

TE OGH 1992/12/15 40b77/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.12.1992

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Gamerith, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter und Dr.Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1) Richard T*****; 2) Gernot M*****, beide Inhaber des Werbeunternehmens "T & M Werbepartner", ***** beide vertreten durch Dr.Bernhard Krump, Rechtsanwalt in Hausmannstätten, wider die beklagten Parteien 1) Peter F*****; 2) Franz Josef R*****;

3) Harald G*****; 4) U***** Gesellschaft mbH & Co KG, ***** alle vertreten durch Dr.Johann Quendler, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren: 920.000 S; Revisionsrekursinteresse: 820.000 S) infolge Revisionsrekurses der zweit-, dritt- und viertbeklagten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 9.Juni 1992, GZ 5 R 98/92-11, womit der Beschluß des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 13.März 1992, GZ 23 Cg 32/92-7, teilweise abgeändert und aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

1) Der Revisionsrekurs wird - soweit er sich gegen den aufhebenden Teil des angefochtenen Beschlusses (Pkt.3) richtet - zurückgewiesen.

Die zweit-, die dritt- und die viertbeklagten Parteien haben die Kosten ihres Rechtsmittels in diesem Umfang selbst zu tragen; die klagenden Parteien haben die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung in diesem Umfang vorläufig selbst zu tragen.

2) Im übrigen wird dem Revisionsrekurs der viertbeklagten Partei teilweise Folge gegeben und Punkt 2 lit a des angefochtenen Beschlusses dahin abgeändert, daß er zu lauten hat:

"Der viertbeklagten Partei wird geboten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei der Akquisition von Inseraten für ein von ihr herauszubringendes Branchentelefonbuch zu unterlassen, Insertionsaufträge per Telefon unaufgefordert bei Kunden anzubahnen oder zu erwirken, die bisher noch in keinem der von der viertbeklagten Partei herausgegebenen Branchentelefonbücher inseriert haben.

Das Mehrbegehren, der viertbeklagten Partei das Anbahnen oder Erwirken von Insertionsaufträgen per Telefon bei der Akquisition von Inseraten für ein von ihr herauszubringendes Branchentelefonbuch schlechthin zu untersagen, wird abgewiesen.

Die klagenden Parteien, welche im übrigen die Kosten der einstweiligen Verfügung vorläufig selbst zu tragen haben, sind schuldig, der viertbeklagten Partei die mit 3.736,26 S bestimmten Kosten der Äußerung (darin enthalten 622,71 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen."

Die klagenden Parteien, welche im übrigen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen haben, sind schuldig, der viertbeklagten Partei die mit 10.272,24 S bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten 1.721,04 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

3) Dem Revisionsrekurs der zweit- und der drittbeklagten Partei sowie - im übrigen - dem Revisionsrekurs der viertbeklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die zweit-, die dritt- und die viertbeklagten Parteien haben die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels endgültig selbst zu tragen; die klagenden Parteien haben die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die beiden Kläger haben sich unter der Bezeichnung "T & M Werbepartner" bzw "T & M" zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes zusammengeschlossen und bringen seit 1988/1989 jährlich unter der Bezeichnung "Das Bunte Branchentelefonbuch" oder "Das Bunte Branchenbuch" Telefonbücher für Graz und die Obersteiermark heraus, welche - durch entgeltliche Werbeeinschaltungen finanziert - gratis an die in Betracht kommenden Haushalte abgegeben werden.

Die Viertbeklagte mit der U***** GmbH als Komplementärin und dem Zweit- und dem Drittbeklagten als Kommanditisten ist mit Gesellschaftsvertrag vom 21.6.1991 gegründet worden; dabei wurde der Tag des Beginnes der Gesellschaft mit dem Tag der Eintragung im Firmenbuch festgelegt. Die Viertbeklagte wurde am 26.9.1991 im Firmenbuch des Landesgerichtes Klagenfurt eingetragen. Geschäftsführer der Komplementärin der Viertbeklagten sind der Zweit- und der Drittbeklagte. Der Erstbeklagte ist Gebietsleiter der Viertbeklagten in Graz.

Die Viertbeklagte ist schon seit ihrer Gründung auf dem Sektor der Herausgabe von Branchentelefonbüchern tätig geworden; sie hat bereits die Branchentelefonbücher "DIE GOLDENEN SEITEN, Band I, Juni 1991, Unterkärnten", "DIE GOLDENEN SEITEN, Band II, Juli 1991, Oberkärnten" und "DIE GOLDENEN SEITEN, Band III, Jänner 1992, Innsbruck" herausgegeben. Die Ausgabe "Salzburg-Stadt" ist für Sommer 1992, jene für "Salzburg-Land" und "Vorarlberg" sind für Herbst 1992 geplant; das Grazer Branchentelefonbuch der Viertbeklagten wird demnächst erscheinen.

Auf ein Schreiben der früheren Klagevertreter Dr.Erwin Bajc und Dr.Peter Zach vom 21.8.1991, worin der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes des Zweit- und des Drittbeklagten Wettbewerbsverstöße vorgeworfen worden waren, hat der Beklagtenvertreter mit Schreiben vom 27.9.1991 geantwortet und zugegeben, daß der Zweit- und der Drittbeklagte ein Branchentelefonbuch herausgeben und damit in einem Konkurrenzverhältnis zu den Klägern stehen. Noch am 31.10.1991 wurde für das - noch nicht erschienene - Telefonbuch für Graz, Ausgabe 1992/93/94/95, eine Inseratenbestellung auf einem Formularvordruck der "U*****GesbR" entgegengenommen.

Band I, Juni 1991, Unterkärnten, und Band II, Juli 1991, Oberkärnten, des Branchentelefonbuches der Viertbeklagten enthielten jeweils nachstehendes Bestellformular:

Band III, Jänner 1992, Innsbruck, des Branchentelefonbuches der Viertbeklagten enthielt nachstehendes Bestellformular:

Auf der vorderen Umschlagseite der Branchentelefonbücher der Viertbeklagten für Unter- und Oberkärnten (Band I und II, Juni und Juli 1991) und auf der Außenseite der Preisliste für das von der Viertbeklagten geplante Grazer Branchentelefonbuch (Band V) sowie - verkleinert auf einen Durchmesser von 1,5 cm - auf der ersten Innenseite des Branchentelefonbuches der Viertbeklagten für Innsbruck (Band III, Jänner 1992) war folgender Aufdruck angebracht:

Die geplante Ausgabe des Grazer Branchentelefonbuches der Viertbeklagten wird einen derartigen Aufdruck nicht mehr enthalten.

Sowohl Christian T*****, der Geschäftsführer der T***** GmbH, als auch der Apotheker Mag.Dr.Bernd L***** sind von einer Mitarbeiterin der Viertbeklagten per "Telefonmarketing" wegen eines Inserates im geplanten Grazer Branchentelefonbuch kontaktiert worden. Bei dieser Gelegenheit mußte ihnen das Branchentelefonbuch "DIE

GOLDENEN SEITEN" erst erklärt (gemeint wohl: vorgestellt) werden. Beide Telefonanrufe führten zu einer Terminvereinbarung mit einem Kundenberater der Viertbeklagten und - zumindest in einem Fall - auch zu einem Insertionsauftrag.

Bereits mit Schreiben vom 8.1.1991 hatte Dr.Ralf F***** namens der Kläger gegenüber der "U*****GesbR" wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz geltend gemacht und sie zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung des Inhaltes aufgefordert, daß sie es in Hinkunft unterlassen werde, ein Branchentelefonbuch herauszugeben, das nach Art und Gestaltung dem Produkt der Kläger verwechselbar ähnlich ist, und daß sie in Hinkunft ihr Branchentelefonbuch so gestalten werde, daß eine Verwechslungsgefahr mit dem Produkt der Kläger auszuschließen ist.

Mit der Behauptung, schon die Zweit- und Drittbeklagten als Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Erwerbsgesellschaft, nunmehr aber auch die Viertbeklagte, hätten im Zusammenhang mit den von ihnen herausgegebenen Branchentelefonbüchern in mehrfacher Hinsicht wettbewerbswidrig gehandelt und gegen "§§ 1, 2 und 7 UWG bzw § 1330 ABGB" verstoßen, beantragen die Kläger zur Sicherung von insgesamt acht inhaltsgleichen Unterlassungsansprüchen, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung - soweit in dritter Instanz noch von Bedeutung - nachstehende Handlungen zu verbieten:

1. das Anbahnen oder Erwirken von Insertionsaufträgen per Telefon bei der Akquisition von Inseraten für ein von ihnen herauszubringendes Telefonbuch;

in eventu:

das Anbahnen oder Erwirken von Insertionsaufträgen per Telefon bei der Akquisition von Inseraten für ein von ihnen herauszubringendes Telefonbuch, soweit die so angesprochenen Personen nicht bereits in einem vergangenen Telefonbuch der Beklagten inseriert haben;

6. das Ankündigen/Angeben von ihr (richtig: ihnen) bereits herausgebrachter regionaler Telefonbücher für Graz, Vorarlberg, Salzburg-Land und Salzburg-Stadt, wenn und solange tatsächlich für diese Regionen von den Beklagten (noch) kein Telefonbuch herausgebracht worden ist;

7. ihre Telefonbücher als "Das seriöse Branchentelefonbuch" zu bezeichnen.

Die Beklagten bedienen sich zur Akquisition von Inseraten für ihre Branchentelefonbücher der sogenannten "Telefonwerbung", indem sie Gewerbetreibende, zu denen bisher noch keine Geschäftsbeziehungen bestanden, anriefen, um von ihnen Werbeeinschaltungen zu erhalten. Diese Vorgangsweise der Beklagten sei aufdringlich und belästigend; sie verstoße auch wegen des damit verbundenen psychischen Kaufzwanges gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Soweit die Beklagten, welche bisher nur für den Raum Kärnten und Tirol Telefonbücher herausgebracht hätten, in ihren Bestellkarten auch zum Bezug bereits vorliegender Telefonbücher für Graz, Vorarlberg, Salzburg-Land und Salzburg-Stadt aufforderten, sei dies wahrheitswidrig; dem Publikum werde damit eine irreführende Größe und Leistungskraft der Beklagten suggeriert. Da die Beklagten im Zusammenhang mit den von ihnen herausgegebenen Telefonbüchern massiv unlautere und damit unseriöse Geschäftspraktiken verfolgten, sei auch die Ankündigung ihrer Telefonbücher als "Das seriöse Branchentelefonbuch" unrichtig und irreführend, werde doch damit ihrem Produkt fälschlich der Anstrich von Seriosität gegeben; davon abgesehen, würden damit alle anderen Branchentelefonbücher, also auch jene der Kläger, als "unseriös" diskreditiert und so pauschal und aggressiv abgewertet. Der Zweit- und der Drittbeklagte seien für die Wettbewerbsverstöße der Viertbeklagten auch deshalb persönlich verantwortlich, weil sie als deren Geschäftsführer hievon nicht nur Kenntnis gehabt, sondern sie auch unterstützt hätten bzw dagegen trotz Kenntnis nicht eingeschritten seien (ON 5 S 44).

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrages auch in dem noch in Rede stehenden Umfang. Nur die Viertbeklagte stehe zu den Klägern in einem Wettbewerbsverhältnis, den anderen Beklagten fehle die Passivlegitimation. Da die Kläger seit Jänner 1991 von der stets gleichbleibenden Kundenwerbung der Viertbeklagten Kenntnis gehabt hätten, seien die geltend gemachten Unterlassungsansprüche verjährt. Im übrigen riefen zwar Vertreter der Viertbeklagten potentielle Kunden an, um deren prinzipielles Interesse an Werbeeinschaltungen in den Branchentelefonbüchern zu erkunden, doch werde in diesem Zusammenhang keinerlei psychischer Kaufzwang ausgeübt, zumal ein Vertreterbesuch nur im Fall eines entsprechenden Kundeninteresses erfolge. Die Bestellkarten der Viertbeklagten seien nicht irreführend, weil sie nur solche Branchentelefonbücher enthielten, deren Erscheinen bereits

feststehe. Der Vermerk "Das seriöse Branchentelefonbuch" schein im jüngsten Werk der Viertbeklagten, dem im Jänner 1992 erschienen Branchentelefonbuch Innsbruck, nicht mehr auf, und auch für das in Planung befindliche Grazer Branchentelefonbuch sei ein solcher Hinweis nicht mehr beabsichtigt; davon abgesehen dürfe ihn die Viertbeklagte im Hinblick auf ihre Monopolstellung für Kärnten sehr wohl verwenden. Der Hinweis enthalte auch keine Pauschalherabsetzung von Konkurrenten; dennoch habe die Viertbeklagte, um allfälligen Streitigkeiten vorzubeugen, einen solchen Vermerk für die Grazer Ausgabe ihre Telefonbuches nicht mehr vorgesehen. Im Fall der Erlassung einer einstweiligen Verfügung drohe der Viertbeklagten ein "immenser Vermögensschaden", zumal dann die Ausgabe des Grazer Branchentelefonbuches "geplatzt" wäre; es werde daher die Auferlegung einer Sicherheit von zumindest 2 Millionen S beantragt.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag gegen sämtliche Beklagte zur Gänze ab. Die Unterlassungsansprüche der Kläger seien verjährt; auch liege keine sittenwidrige Nachahmung ihrer Branchentelefonbücher vor. Zum beanstandeten psychischen Kaufzwang durch Telefonwerbung könne der Sachverhalt mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht geklärt werden.

Das Rekursgericht nahm - teils abweichend von, teils ergänzend zu den Bescheinigungsannahmen des Erstgerichtes - den eingangs geschilderten Sachverhalt als bescheinigt an und bestätigte den abweisenden Beschluß des Erstgerichtes in Ansehung des Erstbeklagten sowie im Umfang seines Punktes 8 auch in Ansehung der zweit-, dritt- und viertbeklagten Parteien. Der erstgerichtliche Beschluß wurde in seinen Punkten 1, 6 und 7 dahin abgeändert, daß das Rekursgericht zu Punkt 1 die einstweilige Verfügung im Sinne des Hauptsicherungsbegehrens der Kläger gegen die Viertbeklagte und zu den Punkten 6 und 7 die beantragte einstweilige Verfügung gegen den Zweitbeklagten, den Drittbeklagten und die Viertbeklagte erließ. Zum abändernden Teil seiner Entscheidung sprach das Rekursgericht aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes dieser drei Begehren jeweils 50.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Im übrigen, also in Punkt 1 gegen den Zweit- und den Drittbeklagten sowie in den Punkten 2 bis 5 gegen die drei verbliebenen Beklagten, faßte das Gericht zweiter Instanz einen Aufhebungsbeschluß, weil das Erstgericht in diesem Umfang die von den Klägern zur Bescheinigung namhaft gemachten Auskunftspersonen übergangen habe; ein Ausspruch gemäß § 527 Abs 2 ZPO wurde nicht beigesetzt.

Die telefonische Aufnahme eines Erstkontaktes mit potentiellen Kunden durch Mitarbeiter der Viertbeklagten zur Erreichung eines Inserates verstoße als sittenwidrige Telefonwerbung gegen § 1 UWG. Da die Viertbeklagte in ihren Bestellkarten auch noch gar nicht erschienene Branchentelefonbücher aufgenommen und überdies darauf hingewiesen habe, daß "weitere schon in Arbeit sind", sei ihre Angabe zumindest in dem Sinne mehrdeutig, daß sie nicht von vornherein als bloße Einladung zu einer "Subskription" für erst künftig erscheinende Telefonbücher verstanden werden konnte. Da der Werbende immer die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen müsse, sei die beanstandete Angabe irreführend im Sinne des § 2 UWG. Die unrichtige und irreführende Angabe sei hier auch dem Zweit- und dem Drittbeklagten als Geschäftsführern der Viertbeklagten zuzurechnen, weil ihnen in dieser Eigenschaft die in den Telefonbüchern enthaltenen Bestellkarten bekannt sein mußten. Die Bezeichnung "Das seriöse Branchentelefonbuch" bedeute "als Wertung nach § 7 UWG" nach der auch hier heranzuziehenden ungünstigsten Auslegung, daß alle anderen Branchentelefonbücher unseriös seien. Auch hier komme die Haftung des Zweit- und des Drittbeklagten als Geschäftsführer der Viertbeklagten zum Tragen. Auch die von ihnen im Rahmen der GesbR herausgebrachten Telefonbücher hätten im übrigen den beanstandeten Hinweis enthalten. Die Wiederholungsfahr sei nicht schon deshalb weggefallen, weil in der geplanten Ausgabe des Grazer Branchentelefonbuches ein solcher Hinweis nicht mehr aufscheine, könnten doch die Beklagten, welche dem Sicherungsantrag in diesem Punkt auch aus anderen Gründen entgegengetreten seien, ihren Standpunkt jederzeit wieder ändern. Da die einstweilige Verfügung die Herausgabe des Grazer Branchentelefonbuches der Viertbeklagten nicht in Frage stelle, sei die Auferlegung einer Sicherheitsleistung entbehrlich.

Gegen den abändernden und den aufhebenden Teil der Entscheidung des Rekursgerichtes wendet sich der Revisionsrekurs der Beklagten zu 2. bis 4. mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses.

Die Kläger stellen den Antrag, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

I. Der Revisionsrekurs ist - absolut - unzulässig, soweit er sich gegen den Aufhebungsbeschluß des Rekursgerichtes wendet:

Nach §§ 78, 402 Abs 2 EO ist auch im Sicherungsverfahren § 527 Abs 2 ZPO anzuwenden. Demnach kann die Entscheidung des Rekursgerichtes, durch die ein Beschluß erster Instanz aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche, nach Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen wird, nur dann angefochten werden, wenn das Rekursgericht die Zulässigkeit des Revisionsrekurses ausgesprochen hat; das ergibt sich zweifelsfrei aus dem Wortlaut des § 527 Abs 2 Satz 1 ZPO (Fasching, Zivilprozeßrecht 2 Rz 2016 und 2018; 4 Ob 82/88 uva). Da das Rekursgericht im vorliegenden Fall nicht ausgesprochen hat, daß ein Revisionsrekurs gegen seinen Aufhebungsbeschluß zulässig sei, ist das Rechtsmittel in diesem Umfang absolut unzulässig.

Der Ausspruch über die Kosten der Rechtsmittelwerber gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 40, 50, 52 Abs 1 ZPO, jener über die Kosten der Kläger auf § 393 Abs 1 EO.

II. Soweit sich das Rechtsmittel gegen den abändernden Teil der Rekursentscheidung wendet, ist es entgegen der Meinung der Kläger schon deshalb zulässig, weil das Gericht zweiter Instanz bei der Beurteilung der sogenannten "Telefonwerbung" gegenüber Gewerbetreibenden und bei seiner Annahme, die Werbeankündigung "Das seriöse Branchentelefonbuch" bedeute eine "Wertung nach § 7 UWG", von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist. Der Revisionsrekurs der Viertbeklagten ist auch teilweise berechtigt; jener des Zweit- und des Drittbeklagten ist nicht berechtigt.

Die Rechtsmittelwerber übersehen, daß ihr Verjährungseinwand schon deshalb ins Leere geht, weil die in Rede stehenden Wettbewerbsverstöße im Betrieb der Viertbeklagten begangen wurden, so daß diese hierfür gemäß § 18 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Die Viertbeklagte ist als GmbH & Co KG - unabhängig von ihrer tatsächlichen Registrierung - bereits mit dem Zeitpunkt des vollkaufmännischen Geschäftsbegins ihres Handelsgewerbes gemäß § 1 Abs 2 Z 8 HGB, jedenfalls aber mit der Herausgabe der Branchentelefonbücher für Unter- und Oberkärnten im Juni und Juli 1991, nach außen hin in Wirksamkeit getreten (HS 10.505 mwN; HS 14.093). Nicht nur diese Telefonbücher, sondern auch das im Jänner 1992 herausgegebene Branchentelefonbuch der Viertbeklagten für Innsbruck enthielten die beanstandeten Bestellformulare und den Aufdruck "Das seriöse Branchentelefonbuch"; letzteres trifft auch auf die Preisliste für das von der Viertbeklagten geplante Grazer Branchentelefonbuch zu. Im übrigen hat die Viertbeklagte zugestanden, daß ihre Vertreter laufend potentielle Kunden anrufen, um deren prinzipielles Interesse an Werbeeinschaltungen in den Branchentelefonbüchern zu erkunden. Das beanstandete Verhalten ist daher insgesamt - jedenfalls auch noch - innerhalb von sechs Monaten vor der Klageeinbringung (28. Jänner 1992) fortgesetzt worden, so daß eine Verjährung der hier noch in Rede stehenden Unterlassungsansprüche keinesfalls eingetreten sein kann.

Der Oberste Gerichtshof hat schon in seiner Entscheidung SZ 56/156 im Anschluß an die in der Bundesrepublik Deutschland herrschende Lehre und Rechtsprechung zur sogenannten "Telefonwerbung" ausgeführt, daß auch im gewerblichen Bereich Telefonanrufe zu Werbezwecken nicht ohne weiteres hinzunehmen sind, weil es auch hier darauf ankommt, ob der Gewerbetreibende den Anruf gewünscht hat oder ob der Werbende nach den Umständen ein solches Einverständnis zumindest voraussetzen konnte. Das brauchte damals weder besonders hervorgehoben noch geprüft zu werden, weil das dortige Klagebegehren bereits auf ein Verbot des unaufgeforderten Anrufens von Kunden, zu denen bisher keine Beziehungen bestanden haben, eingeschränkt gewesen war. In diesem Zusammenhang ist auch die Berufung der Viertbeklagten auf die Entscheidung des BGH vom 24.1.1991 (MR 1991, 123) schon deshalb nicht zielführend, weil dort nur im Anschluß an Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 16, 377 Rz 67 zu § 1 dUWG ausgesprochen wird, daß Anrufe, die sich - wie hier - nicht auf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit des gewerblichen Anschlußinhabers beziehen, grundsätzlich wettbewerbswidrig sind. Daraus folgt aber im Ergebnis, daß die Erlassung eines Verbotes im Sinne des uneingeschränkten Hauptsicherungsbegehrens der Kläger nicht gerechtfertigt ist, dürfte doch die Viertbeklagte danach auch jene gewerbliche Inserenten nicht anrufen lassen, mit denen sie bereits in einer Geschäftsbeziehung steht. Der Viertbeklagten kann daher die Unterlassung der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden nicht schlechthin, sondern nur dann geboten werden, wenn davon unaufgefordert angerufene Kunden betroffen sind, zu denen noch keine Geschäftsbeziehung besteht; das entspricht auch dem Eventualantrag der Kläger, bei dem es sich in Wahrheit gar nicht um ein echtes Eventualbegehren handelt, sondern um eine gegenüber dem Hauptantrag bloß quantitative Einschränkung des auf Untersagung der Telefonwerbung bei der Akquisition von Inseraten für ein Branchentelefonbuch schlechthin gerichteten Verbotes.

Die einstweilige Verfügung war daher im Sinne des "Eventualantrages" der Kläger zu erlassen, deren Mehrbegehren jedoch abzuweisen.

Der Ausspruch über die Kosten gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 2 EO und §§ 41 (50), 52 Abs 1 ZPO. Die Viertbeklagte hat in diesem Punkt etwa zur Hälfte obsiegt; daher waren ihr Äußerungs- und Rechtsmittelkosten auf der Basis von 100.000 S zuzusprechen. Soweit die einstweilige Verfügung in diesem Punkt erlassen wurde, haben die Kläger gemäß § 393 Abs 1 EO die Kosten vorläufig selbst zu tragen.

Mit den in ihren Branchentelefonbüchern enthaltenen Bestellformularen hat die Viertbeklagte jeweils acht verschiedene Bände um je 120 S zur Bestellung angeboten und dazu noch ausgeführt, daß "die 'Goldenen Seiten' österreichweit in sieben Bänden erscheinen und weitere schon in Arbeit sind", obwohl die als bestellbar genannten Bände "Graz", "Vorarlberg", "Salzburg-Stadt" und "Salzburg-Land" damals noch gar nicht erschienen waren. Nach dem maßgeblichen Gesamteindruck mußte demnach das angesprochene Publikum den Bestellscheinen entnehmen, daß die namentlich als bestellbar genannten Bände bereits erschienen und lieferbar seien; dies umso mehr, als ja "weitere", also Telefonbuchausgaben über die als bestellbar bezeichneten Bände hinaus, "schon in Arbeit" sein sollten. Mit diesen Angaben hat daher die Viertbeklagte das an einer Bestellung interessierte Publikum über ihr lieferbares Branchentelefonbuchsortiment getäuscht und so gegen § 2 UWG verstoßen. Daran ändert es auch nichts, daß zu den damaligen Zeitpunkten das Erscheinen der zwar als bestellbar angebotenen, tatsächlich aber noch nicht lieferbaren Bände in näherer oder ferner Zukunft bereits festgestanden sein mag.

Der Zweit- und der Drittbeklagte wenden sich gegen ihre vom Rekursgericht angenommene eigene Verantwortlichkeit für den Wettbewerbsverstoß der Viertbeklagten, weil nach den Bescheinigungsannahmen der Vorinstanzen weder ihre Mitwirkung daran feststehe noch der Vorwurf erhoben werden könne, daß sie trotz Kenntnis des Verstoßes nicht dagegen eingeschritten seien. Hiezu ist aber den Rechtsmittelwerbern entgegenzuhalten, daß sie von den Klägern auch in diesem Zusammenhang (ua) als Geschäftsführer der Viertbeklagten in Anspruch genommen wurden, weil sie in dieser Eigenschaft von deren Wettbewerbsverstößen nicht nur Kenntnis gehabt, sondern sie auch unterstützt hätten bzw dagegen trotz Kenntnis nicht eingeschritten seien. Da bei einer GmbH & Co KG die Geschäftsführung und Vertretung gemäß § 161 Abs 2, § 114 Abs 1, §§ 164, 125 Abs 1 HGB dem bzw den Komplementär[en] obliegt, so daß dann, wenn - wie hier - einziger Komplementär eine GmbH ist, diese ihre Funktion als Komplementär durch ihre Organe ausübt (HS 14.146 mwN), haben die Kläger damit die Haftung des Zweit- und des Drittbeklagten als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH in Anspruch genommen. Die Geschäftsführer einer GmbH haften allerdings für deren Wettbewerbsverstöße nur dann, wenn sie diese selbst begangen haben, daran beteiligt waren oder - bei Begehung durch einen im Unternehmen tätigen Dritten - trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Verstoßes nicht dagegen eingeschritten sind (ÖBl 1989, 141; ÖBl 1990, 123 mwN). Obgleich nun aber im vorliegenden Fall den Bescheinigungsannahmen eine Täterschaft oder Beteiligung des Zweit- und des Drittbeklagten an den in Rede stehenden Wettbewerbsverstößen tatsächlich nicht entnommen werden kann, begegnet doch die Annahme ihrer Verantwortlichkeit schon deshalb keinen Bedenken, weil die Gestaltung von Bestellscheinen für das Kernprodukt der Gesellschaft ebenso wie die noch in Rede stehende Werbung dafür am Produkt selbst und in Preislisten mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer schließen läßt. Es wäre daher ihre Sache gewesen, darzutun, daß sie dennoch ohne ihr Verschulden daran gehindert waren, dagegen einzuschreiten (ÖBl 1989, 141); ein derartiges Vorbringen haben der Zweit- und der Drittbeklagte jedoch in erster Instanz nicht erstattet. Soweit sie nunmehr in ihrem Rechtsmittel erstmals Behauptungen über eine angebliche arbeitsteilige Organisation des Unternehmens und eine Ressortzuständigkeit für die Organe der Komplementärgesellschaft behaupten, liegt darin eine unzulässige und daher unbeachtliche Neuerung.

Im übrigen wenden sich die Rechtsmittelwerber zwar zutreffend gegen die Annahme des Rekursgerichtes, sie hätten mit der beanstandeten Werbeankündigung "Das seriöse Branchentelefonbuch" gegen § 7 UWG verstoßen; damit ist aber für sie noch nichts gewonnen:

Dem beanstandeten Slogan konnten und mußten die angesprochenen Verkehrskreise in erster Linie eine Angabe über die eigenen geschäftlichen Verhältnisse der Viertbeklagten dahin entnehmen, daß ihren Branchentelefonbüchern eine Spitzenstellung in bezug auf Seriosität zukomme, wird doch durch den bestimmten Artikel in Verbindung mit einem Eigenschaftswort empfehlenden Charakters regelmäßig der Eindruck einer Alleinstellung hervorgerufen (Baumbach-Hefermehl aaO 784 Rz 72 zu § 3 dUWG; Lindacher im Großkomm. zum UWG Rz 225 zu § 3 dUWG). Wenngleich nun jede Alleinstellungswerbung naturgemäß gleichzeitig auch als vergleichende Werbung aufgefaßt werden kann, weil ein Unternehmer, der für sich eine Spitzenstellung auf dem Markt in Anspruch nimmt, damit zugleich - in der Regel sogar unausgesprochen - mittelbar auf die Konkurrenz Bezug nimmt und die Überlegenheit seines Unternehmens oder

seiner Erzeugnisse und Leistungen gegenüber allen anderen Branchenangehörigen zum Ausdruck bringt, ist doch eine solche Werbung nach ständiger Rechtsprechung primär nach § 2 UWG zu beurteilen und daher wettbewerbsrechtlich (nur) dann zu beanstanden, wenn die ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete Spitzenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Werbebehauptung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist (ÖBl 1991, 74 mwN). Eine Behauptung, die zum Ausdruck bringt, daß die eigenen Branchentelefonbücher hinsichtlich ihrer Seriosität auf dem Markt führend seien, wird vom Publikum nicht nur auf den Inhalt der Telefonbücher, sondern auch auf deren Vertrieb und die gerade für ein solches Produkt besonders bedeutsame Akquirierung von Werbeeinschaltungen bezogen. Das ist aber regelmäßig einer objektiven Nachprüfung zugänglich, so daß die Zulässigkeit der Behauptung primär von ihrer sachlichen Richtigkeit abhängt. Die Viertbeklagte bedient sich jedoch beim Vertrieb ihrer Branchentelefonbücher nicht nur dadurch unlauterer Methoden, indem sie das Publikum über den lieferbaren Umfang ihres Telefonbuchsortiments täuscht; sie verstößt auch durch die Akquirierung von Inseratenkunden im Wege der sogenannten "Telefonwerbung" gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Der beanstandete Werbeslogan verstößt daher schon für sich allein gegen § 2 UWG, so daß nicht mehr näher geprüft werden muß, ob er auch ohne diese Irreführung als vergleichende Alleinstellungswerbung durch Pauschalabwertung, unnötige Bloßstellung oder aggressive Tendenz das Sachlichkeitsgebot (§ 1 UWG) verletzt. Zur Haftung des Zweit- und des Drittbeklagten als Geschäftsführer der Komplementärin der Viertbeklagten gilt hier das bisher Gesagte. Das Rekursgericht hat aber auch zutreffend erkannt, daß die Wiederholungsgefahr nicht schon allein deshalb weggefallen sein kann, weil die geplante Grazer Ausgabe des Branchentelefonbuches der Viertbeklagten eine derartige Werbeankündigung nicht (mehr) enthalten wird, haben doch die Beklagten ungeachtet dessen noch im Provisorialverfahren den Standpunkt vertreten, zur Verwendung des beanstandeten Slogans jedenfalls berechtigt zu sein.

Dem Revisionsrekurs mußte daher im übrigen ein Erfolg versagt bleiben. Das gilt auch für die beantragte Auferlegung einer Sicherheit gemäß § 390 Abs 2 EO, weil die einstweilige Verfügung nicht allzu tief in die Interessen der Beklagten eingreift, zumal auch nicht erkennbar ist, warum durch sie das Erscheinen der Grazer Branchentelefonbuchausgabe auch nur beeinträchtigt, geschweige denn verhindert werden sollte.

Der Ausspruch über die Rechtsmittelkosten der Beklagten gründet sich im übrigen auf §§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 40, 50, 52 Abs 1 ZPO, jener über die Kosten der Kläger auf § 393 Abs 1 EO.

Anmerkung

E31266

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1992:0040OB00077.92.1215.000

Dokumentnummer

JJT_19921215_OGH0002_0040OB00077_9200000_000

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

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at