

# TE OGH 2000/3/22 3Ob240/98k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.03.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. pharm. Dieter G\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Robert Krasa, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Österreichische Apothekerkammer, Wien 9, Spitalgasse 31, vertreten durch Dr. Höhne & In der Maur Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung gemäß § 36 EO (Streitwert 420.000 S), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Berufungsgericht vom 28. Mai 1998, GZ 1 R 34/98m, 1 R 110/98p-28, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Judenburg vom 14. November 1997, GZ 4 C 3/97a-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. pharm. Dieter G\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Robert Krasa, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Österreichische Apothekerkammer, Wien 9, Spitalgasse 31, vertreten durch Dr. Höhne & In der Maur Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung gemäß Paragraph 36, EO (Streitwert 420.000 S), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Berufungsgericht vom 28. Mai 1998, GZ 1 R 34/98m, 1 R 110/98p-28, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Judenburg vom 14. November 1997, GZ 4 C 3/97a-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung lautet:

"Das Klagebegehren, die mit Beschluss des Bezirksgerichts Judenburg vom 25. 9. 1996 zu 4 E 5886/96b gegen den Kläger bewilligte und durch Verhängung einer Geldstrafe von 10.000 S vollzogene Exekution sei unzulässig, wird abgewiesen.

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit 110.550 S (darin 17.985 S Umsatzsteuer und 2.640 S Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten aller Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen."

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger, ein ausgebildeter Apotheker, betreibt als Einzelkaufmann in J\*\*\*\*\* ein Unternehmen mit der Bezeichnung "G\*\*\*\*\*". Dabei beschäftigt er 12 Mitarbeiter. In St. L\*\*\*\*\* betreibt die Firma G\*\*\*\*\* & R\*\*\*\*\* OHG die "Stiftsapotheke". Die persönlich haftenden Gesellschafter sind der Kläger und Mag. Helmut R\*\*\*\*\*. Der Kläger vertritt die OHG seit 1. 4. 1993, Mag. R\*\*\*\*\* ist nicht vertretungsbefugt. Konzessionär der Stiftsapotheke ist der Kläger, der

auch Gesellschaftsanteile im Ausmaß von 51 % hält.

Mit einstweiliger Verfügung des Landesgerichts Leoben vom 25. 7. 1996 wurde dem Kläger (dort Beklagten) verboten,

1. Werbung für das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte zu betreiben, es sei denn, das beworbene Produkt sei durch das Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Sinn des § 1 ArzneibuchG genannt; 1. Werbung für das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte zu betreiben, es sei denn, das beworbene Produkt sei durch das Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Sinn des Paragraph eins, ArzneibuchG genannt;

2. das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte im Versandhandel zu vertreiben und/oder derartige Produkte damit zu bewerben, dass sie im Versandhandel erhältlich seien;

3. das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte außerhalb von Apotheken an Letztverbraucher abzugeben oder für die Abgabe im Inland bereitzuhalten.

Vor Erlassung dieser einstweiligen Verfügung bzw vor deren Zustellung verkaufte der Kläger importiertes "Melatonin" in Tablettenform. Eine magistrale Anfertigung durch die Stiftsapotheke St. L\*\*\*\*\* erfolgte vor diesem Zeitpunkt nicht. Der Kläger hatte im Februar 1996 in der Gratiszeitschrift "Ihr Einkauf", die vor allem im Raum Wien, Niederösterreich und Burgenland in einer Auflage von rund 900.000 Stück erschien und an alle Haushalte ging, ein Werbeprospekt mit der Rubrik "Melatonin in Österreich auf dem Postweg lieferbar" eingeschaltet.

Am 19. 8. 1996 bestellte eine Testkäuferin der Beklagten bei der "G\*\*\*\*\*" in J\*\*\*\*\* telefonisch eine Packung Melatonin zu 60 Kapseln. Eine ärztliche Verschreibung für Melatonin hatte sie nicht. Sie wurde bei der telefonischen Bestellung auch nicht danach gefragt. Die Bestellung wurde an die Stiftsapotheke St. L\*\*\*\*\* weitergeleitet, wo das Melatonin magistral in Kapselform angefertigt, verpackt und beschrifft wurde. Die Bestellerin erhielt die Melatonin-Kapseln am 28. 8. 1996 per Post von der Stiftsapotheke zugestellt. Nach wie vor werden Melatonin-Bestellungen vom Kläger bzw seinem Einzelunternehmen, aber auch von der Stiftsapotheke postalisch, telefonisch oder auch persönlich entgegengenommen. Die Stiftsapotheke kauft die Grundsubstanz Melatonin, stellt je nach der Dosierung die Kapseln mit Füllstoff her, verpackt und verschickt sie.

Aufgrund der vollstreckbaren einstweiligen Verfügung vom 25. 7. 1996 wurde der Beklagten (als betreibender Partei) mit Beschluss des Bezirksgerichts Judenburg vom 25. 9. 1996 zur Erwirkung der Unterlassung, das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte im Versandhandel zu vertreiben und/oder derartige Produkte damit zu bewerben, dass sie im Versandhandel erhältlich seien, die Exekution gemäß § 355 EO bewilligt und über den Kläger (als Verpflichteten) eine Geldstrafe in Höhe von 10.000 S verhängt. Im Exekutionsantrag wurde vorgebracht, der Verpflichtete habe der seit ihrer Zustellung am 31. 7. 1996 vollstreckbaren einstweiligen Verfügung dadurch zuwidergehandelt, dass er am 19. 8. 1996 Melatonin-Kapseln im Versandhandel (insofern) vertrieben habe, als er an diesem Tag eine Bestellung von Melatonin-Kapseln entgegengenommen bzw als allein vertretungsbefugter Gesellschafter der G\*\*\*\*\* & R\*\*\*\*\* OHG entgegennehmen haben lassen und die bestellten Waren der Bestellerin am 28. 8. 1996 geliefert habe. Aufgrund der vollstreckbaren einstweiligen Verfügung vom 25. 7. 1996 wurde der Beklagten (als betreibender Partei) mit Beschluss des Bezirksgerichts Judenburg vom 25. 9. 1996 zur Erwirkung der Unterlassung, das Produkt Melatonin und/oder melatoninhältige Produkte im Versandhandel zu vertreiben und/oder derartige Produkte damit zu bewerben, dass sie im Versandhandel erhältlich seien, die Exekution gemäß Paragraph 355, EO bewilligt und über den Kläger (als Verpflichteten) eine Geldstrafe in Höhe von 10.000 S verhängt. Im Exekutionsantrag wurde vorgebracht, der Verpflichtete habe der seit ihrer Zustellung am 31. 7. 1996 vollstreckbaren einstweiligen Verfügung dadurch zuwidergehandelt, dass er am 19. 8. 1996 Melatonin-Kapseln im Versandhandel (insofern) vertrieben habe, als er an diesem Tag eine Bestellung von Melatonin-Kapseln entgegengenommen bzw als allein vertretungsbefugter Gesellschafter der G\*\*\*\*\* & R\*\*\*\*\* OHG entgegennehmen haben lassen und die bestellten Waren der Bestellerin am 28. 8. 1996 geliefert habe.

Mit der vorliegenden Impugnationsklage begeht der Kläger, den Ausspruch, dass die vom Bezirksgericht Judenburg bewilligte und durch Verhängung einer Geldstrafe vollzogene Exekution unzulässig sei. Er habe nicht gegen den Exekutionstitel verstossen. Die einstweilige Verfügung richte sich gegen ihn als Alleininhaber der Einzelhandelsfirma "Mag pharm Dieter G\*\*\*\*\*", die unter der Unternehmensbezeichnung "G\*\*\*\*\*" auftrete. Tatsächlich habe die G\*\*\*\*\* & R\*\*\*\*\* OHG (die Betreibergesellschaft der Stiftsapotheke St. L\*\*\*\*\*) die Bestellung entgegengenommen, die

bestellten Waren an die Testkäuferin geliefert und fakturiert. Diese OHG sei nicht als Dritter in seinem Betrieb tätig geworden. Dessen Einzelfirma habe lediglich die Bestellung für die OHG entgegengenommen und an diese weitergeleitet. Es liege eine selbständige Handlung der Betreibergesellschaft der Stiftsapotheke vor. Der Kläger als Inhaber der "G\*\*\*\*\*" habe seit Zustellung der einstweiligen Verfügung keine Melatoninprodukte mehr versandt. Die Abgabe von Melatonin oder melatonininhaltigen Produkten durch eine Apotheke sei durch die genannte einstweilige Verfügung ausdrücklich gedeckt. Wenn also jemand (formal) gegen den Exekutionstitel verstoßen habe, dann allein die G\*\*\*\*\* & R\*\*\*\*\* OHG. Gegen diese liege aber kein vollstreckbarer Titel vor. Es bestehe aber auch kein Versandhandel mit Arzneimitteln. Die für einen solchen erforderlichen Werbemaßnahmen seien seit der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht mehr gesetzt worden. Eine Zustellung durch die Post begründe keinen Versandhandel. Der Kläger könne aber auch nicht in seiner Funktion als persönlich haftender Gesellschafter der OHG herangezogen werden. Bei Erlassung der einstweiligen Verfügung sei vom Vorliegen einer Arzneispezialität ausgegangen worden. Im vorliegenden Fall könne davon aber keine Rede sein, weil das gewünschte Produkt erst aufgrund einer Bestellung hergestellt worden sei. Es liege eine magistrale Anfertigung durch einen Apotheker auf Einzelanforderung vor. Dass der Kläger auch gegen das Werbeverbot verstoßen habe, lasse sich weder dem Exekutionsantrag noch der Exekutionsbewilligung entnehmen. Die reine Entgegennahme von Bestellungen für einen Dritten sei weder Werbung für Arzneimittel noch Versandhandel.

Die Beklagte beantragte Abweisung des Klagebegehrens und wandte ein, die Testkäuferin habe unter der Telefonnummer, die in einem vom Kläger in der Zeitschrift "Ihr Einkauf" Nr 3/96 eingeschalteten Inserat genannt worden sei, der Einzelfirma G\*\*\*\*\* eine Packung Melatonin zu 60 Kapseln bestellt. Sie habe die Kapseln sodann per Post erhalten, wobei als Absender die Stiftsapotheke St. L\*\*\*\*\* aufgeschienen sei und auch Prospekte der Firma "G\*\*\*\*\*" beigeschlossen gewesen seien. Gemäß § 18 UWG könne gegen den aus dem Unterlassungstitel Verpflichteten auch wegen titelwidriger Handlungen direkt Exekution geführt werden, die von Dritten, die im Betrieb des Verpflichteten tätig geworden seien, gesetzt würden. Wenn der Kläger im Betrieb seines Einzelunternehmens eine Bestellung für Melatonin-Kapseln entgegennehme, so sei die Lieferung dieser Kapseln durch die OHG als durch eine Dritte in seinem Betrieb vorgenommen anzusehen. Der Kläger wäre aufgrund des Exekutionstitels verpflichtet gewesen, die Entgegennahme der Bestellung, die aufgrund des im Titelverfahren inkriminierten Inserats erfolgt sei, abzulehnen. Melatonin sei in verbotswidriger Weise im Versandhandel abgegeben worden. Die Abgabe von Arzneimitteln auf diesem Wege sei auch für Apotheken verboten. Allein der Umstand, dass ein Letztverbraucher auf telefonische Bestellung im Versandhandel Melatonin erhalte, sei als Werbung dafür anzusehen. Im Übrigen habe der Kläger auch das Verhalten der OHG zu vertreten, weil er deren Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer sei. Die Beklagte beantragte Abweisung des Klagebegehrens und wandte ein, die Testkäuferin habe unter der Telefonnummer, die in einem vom Kläger in der Zeitschrift "Ihr Einkauf" Nr 3/96 eingeschalteten Inserat genannt worden sei, der Einzelfirma G\*\*\*\*\* eine Packung Melatonin zu 60 Kapseln bestellt. Sie habe die Kapseln sodann per Post erhalten, wobei als Absender die Stiftsapotheke St. L\*\*\*\*\* aufgeschienen sei und auch Prospekte der Firma "G\*\*\*\*\*" beigeschlossen gewesen seien. Gemäß Paragraph 18, UWG könne gegen den aus dem Unterlassungstitel Verpflichteten auch wegen titelwidriger Handlungen direkt Exekution geführt werden, die von Dritten, die im Betrieb des Verpflichteten tätig geworden seien, gesetzt würden. Wenn der Kläger im Betrieb seines Einzelunternehmens eine Bestellung für Melatonin-Kapseln entgegennehme, so sei die Lieferung dieser Kapseln durch die OHG als durch eine Dritte in seinem Betrieb vorgenommen anzusehen. Der Kläger wäre aufgrund des Exekutionstitels verpflichtet gewesen, die Entgegennahme der Bestellung, die aufgrund des im Titelverfahren inkriminierten Inserats erfolgt sei, abzulehnen. Melatonin sei in verbotswidriger Weise im Versandhandel abgegeben worden. Die Abgabe von Arzneimitteln auf diesem Wege sei auch für Apotheken verboten. Allein der Umstand, dass ein Letztverbraucher auf telefonische Bestellung im Versandhandel Melatonin erhalte, sei als Werbung dafür anzusehen. Im Übrigen habe der Kläger auch das Verhalten der OHG zu vertreten, weil er deren Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer sei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehr statt. Es war der Rechtsauffassung, der Kläger habe nicht schon dadurch gegen den Exekutionstitel verstoßen, dass er eine Bestellung von Melatonin-Kapseln entgegengenommen und an die von der OHG betriebene Apotheke weitergeleitet habe. Erst in dieser Apotheke seien die Melatonin-Kapseln magistral hergestellt und sodann direkt der Bestellerin übermittelt worden. Im Verfahren sei nicht hervorgekommen, dass der Kläger nach Kenntnis der einstweiligen Verfügung noch Werbung für das Produkt Melatonin gemacht, melatonininhaltige Produkte im Versandhandel vertrieben oder dermaßen beworben habe, dass sie im Versandhandel erhältlich seien.

Das Berufungsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil und sprach aus, dass der Wert des

Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei. Die Beweislast für ein Zuwiderhandeln des Verpflichteten (Klägers) gegen das Unterlassungsgebot treffe im Impugnationsstreit die Beklagte. Für die Beurteilung des Zuwiderhandelns sei allein der Exekutionstitel maßgebend, es komme auf den gewöhnlichen Wortsinn des Spruchs an. Da hier ein nach den Bestimmungen des Wettbewerbsrechts ergangener Exekutionstitel vorliege, sei der Beklagten zunächst darin beizupflichten, dass die Frage, wie weit der Kläger für ein Zuwiderhandeln einer "anderen Person" hafte, nach § 18 UWG zu beurteilen sei. Nach dieser Bestimmung sei dem Unternehmer ein wettbewerbswidriges Verhalten zuzurechnen, wenn diese Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden sei. Der Begriff "im Betrieb des Unternehmens" sei nach der Rechtsprechung weit auszulegen, primär sei er im organisatorischen Sinn zu verstehen, er umfasse aber auch die Tätigkeit solcher Personen, die zwar nicht Dienstnehmer oder Beauftragte des Unternehmens seien, dennoch aber - wenngleich nur in lockerer Form - in den Betrieb eingegliedert und in welcher Funktion immer dauernd oder aber auch vorübergehend für diesen tätig seien. Der Umstand, dass die "andere Person" ein rechtlich selbständiges Unternehmen sei, schließe das Bestehen des nach dem Gesetz für die Haftung nach § 18 UWG erforderlichen Zusammenhangs nicht aus. Entscheidend sei, dass der Inhaber des Unternehmens aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen zu diesem Dritten in der Lage gewesen wäre, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Im vorliegenden Fall sei allerdings davon auszugehen, dass die OHG als Betreiberin der Stiftsapotheke nicht im Betrieb des Klägers (des Einzelunternehmens "G\*\*\*\*\*") tätig geworden sei. Weder sei im Verfahren hervorgekommen noch behauptet worden, die OHG unterliege dem Willen des "klägerischen Unternehmens G\*\*\*\*\*", noch dass die OHG in den Geschäftsbetrieb der "G\*\*\*\*\*" in irgendeiner Form eingegliedert sei, noch dass der Geschäftsbetrieb der OHG in wirtschaftlicher Form auch dem Einzelunternehmen "G\*\*\*\*\*" zugute komme. Allfällige den Postsendungen der OHG und der "G\*\*\*\*\*" jeweils beiliegende Prospekte des anderen Unternehmens ließen jedenfalls nicht den Schluss zu, die OHG sei bereits im Betrieb der "G\*\*\*\*\*" tätig. Dafür, dass die OHG "im Auftrag" des klägerischen Einzelunternehmens produziere, habe das Beweisverfahren keine Anhaltspunkte geboten. Der einzige tatsächliche Zusammenhang der beiden Unternehmen bestehe darin, dass der Kläger zugleich persönlich haftender Gesellschafter der OHG sei. Umstände, die dafür sprächen, dem Einzelunternehmen "G\*\*\*\*\*" wäre aufgrund seiner Beziehung zur OHG eine grundsätzliche Einflussnahme auf deren Geschäftsbetrieb möglich, seien nicht hervorgetreten. Ebenso wenig stehe fest, dass der Kläger Melatonin unter Nutzung der Betriebsorganisation der OHG, also durch diese, jedoch zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil des Einzelunternehmens "G\*\*\*\*\*" liefere. Das Berufungsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei. Die Beweislast für ein Zuwiderhandeln des Verpflichteten (Klägers) gegen das Unterlassungsgebot treffe im Impugnationsstreit die Beklagte. Für die Beurteilung des Zuwiderhandelns sei allein der Exekutionstitel maßgebend, es komme auf den gewöhnlichen Wortsinn des Spruchs an. Da hier ein nach den Bestimmungen des Wettbewerbsrechts ergangener Exekutionstitel vorliege, sei der Beklagten zunächst darin beizupflichten, dass die Frage, wie weit der Kläger für ein Zuwiderhandeln einer "anderen Person" hafte, nach Paragraph 18, UWG zu beurteilen sei. Nach dieser Bestimmung sei dem Unternehmer ein wettbewerbswidriges Verhalten zuzurechnen, wenn diese Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden sei. Der Begriff "im Betrieb des Unternehmens" sei nach der Rechtsprechung weit auszulegen, primär sei er im organisatorischen Sinn zu verstehen, er umfasse aber auch die Tätigkeit solcher Personen, die zwar nicht Dienstnehmer oder Beauftragte des Unternehmens seien, dennoch aber - wenngleich nur in lockerer Form - in den Betrieb eingegliedert und in welcher Funktion immer dauernd oder aber auch vorübergehend für diesen tätig seien. Der Umstand, dass die "andere Person" ein rechtlich selbständiges Unternehmen sei, schließe das Bestehen des nach dem Gesetz für die Haftung nach Paragraph 18, UWG erforderlichen Zusammenhangs nicht aus. Entscheidend sei, dass der Inhaber des Unternehmens aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen zu diesem Dritten in der Lage gewesen wäre, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Im vorliegenden Fall sei allerdings davon auszugehen, dass die OHG als Betreiberin der Stiftsapotheke nicht im Betrieb des Klägers (des Einzelunternehmens "G\*\*\*\*\*") tätig geworden sei. Weder sei im Verfahren hervorgekommen noch behauptet worden, die OHG unterliege dem Willen des "klägerischen Unternehmens G\*\*\*\*\*", noch dass die OHG in den Geschäftsbetrieb der "G\*\*\*\*\*" in irgendeiner Form eingegliedert sei, noch dass der Geschäftsbetrieb der OHG in wirtschaftlicher Form auch dem Einzelunternehmen "G\*\*\*\*\*" zugute komme. Allfällige den Postsendungen der OHG und der "G\*\*\*\*\*" jeweils beiliegende Prospekte des anderen Unternehmens ließen jedenfalls nicht den Schluss zu, die OHG sei bereits im Betrieb der "G\*\*\*\*\*" tätig. Dafür, dass die OHG "im Auftrag" des klägerischen Einzelunternehmens produziere, habe das Beweisverfahren keine Anhaltspunkte

geboten. Der einzige tatsächliche Zusammenhang der beiden Unternehmen bestehe darin, dass der Kläger zugleich persönlich haftender Gesellschafter der OHG sei. Umstände, die dafür sprächen, dem Einzelunternehmen "G\*\*\*\*\*" wäre aufgrund seiner Beziehung zur OHG eine grundsätzliche Einflussnahme auf deren Geschäftsbetrieb möglich, seien nicht hervorgetreten. Ebensowenig stehe fest, dass der Kläger Melatonin unter Nutzung der Betriebsorganisation der OHG, also durch diese, jedoch zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil des Einzelunternehmens "G\*\*\*\*\*" liefere.

Selbst wenn also das Tun der OHG dem Unterlassungsgebot der einstweiligen Verfügung zuwiderliefe, sei ein titelwidriges Agieren des Klägers nicht gegeben. In der bloßen Weiterleitung der Bestellung an die OHG liege kein Titelverstoß. Zwar könne aufgrund eines nur auf Unterlassung lautenden Exekutionstitels wegen Zu widerhandelns gegen die Unterlassungspflicht Exekution nach § 355 EO geführt werden, wenn der Verpflichtete bereits vor der Schaffung des Exekutionstitels vorhandene Störungsquellen nicht beseitige, sondern diese belasse. Insoweit wirke sich die Klarstellung des § 15 UWG - wonach dort, wo Unterlassungsansprüche eingeräumt werden, stets auch Beseitigungsansprüche gemeint seien - auch unmittelbar bei der Rechtsdurchsetzung aus. Im vorliegenden Fall sei aber davon auszugehen, dass die Einschaltung des zum Kläger führenden Inserats nach Erscheinen der Ausgabe der Zeitschrift "Ihr Einkauf" im Februar 1996 ohnehin nicht mehr fortgesetzt worden sei, zumindest sei Gegenteiliges nicht behauptet worden. Ein sich aus der verbotenen Werbemaßnahme des Klägers ergebender Dauerzustand, der in seinem Verfügungsbereich zu beenden gewesen wäre, liege nicht vor. Selbst wenn also das Tun der OHG dem Unterlassungsgebot der einstweiligen Verfügung zuwiderliefe, sei ein titelwidriges Agieren des Klägers nicht gegeben. In der bloßen Weiterleitung der Bestellung an die OHG liege kein Titelverstoß. Zwar könne aufgrund eines nur auf Unterlassung lautenden Exekutionstitels wegen Zu widerhandelns gegen die Unterlassungspflicht Exekution nach Paragraph 355, EO geführt werden, wenn der Verpflichtete bereits vor der Schaffung des Exekutionstitels vorhandene Störungsquellen nicht beseitige, sondern diese belasse. Insoweit wirke sich die Klarstellung des Paragraph 15, UWG - wonach dort, wo Unterlassungsansprüche eingeräumt werden, stets auch Beseitigungsansprüche gemeint seien - auch unmittelbar bei der Rechtsdurchsetzung aus. Im vorliegenden Fall sei aber davon auszugehen, dass die Einschaltung des zum Kläger führenden Inserats nach Erscheinen der Ausgabe der Zeitschrift "Ihr Einkauf" im Februar 1996 ohnehin nicht mehr fortgesetzt worden sei, zumindest sei Gegenteiliges nicht behauptet worden. Ein sich aus der verbotenen Werbemaßnahme des Klägers ergebender Dauerzustand, der in seinem Verfügungsbereich zu beenden gewesen wäre, liege nicht vor.

Die ordentliche Revision sei zuzulassen, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Anwendbarkeit des § 18 UWG auf einen Fall fehle, in dem ein mit einem Unterlassungsgebot belegter "Einzelunternehmer" zugleich persönlich haftender und geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft (OHG) sei. Die ordentliche Revision sei zuzulassen, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Anwendbarkeit des Paragraph 18, UWG auf einen Fall fehle, in dem ein mit einem Unterlassungsgebot belegter "Einzelunternehmer" zugleich persönlich haftender und geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft (OHG) sei.

Die gegen das zweitinstanzliche Urteil gerichtete Revision der Beklagten ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die im Grunde zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts über die Rechtsprechung zu § 18 UWG können hier auf sich beruhen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Unterlassungsauftrag grundsätzlich gegen den Störer zu richten, also gegen jene Person, von der die Beeinträchtigung ausgeht und auf deren maßgeblichen Willen sie beruht; dies gilt auch für den Anstifter, der einen Handelnden zum Wettbewerbsverstoß verleitet, für den Gehilfen, der diesen Verstoß bewusst fördert und für alle anderen an der Handlung beteiligten Personen (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 94; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht 3 § 34 Rz 42 mwN in FN 162). Die Beklagte weist in der Revision zutreffend auf die "Unteilbarkeit" der natürlichen Person des Klägers hin, der sowohl als Inhaber des Einzelunternehmens als auch als persönlich haftender und allein zur Geschäftsführung befugter Mehrheitsgesellschafter der genannten OHG, immer jedoch als Person Mag. pharm Dieter G\*\*\*\*\* verhalten ist, dem Exekutionstitel zu entsprechen. Die dem Kläger in diesem Titel auferlegte Unterlassungsverpflichtung deckt nun nicht allein die Handlungen und Unterlassungen des Klägers im Rahmen seines Einzelunternehmens ab, sondern jedes Verhalten des Klägers, welches seiner Unterlassungsverpflichtung widerspricht, also etwa auch die Veranlassung des Vertreibens, Bewerbens oder Abgebens des in Frage stehenden Produktes außerhalb von Apotheken durch andere, ihm nahestehende Personen und/oder von ihm geführte Unternehmen. Auch durch diese Veranlassung verstößt der Kläger gegen die ihm auferlegte Unterlassungspflicht, zumal auch für Apotheken die Abgabe derartiger

Produkte durch Postversand gemäß § 59 Abs 9 AMG nicht erlaubt ist, worauf die Beklagte im Verfahren wiederholt zutreffend hingewiesen hat. Die im Grunde zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts über die Rechtsprechung zu Paragraph 18, UWG können hier auf sich beruhen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Unterlassungsauftrag grundsätzlich gegen den Störer zu richten, also gegen jene Person, von der die Beeinträchtigung ausgeht und auf deren maßgeblichen Willen sie beruht; dies gilt auch für den Anstifter, der einen Handelnden zum Wettbewerbsverstoß verleitet, für den Gehilfen, der diesen Verstoß bewusst fördert und für alle anderen an der Handlung beteiligten Personen (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 94; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 Paragraph 34, Rz 42 mwN in FN 162). Die Beklagte weist in der Revision zutreffend auf die "Unteilbarkeit" der natürlichen Person des Klägers hin, der sowohl als Inhaber des Einzelunternehmens als auch als persönlich haftender und allein zur Geschäftsführung befugter Mehrheitsgesellschafter der genannten OHG, immer jedoch als Person Mag. pharm Dieter G\*\*\*\*\* verhalten ist, dem Exekutionstitel zu entsprechen. Die dem Kläger in diesem Titel auferlegte Unterlassungsverpflichtung deckt nun nicht allein die Handlungen und Unterlassungen des Klägers im Rahmen seines Einzelunternehmens ab, sondern jedes Verhalten des Klägers, welches seiner Unterlassungsverpflichtung widerspricht, also etwa auch die Veranlassung des Vertreibens, Bewerbens oder Abgabens des in Frage stehenden Produktes außerhalb von Apotheken durch andere, ihm nahestehende Personen und/oder von ihm geführte Unternehmen. Auch durch diese Veranlassung verstößt der Kläger gegen die ihm auferlegte Unterlassungspflicht, zumal auch für Apotheken die Abgabe derartiger Produkte durch Postversand gemäß Paragraph 59, Absatz 9, AMG nicht erlaubt ist, worauf die Beklagte im Verfahren wiederholt zutreffend hingewiesen hat.

Nichts anderes warf die Beklagte dem Kläger in ihrem Exekutionsantrag vor. Wie das vorliegende Verfahren ergab, war dieser Vorwurf auch tatsächlich berechtigt. Der Kläger vertrieb das fragliche Produkt zwar nicht selbst (durch sein Einzelunternehmen), aber doch - für ihn beherrschbar und von ihm veranlasst - über die von ihm geleitete OHG im Postweg an Letztverbraucher. Damit verstieß er nach den obigen Darlegungen gegen den Exekutionstitel.

In Stattgebung der Revision der Beklagten ist daher mit der Abweisung der Impugnationsklage vorzugehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO. Da der Beklagten für die Verrichtung der Berufungsverhandlung der erhöhte vierfache Einheitssatz zur Verdienstsumme für die Berufung gebührt, entfällt eine gesonderte Honorierung von Fahrtkosten (S 40 plus Mehrwertsteuer). Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO. Da der Beklagten für die Verrichtung der Berufungsverhandlung der erhöhte vierfache Einheitssatz zur Verdienstsumme für die Berufung gebührt, entfällt eine gesonderte Honorierung von Fahrtkosten (S 40 plus Mehrwertsteuer).

#### **Anmerkung**

E57353 03A02408

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0030OB00240.98K.0322.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20000322\_OGH0002\_0030OB00240\_98K0000\_000

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