert K\*\*\* den Auftrag zum Entwurf eines Prospektes. Dieser entwarf gegen Zahlung eines Entgelts jenes "Kochmännchen", das seither auf Prospekten, Kuverts, Geschäftspapieren aller Art und Werbeannoncen des Klägers sowie im Verzeichnis der Unternehmungen Österreichs, welche das Staatswappen im geschäftlichen Verkehr führen dürfen, im Zusammenhang mit einer Dunstabzugshaube verwendet wird. Robert K\*\*\* übertrug am 7.4.1964 das Werknutzungsrecht an dem "Kochmännchen" dem Kläger.

Im Jahr 1975 erteilte die beklagte Partei ihrem Angestellten K\*\*\* (im Urteil des Erstgerichts versehentlich als Angestellter des Klägers bezeichnet) den Auftrag, einen Prospekt für eine Dunstabzugshaube zu entwerfen. K\*\*\* entwarf hierauf den inkriminierten Prospekt. Dieser enthält das Abbild zweier "Kochmännchen", die eine genaue Kopie des vom Kläger verwendeten "Kochmännchens" sind. K\*\*\* kopierte das "Kochmännchen" des Klägers in Kenntnis des Umstandes, daß dieses vom Kläger verwendet wird. Die Geschäftsführung der beklagten Partei hatte hingegen von dieser Verwendung bis zur Verständigung durch den Klagevertreter mit Schreiben vom 18.9.1980 keine Kenntnis. Die Auslieferung des in einer Auflage von 2.165 Stück gedruckten Prospektes der beklagten Partei erfolgte am 30.6.1976. Es ist möglich, daß bereits vor dem 17.12.1977 alle Prospekte ausgegeben worden waren; es kann aber nicht ausgeschlossen werden, daß auch noch nach dieser Zeit solche Prospekte von der beklagten Partei versendet oder von ihren Vertretern an Kunden übermittelt wurden. Es befanden sich noch im Jahr 1983 in Katalogen von Installateurunternehmen und Planungsbüros solche Prospekte. Der Kläger wurde erstmals im Herbst 1980 auf den inkriminierten Prospekt aufmerksam.

Der Klagevertreter forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 18.9.1980 auf, eine Erklärung zu unterfertigen, wonach sie das ausschließliche Werknutzungsrecht des Klägers an der graphischen Darstellung des Kochmännchens anerkenne und sich verpflichte, die plagiathafte Benützung ab sofort nicht mehr vorzunehmen, die Darstellung zu

vernichten und für den Fall zukünftiger Zu widerhandlung für jeden einzelnen Fall eines Verstoßes eine dem richterlichen Mäßigungsrecht nicht unterliegende Konventionalstrafe von S 50.000,-- an den Kläger zu zahlen; ferner sollte sie die Kosten von S 2.374,04 zahlen.

Der Beklagtenvertreter erwiderte, er brauche für eine endgültige Stellungnahme noch Zeit, könne aber vorerst mitteilen, daß zur Zeit die inkriminierten Prospekte nicht mehr in Verwendung stehen. Mit Schreiben vom 3.11.1980 teilte er dem Klagevertreter mit, daß der Entwurf der Prospekte von dem ehemaligen Mitarbeiter K\*\*\* stamme. Der beklagten Partei sei nicht bekannt, woher dieser die Idee für das "Kochmännchen" gehabt habe. Es werde nochmals darauf hingewiesen, daß derartige Prospekte nicht mehr in Verwendung stehen; die beklagte Partei habe schon vor längerer Zeit den Auftrag für den Entwurf eines neuen Prospektes erteilt. Sie weigere sich, die verlangte Erklärung zu unterfertigen, weil sie dies für "kaufmännischen Selbstmord" halte. Sie befürchte, daß sie bei jedem Auftauchen eines bei einem Kunden noch vorhandenen Prospektes den schwierigen Beweis erbringen müsse, daß die Auslieferung schon früher erfolgt sei. Es kann nicht festgestellt werden, daß die beklagte Partei noch weitere Prospekte der inkriminierten Art versendet oder auf andere Weise an Kunden weitergegeben habe. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, beide Prozeßparteien seien Mitbewerber im Sinne des § 14 UWG. Da die Verfahrensergebnisse des zweiten Rechtsganges über jene des ersten Rechtsganges hinausreichten, weil nunmehr feststehe, daß der Kläger das "Kochmännchen" nicht nur zu Werbezwecken, sondern auch als Geschäftszeichen und zur Unterscheidung seines Unternehmens von anderen Unternehmen verwendet habe, könne der Kläger den Ausstattungsschutz des § 9 Abs 3 UWG in Anspruch nehmen. Zusätzlich komme auch der eine Verkehrsgeltung nicht voraussetzende Schutz des § 1 UWG in Betracht, zumal eine bewußte Übernahme der Werbung des Klägers durch den Angestellten K\*\*\*, für den die beklagte Partei die Erfolgshaftung des § 18 UWG treffe, vorliege. Das Eventualbegehren sei daher berechtigt. Im übrigen bejahte das Erstgericht auf der Grundlage der von ihm dazu ausführlich getroffenen Feststellungen die Verkehrsgeltung, sodaß das Eventualbegehren auch nach dem § 9 Abs 3 UWG begründet sei. Wiederholungsgefahr sei im Hinblick auf das Verhalten der beklagten Partei im Prozeß und auf die Weigerung, eine Verpflichtungserklärung zu unterfertigen, gegeben. Der Klagsanspruch sei nicht verjährt. Dem Hauptbegehren fehle die Berechtigung, weil nach der das Erstgericht bindenden Rechtsansicht der Gerichte zweiter und dritter Instanz eine diesem Begehren allein zugrundeliegende Urheberrechtsverletzung nicht vorliege.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung in der Hauptsache und änderte nur die Kostenentscheidung teilweise ab. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteigt. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts und billigte dessen rechtliche Beurteilung. Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen beider Parteien. Der Kläger bekämpft die Bestätigung der Abweisung des Hauptbegehrens in den Punkten lit b und c (also nicht auch hinsichtlich der begehrten Anerkennung des ausschließlichen Werknutzungsrechts) und die Bestätigung der Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens hinsichtlich der Österreichischen Gastgewerbezeitung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß dem Hauptbegehren stattgegeben wird und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auch in der oben genannten Zeitung erteilt werde (dies auch für den Fall der Bestätigung der Abweisung des Hauptbegehrens); hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei ficht das Berufungsurteil in seinem das Eventualbegehren und das Urteilsveröffentlichungsgebot betreffenden Teil an; sie beantragt, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde.

Beide Parteien beantragen wechselweise, der Revision der Gegenseite nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Klägers ist nicht berechtigt, jene der beklagten Partei ist berechtigt.

Zur Revision des Klägers:

Die Revisionsausführungen zur Abweisung des Hauptbegehrens (Punkte lit b und c) erschöpfen sich in der Bekämpfung der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung, eine Urheberrechtsverletzung sei mangels Vorliegens eines urheberrechtlich geschützten Werkes nicht gegeben. Der Revisionswerber übersieht jedoch, daß der Oberste Gerichtshof diese vom Berufungsgericht bereits in dem im ersten Rechtsgang erflossenen Aufhebungsbeschuß dem Erstgericht überbundene Rechtsauffassung gebilligt hat, sodaß er - ebenso wie das Berufungsgericht gemäß dem § 511 Abs 1 ZPO - an diese Rechtsauffassung mangels eines insoweit neu hervorgekommenen Sachverhalts gebunden ist (RZ 1982, 200; SZ 50/97; JBI 1962, 325; JBI 1956, 449; Fasching, Zivilprozeßrecht, Rdz 1957).

Auf die zum Urteilsveröffentlichungsbegehren vorgetragenen Revisionsausführungen ist ebenfalls nicht weiter einzugehen, weil auch dem Eventualbegehren aus den noch darzulegenden Gründen die Berechtigung fehlt, sodaß eine dem Kläger zu erteilende Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht kommt.

Zur Revision der beklagten Partei:

Der Auffassung der beklagten Partei, das Eventualbegehren bestehe mangels Wiederholungsgefahr nicht zu Recht, ist beizustimmen. Wiederholungsgefahr ist immer dann anzunehmen, wenn die ernstliche Besorgnis besteht, der Verletzer werde es bei seinen bisherigen Störungshandlungen nicht bewenden lassen, sondern weitere Gesetzesverstöße begehen. Eine solche Gefahr kann auch bei einer einmaligen Gesetzesverletzung nur dann verneint werden, wenn der Verletzer besondere Umstände darstellt, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Damit kommt es immer auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an; für diese kann insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreits wichtige Hinweise bieten. Maßgebend ist, ob nach den Umständen des Falles dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit konkrete Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, daß er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen abzusehen. Nimmt daher der Beklagte von sich aus Handlungen vor, die eine solche Sinnesänderung nach außen klar erkennen lassen, dann kann die Wiederholungsgefahr im Einzelfall ausgeschlossen sein (ÖBI 1985, 43; ÖBI 1982, 103; ÖBI 1978, 127; jeweils mwH.; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht, 513 f.).

Im vorliegenden Fall hat die beklagte Partei, worauf die Untergerichte an sich zutreffend verwiesen haben, im Prozeß eine Gesetzesverletzung bestritten. Die Bestreitung der vom Kläger behaupteten Urheberrechtsverletzung war jedoch gerechtfertigt, weil eine solche tatsächlich nicht vorlag. Die Bestreitung eines Wettbewerbsverstoßes fällt bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr hier aber deshalb nicht besonders ins Gewicht, weil andere Umstände vorliegen, welche die Annahme einer weiteren Gesetzesverletzung als zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Hierbei ist davon auszugehen, daß die beklagte Partei zwar die Erfolgshaftung nach dem § 18 UWG für das Verhalten ihres Angestellten trifft, daß sie aber von der Verwendung des Kochmännchens durch den Kläger und von dem bereits im Jahr 1975 erfolgten gesetzwidrigen Vorgehen ihres Angestellten bis zum Inhalt des Schreibens des Klägers vom 18.9.1980 keine Kenntnis hatte. Die Auslieferung der inkriminierten Prospekte der beklagten Partei reichte jedenfalls bis in das Jahr 1977. Die beklagte Partei wies den Kläger in ihrem Schreiben vom 3.11.1980 darauf hin, daß derartige Prospekte nicht mehr in Verwendung ständen, der betreffende, inzwischen aus dem Unternehmen der beklagten Partei ausgeschiedene Angestellte das "Kochmännchen" entworfen habe, ohne daß die beklagte Partei über die näheren Umstände Kenntnis gehabt habe, und neue Prospekte inzwischen entworfen worden seien. Die beklagte Partei hat den Vorschlag des Klägers, eine entsprechende Verpflichtungserklärung zu unterfertigen, abgelehnt. Diese Weigerung rechtfertigt hier aber deshalb nicht die Annahme einer Wiederholungsgefahr, weil die Verpflichtungserklärung auf einer - in Wahrheit nicht begangenen - Urheberrechtsverletzung beruhte und überdies eine ungerechtfertigt hohe, dem richterlichen Mäßigungsrecht nicht unterliegende Konventionalstrafe in der Höhe von S 50.000 für jeden einzelnen Fall eines Verstoßes (also etwa auch bei jedem Auffinden eines noch in Umlauf befindlichen, inzwischen neuerlich ausgelieferten Prospektes, wofür die beklagte Partei der Entlastungsbeweis getroffen hätte) vorsah. Bedenkt man aber, daß seit dem Versenden der inkriminierten Prospekte im Jahr 1977 bis zum Schluß der Verhandlung in erster Instanz (25.10.1985) ca. acht Jahre verstrichen sind, ohne daß die beklagte Partei einen neuen derartigen Wettbewerbsverstoß begangen hätte und daß ihr Angestellter, für dessen wettbewerbswidriges Verhalten sie gemäß dem § 18 UWG im Rahmen einer Erfolgshaftung einzustehen hatte, jedenfalls im Zeitpunkt der Einbringung der Klage (17.12.1980) im Unternehmen der beklagten Partei nicht mehr beschäftigt war, dann erscheint eine Wiederholung der wettbewerbswidrigen Handlung als zumindest äußerst unwahrscheinlich. Damit fehlt aber die eine materiellrechtliche Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs bildende Wiederholungsgefahr, sodaß dem Eventualbegehren - und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt des § 1 als auch des § 9 Abs 3 UWG - die Berechtigung fehlt. Die Entscheidungen der Untergerichte waren daher im Sinne einer Abweisung (auch) des Eventualbegehrens abzuändern.

Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41, 50 ZPO begründet. Für die Bekämpfung des erstgerichtlichen Urteils mit Berufung im Kostenpunkt besteht kein eigener Kostenersatzanspruch.

#### **Anmerkung**

E09815

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00383.86.1202.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19861202\_OGH0002\_0040OB00383\_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)