

# TE OGH 2002/5/28 4Ob82/02s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.05.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf und Dr. Tittel, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Ploil Krepp & Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Franz Thienen-Adlerflycht, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 43.603,70 EUR), infolge Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. Jänner 2002, GZ 2 R 138/01f-17, mit dem infolge Berufung der Beklagten das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 18. April 2001, GZ 38 Cg 87/99a-13, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

"Das Klagebegehren, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, a) in für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen anzukündigen, dass sie beim Kauf eines Kopiergeräts Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, unentgeltlich gewähren werde und b) Kunden, die Unternehmer sind, die digitale Kopiergeräte der Marke M\*\*\*\*\* gekauft haben, unentgeltliche Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, tatsächlich zu gewähren, wird abgewiesen.

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 9.729,44 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 1.380,78 EUR USt und 1.444,74 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 7.528,27 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 660,09 EUR USt und 3.567,74 EUR Barauslagen) zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Klägerin und Beklagte vertreiben Fotokopiergeräte. Im Juli 1999 warb die Beklagte in einer an rund 14.350 Unternehmer in Wien, Niederösterreich und Burgenland versandten Werbeschrift wie folgt:

„Nur Musik spielen können die digitalen Geräte von M\*\*\*\*\* nicht. Aber dafür gibt es den Kenwood MD-Recorder, den Sie von uns beim Kauf eines unserer digitalen Geräte als Geschenk erhalten. Aktion gültig bis 15. September 1999.“

Das auf der Rückseite abgebildete Gerät war wie folgt beschrieben:

„Den schenken wir Ihnen! Kenwoods portabler MD-Recorder im kompakten Taschenformat ermöglicht extrem hochwertige Digitalaufnahmen von anderen Musikquellen oder per Mikrofon unabhängig von der Steckdose.

Unverbindlich empfohlener Verkaufspreis öS 4.490,-- inkl. MWSt.“

Die Werbeaktion wurde vom Vertriebsleiter gemeinsam mit der Marketingabteilung der Beklagten gestaltet, ohne das Einverständnis der Geschäftsleitung einzuholen.

Am 29. 7. 1999 forderte der Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs die Beklagte auf, eine Unterlassungserklärung abzugeben, sich zu einer Konventionalstrafe zu verpflichten und die Kosten zu ersetzen. Nach internen Diskussionen verpflichtete sich die Beklagte am 9. 8. 1999 gegenüber dem Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, es ab sofort zu unterlassen, beim Vertrieb von Kopiergeräten an Unternehmer unentgeltliche Zugaben anzubieten, anzukündigen und zu gewähren, widrigenfalls sie eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Konventionalstrafe von 50.000 S pro Anlass zu zahlen habe.

Die Beklagte wies ihre Mitarbeiter an, die Unterlagen für die Werbeaktion zu vernichten. Ihren Verkäufern trug sie auf, Kunden, die sich auf die Aktion berufen, zu erklären, „dass die Aktion so nicht durchführbar ist“ und statt der Zugabe einen Rabatt anzubieten. Die noch vorhandenen drei oder vier Recorder wurden an Mitarbeiter verschenkt.

Die Beklagte nahm den Zugabenverstoß zum Anlass, ihre Mitarbeiter anzuweisen, intern gestaltete Werbemaßnahmen durch den Beklagtenvertreter überprüfen zu lassen. Bis zur klagegegenständlichen Aktion gestalteten die Verkaufsabteilungen die Werbeaktionen selbstständig.

Am 28. 7. 1999 wurde gegen die Beklagte eine Klage wegen einer Ankündigung eingebracht, in der die Beklagte einen Preis von „0,99 fix“ für Farbdrucken und Farbkopieren angegeben hatte, ohne mit gleichem Auffälligkeitswert den Bruttoreis anzuführen. Das Verfahren wurde am 13. 9. 1999 durch einen Vergleich beendet, in dem sich die Beklagte zur begehrten Unterlassung und zur Vergleichsveröffentlichung verpflichtete.

Im Juli 2000 kündigte die Beklagte in einer Werbeaussendung durch ein irrtümlich verwendetes Foto Extraleistungen an, die vom Aktionspreis nicht umfasst waren. Das Layout der Werbeaussendung war dem Beklagtenvertreter ohne das letztlich verwendete Foto zur Genehmigung vorgelegt worden.

Die Klägerin begeht mit am 13. 8. 1999 eingebrachter Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, a) in für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen anzukündigen, dass sie beim Kauf eines Kopiergeräts Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, unentgeltlich gewähren werde und b) Kunden, die Unternehmer sind, die digitale Kopiergeräte der Marke M\*\*\*\*\* gekauft haben, unentgeltliche Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, tatsächlich zu gewähren. Die Werbeaktion verstößt gegen § 9a Abs 1 Z 2 UWG. Seit dieser Aktion habe die Beklagte weitere Wettbewerbsverstöße begangen. Die Klägerin begeht mit am 13. 8. 1999 eingebrachter Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, a) in für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen anzukündigen, dass sie beim Kauf eines Kopiergeräts Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, unentgeltlich gewähren werde und b) Kunden, die Unternehmer sind, die digitale Kopiergeräte der Marke M\*\*\*\*\* gekauft haben, unentgeltliche Zugaben, insbesondere tragbare MD-Recorder, tatsächlich zu gewähren. Die Werbeaktion verstößt gegen Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer 2, UWG. Seit dieser Aktion habe die Beklagte weitere Wettbewerbsverstöße begangen.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Das Begehr sei zu weit gefasst. Es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Einerseits sei die Zugabe irrtümlich angekündigt worden, andererseits habe die Beklagte bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Durch organisatorische Maßnahmen habe sie sichergestellt, dass in Zukunft keine Zugabenverstöße mehr begangen werden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im ersten Rechtsgang statt. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht dem Klagebegehren wieder statt. Die Beklagte habe sich darauf beschränkt, die restlichen Druckschriften vernichten zu lassen und sicherzustellen, dass keine Zugaben mehr gewährt werden. Das komme einem rein passiven Verhalten gleich; eine Berichtigung oder eine klar nach außen hin erkennbare Handlung, mit der sich die Beklagte vom Verstoß distanziert hätte, sei darin nicht zu erblicken. Die organisatorischen Maßnahmen der Beklagten seien nicht geeignet gewesen, weitere Verstöße zu verhindern. Trotz Abschlusses eines Vergleichs mit

einem Dritten blieben Zweifel an der Sinnesänderung der Beklagten bestehen. Wäre die Beklagte tatsächlich entschlossen, künftig nicht mehr wettbewerbswidrig zu handeln, so hätte sie auch der Klägerin einen Vergleich angeboten.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil im Kostenpunkt ab, bestätigte es in der Hauptsache und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Beklagte habe zwar umfangreiche Maßnahmen zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle ergriffen, ihr Sinneswandel sei aber nicht nach außen sichtbar geworden. Die Beklagte hätte sich gegenüber den Empfängern der Werbeaussendung vom Verstoß distanzieren müssen. Der weitere Wettbewerbsverstoß zeige, dass die Maßnahmen der Beklagten nicht ausreichten, um weitere Verstöße zu verhindern. Die Urteilsveröffentlichung sei im begehrten Umfang notwendig, um die Empfänger der Werbeaussendung entsprechend aufzuklären.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil gerichtete außerordentliche Revision der Beklagten ist zulässig, weil die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zum Wegfall der Wiederholungsgefahr widerspricht; die Revision ist auch berechtigt.

Die Beklagte bekämpft die Auffassung des Rekursgerichts, sie wäre nach dem Zugabenverstoß passiv geblieben und hätte ihren Sinneswandel nicht nach außen hin deutlich gemacht. Die Beklagte macht geltend, dass sie sich zur begehrten Unterlassung verpflichtet und die Unterlassungsverpflichtung auch eingehalten habe. Darüber hinaus habe sie ihre Mitarbeiter angewiesen, die Unterlagen für die Werbeaktion zu vernichten und Kunden einen Preisnachlass statt der angekündigten Zugabe anzubieten. Durch die Weisung, Werbeaktionen vor ihrer Durchführung rechtlich prüfen zu lassen, habe sie sichergestellt, dass weitere Wettbewerbsverstöße verhindert werden.

Die Beklagte verweist auf die Entscheidung 4 Ob 362/84 (= ÖBI 1985, 43 - Sonderpreise für Studenten). In dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof die Wiederholungsgefahr verneint, weil der Beklagte die von ihm gegenüber einem anderen Kläger durch Vergleich übernommene Verpflichtung, bestimmte Wettbewerbsverstöße künftig zu unterlassen, eingehalten und keine gleichartigen Gesetzesverstöße mehr begangen hatte.

Auch im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte noch vor Erhalt der gegenständlichen Klage einem Dritten gegenüber wegen desselben Vorfalls verpflichtet, Zugabenverstöße zu unterlassen, und diese Verpflichtung bisher eingehalten. Sie hat darüber hinaus Maßnahmen getroffen, durch die nicht nur die Zugabenaktion abgebrochen, sondern auch sichergestellt wurde, dass Werbeaktionen vor ihrer Durchführung anwaltlich geprüft werden. Das Erstgericht hat zwar zwei weitere Wettbewerbsverstöße der Beklagten festgestellt, von denen aber der eine - die nicht ausreichend deutliche Angabe des Bruttopreises in einer Ankündigung - etwa zeitgleich mit dem Zugabenverstoß begangen wurde; zum anderen Wettbewerbsverstoß kam es zwar erst zu einem späteren Zeitpunkt, allerdings dadurch, dass - wie vom Erstgericht festgestellt - Fotos irrtümlich vertauscht wurden.

Die festgestellten weiteren Wettbewerbsverstöße sind demnach kein Indiz dafür, dass die Beklagte ihre Einstellung nicht geändert hätte. Ihre Sinnesänderung hat sich auch nicht nur in einem - wie die Vorinstanzen meinen - rein passiven Verhalten ausgedrückt, sondern die Beklagte hat eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben und in ihrem Unternehmen Maßnahmen getroffen, die geeignet sind, Wettbewerbsverstöße zu verhindern.

Im Verfahren hat die Beklagte von Anfang an zugestanden, dass ihre Zugabenaktion gesetzwidrig war. Ihr Verhalten im Prozess bestätigt damit die behauptete Sinnesänderung. Dass die Beklagte, wie die Klägerin in der Revisionsrekursbeantwortung ausführt, auch andere Einwendungen erhoben hat, spricht nicht dagegen. Maßgebend ist, dass die Beklagte den Zugabenverstoß nie in Frage gestellt und damit zu erkennen gegeben hat, dass sie das Unrechtmäßige ihres Tuns einsieht, und, wie die festgestellten Maßnahmen zeigen, auch dieser Einsicht gemäß gehandelt hat.

Richtig ist aber, dass die Beklagte ihre Zugabenaktion nicht gegenüber den rund 14.350 Unternehmen widerrufen hat, an die sie ihre Werbeschrift gesandt hatte. Es ist daher zu prüfen, ob die fehlende Aufklärung derjenigen, die von der gesetzwidrigen Werbeaktion erfahren haben, gegen den Wegfall der Wiederholungsgefahr spricht.

Bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr kommt es stets darauf an, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (stRsp 4 Ob 311/78 = SZ 51/87 - Umsatzbonus II uva). Aufklärungsmaßnahmen können ein Indiz für den Sinneswandel sein (s 4 Ob 67/94 = ÖBI 1995, 42 - Gebäudereinigung); sie sind aber keine

unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Sinnesänderung angenommen werden kann. Das gilt vor allem dann, wenn der Verletzer durch andere Maßnahmen zu erkennen gegeben hat, dass er ernstlich gewillt ist, sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten. Die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die Beklagte ist eine Maßnahme in diesem Sinn; sie zeigt, dass es der Beklagten mit ihrer Unterlassungsverpflichtung ernst ist, so dass keine Wiederholungsgefahr besteht. Bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr kommt es stets darauf an, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (stRsp 4 Ob 311/78 = SZ 51/87 - Umsatzbonus römisch II uva). Aufklärungsmaßnahmen können ein Indiz für den Sinneswandel sein (s 4 Ob 67/94 = ÖBI 1995, 42 - Gebäudereinigung); sie sind aber keine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Sinnesänderung angenommen werden kann. Das gilt vor allem dann, wenn der Verletzer durch andere Maßnahmen zu erkennen gegeben hat, dass er ernstlich gewillt ist, sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten. Die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die Beklagte ist eine Maßnahme in diesem Sinn; sie zeigt, dass es der Beklagten mit ihrer Unterlassungsverpflichtung ernst ist, so dass keine Wiederholungsgefahr besteht.

Der Revision war Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41., 50 ZPO.

**Textnummer**

E65897

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00082.02S.0528.000

**Im RIS seit**

27.06.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

11.02.2014

**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)