

# TE OGH 2011/8/9 4Ob74/11b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.08.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer-Glaser, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. S\*\*\*\*\* GmbH und 2. I\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Mag. Dr. Alice Hoch, Rechtsanwältin in Laxenburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 40.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 31. März 2011, GZ 4 R 33/11v-8, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 26. Dezember 2010, GZ 18 Cg 211/10h-3, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten des Revisionsrekursverfahrens einstweilen, die beklagte Partei endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Der Kläger ist ein Verband zur Wahrung wirtschaftlicher Unternehmensinteressen, unter anderem zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

Die Erstbeklagte betreibt auf Basis ihrer (Teil-)Gewerbeberechtigungen „Anfertigen von Schlüsseln mittels Kopierfräsmaschinen“ und „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau verbunden mit Metalltechnik für Schmiede- und Fahrzeugbau; Metalltechnik für Land- und Baumaschinen (verbundenes Gewerbe)“ in Konkurrenz zu den vom Kläger vertretenen Mitgliederinteressen in Wien einen Aufsperrdienst von 00:00 Uhr bis 24:00 Uhr. Sie bewirbt diesen in zahlreichen Häusern durch Anbringen von Aufklebern an diversen Stellen wie Hauseingangstüren, Postkästen, Rauchfangkehrerkästchen, Elektrokästen, am „schwarzen Brett“ oder an sonstigen für die Hausbewohner vorgesehenen Informationsflächen ohne Zustimmung und teilweise sogar entgegen ausdrücklicher Untersagung der über diese Flächen verfügberechtigten Personen mit ihren Mobiltelefonnummern und dem Schlagwort „1030, S\*\*\*\*\*-Service in ganz Wien“. Hausbewohner und -eigentümer von Liegenschaften beschwerten sich sowohl beim Kläger als auch der Landesinnung der Metalltechniker (vormals Innung der Schlosser) über derartige ohne ihre Zustimmung oder sogar entgegen ausdrücklicher Anweisung aufgedrängte Werbung.

Die Aufkleber lassen sich nur mit Aufwand und oft nicht rückstandsfrei oder ohne Beschädigung des Untergrundes entfernen und werden von den Beklagten regelmäßig wieder „ersetzt“.

Der Zweitbeklagte ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Erstbeklagten.

Zur Sicherung des inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragte der Kläger, den Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr auf fremden Flächen und/oder in fremden Häusern Werbung für einen Aufsperrdienst in ganz Wien ohne entsprechende vorherige Zustimmung und/oder ohne entsprechende Benutzungsberechtigung durch die über die benutzte Werbefläche Verfügungsbefugten zu betreiben, solche Werbung anzubringen oder anbringen zu lassen, insbesondere das Anbringen von Werbeklebern für einen unter bestimmten Telefonnummern erreichbaren Aufsperrdienst in Häusern ohne Zustimmung der über die angemäßte Werbefläche Verfügungsbefugten und/oder entgegen einer Untersagung, insbesondere entgegen einem ausdrücklichen Hinweis „keine Werbung“; hilfsweise den Beklagten zu verbieten, entgegen den Namensführungsvorschriften der §§ 63 ff GewO im geschäftlichen Verkehr bloß unter ihrer Mobiltelefonnummer ohne Angabe des Firmennamens und/oder Firmenstandorts aufzutreten. Das Aufkleben von Werbung auf fremdem Eigentum ohne entsprechende Benutzungsberechtigung durch den Eigentümer oder sonst über die angemäßte Werbefläche Verfügungsberechtigten sei eine unmittelbar auf die Förderung des Absatzes der beworbenen Aufsperrdienstleistung gerichtete Werbe- und Marketingmaßnahme und sei nach § 1a UWG eine aggressive unlautere Geschäftspraktik, weil sie die Verfügungsberechtigten in einer Nutzung nach ihren Vorstellungen beeinträchtige und den mit der Entsorgung und Wiederherstellung verbundenen Aufwand dem unfreiwillig „Beklebten“ aufbürde. Dieser werde gegen seinen Willen als Werbeträger in die Vermarktung von Produkten eingebunden. Nach außen werde der irreführungsgeeignete Anschein erweckt, die Hausverwaltung oder der Eigentümer schätzen den auf diese Weise werbenden Unternehmer besonders oder könnten ihn in einer Notsituation empfehlen. Eine derart ungebetene aufgedrängte Werbung sei unlauter, sie sei in Verbindung mit Besitzstörungen und Eigentumsverletzungen eine qualifizierte Belästigung und Kundenfangmethode und verstöße daher gegen §§ 1 und 1a UWG. Die beanstandeten Werbeaufkleber seien ein sonstiges zum Fernabsatz geeignetes Medium. Das Anwerben von Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über derartige Medien sei gemäß Z 26 des Anhangs zum UWG unzulässig. Auch die Nichteinhaltung der Namensführungsvorschriften der §§ 63 ff GewO begründe eine unlautere und zur Irreführung geeignete Gesetzesübertretung nach §§ 1, 2 UWG. Die Geschäftspraktiken der Beklagten seien geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil gesetzestreuer Mitbewerber nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Bei Bedarf nach einem Aufsperrdienst sei damit zu rechnen, dass der im Haus mit seiner Telefonnummer werbende Aufsperrdienst angerufen werde, ohne zuvor Vergleichsangebote einzuholen. Die unlautere Geschäftspraktik sei daher auch geeignet, das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers, den sie erreiche, wesentlich zu beeinflussen. Hinzu komme die Nachahmungsgefahr und Vervielfältigung der Belästigungswirkung, sollten derartige Werbepraktiken um sich greifen.

Die Beklagten wendeten ein, sie hätten zu keiner Zeit unbefugt Werbung auf fremden Flächen betrieben. Sämtliche Schlüsseldienste im Wiener Raum praktizierten eine vergleichsweise Art der Werbung. Diese beeinträchtige die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit der Marktteilnehmer nicht. Die angeblich unlautere Geschäftspraktik beeinflusse keine Verbraucherinteressen. Da sämtliche Mitbewerber in der Branche derart werben, sei die Vorgangsweise der Erstbeklagten nicht geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil anderer Mitbewerber nicht bloß unerheblich zu beeinflussen. Überdies hätten sich die Beklagten bereit erklärt, wie schon bisher auch in Zukunft nicht unbefugt oder gegen Usance Aufkleber ohne vorherige entsprechende Zustimmung der Verfügungsberechtigten anzubringen.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Vorgangsweise der Beklagten verstöße gegen §§ 1, 1a und 2 UWG sowie Z 26 des Anhangs zum UWG. Überdies verstießen die Beklagten gegen die Namensführungs- und Offenlegungsvorschriften der Gewerbeordnung.

Das Rekursgericht bestätigte die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfrage nach § 528 Abs 1 ZPO nicht zulässig sei.

Zwar liege im Anbringen der beanstandeten Werbeaufkleber in fremden Hausfluren keine unter Z 26 des Anhangs zum UWG fallende Geschäftspraktik, diese sei auch nicht als aggressiv iSd § 1a Abs 1 UWG zu beurteilen, die Beklagten hätten sich aber einen unlauteren Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG verschafft.

Durch das eigenmächtige Anbringen der Aufkleber - teils sogar entgegen bestehender Verbote - hätten die Beklagten in das Eigentumsrecht oder den ruhigen Besitz Dritter eingegriffen. Aus dem bloßen Umstand, dass keine Besitzstörungs- und/oder Unterlassungsklagen eingebracht worden seien oder sich manche nicht beschwert hätten, könne nicht auf eine Duldung im Sinn einer konkludenten Zustimmung geschlossen werden. Bei einer durch die Aufkleber verursachten Sachbeschädigung sei sogar der Tatbestand des § 125 StGB verwirklicht. Die Geschäftspraktik beeinflusse den Wettbewerb zum Nachteil gesetzestreuer Mitbewerber nicht nur unerheblich. Wenn man einen Schlüsseldienst benötige, rufe man wohl jenen an, dessen Telefonnummer man vor Augen habe, ohne weitere Vergleichsanbote einzuholen. Der Hinweis auf Branchenüblichkeit nütze den Beklagten nichts, weil ein Rechtsbruch auch dann sittenwidrig sei, wenn ein überwiegender Teil der Mitbewerber die Vorschrift gleichfalls missachte. Ein solcher Eingriff könne vom Kläger geltend gemacht werden, nicht bloß von den in ihren Rechten Beeinträchtigten. Auf eine vertretbare Rechtsansicht könnten sich die Beklagten nicht erfolgreich berufen. Wiederholungsgefahr sei im Hinblick auf das gesetzte unlautere Verhalten zu vermuten. Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitige die Wiederholungsgefahr nur dann, wenn ein solcher den ganzen Unterlassungsanspruch erfasse und an keine Bedingungen geknüpft sei und überdies nach den Umständen des Einzelfalls keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit des Anbots bestünden. Die von den Beklagten unter gleichzeitiger Berufung auf die Branchenüblichkeit angebotene Erklärung habe keine bedingungslose Unterlassungsverpflichtung enthalten, sondern die Einschränkung aufgewiesen, die Aufkleber nur nicht wider einer zugleich behaupteten Usance einzusetzen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten, mit dem sie die Abweisung des Sicherungsbegehrens anstreben, ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulässigkeitsausspruch des Rekursgerichts zulässig, aber nicht berechtigt.

Die Anwerbung von Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten gesetzlich gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen, gilt gemäß § 1a Abs 3 UWG iVm Z 26 Anh UWG jedenfalls als aggressive Geschäftspraktik und ist daher als unlautere Geschäftspraktik unter allen Umständen verboten (vgl Erwägungsgrund 17 RL-UGP).

Neben den in der Z 26 ausdrücklich genannten zum Fernabsatz geeigneten Medien (Telefon, Fax und E-Mail) sind auch Briefe, Prospekte, Kataloge und ähnliche Kommunikationsmittel, die zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Lieferer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können (Art 2 Z 4 der Fernabsatz-RL 97/7/EG vom 20. 5. 1997, ABI L 1997/144) grundsätzlich für den Fernabsatz geeignete Medien im Sinn der genannten Bestimmung (vgl 4 Ob 174/09f - Berater in Versicherungsangelegenheiten mwN). Die hier beanstandeten Aufkleber der Beklagten mit deren Telefonnummer werden von ihr zur Vertragsanbahnung mit Verbrauchern eingesetzt. Sie sind mit „Drucksachen ohne Anschrift“ unmittelbar vergleichbar, welche sich in gleicher Weise an einen unbestimmten, aber abgegrenzten Personenkreis (hier Hausbewohner) wenden. Das Berufungsgericht hat die beanstandeten Aufkleber mit der Mobiltelefonnummer der Beklagten somit zutreffend als geeignete Medien des Fernabsatzes nach Z 26 des Anhangs zum UWG beurteilt.

Z 26 des Anhangs zum UWG verlangt überdies ein hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen des Kunden. Hartnäckigkeit nach der hier auszulegenden Bestimmung verlangt eine zumindest wiederholte Anwerbung (4 Ob 174/09f mwN). Zudem hat der Ansprechende diese Handlungen bewusst zu setzen, weil dem Begriff der „Hartnäckigkeit“ ein subjektives Element immanent ist. Das Vorliegen der Hartnäckigkeit hat daher aus der Sicht des Ansprechenden beurteilt zu werden, und zwar dahingehend, ob die Unerwünschtheit der Handlungen beim Kunden dem Ansprechenden bekannt war oder bekannt sein musste und dieser die Handlungen dennoch fortsetzte (Burgstaller in Wiebe/G. Kodek, Komm zum UWG, Anhang § 1a Rz 52 mwN). Das hartnäckige Verhalten muss gegenüber dem Adressaten des verwendeten Fernabsatz-Mediums gesetzt worden sein, der als Kunde Schutzobjekt der auszulegenden Bestimmung ist (4 Ob 174/09f). Entgegen der vom Rekursgericht vertretenen Ansicht setzen die Beklagten ihr beanstandetes Verhalten aber nicht nur gegenüber den Eigentümern oder Verfügungsberechtigten der verwendeten Werbeflächen, die nicht notwendigerweise mit den angesprochenen Hausbewohnern ident sein müssen, sondern ganz allgemein gegenüber sämtlichen Hausbewohnern, aufgrund welchen konkreten Rechtsverhältnisses auch immer diese in jenen Häusern wohnen, in denen die Beklagten die beanstandeten Werbekleber anbringen. Die Beklagten legen die vom Gesetz geforderte Hartnäckigkeit daher auch gegenüber den angesprochenen Kunden (Hausbewohnern) an den Tag, denen gegenüber die Werbung auch als unerwünscht zu beurteilen ist, steht doch fest,

dass ganz allgemein Hausbewohner Beschwerden über die beanstandete Werbung sowohl an den Kläger als auch an die Landesinnung der Metalltechniker (vormals Innung der Schlosser) richteten. Eine Differenzierung zwischen Haus- und Wohnungseigentümern oder über Hausflächen Verfügungsberechtigte einerseits und Hausbewohnern andererseits ist daher nicht gerechtfertigt (abgesehen davon fallen beide Positionen teilweise zusammen, etwa bei eigenbenütztem Haus- oder Wohnungseigentum). Für das Vorliegen der geforderten Hartnäckigkeit spricht auch die Feststellung, dass die Beklagten die Aufkleber teils entgegen ausdrücklichen Verbots anbrachten und entfernte Aufkleber wieder durch neue ersetzten.

Der Tatbestand der Z 26 Anhang UWG wird daher auch durch das Anbringen von Werbeaufklebern mit der Mobiltelefonnummer des Werbenden in Hausfluren oder sonstigen Hauszugangsbereichen zwecks Anbahnung von Werk- oder Dienstverträgen mit Hausbewohnern (etwa Aufsperrdienst) erfüllt, wenn dies wiederholt entgegen dem Verbot des Hauseigentümers, des Verfügungsbefugten oder der Hausbewohner erfolgt. Dies ist nach dem bescheinigten Sachverhalt vorliegend erfüllt, weshalb die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen war, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf, ob die beanstandete Geschäftspraktik überdies gegen die Bestimmung des § 1a Abs 1 UWG (aggressive Geschäftspraktik) oder darüber hinaus gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG (unlautere Geschäftspraktik im Allgemeinen) verstößt.

Der auf Unterlassung unlauterer Geschäftspraktiken gerichtete Anspruch steht gemäß § 14 Abs 1 UWG ganz allgemein Mitbewerbern oder Interessensverbänden zu (vgl zu irreführenden Geschäftspraktiken mittels Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr mit Unternehmenskennzeichen nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG: 17 Ob 10/11m).

Nicht zu beanstanden ist die Verneinung rechtserheblicher Duldung im Sinn stillschweigender Zustimmung der verletzten Eigentümer/Besitzer, wenn Besitzstörungs- oder Unterlassungsklagen der beeinträchtigten Dritten unterblieben sind.

Dass sich wettbewerbswidriges Verhalten nicht damit rechtfertigen lässt, Mitbewerber handelten ebenso, entspricht der Rechtsprechung (4 Ob 145/01d mwN; 4 Ob 37/08g).

Ob nach den besonderen Umständen des Falls Wiederholungsgefahr anzunehmen ist, ist grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0031891, RS0042818). Bei Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr ist stets maßgebend, ob dem Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit gewichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz RS0012087). Dies mag in der Regel der Fall sein, wenn der Beklagte einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen des Falls keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Störungen künftig tatsächlich Abstand zu nehmen, mag er auch am Standpunkt festhalten, seinerzeit richtig gehandelt zu haben; nicht jedoch, wenn unter der Bedingung des gänzlichen oder teilweisen Verzichts auf Kostenersatz ein Unterlassungsvergleich angeboten wird (RIS-Justiz RS0079899). Diesen Grundsätzen der Rechtsprechung folgte das Rekursgericht. Es unterlag keinem Rechtsirrtum, wenn es die angebotene Unterlassungsverpflichtung, die auf dem Klagestandpunkt entgegenstehende Usancen Bezug nimmt, im Zusammenhang mit der Nichtunterfertigung der vom Kläger gewünschten Unterlassungsverpflichtung und der Verweigerung jeglichen Kostenersatzes im Zusammenhang mit dem jegliche Unlauterkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitenden Prozessstandpunkt der Beklagten die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt sah.

Dem insgesamt unberechtigten Rechtsmittel musste daher ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 40, 41 und 50 ZPO.

## **Schlagworte**

Aufkleber, Gewerblicher Rechtsschutz

## **Textnummer**

E98183

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

ECLI:AT:OGH0002:2011:0040OB00074.11B.0809.000

## **Im RIS seit**

13.09.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

04.06.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)