

# TE OGH 2010/10/5 17Ob11/10g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.10.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei N\*\*\*\*\* Limited, \*\*\*\*\* , Australien, vertreten durch Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , zuletzt vertreten durch Dr. Engelhart & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 250.000 EUR), Beseitigung (Streitwert 50.000 EUR), Rechnungslegung (Streitwert 50.000 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 10.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 13. April 2010, GZ 5 R 99/09d-98, womit infolge Rekurses der beklagten Partei der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 22. Juli 2009, GZ 19 Cg 178/05f-78, abgeändert wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Dem Rekursgericht wird eine neuerliche, nach Ergänzung des Rekursverfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Mit Beschluss vom 25. 4. 2006 (ON 16) hat das Erstgericht die beantragte einstweilige Verfügung gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 250.000 EUR erlassen. Die einstweilige Verfügung bewirke ein Vertriebsverbot und greife damit wesentlich in die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten ein; da der geltend gemachte Anspruch zwar bescheinigt sei, der Nachweis der mangelnden Neuheit im Hauptverfahren aber möglicherweise durch ein Sachverständigengutachten noch erbracht werden könne, sei eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragte mit Schriftsatz vom 19. 3. 2009, die Sicherheitsleistung um 761.714,86 EUR zu erhöhen (ON 72). Seit Inkrafttreten der einstweiligen Verfügung seien nahezu drei Jahre verstrichen, eine rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache sei noch in weiter Ferne; an Gewinnentgang zuzüglich bisher aufgelaufener Kosten sei ein Schaden von 880.000 EUR zu erwarten.

Die Klägerin nützte die ihr vom Erstgericht eingeräumte Möglichkeit zur Äußerung und beantragte in ihrem am 9. 4. 2009 eingelangten Schriftsatz, den Antrag abzuweisen; die Beklagte schätze den zu erwartenden Schaden unrealistisch hoch und belege ihre Behauptungen durch keine Beweise (ON 73).

Die Beklagte dehnte in ihrer am 6. 5. 2009 eingelangten Gegenäußerung (ON 76) den Antrag auf Erhöhung der Sicherheitsleistung auf eine Gesamthöhe von 1.011.714,86 EUR aus und legte zugleich ein Privatgutachten einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft im Umfang von 23 Seiten, datiert mit 17. 10. 2008, „über den entgangenen Deckungsbeitrag aus Produkten der Serie 'Vita-Lady'“ zum Nachweis der Schadenshöhe infolge Vertriebsverbots sowie ein umfangreiches Urkundenkonvolut zum Nachweis der Kostenbelastung vor.

Das Erstgericht wies den Erhöhungsantrag mit Beschluss vom 22. 7. 2009 ab. Der Beklagten sei die Bescheinigung nicht gelungen, dass die als Sicherheitsleistung bereits erlegten 250.000 EUR zur Deckung ihres Schadens nicht ausreichten. Das Privatgutachten basiere auf keinen eigenständigen Überprüfungen des Sachverständigen, sondern allein auf ihm von der Beklagten übergebenen Unterlagen und stelle keinen schlüssigen Zusammenhang zwischen der einstweiligen Verfügung und den behaupteten Umsatzrückgängen her.

Die bestätigende Entscheidung des Rekursgerichts hob der Senat mit Beschluss vom 9. 2. 2010, 17 Ob 36/09g, infolge Verletzung der Zweiseitigkeit im Rekursverfahren auf und verwies im Übrigen darauf, dass das Gericht die Höhe der Sicherheitsleistung nach dem Gesetzeswortlaut zwar nach freiem Ermessen bestimmt, dass es dabei aber deren Zweck (die Befriedigung des Gegners der gefährdeten Partei für den Fall, dass er einen Schadenersatzanspruch insbesondere nach § 394 EO und Kostenersatzansprüche hat) im Auge zu behalten hat; die Kautions dient ja der Sicherstellung des Ersatzanspruchs, der dem Gegner der gefährdeten Partei durch die sich allenfalls als unberechtigt erweisende einstweilige Verfügung entsteht, und der Kosten. Dies gilt auch für Kautionen nach § 390 Abs 2 EO.

Im zweiten Rechtsgang änderte das Rekursgericht den Beschluss des Erstgerichts dahin ab, dass es die Sicherheitsleistung auf insgesamt 750.000 EUR erhöhte und aussprach, dass die einstweilige Verfügung nur bei Erlag der ergänzenden Sicherheitsleistung binnen zehn Tagen wirksam bleibe; es sprach weiters aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs infolge Klärung der maßgeblichen Rechtsfragen durch die Entscheidung 17 Ob 36/09g nicht zulässig sei. Das Rekursgericht traf aufgrund vorgelegter Urkunden ergänzende Feststellungen zu den der Beklagten entstandenen Prozesskosten, zu den ihr entgangenen Deckungsbeiträgen, zu ihrem Zinsaufwand, zu ihren Marketingkosten und zu einer von ihr bezahlten Rechnung vom 26. 9. 2006. Es stützte sich dabei hauptsächlich auf das von der Beklagten mit der Gegenäußerung ON 76 vorgelegte Privatgutachten, durch das die Beklagte ihre durch die einstweilige Verfügung entstandene Einkommenseinbuße ausreichend bescheinigt habe. Auf die mit der Rekursbeantwortung der Klägerin vorgelegte Sonderstudie könne hingegen wegen des Neuerungsverbots nicht eingegangen werden. Die Umstände hätten sich seit der Auferlegung der Sicherheitsleistung insofern geändert, als sich der Abschluss des Verfahrens weit über das ursprünglich Erwartete hinaus verzögere und die Beklagte die ihr durch die einstweilige Verfügung entstehenden Schäden bescheinigt habe. Dies rechtfertige eine Erhöhung der Sicherheitsleistung auf insgesamt 750.000 EUR, berücksichtige man den bescheinigten Schaden von 375.000 EUR als Einkommenseinbuße bis April 2009, 40.000 EUR Kosten im Exekutionsverfahren und für die Impugnationsklage, 33.446,50 EUR Kosten für gekaufte und nicht mehr verkaufte Ware, weitere durch die einstweilige Verfügung entstehende monatliche Kosten von knapp 11.500 EUR ab Mai 2009 sowie den Umstand, dass das Hauptverfahren (in dritter Instanz) wohl erst 2012 beendet sein werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig und berechtigt im Sinne seines Aufhebungsantrags.

Die Klägerin macht geltend, die drastische Erhöhung der Sicherheitsleistung durch das Rekursgericht beruhe ausschließlich auf einem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten, dessen kritikwürdigen Ausführungen das Rekursgericht mit geringen Einschränkungen gefolgt sei. Der Klägerin sei in erster Instanz keine Gelegenheit geboten worden, sich zu diesem Gutachten zu äußern oder ihm sachverständige Argumente entgegenzuhalten; die erstmals in der Rekursbeantwortung erfolgte inhaltliche Kritik sei unter Hinweis auf das Neuerungsverbot unbeachtlich geblieben. Das Rekursgericht habe damit gegen das Prinzip der Waffengleichheit verstoßen.

1.1. Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung sowohl der Kommission als auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) fiel das Provisorialverfahren nicht unter Art 6 Abs 1 EMRK. Dem entsprach auch die ganz überwiegende Auffassung in Österreich (Nachweise bei G. Kodek, Die Anwendbarkeit von Art 6 EMRK im Provisorialverfahren, Zak 2010, 8; RIS-Justiz RS0028350).

1.2. Mit der Entscheidung vom 15. 10. 2009, Micallef gegen Malta, Nr 17056/06, änderte der EGMR seine bisherige Rechtsprechung. Danach ist Art 6 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen auch in einem Sicherungsverfahren zu

beachten. Diese Voraussetzungen sind: Das Verfahren muss zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen (civil rights or obligations) betreffen, und die Sicherungsmaßnahme muss geeignet sein, den zivilrechtlichen Anspruch oder die Verpflichtung zu bestimmen (can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake). Der EGMR gesteht zu, dass in außergewöhnlichen Fällen - wenn zB die Wirksamkeit der Maßnahme davon abhängt, dass rasch entschieden wird - nicht immer alle Garantien des Art 6 EMRK erfüllt werden können. In solchen Fällen kann die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts durch andere prozessuale Garantien sichergestellt werden, soweit dies mit der Natur und dem Zweck des betreffenden Sicherungsverfahrens vereinbar ist (Rz 83 bis 86; dazu G. Kodek, Einstweilige Verfügungen im Familienrecht und Art 6 EMRK - Überlegungen aus Anlass der Entscheidung Micallef gegen Malta, EF-Z 2010/58, 60).

1.3. Nach dieser Entscheidung wird zwar in dringenden Fällen weiterhin die einseitige Erlassung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners möglich sein, wie dies auch auf internationaler Ebene (vgl etwa Art 50 TRIPS-Abkommen und Art 9 Abs 4 RL 2004/48/EG) vorgezeichnet ist (G. Kodek, Zak 2010, 9), weil ja der nachfolgend mögliche Widerspruch das rechtliche Gehör sicherstellt. Im Regelfall und jedenfalls immer dann, wenn sich ein Gericht für die Zweiseitigkeit des Sicherungsverfahrens (durch Einräumung einer schriftlichen Äußerungsmöglichkeit an die Gegenseite oder Anberaumung einer mündlichen Verhandlung) entschieden hat, sind aber nunmehr die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK auch im Provisorialverfahren voll anwendbar (ähnlich bereits 1 Ob 61/10t in einem Verfahren nach § 382b EO).

1.4. Mit Entscheidungen über einen Antrag auf nachträgliche Erhöhung einer Kautions wird mittelbar auch über das weitere Schicksal der einstweiligen Verfügung entschieden (vgl RIS-Justiz RS0115715). Bewirkt die durch Kautions gesicherte einstweilige Verfügung ein vorgreifendes Unterlassungsgebot (hier: Vertriebsverbot), das - wenn auch nur für eine bestimmte Zeit - ein Verhalten verbietet, sind auch Entscheidungen über einen Antrag auf nachträgliche Erhöhung der Kautions solche über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen iSd Art 6 Abs 1 EMRK (in diesem Sinne auch G. Kodek, EF-Z 2010, 61).

2.1. Zur Waffengleichheit und damit zu den Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK gehört die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs.

2.2. Das rechtliche Gehör ist gewahrt, wenn den Parteien Gelegenheit gegeben wird, ihren Standpunkt darzulegen, und wenn sie sich zu allen Tatsachen und Beweisergebnissen äußern können, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen (RIS-Justiz RS0005915 [T17]).

2.3. Die Beurteilung der Fairness eines Verfahrens hat nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen und das gesamte Verfahren zu erfassen (RIS-Justiz RS0074920 [T4]). Das rechtliche Gehör wird deshalb nicht nur dann verletzt, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wird, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Das Gericht hat daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, bekannt zu geben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen (RIS-Justiz RS0074920 [T1]). Dies gilt schon nach bisheriger Rechtsprechung auch im Exekutionsverfahren (RIS-JustizRS0074920 [T2]), nach der zuvor dargestellten Judikaturänderung des EGMR auch im zweiseitigen Sicherungsverfahren einschließlich des Verfahrens über die Höhe der Kautions.

3.1. Im Anlassfall hat das Erstgericht der Klägerin ermöglicht, sich zum Antrag der Beklagten auf Erhöhung der Sicherheitsleistung zu äußern. Im dadurch zweiseitig gewordenen Verfahren waren den Parteien deshalb - wie zuvor aufgezeigt - die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK zu gewährleisten. Dies hätte vom Rekursgericht verlangt, die in der Rekursbeantwortung enthaltene Äußerung der Klägerin zu den von der Beklagten mit der Gegenäußerung ON 76 vorgelegten Beweismitteln zu beachten, nachdem es beabsichtigte, seine abändernde Entscheidung darauf zu stützen.

3.2. Ausgehend von einer unrichtigen Rechtsansicht hat das Rekursgericht das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt. Es hat seine Entscheidung auf Beweismittel gestützt, zu denen die Klägerin in erster Instanz nicht Stellung nehmen konnte; die in der Rekursbeantwortung enthaltene Stellungnahme der Klägerin hat es wegen des Neuerungsverbots unbeachtet gelassen. Damit hat das Rekursgericht den in Art 6 EMRK verankerten Grundsatz der Waffengleichheit beider Parteien verletzt. Dieser Verfahrensfehler macht das Rekursverfahren mangelhaft. Die Rechtssache ist deshalb an das Rekursgericht zurückzuverweisen, das unter Beachtung von Art 6 Abs 1 EMRK neuerlich über den Rekurs zu entscheiden haben wird.

4. Der Kostenvorbehalt beruht auf §§ 50 Abs 1, 52 Abs 1 ZPO.

**Schlagworte**

Vita-Lady,

**Textnummer**

E95139

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0170OB00011.10G.1005.000

**Im RIS seit**

18.10.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

15.02.2013

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

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)