

# TE OGH 2001/9/25 4Ob189/01z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.09.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat 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 W\*\*\*\*\*verband \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolf Schuler, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die Beklagten 1. Heinrich E\*\*\*\*\*, 2. Bewachung-Sicherheit-Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG, \*\*\*\*\*, Bundesrepublik Deutschland, beide vertreten durch Dr. Franz Gerald Hitzenbichler und Mag. Ludwig Vogl, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 450.000 S), infolge Revisionsrekurses der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 17. Mai 2001, GZ 3 R 90/01b-10, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 5. April 2001, GZ 7 Cg 43/01m-6, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Der Kläger ist schuldig, den Beklagten die mit 12.326,49 S bestimmten halben Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin 2.054,41 S USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Kläger hat die halben Kosten des Revisionsrekursverfahrens vorläufig selbst zu tragen; die halben Kosten hat er endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Aufgabe des klagenden Wettbewerbsverbands ist es, die Interessen der in Österreich tätigen Unternehmen zu wahren und alle Erscheinungsformen unlauteren Wettbewerbs zu bekämpfen. Dem Verband gehören ausschließlich Unternehmer, und zwar insbesondere Bewachungs- und Detektivunternehmen, sowie zahlreiche Landesgremien und Innungen der Handelskammern verschiedener Bundesländer an.

Die Zweitbeklagte ist im Handelsregister des Amtsgerichts Traunstein zu HRA 7219 als Kommanditgesellschaft eingetragen; ihr einziger persönlich haftender Gesellschafter ist der Erstbeklagte. Weder der Erstbeklagte noch die Zweitbeklagte verfügen in Österreich über eine Gewerbeberechtigung für Tätigkeiten des Bewachungsgewerbes gemäß § 127 Z 18 GewO. In Deutschland verfügen die Beklagten über einen Gewerbeschein für die Bewachung gemäß § 34a dGewO. Bis 12. 3. 2001 führte die Zweitbeklagte die Firma "Bewachung-Sicherheit-Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG"; seit diesem Zeitpunkt lautet ihre Firma "Bewachung-Sicherheit-Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG". Die Zweitbeklagte ist im Handelsregister des Amtsgerichts Traunstein zu HRA 7219 als Kommanditgesellschaft eingetragen;

ihr einziger persönlich haftender Gesellschafter ist der Erstbeklagte. Weder der Erstbeklagte noch die Zweitbeklagte verfügen in Österreich über eine Gewerbeberechtigung für Tätigkeiten des Bewachungsgewerbes gemäß Paragraph 127, Ziffer 18, GewO. In Deutschland verfügen die Beklagten über einen Gewerbeschein für die Bewachung gemäß Paragraph 34 a, dGewO. Bis 12. 3. 2001 führte die Zweitbeklagte die Firma "Bewachung-Sicherheit-Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG"; seit diesem Zeitpunkt lautet ihre Firma "Bewachung-Sicherheit-Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG".

Am 24. 1. 2001 schrieb der Erstbeklagte der telekom.at wie folgt:

"...

Folgende Einträge in Städte mit Detektivunternehmen C\*\*\*\*\*-KG ohne Adresse nur mit Tel. Nr. 066\*\*\*\*\* sind bitte zu machen:

Innsbruck, Salzburg, Linz, Wels, Braunau, Bregenz, Villach, Mattighofen, Hallein, St. Johann/T.

Weiters sollte in Salzburg und Innsbruck ein zweiter Eintrag gemacht werden unter Bewachungen wiederum nur mit meiner Tel. Nr. 066\*\*\*\*\* und ohne Internetadresse.

In Salzburg und Innsbruck käme bei Detektivunternehmen C\*\*\*\*\*-KG die Internetadresse [www.b\\*\\*\\*\\*\\*.de/members/detektive](http://www.b*****.de/members/detektive) hinzu!

Für den offiziellen Eintrag unter Heinrich E\*\*\*\*\* , 066\*\*\*\*\*.

..."

Am 5. 2. 2001 schien die Zweitbeklagte in der Datenbank OTP.at unter "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, 5111 Bürmoos (S)" und am 8. 3. 2001 als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG, 5111 Bürmoos (S)", jeweils mit der Telefonnummer 066\*\*\*\*\*, auf. Darüber hinaus schien die Zweitbeklagte als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG" mit der oben angeführten Telefonnummer auch unter 5111 Bregenz (V), 5111 Hallein (S), 5111 Badgastein (S), 5111 Braunau am Inn (OÖ), 5111 Innsbruck (T), 5111 Mattighofen (OÖ), 5111 Oberndorf bei Salzburg (S), 5111 St. Johann/Pg (S), 5111 St. Johann/Tirol (T), 5111 Villach (K), 5111 Wels (OÖ) auf. Am 5. 2. 2001 schien die Zweitbeklagte in der Datenbank OTP.at unter "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, 5111 Bürmoos (S)" und am 8. 3. 2001 als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG, 5111 Bürmoos (S)", jeweils mit der Telefonnummer 066\*\*\*\*\*, auf. Darüber hinaus schien die Zweitbeklagte als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG" mit der oben angeführten Telefonnummer auch unter 5111 Bregenz (römisch fünf), 5111 Hallein (S), 5111 Badgastein (S), 5111 Braunau am Inn (OÖ), 5111 Innsbruck (T), 5111 Mattighofen (OÖ), 5111 Oberndorf bei Salzburg (S), 5111 St. Johann/Pg (S), 5111 St. Johann/Tirol (T), 5111 Villach (K), 5111 Wels (OÖ) auf.

Im Herold-Telefonbuch CD 1/2001 ist der Erstbeklagte unter der Ortsangabe Bürmoos (S) mit der Adresse A-5111 Bürmoos, \*\*\*\*\*, und der Telefonnummer 066\*\*\*\*\* eingetragen. In den Gelben Seiten Online von Herold Business Data vom 14. 3. 2001 findet sich das Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG mit der Adresse A-5111 Bürmoos, \*\*\*\*\*, und der Telefonnummer +43 (66\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* sowie der e-mail-Adresse [c\\*\\*\\*\\*\\*@gmx.net](mailto:c*****@gmx.net) und dem Branchenhinweis "Bewachungsunternehmen". Im elektronischen Telefonbuch ETP.at ist die Zweitbeklagte mit der Bezeichnung "Bewachung-Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG" jeweils mit der Telefonnummer 066\*\*\*\*\* und der Ortsbezeichnung Innsbruck, Salzburg, Linz, Villach, St. Johann/Tirol, Badgastein, Bürmoos, Hallein, Oberndorf bei Salzburg, Salzburg, St. Johann/Pg., Braunau am Inn, Mattighofen, Wels, Bregenz eingetragen. Bei der Eintragung für Innsbruck und Salzburg ist auch die Internet-Adresse "[www.b\\*\\*\\*\\*\\*.de/members/detektive](http://www.b*****.de/members/detektive)" angeführt.

Dem Erstbeklagten wurde mit Bescheid des Landesratsamts Berchtesgadner-Land vom 27. 4. 2000, ZI 350-826-1/4, die Erlaubnis zur umfassenden Bewachungstätigkeit ohne Einschränkung gemäß § 34a dGewO unter Berücksichtigung der Bewachungsverordnung erteilt. Am 12. 8. 2000 fragte der Erstbeklagte für die Zweitbeklagte beim Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft in Bonn an, ob die Zweitbeklagte Alarmanlagen in Deutschland und Österreich verkaufen und installieren dürfe oder ob die österreichischen Behörden Schwierigkeiten machen könnten. Die Zweitbeklagte beabsichtige, laut § 34a dGewO auch in Österreich tätig zu werden und insbesondere Alarmanlagen der Firma e\*\*\*\*\* zu vertreiben und zu installieren, "die in unserer Firma aufgeschaltet werden, um auch Alarmverfolgungen fahren zu können". Der Erstbeklagte ersuchte, ihm die Antworten per Fax zukommen zu lassen. Das Erstgericht konnte keine "genaue Antwort auf diese Anfrage" feststellen. Dem Erstbeklagten wurde mit Bescheid des Landesratsamts Berchtesgadner-Land vom 27. 4. 2000, ZI 350-826-1/4, die Erlaubnis zur umfassenden Bewachungstätigkeit ohne

Einschränkung gemäß Paragraph 34 a, dGewO unter Berücksichtigung der Bewachungsverordnung erteilt. Am 12. 8. 2000 fragte der Erstbeklagte für die Zweitbeklagte beim Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft in Bonn an, ob die Zweitbeklagte Alarmanlagen in Deutschland und Österreich verkaufen und installieren dürfe oder ob die österreichischen Behörden Schwierigkeiten machen könnten. Die Zweitbeklagte beabsichtige, laut Paragraph 34 a, dGewO auch in Österreich tätig zu werden und insbesondere Alarmanlagen der Firma e\*\*\*\*\* zu vertreiben und zu installieren, "die in unserer Firma aufgeschaltet werden, um auch Alarmverfolgungen fahren zu können". Der Erstbeklagte ersuchte, ihm die Antworten per Fax zukommen zu lassen. Das Erstgericht konnte keine "genaue Antwort auf diese Anfrage" feststellen.

Der Landeshauptmann von Salzburg hat mit Bescheid vom 15. 3. 2001 dem Erstbeklagten gemäß § 28 Abs 1 Z 2 lit a und Abs 3 GewO 1994 die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zum Zweck der Ausübung des Gewerbes Sicherheitsgewerbe, eingeschränkt auf Berufsdetektive (§ 127 Z 18 GewO 1994), beschränkt aufDer Landeshauptmann von Salzburg hat mit Bescheid vom 15. 3. 2001 dem Erstbeklagten gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a und Absatz 3, GewO 1994 die Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zum Zweck der Ausübung des Gewerbes Sicherheitsgewerbe, eingeschränkt auf Berufsdetektive (Paragraph 127, Ziffer 18, GewO 1994), beschränkt auf

- a) die Erteilung von Auskünften über Privatverhältnisse,
- b) die Beischaffung von Beweismitteln für Zwecke eines gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahrens,
- c) die Beobachtung und Kontrolle der Treue von Arbeitnehmern und
- d) die Beobachtung von Kunden in Geschäftslokalen

erteilt.

Am 3. 4. 2001 schrieb der Beklagtenvertreter Rechtsanwalt Dr. Franz Gerald Hitzenbichler der Herold Business Data AG auszugsweise wie folgt:

"Mein Mandant hat erstmals durch eine Wettbewerbsklage des W\*\*\*\*\*verbandes aus \*\*\*\*\* in Erfahrung gebracht, dass Sie Daten, die mein Mandant der Telekom Austria zum Eintrag im elektronischen Telefonbuch zur Verfügung gestellt hat, ohne sein Wissen weiterverarbeitet und in verschiedenen Dateien eintragen haben lassen, wobei allerdings eine Veränderung stattgefunden hat, weil Herr E\*\*\*\*\* gegenüber der Telekom Austria ausdrücklich aufgetragen hat, die Veröffentlichung ohne Adresse vorzunehmen.

Laut Darstellung des beigeschlossenen Abfrageausdrucks vom 14. 3. 2001 (...) scheint aber unter der Rubrik Detektivunternehmen \*\*\*\*\*-KG eine Adresse A-5111 Bürmoos, \*\*\*\*\* , mit der Handynummer meines Mandanten auf.

Da mein Mandant eine derartige Veröffentlichung nicht in Auftrag gegeben hat, ersuche ich Sie höflichst, umgehend zu veranlassen, dass die Eintragung mit der Postleitzahl und der Adresse \*\*\*\*\* entfällt und gegebenenfalls die Adresse L\*\*\*\*\*, D-\*\*\*\*\*, aufgenommen wird.

..."

Der Kläger begehrt zur Sicherung seines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu gebieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen,

für Dienstleistungen des Bewachungsgewerbes mit Standorten in Österreich zu werben, ohne über die für die Ausübung dieses Gewerbes an diesen angegebenen Standorten in Österreich notwendige österreichische gewerberechtliche Bewilligung zu verfügen, indem sie sich zB als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG" oder "Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG" mit Standorten in Innsbruck, Linz, Mattighofen, Oberndorf, Salzburg, St. Johann im Pongau, St. Johann in Tirol, Villach, Wels, Badgastein, Braunau, Bregenz, Bürmoos und Hallein in die Gelben Seiten Online von Herold Business Data, in die Internet Datenbank OTB.at und in die ETB Datenbank eintragen ließen und dort abgerufen werden können,

über ihre geschäftlichen Verhältnisse unrichtige und irreführende Angaben zu machen, indem sie sich zB als "Detektivunternehmen C\*\*\*\*\* KG" oder nunmehr mit "Bewachung Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG", oder "Detektivunternehmen A\*\*\*\*\*-KG" in die Gelben Seiten Online von Herold Business Data, in der Internet Datenbank OTB.at und in der ETB für diverse Standorte in Österreich wie zB Innsbruck, Linz, Mattighofen, Oberndorf, Salzburg, St.

Johann im Pongau, St. Johann in Tirol, Villach, Wels, Badgastein, Braunau, Bregenz, Bürmoos und Hallein eintragen ließen und abgerufen werden können, ohne tatsächlich in Österreich, geschweige denn an diesen Standorten, gewerberechtliche Betriebsstätten zu besitzen.

Die Beklagten verfügten über keine Bewilligung nach § 254 GewO, um das Bewachungsgewerbe ausüben zu können. Das Werben für ihre Leistungen sei ein Anbieten dieser Leistungen; das Anbieten sei der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten. Die deutsche Gewerbeberechtigung berechtige die Beklagten nicht, in Österreich mit österreichischen Betriebsstandorten aufzutreten. Dazu wäre eine österreichische Gewerbeberechtigung notwendig, die auf einen bestimmten Standort mit weiteren Betriebsstätten zu lauten hätte; über eine solche Gewerbeberechtigung verfügten die Beklagten nicht. Mit ihren Verstößen gegen die Gewerbeordnung handelten sie sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Mit der Einschaltung in die Telefonverzeichnisse hätten die Beklagten auch gegen § 2 UWG verstoßen. Sie hätten damit den unrichtigen und irreführenden Eindruck erweckt, über eine Vielzahl von Betriebsstätten in ganz Österreich zu verfügen und damit mit einem Geschäftsumfang geworben, über den sie nicht verfügten. Die Beklagten verfügten über keine Bewilligung nach Paragraph 254, GewO, um das Bewachungsgewerbe ausüben zu können. Das Werben für ihre Leistungen sei ein Anbieten dieser Leistungen; das Anbieten sei der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten. Die deutsche Gewerbeberechtigung berechtige die Beklagten nicht, in Österreich mit österreichischen Betriebsstandorten aufzutreten. Dazu wäre eine österreichische Gewerbeberechtigung notwendig, die auf einen bestimmten Standort mit weiteren Betriebsstätten zu lauten hätte; über eine solche Gewerbeberechtigung verfügten die Beklagten nicht. Mit ihren Verstößen gegen die Gewerbeordnung handelten sie sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG. Mit der Einschaltung in die Telefonverzeichnisse hätten die Beklagten auch gegen Paragraph 2, UWG verstoßen. Sie hätten damit den unrichtigen und irreführenden Eindruck erweckt, über eine Vielzahl von Betriebsstätten in ganz Österreich zu verfügen und damit mit einem Geschäftsumfang geworben, über den sie nicht verfügten.

Die Beklagten beantragen, den Sicherungsantrag abzuweisen. Ihre deutsche Gewerbeberechtigung decke auch die Ausübung des Detektivgewerbes. Sie seien daher befugt, im gesamten EU-Raum die gewerblichen Tätigkeiten der Bewachung im engeren Sinn und die Tätigkeit einer Detektei auszuüben. In diesem Sinn sei der Erstbeklagte sowohl von der IHK-München als auch vom Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft informiert worden. Es sei nicht richtig, dass die Beklagten an den in den Telefonverzeichnissen angeführten Orten feste Betriebsstätten hätten. Sie hätten auch niemals einen derartigen Eindruck erweckt und weder die Einschaltung in die Datenbank OTB.AT noch die Einschaltung in die Gelben Seiten Online von Herold Business Data veranlasst. Jedem Abfragenden sei klar, dass bei der Angabe einer Handynummer ohne konkrete Geschäftsanschrift nicht ein Standort in der jeweiligen Stadt behauptet werde. Gegen einen Standort in österreichischen Städten spreche die deutsche Internetadresse. Die Rechtsauffassung der Beklagten sei mit guten Gründen vertretbar. Es bestehe auch keine Wiederholungsgefahr, weil der Nachsichtsbescheid die Beklagten berechtige, in Österreich ein Betriebsstätte zu führen.

Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag statt. Die deutsche Bewilligung für Bewachungstätigkeit ohne Einschränkung gemäß § 34a dGewO mache die Bewilligung durch die zuständige österreichische Gewerbebehörde nicht überflüssig. Der Nachsichtsbescheid des Landeshauptmanns von Salzburg ersetze nur den Befähigungsnachweis. Mit dem Anbieten von Bewachungsleistungen verstießen die Beklagten gegen § 1 UWG. Sie erweckten damit auch den irreführenden Eindruck, über zahlreiche Betriebsstätten zu verfügen. Insoweit liege ein Verstoß gegen § 2 UWG vor. Die Wiederholungsgefahr sei durch den Nachsichtsbescheid nicht weggefallen, weil damit nur eine Voraussetzung für die Gewerbeberechtigung geschaffen worden sei. Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag statt. Die deutsche Bewilligung für Bewachungstätigkeit ohne Einschränkung gemäß Paragraph 34 a, dGewO mache die Bewilligung durch die zuständige österreichische Gewerbebehörde nicht überflüssig. Der Nachsichtsbescheid des Landeshauptmanns von Salzburg ersetze nur den Befähigungsnachweis. Mit dem Anbieten von Bewachungsleistungen verstießen die Beklagten gegen Paragraph eins, UWG. Sie erweckten damit auch den irreführenden Eindruck, über zahlreiche Betriebsstätten zu verfügen. Insoweit liege ein Verstoß gegen Paragraph 2, UWG vor. Die Wiederholungsgefahr sei durch den Nachsichtsbescheid nicht weggefallen, weil damit nur eine Voraussetzung für die Gewerbeberechtigung geschaffen worden sei.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Erstbeklagte habe die Eintragungen im Telefonverzeichnis der Telekom veranlasst. Die Eintragung der Zweitbeklagten in mehr als 10 österreichischen Städten erwecke den unzutreffenden Eindruck, dass die Zweitbeklagte über zahlreiche Betriebsstätten verfüge. Angaben über

die Größe eines Unternehmens seien geeignet, den Kaufentschluss zu beeinflussen. Der Erstbeklagte hafte für die Wettbewerbsverstöße der Zweitbeklagten schon deshalb, weil er sie selbst begangen habe. Die Eintragungen im elektronischen Telefonbuch verstießen auch gegen § 1 UWG. Mit diesen Eintragungen würden die Leistungen der Zweitbeklagten angeboten; damit werde das Gewerbe ausgeübt, ohne dass die Zweitbeklagte über die notwendige Bewilligung verfüge. Der Nachsichtsbescheid ersetze nur den Befähigungsnachweis. Die Beklagten könnten sich nicht auf § 373g GewO berufen, weil diese Bestimmung nicht generell vom Erfordernis des Erwerbs einer Gewerbeberechtigung im Inland entbinde. Die Wiederholungsfahr sei nicht weggefallen, weil die Beklagten nach wie vor geltend machten, zur beanstandeten Handlung berechtigt zu sein. Der Nachsichtsbescheid habe die Wiederholungsfahr nicht beseitigt, weil sich die Nachsicht nur auf Teile des Gewerbes der Berufsdetektive beziehe. Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Erstbeklagte habe die Eintragungen im Telefonverzeichnis der Telekom veranlasst. Die Eintragung der Zweitbeklagten in mehr als 10 österreichischen Städten erwecke den unzutreffenden Eindruck, dass die Zweitbeklagte über zahlreiche Betriebsstätten verfüge. Angaben über die Größe eines Unternehmens seien geeignet, den Kaufentschluss zu beeinflussen. Der Erstbeklagte hafte für die Wettbewerbsverstöße der Zweitbeklagten schon deshalb, weil er sie selbst begangen habe. Die Eintragungen im elektronischen Telefonbuch verstießen auch gegen Paragraph eins, UWG. Mit diesen Eintragungen würden die Leistungen der Zweitbeklagten angeboten; damit werde das Gewerbe ausgeübt, ohne dass die Zweitbeklagte über die notwendige Bewilligung verfüge. Der Nachsichtsbescheid ersetze nur den Befähigungsnachweis. Die Beklagten könnten sich nicht auf Paragraph 373 g, GewO berufen, weil diese Bestimmung nicht generell vom Erfordernis des Erwerbs einer Gewerbeberechtigung im Inland entbinde. Die Wiederholungsfahr sei nicht weggefallen, weil die Beklagten nach wie vor geltend machten, zur beanstandeten Handlung berechtigt zu sein. Der Nachsichtsbescheid habe die Wiederholungsfahr nicht beseitigt, weil sich die Nachsicht nur auf Teile des Gewerbes der Berufsdetektive beziehe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen diesen Beschluss gerichtete Revisionsrekurs der Beklagten ist unzulässig.

Der Kläger hat mit beim Obersten Gerichtshof am 20. 9. 2001 eingelangten Schriftsatz mitgeteilt, dass der Zweitbeklagten mit Bescheid des Amtes der Salzburger Landesregierung, Gewerbebehörde, vom 7. 9. 2001, GZ 20501-34154/5-20001, "als Zweigniederlassung die Bewilligung für die Ausübung des Sicherheitsgewerbes, eingeschränkt auf Berufsdetektiv mit bestimmten Einschränkungen" erteilt worden sei. Damit sei das Rechtsschutzinteresse des Klägers an den geltend gemachten Unterlassungsansprüchen weggefallen. Der Kläger schränke hiermit das Klagebegehren einschließlich des Veröffentlichungsbegehrens auf Kosten, einschließlich der Kosten des Provisorialverfahrens, ein. Es bestehe auch kein Interesse an der Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, weshalb der Kläger den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 5. 4. 2001 stelle.

Der Berücksichtigung dieses Vorbringens steht das Neuerungsverbot nicht entgegen, weil es die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Beklagten betrifft. Der Revisionsrekurs der Beklagten ist unzulässig, wenn das Rechtsschutzinteresse durch den Aufhebungsantrag des Klägers weggefallen ist. Jedes Rechtsmittel setzt nämlich eine Beschwerde, ein Anfechtungsinteresse, auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung voraus (Kodek in Rechberger, ZPO\*\*2 vor § 461 Rz 9 mwN). Der Berücksichtigung dieses Vorbringens steht das Neuerungsverbot nicht entgegen, weil es die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Beklagten betrifft. Der Revisionsrekurs der Beklagten ist unzulässig, wenn das Rechtsschutzinteresse durch den Aufhebungsantrag des Klägers weggefallen ist. Jedes Rechtsmittel setzt nämlich eine Beschwerde, ein Anfechtungsinteresse, auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung voraus (Kodek in Rechberger, ZPO\*\*2 vor Paragraph 461, Rz 9 mwN).

Der Aufhebungsantrag des Klägers führt zu einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 39 Abs 1 Z 6 EO iVm § 402 Abs 4 EO (Kodek in Angst, EO § 393 Rz 1 mwN). Nach dieser Bestimmung ist die Exekution (ua dann) einzustellen, wenn der Gläubiger von der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens abgestanden ist. In einem solchen Fall fehlt einem Rechtsmittel gegen eine Entscheidung im Exekutionsverfahren schon vor der Einstellung das Rechtsschutzinteresse, weil die Exekution jedenfalls einzustellen ist (stRsp ua 3 Ob 89/81; 3 Ob 100/92; 3 Ob 119/92; 3 Ob 125/93; 3 Ob 308/99m). Das gleiche gilt im Provisorialverfahren. Das Rechtsschutzinteresse an einer Entscheidung über das Rechtsmittel der Beklagten ist daher weggefallen, auch wenn über den Aufhebungsantrag noch nicht entschieden ist. Der Aufhebungsantrag des Klägers führt zu einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach Paragraph 39,

Absatz eins, Ziffer 6, EO in Verbindung mit Paragraph 402, Absatz 4, EO (Kodek in Angst, EO Paragraph 393, Rz 1 mwN). Nach dieser Bestimmung ist die Exekution (ua dann) einzustellen, wenn der Gläubiger von der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens abgestanden ist. In einem solchen Fall fehlt einem Rechtsmittel gegen eine Entscheidung im Exekutionsverfahren schon vor der Einstellung das Rechtsschutzinteresse, weil die Exekution jedenfalls einzustellen ist (stRsp ua 3 Ob 89/81; 3 Ob 100/92; 3 Ob 119/92; 3 Ob 125/93; 3 Ob 308/99m). Das gleiche gilt im Provisorialverfahren. Das Rechtsschutzinteresse an einer Entscheidung über das Rechtsmittel der Beklagten ist daher weggefallen, auch wenn über den Aufhebungsantrag noch nicht entschieden ist.

Das Rechtsschutzinteresse ist im vorliegenden Fall erst nach Einbringung des Revisionsrekurses weggefallen. In einem solchen Fall ist der Wegfall der Beschwer bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nicht zu berücksichtigen (§ 50 Abs 2 ZPO). Es ist daher zu prüfen, wie über das Rechtsmittel der Beklagten zu entscheiden gewesen wäre. Das Rechtsschutzinteresse ist im vorliegenden Fall erst nach Einbringung des Revisionsrekurses weggefallen. In einem solchen Fall ist der Wegfall der Beschwer bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nicht zu berücksichtigen (Paragraph 50, Absatz 2, ZPO). Es ist daher zu prüfen, wie über das Rechtsmittel der Beklagten zu entscheiden gewesen wäre.

1. Zu dem auf § 1 UWG gestützten Begehren 1. Zu dem auf Paragraph eins, UWG gestützten Begehren

Die Beklagten berufen sich auf die Dienstleistungsfreiheit. Sie machen geltend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die Anerkennung gemäß § 373c und § 373d GewO, sondern auch der Nachsichtsbescheid des Landeshauptmanns für die vorübergehende Ausübung einer Dienstleistung in einem Mitgliedstaat ausreichen müsse. Ihre Rechtsauffassung sei jedenfalls mit gutem Grund vertretbar. Die Beklagten regen an, dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen und die Aufhebung des § 373c GewO als verfassungswidrig beim Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Die Beklagten berufen sich auf die Dienstleistungsfreiheit. Sie machen geltend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die Anerkennung gemäß Paragraph 373 c und Paragraph 373 d, GewO, sondern auch der Nachsichtsbescheid des Landeshauptmanns für die vorübergehende Ausübung einer Dienstleistung in einem Mitgliedstaat ausreichen müsse. Ihre Rechtsauffassung sei jedenfalls mit gutem Grund vertretbar. Die Beklagten regen an, dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen und die Aufhebung des Paragraph 373 c, GewO als verfassungswidrig beim Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Der Kläger hält dem entgegen, dass sich die von den Beklagten zitierte Rechtsprechung des EuGH auf die Dienstleistungsfreiheit und nicht auch auf die Niederlassungsfreiheit beziehe. Die Beklagten versuchten, durch die Vorgabe von Standorten in Österreich Standortvorteile zu nützen. Das vorübergehende Erbringen von Dienstleistungen über Grenzen hinweg sei selbstverständlich zulässig; das Begründen einer Betriebsstätte sei aber an dieselben Voraussetzungen geknüpft, wie sie die österreichische Rechtsordnung österreichischen Gewerbetreibenden vorschreibe.

Der Kläger ist demnach der Auffassung, dass die Beklagten durch die Werbung mit Standorten in Österreich Betriebsstätten begründeten, ohne über die notwendige österreichische Gewerbeberechtigung zu verfügen. Gleichzeitig macht er aber geltend, dass die Beklagten den irreführenden Eindruck erweckten, mehrere Standorte in Österreich zu besitzen, während sie in Wahrheit an den angegebenen Orten über keine Betriebsstätten verfügten. Sein Vorbringen ist insoweit in sich widersprüchlich, weil das Verhalten der Beklagten nur entweder gegen § 1 UWG oder gegen § 2 UWG verstoßen kann: Der Kläger ist demnach der Auffassung, dass die Beklagten durch die Werbung mit Standorten in Österreich Betriebsstätten begründeten, ohne über die notwendige österreichische Gewerbeberechtigung zu verfügen. Gleichzeitig macht er aber geltend, dass die Beklagten den irreführenden Eindruck erweckten, mehrere Standorte in Österreich zu besitzen, während sie in Wahrheit an den angegebenen Orten über keine Betriebsstätten verfügten. Sein Vorbringen ist insoweit in sich widersprüchlich, weil das Verhalten der Beklagten nur entweder gegen Paragraph eins, UWG oder gegen Paragraph 2, UWG verstoßen kann:

Verfügen die Beklagten an den in den Telefonverzeichnissen angeführten Orten über keine Betriebsstätten, sondern werben sie mit der Einschaltung der Zweitbeklagten um Kunden aus Österreich, um für sie als in Deutschland ansässiges Unternehmen Leistungen zu erbringen, so brauchen sie keine österreichische Gewerbeberechtigung. Für die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die Gewerbeordnung vorliegt, kommt es nämlich nicht darauf an, welchen Eindruck ein Verhalten erweckt, sondern maßgebend ist, ob die bewilligungspflichtige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird (MR 1990, 32 = ÖBI 1990, 16 = WBI 1990, 81 - Gran Canaria; vgl auch ÖBI 1991, 84 - Glücks-Schlüssel). Verfügen die

Beklagten an den in den Telefonverzeichnissen angeführten Orten über keine Betriebsstätten, sondern werben sie mit der Einschaltung der Zweitbeklagten um Kunden aus Österreich, um für sie als in Deutschland ansässiges Unternehmen Leistungen zu erbringen, so brauchen sie keine österreichische Gewerbeberechtigung. Für die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die Gewerbeordnung vorliegt, kommt es nämlich nicht darauf an, welchen Eindruck ein Verhalten erweckt, sondern maßgebend ist, ob die bewilligungspflichtige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird (MR 1990, 32 = ÖBl 1990, 16 = WBl 1990, 81 - Gran Canaria; vergleiche auch ÖBl 1991, 84 - Glücks-Schlüssel).

Im vorliegenden Fall ist es unstrittig, dass die Beklagten über keine Betriebsstätten in Österreich verfügen. Damit verstoßen sie auch selbst nach dem Vorbringen des Klägers mit der Werbung um österreichische Kunden nicht gegen die österreichische Gewerbeordnung. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die durch § 373g GewO sichergestellte Dienstleistungsfreiheit, wonach es Staatsangehörigen einer EWR-Vertragspartei und den ihnen gemäß § 373g Abs 2 GewO gleichgestellten Gesellschaften gestattet ist, aufgrund ihrer in ihrem Heimatstaat erteilten Gewerbeberechtigung bestellte gewerbliche Arbeiten im Inland unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer auszuführen. Im vorliegenden Fall ist es unstrittig, dass die Beklagten über keine Betriebsstätten in Österreich verfügen. Damit verstoßen sie auch selbst nach dem Vorbringen des Klägers mit der Werbung um österreichische Kunden nicht gegen die österreichische Gewerbeordnung. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die durch Paragraph 373 g, GewO sichergestellte Dienstleistungsfreiheit, wonach es Staatsangehörigen einer EWR-Vertragspartei und den ihnen gemäß Paragraph 373 g, Absatz 2, GewO gleichgestellten Gesellschaften gestattet ist, aufgrund ihrer in ihrem Heimatstaat erteilten Gewerbeberechtigung bestellte gewerbliche Arbeiten im Inland unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer auszuführen.

Das vom Kläger auf § 1 UWG gestützte Begehren stellt allein darauf ab, dass die Beklagten Dienstleistungen des Bewachungsgewerbes an Standorten in Österreich anbieten, für die sie keine österreichische gewerberechtliche Bewilligung besitzen. Nicht davon erfasst wird ein Anbieten von Dienstleistungen, welche die Beklagten auch in Deutschland nicht zu erbringen berechtigt wären. Es ist daher ohne Bedeutung, ob die den Beklagten vom Landesratsamt Berchtesgaden-Land erteilte Erlaubnis auch die Tätigkeit der Detektei umfasst. Das vom Kläger auf Paragraph eins, UWG gestützte Begehren stellt allein darauf ab, dass die Beklagten Dienstleistungen des Bewachungsgewerbes an Standorten in Österreich anbieten, für die sie keine österreichische gewerberechtliche Bewilligung besitzen. Nicht davon erfasst wird ein Anbieten von Dienstleistungen, welche die Beklagten auch in Deutschland nicht zu erbringen berechtigt wären. Es ist daher ohne Bedeutung, ob die den Beklagten vom Landesratsamt Berchtesgaden-Land erteilte Erlaubnis auch die Tätigkeit der Detektei umfasst.

Da der vom Kläger behauptete Verstoß gegen § 1 UWG schon aus diesen Gründen nicht vorliegt, braucht auf die Bedenken der Beklagten gegen die Vereinbarkeit der § 373c und § 373d GewO mit dem Gemeinschaftsrecht und gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 373c GewO nicht weiter eingegangen zu werden. Nicht einzugehen ist auch auf die von ihnen behauptete Aktenwidrigkeit, weil es für die Entscheidung unerheblich ist, wie die vom Erstbeklagten an den Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft in Bonn gerichtete Anfrage zu verstehen ist und ob und welche Auskünfte die Beklagten erhalten haben. Der von ihnen geltend gemachte Verfahrensmangel liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Da der vom Kläger behauptete Verstoß gegen Paragraph eins, UWG schon aus diesen Gründen nicht vorliegt, braucht auf die Bedenken der Beklagten gegen die Vereinbarkeit der Paragraph 373 c und Paragraph 373 d, GewO mit dem Gemeinschaftsrecht und gegen die Verfassungsmäßigkeit von Paragraph 373 c, GewO nicht weiter eingegangen zu werden. Nicht einzugehen ist auch auf die von ihnen behauptete Aktenwidrigkeit, weil es für die Entscheidung unerheblich ist, wie die vom Erstbeklagten an den Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft in Bonn gerichtete Anfrage zu verstehen ist und ob und welche Auskünfte die Beklagten erhalten haben. Der von ihnen geltend gemachte Verfahrensmangel liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

2. Zu dem auf § 2 UWG gestützten Begehren 2. Zu dem auf Paragraph 2, UWG gestützten Begehren

Die Beklagten bestreiten, dass die Eintragungen in den Telefonverzeichnissen den Eindruck erweckten, die Zweitbeklagte verfüge an den angegebenen Orten über Betriebsstätten. Das Fehlen einer Geschäftsanschrift mache deutlich, dass an den angegebenen Orten keine Betriebsstätten bestünden.

Die Beklagten begründen ihre Auffassung damit, dass Detektivunternehmen immer die Anschrift ihrer Betriebsstätten anführten und aus dem Fehlen einer Geschäftsanschrift daher auf das Fehlen einer Betriebsstätte geschlossen werde. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Scheint ein Unternehmen im Telefonverzeichnis eines Ortes auf, so wird

vermutet, dass es im Ort ansässig ist, weil andernfalls regelmäßig kein Grund besteht, es im örtlichen Telefonverzeichnis einzutragen. Das gilt unabhängig davon, ob die Telefonnummer eine Mobiltelefonnummer ist und ob eine genaue Geschäftsanschrift fehlt. Wenn daher die Zweitbeklagte im Telefonverzeichnis mehrerer Orte aufscheint, so kann eine solche Eintragung nur dahin verstanden werden, dass die Zweitbeklagte an diesem Ort tätig sei und damit im angegebenen Ort über eine Betriebsstätte verfüge. Da dieser Eindruck nicht den Tatsachen entspricht und die Irreführung den für den Geschäftsabschluss wesentlichen Umstand der Größe des Unternehmens betrifft, haben die Vorinstanzen einen Verstoß gegen § 2 UWG zu Recht bejaht. Die Beklagten begründen ihre Auffassung damit, dass Detektivunternehmen immer die Anschrift ihrer Betriebsstätten anführten und aus dem Fehlen einer Geschäftsanschrift daher auf das Fehlen einer Betriebsstätte geschlossen werde. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Scheint ein Unternehmen im Telefonverzeichnis eines Ortes auf, so wird vermutet, dass es im Ort ansässig ist, weil andernfalls regelmäßig kein Grund besteht, es im örtlichen Telefonverzeichnis einzutragen. Das gilt unabhängig davon, ob die Telefonnummer eine Mobiltelefonnummer ist und ob eine genaue Geschäftsanschrift fehlt. Wenn daher die Zweitbeklagte im Telefonverzeichnis mehrerer Orte aufscheint, so kann eine solche Eintragung nur dahin verstanden werden, dass die Zweitbeklagte an diesem Ort tätig sei und damit im angegebenen Ort über eine Betriebsstätte verfüge. Da dieser Eindruck nicht den Tatsachen entspricht und die Irreführung den für den Geschäftsabschluss wesentlichen Umstand der Größe des Unternehmens betrifft, haben die Vorinstanzen einen Verstoß gegen Paragraph 2, UWG zu Recht bejaht.

Für diesen Verstoß haben beide Beklagte zu haften; der Erstbeklagte ist der einzige persönlich haftende Gesellschafter der Zweitbeklagten und er war auch derjenige, der die Einschaltungen in Auftrag gegeben und damit am Wettbewerbsverstoß aktiv mitgewirkt hat. Er muss daher - ebenso wie der Geschäftsführer einer GmbH (ÖBI 1980, 18 - Starportrait; ecolex 1993, 254 - Das seriöse Branchentelefonbuch ua) - für den Wettbewerbsverstoß der Gesellschaft einstehen (EvBl 2000/210 = wbl 2000/351).

Diese Auffassung kann sich auch auf Koppensteiner (Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 34 Rz 42) stützen, den die Beklagten damit zu Unrecht für ihre gegenteilige Meinung zitieren. Die - in der Entscheidung MR 1999, 294 = ÖBI 2000, 16 = wbl 1999/370 - Melatonin behandelte, von Koppensteiner (aaO) verneinte, von Ruffler (Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB, JBl 1999, 222, 293) hingegen unter dem Blickwinkel einer Haftung für fremdes Unterlassen bejahte - Frage, ob die Haftung des an der wettbewerbswidrigen Handlung nicht beteiligten Gesellschafters auf § 128 HGB gestützt werden kann, stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Diese Auffassung kann sich auch auf Koppensteiner (Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> Paragraph 34, Rz 42) stützen, den die Beklagten damit zu Unrecht für ihre gegenteilige Meinung zitieren. Die - in der Entscheidung MR 1999, 294 = ÖBI 2000, 16 = wbl 1999/370 - Melatonin behandelte, von Koppensteiner (aaO) verneinte, von Ruffler (Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß Paragraph 128, HGB, JBl 1999, 222, 293) hingegen unter dem Blickwinkel einer Haftung für fremdes Unterlassen bejahte - Frage, ob die Haftung des an der wettbewerbswidrigen Handlung nicht beteiligten Gesellschafters auf Paragraph 128, HGB gestützt werden kann, stellt sich im vorliegenden Fall nicht.

Wäre demnach über den Revisionsrekurs der Beklagten zu entscheiden gewesen, so wäre der Revisionsrekurs insoweit erfolglos geblieben, als er sich gegen die Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen § 2 UWG richtet; soweit er sich gegen die Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen § 1 UWG richtet, wäre ihm Folge zu geben gewesen. Wäre demnach über den Revisionsrekurs der Beklagten zu entscheiden gewesen, so wäre der Revisionsrekurs insoweit erfolglos geblieben, als er sich gegen die Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen Paragraph 2, UWG richtet; soweit er sich gegen die Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen Paragraph eins, UWG richtet, wäre ihm Folge zu geben gewesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Klägers beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 43, 50 ZPO. Die Beklagten hätten eines von zwei - mangels anderer Anhaltspunkte gleich zu bewertenden - Begehren mit Erfolg abgewehrt; sie haben daher Anspruch auf Ersatz ihrer halben Kosten; gleichzeitig war auszusprechen, dass der Kläger die halben Kosten des Revisionsrekursverfahrens vorläufig und die halben Kosten endgültig selbst zu tragen hat. Bemessungsgrundlage für das Provisorialverfahren ist der Streitwert des Unterlassungsbegehrens. Die Entscheidung über die Kosten des Klägers beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO; jene über die Kosten der Beklagten auf Paragraphen 43, 50 ZPO. Die Beklagten hätten eines von zwei - mangels anderer Anhaltspunkte gleich zu bewertenden - Begehren mit Erfolg abgewehrt; sie haben daher Anspruch auf Ersatz ihrer halben Kosten;

gleichzeitig war auszusprechen, dass der Kläger die halben Kosten des Revisionsrekursverfahrens vorläufig und die halben Kosten endgültig selbst zu tragen hat. Bemessungsgrundlage für das Provisorialverfahren ist der Streitwert des Unterlassungsbegehrens.

**Anmerkung**

E63484 04A01891

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00189.01Z.0925.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20010925\_OGH0002\_0040OB00189\_01Z0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)