

TE OGH 2008/6/10 1Ob94/08t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.06.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei N***** F****, Tabaktrafikantin, *****, vertreten durch Weh Rechtsanwalt GmbH in Bregenz, gegen die beklagte Partei Monopolverwaltung GmbH, Wien 9, Porzellangasse 47, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, wegen Feststellung (Streitwert 21.190 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 20. Februar 2008, GZ 2 R 215/07p-20, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28. Juni 2007, GZ 46 Cg 33/05f-15, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

1. Der Antrag der klagenden Partei auf Anberaumung einer Revisionsverhandlung wird abgewiesen.
2. Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Es wird festgestellt, dass die mit Schreiben der beklagten Partei vom 11. November 2002 ausgesprochene Verhängung einer Geldstrafe über die klagende Partei unwirksam ist.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 11.590,40 EUR (darin 1.503,90 EUR USt und 2.567 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin betreibt aufgrund eines mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten geschlossenen Bestellungsvertrags vom 26. 6. 1987 ein Tabakgeschäft in der Kassenhalle eines Bahnhofs. Auf der gegenüberliegenden Seite der Kassenhalle betrieb sie im Jahr 2002 einen Schauraum. Nachdem die Beklagte sie darauf hingewiesen hatte, dass dies nicht erlaubt sei, übertrug sie den Schauraum ihrer Pflegetochter. Im Schauraum hatte sie Humidore, Pfeifen, Pfeifenzubehör, Cutter und Aschenbecher ausgestellt. An der Glasscheibe des Schauraums befand sich ein Schild mit folgendem Text:

Schauraum

N***** F****

Humidore, Pfeifenzubehör.

Wir sind gerne für Sie da,

Donnerstag 17.00 bis 21.00 Uhr,

Freitag 12.00 bis 17.00 Uhr,

Samstag 10.00 bis 16.00 Uhr.

Zu anderen Zeiten Montag bis Sonntag von 10.00 bis 22.00 Uhr finden Sie uns in unserem Tabakfachgeschäft Kassenhalle neben L*****". In der Auslage des Schauraums befand sich hinter einem Humidor aufgestellt ein etwas über A4-großes Bild, das das Logo der Fa D***** zeigt. Es befand sich kein Text auf dem Bild. D***** ist eine bekannte Zigarrenmarke. Das Logo findet sich auf den Produkten der Fa D*****. Dass auf dem Bild eine Zigarette oder ein rauchender Mensch zu sehen war, konnte nicht festgestellt werden. Wie ein Bild der Fa A***** V***** im Einzelnen ausgesehen hat, das ebenfalls im Schauraum zu sehen war, konnte auch nicht festgestellt werden. Mit nachstehendem Schreiben vom 11. 11. 2002 verhängte die Beklagte über die Klägerin eine Geldbuße:

„Gemäß § 35 Abs 2 Z 2 in Verbindung mit § 35 Abs 6 TabMG 1996 wird über Sie wegen unerlaubter Werbung (§ 39 Abs 1 und 2 TabMG 1996) eine Geldbuße in Höhe von „Gemäß Paragraph 35, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 35, Absatz 6, TabMG 1996 wird über Sie wegen unerlaubter Werbung (Paragraph 39, Absatz eins und 2 TabMG 1996) eine Geldbuße in Höhe von

11.190 EUR (elftausendeinhunderneunzig Euro)

verhängt.

Diese Geldbuße ist mittels beiliegenden Erlagscheins an die Wohlfahrtseinrichtung der Tabaktrikanten Österreichs binnen 14 Tagen zur Überweisung zu bringen.

Wir begründen diese Entscheidung wie folgt:

Es musste festgestellt werden, dass Sie in etwa 30 Meter Entfernung von ihrer Tabaktrik einen Schauraum für diverse Rauchernebenartikel betrieben. Dieser weist eine Fläche in der Größe eines Tabakfachgeschäfts auf. An dem Lokal wurde ein Hinweis angebracht, dass es sich um einen Schauraum der Trafik F***** handelt. Weiters wird dort für Tabakprodukte Werbung betrieben.

Diese Vorgangsweise stellt eine verbotene Werbung im Sinne des § 39 TabMG 1996 und in Anwendung des § 35 Abs 2 Z 2 TabMG 1996 einen Kündigungsgrund dar. Diese Vorgangsweise stellt eine verbotene Werbung im Sinne des Paragraph 39, TabMG 1996 und in Anwendung des Paragraph 35, Absatz 2, Ziffer 2, TabMG 1996 einen Kündigungsgrund dar.

Besonders erschwerend ist dabei die offensichtliche Übertretung des Werbeverbots an einem der frequentiertesten Plätze Österreichs in der äußerst großflächigen Präsentation.

Nach der gesetzlich vorgesehenen Anhörung des Landesremiums der Tabaktrikanten, welches ein Absehen von der Kündigung des Bestellvertrags befürwortet hat, macht die Monopolverwaltung somit von der Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße Gebrauch und sieht damit von der Kündigung des Bestellvertrags ab. Die Höhe der beabsichtigten Geldbuße beträgt 5 % des letzten Tabakwarenmonatsumsatzes (223.818,22 EUR im September 2002, davon 5 % sind 11.190 EUR).

Die Erteilung einer schriftlichen Verwarnung war aufgrund der schwerwiegenden Übertretung des Werbeverbots nicht möglich. Wir weisen darauf hin, dass Sie bei einem weiteren Verstoß gegen die angeführten oder andere Bestimmungen des TabMG 1996 mit der Kündigung des Bestellvertrags zu rechnen haben."

Die Klägerin bezahlte die 11.190 EUR.

Sie beantragte nun den urteilmäßigen Ausspruch, dass die von der Beklagten verhängte Strafe „aufgehoben wird bzw. unwirksam ist, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, mit der Wirkung, dass die bereits bezahlte Strafe zurückzuzahlen ist“. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, sie habe keinen Verstoß gegen ein gesetzliches Werbeverbot begangen. Die gesetzlichen Werbebeschränkungen seien auch gleichheits- und damit verfassungswidrig und widersprächen dem europäischen Gemeinschaftsrecht. Die Strafe sei jedenfalls überhöht, zumal die Klägerin vorab nicht einmal gemahnt worden sei. Überhaupt wäre bei Annahme eines Verstoßes eine Verwarnung ausreichend gewesen. Die Beklagte wandte dagegen im Wesentlichen ein, die Klägerin habe gegen das Werbeverbot des § 39 TabMG 1996 verstoßen, wonach Inhabern von Tabakfachgeschäften jegliche standortexterne Werbung für Tabakerzeugnisse, für ihre Tabaktrik sowie für sämtliche sonstigen in Tabakgeschäften zulässigen Waren oder

Dienstleistungen (Nebenartikel) untersagt sei. Auch in der Ankündigung auf der Schautafel und im Verweis auf die Tabaktrafik der Klägerin liege eine unzulässige Werbung für ihre Tabaktrafik. Die Klägerin habe weiters unzulässigerweise Handel außerhalb des im Bestellungsvertrag angegebenen Geschäftslokals und in ihrem Schauraum unzulässige Tabakwerbung für bestimmte Zigarren der Fa D***** betrieben. Die Beklagte habe daher zu Recht unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes eine Geldbuße in Höhe von 5 % des letzten Monatsumsatzes mit Tabakerzeugnissen verhängt. Sie beantragte nun den urteilmäßigen Ausspruch, dass die von der Beklagten verhängte Strafe „aufgehoben wird bzw unwirksam ist, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, mit der Wirkung, dass die bereits bezahlte Strafe zurückzuzahlen ist“. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, sie habe keinen Verstoß gegen ein gesetzliches Werbeverbot begangen. Die gesetzlichen Werbebeschränkungen seien auch gleichheits- und damit verfassungswidrig und widersprüchen dem europäischen Gemeinschaftsrecht. Die Strafe sei jedenfalls überhöht, zumal die Klägerin vorab nicht einmal gemahnt worden sei. Überhaupt wäre bei Annahme eines Verstoßes eine Verwarnung ausreichend gewesen. Die Beklagte wandte dagegen im Wesentlichen ein, die Klägerin habe gegen das Werbeverbot des Paragraph 39, TabMG 1996 verstoßen, wonach Inhabern von Tabakfachgeschäften jegliche standortexterne Werbung für Tabakerzeugnisse, für ihre Tabaktrafik sowie für sämtliche sonstigen in Tabakgeschäften zulässigen Waren oder Dienstleistungen (Nebenartikel) untersagt sei. Auch in der Ankündigung auf der Schautafel und im Verweis auf die Tabaktrafik der Klägerin liege eine unzulässige Werbung für ihre Tabaktrafik. Die Klägerin habe weiters unzulässigerweise Handel außerhalb des im Bestellungsvertrag angegebenen Geschäftslokals und in ihrem Schauraum unzulässige Tabakwerbung für bestimmte Zigarren der Fa D***** betrieben. Die Beklagte habe daher zu Recht unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes eine Geldbuße in Höhe von 5 % des letzten Monatsumsatzes mit Tabakerzeugnissen verhängt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Durch das Schild mit dem Hinweis, wo sich das Tabakfachgeschäft der Klägerin befindet, habe diese unzulässige Werbung für ihre Tabaktrafik - auch in Verbindung mit einer Werbung für andere Waren - im Sinne des § 39 TabMG betrieben. Das Aufstellen eines Bildes mit der Abbildung eines Logos eines Zigarrenherstellers in der Auslage des Schauraums sei hingegen nicht als Werbung für Tabakerzeugnisse anzusehen. Die gemäß § 35 Abs 6 TabMG verhängte Geldbuße in Höhe von 5 % des Monatsumsatzes erscheine nicht unverhältnismäßig. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Durch das Schild mit dem Hinweis, wo sich das Tabakfachgeschäft der Klägerin befindet, habe diese unzulässige Werbung für ihre Tabaktrafik - auch in Verbindung mit einer Werbung für andere Waren - im Sinne des Paragraph 39, TabMG betrieben. Das Aufstellen eines Bildes mit der Abbildung eines Logos eines Zigarrenherstellers in der Auslage des Schauraums sei hingegen nicht als Werbung für Tabakerzeugnisse anzusehen. Die gemäß Paragraph 35, Absatz 6, TabMG verhängte Geldbuße in Höhe von 5 % des Monatsumsatzes erscheine nicht unverhältnismäßig.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Der ins 39 TabMG 1996 verwendete Begriff der „Werbung“ sei ausreichend determiniert, der Auslegung zugänglich und damit im Sinne der verfassungsgerichtlichen Judikatur hinreichend bestimmt. „Werbung“ bedeute „per definitionem“ das Anpreisen von Waren oder Dienstleistungen. Der Gesetzgeber verstehe etwa in § 1 Z 7 TabakG Werbung im Sinn der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf zu fördern. Richtig habe das Erstgericht erkannt, dass der festgestellte Hinweis auf dem Schild Werbung in diesem Sinne für die Tabaktrafik der Klägerin darstelle, weil es sich um eine außerhalb der Tabaktrafik angesiedelte Maßnahme kommerzieller Kommunikation handle, der die Wirkung zukomme, (auch) den Verkauf (in) der Tabaktrafik der Klägerin zu fördern. Das im Zusammenhang mit dem Gebietsschutz des § 24 TabMG 1996 zu sehende Werbeverbot des § 39 TabMG 1996 habe der Klägerin als Inhaberin eines Tabakfachgeschäfts aber jede andere Werbung für ihre Tabaktrafik - auch in Verbindung mit einer Werbung für andere Waren oder Dienstleistungen - als an der Außenseite des Trafiklokals und im Trafiklokal untersagt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung des § 35 Abs 2 Z 2 TabMG 1996 bestünden entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Der VfGH habe ausgeführt, dass, wenn das Gesetz anstelle einer Kündigung die Möglichkeit anderer, milderer Sanktionen vorsieht, dies nur so verstanden werden könne, dass die dem jeweiligen Sachverhalt angemessene Sanktion zur Anwendung zu kommen habe; sollte es aber - obwohl objektiv ein Kündigungsgrund gar nicht vorliege - zu einer Kündigung des Bestellungsvertrags kommen, stünden dagegen die zivilrechtlichen Rechtsschutzeinrichtungen zur Verfügung. Überdies habe nach der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere in Fällen eines Verstoßes gegen § 35 Abs 2 Z 2 TabMG 1996 bei Vorliegen besonderer Verdachtsgründe oder bei Verstößen von geringerem Umfang eine schriftliche Verwarnung unter Androhung der Kündigung vorauszugehen. Der Sinn dieser Verwarnung liege in der Information des Trafikanten

und in einer Abmilderung der strengen Kündigungsbestimmungen. Die Verwarnung solle verhindern, dass bereits bei geringen Vertragsverletzungen ein Kündigungsverfahren eingeleitet werden müsse. Damit erweise sich das Sanktionensystem im Falle eines Vertragsverstoßes des Tabaktrafikanten als dem Sachlichkeitsgebot entsprechend ausreichend differenziert. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Der in Paragraph 39, TabMG 1996 verwendete Begriff der „Werbung“ sei ausreichend determiniert, der Auslegung zugänglich und damit im Sinne der verfassungsgerichtlichen Judikatur hinreichend bestimmt. „Werbung“ bedeute „per definitionem“ das Anpreisen von Waren oder Dienstleistungen. Der Gesetzgeber verstehe etwa in Paragraph eins, Ziffer 7, TabakG Werbung im Sinn der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf zu fördern. Richtig habe das Erstgericht erkannt, dass der festgestellte Hinweis auf dem Schild Werbung in diesem Sinne für die Tabaktrafik der Klägerin darstelle, weil es sich um eine außerhalb der Tabaktrafik angesiedelte Maßnahme kommerzieller Kommunikation handle, der die Wirkung zukomme, (auch) den Verkauf (in) der Tabaktrafik der Klägerin zu fördern. Das im Zusammenhang mit dem Gebietsschutz des Paragraph 24, TabMG 1996 zu sehende Werbeverbot des Paragraph 39, TabMG 1996 habe der Klägerin als Inhaberin eines Tabakfachgeschäfts aber jede andere Werbung für ihre Tabaktrafik - auch in Verbindung mit einer Werbung für andere Waren oder Dienstleistungen - als an der Außenseite des Trafiklokals und im Trafiklokal untersagt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung des Paragraph 35, Absatz 2, Ziffer 2, TabMG 1996 bestünden entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Der VfGH habe ausgeführt, dass, wenn das Gesetz anstelle einer Kündigung die Möglichkeit anderer, milderer Sanktionen vorsieht, dies nur so verstanden werden könne, dass die dem jeweiligen Sachverhalt angemessene Sanktion zur Anwendung zu kommen habe; sollte es aber - obwohl objektiv ein Kündigungsgrund gar nicht vorliege - zu einer Kündigung des Bestellungsvertrags kommen, stünden dagegen die zivilrechtlichen Rechtsschutzeinrichtungen zur Verfügung. Überdies habe nach der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere in Fällen eines Verstoßes gegen Paragraph 35, Absatz 2, Ziffer 2, TabMG 1996 bei Vorliegen besonderer Verdachtsgründe oder bei Verstößen von geringerem Umfang eine schriftliche Verwarnung unter Androhung der Kündigung vorauszugehen. Der Sinn dieser Verwarnung liege in der Information des Trafikanten und in einer Abmilderung der strengen Kündigungsbestimmungen. Die Verwarnung solle verhindern, dass bereits bei geringen Vertragsverletzungen ein Kündigungsverfahren eingeleitet werden müsse. Damit erweise sich das Sanktionensystem im Falle eines Vertragsverstoßes des Tabaktrafikanten als dem Sachlichkeitsgebot entsprechend ausreichend differenziert.

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen erhobene Revision der Klägerin ist zulässig und berechtigt.

Was die Frage betrifft, ob der Klägerin ein Verstoß gegen das Werbeverbot des § 39 TabMG 1996 vorzuwerfen ist, schließt sich der erkennende Senat der Beurteilung der Vorinstanzen an. Wenn § 39 Abs 2 TabMG 1996 anordnet, dass Inhabern von Tabakfachgeschäften jede andere Form der Werbung für ihre Tabaktrafik als eine solche an der Außenseite des Trafiklokals und im Trafiklokal selbst untersagt ist, sind vom Werbeverbot auch für potentielle Kunden sichtbare schriftliche Hinweise erfasst, in denen darüber informiert wird, wo ein bestimmtes Tabakfachgeschäft zu finden ist. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, folgt dies auch aus dem in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Gesetzeszweck, nach dem die vorgesehenen Werbebeschränkungen der Absicherung des Gebietsschutzes einer Tabaktrafik dienen und verhindern sollen, dass durch Werbemaßnahmen der Kundenkreis einer Tabaktrafik beeinflusst wird (Bericht des Budgetausschusses, 390 BlgNR 19. GP, 8). Inwieweit die gesetzliche Werbebeschränkung gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist nicht näher zu prüfen, weil sich das Klagebegehren auch unter Zugrundelegung der österreichischen Gesetzeslage als berechtigt erweist. Was die Frage betrifft, ob der Klägerin ein Verstoß gegen das Werbeverbot des Paragraph 39, TabMG 1996 vorzuwerfen ist, schließt sich der erkennende Senat der Beurteilung der Vorinstanzen an. Wenn Paragraph 39, Absatz 2, TabMG 1996 anordnet, dass Inhabern von Tabakfachgeschäften jede andere Form der Werbung für ihre Tabaktrafik als eine solche an der Außenseite des Trafiklokals und im Trafiklokal selbst untersagt ist, sind vom Werbeverbot auch für potentielle Kunden sichtbare schriftliche Hinweise erfasst, in denen darüber informiert wird, wo ein bestimmtes Tabakfachgeschäft zu finden ist. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, folgt dies auch aus dem in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Gesetzeszweck, nach dem die vorgesehenen Werbebeschränkungen der Absicherung des Gebietsschutzes einer Tabaktrafik dienen und verhindern sollen, dass durch Werbemaßnahmen der

Kundenkreis einer Tabaktrafik beeinflusst wird (Bericht des Budgetausschusses, 390 BlgNR 19. GP, 8). Inwieweit die gesetzliche Werbebeschränkung gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht, ist nicht näher zu prüfen, weil sich das Klagebegehren auch unter Zugrundelegung der österreichischen Gesetzeslage als berechtigt erweist.

Das Berufungsgericht hat sich nämlich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, warum der der Klägerin vorgeworfene Verstoß die Verhängung einer Geldbuße gemäß § 35 Abs 6 TabMG 1996 rechtfertigen soll und nicht ein Vorgehen nach dessen Abs 4 geboten wäre. Das Erstgericht hat die verhängte Geldbuße bloß als „nicht unverhältnismäßig“ bezeichnet, ohne aber konkret auf das Vorbringen der Klägerin einzugehen, auch bei Annahme des behaupteten Verstoßes wäre eine Verwarnung ausreichend gewesen. Das Berufungsgericht hat sich nämlich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, warum der der Klägerin vorgeworfene Verstoß die Verhängung einer Geldbuße gemäß Paragraph 35, Absatz 6, TabMG 1996 rechtfertigen soll und nicht ein Vorgehen nach dessen Absatz 4, geboten wäre. Das Erstgericht hat die verhängte Geldbuße bloß als „nicht unverhältnismäßig“ bezeichnet, ohne aber konkret auf das Vorbringen der Klägerin einzugehen, auch bei Annahme des behaupteten Verstoßes wäre eine Verwarnung ausreichend gewesen.

Gemäß § 35 Abs 4 TabMG 1996 hat in den Fällen des Abs 2 Z 2 bis 4 unter anderem bei „Verstößen von geringerem Umfang“ eine schriftliche Verwarnung unter Androhung der Kündigung vorauszugehen. Dies bedeutet, dass in den genannten Fällen weder eine Kündigung ausgesprochen noch im Sinne des § 35 Abs 6 TabMG 1996 - als gelinderes Mittel - eine Geldbuße verhängt werden darf, wenn ein Verstoß „von geringerem Umfang“ vorliegt. Das Gewicht eines Verstoßes bestimmt sich nun einerseits in der objektiv zu beurteilenden Schwere des Fehlverhaltens des Tabaktrafikanten, andererseits aber auch in der subjektiven Vorwerbarkeit, wobei insbesondere auch die (leichtere oder schwerere) Erkennbarkeit des unterlaufenen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot zu berücksichtigen ist. Die Revisionsgegnerin weist nun darauf hin, dass der Hinweis auf der Glasscheibe des Schauraums außerhalb der Tabaktrafik der Klägerin angebracht worden sei und indirekt dazu führe, dass Personen in die Tabaktrafik „umgeleitet“ würden; auch im „Umleiten“ von Kundenströmen müsse Werbung im Sinne des weiten Verständnisses des § 39 Abs 2 TabMG gesehen werden. Damit gesteht die Beklagte zu, dass das betreffende Hinweisschild der Klägerin primär dazu diente, an Waren in ihrem Schauraum Interessierte darüber aufzuklären, an wen sie sich wenden müssten, um diese Waren erwerben zu können, womit allerdings zugleich die (nur) indirekte Konsequenz verbunden war, dass jeder Leser des Hinweisschildes davon in Kenntnis gesetzt wurde, wo sich in der Nähe eine Tabaktrafik, nämlich jene der Klägerin, befindet. Wenn die Klägerin der (unzutreffenden) Rechtsauffassung war, das Hinweisschild verstoße - angesichts seiner primären Zielrichtung - nicht gegen das Werbeverbot des § 39 Abs 2 TabMG 1996, kann ihr nicht der Vorwurf einer gravierenden Gesetzesverletzung gemacht werden. Liegt aber ein Verstoß von nur geringem Gewicht (bzw „geringerem Umfang“) vor, wäre gemäß § 35 Abs 4 TabMG 1996 lediglich mit einer schriftlichen Verwarnung (unter Androhung der Kündigung) vorzugehen gewesen. Damit erweist sich das Klagebegehren als berechtigt, ohne dass Anlass für eine Revisionsverhandlung bestanden hätte. Wie das Berufungsgericht bereits im ersten Rechtsgang zutreffend dargelegt hat, ist das Begehr der Klägerin angesichts seiner erkennbaren Zielrichtung als Feststellungsbegehren zu qualifizieren. Der Urteilsspruch war daher von Amts wegen gegenüber der von der Klägerin gewählten Formulierung entsprechend zu modifizieren. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 50 Abs 1, 41 Abs 1 ZPO. Da die Vertretung durch einen auswärtigen Rechtsanwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich war, ist für die Teilnahme an den Tagsatzungen vor dem Erstgericht nur der einfache Einheitssatz (50 %) zuzuerkennen. Gemäß Anm 4 zu TP2GGG ist die Pauschalgebühr für die Berufungen nur einmal angefallen. Gemäß Paragraph 35, Absatz 4, TabMG 1996 hat in den Fällen des Absatz 2, Ziffer 2 bis 4 unter anderem bei „Verstößen von geringerem Umfang“ eine schriftliche Verwarnung unter Androhung der Kündigung vorauszugehen. Dies bedeutet, dass in den genannten Fällen weder eine Kündigung ausgesprochen noch im Sinne des Paragraph 35, Absatz 6, TabMG 1996 - als gelinderes Mittel - eine Geldbuße verhängt werden darf, wenn ein Verstoß „von geringerem Umfang“ vorliegt. Das Gewicht eines Verstoßes bestimmt sich nun einerseits in der objektiv zu beurteilenden Schwere des Fehlverhaltens des Tabaktrafikanten, andererseits aber auch in der subjektiven Vorwerbarkeit, wobei insbesondere auch die (leichtere oder schwerere) Erkennbarkeit des unterlaufenen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot zu berücksichtigen ist. Die Revisionsgegnerin weist nun darauf hin, dass der Hinweis auf der Glasscheibe des Schauraums außerhalb der Tabaktrafik der Klägerin angebracht worden sei und indirekt dazu führe, dass Personen in die Tabaktrafik „umgeleitet“ würden; auch im „Umleiten“ von Kundenströmen müsse Werbung im Sinne des weiten Verständnisses des Paragraph 39, Absatz 2, TabMG gesehen werden. Damit gesteht die Beklagte zu, dass das betreffende Hinweisschild der Klägerin primär dazu diente, an Waren in ihrem Schauraum Interessierte darüber aufzuklären, an wen sie sich wenden

müssten, um diese Waren erwerben zu können, womit allerdings zugleich die (nur) indirekte Konsequenz verbunden war, dass jeder Leser des Hinweisschildes davon in Kenntnis gesetzt wurde, wo sich in der Nähe eine Tabaktrafik, nämlich jene der Klägerin, befindet. Wenn die Klägerin der (unzutreffenden) Rechtsauffassung war, das Hinweisschild verstößt - angesichts seiner primären Zielrichtung - nicht gegen das Werbeverbot des Paragraph 39, Absatz 2, TabMG 1996, kann ihr nicht der Vorwurf einer gravierenden Gesetzesverletzung gemacht werden. Liegt aber ein Verstoß von nur geringem Gewicht (bzw. „geringerem Umfang“) vor, wäre gemäß Paragraph 35, Absatz 4, TabMG 1996 lediglich mit einer schriftlichen Verwarnung (unter Androhung der Kündigung) vorzugehen gewesen. Damit erweist sich das Klagebegehren als berechtigt, ohne dass Anlass für eine Revisionsverhandlung bestanden hätte. Wie das Berufungsgericht bereits im ersten Rechtsgang zutreffend dargelegt hat, ist das Begehren der Klägerin angesichts seiner erkennbaren Zielrichtung als Feststellungsbegehren zu qualifizieren. Der Urteilsspruch war daher von Amts wegen gegenüber der von der Klägerin gewählten Formulierung entsprechend zu modifizieren. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 50, Absatz eins, 41 Absatz eins, ZPO. Da die Vertretung durch einen auswärtigen Rechtsanwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich war, ist für die Teilnahme an den Tagsatzungen vor dem Erstgericht nur der einfache Einheitssatz (50 %) zuzuerkennen. Gemäß Anmerkung 4 zu TP2GGG ist die Pauschalgebühr für die Berufungen nur einmal angefallen.

Anmerkung

E878651Ob94.08t

Schlagworte

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inecolex 2008/308 S 823 - ecolex 2008,823XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0010OB00094.08T.0610.000

Zuletzt aktualisiert am

23.02.2009

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