

# TE OGH 1998/6/30 4Ob138/98t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Grijf und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, Wien 4, Schwarzenbergplatz 14, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 330.000.-), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 9. Februar 1998, GZ 2 R 300/97b-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 4. Juni 1997, GZ 15 Cg 210/96a-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

## Spruch

Beschluß

gefaßt:

## Text

1. Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt. 1. Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des Paragraph 90 a, Absatz eins, GOG ausgesetzt.

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird gemäß Art 177 EGV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: 2. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird gemäß Artikel 177, EGV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art 30 EGV so auszulegen, daß er einer Regelung entgegensteht, wonach Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung berechtigt sind, nur dann im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten dürfen, wenn sie in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie den Vertrieb in der genannten Form ausüben, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das betreffende Gewerbe auch in einer ortsfesten Betriebsstätte ausüben, wobei auch nur solche Waren im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilgeboten werden dürfen, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden? Ist Artikel 30, EGV so auszulegen, daß er einer Regelung entgegensteht, wonach Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung berechtigt sind, nur dann im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten dürfen, wenn sie in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie den Vertrieb in der genannten Form ausüben, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde

das betreffende Gewerbe auch in einer ortsfesten Betriebsstätte ausüben, wobei auch nur solche Waren im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilgeboten werden dürfen, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden?

#### Begründung:

##### I. Sachverhalt römisch eins. Sachverhalt

Die Klägerin ist ein Verband zur Wahrung wirtschaftlicher Unternehmerinteressen, deren Zweck es unter anderem ist, unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen. Zu seinen Mitgliedern zählen mehr als 360 Fachgruppen, Gremien und Innungen so gut wie aller Wirtschaftsbranchen Österreichs; unter ihnen befindet sich das Landesgremium des Einzelhandels mit Lebens- und Genußmitteln der Wirtschaftskammer Vorarlberg und die Sektion Handel der Wirtschaftskammer Vorarlberg.

Die Beklagte betreibt das Handelsgewerbe gem. § 124 Z 11 Gewerbeordnung (GewO) in der Fassung Bundesgesetzblatt 1994/194, beschränkt auf den Kleinhandel, und beschäftigt sich auch mit der Auslieferung von Tiefkühlwaren an Letztverbraucher. Ihr Hauptsitz befindet sich in H\*\*\*\*\*, Tirol, Zweigniederlassungen befinden sich in V\*\*\*\*\*, Tirol, und W\*\*\*\*\*, Vorarlberg. Die von der Beklagten verwendeten Fahrzeuge weisen die Aufschrift "Tiefkühl-Heimservice", "Eismann" sowie die Firmenbezeichnung der Beklagten auf. Die Fahrer der Beklagten verteilen entlang einer (in regelmäßigen Zeitabständen befahrenen) bestimmten Fahrtroute Kataloge mit den von der Beklagten geführten Tiefkühlwaren sowie Bestellformulare und fragen, ob Interesse am Erwerb von Tiefkühlprodukten besteht. Bestellungen können entweder schriftlich oder telefonisch über die Zentrale der Beklagten in H\*\*\*\*\* oder direkt bei den Fahrern erfolgen. Die Auslieferung erfolgt sodann im Zuge der nächsten Tour auf dieser Strecke. Die Lieferfahrzeuge sind aber auch mit einem festen Bestand an (nicht bestellter) Ware ausgestattet; aus diesem Warenvorrat erfolgen auch Direktverkäufe ohne vorangegangene Bestellungen. Eine derartige Fahrtroute betreibt die Beklagte auch in das S\*\*\*\*\*tal, Bezirkshauptmannschaft B\*\*\*\*\*, Vorarlberg. Weder W\*\*\*\*\* noch H\*\*\*\*\* oder V\*\*\*\*\* grenzen an den Verwaltungsbezirk B\*\*\*\*\*. Die Beklagte betreibt das Handelsgewerbe gem. Paragraph 124, Ziffer 11, Gewerbeordnung (GewO) in der Fassung Bundesgesetzblatt 1994/194, beschränkt auf den Kleinhandel, und beschäftigt sich auch mit der Auslieferung von Tiefkühlwaren an Letztverbraucher. Ihr Hauptsitz befindet sich in H\*\*\*\*\*, Tirol, Zweigniederlassungen befinden sich in V\*\*\*\*\*, Tirol, und W\*\*\*\*\*, Vorarlberg. Die von der Beklagten verwendeten Fahrzeuge weisen die Aufschrift "Tiefkühl-Heimservice", "Eismann" sowie die Firmenbezeichnung der Beklagten auf. Die Fahrer der Beklagten verteilen entlang einer (in regelmäßigen Zeitabständen befahrenen) bestimmten Fahrtroute Kataloge mit den von der Beklagten geführten Tiefkühlwaren sowie Bestellformulare und fragen, ob Interesse am Erwerb von Tiefkühlprodukten besteht. Bestellungen können entweder schriftlich oder telefonisch über die Zentrale der Beklagten in H\*\*\*\*\* oder direkt bei den Fahrern erfolgen. Die Auslieferung erfolgt sodann im Zuge der nächsten Tour auf dieser Strecke. Die Lieferfahrzeuge sind aber auch mit einem festen Bestand an (nicht bestellter) Ware ausgestattet; aus diesem Warenvorrat erfolgen auch Direktverkäufe ohne vorangegangene Bestellungen. Eine derartige Fahrtroute betreibt die Beklagte auch in das S\*\*\*\*\*tal, Bezirkshauptmannschaft B\*\*\*\*\*, Vorarlberg. Weder W\*\*\*\*\* noch H\*\*\*\*\* oder V\*\*\*\*\* grenzen an den Verwaltungsbezirk B\*\*\*\*\*.

##### II. Anträge der Parteien und Entscheidungen der Vorinstanzen römisch II. Anträge der Parteien und Entscheidungen der Vorinstanzen

Der Kläger begehrt, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr zu untersagen, Lebensmittel, insbesondere Tiefkühlwaren, im Umherziehen und entgegen § 53a GewO feilzubieten, solange sie nicht in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie das Feilbieten im Umherziehen ausübe oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das Lebensmittelhändlergewerbe in einer ortsfesten Betriebsstätte ausübe, in eventuelle, Privatpersonen entgegen § 57 Abs 1 GewO zum Zwecke des Sammelns von Bestellungen auf Lebensmittel und/oder Verzehrprodukte, insbesondere Tiefkühlwaren, aufzusuchen; sie stellt weiters ein Veröffentlichungsbegehren für eine Ausgabe der Zeitung "Vorarlberger Nachrichten". Sie bringt dazu vor, die Beklagte umgehe sittenwidrig das gewerberechtliche Verbot des Feilbietens im Umherziehen und verschaffe sich dadurch einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern; darin liege ein Verstoß gegen § 1 des Gesetzes gegen den vorhandenen Wettbewerb (UWG). Das Verhalten der Beklagten habe erhebliches Aufsehen nicht nur im Bereich der Mitbewerber bewirkt, sodaß ein erhöhtes Veröffentlichungs- und Informationsinteresse gegeben sei. Der Kläger begehrt, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr zu untersagen, Lebensmittel, insbesondere Tiefkühlwaren, im Umherziehen und

entgegen Paragraph 53 a, GewO feilzubieten, solange sie nicht in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie das Feilbieten im Umherziehen ausübe oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das Lebensmittelhändlergewerbe in einer ortsfesten Betriebsstätte ausübe, in eventuelle, Privatpersonen entgegen Paragraph 57, Absatz eins, GewO zum Zwecke des Sammelns von Bestellungen auf Lebensmittel und/oder Verzehrsprodukte, insbesondere Tiefkühlwaren, aufzusuchen; sie stellt weiters ein Veröffentlichungsbegehren für eine Ausgabe der Zeitung "Vorarlberger Nachrichten". Sie bringt dazu vor, die Beklagte umgehe sittenwidrig das gewerberechtliche Verbot des Feilbietens im Umherziehen und verschaffe sich dadurch einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gesetzestreuenden Mitbewerbern; darin liege ein Verstoß gegen Paragraph eins, des Gesetzes gegen den vorhandenen Wettbewerb (UWG). Das Verhalten der Beklagten habe erhebliches Aufsehen nicht nur im Bereich der Mitbewerber bewirkt, sodaß ein erhöhtes Veröffentlichungs- und Informationsinteresse gegeben sei.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung. Ein Verstoß gegen Bestimmungen der Gewerbeordnung liege deshalb nicht vor, weil keine Verkäufe ohne vorhergegangene Bestellung durchgeführt würden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es liege ein Verstoß der Beklagten gegen § 53a GewO vor, weshalb das auf die Bestimmungen des UWG gestützte Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren gerechtfertigt sei. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es liege ein Verstoß der Beklagten gegen Paragraph 53 a, GewO vor, weshalb das auf die Bestimmungen des UWG gestützte Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es bewertete den Entscheidungsgegenstand mit über S 260.000.- und sprach aus, daß die ordentliche Revision mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Gemeinschaftsrechts- und Verfassungswidrigkeit des § 53a GewO zulässig sei. § 53a GewO verstoße nicht gegen Gemeinschaftsrecht, weil es sich bei dieser Bestimmung nur um die Regelung einer bestimmten Verkaufsmodalität iS des Urteils "Keck/Mithouard" des EuGH handle, die Vorschrift somit keine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung iSd Art 30 EGV sei. Die Bestimmung sei auch nicht verfassungswidrig, verfolge sie doch das Ziel, die Nahversorgung sicherzustellen, was im öffentlichen Interesse und sachlich gerechtfertigt sei. Berechtigt sei auch das Veröffentlichungsbegehren, weil nicht angenommen werden könne, daß trotz eines immer wiederkehrenden Herumfahrens mit beschrifteten Lastfahrzeugen von Ort zu Ort die Tätigkeit der Beklagten unbemerkt geblieben sei; die Allgemeinheit habe deshalb ein Interesse an der Aufdeckung dieser unlauteren Wettbewerbshandlung. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es bewertete den Entscheidungsgegenstand mit über S 260.000.- und sprach aus, daß die ordentliche Revision mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Gemeinschaftsrechts- und Verfassungswidrigkeit des Paragraph 53 a, GewO zulässig sei. Paragraph 53 a, GewO verstoße nicht gegen Gemeinschaftsrecht, weil es sich bei dieser Bestimmung nur um die Regelung einer bestimmten Verkaufsmodalität iS des Urteils "Keck/Mithouard" des EuGH handle, die Vorschrift somit keine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung iSd Artikel 30, EGV sei. Die Bestimmung sei auch nicht verfassungswidrig, verfolge sie doch das Ziel, die Nahversorgung sicherzustellen, was im öffentlichen Interesse und sachlich gerechtfertigt sei. Berechtigt sei auch das Veröffentlichungsbegehren, weil nicht angenommen werden könne, daß trotz eines immer wiederkehrenden Herumfahrens mit beschrifteten Lastfahrzeugen von Ort zu Ort die Tätigkeit der Beklagten unbemerkt geblieben sei; die Allgemeinheit habe deshalb ein Interesse an der Aufdeckung dieser unlauteren Wettbewerbshandlung.

III. Österreichische Rechtslage römisch III. Österreichische Rechtslage

### **Rechtliche Beurteilung**

Alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten unterliegen der Gewerbeordnung (§ 1 Abs 1 GewO 1994). § 50 Abs 1 Z 2 GewO erlaubt Gewerbetreibenden, im Rahmen ihres Gewerbes Waren auf Bestellung überallhin zu liefern. Nach § 53a GewO dürfen Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung berechtigt sind, auch im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten, sofern sie in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie dieses Feilbieten ausüben, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das betreffende Gewerbe in einer ortsfesten Betriebsstätte ausüben; außerdem dürfen nur solche Waren feilgeboten werden, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden. Alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten unterliegen der Gewerbeordnung (Paragraph eins, Absatz eins, GewO 1994). Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 2, GewO erlaubt Gewerbetreibenden, im Rahmen ihres Gewerbes Waren auf Bestellung überallhin zu liefern. Nach Paragraph 53 a, GewO dürfen Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer Gewerbeberechtigung berechtigt

sind, auch im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten, sofern sie in dem Verwaltungsbezirk, in dem sie dieses Feilbieten ausüben, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das betreffende Gewerbe in einer ortsfesten Betriebsstätte ausüben; außerdem dürfen nur solche Waren feilgeboten werden, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden.

Wer sich über Bestimmungen der Gewerbeordnung in der Absicht hinwegsetzt, im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, handelt sittenwidrig iS des § 1 UWG, sofern der konkrete Verstoß objektiv geeignet ist, den freien Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen (ÖBl 1998, 71 - Fertiglasebrillen mwN). Wer sich über Bestimmungen der Gewerbeordnung in der Absicht hinwegsetzt, im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, handelt sittenwidrig iS des Paragraph eins, UWG, sofern der konkrete Verstoß objektiv geeignet ist, den freien Leistungswettbewerb zu beeinträchtigen (ÖBl 1998, 71 - Fertiglasebrillen mwN).

#### IV. Vorlagefragerömisches IV. Vorlagefrage

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellt jede Maßnahme, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar (Dassonville-Formel; EuGH 11.7.1974 Slg 1974, 837 = NJW 1975, 515; Müller-Graff in Groeben/Thiesing/Ehlmann, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>4</sup> Art 30 Rz 22ff). Ein bestimmtes Ausmaß der Behinderung ist nicht erforderlich; der fraglichen Regelung dürfen nur nicht rein hypothetische Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel zukommen (Müller-Graff aaO Art 30 Rz 59f). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellt jede Maßnahme, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar (Dassonville-Formel; EuGH 11.7.1974 Slg 1974, 837 = NJW 1975, 515; Müller-Graff in Groeben/Thiesing/Ehlmann, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>4</sup> Artikel 30, Rz 22ff). Ein bestimmtes Ausmaß der Behinderung ist nicht erforderlich; der fraglichen Regelung dürfen nur nicht rein hypothetische Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel zukommen (Müller-Graff aaO Artikel 30, Rz 59f).

In der Entscheidung Cassis de Dijon (EuGH 20.2.1979 Slg 1979, 649 = NJW 1979, 1766) hat der EuGH Vorschriften darüber, daß Waren auf bestimmte Art bezeichnet, zusammengesetzt, aufgemacht, etikettiert, verpackt etc. sein müssen, auch dann als nach Art 30 EGV verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung gewertet, wenn sie unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, sofern sie nicht durch einen Zweck gerechtfertigt sind, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht. In der Entscheidung Cassis de Dijon (EuGH 20.2.1979 Slg 1979, 649 = NJW 1979, 1766) hat der EuGH Vorschriften darüber, daß Waren auf bestimmte Art bezeichnet, zusammengesetzt, aufgemacht, etikettiert, verpackt etc. sein müssen, auch dann als nach Artikel 30, EGV verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung gewertet, wenn sie unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, sofern sie nicht durch einen Zweck gerechtfertigt sind, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.

Ausgehend von der Leitentscheidung Keck und Mithouard (C-267/91 und C 268/91 vom 24. 11. 1993) begrenzt die jüngere Rsp des EuGH die Tragweite des Art 30 EGV, indem allgemein geltende bestimmte Verkaufsmodalitäten trotz des Umstandes, daß von ihnen ausgehende beschränkende Wirkungen auf den Warenverkehr zumindest nicht ausgeschlossen werden können, unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Maßnahme gleicher Wirkung iS des Art 30 EGV qualifiziert werden, ohne daß auf zwingende Erfordernisse oder Gründe des Art 36 EGV abzustellen sei (Nachweise bei Müller-Graff aaO Art 30 Rz 239 FN 559). Diesen Urteilen liegt das Bestreben des EuGH zugrunde, den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung nicht grenzenlos auszudehnen, sondern in einem vernünftigen Rahmen zu halten (Matthies/von Borries in Grabitz/Hilf, Kommentar zur EU, Rz 27 zu Art 30 EGV). Die Eigenschaft als "bestimmte Verkaufsmodalität" iS dieser Rsp wurde etwa bejaht für ein französisches Verbot des Weiterverkaufs unter Einstandspreis; ein belgisches Verbot des Verkaufs zu äußerst geringen Gewinnspannen; die griechische Vertriebskonzentration von verarbeiteten Milchprodukten für Säuglinge auf Apotheken; die italienische Beschränkung des Einzelhandels mit Tabakwaren zugunsten zugelassener Vertriebs Händler; die von einer Landesapothekerkammer erlassene Standesregel, die Apothekern die Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb der Apotheke verbietet; allgemein geltende Geschäftsschlußregelungen, insbesondere Sonntagsverkaufsverbote (Nachweise bei Müller-Graff aaO Rz 255). Damit eine Vorschrift unter diese Rechtsprechung fällt, muß sie folgende Kriterien erfüllen: Die Bestimmung darf erstens nicht zu den "produktbezogenen" Vorschriften gehören, durch die Waren in Bezeichnung,

Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung oder Verpackung näher bestimmt werden; sie muß zweitens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, weil mit dem freien Warenverkehr nur diskriminierungsfreie Vorschriften vereinbar sind; die Bestimmung muß schließlich drittens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berühren, um eine Schlechterstellung eingeführter Waren auszuschließen (vgl. Müller-Graff aaO Rz 248ff). Erfaßt werden sollen Vorschriften über die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen und andere Umstände (wie eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten), unter denen Waren vertrieben werden können und die Ausdruck "landesweiter oder regionaler, sozialer und kultureller Besonderheiten" sind (Matthies/von Borries aaO Rz 28). Ausgehend von der Leitentscheidung Keck und Mithouard (C-267/91 und C 268/91 vom 24. 11. 1993) begrenzt die jüngere Rsp des EuGH die Tragweite des Artikel 30, EGV, indem allgemein geltende bestimmte Verkaufsmodalitäten trotz des Umstandes, daß von ihnen ausgehende beschränkende Wirkungen auf den Warenverkehr zumindest nicht ausgeschlossen werden können, unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Maßnahme gleicher Wirkung iS des Artikel 30, EGV qualifiziert werden, ohne daß auf zwingende Erfordernisse oder Gründe des Artikel 36, EGV abzustellen sei (Nachweise bei Müller-Graff aaO Artikel 30, Rz 239 FN 559). Diesen Urteilen liegt das Bestreben des EuGH zugrunde, den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung nicht grenzenlos auszudehnen, sondern in einem vernünftigen Rahmen zu halten (Matthies/von Borries in Grabitz/Hilf, Kommentar zur EU, Rz 27 zu Artikel 30, EGV). Die Eigenschaft als "bestimmte Verkaufsmodalität" iS dieser Rsp wurde etwa bejaht für ein französisches Verbot des Weiterverkaufs unter Einstandspreis; ein belgisches Verbot des Verkaufs zu äußerst geringen Gewinnspannen; die griechische Vertriebskonzentration von verarbeiteten Milchprodukten für Säuglinge auf Apotheken; die italienische Beschränkung des Einzelhandels mit Tabakwaren zugunsten zugelassener Vertriebshändler; die von einer Landesapothekerkammer erlassene Standesregel, die Apothekern die Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb der Apotheke verbietet; allgemein geltende Geschäftsschlußregelungen, insbesondere Sonntagsverkaufsverbote (Nachweise bei Müller-Graff aaO Rz 255). Damit eine Vorschrift unter diese Rechtsprechung fällt, muß sie folgende Kriterien erfüllen: Die Bestimmung darf erstens nicht zu den "produktbezogenen" Vorschriften gehören, durch die Waren in Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung oder Verpackung näher bestimmt werden; sie muß zweitens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, weil mit dem freien Warenverkehr nur diskriminierungsfreie Vorschriften vereinbar sind; die Bestimmung muß schließlich drittens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berühren, um eine Schlechterstellung eingeführter Waren auszuschließen (vergleiche Müller-Graff aaO Rz 248ff). Erfaßt werden sollen Vorschriften über die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen und andere Umstände (wie eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten), unter denen Waren vertrieben werden können und die Ausdruck "landesweiter oder regionaler, sozialer und kultureller Besonderheiten" sind (Matthies/von Borries aaO Rz 28).

Eine Entscheidung des EuGH zur Frage, ob auch eine Bestimmung, die zum Vertrieb bestimmter Grundnahrungsmittel im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus nur unter der Bedingung berechtigt, daß der Gewerbetreibende in dem Verwaltungsbezirk, in dem er den Vertrieb in der genannten Form ausübt, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das betreffende Gewerbe auch in einer ortsfesten Betriebsstätte ausübt, wobei auch nur solche Waren im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilgeboten werden dürfen, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden, ist, soweit ersichtlich, bisher nicht ergangen. Für ihre Wertung als nach Art 30 EGV unbedenkliche Verkaufsmodalität spricht, daß sie nicht "produktbezogen" ist, sondern eine bestimmte Vertriebsform regelt, daß sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und daß sie nur eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten mit sich bringt. Auch ist die Bestimmung insofern Ausdruck einer landesweiten Besonderheit, als sie die Nahversorgung zugunsten ortsansässiger Unternehmen besonders schützt, ein Ziel, das in einem topographisch so stark gegliederten Land wie Österreich andernfalls gefährdet erscheint. Eine Entscheidung des EuGH zur Frage, ob auch eine Bestimmung, die zum Vertrieb bestimmter Grundnahrungsmittel im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus nur unter der Bedingung berechtigt, daß der Gewerbetreibende in dem Verwaltungsbezirk, in dem er den Vertrieb in der genannten Form ausübt, oder in einer an diesen Verwaltungsbezirk angrenzenden Gemeinde das betreffende Gewerbe auch in einer ortsfesten Betriebsstätte ausübt, wobei auch nur solche Waren im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilgeboten werden dürfen, die auch in dieser ortsfesten Betriebsstätte feilgehalten werden, ist, soweit ersichtlich, bisher nicht ergangen. Für ihre Wertung als nach Artikel 30, EGV unbedenkliche Verkaufsmodalität spricht,

daß sie nicht "produktbezogen" ist, sondern eine bestimmte Vertriebsform regelt, daß sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und daß sie nur eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten mit sich bringt. Auch ist die Bestimmung insofern Ausdruck einer landesweiten Besonderheit, als sie die Nahversorgung zugunsten ortsansässiger Unternehmen besonders schützt, ein Ziel, das in einem topographisch so stark gegliederten Land wie Österreich andernfalls gefährdet erscheint.

Gegen das Vorliegen einer Verkaufsmodalität spricht hingegen, daß möglicherweise eine "verschleierte Beschränkung" (vgl. Thun-Hohenstein/Cede, Europarecht 150ff) vorliegt, bei der eine Vorschrift zwar ihrem Wortlaut nach allgemein gilt, jedoch in tatsächlicher Hinsicht eine Hürde darstellt, die von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten typischerweise nur wesentlich schwerer oder unter größerem Kostenaufwand überwunden werden kann als von inländischen (vgl. zB das Erfordernis der Eintragung in das Handelsregister des Versteigerungsortes - Rs 239/90 British Motors Wright, Slg 1991, 2023, oder das Erfordernis, zwecks Einfuhr von Arzneimitteln zur Direktbelieferung von Apotheken Lagerräume mit bestimmten technischen Ausrüstungen im Einfuhrstaat zu unterhalten - Rs 87, 88/85 Legia, Slg 1986, 1707). Wer nämlich als Unternehmer eines anderen Mitgliedsstaates im Inland in der Vertriebsform des Feilbietens im Umherziehen Lebensmittel vertreiben möchte, ist gehalten, zusätzlich zu seiner Betriebsstätte im Sitzstaat auch im Inland zumindest eine weitere ortsfeste Betriebsstätte zu errichten und zu betreiben; der inländische Unternehmer erfüllt hingegen bereits mit einer einzigen Betriebsstätte die Voraussetzungen des § 53a GewO. Gegen das Vorliegen einer Verkaufsmodalität spricht hingegen, daß möglicherweise eine "verschleierte Beschränkung" (vergleiche Thun-Hohenstein/Cede, Europarecht 150ff) vorliegt, bei der eine Vorschrift zwar ihrem Wortlaut nach allgemein gilt, jedoch in tatsächlicher Hinsicht eine Hürde darstellt, die von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten typischerweise nur wesentlich schwerer oder unter größerem Kostenaufwand überwunden werden kann als von inländischen (vergleiche zB das Erfordernis der Eintragung in das Handelsregister des Versteigerungsortes - Rs 239/90 British Motors Wright, Slg 1991, 2023, oder das Erfordernis, zwecks Einfuhr von Arzneimitteln zur Direktbelieferung von Apotheken Lagerräume mit bestimmten technischen Ausrüstungen im Einfuhrstaat zu unterhalten - Rs 87, 88/85 Legia, Slg 1986, 1707). Wer nämlich als Unternehmer eines anderen Mitgliedsstaates im Inland in der Vertriebsform des Feilbietens im Umherziehen Lebensmittel vertreiben möchte, ist gehalten, zusätzlich zu seiner Betriebsstätte im Sitzstaat auch im Inland zumindest eine weitere ortsfeste Betriebsstätte zu errichten und zu betreiben; der inländische Unternehmer erfüllt hingegen bereits mit einer einzigen Betriebsstätte die Voraussetzungen des Paragraph 53 a, GewO.

#### IV. Verfahrensrechtliches römisch IV. Verfahrensrechtliches

Im gegenständlichen Fall fehlt zwar ein grenzüberschreitender Bezug des Sachverhalts. Die Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 53a GewO ist aber Vorfrage für die hier gebotene Beurteilung, ob ein Fall der Inländerdiskriminierung vorliegt. Die Bestimmung des § 53a GewO ist nämlich für inländische Gewerbetreibende unabhängig davon verbindlich, ob sie gegen Art 30 EGV verstößt oder nicht. Eine grundlose Schlechterstellung österreichischer Unternehmer gegenüber Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten der EU wäre aber nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes ein Verstoß gegen das dem Gleichheitsgebot immanente Sachlichkeitsgebot (VfSlg 13.084; EuGRZ 1997, 362). Von der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hätte somit nur dann Abstand genommen werden können, wenn die Übereinstimmung des § 53a GewO mit dem Gemeinschaftsrecht so hinreichend hätte beurteilt werden können, daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt (Dausers, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag\*\*2 116 mwN; Gamerith, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art 177 EGV in Wettbewerbssachen, ÖBl 1995, 51 [57] mwN; ÖBl 1997, 83 - Football Association; ZfRV 1997, 245). Davon kann aber beim vorliegenden Sachverhalt angesichts der dargestellten Rechtsprechung des EuGH keine Rede sein. Im gegenständlichen Fall fehlt zwar ein grenzüberschreitender Bezug des Sachverhalts. Die Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Paragraph 53 a, GewO ist aber Vorfrage für die hier gebotene Beurteilung, ob ein Fall der Inländerdiskriminierung vorliegt. Die Bestimmung des Paragraph 53 a, GewO ist nämlich für inländische Gewerbetreibende unabhängig davon verbindlich, ob sie gegen Artikel 30, EGV verstößt oder nicht. Eine grundlose Schlechterstellung österreichischer Unternehmer gegenüber Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedsstaaten der EU wäre aber nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes ein Verstoß gegen das dem Gleichheitsgebot immanente Sachlichkeitsgebot (VfSlg 13.084; EuGRZ 1997, 362). Von der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hätte somit nur dann Abstand genommen werden können, wenn die Übereinstimmung des Paragraph 53 a, GewO mit dem Gemeinschaftsrecht so hinreichend

hätte beurteilt werden können, daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt (Dausies, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag\*\*2 116 mwN; Gamerith, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177, EGV in Wettbewerbssachen, ÖBl 1995, 51 [57] mwN; ÖBl 1997, 83 - Football Association; ZfRV 1997, 245). Davon kann aber beim vorliegenden Sachverhalt angesichts der dargestellten Rechtsprechung des EuGH keine Rede sein.

Der Ausspruch über die Aussetzung des Verfahrens gründet sich auf§ 90a Abs 1 GOG.Der Ausspruch über die Aussetzung des Verfahrens gründet sich auf Paragraph 90 a, Absatz eins, GOG.

#### **Anmerkung**

E50692 04A01388

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

ECLI:AT:OGH0002:1998:0040OB00138.98T.0630.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980630\_OGH0002\_0040OB00138\_98T0000\_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)