jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE OGH 2000/12/19 5Ob172/00f

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.12.2000

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann, Dr. Hradil und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I*****, vertreten durch Dr. Gerhard Lebitsch, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei F***** BetriebsgesmbH, ***** vertreten durch Mag. DDr. Ingeborg Schäfer-Guhswald, Rechtsanwältin in Wien, wegen S 168.000,-- s. A., infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 28. April 2000, GZ 1 R 255/99y-11, mit dem das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 23. September 1999, GZ 22 Cg 241/98d-7, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden wie folgt abgeändert:

Das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen S 168.000,-- samt 12 % Zinsen seit 3. 5. 1998 zu zahlen, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 69.103,-- (darin enthalten S 23.930,-- Barauslagen und S 7.529,50 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen zu ersetzen.

**Text**

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin betreibt ein Verlagsunternehmen. Sie stellt Sonderbeilagen für verschiedene Zeitschriften her, die diesen jeweils beigeheftet werden. Darin werden verschiedene Schwerpunktthemen mittels Inseraten beworben und redaktionell bearbeitet. Im gegenständlichen Fall vermittelte sie der Beklagten, die eine Privatklinik in Wien betreibt, gegen Entgelt zwei idente Einschaltungen über die Privatklinik D***** in den Zeitschriften "Bunte" und "Hörzu", jeweils Heft 15/1998. Sie hatte dazu einen schriftlichen Auftrag der Beklagten vom 9. 3. 1998 zur Veröffentlichung eines medizinischen Artikels auf je 3/8 Seiten zu einem Gesamtpreis von S 140.000,-- zuzüglich 20 % USt (S 28.000,--). Der Artikel erschien in einer den genannten Zeitschriften eingehefteten Beilage mit dem Titel "TOP INSIDE Exclusiv by I*****", von der jedes Blatt links bzw rechts oben den Hinweis "Anzeige" enthielt.

Die Klägerin verlangt jetzt ihr Honorar samt Zinsen und Kosten; die Beklagte verweigert die Zahlung mit der Behauptung, sie habe ausdrücklich zur Bedingung gemacht, dass der zu veröffentlichende Artikel nicht als bezahlte Werbung bzw Anzeige oder Inserateneinschaltung gekennzeichnet werde. Die Klägerin habe ihr eine Publikation in

Form eines redaktionellen Artikels ohne Hinweis darauf, dass es sich um eine Werbung bzw Anzeigenschaltung handelt, zugesagt. Die Klägerin hielt dem entgegen, die Beklagte sei anlässlich der Auftragserteilung darüber informiert worden, dass der redaktionelle Beitrag in einem den Zeitschriften beigefügter Werbebeihefter erscheine.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Auf seine Feststellungen wird, soweit sie für die Entscheidung von Bedeutung sind, noch zurückzukommen sein. Rechtlich meinte es, der Geschäftsführer der Beklagten habe aus Vorgesprächen gewusst, wie die gegenständliche Zeitschriftenbeilage aussehen sollte. Die Klägerin habe ihren Auftrag erfüllt, weshalb ihr der eingeklagte Betrag in voller Höhe zustehe.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es stützte sich dabei vor allem auf folgende Einzelheiten der insgesamt als unbedenklich übernommenen Feststellungen des Erstgerichtes:

Bei nochmaligem Kontakt zeigte Klaus H***** (ein Mitarbeiter der Klägerin) dem Geschäftsführer der Beklagten die Beihefter, wie (also) von ihr vermittelte Inserate und Einschaltungen aussehen. Er zeigte ihm dabei vier oder fünf Exemplare, wobei er auch die ganze Zeitschrift, in die der Beihefter integriert ist (so die Bunte und andere Zeitschriften) darstellte. H***** wies auch auf die in den Beiheftern inserierenden Kliniken hin.

Bei dem Beihefter handelt es sich um einen mehrseitigen Prospekt, der als Beilage der jeweiligen Zeitschrift beigelegt und sodann mitgeheftet wird. Er ist vom redaktionellen Teil der Zeitschrift "Bunte" (von der ein Exemplar beim Akt liegt) optisch insofern getrennt, als anstatt der Seitennummerierung die Bezeichnung "TOPINSIDE" steht. Auf der ersten Seite des Prospekts wird auf die Firma hingewiesen, die die Beilage herstellt; auf der letzten Seite ist sogar deren Impressum abgedruckt.

Die Klägerin hatte, wollte sie den Auftrag zur Werbeeinschaltung annehmen, nur die Möglichkeit, ein eigenes Prospekt zu gestalten und als Beilage in die den Zeitschriften "Bunte" und "Hörzu" unterzubringen. Dazu gehört auch die Bezeichnung "Anzeigen".

Rechtlich würdigte das Berufungsgericht diesen Sachverhalt so, dass die erstgerichtliche Beurteilung nicht zu beanstanden sei, wonach der Geschäftsführer der Beklagten, der die Inserate bzw Anzeigen aus dem Hause der Klägerin kannte, bei der Erteilung des Druckauftrages dieser Art der Einschaltung zugestimmt habe. Es sei bei dieser Sachlage ohne Belang, wenn der Beklagte ständig darauf hinwies, dass kein Hinweis auf eine bezahlte Anzeige erfolgen sollte. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten begehrte Feststellung, dass auf dem ihr vorgelegten und letztendlich auch genehmigten Druckentwurf kein Hinweis auf das Vorliegen einer entgeltlichen Einschaltung bzw der Vermerk "Anzeigen" ersichtlich gewesen sei, sodass keineswegs von einer Übereinstimmung zwischen dem vorgelegten Druckentwurf und der in den beiden Zeischriften erfolgten Publikation ausgegangen werden könne, sei nicht entscheidungswesentlich. Das Erstgericht habe sich aber auch damit nicht beschäftigen müssen, ob die Beklagte in einem Irrtum befangen war, der dem Zeugen H***** hatte auffallen müssen, weil dazu die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren kein Tatsachenvorbringen erstattet habe.

Diese Entscheidung enthielt zunächst den Ausspruch, dass die Revision nicht zulässig sei; in einem nach Einlangen der ao Revision der Beklagten gefassten Beschluss hat jedoch das Berufungsgericht die Anrufung des Obersten Gerichtshofes doch für zulässig erklärt. Der Frage eines möglichen Dissenses komme nämlich erhebliche Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zu.Diese Entscheidung enthielt zunächst den Ausspruch, dass die Revision nicht zulässig sei; in einem nach Einlangen der ao Revision der Beklagten gefassten Beschluss hat jedoch das Berufungsgericht die Anrufung des Obersten Gerichtshofes doch für zulässig erklärt. Der Frage eines möglichen Dissenses komme nämlich erhebliche Bedeutung iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zu.

In ihrer Revision, die primär auf eine sofortige Abweisung des Klagebegehrens abzielt, hilfsweise aber auch einen Aufhebungsantrag enthält, macht die Beklagte vor allem geltend, dass die Klägerin die ihr ausdrücklich zur Bedingung gemachte Vertragspflicht verletzt habe, die gegenständliche Einschaltung von jedem Hinweis auf eine bezahlte Werbung freizuhalten. Sie habe daher den ihr erteilten Auftrag nicht erfüllt; über die getätigte Einschaltung sei nie ein Konsens erzielt worden. Es verletze die Rechtssicherheit, einer für die Ausführung der Einschaltung ausdrücklich gestellten Bedingung wegen des Vorzeigens einiger unklarer Musterexemplare die Rechtswirksamkeit zu nehmen.

Der Klägerin wurde die Beantwortung der Revision freigestellt. Sie hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und in ihrer Revisionsbeantwortung die Zurückweisung der Revision mangels entscheidungsrelevanter erheblicher Rechtsfragen, hilfsweise die Bestätigung des Berufungsurteils beantragt.

**Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus folgenden Gründen zulässig und auch berechtigt:

Um die Argumente der Revisionswerberin richtig würdigen zu können, sind zunächst die von ihr relevierten Feststellungen des Erstgerichtes nachzutragen. Demnach hat der Geschäftsführer der Beklagten, als ihm Klaus H***** den von der Klägerin erstellten Text für die Einschaltung zeigte, noch einmal darauf aufmerksam gemacht, dass die Einschaltung in den beiden Zeitschriften ohne Hinweis auf eine Werbeeinschaltung erfolgen sollte. Vor Ort bei der Beklagten wurde dann der Auftrag unterzeichnet. Zuvor hatte der Geschäftsführer der Beklagten das Auftragsformular noch durchgelesen, selbst Streichungen vorgenommen (so Punkt § 3 Z 1 der Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Formulars mit dem Wortlaut "Textanzeigen, die aufgrund ihrer Gestaltung nicht sofort und eindeutig als Anzeigen erkennbar sind, werden als solche besonders kenntlich gemacht") und es wie folgt ergänzt: "Kein Hinweis auf bezahlte Werbung oder ähnlich". Dies ist vor Unterfertigung auch besprochen worden. Während all dieser Gespräche hatte der Geschäftsführer der Beklagten betont, dass die Anzeige nicht als Werbeeinschaltung gekennzeichnet werden darf.Um die Argumente der Revisionswerberin richtig würdigen zu können, sind zunächst die von ihr relevierten Feststellungen des Erstgerichtes nachzutragen. Demnach hat der Geschäftsführer der Beklagten, als ihm Klaus H***** den von der Klägerin erstellten Text für die Einschaltung zeigte, noch einmal darauf aufmerksam gemacht, dass die Einschaltung in den beiden Zeitschriften ohne Hinweis auf eine Werbeeinschaltung erfolgen sollte. Vor Ort bei der Beklagten wurde dann der Auftrag unterzeichnet. Zuvor hatte der Geschäftsführer der Beklagten das Auftragsformular noch durchgelesen, selbst Streichungen vorgenommen (so Punkt Paragraph 3, Ziffer eins, der Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Formulars mit dem Wortlaut "Textanzeigen, die aufgrund ihrer Gestaltung nicht sofort und eindeutig als Anzeigen erkennbar sind, werden als solche besonders kenntlich gemacht") und es wie folgt ergänzt: "Kein Hinweis auf bezahlte Werbung oder ähnlich". Dies ist vor Unterfertigung auch besprochen worden. Während all dieser Gespräche hatte der Geschäftsführer der Beklagten betont, dass die Anzeige nicht als Werbeeinschaltung gekennzeichnet werden darf.

Auf Grund dieses Sachverhalts ist der Revisionswerberin beizupflichten, dass die Rechtsansicht der Vorinstanzen, die Klägerin habe den ihr erteilten Auftrag erfüllt, nicht zu halten ist. Von der Beklagten ausdrücklich bedungen und von der Klägerin auch akzeptiert war nämlich, dass jeder Hinweis auf eine Werbeeinschaltung unterbleibt. Abredewidrig wurde dann doch ein solcher Hinweis gemacht. Wenn die Klägerin meint, das auf der den strittigen Beitrag enthaltenden Seite links oben abgedruckte Wort "Anzeige" beziehe sich optisch und inhaltlich nur auf die in der linken Seitenspalte abgedruckten Inserate anderer Auftraggeber, vernachlässigt sie den Umstand, dass alle Seiten des Beihefters als "Anzeige" gekennzeichnet sind, sodass sich dem Leser der Eindruck aufdrängt, auch beim Artikel über die Beklagte handle es sich um eine Werbeeinschaltung. Der sogar schriftlich festgelegten Bedingung "Kein Hinweis auf bezahlte Werbung oder ähnlich" wurde also nicht entsprochen.

Gemäß § 1167 ABGB kann der Besteller vom Vertrag abgehen, wenn das Werk wesentliche Mängel aufweist, die der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen. Dazu genügt es, dem Unternehmer den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist anzuzeigen und dann den Gewährleistungsanspruch durch Einrede gegen dessen Werklohnanspruch geltend zu machen (§ 933 Abs 2 ABGB). Im konkreten Fall hat die Beklagte, was die Klägerin gar nicht bestreitet, sofort nach Erscheinen der gegenständlichen Publikation gerügt, dass sie der getroffenen Vereinbarung widerspricht. Es kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass die von der Beklagten bedungene Eigenschaft der in Auftrag gegebenen Publikation, sie solle den Eindruck eines redaktionellen Beitrags erwecken, für den Vertragsabschluss ursächlich war, weil sie die Klägerin mehrmals und nachdrücklich darauf hingewiesen hat, sie bestehe auf das Unterbleiben jeglichen Hinweises auf eine Werbeeinschaltung (vgl SZ 69/218). Die von der Beklagten gegen den eingeklagten Werklohnanspruch erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages war daher beachtlich und hatte zur Abweisung des Klagebegehrens zu führen.Gemäß Paragraph 1167, ABGB kann der Besteller vom Vertrag abgehen, wenn das Werk wesentliche Mängel aufweist, die der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen. Dazu genügt es, dem Unternehmer den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist anzuzeigen und dann den Gewährleistungsanspruch durch Einrede gegen dessen Werklohnanspruch geltend zu machen (Paragraph 933, Absatz 2, ABGB). Im konkreten Fall hat die Beklagte, was die Klägerin gar nicht bestreitet, sofort nach Erscheinen der gegenständlichen Publikation gerügt, dass sie der getroffenen Vereinbarung widerspricht. Es kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass die von der Beklagten bedungene Eigenschaft der in Auftrag gegebenen Publikation, sie solle den Eindruck eines redaktionellen Beitrags erwecken, für den Vertragsabschluss ursächlich war, weil sie die Klägerin

mehrmals und nachdrücklich darauf hingewiesen hat, sie bestehe auf das Unterbleiben jeglichen Hinweises auf eine Werbeeinschaltung vergleiche SZ 69/218). Die von der Beklagten gegen den eingeklagten Werklohnanspruch erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages war daher beachtlich und hatte zur Abweisung des Klagebegehrens zu führen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.Die Kostenentscheidung stützt sich auf Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

**Anmerkung**

E60562 05AA1720

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0050OB00172.00F.1219.000

**Dokumentnummer**

JJT_20001219_OGH0002_0050OB00172_00F0000_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