

TE OGH 1993/4/6 4Ob32/93

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.04.1993

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Griß als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Peter Ernst F******, vertreten durch DDr.Walter Barfuß und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Herbert H******, vertreten durch Dr.Walter Schuppich und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 480.000), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 14.Jänner 1993, GZ 3 R 191/92-9, womit der Beschuß des Handelsgerichtes Wien vom 27.August 1992, GZ 37 Cg 158/92-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben; dem Erstgericht wird eine neuerliche, nach Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Rechtmittelverfahrens sind weitere Kosten des Provisorialverfahrens.

Text

Begründung:

Der Kläger betreibt das gebundene Gewerbe "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" (§ 103 Abs 1 lit a Z 2 GewO); insbesondere vertreibt er Programme auf dem Gebiet der Esoterik. Einer der Gegenstände seiner Gewerbeberechtigung ist der Software-Handel.

Bis Mai 1992 trat der Beklagte unter der Bezeichnung "A***** in Österreich" auf; nunmehr verwendet er die Unternehmensbezeichnung "Studio M*****". Er vertreibt Programme auf dem Gebiet der Esoterik, insbesondere der Astrologie, und handelt mit einschlägigen Büchern. Die von ihm primär vertriebenen Programme "Vision III" und "Apex" erstellte er nicht selbst; diese Programme stammen vielmehr von der Firma A***** in F*****, Schweiz. Früher hatte der Kläger diese Programme vertrieben. Der Beklagte wendet sich nunmehr gezielt an die - ihm von der Firma A***** bekanntgegebenen - Kunden des Klägers und unterbreitet ihnen Betreuungs- und Serviceangebote. Im Juni 1992 teilte er mit einem Rundschreiben einem größeren Personenkreis mit, daß "ein weiterer Schwerpunkt" seines Programms "der Vertrieb von Astrologischen Ausrechnungs-, Zeichen- und Interpretationsprogrammen für PC's", sei, "welche sowohl den astrologischen Beratern als auch den Studenten und Interessierten helfen sollen, ihre Zeit durch den Einsatz von EDV effizienter zu nutzen".

Vom Beklagten herausgegebene Informationsbroschüren über Ausbildungsseminare 1992 sowie über das Programm "Vision III" enthalten Bestellscheine für Vision III/Apex und für (astrologische) Literatur zur Weiterbildung. Die Bestellscheine für die Programme und Module enthalten den Text: "Ich bestelle folgende Programme"; sie an das "Studio M***** bzw "A**** in Österreich" zu richten. Der Beklagte legt auch Formulare zur Buchbestellung auf. In verschiedenen einschlägigen Zeitschriften wirbt er mit Inseraten für die Programme "Vision III" und "Apex"; jedes Inserat endet damit, daß Bestellungen und Anfragen bezüglich Informationsunterlagen an das "Studio M*****" bzw "A**** in Österreich" zu richten seien. In den Inseraten werden die Programme beschrieben und die Preise angegeben; von der Einräumung von Nutzungsrechten ist dabei nicht die Rede.

Die Einräumung des Nutzungsrechtes an den vom Beklagten vertriebenen Programmen "Vision III" und "Apex" ist - neben anderen Bestandteilen - mit dem Kaufpreis für das erworbene Programm abgegolten.

Der Beklagte hatte seine gewerbliche Tätigkeit jahrelang ohne jede Gewerbeberechtigung ausgeübt. Am 14.5.1992 meldete er das Gewerbe "Astrologische Dienstleistungen" an. In der Anmeldung beschrieb er den Gegenstand seiner Dienstleistungen wie folgt: "Erstellung und Verkauf astrologischer Textanalysen, Erstellung und Verkauf sämtlicher astrologischer Zeichnungen und Berechnungen, Abhaltung von astrologischen Seminaren und Vorträgen und Verkauf von dazugehörigen Skripten und Lernunterlagen (Bücher), astrologische Ausbildung, astrologische Beratung, Vergabe von Nutzungsrechten für astrologische Rechen-, Zeichen- und Textinterpretationsprogramme".

Auf Grund dieser Gewerbeanmeldung holte die Gewerbebehörde bei der Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Wien ein Gutachten ein. In diesem mit 2.6.1992 datierten Gutachten wurde ausgeführt, daß astrologische Dienstleistungen, soweit sie als astrologische Beratung anzusehen sind bzw die Erstellung und Interpretation von Horoskopen umfassen, jedenfalls als freies Gewerbe anzusehen seien. Im Rahmen dieser Tätigkeit vom Gewerbeinhaber autonom (dh nicht im Auftrag Dritter) entwickelte Programme, mit denen unter Zuhilfenahme elektronischer Datenverarbeitung die Rechnungen bzw Analysen in Textform möglich sind, seien durch die vorstehende Gewerbeberechtigung abgedeckt. Der Vertrieb bzw die Vermietung solcher autonom entwickelter Software falle nicht in den Vorbehaltsbereich des gebundenen Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik. Die Abhaltung astrologischer Seminare und Vorträge sowie die astrologische Ausbildung seien überhaupt kein Gewerbe. Nicht davon erfaßt sei jedoch der Verkauf über den Unterrichtsstoff hinausgehender Grundlagenliteratur auf dem Gebiet der Astrologie; hiefür sei bei gewerbsmäßigem Vertrieb eine Berechtigung zum Handel mit Büchern notwendig.

Der Magistrat der Stadt Wien stellte dem Beklagten am 9.6.1992 den Gewerbeschein aus, mit welchem bescheinigt wurde, daß das Gewerbe astrologische Dienstleistungen unter Ausschluß jeder den Lebens- und Sozialberatern sowie den Psychologen und Psychotherapeuten vorbehalteten Tätigkeiten angemeldet wurde.

Der Beklagte entfaltet die beschriebenen Tätigkeiten gewerbsmäßig. Befähigungsnachweise für Software-Vertrieb und Buchhandel hat er nicht.

Mit der Behauptung, daß der Beklagte, dadurch, daß er ohne entsprechende Gewerbeberechtigung Programme vertreibe und mit Büchern handle, gegen gewerberechtliche Vorschriften und damit auch gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG) verstöße, begeht der Kläger zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, nicht von ihm selbst erstellte Programme, insbesondere die Astrologieprogramme "Vision III" und "Apex", und/oder Bücher zu vertreiben oder solche Programme und/oder Bücher in Inseraten, Werbebroschüren, Briefen odgl. anzubieten, solange er nicht im Besitz von Gewerbeberechtigungen ist, die ihn zu diesen Tätigkeiten berechtigen.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsbegehren. Seine Gewerbeberechtigung umfasse alle von ihm ausgeübten Tätigkeiten. Als einem Dienstleistungsgewerbetreibenden stehe ihm nach § 36 GewO, soweit der Charakter des Betriebes als Dienstleistungsbetrieb gewahrt bleibt, auch das Recht zum Verkauf von Waren zu, die er be- oder verarbeitet oder bei den Leistungen seines Gewerbes anwendet. Nach § 36 GewO iVm § 33 Abs 1 Z 6 GewO sei er berechtigt, neben den Waren eigener Erzeugung auch fremde Erzeugnisse gleicher Art sowie entsprechendes Zubehör zu verkaufen oder den Verkauf dieser Erzeugnisse und dieses Zubehörs zu vermitteln. Da er die in Rede stehenden Programme nur im Rahmen seines Dienstleistungsbetriebes und im Zusammenhang mit der von ihm ausgeübten astrologischen Beratung und seiner Seminartätigkeit verwerte, sei der Charakter seines Betriebes als Dienstleistungsbetrieb gewahrt; das gleiche gelte für den beanstandeten Vertrieb von Büchern. Auch die

Gewerbebehörde teile diese Auffassung, zumal sie nach Überprüfung des tatsächlichen Tätigkeitsbereiches des Beklagten den beantragten Gewerbeschein ausgestellt habe. In jedem Falle sei aber die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner gewerberechtlichen Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt, daß er sie mit gutem Grund vertreten könne; schon deshalb habe er nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Der Erstrichter erließ die einstweilige Verfügung. Der Vertrieb fremder Programme und der Handel mit Büchern seien gebundene Gewerbe (§ 103 Abs 1 lit a Z 2 [Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik] und lit b Z 6 [Buchhandel]). Soweit der Beklagte fremde Programme und Bücher anbiete, übe er gemäß § 1 Abs 4, letzter Satz, GewO diese Gewerbe aus. Auf § 36 GewO könne er sich nicht berufen. Weder vertreibe er Programme bloß im Rahmen seiner astrologischen Beratungs- und Seminartätigkeit, noch sei der Programmvertrieb in seinem Unternehmen von bloß untergeordneter Bedeutung; der Beklagte verkaufe vielmehr Programme an jedermann und biete sie völlig unabhängig von seinen sonstigen Tätigkeiten an. Dieser Vertrieb bilde einen Schwerpunkt seiner Tätigkeiten. Damit werde aber der Charakter des Betriebes als eines für astrologische Dienstleistungen bestimmten Betriebes nicht gewahrt. Der Beklagte verkaufe auch entgegen § 36 Abs 1 GewO bestimmte Bücher unabhängig von Unterrichtsveranstaltungen. Auf Grund des Gutachtens der Kammer der gewerblichen Wirtschaft sei er über den Umfang seiner Gewerbeberechtigung im Bild. Die Übertretung gewerberechtlicher Vorschriften, welche die Ausübung einer Tätigkeit an bestimmte Voraussetzungen, insbesondere an eine Bewilligung, knüpfen, sei sittenwidrig (§ 1 UWG).

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschuß und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als das Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens. Da der Beklagte selbst keine Programme erstelle, könne er seine Befugnis zum Handel mit fremden Programmen nicht aus § 33 Abs 1 Z 6, § 36 Satz 1 GewO ableiten; auch zum Verkauf von Büchern sei er mangels der erforderlichen Berechtigung nach § 103 Abs 1 lit b Z 6 GewO nicht befugt, soweit dieser Verkauf über den Vertrieb von Skripten von Lernunterlagen hinausgeht. Aus dem bescheinigten Sachverhalt ergebe sich, daß der Charakter des Betriebes des Beklagten als Dienstleistungsbetrieb nicht mehr gewahrt sei. Entgegen den Rekursausführungen spreche nichts dafür, daß der Beklagte nur Unterlizenzen an EDV-Programmen vergibt; vielmehr sei eindeutig geklärt, daß er die Programme vertreibt bzw verkauft und demnach als Software-Händler auftritt. Da die vom Beklagten vertretene Auffassung nicht mit guten Gründen vertreten werden könne, habe er gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen.

Gegen diesen Beschuß wendet sich der Revisionsrekurs des Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß der Sicherungsantrag abgewiesen werde.

Der Kläger beantragt, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil - soweit überblickbar - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Auslegung des § 36 GewO fehlt; er ist auch berechtigt.

Nach § 36 Abs 1 Satz 1 GewO stehen dem Dienstleistungsgewerbetreibenden die den Erzeugern in § 33 GewO eingeräumten Rechte sinngemäß zu, wenn hiebei der Charakter des Betriebes als Dienstleistungsbetrieb gewahrt bleibt. Auf die hier allein in Betracht kommende Bestimmung des § 33 Abs 1 Z 6 GewO - wonach Gewerbetreibenden, die zur Erzeugung berechtigt sind, das Recht zusteht, neben den Waren eigener Erzeugnung auch fremde Erzeugnisse gleicher Art sowie entsprechendes Zubehör zu verkaufen oder solche Verkäufe, ohne ständig damit betraut zu sein, zu vermitteln, sofern der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleibt - beruft sich der Beklagte entgegen der von ihm in erster Instanz vertretenen Auffassung (S. 18) im Revisionsrekurs nicht mehr; vielmehr räumt er ausdrücklich ein, daß er selbst keine Programme erstellt und keine Bücher schreibt. Er hält aber daran fest, daß er zu den beanstandeten geschäftlichen Aktivitäten auf Grund des § 36 Abs 1 Satz 2 GewO berechtigt sei. Danach steht dem Dienstleistungsgewerbetreibenden unter der Voraussetzung, daß der Charakter des Betriebes als Dienstleistungsbetrieb gewahrt bleibt, auch das Recht zum Verkauf (ua) solcher Waren zu, die er bei den Leistungen seines Gewerbes anwendet. Nach den EB (395 BlgNR 13. GP 138) soll unter diese Bestimmung zB der Verkauf der für eine Reparatur in Betracht kommenden Ersatzteile durch Mechaniker oder Installateure oder der Verkauf von Rasiercreme oder Haarpflegemitteln etc. durch Friseure fallen; auch bei der Ausübung dieser Verkaufsrechte müsse aber der Charakter des Betriebes als Dienstleistungsbetrieb gewahrt werden. Auf Grund des § 36 GewO seien aber die

Dienstleistungsgewerbetreibenden nicht berechtigt, etwa mit den für ihre Arbeiten erforderlichen Werkzeugen oder sonstigen Betriebsmitteln zu handeln. In § 36 Abs 1 GewO hat der Gesetzgeber (wie in § 33 Abs 1 Z 6 GewO) die in früheren Bestimmungen enthaltenen Ausdrücke "in untergeordnetem" oder "in nebenschlichem Umfang" vermieden. Um zum Ausdruck zu bringen, daß die in § 36 Abs 1 GewO niedergelegten Rechte nicht die Haupttätigkeit des Dienstleistungsgewerbetreibenden bilden dürfen, stellt das Gesetz auf den Charakter des Betriebes als Dienstleistungsbetrieb ab (EB aaO). Daß es sich beim Verkauf der dort angeführten Waren um eine Nebentätigkeit handelt, diese Nebentätigkeit also im Verhältnis zu der Haupttätigkeit untergeordnet sein muß, ergibt sich aus dem in § 37 GewO verwendeten Begriff der "Nebenrechte" (EB aaO 135). Mit der geänderten Diktion wollte der Gesetzgeber der Praxis entgegentreten, die unter der Geltung des früheren Gesetzes dazu geneigt hatte, bis zu 49 % der Nebentätigkeit im Verhältnis zur Haupttätigkeit zuzulassen, wobei aber wieder zweifelhaft gewesen war, ob sich die Prozentrechnung auf den mengenmäßigen oder auf den wertmäßigen Umsatz beziehen sollte (EB aaO). Der Gesetzgeber war sich dessen bewußt, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Charakter eines Betriebes als Dienstleistungsbetrieb (oder - wie in § 33 Z 6 GewO - als Erzeugungsbetrieb) noch erhalten bleibt, nicht immer leicht zu lösen sein wird; mit dieser Fassung werde aber jeder perzentuellen und damit sinnwidrigen Lösung aus dem Wege gegangen (EB aaO).

Die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen reichen zur Beurteilung der Frage, ob die beanstandete Verkaufstätigkeit des Beklagten nach § 36 Abs 1 GewO zulässig ist, nicht aus. Festgestellt wurde lediglich, daß der Beklagte bestimmte - nicht von ihm selbst erstellte - Programme und Bücher vertreibt. Wie weit er diese Produkte bei seinen Dienstleistungen verwendet, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen. Daß er nur solche Programme und Bücher vertreibe, die er im Rahmen seines Dienstleistungsgewerbes, insbesondere im Zusammenhang mit der von ihm ausgeübten astrologischen Beratung, verwerte, hat aber der Beklagte in erster Instanz ausdrücklich vorgebracht (S. 18).

Die Vorinstanzen haben nicht nur festgestellt, daß der Beklagte in dem Rundschreiben Beilage D behauptet hat, ein weiterer Schwerpunkt seines Programms sei der Vertrieb bestimmter Programme für PCs, "welche sowohl den astrologischen Beratern als auch den Studenten und Interessierten helfen sollen, ihre Zeit durch den Einsatz von EDV effizienter zu nutzen"; sie haben auch eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie diese Werbebehauptung für richtig halten, also der Vertrieb solcher Programme tatsächlich einen weiteren Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit des Beklagten bildet (S. 50 undf 100 f). An diese Feststellung ist der Oberste Gerichtshof zwar gebunden: sie ermöglicht aber noch nicht die Beurteilung, daß der Betrieb des Beklagten den Charakter eines Dienstleistungsbetriebes verloren hätte, steht doch nicht fest, daß dieser Vertrieb den Schwerpunkt der Tätigkeit des Beklagten ausmacht; vielmehr liegt darin nur einer von mehreren Schwerpunkten. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die Tätigkeit des Beklagten ganz überwiegend auf dem Gebiet der Dienstleistungen oder der - nicht unter die Gewerbeordnung fallenden - Ausübung des Privatunterrichtes (§ 2 Abs 1 Z 12 GewO) fällt, sein Betrieb also trotz einiger Verkaufsgeschäfte seinen Charakter als Dienstleistungsunternehmen nicht geändert hat.

Erst wenn auf Grund der im Provisorialverfahren angebotenen Bescheinigungsmittel Feststellungen darüber getroffen worden sind, ob und wie weit der Beklagte die von ihm vertriebenen Waren (Programme und Bücher) im Zuge seiner Dienstleistungen verwendet und welche wirtschaftliche Bedeutung den Verkaufsgeschäften im Verhältnis zu den übrigen Tätigkeiten des Beklagten zukommt, kann darüber abgesprochen werden, ob der Beklagte sittenwidrig gehandelt hat. Sollte er sich tatsächlich über den Umfang seiner Gewerbeberechtigung bewußt hinweggesetzt haben, um so im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern - die erst auf Grund einer entsprechenden Gewerbeberechtigung tätig werden - zu erlangen, dann hätte er gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) verstoßen (MR 1988, 102; ÖBI 1989, 122; ÖBI 1990, 7; MR 1992, 73 uva). Ein solcher Verstoß gegen § 1 UWG wurde allerdings einer dem Beklagten auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbare Mißachtung einer gesetzlichen Vorschrift voraussetzen, welche jedenfalls dann entfällt, wenn die Auffassung des Beklagten über seine Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann (SZ 56/2; ÖBI 1990, 108; MR 1992, 73 ua). Es wird daher zu prüfen sein, ob der Beklagte mit guten Gründen der Meinung sein konnte, seine Verkaufstätigkeit falle unter den Wortlaut des § 36 Abs 1 Satz 2 GewO. Sollte festgestellt werden, daß der Beklagte auch solche Programme und Bücher verkauft, die er nicht im Zuge seiner gewerblichen Dienstleistungen (als astrologischer Berater), sondern nur im Rahmen seiner

Seminar- und Vortragstätigkeit (§ 2 Abs 1 Z 12 GewO) anwendet, wird ihm im Hinblick auf das Kammergutachten Beilage J die dort zum Ausdruck gebrachte Meinung als vertretbar zugebilligt werden können, daß er die Hilfsmittel für die Vermittlung des Lernstoffes vertreiben dürfe.

Da die Sache somit noch nicht spruchreif ist, war dem Revisionsrekurs Folge zu geben und mit einer Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen vorzugehen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf §§ 78, 402 Abs 4 EO, § 52 ZPO.

Anmerkung

E31264

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1993:0040OB00032.93.0406.000

Dokumentnummer

JJT_19930406_OGH0002_0040OB00032_9300000_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