

TE OGH 2009/9/8 4Ob139/09h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.09.2009

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, ***** vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer-Glaser, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagten Parteien 1.) T***** GmbH, ***** 2.) R***** H***** dieser vertreten durch Dr. Anton Paul Schaffer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 40.000 EUR), über den ordentlichen Revisionsrekurs der zweitbeklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 29. Mai 2009, GZ 3 R 22/09s-14, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 30. Dezember 2008, GZ 10 Cg 168/08y-5, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden in Ansehung der zweitbeklagten Partei dahin abgeändert, dass die Entscheidung zu lauten hat:

„Einstweilige Verfügung:

Der zweitbeklagten Partei wird für die Dauer dieses Rechtsstreits im geschäftlichen Verkehr verboten, für den Betriebsstandort in Wien 1, ***** einen Ausverkauf, insbesondere einen totalen Ausverkauf wegen Umbau mit Preisreduktionen bis 80 % anzukündigen, ohne im Besitz der erforderlichen Ausverkaufsbewilligung der nach dem Standort des Ausverkaufs zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu sein, insbesondere, wenn dieser Standort überhaupt erst neu zum Zweck der Ankündigung eines nicht bewilligten Ausverkaufs eröffnet wurde.

Der Antrag der klagenden Partei, der zweitbeklagten Partei zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei gegen die zweitbeklagte Partei auf Unterlassung unlauterer Geschäftspraktiken mittels einstweiliger Verfügung zu verbieten, im Geschäftsverkehr den falschen Eindruck zu erwecken, dass ihre Ware zu besonders günstigen Konditionen und/oder zu diesen besonders günstigen Konditionen nur eine begrenzte Zeit verfügbar seien, insbesondere im Standort Wien, welcher überhaupt erst neu eröffnet wurde, durch Ankündigung eines Umbauabverkaufs mit Hinweisen wie 'totaler Abverkauf wegen Umbau' oder sinnähnlich in Verbindung mit Preisreduktionen bis 80 % und/oder mit Hinweisen wie 'nur noch bis ...' oder sinnähnlich, wenn das Geschäftslokal mit derartigen Preisreduktionsauslobungen weiter fortbetrieben wird, wird abgewiesen.“

Die zweitbeklagte Partei hat die Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen endgültig, die klagende Partei hat diese Kosten einstweilen selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Der Zweitbeklagte war Mehrheitsgesellschafter der Erstbeklagten mit einer 98 % des Stammkapitals entsprechenden Stammeinlage sowie deren gewerberechtlicher Geschäftsführer.

Die Erstbeklagte wurde mit Erklärung des Zweitbeklagten über die Errichtung der Gesellschaft vom 21. 4. 2008 gegründet und am 10. 5. 2008 in das Firmenbuch eingetragen. Kurz nach Errichtung der Gesellschaft übertrug der Zweitbeklagte einen einer Stammeinlage von 700 EUR entsprechenden Geschäftsanteil an eine weitere Person, welche an seiner Stelle handelsrechtlicher Geschäftsführer wurde. In der Folge fanden zwei weitere Geschäftsführerwechsel statt.

Die Erstbeklagte betreibt ein Textilhandelsunternehmen. Am 7. 7. 2008 eröffnete sie ein Geschäftslokal in Wien. Dabei brachte sie von Anbeginn an an den Auslagenfenstern Plakate mit der Ankündigung an: „Totaler Abverkauf wegen Umbau, bis zu -80 %“. Eine behördliche Bewilligung zur Ankündigung eines Ausverkaufs (§ 33b UWG) lag nicht vor.

Nach Abgabe einer infolge Beanstandung durch den Kläger erzwungenen außergerichtlichen Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ersetzte die Erstbeklagte den Hinweis „Totaler Abverkauf wegen Umbau“ durch einen plakativ hervorgehobenen Hinweis auf die zeitlich beschränkte Gültigkeit des Angebots bzw der Öffnung des Geschäftslokals mit großer knalliger roter Schrift auf den Eingangstüren „nur noch bis 31. 8.“ und später „nur noch bis 30. 9.“, wobei die Preisreduzierungsankündigungen und die ausverkaufsmäßige Warenpräsentation beibehalten wurden. Noch im November 2008 warb die Erstbeklagte an ihrem Standort unverändert mit Preisreduzierungen bis 80 % oder mit „alles - 50 %“.

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Voraussetzungen, die zu einem beschleunigten Verkauf nötigen, vorliegen; für die am Standort der Erstbeklagten preisreduziert angebotenen Waren konnten keine regulären Verkaufspreise festgestellt werden; ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass die Erstbeklagte einen Umbau durchgeführt hatte.

Zur Sicherung gleichlautender Unterlassungsbegehren beantragte der Kläger, den Beklagten mittels einstweiliger Verfügung zu verbieten, im Geschäftsverkehr den falschen Eindruck zu erwecken, dass ihre Waren zu besonders günstigen Konditionen und/oder zu diesen besonders günstigen Konditionen nur eine begrenzte Zeit verfügbar seien, insbesondere im Standort Wien, welcher überhaupt erst neu eröffnet wurde, durch Ankündigung eines Umbauabverkaufs mit Hinweisen wie „totaler Abverkauf wegen Umbau“ oder sinnähnlich in Verbindung mit Preisreduktionen bis 80 % und/oder mit Hinweisen wie „nur noch bis ...“ oder sinnähnlich, wenn das Geschäftslokal mit derartigen Preisreduktionsauslobungen weiter fortbetrieben wird; hilfsweise, für den Betriebsstandort in Wien einen Ausverkauf, insbesondere einen totalen Abverkauf wegen Umbau, mit Preisreduktionen bis 80 % anzukündigen, ohne im Besitz der erforderlichen Ausverkaufsbewilligung der nach dem Standort des Ausverkaufs zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu sein, insbesondere, wenn dieser Standort überhaupt erst neu zum Zweck der Ankündigung eines nicht bewilligten Ausverkaufs eröffnet wurde. Die Ankündigung eines totalen Abverkaufs wegen Umbaus in Verbindung mit Preisreduktionsauslobungen von bis zu 80 % verstießen gegen Z 7 und Z 15 des Anhangs zum UWG, seien also eine unlautere Geschäftspraktik nach § 1 UWG. Schon die Geschäftseröffnung sei als „totaler Ausverkauf wegen Umbau“ getarnt gewesen und habe den falschen Eindruck erweckt, dass besonders preisgünstige Angebote aufgrund von Umständen, die zum beschleunigten Verkauf nötigten, nur sehr beschränkte Zeit zur Verfügung stünden. Preisreduktionen seien nur vorgetäuscht worden. Die Ankündigungen seien daher irreführend im Sinn des § 2 UWG und verstießen darüber hinaus gegen § 33b UWG. Der Zweitbeklagte sei einerseits beherrschender Gesellschafter und bestimme über die ihm zustehende Weisungsbefugnis das Verhalten der Erstbeklagten, andererseits sei er als gewerberechtlicher Geschäftsführer verantwortlich.

Die Erstbeklagte äußerte sich zum Sicherungsantrag nicht.

Der Zweitbeklagte wendete ein, er sei nicht passiv legitimiert. Über geschäftliche Vorgänge habe er keine Kenntnis. Seine Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer habe er bereits im Mai 2008 aufgegeben. Er habe weder Anteil am operativen Geschäft noch verfüge er über Informationen. Weder der gewerberechtliche Geschäftsführer noch der Gesellschafter einer GmbH könne für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung gegen beide Beklagte im Sinn des Hauptbegehrens. Die Verbotstatbestände nach Z 7 und Z 15 des Anhangs zum UWG seien verwirklicht. Der Zweitbeklagte hafte nach § 18 UWG.

Das Rekursgericht bestätigte die erlassene einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die Bestimmungen der §§ 33a ff UWG gewerberechtliche Vorschriften im Sinn des § 39 Abs 1 GewO 1994 seien, bei deren Verletzung durch den Gewerbeinhaber dessen gewerberechtlicher Geschäftsführer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könne. Zwar treffe den Zweitbeklagten die Unternehmerhaftung nach § 18 UWG nicht, weil er als Gesellschafter oder Geschäftsführer nicht Inhaber des Unternehmens sei, in dessen Betrieb Lauterkeitsverstöße gesetzt worden seien. Dass der Zweitbeklagte tatsächlich faktisch einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführungstätigkeit ausgeübt habe, sei hier nicht festgestellt. Allein die Tatsache, dass innerhalb kurzer Zeit mehrmals ein neuer Geschäftsführer bestellt worden sei, reiche hiefür nicht aus. Der Zweitbeklagte hafte aber als gewerberechtlicher Geschäftsführer für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften, nicht jedoch für bloße Verstöße nach dem UWG. Für den hier angekündigten Ausverkauf hätte es gemäß § 33b UWG der Bewilligung der nach dem Standort des Ausverkaufs zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde bedurft. Das Zuwiderhandeln gegen Vorschriften über Ausverkäufe sei nach §§ 33 f UWG eine von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe zu bestrafende Verwaltungsübertretung. Die Bestimmungen des Abschnitts 4a des UWG über die Ankündigung von Ausverkäufen seien durch das Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz BGBI Nr 147/1992 eingeführt worden und an die Stelle des bis dahin geltenden AusverkaufsG 1985 getreten. Obwohl deren Inhalt wettbewerbsrechtlicher Natur sei, habe das Ausverkaufsrecht auch seinen gewerberechtlichen Charakter beibehalten. Das Erfordernis einer gewerbebehördlichen Bewilligung und das gewerbebehördliche Bewilligungsverfahren bildeten die typisch gewerberechtlichen Komponenten der Ausverkaufsregelung. Es handle sich daher um gewerberechtliche Vorschriften im Sinn des § 39 Abs 1 GewO 1994, für deren Einhaltung der gewerberechtliche Geschäftsführer des Gewerbeinhabers verantwortlich sei. Er müsse in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen und eine entsprechende selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. In seiner Funktion als gewerberechtlicher Geschäftsführer hätte der Zweitbeklagte die gesetzwidrige und ohne behördliche Bewilligung erfolgte Ankündigung eines Umbauabverkaufs abstellen müssen. Dass er Entsprechendes veranlasst hätte, habe er nicht behauptet und ergebe sich auch nicht aus dem festgestellten Sachverhalt. Es sei als von den Pflichten des gewerberechtlichen Geschäftsführers mitumfasst anzusehen, zu prüfen, ob ein vom Gesetz gebilligter Grund für die Ankündigung eines Umbauabverkaufs vorliege, wenn ein solcher angekündigt werde. Der Zweitbeklagte hätte daher als gewerberechtlicher Geschäftsführer gegen die Vortäuschung eines Umbauabverkaufs nicht nur deshalb einschreiten müssen, weil keine behördliche Bewilligung vorgelegen sei, sondern schon deshalb, weil eine solche aufgrund des offenkundig beabsichtigten Zwecks der Ankündigung, nämlich der Täuschung des Käuferpublikums, gar nicht hätte erlangt werden können.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Zweitbeklagten ist zulässig und teilweise auch berechtigt.

In dritter Instanz strittig verblieben ist ausschließlich die Haftung des Zweitbeklagten für das inzwischen unstrittig rechtswidrige Verhalten der Erstbeklagten bei Ankündigung von Ausverkäufen (§§ 33a ff UWG).

Nach den unbestritten gebliebenen erstgerichtlichen Feststellungen war der Zweitbeklagte gewerberechtlicher Geschäftsführer der Erstbeklagten. Er war daher gemäß § 39 Abs 1 GewO 1994 dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich. Dem Begriff „gewerberechtliche Vorschriften“ kommt ein Inhalt zu, der dem Begriff „Gewerbe“ nach dem Stand und der Systematik der einfach rechtlichen Gesetzgebung am 1. Oktober 1925 innewohnte. Zu den gewerberechtlichen Vorschriften zählen demnach die Bestimmungen der Gewerbeordnung und die darauf gegründeten Verordnungen und Bescheide. Darunter sind ferner auch die vorübergehend aufrecht erhaltenen Regelungen sowie die sogenannten gewerberechtlichen Nebengesetze zu verstehen. Zum Kreis der gewerberechtlichen Vorschriften gehören schließlich alle Regelungen, die auf dem Kompetenztatbestand der Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG beruhen (VwGH 88/18/0067 mwN; Kinscher/Paliege-Barfuß, GewO7, Anm 6 zu § 39 mwN). Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist auf dem Kompetenztatbestand der „Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs“ des

Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG als erlassen anzusehen und stellt solcherart keine gewerberechtliche Vorschrift dar (VwGH 84/04/0077; vgl RIS-Justiz RS0079504).

Der vorliegend beanstandete Lauterkeitsverstoß gründet aber auf den Bestimmungen der §§ 33a ff UWG, die durch das Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz (BGBl 1992/147) anstelle des Ausverkaufsgesetzes (BGBl 1985/51) in das UWG aufgenommen wurden. Der erste Entwurf für ein Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz hatte den Einbau dieser Regelungen in die Gewerbeordnung vorgesehen. Die in ihrer historischen Orientierung gewerberechtlichen Kernbestimmungen (Konzessionssystem für „echte“ Ausverkaufsanzeigen) wurden beibehalten (Kucska in Wiebe/G. Kodek, UWG, Rz 11 zu § 33a mwN; Hanreich, Das neue österreichische Wettbewerbs- und Preisrecht, ÖZW 1992, 33 [38]). Die Ausverkaufsbestimmungen gehören daher ungeachtet ihrer Aufnahme in das UWG zu den gewerberechtlichen Vorschriften, für deren Einhaltung der gewerberechtliche Geschäftsführer verantwortlich ist (Kinscher/Paliege-Barfuß aaO Anm 11; vgl VwGH 92/04/0127 zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers in Ansehung eines Verstoßes gegen das AusverkaufsG; VwGH 93/04/0011 zur unveränderten Zielsetzung der Ausverkaufsregeln nach Aufnahme in das UWG).

Gemäß § 34 Abs 3 UWG kann derjenige, der den Ausverkaufsvorschriften (§§ 33a ff UWG) zuwiderhandelt ua auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. §§ 14 bis 18 UWG und §§ 20 bis 26 UWG sind entsprechend anzuwenden. Diese Bestimmung schuf daher einen eigenständigen Unterlassungsanspruch für Fälle der Verletzung der im UWG enthaltenen gewerberechtlichen Vorschriften, auf den die für Anspruchsverfolgung und Passivlegitimation maßgeblichen Bestimmungen des UWG anzuwenden sind. Bei Beurteilung eines derartigen Verstoßes kann daher auf die Rechtsprechung zu §§ 14 und 18 UWG zurückgegriffen werden.

Die zur Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers ergangene Rechtsprechung verneint zwar dessen Haftung für wettbewerbswidriges Verhalten der Gesellschaft, sofern er nicht selbst am Verstoß beteiligt war, bejaht jedoch seine Haftung für Verstöße gegen gewerberechtliche Bestimmungen (4 Ob 203/05i; RIS-Justiz RS0079504). So etwa, wenn die behauptete Überschreitung der Befugnisse des Gewerbeinhabers in seinen Verantwortungsbereich fällt. In einem solchen Fall kann ihm nämlich vorgeworfen werden, trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der beanstandeten Handlung nicht dagegen eingeschritten zu sein (4 Ob 137/06k). Auch 4 Ob 103/89 hält eine Haftung für Verstöße gegen die Gewerbeordnung für möglich, lässt den gewerberechtlichen Geschäftsführer jedoch für eine als Verstoß gegen § 2 UWG beurteilte Maßnahme im Zusammenhang mit einem Konkursverkauf dennoch (nur) deshalb haften, weil er eine beherrschende Stellung im Unternehmen ausübte. Diese Entscheidung kann daher nicht als Argument gegen eine Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers für Verstöße der Gesellschaft gegen in das UWG aufgenommene gewerberechtliche Bestimmungen herangezogen werden.

§ 39 Abs 2 GewO verlangt, dass sich der gewerberechtliche Geschäftsführer im Betrieb entsprechend zu betätigen hat und eine seiner Verantwortung für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften entsprechende, selbst verantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen muss. Unter „sich im Betrieb entsprechend betätigen“ ist zu verstehen, dass diese Tätigkeit es dem Geschäftsführer ermöglichen muss, die gewerbliche Tätigkeit des Betriebs ausreichend zu beobachten und zu kontrollieren (9 ObA 139/99w, 2 Ob 273/05v). Er hat für die Einhaltung der die Ausführung des Gewerbes betreffenden Vorschriften zu sorgen und einen Verstoß gegen gewerberechtliche Bestimmungen zu verhindern. Um seine gewerberechtliche Verantwortung wahrnehmen zu können, muss der Geschäftsführer - als Voraussetzung seiner Tätigkeit - auch die Befugnis haben, Missstände, die einen Verstoß gegen gewerberechtliche Vorschriften bilden, abzustellen (Kinscher/Paliege-Barfuß aaO § 39 Rz 48). Von seiner (rechtlichen) Möglichkeit, einen Verstoß zu verhindern oder abzustellen ist deshalb auszugehen. Nimmt der gewerberechtliche Geschäftsführer den in § 39 Abs 2 GewO umschriebenen Verantwortungsbereich in Bezug auf gewerberechtliche Vorschriften nicht (oder nicht ausreichend) wahr, so haftet (auch) er für einen Verstoß, weil er trotz zumindest fahrlässiger Unkenntnis der beanstandeten Handlung nicht dagegen eingeschritten ist (vgl 4 Ob 137/06k).

Wie bereits dargestellt gehören die Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff UWG zu den vom gewerberechtlichen Geschäftsführer zu verantwortenden gewerberechtlichen Vorschriften, sodass sich die von ihm zu fordernde selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis entgegen der vom Revisionsrekurswerber vertretenen Ansicht auch auf diese Bestimmungen bezieht, ohne dass es der vermissten ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedürfte.

Zusammenfassend gilt: Der Verantwortungsbereich des gewerberechtlichen Geschäftsführers umfasst die Einhaltung der die Ausübung des Gewerbes betreffenden gewerberechtlichen Vorschriften, die auch die in den §§ 33a ff UWG

geregelten Ausverkaufsvorschriften umfassen. Deren Missachtung rechtfertigt daher mangels Einschreitens dagegen trotz zumindest fahrlässiger Unkenntnis der beanstandeten Handlungen Unterlassungsansprüche (§ 34 Abs 3 UWG).

Das Hauptbegehren des Klägers ist auf die Unterlassung irreführender Geschäftspraktiken im Sinn der Z 7 und 15 des Anhangs sowie § 2 UWG gerichtet. Mangels Bescheinigung eigener Beteiligung des Zweitbeklagten an den Verstößen der Erstbeklagten oder eines faktisch bestimmenden Einflusses des Zweitbeklagten auf die Geschäfte der Erstbeklagten (vgl 4 Ob 103/89 = ÖBI 1990, 123 - Gemeinschaftswerbung) fehlt die Grundlage für eine allgemeine Haftung des Zweitbeklagten als (bloß) gewerberechtlicher Geschäftsführer für im Betrieb der Erstbeklagten begangene Lauterkeitsverstöße (RIS-Justiz RS0079504). In seinen Verantwortungsbereich fällt jedoch die Einhaltung der die Ausübung des Gewerbes betreffenden - hier verletzten - gewerberechtlichen Vorschriften, deren Missachtung gemäß § 34 Abs 3 UWG den hilfsweise erhobenen auf den Verstoß gegen die Ausverkaufsbestimmungen gestützten Unterlassungsanspruch rechtfertigt.

Das auf Unterlassung irreführender Geschäftspraktiken gerichtete Sicherungsbegehren ist daher abzuweisen und die einstweilige Verfügung im Sinn des Eventualbegehrens zu erlassen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich auf § 43 Abs 2 erster Fall und § 50 ZPO iVm § 393 Abs 1 EO.

Schlagworte

Totaler Abverkauf,

Textnummer

E92206

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2009:0040OB00139.09H.0908.000

Im RIS seit

08.10.2009

Zuletzt aktualisiert am

20.12.2013

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