

# TE OGH 1988/1/19 40b404/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.01.1988

## 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 L\*\*\* O\*\*\* DER O\*\*\*ER, B\*\*\* UND O\*\*\*,

Linz, Hessenplatz, vertreten durch Dr. Wolfgang Pils, Rechtsanwalt in Linz, wider die beklagte Partei P\*\*\* O\*\*\* Gesellschaft mbH, Linz, Promenade 17, vertreten durch Dr. Bruno Binder, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 315.000), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 4.September 1987, GZ 5 R 41/87-26, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 25. November 1986, GZ 4 Cg 130/85-20, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Beklagte ist zur Ausübung des Gewerbes nach § 94 Z 60 GewO (Optiker) sowie nach § 236 a GewO (Kleinhandel mit Kontaktlinsen und Anpassen von Kontaktlinsen-Kontaktlinsenoptiker) mit den Standorten in Linz, Promenade 17, und Perg, Hauptplatz 1, berechtigt. Sie warb in den "Mühlviertler Nachrichten" vom 31.Jänner, 28.Februar und 28. März 1985 mit folgender Einschaltung:

"P\*\*\* O\*\*\*            Kostenloser Sehtest und

GesmbH            Kontaktlinsenberatung

Perg Hauptplatz 1, Tel. 7540

Linz, Promenade 17, Tel. 272805".

Außerdem warb sie mit zwei Werbeschildern außerhalb ihres Geschäftslokales für "Kontaktlinsen" sowie für einen "kostenlosen Sehtest" und für Brillen. In den "OÖ. Nachrichten" vom 12.Juni 1985 warb die Beklagte für Brillen; unter ihrem Firmennamen schien aber in auffallenden Großbuchstaben auch das Wort "Kontaktlinsen" auf. Mehrere Mitbewerber der Beklagten warben unter anderem mit den Worten "Kontaktlinsenoptiker", "Kontaktlinsen", "Kontaktlinsen-Institut" und "Kontaktlinsenabteilung". Mit der Behauptung, die Beklagte verstoße mit ihrer Werbung

gegen § 236 c GewO, begehrte die Klägerin ursprünglich (ON 1), die Beklagte schuldig zu erkennen, "die Werbung für den Kleinhandel für Kontaktlinsen und das Anpassen der Kontaktlinsen, insbesondere durch den Hinweis auf die Vornahme einer Kontaktlinsenberatung in periodischen Druckschriften (Zeitungen) sowie die Werbung mittels Hinweisschildern zu unterlassen, sofern nicht die Ausnahmebestimmungen des § 236 c GewO Anwendung finden"; außerdem begehrte sie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im Textteil der "Oberösterreichischen Nachrichten", hilfsweise in den "Mühlviertler Nachrichten" (ON 10 S.61). Nachdem der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 3. Dezember 1985, G 168/85, kundgemacht am 28. Februar 1986, BGBl. 1986/101, § 236 c Abs. 1 GewO idF BGBl. 1981/619 als verfassungswidrig aufgehoben und ausgesprochen hatte, daß die Aufhebung mit Ablauf des 30. November 1986 in Kraft trete, änderte die Klägerin ihr Klagebegehren dahin ab, daß sie das Unterlassungsgebot mit 30. November 1986 zeitlich beschränkte (ON 15, S.82).

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Durch die Verwendung der Worte "Kontaktlinsen" und "Kontaktlinsenberatung" habe sie nicht gegen § 236 c GewO verstoßen, sondern nur einen nach Absatz 2 dieser Bestimmung zulässigen Namenszusatz (§ 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1 GewO) verwendet. Ihr Verhalten sei überdies branchenüblich und ohne Bedeutung für den Wettbewerb. Das Wort "Kontaktlinsenberatung" sei von den "Mühlviertler Nachrichten" ohne ihre Einflußnahme verwendet worden; sobald ihr bekannt geworden sei, daß Konkurrenten daran Anstoß nähmen, habe sie der Zeitung die weitere Verwendung dieses Wortes untersagt. Es liege daher keine Wiederholungsgefahr vor. § 236 c Abs. 1 GewO habe keinen wettbewerbsregelnden Charakter, sondern sei bestenfalls gesundheitspolitisch motiviert und überdies verfassungswidrig.

Der Erstrichter, der die mündliche Verhandlung am 3. Juli 1986 geschlossen hat, gab der Klage statt. Er beurteilte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich wie folgt:

Die Bewerbung von Kontaktlinsen sei nach § 236 c Abs. 1 GewO grundsätzlich verboten. Da hier keine der dort angeführten Ausnahmen zutrefte, sei die Werbung der Beklagten unzulässig gewesen. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, daß nach § 336 c Abs. 2 GewO die Bestimmungen über die Namensführung unberührt blieben. § 64 Abs. 1 GewO bestimme zwar, daß dem Namen Zusätze beigefügt werden dürften, die zur näheren Kennzeichnung der Person oder des Unternehmens verwendet werden und der Wahrheit entsprechen. Die Klage sei aber nicht auf die Unterlassung der Bezeichnung "Kontaktlinsenoptiker" gerichtet, welche die Beklagte gar nicht verwende; dies habe vielmehr das Produkt und die angebotene Dienstleistung werbewirksam in den Vordergrund gestellt. Der Hinweis "Kostenloser Sehtest und Kontaktlinsenberatung" habe mit dem Namen der Beklagten nichts zu tun. Die Beratung vor oder bei Anpassung und Verkauf von Kontaktlinsen sei eine vom Handel mit und dem Anpassen von Kontaktlinsen nicht zu trennende Tätigkeit. Durch den Text der Inserate habe die Beklagte eine Förderung ihres Verkaufs von Kontaktlinsen und der damit zusammenhängenden gewerblichen Tätigkeiten angestrebt; dies widerspreche § 236 c GewO. Auch nach dem Inhalt des Werbeschildes könne die Bezeichnung "Kontaktlinsen" nicht als Namenszusatz oder Betriebsbezeichnung angesehen werden; die Beklagte habe damit nur eines der von ihr vertriebenen Produkte werblich hervorgehoben. Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen § 1 UWG, weil sie sich durch die Verletzung des § 236 c Abs. 1 GewO einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerben verschafft habe.

Der Einwand der Beklagten, daß auch andere Mitbewerber gegen dieselbe Rechtsnorm verstoßen hätten, könne sie weder entschuldigen noch auch Anschein der Branchenüblichkeit hervorrufen. Daß Wiederholungsgefahr bestehe, ergebe sich daraus, daß die Beklagte das beanstandete Inserat in drei Ausgaben der Mühlviertler Nachrichten habe veröffentlichen lassen. Selbst wenn diese Werbung gegen oder auch nur ohne ihren Willen geschehen sein sollte, wäre die Wiederholungsgefahr dennoch zu bejahen, weil es die Beklagte unterlassen habe, durch Widerruf oder Richtigstellung für Abhilfe zu sorgen.

Der Umstand, daß der Verfassungsgerichtshof mittlerweile das Werbeverbot des § 236 c GewO als verfassungswidrig aufgehoben und für das Außerkrafttreten dieser Bestimmung den Ablauf des 30. November 1986 festgesetzt habe, vermöge an der Entscheidung nichts zu ändern, weil schon vor diesem Zeitpunkt die verbotenen Werbehandlungen begangen und das Urteil gefällt worden seien. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteige. Zu den Vorschriften über die Namensführung, die nach § 236 c Abs. 2 GewO unberührt geblieben waren, zähle § 64 GewO. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung dürften dem Namen Zusätze beigefügt werden, die zur näheren Kennzeichnung der Person oder des Unternehmens verwendet werden und der Wahrheit entsprechen; dazu gehöre auch der Hinweis auf abgelegte Prüfungen, erteilte Bewilligungen oder Befugnisse. Das Wort "Kontaktlinsen" diene der Kennzeichnung des Unternehmens; mit ihm werde zweifelsfrei darauf

hingewiesen, daß bei diesem Unternehmen Kontaktlinsen erhältlich seien. Daß dazu nicht das Wort "Kontaktlinsenoptiker" gebraucht werde, eröffne nicht die Möglichkeit mehrfacher Deutung. Da zum Kleinhandel mit Kontaktlinsen und zum Anpassen der Kontaktlinsen auch eine entsprechende Beratung gehöre, sei der Ausdruck "Kontaktlinsenberatung" ein Hinweis auf die mit dem Kontaktlinsenoptikergewerbe verbundene Befugnis zur Beratung der Kunden und daher ebenfalls ein der Wahrheit entsprechender Zusatz zur näheren Kennzeichnung des Unternehmens. Wenn auch die auf den Hinweisschildern und in den Inseraten verwendeten Worte "Kontaktlinsen" und "Kontaktlinsenberatung" gegenüber dem Firmennamen der Beklagten in größerer Schrift und damit auffälliger aufschienen, stünden sie doch in unmittelbarer Nähe zum Firmennamen. Die Werbeeinschaltungen enthielten darüber hinaus keine weiteren Aussagen über den Kleinhandel mit Kontaktlinsen und das Anpassen der Kontaktlinsen. Es lasse sich daher mit gutem Grund die Ansicht vertreten, daß die von der Klägerin beanstandeten Werbemaßnahmen der Beklagten nicht gegen § 236 Abs.1 GewO verstoßen hätten. Sei aber die Auffassung der Beklagten über die Bedeutung dieser Bestimmung durch das Gesetz so weit gedeckt gewesen, daß sie mit gutem Grund habe vertreten werden können, dann liege kein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG vor.

Dem Unterlassungsausspruch des angefochtenen Urteils komme zwar nur noch theoretisch-abstrakte Bedeutung zu; dennoch bestehe wegen der Belastung durch die Entscheidung über das Veröffentlichungsbegehren und den Prozeßkostenausspruch der ersten Instanz ein rechtliches Interesse der Beklagten an der Behandlung ihres Rechtsmittels.

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

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist unzulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre setzt jedes Rechtsmittel eine Beschwer, also ein Anfechtungsinteresse, voraus;

es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanzen, rein theoretische Fragen zu entscheiden (SZ 49/22; SZ 53/86; ÖBl.1987, 51 uva;

Heller-Berger-Stix 648; Fasching IV 13 f und LB Rz 1709 ff). Die

Beschwer muß nach nunmehr herrschender Auffassung zur Zeit der

Einlegung des Rechtsmittels gegeben sein und zur Zeit der

Entscheidung über das Rechtsmittel noch fortbestehen (JBl.1963, 432;

ÖBl.1983, 117 uva; Novak in JBl.1962, 512 f; Heller-Berger-Stix

aaO). Die Ansicht, daß ein Rechtsmittel auch dann als unzulässig zurückzuweisen sei, wenn zwar bei seiner Erhebung ein Anfechtungsinteresse bestanden hat, dieses aber im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel fehlt, ist allerdings auf Kritik gestoßen. Pfersmann (Bemerkenswertes aus der SZ 39, ÖJZ 1970, 628) verlangt die Rückkehr zur älteren Spruchpraxis, wonach bei Beurteilung der Beschwer nur auf den Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels abzustellen sei (so etwa JBl.1962, 511 mit ablehnender Besprechung von Novak aaO). Fasching hingegen, der die Beschwer als Erfolgsvoraussetzung ansieht, fordert, daß sie - bei sonstiger Abweisung des Rechtsmittels - im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel vorhanden ist; daß die Beschwer bei Einbringung des Rechtsmittels gefehlt haben sollte, würde nach dieser Ansicht nicht schaden (Fasching LB Rz 1713). Auf diese Auffassungsunterschiede ist indes hier nicht einzugehen, weil sich im vorliegenden Fall die für die Beurteilung der Beschwer maßgebenden Verhältnisse seit der Erhebung des Rechtsmittels nicht mehr geändert haben. Das Unterlassungsbegehren der Klägerin ist darauf gerichtet, der Beklagten bestimmte Werbemaßnahmen bis zum 30. November 1986 zu untersagen. Dieser Zeitpunkt war schon bei Zustellung des Urteils erster Instanz (23. Jänner 1987) verstrichen. Daß die Beklagte dem Unterlassungsgebot zuwiderhandeln könnte, ist somit begrifflich ausgeschlossen; eine Exekutionsführung der Klägerin auf Grund eines der Klage stattgebenden Urteils kommt nicht in Frage (§ 355 EO). Auch die Revision der Klägerin kann demnach ihren eigentlichen Zweck, ein vollstreckbares Unterlassungsurteil zu erwirken, nicht mehr erreichen; der meritorischen Behandlung dieses Rechtsmittels käme nur noch abstrakt-theoretische Bedeutung zu. Die Klägerin

erkennt selbst, daß der vorliegende Rechtsstreit für die Zukunft seine Bedeutung verloren hat (ON 27, S.167). Ob das Rechtsschutzinteresse an der mit ihrem Rechtsmittel angestrebten Klagestattgebung im Hinblick auf die Urteilsveröffentlichung bejaht werden könnte, ist hier nicht zu untersuchen, hat doch die Klägerin - nach ihren eigenen Revisionsausführungen (ON 27 S.167) - die Erklärung abgegeben, im Falle der Klagestattgebung vom Veröffentlichungsbegehren keinen Gebrauch zu machen. Die Entscheidung über die Revision würde demnach, ohne in der Hauptsache praktische Auswirkungen zu haben, nur der Klärung einer theoretischen Frage dienen; gerade das ist aber nach dem oben Gesagten nicht Aufgabe der Gerichte.

Der Oberste Gerichtshof verkennt dabei nicht, daß die Entscheidung über die Revision allerdings insofern praktisch-wirtschaftliche Bedeutung hätte, als von der Entscheidung in der Hauptsache auch das Schicksal der Prozeßkosten abhängt. Das in der Hauptsache fehlende Anfechtungsinteresse kann jedoch nicht durch das Interesse an der Beseitigung der Kostenentscheidung der zweiten Instanz ersetzt werden (SZ 37/84; MietSlg.16.763/25; EvBl.1971/152 uva), ist doch die Entscheidung der Gerichte zweiter Instanz im Kostenpunkt unanfechtbar (§ 528 Abs.1 Z 2 ZPO). Eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung in einem Nebenpunkt kann nicht die weitertragende Entscheidung in der Hauptsache nur deshalb anfechtbar machen, damit über die Unanfechtbarkeit der Entscheidung im Nebenpunkt hinweggekommen wird (JBl.1956, 183; SZ 37/84 uva). Hätte in dem hier zur Entscheidung stehenden Fall der Erstrichter noch über den 30.November 1986 hinaus verhandelt und die Klägerin im Hinblick auf den Zeitablauf ihr Begehren auf Kostenersatz eingeschränkt, dann wäre den Parteien zwar ein Rechtsmittel an die zweite Instanz zugestanden (§ 517 Z 5 ZPO idF ZVN 1986 BGBl 71), der Weg zum Obersten Gerichtshof aber verschlossen geblieben. Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn durch die Entwicklung nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz das Interesse an der Entscheidung über das Hauptbegehren weggefallen und nur noch das Kosteninteresse aufrecht geblieben ist.

Da die Gerichte zweiter Instanz Rechtsmittel gegen erstgerichtliche Kostenentscheidungen sachlich zu behandeln haben, sind diese Gerichte nach einigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes nicht befugt, Rechtsmittel deshalb mangels Beschwer zurückzuweisen, weil nur noch das Interesse an der Anfechtung der Kostenentscheidung aufrecht geblieben sei (EvBl.1971/218; JBl.1977, 650). Soweit der Oberste Gerichtshof dabei zwischen der Belastung durch die Kosten erster Instanz, die ein Rechtsschutzinteresse des Rechtsmittelwerbers begründen, und der Kostenentscheidung zweiter Instanz, aus der eine Beschwer nicht abzuleiten ist, unterschieden hat, sind seine Ausführungen dahin zu verstehen, daß trotz des Wegfalls des Interesses an der Entscheidung über die Hauptsache nur der Kosten wegen ein Anfechtungsinteresse bei Rechtsmitteln (auch in der Hauptsache) an die zweite Instanz, nicht aber ein solches bei Rechtsmitteln an die dritte Instanz besteht. Unter der Kostenentscheidung zweiter Instanz hat der Oberste Gerichtshof hier - ebenso wie Heller-Berger-Stix aaO - nicht nur die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens zweiter Instanz, sondern die Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz über die gesamten (also auch erstinstanzlichen) Verfahrenskosten verstanden, spricht doch jedes Berufungs- oder Rekursgericht mit seiner Sachentscheidung nicht nur ausdrücklich über die Verfahrenskosten zweiter Instanz, sondern auch - ausdrücklich (bei Abänderung der erstinstanzlichen Sachentscheidung oder im Fall einer Kostenrüge) oder stillschweigend (bei Bestätigung der Sachentscheidung erster Instanz - über die Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens ab. Der Oberste Gerichtshof hat allerdings in einigen Entscheidungen unter Berufung auf JBl.1977, 650 ohne nähere Begründung die Beschwer eines Revisionswerbers deshalb bejaht, weil das angefochtene Urteil zugleich für die Entscheidung über die Verfahrenskosten erster Instanz zu seinen Ungunsten ausschlaggebend gewesen sei (7 Ob 732-738/83; JBl.1985, 170). Der erkennende Senat vermag sich dieser Ansicht aus den dargelegten Gründen nicht anzuschließen. Die hier getroffene Unterscheidung zwischen den Kosten erster und zweiter Instanz ist nämlich für die Beurteilung der Beschwer in dritter Instanz in aller Regel ohne Bedeutung, hängt doch von einer Sachentscheidung des Obersten Gerichtshofes im Verfahren mit Kostenersatzpflicht nicht nur das Schicksal der Kosten des Verfahrens zweiter, sondern auch jenes der Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens ab. (Eine Ausnahme davon besteht nur in dem gewiß untypischen Fall, daß die in letzter Instanz obsiegende Partei in der ersten Instanz keine Kosten verzeichnet hat: vgl. 6 Ob 621/82). Die zitierten Entscheidungen liefen somit im Ergebnis darauf hinaus, daß das bloße Interesse am Kostenersatz das rechtliche Interesse an der Entscheidung über die sonst bedeutungslos gewordene Hauptsache begründe; dies stünde aber im Widerspruch zur Wertung des Gesetzgebers, der in § 54 Abs.2 JN anordnet, daß - u.a. - Kosten, die als Nebenforderungen geltend gemacht werden, bei der Wertberechnung nicht zu berücksichtigen sind, und die Anrufung des Obersten Gerichtshofes wegen eines Beschwerdegegenstandes, der an Geld oder Geldeswert S 15.000 nicht übersteigt (§ 502 Abs.2 Z 2, § 528 Abs.1 Z 5 ZPO), insbesondere im Kostenpunkt (§ 528 Abs.1 Z 2 ZPO), für

unzulässig erklärt. Aus diesen Erwägungen war die Revision als unzulässig zurückzuweisen. Der Ausspruch über die Kosten gründet sich auf die §§ 40, 50 ZPO. Da die Beklagte auf die Unzulässigkeit der Revision nicht hingewiesen hat, waren ihr Kosten der Revisionsbeantwortung, weil zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung nicht erforderlich, nicht zuzuerkennen.

**Anmerkung**

E13198

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00404.87.0119.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880119\_OGH0002\_0040OB00404\_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](http://www.jusline.at)