

# TE OGH 1985/2/5 4Ob302/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.02.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr. Friedl, Dr. Kuderna, Dr. Gamerith sowie Dr. Schlosser als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz A, Skirennläufer, Fresach, Mooswald 22, vertreten durch Dr. Gunter Granner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B Schuh-Aktiengesellschaft, Graz, Lastenstraße 11, vertreten durch Dr. Stephan Moser, Rechtsanwalt in Graz, wegen Unterlassung und Schadenersatz (Streitwert im Provisorialverfahren S 600.000,--), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 5. November 1984, GZ 4 R 217/84-14, womit der Beschuß des Handelsgerichtes Wien vom 28. Juni 1984, GZ 17 Cg 13/84-11, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 14.046,45

bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin sind S 1.276,95 an Umsatzsteuer enthalten) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht verbot der beklagten Partei mit einer ohne Anhörung der beklagten Partei erlassenen einstweiligen Verfügung, Werbung mit dem Namen des Klägers zu betreiben, insbesondere einen Werbespot durch den C ausstrahlen zu lassen, in welchem der Name des Klägers oder ein Hinweis auf dessen Namen oder Person aufscheint. Es nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Der Kläger ist ein international bekannter und vor allem in Österreich äußerst beliebter Skirennläufer. Als Amateur darf er keinerlei Werbeverträge abschließen; er darf ferner weder seine Person noch seinen Namen zu Werbezwecken zur Verfügung stellen. Der Kläger konnte (damals) sicher damit rechnen, zur Teilnahme an den Olympischen Winterspielen nach Sarajevo entsendet zu werden. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der für den österreichischen Amateurskirennspor erforderlichen Aufwendungen wird aus den von den Mitgliedsfirmen zur Verfügung gestellten Mitteln des D E getragen. Den Mitgliedern dieses Skipools ist es dafür gestattet, mit den dem F angehörigen Skirennläufern Werbung zu machen, wobei diese persönlich kein Entgelt erhalten. Diese Einbeziehung der Skirennsporthler in die Werbung der Poolmitglieder wurde mit den zuständigen Gremien des Österreichischen Olympischen Komitees abgesprochen, so daß keine Verletzung des Amateurstatus des einzelnen Sportlers besteht.

Die beklagte Partei betreibt u.a. den Handel mit Ski- und Sportschuhen, ist jedoch nicht Poolmitglied. über ihren Auftrag wurde im C ein Werbespot mit folgendem Inhalt ausgestrahlt:

'Franz, Franz A, Franz klemmt sich nicht an Preise - Preisdrücker Franz drückt die Preise - B räumt in über 1.000 Schuhfachgeschäften'.

Auf Grund des akustischen Eindrucks wurde zunächst nur der Name des Klägers verstanden. Der Buchstabe 't' des Wortes 'klemmt' konnte erst in späterer Folge verstanden werden.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, der Werbespot verstöße gegen die §§ 1, 2 und 9 UWG sowie gegen der § 43 ABGB. Nachdem das Rekursgericht diesen Beschuß bestätigt hatte, wies das Erstgericht den von der beklagten Partei gegen die einstweilige Verfügung erhobenen Widerspruch ab. Es nahm noch folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Die beklagte Partei ist die Holdinggesellschaft mehrerer Gesellschaften, zu welchen unter anderem auch die Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in Graz gehört. Der beanstandete Werbespot wurde 'zumindest unter Mitwirkung der beklagten Partei' in Auftrag gegeben und ausgestrahlt, wobei der Grad dieser Mitwirkung mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht genau ermittelt werden kann. Unmittelbar nach dem Hahnenkammrennen 1984 kam es zwischen Vertretern des D E und der beklagten Partei 'bzw. deren oben genannter Tochtergesellschaft' zu Gesprächen. Diese verfolgten das Ziel, den Werbespot entweder nicht mehr zu senden oder so zu ändern, daß eine Gefährdung des Amateurstatus des Klägers bei den unmittelbar bevorstehenden Olympischen Winterspielen in Sarajevo nicht gegeben sei. Als Ergebnis dieser Besprechungen erklärte sich die beklagte Partei 'bzw.' die Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. bereit, den Spot zu ändern. Als Folge dieser Bereitschaft wurde die Firma A. G Werbegesellschaft am 19. Jänner 1984

'von der Firma B aus Graz' verständigt, daß der Spot geändert werden solle. Die Angestellte dieser Werbegesellschaft, Dr. Annemarie H, unternahm hierauf alles, um eine alsbaldige Änderung des Spots beim C herbeizuführen. Obwohl dem Klagevertreter vom C eine Verständigung von einer Einstellung oder Änderung des Spots zugesagt worden war, traf eine solche Verständigung nicht ein. Der Klagevertreter hörte vielmehr am 24. Jänner 1984

noch immer den unveränderten Spot.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, die - im Widerspruch bestrittene - Passivlegitimation der beklagten Partei sei infolge ihrer Mitwirkung an der Erteilung des Auftrags zur Sendung des Werbespots gegeben.

Die von der beklagten Partei ebenfalls bestrittene Wiederholungsgefahr sei deshalb zu bejahen, weil die beklagte Partei in ihrer Korrespondenz und im gerichtlichen Verfahren die Wettbewerbswidrigkeit ihren Handelns nicht eingesehen habe, so daß mit weiteren derartigen Wettbewerbsverstößen gerechnet werden müsse. Das Rekursgericht änderte diese Entscheidung dahin ab, daß es dem Widerspruch Folge gab und die einstweilige Verfügung aufhob. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteige. Abweichend vom Erstgericht nahm das Rekursgericht als bescheinigt an, daß nur die Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. und nicht die beklagte Partei den Auftrag zur Einschaltung des Werbespots erteilt habe. Letztere habe sich nach Verhandlungen mit einem Mitarbeiter des Skipools bereit erklärt, den Werbeauftrag 'zurückzuziehen'. Es könne nicht als bescheinigt angesehen werden, daß die beklagte Partei bei der Auftragserteilung zur Einschaltung des Werbespots auch nur mitgewirkt habe. Daß die beklagte Partei, wenn auch nicht als unmittelbare Täterin, an der Störungshandlung maßgeblich beteiligt gewesen sei, habe der Kläger weder behauptet noch präzisiert; er habe lediglich behauptet, daß die beklagte Partei den Werbespot habe aussenden lassen. Auf die Frage, ob die beklagte Partei etwa auf Grund gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsverhältnisse in der Lage gewesen wäre, weitere Störungshandlungen der Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. zu unterbinden, sei daher nicht einzugehen. Da der Unterlassungsanspruch sohin schon mangels Passivlegitimation nicht berechtigt sei, müsse auf die Frage der Wiederholungsgefahr nicht mehr eingegangen werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des Klägers mit einem auf die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses abzielenden Abänderungsantrag.

Die beklagte Partei beantragt, dem Revisionsrekurs einen Erfolg zu versagen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Die Rechtsmittelauflösungen über die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen der beklagten Partei mit der Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. und der B Schuhfabrik Gesellschaft m.b.H. sowie die Ausführungen über eine sich nach Meinung des Klägers daraus ergebende Einflußmöglichkeit der beklagten Partei auf den Auftraggeber des Werbespots sind schon deshalb verfehlt, weil sie gegen das Neuerungsverbot verstößen und in dem vom Rekursgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt keine Deckung finden. Der Kläger hat in erster Instanz lediglich behauptet, die beklagte Partei habe den beanstandeten Werbespot im C gesendet. Er hat weder behauptet noch bescheinigt, die beklagte Partei habe an dem von der Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. erteilten Auftrag mitgewirkt oder habe von einer solchen Auftragserteilung Kenntnis gehabt. Der Kläger hat auch nicht bescheinigt, daß die beklagte Partei die Möglichkeit gehabt hätte, die Auftragserteilung zu verhindern oder zu widerrufen. Dem damit im Zusammenhang stehenden Vorwurf der Aktenwidrigkeit fehlt daher die Berechtigung. Im übrigen vermöchte eine mangelnde Übereinstimmung von Parteivorbringen und gerichtlichen Feststellungen den Anfechtungsgrund der Aktenwidrigkeit nicht zu begründen.

Geht man aber vom Parteivorbringen des Klägers und dem vom Rekursgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt aus, dann muß der Auffassung des Rekursgerichtes über die fehlende Passivlegitimation der beklagten Partei beigeplichtet werden. Da der Kläger, wie bereits ausgeführt, den Unterlassungsanspruch nur auf die Behauptung gründet, die beklagte Partei habe den Auftrag zur Ausstrahlung des beanstandeten Werbespots erteilt, ohne zu behaupten und zu bescheinigen, die beklagte Partei habe an der Auftragserteilung eines Dritten, insbesondere der Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H., mitgewirkt oder sie hätte einen solchen Auftrag zu verhindern oder zu widerrufen vermocht, kann die Erörterung der Frage auf sich beruhen, ob und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen die beklagte Partei in einem solchen, hier aus den genannten Gründen nicht relevanten Fall für einen Unterlassungsanspruch passiv legitimiert und zur Unterlassung verpflichtet wäre. Nur nebenbei sei erwähnt, daß nach den vom Rekursgericht getroffenen Feststellungen der D I wegen des beanstandeten Werbespots nicht etwa mit der beklagten Partei, sondern mit der Leder- und Schuhgesellschaft m.b.H. verhandelt hat. Da dem Klagsanspruch nach den Ergebnissen des Provisorialverfahrens schon infolge Fehlens der Passivlegitimation der beklagten Partei die Berechtigung fehlt, muß in diesem Verfahren auf die Frage der Wiederholungsgefahr nicht mehr eingegangen werden.

Dem Revisionsrekurs muß daher ein Erfolg versagt bleiben. Die Kostenentscheidung ist in den §§ 78, 402 EO, 41, 50, 52 ZPO begründet. Die von der beklagten Partei verzeichnete Eingabengebühr war hiebei nicht zu berücksichtigen, weil die verpflichtete Partei (Gegner der gefährdeten Partei) im Exekutionsverfahren (Provisorialverfahren) von Eingabengebühren befreit ist (TP 1 GJGebGes., Anm. 4 f; EvBl. 1967/375 u.v.a.).

#### **Anmerkung**

E05066

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0040OB00302.85.0205.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850205\_OGH0002\_0040OB00302\_8500000\_000

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