

# TE OGH 1986/2/18 4Ob321/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.1986

## 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 T\*\*\* WERBUNG Agentur für Marketing und Beratung Gesellschaft m.b.H., Kufstein, Gewerbehof 1, vertreten durch Dr. Wilfried Plattner, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Peter B\*\*\*, Inhaber einer Werbeagentur in Kufstein, Fischergries Nr. 18, vertreten durch Dr. Harald Meder, Rechtsanwalt in Kufstein, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 330.000,--) infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 17. September 1984, GZ 6 R 182/84-50, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 5. April 1984, GZ 14 Cg 305/81-39, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben; die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung - einschließlich ihrer unangefochten gebliebenen oder bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile - insgesamt zu lauten hat:

"Der Beklagte ist schuldig, es bei Exekution zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs durch Veröffentlichungen in Zeitungen zu behaupten, sein Unternehmen gehöre zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs. Das Mehrbegehren der Klägerin, dem Beklagten auch die weiteren Behauptungen, er übe befugt das Gewerbe der Managementberatung und Marktforschung aus, beschäftige sechs Mitarbeiter und betreue den Werbeetat namhafter österreichischer Firmen, zu untersagen, wird abgewiesen.

Die Klägerin wird ermächtigt, den stattgebenden Teil dieses Urteilsspruches binnen 3 Monaten nach Rechtskraft auf Kosten des Beklagten in einer Ausgabe der Zeitung "Wörgler und Kufsteiner Rundschau" mit Umrandung und gesperrt geschriebenen Prozeßparteien zu veröffentlichen; eine gleichartige Ermächtigung wird dem Beklagten in Ansehung des abweisenden Teiles des Urteilsspruches erteilt.

Die Verfahrenskosten werden gegeneinander aufgehoben."

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin 1/5 der mit S 23.803,65 (darin S 2.880,-- Barauslagen und S 1.902,15 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens, das sind S 4.760,73, sowie die Hälfte der mit S 6.865,35 (darin S 960,-- Barauslagen und S 536,85 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens, das sind S 3.432,68, binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Auf Veranlassung des Beklagten, welcher in Kufstein eine Werbeagentur betreibt, erschien am 1. April 1981 in der

"Wörgler und Kufsteiner Rundschau" - einer vor allem im Raum von Wörgl und Kufstein verbreiteten Wochenzeitung - in der Rubrik "Rundschau-Ortsnachrichten" ein am Ende mit "p.r." gekennzeichneter Artikel (Beilage B), in welchem unter der Überschrift "Fünf Jahre Werbeagentur Baumgartner" unter anderem behauptet wurde, das Unternehmen des Beklagten gehörte heute zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs; der Beklagte beschäftige in seinem Kufsteiner Betrieb sechs Mitarbeiter und betreue den Werbeetat namhafter österreichischer Firmen. Nach einem Hinweis auf den von 1979 auf 1980 erzielten Etatzuwachs von 60 % und den für 1981 zu erwartenden Zuwachs von weiteren 40 % hieß es sodann: "Ein Grund dafür dürfte im 'PB'-Fullservice liegen: Managementberatung, Marktuntersuchung, Schaffung des Images, Gestaltung der Werbemittel, sei es in Form eines Fernseh- oder Fundfunkspots oder in Illustrierten, Tages- bzw. Regionalzeitungen, Designs für Produkte und Verpackung, Messebau usw.".

Mit der Behauptung, daß diese Ankündigungen des Beklagten unrichtig und im Sinne des § 2 UWG zur Irreführung des angesprochenen Publikums geeignet seien, beantragt die klagende Mitbewerberin, den Beklagten schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, durch Veröffentlichungen in Zeitungen im geschäftlichen Verkehr (ua.) den Eindruck zu erwecken, daß

a) sein Unternehmen zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs gehöre,

b)

er in seinem Kufsteiner Betrieb sechs Mitarbeiter beschäftige,

c)

er den Werbeetat namhafter österreichischer Firmen betreue und

d)

er befugt das Gewerbe der Managementberatung und Marktuntersuchung ausübe:

außerdem verlangt sie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten des Beklagten in vier namentlich genannten Tages- und Wochenzeitungen.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und die Ermächtigung zur Veröffentlichung des abweisenden Urteilsspruches auf Kosten der Klägerin in der "Kufsteiner Rundschau". Ganz abgesehen davon, daß die Zurechnung zu den "führenden Werbeagenturen Westösterreichs" ein reines Werturteil ohne Tatsachengrundlage sei, entspreche diese Behauptung ebenso wie die übrigen Angaben des beanstandeten Inserates den tatsächlichen Verhältnissen. Der Beklagte habe zwar keine Gewerbeberechtigung für Managementberatung und Marktuntersuchung, ziehe aber zur Erledigung entsprechender Kundenaufträge befugte Unternehmen heran.

Unbestritten ist, daß der Beklagte auch keine Gewerbeberechtigung für Betriebsorganisation und Betriebsberatung hat.

Das Erstgericht erkannte im Sinne der Unterlassungsbegehren zu

a) und d) und wies das Mehrbegehr ab; zugleich ermächtigte es die Klägerin zur Veröffentlichung des stattgebenden Teiles des Urteilsspruches und den Beklagten zur Veröffentlichung des abweisenden Teiles des Urteilsspruches jeweils in der "Wörgler und Kufsteiner Rundschau". Dieser Entscheidung liegen ua. folgende wesentliche Sachverhaltsfeststellungen zugrunde:

Die auf dem Markt befindlichen, miteinander im Wettbewerb stehenden Werbeagenturen werden nach Art und Qualität ihrer kreativen Leistungen, nach Art und Größe ihrer Auftraggeber und der ihnen von diesen entgegengebrachten Kundentreue, aber auch nach der Betriebsgröße und dem wirtschaftlichen Erfolg unterschieden. Von besonderer Bedeutung ist dabei der sogenannte kreative Bereich jeder Agentur, welcher im wesentlichen die Schaffung von Werbeideen sowie deren Gestaltung und Ausführung in bestimmten Werbemitteln umfaßt. Dem kreativen Bereich einer Werbeagentur steht im wesentlichen die Tätigkeit der Werbemittelung gegenüber, wobei das Verhältnis der beiden Bereiche zueinander je nach der Art des Betriebes unterschiedlich ist.

Bezogen auf das gesamte Bundesgebiet, haben die in Westösterreich - also in Salzburg, Tirol und Vorarlberg - ansässigen Werbeagenturen insgesamt nur geringe Marktbedeutung. Die etwa 500 Unternehmen Österreichs, die jährlich für die Werbung mindestens 2 Millionen Schilling aufwenden, sind ebenso wie die großen Werbeagenturen

vorwiegend nicht in Westösterreich ansässig. Kleine Werbeagenturen erreichen in Österreich einen durchschnittlichen Jahresumsatz von schätzungsweise bis zu 15 Millionen Schilling, mittlere Agenturen einen Jahresumsatz von etwa 15 bis 20 Millionen Schilling, große Werbeagenturen einen darüber hinausgehenden Umsatz. Die Anzahl der Mitarbeiter ist für die Unterscheidung der Werbeagenturen ohne besondere Bedeutung. Kleine Agenturen verfügen über 6 bis 10 Mitarbeiter, mittlere Agenturen über 10 bis 25 Mitarbeiter, große Agenturen über einen noch größeren Mitarbeiterstab.

Unter den eben genannten 500 österreichischen Unternehmen war die in Kufstein ansässige Agentur des Beklagten zur fraglichen Zeit (erstes Halbjahr 1981) nicht oder nahezu nicht bekannt; sie hatte damals nur in Westösterreich Marktgeltung erlangt. Das Unternehmen des Beklagten bestand zu dieser Zeit seit rund 5 Jahren. Zur fraglichen Zeit waren in Westösterreich schätzungsweise etwa 200 Werbeagenturen von teilweise sehr unterschiedlicher Betriebsart und Betriebsgröße tätig. Von diesen Mitbewerbern des Beklagten hatten etwa 10 bis 15 Werbeagenturen in Westösterreich größere Marktbedeutung als das Unternehmen des Beklagten. Bezogen auf die damals in Westösterreich tätigen Agenturen hatte der Betrieb des Beklagten eine durchschnittliche Größe, einen etwa durchschnittlichen Jahresumsatz und einen durchschnittlichen Mitarbeiterstand. In der Agentur des Beklagten hatte jedoch der kreative Bereich einen im Verhältnis zur Werbemittlung überdurchschnittlich hohen Anteil. Bezogen auf die kreativen Leistungen gehörte die Agentur des Beklagten zur fraglichen Zeit zum oberen Drittel aller in Westösterreich tätigen Werbeagenturen; daß sie jedoch in diesem oberen Drittel in ihren kreativen Leistungen eine Spitzenstellung neben anderen Agenturen eingenommen hätte, ist nicht erwiesen.

Der Beklagte hatte zur fraglichen Zeit eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Werbungsmittelung und Werbungsberatung, nicht aber für Managementberatung und Marktuntersuchung. Es ist üblich, daß Werbeagenturen, wenn derartige Leistungen im Rahmen ihrer Kundenaufträge zu erbringen sind, ihrerseits für Marktforschung und Managementberatung befugte Unternehmen beauftragen. Rechtlich meinte das Erstgericht, daß das Wort "führend" keine "inhaltsleere Worthülse" sei; es treffe nur für einige wenige Mitbewerber zu, die gemeinsam an der Spitze aller übrigen Konkurrenten stünden. Nach dem festgestellten Sachverhalt habe der Beklagte zu Unrecht behauptet, daß seine Agentur zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs gehöre. Sie sei zwar in kreativer Hinsicht überdurchschnittlich gut gewesen, doch habe auch für diesen Bereich eine tatsächliche Spitzenstellung nicht erwiesen werden können. Wer bei rund 200 Unternehmen gleicher Art nicht zu den ersten 10 bis 15 gehöre, dürfe sich nicht als "führend" bezeichnen, zumal neben den kreativen Leistungen auch die Größe, die wirtschaftliche Bedeutung und der Kundenstock nicht vernachlässigt werden dürften. Durch seinen Hinweis auf "Managementberatung" und "Marktuntersuchung" - ohne gleichzeitigen Hinweis darauf, daß er solche Aufträge im Bedarfsfall an andere, dazu befugte Unternehmen weitergebe - habe der Beklagte auch den unrichtigen Eindruck erweckt, gewerbeberechtlich zur Ausübung der angeführten Tätigkeiten befugt zu sein. Die zu b) und c) beanstandeten Behauptungen des Inserates entsprachen den Tatsachen.

Das Urteil des Erstgerichtes wurde von beiden Parteien - von der Klägerin jedoch nur hinsichtlich der Behauptung zu b) - fristgerecht mit Berufung bekämpft.

Das Berufungsgericht gab keiner der beiden Berufungen Folge und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, S 60.000--, nicht aber S 300.000-- übersteigt und die Revision zulässig sei. Von den als unbedenklich übernommenen Feststellungen des Ersturteils ausgehend, billigte das Berufungsgericht auch die rechtliche Beurteilung dieses Sachverhalts durch das Prozeßgericht erster Instanz.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird (nur) vom Beklagten mit Revision aus dem Grund des§ 503 Abs 1 Z 4 ZPO bekämpft. Der Beklagte beantragt, die angefochtene Entscheidung im Sinne der gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die hier zu beurteilenden, in der Rechtsprechung bisher nicht behandelten Fragen, unter welchen Voraussetzungen sich eine Werbeagentur als in einem bestimmten örtlichen Bereich "führend" bezeichnen darf, sowie ob der im Zusammenhang mit dem angebotenen "Fullservice" stehende Hinweis auf "Managementberatung" und "Marktuntersuchung" den Eindruck erwecken kann, daß die Agentur selbst über entsprechende Gewerbeberechtigungen verfüge, über den konkreten Fall hinaus von erheblicher Bedeutung für die

Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung sind (§ 502 Abs 4 Z 1 ZPO).

Die Revision ist auch zum Teil berechtigt.

1. Wie der Oberste Gerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat (SZ 52/94 = ÖBI 1980, 7 mit weiteren Nachweisen) kann eine Werbebehauptung, die den Eindruck einer Spitzenstellung des Werbenden, zumindest aber - wie hier - die Vorstellung überdurchschnittlicher Qualität seiner Waren oder Leistungen erwecken kann, in der Regel nicht mehr als rein subjektive, nur die persönliche Meinung des Werbenden zum Ausdruck bringende Meinungskundgebung beurteilt werden (ebenso Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 14, 1189 § 3 dUWG RN 369). Auch die beanstandete Werbeaussage, nach welcher das Unternehmen des Beklagten "zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs gehöre", ist entgegen der Meinung der Revision einer objektiven Nachprüfung im Sinne des § 2 UWG zugänglich. Ihre Zulässigkeit hängt demgemäß primär von ihrer sachlichen Richtigkeit ab. Dabei kommt es bei einer Werbung mit der Größe oder der Bedeutung eines Unternehmens, wie sie hier vorliegt, vor allem darauf an, welche Faktoren nach der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise in einem solchen Fall als vorhanden angenommen werden; werden hiefür im Einzelfall mehrere Faktoren als bestimmd betrachtet, dann ist die betreffende Werbebehauptung schon dann unzulässig, wenn auch nur einer dieser Faktoren, den ein nicht unbeträchtlicher Teil des Publikums als vorliegend erachtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht im Einklang steht (Baumbach-Hefermehl aaO). Nach den Feststellungen der Vorinstanzen werden die auf dem Markt miteinander konkurrierenden Werbeagenturen nach Art und Qualität ihrer kreativen Leistungen, nach Art und Größe ihrer Auftraggeber und der ihnen von diesen entgegengebrachten Kundentreue, aber auch nach der Betriebsgröße und dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens unterschieden. Nur im erstgenannten, wenngleich besonders bedeutsamen "kreativen" Bereich gehörte die Agentur des Beklagten in der fraglichen Zeit (Frühjahr 1981) zum oberen Drittel der rund 200 damals in Westösterreich tätigen Agenturen; im übrigen wies sie nur durchschnittliche Betriebsgröße, einen durchschnittlichen Jahresumsatz und einen durchschnittlichen Mitarbeiterstand auf. Selbst wenn man also dem Unternehmen des Beklagten im Bereich seiner kreativen Leistungen tatsächlich eine "führende" Stellung unter den westösterreichischen Werbeagenturen zubilligen wollte - in welche Richtung auch die Feststellung des angefochtenen Urteils weist, daß nur etwa 10 bis 15 Werbeagenturen in Westösterreich größere "Marktbedeutung" als die Agentur des Beklagten hatten -, stand dennoch der Umstand, daß ihr bei allen anderen von den beteiligten Verkehrskreisen als bedeutsam angesehenen Kriterien (Betriebsgröße, wirtschaftlicher Erfolg, Mitarbeiterstand) nur durchschnittliche Bedeutung zukam, im Sinne der obigen Rechtsausführungen der Annahme seiner Zugehörigkeit zu den "führenden Werbeagenturen Westösterreichs" entgegen. Die Behauptung der Revision, daß der Beklagte in Beilage B eine führende Position ohnehin nur für den kreativen Bereich seines Unternehmens in Anspruch genommen habe, findet im Wortlaut des beanstandeten Inserates keine Deckung. Bei dieser Sachlage haben die Vorinstanzen dem Beklagten die Behauptung, sein Unternehmen gehöre zu den führenden Werbeagenturen Westösterreichs, zu Recht untersagt.

2. Mit Grund wendet sich der Beklagte aber gegen die Annahme der Vorinstanzen, daß er durch den Hinweis auf "Managementberatung" und "Marktuntersuchung" den irrgen Eindruck einer gewerbebehördlichen Befugnis zur Ausübung dieser Tätigkeiten erweckt habe. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils sind zwar zur Durchführung von Managementberatung und Marktforschung entsprechende Gewerbeberechtigungen notwendig; es ist aber üblich, daß Werbeagenturen, die derartige Leistungen im Auftrag ihrer Kunden zu erbringen haben, ihrerseits zur Marktforschung und Managementberatung befugte Unternehmen beauftragen (ON 50 S 318). Mit dieser tatsächlichen Annahme der Vorinstanzen ist dem Vorwurf, der Beklagte habe auch in diesem Punkt gegen § 2 UWG verstoßen, der Boden entzogen: Wenn eine solche Weitergabe von Kundenaufträgen zur Managementberatung und Marktforschung an dazu befugte (Sub-)Unternehmer im Geschäftsbetrieb einer Werbeagentur üblich ist, dann kann ein entsprechender, im Zusammenhang mit dem Angebot eines "Fullservice" gemachter Hinweis einer Werbeagentur von den angesprochenen Verkehrskreisen - also den werbungstreibenden Unternehmen - nicht dahin mißverstanden werden, daß die betreffende Agentur die dazu nötigen Gewerbeberechtigungen selbst besitze. Auch eine mehrdeutige Ankündigung, bei welcher der Werbende im Zweifel auch die für ihn ungünstigere Auslegung gegen sich gelten lassen müßte, liegt hier nicht vor. Der Revision des Beklagten war deshalb in diesem Punkt Folge zu geben und in teilweiser Abänderung der Urteile der Vorinstanzen auch das Begehr der Klägerin, dem Beklagten die Behauptung, er übe befugt das Gewerbe der Managementberatung und Marktuntersuchung aus, zu untersagen, abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 43, 50 ZPO. Bei der Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens war davon auszugehen, daß jener Teil des Unterlassungsbegehrens, mit welchem die Klägerin endgültig

obsiegt hat, nach seiner Bedeutung und dem hiefür erforderlichen Verfahrensaufwand etwa gleich schwer wiegt wie die drei übrigen, letztlich abgewiesenen Teilbegehren; gemäß § 43 Abs 1 Satz 1 ZPO waren daher die Verfahrenskosten erster Instanz gegeneinander aufzuheben. Gegenstand des Berufungsverfahrens waren - von den beiderseitigen, hier nichts in Gewicht fallenden Veröffentlichungsbegehren abgesehen - nur noch drei Unterlassungsbegehren mit einem Gesamtstreitwert von (S 150.000,-- + S 50.000,-- + S 50.000,--) S 250.000,--. Da der Kläger im Ergebnis (nur) mit jenem Teilbegehren durchgedrungen ist, dessen Wert nach dem Gesagten mit der Hälfte des Gesamtstreitwertes, also mit S 150.000,-- zu veranschlagen ist, hat ihm der Beklagte (3/5 minus 2/5 =) 1/5 der Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen. Im Revisionsverfahren hat die Klägerin gleichfalls mit dem erstgenannten Teilbegehren (Streitwert S 150.000,--) obsiegt, während sie mit einem weiteren Teilbegehren (Streitwert S 50.000,--) unterlegen ist; sie hat daher Anspruch auf Ersatz der halben Kosten dieses Verfahrensabschnittes.

#### **Anmerkung**

E07638

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00321.85.0218.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860218\_OGH0002\_0040OB00321\_8500000\_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)