jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1988/2/23 4Ob402/87

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.02.1988

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, Dr. Friedrich Prunbauer und Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei F. M. Z***

Gesellschaft mbH & Co, Dornbirn, Wallenmahd, 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 Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgerichtes vom 1. Oktober 1987, GZ 2 R 289/87-11, womit der Beschluß des Kreisgerichtes Wels vom 14. August 1987, GZ 4 Cg 201/87-4, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß die Entscheidung insgesamt zu lauten hat:

"Der beklagten Partei wird für die Dauer dieses Rechtsstreites verboten, im geschäftlichen Verkehr im Bundesland Oberösterreich den Einzelhandel mit Waren aller Art außerhalb einer im Flächenwidmungsplan als Gebiet für Geschäftsbauten vorgesehenen Fläche auf einer - einschließlich der Kassenräumlichkeiten - größeren Gesamtverkaufsfläche als konkret abgegrenzten 600 m2 anzukündigen und zu betreiben, insbesondere zur Ermöglichung des Einkaufes in ihrem Cash & Carry-Großhandelsgeschäft mit einer Gesamtverkaufsfläche von 7.200 m2 in Wels, Ginzkeystraße 27, auch Kundenkarten an Letztverbraucher auszustellen.

Hingegen wird das auf Untersagung des Betreibens und Ankündigens des Einzelhandels mit Waren aller Art auf einer - inklusive Kassenräumlichkeiten - größeren Gesamtverkaufsfläche als konkret abgegrenzten 600 m2 schlechthin, also auch in Standorten außerhalb des Bundeslandes Oberösterreich, gerichtete Mehrbegehren abgewiesen. Die Bewilligung der einstweiligen Verfügung wird von einer Sicherheitsleistung der klagenden Partei in Höhe von 5 Millionen S für die der beklagten Partei hieraus drohenden Nachteile abhängig gemacht. Mit ihrem Vollzug darf nicht vor Nachweis des gerichtlichen Erlages der zu leistenden Sicherheit begonnen werden." Die klagende Partei hat die Kosten des Rekursverfahrens und des Revisionsrekurses vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten des Rekursverfahrens und der Revisionsrekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

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. Auch nach § 2 seiner Satzungen bezweckt der Verein die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Die erforderlichen Mittel werden gemäß § 3 der Satzung durch Mitgliedsbeiträge und Zuwendungen aufgebracht. Nach § 4 der Satzung stützt sich der Verband hauptsächlich auf die Mitgliedschaft der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft; daneben kann jede unbescholtene eigenberechtigte physische Person bzw. jede juristische Person des Handelsrechtes Mitglied des Verbandes werden. Dem Kläger gehören praktisch alle Landesgremien des Einzelhandels mit Lebensmitteln, Haushaltsartikeln, Parfümerieartikeln, Elektrogeräten sowie Waren aller Art als Mitglieder an. Zu 4 Cg 195/87 des Erstgerichtes hat der Wettbewerbsschutzverband 1981 (WSV) gegen die Beklagte dasselbe Klagebegehren wie im vorliegenden Rechtsstreit gestellt, ohne jedoch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen.

Die Beklagte betrieb seit 1985 in der von ihr errichteten Betriebsstätte in Wels, Ginzkeystraße 27, unter der Bezeichnung "D***" einen Großmarkt für Wiederverkäufer. Dieser Standort befindet sich auf einer Grundfläche, die nach dem Flächenwidmungsplan der Stadt Wels als "Betriebsbaugebiet" vorgesehen ist. Die Beklagte hatte mit der Errichtung des Abholmarktes im Juli 1985 begonnen, nachdem ihr mit Bescheiden des Magistrates der Stadt Wels vom 26. April und 9. Mai 1984 sowohl die Baubewilligung als auch die gewerbebehördliche Genehmigung zur Errichtung eines "C & C Marktes (D***)" erteilt worden war. Die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung ist erst nach Ausschöpfung des ordentlichen Rechtszuges durch einen Nachbarn vor Baubeginn in Rechtskraft erwachsen.

Für den genannten Standort hat die Bezirkshauptmannschaft Wels der Beklagten einen Gewerbeschein zur Ausübung des Handelsgewerbes, und zwar für den Großhandel unbeschränkt und für den Einzelhandel beschränkt auf eine Gesamtverkaufsfläche von höchstens 600 m2, ausgestellt.

Die von der Beklagten in Wels errichtete Baulichkeit des Großmarktes "D***" hat eine Verkaufsfläche von 7.200 m2, wovon 1.200 m2 auf Kühleinrichtungen entfallen. Bis in das Frühjahr 1987 führte die Beklagte dort einen Cash & Carry-Großhandelsbetrieb. Sie gab an oberösterreichische Gewerbetreibende, insbesondere an Lebensmittelkaufleute, Gastwirte und gewerbliche Großverkäufer, numerierte Einkaufskarten aus und ließ nur solche Gewerbeträger mit Einkaufskarten den Großhandelsmarkt betreten. Die Warenauspreisung am Regal geschah mit Nettopreisen (ohne Umsatzsteuer); die angebotenen Warenpackungen überstiegen mengenmäßig den Konsumentenbedarf (gemeint wohl: eines Haushalts).

Seit Mai 1987 stellte die Beklagte den Großmarkt auf einen Endverbrauchermarkt um. Zugestandenermaßen (§ 267 ZPO) versuchte sie dies zunächst damit, daß sie auch an Letztverbraucher ohne Gewerbeschein unnumerierte Kundenkarten ausstellte, wodurch diese auf der gesamten Verkaufsfläche des Geschäftslokales einkaufen konnten; der Geschäftsführer der Beklagten und der lokale Geschäftsführer ihres Welser D***arktes gestanden gegenüber oberösterreichischen Zeitungen offen zu, daß man daran sei, zukünftig auch Konsumenten zum Einkauf zuzulassen. Das schlug sich auch in Berichten der "Oberösterreichischen Nachrichten" vom 6. und 17. Juni 1987 nieder: In dieser Zeitung warb die Beklagte ab 4. Juni 1987 zwar noch unter der Bezeichnung "Großmarkt", aber ohne Einschränkung auf eine beschränkte Einkaufsmöglichkeit (nur) für Gewerbeträger. Spätestens seit 7. August 1987 hat jedermann völlig ungehindert Zutritt zum gesamten Geschäftslokal der Beklagten. Bei den Kunden wird keine wie immer geartete Eingangskontrolle mehr durchgeführt. Die angebotenen Waren sind mit Bruttopreisen ausgezeichnet; sie werden in Einzelstücken abgegeben. Der Großmarkt der Beklagten ist nunmehr ein Letztverbrauchermarkt. Der Kläger begehrt zur Sicherung seines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung für die Dauer des Rechtsstreites zu verbieten, "den Einzelhandel mit Waren aller Art, insbesondere auch durch Ausstellung von Einkaufskarten an Letztverbraucher zur Ermöglichung des Einkaufes im Cash & Carry-Großhandelsgeschäft der Beklagten in Wels, Ginzkeystraße 29 (richtig: 27), auf einer größeren Gesamtverkaufsfläche, inklusive Kassenräumlichkeiten, als konkret abgegrenzten 600 m2 zu betreiben und anzukündigen." Die Beklagte habe sowohl die Baubewilligung als auch die gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung sowie die Gewerbeberechtigung am genannten Standort nur für den Großhandelsbetrieb erlangt und auch nur für diesen erlangen können, weil ein entsprechend großer Einzelhandelsbetrieb gemäß § 16 Abs. 12 des Oberösterreichischen Raumordnungsgesetzes LGBl. 1972/18 (Oö ROG) idF der Novelle LGBl. 1977/15 und der Kdm. LGBl. 1982/102 ausschließlich auf Flächen mit der

Widmung "Geschäftsbauten" (richtig: "Gebiet für Geschäftsbauten") zugelassen sei. Der Standort der Beklagten liege aber auf einer Fläche mit der Widmung "Betriebsbaugebiet"; deshalb habe sie für diesen Standort auch nur eine Einzelhandelsgewerbeberechtigung, beschränkt auf eine Gesamtverkaufsfläche von höchstens 600 m2, erlangen können. Dadurch, daß sie etwa seit Mitte Mai 1987 den von ihr am genannten Standort betriebenen Großhandelsmarkt auf den Konsumentenverkauf umstelle, indem sie auch an nicht Gewerbetreibende unnumerierte Kundenkarten ausgebe, eine entsprechende Werbung in einer oberösterreichischen Tageszeitung betrieben habe und ihre Organe dieses Vorhaben Zeitungen gegenüber offen zugestanden hätten, und schließlich seit August 1987 das Geschäft überhaupt als Einzelhandelsbetrieb führe, habe sich die Beklagte bewußt und planmäßig über die genannten (landes-)gesetzlichen und bescheidmäßigen Verbote hinweggesetzt; durch die unbefugte Ausübung des Einzelhandelsgewerbes auf einer mehr als 600 m2 großen Verkaufsfläche in ihrem Welser Standort verschaffe sich die Beklagte einen ungerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern aus dem Einzelhandelsbereich. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsantrages. Sie bestritt die Aktivlegitimation des Klägers, weil ihm juristische Personen des öffentlichen Rechtes als Mitglieder angehörten, die selbst tätig werden könnten und mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet seien. Da ihnen kraft Gesetzes ausschließlich eine wirtschaftliche Zielsetzung zukomme, sei ihre Mitgliedschaft bei einem Verein sittenwidrig. Der einzelne Gewerbetreibende sei nach dem HKG "Zwangsmitglied" des jeweils zuständigen Gremiums und finanziere daher eine entsprechende Klage gegen sich auch aus seinen "Zwangsmitgliedsbeiträgen". Schließlich hätten offenbar dieselben Institutionen einen zweiten Verein, nämlich den WSV-Wettbewerbsschutzverband 1981, gegründet, welcher die Beklagte zu 4 Cg 195/87 des Erstgerichtes schon früher als der Kläger belangt habe. Überdies sei die vom Kläger begehrte einstweilige Verfügung auch nicht exequierbar, weil sie nur auf ein Flächenausmaß, nicht aber auf eine bestimmte, exakt umschriebene Fläche, Bezug nehme. In der Sache selbst brachte die Beklagte vor, daß sie aus rein wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen sei, ihren Großverbrauchermarkt in einen Letztverbrauchermarkt umzuwandeln. Ursprünglich habe sie gemeint, durch eine großzügige Auslegung des Begriffes des "Großverbrauchers" eine kostendeckende Lösung finden zu können, doch sei dieser "Kompromiß" von verschiedener Seite nicht zur Kenntnis genommen worden. Das landesgesetzliche Bau- und Raumordnungsrecht sei wettbewerbsneutral. Durch § 15 Z 1 GewO 1973 würden die landesgesetzlichen Raumordnungsvorschriften für die gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung nicht rezipiert. § 16 Abs. 12 Oö. ROG. sei verfassungswidrig, weil ihm wettbewerbsordnender Charakter zukomme und der Landesgesetzgeber damit seine Kompetenz überschritten habe. Da der Verfassungsgerichtshof schon in mehreren Fällen Bestimmungen landesgesetzlicher Raumordnungen als verfassungswidrig aufgehoben habe, sei die Beklagte mit gutem Grund zur Annahme entsprechender Befugnisse berechtigt gewesen; ein allfälliger Wettbewerbsverstoß könne ihr daher subjektiv nicht angelastet werden. Sollte ein solcher überhaupt bejaht werden, dann mögen die Gerichte gemäß Art. 89 Abs. 2 BV-G die Aufhebung der genannten Norm des Oö. ROG wegen Verfassungswidrigkeit beantragen. Schließlich möge für den Fall der Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Vollzug vom Erlag einer Sicherheitsleistung in Höhe von 60 Millionen S durch den Kläger abhängig gemacht werden.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung, machte jedoch deren Vollzug vom Erlag einer vom Kläger zu leistenden Sicherheit von 5 Millionen S abhängig. Den eingangs wiedergegebenen, unbestritten gebliebenen Sachverhalt beurteilte es rechtlich wie folgt:

Die Aktivlegitimation des Klägers sei zu bejahen, weil gerade die Mitgliedschaft der von der Beklagten genannten öffentlichrechtlichen Gremien ein den Intentionen des Gesetzgebers entsprechendes Vorgehen in aller Regel gewährleiste. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten gegen die Bestimmungen des § 16 Abs. 12 und 13 Satz 3 Oö. ROG und damit auch gegen § 15 Z 1 GewO 1973 verstoßen.

Durch die Umwidmung des von den Behörden bewilligten Großmarktes in einen Letztverbrauchermarkt habe sie sich gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern einen Vorteil zu verschaffen gewußt und im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig gehandelt. Dieser Wettbewerbsverstoß sei ihr auch subjektiv vorwerfbar, weil nicht hingenommen werden könne, daß ein einzelner sich über eine von ihm als verfassungswidrig eingeschätzte Norm hinwegsetze; daß § 2 Abs. 6 Z 3 Satz 2 des Oö. ROG vom Verfassungsgerichtshof mit Wirkung vom 1. Oktober 1983 als verfassungswidrig aufgehoben worden sei, rechtfertige überdies nicht die Annahme der Verfassungswidrigkeit auch der übrigen Bestimmungen dieses Landesgesetzes. Da die einstweilige Verfügung einen erheblichen Eingriff in die geschäftlichen Interessen der Beklagten bedeute, sei dem Kläger eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheitsleistung aufzuerlegen gewesen.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und verwies den Kläger mit seinem Rekurs gegen die ihm auferlegte Sicherheitsleistung auf diese Entscheidung; es sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes, über den es entschieden habe, 300.000 S übersteige. Das Sicherungsbegehren des Klägers in der von ihm beantragten Form müsse schon deshalb ins Leere gehen, weil die Beklagte am genannten Standort in Wels tatsächlich kein Großhandelsgeschäft mehr betreibe und insbesondere auch keine Einkaufskarten mehr ausstelle. Eine Umformulierung des Antrages wäre aber ohne Verletzung des § 405 ZPO nicht möglich gewesen, weil mit der vom Kläger vorgeschlagenen Streichung des mit dem Wort "insbesondere" beginnenden Halbsatzes unzulässigerweise etwas anderes als vom Kläger begehrt zugesprochen werde; dieser habe nämlich den Schwerpunkt des von ihm behaupteten Wettbewerbsverstoßes ursprünglich in einem sogenannten "Etikettenschwindel" gesehen, weil die Beklagte an Letztverbraucher in einem Engroß-Markt verkaufe. Diesen Klagsgrund habe der Kläger aber durch sein späteres Vorbringen, der Großmarkt der Beklagten sei auf einen Endverbrauchermarkt umgestellt worden, geändert, ohne daß dies auch in einer Änderung seines Sicherungsantrages entsprechend Niederschlag gefunden hätte. Der vom Erstgericht angenommene Wettbewerbsverstoß der Beklagten sei durch die Formulierung des Sicherungsantrages nicht gedeckt. Es könne nicht darauf ankommen, ob der Beklagten eine Baubewilligung und die gewerberechtliche Bewilligung für einen Letztverbrauchermarkt gegeben worden wäre, wenn sie tatsächlich einen solchen betreibe und ankündige, ohne im Besitz einer entsprechenden Betriebsanlagengenehmigung und insbesondere einer Gewerbeberechtigung für den Einzelhandel auf einer Gesamtverkaufsfläche von mehr als 600 m2 zu sein. Der Sicherungsantrag hätte anders und unmißverständlich formuliert werden müssen, wenn er tatsächlich auch diesen Sachverhalt erfassen sollte.

Dagegen wendet sich der Revisionsrekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung ohne Auferlegung einer Sicherheitsleistung.

Die Beklagte stellt den Antrag, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist teilweise berechtigt.

Entgegen der Auffassung des Gerichtes zweiter Instanz hat der Kläger durch die von ihm im Anschluß an die Äußerung der Beklagten ergänzend erstattete Tatsachenbehauptung, daß diese "nunmehr" (August 1987) überhaupt keine Ausweise mehr ausstelle, ihr Geschäft vielmehr als Einzelhandelsbetrieb geführt werde, den bisher geltend gemachten Anspruchsgrund nicht geändert. Er hatte auch schon bisher der Beklagten als wettbewerbswidriges Verhalten angelastet, daß sie etwa Mitte Mai 1987 den von ihr in Wels betriebenen Großhandelsmarkt entgegen den von ihr erwirkten Bau- und Betriebsanlagengenehmigungsbescheiden sowie insbesondere ohne entsprechende Gewerbeberechtigung auf den Konsumentenverkauf umgestellt habe. Auf Grund landesgesetzlicher Raumordnungsvorschriften habe die Beklagte nämlich für diesen Standort nur eine Einzelhandelsgewerbeberechtigung beschränkt auf eine Verkaufsfläche von höchstens 600 m2, erlangt. Der Kläger hatte zwar zunächst nur geltend gemacht, die Umstellung sei durch Ausstellung unnumerierter Kundenkarten auch an nicht Gewerbetreibende erfolgt, was dementsprechend auch Gegenstand des von ihm beantragten konkreten Einzelverbotes war; er hatte aber darüber hinaus - zulässigerweise (vgl. ÖBl. 1983, 134 mwH; Schönherr, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 510.1 und 2) - dem von ihm beantragten Unterlassungsgebot - vorbeugend - eine gewisse allgemeine Fassung gegeben, mit der bereits sein späteres Tatsachenvorbringen, die Beklagte führe seit August 1987 das Geschäft überhaupt nur noch als Einzelhandelsbetrieb, als ähnliche und naheliegende Rechtsverletzung erfaßt wurde. Damit ist aber entgegen der Meinung des Rekursgerichtes das vom Kläger aufrecht erhaltene konkrete Einzelverbot betreffend die Ausstellung von Einkaufskarten an Letztverbraucher zur Ermöglichung des Einkaufs im Welser Cash & Carry-Großhandelsgeschäft der Beklagten nicht etwa schon deshalb hinfällig geworden, weil die Beklagte zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung einen Großhandelsmarkt an diesem Standort nicht mehr betrieben hat. Daß sie die Geschäftsumstellung zunächst im Wege der Ausgabe von Kundenkarten auch an nicht Gewerbetreibende zu bewirken versuchte, ist ja von ihr dadurch zugestanden worden (§ 267 ZPO), daß sie nach ihrem Vorbringen ursprünglich der Meinung gewesen sei, sie könne durch eine großzügige Auslegung des Großverbraucher-Begriffes eine kostendeckende Lösung finden. Auch wenn die Beklagte daher nunmehr schlechthin einen Letztverbrauchermarkt betreibt, so ist damit die Wiederholungsgefahr in bezug auf den vom Kläger mit dem konkreten Einzelverbot geltend gemachten Wettbewerbsverstoß noch keineswegs weggefallen, weil die Beklagte jederzeit wieder zu ihrem ursprünglichen Verhalten zurückkehren könnte und Gegenteiliges nicht einmal behauptet hat. Entgegen der Meinung des Rekursgerichtes bedarf daher das Sicherungsbegehren des Klägers keiner

Umformulierung in dem von ihm vorgeschlagenen Sinn, so daß sich die Frage, ob darin ein Verstoß gegen § 405 ZPO gelegen wäre, gar nicht stellt. Nach dem bisher Gesagten ist es auch nicht richtig, daß der Schwerpunkt des vom Kläger behaupteten Wettbewerbsverstoßes in einem sogenannten "Etikettenschwindel" gelegen wäre; nach seinem für den Klage- und Anspruchsgrund allein maßgeblichen Sachvorbringen erblickt er vielmehr den Wettbewerbsverstoß der Beklagten gerade darin, daß diese am genannten Welser Standort unbefugt das Einzelhandelsgewerbe auf einer mehr als 600 m2 großen Verkaufsfläche ausübe. Dies kommt auch in dem vom Kläger gestellten Sicherungsantrag hinreichend deutlich zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang ist auf den von der Beklagten in ihrer Revisionsrekursbeantwortung aufrecht erhaltenen Einwand mangelnder Exequierbarkeit der auf Grund des Sicherungsantrages zu erlassenden einstweiligen Verfügung einzugehen, weil deren Bestimmtheit als Voraussetzung für einen tauglichen Exekutionstitel eine prozessuale Anspruchsvoraussetzung ist, die sogar von Amts wegen - auch noch im Rechtsmittelverfahren - zu prüfen wäre (vgl. ÖBl. 1981, 122). Es trifft zwar zu, daß die räumliche Lage der Teilfläche von 600 m2, auf der die Beklagte selbst nach dem Standpunkt des Klägers innerhalb ihrer insgesamt 7.200 m2 großen Verkaufsfläche am Welser Standort den Einzelhandel mit Waren aller Art ausüben darf, im Sicherungsantrag nicht näher umschrieben wurde. Daraus folgt aber nur, daß die konkrete Abgrenzung einer solchen Teilfläche zur Ausübung des Einzelhandelsgewerbes im Rahmen der Gesamtverkaufsfläche im Belieben der Beklagten steht, zumal dem Kläger auch gar keine Berechtigung zukäme, eine solche Abgrenzung etwa in einer bestimmten Weise vorzuschreiben. Da jedoch das Höchstflächenmaß für die Ausübung des Einzelhandelsgewerbes im Rahmen der Gesamtverkaufsfläche der Welser Betriebsstätte der Beklagten mit 600 m2 eindeutig umschrieben ist, kann ein allfälliger Verstoß der Beklagten auch ohne weiteres gemäß § 355 EO in Exekution gezogen werden. Dem Exekutionstitel mangelt es insoweit keineswegs an der vom Gesetz geforderten Bestimmtheit.

In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß das von der Beklagten ausgeübte Gewerbe des Handels mit Waren aller Art (§ 103 Abs. 1 lit. b Z 25 GewO 1973) ein Anmeldungsgewerbe im Sinne des § 5 Z 1 GewO 1973 in der Form eines gebundenen Gewerbes gemäß § 6 Z 2 GewO 1973 ist. Bei Anmeldungsgewerben wird die Gewerbeberechtigung, nämlich das Recht, das angemeldete Gewerbe auszuüben, durch die Gewerbeanmeldung begründet (VwGH 16.11.1977, Zl. 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 1973) als auch für jede weitere Betriebsstätte (§ 46 Abs. 3 GewO 1973) erforderlich. Das Anmeldungsverfahren in bezug auf die Stammgewerbeberechtigung ist in §§ 339, 340 GewO 1973 geregelt, jenes über die Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 GewO 1973 in § 345 Abs. 4, Abs. 8 Z 2 und Abs. 9 GewO 1973. Sowohl die Gewerbeanmeldung selbst als auch die Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 GewO 1973 wirken konstitutiv; sie sind also, falls die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes in der Hauptbetriebsstätte bzw. in der weiteren Betriebsstätte gegeben sind, rechtsbegründend und keine bloßen Ordnungsvorschriften (Mache-Kinscher aaO Anm. 23 zu § 46). Die Ausübung eines Anmeldungsgewerbes ohne vorherige Gewerbeanmeldung ist nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1973 ebenso strafbar wie die Nichterstattung oder nicht rechtzeitige Erstattung einer Anzeige über die Ausübung eines Anmeldungsgewerbes in einer weiteren Betriebsstätte (§ 368 Z 1 GewO 1973). Entscheidend ist aber, daß gemäß § 15 Z 1 GewO 1973 auch bei einem Anmeldungsgewerbe eine gewerbliche Tätigkeit "in einem Standort, in dem die Ausübung dieser Tätigkeit bereits im Zeitpunkt der Gewerbeanmeldung .... durch Rechtsvorschriften verboten war", nicht ausgeübt werden darf. Diese Vorschrift gilt gemäß § 46 Abs. 2 GewO 1973 gleichermaßen für die Gewerbeausübung in einer weiteren Betriebsstätte. Daraus folgt, daß bei Vorliegen eines gesetzlichen Verbotes der Gewerbeausübung eine dennoch vorgenommene Gewerbeanmeldung bzw. die Anzeige gemäß § 46 Abs. 3 GewO 1973 nicht rechtsbegründend wären, sondern zur Ausstellung eines Untersagungsbescheides der Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 340 Abs. 7 bzw. § 345 Abs. 9 GewO 1973 führen müßte. Das Erstgericht hat in diesem Zusammenhang durchaus zutreffend erkannt, daß im Sinne der EB zu § 15 Abs. 1 GewO 1973 (abgedruckt bei Mache-Kinscher aaO Anm. 4 zu § 15) bei Beurteilung der Erlaubtheit der gewerblichen Tätigkeit in einem bestimmten Standort auch landesgesetzliche Raumordnungsvorschriften zu beachten sind. Entscheidend kann dabei nur sein, ob solche ein Verbot der Gewerbeausübung in einem bestimmten Standort enthalten, was immer dann der Fall sein wird, wenn eine generelle Norm die Errichtung von Bauwerken für gewerbliche Zwecke verbietet und die betreffende Gewerbeausübung ihrem Wesen nach ohne die vorherige Errichtung eines entsprechenden Bauwerkes nicht denkbar ist (vgl. Mache-Kinscher aaO Anm. 8 zu § 15). In diesem Sinne verbietet aber § 16 Abs. 13 Satz 3 Oö. ROG die Errichtung von Geschäftsbauten für den überörtlichen Bedarf (gemäß Abs. 12) in Gebieten, die nicht für Geschäftsbauten vorgesehen sind. § 16 Abs. 12 Oö. ROG definiert "Geschäftsbauten für den überörtlichen Bedarf" dahin, daß es sich

dabei um "Großgeschäfte, Warenhäuser und Einkaufszentren im Sinne des § 70 der Oö. Bauverordnung, LGBl. Nr. 63/1976" (nunmehr § 70 der Oö. BauV. 1985 LGBl. 5) handelt, "deren Gesamtverkaufsfläche mehr als 600 Quadratmeter oder deren Gesamtbetriebsfläche mehr als 1.000 Quadratmeter beträgt".

Da die von der Beklagten in Wels errichtete Betriebsstätte auf einer Grundfläche errichtet worden ist, die nach dem Flächenwidmungsplan der Stadt Wels als "Betriebsbaugebiet" und nicht als "Gebiet für Geschäftsbauten" vorgesehen ist, dürfte sie die gewerbliche Tätigkeit ihres Anmeldungsgewerbes in diesem Standort überhaupt nicht ausüben, weil schon die Gesamtverkaufsfläche des von ihr errichteten "Großgeschäftes" oder "Warenhauses" (ein "Einkaufszentrum" im Sinne des § 70 Abs. 4 Oö. BauV liegt nicht vor, weil dieses einen "nicht einheitlich geführten Handels- oder Dienstleistungsbetrieb" mit einem räumlich getrennten Angebot von Waren verschiedener Sparten oder Dienstleistungen zur Voraussetzung hätte) mehr als 600 m2, nämlich insgesamt 7.200 m2, beträgt; jedenfalls ist aber der Beklagten danach die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit des Einzelhandels in diesem Standort in Übereinstimmung mit dem von ihr erlangten Gewerbeschein auf einer größeren Gesamtverkaufsfläche als 600 m2 verboten. Sie handelte somit durch ihre im Welser Standort entfaltete Tätigkeit und ihre diesbezüglichen vorherigen Ankündigungen den Bestimmungen der § 15 Z 1 GewO 1973, § 16 Abs. 12 und 13 Oö. ROG dadurch zuwider, daß sie dort den Einzelhandel mit Waren aller Art auf einer Gesamtverkaufsfläche von mehr als 600 m2 entgegen einem gesetzlichen Verbot ausgeübt hat; dies zunächst durch Zulassung von Letztverbrauchern im Wege der Ausgabe von Kundenkarten und sodann durch das Betreiben ihres Geschäftes mit einer Gesamtverkaufsfläche von 7.200 m2 als Letztverbrauchermarkt schlechthin. Damit hat sie sich aber einen unberechtigten Vorteil vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft, der ihr Verhalten als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG erscheinen läßt.

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 16 Abs. 12 Oö. ROG bestehen im Gegensatz zur Meinung der Beklagten umso weniger Bedenken, als der Verfassungsgerichtshof bereits in dem von ihr angeführten und ihr demnach auch bekannten Erkenntnis vom 14. Oktober 1982, G 34/81 (VfSlg. 9543), mit welchem er den zweiten Satz der Z 3 des § 2 Abs. 6 Oö. ROG mit Wirkung vom 1.Oktober 1983 als verfassungswidrig aufgehoben hat, ausdrücklich ausgesprochen hat, daß die von ihm noch im Einleitungsbeschluß als bedenklich bezeichnete Bestimmung des § 16 Abs. 12 Oö. ROG nicht als verfassungswidrig aufgehoben werde. Ist aber die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung bereits vom Verfassungsgerichtshof geprüft und von ihm ausdrücklich verneint worden, dann können auch keinerlei Bedenken mehr gegen die die Verfassungsmäßigkeit des § 16 Abs. 13 Satz 3 Oö. ROG bestehen. Bei dieser Sachlage ist der Beklagten daher von vornherein nicht mehr zuzugestehen, daß die von ihr vertretene Rechtsansicht über die Verfassungswidrigkeit der genannten landesgesetzlichen Raumordnungsbestimmungen durch das Gesetz (hier: durch das B-VG) überhaupt noch so weit gedeckt sein könnten, daß sie mit gutem Grund vertreten werden durfte. Es kann daher im vorliegenden Fall auch dahingestellt bleiben, ob die sonst möglicherweise vertretbare Ansicht eines Gewerbetreibenden über die Verfassungswidrigkeit einer seine Befugnisse regelnden Gesetzesvorschrift die subjektive Vorwerfbarkeit eines Wettbewerbsverstoßes überhaupt beeinträchtigen könnte, wo doch das Gesetz - trotz seiner allfälligen Verfassungswidrigkeit - als geltende Norm sehr wohl zu beachten wäre. Im vorliegenden Fall ist nämlich nach dem bisher Gesagten der Beklagten die Mißachtung der Vorschriften der § 15 Z 1 GewO 1973, § 16 Abs. 12 und 13 Oö. ROG jedenfalls bereits subjektiv vorwerfbar, so daß sie auch eine unlautere, gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung im Sinne des § 1 UWG zu vertreten hat (JBl. 1988, 50 mwN).

Es bedarf daher abschließend nur noch einer Prüfung der von der Beklagten in erster Instanz erhobenen und in dritter Instanz aufrecht erhaltenen Einwendungen gegen die Aktivlegitimation des Klägers. Daß es sich bei diesem Verband, der seit Jahrzehnten Wettbewerbsverstößen in ganz Österreich gerichtlich verfolgt, um eine Vereinigung zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern im Sinne des § 14 UWG handelt, ist von Lehre und Rechtsprechung noch nie bezweifelt worden (vgl. Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 93; Koppensteiner, Wettbewerbsrecht II2, 282 FN 91); die Aktivlegitimation des klagenden Verbandes ist vielmehr vom Obersten Gerichtshof bereits wiederholt ausdrücklich bejaht worden (ÖBl. 1956, 1; ÖBl. 1960, 11 und 68; ÖBl. 1961, 74; ÖBl. 1969, 92 ua). Es ist auch nicht zu erkennen, aus welchen Gründen etwa die Mitgliedschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechtes aus dem Bereich der gewerblichen Wirtschaft beim Kläger mit deren gesetzlichen Aufgaben unvereinbar und daher sittenwidrig sein sollte. Soweit die Fachgruppen die fachlichen Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten haben (§ 29 HKG) und die einzelnen Landesgremien die wirtschaftlichen Belange ihrer Mitglieder vertreten, kann dies vielmehr gerade auch durch ihre Mitgliedschaft bei einem Verein geschehen, der in bestimmter Richtung die Erreichung gleicher Ziele bezweckt (ÖBl. 1956, 1; ÖBl. 1960, 68). Im Gegensatz zur Meinung der Beklagten ist auch das Landesgremium einer

Kammer der gewerblichen Wirtschaft selbst nach § 14 UWG aktiv legitimiert (ÖBl. 1960, 68). Ebenso vermag die von ihr hervorgehobene "Zwangsmitgliedschaft" in der Handelskammerorganisation nichts daran zu ändern, daß eine Vertretung gewerblicher Interessen naturgemäß auch gegenüber einem solchen Mitglied zu erfolgen hat, das einen Wettbewerbsverstoß begeht. In diesem Sinne wurde denn auch in jüngster Zeit ausgesprochen, daß selbst gegen die Klagelegitimation eines sogenannten Prozeß- oder Wettbewerbsvereines regelmäßig dann keine Bedenken bestehen, wenn diesem öffentlich-rechtliche Körperschaften oder deren Gremien oder ähnliche Institutionen angehören (SZ 58/200).

Soweit die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren die Aktivlegitimation darüber hinaus mit dem Hinweis auf eine frühere Klage des Wettbewerbsschutzverbandes 1981 zu 4 Cg 195/87 des Erstgerichtes bestritten hat - die in ihrer Revisionsrekursbeantwortung erstmals aufgestellte Behauptung, zu 4 Cg 310/87 des Erstgerichtes habe sie noch ein weiterer Verband, nämlich der V***-Verein für sauberen Wettbewerb, belangt, ist eine unzulässige und daher unbeachtliche Neuerung -, ist sie zunächst grundsätzlich darauf zu verweisen, daß § 14 UWG den Mitbewerbern und den dort genannten Verbänden selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche gewährt. Wegen eines und desselben Wettbewerbsverstoßes können somit durchaus auch mehrere Personen, und zwar jede von ihnen selbständig und unabhängig von den anderen, als Kläger auftreten. Der nach § 14 UWG Klagsberechtigte braucht dabei regelmäßig nicht abzuwarten, ob ein anderer Berechtigter mit einer auf Grund desselben Sachverhaltes erhobenen Unterlassungsklage zum Ziel kommt; sein Rechtsschutzbedürfnis fällt auch nicht allein dadurch weg, daß andere Mitbewerber oder Verbände bereits einen Exekutionstitel auf Unterlassung der in Rede stehenden Wettbewerbshandlung erwirkt haben. Dieses Interesse könnte vielmehr nur dann verneint werden, wenn im Einzelfall zwischen verschiedenen Klageberechtigten solche tatsächliche oder rechtliche Bindungen bestehen, daß nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, das schutzwürdige Interesse eines Klagsberechtigten werde durch eine andere, natürliche oder juristische Person, die schon über einen entsprechenden Unterlassungstitel verfügt oder gerade dabei ist, sich einen solchen zu verschaffen, vollwertig gewahrt (ÖBl. 1986, 102 mwN). In diesem Zusammenhang brachte aber die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren lediglich ihre Vermutung zum Ausdruck, dem Wettbewerbsverband 1981 gehörten "offenbar" dieselben öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Gremien als Mitglieder an wie dem Kläger. Sie bot hiefür - wie übrigens auch für ihr gesamtes weiteres Vorbringen in der Äußerung - nicht einmal die geringste Bescheinigung an. Abgesehen davon, daß daher von einer gleichzeitigen Mitgliedschaft verschiedener Landesgremien des Einzelhandels sowohl beim Kläger als auch beim Wettbewerbsverband 1981 gar nicht ausgegangen werden kann, würde eine solche Mehrfachmitgliedschaft für sich allein den beteiligten Verbänden noch nicht das Recht zur selbständigen Klageführung nehmen (vgl. 1986, 102, wo dies bereits für den ähnlichen Fall einer bloßen wirtschaftlichen Verbindung zwischen mehreren als klagende Mitbewerber auftretenden Kapitalhandelsgesellschaften ausgesprochen wurde).

Es war daher aus allen diesen Gründen dem Revisionsrekurs insoweit Folge zu geben und die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen, als das vom Kläger beantragte, allgemein gefaßte Unterlassungsgebot in dem von ihm geltend gemachten Anspruchsgrund Deckung findet. Danach ist aber die vom Kläger der Beklagten vorgeworfene unbefugte Ausübung des Einzelhandelsgewerbes mit Waren aller Art und dessen Ankündigung auf das Bundesland Oberösterreich beschränkt, weil nur dort jene landesgesetzlichen Raumordnungsvorschriften in Geltung stehen, deren Verletzung vom Kläger beanstandet worden ist. Soweit er daher die Unterlassung der Gewerbeausübung und deren Ankündigung schlechthin, also ohne räumliche Begrenzung auf einen in Oberösterreich gelegenen Standort, begehrt, hat es bei der Abweisung zu verbleiben. Im übrigen war dem Spruch der einstweiligen Verfügung im Rahmen des Antragsvorbringens eine klarere und deutlichere Fassung zu geben (vgl. ÖBl. 1975, 33 und 110; ÖBl. 1980, 128; ÖBl. 1981, 159 uva; Fasching, Lehrbuch Rz 1448, 668).

Mit Recht hat das Erstgericht auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung aus dem Grunde des§ 390 Abs. 2 EO für geboten gehalten. Der Vollzug einer einstweiligen Verfügung ist nach dem Ermessen des Gerichtes trotz voller Anspruchsbescheinigung auch dann vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, wenn gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung wegen des Ausmaßes des Eingriffes in die Interessen des Antragsgegners Bedenken bestehen. Durch die Sicherheitsleistung wird in einem solchen Fall die nötige Interessenabwägung zwischen der Gefährdung des Antragstellers und dem Begriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners vorgenommen und ein entsprechender Ausgleich bewirkt (RZ 1974/97; 4 Ob 333/79; 4 Ob 313/80 uva). Besonderer Erhebungen über die mögliche Höhe eines der Beklagten erwachsenden Schadens bedurfte es dabei nicht, weil das Gericht die

Sicherheitsleistung nach freiem Ermessen zu bestimmen hat (ÖBl. 1982, 39 mwN). Da im gegenständlichen Fall die Frage, ob und in welcher Höhe durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung der Beklagten ein Schaden entstehen wird, noch nicht mit Sicherheit beantwortet werden kann, ein solcher Schaden aber schon mit Rücksicht auf den in Anbetracht der Größe ihres Welser Geschäftsbetriebes tiefgreifenden Eingriff nicht zu gering veranschlagt werden darf, bestehen auch gegen die Höhe der vom Erstgericht mit 5 Millionen S festgesetzten Kaution keine Bedenken. Die Entscheidung über die Rechtsmittelkosten des Klägers gründet sich auf die Bestimmung des § 393 Abs. 1 EO, die auch auf teilweise erfolgreiche Rechtsmittel der gefährdeten Partei im Verfahren zur Erlassung einstweiliger Verfügungen anzuwenden ist (JBl. 1955, 97; EvBl. 1968/388; JBl. 1978, 534; 3 Ob 596/79 ua). Da der Kläger nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil seines Begehrens unterlegen ist, dessen Geltendmachung überdies keinerlei besondere Kosten veranlaßt hat, gründet sich die Kostenentscheidung in Ansehung der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs. 2 EO iVm §§ 43 Abs. 2, 50 und 52 Abs. 1 ZPO.

Anmerkung

E13549

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00402.87.0223.000

Dokumentnummer

JJT_19880223_OGH0002_0040OB00402_8700000_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