

# TE OGH 1991/3/12 40b15/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.03.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht 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 als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Technischer Überwachungsverein Wien, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Johannes Patzak, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Dipl.Ing.Hermann K\*\*\*\*\*, Dampfkesselprüfungskommissär, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Herbert Weber, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: 550.000 S), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 8. November 1990, GZ 3 R 133/90-16, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 26.März 1990, GZ 17 Cg 75/89-12, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

Zweck des klagenden Vereins ist es (ua), bei seinen Mitgliedern die Dampfkessel, Dampfgefäße und Druckbehälter im Sinne des Art 48 des Verwaltungsentlastungsgesetzes BGBl 1925/277 (VEG) und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften durch seine behördlich ermächtigten Organe zu überwachen und hierüber Bescheinigungen auszustellen (§ 2 der Satzung). Der Wirkungskreis des Vereins ist vornehmlich das österreichische Staatsgebiet (§ 3). Nach § 5 der Satzung hat jedes Mitglied des Vereins Anspruch auf die Ausführung der vorgeschriebenen Prüfungen und Revisionen seiner überwachungspflichtigen Anlagen; es verpflichtet sich, die Anlegung und die Inbetriebnahme überwachungspflichtiger Anlagen anzumelden und sie nach den gesetzlichen Bestimmungen überwachen zu lassen sowie die festgesetzten Gebühren fristgemäß zu zahlen.

Die Brauerei E\*\*\*\*\* mit dem Sitz in V\*\*\*\*\*, Oberösterreich, ist Mitglied des Klägers.

Der Beklagte ist Beamter des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung und als solcher vom Landeshauptmann von Niederösterreich für den Bereich dieses Bundeslandes zum Dampfkesselprüfungskommissär bestellt.

Im Winter 1987 erteilte die Brauerei E\*\*\*\*\* der D\*\*\*\*\* S.p.A. mit dem Sitz in B\*\*\*\*\* (Italien) den Auftrag zur Herstellung und Lieferung eines 72.500 Liter-Bierlagertanks. Die Herstellerin verpflichtete sich vertraglich, den Tank bereits geprüft mit Prüfbescheinigungen zu liefern; sie beauftragte den Beklagten mit der Durchführung der

Bauprüfung und der ersten Erprobung mittels Wasserdruckes im Sinne der §§ 38, 41 DKV.

Der Beklagte nahm am 13.4.1987 im Erzeugerwerk in Italien die Bauprüfung vor; eine erste Erprobung mittels Wasserdruckes war jedoch dort nicht möglich, weil der Tank nicht entsprechend aufgestellt werden konnte. Der Beklagte führte daher die Druckprobe erst nach der Auslieferung des Tanks am 21.4.1987 an dessen Aufstellungsort in der Brauerei E\*\*\*\*\* durch. Am 23.4.1987 stellte er über beide Überprüfungen eine Bescheinigung aus und übersandte sie gemeinsam mit der Honorarnote an die D\*\*\*\*\* S.p.A., welche dann die Bescheinigung der Brauerei E\*\*\*\*\* übermittelte.

Erst anlässlich einer wiederkehrende Untersuchung (Betriebsprüfung) am 9.1.1989 kam dem beim Kläger als Dampfkesselinspektor tätigen Dipl.Ing.Walter D\*\*\*\*\* zur Kenntnis, daß der Beklagte an dem von ihm zu revidierenden Bierlagertank bereits die erste Erprobung vorgenommen und darüber eine Bescheinigung ausgestellt hatte. Die entsprechenden Aufzeichnungen des Dampfkesselinspektors langten am 18.1.1989 in der Hauptstelle des Klägers ein.

Mit der Behauptung, daß der Beklagte seine örtlich beschränkte Befugnis überschritten habe und in den Kunden- und Abnehmerkreis (Mitgliederbereich) des Klägers eingebrochen sei, begehrt der Kläger, den Beklagten schuldig zu erkennen, ab sofort im geschäftlichen Verkehr die Vornahme von Tätigkeiten gemäß der Dampfkesselverordnung BGBl 1986/510, und zwar insbesondere sogenannte "erste Erprobungen" und die Ausstellung darauf bezughabender öffentlicher Urkunden, wie insbesondere von Druckbehälterbescheinigungen, zu unterlassen, sofern er über keine den örtlichen Geltungsbereich dieser Tätigkeiten betreffende Befugnis verfügt; weiters beantragt der Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Tageszeitung und einer Fachzeitschrift.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Dem Kläger fehle die Aktivlegitimation, weil der Beklagte nicht im Auftrag eines seiner Mitglieder, sondern eines italienischen Unternehmens tätig geworden sei. Allfällige Ansprüche wären verjährt, weil der Kläger von der Druckprobe des Beklagten bereits am 9.1.1988 Kenntnis erlangt, die Klage aber erst am 22.5.1989 eingebracht habe. Der Kläger hätte für den italienischen Auftraggeber des Beklagten gar nicht tätig werden dürfen, weil dieser nicht sein Mitglied sei. Als Dampfkesselprüfungskommissär sei der Beklagte ebenso wie die Dampfkesselinspektoren des Klägers ein behördliches Organ; zwischen behördlichen Organen könne aber kein Wettbewerbsverhältnis bestehen, sondern allenfalls nur ein Kompetenzkonflikt vorliegen. Für eine Urteilsveröffentlichung, insbesondere in einer Tageszeitung, fehle jegliches Informationsbedürfnis der Leser.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das sittenwidrige Eindringen in den Kundenkreis eines Mitbewerbers verstoße zwar gegen § 1 UWG, doch erstrecke sich der Kundenkreis des Klägers nur auf seine Mitglieder; der Beklagte sei aber im Auftrag der italienischen Erzeugerin des Bierlagertanks tätig geworden und nicht etwa im Auftrag des inländischen Benützers des Tanks und Mitgliedes des Klägers. Ein Verstoß gegen § 1 UWG könne ihm daher nicht angelastet werden.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes 50.000 S übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Bei seiner Tätigkeit als Dampfkesselprüfungskommissär sei der Beklagte ein mit Zwangs- und Befehlsgewalt ausgestattetes Organ der Hoheitsverwaltung. Das gelte auch für die Vornahme der vom Kläger beanstandeten Druckprobe, auch wenn der Beklagte dabei seinen örtlichen Zuständigkeitsbereich überschritten habe. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte hätten zufolge ihrer Inpflichtnahme Verwaltungsaufgaben im Bereich der Hoheitsverwaltung zu erfüllen. Danach sei aber eine Beurteilung des Verhaltens des Beklagten nach dem UWG ausgeschlossen, weil sich eine dem öffentlichen Aufgabenbereich angehörende Handlung dem "geschäftlichen Verkehr" überhaupt entziehe.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer Stattgebung des Klagebegehrens; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt..

Der Beklagte beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Sinne der zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes (S. 80 f) zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Der Kläger hat den Rechtsgrund des von ihm geltend gemachten Unterlassungs- und Urteilsveröffentlichungsanspruches nicht näher qualifiziert; nach Art und Umfang seines Sachvorbringens und seines

Begehrens kommt aber hierfür nur das UWG in Frage, wird doch ein Eindringen des Beklagten in den Kundenkreis des Klägers durch Rechtsbruch - nämlich durch Überschreitung des dem Kläger als Dampfkesselprüfungskommissär für Niederösterreich zugewiesenen örtlichen Tätigkeitsbereiches - geltend gemacht; der Sache nach wird damit behauptet, daß sich der Beklagte auf diese Weise einen Wettbewerbsvorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft habe. Als Anspruchsgrundlage kommt daher nur § 1 UWG in Betracht (MR 1988, 102; ÖBI 1989, 122; EvBl 1989/100; ÖBI 1990, 7 uva).

§ 1 UWG verlangt ein Handeln "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs". Lehre (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 17 f; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, 23 ff; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>16</sup>, 176 ff EinlUWG Rz 208 ff) und Rechtsprechung (ÖBI 1979, 22 und 36; ÖBI 1980, 65; ÖBI 1983, 9; MR 1988, 210 uva; zuletzt etwa 4 Ob 56/90; 4 Ob 153/90) stimmen darin überein, daß der "geschäftliche Verkehr" im Sinne des Wettbewerbsrechtes jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit - im Gegensatz zu rein privater oder amtlicher Tätigkeit - umfaßt, mit anderen Worten: jede geschäftliche Betätigung im weitesten Sinn. Gewinnabsicht ist nicht notwendig; vielmehr genügt eine selbständige, zu wirtschaftlichen Zwecken ausgeübte Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt. Auch der Beklagte als Beamter des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung kann in diesem Sinn nebenberuflich "im geschäftlichen Verkehr" handeln; er unterliegt dann den Vorschriften des Wettbewerbsrechts, soweit er dabei keine Hoheitsakte setzt (Hohenecker-Friedl aaO 18; SZ 14/103; ÖBI 1956, 2; ÖBI 1976, 151; ÖBI 1979, 36; ÖBI 1990, 55; 4 Ob 34/89). Letzteres trifft aber entgegen der Meinung des Klägers auf die hier in Rede stehende Druckprobe des Beklagten am Sitz der Brauerei E\*\*\*\*\* in Oberösterreich zu:

Der Staat zieht in zunehmendem Maße Private zur Mitwirkung an der Besorgung von Aufgaben der Verwaltung heran. Das geschieht entweder in der Form der "Beleihung" - also der Betrauung juristischer Personen privaten Rechtes oder natürlicher Personen mit der Zuständigkeit zum Setzen von Hoheitsakten in eigener Organkompetenz und Verantwortung - oder der "Indienstnahme", mit welcher eine Kompetenz zum Setzen von Hoheitsakten kraft eigenen Entschlusses nicht verbunden ist, weil die so herangezogenen Privaten bloß unterstützende und verwaltungsentlastende Tätigkeiten (Hilfsfunktionen) auszuüben haben; soweit diese Heranziehung unabhängig von der Zustimmung des Betroffenen erfolgt, spricht man in diesem Zusammenhang auch von "Inpflichtnahme" (Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 328; Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup>, 369; derselbe in Antonioli-FS 442; Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz<sup>2</sup>, 35 f Rz 27 zu § 1; VfSlg 7975). So handelt es sich etwa bei der Ermächtigung von Vereinen und Gewerbetreibenden nach § 57 a Abs 2 KFG um eine Beleihung (SZ 54/19; 1 Ob 3/82; 1 Ob 3/90); hingegen wird das Dampfkesselwesen als eine "bereits traditionelle Materie der Inpflichtnahme von Privaten zum Zweck technischer Überwachung" angesehen (Koja in Antonioli-FS 456; ähnlich Walter-Mayer, Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechts<sup>2</sup>, 529). Nach Art 48 Punkt III Abs 1 VEG BGBl 1925/277 sind Druckgefäße und Druckbehälter vor ihrer Inbetriebnahme (Benützung) zu überprüfen und zu erproben; Druckgefäße sind überdies, solange sie in Benützung stehen, in regelmäßigen Zeitabschnitten zu untersuchen (Abs 3). Die Erprobungen und Untersuchungen sind vom Benutzer zu veranlassen (Abs 4). Die Überprüfung, Erprobung und Untersuchung von Druckgefäßen geschieht gemäß Art 48 Punkt IV VEG durch Überwachungsorgane, und zwar nach Wahl des Benützers entweder durch zu Prüfungskommissären bestellte Beamte des höheren technischen Dienstes der öffentlichen Verwaltung oder durch behördlich ermächtigte Organe autorisierter privater Überwachungsstellen, wobei die Erprobung und Untersuchung durch ein Organ einer solchen Überwachungsstelle voraussetzt, daß der Benutzer ihr als Mitglied angehört. Soweit die Erprobung und Untersuchung von Druckgefäßen und Druckbehältern nicht durch behördlich ermächtigte Organe autorisierter Überwachungsstellen vorgenommen wird, sind hierfür gemäß Art 48 Punkt VI VEG durch Verordnung festzusetzende Gebühren zu entrichten. Gemäß Art 48 Punkt VII VEG ist das Überwachungsorgan auch berechtigt, aus Anlaß der Untersuchungen sicherheitspolizeiliche Verfügungen zu treffen. In der Tatsache, daß das Gesetz dagegen ausdrücklich ein Berufungsrecht einräumt, kommt zum Ausdruck, daß diesen Organen - neben ihren Hilfsfunktionen - auch selbständige hoheitliche Befugnisse, nämlich die Erlassung sicherheitspolizeilicher Bescheide, obliegt, so daß es sich insoweit um eine Beleihung handelt (Koja aaO).

Die nähere Durchführung dieser Bestimmungen des VEG ist in der Dampfkesselverordnung BGBl 1986/510 (DKV) geregelt. Gemäß § 49 Abs 1 dieser Verordnung führen die Überwachungsorgane für Dampfkessel die Bezeichnung "Dampfkesselprüfungskommissär" oder, wenn sie Organe einer autorisierten privaten Überwachungsstelle sind, die Bezeichnung "Dampfkesselinspektor"; sie werden vom Landeshauptmann bestellt und sind ihm für die Befolgung ihrer Dienstpflichten verantwortlich. Gemäß § 49 Abs 3 DKV bestimmt der Landeshauptmann nach Maßgabe der Orts- und

sonstigen Verhältnisse auch den Bereich, auf den sich die Tätigkeit der von ihm bestellten Überwachungsorgane zu erstrecken hat ("Überwachungsbereich"). Die Überwachungsorgane haben Überprüfungen, Erprobungen und wiederkehrende Untersuchungen an Dampfkesseln und sonstigen Druckgefäßen und Druckbehältern vorzunehmen (§§ 38, 41 und 45 DKV) und darüber Bescheinigungen auszustellen (§ 44 DKV). Dem Betreiber von Dampfkesselanlagen oder Dampfgefäßen ist zu diesem Zweck eine Anzeigepflicht auferlegt, und zwar nach seiner Wahl entweder gegenüber dem zuständigen Dampfkesselprüfungskommissär oder, wenn er Mitglied einer zur Überwachung behördlich autorisierten privaten Überwachungsstelle ist, gegenüber dem zuständigen Dampfkesselinspektor (§ 42 DKV). Für die von Dampfkesselprüfungskommissären durchgeführten Prüf- und Überwachungstätigkeiten sind die in § 74 DKV festgesetzten Gebühren zu entrichten.

Daraus folgt aber, daß nicht der Dampfkesselkommissär aus dem Stande der Beamten der öffentlichen Verwaltung ein mit hoheitlichen Überprüfungs- und Beurkundungskompetenz beliehener oder in Dienst genommener Privater ist, sondern dies nur auf die autorisierte private Überwachungsstelle (im vorliegenden Fall: den Kläger) zutreffen kann. Der Beklagte hat ja schon als Beamter des höheren technischen Dienstes des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung hoheitliche Aufgaben zu vollziehen und ist nur zusätzlich zum Dampfkesselprüfungskommissär für den Bereich von Niederösterreich bestellt worden. Er tritt auch - anders als etwa ein zu wiederkehrenden Begutachtungen von Kraftfahrzeugen gemäß § 57 a KFG ermächtigter Verein oder Gewerbetreibender, der auf Grund eines Werkvertrages mit demjenigen, dem gegenüber hoheitlich zu handeln ist, tätig wird (Schrägel aaO 41 Rz 35), oder als die Dampfkesselinspektoren des Klägers, welche auf Anzeige im Hinblick auf die Mitgliedschaft des Betreibers einer Dampfkesselanlage, also gleichfalls auf Grund einer (bereits bestehenden) privatrechtlichen Beziehung, tätig werden, - zum Betreiber von Druckgefäßen oder zum sonstigen "Auftraggeber" (richtig: Anzeiger) in keinerlei privatrechtliche Beziehung. Der Betreiber einer Dampfkesselanlage oder andere Personen haben einen Dampfkesselprüfungskommissär nicht etwa mit der Prüfung zu betrauen, also mit ihm Werkverträge abzuschließen oder ihn sonst zu beauftragen; seine hoheitliche Prüf- und Beurkundungskompetenzen werden vielmehr schon durch die schriftliche Anzeige eines überwachungspflichtigen Vorganges ausgelöst. Für seine Tätigkeit hat der Betreiber der Dampfkesselanlage auch weder ein Honorar noch einen Werklohn zu zahlen, sondern die durch Verordnung festgesetzten Gebühren zu entrichten. Ein Dampfkesselprüfungskommissär handelt daher bei der Ausübung seiner Prüf- und Überwachungstätigkeit stets rein hoheitlich und nicht "im geschäftlichen Verkehr" im Sinne des Wettbewerbsrechtes. An der Qualität des rein hoheitlichen Handelns des Beklagten ändert es auch nichts, daß er im vorliegenden Fall seine örtliche Zuständigkeit überschritten hat (Schrägel aaO 121 f Rz 118).

Das Berufungsgericht hat demnach zutreffend erkannt, daß ein Wettbewerbsverstoß des Beklagten im Sinne des § 1 UWG schon mangels "Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs" nicht in Betracht kommt; der Revision des Klägers mußte somit ein Erfolg versagt bleiben.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E25682

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:0040OB00015.91.0312.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910312\_OGH0002\_0040OB00015\_9100000\_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)