

TE OGH 1992/2/25 40b23/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.1992

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl in der Rechtssache der klagenden Partei S*****VERBAND *****, vertreten durch Dr. Walter Prunbauer u.a. Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Bernhard ***** D*****, Immobilienmakler, ***** vertreten durch Dr. Klaus Reisch, Rechtsanwalt in Kitzbühel, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 330.000) infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 7. November 1991, GZ 2 R 274/91-18, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 27. August 1991, GZ 16 Gg 16/91-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit S 13.611,60 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (davon S 2.268,60 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte betreibt in Essen (BRD) ein Immobilienmaklerbüro. Er vermittelte zwischen der Firma M***** GmbH in Ried/Innkreis (Generalimporteur für Marc O'Polo und Esprit) als Bestandnehmerin und Christine G*****, Kitzbühel, ***** als Bestandgeberin die Vermietung eines Geschäftslokals in Kitzbühel.

Der klagende Wettbewerbsschutzverband (§ 14 UWG) begehrt, den Beklagten schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, das Immobilienmaklergewerbe auszuüben, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Konzession zu sein; außerdem stellte der Kläger ein Veröffentlichungsbegehren. Der Beklagte übe das Immobilienmaklergewerbe an seinem Wohnsitz in Österreich (Kitzbühel) aus, ohne im Besitz einer österreichischen Gewerbeberechtigung zu sein. Mit Schreiben vom 7. Juli 1990 habe er der Firma Marc O'Polo (Firma M*****) auf Grund eines Vermittlungsauftrages der Christine G*****, Kitzbühel, ein Geschäftslokal in der Innenstadt von Kitzbühel zur Vermietung angeboten, persönlich das Objekt besichtigt, den Mietvertrag abgeschlossen und die Vermittlungsprovision in Rechnung gestellt; er habe damit alle relevanten Tätigkeiten des Immobilienmaklergewerbes in Kitzbühel ausgeübt. Diese Ausübung des konzessionierten Immobilienmaklergewerbes in Österreich verstoße gegen § 51 Abs 1 GewO 1973.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Er habe in Kitzbühel keinen Standort seines Gewerbes; bei der angegebenen Anschrift handle es sich um seine Privatwohnung in Kitzbühel. Der Beklagte habe keinen Vermittlungsauftrag "akquiriert"; der Kontakt sei von Hannes G*****, dem Ehegatten der Vermieterin, ausgegangen, so daß eine bestellte Arbeit im Sinne des § 51 Abs 1 GewO 1973 vorliege. Der Beklagte habe die gesamte

Vermittlungstätigkeit von seinem Büro (Essen) aus geführt; in der BRD besitze er die für die Ausübung des Immobilienmaklergewerbes notwendigen Genehmigungen. Nur die Besichtigung des Objekts habe notwendigerweise in Österreich stattfinden müssen. Außerdem habe es sich um eine einmalige Tätigkeit gehandelt, welcher die Gewerbsmäßigkeit fehle.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, das Immobilienmaklergewerbe auf österreichischem Staatsgebiet auszuüben, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Konzession zu sein, und ermächtigte den Kläger zur Urteilsveröffentlichung. Es traf folgende wesentliche Feststellungen:

Der geschäftliche Kontakt des Beklagten zu Christine G*****, welche ihr Geschäftslokal in Kitzbühel vermieten wollte, wurde auf Initiative ihres Ehegatten über eine Mitarbeiterin des Beklagten hergestellt. Mit Schreiben vom 7. Juli 1990 bot sodann der Beklagte der Fa. "Marc O'Polo" unter Hinweis auf die Provisionspflicht an, dieses Geschäftslokal zu mieten. Dieses Schreiben wurde in Essen verfaßt und von dort abgesendet. Die Fa. "Marc O'Polo" bekundete telefonisch ihr Interesse, worauf mit dem Beklagten ein Termin zur Besichtigung des Geschäftslokals vereinbart wurde. In der Folge kam es zwischen der Fa. "Marc O'Polo" und der Bestandgeberin Christine G***** auf Grund der Tätigkeit des Beklagten zu einem Bestandvertrag. Die Fa. "Marc O'Polo" zahlte an den Beklagten Vermittlungsprovision; der Beklagte stellte auch der Bestandgeberin eine Vermittlungsprovision in Rechnung.

Die Vorbereitungen zum Geschäftsabschluß wurden mit Ausnahme der Besichtigung des Geschäftslokals über das Büro des Beklagten in Essen geführt; der Mietvertrag wurde von einem Rechtsanwalt in Kitzbühel verfaßt.

Das Erstgericht war der Ansicht, daß der Beklagte in Österreich eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 259 Abs 1 GewO 1973 und des § 1 Abs 1 ImmMV ausgeübt habe, ohne im Besitz einer österreichischen Gewerbeberechtigung zu sein. Die Vermittlungstätigkeit habe Interessenten in Österreich und ein in Österreich gelegenes Objekt betroffen; die Besichtigung sei in Österreich durchgeführt worden. Der Beklagte habe damit die beanstandete Tätigkeit in ihrem wesentlichen Teil in Österreich ausgeführt, so daß österreichisches Gewerberecht anzuwenden sei.

Die Tätigkeit des Beklagten sei durch seine ausländische Gewerbeberechtigung nicht gedeckt, weiß § 51 Abs 1 GewO nur die Ausführung bestellter gewerblicher Arbeiten, die nicht Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes seien, bei Gegenseitigkeit gestatte. Durch das Zuwiderhandeln gegen § 51 Abs 1 GewO habe der Beklagte auch gegen § 1 UWG verstoßen, da § 51 Abs 1 GewO dem Schutz des lautereren Wettbewerbs diene.

Das Berufungsgericht verwarf die wegen Nichtigkeit erhobene Berufung des Beklagten und gab seinem Rechtsmittel im übrigen nicht Folge; es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 50.000 übersteige und die Revision nicht zulässig sei.

Die Vermittlungstätigkeit des Beklagten sei für einen Interessenten in Österreich geschehen, sie habe ein in Österreich gelegenes Objekt betroffen; hier sei außerdem die Besichtigung durchgeführt worden. Da die beanstandete Tätigkeit mit ihrem wesentlichen Inhalt in Österreich ausgeführt worden sei, sei österreichisches Gewerberecht anzuwenden. Der Beklagte habe eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des § 259 Abs 1 GewO und des § 1 Abs 1 ImmMV entfaltet, obwohl er für Österreich keine entsprechende Gewerbeberechtigung besitze. Nach § 51 Abs 1 GewO dürften natürliche und juristische Personen, die im Ausland eine Tätigkeit befugt ausüben, auf welche die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, bestellte gewerbliche Arbeiten, die nicht Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes sind, im Inland unter der Voraussetzung ausüben, daß in den betreffenden ausländischen Staaten österreichischen Gewerbetreibenden das gleiche Recht zustehe. Gegen diese Vorschrift habe der Beklagte verstoßen, weil er eine Tätigkeit ausgeübt habe, die in Österreich Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes (§§ 130 IV Z 1, 259 bis 262 GewO 1973) ist.

Die Frage, ob sich daraus Ansprüche nach dem UWG ergeben, sei ebenfalls nach österreichischem Recht zu beurteilen, weil sich das wettbewerbliche Verhalten des Beklagten auf den österreichischen Markt auswirke (§ 48 Abs 2 IPRG). Der Beklagte habe auch gegen § 1 UWG verstoßen, da gewerberechtliche Vorschriften, die das Ausüben einer Tätigkeit an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, regelmäßig auch dem Schutz des lautereren Wettbewerbes dienen. Die Übertretung des § 51 Abs 1 GewO begründe unabhängig davon, ob sie fortgesetzt oder planmäßig begangen wurde, einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG. Die Rechtsansicht des Beklagten, daß er als in Deutschland zugelassener Immobilienmakler berechtigt sei, von dort aus österreichische Objekte an Österreicher zu vermitteln, sei unvertretbar; damit sei dem Beklagten die Mißachtung des § 51 Abs 1 GewO auch subjektiv vorzuwerfen.

Der Beklagte bekämpft die Entscheidung des Berufungsgerichtes mit außerordentlicher Revision wegen Nichtigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Er beantragt, die Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision des Beklagten als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen der Ansicht des Revisionsgegners zulässig, weil zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen natürliche und juristische Personen, die im Ausland eine Tätigkeit befugt ausüben, gewerbliche Arbeiten auch im Inland verrichten dürfen, eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fehlt. Der diese Frage regelnde § 51 Abs 1 GewO ist zwar insofern eindeutig, als die Gegenseitigkeit bei Ausübung eines konzessionierten Gewerbes nicht besteht; zu beurteilen ist aber auch, ob das Tatbestandsmerkmal des "Ausführens bestellter gewerblicher Arbeiten im Inland" vorliegt.

Die Revision ist jedoch nicht berechtigt.

Mit seiner Revision wegen Nichtigkeit wiederholt der Beklagte die Gründe, seiner schon in zweiter Instanz verworfenen Nichtigkeitsberufung. Der Beschluß des Berufungsgerichtes, mit dem eine wegen Nichtigkeit erhobene Berufung verworfen wurde, kann aber nach ständiger Rechtsprechung (JBl 1955, 276 uva; siehe MGA JN-ZPO14 § 503 ZPO E 4) weder mit Revision noch mit Rekurs bekämpft werden.

Was die Auslegung des § 51 Abs 1 und des § 259 Abs 1 GewO betrifft, so vertritt der Revisionswerber den Standpunkt, daß nur die Vermittlung (von Bestandverträgen) der Konzessionspflicht unterliege. Die inländische Lage des Objektes und die Inlandseigenschaft der Vertragschließenden habe mit der Konzessionspflicht nichts zu tun; alle Vorbereitungen zum Abschluß (mit Ausnahme der Besichtigung) hätten in Essen stattgefunden. Damit liege aber kein Verstoß gegen § 51 Abs 1 GewO vor. Das Aufsuchen und die Aufnahme von Bestellungen durch ausländische Gewerbetreibende sei in Österreich zulässig. Der Beklagte habe in Österreich keine Tätigkeit im Sinne des § 259 GewO entfaltet; jedenfalls sei aber seine Ansicht, zu der vorgenommenen Vermittlung berechtigt gewesen zu sein, mit guten Gründen vertretbar, so daß er mangels subjektiver Vorwerfbarkeit seines Verhaltens nicht sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG gehandelt habe. Der Umfang des erlassenen Verbotes gehe über den Verstoß weit hinaus. Der Beklagte habe auch nicht gewerbsmäßig gehandelt; es fehle an der Wiederholungsgefahr.

Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen:

Gemäß § 51 Abs. 1 GewO dürfen natürliche und juristische Personen, die im Ausland eine Tätigkeit befugt ausüben, auf welche die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, bestellte gewerbliche Arbeiten, die nicht Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes sind, im Inland unter der Voraussetzung ausführen, daß in dem betreffenden ausländischen Staat österreichischen Gewerbetreibenden das gleiche Recht zusteht. Das Ausführen bestellter gewerblicher Arbeiten im Inland ist daher durch ausländische Gewerbetreibende nur bei (materieller) Gegenseitigkeit zulässig; außerdem darf es sich nicht um Arbeiten handeln, die Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes sind. Solche Arbeiten dürfen in Österreich von ausländischen Gewerbetreibenden überhaupt nicht ausgeführt werden (Kupka, Die kurzfristige Entfaltung gewerblicher Tätigkeiten durch ausländische Gewerbetreibende im Inland, ZfV 1981, 264 (266)).

Eine solche konzessionierte Tätigkeit liegt aber hier vor: Gemäß § 259 Abs 1 GewO unterliegt der Konzessionspflicht u.a. die Vermittlung von Bestandverträgen über Immobilien einschließlich der Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen. Eine Vermittlungstätigkeit ist gegeben, wenn durch Informieren, Beraten, Bereden und Verhandeln auf potentielle Geschäftspartner dahin Einfluß ausgeübt wird, daß sie zu Vertragsabschlüssen (miteinander) bewogen werden (Jabornegg, Handelsvertretergesetz 10). Die Tätigkeit eines (nicht ständig von einem Geschäftsherrn betrauten) Immobilienmaklers besteht im wesentlichen darin, Interessenten zusammenzuführen und zu einem Geschäftsabschluß zu bewegen. Wieso der Beklagte mit der Vermittlung eines Bestandvertrages über ein Geschäftslokal durch Zusammenführen der beiden Vertragsinteressenten keine konzessionspflichtige Vermittlung im Sinne des § 259 Abs 1 GewO 1973 besorgt haben sollte, ist nicht zu sehen.

Entscheidend für die Anwendung des § 51 Abs 1 GewO ist somit, ob der Beklagte überhaupt eine "bestellte

gewerbliche Arbeit" im "Inland" ausgeführt hat. Der Begriff der "gewerblichen Arbeit" ist weit zu verstehen; er umfaßt nicht nur die Lieferung von Sachen (auf Grund eines Kaufvertrages) oder die Herstellung eines Werkes (auf Grund eines Werkvertrages), sondern auch die Verrichtung von Dienstleistungen und hier wieder insbesondere die Vornahme von Vermittlungen. Fraglich ist aber bei der Anwendung des § 51 Abs 1 GewO, unter welchen Voraussetzungen derartige Arbeiten als "im Inland ausgeführt" gelten, wenn sie aus einer Mehrzahl von Teiltätigkeiten bestehen, die zum Teil im Inland und zum Teil im Ausland verrichtet werden. So kann es für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals gewiß nicht genügen, wenn ein ausländischer Gewerbetreibender in Österreich einkauft oder ausländische Waren nach Österreich einführt (395 BlgNR 13. GP in Mache-Kinscher, Gewerbeordnung⁵, 222 FN 2). Montagearbeiten im Inland hinsichtlich der aus dem Ausland gelieferten Waren werden hingegen als "im Inland ausgeführte Arbeiten" angesehen, welche aber im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland wegen Gegenseitigkeit als zulässig angesehen werden, soweit sie nicht Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes sind (Mache-Kinscher aaO 223 FN 6; ausführlich Kupka aaO 267 ff).

Die "bestellten" Arbeiten eines Realitätenvermittlers - welche er also nach Entgegennahme eines Vermittlungsauftrages zu verrichten hat - bestehen im wesentlichen im Aufsuchen geeigneter Objekte bzw. passender weiterer Interessenten mit korrespondierenden Angeboten, in der Beratung der Beteiligten, der Besichtigung der Objekte und allfälligen Vorbereitungshandlungen für die (meist schriftliche) Vertragserrichtung. Das Aufsuchen und das Entgegennehmen von Bestellungen auf Dienstleistungen (§ 54 Abs 1 und 2 GewO) unterliegt hingegen keinen Beschränkungen (§ 62 Abs 5 GewO; Kupka aaO 265). Ein Verstoß gegen § 51 Abs 1 GewO wird nur vorliegen, wenn ein relevanter Teil der zur Ausführung "bestellter Arbeiten" erforderlichen Tätigkeiten im Inland durchgeführt wird (vgl ÖBI 1985, 94).

Der Beklagte ist nach der Entgegennahme des Auftrags einer inländischen Interessentin auf Vermittlung der Vermietung eines inländischen Bestandobjekts in Erfüllung dieses Auftrages mit (mindestens) einem inländischen Unternehmer in Verbindung getreten. Aus der eidesstättigen Erklärung der Firma M***** (Beilage 1) aus Ried/Innkreis ergibt sich, daß sie vom Beklagten ein Angebot über die Miete des Geschäftslokals in Kitzbühel erhalten hat. In der Folge hat der Beklagte mit diesem Unternehmen einen Besichtigungstermin in Kitzbühel vereinbart; die für das Zusammenführen der österreichischen Interessenten mit inländischem Wohnsitz (Sitz) maßgebende Tätigkeit des Beklagten wurde daher in Österreich ausgeführt, auch wenn der Schriftverkehr und die Telefonate über das Büro in Essen stattgefunden haben. Damit hat aber der Beklagte relevante Teile einer konzessionspflichtigen Tätigkeit im Inland ausgeführt und in den inländischen Wettbewerb vor allem durch das Zusammenführen österreichischer Interessenten mit inländischem Wohnsitz (Sitz) bei der Vermittlung eines in Österreich liegenden Vermittlungsobjekts eingegriffen.

§ 51 Abs 1 GewO ist auch auf einmalige Handlungen im Inland anzuwenden. Die Bestimmung regelt nämlich, unter welchen Voraussetzungen ausländische Gewerbetreibende im Inland tätig werden dürfen, und geht daher von einer (regelmäßigen) gewerbsmäßigen Tätigkeit dieser Personen im Ausland aus; die inländische Tätigkeit braucht in diesem Fall nur eine einmalige Handlung sein.

Ein Verstoß gegen § 51 Abs 1 GewO liegt daher vor. Diese Frage hat der Zivilrichter im Wettbewerbsprozeß unabhängig von der Einstellung eines deswegen eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens zu beurteilen. Im übrigen hat aber der Beklagte den zu dieser Frage angebotenen "Bescheid" (siehe zur Form der Einstellung, Walter-Mayer, Verwaltungsverfahren Rz 920,

921) nicht vorgelegt.

Auf Grund der Fassung des § 51 Abs 1 GewO, der bei konzessionierten Gewerben die Ausführung bestellter gewerblicher Arbeiten im Inland ausnahmslos untersagt, konnte der Beklagte auch nicht mit guten Gründen der Auffassung sein, daß er auf Grund seiner Gewerbeberechtigung in der BRD zur Ausführung von Vermittlungsaufträgen zwischen österreichischen Interessenten mit dem Wohnsitz (Sitz) in Österreich, welche ein Tätigwerden in Österreich erfordern, berechtigt sei. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes verstößt aber gegen § 1 UWG, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern zu erlangen, ohne daß es darauf ankäme, ob die übertretene Norm an sich wettbewerbsregelnden Charakter hat; entscheidend ist die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs (MR 1988, 102; ÖBI 1989, 122; ÖBI 1990, 7; ÖBI 1991, 19; MR 1991, 120; eolex 1991, 261).

Das Unterlassungsbegehren ist auch nicht zu weit gefaßt. Bei der Frage, wie weit es zu reichen hat, ist immer auf die

Umstände des einzelnen Falls abzustellen; dabei kommt es insbesondere auf die Natur des Verstoßes und das bisherige Verhalten des Beklagten, aber auch auf eine Abwägung der Interessen beider Parteien an. Entscheidend ist im vorliegenden Fall, daß der Kläger im Inland eine Arbeit ausgeführt hat, die Gegenstand des konzessionierten Immobilienmaklergewerbes ist. Ist aber der Beklagte geneigt, weitere derartige Verstöße zu begehen, so wird er sich bei der Möglichkeit, etwa einen Kauf, Verkauf oder Tausch von Liegenschaft im Sinne des § 259 Abs 1 GewO zu vermitteln, nicht anders verhalten als bei der Gelegenheit der Vermittlung von Bestandverträgen. Würde ihm nur die Vermittlung von Bestandverträgen verboten, dann könnte er dieses Verbot nur allzu leicht durch Vornahme anderer Vermittlungstätigkeiten im Sinne des § 259 Abs 1 GewO umgehen (vgl. ÖBl 1991, 108). Umstände, die eine Wiederholung des wettbewerbswidrigen Handelns des Beklagten als völlig ausgeschlossen oder doch äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen, sind, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht hervorgekommen.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E28757

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1992:0040OB00023.92.0225.000

Dokumentnummer

JJT_19920225_OGH0002_0040OB00023_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