

OGH Urteil vom 14.3.2000, 4 Ob 64/00s – *Black Jack I*



Fundstelle: EvBl 2000/147, 635 = EFSlg 91.775 = JUS Z/2947 = RdW 2000/310, 350 = wbl 2000/224, 337.

Eine als private Mitteilung getarnte Werbesendung (hier: Postkarte) ist sittenwidrig und beeinträchtigt das nach § 16 ABGB geschützte Persönlichkeitsrecht des Empfängers vor unnötiger Belästigung.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Christina S*****, vertreten durch Dr. Gottfried Korn und Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei R***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in St. Pölten, wegen Unterlassung (Streitwert 100.000 S), infolge Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten vom 16. November 1999, GZ 36 R 323/99i-12, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts St. Pölten vom 22. Juli 1999, GZ 3 C 640/99a-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

„Die Beklagte ist schuldig, es zu unterlassen, der Klägerin Werbesendungen zuzusenden, die bei oberflächlicher Betrachtung aufgrund der Form und des Inhalts nicht als Werbesendungen erkennbar und einer Urlaubsansichtskarte täuschend ähnlich sind und mit welchen der Eindruck erweckt wird, dass eine der Klägerin unbekannte Person mit der Klägerin befreundet ist.

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 12.549,84 S bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 1.606,64 S USt und 2.910 S Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 28.781,68 S bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 2.810,28 S USt und 11.920 S Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin erhielt am 18.2.1999 und am 23.2.1999 eine an sie persönlich adressierte Werbesendung der Beklagten, die als Ansichtskarte gestaltet war. Auf der Vorderseite waren ein Teil des Kopfes und der ausgestreckte rechte Arm einer der Freiheitsstatue in New York ähnlichen Skulptur zu sehen, die in der rechten Hand eine mit "BLACK JACK" beschriftete Limonadenflasche hielt. Die Rückseite war in blauer Schreibschrift mit folgendem Text versehen:

"16th Feb. 99

Hallihallo,

ich sitz grad in der 5th Avenue und denk an Dich. Hier in New York ist es super, und ich find's total schade, dass Du nicht da bist. Wenigstens hab ich diese Karte gefunden mit den 2 tollsten Dingen in NY (vorne drauf!).

See you! Love!

Dein Black Jack.

PS. Schreib mir und Grüsse an alle."

Quer zum Text fand sich der Vermerk "P.O. Box 620, 1041 Vienna".

Rechts über der Anschrift war "Postgebühr bar bezahlt" aufgedruckt; darüber war eine das Sternenbanner zeigende Marke "USA 50" mit einem amerikanischen Poststempel und dem Aufdruck "AIR MAIL PAR AVION" abgebildet.

Mit Schreiben vom 22.2.1999 forderten die Klagevertreter die Beklagte auf, eine Unterlassungserklärung abzugeben und Kostenersatz zu leisten. In seinem Antwortschreiben vom 11.3.1999 erklärte der Beklagtenvertreter ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage, dass die Beklagte es in Hinkunft unterlassen werde, der Klägerin "Black Jack"-Postkartenwerbung zuzusenden. Die Zahlung der begehrten Kosten lehnte er ab.

Die Klägerin begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, der Klägerin Werbesendungen zuzusenden, die bei oberflächlicher Betrachtung aufgrund der Form und des Inhalts nicht als Werbesendungen erkennbar und einer Urlaubsansichtskarte täuschend ähnlich sind und mit welchen der Eindruck erweckt wird, dass eine der Klägerin unbekannte Person mit der Klägerin befreundet ist. Die Werbemaßnahme der Beklagten verletze die Privat- und Intimsphäre der Klägerin in krasser Weise. Durch die Karte werde eine Freundschaft und eine Liebesaffäre mit einer völlig unbekannten Person suggeriert.

Sie hätte dazu führen können, dass die Klägerin von ihrem Ehegatten oder von den Postbediensteten eines ehewidrigen Verhaltens verdächtigt werde; ihre Mutter habe die Karte gelesen und angenommen, dass die Klägerin möglicherweise ehewidrige Beziehungen unterhalte.

Die Werbeaktion habe auch tatsächlich in zahlreichen Vorarlberger Familien Ehestreitigkeiten ausgelöst. Der Beklagten gehe es offensichtlich darum, die Umworbenen darüber zu täuschen, dass es sich um eine Werbesendung handelt. Ihr Verhalten verstoße auch gegen § 1 UWG, dessen Zweck auch der Konsumentenschutz sei. Die Werbemaßnahme sei auch deshalb rechtswidrig, weil die DVR-Registriernummer auf der Karte nicht angegeben sei.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Die Karte sei für jedermann als Werbung erkennbar. Jeder Durchschnittskonsument wisse, dass die Freiheitsstatue keine "BLACK JACK"-Getränkeflasche in der Hand halte. Die Klägerin könne sich nicht auf § 1 UWG berufen, weil sie keine Mitbewerberin sei. Der österreichische Werberat habe die Werbemaßnahme geprüft und keinen Grund zum Einschreiten gefunden.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Die Karte sei bereits bei oberflächlicher Betrachtung als Werbung zu erkennen. Ein gegen das Zustellen von Werbesendungen durch die Post gerichteter Unterlassungsanspruch bestehe nicht. Die Klägerin habe nicht behauptet, die Zustellung von Werbematerial durch die Post abgelehnt zu haben. Sie habe auch weder behauptet noch bescheinigt, dass die Beklagte gegen § 268 GewO oder gegen das Datenschutzgesetz verstoßen hätte. Besondere Mühen oder Kosten seien der Klägerin durch die Entgegennahme der Sendung nicht entstanden. Eine Absicht, über das Vorliegen einer Werbesendung zu täuschen, liege wohl nicht vor; andernfalls würde die Werbesendung ihren Zweck verfehlen. Das Persönlichkeitsrecht der Klägerin auf Achtung ihres Privatbereichs und ihrer Geheimsphäre sei nicht verletzt worden. Eine Verletzung dieses Rechts durch das Lesen ihrer Privatpost durch Dritte könne der Beklagten nicht angelastet werden. Der Text der Karte lasse auch nicht auf eine Liebesaffäre schließen. Die Klägerin sei auch nicht übermäßig belästigt worden. Zu einer Klage nach dem UWG sei die Klägerin nicht legitimiert; ein allfälliger Verstoß gegen die Datenverarbeitungsregisterverordnung oder gegen das Postgesetz werde durch das Unterlassungsbegehren nicht erfasst.

Das *Berufungsgericht* bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 52.000 S übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Der

Klägerin sei zuzustimmen, dass ein Unternehmer sittenwidrig im Sinn des § 1 UWG handle, wenn er Werbemaßnahmen tarne, so dass sie nicht als Werbung erkennbar seien.

Ob dies auch für die vorliegende Kartenwerbung zutreffe, brauche nicht abschließend geklärt zu werden, weil die Klägerin nach § 14 UWG nicht aktiv legitimiert sei. Zwischen den Streitparteien bestehe kein Wettbewerbsverhältnis. Zu prüfen bleibe eine allfällige Beeinträchtigung des Rechts der Klägerin auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens im Sinn des § 16 ABGB. Nicht jede Beeinträchtigung der Person sei bereits rechtswidrig. Die bisher als rechtswidrig angesehenen Belästigungen seien wesentlich schwerwiegender als die beanstandete Werbemaßnahme. Der BGH habe zwar grundsätzlich auch die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts durch den Empfang unerwünschter Werbung bejaht; das österreichische Recht anerkenne aber im Unterschied zum deutschen kein "allgemeines Persönlichkeitsrecht" als subjektives Recht. Im Übrigen sei wohl mit jeder Werbemaßnahme eine gewisse Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des davon Betroffenen verbunden; dies sei aber noch nicht rechtswidrig. Nach der österreichischen Rechtsprechung sei mit Briefwerbung grundsätzlich keine unzumutbare Belästigung des Empfängers verbunden. Sein Interesse, durch Werbung nicht belästigt zu werden, trete hinter dem allgemeinen Interesse der werbenden Wirtschaft zurück, Werbebotschaften möglichst flächendeckend zu verbreiten. Dass die Werbesendung der Beklagten nicht auf den ersten Blick als Werbung erkennbar war, führe noch nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung und Belästigung. Eine konkrete Beeinträchtigung ihres Privat- und Familienlebens habe die Klägerin nicht behauptet. Ihre Befürchtung, ihr Ehegatte könne sie eines ehewidrigen Verhaltens verdächtigen, reiche dafür ebenso wenig aus, wie der von ihrer Mutter geäußerte Verdacht. Den Postbediensteten habe schon angesichts der Menge der verschickten Karten auffallen müssen, dass es sich dabei um Werbung handelte. Auf eine Liebesaffäre lasse der Kartentext nicht schließen. Die Belästigung der Klägerin durch die Werbesendung der Beklagten habe das unter Berücksichtigung des Interesses der Wirtschaft an Werbung zumutbare Ausmaß daher (gerade) noch nicht überschritten.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete *Revision* des Klägers ist *zulässig*, weil Rechtsprechung zu einem gleichartigen Sachverhalt fehlt; die Revision ist *auch berechtigt*.

Die Klägerin stützt ihr Unterlassungsbegehren auf die Verletzung des in § 16 ABGB normierten Persönlichkeitsrechts, aus der – weil das Persönlichkeitsrecht ein absolutes Recht ist – ein Unterlassungsanspruch folgt (MR 1992, 250 [Korn] = ÖBl 1992, 278 - "Riedel"-Gläser; SZ 67/173 = ÖBl 1995, 180 - Telefonterror, jeweils mwN). § 16 ABGB, wonach jeder Mensch angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat und daher als eine Person zu betrachten ist, wird heute allgemein nicht als bloßer Programmsatz, sondern als Zentralnorm unserer Rechtsordnung angesehen, die die Persönlichkeit als Grundwert anerkennt (Aicher in Rummel, ABGB2 § 16 Rz 3 mwN). Aus ihr wird - ebenso wie aus anderen durch die Rechtsordnung geschützten Grundwerten (Art 8 EMRK; § 1 DSGVO; § 77 UrhG ua) - das jedermann angeborne Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre abgeleitet.

Entscheidend für den jeweiligen Schutz ist eine Güter- und Interessenabwägung (SZ 67/173 = ÖBl 1995, 180 - Telefonterror mwN).

Die österreichische Rechtsprechung anerkennt damit – anders als die deutsche Lehre und Rechtsprechung – nicht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, sondern einzelne Persönlichkeitsrechte, wie sie nach deutscher Auffassung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt sind (s Canaris, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205). So schützt das Persönlichkeitsrecht nach deutscher Auffassung auch davor, belästigt zu werden (Hager in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch13 § 823 Rz C 232ff; Mühl in Kohlhammer-Kommentar § 823 Rz

85; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts 13 II/2 § 80 II 7 b); nach der österreichischen Rechtsprechung folgt aus der aus § 16 ABGB abgeleiteten Achtung des Privatbereichs (auch der Schutz vor Belästigungen (SZ 67/173 = ÖBl 1995, 180 - Telefonterror).

Als belästigend können vor allem auch Werbemaßnahmen empfunden werden. Die Rechtsprechung hatte sich damit bereits wiederholt zu befassen, allerdings in Verfahren, in denen Wettbewerbsrecht anzuwenden und die Maßnahme nach § 1 UWG zu beurteilen war. So wurde in der Entscheidung SZ 56/156 = EvBl 1984/14 = MRA 1984 H 1, 7 = ÖBl 1984, 13 = RdW 1984, 76 = GRURInt 1984, 311 - Telefonwerbung die (unerbetene) "Telefonwerbung" als unerwünschtes Eindringen in die Privatsphäre der Umworbenen und damit als Verstoß gegen § 1 UWG gewertet (s auch *ecolex* 1995, 113 = MR 1995, 30 = ÖBl 1995, 12 = RdW 1995, 61 = WBl 1995, 81 - Computerkurse). Nach der Entscheidung JBl 1998, 324 = MR 1998, 31 = ÖBl 1998, 341 = WBl 1998/64 - Telefaxwerbung II gilt dies auch für Telefaxwerbung, wenn der Anschlussinhaber die Werbesendung weder gewünscht hat, noch der Werbende nach den Umständen ein solches Einverständnis voraussetzen konnte. Gegenstand der Entscheidung *ecolex* 1996, 78 = ÖBl 1996, 275 - Gesundes Schlafen = MR 1996, 165 [Kosesnik-Wehrle/Langer] - Telegrammwerbung = WBl 1996, 411 - Gewinnankündigung war die Werbung mittels Telegramm. Auch diese Werbeform wurde als unzumutbare Belästigung gewertet.

Nicht zu befassen hatte sich die Rechtsprechung bisher mit der Frage, ob die Werbeadressaten auch durch Briefwerbung unzumutbar belästigt werden. Die Entscheidung *ecolex* 1996, 358 = JBl 1996, 383 = MietSlg 48.030/6 = WoBl 1998/73 betrifft zwar die Briefwerbung; sie beurteilt sie jedoch unter dem Blickwinkel einer Verteilung von Werbemitteln trotz Verteilungsverbots. Die Wirksamkeit des Verteilungsverbots wird in dieser Entscheidung bejaht und das Werbeunternehmen für die unerlaubte Verteilung der Werbemittel haftbar gemacht.

Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Verstoß gegen ein Verteilungsverbot, sondern um eine als private Mitteilung getarnte Werbemaßnahme. Die Tarnung einer Werbemaßnahme, allerdings nicht als private, sondern als amtliche Mitteilung, war Gegenstand der Entscheidung *ecolex* 1997, 442 = MR 1997, 166 = ÖBl 1998, 11 = RdW 1997, 455 - Zuweisungs-Bescheinigung. Sie wurde wegen der damit verbundenen Täuschung des Umworbenen als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG beurteilt.

Getäuscht wird der Umworbene auch dann, wenn eine Werbesendung als private Mitteilung gestaltet ist, deren wahrer Charakter erst nach näherem Betrachten und (teilweisem) Lesen offenbar wird. Der Werbeadressat wird dadurch gezwungen, die Werbebotschaft zur Kenntnis zu nehmen; sie erregt seine Aufmerksamkeit und bleibt ihm auch stärker im Gedächtnis haften als eine sofort als Werbung erkennbare Mitteilung, wie sie oft ungelesen weggeworfen wird.

Eine solche Täuschung ist nicht nur sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG; sie ist per se rechtswidrig und führt wegen der faktischen Notwendigkeit, die Werbung zumindest teilweise zur Kenntnis zu nehmen, auch zu einer mit dem Schutz des Privatbereichs unvereinbaren Belästigung (in diesem Sinn Larenz/Canaris aaO; Hager aaO § 823 Rz C 232; s auch BGH BGHZ 60, 297 [299]). Die durch sie bewirkte Täuschung unterscheidet als Privatpost getarnte Werbung von Werbung, die sofort als solche erkennbar ist. Der Suggestivwirkung getarnter Werbung kann der Empfänger nicht einfach dadurch entgehen, dass er sie unbesehen wegwirft (so zur Begründung seiner Auffassung, dass das Anbringen von Werbematerial an der Wohnungstür keine Persönlichkeitsrechte verletze, P. Bydlinski, Zivilrechtliche Zulässigkeitsgrenzen bei der Verteilung von Werbematerial "an der Wohnungstür", ÖJZ 1998, 641 [654]), sondern er wird durch Täuschung gezwungen, sich ihr auszusetzen.

Das verletzt seine Persönlichkeitsrechte und berechtigt ihn, die Unterlassung derartiger Werbemaßnahmen zu verlangen, ohne dass es einer Abwägung der Interessen von Werbenden und Werbeadressaten bedürfte. Für eine Interessenabwägung ist kein Raum, weil ein Interesse

des Werbenden an täuschenden Werbemaßnahmen von vornherein zu verneinen ist (zur Verneinung eines schutzwürdigen Interesses an der Verbreitung falscher Behauptungen s SZ 69/116 = RdW 1996, 409 - Webpelz II).

Der Revision war Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Für die Klage war nur der einfache Einheitssatz zuzuerkennen, weil kein Fall des § 23 Abs 6 und 7 RATG vorliegt.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die Klägerin erhielt am 18.2.1999 und am 23.2.1999 eine an sie persönlich adressierte Werbesendung der Beklagten, die als Ansichtskarte gestaltet war. Auf der Vorderseite waren ein Teil des Kopfes und der ausgestreckte rechte Arm einer der Freiheitsstatue in New York ähnlichen Skulptur zu sehen, die in der rechten Hand eine mit "BLACK JACK" beschriftete Limonadenflasche hielt. Die Rückseite war in blauer Schreibrift mit folgendem Text versehen:



"16th Feb. 99

Hallihallo, ich sitz grad in der 5th Avenue und denk an Dich. Hier in New York ist es super, und ich find's total schade, dass Du nicht da bist. Wenigstens hab ich diese Karte gefunden mit den 2 tollsten Dingen in NY (vorne drauf!).

See you! Love!

Dein Black Jack.

PS. Schreib mir und Gruesse an alle."

Die Klägerin begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, der Klägerin Werbesendungen zuzusenden, die bei oberflächlicher Betrachtung aufgrund der Form und des Inhalts nicht als Werbesendungen erkennbar und einer Urlaubsansichtskarte täuschend ähnlich waren und mit welchen der Eindruck erweckt wurde, dass eine der Klägerin

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

unbekannte Person mit der Klägerin befreundet war. Die Werbemaßnahme der Beklagten verletzte die Privat- und Intimsphäre der Klägerin in krasser Weise. Durch die Karte würde eine Freundschaft und eine Liebesaffäre mit einer völlig unbekanntem Person suggeriert. Sie hätte dazu führen können, dass die Klägerin von ihrem Ehegatten oder von den Postbediensteten eines ehewidrigen Verhaltens verdächtigt würde; ihre Mutter hätte die Karte gelesen und angenommen, dass die Klägerin möglicherweise ehewidrige Beziehungen unterhalte. Die Werbeaktion hätte auch tatsächlich in zahlreichen Vorarlberger Familien Ehestreitigkeiten ausgelöst. Der Beklagten ginge es offensichtlich darum, die Umworbene darüber zu täuschen, dass es sich um eine Werbesendung handelte. Ihr Verhalten verstieße auch gegen § 1 UWG, dessen Zweck auch der Konsumentenschutz sei. Die Werbemaßnahme wäre auch deshalb rechtswidrig, weil die DVR-Nummer auf der Karte nicht angegeben war. Die Gerichte hatten letztlich über die Sittenwidrigkeit des mit der Postkartenwerbung verbundenen Belästigungseffekts zu entscheiden?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Die beiden Vorinstanzen wies die Klage ab, das Höchstgericht gab dem Unterlassungsbegehren hingegen Folge.

Zur eingangs skizzierten Problematik hielt der OGH festgestellt, dass durch die getarnte Werbepost der Empfänger iSd § 16 ABGB in seiner **Privat- und Intimsphäre verletzt** wurde. Jeder Empfänger – gleichgültig, ob Mitbewerber oder Verbraucher – solcher getarnter Werbesendungen ist daher zu einer Unterlassungsklage schon aufgrund seines „angeborenen, schon durch die Vernunft einleuchtenden Rechts“ legitimiert.

Entscheidend war, dass die Werbemaßnahmen für den Laien nicht als solche erkennbar war, weil sie als private Mitteilung, nämlich als Urlaubspostkarte, getarnt war.

III. Kritik und Ausblick

Dass es im Übrigen auf die bei der klägerischen Hausfrau aus Vorarlberg aufgetretenen, „familiären Turbulenzen – entgegen so mancher Erwartung – nicht angekommen ist, bestätigt das Urteil des Höchstgerichtes vom gleichen Tag.¹ Darin wird aus den gleichen Gründen einem klagenden Doktor Robert K**** Recht gegeben. Auch dieser (akademische) Kläger hat (zunächst) geglaubt, von einem Bekannten einen Urlaubsgruß erhalten zu haben. Er hat überlegen müssen, wer als Absender in Frage komme. Dazu hat er Handschrift und textliche Gestaltung mit seinen privaten Erinnerungen vergleichen müssen. Während dieser notwendigen Prüfungsvorgänge haben Emotionen auf ihn eingewirkt. Erst durch genauere Untersuchungen hat sich für dann herausgestellt, dass es sich wahrscheinlich um eine Werbesendung handelt. Dem Kläger ist dadurch erst bewusst geworden, dass er durch einen raffinierten Psychotricks gezwungen worden ist, Zeit, Mühe und Emotionen für eine Werbesendung aufzuwenden, die er weggeworfen hätte, wäre sie sofort als Werbesendung erkennbar gewesen.

IV. Zusammenfassung

Das Werberecht ist vom Wahrheits- und Trennungsgrundsatz beherrscht. Gegen eine als private Mitteilung getarnte Werbesendung (hier: Urlaubspostkarte als Softdrink-Reklame) können sich daher nicht nur Mitbewerber nach § 1 UWG zur Wehr setzen, sondern auch die betroffenen Empfänger nach § 16 ABGB.

¹ OGH 14.3.2000, 4 Ob 59/00f – *Black Jack II*, ecollex 2000/236, 587 (*Wiltschek*) = MR 2000, 145 (*Korn*) = ÖBI 2000, 214 = SZ 73/47.