

# TE OGH 1999/10/20 3Ob257/99m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.10.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der betreibenden Partei Verlagsgruppe N\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerald Ganzger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die verpflichteten Parteien 1. M\*\*\*\*\*, und 2. M\*\*\*\*\*beide \*\*\*\*\* , vertreten durch Giger, Ruggenthaler & Simon, Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Unterlassung über die außerordentlichen Revisionsrekurse der verpflichteten Parteien gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 29. Juli 1999, GZ 46 R 729/99t - 46 R 764/99i-119, womit infolge der Rekurse der verpflichteten Parteien ua die Beschlüsse des Bezirksgerichts Döbling vom 15. Oktober 1998, GZ 24 E 5918/98s - 5 und 6, und vom 25. März 1999, GZ 24 E 5918/98s - 8 bis 10 und 21, abgeändert wurden, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Den Revisionsrekursen wird nicht Folge gegeben.

Die verpflichteten Parteien haben die Kosten ihrer erfolglosen Rechtsmittel selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Nach Pkt 1 des vollstreckbaren Vergleichs des Handelsgerichts Wien vom 25. Februar 1998 haben es die verpflichteten Parteien zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in den von ihnen verlegten Zeitungen und Zeitschriften, insbesondere in einer näher bezeichneten Zeitung,

"a) anzukündigen, daß sie Gratisgaben gewähren, wenn der Erhalt dieser Gratisgaben durch den Kauf der Zeitung ermöglicht oder erleichtert wird, insbesondere Autobahnvignetten an die Inhaber von Autonummern, die angekündigtermaßen in künftigen Ausgaben der Zeitung bekanntgegeben werden;

b) solche auf dies Weise angekündigten Gratisgaben zu gewähren."

Aufgrund Pkt 1a dieses Vergleichs bewilligte das Erstgericht der betreibenden Partei mit Beschluß vom 23. September 1998 die Exekution gemäß § 355 EO und verhängte wegen Zuwiderhandelns gegen den Exekutionstitel über jede verpflichtete Partei eine Geldstrafe von 40.000 S. Mit Beschluß vom 13. Oktober 1998 verhängte es über die verpflichteten Parteien zufolge weiteren Zuwiderhandelns Geldstrafen von je 60.000 S, mit den Beschlüssen vom 15. Oktober 1998 und 25. März 1999 sodann solche von je 80.000 S je Strafantrag. Aufgrund Pkt 1a dieses Vergleichs bewilligte das Erstgericht der betreibenden Partei mit Beschluß vom 23. September 1998 die Exekution gemäß Paragraph 355, EO und verhängte wegen Zuwiderhandelns gegen den Exekutionstitel über jede verpflichtete Partei

eine Geldstrafe von 40.000 S. Mit Beschluß vom 13. Oktober 1998 verhängte es über die verpflichteten Parteien zufolge weiteren Zuwiderhandelns Geldstrafen von je 60.000 S, mit den Beschlüssen vom 15. Oktober 1998 und 25. März 1999 sodann solche von je 80.000 S je Strafantrag.

Das Gericht zweiter Instanz änderte die Strafbeschlüsse zu den im Revisionsrekursverfahren noch bedeutsamen Strafanträge (ON 5, 6, 8 bis 10 und 21) durch Herabsetzung der verhängten Geldstrafen ab, und zwar auf je 120.000 S (Zuwiderhandeln nach den Strafanträgen ON 5 und 6), je 180.000 S (Zuwiderhandeln nach den Strafanträgen ON 8 bis 10) und je 40.000 S (Zuwiderhandeln nach dem Strafantrag ON 21) und sprach insofern aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands jeweils 260.000 S übersteigt und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Nach seiner Ansicht verstößt die Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel dann gegen das (titelgemäße) Zugabenverbot, wenn sie nach Einschätzung der beteiligten Verkehrskreise vom Warenbezug abhängig ist. Werde dagegen eine andere gleichwertige Teilnahmemöglichkeit geboten, sei der Zugabencharakter zu verneinen. Das sei immer auch nach der Gestaltung der Werbemaßnahmen zu beurteilen, wobei das Gleichwertigkeitserfordernis die Informationsmöglichkeit über die ausgespielten Preis mitumfasse. Im Anlaßfall habe die - in einem nach Strafverhängung bereits rechtskräftig erledigten Strafantrag inkriminierte - "Gesamtaufmachung" und "graphische Gestaltung" des Ankündigungsplakats zur "WAHL DER BELIEBTESTEN TRAFIK" Interessenten zwangsläufig den Eindruck suggeriert, sie müßten, um Näheres über die Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel als Gratisgabe zu erfahren, eine bestimmte Tageszeitung erwerben. Soweit am untersten Plakatrand auf "TEILNAHMEKARTEN GRATIS IN DER TRAFIK" hingewiesen worden sei, sei das im Verhältnis zu den sonstigen Ankündigungen von geringerem Auffälligkeitswert gewesen. Diese Teilnahmemöglichkeit sei schon deshalb keine gleichwertige Alternative zum Zeitungserwerb. Überdies seien umfassende Informationen über das Gewinnspiel nur durch den Zeitungserwerb erlangbar und der Gratisbezug von Teilnahmekarten gar nicht in allen Trafiken möglich gewesen. Die Plakatwerbung für das Gewinnspiel habe österreichweit stattgefunden. Die Titelseite der Tageszeitung habe einen besonderen Hinweis auf das Gewinnspiel enthalten. Im Blattinneren sei es detailliert vorgestellt und eine tägliche Verlosung - in Fortsetzung des Gewinnspiels - angekündigt worden. Es sei ferner auch in Radiospots beworben und angekündigt worden.

Nach dem Strafantrag ON 21 sei am 30. November 1998 auf der Titelseite einer anderen von den verpflichteten Parteien verlegten Tageszeitung ein kleines Mädchen mit einem Adventkalender in der Hand in Verbindung mit dem Vermerk "Heute gratis als Beilage" abgebildet gewesen. Im Kasten unter der Mädchenfotografie sei zu lesen gewesen:

"Diesen wunderschönen Adventkalender finden Sie heute in Ihrer ... (es folgt der Name der Zeitung) gratis!" Dieser Kalender sei kein Reklamegegenstand nach § 9a Abs 2 Z 3 UWG, weil er einer Reklamebezeichnung entbehrt habe, die auch bei einem flüchtigem ersten Blick ins Auge springe. Ohne eine solche Bezeichnung werde aber der Verkehrswert des Kalenders nicht gemindert. Das Logo der Zeitung sei so klein und unscheinbar angebracht gewesen, daß es bei flüchtigem Blick keinen Auffälligkeitswert gehabt und den Gebrauchswert des Kalenders für Kinder in keiner Weise gemindert habe. Sachen seien im übrigen nur dann Reklamegegenstände im Sinne des § 9a Abs 2 Z 3 UWG, wenn deren Wert erheblich hinter dem Wert der Hauptware zurückbleibe. Selbst ein einfacher und billiger Adventkalender hätte jedenfalls mehr als 9 S gekostet. Somit sei die Zugabe im Verhältnis zum Zeitungspreis nicht als geringwertige Kleinigkeit zu qualifizieren. Sie sei daher auch nicht dem Tatbestand des § 9a Abs 1 Z 4 UWG zu subsumieren. Nicht erfüllt sei aber auch der Tatbestand des § 9a Abs 2 Z 7 UWG, seien doch die Türchen eines Adventkalenders schon wegen ihrer Größe ungeeignet, um Auskünfte oder Ratschläge über das Basteln, Backen und Spielen zu erteilen. Solche Türchen könnten vielmehr - wie im Anlaßfall - nur den Hinweis auf einen redaktionellen Beitrag enthalten. Der "verpönte Kaufanreiz" werde durch die Aussicht, den angekündigten "entzückenden" Kalender zu erhalten, entfaltet, nicht aber durch Hinweise auf den Kalendertürchen auf nicht im Kalender selbst, sondern in der Hauptware enthaltene Tips zum Basteln, Backen und Spielen. Ein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel sei daher auch insofern zu bejahen."Diesen wunderschönen Adventkalender finden Sie heute in Ihrer ... (es folgt der Name der Zeitung) gratis!" Dieser Kalender sei kein Reklamegegenstand nach Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG, weil er einer Reklamebezeichnung entbehrt habe, die auch bei einem flüchtigem ersten Blick ins Auge springe. Ohne eine solche Bezeichnung werde aber der Verkehrswert des Kalenders nicht gemindert. Das Logo der Zeitung sei so klein und unscheinbar angebracht gewesen, daß es bei flüchtigem Blick keinen Auffälligkeitswert gehabt und den Gebrauchswert des Kalenders für Kinder in keiner Weise gemindert habe. Sachen seien im übrigen nur dann Reklamegegenstände im Sinne des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG, wenn deren Wert erheblich hinter dem Wert der Hauptware zurückbleibe. Selbst ein einfacher und billiger Adventkalender hätte jedenfalls mehr als 9 S gekostet.

Somit sei die Zugabe im Verhältnis zum Zeitungspreis nicht als geringwertige Kleinigkeit zu qualifizieren. Sie sei daher auch nicht dem Tatbestand des Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer 4, UWG zu subsumieren. Nicht erfüllt sei aber auch der Tatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 7, UWG, seien doch die Türchen eines Adventkalenders schon wegen ihrer Größe ungeeignet, um Auskünfte oder Ratschläge über das Basteln, Backen und Spielen zu erteilen. Solche Türchen könnten vielmehr - wie im Anlaßfall - nur den Hinweis auf einen redaktionellen Beitrag enthalten. Der "verpönte Kaufanreiz" werde durch die Aussicht, den angekündigten "entzückenden" Kalender zu erhalten, entfaltet, nicht aber durch Hinweise auf den Kalendertürchen auf nicht im Kalender selbst, sondern in der Hauptware enthaltene Tips zum Basteln, Backen und Spielen. Ein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel sei daher auch insofern zu bejahen.

Die Geldstrafe sei nach dem Grad und der Hartnäckigkeit des Zuwiderhandelns gegen den Exekutionstitel zu steigern. Nur die Fortsetzung titelwidrigen Verhaltens nach Zustellung eines Strafbeschlusses zeuge von größerer Hartnäckigkeit des Verpflichteten. Aufgrund des Strafantrags ON 3 sei über die verpflichteten Parteien eine Geldstrafe von je 60.000 S verhängt worden. Der Strafbeschuß sei ihnen jedoch erst am 16. Oktober 1998 zugestellt worden, weshalb eine Straferhöhung erst für fortgesetztes Zuwiderhandeln ab dem 17. Oktober 1998 - also ab dem Strafantrag ON 11 - gerechtfertigt sei. Deshalb seien die wegen der Anträge ON 5, 6 und 8 bis 10 ausgemessenen Strafen auf je 60.000 S je Antrag und verpflichteter Partei herabzusetzen.

Durch den "Adventkalender" als Zugabe hätten die verpflichteten Parteien dem Exekutionstitel hartnäckig und beharrlich zuwidergehandelt, wofür an sich die Verhängung der Höchststrafe je Strafantrag gerechtfertigt wäre. Wegen eines solchen Zuwiderhandelns sei jedoch über die verpflichteten Parteien bereits am 30. November 1998 eine Geldstrafe von je 40.000 S verhängt worden. Da die Höchststrafe von 80.000 S pro Tag nicht überschritten werden dürfe, sei aufgrund des Strafantrags ON 21 nur noch eine "Zusatzstrafe" von je 40.000 S zu verhängen gewesen.

Soweit die zweitverpflichtete Partei eine Herabsetzung der über sie verhängten Geldstrafen unter Hinweis auf ihre - im Gegensatz zur erstverpflichteten Partei - mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit begehre, sei "eine gesonderte Betrachtung wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Verflechtung der verpflichteten Parteien nicht sachgerecht", weshalb der mit dem Rekurs ON 56 vorgelegten Urkunde über die "tatsächliche finanzielle Möglichkeit der Zweitverpflichteten wenig Aussagekraft" zukomme. In der Frage nach der Höhe der über beide verpflichteten Parteien zu verhängenden Geldstrafen bedürfe es daher keiner Differenzierung. Überdies komme dem Grundsatz der Steigerung von Geldstrafen größeres Gewicht als der Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der verpflichteten Partei zu, weshalb eine weitere Herabsetzung der verhängten Geldstrafen auch deshalb ausscheide. Die Aussprüche über die Unzulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses beruhten auf der Übereinstimmung der Rekursentscheidung mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs; eine entscheidungswesentliche Rechtsfrage nach § 528 Abs 1 ZPO in Verbindung mit § 78 EO sei deshalb nicht zu lösen gewesen. Soweit die zweitverpflichtete Partei eine Herabsetzung der über sie verhängten Geldstrafen unter Hinweis auf ihre - im Gegensatz zur erstverpflichteten Partei - mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit begehre, sei "eine gesonderte Betrachtung wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Verflechtung der verpflichteten Parteien nicht sachgerecht", weshalb der mit dem Rekurs ON 56 vorgelegten Urkunde über die "tatsächliche finanzielle Möglichkeit der Zweitverpflichteten wenig Aussagekraft" zukomme. In der Frage nach der Höhe der über beide verpflichteten Parteien zu verhängenden Geldstrafen bedürfe es daher keiner Differenzierung. Überdies komme dem Grundsatz der Steigerung von Geldstrafen größeres Gewicht als der Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der verpflichteten Partei zu, weshalb eine weitere Herabsetzung der verhängten Geldstrafen auch deshalb ausscheide. Die Aussprüche über die Unzulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses beruhten auf der Übereinstimmung der Rekursentscheidung mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs; eine entscheidungswesentliche Rechtsfrage nach Paragraph 528, Absatz eins, ZPO in Verbindung mit Paragraph 78, EO sei deshalb nicht zu lösen gewesen.

Die von den verpflichteten Parteien gegen diesen Beschluß des Rekursgerichtes erhobenen Revisionsrekluse sind zulässig, weil zur Frage der Ausmessung von Geldstrafen gegen zwei Gesellschaften, deren eine im Vergleich zur anderen - bei rechtlicher und wirtschaftlicher Verflechtung - erheblich kapitalstärker ist, eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehlt; die Rechtsmittel sind jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

I. Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel  
römisch eins. Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel:

## 1. Strafanträge ON 5, 6, 8 bis 10:

Nach Ansicht der verpflichteten Parteien soll die betreibende Partei ein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel nicht schlüssig behauptet haben. Das ist unzutreffend. Nach dem Vorbringen der Strafanträge fand sich "auf der Titelseite" ein "Hinweis auf diese Aktion", nämlich auf das Gewinnspiel "Wahl der beliebtesten Trafik". Gerade dieses Gewinnspiel war aber mit österreichweit affizierten Plakaten beworben worden. Davon kann nicht abstrahiert werden, mußte doch die auf der Titelseite angekündigte "Aktion" jedem, der von der Plakatwerbung wußte, auch als Gewinnspiel bekannt sein. Im Zeitungsinnen befanden sich ein "Gewinnspiel-Kupon" und eine "ganzseitige Information über das Gewinnspiel und ... (eine) detaillierte Vorstellung der zu gewinnenden Preise". Die betreibende Partei erfüllte mit solchen Behauptungen, wie zusammenzufassen ist, jene Anforderungen, die an die schlüssige Dartuung eines Zuwiderhandelns gegen den Exekutionstitel zu stellen sind.

Die zweitverpflichtete Partei meint ferner, für ihre "Haftung" fehle es an jedem Vorbringen im Strafantrag. Eine Verlegereigenschaft sei nicht behauptet worden. Genausowenig sei vorgebracht worden, daß sie durch eine Veröffentlichung auf der Titelseite der Tageszeitung den Exekutionstitel verletzt habe. Ein persönlich haftender Gesellschafter könne nur für eigenes Verschulden, aber nicht schon wegen seiner Stellung als Komplementär haften.

Dem ist gleichfalls nicht beizutreten. Die zweitverpflichtete Partei führt als persönlich haftende Gesellschafterin der erstverpflichteten Partei deren Geschäfte. Deren Handlungen als Titelschuldnerin sind daher einerseits ihr selbst, andererseits aber - zufolge ihrer Stellung als Geschäftsführerin - auch der erstverpflichteten Partei zuzurechnen. Erst ihr Verhalten ermöglicht dieser ein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel. Insofern ist ihr Verschulden also aus titelwidrigen Geschäftsführungs- und Vertretungsakten abzuleiten.

## 2. Strafantrag ON 21:

Die Rechtsmittelwerber erblicken in der Zeitungsbeilage Adventkalender schon deshalb kein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel, weil ein derartiger Kalender ein "klassischer Reklamegegenstand" sei. Das ist unzutreffend, weil er als solcher - entgegen § 9a Abs 2 Z 3 UWG - nicht "auffallend sichtbar" bezeichnet, sondern das Zeitungslogo nur "klein und unscheinbar angebracht" war, weshalb es "bei flüchtigem Hinsehen gar nicht ins Auge" fiel und "den Gebrauchswert für Kinder in keiner Weise" minderte. Die Rechtsmittelwerber erblicken in der Zeitungsbeilage Adventkalender schon deshalb kein Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel, weil ein derartiger Kalender ein "klassischer Reklamegegenstand" sei. Das ist unzutreffend, weil er als solcher - entgegen Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG - nicht "auffallend sichtbar" bezeichnet, sondern das Zeitungslogo nur "klein und unscheinbar angebracht" war, weshalb es "bei flüchtigem Hinsehen gar nicht ins Auge" fiel und "den Gebrauchswert für Kinder in keiner Weise" minderte.

Weiters sind die Rechtsmittelwerber (offenkundig) der Ansicht, der Adventkalender erfülle den Ausnahmetatbestand nach § 9a Abs 2 Z 7 UWG. Das wurde schon vom Rekursgericht mit zutreffender Begründung verneint. In der Zugabe selbst werden keine Auskünfte und Ratschläge erteilt. Die Hinweise auf den Türchen des Kalenders auf redaktionelle Beiträge machen die Zugabe noch nicht zu einem (redaktionell gestalteten) Zeitungsbestandteil. Der Zweck der Gratiszugabe ist vielmehr eindeutig. Sie soll zum Zeitungskauf reizen, weil deren Wert den Zeitungspreis um ein Vielfaches übersteigt. Der Kaufreiz wird also nicht deshalb hervorgerufen, weil der Kunde nach der Verkehrsauffassung erwartet, in der Beilage "Adventkalender" Hinweise für nützliche "Tips" in redaktionell gestalteten Zeitungsteilen zu finden. Somit konnte ein Zuwiderhandeln auch in diesem Punkt nicht verneint werden. Weiters sind die Rechtsmittelwerber (offenkundig) der Ansicht, der Adventkalender erfülle den Ausnahmetatbestand nach Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 7, UWG. Das wurde schon vom Rekursgericht mit zutreffender Begründung verneint. In der Zugabe selbst werden keine Auskünfte und Ratschläge erteilt. Die Hinweise auf den Türchen des Kalenders auf redaktionelle Beiträge machen die Zugabe noch nicht zu einem (redaktionell gestalteten) Zeitungsbestandteil. Der Zweck der Gratiszugabe ist vielmehr eindeutig. Sie soll zum Zeitungskauf reizen, weil deren Wert den Zeitungspreis um ein Vielfaches übersteigt. Der Kaufreiz wird also nicht deshalb hervorgerufen, weil der Kunde nach der Verkehrsauffassung erwartet, in der Beilage "Adventkalender" Hinweise für nützliche "Tips" in redaktionell gestalteten Zeitungsteilen zu finden. Somit konnte ein Zuwiderhandeln auch in diesem Punkt nicht verneint werden.

## II. Strafhöhe:römisch II. Strafhöhe:

1. Die zweitverpflichtete Partei bekämpfte bereits im Rekursverfahren die Höhe der über sie verhängten Geldstrafen und bediente sich dabei folgender Kernargumente:

Sie habe ein Stammkapital von 1 Mio S, sei ein "reiner Arbeitsgesellschafter der Erstverpflichteten ohne jede Kapital- und Gewinnbeteiligung", habe "auch sonst ... nichts", erwirtschaftete einen Jahresgewinn von 133.000 S bis 150.000 S und würde durch die verhängten Geldstrafen "geradezu in die Insolvenz" gezwungen werden.

Als Bescheinigungsmittel für diese Behauptungen wurden eine Wirtschaftstreuhänderbestätigung über einen Jahresgewinn von 150.933,45 S im Wirtschaftsjahr 7/95 bis 6/96, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie die Vernehmung des Leiters der Rechtsabteilung der erstverpflichteten Partei als Auskunftsperson angeboten.

1. 1. Der erkennende Senat ließ in der Entscheidung 3 Ob 92/98w noch offen, "ob nicht schon aufgrund der Eigenschaft der dritten Verpflichteten als persönlich haftender Gesellschafter der zweiten Verpflichteten ein Abstellen auf ihre eigene Leistungsfähigkeit ohne Berücksichtigung derselben der Kommanditgesellschaft nicht gerechtfertigt wäre". Die zweit- und die drittverpflichtete Partei jenes Verfahrens sind mit der erst- und der zweitverpflichteten Partei dieses Anlaßfalls identisch. Das dort bloß angerissene Thema ist hier näher zu erörtern.

1. 2. Die erstverpflichtete Partei ist eine KG, deren Kommanditisten Vermögenseinlagen von 30 bzw 70 Mio S halten. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die zweitverpflichtete Partei mit einem Stammkapital von 1 Mio S, deren (alleinige) Gesellschafter die Kommanditisten der erstverpflichteten Partei mit einer Beteiligung am Stammkapital von je 500.000 S sind (FN 3394 t und FN 72716 k). Die GmbH als Komplementärgesellschaft wird also von den Kommanditisten der KG beherrscht. Deren alleiniger Wille bestimmt den Willen beider Gesellschaften. Es kann etwa auch die Generalversammlung der GmbH deren Geschäftsführung jederzeit Weisungen erteilen (SZ 49/163; Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht<sup>2</sup>, 272 f; Torggler/Kucsko in Straube, HGB I<sup>2</sup> Rz 3 zu § 164). Vor diesem Hintergrund kann aber die GmbH als reine Arbeitsgesellschafterin und Komplementärgesellschaft der KG (jederzeit) vertragliche Vorsorgen treffen, um für ihre Tätigkeit und Aufwendungen im Dienste der Erreichung des Gesellschaftszwecks eine angemessene Vergütung zu erhalten (SZ 49/163 [zur Vergütungsfrage]). Eine solche Vergütung kann sich auch auf Mittel erstrecken, die zur Refinanzierung der über sie anlässlich von Unterlassungsexekutionen verhängten und bezahlten Geldstrafen erforderlich sind. Das erklärt sich schon aus ihrer Stellung als reine Arbeitsgesellschafterin der KG. Stellt sich nämlich heraus, daß ihr Verhalten als Arbeitsgesellschafterin einen gegen beide Gesellschaften vorhandenen Unterlassungstitel wegen des Spielraums gegebener Auslegungsmöglichkeiten verletzte, so hat sich in ihrer Bestrafung gerade auch ein Wettbewerbsrisiko der KG, die ja durch sie handelte und dabei eigene geschäftliche Interessen verfolgte, verwirklicht. Es ist dann nur billig, Aufwendungen der Arbeitsgesellschafterin für solche Geldstrafen kraft Vereinbarung aus dem Vermögen der KG zu refinanzieren. Dabei geht es - entgegen der Ansicht der zweitverpflichteten Partei - nicht darum, zur Refinanzierung bezahlter Geldstrafen einfach auf das Vermögen der KG "zu greifen". Bedeutsam ist vielmehr eine entsprechende Willensbildung in beiden Gesellschaften, die nach den verschränkten Machtverhältnissen jederzeit möglich ist. Die zweitverpflichtete Partei kann daher durch eine Bezahlung der verhängten Geldstrafen nicht in Konkursgefahr geraten, weil sie die Schaffung einer Refinanzierungsmöglichkeit selbst in der Hand hat. Daß aber die erstverpflichtete Partei über die für eine solche Refinanzierung notwendige wirtschaftliche Leistungskraft verfügt, stellen auch die

Rechtsmittelwerber nicht in Frage. 1. 2. Die erstverpflichtete Partei ist eine KG, deren Kommanditisten Vermögenseinlagen von 30 bzw 70 Mio S halten. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die zweitverpflichtete Partei mit einem Stammkapital von 1 Mio S, deren (alleinige) Gesellschafter die Kommanditisten der erstverpflichteten Partei mit einer Beteiligung am Stammkapital von je 500.000 S sind (FN 3394 t und FN 72716 k). Die GmbH als Komplementärgesellschaft wird also von den Kommanditisten der KG beherrscht. Deren alleiniger Wille bestimmt den Willen beider Gesellschaften. Es kann etwa auch die Generalversammlung der GmbH deren Geschäftsführung jederzeit Weisungen erteilen (SZ 49/163; Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht<sup>2</sup>, 272 f; Torggler/Kucsko in Straube, HGB I<sup>2</sup> Rz 3 zu Paragraph 164.). Vor diesem Hintergrund kann aber die GmbH als reine Arbeitsgesellschafterin und Komplementärgesellschaft der KG (jederzeit) vertragliche Vorsorgen treffen, um für ihre Tätigkeit und Aufwendungen im Dienste der Erreichung des Gesellschaftszwecks eine angemessene Vergütung zu erhalten (SZ 49/163 [zur Vergütungsfrage]). Eine solche Vergütung kann sich auch auf Mittel erstrecken, die zur Refinanzierung der über sie anlässlich von Unterlassungsexekutionen verhängten und bezahlten Geldstrafen erforderlich sind. Das erklärt sich schon aus ihrer Stellung als reine Arbeitsgesellschafterin der KG. Stellt sich nämlich heraus, daß ihr Verhalten als Arbeitsgesellschafterin einen gegen beide Gesellschaften vorhandenen Unterlassungstitel wegen des Spielraums gegebener Auslegungsmöglichkeiten verletzte, so hat sich in ihrer Bestrafung gerade auch ein Wettbewerbsrisiko der KG, die ja durch sie handelte und dabei eigene geschäftliche Interessen verfolgte, verwirklicht.

Es ist dann nur billig, Aufwendungen der Arbeitsgesellschafterin für solche Geldstrafen kraft Vereinbarung aus dem Vermögen der KG zu refinanzieren. Dabei geht es - entgegen der Ansicht der zweitverpflichteten Partei - nicht darum, zur Refinanzierung bezahlter Geldstrafen einfach auf das Vermögen der KG "zu greifen". Bedeutsam ist vielmehr eine entsprechende Willensbildung in beiden Gesellschaften, die nach den verschränkten Machtverhältnissen jederzeit möglich ist. Die zweitverpflichtete Partei kann daher durch eine Bezahlung der verhängten Geldstrafen nicht in Konkursgefahr geraten, weil sie die Schaffung einer Refinanzierungsmöglichkeit selbst in der Hand hat. Daß aber die erstverpflichtete Partei über die für eine solche Refinanzierung notwendige wirtschaftliche Leistungskraft verfügt, stellen auch die Rechtsmittelwerber nicht in Frage.

Soweit sich die zweitverpflichtete Partei von einem "Ersatzanspruch" der KG zufolge deren Bestrafung bedroht sieht, weil die KG nur durch sie handeln habe können, setzt sie gedanklich voraus, daß ihr Verhalten von der internen Willensbildung in beiden Gesellschaften - also von den nach dem jeweiligen gesellschaftlichen Innenverhältnis gebotenen Geschäftsführungshandlungen - abwich. Solche Tatsachen wurden jedoch nicht vorgebracht und sind nicht aktenkundig. Diese Frage bedarf daher schon deshalb keiner weiteren Erörterung.

Schließlich versuchen die verpflichteten Parteien noch zu begründen, über sie dürfe "nur eine Geldstrafe im Höchstbetrag von 80.000 S" je Strafantrag verhängt werden, falls sie "im Exekutionsverfahren als ein Verpflichteter zu betrachten" seien. Dem ist bloß zu erwidern, daß die verpflichteten Parteien nicht als "ein Verpflichteter" gelten. Der durch Zuwiderhandeln verletzte Exekutionstitel richtet sich gegen beide verpflichteten Parteien. Unter I. 1. wurde schon erläutert, daß titelwidriges Verhalten nicht nur der erstverpflichteten, sondern auch der zweitverpflichteten Partei zuzurechnen ist. Es haben daher beide Gesellschaften für ihr Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel einzustehen. Schließlich versuchen die verpflichteten Parteien noch zu begründen, über sie dürfe "nur eine Geldstrafe im Höchstbetrag von 80.000 S" je Strafantrag verhängt werden, falls sie "im Exekutionsverfahren als ein Verpflichteter zu betrachten" seien. Dem ist bloß zu erwidern, daß die verpflichteten Parteien nicht als "ein Verpflichteter" gelten. Der durch Zuwiderhandeln verletzte Exekutionstitel richtet sich gegen beide verpflichteten Parteien. Unter römisch eins. 1. wurde schon erläutert, daß titelwidriges Verhalten nicht nur der erstverpflichteten, sondern auch der zweitverpflichteten Partei zuzurechnen ist. Es haben daher beide Gesellschaften für ihr Zuwiderhandeln gegen den Exekutionstitel einzustehen.

Aus den voranstehenden Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, daß die von den verpflichteten Parteien ins Treffen geführten Gründe eine (weitere) Strafherabsetzung nicht zu rechtfertigen vermögen. Nachfolgend ist jedoch noch auf Umstände einzugehen, die dem Obersten Gerichtshof aus dem wissenschaftlichen Schrifttum bekannt wurden und als publizierte empirische Tatsachen im Sinne des § 269 ZPO als offenkundig gelten können. Aus den voranstehenden Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, daß die von den verpflichteten Parteien ins Treffen geführten Gründe eine (weitere) Strafherabsetzung nicht zu rechtfertigen vermögen. Nachfolgend ist jedoch noch auf Umstände einzugehen, die dem Obersten Gerichtshof aus dem wissenschaftlichen Schrifttum bekannt wurden und als publizierte empirische Tatsachen im Sinne des Paragraph 269, ZPO als offenkundig gelten können.

2. Der von der zweitverpflichteten Partei beantragte Zeuge zeichnete in einem jüngst veröffentlichten Aufsatz ("Abtausch" von Beugestrafen - Der Frust des OGH über den frustrierten Beugezweck, MR 1999, 178) ein "Sittenbild" des rechtsgeschäftlichen Erfindungsreichtums der Konkurrenten von "Zeitungskriegen", um den eigentlichen Zweck der Strafverhängung durch "Abtauschvereinbarungen" zu vereiteln. Zuvor verstrickten sie sich aber auf der Bühne staatlicher Rechtsschutzeinrichtungen in juristische Gefechte, um die Verhängung jener Strafen zu erwirken, die "Abtauschvereinbarungen" zur Strafenkompensation in Verbindung mit einer Einstellung der Exekutionsverfahren nach § 39 Abs 1 Z 6 EO erst möglich machen (Swoboda, MR 1999, 179 ["pikantes Detail"]). Diese Praxis entkleidet Strafen ihres Beuge- und Pönalcharakters und nutzt sie nur mehr als Grundlage für "Abtauschvereinbarungen" in einem Konkurrenzkampf, der durch (anscheinend habituelles) Zuwiderhandeln gegen die durch Exekutionstitel individualisierten Rechtspflichten des Wettbewerbsrechts "gewürzt" wird, ohne daß endgültige Straffolgen zu befürchten sind und der durch die "Beugestrafen in Millionenhöhe" (Swoboda, MR 1999, 178) gemäß § 359 Abs 3 EO an sich begünstigte Träger der Sozialhilfe bleibende Zuflüsse an Vermögensmitteln verzeichnen könnte. Wettbewerbswidriges Verhalten der Konkurrenten von "Zeitungskriegen" bleibt also letztendlich straflos. 2. Der von der zweitverpflichteten Partei beantragte Zeuge zeichnete in einem jüngst veröffentlichten Aufsatz ("Abtausch" von Beugestrafen - Der Frust des OGH über den frustrierten Beugezweck, MR 1999, 178) ein "Sittenbild" des rechtsgeschäftlichen Erfindungsreichtums der Konkurrenten von "Zeitungskriegen", um den eigentlichen Zweck der

Strafverhängung durch "Abtauschvereinbarungen" zu vereiteln. Zuvor verstrickten sie sich aber auf der Bühne staatlicher Rechtsschutzeinrichtungen in juristische Gefechte, um die Verhängung jener Strafen zu erwirken, die "Abtauschvereinbarungen" zur Strafenkompensation in Verbindung mit einer Einstellung der Exekutionsverfahren nach Paragraph 39, Absatz eins, Ziffer 6, EO erst möglich machen (Swoboda, MR 1999, 179 ["pikantes Detail"]). Diese Praxis entkleidet Strafen ihres Beuge- und Pönalcharakters und nutzt sie nur mehr als Grundlage für "Abtauschvereinbarungen" in einem Konkurrenzkampf, der durch (anscheinend habituelles) Zuwiderhandeln gegen die durch Exekutionstitel individualisierten Rechtspflichten des Wettbewerbsrechts "gewürzt" wird, ohne daß endgültige Straffolgen zu befürchten sind und der durch die "Beugestrafen in Millionenhöhe" (Swoboda, MR 1999, 178) gemäß Paragraph 359, Absatz 3, EO an sich begünstigte Träger der Sozialhilfe bleibende Zuflüsse an Vermögensmitteln verzeichnen könnte. Wettbewerbswidriges Verhalten der Konkurrenten von "Zeitungskriegen" bleibt also letztendlich straflos.

2. 2. Im Lichte der unter 2. 1. referierten Umstände wäre ein reales Strafherabsetzungsinteresse der zweitverpflichteten Partei durch bestimmte Wirtschaftsdaten allein gar nicht schlüssig begründbar, wenn einer der entscheidenden Faktoren auch in solchen Daten zu erblicken wäre. Diesfalls müßte die Rechtsmittelwerberin vielmehr auch glaubhaft machen, daß sie die verhängten Strafen zugunsten des gemäß § 359 Abs 3 EO in Betracht kommenden Trägers der Sozialhilfe wahrscheinlich endgültig leisten müssen, weil der Abschluß von "Abtauschvereinbarungen", um in den Genuß eines letztlich selbsterwirkten gänzlichen oder doch sehr hohen endgültigen faktischen Straferlasses zu gelangen, im Anlaßfall aus bestimmten tatsächlichen Gründen nicht möglich sein wird. Nur auf dem Boden solcher weiteren Tatsachen könnten Wirtschaftsdaten der zweitverpflichteten Partei eine reale Bedeutung für die Beurteilung der Konkursgefahr erlangen, die sie für den Fall einer nicht gewährten Strafherabsetzung heraufbeschworen hat.

2. 2. Im Lichte der unter 2. 1. referierten Umstände wäre ein reales Strafherabsetzungsinteresse der zweitverpflichteten Partei durch bestimmte Wirtschaftsdaten allein gar nicht schlüssig begründbar, wenn einer der entscheidenden Faktoren auch in solchen Daten zu erblicken wäre. Diesfalls müßte die Rechtsmittelwerberin vielmehr auch glaubhaft machen, daß sie die verhängten Strafen zugunsten des gemäß Paragraph 359, Absatz 3, EO in Betracht kommenden Trägers der Sozialhilfe wahrscheinlich endgültig leisten müssen, weil der Abschluß von "Abtauschvereinbarungen", um in den Genuß eines letztlich selbsterwirkten gänzlichen oder doch sehr hohen endgültigen faktischen Straferlasses zu gelangen, im Anlaßfall aus bestimmten tatsächlichen Gründen nicht möglich sein wird. Nur auf dem Boden solcher weiteren Tatsachen könnten Wirtschaftsdaten der zweitverpflichteten Partei eine reale Bedeutung für die Beurteilung der Konkursgefahr erlangen, die sie für den Fall einer nicht gewährten Strafherabsetzung heraufbeschworen hat.

3. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsrekurse beruht auf §§ 40, 41, 50 Abs 1 ZPO in Verbindung mit § 78 EO.3. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsrekurse beruht auf Paragraphen 40,, 41, 50 Absatz eins, ZPO in Verbindung mit Paragraph 78, EO.

#### **Anmerkung**

E55735 03A02579

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

ECLI:AT:OGH0002:1999:0030OB00257.99M.1020.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19991020\_OGH0002\_0030OB00257\_99M0000\_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)