

# TE OGH 1990/9/11 4Ob128/90

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.09.1990

## 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 Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Ernst N\*\*\*, Videothekar, Wien 6., Magdalenenstraße 6, 2. Andreas W\*\*\*, Kaufmann, Wien 6., Gumpendorferstraße 3, beide vertreten durch Dr. Franz Withoff, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Hermine F\*\*\*, Geschäftsführerin, Wien 14., Hütteldorferstraße 122, vertreten durch Dr. Guido Kollmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert S 320.000), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 3. Mai 1990, GZ 1 R 56/90-33, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 5. Dezember 1989, GZ 37 Cg 256/88-25, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, den Klägern die mit S 11.745 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (davon 1.957,50 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hatte in Wien 14, Breitenseerstraße 41, unter der Bezeichnung "Video Family" eine Videothek (Videoverleih) betrieben; dabei hatte sie ihre Betriebsräume am 25. und 26.Okttober 1987 (Sonntag und Nationalfeiertag) offen gehalten und allwöchentlich in den Sonntagsausgaben der "Neuen Kronen Zeitung" in der Zeit vom 5. April 1987 bis 27.September 1987 das Offenhalten ihres Geschäftslokals an Sonntagen angekündigt. Während des erstgerichtlichen Verfahrens hat die Beklagte ihr Einzelunternehmen in die am 20. Juli 1988 im Handelsregister eingetragene Hermine F\*\*\* Gesellschaft mbH eingebracht, deren alleinige

(handels- und gewerberechtliche) Geschäftsführerin sie nunmehr ist. Die Beklagte ist Minderheitsgesellschafterin, ihr Ehemann Mehrheitsgesellschafter dieses Unternehmens, das sich nunmehr am Standort Wien 14, Hütteldorferstraße 122, ebenfalls mit dem Verleih und dem Verkauf von Videokassetten beschäftigt.

Der Erstkläger betreibt in Wien 6, Magdalenenstraße 6, eine Videothek. Der Zweitkläger hatte in Wien 6, Gumpendorferstraße 3, zumindest bis 31. März 1988 als Einzelunternehmer eine Videothek betrieben. Während des Verfahrens erster Instanz hat der Zweitkläger sein Unternehmen in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung "umgewandelt". Er gründete die am 21. Februar 1989 in das Handelsregister Wien eingetragene M\*\*\* Handels- und Videoverleih Gesellschaft mbH, deren Unternehmensgegenstand unter anderem der Verleih von Videokassetten und Abspielgeräten ist. Geschäftsführer dieser Gesellschaft sind der Zweitkläger und Pal B\*\*\*. Seit 1989 befaßt sich dieses Unternehmen nur noch mit dem Verkauf, nicht aber mit dem Verleih von Videokassetten. Das Berufungsgericht nahm

auf Grund tatsächlicher Umstände als erwiesen an, daß der Zweitkläger sein früheres Einzelunternehmen nicht stillgelegt sondern in die genannte, während des Verfahrens erster Instanz, errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingebracht hat. Die Kläger begehren, die Beklagte schuldig zu erkennen, ihre Geschäftsräumlichkeiten an Sonn- und Feiertagen geschlossen zu halten und eine Vermietung von Videokassetten an diesen Tagen nicht durchzuführen. Durch das Offenhalten ihrer Geschäftsräumlichkeiten an Sonntagen habe die Beklagte gegen § 2 Abs 2 BZG und § 1 UWG verstoßen.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Sie behauptete, zum Verleih von Videokassetten an Sonntagen auf Grund der einschlägigen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen berechtigt zu sein und bestritt die Aktivlegitimation der Kläger sowie das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, weil die Beklagte dem Erstkläger einen Unterlassungsvergleich angeboten habe. Tatsächlich hat die Beklagte in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 21. Oktober 1988 nur dem Erstkläger einen Teilvergleich angeboten, wonach sie sich verpflichte, ihre Geschäftsräumlichkeiten an Sonn- und Feiertagen geschlossen zu halten und eine Vermietung von Videokassetten an diesem Tag nicht durchzuführen. Dazu erklärte der Beklagtenvertreter, "die Beklagte werde die Kosten übernehmen"; mit diesem Vergleich sei das Verfahren des Erstklägers zur Gänze erledigt. Der Erstkläger lehnte dieses Vergleichsangebot ab, weil es nicht das gesamte - damals auch noch ein Veröffentlichungsbegehren umfassende - Urteilsbegehren einschließe.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren des Zweitklägers statt und wies das Unterlassungsbegehren des Erstklägers ab. Die Beklagte habe durch das Offenhalten einer Videothek an Sonn- und Feiertagen (iS der E des OGH SZ 60/172 = JBl 1988, 50) § 2 Abs 2 BZG verletzt und damit auch gegen § 1 UWG verstoßen. Der Zweitkläger habe seine Mitbewerbereigenschaft dadurch, daß im neuen Gesellschaftsunternehmen Videokassetten nur noch verkauft und nicht mehr verliehen würden, nicht verloren, weil sich die Streitteile mit diesen geschäftlichen Tätigkeiten teilweise an denselben Kundenkreis wendeten und dasselbe Bedürfnis des Publikums befriedigten. Die Änderung der Unternehmensstruktur habe gemäß § 234 ZPO auf den streitverfangenen Unterlassungsanspruch keinen Einfluß. Der Erstkläger habe das Vergleichsangebot der Beklagten zu Unrecht abgelehnt, da er das Veröffentlichungsbegehren in der Folge selbst fallengelassen und damit nichts anderes mehr verlangt habe, als ihm von der Beklagten angeboten worden war. Die Wiederholungsgefahr sei daher weggefallen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Erstklägers, nicht aber der Berufung der Beklagten (in der Hauptsache) Folge und verpflichtete die Beklagte gegenüber beiden Klägern, ihre Geschäftsräumlichkeiten, insbesondere jene mit der Etablissementbezeichnung "Video-Family", an Sonn- und Feiertagen geschlossen zu halten und an diesen Tagen Videokassetten nicht zu vermieten; es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 50.000 übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Ob das Vergleichsangebot der Beklagten, das keine Veröffentlichung des Vergleichs umfaßte, die Wiederholungsgefahr beseitigt habe, hänge davon ab, ob der Erstkläger im Zeitpunkt des Vergleichsangebotes einen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung gehabt hätte. Das sei zu bejahen, weil die Beklagte für das Offenhalten ihrer Videothek an Sonntagen wiederholt in Zeitungsinseraten geworben habe und damit die Veröffentlichung zur Aufklärung des Publikums erforderlich gewesen sei. Daß der Kläger später das Veröffentlichungsbegehren fallengelassen habe, wirke sich auf die Beurteilung des Vergleichsangebotes vom 21. Oktober 1988 nicht aus; die Beklagte hätte nach der Einschränkung durch die Kläger ihr Vergleichsangebot erneuern müssen.

Am Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Streitteilen ändere es nichts, daß der Zweitkläger Videokassetten nicht mehr vermietet, sondern nur noch verkauft, weil er sich auch mit dieser Tätigkeit mindestens teilweise an dieselben Abnehmerkreise wie die Beklagte wende und Verkauf und Vermietung dasselbe Bedürfnis des Publikums befriedigten, so daß eine gegenseitige Absatzbehinderung möglich sei. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, daß der Zweitkläger nicht mehr selbständiger Unternehmer, sondern Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei, gelte die vom allgemeinen Grundsatz des § 406 ZPO abweichende Ausnahmeregel des § 234 ZPO, wonach die Veräußerung der streitverfangenen Sache oder Forderung auf den Prozeß keinen Einfluß habe. Zwar sei das Unternehmen des Zweitklägers selbst nicht Gegenstand des Rechtsstreites; § 234 ZPO sei aber stets anzuwenden, wenn die Sachbefugnis des Klägers oder des Beklagten im Prozeß auf den Rechtsbeziehungen zu dieser Sache beruhe, gleichgültig, ob sich das Sachantragsbegehren schon nach seinem Wortlaut unmittelbar auf diese Sache erstrecke oder ob die Entscheidung über das zwischen den Parteien streitige Begehren tatbestandsmäßig ohne die Verfügungsbefugnis einer der beiden Parteien über dieses Objekt nicht denkbar sei. Das treffe auf das vorliegende

wettbewerbsrechtliche Unterlassungsbegehren zu. Da die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Kapitalgesellschaft als Veräußerung im Sinne des § 234 ZPO gelte, sei dieser Vorgang für die Aktivlegitimation des Zweitklägers unbeachtlich. Das gleiche treffe für die Passivlegitimation der Beklagten zu: Sie habe als Geschäftsführerin Einfluß auf die Öffnungszeiten der jetzt in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betriebenen Videothek und verteidige im Prozeß noch immer das Offenhalten an Sonn- und Feiertagen. Die von der Beklagten genannten Bestimmungen des Ausnahmekataloges der Arbeitsruhegesetzverordnung (ARG-VO) seien auch nicht analog auf den Betrieb einer Videothek zu übertragen; im vorliegenden Fall sei eine Gesetzeslücke nicht erkennbar. Die von der Beklagten genannten Betriebe der Bootsvermietung, des Sportgeräteverleihs, des Spielautomatenverleihs und der Lichtspieltheater kämen dem Unternehmensgegenstand einer Videothek nicht so nahe, daß auf eine Unvollständigkeit des Gesetzes zu schließen wäre. Die Videothek sei kein Betrieb des Freizeitbereiches im Sinne der ARG-VO. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das ARG und das BZG bestünden nicht. Die Mißachtung des § 2 Abs 2 BZG sei der Beklagten auch subjektiv vorwerfbar.

Die Beklagte erhebt Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und beantragt, die Entscheidung der zweiten Instanz dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Die Kläger beantragen in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen ihr und dem Zweitkläger, weil dieser keinen Videoverleih mehr betreibe; § 234 ZPO sei nicht anzuwenden, weil das frühere Unternehmen des Zweitklägers nicht mehr existiere und der Zweitkläger nicht mehr selbständiger Kaufmann sei. Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. Soweit sich die Beklagte auf die Auskunft der MA 4/7 der Stadt Wien stützt, wonach der Zweitkläger seit 15. April 1988 keinen Videoverleih mehr betreibe, und geltend macht, daß die schriftliche Auskunft eine öffentliche Urkunde sei, die vollen Beweis im Sinne des § 292 ZPO mache, übersieht sie, daß die Vorinstanzen ohnehin festgestellt haben, daß die vom Zweitkläger gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung (entgegen der Feststellung des Unternehmensgegenstandes in Punkt III lit c des Gesellschaftsvertrages) Videokassetten nicht verleiht, sondern hauptsächlich Elektrogeräte, aber auch Videorecorder sowie neue und gebrauchte Videokassetten, die mit Filmen bespielt sind, verkauft.

§ 234 ZPO ist anzuwenden, weil die Vorinstanzen festgestellt haben, daß der Zweitkläger sein bei Klageeinbringung bestehendes Unternehmen in die während des Verfahrens errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingebracht hat; damit liegt eine unter

§ 234 ZPO fallende Einzelrechtsnachfolge vor. Daß für die Anwendung des § 234 ZPO das Unternehmen, aus dem der Kläger seine Sachlegitimation ableitet, nicht selbst Streitgegenstand sein muß, hat schon das Berufungsgericht unter Hinweis auf Fasching (LB2 Rz 1196) zutreffend ausgeführt; danach ist eine Sache immer dann streitverfangen, wenn die Sachbefugnis des Klägers oder des Beklagten im Prozeß auf den Rechtsbeziehungen zu dieser Sache beruht, gleichgültig, ob sich das Sachantragsbegehren schon unmittelbar nach seinem Wortlaut auf diese Sache erstreckt (Fasching III 98; 4 Ob 38, 39/90).

Der Zweitkläger ist daher formell Prozeßpartei geblieben und hat auch - im Sinne der Irrelevanztheorie - die Sachlegitimation auf Grund der bis zur Veräußerung bestehenden Sachlage behalten. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Zweitbeklagte als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der M\*\*\* Handels- und Videoverleih Gesellschaft mbH Mitbewerber der Beklagten im Sinne des § 14 UWG ist, was die Rechtsprechung für Gesellschaften mit beschränkter Haftung verneint (4 Ob 331, 332/76), für persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft bei Wettbewerbsverstößen, die sich gegen die Gesellschaft richten, aber angenommen hat (ÖBI 1958, 45; ÖBI 1978, 66 ua).

Das Anbieten eines Teilvergleiches nur an den Erstkläger hat, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die Vermutung der Wiederholungsgefahr (ÖBI 1990, 32 und 82) nicht beseitigt, weil das Veröffentlichungsbegehren der Kläger wegen der wiederholten Werbung der Beklagten in der "Neuen Kronen-Zeitung" für das Offenhalten ihres Geschäfts an Sonntagen objektiv berechtigt war, mögen sie auch ein halbes Jahr später von diesem Begehren abgerückt sein. Daß die Kläger beim Erheben und späteren Zurückziehen dieses Begehrens aus irgendwelchen

besonderen Gründen rechtsmißbräuchlich vorgegangen wären, wurde in erster Instanz nicht behauptet. Der Beklagten blieb es nach der Klageeinschränkung durch die Kläger unbenommen, ihr - nunmehr dem Prozeßstandpunkt des Erstklägers voll Rechnung tragendes - Vergleichsanbot zu erneuern. Daß sich die Beklagte (bzw. ihre Rechtsnachfolgerin) von Oktober 1987 bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz (10. Juli 1989) strikt an die dem Erstkläger angebotene Unterlassungsverpflichtung gehalten habe und dadurch die Wiederholungsgefahr weggefallen sei, hat sie in erster Instanz nicht behauptet, so daß auf die Frage, ob ein solcher Sachverhalt die Vermutung der Wiederholungsgefahr beseitigen könnte, nicht einzugehen ist.

Was schließlich die Rechtsansicht der Beklagten betrifft, daß zwei Bestimmungen der auf Grund des § 12 Abs 1 des Arbeitsruhegesetzes BGBI 1983/144 (ARG) erlassenen ARG-VO BGBI 1984/149 (idgF) - nämlich die in der Anlage zur ARG-VO im Abschn XIII Z 7 genannten Bootsvermieter und Sportgeräteverleiher - für eine analoge Anwendung des dortigen Ausnahmekataloges auch auf Videotheken sprächen, so hat sich der Oberste Gerichtshof mit dieser Frage schon in der Entscheidung SZ 60/172 = JBI 1988, 50 eingehend auseinandergesetzt und dort begründet, warum zwar diese Betriebe, nicht aber der Videoverleih als Betrieb des Freizeitbereiches iS des Abschnittes XIII Z 7 der Anlage zur ARG-VO anzusehen sei. Entscheidend für diese Beurteilung war vor allem, daß es sich bei den aufgezählten Ausnahmen fast durchwegs um Betriebe handelt, die gerade in der Zeit offen sein müssen, in der das Publikum die betreffenden Freizeit- und Erholungsbedürfnisse üblicherweise zu befriedigen wünscht (was auch für die von der Beklagten genannten Lichtspieltheater zutrifft); das trifft aber für den Verleih von Videokassetten nicht zu. Der Oberste Gerichtshof konnte daher in der Verordnung auch keine für dieses Gewerbe relevante unsachliche, dem Gleichheitsgrundsatz widersprechende Differenzierung des Normgebers erkennen, so daß er die Anregung der damaligen Revisionswerberin, beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung (insbesondere) des Abschnittes XIII Z 7 der Anlage zur ARG-VO zu stellen, nicht aufgriff. Die Aufhebung mehrerer Bestimmungen des LadenschlußG durch den VerfGH (BGBI 1988/18, 1989/285 und 1989/342) hat mit diesen Erwägungen nichts zu tun.

Im übrigen ist die Revisionswerberin auf die Gründe der zitierten Vorentscheidung zu verweisen. Wäre die von ihr behauptete "Spontanität des Kundenwunsches", sich erst während der Freizeit am Wochenende mit den gewünschten Videokassetten einzudecken, entscheidend, dann müßte dies für alle Artikel gelten, die dem Konsumenten in irgendeiner Form bei der Gestaltung seiner Freizeit am Wochenende dienen, mit denen er sich aber vor der Wochenendruhe nicht rechtzeitig eingedeckt hat. So weit ist aber der Begriff der (typischen) "Betriebe des Freizeit- und Fremdenverkehrsbereiches" in Abschnitt XIII Z 7 der Anlage zur ARG-VO nicht zu verstehen. Entscheidend für die Abgrenzung ist auch die Verkehrsanschauung; nach dieser gehört aber der Verleih von Videokassetten nicht zu den Betrieben, deren Offenhalten der Gast zur Befriedigung eines aktuellen Freizeit- und Erholungsbedürfnisses während der üblichen Freizeit am Wochenende und an Feiertagen (Wochenend- und Feiertagsruhe) erwartet, während dies bei den im Abschnitt XIII Z 7 der Anlage zur ARG-VO beispielsweise erwähnten typischen Betrieben des Freizeitbereiches sehr wohl der Fall ist. Die Ausführungen der Revisionswerberin bieten keinen Anlaß, von dieser Rechtsansicht abzugehen.

Der Revision ist daher ein Erfolg zu versagen.

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

#### **Anmerkung**

E21675

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0040OB00128.9.0911.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900911\_OGH0002\_0040OB00128\_9000000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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