jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1997/10/28 4Ob316/97t

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.10.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Huber als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek und Dr.Niederreiter sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr.Griß und Dr.Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W*****verband 19*****, vertreten durch Saxinger, Baumann & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagte Partei Brigitte L*****, vertreten durch Dr.Maximilian Eiselsberg und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 495.000,--), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 5.Juni 1997, GZ 4 R 308/96h-14, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 21.September 1996, GZ 4 Cg 283/95s-6, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben und das Urteil des Berufungsgerichtes im Ausspruch über den Unterlassungsanspruch dahin abgeändert, daß in diesem Umfang das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt wird. Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben und der Ausspruch der Vorinstanzen über den Veröffentlichungsanspruch bestätigt.

Die Beklagte ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 63.185,34 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten S 7.493,34 USt und S 11.925,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte präsentierte wiederholt Modeschmuck der Pierre L*****GmbH in Privaträumen. Musterkollektionen, Prospekte und Drucksorten erhielt sie dazu von der Pierre L*****GmbH. Die Privaträume wurden der Beklagten von Bekannten zur Verfügung gestellt, welche auch die Einladungen zu den Präsentationen aussprachen. Die Beklagte überließ dem anwesenden Publikum Bestellkarten, auf denen ihre eigene Stampiglie aufgedruckt war. Für Bestellungen, die mit diesen Karten bei der Pierre L*****GmbH getätigt wurden, erhielt die Beklagte eine Provision. Abgesehen von Portospesen erhielt die Beklagte keinen Kostenersatz. Sie bezog auch kein fixes Einkommen. Für die Besteuerung der Provisionen hatte sie selbst zu sorgen. Der Beklagten stand es frei, ob sie Präsentationen durchführte, wann und wo sie diese vornahm und wie sie diese ausübte.

Am 31.8.1995 forderte das Landesgremium des Direktvertriebs der Wirtschaftskammer Oberösterreich die Beklagte auf, ihre Tätigkeit einzustellen oder eine Gewerbeberechtigung zu erwerben. Die Beklagte übte ungeachtet dessen ihre Warenpräsentationen weiterhin, zuletzt am 19.6.1996, aus. Sie meldete kein Gewerbe an und hielt die Abklärung der gewerberechtlichen Situation nicht für erforderlich.

Der klagende Verband beantragt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

Warenpräsentationen durchzuführen, ohne im Besitz einer entsprechenden Gewerbeberechtigung zu sein. Ferner erhebt er ein auf Veröffentlichung des Spruches des Urteiles in der "Steyrer Rundschau" gerichtetes Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte weigere sich trotz Aufforderung des zuständigen Gremiums der Wirtschaftskammer Oberösterreich, für ihre Tätigkeit als Schmuckberaterin eine entsprechende Gewerbeberechtigung zu lösen, sondern behaupte in unrichtiger Weise, daß dafür keine Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Sie verstoße durch das Ausüben einer gewerbsmäßigen Tätigkeit ohne entsprechende Gewerbeberechtigung nicht nur gegen die Gewerbeordnung, sondern auch gegen § 1 UWG.Die Beklagte weigere sich trotz Aufforderung des zuständigen Gremiums der Wirtschaftskammer Oberösterreich, für ihre Tätigkeit als Schmuckberaterin eine entsprechende Gewerbeberechtigung zu lösen, sondern behaupte in unrichtiger Weise, daß dafür keine Gewerbeberechtigung erforderlich sei. Sie verstoße durch das Ausüben einer gewerbsmäßigen Tätigkeit ohne entsprechende Gewerbeberechtigung nicht nur gegen die Gewerbeordnung, sondern auch gegen Paragraph eins, UWG.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Tätigkeit, die sie für die Pierre L*****GmbH ausübe, sei der eines Arbeitnehmers ähnlich. Eine gewerbliche Tätigkeit führe sie nicht aus. Die Kollektionen blieben im Eigentum der PierreL*****GmbH. Mit der Entgegennahme von Bestellungen und der Bearbeitung von Kundenaufträgen sei sie nicht befaßt. Die ausgeübte Tätigkeit erfolge zwar in Gewinnabsicht, aber nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch und nicht selbständig. Sollte die Tätigkeit allerdings als Gewerbe einzustufen sein, fehle es an den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 1 UWG. Die Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe eines Warenpräsentators, welches ohne besondere Antrittsvoraussetzungen ausgeübt werden könne, könnte die Beklagte als unbescholtene österreichische Staatsbürgerin ohne weiteres erlangen. Damit fehle es aber an der Voraussetzung, daß sich die Beklagte durch einen Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften auch einen sittenwidrigen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Maßgebend für einen Verstoß gegen § 1 UWG sei auch, daß sich der Verletzer über gewerberechtliche Vorschriften hinwegsetze und so den Zugang zur Ausübung einer Tätigkeit erreiche, die ihm sonst verwehrt bliebe. Bei einem freien Gewerbe sei das nicht der Fall. Es sei auch nicht zu erkennen, daß der Kläger, dem Vertragspartner des Kosmetikvertriebs "Amway" angehörten, Interessen vertrete, die durch die beanstandete Wettbewerbshandlung berührt würden. Der arbeits- und gewerberechtliche Status der Berater der Pierre L*****GmbH sei überdies von Univ.Prof.Dr.Rudolf St***** geprüft worden. Dieser sei in seinem Gutachten zum Ergebnis gekommen, daß diese Schmuckberater keine gewerbliche Tätigkeit ausübten.Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Tätigkeit, die sie für die Pierre L*****GmbH ausübe, sei der eines Arbeitnehmers ähnlich. Eine gewerbliche Tätigkeit führe sie nicht aus. Die Kollektionen blieben im Eigentum der PierreL*****GmbH. Mit der Entgegennahme von Bestellungen und der Bearbeitung von Kundenaufträgen sei sie nicht befaßt. Die ausgeübte Tätigkeit erfolge zwar in Gewinnabsicht, aber nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch und nicht selbständig. Sollte die Tätigkeit allerdings als Gewerbe einzustufen sein, fehle es an den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Paragraph eins, UWG. Die Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe eines Warenpräsentators, welches ohne besondere Antrittsvoraussetzungen ausgeübt werden könne, könnte die Beklagte als unbescholtene österreichische Staatsbürgerin ohne weiteres erlangen. Damit fehle es aber an der Voraussetzung, daß sich die Beklagte durch einen Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften auch einen sittenwidrigen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Maßgebend für einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG sei auch, daß sich der Verletzer über gewerberechtliche Vorschriften hinwegsetze und so den Zugang zur Ausübung einer Tätigkeit erreiche, die ihm sonst verwehrt bliebe. Bei einem freien Gewerbe sei das nicht der Fall. Es sei auch nicht zu erkennen, daß der Kläger, dem Vertragspartner des Kosmetikvertriebs "Amway" angehörten, Interessen vertrete, die durch die beanstandete Wettbewerbshandlung berührt würden. Der arbeits- und gewerberechtliche Status der Berater der Pierre L*****GmbH sei überdies von Univ.Prof.Dr.Rudolf St***** geprüft worden. Dieser sei in seinem Gutachten zum Ergebnis gekommen, daß diese Schmuckberater keine gewerbliche Tätigkeit ausübten.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte im Sinne des Unterlassungsbegehrens schuldig, wies jedoch den Urteilsveröffentlichungsantrag ab. Die Beklagte habe frei entscheiden können, ob und wann sie für die Pierre L*****GmbH tätig werde. Das Ausbleiben von Provisionen mangels Tätigkeit sei das Unternehmerrisiko, das sie zu tragen habe. Ihre Tätigkeit sei daher als selbständig einzustufen. Die Beklagte habe diese Tätigkeit auch wiederkehrend ausgeübt, sodaß auch das Kriterium der Regelmäßigkeit gegeben sei. Sogar eine einmalige Handlung gelte gemäß § 1 Abs 4 GewO 1994 als regelmäßige Tätigkeit, wenn aus den Umständen des Falles auf die Absicht der

Wiederholung geschlossen werden könne. Da die Beklagte diese Tätigkeit auch in der Absicht ausgeübt habe, Erträge zu erzielen, lägen sämtliche Voraussetzungen einer gewerbsmäßigen Tätigkeit gemäß § 1 Abs 2 GewO 1994 vor. Durch das Unterlassen der Gewerbeanmeldung erlange die Beklagte auch gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern, die die mit Kosten verbundene Gewerbeanmeldung vornähmen, einen Wettbewerbsvorteil. Damit habe die Beklagte aber auch gegen § 1 UWG verstoßen. Wenn die Beklagte bisher auch nur für ein einziges Unternehmen als Schmuckberaterin tätig gewesen sei, rechtfertige ihr Wettbewerbsverstoß im Interesse der Verhinderung allzu leichter Umgehungen einen allgemein formulierten Unterlassungstitel.Das Erstgericht erkannte die Beklagte im Sinne des Unterlassungsbegehrens schuldig, wies jedoch den Urteilsveröffentlichungsantrag ab. Die Beklagte habe frei entscheiden können, ob und wann sie für die Pierre L*****GmbH tätig werde. Das Ausbleiben von Provisionen mangels Tätigkeit sei das Unternehmerrisiko, das sie zu tragen habe. Ihre Tätigkeit sei daher als selbständig einzustufen. Die Beklagte habe diese Tätigkeit auch wiederkehrend ausgeübt, sodaß auch das Kriterium der Regelmäßigkeit gegeben sei. Sogar eine einmalige Handlung gelte gemäß Paragraph eins, Absatz 4, GewO 1994 als regelmäßige Tätigkeit, wenn aus den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden könne. Da die Beklagte diese Tätigkeit auch in der Absicht ausgeübt habe, Erträge zu erzielen, lägen sämtliche Voraussetzungen einer gewerbsmäßigen Tätigkeit gemäß Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 vor. Durch das Unterlassen der Gewerbeanmeldung erlange die Beklagte auch gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern, die die mit Kosten verbundene Gewerbeanmeldung vornähmen, einen Wettbewerbsvorteil. Damit habe die Beklagte aber auch gegen Paragraph eins, UWG verstoßen. Wenn die Beklagte bisher auch nur für ein einziges Unternehmen als Schmuckberaterin tätig gewesen sei, rechtfertige ihr Wettbewerbsverstoß im Interesse der Verhinderung allzu leichter Umgehungen einen allgemein formulierten Unterlassungstitel.

Nicht gerechtfertigt sei hingegen das Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die Beklagte sei bisher nur im privaten Bereich tätig geworden. Ein Interesse an der Aufklärung eines breiten Personenkreises, daß sie ihre Tätigkeit bisher ohne Gewerbeberechtigung ausgeübt habe, bestehe daher nicht.

Das Berufungsgericht änderte den Ausspruch des Erstgerichtes über den Unterlassungsanspruch im Sinne dessen Abweisung ab und bestätigte die Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens; weiters sprach es aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000,-- übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Gemäß § 1 Abs 2 GewO 1994 sei jede Tätigkeit gewerbsmäßig, die selbständig, regelmäßig und in Ertragserzielungsabsicht betrieben werde. Alle diese Elemente seien im vorliegenden Fall gegeben. Regelmäßigkeit der Tätigkeit und Ertragsstreben seien nunmehr unbestritten. Die Beklagte sei aber auch selbständig tätig, weil sie das Risiko ihres Arbeitseinsatzes trage. Da die Beklagte außer den Postspesen keinen Spesenersatz erhalte, seien auch ihre Fahrtspesen ein Aufwand, den sie auf eigenes Risiko tätige. Auch wenn die Pierre L*****GmbH der Beklagten die wesentlichen Hilfsmittel für die Warenpräsentationen zur Verfügung stelle, trage die Beklagte das Risiko einer erfolglosen Präsentation, für die sie ihre Arbeitskraft und ihre Zeit eingesetzt und den Aufwand zur Erreichung des Präsentationsortes getragen habe. Das gegenteilige Ergebnis, das Univ.Prof.Dr.St***** in seinem Privatgutachten erzielt habe, stehe der Annahme der Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit der Beklagten nicht entgegen.Das Berufungsgericht änderte den Ausspruch des Erstgerichtes über den Unterlassungsanspruch im Sinne dessen Abweisung ab und bestätigte die Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens; weiters sprach es aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000,-- übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 sei jede Tätigkeit gewerbsmäßig, die selbständig, regelmäßig und in Ertragserzielungsabsicht betrieben werde. Alle diese Elemente seien im vorliegenden Fall gegeben. Regelmäßigkeit der Tätigkeit und Ertragsstreben seien nunmehr unbestritten. Die Beklagte sei aber auch selbständig tätig, weil sie das Risiko ihres Arbeitseinsatzes trage. Da die Beklagte außer den Postspesen keinen Spesenersatz erhalte, seien auch ihre Fahrtspesen ein Aufwand, den sie auf eigenes Risiko tätige. Auch wenn die Pierre L*****GmbH der Beklagten die wesentlichen Hilfsmittel für die Warenpräsentationen zur Verfügung stelle, trage die Beklagte das Risiko einer erfolglosen Präsentation, für die sie ihre Arbeitskraft und ihre Zeit eingesetzt und den Aufwand zur Erreichung des Präsentationsortes getragen habe. Das gegenteilige Ergebnis, das Univ.Prof.Dr.St***** in seinem Privatgutachten erzielt habe, stehe der Annahme der Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit der Beklagten nicht entgegen.

Die Mißachtung einer gesetzlichen Vorschrift sei aber nur dann sittenwidrig im Sinne des§ 1 UWG, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv vorwerfbar und geeignet sei, dem Verletzer einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Sei bei unterschiedlicher Auslegung der verletzten Vorschrift die Auffassung des

Beklagten durch das Gesetz soweit gedeckt, daß sie mit gutem Grund vertreten werden könne, dann liege keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vor. Die Erlangung einer Gewerbeberechtigung für ein Anmeldungsgewerbe erfordere keinen Befähigungsnachweis. Die beweispflichtige Klägerin habe nicht behauptet, wodurch sich die Beklagte durch die Ausübung eines freien Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung einen sittenwidrigen Wettbewerbsvorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft habe. Sie habe insbesondere keinen Umstand angeführt, aus dem sich eine Verbesserung der Wettbewerbslage der Beklagten im Vergleich zu ihren gesetzestreuen Mitbewerbern ergebe. Ein solcher Vorsprung sei auch nicht zu erblicken. Ein Wettbewerbsvorsprung könnte in einer Leistungsverfälschung, einer günstigeren Werbemethode oder Vertriebsart liegen. Meist werde sich der Vorsprung darin zeigen, daß aufgrund des Gesetzesverstoßes eine billigere oder bessere Ware oder Leistung angeboten werden könne. Die Beklagte habe aber auf die Gestaltung und Günstigkeit der Angebote der Pierre L*****GmbH keinen Einfluß. Auch durch die Ersparnis von Aufwendungen könne sie keinen Wettbewerbsvorsprung erlangen. Dadurch verbessere sich ihre Wettbewerbsposition nicht. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Beklagte den Gesetzesverstoß bewußt und planmäßig eingesetzt und den Umstand ausgenützt habe, daß sich ihre Mitbewerber gesetzestreu verhielten.Die Mißachtung einer gesetzlichen Vorschrift sei aber nur dann sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG, wenn der Gesetzesverstoß subjektiv vorwerfbar und geeignet sei, dem Verletzer einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Sei bei unterschiedlicher Auslegung der verletzten Vorschrift die Auffassung des Beklagten durch das Gesetz soweit gedeckt, daß sie mit gutem Grund vertreten werden könne, dann liege keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vor. Die Erlangung einer Gewerbeberechtigung für ein Anmeldungsgewerbe erfordere keinen Befähigungsnachweis. Die beweispflichtige Klägerin habe nicht behauptet, wodurch sich die Beklagte durch die Ausübung eines freien Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung einen sittenwidrigen Wettbewerbsvorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft habe. Sie habe insbesondere keinen Umstand angeführt, aus dem sich eine Verbesserung der Wettbewerbslage der Beklagten im Vergleich zu ihren gesetzestreuen Mitbewerbern ergebe. Ein solcher Vorsprung sei auch nicht zu erblicken. Ein Wettbewerbsvorsprung könnte in einer Leistungsverfälschung, einer günstigeren Werbemethode oder Vertriebsart liegen. Meist werde sich der Vorsprung darin zeigen, daß aufgrund des Gesetzesverstoßes eine billigere oder bessere Ware oder Leistung angeboten werden könne. Die Beklagte habe aber auf die Gestaltung und Günstigkeit der Angebote der Pierre L*****GmbH keinen Einfluß. Auch durch die Ersparnis von Aufwendungen könne sie keinen Wettbewerbsvorsprung erlangen. Dadurch verbessere sich ihre Wettbewerbsposition nicht. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Beklagte den Gesetzesverstoß bewußt und planmäßig eingesetzt und den Umstand ausgenützt habe, daß sich ihre Mitbewerber gesetzestreu verhielten.

Guter Glaube könne der Beklagten allerdings nicht zugebilligt werden, weil sie auf das Schreiben des Landesgremiums der Kammer der gewerblichen Wirtschaft Oberösterreich nicht reagiert und eine Abklärung der gewerberechtlichen Frage für nicht erforderlich gehalten habe. Das vorliegende Gutachten eines Universitätsprofessors rechtfertige ihr Verhalten nicht.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen vom Kläger erhobene Revision ist teilweise berechtigt.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte die Warenpräsentationen gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs 2 GewO 1994 vorgenommen hat. Eine Tätigkeit wird nach dieser Gesetzesstelle gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Beklagte zieht in der Revision nur mehr das Selbständigkeitskriterium in Zweifel. Selbständigkeit im Sinne des § 1 Abs 3 GewO 1994 liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt, also ein Unternehmerrisiko getragen wird. Die Selbständigkeit ist nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu prüfen; die Beurteilung der Frage, wer das Unternehmerrisko auf sich nimmt, ist aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt (VwGHSlg 9263 A). Erfolgt die Tätigkeit bei völlig freier Tätigkeits- und Zeiteinteilung, der Möglichkeit, die Tätigkeit jederzeit abzubrechen, und auf reiner Provisionsbasis und hängt damit das Entgelt ausschließlich vom Erfolg dieser Tätigkeit ab, dann ist das Merkmal der Selbständigkeit gegeben (Kinscher/Sedlak GewO6 FN 66 zu § 1; VwGH 85/04/0223 und 85/04/02224). Die Beklagte, der es freistand, ob sie Warenpräsentationen durchführte, wann und wie sie diese vornahm und wie sie sie ausübte, war bei der Ausübung ihrer Tätigkeit und der Zeiteinteilung völlig frei und hatte auch die Möglichkeit, diese Tätigkeit jederzeit abzubrechen; da sie, mit Ausnahme des Ersatzes der Portospesen, auf reiner Provisionsbasis tätig war, das Entgelt somit

ausschließlich vom Erfolg ihrer Tätigkeit abhing, ist das Merkmal der Selbständigkeit gegeben. Unbeachtlich muß dabei bleiben, daß das Risiko des Warenabsatzes bei der Pierre L*****GmbH verblieb. Die Beklagte entfaltet keine Handelstätigkeit, sondern beschränkt sich auf die Präsentation von Waren. Allein ihr Risiko ist es daher, infolge nicht ausreichender Präsentationstätigkeit keine oder nur geringfügige Provisionen zu erzielen. Aus demselben Grund ist es auch unbeachtlich, wenn sie insoweit als Bevollmächtigte oder Beauftragte der Pierre L*****GmbH agiert. Die Beklagte ist aufgrund dieses Vertragsverhältnisses aber nicht weisungsgebunden und auch nicht direkte Stellvertreterin dieses Unternehmens, weil sie in den Warenvertrieb nicht direkt eingeschaltet, also nicht zur Entgegennahme und Weiterleitung von Bestellungen bestimmt ist.Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte die Warenpräsentationen gewerbsmäßig im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 vorgenommen hat. Eine Tätigkeit wird nach dieser Gesetzesstelle gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Beklagte zieht in der Revision nur mehr das Selbständigkeitskriterium in Zweifel. Selbständigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994 liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt, also ein Unternehmerrisiko getragen wird. Die Selbständigkeit ist nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu prüfen; die Beurteilung der Frage, wer das Unternehmerrisko auf sich nimmt, ist aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt (VwGHSlg 9263 A). Erfolgt die Tätigkeit bei völlig freier Tätigkeits- und Zeiteinteilung, der Möglichkeit, die Tätigkeit jederzeit abzubrechen, und auf reiner Provisionsbasis und hängt damit das Entgelt ausschließlich vom Erfolg dieser Tätigkeit ab, dann ist das Merkmal der Selbständigkeit gegeben (Kinscher/Sedlak GewO6 FN 66 zu Paragraph eins ;, VwGH 85/04/0223 und 85/04/02224). Die Beklagte, der es freistand, ob sie Warenpräsentationen durchführte, wann und wie sie diese vornahm und wie sie sie ausübte, war bei der Ausübung ihrer Tätigkeit und der Zeiteinteilung völlig frei und hatte auch die Möglichkeit, diese Tätigkeit jederzeit abzubrechen; da sie, mit Ausnahme des Ersatzes der Portospesen, auf reiner Provisionsbasis tätig war, das Entgelt somit ausschließlich vom Erfolg ihrer Tätigkeit abhing, ist das Merkmal der Selbständigkeit gegeben. Unbeachtlich muß dabei bleiben, daß das Risiko des Warenabsatzes bei der Pierre L*****GmbH verblieb. Die Beklagte entfaltet keine Handelstätigkeit, sondern beschränkt sich auf die Präsentation von Waren. Allein ihr Risiko ist es daher, infolge nicht ausreichender Präsentationstätigkeit keine oder nur geringfügige Provisionen zu erzielen. Aus demselben Grund ist es auch unbeachtlich, wenn sie insoweit als Bevollmächtigte oder Beauftragte der Pierre L*****GmbH agiert. Die Beklagte ist aufgrund dieses Vertragsverhältnisses aber nicht weisungsgebunden und auch nicht direkte Stellvertreterin dieses Unternehmens, weil sie in den Warenvertrieb nicht direkt eingeschaltet, also nicht zur Entgegennahme und Weiterleitung von Bestellungen bestimmt ist.

Die Gewerbeordnung 1994 gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 GewO 1994 - hier nicht vorliegende - Ausnahmen verfügen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. § 5 Abs 2 GewO 1994 unterscheidet zwischen den Handwerken und gebundenen Gewerben, für die Befähigkeitsnachweise erforderlich sind, einerseits und den freien Gewerben, für die kein Befähigungsnachweis zu erbringen ist, andererseits. Zu den freien Gewerben, von denen in der Gewerbeordnung nur einige aufgezählt sind, gehört auch der des Warenrepräsentators (Kinscher/Sedlak aaO 85 FN 15 zu § 5). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der etwa vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes ausgeübt werden (§ 5 Abs 1 GewO 1994). Die Ausübung eines freien Gewerbes ohne die erforderliche Anmeldung begründet eine Verwaltungsübertretung.Die Gewerbeordnung 1994 gilt, soweit nicht die Paragraphen 2 bis 4 GewO 1994 - hier nicht vorliegende - Ausnahmen verfügen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Paragraph 5, Absatz 2, GewO 1994 unterscheidet zwischen den Handwerken und gebundenen Gewerben, für die Befähigkeitsnachweise erforderlich sind, einerseits und den freien Gewerben, für die kein Befähigungsnachweis zu erbringen ist, andererseits. Zu den freien Gewerben, von denen in der Gewerbeordnung nur einige aufgezählt sind, gehört auch der des Warenrepräsentators (Kinscher/Sedlak aaO 85 FN 15 zu Paragraph 5,). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der etwa vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes ausgeübt werden (Paragraph 5, Absatz eins, GewO 1994). Die Ausübung eines freien Gewerbes ohne die erforderliche Anmeldung begründet eine Verwaltungsübertretung.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes begeht, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, auch einen Verstoß gegen § 1 UWG; bei einer solchen unlauteren Veränderung der wettbewerblichen Ausgangslage zugunsten des

Verletzers kommt es auch nicht darauf an, ob die übertretene Norm wettbewerbsregelnden Charakter hat; entscheidend ist vielmehr die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs (ÖBl 1992, 122 - Geschäftslokal-Vermietung; ÖBl 1992, 203 - Offenlegung; ÖBl 1993, 68 - Capillaris Haaraktivator). Das Ausüben eines Gewerbes ohne Gewerberechtigung, die erst den Zugang zur Ausübung des Gewerbes ermöglicht, verstößt gegen § 1 UWG (4 Ob 124/94; 4 Ob 2022/96y). Auch bei einem Anmeldegewerbe kann nichts anderes gelten. Auch die Unterlassung einer solchen Anmeldung ist geeignet, den freien Leistungswettbewerb zu beeinflussen, treffen doch den Verletzer nicht die Pflichten und Kosten, die mit einer Gewerbeanmeldung verbunden sind. Daß die Beklagte alle Voraussetzungen für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe eines Warenpräsentators erfüllt, besagt daher nichts darüber, ob die Unterlassung dieser Gewerbeanmeldung geeignet war, den freien Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen. Ebenso unerheblich muß bleiben, daß die sozialversicherungsrechtliche Stellung nach dem GSPVG für die Beklagte allenfalls günstiger wäre, als die - wieder aufgehobene - sogenannte "Werkvertragsregelung". Erspart sich die Beklagte durch die Unterlassung der Gewerbeanmeldung Aufwendungen, dann ist mit dem Verstoß gegen die Gewerbeordnung auch ein sittenwidriger Wettbewerbsvorteil verbunden.Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes begeht, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, auch einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG; bei einer solchen unlauteren Veränderung der wettbewerblichen Ausgangslage zugunsten des Verletzers kommt es auch nicht darauf an, ob die übertretene Norm wettbewerbsregelnden Charakter hat; entscheidend ist vielmehr die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs (ÖBl 1992, 122 - Geschäftslokal-Vermietung; ÖBl 1992, 203 - Offenlegung; ÖBl 1993, 68 - Capillaris Haaraktivator). Das Ausüben eines Gewerbes ohne Gewerberechtigung, die erst den Zugang zur Ausübung des Gewerbes ermöglicht, verstößt gegen Paragraph eins, UWG (4 Ob 124/94; 4 Ob 2022/96y). Auch bei einem Anmeldegewerbe kann nichts anderes gelten. Auch die Unterlassung einer solchen Anmeldung ist geeignet, den freien Leistungswettbewerb zu beeinflussen, treffen doch den Verletzer nicht die Pflichten und Kosten, die mit einer Gewerbeanmeldung verbunden sind. Daß die Beklagte alle Voraussetzungen für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe eines Warenpräsentators erfüllt, besagt daher nichts darüber, ob die Unterlassung dieser Gewerbeanmeldung geeignet war, den freien Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen. Ebenso unerheblich muß bleiben, daß die sozialversicherungsrechtliche Stellung nach dem GSPVG für die Beklagte allenfalls günstiger wäre, als die - wieder aufgehobene - sogenannte "Werkvertragsregelung". Erspart sich die Beklagte durch die Unterlassung der Gewerbeanmeldung Aufwendungen, dann ist mit dem Verstoß gegen die Gewerbeordnung auch ein sittenwidriger Wettbewerbsvorteil verbunden.

Guter Glaube an der durch ein Privatgutachten veranlaßten Auffassung, daß trotz der freien Disposition bei der gegen Provision verrichteten Beratungstätigkeit das Merkmal der Selbständigkeit fehle, kann der Beklagten aufgrund der zitierten Rechtsprechung des VwGH nicht zugebilligt werden. Der Beklagten ist der Verstoß gegen die Bestimmungen der Gewerbeordnung daher auch subjektiv vorwerfbar.

Für sein Veröffentlichungsinteresse führt der Kläger in seiner Revision nichts ins Treffen. Die Voraussetzungen für eine Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, nämlich das Bekanntwerden der Rechtsverletzung in einem größeren Personenkreis und die Möglichkeit nachteiliger Folgen derselben (Fitz/Gamerith, Wettbewerbsrecht2, 87) hat der Kläger nicht behauptet. Sie sind bei der Art der geschehenen Rechtsverletzung im privaten Bereich aber auch nicht anzunehmen.

Das Urteil des Berufungsgerichtes war daher teilweise dahin abzuändern, daß die Entscheidung des Erstgerichts im Ausspruch über den Unterlassungsanspruch wiederherzustellen war; die Entscheidung über das Urteilsveröffentlichungsbegehren war dagegen zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO. Der Kläger, der mit dem Veröffentlichungsbegehren mit 10 % des Gesamtstreitwerts unterlegen ist, hat Anspruch auf Ersatz seiner Berufungsbeantwortung auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 450.000,-- zur Gänze und 80 % der Berufungsverhandlung sowie seiner Revision, diese berechnet jeweils auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 495.000,--. Der Barauslagenersatz ist gemäß § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO mit 90 % zu berechnen. Dagegen hat die Beklagte Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 45.000,--.Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf Paragraphen 43, Absatz eins,, 50 ZPO. Der Kläger, der mit dem Veröffentlichungsbegehren mit 10 % des Gesamtstreitwerts unterlegen ist, hat

Anspruch auf Ersatz seiner Berufungsbeantwortung auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 450.000,-- zur Gänze und 80 % der Berufungsverhandlung sowie seiner Revision, diese berechnet jeweils auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 495.000,--. Der Barauslagenersatz ist gemäß Paragraph 43, Absatz eins, letzter Satz ZPO mit 90 % zu berechnen. Dagegen hat die Beklagte Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 45.000,--.

Anmerkung

E48049 04A03167

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1997:0040OB00316.97T.1028.000

Dokumentnummer

JJT_19971028_OGH0002_0040OB00316_97T0000_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