

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

30.09.2009

**Geschäftszahl**

7Ob166/09a

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Ralph Kilches, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Barbara-Maria D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Kientzl Rechtsanwalt GmbH in Wiener Neustadt, wegen 4.552,30 EUR (sA), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 17. Dezember 2008, GZ 18 R 150/08z-21, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Wiener Neustadt vom 15. April 2008, GZ 2 C 2062/07c-14, infolge Berufung der klagenden Partei bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revision selbst zu tragen.

**Text**

**Entscheidungsgründe:**

Die klagende Gesellschaft ist in der EDV-Branche, Geschäftszweig Internet Provider, IT-Beratung und Softwarevertrieb tätig. Mit Hardware, insbesondere Computern, handelt sie nicht. Seit 16. 9. 2005 ist sie in die gemäß § 7 Abs 2 ECG von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) geführten Sperrliste (Ausschluss der Zusendung kommerzieller Kommunikation im Wege der elektronischen Post) eingetragen. Die Beklagte war vom 24. 5. 2006 bis 6. 11. 2007 Geschäftsführerin der T\*\*\*\*\* GmbH (im Folgenden T\*\*\*\*\*), die den Handel mit Computern betrieb. Einschließlich der Beklagten waren in diesem Unternehmen vier Personen beschäftigt.

Am 26. 7. 2007 und am 23. 8. 2007 bot T\*\*\*\*\* der Klägerin mit Newsletter per E-Mail gebrauchte Computer an. Unter Hinweis darauf, dass diese E-Mail-Werbung gegen § 107 TKG verstoße, forderte die Klägerin T\*\*\*\*\* durch ihren Anwalt auf, künftig weitere E-Mail-Zusendungen zu unterlassen, eine vorbereitete Unterlassungserklärung zu unterfertigen und 613,30 EUR an Kosten zu bezahlen. T\*\*\*\*\* kam dieser Aufforderung nicht nach, sondern teilte der Klägerin mit, diese habe sich selbst bei ihr als Kunde registriert und dabei die Zusendung von Newsletter akzeptiert. T\*\*\*\*\* habe die Klägerin aus ihrem Mailverteiler nun sogleich wieder ausgetragen.

Mit beim Landesgericht Wiener Neustadt am 17. 9. 2007 zu 28 Cg 55/07m eingebrachter Klage begehrte die Klägerin, T\*\*\*\*\* zu verpflichten, es zu unterlassen, unerbetene E-Mails mit Werbeinhalten ohne vorherige Zustimmung der Klägerin oder ohne Bestehen einer Geschäftsbeziehung an diese zu übersenden sowie 100 EUR an Schadenersatz zu bezahlen. Das Verfahren wurde gemäß § 7 Abs 1 KO unterbrochen, da über das Vermögen der T\*\*\*\*\* mit Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 14. 11. 2007 der Konkurs eröffnet wurde. Mit Beschluss vom 24. 7. 2008 wurde der Konkurs nach Schlussverteilung aufgehoben. Der Klagevertreter hat der Klägerin für seine Leistungen im Verfahren 28 Cg 66/07m des Landesgerichts Wiener Neustadt bisher keine Honorarnote gelegt.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten 4.452,30 EUR (sA) und brachte dazu im Wesentlichen vor: Die Beklagte habe die Zusendung von „E-Mail-Spamming“ gemäß § 9 Abs 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten. Gemäß § 107 TKG 2003 sei das Zusenden von E-Mail-Werbung ohne Geschäftsbeziehung und ohne ausreichende Zustimmung verwaltungsstrafrechtlich bereits bei fahrlässiger Begehung strafbar. Es handle sich hierbei um ein Schutzgesetz im Sinn des § 1311 ABGB, sodass die Beklagte

für den von T\*\*\*\*\* verursachten Schaden hafte. Die Beklagte verantwortete auch die Folgeschäden, wenn sie es in dem von ihr geführten Unternehmen zugelassen habe, dass E-Mail-Werbesendungen ohne ausreichende Klärung der Zustimmung verschickt worden seien. Da die Beklagte ihren damaligen Vertreter mit der Einbringung einer Klagebeantwortung beauftragt habe, sei sie für die durch eine aussichtslose Prozessführung verursachten Kosten verantwortlich. Über Auftrag oder zufolge unterlassener Kontrolle durch die Beklagte sei im Verfahren 28 Cg 66/07m des Landesgerichts Wiener Neustadt die grob falsche Behauptung aufgestellt worden, dass sich die Klägerin am 17. 7. 2007 bei T\*\*\*\*\* selbst angemeldet habe. Dies müsse als versuchter Prozessbetrug bezeichnet werden, da die Behauptung, Herr E\*\*\*\*\* habe für die Klägerin E-Mail-Werbung angefordert, falsch sei. Die Beklagte hafte daher für die der Klägerin aufgelaufenen Prozesskosten und vorprozessualen Kosten in Höhe von insgesamt 4.552,30 EUR, die als Folge des Konkurses uneinbringlich seien.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Die Klägerin habe sich selbst in die Mailingliste der T\*\*\*\*\* eingetragen, weshalb ihr automatisch Newsletter geschickt worden seien. Diese Vorgänge seien automatisiert abgelaufen, die Beklagte habe hievon keinerlei Kenntnis gehabt. Keineswegs habe die Beklagte das Verfahren 28 Cg 66/07m, dem von der Klägerin ein weit überhöhter Streitwert zugrundegelegt worden sei, provoziert. Der Klägerin sei es offensichtlich nur darum gegangen, unnötige Kosten zu verursachen. Ein Verwaltungsstrafverfahren gegen die Beklagte sei niemals anhängig gewesen. Ein fahrlässiges Verhalten im Sinn des Verwaltungsstrafgesetzes sei nicht mit einer zivilrechtlichen Haftung gleichzusetzen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die Negativfeststellung, dass nicht festgestellt werden könne, dass von einem Computer im Betrieb der klagenden Partei am 17. 7. 2007 von Herrn E\*\*\*\*\* eine Anmeldung auf der Homepage der T\*\*\*\*\* vorgenommen worden wäre und auf diese Weise Newsletter bestellt worden wären. Rechtlich führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, § 9 Abs 1 VStG normiere nur eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit, begründe aber keinen eigenen autonomen zivilrechtlichen Haftungsanknüpfungstatbestand und stelle auch kein Schutzgesetz nach § 1311 ABGB dar. Auf § 9 VStG iVm § 1311 ABGB könne die Klägerin ihren behaupteten Anspruch daher nicht stützen. Sonderbestimmungen für eine direkte Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten fänden sich im GmbH-Gesetz und in manchen Sondergesetzen. Darüber hinaus hafte der Geschäftsführer einer GmbH dem Geschädigten aufgrund deliktischer Schädigung direkt. Als Schutzgesetze, deren Verletzung die direkte Haftung des Geschäftsführers bewirke, seien insbesondere die Bestimmungen der §§ 133 StGB (Veruntreuung), 146 f StGB (Betrug) und 156 StGB (betrügerische Krida) oder Verletzungen der Konkursantragspflicht zu nennen. Die hier maßgebenden Bestimmungen des TKG hätten mit diesen Schutzgesetzen aber nichts zu tun. Das Bestreiten eines Prozessvorbringens alleine oder das „Sicheinlassen“ auf einen Prozess stelle keine rechtswidrige Handlung dar. Ein bewusst unrichtiges Vorbringen im „Vorprozess“ gegen T\*\*\*\*\* (bzw ein „Prozessbetrug“) durch die Beklagte lasse sich aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen nicht ableiten. Eine Haftung der Beklagten als ehemalige Geschäftsführerin der T\*\*\*\*\* für die geltend gemachten Ansprüche bestehe daher schon dem Grunde nach nicht. Unerörtert könne daher bleiben, ob das Vorgehen von T\*\*\*\*\* den Bestimmungen des TKG entsprochen habe und ob die Klägerin mangels Rechnungslegung durch den Klagevertreter überhaupt geschädigt sei sowie die Angemessenheit der Bewertung des Unterlassungsbegehrens mit 36.000 EUR. Das von der Klägerin angerufene Berufungsgericht bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung. Gegenstand des Verfahrens sei ein Schadenersatzanspruch wegen der der Klägerin im „Vorprozess“ 28 Cg 66/07m entstandenen, zufolge der Insolvenz von T\*\*\*\*\* uneinbringlichen Prozesskosten. Grundsätzlich sei nur für jene Schäden zu haften, die die übertretene Verhaltensnorm gerade verhindern habe sollen (Rechtswidrigkeitszusammenhang). Die Bestimmungen des § 107 TKG 2003 in Verbindung mit § 1 UWG, auf die die Klägerin ihren Anspruch stützen wolle, sollten rechtswidrige Werbung verhindern, nicht aber einen Schaden aus Prozesskosten, der durch eine angeblich mutwillige Prozessführung eingetreten sei. Nur im „Vorprozess“ gegen T\*\*\*\*\* sei es um ein Unterlassungsbegehren wegen Zuwiderhandelns gegen § 107 TKG gegangen. Der Nachweis, dass die Beklagte als Organ von T\*\*\*\*\* hätte erkennen können, dass ihre Prozesseinwände im Vorprozess aussichtslos seien oder falsche Behauptungen aufgestellt worden wären, sei der Klägerin nicht gelungen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um den behaupteten Anspruch auf Schadenersatz zu begründen. Dahingestellt bleiben könne daher, ob eine Verletzung des TKG durch T\*\*\*\*\* begangen worden sei und ob der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Kosten des Vorprozesses (Schadenseintritt ohne Rechnungslegung) fällig sei. Das Berufungsgericht sprach zunächst aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es änderte diesen Ausspruch auf Antrag der Klägerin nach § 508 Abs 1 ZPO aber dahin ab, dass es die Revision doch für zulässig erklärte. Es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, ob in der vorliegenden Situation (verbotene E-Mail-Werbung einer GmbH, deren alleinige Geschäftsführerin die Beklagte war) eine Haftung der Geschäftsführerin für die (von der GmbH uneinbringlichen) Kosten des deswegen geführten Prozesses (wie die Klägerin meine: als Beseitigungsaufwand) bestehe. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Klägerin, die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht und beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache (zur Verfahrensergänzung hinsichtlich der Schadenshöhe) an das Berufungsgericht oder an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Beklagte hat sich am Revisionsverfahren nicht beteiligt.

## Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zwar zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Die Revisionswerberin macht im Wesentlichen geltend, das Berufungsgericht sei insofern von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen, als es die direkte (deliktische) Haftung eines Geschäftsführers für alle Folgen eines UWG-Verstoßes nicht erkannt habe. Von einem Verstoß gegen § 107 TKG - und damit nach ständiger oberstgerichtlicher Judikatur auch gegen § 1 UWG - sei auszugehen, weil die dafür beweispflichtige Beklagte eine Zustimmung der Klägerin zur Zusendung der E-Mail-Werbung nicht beweisen habe können. Ein Alleingeschäftsführer hafte für jeden UWG-Verstoß (und deshalb auch für verbotene E-Mail-Werbung) auch persönlich und könne deshalb auf Unterlassung und Schadenersatz für alle Folgen und deren Beseitigung geklagt werden. Zu diesen Folgen gehörten auch die Kosten einer Prozessführung wegen der Verweigerung der Abgabe einer Unterlassungserklärung. Darauf, ob die Beklagte „den Vorprozess schuldhaft führen ließ“, komme es daher gar nicht mehr an.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten:

Richtig ist zwar, dass der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung schon vor dem Inkrafttreten des TKG 1997 unerbetene Telefonanrufe zu Werbezwecken („Cold Calling“) als unzumutbare, mit den guten Sitten im Geschäftsverkehr nicht vereinbare Belästigung und daher gegen § 1 UWG verstoßend beurteilt hat (4 Ob 388/83 SZ 56/156; 4 Ob 107/94 ÖBl 1995, 12; 4 Ob 192/05x ua). Nach § 101 TKG 1997 (und nunmehr nach § 107 TKG 2003) sind E-Mails zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig und stellen daher auch einen (unmittelbaren) Verstoß gegen § 1 UWG dar (vgl 4 Ob 192/05x). Nach herrschender Meinung trifft es weiters auch zu, dass bei Wettbewerbsverstößen der Gesellschaft neben dieser auch die Geschäftsführer in Anspruch genommen werden können. Voraussetzung dafür ist, dass sie den Wettbewerbsverstoß selbst begangen haben, daran beteiligt waren oder - bei Begehung durch einen im Unternehmen tätigen Dritten - trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Verstoßes nicht eingeschritten sind (4 Ob 377/79 SZ 52/131; 4 Ob 1/91 RdW 1991, 233 ua; Koppensteiner GmbH-Gesetz § 25 Rz 46; Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/341; Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek, Kommentar zum UWG § 16 Rz 97, jeweils mwN). Die Revisionswerberin übersieht aber, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um die Ahndung eines der Beklagten unter den genannten Voraussetzungen vorwerfbaren Verstoßes gegen § 107 TKG geht, sondern von ihr der Ersatz der im wegen des betreffenden Wettbewerbsverstoßes gegen T\*\*\*\*\* geführten „Vorverfahrens“ aufgelaufenen Kosten begehrt wird, die bei der insolvent gewordenen (und daher nun aufgelösten) T\*\*\*\*\* uneinbringlich sind. Dieser Kostenersatzanspruch könnte allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nur dann auf einen Verstoß der Beklagten gegen § 107 TKG gestützt werden, wenn dies vom Schutzzweck dieser Norm erfasst wäre. Ist doch aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens nur für jene Schäden zu haften, welche die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck gerade verhindern sollte (Rechtswidrigkeitszusammenhang; RIS-Justiz RS0022933; 4 Ob 31/07y ua). Schutzzweck des § 107 TKG ist nach einhelliger Auffassung die Bewahrung der Privatsphäre (1 Ob 104/05h mwN); die Klägerin betont in der Revision selbst, dass § 107 TKG davor schützen solle, „dass man unerbetene E-Mail-Werbung bekommt“. § 107 TKG soll also rechtswidrige Werbung verhindern, nicht aber einen Schaden ausgleichen, der daraus resultiert, dass dem Empfänger rechtswidriger Werbemails entstandene Prozesskosten aus einem von ihm gegen einen anderen Ersatzpflichtigen angestrebten Verfahren uneinbringlich sind. Damit fehlt es in Bezug auf die genannte Norm des TKG an der Voraussetzung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Entgegen der Behauptung der Klägerin kann nämlich auch keine Rede davon sein, dass ihre Ersatzforderung einen Beseitigungsanspruch im Sinn des § 15 UWG darstellte. Ein solcher Beseitigungsanspruch dient im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch nach § 14 UWG, der künftige Beeinträchtigungen verhindern soll, nach ständiger Rechtsprechung der Abwehr bereits erfolgter, aber noch fortdauernder Störungen (Wiltschek, UWG7, 955 mwN uva). Mit dem Beseitigungsanspruch wird die Korrektur eines aus früherem rechtswidrigem Verhalten resultierenden, gegenwärtig fortdauernden Störungszustands verlangt (Wiltschek aaO mwN). Wie die Vorinstanzen weiters richtig erkannt haben, kann die behauptete zivilrechtliche Haftung für den Kostenschaden der Klägerin auch aus der allfälligen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung der Beklagten nach § 9 VStG nicht abgeleitet werden. Demnach sind alle von der Klägerin in der Revision geltend gemachten Umstände ungeeignet, eine Haftung der Beklagten zu begründen. Deren Haftung käme, wie die Vorinstanzen richtig ausgeführt haben, nur aus dem Titel des Schadenersatzes in Betracht. Voraussetzung für den von der Klägerin begehrten Ersatz des ihr zufolge Uneinbringlichkeit der Kosten des Vorprozesses entstandenen Schadens wäre daher ein sonstiges rechtswidriges, der Beklagten persönlich vorwerfbares Verhalten als Geschäftsführerin der T\*\*\*\*\*, das für den Schaden adäquat kausal war (vgl etwa Rauter/Ratka aaO Rz 2/2). Ein solches die Haftung der Beklagten begründendes Verhalten hat die Klägerin zwar behauptet, indem sie den Vorwurf erhob, die Beklagte habe als Geschäftsführerin eine aussichtslose Prozessführung der T\*\*\*\*\* samt wissentlich falscher Behauptungen zu verantworten. Der Nachweis dieser, eine Haftung wegen absichtlicher sittenwidriger Schädigung begründenden, Behauptungen ist der Klägerin allerdings nicht gelungen. Dass die Beklagte die Uneinbringlichkeit der Prozesskosten etwa deshalb zu vertreten hätte, weil sie als Geschäftsführerin an der Insolvenz der T\*\*\*\*\* ein Verschulden träge, hat sie gar nicht behauptet, geschweige denn bewiesen.

Auch aus dem in der Revision ausführlich wiederholten und bekräftigten Vorwurf, die Beklagte treffe insofern ein Organisationsverschulden, als sie als Geschäftsführerin nicht die erforderlichen Vorkehrungen für die ordnungsgemäße Anmeldung und Verwaltung ihrer Newsletter veranlasst habe, ist für den Prozessstandpunkt

der Klägerin nichts zu gewinnen. Sie übersieht, dass ohnehin nicht erwiesen ist, dass eine „Selbstanmeldung“ durch einen ihrer Mitarbeiter erfolgte. Die eingehenden Ausführungen, dass nach ständiger deutscher Judikatur es bei E-Mail-Newsletter-Verwaltung gültige Anmeldungen nur nach einem sogenannten Double-Opt-In geben könne, müssen daher ins Leere gehen. Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass es auf die Frage, ob der Beklagten auch persönlich ein Verstoß gegen § 107 TKG vorgeworfen werden kann (und sie daher im Vorprozess mitgeklagt hätte werden können), nicht ankommt.

Auch die Ausführungen der Revisionswerberin zu Artikel 18 (Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG und Artikel 13 (Unerbetene Nachrichten) der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG sind deshalb nicht zielführend; auch dadurch lässt sich eine Geschäftsführerhaftung in einem Fall wie dem vorliegenden nicht begründen. Es verbietet sich daher, der Anregung der Klägerin zu folgen, zwei diese Bestimmungen betreffende Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten.

Da die Vorinstanzen eine Haftung der Beklagten demnach frei von Rechtsirrtum verneint haben, muss die Revision erfolglos bleiben. Dahingestellt bleiben kann, ob das Klagebegehren im Hinblick darauf, dass der Klägerin die geforderten Kosten noch nicht in Rechnung gestellt wurden, auch schon am Nachweis des Schadens oder an der mangelnden Fälligkeit des Ersatzanspruchs scheitern müsste. Die Entscheidung über die Kosten gründet sich auf die §§ 40, 50 ZPO.