jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1989/7/11 4Ob91/89

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.07.1989

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei DIE G*** W*** Zeitschriftengesellschaft mbH & Co KG, Wien 16, Odoakergasse 34-36, vertreten durch Dr. Michael Graff, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei R***-E***

Zeitschriftenverlagsgesellschaft mbH, Wien 5, Krongasse 6, vertreten durch Dr. Heinz Giger und Dr. Stephan Ruggenthaler, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 1 Million S) infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 21. April 1989, GZ 4 R 62/89-14, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 7. Februar 1988, GZ 17 Cg 12/89-4, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird. Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der Wochenzeitung "DIE G*** W***". Die Beklagte ist Medieninhaberin, Verlegerin und Herausgeberin der Monatszeitschrift "B***".

Dem Heft 2/89 der Zeitschrift "B***" war ein sogenannter "B***-Abo-Scheck" eingeheftet, auf dem angekündigt war:

"F*** E*** C***

V.S.O.P.-G***

Wenn Sie jetzt B*** für ein Jahr lang abonnieren, schenken wir Ihnen eine Flasche von Frankreichs exklusivstem Cognac, einen C*** V.S.O.P., erzeugt aus den edelsten Trauben der Champagne. Gönnen Sie sich diesen großen französischen Cognac ... Wenn Sie B*** jetzt für ein Jahr abonnieren, wird Ihnen eine Flasche von Frankreichs bestem Cognac per Post zugestellt".

Mit der Behauptung, daß die Beklagte mit dieser Werbeankündigung gegen das Zugabengesetz sowie gegen§ 1 UWG

verstoßen habe, begehrt die Klägerin zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, in der Zeitschrift "B***" oder auf einer dieser Zeitschrift beigegebenen Karte dem Besteller eines B***-Abonnements eine Flasche besten französischen Cognacs gratis in Aussicht zu stellen oder zu geben oder geben zu lassen oder sonst im Zusammenhang mit der Bestellung eines B***-Abonnements ein Gratisgeschenk nicht nur geringen Wertes anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Sie habe sich bereits gegenüber dem Verein zur Förderung des freien Wettbewerbes, der sie wegen desselben Sachverhaltes geklagt habe, zum Abschluß eines gerichtlichen Vergleiches verpflichtet, der in den nächsten Tagen - sobald ein Gerichtstermin erwirkt werden könne - abgeschlossen werde. Sie habe darüber hinaus alle notwendigen Vorkehrungen getroffen, damit in Hinkunft gegen diese Unterlassungspflicht nicht verstoßen werde; insbesondere werde sie den Personen, die ein Abonnement bestellen, die versprochenen Zugaben nicht gewähren. Darüber hinaus werde sie nach jederzeitiger Aufforderung des Vereins zur Förderung des freien Wettbewerbes im Medienwesen die Urteilsveröffentlichung in der erforderlichen Form durchführen. Damit falle die Wiederholungsgefahr weg. Der Erstrichter gab dem Sicherungsantrag statt. Er nahm - vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt abgesehen - noch als bescheinigt an:

Der Beklagtenvertreter Dr. R*** hat mit Schreiben vom 3. Februar 1989 dem Rechtsanwalt Dr. Bernhard K***, der den Verein zur Förderung des freien Wettbewerbes im Medienwesen (u.a.) im Verfahren 39 Cg 98/89 des Handelsgerichtes Wien vertritt, einen vollstreckbaren Vergleich angeboten, in welchem sich die Beklagte verpflichtet, beim Vertrieb der periodischen Druckschrift "B***" die Ankündigung und/oder das Anbieten und/oder das Gewähren einer Flasche "Courvoisier Cognac V.S.O.P." oder sonstiger Geschenke nicht nur geringen Wertes als unentgeltliche Zugabe bei der Bestellung eines B***-Abonnements zu unterlassen; gleichzeitig hat die Beklagte eine Veröffentlichung dieser Unterlassungsverpflichtung angeboten.

Rechtlich meinte der Erstrichter, daß die Beklagte gegen das Zugabengesetz verstoßen habe. Das Angebot des Abschlusses eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches an eine am vorliegenden Verfahren nicht beteiligte dritte Person könne die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen.

Das Gericht zweiter Instanz wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes S 300.000,-

übersteige. Es nahm ergänzend als bescheinigt an, daß der Verein zur Förderung des freien Wettbewerbes im Medienwesen gegen die Beklagte wegen der Ankündigung, jedem Neuabonnenten eine Flasche Cognac zu schenken, zu 39 Cg 98/89 des Handelsgerichtes Wien eine Klage auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung eingebracht und der Rechtsvertreter dieses Vereins mit Schreiben vom 6. Februar 1989 das - schon vom Erstrichter festgestellte - Vergleichsangebot des Beklagtenvertreters vom 3. Februar 1989 angenommen habe; es gebe keinen Hinweis, daß das Vergleichsangebot der Beklagten nur zum Schein erfolgt wäre oder daß sich die Beklagte an das Unterlassungsgebot nicht gehalten oder neuerlich Zugabenverstöße begangen hätte. Daß die Beklagte den Unterlassungsvergleich mit Veröffentlichungsermächtigung nicht der Klägerin, sondern einem Dritten angeboten habe, schade nicht. Es gehe nicht darum, ob das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin noch gegeben sei, sondern ob das durch das Vergleichsangebot dokumentierte Verhalten der Beklagten eine Wiederholung ihrer gesetzwidrigen Handlung äußerst unwahrscheinlich mache. Da die Beklagte mit ihrem Angebot klar zu erkennen gegeben habe, daß sie ernstlich gewillt sei, in Hinkunft von solchen Verstößen abzusehen, sei die Wiederholungsgefahr weggefallen.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß die einstweilige Verfügung des Erstrichters wiederhergestellt werde.

Die Beklagte beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Soweit die Klägerin dem Rekursgericht einen Verstoß gegen Prozeßvorschriften vorwirft, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Gericht zweiter Instanz konnte das von der Klägerin erstmals in der Rekursbeantwortung zur Widerlegung des in erster Instanz erhobenen Einwandes der fehlenden Wiederholungsgefahr erstattete Vorbringen nicht berücksichtigen. Nach Lehre und Rechtsprechung gilt im Rekursverfahren nach der ZPO und damit auch im Exekutions- und Sicherungsverfahren (§§ 78, 402 Abs 2 EO) das Neuerungsverbot (Fasching IV 385; Heller-Berger-Stix 649 f mwN).

Neues Vorbringen ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Beschwerdeführer in erster Instanz nicht gehört wurde; der angefochtene Beschluß ist auf Grund der Sach- und Aktenlage zur Zeit seiner Erlassung zu überprüfen (Fasching aaO; ZBl 1928 Nr. 277 uva). Auch ein Verfahrensfehler des Gerichtes erster Instanz liegt nicht vor, weil dieses nicht verpflichtet war, der Klägerin die Äußerung der Beklagten zu einer Gegenäußerung zuzustellen (§ 55 Abs 1 letzter Satz, § 402 Abs 2 EO). Eine solche Unterlassung kann auch nicht gegen Art. 6 MRK verstoßen, weil diese Bestimmung auf einstweilige Verfügungen keine Anwendung findet (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar 125 Rz 36 Art 6 in FN 86; E 7990/77, DR 24,57).

Der Klägerin ist aber darin beizupflichten, daß die Beklagte den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht ausreichend dargetan hat. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung beseitigt das - wenngleich vom Kläger abgelehnte - Angebot des Beklagten, sich in einem vollstreckbaren Vergleich zu der vom Kläger begehrten Unterlassung zu verpflichten und ihm damit all das zu bieten, was er durch ein seinem Unterlassungsbegehren stattgebendes Urteil erlangen könnte, regelmäßig die Wiederholungsgefahr (SZ 51/87; ÖBl 1985, 16; MR 1988, 125 ua). Auch hier kommt es jedoch darauf an, ob dem Verhalten des Verletzers nach der Beanstandung und während des Rechtsstreites ausreichende Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, daß er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen; dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die im Einzelfall für oder gegen eine solche Sinnesänderung des Verletzers sprechen (ÖBl 1982, 102; ÖBl 1985, 43 ua). Entscheidend ist, ob es dem Beklagten nach den gesamten Umständen des Falles mit seiner Unterlassungsverpflichtung tatsächlich ernst ist. Das ist beim Angebot eines vollstreckbaren Vergleiches des erwähnten Inhaltes zwar in der Regel zu vermuten; im Einzelfall können aber die Umstände dagegen sprechen, so daß weiterhin Wiederholungsgefahr anzunehmen ist (vgl. MR 1988, 125). Ein solches Vergleichsangebot beseitigt ja - streng genommen - nicht die Wiederholungsgefahr, sondern nur deren Vermutung (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht15, 316 Rz 276 EinlUWG). Daraus folgt aber, daß trotz eines an sich ausreichenden Vergleichsangebotes die Wiederholungsgefahr in der Folge sehr wohl wieder vermutet werden kann, wenn der Beklagte ein Verhalten an den Tag legt, das Zweifel an seinem ernstlichen Willen aufkommen läßt, von künftigen Störungen abzusehen.

Die Besonderheit des hier zu beurteilenden Sachverhaltes liegt nun darin, daß die Beklagte nicht der Klägerin angeboten hat, sich in einem Vergleich zu all dem zu verpflichten, was die Klägerin mit Urteil erlangen könnte; vielmehr hat sich die Beklagte darauf berufen, einen entsprechenden Vergleich einem anderen Unterlassungskläger angeboten zu haben. Damit mag zwar die Beklagte in dem zwischen dem anderen Kläger und ihr geführten Verfahren die Vermutung entkräftet haben, sie werde weiterhin zu gleichartigen Wettbewerbsverstößen geneigt sein. Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sie im vorliegenden Verfahren ihre Behauptung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr nur mit dem Hinweis auf dieses an einen Dritten gerichtete Vergleichsangebot begründet, der Klägerin selbst aber kein solches Angebot gemacht und nur den Antrag gestellt hat, die Klage abzuweisen, erscheint aber - bei der nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles vorzunehmenden Gesamtwürdigung (vgl. GRUR 1983, 186) - ihre Einstellung doch in einem wesentlich anderen Licht, das Zweifel an einer echten Sinnesänderung der Beklagten wach werden läßt. Wäre die Beklagte nämlich tatsächlich fest entschlossen, künftig nicht mehr in gleicher oder ähnlicher Weise wettbewerbswidrig zu handeln, dann hätte sie auch der Klägerin, die etwa zur selben Zeit wie der Verein zur Förderung des freien Wettbewerbs im Medienwesen die Klage erhoben hatte, einen entsprechenden Vergleich anbieten können. (Die Beklagte hatte - nach der von ihr selbst vorgelegten Urkunde - dem Verein am 3. Februar 1989 den Abschluß eines Vergleiches angeboten; am selben Tag wurde ihr die vorliegende Klage zugestellt.) Durch das einem Dritten gemachte Vergleichsangebot hat die Klägerin jedenfalls nicht all das erlangt, was sie durch ein Urteil erreichen könnte. Das trifft auch dann zu, wenn der genannte Verein derzeit bereit und geeignet sein sollte, die ihm zustehenden Sanktionsmöglichkeiten auszuschöpfen (vgl. GRUR 1983, 186), besteht doch immerhin die Möglichkeit, daß sich die Beklagte in Zukunft mit ihm in irgendeiner Weise verständigt; in diesem Fall könnte die Klägerin bei einem neuerlichen Zuwiderhandeln der Beklagten nicht nur selbst keine Exekution führen, sondern auch nicht mit entsprechenden Schritten des Dritten rechnen. Ein Beklagter kann daher die gegen ihn sprechende Vermutung, daß er auch künftig zu Wettbewerbsverstößen geneigt sein werde, nicht schon damit entkräften, daß er einem von mehreren etwa zur selben Zeit auftretenden Unterlassungskläger - womöglich jenem, der die geringsten Forderungen stellt (vgl. WRP 1986, 255) - einen vollstreckbaren Vergleich im Umfang des Urteilsbegehrens anbietet, während er den übrigen Klägern gegenüber nur die Abweisung der Klage beantragt. Die Entscheidung ÖBl 1985, 43 steht zu dieser Auffassung nicht im Widerspruch: Dort hatte der Beklagte schon vor geraumer Zeit einen (außergerichtlichen) Vergleich mit einem Dritten tatsächlich abgeschlossen und in der Folge auch eingehalten; bei

Würdigung dieses Verhaltens konnte aber der Wegfall der Wiederholungsgefahr mit Grund angenommen werden (vgl. auch GRUR 1983, 186, wo als Umstand, der für den Wegfall der Wiederholungsgefahr spricht, hervorgehoben wurde, daß im Zeitpunkt des Unterlassungsbegehrens der Klägerin seit der Verletzungshandlung mehr als drei Monate und seit der ersten Unterwerfungserklärung bereits rund 11 Wochen verstrichen waren).

Da die Frage, ob ein künftiges Zuwiderhandeln des Beklagten auszuschließen ist, in jedem einzelnen Verfahren auf Grund der dort erwiesenen Tatsachen zu beantworten ist, die Verneinung der Wiederholungsgefahr in dem einem Verfahren infolge eines Vergleichsangebotes somit der Bejahung dieser Gefahr im Hinblick auf die in einem späteren Verfahren hervorgekommenen Umstände keineswegs entgegensteht, stellt sich das Problem der "Unteilbarkeit" der Wiederholungsgefahr in Wahrheit nicht (vgl. hiezu GRUR 1983, 186, Krüger, Wiederholungsgefahr - unteilbar? GRUR 1984, 785 ff; Baumbach-Hefermehl aaO 317 Rz 277 EinlUWG); tatsächlich geht es ja nur um die jeweilige Beurteilung des künftigen Verhaltens des Beklagten (also um die Vermutung der Wiederholungsgefahr), welche nach dem jeweils gegebenen Kenntnisstand auch unterschiedlich ausfallen kann.

Der Beklagten ist es somit nicht gelungen, durch den Hinweis auf ihr an den Verein zur Förderung des freien Wettbewerbs im Medienwesen gestelltes Vergleichsangebot die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Darauf, ob der Verein dieses Angebot wirksam angenommen hat, kommt es entgegen den Ausführungen der Klägerin schon deshalb nicht an, weil für diese Beurteilung nur das Verhalten der Beklagten maßgebend ist.

Daß die Beklagte mit der beanstandeten Ankündigung gegen das Zugabengesetz verstoßen hat, ist unbestritten geblieben und bedarf auch keiner näheren Begründung; der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist somit berechtigt. Dem Revisionsrekurs war daher dahin Folge zu geben, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederhergestellt wird. Die von der Beklagten im Rekurs (ON 6) geltend gemachten Bedenken gegen die Fassung des Spruches können nicht geteilt werden: Gesetzliche Ausnahmen vom Zugabenverbot (§§ 2, 3 ZugabenG) müssen im Spruch nicht ausdrücklich erwähnt werden (vgl. ÖBl 1980, 141); aus der Begründung der Entscheidung geht auch eindeutig hervor, daß mit der einstweiligen Verfügung nur Gratisgeschenke an die Besteller selbst und nicht auch an solche Personen verboten werden sollen, die - etwa als Laienwerber - Bestellungen entgegenzunehmen haben.

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

Anmerkung

E17928

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00091.89.0711.000

Dokumentnummer

JJT_19890711_OGH0002_0040OB00091_8900000_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