



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie die Richterin Mag. Martina Elhenicky und den Kommerzialrat Dieter Emmerich Lugstein in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Gratems s.r.o.**, Winterova 62, 92101 Piestany, Slowakei, vertreten durch Otto Höffmann und Jana Stefan, Rechtsanwälte in Cloppenburg, Deutschland (Einvernehmensanwalt Blum, Hagen und Partner, Rechtsanwälte GmbH in Feldkirch), wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Versäumnisurteil des Handelsgerichts Wien vom 09.07.2012, 57 Cg 43/12t-21, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 2.723,70 (darin EUR 453,65 USt) bestimmten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der klagende Verbraucherschutzverein erhob ein Unterlassungsbegehren, mit dem der beklagten Partei verboten werden sollte, gegenüber österreichischen Verbrauchern den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie hätten bei einem von ihr veranstalteten Gewinnspiel einen Bargeldpreis gewonnen, den sie nur noch im Rahmen einer Ausflugsfahrt entgegenzunehmen bräuchten, wenn auf dieser Ausflugsfahrt gar kein solcher Gewinn ausgezahlt werde. Darüber hinaus wurde ein Urteilsveröffentlichungsbegehren erhoben.

Nach dem Klagsvorbringen habe die Beklagte etwa im August 2011 Briefe mit dem Absender „Zentrale Gewinnverteilung“ und der Überschrift „Wir gratulieren! 10.000 Euro-Gewinnspiel Jackpot-Bargeldregen“ an namentlich angesprochene Verbraucherinnen in Österreich versendet. Diese Schreiben hätten folgende Textpassagen enthalten:

*„10.000,00 Euro-Bargeldgewinne! Herzlichen Glückwunsch, Frau ... ! Sie haben gewonnen! Frau ... ! Die Auszahlung erfolgt am 22.09.2011. Der Jackpot ist geknackt! Herzlichen Glückwunsch! Sie haben bei dem ,JACKPOT-GEWINNSPIEL - 10.000,00 EURO-BARGELD‘ gewonnen. Herzlichen Glückwunsch, Frau ... !“*

Weiters sei in diesen Briefen behauptet worden, dass ein Außendienstmitarbeiter die namentlich angeführte Verbraucherin bereits habe besuchen wollen, um sie mit ihrem Gewinn zu überraschen. Dabei habe er sie leider nicht angetroffen, weshalb sie nun schriftlich über ihren Gewinn informiert werde. Unter notarieller Aufsicht sei das große Jackpot-Bargeldgewinnspiel 10.000,00 Euro für

Geburtstagsfreunde durchgeführt worden, und die Adressantin habe richtig Glück gehabt. Mit diesem Brief erhalte sie ihre persönliche offizielle Gewinnbestätigung. Sie werde am 22.9.2011 kostenlos abgeholt, damit sie ihren Gewinn auf der Ausflugsfahrt in die Region Neusiedler See in einem persönlich für sie arrangierten Rahmen in Empfang nehmen könne. Da der 22.9.2011 für sie der wichtigste Tag des Jahres sei, da ihr an diesem Tag ihr Gewinn persönlich ausgezahlt werde, könne sie aus Sicherheitsgründen entscheiden, ob sie ihren Gewinn in bar oder per Scheck erhalten wolle.

Diesem Schreiben, so die Klage weiter, sei eine Antwortkarte angeschlossen gewesen. Wer sich damit für die Ausflugsfahrt zwecks Entgegennahme seines Gewinns von EUR 10.000,00 angemeldet habe, sei zu einer Verkaufsveranstaltung für Reisen und Magnetfeldmatten gebracht worden; der angekündigte 10.000-Euro-Bargeldpreis sei nicht ausgezahlt worden. Das Verhalten der beklagten Partei stelle somit eine irreführende Geschäftspraktik im Sinn des § 2 UWG dar; die Wiederholungsgefahr sei aufrecht.

Nach rechtzeitig erstatteter Klagebeantwortung, in der sie lediglich bestritt, derartige Schreiben versandt zu haben, erschien die beklagte Partei nicht zur vorbereitenden Tagsatzung am 09.07.2012. Auf Antrag der klagenden Partei fällte das Erstgericht daraufhin gemäß § 396 Abs 1 und 2 ZPO ein der Klage stattgebendes Versäumnungsurteil.

Dagegen richtet sich die Berufung der beklagten Partei mit dem - nach Verbesserung erkennbaren - Antrag, das angefochtene Urteil so abzuändern, dass die Klage abgewiesen werde.

Die klagende Partei beantragt, der Berufung nicht

Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Gemäß § 467 Z 3 ZPO muss die Berufung die bestimmte Erklärung enthalten, inwieweit das Urteil angefochten wird, die ebenso bestimmte kurze Bezeichnung der Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe), und die Erklärung, ob die Aufhebung oder eine Abänderung des Urteiles, und welche beantragt werde (Berufungsantrag). Aufgrund eines gemäß § 474 Abs 2 iVm §§ 471 Z 3, 84, 85 ZPO erteilten Verbesserungsauftrages wurde der ursprünglich fehlende Berufungsantrag nachgetragen; die geltend gemachten Berufungsgründe bewegen sich aber weiterhin an der Grenze der Erkennbarkeit. Im Sinne des Vorrangs einer Sachentscheidung vor einer Zurückweisung aus formalen Gründen ist dennoch inhaltlich auf das Rechtsmittel einzugehen.

Die mit den Bestimmungen der ZPO offenbar nicht vertraute Berufungswerberin lässt die Tatsache völlig außer Acht, dass es sich bei dem angefochtenen Urteil um ein Versäumungsurteil handelt. Bei der Urteilsfällung war gemäß § 396 Abs 1 ZPO das Tatsachenvorbringen des Klägers für wahr zu halten, soweit es nicht durch vorliegende Beweise widerlegt wurde, und auf dieser Grundlage über das Klagebegehren zu erkennen. Das Urteil wurde gemäß § 396 Abs 2 ZPO erlassen, bevor sich die beklagte Partei durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hatte, sodass die in der Berufung enthaltenen Tatsachenbehauptungen - insbesondere die Bestreitung der Urheberschaft für die inkriminierten Briefe und damit der Passivlegitimation der beklagten Partei - durchwegs gegen das im Berufungsverfahren geltende Neuerungsverbot (§ 482 ZPO) verstoßen.

Eine Berufung gegen ein Versäumungsurteil nach § 396

ZPO kann mit Aussicht auf Erfolg nur erhoben werden, wenn entweder gar keine Säumnis vorlag (diesfalls wäre das Urteil wegen Nichtigkeit aufzuheben) oder wenn die Klage unschlüssig war (diesfalls wäre das Urteil infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung in ein klagsabweisendes „negatives Versäumungsurteil“ abzuändern).

Dafür, dass das angefochtene Urteil an einer Nichtigkeit leiden könnte, etwa weil die beklagte Partei nicht ordnungsgemäß zur vorbereitenden Tagsatzung geladen worden und deshalb nicht als säumig anzusehen wäre, bietet das Berufungsvorbringen nicht den geringsten Anhaltspunkt. Der Berufungsgrund Nichtigkeit scheidet daher aus.

Es kann aber auch keine Rede davon sein, dass das Erstgericht das gemäß § 396 Abs 1 ZPO für wahr zu haltende Tatsachenvorbringen des Klägers unrichtig rechtlich beurteilt hätte, weil daraus nicht die beantragte Rechtsfolge abzuleiten und das Klagebegehren somit unschlüssig gewesen wäre. Dass der in der Klage wiedergegebene Text, ungeachtet der in der Berufung hilfsweise angestellten spitzfindigen grammatikalischen und syntaktischen Betrachtungen, selbstverständlich den Eindruck erweckt (und erwecken soll), dass die Adressatin 10.000,-- Euro gewonnen habe, bedarf keiner ausführlichen Begründung. Dass es in Wirklichkeit keinen Gewinn gab, bestreitet die Beklagte nicht einmal.

Damit ist zwar nicht, wie in der Klage irrtümlich angeführt, der Tatbestand der irreführenden Geschäftspraktik nach § 2 UWG, wohl aber jener der aggressiven Geschäftspraktik nach § 1a Abs 3 UWG iVm Z 31 lit a) des Anhangs zum UWG erfüllt. Auch hierfür besteht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 14 Abs 1 UWG sowie ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung nach § 25 Abs 3

UWG. Das Erstgericht hat daher völlig zu Recht ein klagsstattgebendes Versäumungsurteil gefällt.

Der unberechtigten Berufung ist somit kein Erfolg beschieden. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Gründe für die Zulassung der ordentlichen Revision sind nicht ersichtlich.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 29. November 2012

**Dr. Curd Steinhauer**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG