jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1989/3/14 4Ob19/89

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.03.1989

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 Partei Reisebüro S*** Gesellschaft mbH, Freistadt, Linzer Straße 62-64, vertreten durch Dr. Josef Schartmüller, Rechtsanwalt in Pregarten, wider die beklagte Partei W***-Reisen Gesellschaft mbH, Schönau, Wolfsgrub 32, vertreten durch Dr. Alfred Haslinger und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 500.000,--), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 21. Oktober 1988, GZ 5 R 63/88-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 7. Februar 1988, GZ 7 Cg 153/87-17, 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 S 17.317,80 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin S 2.886,30 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Beide Parteien betreiben Reisebüros. Die Beklagte besaß zunächst, was die gewerbsmäßige Veranstaltung von Gesellschaftsfahrten betrifft, folgende Gewerbeberechtigungen:

a) Konzession für die Veranstaltung von Gesellschaftsfahrten im Kraftwagen im Inland (gemäß § 3 Abs. 2 Reisebüroverordnung 1935 BGBl. 148), ausgestellt am 14. November 1978 von der Bezirkshauptmannschaft Freistadt für den Standort Schönau/Mühlviertel, Wolfsgrub 32;

b) Konzession für die Ausgabe, Vermittlung oder Besorgung von Fahrausweisen für Fahrten mit Kraftfahrzeugen im Inland, die Veranstaltung (einschließlich der Vermittlung) von Gesellschaftsfahrten in Kraftfahrzeugen mit dem Recht zur Vermittlung und Besorgung von Unterkunft oder Verpflegung für die Teilnehmer an Gesellschaftsfahrten mit höchstens zwei Nächtigungen im Ausland (gemäß § 208 Abs. 3 Z 1 GewO), ausgestellt am 14. November 1978 von der Bezirkshauptmannschaft Freistadt für den Standort Pregarten, Tagweinerstraße 31;

c) Konzession für das Reisebürogewerbe (gemäß § 208 Abs. 1 GewO), eingeschränkt auf die Berechtigung zur Veranstaltung von Gesellschaftsfahrten im Kraftwagen (In- und Ausland) und beschränkt auf den Standort Schönau/Mühlkreis, Wolfsgrub 32, ausgestellt am 27. März 1986 von der Bezirkshauptmannschaft Freistadt;

d) Konzession für das Reisebürogewerbe (gemäß § 208 Abs. 1 GewO), eingeschränkt auf die Berechtigung zur Veranstaltung von Gesellschaftsfahrten im Kraftwagen (In- und Ausland) und beschränkt auf den Standort Pregarten, Tragweinerstraße 31, ausgestellt am 27. März 1986 von der Bezirkshauptmannschaft Freistadt.

Im Frühjahr 1987 verteilte die Beklagte ihr Sommerprogramm als Postwurfsendung; dabei kündigte sie auf S. 9 dieses Programms folgende Veranstaltung an:

"FLUG-BUS-SCHNUPPERREISE MIT JET NACH WIEN

Wir möchten Ihnen diese wunderschöne Kombinationsreise anbieten und Sie mit einer DC 9 der Austrian Airlines von Hörsching nach Wien fliegen. Dort erwartet Sie ein kurzer Flughafenbummel, anschließend geht es mit dem Autobus zu einer reichhaltigen Stadtrundfahrt. Auch der Nachmittag ist mit Überraschungen ausgefüllt.

Termin: 31. Mai 1987. Abf.

Schönau - Pregarten - Linz - Hörsching - Abflug mit der DC 9 nach

Wien/Schwechat - Besichtigung des Flughafens - Kaffeepause - Eintreffen des Autobusses - Fahrt zum Mittagessen - 3 Menü zur Auswahl - Stadtrundfahrt mit vorzüglicher Erklärung - Rückfahrt im Donautal - Wachau - Weinkost mit Hauerjause anschließend nach Linz - Schönau zurück.

Reisepreis pro Person S 990,--.

Leistungen: Busfahrt; Flug mit DC 9 nach Wien; Mittagessen;

Stadtrundfahrt; Hauerjause und Weinkost".

Spätestens seit April 1987 war diese Veranstaltung ausgebucht. Mittlerweile hatte die Beklagte folgende weitere Veranstaltung angeboten:

"FLUG-BUS-SCHNUPPERREISE MIT JET NACH WIEN am 24. Mai 1987 Wir möchten Ihnen diese wunderschöne Konbinationsreise anbieten und Sie mit einer DC 9 der Austrian Airlines von Hörsching nach Wien fliegen. Dort erwartet Sie ein kurzer Flughafenbummel, anschließend geht es mit dem Autobus zu einer reichhaltigen Stadtrundfahrt. Auch der Nachmittag ist mit Überraschungen ausgefüllt.

Reiseverlauf: Abf. 8.00 Uhr Schönau - 8.10 Uhr Bad Zell - 8.15 Tragwein - 8.30 Uhr Pregarten - 9.00 Uhr Linz, Hessenplatz/Handelskammer - Hörsching - Abflug 10.00 Uhr mit der DC 9 nach Wien/Schwechat - anschließend Möglichkeit zu einer Kaffeepause - Besichtigung des regen Flugbetriebes - anschließend Fahrt mit dem Autobus zum Mittagessen (3 Menü zur Auswahl - im Preis enthalten) - Nachmittag wird Ihnen eine Stadtrundfahrt mit vorzüglicher Erklärung geboten - Rückfahrt über die Wiener-Höhenstraße zum Kahlenberg, wunderschöner Blick auf die Bundeshauptstadt - weiter über Tulln nach Hadersdorf - in einem Weinkeller erwartet Sie eine reichhaltige Hauerjause mit Weinkost - anschließend Rückfahrt durch das schöne

Donautal - Melk - Autobahn Linz nach Schönau zurück.

Reisepreis pro Person S 990,--

Kinder, bis 12 Jahre S 790,--

Leistungen: Transfer nach Hörsching; Flug mit DC 9 nach Wien, Stadtrundfahrt; Mittagessen (3 Menü zur Wahl); Hauerjause mit Weinkost."

Die Beklagte ist bei den für den 24. und den 31. Mai 1987 geplanten Gesellschaftsfahrten in gleicher Weise vorgegangen: Sie hatte das Reiseprogramm (insbesondere Termin, Route und Ziel), die Verkehrsmittel (Bus und Flugzeug) sowie den Preis, in dem alle Haupt- und Nebenleistungen enthalten waren, festgelegt und das Reiseprogramm veröffentlicht: Wurde die Reise gebucht, so übergab die Beklagte dem betreffenden Kunden ihre Reiseunterlagen, und zwar eine "Information", einen "Anmeldeschein" und eine "Platzkarte"; weiters erhielt der Kunde eine Rechnung über seine Buchung und einen Zahlschein der Beklagten. Er hatte den Anmeldeschein auszufüllen und an die Beklagte zurückzustellen. Die Beklagte nahm auch die Zahlung des (Pauschal-)Preises von Kunden in Empfang.

Mit Bescheid vom 21. Jänner 1988, Ge-10255/10-1988/Kon, erteilte der Landeshauptmann von Oberösterreich der Beklagten die Konzession gemäß §§ 25 und 208 Abs. 2 GewO 1973 für das Gewerbe "Reisebüro" mit den Berechtigungen nach § 208 Abs. 1 GewO im Standort Schönau i.M., Wolfsgrub 32, und genehmigte gleichzeitig nach § 9

Abs. 1, 3 und 4, § 39 und § 341 Abs. 3 GewO in der Fassung BGBl. 1981/619 die Bestellung Ewald R***, geboren am 3. April 1955 in Linz, österreichischer Staatsbürger, wohnhaft in Linz, Stockhofstraße 33a, zum Geschäftsführer. Dieser Bescheid wurde der Beklagten am 21. Jänner 1988 zugestellt; er ist infolge Rechtsmittelverzichtes durch den Geschäftsführer der Beklagten am selben Tag in Rechtskraft erwachsen. Das Konzessionsdekret wurde durch die Bezirkshauptmannschaft Freistadt am 1. Februar 1988 ausgefolgt und vom Geschäftsführer der Beklagten am 1. März 1988 übernommen. Mit der Behauptung, die Beklagte überschreite mit der Veranstaltung von Flugreisen ihre auf Kraftwagen beschränkten Konzessionen und verstoße damit gegen § 208 Abs. 1 GewO und gleichzeitig gegen § 1 UWG, begehrt die Klägerin, die Beklagte schuldig zu erkennen, ab sofort im geschäftlichen Verkehr das Ankündigen und/oder Durchführen konzessionspflichtiger Geschäfte und Dienstleistungen des Reisebürogewerbes, für die sie keine Gewerbeberechtigung besitze, insbesondere das Veranstalten von Gesellschaftsfahrten im Flugzeug, zu unterlassen; außerdem stellt sie ein Veröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Da es sich bei dem Flug von Linz nach Wien bloß um eine unbedeutende, fakultative Nebenleistung gehandelt habe, liege kein Verstoß gegen § 208 GewO vor; zumindest aber habe sich die Beklagte auf Grund wiederholter Auskünfte des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung in gutem und berechtigtem Glauben befunden, daß ihre Konzessionen die beanstandeten Reisen abdeckten. Im Hinblick auf die ihr mit 21. Jänner 1988 erteilte Vollkonzession sei nun die Wiederholungsgefahr auszuschließen (S. 136).

Der Erstrichter wies das Klagebegehren ab. Die Beklagte sei zwar seinerzeit zur Veranstaltung der beanstandeten Flugreisen nicht berechtigt gewesen, infolge der Verleihung der Reisebürokonzession nach § 208 Abs. 1 GewO nunmehr aber dazu sehr wohl berechtigt; die Wiederholungsgefahr sei damit weggefallen. Da es die Klägerin unterlassen habe, ihr Klagebegehren auf Kostenersatz einzuschränken, sei es abzuweisen gewesen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000,-- übersteige. Es traf nach einer Beweisaufnahme in der Berufungsverhandlung ergänzend die oben wiedergegebenen Feststellungen über die Erteilung der Reisebürovollkonzession an die Beklagte sowie die Ausstellung des Konzessionsdekretes. Schon bei Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz (28. Jänner 1988) sei die Beklagte infolge der Verleihung der (Voll-)Konzession zur Ausübung des Reisebürogewerbes im Standort Schönau ohne die vorher gegebenen Beschränkungen berechtigt gewesen. Auf den Zeitpunkt der Zustellung des Konzessionsdekretes komme es nach der Gewerbeordnung 1973 nicht an; die gegenteilige Entscheidung des VwGH (Slg. 13.939 A) sei überholt. Einem Unterlassungsbegehren nach dem UWG könne nur dann stattgegeben werden, wenn sowohl der rechtswidrige Eingriff als auch die Wiederholungsgefahr noch im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses weiterbestünden. Die beanstandeten Reisen seien jeweils von Schönau aus unternommen worden. Daß die Beklagte auch von ihrem Standort Pregarten aus (konbinierte) Flug-(Bus-)Reisen angeboten oder durchgeführt hätte, habe die Klägerin in erster Instanz nicht behauptet; sie habe auch keine Umstände vorgebracht, aus denen sich die konkrete Besorgnis eines drohenden oder bevorstehenden Vorgehens dieser Art ableiten ließe. Daß die Beklagte für ihren Standort Pregarten lediglich über eine eingeschränkte Konzession für das Reisebürogewerbe verfüge, könne den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht begründen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Klägerin hält weiter daran fest, daß die Beklagte auch bei Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz mangels Zustellung des Konzessionsdekretes (noch) nicht im Besitz einer Reisebürovollkonzession gewesen sei. Sie übersieht dabei, daß das Berufungsgericht, das die Feststellungen des Erstrichters über die Verleihung der Konzession nach § 208 Abs. 2 GewO für nicht ausreichend gehalten hatte, das Verfahren durch eine Beweisaufnahme - die Verlesung der entsprechenden Verwaltungsakten - ergänzt hat (§ 496 Abs. 3 ZPO). Hebt das Berufungsgericht ein Ersturteil unter Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht auf, dann tritt das Verfahren wieder in den prozessualen Stand vor Schluß der mündlichen Verhandlung zurück; ergänzt aber das Berufungsgericht "die in erster Instanz gepflogene Verhandlung", selbst, dann muß dafür - auch wenn im Sinne der herrschenden Übung ein ausdrücklicher Aufhebungsbeschluß unterblieben ist (vgl. Fasching IV 215 Anm. 13 zu § 496) - das gleiche gelten. Die Parteien können nun, ohne dem Neuerungsverbot des § 482 ZPO unterworfen zu sein, zu dem von der Ergänzung

betroffenen Verhandlungsgegenstand neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Auch in diesem Fall ist das Verfahren in das Stadium vor Schluß der Verhandlung erster Instanz zurückgetreten; die Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist damit eine Verhandlung erster Instanz und keine mündliche Berufungsverhandlung im Sinne und mit der Aufgabe der §§ 486 ff ZPO (Fasching IV aaO 216 Anm. 12 zu § 496 ZPO und LB Rz 1820; SZ 59/134 mit weiteren Literaturnachweisen). In einer solchen Verhandlung kann daher auch - unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob das schon im Hinblick auf § 483 Abs. 3 ZPO idF ZVN 1983 zulässig wäre - die Klage eingeschränkt werden (Fasching LB Rz 1820; SZ 59/134). In Ansehung des vom Feststellungsmangel betroffenen Sachverhaltes ist demnach der Schluß der zum Zweck der Mängelbehebung in zweiter Instanz durchgeführten ergänzenden Vehandlung und nicht jener der Verhandlung vor dem Erstgericht der für die Entscheidung maßgebliche Zeitpunkt (§ 406 ZPO). Beim Schluß der Verhandlung vor dem Berufungsgericht (21. Oktober 1988) - bei welcher die Klägerin nach der ergänzenden Beweisaufnahme ihr Klagebegehren auf Kosten hätte einschränken können - war aber der Beklagten auch das Konzessionsdekret schon ausgehändigt gewesen. Die Frage, ob eine Konzession nicht bereits auf Grund des Bescheides, mit dem sie erteilt worden ist (§ 343 Abs. 1 GewO), sondern erst mit der Ausfertigung (oder Zustellung) des Konzessionsdekretes (§ 343 Abs. 2 GewO) erlangt wird (§ 5 Z 2 GewO), kann deshalb hier offen bleiben.

Nach ständiger Rechtsprechung ist auch bei Unterlassungsansprüchen grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz abzustellen; dem Unterlassungsbegehren kann nur dann stattgegeben werden, wenn in diesem Zeitpunkt der rechtswidrige Eingriff und die Wiederholungsgefahr weiterbestehen (SZ 13/75; SZ 50/20; ÖBl. 1981, 102 u.a.). In dem nach dem oben Gesagten hier maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der das erstinstanzliche Verfahren ergänzenden Berufungsverhandlung verfügte die Beklagte bereits über einen Reisebürokonzession gemäß § 208 Abs. 1 und 2 GewO für den Standort Schönau i.M.; sie ist daher nunmehr berechtigt, Veranstaltungen wie die beanstandeten "Flug-Bus-Schnupperreisen" durchzuführen. Der Meinung der Klägerin, daß dennoch weiterhin die Gefahr bestehe, die Beklagte werde ohne entsprechende Konzession Dienstleistungen des Reisebürogewerbes, insbesondere Flugzeugreisen, ankündigen und durchführen, weil sie ja für ihren zweiten

Standort - Pregarten - keine Reisebürovollkonzession habe, kann nicht gefolgt werden. Nach der Aktenlage ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß die Beklagte die beiden Flugreisen an ihrem Standort Schönau i.M. veranstaltet hat. Unter dem "Standort" im Sinne der Gewerbeordnung ist jener Ort zu verstehen, von dem aus als Hauptbetriebsstätte das betreffende Gewerbe ausgeübt, Bestellungen entgegengenommen, Arbeiten angenommen und bestellte Arbeitsstücke ausgefolgt werden und in dem sich der Verkehr des Geschäftsunternehmens mit den Kunden abspielt, wo sich ständig die gewerbliche Tätigkeit vollzieht oder wo sich, wenn das Gewerbe an verschiedenen Orten ausgeübt wird, der Mittelpunkt des Unternehmens befindet (Mache-Kinscher, GewO5 Anm. 18 zu § 339);

unter dem Standort etwa eines Mietwagen-Gewerbes ist jene

Betriebsstätte als ständige Einrichtung anzusehen, wo sich zumindest

in der Regel der Verkehr des Unternehmers mit seinen Kunden

abspielt, wo oder über welche Betriebsstätte er also für die Kunden erreichbar ist und wo auch regelmäßig die Mehrzahl der internen Geschäftsvorgänge, wie Buchhaltung, Kassenführung und Korrespondenz, abgewickelt werden (VwSlg. 7741 !A). Gleiches muß auch für den Standort eines Reisebürogewerbes gelten. Da die Beklagte ihren Sitz (§ 4 Z 1, § 5 Abs. 4 GmbHG) in Schönau i.M. hat, ihre Geschäftsführer Erich und Helmut W*** sich dort tatsächlich aufhalten (S. 1 und 9), ihre Firmenstampiglie nur diesen Sitz anführt und insbesondere auch die von der Klägerin vorgelegte Rechnung für Susanne D*** - eine Teilnehmerin an der "Flug-Bus-Reise" vom 24. Mai 1987 - in Schönau ausgestellt wurde (Beilage E), müssen beide Reisen, zumal sie in Schönau begonnen und geendet haben, mangels gegenteiliger Anhaltspunkte dem Standort Schönau i.M. zugeordnet werden. Die Klägerin hat nach Vorlage der Reisebürokonzession für diesen Standort vom 21. September 1988 auch nicht behauptet, daß die Beklagte jemals vom Standort Pregarten aus durch die dafür ausgestellte Konzession nicht gedeckte Reisen veranstaltet hätte. Verfügt aber die Beklagte jetzt für ihren Sitz (Standort) in Schönau i.M. über eine Reisebürovollkonzession, dann ist es jedenfalls äußerst unwahrscheinlich, daß sie in Hinkunft eine nur auf Grund einer solchen Konzession gestattete Reise ausgerechnet an dem zweiten Standort, für den sie nur eine eingeschränkte Konzession hat, veranstalten wird. Auch nach Meinung des Obersten Gerichtshofes ist daher die Wiederholungsgefahr zu verneinen. Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Der Kostenausspruch gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E17038

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1989:0040OB00019.89.0314.000

Dokumentnummer

JJT_19890314_OGH0002_0040OB00019_8900000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at