

TE OGH 1991/12/3 4Ob118/91

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.12.1991

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Kellner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Robert G*****, vertreten durch Dr.Hans- Peter Benischke und Dr.Edwin Anton Payr, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagten Parteien 1. S***** Gesellschaft mbH, ***** 2. Heinz B*****, beide vertreten durch Dr.Peter Bartl, Rechtsanwalt in Graz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 400.000), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 16.September 1991, GZ 3 R 184/91-8, womit der Beschuß des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 19.Juli 1991, GZ 15 Cg 199/91-4, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit S 17.224,02 bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin S 2.870,67 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

Text

Begründung:

Sowohl der Kläger als auch die Erstbeklagte betreiben das konzessionierte Gewerbe der Steinmetzmeister (§§ 130, 159 GewO), der Kläger in Leibnitz, die Erstbeklagte in Lannach mit Ausstellungsarealen in Graz und Kapfenberg; der Zweitbeklagte ist Geschäftsführer der Erstbeklagten.

Am 10.6.1991 sandte die Erstbeklagte an Alois S*****, dessen Mutter am 29.3.1991 verstorben war, ein Werbeschreiben samt Farbprospekt über Grabsteine und Grabinschriften. Alois S***** hatte die Erstbeklagte dazu nicht aufgefordert; sie war ihm nicht einmal bekannt. Schon am 5.2.1991 hatte die Erstbeklagte ein gleichlautendes Schreiben samt dem gleichen Prospekt an Rosa G***** geschickt, deren Mann am 5.9.1990 verstorben war.

Mit Schreiben vom 11.12.1989 hatte die Bundesinnung der Steinmetzmeister in der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Sektion Gewerbe ihren Mitgliedern folgendes mitgeteilt:

"Anläßlich der 4. Sitzung des Arbeitskreises Friedhof und Grabmal (AFG) am 7.10.1988 ist es zu einer klärenden Auslegung des für unser Gewerbe äußerst wichtigen § 57 Abs 1 der GewO 1973 seitens der Gewerberechtsjuristen der Bundeswirtschaftskammer, gekommen. Da folgende Auslegung (lt. Mitarbeitern bei der Gesetzesausarbeitung) im Sinn des Gesetzgebers liegt, hat diese Interpretation in Ermangelung einer anderslautenden höchstgerichtlichen Entscheidung für uns daher bindende Aussagekraft.

Der § 57 Abs.1 der GewO untersagt das Aufsuchen von Privatpersonen zum Zwecke des Sammelns von Bestellungen auf Waren wie Grabsteine, Grabdenkmäler und deren Zubehör. Es ist nicht zulässig, hier Differenzierungen durch Zweckinterpretation des Begriffes 'Aufsuchen' zu machen.

Der Begriff 'Aufsuchen' lässt sich nicht örtlich oder auf ein persönliches Aufsuchen beschränken. Hier ist jedwede gezielte Kontaktaufnahme des Unternehmers oder seines Vertreters gemeint, die zur Geschäftsanbahnung führt, und somit sind auch das Anschreiben Hinterbliebener sowie werbliche Maßnahmen in dieser Richtung verboten.

Die Absicht des Gesetzgebers war es, Privatpersonen vor jedweder Belästigung zu schützen, und daher darf der Begriff 'Aufsuchen' nicht so eng gesehen werden.

Eine Unterscheidung nach aufgefordert oder unaufgefordert ist in dieser Bestimmung der GewO nicht enthalten, sodaß auch eine Unterscheidung, von wem die Initiative ausgeht, irrelevant ist. Die direkte und unmittelbare Kontaktaufnahme durch den Unternehmer oder seinen Vertreter ist, wie oben ausgeführt, verboten.

Es ist allerdings nicht verboten, eine generelle Werbung zu machen. Eine generelle Werbung unterliegt keiner wie auch immer gearteten Einschränkung durch die GewO.

Unzulässige Maßnahmen in diesem Zusammenhang sind nach dem Wettbewerbsrecht (Rabattgesetz, UWG) zu beurteilen.

Unter genereller Werbung sind Maßnahmen zu verstehen, wenn ohne Einschränkung auf einen gezielten Personenkreis in Abständen Werbemaßnahmen durch Postwurfsendungen, Plakatierungen, Inserate, Fernsehen oder Rundfunk durchgeführt werden.

Zulässig ist außer den bereits unter genereller Werbung angeführten Aktivitäten Werbung auf betrieblichen Fahrzeugen und Betriebsgebäuden.

Untersagt sind:

1. Aufsuchen von Kunden zwecks Geschäftsanbahnung, unabhängig davon ob aufgefordert oder unaufgefordert.
2. Die gezielte Zusendung von Werbematerial wie Grabsteinprospekte, Beileidschreiben u.dgl. an einen Hinterbliebenen.

3.

Die Zusendung von Werbeprospekten mit Antwortkarte.

4.

Ansprache der Kunden auf dem Friedhof. Das Ansprechen Hinterbliebener auf dem Friedhof ist nicht erlaubt. Dies nicht nur nach der GewO, sondern gegebenenfalls auch nach UWG.

5.

Ansprache der Kunden via Telefon.

6.

Vermittlung durch Dritte wie Totengräber, Gärtner, Mesner, Bestattungsunternehmungen u.dgl.

Spricht der Totengräber, usw. zwecks Geschäftsanbahnung Friedhofsbesucher u.dgl. an, kann dies im Auftrag einer Firma oder als Selbständiger geschehen. In beiden Fällen ist es nicht gestattet.

Bei der Bundesinnungsausschusssitzung der Steinmetzmeister am 4.11.1988 wurde beschlossen, daß allen Landesinnungen empfohlen wird, bei Kenntnisnahme von Verstößen gegen den § 57 Abs.1 in den oben genannten untersagten Aktivitäten diese bei der zuständigen Gewerbebehörde anzuzeigen."

Am 21.8.1990 teilte die Steiermärkische Landesinnung der Steinmetzmeister dem Strafreferat der Handelskammer Steiermark schriftlich folgendes mit:

"Betreff: Steinmetzbetrieb S***** GesmbH -

Übertretung der Gewerbeordnung

Die Landesinnung der Steinmetzmeister teilt mit, daß sie sich der Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr.B***** als Vertreter der Firma Steinmetzbetrieb S***** GesmbH in der Auslegung der § 57 (1) nicht anschließen kann.

Hiezu verweisen wir auf ein Rundschreiben der Bundesinnung der Steinmetzmeister, datiert vom 11. Dezember 1989, welches von uns mit 8.1.1990 allen Mitgliedsbetrieben ausgesandt wurde.

Darin heißt es unter anderem:

Der Begriff 'Aufsuchen' läßt sich nicht örtlich oder auf ein persönliches Aufsuchen beschränken. Hier ist jedwede gezielte Kontaktaufnahme des Unternehmers oder seines Vertreters gemeint, die zur Geschäftsanbahnung führt und somit sind auch das Anschreiben Hinterbliebener sowie werbliche Maßnahmen in dieser Richtung verboten.

Nach dem Sinn der Bestimmung (Pietät, Schutz der Hinterbliebenen vor Belästigung) kann nicht gemeint sein, daß das Aufsuchen nur örtlich oder persönlich auszulegen ist. Sowohl die Bundesinnung als auch die Landesinnung der Steinmetzmeister vertreten hier die Ansicht, daß § 57 (1) eine Schutzbestimmung für Hinterbliebene nach Todesfällen darstellt und somit jede gezielte Kontaktaufnahme unter das Verbot der Bestimmung fällt.

Es wird daher ersucht, die Anzeige vom 11.6.d.J. vollinhaltlich aufrecht zu erhalten."

Am 21.8.1990 erstattete die Landesinnung der Steinmetzmeister für Steiermark eine Strafanzeige gegen die Erstbeklagte. Während die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg als Gewerbebehörde erster Instanz über Friedrich S***** - den Verantwortlichen der Erstbeklagten - wegen Übertretung nach § 367 Z 19 GewO eine Geldstrafe von S 3.000 verhängte, hob das Amt der Steiermärkischen Landesregierung diesen Bescheid infolge Berufung des Beschuldigten auf und stellte das Strafverfahren ein, weil nach seiner Rechtsauffassung das Zusenden von Werbeprospekten nicht dem Aufsuchen von Privatpersonen zwecks Sammelns von Bestellungen gleichgesetzt werden könne und daher kein Verstoß gegen § 57 GewO vorliege.

Der Kläger begehrte zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, Werbeschreiben, Prospekte udl. für Grabsteine, Grabdenkmäler und deren Zubehör an Hinterbliebene zu versenden. Die Erstbeklagte, für welche der Zweitbeklagte hafte, verstoße mit ihren Werbeschreiben an Hinterbliebene gegen die Gebräuche und die Standesauffassung der Steinmetze, wonach § 57 Abs 1 GewO nicht nur auf die persönliche Kontaktaufnahme, sondern auch auf jede sonstige gezielte Werbung, wie das Zusenden von Werbematerial udl., anzuwenden sei.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Die Auslegung des § 57 Abs 1 GewO durch die Bundesinnung der Steinmetzmeister sei nicht bindend. Ein Verstoß gegen § 57 Abs 1 GewO liege nicht vor; auch treffe es nicht zu, daß die Mehrheit der in der Steiermark ansässigen Steinmetzbetriebe die Werbung durch Versenden von Prospekten an Hinterbliebene mißbillige. Im übrigen habe die Beklagte ohnedies eine angemessene "Pietätsfrist" ablaufen lassen.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Die beanstandete Handlungsweise der Beklagten verstoße gegen die Anstandsbedürfnisse des Berufsstandes der Steinmetze, welche in den Stellungnahmen der Bundes- und der Landesinnung der Steinmetzmeister zum Ausdruck gekommen sei. Deren Wertung dürfte auch in weiteren Bevölkerungskreisen Zustimmung finden, weil es sicherlich bedenklich erscheine, wenn in einem höchst sensiblen Bereich Werbung gegenüber Personen betrieben wird, die sich offenkundig meist in Ausnahmesituationen befinden. Daran ändere auch der Ablauf einer gewissen Zeit nach dem Todesfall nichts. Die Beklagten hätten aber auch gegen § 57 Abs 1 GewO verstoßen, weil der dort verwendete Begriff des "Aufsuchens" nicht eng auszulegen sei.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Das beanstandete Verhalten der Beklagten könne auch bei Berücksichtigung des Grundsatzes, daß jedes dem Gewinnstreben dienende Wettbewerbsverhalten vor dem Ernst des Todes Halt zu machen habe, nicht als sittenwidrig angesehen werden. Da § 57 Abs 1 GewO nur das Aufsuchen von Privatkunden verbiete - worunter sprachlich nur das persönliche Vorsprechen verstanden werden könne -, gehe die Auslegung der Bundesinnung, wie die Entscheidung der Berufungsbehörde im Verwaltungsverfahren zeige, jedenfalls zu weit. Die Maßnahmen der Beklagten hätten sich auf

das - heutzutage weit verbreitete - unaufgeforderte Zusenden von Werbeprospekten mit dem schriftlichen Ersuchen um unverbindliche Einholung eines kostenlosen Angebotes beschränkt; in beiden Anlaßfällen sei überdies längere Zeit nach dem Abschluß der Trauerfeierlichkeiten verstrichen. Zwar werde auch hier der Todesfall für das Gewinnstreben

ausgenützt; allein durch den zeitlichen Abstand könnte aber die Entscheidungsfreiheit der Hinterbliebenen über die Anschaffung eines Grabmals oder -steins nicht mehr sittenwidrig beeinträchtigt sein. Nach dem Verstreichen einer gewissen Zeit nach dem Abschluß der Trauerfeierlichkeiten werde ein solcher Prospekt die Kaufentscheidung der Hinterbliebenen eher erleichtern als sie in sittenwidriger Weise beeinflussen, vor allem dann, wenn ein persönlicher Kontakt zwischen dem Unternehmen und dem Kunden vermieden wird. Der Hinterbliebene könne frei, unbeeinflußt und ohne persönliche Konfrontation mit dem Werber seine Entscheidung treffen.

Eine Handlung, die sonst nicht zu beanstanden ist, könnte zwar nach der Auffassung eines bestimmten Standes für dessen Angehörige als sittenwidrig gelten; dabei könne es aber nur auf die allgemein vertretene Auffassung dieses Berufsstandes, nicht aber auf eine nicht zu billigende Auslegung gesetzlicher Bestimmungen ankommen. Nicht jeder Verstoß gegen eine Branchenübung sei unlauter. Die Interpretation des § 57 Abs 1 GewO 1973 durch die Steinmetzmeisterinnung widerspreche dem Willen des Gesetzgebers, weise doch der Begriff "Aufsuchen" eindeutig auf den persönlichen Kontakt des Werbers in der Form eines Hausbesuches beim Kunden hin. Die Weitergabe dieser gesetzlich nicht gedeckten Interpretation der Gewerbeordnung an die Mitglieder könne nur eine unverbindliche Empfehlung sein. Da auch keine weiteren Umstände vorlägen, welche die Werbung in den beiden Anlaßfällen als nicht taktvoll erscheinen ließe, liege kein Verstoß gegen § 1 UWG vor.

Gegen diesen Beschuß wendet sich der Revisionsrekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die Beklagten beantragen, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil - soweit

überblickbar - eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu gleichartigen Werbemaßnahmen gegenüber Hinterbliebenen fehlt; er ist aber nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Nach § 57 Abs 1 GewO ist das Aufsuchen von Privatpersonen zum Zweck des Sammelns von Bestellungen auf Waren ua hinsichtlich von Grabsteinen und Grabdenkmälern sowie deren Zubehör innerhalb wie außerhalb der Gemeinde des Standortes verboten. Die §§ 55 ff GewO regeln das Sammeln und das Entgegennehmen von Bestellungen auf Waren durch verschiedene Arten des "Aufsuchens". Nach § 55 Abs 1 GewO dürfen Gewerbetreibende, die zum Verkauf von Waren berechtigt sind, sowie Handelsagenten und ihre Bevollmächtigten nach Maßgabe ihrer Gewerbeberechtigung Personen grundsätzlich überall aufsuchen, um Bestellungen auf Waren, die diese Personen für die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit benötigen, zu sammeln. Zu den inhaltlich im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften der Gewerbeordnung 1859 hatte schon 1937 der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß das Moment der persönlichen Vorsprache bei der präsumtiven Kundschaft beim "Aufsuchen von Bestellungen" wesentlich sei; das Zusenden einer Preisliste zum Zweck des Erlangens von Bestellungen sei deshalb kein Aufsuchen von Bestellungen, weil das Moment des persönlichen Kontaktes fehle (BGHSt 1209 A).

Ganz abgesehen vom Sinngehalt des Wortes "Aufsuchen", ergibt sich aus mehreren Bestimmungen der GewO eindeutig die Absicht des Gesetzgebers, nur das persönliche Vorsprechen besonders zu regeln und in gewissen Fällen zu untersagen. So sieht § 55 Abs 1 Satz 2 GewO vor, daß die Reisenden beim Aufsuchen von Personen amtliche Legitimationen mit sich führen müssen; beim Aufsuchen dürfen keine Waren, sondern nur Muster mitgeführt werden (§ 55 Abs 2 GewO). § 58 GewO spricht von Bestellungen auf Druckwerke "von Haus zu Haus". Die von der Bundesinnung der Steinmetzmeister vertretene Auslegung des § 57 Abs 1 GewO kann daher nicht geteilt werden. Für den Kläger wäre aber auch dann nichts zu gewinnen, wenn dieser Auslegung der Vorzug zu geben wäre, rechtfertigt doch nur eine dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbare Mißachtung die Annahme einer sittenwidrigen Wettbewerbshandlung (SZ 56/2; ÖBl 1986, 155 uva); ist bei unterschiedlicher Auslegung der verletzten Vorschrift die Auffassung des Beklagten über ihre Bedeutung durch das Gesetz so weit gedeckt, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann, dann liegt keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vor (SZ 56/2; ÖBl 1987, 71 uva). Die Rechtsauffassung der Beklagten ist aber in jedem Fall zumindest vertretbar.

Nun ist zwar auch die Mißachtung einer einheitlich gefestigten Standesauffassung, die auf der allgemeinen Überzeugung der Standesgenossen des jeweiligen Gewerbezweiges beruht, freilich nach Lehre und Rechtsprechung

wie eine Gesetzesverletzung zu werten (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht16, 624 Rz 673 zu § 1 dUWG; ÖBI 1986, 154; ImmZ 1990, 270); Voraussetzung dafür ist aber, daß das beanstandete Verhalten einer Standesauffassung widerspricht, die innerhalb des Berufsstandes einheitlich befolgt wird und gefestigt ist (Baumbach-Hefermehl aaO). Im vorliegenden Fall hat jedoch der Kläger nicht bescheinigt, daß die von der Bundes- und der Steiermärkischen Landesinnung der Steinmetzmeister vertretene Ansicht auf Grund der Überzeugung der Standesgenossen allgemeine Geltung hätte. Aus den wiedergegebenen Schreiben der Innungen ergibt sich eine solche Standesauffassung aller anständigen Berufsangehörigen (vgl ImmZ 1990, 270) nicht. Die Bundesinnung der Steinmetzmeister beruft sich vielmehr lediglich auf eine klärende Auslegung des § 57 Abs 1 GewO 1973 "seitens der Gewerberechtsjuristen der Bundeswirtschaftskammer", welche sich ihrerseits auf eine bei der Gesetzesausarbeitung zutage getretene Absicht des Gesetzgebers berufen haben dürften. Über die Ansichten der Standesgenossen selbst ist aber entgegen der Meinung des Revisionsrekurses daraus nichts zu entnehmen.

Es trifft auch nicht zu, daß die Vorgangsweise der Beklagten nach dem allgemeinen Anstandsgefühl gegen die guten Sitten verstieße. Schon das Rekursgericht hat zwar mit Recht darauf verwiesen, daß vor dem Ernst des Todes alle dem Gewinnstreben dienenden Wettbewerbshandlungen Halt zu machen haben, mögen sie auch sonst im geschäftlichen Verkehr noch erlaubt sein (Baumbach-Hefermehl aaO 384 Rz 78). Das kann aber nicht bedeuten, daß Unternehmer wie Steinmetze, die auf Grund ihres Gewerbes auch, ja vor allem, im Zusammenhang mit Todesfällen Geschäfte machen, von jeder, insbesondere jeder an konkrete Personen gerichteten, Werbung ausgeschlossen wären. Informiert ein solcher Unternehmer - wie es die Erstbeklage getan hat - Hinterbliebene mehrere Monate nach dem Todesfall schriftlich über sein Angebot an Grabdenkmälern oder -inschriften, dann kann darin kein Eingriff in die Intimsphäre des Umworbenen erblickt werden; ebensowenig wird dadurch eine Gefahr sachfremder Entschlüsse herbeigeführt (Nordemann, Wettbewerbsrecht6, 112 Rz 182). Gerade durch solche Prospekte wird ja die Möglichkeit geschaffen, daß der an einem Grabstein Interessierte sich in Ruhe und ohne Beeinflussung durch einen Werber an Hand der in dem Prospekt gezeigten Bilder anregen läßt, um eine Auswahl zu treffen und dann ein Angebot einzufordern. Daß eine solche Werbung, bei der es nicht gegen den Willen des Hinterbliebenen zu persönlichen Kontakten mit dem Unternehmer kommt, aufdringlich wäre, kann nicht gesagt werden. Auch ist nicht zu erwarten, daß Hinterbliebene mehrere Monate nach dem Tod ihres Angehörigen durch die infolge der Werbung hervorgerufene Erinnerung besonders verletzt würden.

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Beschlusses.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 2 EO, §§ 41, 50, 52 ZPO.

Anmerkung

E27733

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1991:0040OB00118.91.1203.000

Dokumentnummer

JJT_19911203_OGH0002_0040OB00118_9100000_000

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