

# TE OGH 1997/4/23 3Ob2433/96g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.04.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann 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 betreibenden Partei V\*\*\*\*\*

GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Schönherr, Barfuß, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die verpflichteten Parteien 1. K\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* 2. M\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, und 3. M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Exekution zur Erwirkung von Unterlassungen, gegen den Beschluß des Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtetes vom 15.Oktobe 1996, GZ 46 R 1139/96g-1146/96m-27, womit infolge Rekurses der verpflichteten Parteien die Beschlüsse des Bezirksgerichtes Josefstadt vom 17.Juni 1996, GZ 11 E 3320/96-2, und vom 21.Juni 1996, GZ 11 E 3320/96x-3, 4, 5 und 6, teilweise abgeändert wurden, den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs der verpflichteten Parteien wird nicht Folge gegeben.

Die verpflichteten Parteien haben die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Mit inzwischen rechtskräftigem Beschuß vom 13.6.1996 (ON 1) bewilligte das Erstgericht aufgrund des vollstreckbaren Versäumungsurteiles des Handelsgerichtes Wien vom 24.3.1989, 38 Cg 62/89, der betreibenden Partei gegen die verpflichteten Parteien zur Erwirkung des Gebots, beim Vertrieb der periodischen Druckschrift K\*\*\*\*\* das Ankündigen von Gewinnspielen und/oder anderen Werbemaßnahmen zu unterlassen, bei denen Preise nicht unbedeutenden Wertes verlost werden oder der Erhalt von Preisen sonst von einem Zufall abhängig ist, wenn dabei - etwa durch die Teilnahmebedingungen oder die Art der Ankündigung - der Eindruck erweckt wird, daß zur Teilnahme der Erwerb der Druckschrift notwendig oder zumindest förderlich ist, die Exekution gemäß § 355 EO. Der Exekutionsantrag datiert vom 11.6.1996 und langte am darauffolgenden Tag beim Erstgericht ein. Mit inzwischen rechtskräftigem Beschuß vom 13.6.1996 (ON 1) bewilligte das Erstgericht aufgrund des vollstreckbaren Versäumungsurteiles des Handelsgerichtes Wien vom 24.3.1989, 38 Cg 62/89, der betreibenden Partei gegen die verpflichteten Parteien zur Erwirkung des Gebots, beim Vertrieb der periodischen Druckschrift K\*\*\*\*\* das Ankündigen von Gewinnspielen und/oder anderen Werbemaßnahmen zu unterlassen, bei denen Preise nicht unbedeutenden Wertes verlost werden oder der Erhalt von Preisen sonst von einem Zufall abhängig ist, wenn dabei - etwa durch die Teilnahmebedingungen oder die Art der

Ankündigung - der Eindruck erweckt wird, daß zur Teilnahme der Erwerb der Druckschrift notwendig oder zumindest förderlich ist, die Exekution gemäß Paragraph 355, EO. Der Exekutionsantrag datiert vom 11.6.1996 und langte am darauffolgenden Tag beim Erstgericht ein.

Mit den Beschlüssen vom 17.6.1996 (ON 2) und vom 21.6.1996 (ON 3 bis 6) verhängte das Erstgericht auf Antrag der betreibenden Partei Geldstrafen über jede verpflichtete Partei.

Allen diesen Entscheidungen liegen Behauptungen der betreibenden Partei in den jeweiligen Strafanträgen zugrunde, daß in der Tageszeitung "K\*\*\*\*\*" laufend die Ankündigung "Fußball EM-Tip" erscheine. Darin hätten die Verpflichteten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß "der K\*\*\*\*\*-Leserservice und A\*\*\*\*\*...täglich unter allen richtigen Tips... Preise" verlosten. Sie hätten angekündigt, daß während der Fußball-EM täglich ein Spiel ausgewählt werde, dessen Ergebnis die Mitspieler zu tippen hätten. Da während der Fußball-EM täglich mehrere Spiele durchgeführt würden, müsse der Interessent die Tageszeitung "K\*\*\*\*\*" schon deshalb kaufen, um feststellen zu können, welches der verschiedenen EM-Spiele des jeweiligen Tages zum "Spiel des Tages" gewählt worden sei, welches Spielergebnis also jeweils zu tippen sei. Der Erwerb des "K\*\*\*\*\*" sei zur täglichen Teilnahme am Gewinnspiel somit notwendig, zumindest aber förderlich.

Die ausgelosten Preise (Trainingsanzüge, Fußbälle u.dgl.) seien jedenfalls nicht unbedeutenden Wertes und würden als "wertvolle Preise" bezeichnet.

Zur Strafbemessung wird auf die wirtschaftliche Potenz der Verpflichteten verwiesen, so insbesondere auf ein Kapital der ersten Verpflichteten von S 135,000.000 und darauf, daß die zweite Verpflichtete den österreichischen Medienmarkt beherrsche und eine der größten österreichischen Unternehmen sei.

In den Vollzugsanträgen ON 4 bis 6 wird noch vorgebracht, daß der neuerdings in der Einschaltung aufscheinende Hinweis darauf, daß man das Spiel des Tages auch beim "K\*\*\*\*\*-Quizmaster" erfahren könne, könne an der Notwendigkeit des Erwerbes der Tageszeitung nichts ändern könne, weil nach einer Woche regelmäßigen Erscheinens der stets gleich aufgemachten Ankündigung niemand mehr den ganzen Text lese und daher kaum jemand den Hinweis bemerken werde, und weil die Kosten eines Anrufes unter der angegebenen Telefonnummer rund 20 S betrügen. Selbst ein Abbrechen des Anrufes nach Bekanntgabe des "Spiels des Tages" koste noch mehr als den Kaufpreis des "K\*\*\*\*\*".

In ON 6 wird noch vorgebracht, daß die Verpflichteten auch nach Zustellung der Exekutionsbewilligung vom 13.6.1996 ganz bewußt dem Unterlassungsgebot zuwiderhandelten.

Mit dem angefochtenen Beschuß gab (unter anderem) das Rekursgericht den Rekursen der verpflichteten Parteien gegen die Strafbeschlüsse ON 2 bis ON 6 jeweils teilweise Folge und setzte die verhängten Geldstrafen herab. Es sprach jeweils aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Entgegen der Auffassung der Rekurswerber hätten die Beklagten doch gegen das ihnen im Versäumungsurteil auferlegte Unterlassungsgebot verstoßen, lediglich was die Höhe der verhängten Geldstrafen betreffe, sei der Rekurs teilweise berechtigt.

Durch die inkriminierten Veröffentlichungen werde ein unzulässiger Kaufanreiz ausgeübt. Aufgrund der Veröffentlichung gehe für den an der Teilnahme am Gewinnspiel interessierten Leserkreis hervor, daß während der Dauer der Fußball-EM im "K\*\*\*\*\*" täglich ein Spiel des Tages ausgewählt werde, dessen Ergebnis sodann von den Teilnehmern zu tippen sei. Da täglich zwei EM-Spiele ausgetragen würden, könnten die Spielteilnehmer durch den Kauf der nächsten Ausgabe des "K\*\*\*\*\*" mit Sicherheit feststellen, welches Spiel nun jeweils als Spiel des Tages ausgewählt wurde. Die theoretische Möglichkeit der Teilnahme an dem Gewinnspiel auch durch einen zweimaligen Anruf beim "K\*\*\*\*\*-Quizmaster", um für jedes der beiden möglichen Spiele einen Tip abzugeben, stelle sich schon wegen der überaus langen und komplizierten Telefonnummer sowie der Gebühr von 21 Groschen pro Sekunde keineswegs als gleichwertige Alternative zum Kauf des "K\*\*\*\*\*" dar. Daher sei zur Teilnahme am Gewinnspiel der Kauf des "K\*\*\*\*\*" zumindest förderlich.

An dem Verstoß könne auch der bereits am 15.6.1996, unmittelbar nach Kenntnisnahme vom anhängigen Exekutionsverfahren, in die Ankündigung aufgenommene Hinweis nichts ändern, daß das Spiel des Tages auch beim "K\*\*\*\*\*-Quizmaster" (unter der angegebenen Telefonnummer) zu erfahren sei.

Abgesehen davon, daß dieser Ergänzung kein besonderer Auffälligkeitswert zukomme, sei insbesondere zu

berücksichtigen, daß ein Teilnehmer an dem Gewinnspiel nicht schon unmittelbar während des Anrufes, nachdem er erstmals vom Spiel des Tages Kenntnis erlangt habe, auch schon den entsprechenden Tip abgeben werde. Dem Teilnehmer sei vielmehr eine entsprechende Überlegungszeit über die Gewinnchancen zuzubilligen. Auch bei der geänderten Art der Durchführung des Gewinnspiels sehe sich daher der durchschnittliche Teilnehmer veranlaßt, unter der - langen und komplizierten Telefonnummer - zweimal anzurufen, zunächst um zu erfahren, welches Spiel das "Spiel des Tages" sei und dann, um den "Tip des Tages" abzugeben. Unter Berücksichtigung der bekanntgegebenen Telefongebühr von 21 Groschen pro Sekunde und der Dauer eines Telefonates von zumindest einer Minute stelle somit auch die Änderung in den Spielbedingungen ab 15.6.1996 keine gleichwertige Alternative zum Kauf der Tageszeitung "\*\*\*\*\*" dar.

Gegen diesen Beschuß richtet sich, soweit das Rekursgericht mit seinen abändernden Entscheidungen den Rekursen der Verpflichteten nicht zur Gänze Folge gegeben hatte, der außerordentliche Revisionsreksrus der verpflichteten Parteien, mit dem sie in erster Linie begehren, den angefochtenen Beschuß dahin abzuändern, daß die Strafanträge ON 2 bis 6 kostenpflichtig abgewiesen würden. In eventu wird beantragt, die gegen die zweite und die dritte verpflichtete Partei ergangenen Beschlüsse als nichtig aufzuheben, dem Erstgericht die Überweisung an das zuständige Gericht aufzuerlegen und den angefochtenen Beschuß in bezug auf die erste verpflichtete Partei dahin abzuändern, daß die Strafanträge ON 2 bis 6 kostenpflichtig abgewiesen würden. Wiederum hilfsweise wird begehr, die gegen die zweite und dritte verpflichtete Partei ergangenen Beschlüsse als nichtig aufzuheben, dem Erstgericht die Überweisung an das zuständige Gericht aufzuerlegen und die über die erste verpflichtete Partei verhängten Geldstrafen auf jeweils S 5.000 herabzusetzen.

Letztlich wird hilfsweise begehr, die über die verpflichteten Parteien verhängten Geldstrafen jeweils auf S 5.000 herabzusetzen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der außerordentliche Revisionsreksrus ist zwar zulässig, aber nicht berechtigt.

Als (zur Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes: Kodek in Rechberger § 482 Rz 3 mN) zulässige Neuerung machen die Revisionsreksruswerberinnen geltend, daß sie (zumindest seit der Ersterfassung des Firmenbuches am 11.1.1994) ihren Sitz in Wien 19 haben. Dies ergebe sich nicht nur aus dem vorgelegten Firmenbuchauszug (der im übrigen für die zweite Verpflichtete eine unrichtige Postleitzahl aufweist), sondern bereits aus dem Exekutionstitel aus dem Jahre 1989, von dem sich eine Ausfertigung als Beilage ./1 im erstgerichtlichen Akt befindet. Als (zur Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes: Kodek in Rechberger Paragraph 482, Rz 3 mN) zulässige Neuerung machen die Revisionsreksruswerberinnen geltend, daß sie (zumindest seit der Ersterfassung des Firmenbuches am 11.1.1994) ihren Sitz in Wien 19 haben. Dies ergebe sich nicht nur aus dem vorgelegten Firmenbuchauszug (der im übrigen für die zweite Verpflichtete eine unrichtige Postleitzahl aufweist), sondern bereits aus dem Exekutionstitel aus dem Jahre 1989, von dem sich eine Ausfertigung als Beilage ./1 im erstgerichtlichen Akt befindet.

Nach einhelliger Rechtsprechung stellt eine Nichtigkeit stets eine

Rechtsfrage dar, der im Sinne der §§ 502 Abs 1 und 528 Abs 1 ZPO zur

Wahrung der Rechtssicherheit erhebliche Bedeutung zukommt (4 Ob

539/90; RZ 1991/75; SZ 65/89; RZ 1994/45 = EF 73.015; EvBl 1992/54 =

NZ 1992, 58 = EFSIg 67.432; SZ 68/160 uva; zuletzt 10 Ob 2215/96z).

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bewirkt die Unzuständigkeit des Exekutionsbewilligungsgerichtes Nichtigkeit (nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO), weil nach § 51 EO die Gerichtsstände nach diesem Gesetz zwingend sind (Angst/Jakusch/Pimmer EO13 § 51 E 2 und § 3 E 65; EvBl 1974/112; EvBl 1976/144 und EvBl 1976/159; zuletzt 3 Ob 108/95 = ecolex 1996,273; zum Verhältnis zwischen Titel- und Exekutionsgericht: Angst/Jakusch/Pimmer aaO § 355 E 55). Nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bewirkt die Unzuständigkeit des Exekutionsbewilligungsgerichtes Nichtigkeit (nach Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO), weil nach Paragraph 51, EO die Gerichtsstände nach diesem Gesetz zwingend sind (Angst/Jakusch/Pimmer EO13 Paragraph 51, E 2 und Paragraph 3, E 65; EvBl 1974/112; EvBl 1976/144 und EvBl 1976/159; zuletzt 3 Ob 108/95 = ecolex 1996,273; zum Verhältnis zwischen Titel- und Exekutionsgericht: Angst/Jakusch/Pimmer aaO Paragraph 355, E 55).

Die örtliche Zuständigkeit des Exekutionsgerichtes bei Exekutionen nach§ 355 EO richtet sich nach dem Ort der Zustellung des Bewilligungsbeschlusses an den Verpflichteten (Angst/Jakusch/Pimmer EO13 § 355 E 54). Dies ist gemäß § 4 ZustG der Sitz der Verpflichteten, bei denen es sich um zwei Kapitalgesellschaften und eine Personenhandelsgesellschaft handelt. Die örtliche Zuständigkeit des Exekutionsgerichtes bei Exekutionen nach Paragraph 355, EO richtet sich nach dem Ort der Zustellung des Bewilligungsbeschlusses an den Verpflichteten (Angst/Jakusch/Pimmer EO13 Paragraph 355, E 54). Dies ist gemäß Paragraph 4, ZustG der Sitz der Verpflichteten, bei denen es sich um zwei Kapitalgesellschaften und eine Personenhandelsgesellschaft handelt.

Die geltend gemachte Nichtigkeit liegt allerdings deshalb nicht vor, weil auf das gegenständliche Exekutionsverfahren gemäß Art VIII Abs 2 EO-Nov 1995 bereits § 6 EO in der durch diese Novelle geänderten Fassung anzuwenden ist. Demnach hat nach Z 3 dieser Gesetzesstelle der betreibende Gläubiger die Wahl, bei welchem der zum Einschreiten zuständigen Gerichte er um Bewilligung der Exekution ansucht, wenn in verschiedenen Gerichtssprengeln Exekutionshandlungen vorzunehmen wären, weil er aufgrund desselben Exekutionstitels Exekution gegen mehrere Verpflichtete beantragt. Nach der zitierten Übergangsbestimmung ist die geänderte Fassung des § 6 EO bereits auf Exekutionsverfahren anzuwenden, in denen der Antrag nach dem 30.9.1995 bei Gericht eingebracht wird, was hier der Fall war. Die geltend gemachte Nichtigkeit liegt allerdings deshalb nicht vor, weil auf das gegenständliche Exekutionsverfahren gemäß Art römisch VIII Absatz 2, EO-Nov 1995 bereits Paragraph 6, EO in der durch diese Novelle geänderten Fassung anzuwenden ist. Demnach hat nach Ziffer 3, dieser Gesetzesstelle der betreibende Gläubiger die Wahl, bei welchem der zum Einschreiten zuständigen Gerichte er um Bewilligung der Exekution ansucht, wenn in verschiedenen Gerichtssprengeln Exekutionshandlungen vorzunehmen wären, weil er aufgrund desselben Exekutionstitels Exekution gegen mehrere Verpflichtete beantragt. Nach der zitierten Übergangsbestimmung ist die geänderte Fassung des Paragraph 6, EO bereits auf Exekutionsverfahren anzuwenden, in denen der Antrag nach dem 30.9.1995 bei Gericht eingebracht wird, was hier der Fall war.

Nach den Erläuternden Bemerkungen zur RV (195 BlgNR 19.GP; zitiert u. a. bei Albrecht, Die EO-Novelle 1995, 22 f und Feil EO4 39) war Ziel dieser neu geschaffenen Bestimmung, die Belastung der Verpflichteten mit Kosten zu vermindern. Es gibt demnach keinen Anhaltspunkt dafür, daß die neu geschaffene Sammelzuständigkeit nur für die Exekutionsbewilligung allein und nicht auch für das weitere Exekutionsverfahren gelten sollte.

Das Rekursgericht ist bei seiner Beurteilung, daß die Verpflichteten auch mit den Ankündigungen, die Gegenstand der Strafanträge und Beschlüsse ON 2 bis 6 waren, gegen das Versäumungsurteil des Handelsgerichtes vom 24.3.1989 verstoßen haben, von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht abgewichen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die Ausführungen im außerordentlichen Revisionsrekurs sind nicht geeignet, das Gegenteil zu begründen. Keinesfalls kann gesagt werden, daß der Umstand, daß die EM-Tips telefonisch abzugeben waren und das Telefonat wie angekündigt 21 Groschen pro Sekunde kostete, die Entgeltlichkeit der Zugabe bewirken würde, wird doch in keiner Weise in den Ankündigungen in der Zeitung der ersten Verpflichteten klargestellt, daß die Gesprächsgebühr nicht etwa ein Entgelt für die Übermittlung des EM-Tips, sondern für dessen Ermöglichung überhaupt wäre. Nur im letzteren Fall läge ein Entgelt vor, das allenfalls die Beurteilung der Teilnahmemöglichkeit am Wettspiel des K\*\*\*\*\* nicht als unentgeltliche Zugabe im Sinn des § 9a Abs 1 Z 1 UWG erscheinen lassen würde. Das Rekursgericht ist bei seiner Beurteilung, daß die Verpflichteten auch mit den Ankündigungen, die Gegenstand der Strafanträge und Beschlüsse ON 2 bis 6 waren, gegen das Versäumungsurteil des Handelsgerichtes vom 24.3.1989 verstoßen haben, von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht abgewichen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Die Ausführungen im außerordentlichen Revisionsrekurs sind nicht geeignet, das Gegenteil zu begründen. Keinesfalls kann gesagt werden, daß der Umstand, daß die EM-Tips telefonisch abzugeben waren und das Telefonat wie angekündigt 21 Groschen pro Sekunde kostete, die Entgeltlichkeit der Zugabe bewirken würde, wird doch in keiner Weise in den Ankündigungen in der Zeitung der ersten Verpflichteten klargestellt, daß die Gesprächsgebühr nicht etwa ein Entgelt für die Übermittlung des EM-Tips, sondern für dessen Ermöglichung überhaupt wäre. Nur im letzteren Fall läge ein Entgelt vor, das allenfalls die Beurteilung der Teilnahmemöglichkeit am Wettspiel des K\*\*\*\*\* nicht als unentgeltliche Zugabe im Sinn des Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, UWG erscheinen lassen würde.

Die Revisionsrekurswerber können sich auch nicht mit Recht auf die E4 Ob 23/91 (Luftbilderrätsel ÖBI 1991, 263 = WBI 1991, 362 = ecolex 1991, 547) berufen. Damals hatte der OGH die objektive Eignung des Gewinnspiels, den Kunden in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptware oder Hauptleistung zu beeinflussen, also dessen Eigenschaft als Werbe- oder Lockmittel verneint. Das veranstaltete "Luftbilderrätsel" habe seiner Art nach nur einen beschränkten

Personenkreis angesprochen, die die Zeitung nicht etwa wegen der Chance, ein Buch zu gewinnen, kauften, sondern schon wegen ihres Interesses an ihrer engeren Heimat, aber auch wegen des Unterhaltungswertes, den die Suche nach der richtigen Lösung biete. Von dieser Rechtsprechung ist der Oberste Gerichtshof in seinen jüngsten Entscheidungen 4 Ob 35/97v und 4 Ob 46/97m nicht abgewichen. In beiden Fällen wurde die Verneinung des Anlockeffektes durch die Rekursgerichte nicht beanstandet.

Anders als im Fall "Luftbilderrätsel" sprach die EM-Tip-Gewinnspielaktion des K\*\*\*\*\* nicht nur die große Zahl der Fußballanhänger, sondern darüber hinaus noch jene an, die an Wetten, insbesondere Sportwetten Gefallen finden. Insoweit ist der Fall auch mit dem zu 4 Ob 46/97m entschiedenen, wo die Gewinnspiele verschiedene Interessentenkreise ansprachen, nicht vergleichbar. Anders als zu 4 Ob 35/97v wurden in der Zeitung der ersten Verpflichteten die ausgespielten Gewinne eindeutig bezeichnet.

Nach § 355 Abs 1 EO sind die wegen jeden weiteren Zuwiderhandelns (nach Verhängung einer Geldstrafe anlässlich der Bewilligung der Exekution) ausgesprochenen Geldstrafen nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns auszumessen. Nach § 359 Abs 1 EO darf die Geldstrafe je Antrag 80.000 S nicht übersteigenNach Paragraph 355, Absatz eins, EO sind die wegen jeden weiteren Zuwiderhandelns (nach Verhängung einer Geldstrafe anlässlich der Bewilligung der Exekution) ausgesprochenen Geldstrafen nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns auszumessen. Nach Paragraph 359, Absatz eins, EO darf die Geldstrafe je Antrag 80.000 S nicht übersteigen.

Erstmals in der E SZ 64/72 = MR 1992, 165 (Konecny) = ÖBI 1991, 129 hat der OGH (wie zuvor schon Rekursgerichte: Angst/Jakusch/Pimmer EO12 § 355 E 88) ausgesprochen, daß bei der Strafbemessung auch auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Bedacht zu nehmen ist. Dies entspricht auch dem Zweck der Beugemittel, daß sie mit dem Grad und der Hartnäckigkeit des Zuwiderhandelns eine Steigerung erfahren müssen (3 Ob 70//76; SZ 64/72; 3 Ob 88/95). Innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen unterliegt die Bemessung der einzelnen Strafen dem zweckgebundenen Ermessen des Vollzugsgerichtes (SZ 54/115 = ÖBI 1981, 164). Erstmals in der E SZ 64/72 = MR 1992, 165 (Konecny) = ÖBI 1991, 129 hat der OGH (wie zuvor schon Rekursgerichte: Angst/Jakusch/Pimmer EO12 Paragraph 355, E 88) ausgesprochen, daß bei der Strafbemessung auch auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Bedacht zu nehmen ist. Dies entspricht auch dem Zweck der Beugemittel, daß sie mit dem Grad und der Hartnäckigkeit des Zuwiderhandelns eine Steigerung erfahren müssen (3 Ob 70//76; SZ 64/72; 3 Ob 88/95). Innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen unterliegt die Bemessung der einzelnen Strafen dem zweckgebundenen Ermessen des Vollzugsgerichtes (SZ 54/115 = ÖBI 1981, 164).

Richtig ist, daß der Oberste Gerichtshof in SZ 68/151 = ecolex 1995, 907 (Graff) dargelegt hat, daß der betreibende Gläubiger Umstände, die nur für die Strafhöhe von Bedeutung und nicht aktenkundig sind, bescheinigen muß (ebenso schon JUS Z 1499). In diesem Fall muß vor Beschußfassung der Verpflichtete gemäß § 358 EO einvernommen werden. Aufgrund des in Art 6 Abs 1 Satz 1 MRK enthaltenen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs muß der Verpflichtete auch die (Un)Richtigkeit der sich aus den Akten ergebenden Umstände, die für die Strafe von Bedeutung sind (etwa eine Änderung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und ähnliches) im Rekurs erstmals vorbringen dürfen. Richtig ist, daß der Oberste Gerichtshof in SZ 68/151 = ecolex 1995, 907 (Graff) dargelegt hat, daß der betreibende Gläubiger Umstände, die nur für die Strafhöhe von Bedeutung und nicht aktenkundig sind, bescheinigen muß (ebenso schon JUS Ziffer 1499.). In diesem Fall muß vor Beschußfassung der Verpflichtete gemäß Paragraph 358, EO einvernommen werden. Aufgrund des in Artikel 6, Absatz eins, Satz 1 MRK enthaltenen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs muß der Verpflichtete auch die (Un)Richtigkeit der sich aus den Akten ergebenden Umstände, die für die Strafe von Bedeutung sind (etwa eine Änderung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und ähnliches) im Rekurs erstmals vorbringen dürfen.

Im vorliegenden Fall hat nun die betreibende Partei in ihren Strafanträgen auf die "wirtschaftliche Potenz" der Verpflichteten hingewiesen, darauf, daß das Kapital der ersten Verpflichteten S 135,000.000 betrage und daß die zweite Verpflichtete den österreichischen Medienmarkt beherrsche und eines der größten österreichischen Unternehmen sei.

In ihren Rekursen haben sich die Verpflichteten damit begnügt, darauf hinzuweisen, daß die Betreibende zur Bescheinigung dieses Vorbringens zur Strafhöhe nur einen Zeitschriftenartikel vorgelegt habe, wodurch die Richtigkeit dieser Behauptungen aber noch lange nicht bescheinigt oder bewiesen sei. Auf die Unrichtigkeit dieser Behauptungen haben sich die Verpflichteten gar nicht berufen. Im übrigen wurden diese Behauptungen nur zur Begründung des

Antrages der betreibenden Partei aufgestellt, daß eine Beugestrafe nahe der Höchststrafe schon beim ersten Verstoß verhängt werden müsse. Dazu ist es ohnehin nicht gekommen, vielmehr wurde mit der rechtskräftigen Exekutionsbewilligung wegen Zuwiderhandelns an drei aufeinanderfolgenden Tagen eine Geldstrafe von je S 40.000 verhängt. Nach der Judikatur des erkennenden Senates ist ja die Verhängung der Höchststrafe als erste Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen (SZ 64/72 = MR 1992, 165 (Konecny) = ÖBI 1991, 129; ÖBI 1983, 58). Dabei ist nach der erstgenannten Entscheidung eben auch auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Verpflichteten Bedacht zu nehmen. Daß dies nicht ausreichend der Fall gewesen wäre, haben die Verpflichteten in ihren Rekursen nicht schlüssig behauptet. Außerdem ist es auch gerechtfertigt, das Verhalten der Verpflichteten als hartnäckig zu bezeichnen, gestehen sie doch selbst in der Vergangenheit liegende Verstöße gegen den Exekutionstitel zu und erfolgte schon die erste Bestrafung mit dem Beschuß des Erstgerichtes ON 2 wegen dreifachen Zuwiderhandelns gegen das rechtskräftige Unterlassungsgebot. Berücksichtigt man weiters, daß dem Titel in der periodischen Druckschrift "K\*\*\*\*\*"

bereits in dem der E SZ 66/74 = ecolex 1993, 686 = JUS Z 1361 = ÖB bereits in dem der E SZ 66/74 = ecolex 1993, 686 = JUS Ziffer 1361, = ÖBI

1993, 116 = RdW 1994, 10 zugrundeliegenden Fall zuwidergehandelt

wurde und bis zur neuerlichen Änderung des UWG durchBGBl 1993/227 in der Zeit vom 1.4.1992 bis 2.4.1993 aufgrund des WettbewerG Gewinnspiele in weitem Umfang des § 9a Abs 2 Z 8 UWG erlaubt waren, dann geht auch der Hinweis auf ein längeres Wohlverhalten ins Leere. wurde und bis zur neuerlichen Änderung des UWG durchBGBl 1993/227 in der Zeit vom 1.4.1992 bis 2.4.1993 aufgrund des WettbewerG Gewinnspiele in weitem Umfang des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG erlaubt waren, dann geht auch der Hinweis auf ein längeres Wohlverhalten ins Leere.

Soweit erstmals im außerordentlichen Revisionsrekurs auf eine geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der dritten Verpflichteten als GmbH mit einer Stammeinlage von bloß 1.000.000 S und bloßen Arbeitsgesellschafters hingewiesen wird, liegt, da dies in den Rekursen noch nicht behauptet worden war, jedenfalls eine unbeachtliche Neuerung vor.

Im übrigen erfolgte die Strafbemessung dem Vorgehen des Obersten Gerichtshofes im Fall SZ 64/73 gemäß, sodaß diese unbedenklich erscheint.

Dem Revisionsrekurs ist der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 40, 50 ZPO, § 78 EO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 40., 50 ZPO, Paragraph 78, EO.

#### **Anmerkung**

E46155 03A24336

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

ECLI:AT:OGH0002:1997:0030OB02433.96G.0423.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19970423\_OGH0002\_0030OB02433\_96G0000\_000

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