

TE OGH 1990/4/3 4Ob44/90 (4Ob45/90)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.04.1990

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö*** A*** - Interessenvertretung der selbständigen Apotheker, Wien 9., Spitalgasse 31, vertreten durch Dr. Johannes Hintermayr und Dr. Michael Krüger, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagte Partei Johanna F***, Friseurmeisterin, Filzmoos, Neuberg 162, vertreten durch Dr. Manfred Buchmüller, Rechtsanwalt in Altenmarkt im Pongau, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 350.000;

8 Cg 368/86) und Zahlung von S 50.487 sA (8 Cg 206/87;

Rekursinteresse S 46.030,10), infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß und infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 8. November 1989, GZ 2 R 153, 154/88-31, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 18. Februar 1988, GZ 8 Cg 368/86-24, teilweise als nichtig aufgehoben und teilweise bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 3.292,80 bestimmten Kosten des Rekursverfahrens (darin S 548,80 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

II. als Revisionsgericht zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 12.983,40 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 2.163,90 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte vertrieb (ua) im Versandhandel unter der Bezeichnung "Bonsoria" ein von ihrem Vater in Holland entwickeltes Kopf- und Körpershampoo. In einem farbig gestalteten Prospekt wurden an Schuppenflechte erkrankte Personen vor und nach der Behandlung mit diesem Mittel dargestellt; zugleich wurde angekündigt, daß Heilerfolge bis

spätestens drei Wochen nach Beginn der Behandlung sichtbar würden. Dieser Werbeschrift war eine Antwortkarte angeschlossen, mit der eine bestimmte Zahl von Flaschen "Bonsoria Kopf- und Körpershampoo" oder auch ein Aufenthalt einschließlich Behandlung mit "Bonsoria" unter ärztlicher Aufsicht im Hause der Beklagten bestellt werden konnte. Als Empfänger der Antwortkarte war die "Familie F***" in Filzmoos-Neuberg vorgedruckt. Zum Vertrieb des Mittels "Bonsoria" verwendete die Beklagte Flaschen und Tiegel; auf den Tiegeln, welche sie leer aus einer Apotheke bezog, beließ sie das als typisches Apothekenkennzeichen verwendete stilisierte "A". Am 4. Februar 1987 zog die Beklagte das von ihr am 9. Juli 1986 an die Bezirkshauptmannschaft St. Johann i.P. gerichtete Ansuchen um Erteilung einer Gewerbeberechtigung für die Erzeugung von kosmetischen Artikeln und Parfumeriewaren mit dem Standort Filzmoos-Neuberg zurück. Ihr Steuerberater Werner W*** nahm im Juli 1986 Kontakt mit der V***-AG in Zürich auf, welche sich mit der Vermittlung von Produkten wie "Bonsoria" befaßt. Am 8. Dezember 1986 kam es zu einer Vereinbarung zwischen der Beklagten und ihrem Gatten Werner F*** einerseits und der V***-AG in Zürich andererseits über die Abtretung der Rechte an dem Mittel "Bonsoria". Nur der Form halber wurde am 11. Dezember 1986 die eigentliche Vertragsurkunde unterfertigt. Mit dieser Vereinbarung traten die Beklagte und ihr Gatte "ihre Rechte bezüglich Bonsoria" mit 15. Dezember 1986 der V***-AG ab und verpflichteten sich, mit diesem Tag ihre Aktivitäten im Zusammenhang mit "Bonsoria" gänzlich einzustellen. Die V***-AG zahlte Ihnen hiefür den Abtretungsbetrag von S 150.000. Sie hat gegen die Beklagte für den Fall des Zu widerhandelns gegen die Vereinbarung Anspruch auf eine Konventionalstrafe von S 150.000. Werner W*** hatte die Einhaltung dieser Vereinbarung zu überprüfen.

Um den 8. Dezember 1986 erfuhr Dr. Philipp B*** durch einen Zeitungsartikel von dem Shampoo "Bonsoria". Zwischen dem 10. und dem 20. Dezember 1986 telefonierte er deshalb mit der Beklagten. Er interessierte sich für den Kauf dieses Mittels, doch riet ihm die Beklagte, in dieser Sache selbst zu ihr zu kommen. Hiefür war weder ein bestimmter Termin vereinbart worden, noch hatte Dr. B*** eine Bestellung fix getätig; er hatte nur angekündigt, möglicherweise in den Weihnachtsfeiertagen anlässlich eines Skiausfluges zur Beklagten zu kommen. Tatsächlich unterblieb jedoch ein solcher Besuch. Zwischen dem 7. und dem 10. Jänner 1987 - nachdem am 5. Jänner 1987 der Beklagten die vorliegende Klage zugestellt worden war - rief Dr. B*** bei der Beklagten an und ersuchte sie, weil er nicht habe kommen könne, ihm das Mittel "Bonsoria" zuzusenden. Am 13. Jänner 1987 erhielt er es und zahlte dafür S 1.500.

Bei Wirksamkeitsbeginn des Vertrages vom 11. Dezember 1986 teilte die Beklagte dem Steuerberater W*** mit, daß noch einige Geschäfte mit "Bonsoria" in Schweben seien. W*** war namens der V***-AG damit einverstanden, daß die Beklagte dieses Geschäft noch abwickle und die Erlöse, sofern sie S 20.000 nicht übersteigen, behalte.

Die V***-AG trat die von der Beklagten und Werner F*** erworbenen Rechte an dem Mittel "Bonsoria" an eine B***-AG mit dem Sitz in Zug/Schweiz ab. Diese gründete gemeinsam mit Werner W***, der in Wahrheit ihr Treuhänder war, die B***

Gesellschaft mbH mit einem Stammkapital von S 500.000, deren Gegenstand die Erzeugung und der Vertrieb kosmetischer Artikel unter der Markenbezeichnung "Bonsoria" ist. Sitz der Gesellschaft ist Eben i. P.; zu Geschäftsführern wurden Werner W*** und Werner F*** bestellt. Es besteht die Absicht, "Bonsoria" als Hautpflegemittel zu vertreiben.

Im April oder Mai 1987 wurde die österreichische P***-Gesellschaft als Verein mit dem Sitz in Eben i.P. gegründet; Obmann des Vereins ist Werner F***. In den "Pongauer Nachrichten" vom 4. Juni 1987 wurde darüber wie folgt berichtet:

"Zum Obmann des neuen Vereins der österreichischen Psoriasisgesellschaft wurde Werner F*** aus Filzmoos-Neuberg gewählt. Bekanntlich ist die Familie F*** in Filzmoos im Besitz eines Rezeptes zur Herstellung eines exotischen 40-Kräuter-Mittels, das bisher als Hautpflegemittel verwendet, zahlreichen Schuppenflechtenkranken Linderung ihrer Schmerzen und sichtbare Hautverbesserung gebracht hat. Die darüber hinaus gegründete B***-Ges.mbH Eben im Pongau wird sich künftig mit der Erzeugung und dem Vertrieb eines kosmetischen Haut- und Haarpflegemittels beschäftigen, das auf Grund zahlreicher Erfahrungen auch erfolgreich für die Behandlung der Schuppenflechte angewendet wird. Es wird angestrebt, daß dieses Mittel künftig als Medikament zugelassen wird."

Die Informationen für diesen Artikel stammen von einem Herrn N***, einem Bekannten der Familie F***. Auch die Beklagte ist Mitglied des Vereins. Bei Zusammenkünften macht sie z.B. Ernährungsvorschläge für an Schuppenflechte erkrankte Personen; dabei führt sie auch Gespräche über "Bonsoria" und teilt in diesem Zusammenhang mit, daß man

dieses Mittel als Kosmetikum benützen könne und wo man es bekomme.

In der Regionalzeitschrift "Blick" vom August 1986 war über "Bonsoria" unter der Überschrift "Hilfe gegen Schuppenflechten" berichtet worden. Dabei wurde mitgeteilt, daß das Ehepaar F*** ein Mittel gegen Schuppenflechte vertreibe und dieses Präparat "Bonsoria" laut F*** zur sichtbaren Hautverbesserung führe; auch wurde darauf hingewiesen, daß neben der Selbstbehandlung auch eine Behandlung unter ärztlicher Aufsicht im Haus F*** möglich sei. Eine weitere Information hatten die "Pongauer Nachrichten" vom 13. November 1986 gebracht. Unter der Überschrift "Aus Filzmoos kommt Hilfe gegen Hautleiden" wurde berichtet, daß sich die Beklagte mit ihrem Mann in Filzmoos-Neuberg niedergelassen habe und nunmehr versuche, mit "Bonsoria", so heiße das Zaubermittel, bei Schuppenflechteerkrankungen vielen Menschen zu helfen. Tatsächlich sollten rund 90 % der daran Erkrankten bedeutsame Heilerfolge haben. Im Herbst 1986 war auch in einer Sendung des ORF-Landesstudios Salzburg über das Mittel "Bonsoria" berichtet worden. In der "Pongauer-Zeitung" vom 19. Februar 1987 wurde in einem Bericht mit der Überschrift "Rechte an Bonsoria verkauft" den Lesern mitgeteilt, daß "die Rechte an Erzeugung und Vertrieb am natürlichen Mittel gegen Schuppenflechte Bonsoria" von der Beklagten aus Filzmoos an ein Schweizer Unternehmen abgetreten worden seien; daher seien keine Bestellungen von Bonsoria bei der Beklagten mehr möglich, doch werde nach Bekanntwerden der neuen Bezugsadresse darüber berichtet werden.

Auf Grund eines Werbeprospektes für "Bonsoria" hatte Thomas B*** im Auftrag des klagenden Verbandes am 11. Oktober 1986 bei der Beklagten das Mittel "Bonsoria" bestellt und es - gegen Nachnahme - zum Preis von S 1.570 zuzüglich Porto von S 45 zugesandt erhalten.

Mit der Behauptung, daß die Beklagte mit dem Vertrieb des Mittels "Bonsoria" in der Form eines Arzneimittels gegen den Apothekenvorbehalt des § 59 Abs 1 ArzneimittelG und gegen § 50 Abs 2 GewO, welcher den Versandhandel mit Stoffen, die zur arzneilichen Verwendung bestimmt seien, verbiete, verstoßen habe, begeht der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, "im geschäftlichen Verkehr die Bewerbung, Feilhaltung und Abgabe von Arzneimitteln, insbesondere eines Kopf- und Körpershampoos mit der Handelsbezeichnung "Bonsoria", welches zur Behandlung von Schuppenflechte bestimmt ist, im Klein- und Versandhandel zu unterlassen"; ferner begeht sie die Ermächtigung zur Veröffentlichung des Urteils in je einer Ausgabe der Zeitungen "Blick" und "Pongauer Nachrichten" sowie in einer Samstag-Ausgabe der "Neuen Kronen Zeitung" - Mutationsausgabe Salzburg. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Schon vor der Überreichung der Klage habe sie den Vertrieb des Shampoos "Bonsoria" zur Gänze eingestellt; es fehle daher an jeder Möglichkeit einer Wiederholung des Wettbewerbsverstoßes. "Bonsoria" sei nach dem 15. Dezember 1986 nur in jenen Fällen vertrieben worden, in denen schon vorher Bestellungen eingelangt waren; das gelte auch für die Bestellung Dr.B***.

Nachdem der Antrag des Klägers, zur Sicherung seines Unterlassungsanspruches eine inhaltsgleiche einstweilige Verfügung zu erlassen, deshalb abgewiesen worden war, weil auf Grund des von dem Zeugen Werner W*** als richtig bestätigten Vorbringens der Beklagten, daß sie schon vor der Klageeinbringung den beanstandeten Vertrieb des Mittels "Bonsoria" eingestellt habe, die Wiederholungsgefahr verneint wurde, begehrte der Kläger mit einer weiteren Klage von der Beklagten S 50.487 sA. Ihm sei erst nach der Beendigung des Provisorialverfahrens bekannt geworden, daß die Beklagte nach dem 15. Dezember 1986 Dr. Philipp B*** das Mittel "Bonsoria" verkauft habe. Die Beklagte habe somit durch ein bewußt unrichtiges Prozeßvorbringen den Wegfall der Wiederholungsgefahr bescheinigt und im Provisorialverfahren obsiegt; dadurch sei dem Kläger ein Schaden in der Höhe der ihm auferlegten Prozeßkosten der Beklagten von S 25.506 und seiner eigenen Kosten von S 24.981 entstanden.

Die Beklagte er hob die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, weil der Prozeßkostenerstattungsanspruch ein öffentlich-rechtlicher Ersatzanspruch eigener Art sei und Prozeßkosten daher nicht selbstständig eige klagt werden könnten. Im übrigen begeht sie die Abweisung des Klagebegehrens mit der Begründung, daß sie ihre Wahrheitspflicht nicht verletzt habe.

Der Erstrichter, welcher beide Rechtssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hatte (S 94), gab dem Unterlassungsbegehr zur Gänze, dem Veröffentlichungsbegehr - unter Abweisung des Mehrbegehrens auf Ermächtigung zur Veröffentlichung auch in der "Neuen Kronen Zeitung" - teilweise und dem Schadenersatzbegehr mit S 46.030,10 sA statt und wies das Mehrbegehr von S 4.456,90 sA ab. Er stellte zusätzlich noch fest, daß die Beklagte gegen den Unterlassungsanspruch ausdrücklich eingewandt hatte, daß sie schon vor der Klageeinbringung den Vertrieb des Mittels "Bonsoria" mit 15. Dezember 1986 einschließlich sämtlicher damit

zusammenhängender Nebentätigkeiten zur Gänze eingestellt habe; auf Grund dieses bewußt wahrheitswidrigen Vorbringens der Beklagten wurde der Sicherungsantrag des Klägers abgewiesen. Rechtlich meinte der Erstrichter, daß die Beklagte, ohne die Voraussetzungen eines Apothekenvertriebes und ohne die Berechtigung nach der Gewerbeordnung zum Versandhandel zu besitzen, "Bonsoria" als Arzneimittel vertrieben habe; darin liege ein Verstoß gegen § 1 UWG. Da eine Wiederholung dieses Verhaltens zumindest nicht unwahrscheinlich sei, bestehe der Unterlassungsanspruch zu Recht. Die Veröffentlichung des Urteils sei auf die Lokalzeitungen zu beschränken, die über die wettbewerbswidrigen Tätigkeiten der Beklagten berichtet hätten.

Die Beklagte habe mit ihren bewußt unrichtigen Behauptungen ihre Wahrheitspflicht § 178 ZPO) rechtswidrig und schulhaft verletzt; sie habe daher dem Kläger den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen.

Das Berufungsgericht hob das - in seinem abweisenden Teil unangefochten gebliebene - Ersturteil, soweit damit dem Zahlungsbegehren stattgegeben worden war, als nichtig auf und wies insoweit die Klage 8 Cg 206/87 zurück; im übrigen bestätigte es dieses Urteil und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteige. Das Urteil über das Zahlungsbegehren zu 8 Cg 206/87 sei nichtig nach § 477 Abs 1 Z 6 ZPO. Die Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO sei Teil der prozessualen Lauterkeitspflicht, deren Verletzung zu prozeß- oder privatrechtlichen Folgen führen könne, bedeute sie doch mutwillige Prozeßführung. Diese rechtfertige im laufenden Rechtsstreit gemäß § 408 ZPO auf Antrag der obsiegenden Partei den Zuspruch eines Schadenersatzbetrages. Dieser im materiellen Recht begründete Schadenersatzanspruch könne bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz nur im Rechtsstreit selbst geltend gemacht, nicht aber selbständig eingeklagt werden. Eine selbständige Klageführung komme nur in Frage, wenn die Ansprüche erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden seien. Zwar sei über den Kostenersatzanspruch im Provisorialverfahren endgültig entschieden worden; dem Kläger wäre es aber dennoch möglich gewesen, im Hauptverfahren einen Antrag nach § 408 ZPO zu stellen. Die Klage sei im Umfang des Zuspruches wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen und das darüber abgeführte Verfahren als nichtig aufzuheben.

Das Urteil über die Klage 8 Cg 368/86 sei hingegen zu bestätigen. Daß die Beklagte vor der Einbringung dieser Klage wettbewerbswidrig gehandelt hatte, bilde keinen Streitpunkt. Im Hinblick auf die Feststellungen treffe es aber auch nicht zu, daß die Beklagte über einen Zeitraum von zwei Jahren ein wettbewerbsrechtliches Wohlverhalten an den Tag gelegt habe, liege doch der wettbewerbswidrige Geschäftsfall Dr.B*** nur rund ein Jahr zurück. Dieser Fall zeige aber auch auf, daß die Beklagte trotz der vereinbarten und nicht gerade geringen Konventionalstrafe von S 150.000 nicht nur vereinbarungs-, sondern auch wettbewerbswidrig gehandelt habe. Wie der Fall Dr.B*** zeige, treffe es auch nicht zu, daß die Beklagte nach dem 15. Dezember 1986 sämtliche Neubestellungen abgewiesen hat. Die Mitteilung in der "Pongauer Zeitung" vom 19. Februar 1987 möge zwar durchaus eine Information der Öffentlichkeit über die Aufgabe der Rechte an dem Mittel "Bonsoria" durch die Beklagte geliefert haben; sie sei aber nicht geeignet, den Rechtsschutz einer Klageführung zu gewährleisten. Die Wiederholungsgefahr könne auch nicht deshalb verneint werden, weil die Beklagte der Klägerin einen vollstreckbaren Vergleich über ihre Unterlassungspflichten angeboten habe, denn sie habe nicht auch gleichzeitig die Veröffentlichung des Vergleiches auf ihre Kosten in angemessenem Umfang angeboten. Da in den "Pongauer Nachrichten" und im "Blick" über den Vertrieb des Mittels "Bonsoria" durch die Beklagte und ihren Mann berichtet worden sei, erscheine es zur Erreichung des gleichen Auffälligkeitswertes und damit zur Aufklärung des Publikums notwendig, auch die Urteilsveröffentlichung in diesen Organen erscheinen zu lassen.

Gegen den Beschuß des Berufungsgerichtes auf Zurückweisung der Klage 8 Cg 206/87 richtet sich der Rekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Ersturteil in diesem Punkt wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen den bestätigenden Ausspruch des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde; auch die Beklagte stellt hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

Die Beklagte beantragt den Rekurs der Klägerin als verspätet zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben. Der Kläger begeht, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

I. Zum Rekurs des Klägers:

Dieses Rechtsmittel ist entgegen der Meinung der Beklagten nicht verspätet: Da es sich gegen einen Beschuß richtet, mit dem eine Klage nach Eintritt der Streitähnlichkeit zurückgewiesen worden ist, gilt die Rechtsmittelfrist von 4 Wochen (§ 521 Abs 1, § 521 a Abs 1 Z 3 ZPO).

Der Rekurs ist aber nicht berechtigt.

Der Meinung des Rekursgerichtes, die Klage 8 Cg 206/87 sei deshalb zurückzuweisen, weil dem Kläger zur Geltendmachung des damit erhobenen Anspruches (nur) ein Antrag nach § 408 ZPO offengestanden wäre, kann nicht geteilt werden. Gemäß § 408 Abs 1 ZPO kann das Gericht die unterliegende Partei, die offenbar mutwillig Prozeß geführt hat, auf Antrag der siegenden Partei zur Leistung eines entsprechenden Entschädigungsbetrages verurteilen. Diese Vorschrift bezweckt, den Streitfall auch so weit zu erledigen, als dem Sieger aus der Prozeßführung selbst - nach dem materiellen Recht zu beurteilende - Schadenersatzansprüche, wie etwa der Anspruch auf Gewinnentgang oder auf Ersatz des durch die mittlerweile eingetretene Geldentwertung erwachsenen Schadens (Fasching III 669 f mit Nachweisen aus der Rechtsprechung), entstanden sind. Da der Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO immer nur der siegreichen Partei - neben dem Haupt- und dem Kostenanspruch - zuerkannt werden kann, kommt der Zuspruch von Verfahrenskosten, die dem Antragsteller im Hinblick auf den für ihn negativen Verfahrensausgang auferlegt und - als eigene Kosten - von ihm selbst zu tragen sind, begrifflich nicht in Frage. Das gilt auch für die Kosten eines Zwischenstreites, der zum Nachteil des Entschädigungswerbers ausgegangen ist, weil er eben in diesem Umfang nicht siegende Partei ist. Der Kläger hat daher mit Recht gar nicht den Versuch unternommen, im Hauptverfahren den ihm im Sicherungsverfahren in Form von Prozeßkosten entstandenen Schaden gemäß § 408 ZPO zu verlangen.

Hingegen trifft der Einwand der Beklagten zu, daß über die vom Kläger geltend gemachten Kostenbeträge ausschließlich in dem dafür vorgesehenen Kostenbestimmungsverfahren (§§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 41 ff ZPO) abzusprechen war. Auch wenn der Kläger sein Klagebegehren auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes zu stützen versucht, handelt es sich in Wahrheit doch nur darum, daß er eine Abänderung der im Provisorialverfahren zwischen ihm und der Beklagten ergangenen Kostenentscheidung in dem Sinn erreichen will, daß ihm die Beklagte nicht nur die ihr zugesprochenen Kosten zurückzuerstatten, sondern darüber hinaus auch die dem Kläger aufgelaufenen Kosten zu ersetzen habe. Dem steht aber die Rechtskraft der im Sicherungsverfahren ergangenen Kostenentscheidung entgegen, die deren Abänderung im Klageweg verhindert, auch wenn der Rechtsgrund des Schadenersatzes geltend gemacht wird (Fasching I 152; 8 Ob 520/84; vgl JBI 1936, 193 und SZ 18/41). Keine Prozeßpartei kann sich darauf berufen, daß eine formell rechtskräftige Entscheidung nicht richtig sei, stellt doch eine solche "hinsichtlich der von ihr entschiedenen Rechtsschutzansprüche unbestreitbar, dauernd, bindend und daher unwiederholbar und unabänderbar die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien fest" (Pollak, System2, 531; SZ 44/14). Diese (Rechtskraft-)Wirkung - deren auch Beschlüsse, mit denen über Rechtsschutzanträge entschieden wurde, wie Urteile (§ 411 Abs 1 ZPO) teilhaftig werden (Fasching III 697 f und 823) -, kann nur auf den in der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Wegen (wie etwa Wiedereinsetzung, Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage) beseitigt werden (SZ 44/14).

Da das Berufungsgericht somit die Klage 8 Cg 206/87 im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen hat, mußte der Rekurs erfolglos bleiben. Der Ausspruch über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

II. Die Revision der Beklagten ist nicht berechtigt. Die Beklagte hält auch in dritter Instanz an ihrer Auffassung fest, daß auf Grund des festgestellten Sachverhaltes - und allenfalls auf Grund weiterer, von ihr vermißter

Feststellungen - die Wiederholungsgefahr zu verneinen sei. Dem ist nicht zu folgen.

Wie schon die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, spricht die Vermutung dafür, daß, wer gegen das UWG verstößen hat, hiezu neuerdings geneigt sein wird; Sache des Täters ist es, besondere Umstände darzutun, die eine Wiederholung seiner Handlung als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (Hohenecker-Friedl 86; ÖBI 1981, 45 uva). Nun kann die Beklagte wohl selbst nicht ernstlich behaupten, daß eine Wiederholung ihrer unzulässigen Handlungsweise, also ein neuerliches Vertreiben eines Arzneimittels wie des Kopf- und Körpershampoos "Bonsoria" im Klein- und Versandhandel, unmöglich wäre; es kann aber auch keine Rede davon sein, daß eine solche Wiederholung äußerst unwahrscheinlich wäre. Daß die Beklagte ihre Rechte an dem Shampoo "Bonsoria" der V***-AG abgetreten und für den Fall der Vertragsverletzung eine Konventionalstrafe vereinbart hat, hindert einen künftigen Vertrieb dieses Mittels durch sie schon deshalb nicht, weil sie ja die Rechte wieder erwerben könnte. Außerdem besteht durchaus die Möglichkeit, daß sie dem Vertrag mit der V***-AG in der Annahme zuwiderhandelt, sie würde nicht entdeckt und daher auch nicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe

herangezogen werden. Im übrigen kann auch nicht ausgeschlossen werden, daß die Beklagte von der B*** Gesellschaft mbH, deren Geschäftsführer ihr Ehemann ist und die nun das Mittel "Bonsoria" erzeugt und vertreibt, diesen Artikel zum Weitervertrieb erhält, ohne damit Gefahr zu laufen, eine Konventionalstrafe zahlen zu müssen. Daß sie tatsächlich Zugang zu dem Mittel hat und es als Mitglied der österreichischen P*** Gesellschaft empfiehlt, steht fest. Auch dann, wenn die Vorinstanzen die Feststellung getroffen hätten, daß Amtsorgane des Finanzamtes St.Johann i.P. am 13. Mai 1987 bei einer amtlichen Nachschau festgestellt haben, daß die Beklagte ihre gewerbliche Tätigkeit zur Gänze eingestellt hat, käme man zu keiner anderen Beurteilung, geht es doch nicht darum, ob sie derzeit ein Lager mit dem Shampoo "Bonsoria" hält, sondern nur darum, ob sie in Zukunft dieses Produkt abermals vertreiben wird. Auch die Rücknahme ihres Gesuches um Gewerbeanmeldung spricht nicht gegen die Möglichkeit, daß die Beklagte wiederum ohne Gewerbeberechtigung beim Vertrieb dieses Artikels als Arzneimittel tätig werden könnte.

Selbst wenn man aber die Wiederholungsgefahr nur deshalb bejahen wollte, weil die Beklagte entgegen ihrer ursprünglichen Prozeßbehauptung (zumindest) im Fall Dr.Philipp B*** auch nach dem 15. Dezember 1986 das Shampoo "Bonsoria" verkauft hat, wäre für die Beklagte nichts zu gewinnen. Ihre Revisionsausführungen gehen hier nicht von den Feststellungen der Vorinstanzen, sondern von ihrer Darstellung des Sachverhaltes aus. Nach den für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen der Tatsacheninstanzen hatte Dr.Philipp B*** bei einem Telefonat mit der Beklagten zwischen dem

10. und dem 20.Dezember 1986 nur sein Interesse an "Bonsoria" bekundet und - ohne eine bestimmte Menge bestellt oder einen bestimmten Termin genannt zu haben - angekündigt, er werde möglicherweise in den Weihnachtsfeiertagen zur Beklagten kommen. Bei dieser Sachlage kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, daß sie sich im Jänner 1987 bereits an einen Vertrag mit Dr.B*** gebunden erachtet hätte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang geltend gemachte Mängelhaftigkeit des Verfahrens zweiter Instanz liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

Die Beklagte kann auch aus ihrem Vergleichsangebot vom 10. September 1987 (S 93) nichts gewinnen. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung beseitigt ein - wenngleich vom Kläger abgelehntes - Angebot des Beklagten, sich in einem vollstreckbaren Vergleich zu der vom Kläger begehrten Unterlassung zu verpflichten und ihm damit all das zu bieten, was er durch ein seinem Unterlassungsbegehrten stattgebendes Urteil erlangen könnte, regelmäßig die Wiederholungsgefahr (SZ 51/87; MR 1989, 145 mwN). Begehrt der Kläger auch die Urteilsveröffentlichung, so beseitigt das Vergleichsangebot die Wiederholungsgefahr nur dann, wenn dem Kläger zugleich auch die Veröffentlichung des Vergleiches auf Kosten des Beklagten in angemessenem Umfang angeboten wird (ÖBI 1984, 135 ua). Nur ein nicht gerechtfertigtes Veröffentlichungsbegehrten braucht der Beklagte nicht zu berücksichtigen; es genügt, wenn sein Angebot alles das umfaßt, was der Kläger im Rechtsstreit ersiegen könnte (ÖBI 1985, 16). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte einen vollstreckbaren Vergleich nur über ihre Unterlassungspflicht angeboten, das Veröffentlichungsbegehrten jedoch ausdrücklich zur Gänze bestritten. Es trifft zwar zu, daß die Klägerin ursprünglich ein Veröffentlichungsbegehrten gestellt hat, das sie in der Folge zum Teil selbst änderte und das zum Teil - rechtskräftig - abgewiesen wurde. Schon vor dem Vergleichsangebot der Beklagten hatte aber die Klägerin die Veröffentlichung des Urteils auch in den "Pongauer Nachrichten" und im "Blick" begehrt (S 93). Da die Vorinstanzen - wie bei der weiteren Behandlung der Rechtsrüge noch darzulegen sein wird - diesem Teil des Veröffentlichungsbegehrten mit Recht stattgegeben haben, hat die Beklagte mit ihrem Vergleichsvorschlag dem Kläger nicht all das angeboten, was dieser mit Urteil ersiegen konnte. Ihr Vergleichsangebot war daher im Sinne der ständigen Rechtsprechung nicht geeignet, die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu widerlegen. Daß die Beklagte die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens im Prozeß nicht mehr bestritten hat, reicht allein für den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht aus.

Daß sie mit dem beanstandeten Vertrieb gegen § 1 UWG verstoßen hat, zieht die Beklagte mit Recht nicht in Zweifel. Da nach dem oben Gesagten weiterhin die Gefahr eines neuerlichen Zu widerhandelns besteht, ist der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu bejahen. Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse an der Veröffentlichung dieses Urteils in den Zeitungen, die über den Vertrieb des Mittels "Bonsoria" durch die Beklagte berichtet haben, also im "Blick" und in den "Pongauer Nachrichten". Aus der Mitteilung in der "Pongauer Zeitung" vom 19.Februar 1987 geht - anders als aus einer Urteilsveröffentlichung - nicht hervor, daß sich die Beklagte beim Handeln mit diesem Shampoo über Gesetze hinweggesetzt, also rechts- und sittenwidrig gehandelt hat; der bloße Bericht, daß sie nun ihre "Rechte an Bonsoria verkauft" habe, reicht zur Aufklärung des Publikums nicht hin.

Den Umstand, daß sie ihren Gewerbebetrieb liquidiert habe, kann die Beklagte nicht mit Erfolg ins Treffen führen, hat sie doch schon bisher der Mangel einer Gewerbeberechtigung nicht daran gehindert, den beanstandeten Vertrieb zu

führen. Da entgegen dem Standpunkt der Beklagten von der Möglichkeit eines neuerlichen Zuwiderhandelns auszugehen ist, kann das Veröffentlichungsinteresse des Klägers auch nicht mit dem Hinweis darauf verneint werden, daß die "Anlaßtat" so lange zurückliege, daß kein Informationsbedürfnis mehr bestehe. Zwischen dem - maßgebenden (§ 406 ZPO; ÖBI 1986, 68 ua) - Schluß der Verhandlung erster Instanz (7.Jänner 1987) und dem letzten festgestellten Zuwiderhandeln der Beklagten ist im übrigen ein Zeitraum von nur etwa einem Jahr verstrichen; daß im Hinblick auf diesen Zeitablauf kein Veröffentlichungsinteresse mehr bestünde, kann aber keinesfalls gesagt werden (vgl ÖBI 1979, 118; ÖBI 1980, 159; ÖBI 1981, 51 ua).

Die Revision mußte mithin erfolglos bleiben.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E20643

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:0040OB00044.9.0403.000

Dokumentnummer

JJT_19900403_OGH0002_0040OB00044_9000000_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