

# TE OGH 2001/9/12 4Ob134/01m

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* Ltd, Zweigniederlassung G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Unterasinger, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Hasberger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 150.000 S), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 21. März 2001, GZ 5 R 22/01v, 23/01s-16, womit die Beschlüsse des Handelsgerichtes Wien vom 8. September 2000, GZ 39 Cg 38/00g-7, und vom 31. Oktober 2000, GZ 39 Cg 38/00g-12, bestätigt wurden, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1.) Der Revisionsrekurs wird, soweit er sich gegen den den Beschluss des Erstgerichts vom 31. 10. 2000 bestätigenden Ausspruch wendet, zurückgewiesen.

2.) Im Übrigen wird dem Revisionsrekurs nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 8.370 S bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin 1.395 S USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die in Malta ansässige Klägerin, die über eine Zweigniederlassung in G\*\*\*\* verfügt, bietet Telefondienstleistungen unter Verwendung sogenannter "Mehrwertnummern" an, also von Telefonnummern, bei denen höhere Gebühren verrechnet werden. Zu diesem Zweck schließt sie Verträge mit Unternehmen, die solche Mehrwertnummern vermitteln, zur Verfügung stellen oder betreiben. Um mögliche Kunden auf ihre Telefondienstleistungen aufmerksam zu machen, inseriert die Klägerin in Zeitungen. Kunden können die angegebene Nummer anrufen und die dabei angebotenen Telefondienstleistungen konsumieren. Von dem Unternehmen, das die Mehrwertnummern vermittelt, zur Verfügung stellt oder betreibt, erhält die Klägerin einen bestimmten Anteil der erhöhten Gebühren, die dem Anrufer verrechnet werden.

Die Beklagte betreibt ein Telefonvermittlungsunternehmen, das auch Mehrwertnummern zur Verfügung stellt, vermittelt und Vertragspartnern überlässt. Insoweit ist die Beklagte in den Betrieb der Telefondienstleister, die Mehrwertnummern verwenden, eingebunden.

Am Montag, dem 20. 12. 1999, erschien in der "Neuen Kronen Zeitung", Ausgabe Steiermark, auf der Seite 38 - inmitten einschlägiger Angebote - nachstehendes Inserat:

"DAS VERSTECKTE MIKROFON

sie wissen nicht dass du sie hörst (0,41/sek) Tel 0930966718"

Mit Schreiben vom 5. 4. 2000 forderte der Klagevertreter die Beklagte auf, ihren Vertragspartner bekanntzugeben, der diese Mehrwertnummer verwendete, und zu erklären, dass mit den von ihr vermittelten Telefonnummern keine solchen oder ähnlichen Inserate mehr geschaltet würden.

Am 20. 4. 2000 erschien in der "Neuen Kronen Zeitung", Ausgabe Steiermark, unter der Rubrik "Telefonkontakte" folgendes Inserat:

"Das versteckte Mikrofon live private Lustschreie belauschen (0,41/Sek) Tel 0930966718"

In der Folge wurde dieses Inserat noch mehrmals veröffentlicht.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragte die Klägerin, die Beklagte mit einstweiliger Verfügung schuldig zu erkennen, zu erwirken, dass von ihr angebotene, vermittelte oder zur Verfügung gestellte Telefonmehrwertnummern nicht für Inserate mit dem Inhalt,

es wird hier über ein verstecktes Mikrofon abgehört und/oder

die Belauschten wissen nichts davon, dass sie abgehört werden, und/oder

mit Preisangaben ohne Währungsbezeichnung, insbesondere Inserate wie:

a) Das versteckte Mikrofon, sie wissen nicht, dass Du sie hörst (0,41/sek), 0930/966718

b) Das versteckte Mikrofon live private Lustschreie belauschen (0,41/sek), 0930/966718

oder für Inserate mit ähnlichem Inhalt verwendet würden.

Der Inhalt der von dem (unbekannten) Vertragspartner der Beklagten eingeschalteten Inserate sei sittenwidrig, irreführend und insgesamt unzulässig. Sollte die im Inserat versprochene Leistung, nämlich das Abhören ohne Kenntnis des Abgehörten, der Wahrheit entsprechen, verstieße das gegen §§ 119 f StGB. Im Fall der Unwahrheit dieses Inseratentexts, läge eine Täuschung von Kunden vor. Im Übrigen fehle im Inserat die durch das Preisauszeichnungsgesetz vorgeschriebene Währungsbezeichnung. Ohne klare Angabe des Preises werde aber ein potentieller Kunde eher anrufen oder länger sprechen. Ein Inserat mit kürzerem Text koste auch weniger, sodass die Weglassung der Währungsbezeichnung einen Vorteil bedeute. Die Beklagte habe trotz des Schreibens der Klägerin vom 5. 4. 2000 weder ihren Vertragspartner bekanntgegeben noch entsprechende Maßnahmen ergriffen, damit keine solchen oder ähnlichen Inserate mehr geschaltet würden. Auch nach Einbringung der Klage habe es die Beklagte unterlassen, Maßnahmen zu treffen. Der Inhalt der von dem (unbekannten) Vertragspartner der Beklagten eingeschalteten Inserate sei sittenwidrig, irreführend und insgesamt unzulässig. Sollte die im Inserat versprochene Leistung, nämlich das Abhören ohne Kenntnis des Abgehörten, der Wahrheit entsprechen, verstieße das gegen Paragraphen 119, f StGB. Im Fall der Unwahrheit dieses Inseratentexts, läge eine Täuschung von Kunden vor. Im Übrigen fehle im Inserat die durch das Preisauszeichnungsgesetz vorgeschriebene Währungsbezeichnung. Ohne klare Angabe des Preises werde aber ein potentieller Kunde eher anrufen oder länger sprechen. Ein Inserat mit kürzerem Text koste auch weniger, sodass die Weglassung der Währungsbezeichnung einen Vorteil bedeute. Die Beklagte habe trotz des Schreibens der Klägerin vom 5. 4. 2000 weder ihren Vertragspartner bekanntgegeben noch entsprechende Maßnahmen ergriffen, damit keine solchen oder ähnlichen Inserate mehr geschaltet würden. Auch nach Einbringung der Klage habe es die Beklagte unterlassen, Maßnahmen zu treffen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Sie sei nicht passiv legitimiert. Sie stelle nur die technische Grundlage (das Transportmittel) für nationale und internationale Gesprächsverbindungen zur Verfügung, über die ua auch Mehrwertdienste erbracht würden. Zwischen den einzelnen Mehrwertdienstanbietern und den Teilnehmern bestünden eigene Rechtsverhältnisse. Die Beklagte habe keine Möglichkeit, den Inhalt der von den Mehrwertdienstanbietern erbrachten Mehrwertdienste zu überprüfen. Die Nichtbekanntgabe von Daten an die Klägerin - die wegen des Fernmeldegeheimnisses geboten sei - bedeute keine Förderung fremden Wettbewerbs. Der Beklagten sei weder eine Kontrolle des Inhaltes der angebotenen Dienstleistungen, noch weniger aber eine Kontrolle

der Werbemaßnahmen der Diensteanbieter möglich. Eine solche Kontrolle wäre im Hinblick auf die Vielzahl möglicher Werbemedien unmöglich und unzumutbar. Die Beklagte fördere gerade nicht behauptete rechtswidrige Werbemaßnahmen eines anderen Mehrwertdienstanbieters. Sie sei gesetzlich dazu verpflichtet, für den Schutz der Stammdaten auch von Mehrwertdienstbetreibern zu sorgen. Ein in den erwähnten Inseraten enthaltener allenfalls strafgesetzwidriger Inhalt sei nicht vom angerufenen Gericht, sondern vom Strafgericht zu überprüfen. Das Preisgesetz sei nicht anwendbar. Die Bezeichnung "0,41/sec" könne sich nur auf die Einheit 0,41 öS als Entgelt beziehen.

Mit Beschluss vom 8. 9. 2000, ON 7, wies das Erstgericht diesen Sicherungsantrag ab. Der Antrag sei unschlüssig. Es sei nicht zu erkennen, woraus sich eine Haftung der Beklagten ableiten ließe. Sachverhaltsbehauptungen, die unter § 18 UWG subsumiert werden könnten, fehlten. Die Beklagte steuere bloß die technische Grundlage bei, über welche die Mehrwertdienste abgewickelt würden. Ob es der Beklagten überhaupt erlaubt und möglich wäre, den Inhalt der von den verschiedenen Mehrwertdienstanbieter angepriesenen Leistungen zu kontrollieren und darauf Einfluss zu nehmen, könne mit Rücksicht auf das insgesamt unzureichende Vorbringen der Klägerin offenbleiben. Die rechtliche Stellung der Beklagten sei etwa mit jener eines Rechtssubjektes zu vergleichen, das Plakatwerbeflächen zur Verfügung stelle. Dass dieses Rechtssubjekt nicht ohne weiteres dafür hafte, was der Mieter dieser Flächen an Werbeaussagen verkünde, verstehe sich von selbst. Darauf, dass die Beklagte ihren Vertragspartner nicht bekannt gegeben habe, sei der Sicherungsantrag nicht ausgerichtet, zumal er ein "Erwirken" der Beklagten anstrebe. Mit dem Vermerk "0,41/sec" sei unmissverständlich klargestellt, dass ein Anruf 41 Groschen pro Sekunde koste. Woraus die Notwendigkeit einer Währungsbezeichnung abzuleiten sei, führe die Klägerin nicht aus. Mit Beschluss vom 8. 9. 2000, ON 7, wies das Erstgericht diesen Sicherungsantrag ab. Der Antrag sei unschlüssig. Es sei nicht zu erkennen, woraus sich eine Haftung der Beklagten ableiten ließe. Sachverhaltsbehauptungen, die unter Paragraph 18, UWG subsumiert werden könnten, fehlten. Die Beklagte steuere bloß die technische Grundlage bei, über welche die Mehrwertdienste abgewickelt würden. Ob es der Beklagten überhaupt erlaubt und möglich wäre, den Inhalt der von den verschiedenen Mehrwertdienstanbieter angepriesenen Leistungen zu kontrollieren und darauf Einfluss zu nehmen, könne mit Rücksicht auf das insgesamt unzureichende Vorbringen der Klägerin offenbleiben. Die rechtliche Stellung der Beklagten sei etwa mit jener eines Rechtssubjektes zu vergleichen, das Plakatwerbeflächen zur Verfügung stelle. Dass dieses Rechtssubjekt nicht ohne weiteres dafür hafte, was der Mieter dieser Flächen an Werbeaussagen verkünde, verstehe sich von selbst. Darauf, dass die Beklagte ihren Vertragspartner nicht bekannt gegeben habe, sei der Sicherungsantrag nicht ausgerichtet, zumal er ein "Erwirken" der Beklagten anstrebe. Mit dem Vermerk "0,41/sec" sei unmissverständlich klargestellt, dass ein Anruf 41 Groschen pro Sekunde koste. Woraus die Notwendigkeit einer Währungsbezeichnung abzuleiten sei, führe die Klägerin nicht aus.

Am 9. 10. 2000 stellte die Klägerin ein gleichlautendes Sicherungsbegehr. Sie ergänzte dabei ihr Vorbringen.

Das Erstgericht wies mit Beschluss vom 31. 10. 2000, ON 12, diesen zweiten Sicherungsantrag ab, ohne vorher die Beklagte anzuhören. Auch dem neuen Vorbringen sei nicht zu entnehmen, warum die Beklagte für den angeblich sittenwidrigen und irreführenden Inhalt der - unstrittig von einem Dritten - verbreiteten Inserate haften solle. Dass die Beklagte an den (erhöhten) Gebühren beteiligt sei und daher ein erhebliches geschäftliches Interesse an diesen Vorgängen habe, reiche für die Bejahung einer wettbewerbsrechtlichen Verantwortlichkeit für das Verhalten eines Dritten nicht aus.

Das Rekursgericht bestätigte beide Beschlüsse und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes, über den es bei Erledigung des Rechtsmittels gegen den Beschluss vom 8. 9. 2000 entschieden habe, 52.000 S, nicht aber 260.000 S übersteige und insoweit der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Revisionsrekurs gegen die Entscheidung über das Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 31. 10. 2000 sei hingegen jedenfalls unzulässig. Da die Klägerin in ihrem zweiten Sicherungsantrag ein zusätzliches Sachvorbringen erstattet habe, liege kein Identität der Anträge vor. Inhaltlich seien aber beide Rekurse nicht berechtigt. Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch - als solcher sei der "Erwirkungsanspruch" insofern zu deuten, als das Begehr erkennbar darauf gerichtet sei, dass die Beklagte für die Unterlassung wettbewerbswidriger Anzeigengestaltung ihres Vertragspartners einzustehen habe - richte sich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter, sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Gehilfe sei nur, wer den Täter bewusst fördere; die bloß adäquate Verursachung reiche für die Haftung noch nicht aus. Eine bewusste Förderung scheide aus, wenn jemandem die Werbemaßnahme, um deren Förderung es geht, nicht einmal in tatsächlicher Hinsicht bekannt ist. Der bloße Umstand, dass die Beklagte für die von ihrem Vertragspartner erbrachten Dienstleistungen einen Teil der Gebühren kassiert, verpflichte sie rechtlich noch

nicht, die Werbegestaltung ihres Vertragspartners dahin zu kontrollieren, ob diese gegen §§ 1 und 2 UWG verstoßen könnte, und auf die Werbegestaltung sodann Einfluss zu nehmen. Eine Verpflichtung der Beklagten gegenüber Dritten, auf die Werbeankündigungen ihrer Vertragspartner rechtlich Einfluss zu nehmen, lasse sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Es bedürfe daher weder einer inhaltlichen Prüfung der beanstandeten Werbeankündigungen noch einer Auseinandersetzung damit, ob es als unstrittig anzusehen sei, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Vertragspartner der Beklagten bestehe. Die Informationspflicht der Beklagten nach der Entgeltverordnung bestehe nur darin, dass dem Anrufenden die Höhe des pro Minute anfallenden Entgelts unmittelbar nach Herstellung der Verbindung in geeigneter Weise mitgeteilt werde (§ 6 Abs 1 EntgeltV). Dass die Beklagte gegen diese Verpflichtung verstöße, behauptete die Klägerin nicht. Das Rekursgericht bestätigte beide Beschlüsse und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes, über den es bei Erledigung des Rechtsmittels gegen den Beschluss vom 8. 9. 2000 entschieden habe, 52.000 S, nicht aber 260.000 S übersteige und insoweit der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Revisionsrekurs gegen die Entscheidung über das Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 31. 10. 2000 sei hingegen jedenfalls unzulässig. Da die Klägerin in ihrem zweiten Sicherungsantrag ein zusätzliches Sachvorbringen erstattet habe, liege kein Identität der Anträge vor. Inhaltlich seien aber beide Rekurse nicht berechtigt. Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch - als solcher sei der "Erwirkungsanspruch" insofern zu deuten, als das Begehr erkennbar darauf gerichtet sei, dass die Beklagte für die Unterlassung wettbewerbswidriger Anzeigengestaltung ihres Vertragspartners einzustehen habe - richte sich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter, sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Gehilfe sei nur, wer den Täter bewusst fördere; die bloß adäquate Verursachung reiche für die Haftung noch nicht aus. Eine bewusste Förderung scheide aus, wenn jemandem die Werbemaßnahme, um deren Förderung es geht, nicht einmal in tatsächlicher Hinsicht bekannt ist. Der bloße Umstand, dass die Beklagte für die von ihrem Vertragspartner erbrachten Dienstleistungen einen Teil der Gebühren kassiert, verpflichte sie rechtlich noch nicht, die Werbegestaltung ihres Vertragspartners dahin zu kontrollieren, ob diese gegen Paragraphen eins und 2 UWG verstoßen könnte, und auf die Werbegestaltung sodann Einfluss zu nehmen. Eine Verpflichtung der Beklagten gegenüber Dritten, auf die Werbeankündigungen ihrer Vertragspartner rechtlich Einfluss zu nehmen, lasse sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Es bedürfe daher weder einer inhaltlichen Prüfung der beanstandeten Werbeankündigungen noch einer Auseinandersetzung damit, ob es als unstrittig anzusehen sei, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Vertragspartner der Beklagten bestehe. Die Informationspflicht der Beklagten nach der Entgeltverordnung bestehe nur darin, dass dem Anrufenden die Höhe des pro Minute anfallenden Entgelts unmittelbar nach Herstellung der Verbindung in geeigneter Weise mitgeteilt werde (Paragraph 6, Absatz eins, EntgeltV). Dass die Beklagte gegen diese Verpflichtung verstöße, behauptete die Klägerin nicht.

### **Rechtliche Beurteilung**

1.) Der gegen die Bestätigung des Beschlusses vom 31. 10. 2000, ON 12, gerichtete Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig:

Wurde der ohne Anhörung des Gegners der gefährdeten Partei gefasste Beschluss auf Abweisung eines Sicherungsantrags vom Rekursgericht bestätigt, dann ist ein Revisionsrekurs gegen den Beschluss der zweiten Instanz nach § 78 iVm § 528 Abs 2 Z 2 ZPO jedenfalls unzulässig, weil für solche Rekurse die Ausnahmebestimmung des § 402 Abs 1 - und damit auch dessen letzten Satzes - nicht gilt (SZ 66/143; ÖBI-LS 00/87; Kodek in Angst, EO § 402 Rz 16). Ist aber ein Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, dann ist er entgegen der Meinung der Klägerin unabhängig davon zurückzuweisen, ob von den Vorinstanzen eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 528 Abs 1 ZPO zu behandeln war. Wurde der ohne Anhörung des Gegners der gefährdeten Partei gefasste Beschluss auf Abweisung eines Sicherungsantrags vom Rekursgericht bestätigt, dann ist ein Revisionsrekurs gegen den Beschluss der zweiten Instanz nach Paragraph 78, in Verbindung mit Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO jedenfalls unzulässig, weil für solche Rekurse die Ausnahmebestimmung des Paragraph 402, Absatz eins, - und damit auch dessen letzten Satzes - nicht gilt (SZ 66/143; ÖBI-LS 00/87; Kodek in Angst, EO Paragraph 402, Rz 16). Ist aber ein Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, dann ist er entgegen der Meinung der Klägerin unabhängig davon zurückzuweisen, ob von den Vorinstanzen eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zu behandeln war.

2. Der Revisionsrekurs gegen die Bestätigung des Beschlusses über den ersten Sicherungsantrag ist nicht berechtigt.

Die Klägerin weist darauf hin, dass die Beklagte nicht nur Mehrwertnummern für Telefondienstleister zur Verfügung stelle, sondern auch die erhöhten Gebühren einziehe und erst dann dem Diensteanbieter dessen Anteil weiterleite; sie

habe daher ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, dass möglichst viele Kunden die angebotenen Telefondienste in Anspruch nehmen. Die Beklagte sei insofern in den Betrieb des Telefondienstleisters eingebunden, als sie als Überlasserin der Telefonleitungen, Verteilerin von Telefonnummern, Betreiberin der Telefonverbindungen und Inkassantin sowie Verteilerin der erhöhten Entgelte anzusehen sei und daher gemäß § 18 UWG zu haften habe. Dem kann nicht gefolgt werden: Die Klägerin weist darauf hin, dass die Beklagte nicht nur Mehrwertnummern für Telefondienstleister zur Verfügung stelle, sondern auch die erhöhten Gebühren einziehe und erst dann dem Diensteanbieter dessen Anteil weiterleite; sie habe daher ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, dass möglichst viele Kunden die angebotenen Telefondienste in Anspruch nehmen. Die Beklagte sei insofern in den Betrieb des Telefondienstleisters eingebunden, als sie als Überlasserin der Telefonleitungen, Verteilerin von Telefonnummern, Betreiberin der Telefonverbindungen und Inkassantin sowie Verteilerin der erhöhten Entgelte anzusehen sei und daher gemäß Paragraph 18, UWG zu haften habe. Dem kann nicht gefolgt werden:

Nach § 18 UWG kann der Inhaber eines Unternehmens (ua) wegen einer nach den §§ 1 und 2 UWG unzulässigen Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist diese Bestimmung weit auszulegen (ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung uva). Der Begriff "im Betrieb" ist primär organisatorisch zu verstehen und umfasst auch die Tätigkeit solcher Personen, die zwar nicht Arbeitnehmer oder Beauftragte, aber, wenngleich nur locker, in den Betrieb eingegliedert und für diesen dauernd oder vorübergehend irgendwie tätig sind (ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II; ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung uva). Der Inhaber des Unternehmens haftet demnach auch für Personen, die in seinem Auftrag auf Grund eines Werkvertrags, eines Bevollmächtigungsvertrags, eines freien Arbeitsvertrags udgl bestimmte Arbeiten für das Unternehmen verrichten (SZ 49/147 = ÖBI 1977, 109 - Fingierte Kundenbefragung; ÖBI 1991, 267 - Lotto-Systemplan; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II ua). Auch das Einstehen für die Handlungen sonstiger "Geschäftspartner" kommt nach der Rechtsprechung in Betracht, sofern nur der Inhaber des Unternehmens, dem alle Handlungen zuzurechnen sind, die andere Personen in seinem geschäftlichen Interesse und im Zusammenhang mit seinem Betrieb vornehmen, auf Grund seiner vertraglichen Beziehungen zu diesem Dritten in der Lage gewesen wäre, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern; dabei kommt es nur auf die rechtliche Möglichkeit an, für die Abstellung des Wettbewerbsverstoßes zu sorgen (ÖBI 1983, 86 - bauMax; ÖBI 1991, 267 - Lotto-Systemplan; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II); Nach Paragraph 18, UWG kann der Inhaber eines Unternehmens (ua) wegen einer nach den Paragraphen eins und 2 UWG unzulässigen Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist diese Bestimmung weit auszulegen (ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung uva). Der Begriff "im Betrieb" ist primär organisatorisch zu verstehen und umfasst auch die Tätigkeit solcher Personen, die zwar nicht Arbeitnehmer oder Beauftragte, aber, wenngleich nur locker, in den Betrieb eingegliedert und für diesen dauernd oder vorübergehend irgendwie tätig sind (ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II; ÖBI 1996, 80 - Städtische Bestattung uva). Der Inhaber des Unternehmens haftet demnach auch für Personen, die in seinem Auftrag auf Grund eines Werkvertrags, eines Bevollmächtigungsvertrags, eines freien Arbeitsvertrags udgl bestimmte Arbeiten für das Unternehmen verrichten (SZ 49/147 = ÖBI 1977, 109 - Fingierte Kundenbefragung; ÖBI 1991, 267 - Lotto-Systemplan; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß römisch II ua). Auch das Einstehen für die Handlungen sonstiger "Geschäftspartner" kommt nach der Rechtsprechung in Betracht, sofern nur der Inhaber des Unternehmens, dem alle Handlungen zuzurechnen sind, die andere Personen in seinem geschäftlichen Interesse und im Zusammenhang mit seinem Betrieb vornehmen, auf Grund seiner vertraglichen Beziehungen zu diesem Dritten in der Lage gewesen wäre, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern; dabei kommt es nur auf die rechtliche Möglichkeit an, für die Abstellung des Wettbewerbsverstoßes zu sorgen (ÖBI 1983, 86 - bauMax; ÖBI 1991, 267 - Lotto-Systemplan; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II);

ÖBI 2000, 165 - Amtstag eines Notars ua). Dass eine Tätigkeit im Interesse seines Unternehmens entfaltet wurde und diesem zugutekommt, reicht hingegen in der Regel nicht aus (ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II;

ÖBI 2000, 20 - LKW - Entferner je mWN). Mit den verschiedenen, in der Rechtsprechung gebrauchten Umschreibungen soll immer zum Ausdruck gebracht werden, dass die "andere Person", ob sie nun unselbstständig beschäftigt ist oder ein selbständiges Unternehmen betreibt, dem Willen des Unternehmers unterliegt (ÖBI 1993, 255 - Vorsicht bei Lockvogelangeboten II; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß II). Erforderlich ist - was zumeist nicht in der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck gebracht wurde -, dass die Handlung der "anderen Person" in den gewerblichen Tätigkeitsbereich des Unternehmensinhabers fällt (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht22 § 13 UWG Rz 63).ÖBI 2000, 20 - LKW -

Entferner je mwN). Mit den verschiedenen, in der Rechtsprechung gebrauchten Umschreibungen soll immer zum Ausdruck gebracht werden, dass die "andere Person", ob sie nun unselbstständig beschäftigt ist oder ein selbständiges Unternehmen betreibt, dem Willen des Unternehmers unterliegt (ÖBI 1993, 255 - Vorsicht bei Lockvogelangeboten II; ÖBI 1995, 78 - Perlweiß römisch II). Erforderlich ist - was zumeist nicht in der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck gebracht wurde -, dass die Handlung der "anderen Person" in den gewerblichen Tätigkeitsbereich des Unternehmensinhabers fällt (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht22 Paragraph 13, UWG Rz 63).

Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, kann keine Rede davon sein, dass ein Telefondienstleister im Betrieb des Unternehmens tätig werde, das die entsprechenden Telefonnummern zur Verfügung stellt und vermietet. Die Rechtslage ist hier nicht anders als wenn jemand Räumlichkeiten oder Gegenstände vermietet, die ein Mieter zu geschäftlichen Zwecken benutzt; auch in diesen Fällen handelt der Mieter nicht im Unternehmen des Vermieters, auch wenn dieser aus der geschäftlichen Tätigkeit des Mieters wirtschaftliche Vorteile - uU sogar in der Form eines umsatzabhängigen Zinses - erlangt. Im Übrigen hat die Klägerin - jedenfalls in ihrem ersten Sicherungsantrag - auch nicht behauptet, dass und in welcher Weise die Beklagte eine rechtliche Möglichkeit hätte, auf die Werbemaßnahmen der Beklagten Einfluss zu nehmen. Eine Haftung der Beklagten nach § 18 UWG ist daher zu verneinen. Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, kann keine Rede davon sein, dass ein Telefondienstleister im Betrieb des Unternehmens tätig werde, das die entsprechenden Telefonnummern zur Verfügung stellt und vermietet. Die Rechtslage ist hier nicht anders als wenn jemand Räumlichkeiten oder Gegenstände vermietet, die ein Mieter zu geschäftlichen Zwecken benutzt; auch in diesen Fällen handelt der Mieter nicht im Unternehmen des Vermieters, auch wenn dieser aus der geschäftlichen Tätigkeit des Mieters wirtschaftliche Vorteile - uU sogar in der Form eines umsatzabhängigen Zinses - erlangt. Im Übrigen hat die Klägerin - jedenfalls in ihrem ersten Sicherungsantrag - auch nicht behauptet, dass und in welcher Weise die Beklagte eine rechtliche Möglichkeit hätte, auf die Werbemaßnahmen der Beklagten Einfluss zu nehmen. Eine Haftung der Beklagten nach Paragraph 18, UWG ist daher zu verneinen.

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- anspruch richtet sich freilich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter (Störer), sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Für wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen hat jeder einzustehen, der den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat (ÖBI 1998, 33 - Ungarischer Zahnarzt; ÖBI 1999, 229 - ERINASOLUM; ÖBI 2001, 26 - gewinn.at je mwN). "Gehilfe" im Sinne dieser Rechtsprechung ist derjenige, der den Täter bewusst fördert (ÖBI 1991, 101 - Einstandsgeschenk ua). Er muss - wie es § 12 StGB und § 7 VStG formulieren - zur Ausführung der Tat beitragen oder diese erleichtern (Gamerith, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", WBI 1991, 305 ff [306]). Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- anspruch richtet sich freilich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter (Störer), sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Für wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen hat jeder einzustehen, der den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat (ÖBI 1998, 33 - Ungarischer Zahnarzt; ÖBI 1999, 229 - ERINASOLUM; ÖBI 2001, 26 - gewinn.at je mwN). "Gehilfe" im Sinne dieser Rechtsprechung ist derjenige, der den Täter bewusst fördert (ÖBI 1991, 101 - Einstandsgeschenk ua). Er muss - wie es Paragraph 12, StGB und Paragraph 7, VStG formulieren - zur Ausführung der Tat beitragen oder diese erleichtern (Gamerith, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Gehilfen", WBI 1991, 305 ff [306]).

Die Beklagte trägt zwar zur Erbringung der Telefondienstleistungen bei, ja ermöglicht diese erst, hat aber mit den allein beanstandeten Werbeeinschaltungen nichts zu tun. Dass sie an der Formulierung und Einschaltung dieser Inserate in irgendeiner Weise beteiligt gewesen wäre - etwa als Anstifterin oder als Gehilfin - hat die Klägerin nicht einmal behauptet.

Die Klägerin wirft der Beklagten nur vor, dass diese nach Erlangung der Kenntnis von den eingangs wiedergegebenen Werbeeinschaltungen untätig geblieben sei, statt für die Einstellung der entsprechenden Werbung Sorge zu tragen. Eine solche Verpflichtung der Beklagten ist aber hier zu verneinen:

Unter welchen Voraussetzungen und in welchen Fällen die Beklagte verpflichtet wäre, auf den Telefondienstleister als ihren Vertragspartner einzuwirken und von ihm bei sonstigem Entzug der Mehrwertnummern zu verlangen, einen Missbrauch der Nummern, insbesondere auch eine bestimmte Art der Werbung für seine Dienstleistung, zu unterlassen, braucht hier nicht näher erörtert zu werden (vgl dazu ÖBI 2001, 30 [Schramböck] = MR 2000, 328 [Pilz] - fpo.at), weil im Hinblick auf die Gestaltung der hier beanstandeten Inserate die Beklagte zu einem derartigen Einschreiten jedenfalls nicht verpflichtet war: Unter welchen Voraussetzungen und in welchen Fällen die Beklagte

verpflichtet wäre, auf den Telefondienstleister als ihren Vertragspartner einzuwirken und von ihm bei sonstigem Entzug der Mehrwertnummern zu verlangen, einen Missbrauch der Nummern, insbesondere auch eine bestimmte Art der Werbung für seine Dienstleistung, zu unterlassen, braucht hier nicht näher erörtert zu werden vergleiche dazu ÖBl 2001, 30 [Schramböck] = MR 2000, 328 [Pilz] - fpo.at), weil im Hinblick auf die Gestaltung der hier beanstandeten Inserate die Beklagte zu einem derartigen Einschreiten jedenfalls nicht verpflichtet war:

Wenn in den Inseraten mit einem "versteckten Mikrofon" geworben wird, so kann das nicht den Verdacht auslösen, hier sei tatsächlich eine Abhörvorrichtung an einer Fernmeldeanlage (§ 119 StGB) oder ein sonstiges Abhörgerät (§ 120 StGB) angebracht worden, um ohne Wissen und Willen der "Belauschten" private Lustschreie oder ähnliches hören zu können; vielmehr ist davon auszugehen, dass den Kunden der Mehrwertnummern entsprechende Geräusche zu Gehör gebracht werden, für die den Urheber(inne)n ein Entgelt zufließt. Für die Beklagte kann es aber auch durchaus zweifelhaft sein, ob damit eine Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise im Sinn des § 2 UWG hervorgerufen wird, ist doch die Ansicht vertretbar, dass höchstens ein ganz unbeträchtlicher Teil der von solcher Werbung Angesprochenen den Inseratentext für bare Münze hält, statt sich nur - bewusst - der Illusion eines heimlichen Belauschens hinzugeben (vergleichbar mit dem Betrachten von Theater- oder Filmaufführungen, die den Zuseher gefühlsmäßig mitreißen können, obgleich dieser sehr wohl weiß, dass nur Schauspieler am Werk sind und die dargestellten Ereignisse nicht wirklich stattfinden). Solange aber für die Beklagte - etwa durch eine gerichtliche Entscheidung - nicht klargestellt ist, dass entweder mit den von ihr beigestellten Telefonleitungen und -nummern oder im Zuge der Werbung hiefür eindeutig rechtswidrig gehandelt wird, hat sie - unabhängig von der im einzelnen Fall bestehenden Vertragslage - keine Pflicht, den Telefondienstleister zur Änderung seines Verhaltens unter Androhung des Entzugs der Nummern zu zwingen. Wenn in den Inseraten mit einem "versteckten Mikrofon" geworben wird, so kann das nicht den Verdacht auslösen, hier sei tatsächlich eine Abhörvorrichtung an einer Fernmeldeanlage (Paragraph 119, StGB) oder ein sonstiges Abhörgerät (Paragraph 120, StGB) angebracht worden, um ohne Wissen und Willen der "Belauschten" private Lustschreie oder ähnliches hören zu können; vielmehr ist davon auszugehen, dass den Kunden der Mehrwertnummern entsprechende Geräusche zu Gehör gebracht werden, für die den Urheber(inne)n ein Entgelt zufließt. Für die Beklagte kann es aber auch durchaus zweifelhaft sein, ob damit eine Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise im Sinn des Paragraph 2, UWG hervorgerufen wird, ist doch die Ansicht vertretbar, dass höchstens ein ganz unbeträchtlicher Teil der von solcher Werbung Angesprochenen den Inseratentext für bare Münze hält, statt sich nur - bewusst - der Illusion eines heimlichen Belauschens hinzugeben (vergleichbar mit dem Betrachten von Theater- oder Filmaufführungen, die den Zuseher gefühlsmäßig mitreißen können, obgleich dieser sehr wohl weiß, dass nur Schauspieler am Werk sind und die dargestellten Ereignisse nicht wirklich stattfinden). Solange aber für die Beklagte - etwa durch eine gerichtliche Entscheidung - nicht klargestellt ist, dass entweder mit den von ihr beigestellten Telefonleitungen und -nummern oder im Zuge der Werbung hiefür eindeutig rechtswidrig gehandelt wird, hat sie - unabhängig von der im einzelnen Fall bestehenden Vertragslage - keine Pflicht, den Telefondienstleister zur Änderung seines Verhaltens unter Androhung des Entzugs der Nummern zu zwingen.

Das gilt auch für die Preisangabe. Dass die Angabe "0,41/sek" in einer österreichischen Tageszeitung anders als ein Hinweis auf 0,41 S verstanden werden könnte, ist nicht zu sehen, sodass ein Verstoß gegen § 9 Abs 2 PrAG BGBl 1992/146 selbst dann zu verneinen ist, wenn dieses Gesetz auf Inserate der vorliegenden Art anwendbar wäre. Das gilt auch für die Preisangabe. Dass die Angabe "0,41/sek" in einer österreichischen Tageszeitung anders als ein Hinweis auf 0,41 S verstanden werden könnte, ist nicht zu sehen, sodass ein Verstoß gegen Paragraph 9, Absatz 2, PrAG BGBl 1992/146 selbst dann zu verneinen ist, wenn dieses Gesetz auf Inserate der vorliegenden Art anwendbar wäre.

Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 EntgeltVBGBl II 1999/158 - wonach bei Rufen in dem Nummerierungsbereich für nationale Rufnummern in den Bereichskennzahlen 90x, 91x, 92x und 93x der Betreiber des Netzes, von dem aus der Dienst angeboten wird, sicherzustellen hat, dass dem Anrufenden die Höhe des pro Minute anfallenden Entgelts unmittelbar nach Herstellen der Verbindung in geeigneter Weise mitgeteilt wird (Abs 1), wobei diese Information höchstens 10 Sekunden dauern darf (Abs 3) und hiefür dem anrufenden Teilnehmer kein Entgelt in Rechnung gestellt werden darf (Abs 3) - wurde in erster Instanz nicht geltend gemacht; die Klägerin hat nicht behauptet, dass nach dem Wählen der im Inserat angeführten Nummer die entsprechende Information unterbliebe. Dass aus dieser Bestimmung auf die Preisangaben in den Werbeeinschaltungen Rückschlüsse zu ziehen wären, trifft nicht zu. Erhält der Anrufer die dort vorgeschriebene - kostenlose - Information, dann wird er ohnehin rechtzeitig aufgeklärt, selbst wenn er den Inseratentext missverstanden haben sollte. Ein Verstoß gegen Paragraph 6, Absatz eins, EntgeltV BGBl römisch II

1999/158 - wonach bei Rufen in dem Nummerierungsbereich für nationale Rufnummern in den Bereichskennzahlen 90x, 91x, 92x und 93x der Betreiber des Netzes, von dem aus der Dienst angeboten wird, sicherzustellen hat, dass dem Anrufenden die Höhe des pro Minute anfallenden Entgelts unmittelbar nach Herstellen der Verbindung in geeigneter Weise mitgeteilt wird (Absatz eins,), wobei diese Information höchstens 10 Sekunden dauern darf (Absatz 3,) und hiefür dem anrufenden Teilnehmer kein Entgelt in Rechnung gestellt werden darf (Absatz 3,) - wurde in erster Instanz nicht geltend gemacht; die Klägerin hat nicht behauptet, dass nach dem Wählen der im Inserat angeführten Nummer die entsprechende Information unterbliebe. Dass aus dieser Bestimmung auf die Preisangaben in den Werbeeinschaltungen Rückschlüsse zu ziehen wären, trifft nicht zu. Erhält der Anrufer die dort vorgeschriebene - kostenlose - Information, dann wird er ohnehin rechtzeitig aufgeklärt, selbst wenn er den Inseratentext missverstanden haben sollte.

Die Klägerin wirft zwar der Beklagten vor, dass diese ihr nicht den Telefondienstleister bekanntgegeben hat, hat ihr Begehren aber - ganz bewusst, wie ihre Rechtsmittelausführungen zeigen (S. 108) - nicht auf eine solche Bekanntgabe gerichtet. Tatsächlich wäre ein solches Begehren in einem auf das UWG gestützten Verfahren fehl am Platz. Es bedarf daher hier keiner Erörterung der Frage, ob die Beklagte auf Grund überwiegender Interessen der Klägerin verpflichtet wäre, dieser den Namen des Telefondienstleisters bekannt zu geben, damit sie gegen den Mitbewerber vorgehen kann (§ 91 Abs 3 letzter Satz TKG; § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000). Die Klägerin wirft zwar der Beklagten vor, dass diese ihr nicht den Telefondienstleister bekanntgegeben hat, hat ihr Begehren aber - ganz bewusst, wie ihre Rechtsmittalausführungen zeigen (S. 108) - nicht auf eine solche Bekanntgabe gerichtet. Tatsächlich wäre ein solches Begehren in einem auf das UWG gestützten Verfahren fehl am Platz. Es bedarf daher hier keiner Erörterung der Frage, ob die Beklagte auf Grund überwiegender Interessen der Klägerin verpflichtet wäre, dieser den Namen des Telefondienstleisters bekannt zu geben, damit sie gegen den Mitbewerber vorgehen kann (Paragraph 91, Absatz 3, letzter Satz TKG; Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 4, DSG 2000).

Da schon aus diesen Gründen der Sicherungsantrag jedenfalls abzuweisen ist, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob das - auf Erwirkung bestimmter Handlungen gerichtete - Sicherungsbegehren in dieser Form zulässig ist und ob allenfalls eine Umformulierung in Betracht gekommen wäre.

Dem Revisionsrekurs musste somit ein Erfolg versagt bleiben.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 Abs 2 ZPO. Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41., 50 Absatz 2, ZPO.

### **Anmerkung**

E63121 04A01341

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00134.01M.0912.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_20010912\_OGH0002\_0040OB00134\_01M0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>