

# TE OGH 1989/4/4 40b27/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.04.1989

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

Wien 1., Hofburg, Kongreß-Zentrum, vertreten durch Dr. Hannes Pflaum, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. D\*\*\* Warenhandelsgesellschaft mbH, 2. Dkfm. Martin Z\*\*\*, Geschäftsführer, beide Dornbirn, Marktstraße 67, beide vertreten durch DDr. Walter Barfuß und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 350.000,-) infolge Revisionsrekurses der beklagten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 22. Dezember 1988, GZ 3 R 244/88-9, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 29. September 1988, GZ 37 Cg 296/88-4, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben und der Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit S 25.197,15 (darin enthalten S 3.372,60 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Erstbeklagte betreibt einen "D\*\*\*-Markt" in Brunn/Gebirge; der Zweitbeklagte ist ihr alleiniger handelsrechtlicher und gewerberechtlicher Geschäftsführer.

In der Zeitschrift "Tip der Woche" wird unter anderem auch für den "D\*\*\*-Markt" in Brunn/Gebirge geworben. Auf S. 5 des Heftes Nr. 31/2. Jahrgang dieser Zeitschrift wurden unter den Überschriften "Das neue D\*\*\*-Angebot für Sie" und "D\*\*\*-Reisen" Reisen nach Sri Lanka und Rio de Janeiro angeboten; darunter befand sich die Abbildung eines Krokodils mit einem Koffer, der die Aufschrift "Ich reise gern mit D\*\*\*" trug. Rechts von diesen Reiseankündigungen war ein "Antwortkupon" folgenden Inhalts abgedruckt:

"Bitte geben Sie diesen Abschnitt bei der D\*\*\*-Information ab

oder senden Sie ihn an:

Panorama Reisezentrum

Margaretengürtel 126

1050 Wien

Telefon (0222) 54 16 54

oder

Condor-Reisen

Burggasse 43-45

1070 Wien

Telefon (0222) 93 13 84, 93 46 38

Ich interessiere mich für folgende Reise(n), bitte senden Sie mir entsprechendes Informationsmaterial ...."

Auf S. 5 des Heftes 33/2. Jahrgang der Zeitschrift "Tip der Woche" wurde unter den gleichen Überschriften und in der gleichen graphischen Gestaltung für Reisen nach Singapur-Bangkok-Pattaya und Rio de Janeiro geworben; auch diese Ankündigungen enthielten einen gleichlautenden "Antwortkupon" wie die Ankündigung auf S. 5 des Heftes Nr. 31 der Zeitschrift.

Im Impressum der Zeitschrift "Tip der Woche" scheint die "D\*\*\*-Großmarkt Warenhandels-gesellschaft mbH & Co KG, Dornbirn, Wallenmahd 46" als Medieninhaberin und Herausgeberin auf. Tatsächlich ist beim Landesgericht Feldkirch nur die "D\*\*\* Warenhandels-gesellschaft mbH & Co KG" registriert, welche auch die Zeitschrift "Tip der Woche" herausgibt.

Den genannten Reiseankündigungen lagen Inseratenaufträge der Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH zugrunde; sie waren jedoch nicht als entgeltliche Einschaltungen gekennzeichnet. Die Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH betreibt auch die P\*\*\* Flug- und Schiffsreisen Gesellschaft mbH als Pachtbetrieb. Beide Unternehmen haben eine Reisebürokon-zession.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragt der klagende Verband, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, ab sofort im geschäftlichen Verkehr das Ankündigen und Durchführen von Geschäften und/oder sonstigen Tätigkeiten, die der Konzessionspflicht für die Ausübung des Reisebürogewerbes unterliegen, insbesondere das Ankündigen von Reiseveranstaltungen in der von der Erstbeklagten herausgegebenen Kundenzeitschrift unter der Rubrik "D\*\*\*-Reisen", zu unterlassen, sofern der Erstbeklagten nicht die dafür erforderliche Konzession erteilt wurde. Die Erstbeklagte biete seit Mai 1988 in der von ihr herausgegebenen, für einen größeren Personenkreis bestimmten Kundenzeitschrift eine Reihe von Reiseveranstaltungen an. Diese Ankündigungen erweckten durch ihre konkrete Gestaltung den Eindruck, daß die Erstbeklagte als Reiseveranstalterin oder als Reisevermittlerin auftrete. Das Veranstalten und Vermitteln von Reisen sei Gegenstand des konzessionierten Reisebürogewerbes gemäß § 208 GewO 1973. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Personenkreis sei gemäß § 1 Abs 4 GewO 1973 der Ausübung eines Gewerbes gleichzuhalten, ohne daß das in § 1 Abs 2 GewO 1973 genannte Merkmal der Regelmäßigkeit gesondert geprüft werden müßte. Die beanstandeten Ankündigungen seien der Erstbeklagten schon deshalb zuzurechnen, weil in der Kundenzeitschrift für deren "D\*\*\*-Markt" geworben werde; ob sie daraus auch einen Ertrag erwirtschaftete, sei dabei nicht erheblich. Die Erstbeklagte sei nicht Inhaberin einer Reisebürokon-zession, sie übe daher das konzessionierte Reisebürogewerbe unbefugt aus. Damit verstoße sie aber auch gegen § 1 UWG.

Die Beklagten sprachen sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Die Zeitschrift "Tip der Woche" werde nicht von der Erstbeklagten herausgegeben; sie enthalte Anzeigen verschiedener Unternehmer, so auch der - zur Z\*\*\*-Gruppe gehörenden - Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH, die als Pachtbetrieb auch die P\*\*\* Flug- und Schiffsreisen Gesellschaft mbH betreibe (sogenanntes "P\*\*\*-Reisezentrum"). Die beanstandeten Reiseankündigungen seien entgeltliche Werbeeinschaltungen der Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH gewesen; die Erstbeklagte habe mit ihnen nichts zu tun gehabt. Daß die Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH ihre Reisen als "D\*\*\*-Reisen" bezeichnet habe, bedeute noch nicht, daß damit tatsächlich ein Reiseangebot der Erstbeklagten vorgelegen sei. Jeder Einsender des Antwortkupons habe in der Folge Informationsmaterial der Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH erhalten. Auch der

Zweitbeklagte habe mit diesen Ankündigungen nichts zu tun gehabt; sie seien ihm nicht einmal bekannt gewesen. Dem Zweitbeklagten könne nicht zugemutet werden, jede einzelne Werbeanündigung eines jeden zur Z\*\*\*-Gruppe gehörenden Unternehmens zu prüfen.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Aus den beanstandeten Ankündigungen habe sich trotz der mehrfachen Verwendung des Schlagwortes "D\*\*\*" nicht ergeben, daß die Erstbeklagte die genannten Reisen veranstalte oder anbiete; die Anführung der beiden Reisebüros im Antwortkupon zeige vielmehr deutlich, daß diese Unternehmen die Reiseveranstalter waren. Die angesprochenen Interessenten würden aus den Ankündigungen auch nicht den Schluß ziehen, daß die Erstbeklagte als Vermittler dieser Reisebüros auftrete.

Das Rekursgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung, wobei es im Spruch als Herausgeberin der Zeitschrift "Tip der Woche" die "D\*\*\*-Warenhandels-Gesellschaft mbH & Co KG" anführte; weiters sprach es aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteige. Die beanstandeten Reiseankündigungen seien nicht als Inserate gekennzeichnet und daher auch nicht als solche erkennbar gewesen. Auf Grund der Überschriften "Das neue D\*\*\*-Angebot für Sie" und "D\*\*\*-Reisen" sowie des Umstandes, daß in der Zeitschrift "Tip der Woche" nahezu ausschließlich für die Leistungen der Erstbeklagten geworben werde, ergebe sich bei objektiver Auslegung dieser Willenserklärung, daß die Erstbeklagte eigene Leistungen angekündigt habe; daran könne auch die Anführung zweier Reisebüros nichts ändern, weil diese auch nur Erfüllungsgehilfen der Erstbeklagten sein könnten. Da die Erstbeklagte über keine Konzession für die Ausübung des Reisebürogewerbes verfüge, das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen gemäß § 1 Abs 4 GewO 1973 aber der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten werde, habe die Erstbeklagte gegen eine nach der GewO 1973 bestehende Konzessionspflicht und damit auch gegen § 1 UWG verstoßen. Daß die Zeitschrift "Tip der Woche" nicht von der Erstbeklagten, sondern von der D\*\*\*-Warenhandelsgesellschaft mbH & Co KG herausgegeben werde, ändere nichts daran, daß es sich um eine Ankündigung der Erstbeklagten handle: So wie ein Unternehmer gemäß § 18 UWG für eine von ihm beauftragte Werbeagentur hafte, hafte auch die Erstbeklagte für die in einer Zeitschrift, die fast ausschließlich der Werbung für ihr Unternehmen diene, begangenen Wettbewerbsverstöße. Aber auch der Zweitbeklagte könne für diese Verstöße in Anspruch genommen werden, weil er als alleiniger Geschäftsführer der Erstbeklagten infolge fahrlässiger Unkenntnis nicht dagegen eingeschritten sei; es könne nicht angenommen werden, daß sich der Zweitbeklagte, selbst wenn er eigene Bereichsleiter bestellt habe, für die Art der Werbung für "D\*\*\*-Reisen" nicht interessiert habe.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revisionsrekurs der Beklagten mit dem Antrag, den Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen. Der Kläger beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Den Ausführungen der Rechtsmittelwerberin, daß nicht die Erstbeklagte, sondern die Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH die beanstandeten Ankündigungen in Auftrag gegeben und daher auch nicht die Erstbeklagte diese den Gegenstand des Reisebürogewerbes bildende Tätigkeit durch Anbieten an einen größeren Kreis von Personen ausgeübt habe, ist im Ergebnis beizupflichten.

Die Bestimmungen der §§ 208 ff. GewO 1973 über die Konzessionspflicht bei der Ausübung des Reisebürogewerbes sind gemäß § 1 Abs 4 Satz 2 GewO 1973 auch auf Personen anzuwenden, die eine den Gegenstand dieses Gewerbes bildende Tätigkeit einem größeren Kreis von Personen anbieten. Diese Bestimmung erfaßt das Anbieten gewerblicher Leistungen im Wege aller Massenmedien; demjenigen, der um Kunden wirbt, soll schon in diesem Zeitpunkt, noch ehe er einen Einzelvertrag mit einem Kunden abgeschlossen hat, der Status des Gewerbetreibenden zukommen (EBzGewO 1973, abgedruckt in Mache-Kinscher, GewO5, Anm. 30 und 31 zu § 1 GewO). Die Bestimmung gilt für alle Personen, unabhängig davon, ob das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen in Form von Zeitungsinseraten anonym, unter einer Chiffre oder mit ausdrücklicher Namensnennung erfolgt (VfGH 1.12.1978, B 443/76). Wer der Ankündigende ist, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, nicht aber nach dem Eindruck, den die Ankündigung den angesprochenen Verkehrskreisen vermittelt. Bei einer Anzeige, in der die Person des Ankündigenden nicht ausdrücklich genannt ist, kommt es daher darauf an, wer den Auftrag zu ihrem Erscheinen erteilt hat. Auch ein Verstoß gegen § 1 UWG durch konzessionsloses Ausüben dieser

Tätigkeit kann daher nur demjenigen zur Last gelegt werden, der die Ankündigung tatsächlich veranlaßt hat. Daß der Inhalt einer Anzeige einen unrichtigen Eindruck über die Person des Ankündigenden erweckt, reicht nicht aus, um dem vermeintlichen Ankündiger die Ausübung des Gewerbes in der in § 1 Abs 4 Satz 2 GewO 1973 beschriebenen Weise zurechnen zu können; eine derartige Eignung zur Irreführung könnte nur Ansprüche nach § 2 UWG gegen den tatsächlichen oder den vermeintlichen Ankündiger begründen, in dessen Betrieb die irreführende Ankündigung vorgenommen worden ist.

Im vorliegenden Fall behauptet der Kläger zur Begründung seines Unterlassungsanspruches nach § 1 UWG, daß die Erstbeklagte bestimmte, den Gegenstand des Reisebürogewerbes bildende Tätigkeiten einem größeren Kreis von Personen durch ein Inserat in der von ihr herausgegebenen Kundenzeitschrift "Tip der Woche" angekündigt habe; diese Ankündigung sei der Erstbeklagten aber auch wegen der Art und der Aufmachung des Angebotes zuzurechnen. Nun steht aber fest, daß die Kundenzeitschrift "Tip der Woche" nicht von der Erstbeklagten, sondern von der D\*\*\* Warenhandelsgesellschaft mbH & Co KG in Dornbirn herausgegeben wird und die Reisebüro C\*\*\* Gesellschaft mbH die beanstandeten Ankündigungen als bezahlte Anzeigen in Auftrag gegeben hat. Daß die Erstbeklagte sonstige Tätigkeiten, die den Gegenstand des Reisebürogewerbes bilden, ohne Konzession ausgeübt hätte, ist nicht bescheinigt; eine solche Tätigkeit liegt insbesondere auch nicht in der Übernahme der Antwortkupons, mit denen um Übersendung entsprechenden Informationsmaterials ersucht wird. Der Kläger hat auch nicht behauptet, daß die Erstbeklagte selbst das Informationsmaterial an Interessenten versende oder daß dieses Material von der Erstbeklagten stamme. Die Erstbeklagte hat daher die gemäß § 1 Abs 4 Satz 2 GewO 1973 der Ausübung des konzessionierten Reisebürogewerbes gleichzuhaltende Tätigkeit des Anbietens solcher Leistungen an einen größeren Kreis von Personen nicht ausgeübt. Auf den Eindruck über die Person des Ankündigenden, den das angesprochene Publikum aus einer anonymen Anzeige gewinnt, kommt es bei dieser Beurteilung aber nicht an. Ansprüche wegen einer derartigen Irreführungseignung hat der Kläger nicht geltend gemacht. Ist somit nicht bescheinigt, daß die Erstbeklagte ein konzessioniertes Gewerbe ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt hat, dann sind auch die Voraussetzungen für einen Verstoß gegen § 1 UWG nicht gegeben. Damit geht aber auch der Sicherungsantrag gegen den Zweitbeklagten, der nur mit der Haftung für den Verstoß der Erstbeklagten begründet wird, ins Leere. Dem Revisionsrekurs war daher Folge zu geben und der Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 78, 402 EO, §§ 41, 50, 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E17028

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00027.89.0404.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890404\_OGH0002\_0040OB00027\_8900000\_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)