Dr. Mathias Görg/Mag. Maximilian Dietl • Wien

Strafbewehrte Unterlassungserklärungen – die Sache mit dem Kind und dem Bade

» RdW 2021/322

Insb im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht ist die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ein in der Praxis weitverbreitetes sowie im Großen und Ganzen durchaus bewährtes „Tool" zur Prozessvermeidung. In einer rezenten Entscheidung trifft der OGH dazu allerdings ohne Not eine Reihe apodiktischer Aussagen, die in bemerkenswertem Spannungsverhältnis zu seiner bisherigen Rechtsprechung stehen.

1. Bisherige Judikatur

Unterlassungsansprüche setzen nach stRsp die Gefahr eines (erstmaligen oder neuerlichen) Rechtsverstoßes voraus, wobei Wiederholungsgefahr bereits bei einmaligem Zuwiderhandeln grds zu vermuten ist.[1] Doch wird speziell das Anbot eines vor Gericht abzuschließenden vollstreckbaren Vergleichs üblicherweise als hinreichende Maßnahme angesehen, um auf den ernstlichen Willen des Verletzers zu schließen, sich in Zukunft gesetzeskonform zu verhalten.[2] Aber auch gegenüber außergerichtlichen Unterlassungserklärungen hat sich der OGH bislang bei angemessener Konventionalstrafe durchaus aufgeschlossen gezeigt.[3] Allerdings hat die Entscheidungspraxis hier den Umständen des Einzelfalls erhebliche Bedeutung zugemessen[4] und es dabei insb als kritisch angesehen, wenn der Verstoß selbst (also nicht nur die Wiederholungsgefahr) bestritten oder im Prozess von Beklagtenseite „zwiespältig" agiert wurde.[5]

2. OGH-Entscheidung 4 Ob 156/20z

In der hier interessierenden E 4 Ob 156/20z war die spätere Beklagte wegen einer die Herkunft der Produkte betreffenden irreführenden Werbung („100 % RIND, SCHWEIN UND HENDL AUS ÖSTERREICH") von einer Mitbewerberin abgemahnt worden. Nach abermaliger Aufforderung durch die Mitbewerberin und spätere Klägerin samt Klagsandrohung und Verstreichenlassen auch der neuerlich gesetzten Frist gab die Beklagte – nachdem sie zunächst noch erklärt hatte, *„dass die Angelegenheit als erledigt betrachtet werde"* – eine strafbewehrte *„Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung"* ab, die nicht per sofort, sondern erst ab einem bestimmten zukünftigen Datum gelten sollte. Vor diesem Hintergrund hat der OGH einen Entfall der (Vermutung der) Wiederholungsgefahr im Einzelnen völlig zu Recht verneint.

Soweit so unspektakulär, hätte sich das Höchstgericht nicht – wie bereits einleitend angedeutet – zu einigen nicht unproblematischen *obiter dicta* veranlasst gesehen:

Zunächst einmal müssen laut besagter Entscheidung die für einen Entfall der Wiederholungsgefahr vom Beklagten darzutuenden besonderen Umstände eine Wiederholung überhaupt – ganz generell – als *„ausgeschlossen"* erscheinen lassen. Dies kontrastiert mit der stRsp namentlich im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, wonach eine Wiederholung des Verstoßes gerade nicht völlig ausgeschlossen sein muss,[6] es vielmehr genügt, wenn ein nochmaliges Zuwiderhandeln *„äußerst unwahrscheinlich"* erscheint.[7]

Im unmittelbaren Anschluss betont der OGH zudem Folgendes: Ein *„maßgebender Unterschied"* zwischen vollstreckbarem Unterlassungsvergleich und strafbewehrter Unterlassungserklärung bestehe darin, dass Letztere nur in jenen Ausnahmefällen ausreichend sei, in denen an der eigenen Einsicht und am künftigen Wohlverhalten des Beklagten *„auch nicht die geringsten Zweifel bestehen"*. Auch dies „beißt sich" mit der stRsp, weil „äußerste Unwahrscheinlichkeit" neuerlichen Zuwiderhandelns im Hinblick auf die Wiederholungsgefahr als materielle Anspruchs-

1 Vgl aus jüngerer Zeit etwa 4 Ob 147/18y und 4 Ob 179/18d.

2 RIS-Justiz RS0079962, RS0079898.

3 Siehe etwa 4 Ob 82/02s (ÖBl-LS 02/161): *„Die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die Beklagte ist eine Maßnahme in diesem Sinn; sie zeigt, dass es der Beklagten mit ihrer Unterlassungsverpflichtung ernst ist, so dass keine Wiederholungsgefahr besteht."* Vgl weiters etwa den Leitsatz zu 4 Ob 13/94, ÖBl 1994, 227, dem zufolge strafbewehrte Unterlassungserklärungen *„ähnlich wie das Anbot eines vollstreckbaren Vergleiches, als Indiz dafür gewertet [werden], daß der Beklagte seinen Sinn geändert hat und in Zukunft nicht mehr wettbewerbswidrig handeln wird"* (wobei allerdings der eigentliche Entscheidungstext auch dahin gedeutet werden könnte, dass der OGH hier lediglich auf die Verhältnisse in Deutschland Bezug nimmt). In der OGH-E 17 Ob 24/07i ließ der Senat ausdrücklich offen, ob eine strafbewehrte Unterlassungserklärung sogar unmittelbar einem vollstreckbaren Exekutionstitel gleichzuhalten ist.

4 Siehe etwa 4 Ob 199/12m (ÖBl-LS 2013/32); 4 Ob 104/11i, MR 2012, 138 (*Walter*); 4 Ob 171/08p; 1 Ob 14/08b, EvBl 2009/9; 4 Ob 159/03s, MR 2003, 399; 4 Ob 254/02k; 4 Ob 244/02i, wbl 2003, 293; 5 Ob 774/80, MietSlg 33.630.

5 In einer jüngeren Entscheidung (4 Ob 13/20w) betrachtete der OGH in diesem Zusammenhang den Zusatz *„ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage"* bereits als schädlich (wobei der Beklagte auch darauf hingewiesen hatte, dass die Unterlassungserklärung *„an sich rechtsgrundlos"* erfolge).

6 Wenngleich durchaus einzuräumen ist, dass ein (völliger) Ausschluss einer Wiederholung des Verstoßes idR ohnehin mehr einer Fiktion entspricht.

7 RIS-Justiz RS0080065: *„… die eine Wiederholung seiner Handlung völlig ausgeschlossen oder doch äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen."* Demgegenüber verlangt der OGH im Bereich der Klauselkontrolle nach § 28 KSchG regelmäßig, dass eine künftige Verwendung der betreffenden Klausel(n) *„geradezu ausgeschlossen"* ist (RIS-Justiz RS0119007).

voraussetzung[8] nicht variabel bzw graduell abstufbar, sondern statisch ist.[9]

Die Entscheidung verweist weiters iZm der Bejahung der Wiederholungsgefahr darauf, dass der Beklagte *„die geforderte Unterlassungserklärung"* nicht abgegeben hat. Hierzu ist allerdings festzuhalten, dass dann, wenn der Abgemahnte den ihm mit der Abmahnung übermittelten Erklärungstext ohnehin „eins zu eins" unterfertigt, von einem vereinbarten Verzicht des Abmahners auf die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs (zumindest für Verstöße bis dahin) auszugehen ist.[10] Die Frage der Wiederholungsgefahr stellt sich also diesfalls gar nicht.

Last but not least, kann die Entscheidung auch so verstanden werden, dass selbst bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung für einen Entfall der Wiederholungsgefahr *„im Allgemeinen vorausgesetzt [sei], dass der Beklagte sich vom Verstoß unverzüglich ernsthaft distanziert, die als gesetzwidrig erkannte Tätigkeit unverzüglich einstellt und geeignete Maßnahmen zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle ergreift, den allfälligen Schaden noch vor dem Prozess gutmacht und die Prozessführung unter vorbehaltsloser Anerkennung des Rechtsstandpunkts des Klägers auf die Frage der Wiederholungsgefahr beschränkt"*. Eine solche Junktimierung des Instituts der strafbewehrten Unterlassungserklärung mit den von der Entscheidungspraxis bislang nur an (sonstige) Verhaltensänderungen gestellten Anforderungen[11] ist – soweit ersichtlich – neu und liefe wörtlich genommen darauf hinaus, dass der Abgabe einer derartigen Erklärung keinerlei eigenständiger Wert mehr in dieser Hinsicht zukäme. Zudem würde sich hier unter Wertungsgesichtspunkten die Frage stellen, weshalb dann bei § 28 Abs 2 KSchG grds[12] schon allein die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitigt.[13]

3. Ausblick

In der vorliegenden Entscheidung klingt eine erhebliche Skepsis des OGH gegenüber strafbewehrten Unterlassungserklärungen an. Dennoch wäre ein Nachruf verfrüht, zumal wohl der konkrete (Extrem-) Sachverhalt entscheidend dazu beitrug, dass der OGH das sprichwörtliche Kind mit dem Bade ausgeschüttet hat. Immerhin dürfte aber das Höchstgericht hierdurch für zusätzliche Verunsicherung bei den Rechtsanwendern in diesem ohnehin schon schwer fassbaren Bereich sorgen. Bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung bald Gelegenheit für die erforderlichen Klarstellungen erhält.

8 StRsp, zB OGH 4 Ob 362/84, ÖBl 1985, 43; 4 Ob 193/00m, ÖBl 2001, 267.

9 Nebenbei bemerkt erweckt die Wortwahl des OGH den Eindruck, dass gerade im Fall (des Anbots) eines vollstreckbaren Gerichtsvergleichs tendenziell eher Zweifel am künftigen Wohlverhalten bestünden.

10 Inwiefern der abgemahnte Unternehmer jedoch eine allfällig geforderte Zahlung von Vertreterkosten ablehnen kann, ist bei Unterlassungserklärungen (zu vollstreckbaren Vergleichen siehe hingegen *Görg*, Kommentar zum UWG § 14 Rn 181 mwN) nicht restlos geklärt: Während das LGZ Wien (siehe nur 35 R 321/15p unter Verweis auf 34 R 17/13x, beide unveröffentlicht) in stRsp (iZm Besitzstörungsklagen) judiziert, dass ein Verzicht nur bei vollständiger Annahme des Angebots auf außergerichtliche Streitbeilegung durch die Beklagte anzunehmen sei – also wenn nicht nur die Unterlassungserklärung abgegeben wird, sondern auch geforderte Vertreterkosten übernommen werden –, soll laut einer rezenten Entscheidung des LG Wiener Neustadt (18. 5. 2020, RIS-Justiz RW0000032) das Ersuchen um Aufschlüsselung der Kosten nicht schaden, wobei hier freilich kein Verzicht, sondern – infolge übernommener Verpflichtung zur Unterlassung – ein Wegfall der Wiederholungsgefahr angenommen wurde.

11 Vgl RIS-Justiz RS0079652 T9 und T12. Insb betraf auch die vorliegend vom OGH ins Treffen geführte E 4 Ob 179/18d keineswegs eine Unterlassungserklärung, sondern lediglich eine rein faktische Verhaltensänderung (Umstellung von Erinnerungs-E-Mails nach Verurteilung in einem Parallelprozess).

12 Nach den *verba legalia* (angemessene Vertragsstrafe und Rechtzeitigkeit vorausgesetzt) sogar kategorisch (vgl aber 1 Ob 96/17z).

13 So im Einzelnen auch *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 14 Rn 36, wonach aus § 28 Abs 2 KSchG kein Umkehrschluss zu ziehen sei, da nicht davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber nach § 28 KSchG befugte Verbände schwächer schützen wollte als nach § 14 UWG Klagslegitimierte.

Foto: Christoph Hofer

Der Autor:

Dr. **Mathias Görg**, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner bei MGLP Rechtsanwälte in Wien. Von ihm stammt ua der 2020 bei LexisNexis erschienene „Kommentar zum UWG".

m.goerg@mglp.eu
lesen.lexisnexis.at/autor/Görg/Mathias

Foto: Christoph Hofer

Der Autor:

Mag. **Maximilian Dietl** ist Rechtsanwaltsanwärter bei MGLP Rechtsanwälte und befasst sich in seiner Praxis insb auch mit lauterkeits- und immaterialgüterrechtlichen Fragenstellungen.

m.dietl@mglp.eu
lesen.lexisnexis.at/autor/Dietl/Maximilian

Jederzeit und überall abrufbar: **rdw.lexisnexis.at**