

# TE OGH 2004/8/18 4Ob170/04k

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.08.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofräätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Knuth Bumiller, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, in eventu Widerruf (Streitwert im Provisorialverfahren 32.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 16. Juni 2004, GZ 5 R 41/04t-26, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO). Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 528 a, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Die Beklagte macht als erhebliche Rechtsfrage geltend, dass die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zur Bindung an die im Aufhebungsbeschluss ausgesprochene Rechtsansicht des Rekursgerichts widerspreche. Das Erstgericht habe neue Bescheinigungsmittel aufgenommen und weitere Feststellungen getroffen. Damit sei die Bindung an die Rechtsansicht des Rekursgerichts weggefallen. Richtig ist, dass die Bindung an die im aufhebenden Beschluss der Rechtsmittelinstanz ausgesprochene Rechtsansicht erlischt, wenn sich

im fortgesetzten Verfahren der Tatbestand geändert hat (1 Ob 659/88 =

RZ 1990/19; 3 Ob 308/97h = JBI 2000, 32 uva). Im vorliegenden Fall

ist es jedoch in den für die Beurteilung der Frage wesentlichen Punkten, auf wen sich die "Klarstellung" im Schreiben vom 3. 4. 2003 bezieht, zu keiner Änderung gekommen. Ob in diesem Schreiben auch der Klägerin Wettbewerbsverletzungen angelastet werden, richtet sich nach dem Gesamteindruck, den der Durchschnittsinteressent bei flüchtiger Betrachtung gewinnt (stRsp 4 Ob 79/01y = MR 2001, 314 - Bunte Pleite mwN). Maßgebend ist demnach der Inhalt des Schreibens und nicht die Absicht, die die Beklagte damit verfolgt hat.

Als weitere erhebliche Rechtsfrage macht die Beklagte geltend, dass die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zu Abwehrmaßnahmen widerspreche. Nach der Rechtsprechung sei die Aufforderung an die Kunden, "sich vom Kundenfänger der Konkurrenz nicht irreführen zu lassen", zulässig, wenn sie sich auf ein wahres Tatsachensubstrat stütze. Auch im gegenständlichen Fall beruhten die Angaben der Abwehrmaßnahmen auf tatsächlich richtigen Angaben; sowohl die dargestellte Geschäftsanschrift der Klägerin sowie der L\*\*\*\*\* GmbH entsprächen deren offizieller Geschäftsanschrift.

Diese Ausführungen sind nicht nachvollziehbar. Eine Abwehrmaßnahme setzt ein wettbewerbswidriges Verhalten desjenigen voraus, gegen den sie sich richtet. In diesem Sinn wird auch in der von der Beklagten zitierten Entscheidung des OLG Wien vom 5. 1. 1927 die oben wiedergegebene Aufforderung für zulässig erklärt, "wenn der Kläger tatsächlich einen 'Kundenfänger' verwendet, welcher Kunden des Beklagten, die bereits in dessen Geschäft vorgesprochen haben, abspenstig macht" (Wiltschek, UWG7, 344 E 854). Im vorliegenden Fall ist es der Beklagten nach Auffassung des Rekursgerichts nicht gelungen, ein der "Klarstellung" vorangegangenes wettbewerbswidriges Verhalten der Klägerin zu bescheinigen. Eine zulässige Abwehrmaßnahme liegt aber auch davon unabhängig nicht vor, wenn - wie hier - durch Anschwärzen des Mitbewerbers zu wettbewerbswidrigen Mitteln gepriffen wird (s die dasselbe Schreiben betreffende E 4 Ob 260/03v). Es bedarf daher auch keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob - wovon die Beklagte ohne nähere Begründung ausgeht - § 473a ZPO im (zweiseitigen) Rekursverfahren und damit im Sicherungsverfahren anzuwenden ist und ob, sollte dies zu bejahen sein, das Rekursgericht der Klägerin Gelegenheit hätte geben müssen, Mängel von Tatsachenfeststellungen oder der Beweiswürdigung des Erstgerichts zu rügen. Da - wie oben dargelegt - die beanstandeten Behauptungen auch dann gegen § 7 UWG verstießen, wenn sie als Abwehrmaßnahme zu qualifizieren wären, ist es für die Entscheidung unerheblich, ob die Klägerin gegenüber der Beklagten wettbewerbswidrig gehandelt hat und ob ihr wettbewerbswidriges Handeln der L\*\*\*\*\* GmbH zuzurechnen ist. Diese Ausführungen sind nicht nachvollziehbar. Eine Abwehrmaßnahme setzt ein wettbewerbswidriges Verhalten desjenigen voraus, gegen den sie sich richtet. In diesem Sinn wird auch in der von der Beklagten zitierten Entscheidung des OLG Wien vom 5. 1. 1927 die oben wiedergegebene Aufforderung für zulässig erklärt, "wenn der Kläger tatsächlich einen 'Kundenfänger' verwendet, welcher Kunden des Beklagten, die bereits in dessen Geschäft vorgesprochen haben, abspenstig macht" (Wiltschek, UWG7, 344 E 854). Im vorliegenden Fall ist es der Beklagten nach Auffassung des Rekursgerichts nicht gelungen, ein der "Klarstellung" vorangegangenes wettbewerbswidriges Verhalten der Klägerin zu bescheinigen. Eine zulässige Abwehrmaßnahme liegt aber auch davon unabhängig nicht vor, wenn - wie hier - durch Anschwärzen des Mitbewerbers zu wettbewerbswidrigen Mitteln gepriffen wird (s die dasselbe Schreiben betreffende E 4 Ob 260/03v). Es bedarf daher auch keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob - wovon die Beklagte ohne nähere Begründung ausgeht - Paragraph 473 a, ZPO im (zweiseitigen) Rekursverfahren und damit im Sicherungsverfahren anzuwenden ist und ob, sollte dies zu bejahen sein, das Rekursgericht der Klägerin Gelegenheit hätte geben müssen, Mängel von Tatsachenfeststellungen oder der Beweiswürdigung des Erstgerichts zu rügen. Da - wie oben dargelegt - die beanstandeten Behauptungen auch dann gegen Paragraph 7, UWG verstießen, wenn sie als Abwehrmaßnahme zu qualifizieren wären, ist es für die Entscheidung unerheblich, ob die Klägerin gegenüber der Beklagten wettbewerbswidrig gehandelt hat und ob ihr wettbewerbswidriges Handeln der L\*\*\*\*\* GmbH zuzurechnen ist.

#### **Anmerkung**

E74328 4Ob170.04k

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

ECLI:AT:OGH0002:2004:0040OB00170.04K.0818.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20040818\_OGH0002\_0040OB00170\_04K0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>