

# TE OGH 2005/11/8 4Ob159/05v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.11.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* Ltd., \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Franz Unterasinger, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei T\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Vornahme unvertretbarer Handlungen (Streitwert 20.000 EUR) und Feststellung (Streitwert 10.000 EUR), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 20. Mai 2005, GZ 5 R 24/05v-47, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Oktober 2004, GZ 16 Cg 96/02w-42, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil in seinem Ausspruch über das Feststellungsbegehren - einschließlich des mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsenen Teils - wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei ein Drittel ihrer Verfahrenskosten im ersten Rechtsgang sowie im Verfahren erster Instanz im zweiten Rechtsgang, das sind 4.857,34 EUR (darin 809,55 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 820 EUR bestimmten anteiligen Gerichtsgebühren dieses Verfahrensabschnittes binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.701,70 EUR (darin 272,78 EUR USt und 1.065 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens im zweiten Rechtsgang binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Rechtssache war bereits Gegenstand einer Entscheidung des erkennenden Senats; zu Vorbringen, Verfahrensgang und Sachverhalt wird auf den im ersten Rechtsgang gefassten Aufhebungsbeschluss 4 Ob 7/04i = MR 2004, 221 = wbl 2004, 390 = RdW 2004, 475 = ecolex 2004, 854 (Zankl 853) verwiesen.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist noch folgendes Feststellungsbegehren: „Zwischen der Klägerin und der Beklagten wird festgestellt, dass die Beklagte für alle Schäden haftet, die die Klägerin durch Verweigerung der Übermittlung der Namen und Adressen der Nutzer noch erleidet, welche aufgrund der Vereinbarung über das Netz der

Beklagten Mehrwertdienste zu nachstehenden Mehrwertnummern [es folgen 11 Nummern] zumindest im Zeitraum 18. 4. 2002 bis 22. 4. 2002 angeboten haben." Unstrittig ist, dass die im Begehrten genannten Mehrwertnummern solche der Klägerin sind.

Die Klägerin brachte zum Feststellungsinteresse vor, die ihr durch die Auskunftsverweigerung entstehenden Schäden seien erheblich, weil die Beklagte Wettbewerbsverletzungen akzeptiert habe, wodurch bei der Klägerin Geschäftseinbußen aufträten. Ihr seien durch umfangreiche Recherchen beauftragter Dritter zur Aufdeckung der Identität gesetzwidrig handelnder Dienstleister Kosten erwachsen, von denen fraglich sei, ob sie infolge der mittlerweile verstrichenen Zeit bei den aufgedeckten Dienstleistern - die möglicherweise nicht mehr bestünden - noch einbringlich seien. Nach Erfüllung des Auskunftsverlangens könne die Klägerin ihren Schaden gegenüber den Mitbewerbern geltend machen; nur für den Fall, dass diese Prozesse und die Exekutionsführung erfolglos wären, hafte die Beklagte wegen schuldhafter Verzögerung der Auskunft. Der Schaden könne derzeit nicht beziffert werden, weil noch nicht feststehe, ob die Beklagte überhaupt in Anspruch genommen werden müsse.

Die Beklagte bestritt das Feststellungsbegehrten. Erst durch die vom Obersten Gerichtshof im ersten Rechtsgang geäußerte Rechtsansicht sei sie veranlasst gewesen, die geltend gemachten Auskunftsansprüche zu prüfen. Die Beklagte treffe daher kein Verschulden, weil nach ihrer - bis dahin vertretbaren - Rechtsansicht weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung zur Übermittlung von Stammdaten an Dritte bestanden habe. Für den Zeitraum vor dem 1. 1. 2002 fehle es überhaupt an einer Rechtsgrundlage für eine allfällige Haftung der Beklagten; seit dem 20. 8. 2003 habe die Klägerin das Recht, die von ihr gewünschten Stammdaten über die Regulierungsbehörde zu erhalten.

Das Erstgericht gab dem Auskunftsersuchen statt; das Feststellungsbegehrten wies es ab. Die Klägerin habe als Schaden nur jene Unkosten genannt, die ihr durch Ausforschung der Mehrwertnummern-Nutzer erwachsen seien. Diese Kosten seien ihr aber bereits der Höhe nach bekannt; insoweit könne daher schon eine Leistungsklage erhoben werden. Darüber hinaus treffe die Beklagte kein Verschulden an ihrer Gesetzesauslegung; bis zur Zustellung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im ersten Rechtsgang sei ein allfälliger Schaden der Klägerin von ihr daher nicht verschuldet. Dass der Klägerin nach Zustellung der genannten Entscheidung weitere Schäden erwachsen könnten, habe sie nicht schlüssig ausgeführt.

Das Berufungsgericht gab dem Feststellungsbegehrten (bezogen auf 11 Mehrwertnummern; in Bezug auf eine Mehrwertnummer blieb die Abweisung des Feststellungsbegehrten unbekämpft) statt; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zulässig sei. Die Klägerin habe sich schon in der Klage auf zukünftige Schäden durch Geschäftseinbußen in nicht bezifferbarem Ausmaß, verursacht durch gesetzwidrig handelnde Mitbewerber, berufen; mangels Kenntnis deren Identität habe sie nicht gegen diese vorgehen können. Als Vertragspartnerin der Klägerin hätte die Beklagte fehlendes Verschulden zu beweisen gehabt; sie habe aber nicht einmal vorgebracht, die an sie herangetragenen Auskunftsersuchen einer näheren rechtlichen Überprüfung unterzogen zu haben. Letztlich habe sie dem Auskunftsbegehrten auch nach Kenntnis der Entscheidung 4 Ob 7/04i nicht entsprochen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig: Entgegen der in der Revisionsbeantwortung vertretenen Auffassung ist das Berufungsgericht bei der Bewertung eines nicht in einer Geldforderung bestehenden vermögensrechtlichen Streitgegenstands nicht an die Bewertung durch den Kläger (§ 56 Abs 2 JN) gebunden (RIS-Justiz RS0043252). Der Umstand, dass der Beklagte die Streitwertangabe des Klägers nicht (gemäß § 7 RATG) bemängelt und das Erstgericht keine Streitwertherabsetzung nach § 60 Abs 1 JN vorgenommen hat, ist für die Bewertung durch das Berufungsgericht ohne Belang (RIS-Justiz RS0042450[T1]). Das Rechtsmittel ist auch berechtigt. Die Revision ist zulässig: Entgegen der in der Revisionsbeantwortung vertretenen Auffassung ist das Berufungsgericht bei der Bewertung eines nicht in einer Geldforderung bestehenden vermögensrechtlichen Streitgegenstands nicht an die Bewertung durch den Kläger (Paragraph 56, Absatz 2, JN) gebunden (RIS-Justiz RS0043252). Der Umstand, dass der Beklagte die Streitwertangabe des Klägers nicht (gemäß Paragraph 7, RATG) bemängelt und das Erstgericht keine Streitwertherabsetzung nach Paragraph 60, Absatz eins, JN vorgenommen hat, ist für die Bewertung durch das Berufungsgericht ohne Belang (RIS-Justiz RS0042450[T1]). Das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

Die Klägerin begeht die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für künftig entstehende Schäden.

Schadenersatzpflichten können Gegenstand einer Klage nach § 228 ZPO sein, soweit es sich um eine bereits gegenwärtige und in allen rechtserzeugenden Tatsachen schon vollständig konkretisierte Verpflichtung handelt. Dazu gehört neben dem rechtswidrigen Verhalten auch das Verschulden (vgl Fasching in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> § 228 Rz 58). Nur wenn die Beklagte schuldhaft dem von der Klägerin an sie herangetragenen Verlangen auf Übermittlung von Namen und Adressen der Nutzer bestimmter Mehrwertnummern nicht entsprochen hat, ist das Feststellungsbegehr - abgesehen von den anderen Voraussetzungen - berechtigt. Die Klägerin begeht die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für künftig entstehende Schäden. Schadenersatzpflichten können Gegenstand einer Klage nach Paragraph 228, ZPO sein, soweit es sich um eine bereits gegenwärtige und in allen rechtserzeugenden Tatsachen schon vollständig konkretisierte Verpflichtung handelt. Dazu gehört neben dem rechtswidrigen Verhalten auch das Verschulden vergleiche Fasching in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> Paragraph 228, Rz 58). Nur wenn die Beklagte schuldhaft dem von der Klägerin an sie herangetragenen Verlangen auf Übermittlung von Namen und Adressen der Nutzer bestimmter Mehrwertnummern nicht entsprochen hat, ist das Feststellungsbegehr - abgesehen von den anderen Voraussetzungen - berechtigt.

Die Beklagte beruft sich insoweit auf Vertretbarkeit ihrer Rechtsmeinung. Bis zur Entscheidung<sup>4</sup> Ob 7/04i habe sie nicht mit der dort geäußerten Auffassung rechnen müssen; ab diesem Zeitpunkt könne sie sich auf die - zum ECG ergangene - Entscheidung 4 Ob 66/04s berufen, wonach eine Auskunftspflicht nur in solchen Fällen besteht, in denen die gegenüber dem die Auskunft begehrenden Verletzten begangene Rechtsverletzung auch einem juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist, also wenn die Rechtswidrigkeit für den Anbieter wie für jedermann leicht erkennbar ist. Diese Voraussetzung liege hier nicht vor; der Beklagte wäre es - falls überhaupt - erst nach langwierigem Rechtsstudium und Einholen von Rechtsgutachten möglich gewesen zu beurteilen, ob der behauptete Rechtsbruch vorliege oder nicht.

Richtig ist, dass die Lehre die im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsmeinung, das TKG sei in Bezug auf Auskunftsbegehren der vorliegenden Art lückenhaft und die Lücke sei durch analoge Anwendung des § 18 Abs 4 ECG zu schließen, als „überraschendes Ergebnis“ bezeichnet hat. Begründet wurde dies mit der Auffassung, dass das ECG auf reine Sprachtelefoniedienste nicht anwendbar sei, die Auskunftspflicht nur Host-Provider (und nicht die eher einem Access-Provider ähnliche Beklagte) treffe und § 24 Abs 3 TKG 2003 die Regulierungsbehörde verpflichte, ein Verzeichnis der Rufnummern für Mehrwertdienste zu führen, es zu veröffentlichen und über dessen Inhalt auf Verlangen Auskunft zu erteilen (Zankl, Auskunftspflicht für Mehrwertdienste? ecolex 2004, 853). Die Auffassung der Beklagten, das TKG verpflichte den Netzbetreiber nicht zur Auskunftserteilung, kann damit nicht als unvertretbar gewertet werden. Ist die Auffassung der Beklagten aber vertretbar, dann kann ihr die Verweigerung der Auskunft auch nicht als Verschulden angelastet werden. Richtig ist, dass die Lehre die im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsmeinung, das TKG sei in Bezug auf Auskunftsbegehren der vorliegenden Art lückenhaft und die Lücke sei durch analoge Anwendung des Paragraph 18, Absatz 4, ECG zu schließen, als „überraschendes Ergebnis“ bezeichnet hat. Begründet wurde dies mit der Auffassung, dass das ECG auf reine Sprachtelefoniedienste nicht anwendbar sei, die Auskunftspflicht nur Host-Provider (und nicht die eher einem Access-Provider ähnliche Beklagte) treffe und Paragraph 24, Absatz 3, TKG 2003 die Regulierungsbehörde verpflichte, ein Verzeichnis der Rufnummern für Mehrwertdienste zu führen, es zu veröffentlichen und über dessen Inhalt auf Verlangen Auskunft zu erteilen (Zankl, Auskunftspflicht für Mehrwertdienste? ecolex 2004, 853). Die Auffassung der Beklagten, das TKG verpflichte den Netzbetreiber nicht zur Auskunftserteilung, kann damit nicht als unvertretbar gewertet werden. Ist die Auffassung der Beklagten aber vertretbar, dann kann ihr die Verweigerung der Auskunft auch nicht als Verschulden angelastet werden.

Der Beklagte ist auch zuzustimmen, dass eine in Analogie zu § 18 Abs 4 ECG begründete Auskunftspflicht nur innerhalb der Grenzen bestehen kann, die die Rechtsprechung für diese Auskunftspflicht zieht. Nach der Entscheidung 4 Ob 66/04s (= MR 2004, 274 [Hasberger] ? Megase) ist ein Diensteanbieter nur dann zur Sperre einer Website verpflichtet, wenn er über einen Sachverhalt informiert wird, der auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen als Rechtsverletzung zu qualifizieren ist. Die Rechtswidrigkeit muss demnach für den Anbieter wie für jedermann leicht erkennbar sein. Der Beklagte ist auch zuzustimmen, dass eine in Analogie zu Paragraph 18, Absatz 4, ECG begründete Auskunftspflicht nur innerhalb der Grenzen bestehen kann, die die Rechtsprechung für diese Auskunftspflicht zieht. Nach der Entscheidung 4 Ob 66/04s (= MR 2004, 274 [Hasberger] ?

Megasex) ist ein Diensteanbieter nur dann zur Sperre einer Website verpflichtet, wenn er über einen Sachverhalt informiert wird, der auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen als Rechtsverletzung zu qualifizieren ist. Die Rechtswidrigkeit muss demnach für den Anbieter wie für jedermann leicht erkennbar sein.

Im Anlassfall bezieht sich das Feststellungsbegehren noch auf 11 Mehrwertnummern. Unstrittig ist, dass unter sämtlichen Nummern bei Anruf im relevanten Zeitraum trotz ausdrücklicher Frage der Name des jeweiligen Diensteanbieters nicht genannt worden ist. Die Klägerin sieht darin einen Verstoß der Diensteanbieter gegen die AGB und den Verhaltenskodex der Beklagten sowie ein wettbewerbswidriges Verhalten und hat ihr Auskunftsbegehren damit begründet.

Für die Frage, ob ein Mehrwertdienste-Anbieter gesetzlich verpflichtet ist, einem Anrufer Name oder Firma und die Anschrift zu nennen, fehlt eine eindeutige Regelung. Die Informationspflichten des § 5 ECG gelten nur für die diesem Gesetz unterliegenden Diensteanbieter. Nach der Entscheidung 4 Ob 219/03i (= MR 2004, 46 ? Pornotreff.at) liegt ein in der Regel entgeltlich auf individuellen Abruf des Empfängers bereit gestellter Dienst im Sinne des § 1 Z 3 ECG vor, wenn die Datenübertragung im Weg einer bidirektionalen Punkt-zu-Punkt-Verbindung erfolgt, wodurch der Nutzer die Inanspruchnahme des Dienstes interaktiv nach seinen individuellen Bedürfnissen steuern kann. Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage, ob auch Telefondienstleistungen, die keine reine Sprachtelefonie sind, sondern über Mehrwertnummern im Weg des Internet mittels „Dialer-Programmen“ in Anspruch genommen werden können, unter das ECG fallen. Von einer „offenkundigen Rechtswidrigkeit“ im Sinne der Entscheidung 4 Ob 66/04s kann daher keine Rede sein, wenn ? wie im vorliegenden Fall ? eine Telefondienstleistung in Anspruch genommen und dem Anrufer einer Mehrwertnummer die Identität des Diensteanbieters nicht offen gelegt wird. Für die Frage, ob ein Mehrwertdienst-Anbieter gesetzlich verpflichtet ist, einem Anrufer Name oder Firma und die Anschrift zu nennen, fehlt eine eindeutige Regelung. Die Informationspflichten des Paragraph 5, ECG gelten nur für die diesem Gesetz unterliegenden Diensteanbieter. Nach der Entscheidung 4 Ob 219/03i (= MR 2004, 46 ? Pornotreff.at) liegt ein in der Regel entgeltlich auf individuellen Abruf des Empfängers bereit gestellter Dienst im Sinne des Paragraph eins, Ziffer 3, ECG vor, wenn die Datenübertragung im Weg einer bidirektionalen Punkt-zu-Punkt-Verbindung erfolgt, wodurch der Nutzer die Inanspruchnahme des Dienstes interaktiv nach seinen individuellen Bedürfnissen steuern kann. Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage, ob auch Telefondienstleistungen, die keine reine Sprachtelefonie sind, sondern über Mehrwertnummern im Weg des Internet mittels „Dialer-Programmen“ in Anspruch genommen werden können, unter das ECG fallen. Von einer „offenkundigen Rechtswidrigkeit“ im Sinne der Entscheidung 4 Ob 66/04s kann daher keine Rede sein, wenn ? wie im vorliegenden Fall ? eine Telefondienstleistung in Anspruch genommen und dem Anrufer einer Mehrwertnummer die Identität des Diensteanbieters nicht offen gelegt wird.

Damit ist auch die Auffassung der Beklagten vertretbar, selbst angesichts der mit der Entscheidung 4 Ob 7/04i bejahten Auskunftspflicht dem (nunmehr präzisierten) Auskunftsverlangen der Klägerin nicht entsprechen zu müssen. Die Beklagte hat daher mit der Verweigerung der Auskunft nicht vorwerfbar gehandelt. Das damit fehlende Verschulden schließt Schadenersatzansprüche aus, womit dem Feststellungsbegehren die Grundlage entzogen ist.

Der Revision ist Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 1 ZPO, im Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO. Als Maßstab dafür, inwieweit die eine Partei als obsiegend, die andere als unterliegend anzusehen ist, ist primär auf den Gesamtstreitgegenstand abzustellen (M. Bydlinski in Fasching, ZPO<sup>2</sup> § 43 Rz 2). Die Klägerin hat das Auskunftsbegehren mit 20.000 EUR, das Feststellungsbegehren mit 10.000 EUR bewertet. Beim Auskunftsbegehren waren erfolgreiches und abgewiesenes Begehren nach freiem Ermessen gleichteilig zu bestimmen. Damit ergibt sich für das Verfahren im ersten Rechtsgang und das Verfahren erster Instanz im zweiten Rechtsgang eine Obsiegensquote von einem Drittel sowie anteiliger Zuspruch der von der Klägerin entrichteten Gerichtsgebühren gem § 43 Abs 1 dritter Satz ZPO, weil die Klägerin insoweit mit der Hälfte des Auskunftsbegehrens obsiegt hat, während sie mit dem Feststellungsbegehren zur Gänze unterlegen ist. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens im zweiten Rechtsgang war nur mehr das Feststellungsbegehren; insoweit hat die Beklagte zur Gänze obsiegt. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 43, Absatz eins, ZPO, im Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO. Als Maßstab dafür, inwieweit die eine Partei als obsiegend, die andere als unterliegend anzusehen ist, ist primär auf den Gesamtstreitgegenstand abzustellen (M. Bydlinski in Fasching, ZPO<sup>2</sup> Paragraph 43, Rz 2). Die Klägerin hat das Auskunftsbegehren mit 20.000 EUR, das Feststellungsbegehren mit 10.000 EUR bewertet. Beim Auskunftsbegehren waren erfolgreiches und abgewiesenes Begehren nach freiem Ermessen gleichteilig zu bestimmen. Damit ergibt sich

für das Verfahren im ersten Rechtsgang und das Verfahren erster Instanz im zweiten Rechtsgang eine Obsiegensquote von einem Drittel sowie anteiliger Zuspruch der von der Klägerin entrichteten Gerichtsgebühren gem Paragraph 43, Absatz eins, dritter Satz ZPO, weil die Klägerin insoweit mit der Hälfte des Auskunftsbegehrens obsiegt hat, während sie mit dem Feststellungsbegehrungen zur Gänze unterlegen ist. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens im zweiten Rechtsgang war nur mehr das Feststellungsbegehrungen; insoweit hat die Beklagte zur Gänze obsiegt.

**Textnummer**

E79143

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0040OB00159.05V.1108.000

**Im RIS seit**

08.12.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2011

**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)