

# TE OGH 2001/6/12 4Ob88/01x

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.06.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* Incorporated, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Alexander Matt, Rechtsanwalt in Bregenz, wider die beklagte Partei Ing. G. Rudolf H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Kinberger und Dr. Alexander Schuberth, Rechtsanwälte in Zell am See, wegen Unterlassung (Streitwert 1.000.000 S), infolge außerordentlicher Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 7. Februar 2001, GZ 1 R 212/00b-104, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 6. Juli 2000, GZ 7 Cg 56/95m-97, den

## Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache wird zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Klägerin hat ihren Sitz in den USA. Sie beschäftigt sich (ua) mit der Herstellung und dem Vertrieb von Solarglas, das unter der Bezeichnung S\*\*\*\*\* vermarktet wird. In Europa wird S\*\*\*\*\* von der I\*\*\*\*\* Corporation in Liechtenstein vertrieben.

Die E\*\*\*\*\* GmbH in T\*\*\*\*\* in der Bundesrepublik Deutschland vertreibt ein ähnliches Produkt, das als E\*\*\*\*\* bezeichnet wird. In Österreich hat der Beklagte das Solarglas E\*\*\*\*\* vertrieben.

Der Beklagte erhielt von der E\*\*\*\*\* GmbH Informationen, die er an seine Kunden weitergab. So versandte er am 5. 1. 1995 ein Rundschreiben, in dem er mitteilte, dass zum Monatsanfang Februar 1995 eine neue Produktion E\*\*\*\*\* Spezialglas für Sonnenkollektoren gestartet werde. Die Kunden sollten bis 15. 1. 1995 ihre Bestellungen aufgeben.

Aufgrund dieses Rundschreibens ersuchte die M\*\*\*\*\* GmbH mit Telefax vom 12. 1. 1995 den Beklagten um ein Angebot für den Jahresbedarf an Solarglas, um Glasmuster und eine Transmissionskurve vom sichtbaren Bereich der Strahlungen bis in den tiefen Infrarotbereich. Der Beklagte kam diesem Ersuchen unter Hinweis auf die Produktion im

Februar 1995 nach und sandte der Interessentin ein Angebot, eine Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 und eine Kundeninformation, in der die Lichtdurchlässigkeit von E\*\*\*\*\* Solarglas mit ca. 92 % angegeben war. Gleichzeitig bot er an, die neuen Tabellen auf Anforderung zuzustellen.

In Ausgaben der Zeitschrift "Erneuerbare Energie" Nr 4/94 und Nr 2/95 warb der Beklagte mit der Ankündigung "Solarglas entspiegelt, 92 % Lichtdurchlässigkeit". Vor Erscheinen der Ausgabe Nr 2/95 hatte der Beklagte aufgrund der vorliegenden Klage in einem Schreiben an die Arbeitsgemeinschaft Erneuerbare Energie vergeblich versucht, in der Einschaltung "92 % Lichtdurchlässigkeit" durch "hohe Lichtdurchlässigkeit" ersetzen zu lassen.

Die Klägerin begehrte, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 % und hiebei eine Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 als Werbemittel im Kundenverkehr zu verwenden, die Messungen an einem Glasprodukt zeigt, das nicht das beworbene ist und nicht genau die Eigenschaften des angebotenen und beworbenen Produkts hat. Eventualiter begehrte die Klägerin, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von 92 %; als weiteres Eventualbegehren stellt die Klägerin das Begehr, dem Beklagten zu verbieten, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %. Die Abnehmer von Solarglas seien fachkundig; sie orientierten sich vor allem an den Angaben über die Lichtdurchlässigkeit. Die Angaben des Beklagten über die Lichtdurchlässigkeit seien unrichtig und zur Irreführung geeignet. Schon Differenzen im Zehntelpunktbereich seien für die Funktionsfähigkeit von Sonnenkollektoren von großer Bedeutung.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Es sei offenkundig gewesen, dass die Transmissionskurve nicht die künftige Produktion betreffe. Die Zirkaangabe zeige, dass eine geringe Abweichung möglich sei. Nach letzten Messungen erreiche E\*\*\*\*\* einen Lichtdurchlässigkeitswert von 91,6 %. Es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Er habe bereits im Jänner 1995 den Auftrag erteilt, den Lichtdurchlässigkeitswert in den Inseraten nicht mit 92 % anzugeben. Das - geänderte - Unterlassungsbegehren sei im Übrigen verjährt.

Im ersten Rechtsgang verbot das Erstgericht dem Beklagten, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %; das Mehrbegehren, dem Beklagten zu untersagen, eine Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 als Werbemittel zu verwenden, die Messungen an einem Glasprodukt zeigt, das nicht das Beworbene ist, wies es ab. Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht dem Hauptbegehren zur Gänze statt. Ergänzend zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es fest:

"Das Solarglas S\*\*\*\*\* der Klägerin hat einen Transmissionsgrad für die Normlichtart A von 0,915 +/- 0,002 und für die Normlichtart D 65 von 0,914 +/- 0,002. Die Normlichtart A wird mehr für Kunstlicht und insbesondere im Fahrzeugbereich eingesetzt; für Sonnenkollektoren ist die Bewertung für die Normlichtart D 65 maßgebend. Das Solarglas E\*\*\*\*\* erreicht für die Normlichtart A 0,906 +/- 0,002 und für die Normlichtart D 65 0,908 +/- 0,002. Die Toleranzen von +/- 0,002 sind auf Unterschiede der Meßgeräte und des untersuchten Materials zurückzuführen. Das Solarglas S\*\*\*\*\* weist demnach eine maximale Lichtdurchlässigkeit für die Normlichtart D 65 von 91,6 % auf; das Solarglas E\*\*\*\*\* von 91 %.

Da Strukturgläser dieser Art im Großtechnischen Verfahren nicht in einer Glasdicke ohne Toleranzen hergestellt werden können, kann es von Glas zu Glas zu geringfügigen Änderungen kommen. Gläser dieser Art können daher nicht mit einem festen Wert beschrieben werden. Vielmehr sind Schwankungen des Transmissionsgrads von +/- 1 % oder sogar +/- 2 % möglich. Aus diesem Grund wird der Transmissionsgrad häufig mit einem Zirkawert angegeben.

Die Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 entsprach einem Lichtdurchlässigkeitswert von 91 %; sie bezog sich nicht auf das im Februar 1995 in Produktion gehende Solarglas. Eine Transmissionskurve vom 28. 2. 1995 zeigt einen Lichtdurchlässigkeitswert von 91,8 %.

Im Zeitraum 1994/1995 wies das qualitativ geringwertigste am Markt befindliche Solarglas einen Lichtdurchlässigkeitswert von weniger als 90 % auf. Die produktionstechnisch noch mögliche Obergrenze lag bei 95 %.

Die vom Beklagten angesprochenen Verkehrskreise setzten sich aus Endverbrauchern und Solarglasverarbeitern zusammen. Sie legten im Zeitraum Jänner/Februar 1995 vor allem Wert auf die Bruchfestigkeit und die Lichtdurchlässigkeit des Solarglases. Der überwiegende Teil erwartete von einem guten Solarglas einen Lichtdurchlässigkeitswert von mindestens 92 %. Eine Änderung der Lichtdurchlässigkeit von 92 % auf 91 % hätte die Attraktivität des vom Beklagten angebotenen Produkts jedoch kaum beeinflusst. Hätte der Transmissionsgrad nur 90 % betragen, so wäre das Solarglas wesentlich weniger attraktiv gewesen. Die angesprochenen Verkehrskreise konnten aus der vom Beklagten versandten Information nicht ersehen, dass sich die angeschlossene Transmissionskurve auf ein älteres Produkt bezog und dass sich bei dem nunmehr angebotenen Solarglas Änderungen ergeben können. Ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise entnahm den Werbeaussagen des Beklagten, dass der Lichtdurchlässigkeitswert 92 % betrage.

Nachdem der Beklagte von der Klägerin Mitte Februar 1995 aufgefordert worden war, die beanstandete Werbung zu unterlassen, bezog er von der E\*\*\*\*\* GmbH kein weiteres Solarglas mehr. Nach Aufbrauchen des Vorrats stellte er den Vertrieb von E\*\*\*\*\* ein."

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass österreichisches Wettbewerbsrecht anzuwenden sei. Die Werbeangaben des Beklagten verstießen gegen § 2 UWG. Die angesprochenen Verkehrskreise gewännen den tatsachenwidrigen Eindruck, dass sich der sich aus der Transmissionskurve ergebende Lichtdurchlässigkeitswert auf die künftige Produktion beziehe. Dass das Solarglas E\*\*\*\*\* bei einer Messung vom 28. 2. 1995 einen Transmissionsgrad von 91,8 % und damit letztlich von ca 92 % aufgewiesen habe und dass die angesprochenen Verkehrskreise das Solarglas auch gekauft hätten, wenn der Transmissionsgrad nur 91 % betragen hätte, sei nicht von Relevanz. Entscheidend sei, dass die Angaben des Beklagten einen unrichtigen Eindruck hervorgerufen hätten. Die Unrichtigkeit sei für den Kaufentschluss erheblich gewesen. Ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise sei von einer Lichtdurchlässigkeit von 92 % ausgegangen und sei deshalb an einem Kauf interessiert gewesen. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Beklagte beim Vertrieb des nach Klageeinbringung noch vorräti gen Solarglasses die beanstandeten Werbeangaben verwendet habe. Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass österreichisches Wettbewerbsrecht anzuwenden sei. Die Werbeangaben des Beklagten verstießen gegen Paragraph 2, UWG. Die angesprochenen Verkehrskreise gewännen den tatsachenwidrigen Eindruck, dass sich der sich aus der Transmissionskurve ergebende Lichtdurchlässigkeitswert auf die künftige Produktion beziehe. Dass das Solarglas E\*\*\*\*\* bei einer Messung vom 28. 2. 1995 einen Transmissionsgrad von 91,8 % und damit letztlich von ca 92 % aufgewiesen habe und dass die angesprochenen Verkehrskreise das Solarglas auch gekauft hätten, wenn der Transmissionsgrad nur 91 % betragen hätte, sei nicht von Relevanz. Entscheidend sei, dass die Angaben des Beklagten einen unrichtigen Eindruck hervorgerufen hätten. Die Unrichtigkeit sei für den Kaufentschluss erheblich gewesen. Ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise sei von einer Lichtdurchlässigkeit von 92 % ausgegangen und sei deshalb an einem Kauf interessiert gewesen. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Beklagte beim Vertrieb des nach Klageeinbringung noch vorräti gen Solarglasses die beanstandeten Werbeangaben verwendet habe.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Beklagte habe den Wegfall der Wiederholungsgefahr in seiner Berufung im ersten Rechtsgang erstmals eingewandt. Der Einwand sei als unzulässige Neuerung gewertet worden; damit liege eine abschließende Erledigung vor, die einen Einwand des Wegfalls der Wiederholungsgefahr im zweiten Rechtsgang ausschließe. Die Wiederholungsgefahr sei aber ohnehin nicht weggefallen, weil der Beklagte den Unterlassungsanspruch bestreite. Der Unterlassungsanspruch sei nicht verjährt. Das Unterlassungsbegehren sei rechtzeitig erhoben worden; die nachfolgenden Präzisierungen hätten den Unterlassungsanspruch unberührt gelassen. Das Erstgericht habe die Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise durch die in ihrer Gesamtheit zu betrachtenden Werbemaßnahmen des Beklagten zu Recht bejaht. Der Beklagte hätte jedenfalls beim Anbieten und bei der Übersendung der alten Transmissionskurve zumindest darauf hinweisen müssen, dass die neue Produktion nicht vollkommen der seinerzeit getesteten Ware gleich sein werde. Aufgrund dieser rechtlichen Erwägungen erübrige es sich, auf die Tatsachenrüge der Klägerin in der Berufungsbeantwortung einzugehen.

## **Rechtliche Beurteilung**

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

Mit Recht wendet sich der Beklagte gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass er im zweiten Rechtsgang den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht einwenden könne, weil dieser Einwand im ersten Rechtsgang abschließend erledigt worden sei:

Bei einer Aufhebung nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO ist im zweiten Rechtsgang neues Vorbringen (nur) insoweit unzulässig, als die aufhebende Instanz eine bestimmte Frage aufgrund des gegebenen Bei einer Aufhebung nach Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO ist im zweiten Rechtsgang neues Vorbringen (nur) insoweit unzulässig, als die aufhebende Instanz eine bestimmte Frage aufgrund des gegebenen

Sachverhalts bereits abschließend entschieden hat (SZ 55/164 = JBI

1983, 441 = RZ 1984/1; Kodek in Rechberger, ZPO\*\*2 § 496 Rz 5 mwN) 1983, 441 = RZ 1984/1; Kodek in Rechberger, ZPO\*\*2 Paragraph 496, Rz 5 mwN).

Hat die aufhebende Instanz Vorbringen in der Berufung als unzulässige Neuerung gewertet, so hat es die davon berührte Frage nicht abschließend erledigt, sondern eine inhaltliche Auseinandersetzung damit abgelehnt. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung führte dazu, dass entgegen § 496 Abs 2 ZPO auch bei einer Aufhebung nach § 496 Z 3 ZPO neues Vorbringen ausgeschlossen wäre, wenn das neue Vorbringen bereits im Rechtsmittelverfahren des ersten Rechtsgangs erstattet wurde. Eine solche Einschränkung entbehrt jeder Grundlage. Hat die aufhebende Instanz Vorbringen in der Berufung als unzulässige Neuerung gewertet, so hat es die davon berührte Frage nicht abschließend erledigt, sondern eine inhaltliche Auseinandersetzung damit abgelehnt. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung führte dazu, dass entgegen Paragraph 496, Absatz 2, ZPO auch bei einer Aufhebung nach Paragraph 496, Ziffer 3, ZPO neues Vorbringen ausgeschlossen wäre, wenn das neue Vorbringen bereits im Rechtsmittelverfahren des ersten Rechtsgangs erstattet wurde. Eine solche Einschränkung entbehrt jeder Grundlage.

Das Berufungsgericht hat aber ohnehin auch inhaltlich zum Einwand des Wegfalls der Wiederholungsgefahr Stellung genommen. Es weist zutreffend darauf hin, dass die Wiederholungsgefahr schon deshalb nicht verneint werden kann, weil der Beklagte nach wie vor bestreitet, wettbewerbswidrig gehandelt zu haben. Diese Ansicht steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung, wonach derjenige, der im Prozess weiterhin die Auffassung vertritt, zur beanstandeten Handlung berechtigt zu sein, und seinen Wettbewerbsverstoß bestreitet, im allgemeinen schon durch dieses Verhalten zu erkennen gibt, dass es ihm um die Vermeidung weiterer Eingriffe dieser Art nicht ernstlich zu tun ist (ÖBI 1999, 295 - FordKG mwN).

Nicht berechtigt ist auch die Rüge des Beklagten, das Berufungsgericht hätte die Verjährungsfrage falsch gelöst. Die Klägerin hat in der Klage begehrt, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %, und eine Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 als Werbemittel im Kundenverkehr zu verwenden, die Messungen an einem Glasprodukt zeigt, das nicht das beworbene ist. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 23. 6. 1995 (ON 6) - und damit noch innerhalb der 6-Monats-Frist des § 20 Abs 1 UWG - dehnte sie ihr Klagebegehren um das weitere Begehrum aus, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von 92 %. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 14. 3. 1997 (ON 45) fügte sie dem ersten Teil ihres (Haupt-)Begehrums den Halbsatz "oder nicht genau die Eigenschaften des angebotenen und beworbenen Produkts hat" an und stellte den zweiten Teil ihres Hauptbegehrums ("Der Beklagte ist weiters zu unterlassen schuldig, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von 92 %.") als Eventualbegehrum. In dem - in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 16. 10. 1998 (ON 58) vorgetragenen - Schriftsatz vom 12. 10. 1998 (ON 57) ersetze sie schließlich im letzten Halbsatz ihres Hauptbegehrums das einleitende "oder" durch ein "und" und stellte als zweites Eventualbegehrum das Begehrum, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %. Nicht berechtigt ist auch die Rüge des Beklagten, das Berufungsgericht hätte die Verjährungsfrage falsch gelöst. Die Klägerin hat in der Klage begehrt, dem Beklagten zu

untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %, und eine Transmissionskurve vom 8. 11. 1993 als Werbemittel im Kundenverkehr zu verwenden, die Messungen an einem Glasprodukt zeigt, das nicht das beworbene ist. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 23. 6. 1995 (ON 6) - und damit noch innerhalb der 6-Monats-Frist des Paragraph 20, Absatz eins, UWG - dehnte sie ihr Klagebegehren um das weitere Begehren aus, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von 92 %. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 14. 3. 1997 (ON 45) fügte sie dem ersten Teil ihres (Haupt-)Begehrrens den Halbsatz "oder nicht genau die Eigenschaften des angebotenen und beworbenen Produkts hat" an und stellte den zweiten Teil ihres Hauptbegehrrens ("Der Beklagte ist weiters zu unterlassen schuldig, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von 92 %.") als Eventualbegehren. In dem - in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 16. 10. 1998 (ON 58) vorgetragenen - Schriftsatz vom 12. 10. 1998 (ON 57) ersetzte sie schließlich im letzten Halbsatz ihres Hauptbegehrrens das einleitende "oder" durch ein "und" und stellte als zweites Eventualbegehren das Begehren, dem Beklagten zu untersagen, im Gebiet der Republik Österreich Solarglas unter der Bezeichnung E\*\*\*\*\* mit der Behauptung anzubieten, zu bewerben und zu vertreiben, es erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %.

Das Erstgericht hat die in ON 45 und ON 58 angeführten Ergänzungen des Klagebegehrrens als Klageänderung bewilligt (ON 58). In Wahrheit liegt aber keine Klageänderung vor, weil das Klagebegehren weder quantitativ erweitert noch qualitativ geändert wurde und eine Klageänderung durch Änderung des Klagebegehrrens eine Änderung des - hier gleich gebliebenen - Rechtsschutzzieles voraussetzt (Rechberger in Rechberger, ZPO\*\*2 § 235 Rz 2 mwN). Die Klägerin hat noch innerhalb der 6-Monats-Frist des § 20 Abs 1 UWG als (weiteres) Hauptbegehren das Begehren erhoben, dem Beklagten die Werbung mit einem Lichtdurchlässigkeitswert von 92 % zu untersagen. Sie hat dieses Begehren in der Folge als Eventualbegehren gestellt; die Änderung eines Hauptbegehrrens in ein Eventualbegehren ist keine Klageänderung, weil dadurch weder mehr noch etwas anderes begeht wird. Die weitere, in der Anfügung des Halbsatzes "oder nicht genau die Eigenschaften des angebotenen und beworbenen Produkts hat" bestehende Änderung des (Haupt-)Begehrrens ist ebenfalls keine Klageänderung, weil damit nur der erste Teil des Satzes ("das nicht das beworbene ist") näher erläutert wird und auch insoweit keine qualitative oder quantitative Änderung des Klagebegehrrens vorliegt. Das Gleiche gilt naturgemäß auch für die in einem Austausch des einleitenden "oder" gegen ein "und" bestehende Änderung. Für die Frage der Verjährung ist daher nicht der Zeitpunkt der "Klageänderung", sondern der der Klageeinbringung maßgebend. Dass der Anspruch der Klägerin schon damals verjährt gewesen wäre, behauptet der Beklagte nicht. Das Erstgericht hat die in ON 45 und ON 58 angeführten Ergänzungen des Klagebegehrrens als Klageänderung bewilligt (ON 58). In Wahrheit liegt aber keine Klageänderung vor, weil das Klagebegehren weder quantitativ erweitert noch qualitativ geändert wurde und eine Klageänderung durch Änderung des Klagebegehrrens eine Änderung des - hier gleich gebliebenen - Rechtsschutzzieles voraussetzt (Rechberger in Rechberger, ZPO\*\*2 Paragraph 235, Rz 2 mwN). Die Klägerin hat noch innerhalb der 6-Monats-Frist des Paragraph 20, Absatz eins, UWG als (weiteres) Hauptbegehren das Begehren erhoben, dem Beklagten die Werbung mit einem Lichtdurchlässigkeitswert von 92 % zu untersagen. Sie hat dieses Begehren in der Folge als Eventualbegehren gestellt; die Änderung eines Hauptbegehrrens in ein Eventualbegehren ist keine Klageänderung, weil dadurch weder mehr noch etwas anderes begeht wird. Die weitere, in der Anfügung des Halbsatzes "oder nicht genau die Eigenschaften des angebotenen und beworbenen Produkts hat" bestehende Änderung des (Haupt-)Begehrrens ist ebenfalls keine Klageänderung, weil damit nur der erste Teil des Satzes ("das nicht das beworbene ist") näher erläutert wird und auch insoweit keine qualitative oder quantitative Änderung des Klagebegehrrens vorliegt. Das Gleiche gilt naturgemäß auch für die in einem Austausch des einleitenden "oder" gegen ein "und" bestehende Änderung. Für die Frage der Verjährung ist daher nicht der Zeitpunkt der "Klageänderung", sondern der der Klageeinbringung maßgebend. Dass der Anspruch der Klägerin schon damals verjährt gewesen wäre, behauptet der Beklagte nicht.

Berechtigt sind aber die Einwendungen des Beklagten in der Sache selbst. Dem Beklagten werden zwei irreführende Angaben vorgeworfen:

Als irreführend wird seine Werbebehauptung beanstandet, dass sein Solarglas einen Transmissionswert von ca 92 % habe und dass er seinem Anbot eine Transmissionskurve beigelegt hat, die sich nicht auf das angebotene, sondern auf ein älteres Produkt bezog. Die Transmissionskurve wies einen Lichtdurchlässigkeitswert von 91 % aus.

Dazu hat das Erstgericht festgestellt, dass das Solarglas des Beklagten einen Lichtdurchlässigkeitswert von 91 % hatte. Es hat - aufgrund einer Meinungsumfrage - weiters festgestellt, dass der überwiegende Teil der angesprochenen Verkehrsteilnehmer von einem guten Solarglas einen Lichtdurchlässigkeitswert von zumindest 92 % erwartet; dass aber eine Änderung der Lichtdurchlässigkeit von 92 % auf 91 % die Attraktivität des vom Beklagten beworbenen Produkts kaum beeinflusst hätte.

Dennoch ist das Erstgericht zum Schluss gekommen, dass die Irreführung für den Kaufentschluss wesentlich gewesen sei. Ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise sei von einer Lichtdurchlässigkeit von 92 % ausgegangen und es sei dadurch das Kaufinteresse geweckt worden. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil mit der Begründung bestätigt, der Beklagte hätte jedenfalls beim Anbieten bzw bei der Übersendung der alten Transmissionskurve zumindest darauf hinweisen müssen, dass die neue Produktion nicht vollkommen der seinerzeit getesteten Ware gleich sein werde bzw könne. Zur Relevanz der Irreführung nahm es nicht Stellung.

Eine - wenn auch unrichtige oder sonst zur Irreführung geeignete - Angabe verstößt nur dann gegen § 2 UWG, wenn sie geeignet ist, den Kaufentschluss zu beeinflussen (stRsp ua MR 1999, 297 - Mentadent C ADAPTOR; ÖBI 2001, 72 - Bodyguard). Hätte eine Änderung der Lichtdurchlässigkeit von 92 % auf 91 % die Attraktivität des vom Beklagten beworbenen Produkts kaum beeinflusst, so war die Angabe, das Solarglas E\*\*\*\*\* erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %, für den Kaufentschluss nicht wesentlich. Es trifft dann auch nicht zu, dass - wie das Erstgericht meint - das Kaufinteresse eines erheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise durch diese Angabe geweckt worden sei. Eine - wenn auch unrichtige oder sonst zur Irreführung geeignete - Angabe verstößt nur dann gegen Paragraph 2, UWG, wenn sie geeignet ist, den Kaufentschluss zu beeinflussen (stRsp ua MR 1999, 297 - Mentadent C ADAPTOR; ÖBI 2001, 72 - Bodyguard). Hätte eine Änderung der Lichtdurchlässigkeit von 92 % auf 91 % die Attraktivität des vom Beklagten beworbenen Produkts kaum beeinflusst, so war die Angabe, das Solarglas E\*\*\*\*\* erreiche einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 %, für den Kaufentschluss nicht wesentlich. Es trifft dann auch nicht zu, dass - wie das Erstgericht meint - das Kaufinteresse eines erheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise durch diese Angabe geweckt worden sei.

Es ist daher für die Entscheidung erheblich, ob sich die Attraktivität des Solarglases E\*\*\*\*\* tatsächlich kaum geändert hätte, hätte der Beklagte nicht damit geworben, dass es einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 % erreiche, sondern den - tatsächlich erreichten - Lichtdurchlässigkeitswert angegeben. Die Klägerin hat die Feststellung über den mangelnden Einfluss der beanstandeten Angabe auf die Attraktivität des Produkts in der Berufungsbeantwortung bekämpft. Das Berufungsgericht hat die Beweisrüge nicht erledigt. Da die bekämpfte Feststellung aber für die Entscheidung erheblich ist, wird die Beweisrüge zu erledigen sein.

Kommt das Berufungsgericht zum Schluss, dass die Feststellung richtig ist, so wird es einen Verstoß der beanstandeten Behauptung, wonach das Solarglas E\*\*\*\*\* einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 % erreiche, gegen § 2 UWG zu verneinen haben. Übernimmt das Berufungsgericht die Feststellung hingegen nicht, sondern ersetzt es sie durch die Feststellung, dass die Angabe für den Kaufentschluss erheblich gewesen sei, so ist zu prüfen, ob die - von der Klägerin ebenfalls bekämpfte - Feststellung richtig ist, dass Schwankungen des Transmissiongrads von +/- 1 % oder sogar +/- 2 % möglich sind. Ist diese Feststellung nämlich dahin zu verstehen, dass die Zirkaangabe des Lichtdurchlässigkeitswerts einen Bereich von 1 % bis 2 % abdeckt, so ist die Angabe "ca 92 %" nicht unrichtig, wenn der Lichtdurchlässigkeitswert in Wahrheit nur 91 % beträgt. In diesem Fall läge weder eine unrichtige noch sonst zur Irreführung geeignete Angabe vor, so dass der geltend gemachte Verstoß gegen § 2 UWG schon aus diesem Grund zu verneinen wäre. Kommt das Berufungsgericht zum Schluss, dass die Feststellung richtig ist, so wird es einen Verstoß der beanstandeten Behauptung, wonach das Solarglas E\*\*\*\*\* einen Lichtdurchlässigkeitswert von ca 92 % erreiche, gegen Paragraph 2, UWG zu verneinen haben. Übernimmt das Berufungsgericht die Feststellung hingegen nicht, sondern ersetzt es sie durch die Feststellung, dass die Angabe für den Kaufentschluss erheblich gewesen sei, so ist zu prüfen, ob die - von der Klägerin ebenfalls bekämpfte - Feststellung richtig ist, dass Schwankungen des Transmissiongrads von +/- 1 % oder sogar +/- 2 % möglich sind. Ist diese Feststellung nämlich dahin zu verstehen, dass die Zirkaangabe des Lichtdurchlässigkeitswerts einen Bereich von 1 % bis 2 % abdeckt, so ist die Angabe "ca 92 %" nicht unrichtig, wenn der Lichtdurchlässigkeitswert in Wahrheit nur 91 % beträgt. In diesem Fall läge weder eine

unrichtige noch sonst zur Irreführung geeignete Angabe vor, so dass der geltend gemachte Verstoß gegen Paragraph 2, UWG schon aus diesem Grund zu verneinen wäre.

Die Relevanz des Anschlusses eines überholten Transmissionsprotokolls für den Kaufentschluss ist eine Rechtsfrage, weil insoweit keine Tatsachen behauptet und auch keine Feststellungen getroffen worden sind. Nach dem festgestellten - und insoweit unstrittigen - Sachverhalt wies die Transmissionskurve einen Lichtdurchlässigkeitswert von 91 % auf; der Lichtdurchlässigkeitswert von E\*\*\*\*\* ist - allerdings von der Klägerin in der Berufungsbeantwortung bekämpft - ebenfalls mit 91 % festgestellt.

Nach dem festgestellten Sachverhalt war damit die Tatsache, dass sich das Transmissionsprotokoll nicht auf das erst zu produzierende Glas bezog, für den Kaufentschluss unerheblich. Wies nämlich das angebotene und erst zu produzierende Glas ohnehin die gleiche Lichtdurchlässigkeit auf, wie sie sich aus dem Transmissionsprotokoll ergab, so wurde der Kunde in Bezug auf den Lichtdurchlässigkeitswert nicht irregeführt. Nur dieser Wert konnte aber für den Kaufentschluss maßgebend sein und nicht der Zeitpunkt, in dem er festgestellt wurde.

Die Klägerin hat in der Berufungsbeantwortung geltend gemacht, dass das Erstgericht den Lichtdurchlässigkeitswert mit "bis zu 91 %" hätte feststellen müssen. Diese Rüge stützt sich darauf, dass das Erstgericht, ausgehend vom Transmissionsgrad von E\*\*\*\*\* für die Normlichtart D 65 von 0,908 +/- 0,002, eine maximale Lichtdurchlässigkeit von 91 % festgestellt hat. Es stellt sich daher die Frage, ob der Anschluss eines veralteten Transmissionsprotokolls, aus dem sich ein Lichtdurchlässigkeitswert von 91 % ergibt, den Kaufentschluss beeinflusst hätte, wenn aufgrund von Besonderheiten von Messgeräten und Material der Wert des angebotenen und erst zu produzierenden Glases zwischen 90,6 % und 91 % liegen kann.

Die Beantwortung dieser Frage hängt entscheidend davon ab, ob das Berufungsgericht die - ebenfalls bekämpfte - Feststellung über die Schwankungsbreite des Lichtdurchlässigkeitswerts übernimmt. Sind Schwankungen des Transmissionsgrads von +/- 1 % oder sogar +/- 2 % möglich, so kann in einer möglichen Abweichung von maximal 0,4 Prozentpunkten von dem sich aus der Transmissionskurve ergebenden Wert von 91 % keine für den Kaufentschluss erhebliche Irreführung liegen. Übernimmt das Berufungsgericht die Feststellung hingegen nicht, so wird angesichts der Bedeutung des Lichtdurchlässigkeitswerts für die Einschätzung von Solarglas die Relevanz der Irreführung für den Kaufentschluss zu bejahen sein.

Der Revision war Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E62337 04A00881

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00088.01X.0612.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010612\_OGH0002\_0040OB00088\_01X0000\_000

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