

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

14.06.1994

Geschäftszahl

4Ob67/94

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon-Prof.Dr.Gamerith 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 Parteien 1. A***** GmbH, ***** 2. Günther Sch*****, 3. St***** GmbH & Co KG, ***** 4. U***** GmbH & Co KG, ***** alle vertreten durch Dr.Erwin Köll und Dr.Bernd Schmidinger, Rechtsanwälte in Innsbruck, wider die beklagte Partei Peter E*****, vertreten durch Waldbauer, Paumgarten und Naschberger, Rechtsanwaltspartnerschaft in Kufstein, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 450.000,-), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 10.Februar 1994, GZ 2 R 35/94-10, womit der Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck vom 10. November 1993, GZ 15 Cg 303/93y-5, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß der Beschluß des Erstgerichtes in der Hauptsache wiederhergestellt wird, die Kostenentscheidung jedoch wie folgt zu lauten hat:

"Die klagenden Parteien sind schuldig, der beklagten Partei die mit S 14.143,68 bestimmten Kosten der Äußerung (darin enthalten S 2.357,28 Umsatzsteuer) abzüglich der Kosten eines angenommenen Kostenrekurses in der Höhe von S 1.161,22 (darin enthalten S 193,54 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen."

Die klagenden Parteien sind weiters schuldig, der beklagten Partei die mit S 36.157,60 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin enthalten S 6.026,27 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die klagende Partei hat ihre Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Text**Begründung:**

Der Beklagte ist Inhaber eines Dienstleistungsunternehmens, welches er als freies Gewerbe aufgrund folgender Gewerbeberechtigung ausübt:

Dienstleistungen an nicht öffentlichen Orten in Form von Botengängen und Fahrten (jedoch keine Personenbeförderung), ferner Hausmeisterarbeiten, insbesondere Aufräumen, Rasenmähen und Schneeräumen, haushaltsübliche Reinigungsarbeiten wie Staubsaugen oder Staubwischen, Autowaschen und -innenraumpflege vor Ort. Er verwendete Geschäftspapier mit dem Briefkopf "P.Emberger Gebäudereinigung", so zB im Jänner und Februar 1993 für einen Dienstleistungsvertrag und für ein Leistungsverzeichnis. Danach verwendete der

Beklagte für die Bezeichnung seines Unternehmens die Worte "Raumpflege und Dienstleistungsservice". Bereits am 4.3.1993 richtete die AUVA Landesstelle Salzburg an den Beklagten ein Schreiben mit der Adresse "Emberger Peter Raumpflege/Dienstleistungsservice". Am 12.5.1993 inserierte der Beklagte in einer Regionalzeitung unter der Bezeichnung "P.Emberger Raumpflege und Dienstleistungsservice". Am 14.5.1993 richtete der Beklagte - unter Verwendung des (alten) Geschäftspapiers mit dem Briefkopf "P.Emberger Gebäudereinigung" - an einen Architekten ein Schreiben folgenden Inhalts: "Da wir lediglich ein Dienstleistungsbetrieb, auch für die Raumpflege darstellen, tut es uns leid nicht an Ihrer Ausschreibung teilnehmen zu können. Dieses Mißverständnis kam wahrscheinlich durch unseren veralteten Briefkopf bzw. unsere Visitenkarten zustande. Wir bitten Sie sich an renommierte Gebäudereinigungen zu wenden, welche im näheren Umkreis zB wären". Dieses Schreiben trägt eine Stampiglie mit folgender Unternehmensbezeichnung: "Emberger DLS Raumpflege". Der Beklagte verfügt nunmehr auch über Briefpapier mit dem Briefkopf "P.Emberger Raumpflege und Dienstleistungsservice".

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragen die Kläger, welche das handwerksmäßige Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger gemäß § 94 Z 73 GewO 1973 (nunmehr idF der Wiederverlautbarung der GewO 1973 BGBl 1994/194 § 94 Z 72 GewO) ausüben, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, unter der äußeren Geschäftsbezeichnung "Gebäudereinigung" aufzutreten, ohne eine Gewerbeberechtigung iSd § 94 Z 73 GewO 1973 zu besitzen. Der Beklagte besitze nicht den Befähigungsnachweis für das handwerksmäßige Gewerbe des Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers. Deshalb habe er auch nur ein freies Gewerbe angemeldet. Durch die Verwendung der Unternehmensbezeichnung "Gebäudereinigung" erwecke er den unrichtigen Eindruck, zur Ausübung des handwerksmäßigen Gewerbes des Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers berechtigt zu sein; er führe die angesprochenen Verkehrskreise daher über den Umfang der ihm erteilten Gewerbeberechtigung in Irrtum. Dem Beklagten sei dagegen gemäß § 31 GewO 1973 nur das Ausüben einfacher Tätigkeiten, im gegenständlichen Fall also nur haushaltsüblicher Reinigungsarbeiten, gestattet. Mit der geführten Bezeichnung verstoße der Beklagte aber auch gegen § 66 Abs 2 GewO 1973, wonach die äußere Geschäftsbezeichnung einen unmißverständlichen Hinweis auf den Gegenstand des Gewerbes zu enthalten habe.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrages. Aufgrund der ursprünglichen Auskunft der Gewerbebehörde sei er der Ansicht gewesen, das Gewerbe der Gebäudereiniger ausüben zu dürfen. Erst durch die Stellungnahme der zuständigen Innung der Tiroler Handelskammer sei er darauf hingewiesen worden, daß für das von ihm angesuchte Gewerbe der Gebäudereinigung ein Befähigungsnachweis erforderlich sei. Daher habe er in der Folge sein Gewerbeansuchen - entsprechend dem ihm von der Tiroler Handelskammer mitgeteilten Wortlaut - im Sinne des Inhaltes seiner Gewerbeberechtigung abgefaßt. Nur deshalb, weil er ursprünglich der irrigen Meinung gewesen sei, zur Ausübung des Gewerbes der Gebäudereiniger berechtigt zu sein, habe er auch ein Geschäftspapier mit dieser Geschäftsbezeichnung anfertigen lassen. Nach der ihm erteilten Aufklärung seines Irrtums habe er sofort den betroffenen Unternehmen mitgeteilt, daß er keine Gebäudereinigung durchführen könne und werde. Alle von ihm angesprochenen Unternehmen habe er über den Umfang der ihm erteilten Gewerbeberechtigung aufgeklärt. Die ursprüngliche, tatsächlich irreführende Unternehmensbezeichnung "Gebäudereinigung" in seinem Briefpapier habe er entfernt und Anfang Februar 1993 Geschäftspapier mit der Bezeichnung "Raumpflege- und Dienstleistungsservice" anfertigen lassen, ohne dazu durch Dritte aufgefordert worden zu sein. Der Beklagte habe daher potentielle Kunden nicht über den Umfang seiner Gewerbeberechtigung getäuscht. Er habe auch nie Leistungen angeboten, die nur Gebäudereiniger ausführen dürfen. In einem Zeitungsinserat habe er richtige Angaben über seine Gewerbeberechtigung gemacht. Schließlich habe er Visitenaufkleber mit der richtigen Gewerbebezeichnung anfertigen lassen. Die Kläger hätten das schon vor der Klageführung geänderte Verhalten des Beklagten nicht berücksichtigt.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach dem Beklagten Äußerungskosten in der Höhe von S 15.232,32 zu. Der Beklagte trete - ausgenommen das Schreiben vom 14.5.1993, in welchem er jedoch über die ihm zustehenden Befugnisse aufgeklärt habe - seit Februar oder März 1993 im geschäftlichen Verkehr nicht mehr unter der Bezeichnung "Gebäudereinigung" auf. Da er auch sein Geschäftspapier geändert habe, sei die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht mehr geboten. Die Kläger hätten nichts zur Wiederholungsgefahr behauptet. Diese sei aber im Hinblick auf das festgestellte Verhalten des Beklagten weggefallen.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000,- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Der Beklagte habe durch Verwendung einer irreführenden Unternehmensbezeichnung gegen § 2 UWG verstoßen. Er habe den Wegfall der grundsätzlich anzunehmenden Wiederholungsgefahr nicht bescheinigt. Für ihn spreche lediglich, daß er neues Geschäftspapier ohne den beanstandeten Aufdruck "Gebäudereinigung" angeschafft habe. Daraus könne aber nicht zwingend abgeleitet werden, daß weitere gleichartige Verstöße äußerst unwahrscheinlich seien. Immerhin vertrete der Beklagte noch immer die Auffassung, keinen Verstoß gegen § 2 UWG begangen zu haben. Schon wegen dieses zwiespältigen Verhaltens sei das Wegfallen der

Wiederholungsgefahr nicht zu vermuten. Der Bescheinigung einer Gefährdung aber bedürfe es entgegen der Auffassung des Beklagten für die Erlassung einstweiliger Verfügungen nach dem UWG nicht.

Rechtliche Beurteilung

Der dagegen vom Beklagten erhobene Revisionsrekurs ist im Interesse der Rechtssicherheit zulässig, weil das Rekursgericht die in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zum Wegfall der Wiederholungsgefahr entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall unrichtig angewendet hat; er ist daher auch berechtigt.

Die Wiederholungsgefahr ist schon bei einem bloß einmaligen Wettbewerbsverstoß anzunehmen (ÖBl 1984, 28 und 161; ÖBl 1992, 43 uva). Die Vermutung spricht dafür, daß, wer gegen das Gesetz verstoßen hat, hiezu neuerdings geneigt sein wird; Sache des Beklagten ist es daher, besondere Umstände darzutun, die eine Wiederholung seiner Handlung als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 86; ÖBl 1981, 45; ÖBl 1982, 101; ÖBl 1984, 161; ÖBl 1993, 18 uva). Die bloße Zusage, von künftigen Störungen Abstand nehmen zu wollen, reicht im allgemeinen nicht aus (SZ 51/87; ÖBl 1979, 85 ua), dies vor allem dann nicht, wenn die Erklärung unter dem Druck eines drohenden Prozesses abgegeben wird (SZ 9/116); vielmehr kommt es immer auf die Art des Eingriffes und die Willensrichtung des Störers an, für welche insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreites wichtige Anhaltspunkte bieten kann (SZ 45/14; SZ 51/87). Maßgebend ist stets, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, daß er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (ÖBl 1974, 104; SZ 51/87; MR 1991, 70). War der Verstoß auf einen Irrtum des Beklagten zurückzuführen, dann kann das für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr wesentlich sein (ÖBl 1977, 108; ÖBl 1991, 137 ua), wenn der Beklagte von sich aus eine Handlung vornimmt, die seine Sinnesänderung nach außen klar erkennen läßt (ÖBl 1973, 135; ÖBl 1985, 43), so etwa dadurch, daß er sich sofort nach dem Bekanntwerden des Verstoßes von diesem distanziert, sowie Maßnahmen zur Berichtigung eines allfälligen Irrtums (ÖBl 1977, 108; ÖBl 1979, 85) und zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle ergreift (ÖBl 1980, 128; ÖBl 1984, 135). Indizien für das Fehlen der Wiederholungsgefahr sind demnach die Beseitigung des beanstandeten Zustandes, die Schadensgutmachung noch vor dem Prozeß und die Beschränkung der Prozeßführung unter vorbehaltloser Anerkennung des Rechtsstandpunktes der Gegenseite auf die Frage der Wiederholungsgefahr (ÖBl 1979, 162, MR 1991, 70 ua).

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte irrtümlich angenommen, daß er die Gewerbeberechtigung der Gebäudereinigung erlangen könne. Nach der Aufklärung dieses Irrtums ließ er aber noch vor einer Beanstandung durch den Kläger neues Geschäftspapier anfertigen, das die irreführende Angabe "Gebäudereinigung" nicht mehr enthält; er informierte außerdem (potentielle) Kunden über den richtigen Umfang seines Gewerbes, wobei er zum Ausdruck brachte, daß sein bisheriges Geschäftspapier irreführend war, versah Inserate mit einer seiner Gewerbeberechtigung entsprechenden Unternehmensbezeichnung und erreichte mit seinen Maßnahmen bereits im März 1993, daß ihn Kunden mit der Bezeichnung "Raumpflege/Dienstleistungssevice" anschrrieben. Im Prozeß wies er auf alle diese Maßnahmen hin.

Die vom Berufungsgericht als zwiespältiges Verhalten gewertete Behauptung des Beklagten in der Klagebeantwortung, daß er Kunden über den Umfang seiner Gewerbeberechtigung nicht getäuscht habe, ist nicht als Beharren auf der Ansicht aufzufassen, daß er zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt gewesen sei, führte er doch im Anschluß daran aus, daß er einem Irrtum unterlegen sei und - nach dessen Aufklärung - Maßnahmen zu dessen Beseitigung gesetzt und sich seither wohlverhalten habe. Der Beklagte hat daher den in der Rechtsprechung für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderlichen Sinneswandel bescheinigt. Daß er für das Aufklärungsschreiben vom 14.5.1993 noch das alte Briefpapier verwendet hat, schadet ihm nicht, weil er gerade in diesem Schreiben ausdrücklich auf den richtigen Umfang seiner Gewerbeberechtigung hingewiesen hat. Der Umstand allein, daß der Beklagte noch über Geschäftspapier mit dem Aufdruck "Gebäudereinigung" verfügt, spricht bei dem festgestellten Gesamtverhalten nicht dafür, daß er neuerlich geneigt sein werde, sein Unternehmen unrichtig als "Gebäudereinigung" zu bezeichnen.

In Stattgebung des Revisionsrekurses war daher der abweisende Beschluß des Erstgerichtes in der Hauptsache wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten der Äußerung und des Rechtsmittelverfahrens gründen sich auf §§ 78, 402 EO, §§ 41, 50, 52 Abs 1 ZPO. Da die Kläger im Sicherungsverfahren unterlegen sind, haben sie den Beklagten die Kosten der Äußerung und des Rechtsmittelverfahrens zu ersetzen; sie haben hingegen ihre Kosten des Sicherungsverfahrens endgültig selbst zu tragen. Entgegen den Rekursausführungen der Kläger im Kostenpunkt erliegt im Akt das vom Erstgericht berücksichtigte Verzeichnis des Beklagten über die Kosten der Äußerung. Allerdings wurde diesem Kostenverzeichnis die höhere Bemessungsgrundlage des Hauptverfahrens zugrundegelegt, so daß der Rekurs im Kostenpunkt insoweit teilweise berechtigt ist.