

# TE OGH 1989/6/13 4Ob40/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.06.1989

## 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 VEREIN ZUR B\*\*\* U\*\*\* W\*\*\*,

Wien 1., Hofburg, vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei G\*\*\* M\*\*\*

Gesellschaft mbH, Sulz bei Güssing, vertreten durch DDr. Walter Barfuß und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren: S 450.000), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 16. Dezember 1988, GZ 2 R 188/88-11, womit der Beschluß des Landesgerichtes Eisenstadt als Handelsgerichtes vom 23. September 1988, GZ 4 Cg 130/88-5, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben; die angefochtene einstweilige Verfügung wird dahin abgeändert, daß der den Sicherungsantrag abweisende Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 28.370,25 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten S 3.797,25 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Unbestritten ist, daß die Beklagte Mineralwasser aus der "Severin-Quelle" nicht nur in 1 l-Glasflaschen, sondern auch in 1,5 l-Plastikflaschen abfüllt und letztere an die Catering-Gesellschaft der A\*\*\* A\*\*\* Österreichische Luftverkehrs-Aktiengesellschaft (im folgenden kurz "AUA" genannt) verkauft und liefert. Die AUA schenkt daraus im Rahmen ihres Bordservices bei Auslandsflügen Mineralwasser an Passagiere ihrer Luftfahrzeuge aus.

Mit der Behauptung, daß die Beklagte durch das Abfüllen und Versenden von Mineralwasser in Plastikflaschen gegenß 1 UWG verstoße, weil sie sich damit zur Erlangung eines Wettbewerbsvorteils sowohl über die gemäßß 77 Abs 1 Z 10 LMG im Gesetzesrang stehende Verordnung vom 30.9.1935 BGBl 526 über den Verkehr mit Mineralwasser als auch über die im Kapitel B 17 Abs 4 und 30 des ÖLMB3 festgeschriebene Branchenübung hinweggesetzt habe, beantragt der klagende Verein zur Sicherung eines gleichlautenden Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, ob sofort bis auf weiteres Tafelwasser (Mineralwasser und Quellwasser), das zum Verkauf als Lebensmittel bestimmt ist, in anderen Behältnissen als in den für die Verbraucher bestimmten verschlossenen

Glasflaschen abzufüllen und zu versenden. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrages. Der Kläger habe nicht bescheinigt, daß er satzungsgemäß wirtschaftliche Interessen von Unternehmern fördere; das Vorgehen des Klagevertreters indiziere vielmehr, daß es sich beim Kläger um einen bloßen "Prozeßführungsverein" handle. Die Beklagte habe keinen Wettbewerbsverstoß begangen. Sie sei bereits seit vielen Jahren Lieferantin der AUA und habe dieser niemals Mineralwasser in Kunststoffflaschen angeboten; die Initiative sei vielmehr von der AUA ausgegangen, welche dazu auf die ausländische Übung verwiesen habe, wonach die zum offenen Ausschank in Flugzeugen bestimmten Flaschen aus Sicherheitsgründen stets aus Kunststoff seien. Für die Lieferung von 1,5 l-Flaschen aus Kunststoff seien keinerlei wirtschaftliche Überlegungen der Beklagten - wie geringere Transport-, Lagerungs- und Manipulationskosten - und auch keinerlei Wettbewerbsabsichten maßgebend gewesen. Da sie schon seit vielen Jahren die AUA mit "Güssinger-Mineralwasser" beliefere, sei sie auch bei der Erteilung des Auftrages, zusätzlich aus Sicherheitsgründen auch 1,5 l-Flaschen aus Kunststoff zu liefern, mit niemandem in Konkurrenz gestanden. Weniger als 1 % des Jahresumsatzes der Beklagten entfalle auf Mineralwasser in Kunststoffflaschen, welches auch gar nicht für den Verkauf im Inland bestimmt sei. Das Mineralwasser werde von der AUA ausschließlich auf Auslandsflügen ausgeschenkt; es sei sichergestellt, daß die Ware in Österreich nicht zum Verbraucher gelange. Inwiefern Mineralwasser in Kunststoffflaschen gesundheitsschädlich sein oder diese Abfüllart den Hygienevorschriften widersprechen sollte, habe der Kläger nicht einmal andeutungsweise darlegen können. Weder die von ihm erwähnte Verordnung noch das Kapitel B 17 des ÖLMB3 verbiete das Abfüllen oder den Versand von Mineralwasser in Kunststoffflaschen. Ihnen liege vielmehr der Regelungszweck zugrunde, daß Mineralwasser nicht von der Quelle weg in großen Behältnissen, insbesondere Tankwägen, an andere Orte verbracht und erst dort später in Flaschen abgefüllt werde; durch den Transport in Großbehältnissen werde nämlich die Qualität des Mineralwassers beeinträchtigt. Das gelte aber nicht für Mineralwasser, das in andere Flaschen als solche aus Glas nahe dem Ursprung der Quelle abgefüllt worden sei. In der MineralwasserV würden "Glasflaschen" nur deshalb erwähnt, weil zum Zeitpunkt ihrer Erlassung Mineralwasser stets in Glasflaschen an die Verbraucher abgegeben worden sei. Das ÖLMB lehne sich an die MineralwasserV an und habe deshalb die "Glasflaschen" übernommen. Wäre beabsichtigt gewesen, Flaschen aus anderen Materialien als Glas zu verbieten, so hätte dies einer anderen Formulierung bedurft. Jedenfalls könne die Auffassung, wonach das Abfüllen und Versenden von Mineral- und Quellwasser auch in Kunststoffflaschen zulässig sei, mit gutem Grund vertreten werden. Die Beklagte habe niemals beabsichtigt, gesetzliche Vorschriften zu mißachten. Sollte aber die MineralwasserV verbieten, Mineral- und Quellwasser in Kunststoffflaschen in Verkehr zu bringen, so verstoße ein solches Verbot gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Die Kunststoffflasche habe die Glasflasche auf dem Getränkesektor heute bereits weitgehend abgelöst, so daß für eine Differenzierung des zulässigen Flaschenmaterials bei Mineralwasser einerseits und bei alkoholfreien Erfrischungsgetränken aus Mineralwasser andererseits kein sachlicher Grund gegeben wäre.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag zur Gänze ab. Es nahm - in der vom Rekursgericht in einigen Punkten abgeänderten Fassung - im wesentlichen folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Der Kläger ist ein bei der Bundespolizeidirektion Wien registrierter Verein, dem Unternehmer verschiedener Branchen als Mitglieder angehören und der die Förderung deren wirtschaftlicher Interessen durch Bekämpfung des sie beeinträchtigenden unlauteren Wettbewerbs bezweckt.

Die Beklagte ist seit vielen Jahren Mineralwasserlieferantin der AUA. Als solche liefert sie vor allem "Güssinger-Mineralwasser" in Glasflaschen zu 0,175 l, die den Fluggästen als üblicher Menübestandteil - verpackt (und damit auch geschützt) in einer Plastiksachtel - serviert werden.

Vor einigen Jahren trat die AUA an die Beklagte mit dem Ersuchen heran, das zum offenen Ausschank an die Passagiere bestimmte Mineralwasser nicht in Glasflaschen, sondern in

1,5 l-Kunststoffflaschen zu liefern; sie berief sich dabei auf die ausländische Übung, wonach für den offenen Ausschank von Mineralwasser an Bord von Flugzeugen Kunststoffflaschen verwendet würden. Die Beklagte hatte der AUA vorher niemals eine Kunststoffflasche angeboten; sie hatte auch niemals versucht, Mineralwasser in Kunststoffflaschen dem Handel anzubieten, obwohl hierfür wegen der bereits erfolgten Bewährung solcher Flaschen auf dem Limonadensektor Interesse vorhanden wäre. Die Beklagte betreibt auch für Mineralwasser in Kunststoffflaschen keinerlei Werbung. Mit der Lieferung von 1,5 l-Kunststoffflaschen (neben den 0,175 l-Glasflaschen) waren keinerlei wirtschaftliche Überlegungen - wie geringerer Transport-, Lagerungs- und Manipulationskosten - und auch keinerlei Wettbewerbsabsichten der Beklagten verbunden; hierfür war ausschließlich das Ersuchen der AUA ursächlich, unter

anderem auch aus Sicherheitsgründen 1,5 l-Kunststoffflaschen zur offenen Ausschank von Mineralwasser in ihren Luftfahrzeugen zu erhalten.

Im Hinblick darauf, daß die Beklagte bereits seit vielen Jahren die AUA mit "Güssinger-Mineralwasser" beliefert, hat dieser niemand anderer Mineralwasser in Kunststoffflaschen angeboten. Die Beklagte versieht die 1,5 l-Kunststoffflaschen mit Etiketten in englischer Aufschrift unter der Markenbezeichnung "S\*\*\* S\*\*\*" und mit dem Vermerk "Imported by A\*\*\* Marketing PTE Ltd.".

Auf dem österreichischen Limonaden- und Sodawassermarkt sind heute schon vielfach Kunststoffflaschen erhältlich. In solchen Kunststoffflaschen aus PET werden ua die Getränke "Coca-Cola", "Sodawasser", "Keli-Limonade", "Radlberger Limonade" und "Wake up-Sodawasser" abgefüllt und in Verkehr gebracht.

Die Beklagte hat ihre Abfüllanlage "Langguth Unomatic 7000" bereits vor mehr als 10 Jahren installiert. Neu an der Anlage ist nur ein Schrumpffolientunnel zur Warenverpackung. Auf der Abfüllstraße werden nicht nur die 1,5 l-Kunststoffflaschen, sondern auch die Einwegglasflaschen zu 0,35 l und 0,175 l unmittelbar an der Quelle abgefüllt.

Die 1,5 l-PET-Kunststoffflasche mit "S\*\*\* S\*\*\*" wird von der AUA ausschließlich im Zollausland in Verkehr gebracht. Diesen Sachverhalt beurteilte das Erstgericht rechtlich dahin, daß der Kläger, dessen Aktivlegitimation zu bejahen sei, den von ihm geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht bescheinigt habe. Das in Kunststoffflaschen abgefüllte Mineralwasser sei ausschließlich für ein Inverkehrbringen im Ausland bestimmt; es sei sichergestellt, daß die Ware nicht in Österreich zum Verbraucher gelange. Auf den Export eines in Österreich in Plastikflaschen abgefüllten Mineralwassers seien daher weder die MineralwasserV noch die Richtlinien des ÖLMB anzuwenden.

Das Rekursgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes 300.000 S übersteige. Entgegen der Meinung des Erstgerichtes könne sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf einen nach § 34 LMG zu beurteilenden Warenexport berufen, auf den die MineralwasserV und die Codex-Richtlinien nicht anwendbar wären. Wenn auch die Bestimmung des in Plastikflaschen abgefüllten Mineralwassers der Beklagten für den Export auf Grund der englischsprachigen Etikettierung einwandfrei erkennbar sei, so reiche das allein noch nicht aus, um die Ware als Exportware von den Bestimmungen des LMG auszunehmen; es müsse auch noch durch geeignete Maßnahmen sichergestellt sein, daß die Ware in ihrer den inländischen lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechenden Aufmachung nicht zum (inländischen) Verbraucher gelange. Daß aber im Betrieb der Beklagten geeignete organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung im Sinne des § 1 Abs 2, letzter Satz, LMG getroffen worden wären, sei weder behauptet noch bescheinigt worden. Die MineralwasserV wäre somit selbst dann anzuwenden, wenn die österreichische lebensmittelrechtlichen Vorschriften auf Sachverhalte nicht anzuwenden wären, die sich an Bord österreichischer Luftfahrzeuge auf Auslandsflügen ereignen. In diesem Zusammenhang sei jedenfalls zu berücksichtigen, daß österreichische Luftfahrzeuge auch bei Auslandsflügen auf österreichischem Territorium starteten und landeten und einen - wenn auch geringen - Teil ihrer Flugstrecke im österreichischen Luftraum zurücklegten. Es sei daher nicht ersichtlich, warum die österreichische Verbrauchergemeinschaft nicht auch Sachverhalte dem österreichischen Lebensmittelrecht unterstellt haben wolle, die sich an Bord österreichischer Luftfahrzeuge auf Auslandsflügen ereignen, würden doch die AUA-Flugzeuge auch vor allem von Österreichern benützt. Daß sich diese an Bord der Flugzeuge im Zollausland befänden, könne - ebenso wie in einer Zollfreizone - für die Geltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften keine Rolle spielen. Die Bestimmungen des § 1 MineralwasserV lasse nur die Auslegung zu, daß die Verwendung von Flaschen aus anderem Material als Glas verboten sei. Auf den allfälligen Regelungswillen des Verordnungsgebers des Jahres 1935 komme es nicht an, weil die MineralwasserV durch § 77 Abs 1 Z 10 LMG Gesetzesrang erhalten und sich die Lage für den Gesetzgeber des Jahres 1975 doch ganz anders dargestellt habe, seien doch damals Getränke bereits vielfach in Kunststoffflaschen abgefüllt und vertrieben worden. Daß der Gesetzgeber den Wortteil "Glas-" nicht gestrichen habe, schließe es für die Gerichte aus, die Bestimmung teleologisch auf ein Verbot des Versandes von Mineralwasser in größeren Behältnissen (aus welchem Material auch immer) zu beschränken. Die Beklagte habe daher mit der Lieferung von Mineralwasser in Kunststoffflaschen ohne Sicherstellung, daß die Ware nicht zum inländischen Verbraucher gelange, gegen § 1 MineralwasserV verstoßen und damit sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG gehandelt. Sie habe allein schon dadurch einen Wettbewerbsvorteil vor ihren gesetzestreuen Mitbewerbern erzielt, daß sie dem entsprechenden Wunsch der AUA unter Verletzung einer Gesetzesbestimmung nachgekommen sei. Die Auffassung der Beklagten über die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens widerspreche dem eindeutigen Gesetzeswortlaut und könne daher nicht mit gutem Grund vertreten werden. § 1 MineralwasserV sei auch nicht verfassungswidrig. Daß ein Versand von Mineralwasser

nur in Glasflaschen erfolgen dürfe, lasse sich sachlich rechtfertigen:

Hiefür spreche, daß Glasflaschen mehrmals verwendet werden könnten. Da Mineralwasser in größeren Mengen verbraucht werde, wäre mit der Entsorgung von Kunststoffflaschen für Mineralwasser eine stärkere Umweltbelastung verbunden. Im übrigen scheine es nach dem gegenwärtigen Meinungsstand nur eine Frage der Zeit zu sein, bis die Verwendung von Kunststoffflaschen auch für andere Getränke eine Einschränkung erfahre.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Revisionsrekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und unrichtiger Tatsachenfeststellung mit dem Antrag auf Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Der Kläger stellt den Antrag, dem Rechtsmittel der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Wenngleich die Beklagte übersieht, daß in dritter Instanz eine Anfechtung der als bescheinigt angenommenen Sachverhaltsgrundlage nicht mehr zulässig ist, ist doch die Sache - zufolge gehörig ausgeführter Rechtsrüge - nach allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Danach muß aber auf die Argumentationen der Rechtsrüge im einzelnen nicht mehr näher eingegangen werden, weil sich die Erlassung der einstweiligen Verfügung schon nach der auch im zweitinstanzlichen Verfahren unbekämpft gebliebenen Sachverhaltsgrundlage als verfehlt erweist:

Der vom Kläger geltend gemachte Verstoß gegen § 1 UWG erfordert ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs". Die beanstandete Handlung muß also nicht nur objektiv geeignet sein, den Absatz eines - meist des eigenen - Unternehmens auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, sondern darüber hinaus auch subjektiv von der entsprechenden

Wettbewerbsabsicht getragen werden (SZ 50/86 = EvBl 1978/38

= ÖBl 1978, 3; ÖBl 1987, 23; MR 1988, 194 uva; zuletzt 4 Ob 2/88;

4 Ob 56/88). Eine Wettbewerbshandlung erfordert somit auch die Absicht, den - eigenen oder fremden - Wettbewerb zum Nachteil eines anderen Mitbewerbers zu fördern. Beim Zusammentreffen mehrerer Beweggründe reicht es aus, daß die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, nicht völlig zurücktritt (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 20; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>15</sup>, 283 EinlUWG Rz 232). Die Wettbewerbsabsicht hat grundsätzlich derjenige zu beweisen, der sie behauptet. Handelt ein Gewerbetreibender im Wettbewerb, dann spricht zwar schon nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für Wettbewerbsabsicht (Hohenecker-Friedl aaO; Baumbach-Hefermehl aaO 284 f EinlUWG Rz 233); sie kann aber durch einen Gegenbeweis des belangten Verletzers widerlegt werden. Die Frage des Bestehens der Wettbewerbsabsicht ist immer eine Tat- und keine Rechtsfrage (ÖBl 1987, 23 mwN; MR 1988, 194; 4 Ob 338/87; 4 Ob 2/88; 4 Ob 56/88).

Im vorliegenden Fall hat nun bereits das Erstgericht - unbekämpft - als bescheinigt angenommen - und das Rekursgericht hat diese Feststellung übernommen (ON 11 S 11) -, daß mit der Lieferung von 1,5 l-Kunststoffflaschen keinerlei Wettbewerbsabsichten der Beklagten verbunden waren. Damit fehlt es aber schon in tatsächlicher Hinsicht am Erfordernis einer "zu Zwecken des Wettbewerbs" vorgenommenen Handlung, so daß die weiteren Fragen der Aktivlegitimation des Klägers, der Anwendbarkeit des § 1 MineralwasserV sowie der Richtlinien des Kapitels B 17 des ÖLMB3 für das Inverkehrbringen von Mineralwasser auf den vorliegenden Sachverhalt ebenso ungeprüft bleiben können wie jene des Sinngehaltes der erstgenannten Gesetzesbestimmung und auch die Frage, ob diese mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art 7 B-VG im Einklang steht.

Schon wegen des festgestellten Mangels der erforderlichen subjektiven Komponente für den behaupteten Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG war demnach der den Sicherungsantrag abweisende Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen. Dem diesbezüglichen Kostenrekurs des Klägers kommt keine Berechtigung zu, weil eine Beschränkung der Honorierung auf eine prozentuelle Verbindungsgebühr nur bei Verbindung des Antrages auf Erlassung einstweiliger Verfügungen mit der Klage vorgesehen ist (Anm 4 zu TP 3 des RAT); sonstige Schriftsätze im Provisorialverfahren, die mit solchen des Hauptverfahrens verbunden oder gleichzeitig mit ihnen eingebracht werden - also auch, wie hier, die Äußerung zum Sicherungsantrag und die Klagebeantwortung -, sind daher schon mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht auf eine Entlohnung mit einer Verbindungsgebühr beschränkt.

Der Ausspruch über die Kosten der Rechtsmittelverfahren beruht auf § 402 Abs 2, § 78 EO und §§ 41, 50 und 52 Abs 1 ZPO.

**Anmerkung**

E17573

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00040.89.0613.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19890613\_OGH0002\_0040OB00040\_8900000\_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)