

# TE OGH 1990/3/13 4Ob32/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei VSW-V\*\*\* FÜR S\*\*\* W\*\*\*, Salzburg, Mildenburggasse 6, vertreten durch Dr. Peter Raits und andere Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagte Partei "F\*\*\* B\*\*\* I" F.M. Z\*\*\* Gesellschaft mbH & Co,

Dornbirn, Wallenmahd 46, vertreten durch Dr. Leonhard Lindner, Rechtsanwalt in Dornbirn, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren S 350.000,--) infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 5. Dezember 1989, GZ 3 R 105/89-15, womit der Beschluß des Landesgerichtes Salzburg vom 3. März 1989, GZ 11 Cg 66/89-3, teilweise abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß, der in seinem abweisenden Teil als unbekämpft unberührt bleibt, wird in seinem Ausspruch über das Verbot des Verkaufes von Säuglingsnahrung, Knabbergebäck und Rum zum oder unter dem Einstandspreis bestätigt; in seinem übrigen Umfang - Speiseöl und Windeln - einschließlich der Kostenentscheidung wird der angefochtene Beschluß aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an die zweite Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens zweiter Instanz.

## Text

Begründung:

Die Beklagte - eine Gesellschaft der sogenannten Zumtobel-Gruppe - betreibt u.a. in Salzburg, Schießstattstraße 7 (Hans-Sachs-Hof 7) unter der Bezeichnung "F\*\*\*" den Einzelhandel mit Lebensmitteln und sogenannten "non-food-Artikeln" für den Haushaltsbereich. Sie hat

- a) am 17. November 1988 eine Tragepackung "Pampers"- Windeln zum Endverbraucherpreis von S 139,90,
- b) am 7. Dezember 1988 eine 2-Liter-Dose "Kronen-Öl" zum Endverbraucherpreis von S 34,90,
- c) am 9. Dezember 1988 eine Familienpackung "Soletti" 250 Gramm zum Endverbraucherpreis von S 9,90 und eine 1-Liter Flasche "Stroh-Rum" zum Endverbraucherpreis von S 39,90 sowie
- d) vom 9. bis 21. Jänner 1989 eine 1000 g-Packung "BEBA"-Säuglings-Milchnahrung zum Endverbraucherpreis von S

89,-- angeboten und auch verkauft.

Das Rekursgericht nahm für alle diese Artikel als glaubhaft gemacht an, daß der von der Beklagten angekündigte (und verlangte) Preis (samt Mehrwertsteuer) unter dem Einstandspreis lag, zu dem die Beklagte diese Waren von den betreffenden Lieferanten (Nestle;

Dr. Josef Zach GmbH; Fa. VFI; Fa. Getränke Handelshaus GmbH;

Procter & Gamble) erworben hat.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab.

Das Rekursgericht gab dem Sicherungsantrag im ersten Rechtsgang statt.

Der Oberste Gerichtshof hob die Entscheidung des Rekursgerichtes mit Beschluß vom 26. September 1989, 4 Ob 94/89 (nunmehr veröffentlicht in ÖBl 1989, 167 RdW 1989, 389

ÄHoleschofskyÜ = WBl 1990, 53 = MR 1989, 225 ÄPrunbauerÜ) - auf dessen Begründung bezüglich der Darstellung des Verfahrens im ersten Rechtsgang verwiesen wird - auf. Der Oberste Gerichtshof hielt das Rechtsmittel der Beklagten nur deshalb für berechtigt, weil das Rekursgericht auf den von der Beklagten behaupteten Rechtfertigungsgrund des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG nicht eingegangen war und das Unterlassungsgebot zu weit gefaßt hatte; zur Klärung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG wurde die Rechtssache an das Rekursgericht zurückverwiesen.

Im zweiten Rechtsgang verbot das Rekursgericht der Beklagten neuerlich den Verkauf der genannten Waren unter dem Einstandspreis; die Beklagte war mit ihrem Rekurs nur insoweit erfolgreich, als das Verbot im Sinne der bindenden Rechtsausführungen des Obersten Gerichtshofes auf die jeweilige Warengattung in Verbindung mit konkreten Einzelverboten eingeschränkt wurde. Die zweite Instanz sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 300.000,-- übersteige. Sie nahm folgenden weiteren Sachverhalt als bescheinigt an:

Die Beklagte betreibt außer dem Verbrauchermarkt in Salzburg-Lehen, Hans-Sachs-Hof 7, in Österreich (gemeint wohl: im Zeitpunkt der beanstandeten Angebote) 43 weitere Verbrauchermärkte. Der für die Zeit vom 9. bis 21. Jänner 1989 für die 1000 g-Packung "BEBA"-Säuglings-Milchnahrung angekündigte (und verlangte) Preis von S 89,--

galt in allen Verbrauchermärkten der Beklagten in Österreich. In einem Inserat vom 1. September 1988 im "Kleinen Blatt" und in den "Vorarlberger Nachrichten" bot der M\*\*\*-Markt Dornbirn, Schwefel 71, eine 1000 g-Packung "BEBA"-Säuglings-Milchnahrung um S 89,90 an. In einem undatierten Flugblatt bot die Firma HIT-Diskont für die Zeit vom 19. bis 31. Oktober 1988 eine Familienpackung "Soletti" 250 Gramm um S 9,90 an. Nicht festgestellt werden kann, an welchen Standorten HIT-Diskont-Märkte bestehen und ob der angekündigte Preis von S 9,90 für alle oder nur für einzelne HIT-Diskont-Märkte galt. In einem Inserat in der "Tiroler Tageszeitung" vom 8. September 1988 bot der Verbrauchermarkt I\*\*\* Innsbruck, Neurum, Serlestraße 11, eine Familienpackung "Soletti" 250 Gramm um S 9,90 an. In derselben Tageszeitung vom 5. September 1988 bot die Firma M-Preis, deren Standort nicht festgestellt werden kann, eine 2-Liter-Dose "Kronen-Öl" um S 29,90 an. In zwei undatierten Flugblättern bot die Firma TOP-Markt, deren Standort gleichfalls nicht festgestellt werden kann, ab 15. September bzw. 24. November 1988 eine 2-Liter-Dose "Kronen-Öl" um S 34,90 an. In einem undatierten Flugblatt bot die Firma M\*\*\*-Markt für die Zeit vom 5. September bis 17. September 1988 eine 2-Liter-Dose "Kronen-Öl" um S 33,90 an; für welche M\*\*\*-Märkte dieser Preis galt, kann nicht festgestellt werden. In den "Vorarlberger Nachrichten" vom 3. und vom 6. Oktober 1988 bot der M\*\*\*-Markt Dornbirn, Schwefel 71, 1-Liter "Stroh-Rum" 38 % um S 39,90 an. In einem undatierten Flugblatt bot die Firma PRO, Linz-Urfahr, für die Zeit vom 1. bis 7. September 1988 diese Ware ebenfalls um S 39,90 an. In der "Neuen Kronen-Zeitung" vom 3. November 1988 bot die Firma B\*\*\* bis 5. November 1988 "Ultra-Pampers" Höschenwindeln um S 139,-- an; ob und wo im Bundesland Salzburg ein B\*\*\*-

Markt besteht, kann nicht festgestellt werden. In den "Vorarlberger Nachrichten" vom 8. November 1988 bot die Firma S\*\*\*, deren Standort gleichfalls nicht festgestellt werden kann, "Pampers" Höschenwindeln um S 139,90 an. In einem undatierten Flugblatt bot der IFA-Supermarkt Ehrwald, Tirol, ab 17. November 1988 "Ultra-Pampers" Höschenwindeln um S 129,90 an. In der "Neuen Kronen-Zeitung" vom 18. September 1988 und vom 6. November 1988 bot die Firma H\*\*\*-SB Warenhaus, Flughafenautobahn, Abfahrt Simmeringer Haide, "Pampers" Höschenwindeln um S 139,90 an. In der "Tiroler Tageszeitung" vom 5. September 1988 und in der "Neuen Kronen-Zeitung" vom 7. November 1988 bot die

Firma S\*\*\* "Pampers" Höschenwindeln um S 139,90 an; im Bundesland Salzburg befindet sich (richtig wohl: befand sich damals) kein S\*\*\*-Markt. In der "Tiroler Tageszeitung" vom 23. November 1988 bot die Firma S\*\*\*-M (=DEZ), deren Standort nicht festgestellt werden kann, "Pampers" Höschenwindeln um S 139,90 an. Das Rekursgericht war der Ansicht, daß aus den vorgelegten Fotokopien der erwähnten Zeitungsinserte und Flugblätter keine Standorte der Mitbewerber HIT-Discont, M-Preis, TOP-Markt, M\*\*\*-Markt, B\*\*\* und S\*\*\* festgestellt werden könnten (was hinsichtlich der Firma S\*\*\* aktenwidrig ist, weil aus dem Inserat die Standorte dieses Unternehmens in Vorarlberg, nämlich City-Park Dornbirn, Wälderpark EGG, Lustenau und Rankweil, hervorgehen); es sei aber auch die Vernehmung des Dr. Peter Hampel als Auskunftsperson entbehrlich, weil sich die Beklagte in ihrer Äußerung nicht auf bestimmte Standorte dieser Unternehmen berufen habe.

Der Ausnahmetatbestand des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG sei bei keinem der fünf streitgegenständlichen Artikel bescheinigt, hätten doch die festgestellten Angebote der Mitbewerber im Zeitpunkte der jeweiligen Ankündigungen durch die Beklagte mangels eines zeitlichen oder örtlichen (räumlichen) Zusammenhanges keine Werbewirkung mehr gehabt. Was den örtlichen Zusammenhang betreffe, so werfe die Klägerin der Beklagten das Anbieten und Verkaufen bestimmter Waren zum oder unter dem Einstandspreis nur bezüglich des Verbrauchermarktes in Salzburg-Lehen vor.

Für die Zeitpunkte des Angebotes von "BEBA"-Säuglings-Milchnahrung (ab 9. Jänner 1989) und von "Soletti" Knabbergebäck (am 9. Dezember 1988) durch die Beklagte sei eine fortdauernde Werbewirkung der Konkurrenzangebote vom 9. September 1988 ("BEBA"-Säuglings-Milchnahrung), 8. September 1988 und 19. Oktober bis 31. Oktober 1988 ("Soletti") nicht anzunehmen; abgesehen davon habe nicht festgestellt werden können, daß HIT-Discont-Märkte auch im Bundesland Salzburg bestehen. Was die Inserate der Mitbewerber für "Kronen-Öl" betreffe, wäre nur für das Angebot der Firma TOP-Markt ab 24. November 1988 eine Fortdauer der Werbewirkung zu bejahen, doch habe die Beklagte weder behauptet noch bescheinigt, daß dieses Unternehmen dieselben Verbraucherkreise wie die Filiale der Beklagten in Salzburg-Lehen anspreche. Auch die Angebote der Firma PRO Linz-Urfahr und M\*\*\* für "Stroh-Rum" seien schon im September und Oktober 1988 angekündigt worden und daher am 9. Dezember 1988 nicht mehr werbewirksam gewesen; auch bezüglich dieser Inserate fehle es an einem räumlichen Zusammenhang mit den Angeboten der Beklagten. Zwischen dem Markt der Beklagten in Salzburg und den fünf gleichfalls "Pampers"-Windeln ankündigenden Mitbewerbern bestehe kein räumlicher Zusammenhang, weil für keines dieser fünf Unternehmen ein Standort im Bundesland Salzburg bescheinigt sei. Die Firma H\*\*\* habe ihren Markt im Einzugsbereich von Wien, der betreffende IFA-Markt liege in Ehrwald/Tirol, die Standorte von Super-M und S\*\*\* seien nicht feststellbar; auch stehe nicht fest, ob es im Bundesland Salzburg einen B\*\*\*-Markt gibt. Eine Anpassung an die Preiserstellung von Mitbewerbern sei daher in keinem Fall bescheinigt.

Den Beschluß des Rekursgerichtes bekämpft die Beklagte mit Revisionsrekurs wegen Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß der Sicherungsantrag abgewiesen werde; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag. Die Klägerin beantragt, dem Revisionsrekurs der Gegenseite nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist teilweise berechtigt.

Gegenstand des Verfahrens im zweiten Rechtsgang war auf Grund der vom Obersten Gerichtshof in seinem Aufhebungsbeschluß vom 26. September 1989 erteilten Ergänzungsaufträge - abgesehen von der Fassung allfälliger Unterlassungsgebote - nur noch die Frage, ob der von der Beklagten geltend gemachte Rechtfertigungsgrund des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG vorliegt; die Frage, ob die Beklagte die mehrfach genannten fünf Artikel unter dem Einstandspreis angeboten und verkauft hat, war hingegen nicht mehr Gegenstand der dem Rekursgericht erteilten Aufträge zur Verfahrensergänzung. Die Beklagte hat die Unterlassung der Vernehmung Dr. Peter Hampels als Auskunftsperson zu diesem Bescheinigungsthema im ersten Rechtsgang nicht beanstandet; sie kann daher diese Rüge jetzt nicht nachtragen. Der Oberste Gerichtshof stimmt auch der Rechtsansicht des Rekursgerichtes zu, daß sich die Beklagte bezüglich ihrer Preiserstellung für eine 1000 g-Packung "BEBA"-Säuglings-Milchnahrung, eine Familienpackung "Soletti" 250 Gramm und eine 1-Liter Flasche "Stroh-Rum" 38 % nicht auf eine Anpassung an die von Mitbewerbern offenbar zulässigerweise geforderten Preise berufen kann, liegen doch zwischen den Konkurrenzangeboten und den Angeboten der Beklagten hier jeweils Zeiträume von mindestens sechs Wochen (im kürzesten Fall:

31. Oktober 1988 bis 9. Dezember 1988; in allen anderen Fällen zum Teil wesentlich längere Zeitspannen, z.B. für

"BEBA"-Säuglings-Milchnahrung über vier Monate), so daß angesichts der Fülle der tagtäglich an die Konsumenten herangetragenen Werbeanmeldungen, insbesondere periodisch wechselnder Sonderangebote für Waren des täglichen Bedarfs, mangels Hervorkommens besonderer Umstände nicht angenommen werden kann, daß die Werbewirkung dieser Angebote der Mitbewerber im Zeitpunkt der Ankündigung durch die Beklagte noch fortbestanden hat. Eine Preiserstellung in Anpassung an die von Mitbewerbern geforderten Preise im Sinne der Rechtsausführungen im Beschluß vom 26. September 1989, 4 Ob 94/89, kam daher für diese Artikel nicht mehr in Betracht. Die Frage der Dauer einer solchen Werbewirkung ist - ebenso wie die Frage der Wirkung einer Werbebehauptung auf die angesprochenen Verkehrskreise als solche - eine Rechtsfrage, sofern zu ihrer Beurteilung die Erfahrungssätze des täglichen Lebens ausreichen (ÖBl 1970, 22; 1981, 159; ÖBl 1984, 78; ÖBl 1989, 74 uva); da Gegenteiliges nicht hervorgekommen ist, war es auch zur Beurteilung dieser Frage nicht erforderlich, Dr. Peter Hampel als Auskunftsperson zu vernehmen.

Ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht aber zwischen den Angeboten und Verkäufen der Beklagten vom 7. Dezember 1988 ("Kronen-Öl") und 17. November 1988 ("Pampers"-Windeln) einerseits und dem Inserat des TOP-Marktes vom 24. November 1988 für "Kronen-Öl" sowie den Ankündigungen der Mitbewerber B\*\*\* (3. bis 5. November 1988), S\*\*\* (8. November 1988), H\*\*\*

(6. November 1988) und S\*\*\* (7. November 1988) betreffend "Pampers"-Windeln andererseits. Von diesen fünf Unternehmen hatten damals mindestens zwei, nämlich B\*\*\* und S\*\*\*, überregionale Bedeutung; sie warben für ihre Sonderangebote in der österreichweit vertriebenen "Neuen Kronen-Zeitung". Auch die Firma S\*\*\* mit vier Filialen in Vorarlberg war zweifellos in einem größeren Umkreis bekannt. H\*\*\* warb mit dem Slogan "Europas größtes SB-Warenhaus" und ein Einkaufszentrum mit vierzig Fachgeschäften zu sein (Beilage 3). Daß zwischen diesen Unternehmen und der (schon damals!) in ganz Österreich mit 43 Filialen vertretenen Beklagten ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis bestand, kann daher nicht zweifelhaft sein. In dieser Konkurrenzsituation durfte die Beklagte ihre Preiserstellung in allen jenen Filialen an die Preise ihrer Mitbewerber anpassen, die in einem entsprechenden örtlichen Naheverhältnis zu den jeweils billig anbietenden Mitbewerbern stehen. Ob das nur auf Filialen im selben Ort oder auch noch auf weiter voneinander entfernte Filialen zutrifft, hängt von den jeweiligen Einzugsgebieten der betreffenden Verbrauchermärkte, insbesondere auch von deren Verkehrslage, ab und läßt sich daher nur von Fall zu Fall beurteilen. Keine Anpassung iS des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG wäre es allerdings, wenn die Beklagte ihre Preise auch in solchen Filialen auf oder unter den Einstandspreis herabgesetzt hätte, die von einem gleich günstigen Angebot eines entsprechend weit entfernten Mitbewerbers mangels Berührung der beiderseitigen Abnehmerkreise betroffen gewesen wären; in diesem Fall könnte mangels einer wirtschaftlichen Auswirkung der Preisherabsetzungen auf die betreffende Filiale der Beklagten nicht von einer Anpassung iS des § 3 a Abs 2 Z 4 NVG gesprochen werden.

Einem solchen Sachverhalt hat das Rekursgericht mit der verfehlten Begründung angenommen, daß die Klägerin der Beklagten das Anbieten und Verkaufen bestimmter Waren zum oder unter dem Einstandspreis nur bezüglich des Verbrauchermarktes in Salzburg-Lehen vorgeworfen habe. Entscheidend ist aber nicht, daß sich die Klägerin nur auf die Verstöße der Beklagten in deren Filiale in Salzburg stützt (was im übrigen ungenau ist, weil die Klägerin Verstöße der Beklagten gegen § 3 a NVG ganz allgemein und insbesondere in der Salzburger Filiale, Hans-Sachs-Hof 7, behauptet und den Prospekt (Beilage G) vorgelegt hat, aus dem sich ergibt, daß die angepriesenen Artikel in allen 43 Filialen der Beklagten angeboten wurden), sondern ob zwischen der Preisfestsetzung durch die Mitbewerber und der anschließenden Preisfestsetzung durch die Beklagte ein ursächlicher Zusammenhang bestand, die Preisfestsetzung durch die Beklagte also in Anpassung an eine aktuelle Konkurrenzsituation in den betroffenen Filialen erfolgt ist. Auf das Vorliegen einer solchen Situation hat sich die Beklagte durch den Hinweis auf § 3 a Abs 2 Z 4 NVG und durch Behaupten einer Fülle gleich billiger oder noch billiger Angebote von Mitbewerbern deutlich berufen. Daß sie dabei nicht alle Filialen sämtlicher Mitbewerber, an die sie angeblich ihre Preiserstellung angepaßt hat, einzeln aufgezählt hat, gereicht ihr diesmal nicht zum Nachteil, zumal die Voraussetzungen für das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes nach § 3 a Abs 2 Z 4 NVG erstmals im Aufhebungsbeschluß des Obersten Gerichtshofes vom 26. September 1989 klargestellt wurden. Da diese Voraussetzungen durch die von der Beklagten vorgelegten Urkunden nicht vollständig aufklärbar waren, hätte das Rekursgericht die von der Beklagten zum gesamten Themenkomplex (S 17 bis 19) geführte Auskunftsperson Dr. Peter Hampel vernehmen müssen. Auf Grund dieser Vernehmung wäre es wohl unschwer möglich gewesen, auch die angeblich nicht feststellbaren Standorte der zum Teil weitesten Verbraucherkreisen bekannten Mitbewerber (z.B. B\*\*\*!) zu ermitteln. Erst die Feststellung, in welchen Filialen der Mitbewerber die ebenso

preisgünstigen oder noch billigeren Angebote für "Kronen-Öl" und "Pampers"-Windeln gegolten hatten und für welchen Unternehmensbereich kurz danach auch die Beklagte ihre Preise auf dieses Niveau herabgesetzt hat, wird die Beurteilung der Frage ermöglichen, ob diese Preisfestsetzung in Anpassung an jene der Mitbewerber erfolgt ist. Bezüglich der Artikel "Kronen-Öl" (Gattung: Speiseöl) und "Pampers"-Windeln (Gattung: Windeln) ist daher die Rechtssache noch nicht spruchreif. Der angefochtene Beschluß ist insoweit neuerlich aufzuheben und die Rechtssache an das Rekursgericht zurückzuverweisen; im übrigen ist dessen Beschluß zu bestätigen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 78, 402 EO und § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E20317

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0040OB00032.9.0313.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900313\_OGH0002\_0040OB00032\_9000000\_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)