jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1990/1/30 4Ob1/90

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.01.1990

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht 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 Rudolf W*** Gesellschaft mbH, Linz-Urfahr, Urnenhainweg 4, vertreten durch Dr. Ernst Ploil, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien

1. P*** Gesellschaft mbH & Co KG, 2. P*** Gesellschaft mbH, beide Gmunden, Plentznerstraße 16, beide vertreten durch Dr. Wilfried Mayer, Rechtsanwalt in Gmunden, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 400.000), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 4. September 1989, GZ 1 R 75/89-19, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 9.Dezember 1988, GZ 3 Cg 422/87-11, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden im Umfang des bestätigenden Teils der Entscheidung des Berufungsgerichtes aufgehoben; die Rechtssache wird insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Urteilsfällung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin übt in Linz, die Erstbeklagte in Gmunden das Steinmetzgewerbe aus; die Zweitbeklagte ist persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten.

Die Erstbeklagte hatte von der Klägerin in einem Vorprozeß (7 Cg 40/87 des Landesgerichtes Linz) begehrt, das Aufsuchen von Privatpersonen ohne deren ausdrückliche Aufforderung zum Zweck des Sammelns von Bestellungen auf Grabsteine, Grabdenkmäler und sonstigen Grabschmuck innerhalb und außerhalb der Gemeinde des Standortes ihres Gewerbes persönlich oder durch Arbeitnehmer zu unterlassen. Sie hatte damals behauptet, daß die Außendienstmitarbeiterin der Klägerin Luise S***ßM*** im Auftrag der Klägerin wiederholt Privatpersonen in deren Wohnung aufgesucht und ihnen die Errichtung eines Grabdenkmals angeboten habe; sie habe dadurch gegen § 57 Abs 1 GewO und § 1 UWG verstoßen. Die Klägerin hatte sich in diesem Vorprozeß mit Vergleich vom 17.Juni 1987 verpflichtet, ein solches Aufsuchen von Privatpersonen zu unterlassen.

Der Geschäftsführer der Zweitbeklagten, Ferdinand P***, ist Erfinder der patentierten zementlosen Montage von Grabeinfassungen und Grabsockeln; dabei werden Grabeinfassungsteile unter Verwendung eines Aluminiumwinkels

miteinander verschraubt. Diese Verschraubungen verkauft die Erstbeklagte an andere Steinmetzbetriebe. Die Klägerin zählt nicht zu ihren Kunden; sie montiert vielmehr die Grabeinfassungen nach der herkömmlichen Methode mit Dübeleisen und Zement. In diesem Fall müssen die Einfassungsteile bei einer Abtragung der Grabanlage mit einem Meißel voneinander gelöst werden; bei Frost und harter Erde ist dabei besondere Sorgfalt erforderlich, weil sonst Beschädigungen mit dem Meißel nicht auszuschließen sind.

Der Geschäftsführer der Klägerin hegte auf Grund einer Mitteilung Luise S***ßM*** den Verdacht, daß Ferdinand P*** herabsetzende Äußerungen über die Klägerin verbreite. Er sandte daher zweimal - am 3. August 1987 und am 6.Oktober 1987 - Testpersonen in das Geschäft der Erstbeklagten, welche unter dem Vorwand, sich für die Bestellung eines Grabsteins zu interessieren, die angeblichen Äußerungen des Geschäftsführers der Zweitbeklagten "überprüfen" sollten. Die Testpersonen - am 3. August 1987 Adelheid L*** und Andrea S***ßM***, am 6.Oktober 1987 Erika W***, die Frau des Geschäftsführers der Klägerin, und Gerlinde H*** - wiesen dem Geschäftsführer der Zweitbeklagten im Laufe des Gespräches (fingierte) Kostenvoranschläge der Klägerin vor, um dadurch das Gespräch auf dieses Konkurrenzunternehmen zu bringen; sie zeichneten den Verlauf des Gespräches mit Ferdinand P*** und seiner Frau ohne Einverständnis ihrer Gesprächspartner heimlich mit einem Tonbandgerät auf.

Die Klägerin begehrt, die Beklagten schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, die Klägerin gegenüber Kunden durch Behauptungen herabzusetzen, wie daß

a) die Klägerin eine für die Erstbeklagte patentierte Art der Verschraubung nicht verwende, weil sie S 1.000 am falschen Platz einzusparen trachte;

b) durch die von der Klägerin angewendete Methode unweigerlich Schäden an den einzelnen Bestandteilen der von ihr errichteten Grabanlagen bei deren Abtragung aufträten;

c) die Klägerin bloß deshalb keine für die Erstbeklagte patentierten Winkel verwende, da beim Abtragen an den von ihr errichteten Grabdenkmälern an deren Teilen Schäden auftreten und die Klägerin sodann neue Teile verkaufen könne;

d) die Klägerin lückenhafte Offerte und irreführende Anbote unterbreite;

e) die Klägerin die ihr durch die Beschäftigung von Vertretern entstehenden Aufwendungen durch mindere Qualität oder durch "Abzwicken von der Größe am Material" hereinbzubringen trachte;

f) die Klägerin an ihre Kunden andere als zunächst besichtigte und bestellte Ausführungen ausliefere;

g) die Klägerin Lockangebote verbreite,

herabzusetzen.

Ferner stellte die Klägerin ein Veröffentlichungsbegehren. Die Beklagten beantragen die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin habe auf sie Lockspitzel angesetzt, die gezielte Fragen gestellt hätten; die Verwendung solcher Lockspitzel, die zu einer wettbewerbswidrigen Handlung anstiften sollten, sei aber sittenwidrig. Die Antworten des Geschäftsführers der Zweitbeklagten hätten sich nur auf diesen Anlaßfall bezogen; sie entsprächen der Wahrheit.

Das Erstgericht gründete seine Feststellungen über die Äußerungen des Geschäftsführers der Zweitbeklagten im wesentlichen auf den Inhalt der Übertragung der von den Testpersonen aufgenommenen Tonbänder, deren Echtheit anerkannt wurde; es gab auf Grund der dadurch festgestellten Äußerungen Ferdinand P*** dem Klagebegehren mit Ausnahme des Veröffentlichungsbegehrens statt. Für das Revisionsverfahren sind noch folgende Feststellungen des Erstgerichtes von Bedeutung:

Unter Bezugnahme auf ein Werbeflugblatt der Klägerin und die darin enthaltenen Angebote sagte Ferdinand P*** am 3.August 1987 zu den Testpersonen u.a.: "Bei so Werbeaussendungen, wie sie gemacht werden, da wird immer das Billigste angenommen ... Das ist genau so wie bei den Super- oder Möbelmärkten, der Quadratmeter kostet nach Prospekt soundsoviel, wenn du dann hinkommst, dann schaust oft dumm, weil dann ist es etwas anderes, nur daß sie die Leute anlocken ..."

Am 6.Oktober 1987 legten Erika W*** und Gerlinde H*** dem

Geschäftsführer der Zweitbeklagten eine schriftliche

Zusammenstellung der Klägerin über die Kosten eines "einfachen

Grabes" vor, welche die Aufschrift "Für Einfachgrab in Vorchdorf"

sowie den Endpreis und die Beschreibung "poliert" enthielt. Die Größe des Grabsteins war in diesem Voranschlag nicht angeführt und nur aus der Bezugnahme auf eine Katalognummer der Klägerin zu ermitteln. Dazu meinte Ferdinand P***: "Solche Kostenvoranschläge schreibe ich gar nicht, weil das nie eine verbindliche Sache ist ... es steht alles zu wenig beschrieben ... er schreibt zB, aus A-Syenit poliert, er schreibt nicht 1/4, er schreibt nicht 3/4, das hält er sich alles offen ... Das steht hier nicht drauf .... d.h., sie können überhaupt nichts machen." Erika W*** entgegnete darauf: "Wenn ich mir jetzt das Grab anschaue, das ist überall schön poliert, und ich sage ja, okay, das möchte ich bestellen, und ...", worauf Ferdinand P*** sagte: "Und dann liefert er Ihnen einen 1/4 polierten, und da steht nur poliert darauf, das ist zu wenig ... Ob 1/4 oder 3/4 poliert, hätte er schon hinschreiben müssen, folgedessen hält er sich auf dem Schmierzettel das schon offen, damit, wenn Sie kommen, daß er einfach auch poliert schreibt, weil poliert ist er ja vorne ..."

Nachdem die Testpersonen Ferdinand P*** eine schriftliche Unterlage der Klägerin über eine Grabanlage um den Preis von S 16.900 gezeigt hatten, meinte er dazu:

"... Ich kann Ihnen auch so ein Angebot machen, das um S 16.900,--, aber das muß ich Ihnen eben zeigen, wie das ausschaut ... Er (W***) schreibt ja nichts von der Größe des Steines ..., ich kann den Stein so niedrig machen, und ich kann den Stein in einer ordentlichen Größe machen. Das sind ja tausende Schilling, die da untergehen, das ist ein lückenhaftes Angebot eigentlich, ja er schreibt ab, das ist ja nur Leutefängerei, ist das, ja ich meine, Sie wissen, jede so Werbeaussendungen ist (?) ..., die wollen mit dem ja nur erreichen, daß die Kundschaft einmal kommt, daß diese das dann nicht nimmt und kauft, mit dem rechnen sie im vorhinein, weil die Kundschaft meistens sagt, nein, den möchte ich schon seitlich auch poliert haben ...."

Als Ferdinand P*** von Erika W*** auf Vertreter angesprochen wurde, sagte er unter anderem: "... Die Vertreter müssen doch alle leben, die Hausiererei kostet doch Geld, das kostet 20 % vom Umsatz ... Das sind Unkosten und auch Steuerbeträge, und die müssen irgendwo im Preis drinnen sein, entweder in der minderen Ausführung, daß er überall was herunterdrückt, was herunterzwickt, in der Größe, im Schleifen, Polieren, Maschinenschrift hineingehackt statt Handschrift, und so .... Ja, das ist nicht anders möglich, die Kosten müssen irgendwo drinnen sein, ... wenn ein Vertreter heute schleudert mit dem Preis, dann muß er irgendwo anders einsparen, und dann wird gespart, dann wird das gar nicht mehr angeboten, ein teureres Set oder was, weil er preislich dann nicht durchkommt, der bietet im vorhinein schon was Billiges an."

Der Geschäftsführer der Zweitbeklagten war bei den Gesprächen am 3. August und 6.Oktober 1987 der Meinung, er habe gewöhnliche Kunden vor sich. Es kann nicht festgestellt werden, ob er selbst oder Angestellte der Beklagten gleichartige Äußerungen auch gegenüber anderen Kunden gemacht haben.

Das Erstgericht war der Ansicht, daß der Geschäftsführer der Zweitbeklagten mit den beanstandeten Äußerungen in unsachlicher und herabsetzender Weise auf die Klägerin Bezug genommen und damit gegen § 1 UWG verstoßen habe. Das Veröffentlichungsbegehren sei abzuweisen, weil die Äußerungen nur gegenüber Testpersonen gefallen seien, so daß es einer Aufklärung der Öffentlichkeit nicht bedürfe. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten zum Teil Folge. Es erkannte die Beklagten schuldig, es zu unterlassen, die Klägerin gegenüber Kunden durch Behauptungen wie,

a) die Klägerin trachte die ihr durch die Beschäftigung von Vertretern entstehenden Aufwendungen durch mindere Qualität oder durch "Abzwicken" von der Größe an Material hereinzubringen;

b) die Klägerin liefere an ihre Kunden andere als zunächst besichtigte und bestellte Ausführungen aus;

c) die Klägerin verbreite irreführende Lockangebote, herabzusetzen, und wies das Mehrbegehren - insoweit rechtskräftig - ab. Ferner gab es der Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens (hinsichtlich des stattgebenden Teils der Entscheidung) Folge, hob das Ersturteil insoweit auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Urteilsfällung an die erste Instanz zurück. Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, im abändernden Teil 15.000 S, im bestätigenden Teil S 60.000, weder für sich allein noch insgesamt jedoch S 300.000 übersteige und die Revision nach § 502 Abs 4 Z 1 ZPO zulässig sei.

In seiner rechtlichen Beurteilung ging das Berufungsgericht auf das Verhältnis zwischen § 7 UWG und § 1 UWG ein. Die Äußerungen Ferdinand P*** und seiner Frau seien im einzelnen dahin zu prüfen, ob sie die Waren oder Leistungen der Klägerin herabgesetzt oder in unzulässiger Weise mit ihren eigenen Waren und Leistungen verglichen hätten. Dabei seien die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen: Die Testkäufer hätten geradezu darauf hingewirkt, daß Ferdinand P*** zu den Angeboten der Klägerin für Grabarbeiten und die damit zusammenhängenden Leistungen Stellung nahm. Wenn der Geschäftsführer der Zweitbeklagten dabei - der Wahrheit entsprechende - Kritik an der Art und am Inhalt der Angebote der Klägerin geübt habe, sei darin allein noch kein Verstoß gegen die guten Sitten iS des § 1 UWG zu erblicken. Wahrheitswidrige Tatsachenbehauptungen seien jedoch die Äußerungen Ferdinand P***, die Klägerin trachte die ihr durch die Beschäftigung von Vertretern entstehenden Aufwendungen durch mindere Qualität oder durch "Abzwicken" von der Größe an Material hereinzubringen. Den Äußerungen Ferdinand P*** sei auch sinngemäß der Vorwurf zu entnehmen, die Klägerin liefere an ihre Kunden andere als zunächst besichtigte und bestellte Ausführungen aus und verbreite irreführende Lockangebote. Durch diese Behauptungen sei die Klägerin herabgesetzt worden, so daß der Tatbestand des § 7 UWG erfüllt sei. Den Beweis für die Richtigkeit dieser Äußerungen hätten die Beklagten nicht einmal angetreten. Daß die Äußerungen nur gegenüber Testpersonen gefallen seien, ändere nichts an der Berechtigung des Unterlassungsbegehrens, weil sich diese wie "gewöhnliche" Kunden und keineswegs sittenwidrig verhalten hätten; auch bei redlich vorgehenden Kunden komme es vor, daß sie auf billigere Angebote von Konkurrenten Bezug nehmen. Die Wiederholungsgefahr sei gleichfalls zu bejahen.

Die Berechtigung des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung hänge davon ab, ob an der Aufklärung des Publikums in dem von der Klägerin begehrten Ausmaß ein schutzwürdiges Interesse besteht. Das Erstgericht habe dies mit der Begründung verneint, daß die Äußerungen nur gegenüber Testpersonen gemacht worden seien. Die Klägerin habe jedoch Luise S***ßM*** ausdrücklich als Zeugin zum Beweis dafür angeboten, daß der Geschäftsführer der Zweitbeklagten sowie Angestellte der Beklagten die beanstandeten Äußerungen auch gegenüber einer Mehrzahl von Kunden gemacht hätten. Insofern liege ein Verfahrensmangel vor; erst nach Vernehmung dieser Zeugen könne die Berechtigung und das Ausmnaß des Veröffentlichungsbegehrens beurteilt werden.

Die Beklagten bekämpfen das Urteil des Berufungsgerichtes in seinem die erstgerichtliche Entscheidung bestätigenden Teil wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und beantragen, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise stellen sie einen Aufhebungsantrag. Die Klägerin beantragt, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Beklagten ist berechtigt.

Die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß die beanstandeten Äußerungen als Herabsetzung eines fremden Unternehmens (§ 7 UWG), nicht aber als sittenwidrige vergleichende Werbung (§ 1 UWG) zu beurteilen seien, weil die Testpersonen darauf hingewirkt hätten, daß Ferdinand P*** zu den Konkurrenzangeboten Stellung nehme, ist richtig. Die Rechtsstellung der Beklagten kann sich dadurch, daß die beanstandeten Äußerungen gegenüber Testpersonen abgegeben wurden, nicht verschlechtern. Da die Testpersonen wiederholt ausdrücklich auf Kostenvoranschläge von Mitbewerbern Bezug genommen haben, hatte Ferdinand P*** hinreichenden Anlaß (vgl zu diesem Begriff und zum sogenannten Vergleich auf Anfrage Wiltschek, Vergleichende Werbung durch gezielte Bezugnahme in: Sed S Schönherr 77 Ä82 fÜ; Gamerith, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur vergleichenden Werbung HWR H 6 25 ff Ä29Ü mwN), sich mit den Konkurrenzangeboten zu befassen.

Mit Recht machen aber die Beklagten geltend, daß die Testpersonen die Antworten des Geschäftsführers der Zweitbeklagten mit unerlaubten Mitteln provoziert haben und daher nicht, wie das Berufungsgericht meint, wie "gewöhnliche Kunden" vorgegangen sind. Der Oberste Gerichtshof hat sich - vor allem im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Rabattgesetz - wiederholt mit der Abgrenzung zwischen zulässigem Testkäuferverhalten und unzulässigem Verhalten als Lockspitzel befaßt und dazu ausgesprochen, daß es einem Unternehmer grundsätzlich nicht verwehrt werden kann, sich durch das Entsenden geeigneter Testpersonen davon zu überzeugen, ob sich ein Unternehmer (Konkurrent) an seine gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen hält. Kontrollorgane dieser Art, welche nicht anstiften, sondern nur auf die Probe stellen wollen, sind keine "Lockspitzel". Der Einsatz solcher Testkäufer ist zulässig und kann nicht zur Rechtfertigung eines vertrags- oder gesetzwidrigen Verhaltens des Kontrollierten herangezogen werden. Daß die Testkäufer heimlich vorgehen, macht ihr Verhalten nicht unzulässig, weil beim Aufdecken ihrer Funktion eine Kontrolle von vornherein wirkungslos wäre. Testkäufer dieser Art dürfen sich aber beim Kauf einer Ware nicht anders verhalten als "gewöhnliche" (und damit auch redlich vorgehende) Kunden in vergleichbaren Fällen. Testkäufer dürfen also zwar um Gewährung eines, wenngleich gesetzwidrigen, Rabatts ersuchen, nicht aber mit unerlaubten oder verwerflichen Mitteln, insbesondere durch bewußt wahrheitswidrige Behauptungen, auf einen Verstoß des Mitbewerbers hinwirken (Hohenecker-Friedl aaO 21; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht2, 226 f; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht15 370 Einl UWG Rz 365; SZ 11/104; ÖBl 1962, 30;

1964, 62; 1971, 99; 1974, 104; 1983, 129; 1983, 104 = SZ 56/57;

ÖBl 1986, 9 = SZ 58/200; ÖBl 1989, 115; auch4 Ob 379/83). Verhält

sich der Testkäufer sittenwidrig, dann entzieht der darin liegende

Rechtsmißbrauch dem der Klage zugrunde liegenden Vorwurf eines

gesetzwidrigen Verhaltens die Grundlage (ÖBl 1983, 104 = SZ 56/57;

ÖBl 1983, 129; ÖBl 1986, 9 = SZ 58/200; ÖBl 1989, 115;

ähnlich - einen Verstoß gegen Ladenschlußvorschriften betreffend -4 Ob 379/83; auch Schönherr zu ÖBl 1983, 54). Diese - hauptsächlich im Zusammenhang mit Testkäufen (zum Beweis eines Rabattverstoßes) - entwickelten Grundsätze gelten sinngemäß auch in allen andern Fällen, in denen zur Feststellung eines vertrags- oder wettbewerbswidrigen Verhaltens Testpersonen eingesetzt werden. Für alle Fälle dieser Art ist ja typisch, daß durch den Einsatz der Testperson der Verdacht eines (früheren) rechtswidrigen Verhaltens erhärtet werden soll, das Unterlassungsbegehren aber dann (unmittelbar) auf den (beweisbaren) Testfall gegründet wird, der in der Regel auch die Wiederholungsgefahr indiziert.

Bei den Testkauffällen im strengen Wortsinn geht es aber darum, daß durch das vom Testkäufer abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst (oder dessen Erfüllung) das wettbewerbswidrige Verhalten des auf die Probe gestellten Mitbewerbers herbeigeführt wird (zB Rabattverstoß; Verstoß gegen Kartellvereinbarung; Feststellung von Warenunterschiebungen Ävgl. Baumbach-Hefermehl aaO; ähnlich schon SZ 11/104Ü), während in anderen Fällen der "Testkauf" nur als Vorwand vorgenommen wird, um ein - außerhalb dieses Rechtsgeschäftes liegendes - sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten des Mitbewerbers (zB einen Verstoß gegen Ladenschlußvorschriften - 4 Ob 379/83) aufzudecken.

In zwei Fällen (JBl 1933, 130 und ÖBl 1973, 59) hat der Oberste Gerichtshof auch die Zulässigkeit des Entsendens von Testpersonen ("Aushorchern") zur Feststellung herabsetzender, gegen § 7 UWG und (vor der UWG-Novelle 1980) § 8

UWG verstoßender Äußerungen bejaht. Der Oberste Gerichtshof hat sich dabei allerdings nur mit der Frage auseinandergesetzt, wie weit derartige Äußerungen gegenüber abgesandten Aushorchern überhaupt geeignet sind, den Mitbewerber zu schädigen (vgl Koppensteiner aaO 117); maßgebend sei in solchen Fällen nur, ob die Gefahr besteht, daß der Betreffende seine Äußerungen gegenüber dritten Personen wiederholt (vgl dazu auch SZ 11/104).

Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß das Entsenden von Überwachungsorganen, die nur feststellen, ob der Verdacht eines rechtswidrigen Verhaltens begründet ist, auch in Fällen des § 7 UWG zulässig ist. Wer eine solche Kontrolle hinter dem Anschein eines Kaufinteressenten (Kunden) verbirgt, muß aber wahrheitswidrige Äußerungen auf das beschränken, was zur Verheimlichung seiner Funktion unerläßlich ist. Soweit er darüber hinaus bei der Ausübung seiner Kontrolle mit unerlaubten oder verwerflichen Mitteln, insbesondere durch bewußt wahrheitswidrige Behauptungen, auf einen Verstoß des Kontrollierten hinwirkt, ist sein Verhalten sittenwidrig.

Dieser Vorwurf trifft auf die von der Klägerin ausgesendeten Testpersonen zu: Der Ansicht des Berufungsgerichtes, sie hätten sich wie gewöhnliche Kunden verhalten, kann nicht gefolgt werden. Es war unzulässig, daß die Testpersonen das Gespräch dadurch auf die Klägerin zu lenken versuchten, daß sie dem Geschäftsführer der Zweitbeklagten unvollständige Kostenvoranschläge vorlegten, denen kein wirklicher Geschäftsanbahnungsfall zugrunde lag, und mit diesen fingierten Urkunden Ferdinand P*** geradezu herausforderten, sich zur Art der Angebote der Klägerin negativ zu äußern.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Testpersonen mit verwerflichen Mitteln auf einen Verstoß des Mitbewerbers hingewirkt haben, ist der Gesamtinhalt der von den Parteien - mit Ausnahme einiger geringfügiger Modifikationen - als richtig zugestandenen Tonbandübertragungen auch in jenen Passagen zu berücksichtigen, die von den Vorinstanzen im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung nicht wiedergegeben wurden, zumal sich die Klägerin selbst auf diese Protokolle berufen hat. Vor allem beim zweiten Gespräch zwischen den Testpersonen und dem Geschäftführer der Zweitbeklagten am 6.Oktober 1987, das die wesentlichste Grundlage für die von der zweiten Instanz bestätigten Verbote bildet, versuchen die beteiligten Testpersonen immer wieder darauf hinzuwirken, daß Ferdinand P*** irgendetwas Negatives über seine Mitbewerberin sagt. So legte ihm etwa Erika W*** in den Mund, daß die Arbeit der Klägerin (weil sie sich nicht des Patents Ferdinand P*** bedient habe) "praktisch nichts sei und nicht recht viel wert sei" (Beilage I S 4, ähnl. auch S 3), was Ferdinand P*** aber gar nicht bestätigt hat. Mehrmals behauptete Erika W*** auch wahrheitswidrig, daß bei der als vermeintliche Interessentin für den Grabstein erfundenen "Tante" eine Vertreterin erschienen sei; das mußte im Hinblick auf den Vorprozeß bei Ferdinand P*** die Vermutung hervorrufen, Luise

S***ßM*** habe auch diese - erfundene - "Tante", also eine Privatperson, ohne ausdrückliche Aufforderung aufgesucht. Dadurch brachte Erika W*** das Gespräch auf die verbotenen Vertreterbesuche, was bei Ferdinand P*** im Hinblick auf den Vorprozeß wiederum verständlichen Unmut gegen die Vorgangsweise dieser Vertreterin auslösen mußte und ihn dadurch leicht dazu veranlassen konnte, sich über die mit dem Vertrieb von Grabsteinen durch Vertreter verbundenen zusätzlichen Kosten zu äußern. Schließlich versuchte Erika W***, diesem Gespräch durch die Suggestivfrage "Und glauben sie, der W*** arbeitet so?" (Beilage I S 8) neuerlich eine persönlich gegen die Klägerin gerichtete Tendenz zu geben, worauf Ferdinand P*** antwortete, "das sei gar nicht anders möglich, die (zusätzlichen) Kosten müßten irgendwie drinnen sein".

Aber auch schon das erste Gespräch vom 3.August 1987 war mit Hilfe eines unvollständigen Kostenvoranschlages auf die Klägerin gebracht, von den Testpersonen immer wieder auf deren Leistungen gelenkt und Ferdinand P*** so zu Vergleichen provoziert worden. Insgesamt wurden daher alle dem Beklagten vorgeworfenen, die Klägerin herabsetzenden Äußerungen jedenfalls in ihrem wesentlichen Inhalt durch das Vorlegen unvollständiger fingierter Kostenvoranschläge und durch bewußt wahrheitswidrige Behauptungen und Suggestivfragen der Testpersonen, provoziert, die Ferdinand P*** geradezu herausfordern mußten, etwas Nachteiliges über seinen Mitbewerber zu sagen. Damit ging aber das verwerfliche Verhalten der von der Klägerin ausgesandten "Aushorcher" weit über einen zulässigen Einsatz bloß kontrollierender Testpersonen hinaus. Verhält sich jedoch eine Testperson in einem solchen Maße sittenwidrig, dann entzieht der darin liegende Rechtsmißbrauch dem der Klage zugrunde liegenden Vorwurf eines wettbewerbswidrigen Verhaltens die Grundlage.

Anzumerken ist ferner, daß die Testpersonen im übrigen auch dadurch grob wettbewerbswidrig handelten, daß sie zur Aufzeichnung des Gespräches mit Ferdinand P*** heimlich ein Tondaufnahmegerät benützten, um dadurch der Klägerin von einer nicht öffentlich und nicht zu ihrer Kenntnisnahme bestimmten Äußerung des Gesprächspartners der Testpersonen Kenntnis zu verschaffen. Auch wenn diese Vorgangsweise für den Inhalt der Äußerungen Ferdinand P*** nicht kausal war und damit dem der Klage zugrunde liegenden Vorwurf nicht mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, ist doch darauf hinzuweisen, daß sich die Testpersonen damit des - allerdings nur auf Verlangen des Verletzten zu verfolgenden - Vergehens nach § 120 StGB schuldig gemacht haben. Ein solches Eindringen in fremde Intimsphären zu Zwecken des Wettbewerbs ist als grobe Verwilderung der guten Sitten im Wettbewerb schärfstens zu verurteilen.

Aus dem bisher Gesagten folgt, daß der Unterlassungsanspruch der Klägerin wegen des Vorgehens der von ihr entsendeten Testpersonen nicht auf die Äußerungen gestützt werden kann, die Ferdinand P*** gegenüber diesen Testpersonen gemacht hat. Die Rechtssache ist damit allerdings noch nicht spruchreif, weil die Klägerin, wie das Berufungsgericht zur Aufhebung des Veröffentlichungsbegehrens ausgeführt hat, auch Beweise für ihre Behauptung angeboten hat, daß der Geschäftsführer der Zweitbeklagten sowie Angestellte der Beklagten die beanstandeten Äußerungen auch gegenüber Kunden gemacht habe.

Das Urteil des Berufungsgerichtes ist daher in dem noch bekämpften stattgebenden Teil aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Urteilsfällung an die erste Instanz zurückzuverweisen, welche die erforderlichen Verfahrensergänzungen vorzunehmen haben wird.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 52 ZPO.

Anmerkung

E20313

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:0040OB00001.9.0130.000

Dokumentnummer

JJT_19900130_OGH0002_0040OB00001_9000000_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