



**Fundstellen:** MR 2008, 377 = EvBl 2009/67 (*Schuhmacher*) = wbl 2009/88, 204 = ecolex 2009/192, 502 = ÖBl-LS 2009/91/92/93/94/95, 59 = ÖBl 2009/31, 171 (*Gamerith*) = RZ 2009/EÜ 237, 141

**1. Der zentrale Begriff der Unlauterkeit hat einen grundsätzlich einheitlichen Inhalt. Er wird in beiden Fällen des § 1 Abs 1 UWG durch Bedachtnahme auf Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen näher bestimmt. Dabei stehen in § 1 Abs 1 Z 1 UWG die Interessen der Mitbewerber, in § 1 Abs 1 Z 2 UWG jene der Verbraucher im Vordergrund. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist das nur im Wortlaut von § 1 Abs 1 Z 2 UWG enthaltene Sorgfaltserfordernis (Beachtung der beruflich gebotenen Sorgfalt) auch dem mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht der Z 1 leg. cit. zugrunde zu legen.**

**2. Eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern entspricht auch nach der UWG-Nov 2007 keinesfalls den anständigen Marktgepflogenheiten, die nach § 1 Abs 4 Z 8 UWG den Standard der beruflichen Sorgfalt konkretisieren. Fremde Werbung wird auch dann in unlauterer Weise behindert, wenn ein Medienunternehmen an einem Lichtbild, das im Rahmen eines redaktionellen Beitrages abgedruckt wird, Werbeaufschriften eines Mitbewerbers entfernt oder überdeckt, zu deren Zeigen der Abgebildete auf Grund eines Sponsorvertrages verpflichtet war.**

**3. Verfügt die Klägerin über ein eigenes Interesse am unveränderten Abdruck der Bilder, das jenem der Abgebildeten nicht nur gleichkommt, sondern wirtschaftlich sogar vorgeordnet ist, besteht die Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten nicht in dem durch einen Eingriff in fremde Persönlichkeitsrechte erzielten Vorsprung im Wettbewerb, sondern in der unlauteren Behinderung des Mitbewerbers.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Zechner als Vorsitzenden und die Hofrätin Dr. Schenk sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei Mediengruppe "Ö\*\*\*\*\*" GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Berger Saurer Zöchbauer, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 33.000 EUR), über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 25. Juli 2008, GZ 5 R 131/08h-9, mit welchem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 27. Mai 2008, GZ 22 Cg 37/08x-5, abgeändert wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederhergestellt wird. Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen, die beklagte Partei hat diese Kosten endgültig selbst zu tragen.

### **Begründung:**

Die Parteien stehen im Wettbewerb auf dem österreichischen Markt für Tageszeitungen. Die Klägerin hat mit dem Österreichischen Schiverband einen Sponsorvertrag geschlossen. Danach ist sie berechtigt, mit den Namen und Bildern der diesem Verband angehörenden

Rennläufer zu werben. Weiters hat sie dem Verband erhebliche Zahlungen zu leisten, wenn die Rennläufer bei allen öffentlichen Auftritten Kleidung tragen, die mit dem Logo der von ihr herausgegebenen Zeitung bedruckt ist.

Im März 2008 stürzte ein Rennläufer des Österreichischen Schiverbands so schwer, dass ihm ein Unterschenkel amputiert werden musste. Nach der Operation gab er im Krankenhaus eine Pressekonferenz, bei der er einen blauen Pullover trug, auf dem das Logo der Klägerin aufgedruckt war. Auf den aus diesem Anlass angefertigten Lichtbildern war dieses Logo deutlich zu erkennen.

Die Beklagte veröffentlichte eines dieser Lichtbilder auf der Titelseite der von ihr herausgegebenen Tageszeitung. Sie hatte es zuvor jedoch in einer Weise bearbeitet (retuschiert), dass das Logo der Klägerin nicht mehr aufschien. Im Blattinneren druckte sie die Lichtbilder hingegen unretuschiert ab. Anfang April 2008 entstanden weitere Bilder des Rennläufers, auf denen er wieder ein Bekleidungsstück mit dem Logo der Klägerin trug. Die Beklagte veröffentlichte zwei dieser Fotos auf ihrer Titelseite, wobei sie beim größeren das Logo durch einen rot unterlegten Kasten mit weißer Schrift ("erste Fotos") verdeckte. Dieser Hinweis hätte bei gleichbleibender Formatierung auch an anderer Stelle des Fotos angebracht werden können. Beim kleineren Foto war das Logo der Klägerin zwar nicht verdeckt, aber wegen der geringen Größe und des Aufnahmewinkels nicht zu erkennen. Im Blattinneren zeigte die Beklagte mehrere Fotos, auf denen das Logo sichtbar war. Zur Sicherung ihres mit Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin, der Beklagten aufzutragen, "bei der Herausgabe und/oder beim Vertrieb periodischer Druckschriften, insbesondere im Rahmen der Bildberichterstattung der Tageszeitung 'Ö\*\*\*\*\*', die Verwendung bzw Veröffentlichung von Fotos, auf deren unbearbeiteter Version Firmenembleme, insbesondere Sponsorenlogos der 'K\*\*\*\*\*' wahrnehmbar sind, zu unterlassen, wenn diese Firmenzeichen auf den Abbildungen selbst durch technische Methoden entfernt und/oder durch Hinweise oder andere gestalterische Mittel überdeckt werden."

Die Beklagte habe die Werbung der Klägerin in sittenwidriger Weise vereitelt und damit gegen § 1 UWG verstoßen. Es handle sich dabei um eine unlautere Geschäftspraktik, die der beruflichen Sorgfalt iSv § 1 Abs 4 Z 8 UWG widerspreche. Die Beklagte erwecke den falschen Eindruck, dass der Rennläufer seit dem Unfall nicht mehr für die Zeitung der Klägerin werbe. Die Beklagte verletze bewusst die Urheberrechte des Fotografen, was den anständigen Marktgepflogenheiten widerspreche.

Die Beklagte wendet ein, sie habe die Fotos nicht als Werbemittel, sondern im Rahmen einer redaktionellen Berichterstattung eingesetzt. Weiters habe sie das Logo der Klägerin nicht durch ihr eigenes ersetzt. Daher habe sie nicht gegen § 1 UWG verstoßen. Auf die allfällige Verletzung von Urheber- oder Persönlichkeitsrechten Dritter könne sich die Klägerin nicht berufen.

Das *Erstgericht* erließ die einstweilige Verfügung. Das beanstandete Verhalten sei zwar keine unlautere Geschäftspraktik, wohl aber eine sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Mit der Bearbeitung der Lichtbilder habe die Beklagte gegen die berufliche Sorgfalt iSv § 1 Abs 4 Z 8 UWG verstoßen, da ihre Absicht, das Zeigen des Logos der Klägerin auf ihren Titelseiten zu unterbinden, mit den anständigen Marktgepflogenheiten unvereinbar sei. Dieses Verhalten sei geeignet gewesen, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.

Das *Rekursgericht* wies den Sicherungsantrag ab; weiters sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Zwar sei das gezielte Ausschalten fremder Werbung in der Regel unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Das gelte aber nur eingeschränkt, wenn der Werbeträger im Eigentum des belangten Unternehmens stehe. In einem solchen Fall müsse noch ein weiteres, die Unlauterkeit begründendes Element hinzutreten, das etwa in der Irreführung von Verbrauchern liegen könne. Zwar habe der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 88/90 (= ÖBl 1991, 13 - Gerhard Berger) ausgesprochen, dass fremde Werbung in sittenwidriger Weise vereitelt werde, wenn ein Unternehmen das Foto eines bekannten Sportlers zu Werbezwecken verwende, nachdem es ein darauf abgebildetes Kennzeichen eines anderen Unternehmens wegretuschiert und durch ein eigenes ersetzt habe. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte jedoch kein eigenes Kennzeichen eingefügt und die veränderten Fotos nicht zu Werbezwecken, sondern zur Illustration von redaktionellen Beiträgen abgedruckt. Dabei sei es ihr freigestanden, überhaupt keine Fotos oder nur solche ohne Werbeaufdruck zu verwenden. Daher sei es auch nicht unlauter, wenn sie ein Foto abdrucke, auf dem die Werbung nicht erkennbar sei, etwa weil nur ein Ausschnitt gezeigt oder die Werbung verdeckt oder wegretuschiert werde. In einem solchen Fall liege auch keine relevante Irreführung von Verbrauchern vor. Eine erhebliche Rechtsfrage iSv § 528 Abs 1 ZPO liege vor, weil das Rekursgericht mit seiner rechtlichen Beurteilung von der Entscheidung 4 Ob 88/90 abgewichen sei.

Der gegen diese Entscheidung gerichtete *Revisionsrekurs* der Klägerin ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund *zulässig*, er ist auch *berechtigt*.

1. Das Abdrucken eines retuschierten Fotos im Rahmen eines redaktionellen Beitrags hängt zwar nicht unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammen, sodass keine Geschäftspraktik iSv § 1 Abs 4 Z 2 UWG vorliegt. Wohl aber kann dieses Verhalten den Tatbestand einer sonstigen unlauteren Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG erfüllen. Diese Auffangbestimmung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers alle Handlungen erfassen, die zuvor unter den Sittenwidrigkeitstatbestand des § 1 UWG aF gefallen waren, jedoch keine Geschäftspraktik iSv Art 2 lit d RL-UGP bildeten (ErläutRV 144 BlgNR 23. GP 3).

2. Das Rekursgericht hat richtig erkannt, dass das Gesetz den zentralen Begriff der (wettbewerbsrechtlichen) Unlauterkeit nicht näher definiert. Der Senat hat dazu jedoch in der Entscheidung 4 Ob 225/07d (= MR 2008, 114 [Heidinger 108] = wbl 2008, 290 [Artmann 253] = ÖBl 2008, 237 [Mildner] = eolex 2008, 551 [Tonninger] – Wiener Stadtrundfahrten) ausführlich Stellung genommen. Danach ist dieser Begriff - ebenso wie früher jener der Sittenwidrigkeit (4 Ob 56/97g = ÖBl 1998, 14 - Schwarzhörer; 4 Ob 218/05w = ÖBl 2006, 169 [Gamerith] - Schönheitsoperation- Gewinnspiel) - durch Bedachtnahme auf Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen zu konkretisieren, wobei in § 1 Abs 1 Z 1 UWG die Interessen der Mitbewerber, in § 1 Abs 1 Z 2 UWG jene der Verbraucher im Vordergrund stehen. Das nach dem Wortlaut nur für § 1 Abs 1 Z 2 UWG maßgebende Erfordernis der Einhaltung der beruflichen Sorgfalt ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch dem Unterlauterkeitsbegriff im mitbewerberschützenden Tatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 UWG zugrunde zu legen (zur systematischen Stellung der "beruflichen Sorgfalt" vgl auch 4 Ob 42/08t = ÖBl 2008, 276 [Gamerith] - W. Klaviere).

3. Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung eines Mitbewerbers dienen, verstießen nach ständiger Rechtsprechung gegen § 1 UWG idF vor der UWG-Novelle 2007; hingegen waren typische Mittel des Leistungswettbewerbs grundsätzlich erlaubt und nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, die den Leistungswettbewerb zum Behinderungswettbewerb machten, verboten (4 Ob 368/76 = SZ 49/146 - Umsatzbonus; RIS-Justiz RS0077524, RS0077533).

Als unzulässiger Behinderungswettbewerb galt insbesondere das gezielte Stören fremder Werbung, etwa durch das Verdecken von Werbeständern eines Mitbewerbers (4 Ob 1130/93) oder durch das Entziehen einer Werbe- oder Absatzgelegenheit, die sich ein Mitbewerber vertraglich gesichert hatte (4 Ob 303/67 = ÖBl 1967, 69). In vergleichbarer Weise wird die Störung fremder Werbung im deutschen Recht unter den lauterkeitsrechtlichen Sondertatbestand der gezielten Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Z 10 dUWG) subsumiert (I ZR 26/02 = GRUR 2004, 877 - Werbeblocker mwN; noch zur früheren Generalklausel I ZR 82/70 = GRUR 1972, 558 - Teerspritzmaschinen).

An dieser Beurteilung ist auch nach dem neuen Lauterkeitsrecht festzuhalten: Eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern entspricht keinesfalls den anständigen Marktgepflogenheiten, die nach § 1 Abs 4 Z 8 UWG den Standard der beruflichen Sorgfalt konkretisieren. Denn es liegt weder im Interesse der Allgemeinheit noch der auf einem Markt tätigen Unternehmen, dass der auch mit Werbemaßnahmen geführte Leistungswettbewerb durch die gezielte Behinderung solcher Maßnahmen verzerrt wird.

4. Zum Leistungswettbewerb gehört auch die Werbung mit bekannten Sportlern, die sich gegen Zahlung eines Entgelts verpflichten, bei öffentlichen Auftritten Kennzeichen oder Werbebotschaften ihres "Sponsors" zu präsentieren.

4.1. Die Behinderung einer solchen Werbung hatte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 88/90 (= ÖBl 1991, 18 [Kajaba 5] - Gerhard Berger) zu beurteilen: Ein bekannter Rennfahrer hatte sich gegen Entgelt verpflichtet, auf seinem Helm und seiner Kleidung Kennzeichen der Klägerin anzubringen. Die Beklagte verwendete in ihrer Werbung ein Lichtbild des Rennfahrers, auf dem sie die Kennzeichen der Klägerin durch ihre eigenen ersetzt hatte. Darin lag nach Auffassung des Senats eine sittenwidrige Behinderung der Klägerin: Denn die vertragliche Verpflichtung des Rennfahrers habe dazu gedient, die Aufschriften auf der Kleidung in später veröffentlichten Filmberichten oder Lichtbildern werbewirksam werden zu lassen. Würde die Werbeaufschrift von einem solchen Bild entfernt "und vielleicht sogar - wie hier - durch eine andere Aufschrift ersetzt", dann vereitle die Beklagte die Werbung des betroffenen Unternehmens. Darin liege zugleich eine Irreführung des Verkehrs, der annehmen müsse, dass der Rennfahrer bei seiner Berufsausübung für ein anderes Unternehmen werben wolle. Der Revisionsrekurs zeigt zutreffend auf, dass der Senat in dieser Entscheidung schon das Entfernen der Aufschrift und nicht erst deren Ersetzen durch eine eigene Werbebotschaft als unlauter ansah.

4.2. Die in 4 Ob 88/90 angestellten Erwägungen gelten auch im vorliegenden Fall: Die Klägerin hat sich durch erhebliche Zahlungen an den österreichischen Schiverband die Werbewirkung der Rennläufer gesichert, die diesem Verband angehören. Damit nutzt sie deren geldwerten Bekanntheitsgrad: Sie kann davon ausgehen, dass die Rennläufer häufig in verschiedenen Medien abgebildet werden. Halten sie sich bei öffentlichen Auftritten an die Verpflichtungen aus dem Sponsorvertrag, so ist sichergestellt, dass die dabei entstehenden Lichtbilder und Filmaufnahmen eine mittelbare Werbewirkung zu Gunsten der Klägerin entfalten.

4.3. Könnte diese Wirkung durch eine - technisch immer einfacher mögliche - Bearbeitung beseitigt werden, verlöre die Werbemaßnahme der Klägerin einen Großteil ihrer praktischen Bedeutung. Insbesondere könnte jedes Medium, das aus redaktionellen Erwägungen Lichtbilder von Rennläufern veröffentlicht, von der Klägerin faktisch ein weiteres Entgelt für das Zeigen der Werbebotschaften verlangen. Es läge an den Rennläufern, ihr (mittelbares) Interesse an der praktischen Wirksamkeit des Sponsorvertrags durch Geltendmachen ihres Rechts am eigenen Bild - insbesondere an dessen unverändertem Abdruck - zu wahren. Es ist nicht zu erkennen, warum die Klägerin zu diesem Umweg gezwungen werden sollte.

Zwar ist ein Mitbewerber nach der Rechtsprechung zu § 1 UWG idF vor der UWG-Novelle 2007 nicht befugt, die Verletzung des Rechts Dritter an deren eigenem Bild als Lauterkeitsverstoß geltend zu machen (4 Ob 20/08g = ÖBl 2008, 282 [Gamerith]). Diese - für

das neue Recht von Korn (Die berufliche Sorgfalt im Wettbewerbsrecht, ÖBf 2008, 169) kritisierten - Erwägungen betreffen jedoch die Fallgruppe Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch. Sie erfassen daher nicht den hier zu beurteilenden Fall, dass die Klägerin über ein eigenes Interesse am unveränderten Abdruck der Bilder verfügt, das jenem der Abgebildeten nicht nur gleichkommt, sondern wirtschaftlich sogar vorgeordnet ist. Grundlage des Anspruchs ist hier nicht ein durch Eingriff in fremde Persönlichkeitsrechte erzielter Vorsprung im Wettbewerb, sondern die spezifische Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten im Verhältnis zu einem Mitbewerber (vgl zu einer ähnlichen Argumentation 4 Ob 47/06z = ÖBf 2007, 37 [Fallenböck] = MR 2007, 28 [Walter] - Werbefoto).

4.4. Die - vom Rekursgericht geteilte - Auffassung der Beklagten, dass sie die Veröffentlichung von Bildern des Rennläufers überhaupt unterlassen könne, weswegen sie auch zu deren Veränderung berechtigt sei, kann letztlich nicht überzeugen. Das gezielte Ausschalten der Werbung von Mitbewerbern verliert nicht dadurch den Charakter einer unlauteren Handlung, dass es für die Beklagte eine rechtmäßige Alternative - nämlich das gänzliche Absehen von der Veröffentlichung - gab. Es trifft zwar zu, dass die Klägerin keinen Anspruch auf die Veröffentlichung der Lichtbilder hatte. Entschied sich die Beklagte jedoch dafür, die Bilder zu veröffentlichen und damit auch den Werbewert des Rennläufers auf ihrer Titelseite zu nutzen, so musste sie auch die Nachteile der Bildgestaltung in Kauf nehmen. Zur Realität, die sie in den Grenzen des § 78 UrhG abbilden durfte, gehörte auch die Eigenschaft des Rennläufers als Werbeträger eines Konkurrenten.

Der Senat verkennt nicht, dass die Beklagte damit in eine gewisse Zwangslage gerät: Will sie die Bilder - nicht bloß zur Information ihrer Leser, sondern zweifellos auch zur Steigerung ihrer Auflage - auf der Titelseite veröffentlichen, so muss sie dort mittelbar für die Klägerin werben. Das könnte ihre Vorgangsweise aber nur dann rechtfertigen, wenn man die Werbemethode der Klägerin ihrerseits als unlauter ansähe. Dazu besteht aber kein Anlass. Denn es handelt sich beim Sponsoring von Spitzensportlern um eine weithin übliche Praktik, die die Förderung sportlicher Betätigung mit der Werbung für das eigene Unternehmen verbindet. Eine zulässige Abwehr könnte daher für die Beklagte nur darin liegen, die Fotos nicht - oder zumindest nicht in einer Größe, die das Erkennen der Werbebotschaft möglich macht - abzudrucken.

Offen kann bleiben, ob die Beklagte rechtmäßig gehandelt hätte, wenn sie nur einen Ausschnitt des strittigen Bildes veröffentlicht hätte, auf dem das Kennzeichen der Klägerin nicht sichtbar gewesen wäre. Denn im konkreten Fall hatte der Rennläufer (oder dessen Manager) die strittigen Lichtbilder offenkundig bewusst so gestaltet, dass deren spezifische Aussage (Erholung nach der Beinamputation) nur dann zum Ausdruck kam, wenn auch das Unternehmenskennzeichen der Klägerin sichtbar war. Hätte die Beklagte nur einen das Logo nicht zeigenden Ausschnitt veröffentlicht, so wäre diese Aussage weitgehend verloren gegangen.

4.5. Das Verdecken der Werbeaufschrift durch einen auch an anderer Stelle möglichen redaktionellen Hinweis ("erste Bilder") ist dem Entfernen der Werbeaufschrift gleichzuhalten. Denn in beiden Fällen ist offenkundig, dass die Beklagte die Werbemaßnahme der Klägerin gezielt unterlaufen wollte; die lauterkeitsrechtliche Beurteilung kann daher nicht unterschiedlich ausfallen.

4.6. An der Eignung des beanstandeten Verhaltens, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG), besteht kein Zweifel. Denn dieses Verhalten führt im Ergebnis zu einer Entwertung der von der Klägerin geschlossenen Sponsorverträge. Sie müsste ihre Leistungen an den Österreichischen Schiverband erbringen, ohne letztlich einen entsprechenden Gegenwert durch die Darstellung ihres Logos in (anderen) Medien zu erhalten.

5. Aufgrund dieser Erwägungen ist die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederherzustellen.

Allgemein gilt: Fremde Werbung wird auch dann in unlauterer Weise behindert, wenn ein Medienunternehmen in einem Lichtbild, das im Rahmen eines redaktionellen Beitrags abgedruckt wird, Werbeaufschriften eines Mitbewerbers entfernt oder überdeckt, zu deren Zeigen der Abgebildete aufgrund eines Sponsorvertrags verpflichtet war.

6. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 40, 41, 50 Abs 1 ZPO.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Die klagende Tageszeitung „Die Krone“ hatte mit dem österreichischen Skiverband einen Sponsoringvertrag geschlossen. Danach war sie berechtigt, mit den Namen und Bildern der dem Verband angehörenden Rennläufer zu werben. Sie musste an den Verband erhebliche Zahlungen leisten, damit die Rennfahrer bei allen öffentlichen Auftritten Kleidung trugen, die mit dem Logo der von ihr herausgegebenen Zeitung bedruckt war. Im März 2008 stürzte ein Rennfahrer des österreichischen Skiverbandes so schwer, dass ihm ein Unterschenkel amputiert werden musste. Nach der Operation gab Matthias Lanzinger im Krankenhaus eine Pressekonferenz, bei der er einen Pullover trug, auf dem das Logo der Klägerin aufgedruckt war. Auf den aus diesem Anlass angefertigten Lichtbildern war dieses Logo deutlich erkennbar:



Die Beklagte veröffentlichte eines dieser Lichtbilder auf der Titelseite ihrer Tageszeitung „Österreich“. Das Bild war jedoch auf eine Weise bearbeitet (retuschiert) worden, dass das Logo der Klägerin nicht mehr aufschien. Die Klägerin klagte wegen unlauteren Verhaltens auf Unterlassung. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung; das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab.

Der OGH hatte u.a. zu beurteilen, ob das Abdecken des Sponsorlogos der Klägerin eine unlautere Handlung iS des § 1 Abs 1 Z 1 UWG darstellte?

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Das Höchstgericht stellte die Erstentscheidung wieder her und erließ die einstweilige Verfügung. Der OGH führte aus, dass Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung eines Mitbewerbers dienen, unlauter wären. Als unzulässiger Behinderungswettbewerb galt insbesondere das gezielte Stören fremder Werbung, etwa durch das Verdecken von Werbeständern eines Mitbewerbers. Die gezielte Behinderung von

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Mitbewerbern entsprach keinesfalls den anständigen Marktgepflogenheiten die nach § 1 Abs 4 Z 8 UWG den Standard der beruflichen Sorgfalt konkretisierten.

Die Klägerin konnte aufgrund ihres Sponsorvertrages zu Recht davon auszugehen, dass die Rennläufer häufig in verschiedenen Medien abgebildet werden. Könnte diese Werbewirkung durch eine – technisch immer einfachere mögliche – Bearbeitung beseitigt werden, so würden die Werbemaßnahmen der Klägerin einen Großteil ihrer praktischen Bedeutung verlieren. Andererseits erkannten die Höchstrichter durchaus, dass die beklagte Tageszeitung mit dem Abdruck der Lanzinger-Fotos zugleich – zwangsläufig – für ihre klagende Konkurrentin warb. Dennoch handelte es sich beim Sponsoring von Spitzensportlern um eine weithin übliche Praktik, die die Förderung sportlicher Betätigung mit der Werbung für das eigene Unternehmen verband. Das Abdecken der Werbung wäre durch die Beklagte nur dann zu rechtfertigen, wenn man die Werbemethode der Klägerin als unlauter ansähe, was hier aber nicht der Fall war. Die einzige zulässige Abwehr der Beklagten läge daher darin, die Fotos nicht abzudrucken.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Der vorliegenden Entscheidung ist in ihrem Ergebnis uneingeschränkt, in ihrer Begründung großteils zuzustimmen.

Die UWG-Nov 2007 grenzt in § 1 Abs 1 Z 1 UWG die unlautere „**Geschäftspraktik**“ von der „sonstigen unlauteren Handlung“ ab. Die erste Kategorie meint daher nur Handlungen, die unmittelbar mit der Absatzförderung – vor, während oder nach einem Geschäft – zusammenhängen, so die **Legaldefinitionen des § 1 Abs 4 UWG**.

Die zweite Kategorie der „**sonstigen unlauteren Handlung**“ soll alle Handlungen erfassen, die schon bisher unter den Sittenwidrigkeitstatbestand des § 1 UWG aF fielen, soweit ihnen nicht für alle Marktteilnehmer geltende Vorschriften über Geschäftspraktiken vorgehen. Ihr Anwendungsbereich hängt daher stark von der Reichweite des § 1 Abs 1 Z 2 UWG ab. § 1 Abs 1 Z 1 UWG erfasst demnach

- eine unlautere Geschäftspraktik *oder*
- sonstige unlautere Handlung,

die geeignet ist, den Wettbewerb **zum Nachteil von Unternehmen** nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Mit dem Attributsatz übernimmt die UWG-Nov im **B2B-Bereich** die von der RspI zuvor entwickelte Prinzip der „**Spürbarkeit**“, d.h. den Grundsatz, wonach die Unlauterkeit nicht losgelöst davon beurteilt werden kann, in welchem Ausmaß sie den Wettbewerb beeinflusst. Gefordert wird, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken,<sup>2</sup> weil es nicht Aufgabe der Lauterkeitskontrolle sein kann, gegen jede noch so geringe Nachfrageverlagerung vorzugehen. Mit den Worten „*nicht nur unerheblich*“ in § 1 Abs 1 Z 1 UWG, wird zum Ausdruck gebracht, dass eine gewisse Mindestintensität der Auswirkungen auf Mitbewerber erreicht werden muss. An der Eignung des beanstandeten Verhaltens, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, besteht für die Höchstrichter mE zutreffend kein Zweifel. Denn dieses Verhalten führt im Ergebnis zu einer Entwertung der von der Klägerin geschlossenen Sponsorverträge. Sie müsste ihre Leistungen an den Österreichischen Schiverband erbringen, ohne letztlich

---

1 Deutlich OGH 23.5.2006, 4 Ob 74/06w – *Einkaufszentrum U III*, wbl 2006/199, 439 (*Schuhmacher*) = RZ 2006, 231 = ÖBI-LS 2006/126/127, 21 = ÖBI 2006/64, 268 (*Rungg/Albiez*) = JUS Z/4196 = ecolex 2007/22, 48 (*Tonninger*) = HS 37.273; 16.1.2007, 4 Ob 222/06k – *Stand 15.02.2006*, ÖBI 2007/26, 121 (*Gamerith*) = RZ 2007/EÜ 226, 124 = MR 2007, 94 = wbl 2007/136, 295 = EvBl 2007/76, 419 = RdW 2007/250, 216; dazu *Wiltshchek*, Die Spürbarkeitsgrenze im österreichischen Lauterkeitsrecht, in Schutzverband unlauterer Wettbewerb (Hg), Lauterkeitsrecht (2004), 263; *Proschak*, Spürbarkeit versus Zugabeverbot. Widerspricht die Wertgrenze „geringwertige Kleinigkeit“ der Judikatur zur Spürbarkeit im Wettbewerbsrecht? ÖBI 2007/44, 196 jeweils mwN.

2 Dies freilich nur abstrakt.

einen entsprechenden Gegenwert durch die Darstellung ihres Logos in (anderen) Medien zu erhalten. Die Behinderung fremder Werbung war schon bisher als eigenständige Fallgruppe des Behinderungswettbewerbs anerkannt<sup>3</sup> und kann zur Ausfüllung der sonstigen unlauteren Handlung nach der UWG-Nov 2007 durchaus dienen.<sup>4</sup>

Allerdings betonen die Höchststrichter neuerlich, dass ein Mitbewerber nicht befugt sei, die Verletzung des Rechts Dritter an deren eigenem Bild oder einen Urheberrechtsverstoß als Lauterkeitsverstoß geltend zu machen,<sup>5</sup> doch betreffe dies ohnehin die hier nicht notwendigerweise heranzuziehende Fallgruppe des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch.

**Ausblick:** Abschließend lohnt sich ein Blick auf die vom Höchstgericht „offen“ gelassene Frage, ob die Beklagte rechtmäßig gehandelt hätte, wenn sie nur einen Ausschnitt des strittigen Bildes veröffentlicht hätte, auf dem das Kennzeichen der Klägerin nicht sichtbar gewesen wäre?

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass ein Verdecken des Werbe-Logos durch einen im Abdruck des Fotos gesetzten möglichen redaktionellen Hinweis oder eine Bildbeschriftung (z.B. „erste Bilder“) dem Entfernen der Werbeaufschrift gleich zuhalten ist. Nach zutreffender Ansicht des OGH ist es nämlich in all diesen Fällen offenkundig, dass die Beklagte die Werbemaßnahme der Konkurrenz gezielt unterlaufen wollte.

Nach Ansicht der Gerichte wird die fremde Werbung dann in unlauterer Weise behindert, wenn ein Medienunternehmen in einem Lichtbild, das im Rahmen eines redaktionellen Beitrags abgedruckt wird, Werbeaufschriften eines Mitbewerbers entfernt (oder überdeckt), zu deren Zeigen der Abgebildete aufgrund eines Sponsorvertrags verpflichtet war. Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung fällt daher dann anders aus, wenn ein Bild oder Bildausschnitt veröffentlicht wird, auf dem das Logo nicht zu sehen ist. Zur Realität, die der Mitbewerber – in den Grenzen des § 78 UrhG – abbilden darf, gehört auch das (ausnahmsweise) Fehlen der Werbeträgerschaft. Der entscheidende Unlauterkeitsgesichtspunkt ist nämlich nicht eine allfällige Irreführung (über das Bestehen des Sponsoring) schlechthin, sondern die (aktive) Verhinderung zulässiger fremder Werbung.<sup>6</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Nach der Rsp hängt das Abdrucken eines retuschierten Fotos im Rahmen eines redaktionellen Beitrags zwar nicht unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammen, bildet daher für sich genommen keine Geschäftspraxis iS des § 1 Abs 4 Z 2 UWG. Die Verwendung der Fotoretusche kann aber eine „sonstige unlautere Handlung“ iS des § 1 Abs 1 Z 1 UWG begründen, wenn dadurch fremde Werbung, insbesondere ein Sponsoring, behindert wird.

---

3 OGH 18.9.1990, 4 Ob 88/90 – *Gerhard Berger*, MR 1991, 73 = ÖB1 1991, 13 = *ecolex* 1991, 108.

4 Ebenso *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>28</sup> (2010) § 4 Rz 10.71 ff.

5 Krit dazu nach der UWG-Nov 2007 bereits *Korn*, Die berufliche Sorgfalt im Wettbewerbsrecht, ÖB1 2008, 169 mwN.

6 Ebenso *F. Schuhmacher*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2009, 465.