

# TE OGH 1986/5/27 4Ob401/85

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.05.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl, Dr.Resch, Dr.Gamerith und Dr.Hofmann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei VEREIN ZUR B\*\*\* U\*\*\* W\*\*\*, Wien 1., Hofburg (Kongreßzentrum), vertreten durch Dr.Hannes Pflaum und Dr.Herwig Hauser, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei ORF-R\*\*\*, Wien 13., Würzburggasse 30, vertreten durch Dr.Manfred Lampelmayer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreichwert S 350.000,--) infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 5. September 1985, GZ.2 R 126/85-28, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 15. März 1985, GZ.38 Cg 39/84-23, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil in seinem stattgebenden Teil dahin abgeändert, daß das Ersturteil zur Gänze wiederhergestellt wird. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 47.867,10 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (davon S 3.968,20 Umsatzsteuer und S 5.280,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei ist ein eingetragener Verein mit dem Sitz im ORF-Zentrum. Sie besteht seit 1978. Zweck des Vereins ist die Förderung der Reiseinteressen seiner Mitglieder. Nach den Vereinssatzungen ist die beklagte Partei als gemeinnütziger Verein nicht auf Gewinn gerichtet. Die für die Vereinszwecke und die Besorgung der Vereinsgeschäfte notwendigen Mittel werden durch Beitragsgebühren, Mitgliedsbeiträge (derzeit jährlich S 150,--) und Subventionen aufgebracht. Voraussetzung für die Mitgliedschaft ist ein Beschäftigungsverhältnis zum ORF oder die Empfehlung durch ein beim ORF beschäftigtes Vereinsmitglied. Der beklagte Verein hat ca. 2.000 Mitglieder. Subventionen erhält er vom ORF, der die Büroräume zur Verfügung stellt und Büromaterial, Energieverbrauch und Postgebühren bezahlt, sowie vom Betriebsratsfonds. Die restlichen Aufwendungen, insbesondere die Lohnkosten für zwei mit der Betreuung der Mitglieder beschäftigte Angestellte eines Personalbereitstellungsunternehmens, alle Steuern, Buchhaltungskosten einer Wirtschaftstreuhandkanzlei deckt die beklagte Partei durch Einbehaltung von Teilen jener Preisnachlässe, die sie von Reiseveranstaltern erhält. Die Vereinsorgane sind Angestellte des ORF. Sie üben ihre Funktion ehrenamtlich aus. Die Tätigkeit der beklagten Partei besteht im wesentlichen in der Buchung von Reisen für ihre Mitglieder aus den Angeboten verschiedenster Reiseveranstalter (Reisebüros). In den Büroräumen der beklagten Partei liegen Reiseprospekte auf, aus denen die Mitglieder der beklagten Partei die jeweils gewünschte Reise wählen können. Über

Wunsch werden die Mitglieder der beklagten Partei über die Reise auch näher beraten. Nach Auswahl einer Reise durch ein Mitglied nimmt die beklagte Partei mit dem betreffenden Reiseveranstalter Kontakt auf und bucht die gewünschten Plätze, soferne sie noch frei sind. Der Reiseveranstalter legt dann dem Ö\*\*\* V\*\*\* darüber Rechnung; dieses fakturiert an

die beklagte Partei. Bei Buchungen bei den Firmen N\*\*\* und

R\*\*\* unterbleibt die Dazwischenschaltung des Ö\*\*\*

V\*\*\*.

Die Reiseveranstalter gewähren der beklagten Partei zwischen 5 und 10 % Nachlaß. Die beklagte Partei gibt bei Reisen, die vom Ö\*\*\* V\*\*\* veranstaltet werden, den gesamten

Rabatt an das bestellende Mitglied weiter, bei Buchungen bei anderen Reiseveranstaltern behält sie vom Rabatt 2 % des Arrangementpreises zur Aufwandsdeckung ein. Diese Art der Aufbringung von Mitteln ist in den Vereinssatzungen nicht vorgesehen. Die beklagte Partei verfügt über keine Reisebürokonzession gemäß § 208 GewO 1973. Sie erzielte im Jahre 1983 Umsätze in Höhe von S 11 Mio., was mindestens der Größenordnung eines mittleren Reisebüros entspricht. Der klagende Wettbewerbsschutzverband, dem unter anderem der Ö\*\*\* R\*\*\* angehört, stellte das Hauptbegehr, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, die Ankündigung, Anbietung und Durchführung von Geschäften und Dienstleistungen und sonstigen Tätigkeiten, die der Konzessionspflicht für die Ausübung des Reisebürogewerbes unterliegen, zu unterlassen und sie zur Veröffentlichung des stattgebenden Teiles des Urteilsspruches in zwei (näher bezeichneten) Zeitungen zu ermächtigen. In der Folge stellte die klagende Partei das Eventualbegehr, die - ähnlich wie im Hauptbegehr definierte - Reisebürotätigkeit zu unterlassen, sofern die dadurch erzielten Einnahmen oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile - mögen diese auch den Mitgliedern der beklagten Partei zufließen - nicht der Verwirklichung eines statutarisch festgelegten ideellen Vereinszweckes dienen. Auch dieses Begehr verband die klagende Partei mit einem entsprechenden Veröffentlichungsbegehr. Die klagende Partei behauptet, der beklagte Verein übe durch Reiseberatung, Reisevermittlung und Entgegennahme von Buchungen das Reisebürogewerbe aus, ohne im Besitze einer Konzession zu sein. Es könnten nicht nur ORF-Mitglieder, sondern auch deren Verwandte und Freunde Reisen zu besonders günstigen Bedingungen buchen. Die Tätigkeit der beklagten Partei sei satzungsgemäß nicht auf Gewinn gerichtet, sie verfolge aber die Erzielung von Erträgen (aus Provisionen, Mitgliedsbeiträgen und Subventionen) und sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen, die sie insbesondere den Vereinsmitgliedern in Form besonders preisgünstiger Reisearrangements zugutekommen lasse. Zudem erziele die beklagte Partei auch einen Gewinn, weil sie von den branchenüblichen Provisionen für die Vermittlung von Arrangements Teile zurück behalte und auch Stornogebühren einhebe. Die beklagte Partei erziele diese wirtschaftlichen Vorteile selbst. Sie habe keinen ideellen Vereinszweck, sondern entfalte nur Reisebürotätigkeiten. Eine Ankündigungstätigkeit entfalte die beklagte Partei dadurch, daß sie Reisevermittlungen in den Statuten (Beilage G) ankündige. Die beklagte Partei entspreche als Verein mangels ideeller Zielsetzungen nicht den vereinsrechtlichen Bestimmungen. In der planmäßigen und dauerhaften Verletzung dieser Bestimmungen durch Überschreitung der Funktionsbeschränkung auf nichtwirtschaftliche Ziele liege ein die guten Sitten verletzendes Verhalten im Sinne des § 1 UWG, durch das sich die beklagte Partei einen Wettbewerbsvorsprung verschaffe. Der beklagte Verein beantragte Abweisung des Klagebegehrens und brachte im wesentlichen vor, daß er ausschließlich für seine Mitglieder tätig werde. Er führe Buchungen nicht selbst durch, sondern vermittele nur seinen Mitgliedern die Buchung verbilligter Reisen, wodurch diesen ein unmittelbarer Vorteil verschafft werde. Diese Buchungen nehme er bei Reisebüros vor und gebe die dabei erzielten Provisionen zum überwiegenden Teil an seine Mitglieder weiter. Im Einverständnis mit diesen werde lediglich ein kleiner Teil der erzielten Provisionen zur Abdeckung der Barauslagen und Spesen des Vereins verwendet. Die beklagte Partei werde weder in Ertragsabsicht tätig, noch erziele sie Erträge.

Das Erstgericht wies das Haupt- und Eventualbegehr zur Gänze ab.

Das Erstgericht war der Ansicht, die beklagte Partei übe zwar selbständig und regelmäßig eine Reisebürotätigkeit im Sinne des § 208 GewO 1973 aus, doch fehle es an dem weiteren, für die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit nach § 1 Abs.2 GewO 1973 erforderlichen Merkmal, daß diese Tätigkeit in der Absicht betrieben werde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Bei der gewerberechtlichen Beurteilung von Vereinen sei ausschließlich die tatsächliche Vereinstätigkeit zugrundezulegen. Gemäß § 1 Abs.5 GewO 1973 liege die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den

Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Vom Zufließen eines Ertrages oder wirtschaftlichen Vorteiles könne aber nur dann gesprochen werden, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil zuerst beim Verein anfalle und danach offen oder versteckt den Mitgliedern zugutekomme. Der beklagte Verein erziele für sich keinen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil. Die erzielten Einnahmen würden fast zur Gänze zur Deckung des Aufwandes zur Erreichung des Vereinsziels verwendet. Bei der beklagten Partei liege keine Absicht vor, für sich einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes komme vorliegend nicht in Betracht, weil im Bereich des Wettbewerbsrechtes vereinsrechtliche und gewerberechtliche Fragen im Vordergrund stünden. Die beklagte Partei verstoße zwar (objektiv) insoweit gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG, als sie entgegen den Bestimmungen des Vereinsgesetzes die in den Vereinssatzungen als Mittel zur Erreichung des Vereinszweckes nicht angeführten Teile der Provision einbehalte. Die beklagte Partei habe jedoch diese Vorgangsweise als gerechtfertigt ansehen können, so daß ihr der Verstoß subjektiv nicht vorwerfbar sei. Wenn auch im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz Bedenken bestünden, daß die beklagte Partei nur mangels Gewinnabsicht nicht als Reisebüro behandelt werde, obwohl sie hauptsächlich Reisebürotätigkeiten entfalte, könne doch eine darin liegende Sittenwidrigkeit ihres Verhaltens mangels eindeutiger Fassung des Klagebegehrens nicht berücksichtigt werden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei teilweise Folge und erkannte die beklagte Partei schuldig, das Anbieten und die Durchführung von Geschäften, Dienstleistungen und sonstigen Tätigkeiten, die der Konzessionspflicht für die Ausübung des Reisebürogewerbes unterliegen, zu unterlassen, wies jedoch das Mehrbegehr auf Unterlassung der Ankündigung von Reisebürotätigkeiten, sowie das Eventualbegehr auf Unterlassung der Ankündigung von Reisebürotätigkeiten, sofern die dadurch erzielten Einnahmen oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile - mögen diese auch den Mitgliedern der beklagten Partei zufließen - nicht der Verwirklichung eines statutarisch festgelegten ideellen Vereinszweckes dienen und das Veröffentlichungsbegehr ab. Es sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 15.000,-- der von der Bestätigung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 60.000,-- und der Gesamtstreitwert S 300.000,-- übersteigt.

Das Berufungsgericht bejahte nicht nur - insoweit in Übereinstimmung mit dem Erstgericht - die Selbständigkeit und Regelmäßigkeit der Ausübung der Reisebürotätigkeit durch die beklagte Partei, sondern auch das weitere, für das Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit (§ 1 Abs.2 GewO 1973) erforderliche Merkmal, daß diese Tätigkeit in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, betrieben werde. Für welche Zwecke der Ertrag bestimmt sei, sei gleichgültig; er könne auch sozialen, wohltätigen oder anderen gemeinnützigen Zwecken dienen. Gemäß § 1 Abs.5 GewO 1973 liege die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn der Ertrag oder wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Der beklagte Verein sei eine solche Personenvereinigung. Allerdings unterliege eine Personenvereinigung nur dann dem Anwendungsbereich der GewO 1973, wenn sie in der Absicht tätig werde, für sich, wenn auch nur vorübergehend, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. § 1 Abs.5 GewO 1973 regle damit den Fall, daß ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil zwar bei der Personenvereinigung anfalle, jedoch nach deren Gebarung offen oder versteckt den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen soll. Bei der Prüfung dieser Frage sei nicht auf die Befugnisse des Vereins nach dem Vereinsgesetz und nach seinen Statuten, sondern auf die tatsächlich zum Ausdruck kommende Absicht abzustellen. Der beklagte Verein erziele neben seinen sonstigen Einnahmen auch Einkünfte aus der Einbehaltung von Teilen der ihm von den Reiseveranstaltern anlässlich der Buchungen gewährten Preisnachlässe. Diese Buchungen würden von der beklagten Partei und nicht von deren Mitgliedern vorgenommen. Die Ertragsabsicht sei dann vorhanden, wenn die der Tätigkeit entsprechenden Geschäfte in einer Weise abgeschlossen würden, die die Möglichkeit einer Gewinnerzielung offenlasse und für den auf einen Gewinn abzielenden Betrieb einer Unternehmung charakteristisch sei. Auf den tatsächlich erzielten Gewinn komme es nicht an. Auch der Umstand, daß die beklagte Partei nach ihren Statuten "gemeinnützig" konzipiert und nicht auf Gewinn gerichtet sei, könne an der Ertragserzielungsabsicht nichts ändern. Aus den Feststellungen über den Mitgliederstand und das Ausmaß der erzielten Umsätze - im Jahre 1983 S 11 Mio. - sei zu schließen, daß die beklagte Partei unabhängig davon, ob sie tatsächlich einen Gewinn erwirtschafte oder nicht, in der Lage sei, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Damit seien alle Voraussetzungen für eine Beurteilung der Reisebürotätigkeit der

beklagten Partei als "gewerbsmäßig" gegeben. Die festgestellte Tätigkeit der beklagten Partei sei als Vermittlung und Besorgung von Unterkünften und Verpflegung für Reisende zu qualifizieren. Auch die bloße Vermittlungstätigkeit sei nach dem klaren Wortlaut des § 208 Abs.1 GewO 1973 konzessionspflichtig.

Da die beklagte Partei diese Tätigkeit gewerbsmäßig, jedoch ohne Gewerbeberechtigung ausübe, liege ein Verstoß gegen wettbewerbsregelnde Normen der Gewerbeordnung über die Konzessionspflicht und damit ein Verstoß gegen die guten Sitten vor. Die Auffassung, die beklagte Partei hätte für die von ihr entfaltete Tätigkeit keiner Gewerbeberechtigung bedurft, könnte im Hinblick auf den Geschäftsumfang des Vereins nicht mit gutem Grund vertreten werden. Die beklagte Partei verschaffe sich durch die Verletzung wettbewerbsregelnder Vorschriften der Gewerbeordnung einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern. Das Anbieten und Gewähren von Reisebürotätigkeiten verstoße somit auch gegen die guten Sitten im Wettbewerb gemäß § 1 UWG.

Was die Begehnungsform des "Ankündigens" betreffe, habe sich die klagende Partei nur auf das Vorwort der im Büro der beklagten Partei aufliegenden Statuten Beilage G gestützt. Unter "Ankündigen" sei eine öffentliche Bekanntmachung oder eine Mitteilung zu verstehen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sei. Adressat dieser Handlungen sei die Allgemeinheit und nicht eine oder mehrere Einzelpersonen. Das Heftchen Beilage G werde nach dem Klagsvorbringen nur an Reiseinteressenten ausgegeben, die aber erst den Weg zur beklagten Partei finden müßten. Es werde somit der Inhalt der Beilage G zwar angeboten aber nicht der Allgemeinheit angekündigt. Hinsichtlich der Tathandlung des Ankündigens sei daher die Abweisung des Klagebegehrens zu bestätigen.

Das Erstgericht habe die Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens im Spruch nicht zum Ausdruck gebracht und auch in den Entscheidungsgründen nicht gesondert begründet. Die klagende Partei bekämpfe zwar mit ihrem uneingeschränkten Berufungsantrag auch die Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens, habe jedoch zu diesem Punkt keine Ausführungen gemacht, so daß dem Berufungsgericht insoweit eine Überprüfung des angefochtenen Urteils verwehrt sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen das Urteil des Berufungsgerichtes erhobene Revision der beklagten Partei ist berechtigt, nicht aber jene der klagenden Partei.

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs.2 GewO 1973, wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig, für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt gemäß § 1 Abs.5 GewO 1973 auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteile den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Mit dieser, in der GewO 1859 nicht enthaltenen Begriffsbestimmung der Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit beabsichtigte der Gesetzgeber keine Änderung der bis dahin gegebenen materiellen Rechtslage. § 1 Abs.2 bis 5 GewO 1973 geht vielmehr im Interesse der Kontinuität von dem durch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entwickelten Gewerbebegriff aus (RV 395 BlgNR 13.GP 102). Von den Merkmalen dieses Gewerbebegriffes sind die Regelmäßigkeit und die Selbständigkeit der Tätigkeit der beklagten Partei nicht strittig, wohl aber der Ertragszweck (die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, in älteren Entscheidungen auch als "Gewinnerzielungsabsicht" bezeichnet).

Zu dieser Frage macht die beklagte Partei in ihrer Revision geltend, daß ihr als "ideeller Verein" (vgl. zu diesem Begriff Fessler-Kölbl, Österreichisches Vereinsrecht 5 11 ff.), die - vom Berufungsgericht aktenwidrig angenommene - Absicht fehle, für sich einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die Gebarung des beklagten Vereins mit Einnahmen und Ausgaben sei von dem Bestreben getragen, nur die aus der Verwirklichung des Vereinszweckes erwachsenden Ausgaben durch Einnahmen zu decken. Der Verein verschaffe nur seinen Mitgliedern durch Vermittlung verbilligter Reisearrangements unmittelbare Vorteile. Die Absicht des Gesetzgebers sei nicht darauf gerichtet gewesen, solche Vereine der Gewerbeordnung zu unterstellen.

Zu dieser Frage hat der erkennende Senat folgendes erwogen:

Sowohl im zeitlichen Geltungsbereich der GewO 1859 als auch der geltenden Gewerbeordnung hat sich der Verwaltungsgerichtshof wiederholt mit der Frage befaßt, wann eine Betätigung in Gewinnabsicht unternommen wird und dazu in ständiger Rechtsprechung festgehalten, daß Entgeltlichkeit allein noch nicht erweist, daß mit der

Betätigung ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil herbeigeführt werden solle; im besonderen werde dies dann nicht zutreffen, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen (VwSlgNF 4634 A, 7736 A und 9023 A; ferner Erk. vom 26.Oktober 1961, Zl.372/60; ÖZW 1978, 20 mit Komm. von Christine Kaan). Für bedeutungslos hielt der Verwaltungsgerichtshof in diesem Zusammenhang, ob die dieser Absicht der Kostendeckung dienende Gebarung eine kaufmännische sei (VwSlgNF 9023 A; Erk. vom 26.Oktober 1961, Zl.372/60). Andererseits hat aber der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht vertreten, daß es bei der Feststellung der Ertragsabsicht auf die Typizität einer Tätigkeit ankomme (nur in diesem Sinne ist die von der beklagten Partei als aktenwidrig gerügte rechtliche Schlußfolgerung des Berufungsgerichtes zu verstehen). Ertragsabsicht ist nach dieser Rechtsprechung vorhanden, wenn die der Tätigkeit entsprechenden Geschäfte in einer Weise abgeschlossen werden, welche die Möglichkeit der Erzielung eines Gewinnes offen läßt, und welche eben charakteristisch ist für den auf einen Gewinn abzielenden Betrieb einer Unternehmung (VwSlg.2361 A; Gottfried Winkler in Rill, Gewerberecht 10).

Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit dem Begriff der Gewinnerzielungsabsicht insbesondere bei der Beurteilung der Tätigkeit von Vereinen nach dem Vereinsgesetz 1951 (im folgenden: VG) zu befassen, bei denen der weite Begriff der Gewerbsmäßigkeit besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bringt (vgl.dazu Winkler in Rill a.a.O. 11). In der Entscheidung VwSlgNF 4634 A vom 15. April 1958 hatte der Verwaltungsgerichtshof die Tätigkeit eines "Reisevereins" zu beurteilen, der sich mit der Veranstaltung von Gesellschaftsfahrten befaßte. Der Verwaltungsgerichtshof führte aus, daß die Einhebung einer Manipulationsgebühr (zur Deckung der Gehälter der beiden Angestellten, der sozialen Abgaben, der Büromiete und der Steuer) zwar ein Indiz dafür sein könnte, daß die Kostenersparnis der Mitglieder nicht der alleinige Zweck der vom Verein entfalteten Tätigkeit sei, z.B. wenn Funktionäre des Vereins aus den Eingängen Vergütungen erhielten. In dem behandelten Fall sollte jedoch die Manipulationsgebühr nur die tatsächlich entstandenen Unkosten decken, so daß eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit nicht angenommen werden könne. Der Meinung der damals belangten Behörde, daß sich die Gewinnerzielungsabsicht schon daraus ergebe, daß den Mitgliedern des Vereins die Möglichkeit geboten werde, billiger zu reisen, stimmte der Verwaltungsgerichtshof zumindest nicht vorbehaltlos zu. Die für diese Ansicht sprechende Bemerkung von Laszky-Nathansky (Komm.z.GewO 2 I 39), daß auch die Ersparung eines Zwischenhandelsgewinns ein wirtschaftlicher Vorteil sei, beziehe sich auf das Erkenntnis VwSlg.16.310 A, gebe jedoch nicht die Ansicht dieses Gerichtshofes, sondern der damals belangten Behörde wieder. Es könnte dahingestellt bleiben, welche Bedeutung einem solchen Umstand zukäme, wenn es sich um ein Unternehmen handelte, das sich nach Art und Umfang der Geschäftsführung insbesondere nach der Art der Kalkulation und etwa sonst ins Gewicht fallenden Merkmalen von gewerblichen Unternehmen der gleichen Art kaum unterscheide.

Der Verwaltungsgerichtshof ging in diesem Erkenntnis auch auf eine Vorentscheidung vom 23.Jänner 1911 (VwSlg.7920 A) ein, wonach die Unternehmungen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften überhaupt, insbesondere auch die Konsumvereine, auf Gewinnerzielung gerichtete, also gewerbemäßig betriebene Unternehmungen seien, auch wenn sie den Geschäftsverkehr auf Genossenschaftsmitglieder beschränken und den Warenverkauf zum Selbstkostenpreise des Konsumvereins bzw. die Verteilung des Reingewinns an die Genossenschafter nach Maßgabe ihres Warenbezuges vorsehen (ähnlich VwSlg.8074 A vom 4.März 1911, wonach der Ausschank von Bier seitens eines Konsumvereines an seine Mitglieder [zum Selbstkostenpreis] unter den Begriff eines "gewerbsmäßigen" Betriebes fällt). Der Verwaltungsgerichtshof verwies darauf, daß jenes Erkenntnis (VwSlg.7920 A) darauf beruhe, daß Art.IV Abs.2 KdMPat.z.GewO 1859 Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften als gewerbsmäßige Unternehmungen erklärt habe, mochten sie auch von der Absicht geleitet sein, ihren Mitgliedern die Ersparung eines Zwischenhandelsgewinnes zu ermöglichen. In diesem Erkenntnis (VwSlg.7920 A) sei aber auch zum Ausdruck gekommen, daß von einem gewerblichen Unternehmen keine Rede sein könne, sofern sich die Absicht der Kostenersparnis rein verwirklichen lasse und auch tatsächlich verwirklicht werde. Werde daher nachweislich nicht auf Gewinn kalkuliert, liege keine gewerbliche Tätigkeit vor. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte damit die den Entscheidungen VwSlg.7920 A und 8074 A (vom Gerichtshof damals nicht zitiert) zugrundeliegende Ansicht, die Gewinnerzielungsabsicht könne auch darin liegen, daß den Mitgliedern einer Personenvereinigung eine Kostenersparnis zugutekäme, zumindest für den Bereich der nicht auf Gewinn berechneten Vereine ab.

Gerade auf diese beiden Entscheidungen stützen sich aber die Materialien zu§ 1 Abs.5 GewO (RV 395 BlgNR 13.GP 104) mit dem Hinweis, es solle durch diese Bestimmung "die durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erfolgte Klarstellung, wonach die Tatsache, daß bei einer Personenvereinigung der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche

Vorteil lediglich den Mitgliedern zufließt, nichts an der Gewerbsmäßigkeit der betreffenden Tätigkeit ändert, in das Gesetz aufgenommen werden".

Schon mit Erkenntnis vom 17. November 1976 (ÖZW 1978, 20) hatte der Verwaltungsgerichtshof Gelegenheit, zur neuen Bestimmung des § 1 Abs.5 GewO 1973 bei der Beurteilung der Tätigkeit eines Siedlervereines, die von der belangten Behörde als unbefugte Ausübung des Immobilienmaklergewerbes qualifiziert worden war, Stellung zu nehmen. Der Verwaltungsgerichtshof war der Ansicht, daß eine Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs.2 GewO nicht allein deshalb vorliege, weil für die Tätigkeit eines Vereins von dessen Mitgliedern Geldleistungen, die nur zur Deckung der mit der Vereinstätigkeit zwangsläufig verbundenen Auslagen ausreichen - im Beschwerdefall das Eintrittsgeld und der Mitgliedsbeitrag - verlangt wurden. Aus § 1 Abs.5 GewO 1973 könne nichts anderes abgeleitet werden. Unter einer "Personenvereinigung" im Sinne dieser Vorschrift seien die juristischen Personen und die Personengesellschaften des Handelsrechtes zu verstehen. Da auf denjenigen, dem eine gewerbsmäßige Tätigkeit zugerechnet werden solle, begrifflich alle Merkmale der Gewerbsmäßigkeit zutreffen müßten, bedeute dies, daß auch eine Personenvereinigung im Sinne des § 1 Abs.5 GewO 1973 jedenfalls nur dann dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1973 unterliege, wenn sie in der Absicht tätig werde, für sich, wenn auch nur vorübergehend, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. § 1 Abs.5 GewO 1973 regle demgemäß den Fall, daß ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil zwar bei der Personenvereinigung anfalle, jedoch nach deren Gebarung, sei es offen oder versteckt, den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen solle. Dieser Auslegung entsprächen auch die Gesetzesmaterialien zu § 1 Abs.2 GewO 1973. Die EB z.RV (395 BlgNR 13. GP) und der Bericht des Handelsausschusses (941 BlgNR 13.GP) brächten zum Ausdruck, daß Werkstüchen, Leihbibliotheken und ähnliche soziale Einrichtungen eines Unternehmens sowie die Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Interessenvertretungen im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenkreises, insbesondere die Beratung der Mitglieder durch gesetzliche berufliche Vertretungen, soweit diese nach dem Kostendeckungsprinzip ausgeübt werden, nicht dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung unterliegen sollten. Unter diesem Gesichtspunkt sei die historische Absicht des Gesetzgebers offensichtlich nicht darauf gerichtet, Personenvereinigungen im Sinne des § 1 Abs.5 GewO 1973, wie Vereine und Körperschaften, deren Tätigkeit lediglich einen unmittelbaren Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für die Mitglieder der Vereinigung zur Folge habe, der Gewerbeordnung zu unterstellen.

In der Entscheidung vom 22. Februar 1980 (VwSlgNF 10.048 A) hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu befassen, ob die Veranstaltung von Schiwochenenden und einwöchigen Schiurlauben für die Mitglieder eines Sportclubs eine unbefugte Ausübung des Reisebürogewerbes sei. Der Verwaltungsgerichtshof führte aus, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliege, nicht darauf ankomme, inwieweit er nach dem Vereinsgesetz und nach seinen Statuten befugt sei, Tätigkeiten in Gewinnerzielungsabsicht auszuüben, sondern inwieweit eine solche Absicht tatsächlich bestehe. Als Begleiterscheinung von Tätigkeiten, die ein Verein bei Verwirklichung seines ideellen Zweckes ausübe, trete in der Regel eine Gebarung mit Einnahmen und Ausgaben auf. Sei diese mit dem Bemühen verbunden, Ausgaben gering zu halten oder unter Umständen zu vermeiden und darauf ausgerichtet, Einnahmen durch Leistungen der Mitglieder oder durch Spenden lediglich in der Höhe der aus der Verwirklichung der ideellen Vereinszwecke zwangsläufig erwachsenden Auslagen zu erzielen, so liege keine Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs.2 GewO 1973 vor. Begünstigungen, die der Verein für sich oder seine Mitglieder in Anspruch genommen habe, um bei der Verfolgung der ideellen Vereinszwecke Auslagen zu vermeiden, seien somit den im § 1 Abs.2 GewO 1973 für gewerbsmäßige Tätigkeiten vorgesehenen Merkmal der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, nicht zuzuordnen. Es könne in diesem Zusammenhang auch nicht davon die Rede sein, daß ein allfälliger von der Personenvereinigung angestrebter Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 1 Abs.5 GewO 1973 den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen solle. Aus dieser Darstellung der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung ergibt sich, daß eine Gewinnabsicht im Sinne des § 1 Abs.2 GewO 1973 von der Rechtsprechung nicht angenommen wurde, wenn für die Tätigkeit des Vereins von den Mitgliedern Geldleistungen verlangt wurden, die nur zur Deckung der mit der Vereinstätigkeit zwangsläufig verbundenen Auslagen ausreichten und daß nur - in der älteren Rechtsprechung - Konsumvereine (also Genossenschaften, vgl. §§ 1 Abs.1, 2 Abs.3 GenG) wegen abweichender Rechtslage anders behandelt wurden und die Fälle, in denen die Ertragsabsicht aus der Typizität der Tätigkeit erschlossen wurde, keine Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes 1951 betrafen. In der einen weitgehend ähnlichen Sachverhalt betreffenden Entscheidung VwSlgNF 4634 A hat der Verwaltungsgerichtshof zwar die Möglichkeit angedeutet, daß bei Tätigkeiten,

die nach Art und Umfang einem gewerblichen Unternehmen gleichkämen, im Sinne des Vorliegens der Gewinnabsicht zu entscheiden sein könnte; die Gewinnabsicht wurde aber in dem damals zur Entscheidung stehenden Fall verneint, obwohl der betreffende "Reiseverein" zwei Angestellte beschäftigte und aus seinen "Manipulationsgebühren" bezahlte.

Zur Klärung der Frage, ob die beklagte Partei für ihre Tätigkeit eine Reisebürokonzession benötigt, sind, soweit diese Frage Hauptfrage eines Verfahrens ist, die zuständigen Gewerbebehörden berufen. Einer abschließenden Beurteilung dieser Frage bedarf es im vorliegenden Wettbewerbsstreit nicht. Wie der Oberste Gerichtshof wiederholt (zuletzt 4 Ob 305/86) ausgesprochen hat, verlangt das jedem Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens begrifflich innewohnende moralische Unwerturteil - im Sinne der Behauptung einer den anständigen Gebräuchen in Handel und Gewerbe zuwiderlaufenden, also gegen das Anstandsgefühl des durchschnittlichen Mitbewerbers oder die sittliche Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise verstößenden Wettbewerbshandlung (ÖBl.1976, 67 u.v.a.; Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 15; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 14 183) jedenfalls dort eine besondere subjektive Komponente auf der Seite des Beklagten, wo der ihm angelastete Wettbewerbsverstoß aus der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet wird. Was dem Betroffenen hier als "unlauteres Verhalten" angelastet wird, ist der Umstand, daß er sich über eine gesetzliche Norm hinweggesetzt hat, um auf diese Weise einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Nur eine dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbare Mißachtung einer solchen Vorschrift rechtfertigt es aber, über die bloße Verantwortlichkeit nach der übertretenen Verwaltungsvorschrift hinaus auch eine unlautere gegen die guten Sitten verstößende Wettbewerbshandlung im Sinne des § 1 UWG anzunehmen (in diesem Sinne bereits Schönherr in ÖBl.1977, 33; ÖBl.1977, 159; ÖBl.1981, 19; zu allem SZ 56/2). Dieser Grundsatz muß vor allem dort gelten, wo es um eine unterschiedliche Auslegung der angeblich verletzten Rechtsvorschrift (hier: der in Betracht kommenden Vorschriften der Gewerbeordnung) geht. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Verletzung dieser Vorschriften gegen § 1 UWG verstößt, kommt es vor allem darauf an, ob die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann; trifft dies zu, dann kann diese Auslegung der gesetzlichen Vorschrift und die darauf beruhende Tätigkeit des Beklagten nicht mehr als eine gegen das Anstandsgefühl der betroffenen Verkehrskreise verstößende Handlung angesehen werden.

Aufgrund der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Standpunkt der beklagten Partei, daß sie als nicht auf Gewinn berechneter Verein nur für ihre Mitglieder tätig werde und daher einer Reisebürokonzession nicht bedürfe, so weit gedeckt, daß er mit gutem Grund vertreten werden kann. Insbesondere aus der dargestellten Entscheidung VwSlgNF 4634 A konnte die Beklagte trotz des erheblichen Umfanges ihrer Reisevermittlungstätigkeit für ihre Mitglieder die durchaus vertretbare Meinung ableiten, sie bedürfe, so wie der damals belangte ihr ähnliche "Reiseverein" infolge Einhaltung des Kostendeckungsprinzips keiner Gewerbeberechtigung. Solange die zuständige Gewerbebehörde - sei es im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens oder im Rahmen eines Ansuchens um die Erteilung einer Gewerbeberechtigung - über diese Frage nicht entschieden hat, ist die Tätigkeit der beklagten Partei, was die behaupteten Verstöße gegen die Gewerbeordnung 1973 betrifft, wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

Gleiches gilt aber, womit in die Behandlung der Revision der klagenden Partei eingetreten wird, auch für die der beklagten Partei angelasteten Verstöße gegen das Vereinsgesetz 1951. Hier wirft die klagende Partei der beklagten Partei vor, in Wahrheit keinen ideellen Vereinszweck zu verfolgen, dem sich der Geschäftsbetrieb unterordne. Vielmehr sei dieser Geschäftsbetrieb selbst Zweck des Vereins. Der Verfassungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 1. Dezember 1983, B 39/83, die Bildung eines Vereins, dessen Statuten die Organisierung der Personenbeförderung mit Omnibussen und Personenkraftwagen vorsahen, untersagt. Die beklagte Partei verstoße außerdem gegen § 4 Abs.2 lit.a VG, weil sie die Mittel, die der Verwirklichung des Vereinszweckes dienen sollen, in den Statuten nicht erschöpfend aufzähle. Die in den Statuten nicht erwähnten Provisionen aus ihrer Reisebürotätigkeit stellten nämlich zweifellos ihre Haupteinnahmsquelle dar.

Nach § 2 VG sind von der Wirksamkeit dieses Gesetzes unter anderem Vereine und Gesellschaften ausgenommen, "welche auf Gewinn berechnet sind". Das VG definiert diesen Begriff nicht. In der Lehre wird seit jeher die Ansicht vertreten, das VG umfasse nur sogenannte "ideelle" oder "ideale Vereine". Diese Ausdrücke stellen nur Komplementärbegriffe zu den "auf Gewinn berechneten Vereinen" dar. Es ist daher bei Feststellung des Sinnes der Wendung "auf Gewinn berechnet" von ihrer üblichen Bedeutung im Sprachgebrauch und vom Zusammenhang, in dem sie im VG verwendet wird, auszugehen (Fessler-Kölbl a.a.O. 12 f.; VfGH 29.November 1982, B 190/82). Daraus ergibt sich, daß Personenvereinigungen, die darauf abzielen, einen Gewinn zu erwirtschaften (der dann den

Vereinsmitgliedern oder dritten Personen zugutekommen soll) oder bloß den Deckmantel für die Erwerbstätigkeit anderer Personen abzugeben, von der Wirksamkeit des VG ausgenommen sind (Fessler-Kölbl a.a.O. 12 f.; VfSlg.4411, 6883, 8844 m.w.N.; VfGH 29. November 1982, B 190/82; 1.Dezember 1983,B 39/83). Der Umstand allein, daß die Mitgliedschaft bei einem Verein für die Mitglieder auch Vorteile materieller Art, etwa das Senken der Kosten ihrer Wirtschaftsführung (VfSlg.8844) zur Folge hat, bewirkt demnach noch nicht, daß der Verein "auf Gewinn berechnet ist" (Fessler-Kölbl a. a.O. 13; VfGH 29.November 1982, B 190/82; 1.Dezember 1983, B 39/83).

Im Erkenntnis vom 29.November 1982,B 190/82, hat der Verfassungsgerichtshof einen Verein, der bezweckte, seinen Mitgliedern die Behebung und erleichterte Abwicklung von Kraftfahrzeugschäden zu ermöglichen, nicht als "auf Gewinn berechnet" angesehen; aus den Statuten des Vereins gehe wohl hervor, daß den Mitgliedern wirtschaftliche Vorteile bei der Behebung von Schäden an ihren Kraftfahrzeugen erwachsen, insbesondere daß sie dabei Kosten sparen sollten. Den Statuten sei aber in keiner Weise zu entnehmen, daß der Verein Überschüsse erzielen und diese etwa auf die Mitglieder ausschütten wollte.

Anders beurteilte der VfGH (Erkenntnis 1.Dezember 1983,B 39/83) die Statuten eines Vereins, der in Anlehnung an die Formulierungen des Gelegenheitsverkehrsgesetzes das regelmäßige Befördern eines unbestimmten Personenkreises gegen Entgelt mit Kraftfahrzeugen bezweckte. Dies sei nach den Erfahrungen des täglichen Lebens eine typisch gewerbliche, also eine auf Gewinn abzielende Tätigkeit, so daß der Verein die in den Statuten enthaltene Verheißung, daß er nicht auf Gewinn gerichtet sei, gar nicht einhalten könne. Die offenkundig gewinnorientierten, nicht auf die Vereinsmitglieder bezogenen Aktivitäten seien der einzige Vereinszweck. Dieser trete also nicht etwa gegenüber einem anderen (ideellen) derart zurück, daß der aus der Vereinstätigkeit erzielte Gewinn der Erreichung eines vornehmlich angestrebten (ideellen) Vereinszweckes diene. Aus diesen Erkenntnissen geht hervor, daß der Verfassungsgerichtshof den Begriff des "ideellen Vereins" nicht eng interpretiert und das Erzielen wirtschaftlicher Vorteile durch Senkung von Kosten durchaus noch in den Bereich der ideellen Zwecke fallen kann. Ähnliches gilt, wie das bereits oben erwähnte, einen Siedlerverein betreffende Erkenntnis ÖZW 1978, 20 zeigt, für die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Zutreffend verweist daher Christine Kaan in der Besprechung dieser Entscheidung darauf, daß Berufsvereinigungen, die die kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Anliegen ihrer Mitglieder unterstützen, ohne dieses weite Verständnis des Begriffes des "ideellen Vereins" gar nicht bestehen könnten und der Verfassungsgerichtshof selbst Vereine, deren Hauptzweck im Abschluß von Preisbindungsvereinbarungen bestand, nicht aufgelöst habe.

Ist ein Verein nach seinen satzungsgemäß (oder tatsächlichen) Zielsetzungen im Sinne des dargestellten weiten Verständnisses dieses Begriffes "nicht auf Gewinn berechnet", so stellt sich die weitere Frage, ob er Träger eines eigenen auf Gewinn berechneten Unternehmens sein darf, sofern dessen Geschäftsbetrieb der ideellen Zielsetzung untergeordnet ist und nicht zum Selbstzweck wird (vgl. Jud., Der Idealverein als Unternehmensträger und die Befugnisse der Vereinspolizei bei seiner Selbstaflösung, ÖZW 1980, 33 m.w.N. FN 13 und 39) gar nicht.

Da der beklagte Verein nur für seine Mitglieder Reisen organisiert und an diese keinen Gewinn ausschüttet, sondern ihnen lediglich die Vorteile aus der verbilligten Buchung von Reisen bei Reisebüros zugutekommen läßt, ist der Standpunkt der beklagten Partei (AS 76 f.), ihr Bestand als nicht "auf Gewinn berechneter Verein" entspreche den einschlägigen Bestimmungen des Vereinsgesetzes, durch dieses Gesetz und dazu ergangene Entscheidungen so weit gedeckt, daß er jedenfalls mit gutem Grund vertreten werden kann. Was bereits oben zur Frage des Verstoßes gegen Bestimmungen des Gewerberechtes gesagt wurde, gilt auch hier:

Solange die zuständigen Behörden über die vereinsrechtliche Zulässigkeit der Tätigkeit der beklagten Partei nicht derart entschieden haben, daß sie ihren derzeitigen Standpunkt nicht mehr mit guten Gründen aufrecht erhalten kann, ist ihre Tätigkeit auch wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bei dieser Rechtslage braucht auf die Frage, inwieweit die einschlägigen Bestimmungen des Vereinsgesetzes, die die Tätigkeit von Vereinen auf ideelle Zielsetzungen beschränken, wettbewerbsregelnden Charakter haben, nicht eingegangen zu werden. Ohne Bedeutung ist auch, ob die beklagte Partei die von den Reisebüros erzielten Provisionen gemäß § 4 Abs.2 lit.a VG in den Statuten als Einnahmen zur Verwirklichung des Vereinszweckes anführen müßte, weil das Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmungen nicht Gegenstand des Eventualbegehrens ist. Ob dieses Eventualbegehrn inhaltlich überhaupt vom Hauptbegehrn abweicht oder ob damit nur in Form einer unechten Bedingung ("..... zu unterlassen, sofern die dadurch erzielten Einnahmen oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile - mögen diese auch den Mitgliedern der beklagten Partei zufließen - nicht der Verwirklichung eines statutarisch

festgelegten ideellen Vereinszweckes dienen") ein weiterer Rechtsgrund für das sinngleiche Hauptbegehren geltend gemacht wird, kann ebenfalls auf sich beruhen, da auch das Eventualbegehren abzuweisen ist. Auf die in der Revision der beklagten Partei zum Verhältnis zwischen Haupt- und Eventualbegehren erstatteten Ausführungen ist daher nicht einzugehen. Die gänzliche Abweisung des Unterlassungsbegehrens erübrigत auch eine Stellungnahme zur Frage der "Ankündigung" des behaupteten Wettbewerbsverstoßes und der Urteilsveröffentlichung. Es ist somit nur der Revision der beklagten Partei Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E08182

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00401.85.0527.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860527\_OGH0002\_0040OB00401\_8500000\_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)