

**OGH 1990/09/11, 4 Ob 118/90**

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 M\*\*\* Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Gesellschaft m.b.H. & Co KG, Wien 19., Muthgasse 2, vertreten durch Dr. Ewald Weiss, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei "DIE G\*\*\* W\*\*\*" Zeitschriftengesellschaft m.b.H., Wien 16., Odoakergasse 34-36, vertreten durch Dr. Michael Graff, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 480.000,--), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 1.Juni 1990, GZ 3 R 57/90-10, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 1.Februar 1990, GZ 37 Cg 87/90-4, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, folgenden

**Beschluß**

gefaßt:

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben; der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß der Beschluß des Erstgerichtes in der Hauptsache wiederhergestellt wird. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei 3/4 der mit S 12.236,40 (darin enthalten S 2.039,40 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Äußerung, sohin den Betrag von S 9.177,30, binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen. Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig, die beklagte Partei die Kosten ihres Rekurses sowie 1/4 der Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 10.771,20 (darin enthalten S 1.795,20 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der

Rekursbeantwortung sowie 3/4 der mit S 16.698,60 (darin enthalten S 2.783,10 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung, sohin den Teilbetrag von S 12.523,95, insgesamt daher S 23.295,15, binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

#### Begründung:

Die ursprünglich als Erstbeklagte in Anspruch genommene "DIE G\*\*\* W\*\*\* Zeitschriftengesellschaft mbH & Co KG" ist während des Verfahrens von ihrer Komplementärgesellschaft, der ehemaligen Zweitbeklagten, übernommen worden; die ehemalige Zweitbeklagte ist daher als Gesamtrechtsnachfolgerin (§ 142 HGB) nunmehr allein beklagte Partei. Diese Parteienbezeichnung war daher im Kopf der Entscheidung richtigzustellen. Auf Seite 31 der Zeitschrift "DIE G\*\*\* W\*\*\*" vom 11.1.1990 erschien in der Kolumne "Der Spaziergänger" der nachstehende satirische Artikel des Journalisten Günther A\*\*\*:

Engel und Bengel

Auf der Seite 5 des Krone-Blätteleins, der Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen, findet der Leser meist eine Abbildung des Ursus Sinus Dichand. Des Tittenbären.

Der ungewaschene Volksmund nimmt statt des i ein u und statt des ersten n ein l, und nun ist es sicher.... Bleiben wir jedoch bei der wissenschaftlichen Benennung in der Zoologie: Der erste ist der Gattungsname, der zweite der Artnamen, der dritte der Name des "Beschreibers". In unserem Fall: Bär-Busen-Herausnehmer. Ein Übungsbeispiel: Vultur pecunia Vranz. Der Geld-Geier.

Nebenbei: Sinus ist also nicht nur eine tote Winkelfunktion für den pickeligen Mathematikschüler, vielmehr auch seine erste Freizeitgestaltung.

Damit freilich beim Lesen des Bären-Blattes nicht der Eindruck entsteht, zwischen Staberl und Kuhn sei nur das nackte Huhn (für Hobby-Zoologen: Gallina nuda Clarissa - in diesem Fall ist die Ablichterin genannt), läßt Herr D. so manches saubere Geschichtlein einrücken. Etwa: "Der Weihnachtsengel" in der Oberösterreich-Ausgabe vom 22.Dezember 1989. D\*\*\* neuer "Vertriebs-Chef" H\*\*\*, der bekannte Porno-Jäger, auch Zoten-Förster genannt, schickte die Seite 28 der erwähnten Ausgabe an viele Adressen, und so wurden manche Leute ein bißchen verwirrt: Links der Weihnachts-Engel, rechts der Inseraten-Bengel. Links: Es war einmal in einer Weihnachtsnacht, als Gott der Herr einen Engel auf die Erde sandte, um erneut die Botschaft von Liebe und Harmonie zu verkünden. Rechts: Schwangerschaft? Kostenloste Beratung und Soforthilfe. Links: Da küßte der Engel auch die Menschen, und sie träumten von einer heilen Welt. Rechts: Mädchen, aufgepaßt! Hast du finanzielle Probleme? Ab sofort mehr als 2000 Schilling täglich nur ein wenig tanzen, watscheneinfach. Links: Möge der Traum stärker sein als Gewinnsucht und Profitgier. Rechts: Videocassetten, Sexmagazine, Filme, Gummiwaren, alles zu günstigen Preisen. Eroticon.

Immerhin waren an diesem Tag die "guten Kameraden" auf Seite 5 verhüllt. Doch bald kam wieder die Zeit der bloßen Faschings-Krapfen. Der Engel hat übrigens alle Tiere geküßt. Nur den Tittenbären nicht. Die Klägerin - die Verlegerin der Tageszeitung "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*\*" - beantragt zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs a) die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*\*" als "Blättelein" oder als "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" oder mit bedeutungsähnlichen Ausdrücken, b) den Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-

Z\*\*\*", Hans D\*\*\*, als "Tittenbären" oder mit bedeutungsähnlichen Ausdrücken zu bezeichnen und/oder derartige Äußerungen zu verbreiten. Durch die Verwendung der Verkleinerungsform im Wort "Blättelein" sei die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" als auflagenschwache, jedenfalls aber als "mickrige" und qualitativ minderwertige Zeitung hingestellt worden. Mit der Bezeichnung "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" sei zum Ausdruck gebracht worden, daß die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" eben gerade noch als Toilettenpapier tauglich sei; eine andere Deutung dieses Satzes - etwa in dem Sinn, daß das Kleinformat der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" für kleine Wohnungen und kleine Häuser besonders geeignet sei, scheide wegen des gesamten Zusammenhanges mit dem genannten Artikel aus. Mit dem Ausdruck "Tittenbär" sei der Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" der Lächerlichkeit preisgegeben worden. Diese pauschalen Herabsetzungen verstießen gegen das UWG, aber auch gegen § 1330 ABGB. Selbst wenn man den Rest des Artikels als Auseinandersetzung mit dem Inhalt der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" ansehen wollte, seien die beanstandeten Passagen wettbewerbswidrig, weil sie die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" und deren Herausgeber pauschal herabsetzten und mit einer sachlichen, wenn auch kritischen Auseinandersetzung nichts zu tun hätten. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrages. Mit der Bezeichnung "Tittenbär" sei nicht der Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*", sondern - klar erkennbar - das jeweils auf Seite 5 der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" meist mit nacktem Oberkörper abgebildete Fotomodell gemeint gewesen, sei doch in Wien allgemein bekannt, daß man unter "Tuttelbär" in einem "etwas ordinärerem Wienerisch" nicht einen bejahrten Zeitungsherausgeber, sondern ein Mädchen mit entsprechend großer Oberweite verstehe. Die in scherzhafter Weise in Anlehnung an die in der Biologie für Tier- und Pflanzennamen gebräuchliche Nomenklatur verwendete Bezeichnung "Ursus Sinus Dichand" sei schon in der Satire Günther A\*\*\* dahin erklärt worden, daß der erste Name die Gattung, der zweite Name die Art und der dritte Name den "Beschreiber", hier also den Herausgeber der "N\*\*\*-K\*\*\*-Z\*\*\*", bezeichne. Somit sei lediglich zum Ausdruck gebracht worden,

daß auf Seite 5 der "N\*\*\*-K\*\*\*-Z\*\*\*" regelmäßig eine nackte Frau abgebildet werde und der Herausgeber dieser Zeitung Hans D\*\*\* sei. Alle diese Aussagen seien aber wahr. Mit den Ausdrücken "Blättelein" und "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" sei lediglich auf das Kleinformat der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" hingewiesen worden; alles weitere sei nur ein "mehr oder minder originelles satirisches Wortspiel", das die Leser nicht buchstäblich ernst nähmen. Das Erstgericht verbot der Beklagten, die Tageszeitung "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" als "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" oder mit inhaltsgleichen Ausdrücken zu bezeichnen und/oder derartige Äußerungen zu verbreiten; im übrigen wies es den Sicherungsantrag ab. Die Aussage "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" enthalte einen herabsetzenden, die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" als minderwertig abqualifizierenden Tatsachenkern; sie erzeuge beim Leser die herabsetzende Vorstellung, daß diese Zeitung besonders gut als Toilettenpapier geeignet sei. Eine derartige Äußerung über ein Konkurrenzprodukt enthalte keine sachbezogene Information und sei auch nicht als zulässige Teilnahme der Beklagten an einem Meinungsbildungsprozeß zu beurteilen. Mit dem Ausdruck "Blättelein" sei hingegen nur auf das Kleinformat der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*", nicht aber auch auf ihren Inhalt, ihre Auflagenhöhe oder ihre Qualität angespielt worden. Der Ausdruck "Tittenbär" schließlich sei deutlich erkennbar als Bezeichnung für das jeweils auf Seite 5 der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" abgebildete Fotomodell verwendet worden. Der Herausgeber dieses Blattes, Hans D\*\*\*, sei damit - der Wahrheit entsprechend - nur insoweit in Zusammenhang gebracht worden, als er der Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" ist. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag zur Gänze ab und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die Bezeichnungen "Blättelein" und "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen" seien im Zusammenhang mit dem Kleinformat der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" zu verstehen; unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sie im Rahmen einer satirischen Kolumne verwendet worden seien, handle es sich bei beiden Äußerungen um ein mehr oder

weniger originelles, nicht ernst zu nehmendes satirisches Wortspiel. Der Hinweis auf ihre besondere Eignung als Toilettenpapier enthalte keine ernst zu nehmende Abwertung der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*". Die beanstandeten Äußerungen seien auch nicht geeignet, den Absatz der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" zu schmälern; sie verstießen daher weder gegen § 1 noch gegen § 7 UWG. Ob der Tatbestand des § 1330 Abs 2 ABGB erfüllt ist, brauche nicht beurteilt zu werden, weil ein sich daraus allenfalls ergebender Unterlassungsanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 381 EO gesichert werden könnte; eine solche Gefährdung habe die Klägerin aber nicht einmal behauptet. Gegen diesen Beschluß richtet sich der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der gänzlichen Stattgebung des Sicherungsantrages abzuändern, hilfsweise den Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen. Die Beklagte beantragt, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben. Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß die pauschale Herabsetzung von Mitbewerbern oder ihrer Erzeugnisse gegen § 1 UWG verstößt, abgewichen ist; er ist auch teilweise berechtigt. § 7 UWG schützt den Verletzten vor der zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommenen Behauptung oder Verbreitung nicht erweislich wahrer Tatsachen über das Unternehmen eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Unternehmens, über die Waren oder Leistungen eines anderen, sofern diese Tatsachen geeignet sind, den Kredit des Inhabers zu schädigen. "Tatsachen" im Sinne des § 7 Abs 1 UWG sind nach ständiger Rechtsprechung - unabhängig von der im Einzelfall gewählten Formulierung - Umstände, Ereignisse oder Eigenschaften mit einem greifbaren, für das Publikum erkennbaren und von ihm an Hand bekannter oder zu ermittelnder Umstände auf seine Richtigkeit nachprüfbaren Inhalt (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 39; ÖBI 1973, 105; ÖBI 1978, 151; ÖBI 1984, 5; ÖBI 1990, 18; MR 1989, 61; MR 1990, 66). Nicht von § 7 UWG erfaßt hingegen sind das Behaupten und Verbreiten solcher

Tatsachen, die erweislich wahr sind, sowie von Werturteilen, die eine rein subjektive Meinung des Erklärenden wiedergeben und daher objektiv nicht überprüft werden können (ÖBl 1989, 80; MR 1990, 66). Auch eine an sich der Wahrheit entsprechende geschäftsschädigende Behauptung ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Wettbewerb hinreichenden Anlaß hat, den eigenen Wettbewerb mit der Herabsetzung des Mitbewerbers zu verbinden, und sich die Kritik nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen hält; eine unsachliche oder unnötige Herabsetzung der Leistungen eines Mitbewerbers ist demnach sittenwidrig (MR 1990, 66 mwN). Das gleiche gilt für eine pauschale Abwertung von Konkurrenten und deren Erzeugnissen, die keine Tatsachenbehauptungen enthält, sondern mit Schlagworten operiert (Gamerith, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur vergleichenden Werbung - Verbotsprinzip oder Mißbrauchsprinzip? HWR 1988, Heft 6, 7 ff. (23), ÖBl 1984, 5; MR 1989, 61). Mit dem Ausdruck "Krone-Blättelein" wird - wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben - erkennbar auf das Kleinformat der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" Bezug genommen, ohne daß damit - auch die "G\*\*\* W\*\*\*" ist ja ein sogenanntes "Kleinformat" - eine Herabsetzung dieses Konkurrenzproduktes verbunden wäre. Angesichts ihrer Verwendung im Rahmen einer satirischen Darstellung wird aber der Leser dieser Bezeichnung auch keine ernst zu nehmende Abwertung oder Herabsetzung der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" entnehmen (vgl. ÖBl 1990, 18). Anders verhält es sich jedoch mit den Worten "Zeitung mit dem guten Handling im Häuschen": Dieses gleich im ersten Satz des Artikels verwendete Wortspiel enthält keine erkennbare Bezugnahme auf die in dem folgenden Artikel beanstandeten Vorgänge; der Autor stellt vielmehr - ohne weitere Aufklärung - in herabsetzender Weise eine Verbindung zwischen der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" und Toilettenpapier her. Das kann aber von den angesprochenen Lesern - jedenfalls auch - so verstanden werden, daß sich die "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*", wenn schon nicht ausschließlich, so doch besonders gut zur Verwendung als Toilettenpapier eignet. Auch im Rahmen einer satirischen Betrachtung, die sich bekanntermaßen ua des

Mittels der Übertreibung bedient - weshalb jedermann die damit verbundenen Äußerungen auf den in ihnen enthaltenen Tatsachenkern zurückführt - darf aber ein Mitbewerber oder sein Erzeugnis nicht in unsachlicher Weise pauschal herabgesetzt werden. Die mit der beanstandeten Äußerung verbundene Herabsetzung geht über eine zulässige Anspielung auf das Format der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" weit hinaus; sie verstößt daher - ebenso wie gleichartige Äußerungen im Rahmen vergleichender Werbung - zwar nicht gegen § 7 UWG, wohl aber gegen § 1 UWG. Da es sich hier weder um weltanschauliche Auseinandersetzungen noch um eine sachliche Kritik, sondern um eine Äußerung handelt, die das Erzeugnis eines Mitbewerbers pauschal herabsetzt, besteht daran auch kein schutzwürdiges Informationsbedürfnis (MR 1989, 61 mwN). Pauschale Herabsetzungen sind deshalb auch nicht mit dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art.13 StGG, Art.10 MRK) zu rechtfertigen (vgl. ÖBl 1990, 18). Zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, daß mit dem Ausdruck "Tittenbär" nicht der Herausgeber der "N\*\*\*-K\*\*\*-Z\*\*\*" bezeichnet worden ist. Mit den Worten "Auf der Seite 5.... findet der Leser meist eine Abbildung des...." und mit der Bezugnahme des Artikels auf die in der Zoologie gebräuchliche Nomenklatur, wonach der Name eines Tieres aus dem Gattungsnamen, dem Artnamen und dem Namen des "Beschreibers" - an dessen Stelle hier der Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" tritt - gebildet wird, ist vielmehr deutlich klargelegt worden, daß damit das regelmäßig auf Seite 5 der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*" abgebildete, meist nur spärlich bekleidete Fotomodell gemeint war. Schon deshalb erweist sich lit b des Sicherungsantrages, mit dem ein Verbot erreicht werden soll, den Herausgeber der "N\*\*\* K\*\*\*-Z\*\*\*", Hans D\*\*\*, als "Tittenbären" zu bezeichnen, als nicht berechtigt. In teilweiser Stattgebung des Revisionsrekurses war daher in der Hauptsache der Beschluß des Erstgerichtes zur Gänze wiederherzustellen. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich in Ansehung des Klägers auf § 393 Abs 1 EO. Die Beklagte hat hingegen bereits in ihrem Rekurs mit Recht

gerügt, daß das Erstgericht ihren Teilerfolg hätte bewerten und ihr den entsprechenden Teil ihrer Kosten hätte zusprechen müssen. Gelingt nämlich dem Beklagten die Abwehr des Sicherungsantrages, dann ist die Entscheidung über seine Kosten des Provisorialverfahrens nicht vorzubehalten; er hat vielmehr Anspruch auf Ersatz dieser Kosten gemäß §§ 78, 402 EO, §§ 41, 52 Abs 1 ZPO. Kann er nur einen Teil des Sicherungsantrages abwehren, dann sind zufolge § 393 Abs 1 EO, welcher einen Zuspruch von Kosten an den Kläger im Provisorialverfahren nicht ermöglicht, die Vorschriften der ZPO über die Kostenteilung nicht anzuwenden; der Beklagte hat vielmehr in einem solchen Fall Anspruch auf Ersatz der Kosten in jenem Ausmaß, in dem er im Provisorialverfahren erfolgreich war. Das Obsiegen des Beklagten ist im vorliegenden Fall mangels Bewertung der einzelnen Ansprüche durch den Kläger mit 75 % anzunehmen, weil im Zweifel bei der Geltendmachung zweier Ansprüche auf jeden davon die Hälfte entfällt und die Klägerin nur mit einem der beiden in lit a des Sicherungsantrages zusammengefaßten Ansprüche durchgedrungen ist. Daraus folgt, daß die Beklagte die Kosten ihres Rekurses zur Gänze sowie ein Viertel der Kosten der Revisionsrekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen hat (§§ 78, 402 EO, §§ 40, 50, 52 Abs 1 ZPO); dagegen hat sie Anspruch auf Ersatz der Kosten jener Rechtsmittelschriftsätze, mit denen ihr die Abwehr von Teilen des Sicherungsantrages gelungen ist (§§ 78, 402 EO, §§ 41, 50, 52 Abs 1 ZPO). Das ist bei ihrer Rekursbeantwortung (auf der Basis der von den Parteien herangezogenen Bemessungsgrundlage von S 320.000) zur Gänze und bei der Revisionsrekursbeantwortung (hier allerdings auf der Basis des gesamten Streitwertes des Provisorialverfahrens) mit drei Vierteln der Fall.