

# TE OGH 1993/1/12 4Ob120/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.01.1993

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Graf als weitere Richter in den beiden verbundenen Rechtssachen der klagenden Partei M\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Rudolf K. Fiebinger und Dr.Peter M. Polak, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei F\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Michael Graff, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren je S 550.000,--) infolge der Revisionsrekurse beider Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 17.September 1992, GZ 2 R 67/92-18, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 31.Mai 1992 im Verfahren 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes abgeändert, und im Verfahren 10 Cg 61/92 des Erstgerichtes bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 19.204,20 (darin enthalten S 3.200,70 USt) bestimmten Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Verlegerin der Tageszeitungen "Neue Kronen- Zeitung" und "Kurier". Die Beklagte ist Medieninhaberin und Verlegerin der Tageszeitung "täglich Alles".

In der Ausgabe der Tageszeitung "täglich Alles" vom 5.4.1992 und in folgenden Ausgaben war nachstehende Einschaltung enthalten:

Im Anschluß daran hieß es weiter:

Wegen des "Gratis-Privat-Anzeigen-Coupons" beantragte die Klägerin zur Sicherung des zu 10 Cg 61/92 des Erstgerichtes mit Klage geltend gemachten inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr beim Vertrieb der Zeitschrift "täglich Alles" für Gratis-Einschaltungen und/oder Gratis-Anzeigen im "BAZAR" oder einer ähnlichen Zeitschrift zu werben, wenn dies durch den

Abdruck von Bestellscheinen erfolgt, die mit "Coupon" oder "Gutschein" oder mit einem ähnlichen Ausdruck bezeichnet werden, und dadurch der unrichtige Eindruck entsteht, daß der Inhaber des "Coupons" oder "Gutscheins" eine Leistung, für die andere zahlen müssen, kostenlos erhält.

Zur Sicherung des zu 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes mit Klage geltend gemachten inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragt die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung den Verlag und/oder Vertrieb und/oder Verkauf einer periodischen Druckschrift, insbesondere "täglich Alles", zu verbieten, wenn darin eine unentgeltliche Zugabe für die Inhaber von Gutscheinen, die aus der betreffenden periodischen Druckschrift ausgeschnitten werden können, angekündigt wird, insbesondere wenn dies dadurch geschieht, daß zum Ausschneiden bestimmte Gutscheine in der periodischen Druckschrift abgedruckt werden, welche den Inhaber des Gutscheins berechtigen, eine Ausgabe der Kleinanzeigen-Zeitschrift "BAZAR" beim Zeitungs- und Zeitschriftenhändler zu einem um S 5 ermäßigten Preis zu beziehen. Mit dem "S 5-BAZAR-Alles-Gutschein" habe die Beklagte im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs eine unzulässige Zugabe angekündigt und damit gegen § 9 a UWG verstoßen. Den Lesern der Tageszeitung "täglich Alles" werde durch den Inhalt der Anzeige unzweifelhaft der Eindruck vermittelt und damit angekündigt, daß solche Gutscheine auch in folgenden Zeitungsnummern enthalten sein würden.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Sicherungsanträge. Der mit der Klage zu 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes verbundene Sicherungsantrag sei schon deshalb nicht berechtigt, weil der "S 5-BAZAR-Alles-Gutschein" Teil der Hauptleistung sei und daher begrifflich nicht Zugabe sein könne. Im übrigen aber lägen Ausnahmen vom Zugabenverbot gemäß § 9 a Abs 2 UWG vor. Die mit einem - aus dem Zeitungsexemplar herauszuschneidenden - Gutschein vermittelte Zugabe werde nicht angekündigt, sondern in zulässiger Weise bloß gewährt; soweit in der beanstandeten Einschaltung auch von der "Zukunft" die Rede ist, werde damit nicht die Veröffentlichung weiterer Gutscheine angekündigt; diese Aufklärung bedeute nur, daß der Gutschein nicht unbedingt sofort, sondern auch noch später verwendet werden könne. Das Ankündigen eines Preisnachlasses sei aber seit dem Inkrafttreten des Wettbewerbs-Deregulierungsgesetzes uneingeschränkt erlaubt.

Das Erstgericht verband beide Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung und erließ - im führenden Akt 10 Cg 60/92 - die beiden beantragten einstweiligen Verfügungen. Der "S 5-BAZAR-Alles-Gutschein" verbriebe - neben der Zeitung als Hauptware - eine weitere Leistung im Wert von S 5,-, und damit eine Zugabe im Sinne des § 9 a Abs 1 UWG. Ein gemäß § 9 a Abs 2 Z 5 vom Zugabenverbot des § 9 a Abs 1 UWG ausgenommener bestimmter oder auf bestimmte Art zu berechnender, der Ware nicht beigelegte Geldbetrag, werde damit nicht angekündigt, weil ein Geldrabatt nur dann vorliegen könne, wenn der Käufer der Zeitung den Gutschein in Bargeld einlösen kann. Es liege auch nicht bloß die zulässige Mitwirkung an einer Rabattgewährung vor; die Zeitungsleser würden vielmehr aus dem gesamten Erscheinungsbild der Ankündigung den Eindruck einer Aktion der Beklagten gewinnen. Da dem Publikum mit dem Gutschein die Möglichkeit geboten werde, beim Kauf der nächsten oder einer weiteren Nummer der Zeitung "BAZAR" S 5 zu sparen, liege im Verhalten der Beklagten auch das unzulässige Ankündigen einer Zugabe. Nur dann, wenn die Beklagte diese Gutscheine lediglich in einer einzigen Zeitungsnummer abgedruckt hätte, könnte von einem erlaubten "Gewähren" gesprochen werden.

Das Rekursgericht bestätigte die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes in Ansehung des mit der Klage 10 Cg 61/90 verbundenen Sicherungsantrages ("Gratis-Privat-Anzeigen-Coupon"); den mit der Klage 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes verbundenen Sicherungsantrag wies es hingegen ab. Weiters sprach das Rekursgericht aus, daß "der Wert des Entscheidungsgegenstandes" S 50.000,- übersteige und "der Revisionsrekurs zulässig" sei. Mit dem "S 5-BAZAR-Alles-Gutschein" habe die Beklagte nicht gegen bestehende Wettbewerbsvorschriften verstoßen. Der Käufer der Tageszeitung "täglich Alles" erhalte zwar mit diesem Gutschein nicht etwas, was üblicherweise Teil einer Tageszeitung ist; da der Gutschein nicht als mit dem Preis für die Hauptware abgegolten angesehen werde, könnte er an sich als Zugabe aufgefaßt werden. Nach ständiger Rechtsprechung sei aber das Verteilen von Gutscheinen, die zum verbilligten Bezug bestimmter Waren des täglichen Bedarfs berechtigen, als Ankündigen eines Rabattes anzusehen. Bis zum Inkrafttreten des Wettbewerbs - DeregulierungsG sei ein Verstoß gegen das RabG nicht nur dem Unternehmer zur Last gelegt worden, der sich nach dem Inhalt der Ankündigung zur Einlösung der Gutscheine bereit erklärt hatte, sondern auch demjenigen, der an der gesetzwidrigen Aktion durch das Ausgeben von Gutscheinen mitgewirkt hat. Das - im Rahmen einer Gemeinschaftsaktion der Beklagten mit der Inseratenzeitung "BAZAR" vorgenommene - Ankündigen eines Rabattes durch die Beklagte sei auch geeignet, denn Zeitungsabsatz der Beklagten zu fördern. Der Gutschein

verbriefe daher einen Rabatt, doch sei das Ankündigen, Anbieten und Gewähren von Rabatten nunmehr nicht mehr verboten. Der einen solchen Gutschein einlösende Unternehmer begehe keinen Gesetzesverstoß mehr; der den Gutschein ausgebende Unternehmer könne daher auch nicht mehr an einem Gesetzes(Rabatt-)verstoß eines anderen mitwirken. Das Erlangen eines Wettbewerbsvorteiles durch den Ankündigenden werde durch die Aufhebung des RabG vom Gesetzgeber nunmehr gebilligt, dieser Wertung müsse auch bei der Beurteilung des Verhaltens des Dritten, der den Rabatt nur ankündigt, selbst aber nicht gewähren will, berücksichtigt werden.

Gegen die Bestätigung der einstweiligen Verfügung im Verfahren 10 Cg 61/92 des Erstgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs der Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidung im Sinne der gänzlichen Abweisung des Sicherungsantrages abzuändern; die Klägerin beantragt, diesen Revisionsrekurs (als absolut unzulässig oder als unzulässig mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage) zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

Die Klägerin bekämpft mit ihrem Revisionsrekurs die Abweisung des mit der Klage 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes verbundenen Sicherungsantrages und beantragt, insoweit die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes wiederherzustellen; die Beklagte beantragt, diesen Revisionsrekurs mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist absolut unzulässig. Der Revisionsrekurs der Klägerin ist zwar zulässig im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO, weil zu der Frage, wie weit sich die Aufhebung des RabG durch das Wettbewerbs-DeregulierungsG auf die bisherige Rechtsprechung über die Rechtsnatur von Gutscheinen, die zum verbilligten Warenbezug berechtigen, auswirkt, noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes besteht; er ist jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

I.) Zum Revisionsrekurs der Beklagten:

Da auch die Entscheidung des Rekursgerichtes in verbundenen Verfahren ergangen ist, ist sie in Ansehung des mit der Klage 10 Cg 61/60 verbundenen Sicherungsantrages voll bestätigend im Sinne der §§ 78, 402 EO, § 528 Abs 2 Z 2 ZPO und damit absolut unanfechtbar. Die Verbindung mehrerer Rechtssachen gemäß § 187 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der Revision (des Revisionsrekurses) ohne Einfluß. Jeder der mit verschiedenen Klagen geltend gemachte Ansprüche muß als Entscheidungsgegenstand gesondert betrachtet werden; eine Zusammenrechnung solcher Ansprüche findet demnach nicht statt (SZ 56/76; SZ 58/161; JBI 1984, 554; MietSlg 38.789). Daran kann auch die durch § 55 Abs 5 JN angeordnete Anwendung der Zusammenrechnungsregeln des § 55 JN für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln nichts ändern, weil diese nur dann Platz greift, wenn mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht werden. Daß die mit mehreren verbundenen Klagen erhobenen Ansprüche in einem tatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang stehen (§ 55 Abs 1 Z 1 JN) oder von mehreren oder gegen mehrere Streitgenossen nach § 11 Z 1 ZPO erhoben sind (§ 55 Abs 1 Z 2 JN), führt daher nicht zur Zusammenrechnung der mit ihnen erhobenen Ansprüche. Nur unter dieser Voraussetzung könnte aber die vorliegende Rekursentscheidung als nicht zur Gänze bestätigend angesehen werden und der gegen den bestätigenden Teil dieser Entscheidung gerichtete Revisionsrekurs zulässig sein. Daß das Rekursgericht für die in verbundenen Rechtssachen ergangene Entscheidung nur einen einheitlichen Bewertungs- und Zulässigkeitsausspruch vorgenommen und nicht ausgesprochen hat, daß der Revisionsrekurs gegen die Bestätigung der einstweiligen Verfügung des Erstgerichtes im Verfahren 10 Cg 61/92 jedenfalls unzulässig ist, kann die Zulässigkeit des Revisionsrekurses der Beklagten gegen diese voll bestätigende Entscheidung ebenfalls nicht begründen.

Der absolut unzulässige Revisionsrekurs der Beklagten war daher zurückzuweisen. § 402 Abs 1 EO idF BGBl 1992/756, wonach im Provisorialverfahren auch voll bestätigende Beschlüsse des Gerichtes zweiter Instanz mit Revisionsrekurs angefochten werden können, ist gemäß Art VII § 1 Abs 3 leg cit auf den vorliegenden Fall noch nicht anzuwenden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung der Klägerin gründet sich auf § 393 Abs 1 EO.

II.) Zum Revisionsrekurs der Klägerin:

Der Auffassung der Klägerin, daß mit dem "S 5-BAZAR-Alles-Gutschein" - eine unzulässige Zugabe angekündigt wurde, kann nicht beigepflichtet werden:

Nach der zu § 1 RabG ergangenen Rechtsprechung (SZ 33/75; ÖBl 1960, 114; ÖBl 1964, 117; ÖBl 1975, 67; ÖBl 1977, 43; ÖBl 1992, 179; MR 1990, 105) wurde das - im geschäftlichen Verkehr an Letztverbraucher vorgenommene - Verteilen von Gutscheinen, die zum verbilligten Bezug bestimmter Waren des täglichen Bedarfs berechtigen, als Ankündigung eines verbotenen Rabattes beurteilt; ein solcher Verstoß wurde nicht nur dem Unternehmer zur Last gelegt, der sich nach dem Inhalt der Ankündigung zur Einlösung der Gutscheine bereit erklärt hatte, sondern auch dritten Personen - ausgenommen Verbraucher, die einen gesetzwidrigen Rabatt gefordert oder entgegengenommen hatten -, die sich an dem Rabattverstoß - etwa durch die Ausgabe der Gutscheine - beteiligt hatten (ÖBl 1986, 130; ÖBl 1992, 179; MR 1990, 105). Die Frage, ob das Ausgeben solcher Gutscheine gemeinsam mit den von ihm vertriebenen Waren durch einen vom Rabatt gewährenden verschiedenen Unternehmer (auch) gegen das ZugG verstoßen hatte, wurde dabei offen gelassen (vgl. MR 1990, 105). Beim Verteilen solcher Gutscheine an Letztverbraucher war nach der alten Rechtslage die Beurteilung primär nach dem RabG vorzunehmen, weil dieses den Rabatt an Letztverbraucher besonderen Beschränkungen unterworfen hatte, die nach dem ZugabenG nicht gegeben waren (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 129). Das RabG ist nun aber durch Art II Abs 2 Z 1 Wettbewerbs-DeregulierungsG außer Kraft gesetzt worden; die durch seinen Art I dem UWG neu angefügten Bestimmungen enthalten keinen Rabattverbot mehr. Damit ist aber auch das Ankündigen eines Rabattes durch einen vom Rabatt gewährenden Unternehmer verschiedenen Dritten nicht mehr verboten.

Wie schon § 2 Abs 1 lit a ZugabenG, enthält auch der durch Art I Wettbewerbs-DeregulierungsG neu geschaffene § 9 a Abs 2 Z 5 UWG Bestimmungen über Zugaben, aus denen sich ergibt, daß ein neben einer Hauptware angekündigter Vorteil, der in einem Geldbetrag besteht, auch zugabenrechtlich von Bedeutung sein kann. Nach beiden Bestimmungen sind (waren) bestimmte oder auf bestimmte Art zu berechnende Geldbeträge, die der Ware nicht beigefügt sind, vom Zugabenverbot ausgenommen; auch ein solcher Geldbetrag kann demnach unter das Zugabenverbot des § 9a Abs 1 UWG fallen. Mit dem Wegfall des RabG allein kann also die Erlaubtheit der hier beanstandeten Gutscheinkaktion nicht begründet werden. Das führt aber hier zu keinem für die Klägerin günstigeren Ergebnis:

§ 9a UWG enthält - ebenso wie das ZugG - keine Definition der "Zugabe". Nach der Rechtsprechung (ÖBl 1985, 108 uva) ist sie ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware(-Leistung) ohne besondere Berechnung angekündigt wird, um den Absatz der Hauptware oder die Verwertung der Hauptleistung zu fördern; der Vorteil muß mit der Hauptware(-Leistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, daß er objektiv geeignet ist, den Käufer in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptware(-Leistung) zu beeinflussen, also Werbe- oder Lockmittel sein. Ob auch solche "Nebenwaren" vom Zugabenverbot umfaßt sind, die den Wert der Hauptware(-Leistung) übersteigen, ist zumindest fraglich. Dennoch muß nicht geprüft werden, ob im vorliegenden Fall trotz des gegenüber dem Zeitungspreis höheren Wertes des Gutscheins eine Zugabe vorliegt, weil jedenfalls dann der Ausnahmetatbestand gemäß § 9a Abs 2 Z 5 UWG gegeben wäre: Der mit dem Gutschein verbrieft Vorteil lautet auf einem bestimmten Geldbetrag, welche der Ware nicht beigegeben ist. Daß er nicht in Bargeld ausgezahlt wird, sondern nur beim Ankauf einer anderen Ware (eines Dritten) verrechnet wird, hindert die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung nicht, ist doch der vom Zugabenverbot verpönte Lockeffekt im Fall der Barauszahlung dieses Geldbetrages größer als bei Verrechnung beim Ankauf weiterer Waren; umso mehr muß daher ein solcher Gutschein, der (nur) zum verbilligten Bezug einer Ware berechtigt, vom Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 5 UWG erfaßt sein. Ob das Ankündigen einer im Sinne des Zugabentatbestandes mit einer Hauptware verbundenen, deren Wert jedoch übersteigenden Nebenware allenfalls gegen § 1 UWG verstößt, ist im vorliegenden Fall schon wegen des ausdrücklich auf einen Zugabenverstoß eingeschränkten Begehrens nicht zu prüfen.

Dem Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung der Beklagten gründet sich auf §§ 78, 402 EO, §§ 41, 50, 52 Abs 1 ZPO. Da im Rechtsmittelverfahren Kosten in den verbundenen Verfahren nur getrennt aufgelaufen sind, war als Kostenbemessungsgrundlage für die Revisionsrekursbeantwortung der Beklagten der Streitwert des Verfahrens 10 Cg 60/92 des Erstgerichtes heranzuziehen.

#### **Anmerkung**

E31276

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1993:0040OB00120.92.0112.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19930112\_OGH0002\_0040OB00120\_9200000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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