

TE OGH 1977/11/8 4Ob380/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.1977

Norm

ABGB §879 Abs1

Rabattgesetz §12

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb §5

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb §14

Kopf

SZ 50/139

Spruch

Rabatt- oder Zugabenverstoß durch Ankundigen einer "unechten Werbepremie" ("Scheinprovision") für das "Werben" neuer Abonnenten einer Tageszeitung

Zulässigkeit des Einsatzes von "Laienwerbern", insbesondere in der Zeitungs- und Zeitschriftenbranche?

Eine Vereinbarung, mit der mehrere Mitbewerber - sei es auch nur für den Fall der Einhaltung bestimmter Beschränkungen - wechselseitig im voraus auf ihr Klagerecht nach § 14 UWG, § 5 ZugG oder § 12 RabG verzichten, ist gemäß § 879 Abs. 1 ABGB sittenwidrig und daher nichtig

Das Klagerecht des Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt

Ablehnung der Verwirklungslehre für den Bereich des österreichischen Wettbewerbsrechtes

OGH 8. November 1977, 4 Ob 380/77 (OLG Graz 5 R 84/77); LG Klagenfurt Cg 75/77)

Text

Die Klägerin ist Eigentümerin und Verlegerin der in Kärnten erscheinenden "A-Zeitung". Die Beklagte ist Eigentümerin, Herausgeberin und Verlegerin der in Klagenfurt erscheinenden "K-Zeitung" (KTZ).

In der "K-Zeitung" vom 25. Februar 1977 veröffentlichte die Beklagte ein halbseitiges Inserat mit der Überschrift "Fürs Probieren" kassieren - und folgendem Text:

"Noch nie war die Gelegenheit so günstig. Wertvolle Geschenke oder 200 S in bar winken für jede Neubestellung, für jedes neue Abonnement. Nützen Sie diese Chance. Werben Sie Familienangehörige, Nachbarn, Freunde und Bekannte, es ist leichter, als Sie denken. Und der Lohn wartet. Wenn Sie jetzt die "K-Zeitung" bestellen, haben Sie Anspruch auf einen der abgebildeten phantastischen Preise - oder 200 S in bar."

Links darunter waren die angekündigten "Geschenke" abgebildet, und zwar ein Paar Fußballschuhe, ein Fußball, eine Damenuhr, eine Herrenuhr und ein Fotoapparat. Daneben befand sich ein "Bestellschein", dessen linke, vom neugeworbenen Abonnenten zu unterfertigende Hälfte u. a. folgende Erklärung enthält: "ich bin noch nicht Abonnent

der KTZ und bestelle die "K-Zeitung" für mindestens zwölf Monate zum derzeit gültigen Monatsbezugspreis von 72.50 S (inklusive Zustellung). Ich war in den letzten sechs Monaten nicht Bezieher der KTZ (Umschreibungen im Familienverband gelten nicht als Neuwerbung)". Name und Adresse des Werbers waren in die rechte Hälfte des "Bestellscheins" einzutragen, in welcher es einleitend hieß: "Ich habe einen neuen Abonnenten für die KTZ geworben und erhalte 200 S in bar - oder ein Geschenk"; außerdem enthielt dieser Abschnitt den Hinweis: "Jeder Neuabonnent erhält die KTZ einen Monat gratis."

Ähnliche Anzeigen wurden von der Beklagten in der "K-Zeitung" vom 26. Feber und vom 1. März 1977 veröffentlicht. Diesmal lautete die Überschrift: "Die Begeisterung kennt keine Grenzen: ,Täglich erreichen uns Ihre Abo-Werbungen - täglich versenden wir die wertvollen Werbegeschenke". Doch nun haben wir uns etwas Neues ausgedacht. Fürn Fleiß an klassn Preis". Dann hieß es weiter: "Für jede Werbung ein Geschenk. So war es bisher. Und jetzt kommts. Für 2, 3, 4 oder 5 geworbene Abonnenten erhalten Sie, wenn Sie uns die Bestellscheine auf einmal einsenden, ein großartiges Geschenk nach Wahl. Oder 200 S in bar für jedes neue Abo. Denken Sie, Verwandte, Freunde, Bekannte, Nachbarn - wer kommt nicht alles in Frage? Bei diesen Werbegeschenken - ist Werben ein Vergnügen." Auch in diesem Inserat waren die "Werbegeschenke" abgebildet, und zwar ein "Dampf-Frisierstab" (für eine Werbung), eine "Elektronik-Quarz Damenarmbanduhr" (für zwei Werbungen), ein "Pro-Set-Haarpflegegerät" (für drei Werbungen), ein "Philips-Automatic-Cassettenradio" (für drei Werbungen), eine "Elektronik-Quarz-Herrenarmbanduhr" (für vier Werbungen) und eine "Silo-Küchenmaschine mit reichhaltigem Zubehör" (für fünf Werbungen). Der daneben abgedruckte "Bestellschein" stimmt mit jenem vom 25. Feber 1977 überein.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragt die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung ab sofort zu verbieten, in Inseraten oder auf andere Weise Werbegeschenke in Form eines Fußballes, Fußballschuhe, Herren- und Damenuhren, Fotoapparate, Dampf-Frisierstab, Cassettenradio oder eines Bargeldebetrages von 200 S oder mehr oder anderer gleich wertvoller Geschenke für die Namhaftmachung eines neuen, zweier, dreier oder vier neuer Jahresabonnenten der "K-Zeitung" anzukundigen und diese Geschenke an den Werber bei Abschluß eines solchen Abonnements zu gewähren. Der von der Beklagten mit dieser Aktion vorgesehene Einsatz nicht gewerbsmäßiger Kundenwerber ("Laienwerber") sei deshalb sittenwidrig, weil der Preis der Ware, für die erworben werden solle (rund 800 S), in krassem Mißverhältnis zur Höhe der Werbepremie und zum Aufwand des Werbers stehe und daher ein bloßes Reizmittel zur Absatzsteigerung sei. Die angesprochenen Laienwerber würden angesichts der wertvollen Prämien geneigt sein, die Ware dem Kunden auch in unlauterer Weise aufzudrängen, und dabei auch vor unzulässigen Vergleichen mit Konkurrenzprodukten nicht zurückschrecken; darüber hinaus bestehe die Gefahr, daß sie ihre persönlichen Beziehungen zu Familienmitgliedern, sonstigen Verwandten oder Freunden ausnützen und auf diese Weise unzulässigen psychologischen Kaufzwang ausüben würden. Der massenweise Einsatz nicht kontrollierbarer Laienwerber müsse zwangsläufig zu gegenseitigem Lizitieren der Mitbewerber und damit in der Folge zu einer Verwilderung der Sitten im Wettbewerb führen. Durch die beanstandeten Inserate werde nicht nur der Werber, sondern auch der potentielle Kunde selbst angesprochen; damit werde aber der wirtschaftliche Tatbestand geradezu in sein Gegenteil verkehrt, weil auf Grund dieser Ankündigung nicht ein Werber seinen Kunden, sondern der Kunde zum Schein einen Werber suchen werde. Die Aktion der Beklagten verstoße daher auch gegen das Zugabengesetz und das Rabattgesetz.

Die Beklagte hat sich gegen den Sicherungsantrag ausgesprochen. Das behauptete Mißverhältnis zwischen dem Wert der Ware und dem der Werbepremien liege nicht vor: Ein Jahresabonnement der "K-Zeitung" koste rund 870 S, repräsentiere aber in Wahrheit einen viel höheren Wert, weil das Abonnement auch nach Ablauf der einjährigen (Mindest-)Bestellzeit weiterlaufe und erfahrungsgemäß nur selten abbestellt werde, vielmehr regelmäßig jahrelang aufrecht bleibe. Die gebotenen Prämien im Wert von jeweils rund 200 S für jedes neue Abonnement seien daher keineswegs überhöht, weil eine Provision von 20 bis 25% auch bei berufsmäßigen Werbern branchenüblich wäre. Auch sei der Einsatz von Laienwerbern in jenen Branchen, in denen er schon seit jeher üblich ist - wie z. B. im Zeitschriftenhandel -, milder zu beurteilen als in anderen Fällen. Die von der Klägerin befürchteten nachteiligen Folgen der beanstandeten Aktion seien rein theoretischer Natur, tatsächliche Unzukömmlichkeiten seien konkret nicht einmal behauptet worden.

Im übrigen müsse der Klägerin jedes Rechtsschutzinteresse abgesprochen werden, weil sie selbst schon seit vielen Jahren bis in die jüngste Zeit eine gleichartige Werbemethode angewendet habe und auch weiterhin anwende; es wäre sittenwidrig und verstieße gegen Treu und Glauben, der Beklagten Handlungen zu untersagen, die von der Klägerin

selbst "mit nicht überbietbarer Konsequenz" vorgenommen würden. Der harte Konkurrenzkampf der Parteien - in dessen Verlauf die Klägerin schon mehrfach wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften verurteilt worden sei - berechtige die Beklagte in analoger Anwendung des § 344 ABGB zur Selbsthilfe. Die Beklagte habe nach Zustellung der Klage den Text der beanstandeten Ankündigung dahin geändert, daß der Hinweis auf die Möglichkeit des Anwerbens von Familienangehörigen gestrichen wurde; damit fehle es seither auch an der notwendigen Wiederholungsgefahr. Im übrigen stehe dem Unterlassungsbegehren der Klägerin eine vor Jahren zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung entgegen, wonach solche Werbeaktionen im Verhältnis der Parteien zueinander dann nicht beanstandet werden sollten, wenn der Wert der Werbepremien 200 S nicht übersteige.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung in der Form, daß es der Beklagten untersagte, in Inseraten oder auf andere Weise "Werbegegenstände eines Frisierstabes, Fußballs, Fußballschuhe, Damen- oder Herrenarmbanduhr, Fotoapparat Instamatic oder eines Bargeldbetrages von 200 S für die Werbung eines neuen Jahresabonnenten der "K-Zeitung", einer Elektronik-Damenarmbanduhr für die Werbung zweier Abonnenten, eines Philips Cassettenradios oder eines Haarpflegesets für die Werbung von drei Abonnenten, einer Elektronik-Herrenarmbanduhr für die Werbung von vier Abonnenten, einer Küchenmaschine Silo samt reichhaltigem Zubehör für die Werbung von fünf Abonnenten anzukündigen oder diese Geschenke im Falle des Abschlusses an den Werber zu gewähren". Dieser Entscheidung liegt folgender als bescheinigt angenommener Sachverhalt zugrunde:

Bei der "K-Zeitung" werden Laienwerber zur Abonnentenwerbung seit ungefähr 1950 eingesetzt; auch Zeitungen in anderen Bundesländern bedienen sich schon seit längerer Zeit dieser Werbemethode. Der Wert der Werbepremien hatte im Jahr 1960 noch zirka 50 S betragen, wurde dann aber im Laufe der Jahre wegen des fortschreitenden Geldwertschwundes immer größer. Im Jahr 1974 kam es, wie üblich, zu einer Absprache zwischen den Verlagsleitern der drei in Kärnten erscheinenden Zeitungen über die Erhöhung dieser Wertgrenze auf 200 S; dabei wurde aber nicht ausdrücklich vereinbart, daß Konkurrenzzeitungen wegen solcher Werbemethoden nicht beanstandet würden.

Ein Jahresabonnement der "K-Zeitung" kostet 865 S.

Die Beklagte hat für ein Paar Fußballschuhe einen Einkaufs Sonderpreis von 198 S zu zahlen, für einen Fußball 200 S, für eine Kodak-Pocket-Instamatic-Kamera, wie sie in ihrem Inserat abgebildet ist, 198 S (diese Kamera ist im freien Handel überhaupt nicht erhältlich). Sie wickelt mit den Firmen, von denen sie die Werbegegenstände bezieht, Gegengeschäfte in der Form ab, daß sich die Lieferanten verpflichten, in der "K-Zeitung" Inserate im Wert der Lieferung aufzugeben. Etwa 50% der Laienwerber nehmen den Bargeldbetrag von 200 S in Anspruch, die übrigen die angebotenen Gegenstände.

Auch die Klägerin hat in den Monaten November 1976 bis März 1977 durch Inserate in der "A-Zeitung" sogenannte "Einstandsgeschenke" ("Werbepremien", "Werbegegenstände") für jede Werbung eines neuen Abonnenten angekündigt, und zwar elektronische Taschenrechner, Filterkaffeautomaten und Transistorradios, aber auch einen Bargeldbetrag von 200 S. Eine ähnliche Ankündigung findet sich in der "Süddeutschen Zeitung" vom 2. März 1977. auch die "Neue Kronen-Zeitung" hat im Jänner 1977 in Graz eine gleichartige Werbeaktion durchgeführt.

Der Verband österreichischer Zeitungsherausgeber und Zeitungsverleger hat der "Neuen Kronen-Zeitung" in einem Brief vom 11. März 1977 mitgeteilt, daß Rabatte bei Tageszeitungs-Abonnements nicht branchenüblich und seiner Ansicht nach auch wirtschaftlich nicht vertretbar seien.

Rechtlich war das Erstgericht der Ansicht, daß von einem groben Mißverhältnis des Wertes eines Jahresabonnements der "K-Zeitung" zum Wert der angebotenen Werbepremien im konkreten Fall nicht ohne weiteres gesprochen werden könne, weil sich eine Provision von rund 25% durchaus im üblichen Rahmen halte. Auch das mangelnde Fachwissen der Laienwerber schade hier nicht, weil der Inhalt einer Zeitung für sich spreche und - anders als bei Handelswaren, deren Beurteilung bestimmte Fachkenntnisse voraussetze - die Qualität der gebotenen Informationen von jedermann selbst beurteilt werden könne. Dessenungeachtet bestehe aber die Gefahr, daß die jeder Kontrolle durch den Verlag entzogenen Laienwerber unzulässige vergleichende Werbung betreiben würden, vor allem aber daß sie auf Verwandte und Freunde psychologischen Kaufzwang ausüben und auf diese Weise - bei gleichzeitigem Verschweigen ihres Prämienvorteils - persönliche Bindungen in wettbewerbswidriger Weise für geschäftliche Zwecke ausnützen könnten. Die insoweit bestehende Wiederholungsgefahr werde durch das bloße Versprechen, künftig keine Wettbewerbsverstöße mehr zu begehen, nicht beseitigt. Der massenweise Einsatz von Laienwerbern, welcher zu einer als unangenehm und unerwünscht empfundenen, immer mehr zunehmenden Belästigung weiterer Bevölkerungskreise

führe, müsse unterbunden werden, ehe die Werbemethoden noch härter würden. Auch das gleichartige Vorgehen der Klägerin könne das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten nicht rechtfertigen, weil der Gesetzesverstoß eines Mitbewerbers nicht mit gleichen Mitteln beantwortet werden dürfe und überdies das Maß der notwendigen Verteidigung beachtet werden müsse.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag der Klägerin ab. Der Einsatz von "Laienwerbern", welcher zwar nicht grundsätzlich zu beanstanden sei, im Einzelfall aber durchaus gegen das Gesetz verstoßen könne, müsse in jenen Branchen milder beurteilt werden, in denen er wie insbesondere im Buch- und Zeitschriftenhandel - seit langem üblich sei. Wenn hier keine besonderen Unlauterkeitsmomente - wie etwa das Versprechen und Gewähren unverhältnismäßig wertvoller Werbepremien - hinzukämen, sei die Verwendung von Laienwerbern gerade im Zeitungswesen angesichts der Handelsüblichkeit einer solchen Werbeform unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbswidrigkeit nicht zu beanstanden. Da im konkreten Fall dem Preis eines Jahresabonnements der "K-Zeitung" von 870 S eine Werbepremie von 200 S (das sind rund 23%) gegenüberstehe, könne von einem krassen Mißverhältnis von Warenwert und Werbegabe noch nicht gesprochen werden, zumal die Beklagte damit rechnen könne, daß ein großer Teil der neugeworbenen Abonnenten die Zeitung länger als ein Jahr beziehen werde. Zumindest für das vorliegende Provisorialverfahren könne davon ausgegangen werden, daß der von der Beklagten für die betreffenden Artikel zu zahlende Einkaufspreis etwa gleich hoch sei wie die wahlweise versprochene Geldprämie von 200 S. Auch bei einer Mehrfachwerbung stehe der Wert der in Aussicht gestellten Werbepremien in einem konstanten Verhältnis zur Anzahl der erworbenen Abonnenten. Der Wert der versprochenen Werbegeschenke halte sich im Rahmen der als bescheinigt angenommenen Absprache zwischen den Zeitungsherausgebern; da seine Unverhältnismäßigkeit nicht offenkundig sei, wäre es Sache der Klägerin gewesen, das von ihr behauptete Mißverhältnis glaubhaft zu machen. Es sei zwar richtig, daß sich zum Warenvertrieb eingesetzte Laien erfahrungsgemäß vor allem an Verwandte, Freunde und Bekannte wenden würden, um die angestrebte Bestellung zu erreichen, und daß gerade darin die wettbewerbsrechtliche Bedenklichkeit massenweiser Laienwerbung für Konsumartikel liege; da aber die systematische Laienwerbung in der Zeitungsbranche seit Jahrzehnten üblich sei und auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechtes als zulässig angesehen werde, müßten mit der Duldung einer solchen Form der Werbung in dieser Branche auch deren typische Besonderheiten in Kauf genommen werden. Es könne daher die Auffassung vertreten werden, daß in der Zeitungsbranche die Familienwerbung ebensowenig wettbewerbswidrig sei wie der in eine Werbeeinschaltung aufgenommene Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen Werbung bei Familienmitgliedern, Verwandten, Freunden usw.

Selbst wenn man aber diese Auffassung nicht teilen wollte, wäre der zu sichernde Unterlassungsanspruch der Klägerin nach Ansicht des Rekursgerichtes nicht bescheinigt: Der Hinweis der Beklagten auf gleichartige Werbemethoden der Klägerin könne ihr zwar nicht zum Erfolg verhelfen, weil der Einwand der "unclean hands" nur dort durchschlage, wo der Kläger seinen Anspruch auf ein verletztes Individualrecht gründet, nicht aber dort, wo er - wie bei Ausübung des Klagerechtes nach § 14 UWG - auch öffentliche Interessen wahrnimmt. Das Rekursgericht sei aber der Auffassung, daß die Zeitungsherausgeber - also auch die Klägerin - mit ihrer Vereinbarung, die Werbepremie mit 200 S zu begrenzen, zumindest schlüssig (§ 863 ABGB) auf ihren Unterlassungsanspruch wegen eines dieser Abrede entsprechenden Verhaltens verzichtet hätten. Der Unterlassungsanspruch nach § 14 UWG sei privatrechtlicher Natur und daher auch verzichtbar; er sei im konkreten Fall angesichts der - von der Klägerin selbst behaupteten - "bundesweiten Absprache zwischen den Zeitungsverlegern" als verwirkt anzusehen. Da sich die beanstandete Aktion der Beklagten im Rahmen der als bescheinigt angenommenen Vereinbarung gehalten habe und auch eine einseitige Kundbarkeit dieser Abrede von niemandem behauptet worden sei, könnte die Klägerin der Beklagten diese Form der Werbung selbst dann nicht untersagen, wenn darin ein Verstoß gegen § 1 UWG zu sehen wäre. Mangels Bescheinigung des zusichernden Unterlassungsanspruches habe daher der Antrag der Klägerin abgewiesen werden müssen.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs der Klägerin Folge und stellte die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes mit der Maßgabe wieder her, daß der Beklagten ab sofort verboten wurde, in Inseraten oder auf andere Weise für die Namhaftmachung von ein bis vier neuen Jahresabonnenten der "K-Zeitung" als Werbegeschenk einen Fußball, Fußballschuhe, Herren- und Damenuhren, einen Fotoapparat, einen Dampf-Frisierstab, ein Cassettenradiogerät oder einen Bargeldbetrag von 200 S oder mehr oder andere gleich wertvolle Geschenke anzukundigen und diese Geschenke dem Werber bei Abschluß eines neuen Abonnements zu gewähren.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Die mit dem Einsatz nicht berufsmäßiger Werber (sogenannter "Laienwerber") zusammenhängenden Probleme sind, soweit ersichtlich, im österreichischen wettbewerbsrechtlichen Schrifttum bisher nicht erörtert worden. Lehre und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland siehe insbesondere Baumbach - Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht[11] I, 439 ff. § 1 dUWG Anm. 130 ff., 1359 f. § 1 ZugV Anm. 33, 1439 f. § 1 RabG Anm. 39; Bühring, Der Einsatz von Laien als Werber unter Gewährung einer Werbepremie, WRP 1958, 321 ff., 369 ff. bzw. WRP 1959, 13 ff.; BGH 23. Jänner 1959, I ZR, 130/58 - Bienenhonig - GRUR 1959, 285; OLG Düsseldorf 9. Oktober 1956, 2 U 125/56 NJW 1957, 187; OLG Karlsruhe 13. Feber 1968, 6 U 39/67 GRUR 1969, 224) vertreten nahezu einhellig die Auffassung, daß diese besondere Form der Werbung nicht schon deshalb als unlauter bezeichnet werden kann, weil die dazu eingespannten Personen keine berufsmäßigen Werber, sondern gewissermaßen "Vertreter im Nebenberuf" sind und für ihre Tätigkeit regelmäßig ein Entgelt in Form einer "Werbepremie" erhalten. Der Einsatz von Laienwerbern kann aber im Einzelfall wettbewerbswidrig sein, wobei es insbesondere auf die Ware, für die geworben wird, ferner auf ihren Preis, die Höhe der Werbepremie und die Aufwendungen des Werbers, aber auch auf die Auswirkungen einer solchen Werbung ankommt. Dabei ist mit Rücksicht auf die zu befürchtenden Auswüchse im Wettbewerb, vor welchen die Allgemeinheit geschützt werden muß, ein strenger Maßstab anzulegen. Bedenken gegen diese Form der Werbung sind vor allem in folgenden Richtungen erhoben worden:

a) Da sich zum Warenvertrieb eingesetzte Laien überwiegend an Verwandte, Freunde und Bekannte wenden werden, welche den ihnen bekannten Werber nicht so leicht abweisen können wie einen unbekanntem Vertreter, werden auf diese Weise die persönlichen Beziehungen des Werbers in anreißerischer Weise zu Zwecken des Warenvertriebes ausgenützt;

b) die Aussicht auf hohe Werbepremien läßt eine unsachliche Beeinflussung der angesprochenen Personen durch den - überdies in der Regel nicht fachkundigen - Werber befürchten, welcher häufig nicht davor zurückschrecken wird, die Ware dem Kunden auch mit unzutreffenden Behauptungen oder sonst auf wettbewerbsfremde Weise aufzudrängen;

c) beim massenweisen Einsatz sachunkundiger und nicht kontrollierbarer Laienwerber sind diese Gefahren in erhöhtem Ausmaß gegeben, zumal ein solches Vertriebssystem zwangsläufig zur Nachahmung durch Mitbewerber und infolge der daraus resultierenden gegenseitigen Übersteigerung zu einer Verwilderung der Sitten im Wettbewerb führen muß;

d) hohe Werbepremien werden überdies häufig dazu führen, daß ein Kunde, der die Ware selbst erwerben will, einen Dritten zum Schein als "Werber" vorschickt, um auf diese Weise auch die versprochene Prämie - als Zugabe oder Rabatt - zu erhalten.

Der OGH hatte sich mit Fragen der Laienwerbung erstmals in seiner Entscheidung vom 15. März 1960, 4 Ob 306/60 - Provision für jedermann - ÖBl. 1960, 85 zu befassen. Ein Elektrohändler hatte damals in einem Zeitungsinsert unter der Überschrift: "15% Provision für jedermann" Jedem, der "mit einem von ihm vermittelten Kunden in seinem Geschäft erscheint", und darüber hinaus auch jedem, der bei ihm "für einen anderen kauft", 15% vom Wert der gekauften Ware als "Provision" versprochen. Gleich den Untergerichten, war auch der OGH der Ansicht, daß damit nur eine Scheinprovision zur Umgehung der Bestimmungen des Rabattgesetzes angekündigt worden sei:

Durch die Ankündigung einer solchen "Vermittlungsprovision" würden Käufer veranlaßt, eine Mittelsperson als Vermittler vorzuschicken; in Wahrheit wende sich nämlich das Insert nicht an Personen, die Aufträge vermitteln wollen, sondern an Käufer von Elektrowaren. Jedem Käufer solcher Waren sei beim Lesen des Inserates klar, daß er sich die angekündigte "Vermittlungsprovision" leicht als Preisnachlaß verschaffen könne. Wenn auch der Einsatz nicht gewerbsmäßiger Kundenwerber nicht schon an sich ein unerlaubtes Mittel im Wettbewerb sei, so komme es doch auf die besonderen Umstände des Falles an. Von dieser Werbform werde besonders im Zeitungs- und Zeitschriftenvertrieb sowie im Versicherungswesen Gebrauch gemacht. Dort komme es aber auf das Aufspüren von Verkaufsmöglichkeiten besonders an; es handle sich auch nicht um Artikel des täglichen Bedarfs, nach denen das Bedürfnis schon vorhanden ist, sondern um Waren, für die es erst geweckt werden müsse. Das Provisionsversprechen sei in diesen Fällen nicht vorgetäuscht, sondern das Unternehmen wende sich tatsächlich an einen Personenkreis, der als Werber für solche Waren oder Leistungen besonders geeignet sei. Handle es sich aber, wie hier, um Artikel des täglichen Bedarfs, welche von verschiedenen Erzeugern in großer Menge auf den Markt gebracht würden, dann werde durch ein solches Insert nicht ein allfälliger Werber, sondern der Kunde selbst angesprochen. Damit werde aber der

wirtschaftliche Tatbestand geradezu in sein Gegenteil verkehrt, weil - durch das Inserat angespornt - nicht ein Werber sich einen Kunden, sondern ein Kunde (zum Schein) einen Werber suchen werde. Ein solches Vorgehen sei in mehrfacher Hinsicht sittenwidrig; es verfeite die Kunden zu falschen Vorspiegelungen und Machinationen und locke sie durch das Versprechen eines gesetzwidrigen, als "Provision" getarnten Rabattes an.

Ein anderes Mal hatte der OGH die Zulässigkeit eines Preisausschreibens einer Tageszeitung zu beurteilen, bei welchem jeder Einsender einer "Gewinnkarte" mit dem Namen und der Unterschrift eines neugeworbenen Abonnenten an der Verlosung wertvoller Preise teilnahm. In der Begründung dieser Entscheidung (10. Dezember 1974, 4 Ob 357/74 - Abonnement-Zeitungspreisausschreiben - ÖBl. 1975, 117) wird unter Bezugnahme auf ÖBl. 1960, 85 abermals darauf verwiesen, daß im Falle einer nur zum Schein versprochenen "Provision", deren Vorteil in Wahrheit nach dem wirtschaftlichen Erfolg und dem Gesamthalt der Werbeankündigung nicht dem Werber, sondern dem Bezieher der Ware zugesagt werde, unzulässige Rabattgewährung oder allenfalls ein Verstoß gegen § 1 UWG angenommen werden müsse. Angesichts der Bedingungen des beanstandeten Werbepreisausschreibens bestehe eine große Verlockung, daß der "Werber", um daran teilnehmen zu können, einen Werbeerfolg bloß vortäuschen werde, etwa dadurch, daß er das Abonnement formell für jemand anderen, in Wahrheit aber für sich selbst oder wenigstens auf seine Kosten bestellt, oder daß umgekehrt jemand wegen der Aussicht, beim Preisausschreiben zu gewinnen, das Abonnement bestellt und sich dazu einen (Schein-)Werber sucht, der - in Wahrheit für ihn - am Spiel teilnimmt. Das Schaffen des Anreizes zu einem solchen Vorgehen sei wettbewerbsfremd.

In einer weiteren, ein ähnliches Zeitungs- "Werbispiel" betreffenden Entscheidung (5. Oktober 1976, 4 Ob 366/76, bisher nicht veröffentlicht) hat der OGH nicht nur besonders hervorgehoben, daß der Entschluß zum Bezug eines Abonnements insbesondere dann durch die Aussicht auf einen Gewinn des Werbers beeinflusst werden könne, wenn es sich dabei um einen Familienangehörigen handelt, sondern in diesem Zusammenhang auch seinen in ÖBl. 1975, 117 gegebenen Hinweis auf die Möglichkeit der bloßen Vorspiegelung eines Werbeerfolges ausdrücklich wiederholt.

Die gleichen Bedenken in der Richtung einer bloßen Scheinprovision (einer sogenannten "unechten Werbepremie") und damit eines Zugaben- bzw. Rabattverstoßes bestehen aber nach Ansicht des erkennenden Senates auch gegen die Abonnentenwerbung der Beklagten: Nach dem Wortlaut der beanstandeten Inserate ist die Möglichkeit, eine der versprochenen "Werbepremien" zu erlangen, nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt oder sonst an irgendwelche Voraussetzungen gebunden; jedermann kann als "Werber" auftreten, gleichgültig, ob er selbst bereits Abonnent der "K-Zeitung" ist oder nicht. Familienangehörige, Verwandte, Freunde und Bekannte sind dabei keineswegs ausgeschlossen; sie werden im Gegenteil als - naheliegende - Zielgruppe der zu entfaltenden "Werbetätigkeit" ausdrücklich genannt. Damit bilden aber die Ankündigungen der Beklagten für jeden, der an einem Abonnement der "K-Zeitung" interessiert ist, eine ganz erhebliche Verlockung, einen Familienangehörigen, sonstigen nahen Verwandten oder guten Bekannten zum Schein als "Werber" namhaft zu machen und auf diese Weise bei der Bestellung des Abonnements auch in den Genuß der "Werbepremie" zu kommen. Von einer tatsächlichen Werbeleistung, welche die Gewährung einer Vergütung (Provision) rechtfertigen könnte, ist in diesem Fall überhaupt keine Rede; der Interessent wird vielmehr in die Lage versetzt, sich anlässlich der Bestellung eines Zeitungsabonnements ohne jeden Aufwand an Zeit und Mühe einen Rabatt von 200 S oder - nach seiner Wahl - eine Zugabe in annähernd gleichem Wert zu verschaffen. Ob die Beklagte mit einem solchen Verhalten der angesprochenen Leserkreise tatsächlich gerechnet hat, ist unerheblich; auch wenn man zu ihren Gunsten davon ausgeht, daß ihre Absicht nicht auf derartige Umgehungshandlungen, sondern auf eine echte Werbetätigkeit der angesprochenen Personen gerichtet war, hat sie doch durch ihre Aktion nicht nur die Voraussetzungen, sondern auch einen starken Anreiz für Manipulationen dieser Art geschaffen, nicht zuletzt auch deshalb, weil die versprochenen "Werbepremien" immerhin einen Wert von durchschnittlich 200 S haben, was auch nach den Berechnungen der Beklagten mindestens 20% des Jahres-Abonnementpreises der "K-Zeitung" entspricht. Die vom Neuabonnenten im vorgedruckten "Bestellschein" abzugebende Erklärung, daß er in den letzten sechs Monaten nicht Bezieher der "K-Zeitung" war, kann das bloße Vortäuschen eines Werbeerfolges ebensowenig verhindern, wie der Hinweis, daß "Umschreibungen im Familienverband" nicht als Neuwerbung gelten; sonstige Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr falscher Vorspiegelungen sind aber von der Beklagten nicht einmal behauptet worden.

Der Beklagten ist durchaus zuzugeben, daß es bei der Beurteilung einer Werbeaktion immer auf den typischen Ablauf der Geschehnisse ankommt, die bloß entfernte Möglichkeit eines Mißbrauches also die Annahme eines Gesetzesverstoßes regelmäßig noch nicht rechtfertigen kann. Im konkreten Fall ist aber die von der Beklagten durch

die Gestaltung ihrer Werbeaktion hervorgerufene Versuchung der Kaufinteressenten, sich durch Vorschieben eines (Schein) "Werbers" eines der versprochenen "Geschenke" selbst zu sichern, nach Ansicht des erkennenden Senates so groß, daß mit einem solchen Verhalten nicht etwa nur ausnahmsweise, sondern nach der Lebenserfahrung in einer sehr beträchtlichen Anzahl aller Fälle gerechnet werden muß. Eröffnet aber ein Unternehmer dem Interessenten auf diese Weise die naheliegende Möglichkeit, durch bloßes Vorschieben eines Dritten sich selbst ohne jede eigene Leistung und ohne Risiko einen nicht unbeträchtlichen Rabatt oder eine ebensolche Zugabe zu verschaffen, dann kündigt er damit eine sogenannte "unechte Werbepremie" im Sinne einer bloßen "Scheinprovision", also in Wahrheit - je nachdem, ob die versprochene Zuwendung in Geld oder in Sachwerten besteht - einen Rabatt oder eine Zugabe an.

Das gleiche gilt auch für jene Fälle, in denen für die Werbung von zwei oder mehreren Personen entsprechend wertvollere "Werbegeschenke" oder ein entsprechend höherer Geldbetrag zugesagt wird. Wenngleich hier schon deshalb, weil kaum jemand für sich selbst mehr als ein Zeitungsabonnement bestellen wird, hinsichtlich der weiteren Personen tatsächlich echte Werbebemühungen erforderlich sein werden, um die angesprochenen Personen zur Bestellung eines Abonnements zu veranlassen, besteht doch für den Werber auch hier die Möglichkeit, sein eigenes Abonnement nur zum Schein durch einen Dritten, in Wahrheit aber für sich selbst zu bestellen und auf diese Weise den darauf entfallenden Teil der Werbepremie ohne jeden weiteren Aufwand als Zugabe oder Rabatt zu erlangen.

Für die Beklagte ist auch mit dem Hinweis darauf, daß der Einsatz nicht berufsmäßiger Werber gerade im Zeitungswesen seit langem üblich sei, nichts gewonnen: Richtig ist, daß nach Baumbach - Hefermehl (a. a. O., 442 Anm. 135) in solchen Branchen, in denen die Verwendung von Laienwerbern seit jeher üblich ist, wie z. B. im Buch- und Zeitschriftenhandel oder im Bausparkassenwesen, der Einsatz solcher Werber zwar gleichfalls im Einzelfall wettbewerbswidrig sein kann, dennoch aber regelmäßig eine mildere Beurteilung geboten erscheint, weil es hier meist um die Übernahme von Dauerverpflichtungen gehe, eine stärkere Werbetätigkeit des Kundenwerbers notwendig sei und die Werbepremien im Verhältnis zur Leistung des Geworbenen meist nur gering seien. Auch der OGH hat, wie schon erwähnt, in ÖBl. 1960, 85 ausdrücklich auf diese Eigenart des Zeitungs- und Zeitschriftenvertriebes sowie des Versicherungswesens hingewiesen. Zur Rechtfertigung einer solchen Sonderbehandlung der Laienwerbung im Zeitungswesen könnte überdies noch ins Treffen geführt werden, daß gerade in dieser Branche eine Irreführung oder sonstige unsachliche Beeinflussung der angesprochenen Person schon deshalb kaum zu befürchten ist, weil sich jedermann selbst ein Urteil über die Qualitäten der ihm angepriesenen Zeitung bilden kann; auch wird ja die Gefahr des Auftretens von "Scheinwerbern" häufig dadurch ausgeschaltet, daß als Werber nur solche Personen zugelassen werden, die selbst schon Abonnenten des betreffenden Blattes sind und daher tatsächlich eine echte Werbetätigkeit entfalten müssen, um der Zeitung einen neuen Bezieher zu bringen. Fehlt es aber, wie im konkreten Fall, an einer solchen Beschränkung des Kreises der als Werber in Betracht kommenden Personen und wird überdies durch das Versprechen verhältnismäßig wertvoller "Werbegeschenke" ein zusätzlicher Anreiz zur bloßen Vortäuschung eines Werbeerfolges geschaffen, dann ist auch im Bereich der Zeitungswerbung die Grenze des Zulässigen jedenfalls überschritten und im Sinne der obigen Rechtsausführungen eine "unechte Werbepremie" anzunehmen, welche insoweit, als dem "Werber" ein bestimmter Geldbetrag in Aussicht gestellt wird, als Rabatt, hinsichtlich der übrigen "Werbegeschenke" aber als unentgeltliche Zugabe beurteilt werden muß.

Nach den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens kann im konkreten Fall auch nicht von einem zulässigen Mengennachlaß im Sinn des § 7 RabG oder von handelsüblichem Zubehör im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. d ZugG - nur diese beiden Ausnahmen von allgemeinen Rabatt- und Zugabeverbot kommen hier in Betracht - gesprochen werden: Daß sich auch die beiden anderen in Kärnten erscheinenden Tageszeitungen - ebenso wie die "Süddeutsche Zeitung" - ähnlicher Werbemethoden bedienen, reicht zur Glaubhaftmachung des Umstandes, daß ein Rabatt in der hier gewährten Höhe von 200 S bei Bestellung eines Jahresabonnements zum Preis von rund 800 S "nach Art und Umfang sowie nach der verkauften Stückzahl oder Menge als handelsüblich anzusehen ist" (§ 7 Abs. 1 RabG) noch nicht aus, dies umso weniger, als der Verband österreichischer Zeitungsherausgeber und Zeitungsverleger in seinem Schreiben vom 11. März 1977 ausdrücklich mitgeteilt hat, daß Rabatte bei Tageszeitungsabonnements "nicht branchenüblich und auch nicht vertretbar" sind, selbst wenn sich die betreffende Person zum Bezug durch ein oder mehrere Jahre verpflichtet. Der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 lit. d ZugG kommt aber hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die als "Werbepremien" in Aussicht gestellten Gegenstände mit dem Zeitungsabonnement selbst in keinem wie immer gearteten Zweckzusammenhang stehen und daher nicht als "Zugehör" - im Sinne des § 294 ABGB - angesehen werden können (vgl. SZ 25/59 = ÖBl. 1952, 22 = PBl. 1952, 62; ÖBl. 1966, 10; Hohenecker - Friedl, Wettbewerbsrecht, 130 f.).

Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, kann sich die Beklagte zur Abwehr des vorliegenden Unterlassungsanspruches nicht darauf berufen, daß sich die Klägerin der gleichen Werbemethode bediene, die sie jetzt der Beklagten verbieten lassen will: Wettbewerbsverstöße eines Konkurrenten geben, wie der OGH schon mehrfach betont hat (SZ 25/100; ÖBl. 1977, 33 mit weiteren Hinweisen), dem davon Betroffenen über die Befugnis zur angemessenen Information der Kunden hinaus keinesfalls das Recht, nunmehr selbst unlautere Mittel im Wettbewerb anzuwenden; das Klagerecht des Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene, gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus wird die - im deutschen Rechtsbereich entwickelte - Verwirkungslehre nach ständiger Rechtsprechung insbesondere auch für den Bereich des österreichischen Wettbewerbsrechtes abgelehnt (SZ 33/103 = JBl. 1962, 38 = ÖBl. 1961, 115 = HS 597; SZ 33/104 = EvBl. 1961/484 = JBl. 1962, 40 = ÖBl. 1961, 117 = HS 597; ÖBl. 1977, 33 mit weiteren Hinweisen). Entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes steht aber auch die von den Untergerichten als bescheinigt angenommene, im Jahr 1974 getroffene Absprache zwischen den Verlagsleitern der Kärntner Tageszeitungen dem vorliegenden Unterlassungsbegehren nicht im Wege:

Dem angefochtenen Urteil ist zwar darin zu folgen, daß diese Vereinbarung, mit welcher die Wertgrenze von "Werbepremien" der hier in Frage stehenden Art einvernehmlich auf 200 S erhöht wurde, sinnvollerweise nur dahin verstanden werden kann, daß die Vertragspartner damit gegenseitig auf gerichtliche Schritte wegen eines dieser Abrede entsprechenden Verhaltens verzichtet haben. Weder diese Vereinbarung noch eine allfällige inhaltsgleiche "bundesweite Absprache zwischen den Zeitungsverlegern", wie sie die Klägerin erwähnt hat, kann aber nach Ansicht des OGH die Klägerin an der Geltendmachung des zu sichernden Unterlassungsanspruches hindern: Der Regelung des § 14 UWG, wonach die Unterlassungsklage in den Fällen der §§ 1, 2, 3 und 10 UWG von allen Mitbewerbern sowie von bestimmten Interessenverbänden erhoben werden kann, liegt der Gedanke zugrunde, daß die Interessen der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs regelmäßig mit denen der Mitbewerber konform laufen, an der Unterbindung von Wettbewerbsverstößen, die sich gegen die Gesamtheit der Mitbewerber richten, also auch ein eminentes allgemeines Interesse besteht (Hohenecker - Friedl a. a. O., 2; Baumbach - Hefermehl a. a. O., 128 f. EinUWG Anm. 47 f., 1100 f. § 13 dUWG Anm. 1; ähnlich 4 Ob 374/77); das - an sich dem Privatrecht zugehörige - Klagerecht der Mitbewerber und Verbände dient also dem Schutz beider Interessenbereiche (Baumbach - Hefermehl a. a. O., 128 Anm. 48). Die gleichen Erwägungen gelten naturgemäß auch für die Verfolgung von Zugaben- und Rabattverstößen, weil § 5 Satz 2 ZugG ausdrücklich die entsprechende Anwendung (u. a.) des § 14 UWG vorschreibt, während § 12 RabG das Klagerecht der Mitbewerber und der Interessenverbände ganz ähnlich regelt wie § 14 UWG. Mit dieser Zielvorstellung des Gesetzes wäre es aber völlig unvereinbar, wenn mehrere Mitbewerber durch Vereinbarung im voraus rechts wirksam auf ihr wechselseitiges Klagerecht verzichten und sich damit - sei es auch nur für den Fall der Einhaltung bestimmter Beschränkungen - gegenseitig einen Freibrief zu gesetz- oder sittenwidrigem Handeln ausstellen könnten. Eine solche Absprache, welche letzten Endes darauf hinausliefe, den daran beteiligten Unternehmen die ungestörte Anwendung von Wettbewerbshandlungen zu ermöglichen, die nach dem Gesetz - nicht zuletzt auch im Interesse der Allgemeinheit - untersagt sind, verstößt vielmehr, wie die Klägerin zutreffend ausführt, ihrerseits gegen die guten Sitten und ist daher gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig. Eine rechtsunwirksame Absprache dieser Art kann aber im Sinne der obigen Rechtsausführungen die Geltendmachung des Unterlassungsanspruches durch einen Vertragspartner auch dann nicht hindern, wenn sich der klagende Mitbewerber - wie hier - eines gleichartigen Wettbewerbsverstoßes schuldig gemacht hat.

Da auch die Wiederholungsgefahr im konkreten Fall schon deshalb nicht zweifelhaft sein kann, weil die Beklagte im Rechtsstreit bis zuletzt ein Recht zu der beanstandeten Handlungsweise behauptet hat, war dem Revisionsrekurs der Klägerin Folge zu geben und in Abänderung des angefochtenen Beschlusses die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes - in einer dem modifizierten Sicherungsbegehren entsprechenden, sprachlich geringfügig geänderten Fassung - wiederherzustellen.

Anmerkung

Z50139

Schlagworte

Klagerecht des Mitbewerbers nach § 14 UWG, Laienwerber, Rabatt - oder Zugabenverstoß

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1977:0040OB00380.77.1108.000

Dokumentnummer

JJT_19771108_OGH0002_0040OB00380_7700000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at