

# TE OGH 1989/6/27 4Ob58/89

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.1989

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat 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 Partei S\*\*\* G\*\*\* U\*\*\* W\*\*\*,

Wien 4., Schwarzenbergplatz 14, vertreten durch Dr.Walter Prunbauer und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien

1. D\*\*\* Warenhandels Gesellschaft mbH & Co KG, Dornbirn, Wallenmahd, 2. Reinhard P\*\*\* & Co, Hohenems, Bahnhofstraße 23,

3. Josef S\*\*\* Gesellschaft mbH & Co, Hard,

Hofsteigstraße 2, 4. F.M. Z\*\*\*, Geschäftsführungsgesellschaft mbH, Feldkirch, Wiener Bundesstraße 1, 5. Dkfm. Martin Z\*\*\*, Geschäftsführer, Dornbirn, Flurgasse 13, und 6. D\*\*\* Warenhandels Gesellschaft mbH, Dornbirn, Wallenmahd, sämtliche vertreten durch Dr. Wilfried Ludwig Weh, Rechtsanwalt in Bregenz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 301.000 S), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgerichtes vom 17. Februar 1989, GZ 2 R 8/89-40, womit der Beschuß des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 7. Dezember 1988, GZ 19 Cg 360/88-26, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschuß wird dahin abgeändert, daß die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes - einschließlich der Festsetzung einer Sicherheit von 7 Millionen S - wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig, die beklagten Parteien haben die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

## **Text**

Begründung:

Die Erst-, die Zweit- und die Drittbeklagte betreiben in Seiersberg, Sandgrubenweg 3 (D\*\*\*-Markt), Betriebsstätten. Die Viertbeklagte ist Komplementärin der Zweit- und der Drittbeklagten; die Sechstbeklagte ist Komplementärin der Erstbeklagten; der Fünftbeklagte ist Geschäftsführer aller anderen Beklagten. Die Erst-, die Zweit- und die Drittbeklagte haben für den Standort Seiersberg, Sandgrubenweg 3, als weitere Betriebsstätte die Ausübung des Gewerbes gemäß §

103 Abs. 1 lit. b Z 25 GewO 1973 angemeldet. Sie vertreiben dort in einem ihnen von der E\*\*\* Grundverwertungsgesellschaft mbH zur Verfügung gestellten Gebäude Waren an Wiederverkäufer und - überwiegend - an Letztverbraucher; sie werben für diesen "D\*\*\*-Großmarkt", einen Selbstbedienungs- (Cash & Carry -)Markt. Der tägliche Umsatz in diesen Betriebsstätten liegt bei 2 bis 3 Millionen S. Auf Ansuchen der seinerzeitigen Eigentümer Johann und Hedwig E\*\*\* beschloß der Gemeinderat der Gemeinde Seiersberg die Verordnung vom 22. Mai 1984, GZ 031-2/1984-Bgmstr/ho, wonach gemäß § 51 Abs. 7 des Steiermärkischen Raumordnungsgesetzes 1974 LGBl. 127 die Grundstücke Nr. 317/1, 318, 321, 322, 325, 326, 329/1 und 329/2, alle KG Seiersberg, im Gebiet der aufgelassenen Schottergrube, ausdrücklich als für den zugeordneten Verwendungszweck Einkaufszentrum I und II, eingeschränkt auf Großhandel, für geeignet erklärt wurden. Die Steiermärkische Landesregierung genehmigte diese Verordnung mit Bescheid vom 6. Juli 1984, GZ 03-10 S 5-84/23. Vom

11. bis 26. Juli 1984 war die Verordnung zur Kundmachung an der Gemeindetafel in Seiersberg angeschlagen.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Seiersberg vom 11. Juli 1984, GZ 131/915/1984/We, wurde auf Antrag der Widmungswerber Johann und Hedwig E\*\*\* in Abänderung eines vorangegangenen Bescheides vom 19. Dezember 1983 das Widmungsansuchen in Ansehung der genannten Grundstücke nach dem zugeordneten Verwendungszweck Einkaufszentrum I und II, eingeschränkt auf Großhandel, in Verbindung mit dem Genehmigungsbescheid des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung vom 6. Juli 1984 bewilligt. Mit Bescheid vom 17. Juli 1985, GZ 03-10 S 5-85/34, stellte das Amt der Steiermärkischen Landesregierung fest, daß der Flächenwidmungsplan der Gemeinde Seiersberg infolge Fristablaufes mit 5. Juli 1985 in der (u.a.) am 22. Mai 1984 vom Gemeinderat beschlossenen und der Steiermärkischen Landesregierung vorgelegten Fassung als genehmigt anzusehen sei. Diese Verordnung trat sodann mit Ablauf der Kundmachungsfrist von 2 Wochen (7. bis 22. August 1985) in Kraft.

Die Bezirkshauptmannschaft Graz-Umgebung wies mit Bescheid vom 27. Februar 1986, GZ 4.1 Z 5-1984, das Ansuchen der F.M. Z\*\*\* KG um Erteilung der gewerblichen Genehmigung der Errichtung und des Betriebes eines Selbstbedienungsmarktes für Wiederverkäufer auf den genannten Grundstücken der KG Seiersberg wegen der zu erwartenden, für die Anrainer unzumutbaren Lärm- und Geruchsbelästigung ab. Eigentümer der Grundstücke war damals die E\*\*\* Grundverwertungsgesellschaft mbH, welche die F.M. Z\*\*\* KG ermächtigt hatte, die erforderlichen Schritte zur Einleitung des Bauvorhabens zu unternehmen.

Mit Bescheid vom 5. August 1987, GZ 131-0/1108/1985-1986-1987-Bgmstr/ho/ko, bewilligte der Bürgermeister der Gemeinde Seiersberg der E\*\*\* Grundverwertungsgesellschaft mbH gemäß den §§ 57 und 62 der Steiermärkischen Bauordnung 1968 in Verbindung (u.a.) mit dem am 23. August 1985 in Kraft getretenen Flächenwidmungsplan der Gemeinde Seiersberg und § 51 Abs. 6 des Steiermärkischen Raumordnungsgesetzes 1974 idF LGBl. 1985/49 die plan- und beschreibungsgemäßige Errichtung eines Cash & Carry-Marktes auf den mehrfach erwähnten Grundstücken mit bestimmten Auflagen.

Die Bezirkshauptmannschaft Graz-Umgebung hat mit den Bescheiden vom 8. November 1988 der Erst-, der Zweit- und der Drittbeklagten sowie der F.M. Z\*\*\* Gesellschaft mbH die Ausübung des Gewerbes gemäß § 103 Abs. 1 lit. b Z 25 GewO 1973 in der weiteren Betriebsstätte in Seiersberg untersagt. Die Beklagten haben für die Gewerbeausübung in der Betriebsstätte Seiersberg, Sandgrubenweg 3, weder eine gewerbebehördliche Genehmigung noch eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Selbstbedienungsmarktes für Wiederverkäufer oder für Letztverbraucher.

Der Kläger ist ein Verein mit dem ausschließlichen statutarischen Zweck der Förderung des lauteren Geschäftsverkehrs; seine Aufgabe ist es danach, durch Aufklärung und Belehrung zur Förderung des lauteren Geschäftsverkehrs beizutragen und den unlauteren Wettbewerb im Zusammenwirken mit den zuständigen Organen der Rechtspflege zu bekämpfen. Dem Kläger gehören praktisch alle Landesgremien des Einzelhandels mit Lebensmitteln, Haushaltsartikeln, Parfumerieartikeln, Elektrogeräten sowie Waren aller Art als Mitglieder an.

Mit der Behauptung, daß die Beklagten ohne die erforderlichen Bewilligungen und Gewerbeberechtigungen sowie in offensichtlich bewußtem Verstoß gegen die Steiermärkischen Raumordnungsvorschriften und die darauf beruhenden Flächenwidmungspläne und Widmungsbescheide in Seiersberg einen Selbstbedienungsmarkt (auch) für Letztverbraucher betrieben und dafür würben, begeht der Kläger zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, in ihrem Geschäft in Seiersberg, Sandgrubenweg 3, den Einzelhandel mit Waren aller Art anzukündigen oder zu betreiben; in eventu in diesem Geschäft

den Einzelhandel mit Waren aller Art auf einer größeren Gesamtverkaufsfläche als konkret abgegrenzten 600 m<sup>2</sup> und/oder einer Gesamtbetriebsfläche von insgesamt mehr als 1.000 m<sup>2</sup> anzukündigen und/oder zu betreiben; in eventu dort einen Handelsmarkt - Einzel- oder Großhandel - zu betreiben, solange für diesen Standort noch keine dafür erforderliche Betriebsanlagengenehmigung erteilt worden sei.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrages. Die Tätigkeit des klagenden Vereins sei sittenwidrig; auch die Steiermärkische Handelskammer verletze ihre gesetzlichen Aufgaben und versuche mit abwegigsten Methoden, die Beklagten um die ihnen offenkundig zustehende gewerbliche Betriebsanlagengenehmigung zu bringen oder doch deren Erteilung möglichst lange zu verhindern. Ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten liege hingegen nicht vor: Das benützte Gebäude sei baubehördlich bewilligt; die zuständige Gemeinde habe auch die Benützungsbewilligung erteilt. Das Steiermärkische Raumordnungsgesetz und die Gewerbeordnung machten keinen Unterschied zwischen Groß- und Einzelhandel. Der Begriff des Cash & Carry-Marktes sei im Gesetz nicht definiert und auch sonst umstritten. Der Baubescheid konkretisiere die "generelle Norm Flächenwidmungsplan". Selbst ein mit den Flächenwidmungsbestimmungen nicht im Einklang stehender Baubescheid gebe dem Bauwerber jene Rechte, die im Baubescheid enthalten seien. Normadressaten der Raumordnungsbestimmungen seien nur die Behörden, die sie bei ihren Entscheidungen über die Flächenwidmung zu berücksichtigen hätten. Der Erstrichter gab dem Sicherungs-Hauptbegehren statt, machte die Bewilligung der einstweiligen Verfügung jedoch vom Erlag einer Sicherheit von 7 Millionen S abhängig. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt nahm er noch als gerichtsbekannt an, daß im Geschäftsbetrieb der Beklagten mit einem Gewinn von durchschnittlich 10 bis 15 % zu rechnen sei. Rechtlich meinte er, daß gegen die Aktivlegitimation des Klägers keine Bedenken bestünden. In der Verordnung des Gemeinderates der Gemeinde Seiersberg vom 22. Mai 1984 sei die Nutzung der gewidmeten Grundstücke ausdrücklich auf den Großhandel eingeschränkt worden; diese Wortfolge sei keinesfalls inhaltsleer. Die Widmungsbewilligung entfalte gegenüber dem Widmungswerber und seinen Rechtsnachfolgern ihre Wirksamkeit. Unter Großhandel sei jene Handelstätigkeit zu verstehen, bei der Waren nicht an Verbraucher, sondern an Wiederverkäufer, Erzeuger, Verarbeiter und gewerbliche Verbraucher abgesetzt würden. Die Beklagten entsprächen nicht der Einschränkung in der Widmungsbewilligung. Auch aus der Baubewilligung sei, da diese auf der Widmungsbewilligung aufbaue, für die Beklagten nichts zu gewinnen. Wenngleich ein "Cash & Carry"-Markt auch den Einzelhandel umfassen könne, sei doch die in der Widmungsbewilligung enthaltene Einschränkung durch die Baubewilligung nicht aufgehoben worden. Darüber hinaus fehlten den Beklagten die Gewerbeberechtigung und die Betriebsanlagengenehmigung für ihren Betriebsstandort in Seiersberg. Mit ihren dort ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten setzten sie sich über die einschlägigen gewerberechtlichen Vorschriften hinweg. Der Verstoß gegen den Widmungsbescheid und die gewerberechtlichen Normen rechtfertigten die Erlassung der einstweiligen Verfügung in Form des Hauptbegehrens. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der angeordneten Maßnahme sei die Auferlegung einer Sicherheit (§ 390 Abs. 2 EO) gerechtfertigt. Der Kläger hat die ihm auferlegte Sicherheit fristgerecht § 396 EO) erlegt.

Das Gericht zweiter Instanz wies den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab und sprach aus, daß der Beschwerdegegenstand 300.000 S übersteige; den Kläger verwies es mit seinem Rekurs gegen die Auferlegung einer Sicherheitsleistung auf diese Entscheidung. Der E\*\*\* Grundverwertungsgesellschaft mbH sei die Baubewilligung für die Errichtung eines "Cash & Carry-Marktes" erteilt worden; diese Wortfolge bedeute, daß der Kunde, gleichgültig, ob im Groß- oder im Kleinhandel, die Ware sofort bezahlen und selbst transportieren müsse. Es sei daher nicht einzusehen, warum die Beklagten das errichtete Geschäftsgebäude nicht zum Betrieb eines solchen Marktes in Bestand nehmen sollten; umso weniger sei darin ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) zu erkennen. Hingegen müßte es jedem rechtsbezogen Denkenden durchaus einleuchten, daß ein Einkaufszentrum wie das hier betriebene schon mit Rücksicht auf den notwendigen Schutz der Kunden und anderer Personen einer Betriebsanlagengenehmigung bedürfe und daher besonders Kunden so lange nicht zugänglich gemacht werden dürfe, als diese Genehmigung fehle. Dazu komme, daß die Gewerbebehörde hier die Gewerbeausübung aus dem zweifellos stichhaltigen Grund des § 345 Abs. 9 GewO untersagt habe. Den Beklagten sei zwar einzuräumen, daß die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen im allgemeinen nur im Verwaltungswege erzwungen werden könne; hier liege aber ein bewußtes Sich-Hinweg-Setzen über die gewerberechtlichen Bestimmungen gegenüber Mitbewerbern vor, das als wettbewerbswidrig anzusehen sei. Das sei geradezu ein Schulfall eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinn des § 1 UWG. Die Bedenken der Beklagten gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung könnten ebensowenig geteilt werden wie jene gegen die Aktivlegitimation des Klägers. Wäre der einschlägige gewerbe- und wettbewerbsrechtlich bedeutsame Sachverhalt nach Durchführung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens festgestellt

worden, dann bestünde kein Grund zur Annahme, daß das Unterlassungsbegehr des Klägers, zumindest in Form des zweiten Eventualbegehr, nicht gerechtfertigt wäre. Gegen die Durchsetzung des Begehr des Klägers schon im Provisorialverfahren bestünden jedoch erhebliche Bedenken:

Nach § 24 UWG hätten zwar einstweilige Verfügungen zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Unterlassungsansprüche keine Gefährdung im Sinne des § 381 EO zur Voraussetzung; gerade deshalb dürften aber besonders einschneidende, in ihren Auswirkungen existenzbedrohende und nicht mehr rückgängig zu machende Maßnahmen in einem Provisorialverfahren nach dem UWG nicht getroffen werden. Da den Beklagten durch eine (gänzliche oder zumindest teilweise) Betriebssperre auf Prozeßdauer, welche mit dem Verbot des Einzelhandels wohl zwangsläufig verbunden wäre, ein Schaden in einer solchen Größenordnung entstünde, daß er durch keine Sicherheitsleistung adäquat zu ersetzen wäre, müsse die beantragte Sicherungsmaßnahme verweigert werden.

Gegen diesen Beschuß wendet sich der Revisionsrekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Aktenwidrigkeit mit dem Antrag, die einstweilige Verfügung ohne Auferlegung einer Sicherheit zu erlassen, hilfsweise sie gegen eine Sicherheit von nur 500.000 S zu bewilligen.

Die Beklagten beantragen, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Der Rechtsansicht des Rekursgerichtes, daß der vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch wegen seiner besonders schwerwiegenden wirtschaftlichen Auswirkungen nicht durch das beantragte Unterlassungsgebot gesichert werden könnte, ist nicht zu folgen. Zwar dürfen nach Lehre und Rechtsprechung in der Regel nur solche Maßnahmen als einstweilige Verfügung zur Anwendung kommen, die der endgültigen Entscheidung nicht vorgreifen; insbesondere darf nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung alles das bewilligt werden, was die gefährdete Partei erst im Wege der Exekution auf Grund eines ihr günstigen Urteils erreichen könnte, hat doch die einstweilige Verfügung nicht den Zweck, Erfüllung zu erzwingen oder etwaige weitere Vertragsverletzungen zu verhindern, sondern die Vereitelung der Durchsetzung des Anspruches zu verhindern oder die gefährdete Partei gegen eine Änderung des gegenwärtigen Zustandes zu schützen, die für sie mit einem drohenden unwiederbringlichen Schaden verbunden ist (Heller-Berger-Stix 2692 f; SZ 55/78; SZ 38/133 u.v.a.). Die vom Kläger beantragte Sicherungsmaßnahme greift aber in Wahrheit dem endgültigen Urteil nicht vor, auch wenn sich das mit der einstweiligen Verfügung angestrebte Verbot inhaltlich mit dem Unterlassungsbegehr im Hauptverfahren deckt. Das mit dem Sicherungsantrag angestrebte befristete Unterlassungsgebot nimmt das Prozeßergebnis nicht vorweg, weil es sich dabei nur um eine zeitlich beschränkte Unterlassung, nicht aber um eine (möglicherweise nicht mehr rückführbare) Veränderung handelt (SZ 31/86; ÖBl. 1957, 86; ÖBl. 1973, 37; JBl. 1989, 103 u.a.). Die vom Kläger beantragte einstweilige Verfügung bedeutet nur eine vorläufige Hemmung der als wettbewerbswidrig beanstandeten geschäftlichen Betätigung; es hindert die Beklagten aber nicht, nach einem etwaigen Obsiegen im Hauptprozeß auch den Einzelhandel im Standort Seiersberg wieder auszuüben. Daß nach ständiger Rechtsprechung der Gebrauch einer im Handelsregister eingetragenen Firma nicht durch eine einstweilige Verfügung verboten werden kann (SZ 22/17, ÖBl. 1974, 35 u.a.), steht zu dieser Auffassung nicht in Widerspruch, weil bei Bewilligung einer solchen einstweiligen Verfügung der damit geschaffene Zustand bei Abweisung des Klagebegehr nicht wieder beseitigt werden könnte; der Beklagte wäre ja gezwungen gewesen, seine Firma löschen zu lassen. Daß mit der einstweiligen Verfügung für den Antragsgegner eine schwere wirtschaftliche Beeinträchtigung verbunden ist, hindert dagegen die Bewilligung einer solchen Sicherungsmaßnahme schon deshalb nicht, weil der den Beklagten durch das vorläufige Unterlassungsgebot entstehende Schaden durch Geldersatz ausgeglichen werden kann. Diese Auffassung widerspricht entgegen der Meinung der Beklagten (S 325 ff) auch nicht dem Art. 6 MRK, weil diese Bestimmung auf vorläufige, sichernde Maßnahmen - insbesondere auf einstweilige Verfügungen - keine Anwendung findet (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar 125 Rz 36 zu Art. 6 mit Nachweis aus der Rsp). Davon, daß es sich bei der angeordneten Sicherungsmaßnahme in Wahrheit um eine Strafe handelte, kann keine Rede sein. Richtig ist, daß die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei der Beurteilung der Frage, ob zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder eine strafrechtliche Anklage im Sinne des Art. 6 Abs. 1 MRK vorliegen, eine "autonome Auslegung" vornehmen (Walter-Mayer 6 485, Rz 1473;

Frowein/Peukert aaO 109, Rz 7 ff zu Art. 6 MRK; EuGRZ 1980, 667);

was unter "strafrechtlicher Anklage" zu verstehen ist, ist demnach unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der MRK sowie der vorherrschenden Auffassungen in den Rechtssystemen aller Vertragsstaaten zu beurteilen (EuGRZ 1978, 406; EuGRZ 1980, 667 u. a.). In dem - von den Beklagten zitierten - Fall Dewer (EuGRZ 1980, 667) hatte die zuständige belgische Staatsanwaltschaft die Schließung einer Metzgerei angeordnet und dem Unternehmer mitgeteilt, daß er binnen 8 Tagen eine Geldbuße zahlen könne, wodurch ein Strafverfahren vermieden würde; die Schließungsanordnung würde am Tag nach der Zahlung oder andernfalls spätestens mit Erlaß des Strafurteils hinfällig werden. In diesem Fall schloß der Europäische Gerichtshof aus mehreren Bestimmungen der belgischen Gesetzgebung auf den Strafcharakter einer solchen Schließung des Geschäfts (EuGRZ 1980, 667 f !671 f ). In dem hier zur Entscheidung stehenden Fall geht es aber nur um die Sicherung eines zivilrechtlichen Anspruches durch eine in einem zivilgerichtlichen Verfahrensgesetz - der EO - geregelte Maßnahme; ein Strafcharakter dieser Verfügung ist nicht zu erkennen.

Da sich sohin der vom Rekursgericht herangezogene Abweisungsgrund als nicht berechtigt erweist, muß die Frage geprüft werden, ob die Beklagten wettbewerbswidrig handeln. Das ist zu bejahen:

Für das Gebäude, in dem die beanstandete Gewerbeausübung der Beklagten stattfindet, liegt die Baubewilligung des Bürgermeisters der Gemeinde Seiersberg vom 5. August 1987 vor, mit der die plan- und beschreibungsgemäß Errichtung eines "Cash & Carry"-Marktes bewilligt wurde. Ob darunter immer nur ein Großhandelsbetrieb (vgl. Gabler, Wirtschaftslexikon12 I, 1045, linke Spalte; Brockhaus, Enzyklopädie19 IV 352, rechte Spalte) oder unter Umständen auch ein Einzelhandelsbetrieb (vgl. Meyers-Enzyklopädisches Lexikon9 V 368, linke Spalte) verstanden werden kann, ist hier nicht entscheidend; maßgebend ist vielmehr der erkennbare Wille des Organs, das den Baubewilligungsbescheid erlassen hat. Dieser ist aber aus dem Wortlaut des Spruches und der Begründung dieses Bescheides eindeutig dahin zu erkennen, daß die Baubewilligung nur für einen Großhandelsbetrieb erteilt werden sollte. Schon im Spruch des Bescheides wird ausdrücklich auf den geltenden Flächenwidmungsplan Bezug genommen; in der Begründung wird dieser Flächenwidmungsplan mehrmals erwähnt und hervorgehoben, daß das zu verbauende Areal als Einkaufszentrum I und II, eingeschränkt auf Großhandel, gewidmet sei; an ordnungsgemäß kundgemachte Verordnungen wie den Flächenwidmungsplan seien alle Verwaltungsbehörden gebunden und hätten sie anzuwenden; das Bauvorhaben halte sich an den in der Widmungsbewilligung festgelegten Verwendungszweck mit seiner Einschränkung auf Großhandel. Demnach kann aber überhaupt kein Zweifel daran aufkommen, daß der Bescheidverfasser unter einem "Cash & Carry"-Markt einen Großhandelsbetrieb verstanden hat. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten steht in unauflöslichem Widerspruch zu dem eindeutigen Inhalt des Baubewilligungsbescheides; sie ist daher unvertretbar.

Daß die Beklagten in der Betriebsstätte Seiersberg nicht nur den Großhandel, also den Absatz an Wiederverkäufer (ÖBl. 1979, 109 mwN), betreiben, sondern - sogar überwiegend - Waren an Letztabbraucher verkaufen, ist bescheinigt. Da keine Baubewilligung (§ 62 Stmk.BauO) für ein Gebäude vorliegt, in dem der Einzelhandel betrieben werden könnte, kann umso weniger eine Benützungsbewilligung (§ 69 Stmk.BauO) dafür vorhanden sein; die Beklagten behaupten eine solche auch gar nicht. Mangels einer entsprechenden Bewilligung sind sie daher nicht zur Benützung des Gebäudes für Zwecke des Einzelhandels befugt (vgl. §§ 69, 73 Abs. 1 Stmk.BauO). Eine gewerbliche Tätigkeit darf aber nach § 15 Z 1 GewO in einem Standort, in dem die Ausübung dieser Tätigkeit bereits im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung durch Rechtsvorschriften verboten war, nicht ausgeübt werden. Das von den Beklagten ausgeübte Gewerbe des Handels mit Waren aller Art (§ 103 Abs. 1 lit. b Z 25 GewO) ist ein Anmeldungsgewerbe im Sinne des § 5 Z 1 GewO in der Form eines gebundenen Gewerbes gemäß § 6 Z 2 GewO. Bei Anmeldungsgewerben wird die Gewerbeberechtigung, nämlich das Recht, das angemeldete Gewerbe auszuüben, durch die Gewerbeanmeldung begründet (VwGH 16.11.1977, ZI.2564/76, abgedruckt bei Mache-Kinscher, GewO5 Anm. 3 zu § 5). Eine derartige Anmeldung ist sowohl für die Hauptbetriebsstätte (§ 5 Z 1 und § 38 Abs. 1 GewO) als auch für jede weitere Betriebsstätte (§ 46 Abs. 3 GewO) erforderlich. Sowohl die Gewerbeanmeldung selbst als auch die - im vorliegenden Fall von den Beklagten erstattete - Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 GewO wirken konstitutiv; sie sind also, falls die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes in der Betriebsstätte, auf die sich die Anmeldung bezieht, gegeben sind, rechtsbegründend und keine bloßen Ordnungsvorschriften (Wallner, Weitere Betriebsstätten und Gewerbeausübung außerhalb der Betriebsstätte, in Rill, Gewerberecht 1978, 350 ff !363 ; Mache-Kinscher aaO Anm. 23 zu § 46). Liegt aber ein gesetzliches Verbot der Gewerbeausübung vor, dann ist die dennoch vorgenommene Gewerbeanmeldung bzw. die Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 GewO nicht rechtsbegründend; sie muß vielmehr zur

Ausstellung eines Untersagungsbescheides der Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 340 Abs. 7 bzw. § 345 Abs. 9 GewO führen (so schon 4 Ob 402/87). Den Beklagten kann nicht darin gefolgt werden, daß ihrer Art der Benützung des Gebäudes nur ein verwaltungsbehördlicher Bescheid, nicht aber eine generelle Norm entgegenstehe; dieser Bescheid ist vielmehr Ausdruck der Rechtslage, wonach auf dem Gelände in Seiersberg im Hinblick auf die Flächenwidmung eine Baubewilligung für dem Einzelhandel dienende Baulichkeiten eben nicht erteilt werden kann. Mit der Art ihrer Benützung des Gebäudes in Seiersberg verstößen die Beklagten im übrigen nicht nur gegen einen Bescheid, sondern zugleich gegen das Gesetz, wonach Gebäude nur entsprechend der auf Grund der Endbeschau von der Baubehörde erteilten schriftlichen Benützungsbewilligung (§ 69 Abs. 3 Stmk.BauO) in Gebrauch genommen werden dürfen.

Die Beklagten selbst stellen nicht in Abrede, daß ihr "D\*\*\*-Markt" eine gewerbliche Betriebsanlage ist, die, weil auf sie die Voraussetzungen des § 74 Abs. 2, insbesondere der Z 2 und 4, GewO zutreffen, einer behördlichen Genehmigung bedürfte. Solange ihnen diese Genehmigung fehlt, ist das von ihnen benützte Gebäude auch aus diesem Grund ein Standort, in dem die Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit durch Rechtsvorschriften verboten ist (§ 15 Z 1 GewO). Handeln die Beklagten aber dem § 15 Z 1 GewO zuwider, dann können sie sich auch nicht darauf berufen, daß sie nur eine weitere Betriebsstätte angezeigt hätten und die von der Verwaltungsbehörde erlassenen Untersagungsbescheide noch nicht in Rechtskraft erwachsen seien.

Daß sich die Beklagten über die genannten Verwaltungsvorschriften in der Absicht hinwegsetzen, sich vor gesetzestreuenden Mitbewerbern, die nur bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen und behördlichen Bewilligungen ihre Geschäftstätigkeit aufnehmen, einen Vorsprung zu verschaffen, liegt auf der Hand; ihre Gesetzesverletzungen sind dann aber gleichzeitig Verstöße gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG). Ob den Beklagten die Betriebsanlagengenehmigung bisher zu Unrecht verweigert wurde, ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ihres Verhaltens unerheblich. Sie sind nämlich keinesfalls berechtigt, wegen einer vermeintlich unrichtigen Entscheidung der zuständigen Behörden oder wegen deren Säumigkeit zur Selbsthilfe zu greifen und ohne die erforderlichen Genehmigungen die Ausübung des Einzelhandels in Seiersberg aufzunehmen. Gegen die Versagung von Bewilligungen stehen ihnen Rechtsmittel und letztlich allenfalls die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu; gegebenenfalls können sie eine Säumnisbeschwerde erheben. Sollte sich herausstellen, daß die Bewilligungen zu Unrecht zunächst verweigert und dann erst verspätet erteilt wurden, dann könnten sie den ihnen dadurch erwachsenen Schaden im Amtshaftungsweg geltend machen. Von einem Notstand kann im Hinblick auf das ausgebauten Rechtsschutzsystem keine Rede sein. Daß auch die Flächenwidmung und der darauf fußende Baubewilligungsbescheid auf einen sachlich nicht gerechtfertigten Willkürakt der Behörden zurückzuführen wären, behaupten die Beklagten selbst nicht. Da - wie schon ausgeführt - ihre Auslegung dieses Bescheides nicht mit guten Gründen vertreten werden kann, liegt auch darin ein subjektiv vorwerfbarer Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Die Bedenken der Beklagten gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 1 UWG vermag der Oberste Gerichtshof nicht zu teilen. Die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist nicht verfassungswidrig (VfSlg. 4139); den Begriffen "Billigkeit", "Sitte", "Sittlichkeit" udgl. ist im Hinblick auf die bestehenden gesellschaftlichen Auffassungen ein konkreter Begriffsinhalt beizumessen; sie bedeuten damit eine ausreichende Determinierung (VfSlg. 4293, 5337 ua). Dasselbe muß auch für den Begriff der "guten Sitten" gelten. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten hat die Europäische Menschenrechtskommission nicht ausgesprochen, daß der - dem österreichischen § 1 UWG entsprechende - § 1 dUWG gegen die EMRK verstieße; vielmehr habe sie nur gefordert, daß § 1 dUWG verfassungs- und menschenrechtskonform reduziert anzuwenden sei. Die Beklagten meinen, daß dies deshalb geboten sei, weil mit jedem Unterlassungsgebot nach § 1 UWG in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit eingegriffen werde; aus diesem Grund wäre eine "maximale Determinierung" der Voraussetzungen für einen Eingriff in dieses Grundrecht geboten. Gerade diese Problematik stellt sich aber im vorliegenden Fall nicht: Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit ist in Art. 6 Abs. 1 StGG verankert; diese Bestimmung enthält - ebenso wie der von den Beklagten zitierte Art. 1 ZPMRK - einen Gesetzesvorbehalt. Der Gesetzgeber ist daher befugt, eine Regelung der Ausübung der Berufe vorzunehmen und vorzuschreiben, daß die Berufsausübung nur unter gewissen Voraussetzungen erlaubt oder unter gewissen Umständen verboten ist (VfSlg. 4163; Walter-Mayer aaO 456 f Rz1386). Der Kläger leitet die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten nur aus dem Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen ab, welche die Gewerbeausübung an bestimmte Bedingungen knüpfen; gegen diese Vorschriften machen die Beklagten auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken geltend. In diesem Belang ist jedenfalls gesetzlich eindeutig determiniert, was als rechtswidrig anzusehen ist. Die Beklagten meinen allerdings, daß der Gesetzgeber zwar die Rechte von Mitbewerbern im Wettbewerb angemessen schützen dürfe, die geschützten Interessen der Mitbewerber jedoch deutlich umschreiben müsse. Der

gesamten Rechtsordnung sei die *actio popularis* fremd; jedermann könne in einem Verfahren Rechte nur so weit geltend machen, als ihm das ausdrücklich eingeräumt worden sei. Komme dem Kläger im Verwaltungsverfahren keine Parteistellung zu, dann gehe es nicht an, ihm auf dem Umweg über die Blankettklausel des § 1 UWG eine solche einzuräumen. Dem kann nicht gefolgt werden. Im vorliegenden Fall geht es nicht um das öffentliche Interesse an der Einhaltung von bau- und anderen verwaltungsrechtlichen Vorschriften, sondern um das auch von den Beklagten als legitim anerkannte Interesse der vom Kläger vertretenen Mitbewerber, Wettbewerbsvorteile von Unternehmen, die sich über gesetzliche Schranken hinwegsetzen, hintanzuhalten. Eine nähere Determinierung der Anspruchsvoraussetzungen ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich.

Daß der Kläger selbst sittenwidrig handle und insbesondere seine statutarischen Befugnisse überschreite, ist nicht zu erkennen. Der Oberste Gerichtshof hat die Aktivlegitimation des klagenden Verbandes schon wiederholt ausdrücklich bejaht (ÖBl. 1956, 1; ÖBl. 1960, 11 und 68; ÖBl. 1969, 92; 4 Ob 402/87 ua). Die Tätigkeit des Klägers wird nicht dadurch unzulässig, daß er Aufgaben wahrnimmt, die auch einzelnen Gliederungen der Handelskammern selbst zustehen.

Aus diesen Erwägungen war dem Revisionsrekurs Folge zu geben und die vom Erstrichter erlassene einstweilige Verfügung wiederherzustellen. Dabei war gleichzeitig - in Erledigung des vom Kläger erhobenen Rekurses - über die Sicherheitsleistung nach § 390 Abs. 2 EO zu entscheiden. Mit Recht hat der Erstrichter eine solche Sicherheit für notwendig gehalten: Der Vollzug einer einstweiligen Verfügung ist nach dem Ermessen des Gerichtes trotz voller Anspruchsbescheinigung auch dann vom Erlag einer Sicherheit abhängig zu machen, wenn gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung wegen des Ausmaßes des Eingriffes in die Interessen des Antragsgegners Bedenken bestehen; in einem solchen Fall wird durch die Sicherheitsleistung die nötige Interessenabwägung zwischen der Gefährdung des Antragstellers und dem Eingriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners vorgenommen und ein entsprechender Ausgleich bewirkt (RZ 1974/97; 4 Ob 402/87 u.v.a.). Daß den Beklagten durch das gegen sie erlassene einstweilige Verbot, in Seiersberg den Einzelhandel zu betreiben, ein Schaden entstehen kann, ist offenkundig und mußte daher auch nicht behauptet werden. Besonderer Erhebungen über die mögliche Höhe eines den Beklagten erwachsenden Schadens bedurfte es - entgegen der Meinung des Klägers - nicht, weil das Gericht die Sicherheitsleistung nach freiem Ermessen zu bestimmen hat (ÖBl. 1982, 39 mwN). Auch den im Rekurs gerügten Feststellungen über die Umsatzerwartungen der Beklagten und ihres Gewinnes kommt daher keine Bedeutung zu. Gegen die Höhe der vom Erstrichter mit 7 Millionen S bestimmten Sicherheit bestehen keine Bedenken; der vom Kläger als angemessen bezeichnete Betrag von 500.000 S erscheint hingegen in keiner Weise ausreichend, den möglichen Schaden der Beklagten zu decken. Sollte sich hingegen die Sicherheit nachträglich als unzureichend erweisen, dann kann sie erhöht werden (SZ 54/1 u.v.a.).

Die Entscheidung des Erstrichters war sohin zur Gänze wiederherzustellen.

Der Ausspruch über die Rechtsmittelkosten des Klägers gründet sich auf § 393 Abs. 1 EO, jener über die Rechtsmittelkosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs. 2 EO, §§ 40, 50, 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18070

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00058.89.0627.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890627\_OGH0002\_0040OB00058\_8900000\_000

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