

TE OGH 2007/10/2 4Ob171/07m

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.10.2007

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei *****schutzverband *****, vertreten durch Saxinger Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wels, gegen die beklagte Partei *****ges.m.b.H., *****, vertreten durch Dr. Markus Andréewitch und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 33.300 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz vom 13. August 2007, GZ 2 R 144/07w-10, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm§ 526 Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.Der Revisionsrekurs wird gemäß Paragraphen 78., 402 EO in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

Text

Begründung:

Die Beklagte warb in Prospekten für die Anfertigung von „4 Passfotos nach EU-Richtlinien“, ohne über eine entsprechende Gewerbeberechtigung zu verfügen. Tatsächlich wurden die Fotos in Automaten hergestellt, die ein dazu berechtigtes Unternehmen in den Verkaufsräumen der Beklagten betrieb.

Der klagende Schutzverband beantragt, der Beklagten das Ausüben des Gewerbes „Erstellung von Passfotos mittels Automaten“ zu verbieten (§ 1 UWG, Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch). Die Vorinstanzen wiesen diesen Antrag ab. Die Beklagte habe das Gewerbe jedenfalls nicht selbst ausgeübt. Eine „objektive“ - dh am tatsächlichen Sachverhalt, nicht am Erscheinungsbild der Ankündigung anknüpfende - Prüfung ergebe, dass die Beklagte auch keine eigene Leistung „angeboten“ habe, was nach § 1 Abs 4 GewO dem Ausüben gleichzuhalten wäre.Der klagende Schutzverband beantragt, der Beklagten das Ausüben des Gewerbes „Erstellung von Passfotos mittels Automaten“ zu verbieten (Paragraph eins, UWG, Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch). Die Vorinstanzen wiesen diesen Antrag ab. Die Beklagte habe das Gewerbe jedenfalls nicht selbst ausgeübt. Eine „objektive“ - dh am tatsächlichen Sachverhalt, nicht am Erscheinungsbild der Ankündigung anknüpfende - Prüfung ergebe, dass die Beklagte auch keine eigene Leistung „angeboten“ habe, was nach Paragraph eins, Absatz 4, GewO dem Ausüben gleichzuhalten wäre.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des klagenden Schutzverbands zeigt keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung auf.

Die Entscheidung des Rekursgerichts steht im Einklang mit der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung zum Begriff des „Anbietens“ in § 1 Abs 4 GewO: Maßgebend ist, ob der belangte Mitbewerber die von ihm angekündigte Leistung tatsächlich selbst erbringt. Das ist nicht der Fall, wenn er sich dafür eines befugten (Sub-)Unternehmens bedient oder - wie hier - nur für Leistungen eines Dritten wirbt. In der vom Rekursgericht zitierten Entscheidung (4 Ob 177/89 = ecolex 1990, 298) hatte der Beklagte auf den letztgenannten Umstand zwar anders als hier - hingewiesen; das hat der Senat aber in seiner späteren Rechtsprechung nicht mehr als erforderlich angesehen (4 Ob 113/90 = ecolex 1990, 695; 4 Ob 124/90 = EvBl 1991/79; 4 Ob 1094/95; 4 Ob 2321/96v; ähnlich auch 4 Ob 2388/96x = ecolex 1997, 957; 4 Ob 249/99t).

Der Revisionsrekurs zeigt zwar zutreffend auf, dass der Verwaltungsgerichtshof das „Anbieten“ iSv§ 1 Abs 4 GewO anders als der Oberste Gerichtshof nach dem Wortlaut (dem Inhalt) der strittigen Ankündigung beurteilt (GZ 88/04/0128, 91/04/0299, 92/04/0044; zuletzt etwa 2002/04/0069 mwN). Das gilt auch für die Frage, wer aufgrund einer Ankündigung als anbietende Person anzusehen ist (GZ 2002/04/0081). Auf die hinter der Ankündigung stehende „Absicht“ - und damit wohl auch auf den tatsächlichen Sachverhalt - kommt es danach nicht an. Auf dem Boden dieser Rechtsprechung hätte die Beklagte hier die strittige Leistung daher tatsächlich selbst „angeboten“. Der Revisionsrekurs zeigt zwar zutreffend auf, dass der Verwaltungsgerichtshof das „Anbieten“ iSv Paragraph eins, Absatz 4, GewO anders als der Oberste Gerichtshof nach dem Wortlaut (dem Inhalt) der strittigen Ankündigung beurteilt (GZ 88/04/0128, 91/04/0299, 92/04/0044; zuletzt etwa 2002/04/0069 mwN). Das gilt auch für die Frage, wer aufgrund einer Ankündigung als anbietende Person anzusehen ist (GZ 2002/04/0081). Auf die hinter der Ankündigung stehende „Absicht“ - und damit wohl auch auf den tatsächlichen Sachverhalt - kommt es danach nicht an. Auf dem Boden dieser Rechtsprechung hätte die Beklagte hier die strittige Leistung daher tatsächlich selbst „angeboten“.

Auf diese (strenge) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt es aber aus zwei Gründen nicht an.

Zum einen ist das Begehr des klagenden Schutzverbands lediglich darauf gerichtet, der Beklagten das Ausüben des Gewerbes zu verbieten. Das ist - auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (GZ 91/04/0066, 91/04/0074, 91/04/0299) - ein aliud gegenüber dem bloßen Anbieten. Dass das Anbieten dem Ausüben nach§ 1 Abs 4 GewO (rechtlich) gleichzuhalten ist, ändert nichts daran, dass es sich in der Sache um zwei verschiedene Verhaltensweisen handelt, die weder miteinander ident sind noch im Verhältnis von Mehr und Weniger zueinander stehen. Ein Verbot des Ausübens könnte daher keinesfalls ausgesprochen werden. Zum anderen kann von einem sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung durch eine Gesetzesverletzung nur dann gesprochen werden, wenn das gesetzwidrige Handeln geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken (4 Ob 99/03t = SZ 2003/56 - Veranstaltungshinweise; RIS-Justiz RS0117605). Dieses Prinzip der „Spürbarkeit“ gilt auch bei der (möglichen) Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften (4 Ob 74/06w = ÖBI 2006, 268 - Einkaufszentrum U III; RIS-Justiz RS0120712): In diesen Fällen kann der sachlich nicht gerechtfertigte Vorsprung etwa darin bestehen, dass der Verletzer eine Geschäftstätigkeit ohne die gesetzlich geforderten Voraussetzungen nicht ausüben dürfte oder dass er sich durch das Unterbleiben der durch Gesetz oder Auflage geforderten Maßnahmen Aufwendungen erspart und so sein Angebot günstiger als ein gesetzestreuer Mitbewerber auf den Markt bringen kann. Ein solcher Vorsprung besteht nur, wenn das Verhalten geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken. Zum einen ist das Begehr des klagenden Schutzverbands lediglich darauf gerichtet, der Beklagten das Ausüben des Gewerbes zu verbieten. Das ist - auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (GZ 91/04/0066, 91/04/0074, 91/04/0299) - ein aliud gegenüber dem bloßen Anbieten. Dass das Anbieten dem Ausüben nach Paragraph eins, Absatz 4, GewO (rechtlich) gleichzuhalten ist, ändert nichts daran, dass es sich in der Sache um zwei verschiedene Verhaltensweisen handelt, die weder miteinander ident sind noch im Verhältnis von Mehr und Weniger zueinander

stehen. Ein Verbot des Ausübens könnte daher keinesfalls ausgesprochen werden. Zum anderen kann von einem sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung durch eine Gesetzesverletzung nur dann gesprochen werden, wenn das gesetzwidrige Handeln geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken (4 Ob 99/03t = SZ 2003/56 - Veranstaltungshinweise; RIS-Justiz RS0117605). Dieses Prinzip der „Spürbarkeit“ gilt auch bei der (möglichen) Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften (4 Ob 74/06w = ÖBI 2006, 268 - Einkaufszentrum U III; RIS-Justiz RS0120712): In diesen Fällen kann der sachlich nicht gerechtfertigte Vorsprung etwa darin bestehen, dass der Verletzer eine Geschäftstätigkeit ohne die gesetzlich geforderten Voraussetzungen nicht ausüben dürfte oder dass er sich durch das Unterbleiben der durch Gesetz oder Auflage geforderten Maßnahmen Aufwendungen erspart und so sein Angebot günstiger als ein gesetzestreuer Mitbewerber auf den Markt bringen kann. Ein solcher Vorsprung besteht nur, wenn das Verhalten geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken.

Im hier zu beurteilenden Fall lag eine (mögliche) Gesetzesverletzung, wenn überhaupt, nur darin, dass die Beklagte nicht ausdrücklich darauf hinwies, dass nicht sie selbst, sondern ein dazu befugter Dritter die strittige Leistung erbringen werde. Dadurch hat sich die Beklagte keine relevanten Aufwendungen erspart. Auch am „Anlockeffekt“ des außergewöhnlich günstigen Angebots hätte sich nichts geändert, wenn die Beklagte auf die tatsächlichen Umstände hingewiesen hätte. Selbst wenn die Beklagte gegen § 1 Abs 4 GewO verstoßen haben sollte, wäre diese Gesetzesverletzung daher nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb in spürbarer Weise zu beeinflussen. Die Auslegung von § 1 Abs 4 GewO ist somit für die Entscheidung über den Sicherungsantrag unerheblich. Der Revisionsrekurs ist aus diesem Grund zurückzuweisen. Im hier zu beurteilenden Fall lag eine (mögliche) Gesetzesverletzung, wenn überhaupt, nur darin, dass die Beklagte nicht ausdrücklich darauf hinwies, dass nicht sie selbst, sondern ein dazu befugter Dritter die strittige Leistung erbringen werde. Dadurch hat sich die Beklagte keine relevanten Aufwendungen erspart. Auch am „Anlockeffekt“ des außergewöhnlich günstigen Angebots hätte sich nichts geändert, wenn die Beklagte auf die tatsächlichen Umstände hingewiesen hätte. Selbst wenn die Beklagte gegen Paragraph eins, Absatz 4, GewO verstoßen haben sollte, wäre diese Gesetzesverletzung daher nicht geeignet gewesen, den Wettbewerb in spürbarer Weise zu beeinflussen. Die Auslegung von Paragraph eins, Absatz 4, GewO ist somit für die Entscheidung über den Sicherungsantrag unerheblich. Der Revisionsrekurs ist aus diesem Grund zurückzuweisen.

Anmerkung

E85623 4Ob171.07m

Schlagworte

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in wbl 2008,100/42 - wbl 2008/42 = ÖBI-LS 2008/40

XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2007:0040OB00171.07M.1002.000

Zuletzt aktualisiert am

05.08.2008

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at