

# TE OGH 2021/2/24 33R117/20y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.02.2021

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie die Richterin Mag. Janschitz und den fachkundigen Laienrichter Patentanwalt Mag. Dr. Alge in der Patentrechtssache der klagenden Parteien 1. \*\*\*\*\*, 2. \*\*\*\*\*, wider die beklagte Partei\*\*\*\*\*, wegen Unterlassung (EUR 300.000), Beseitigung (EUR 31.000), Rechnungslegung (EUR 31.000) und Urteilsveröffentlichung (EUR 31.000) über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 9.11.2020, 58 Cg 55/20a-19, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Dem Rekurs der beklagten Partei wird hinsichtlich der Spruchpunkte II) 1. und 3. des angefochtenen Beschlusses nicht Folge gegeben.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

2. Mit ihrem Rekurs gegen den Spruchpunkt II) 2. des angefochtenen Beschlusses wird die beklagte Partei auf die Entscheidung des Rekursgerichts zu 33 R 116/20a verwiesen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit EUR 2.860,65 (darin enthalten EUR 476,78 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Begründung

## Text

Die Klägerinnen begehren mit ihrer Klage vom 24.7.2020 von der Beklagten die Unterlassung, [...] zu verwenden, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten, zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen, sowie die Beseitigung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung.

Mit ihrem am 22.9.2020 eingebrachten Antrag beehrte die Beklagte, ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung einer Klagebeantwortung zu bewilligen.

Sie brachte zusammengefasst vor, dass die Registrierung von NN (in der Folge „Postbevollmächtigte“) als Postbevollmächtigte der Beklagten unter Verwendung ihrer Finanz-Online Daten erfolgt sei. Sie habe zu jenem Zeitpunkt noch über keine Handy-Signatur oder Bürgerkarte verfügt. Die Postbevollmächtigte habe fortan behördliche Schriftstücke der Beklagten unter ihrer USP-Kennung abgerufen. Die Klage vom 24.7.2020 sei aber nicht im Anzeigemodul „meinPostkorb“ angezeigt worden. Nach Bekanntwerden der Klage habe die Beklagte interne Untersuchungen durchgeführt und dabei festgestellt, dass am 27.7.2020 eine Verständigung über die Bereithaltung

eines behördlichen Dokuments zur Abholung eingegangen sei. Selbst im Zuge der Recherche im September 2020 habe zunächst kein zugestelltes Dokument gefunden werden können. Erst der Beklagtenvertreter habe in einem Telefonat am 15.9.2020 mit einer Mitarbeiterin des Unternehmensportals herausgefunden, dass Schriftstücke, die mit Zustellnachweis zugestellt worden seien, nicht im Anzeigemodul („meinPostkorb“) aufscheinen, wenn sich der Postbevollmächtigte mit der persönlichen USP-Kennung angemeldet habe.

Dadurch, dass die Postbevollmächtigte regelmäßig Schriftstücke über ihre USP-Kennung abgerufen habe, habe sie ohne Weiteres erwarten dürfen, dass sämtliche Schriftstücke in ihrem Postkorb angezeigt werden. Auch die Beklagte treffe keine Fahrlässigkeit. Sie habe sich schon vor Inkrafttreten der entsprechenden Verpflichtung zur E-Zustellung angemeldet und ein funktionierendes Benachrichtigungssystem eingerichtet, bei dem die Postbevollmächtigte auch tatsächlich von der Hinterlegung informiert worden sei. Sie habe nur nicht vorhersehen können, dass die Anmeldung über die USP-Kennung, die vom Unternehmensserviceportal oder vom Bundesrechenzentrum selbst bereitgestellt worden sei, nicht als eine an die Verwendung sicherer Technik gebundene Schnittstelle gelten würde. Sie habe sogar mit guten Gründen darauf vertrauen dürfen, dass dies der Fall sei.

Die Beklagte beantragte mit ihrem Rekurs vom 28.9.2020 (ON 14) gegen die Einstweilige Verfügung vom 18.9.2020, dem Rekurs hemmende Wirkung zuzuerkennen; in eventu beantragte sie die Aufhebung der Einstweiligen Verfügung nach § 399 Abs 1 Z 3 EO bei gleichzeitigem Erlag einer vom Gericht zu bestimmenden Sicherheitsleistung.

Das angegriffene Arzneimittel sei seit Juni 2019 auf dem österreichischen Markt. Bei der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass die Klägerinnen erst ein Jahr, nachdem das Produkt der Beklagten auf den Markt gebracht worden sei, die Klage eingebracht und die vorliegende Einstweilige Verfügung beantragt hätten. Es drohe der Beklagten ein unwiederbringlicher Schaden.

Mit der angefochtenen Entscheidung wies das Erstgericht die genannten Anträge ab (Spruchpunkt II 1. bis 3. der angefochtenen Entscheidung). Hinsichtlich der Abweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellte es den auf den Seiten 3 bis 13 ersichtlichen Sachverhalt fest.

Rechtlich führte es zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus, dass die Beklagte ein Organisationsverschulden treffe, das auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Die Beklagte hätte entsprechende Vorkehrungen treffen müssen, um ein fehlerfreies Funktionieren der Postabholung zu gewährleisten. Dazu zählten etwa die Bestellung mehrerer Postbevollmächtigter, deren Einschulung und Kontrolle.

Zum Antrag, dem Rekurs der Beklagten gegen die einstweilige Verfügung hemmende Wirkung zuzuerkennen, folgerte das Erstgericht, dass beim Abwegen der jeweiligen Interessen der Streitteile die Interessenabwägung zu Lasten der Beklagten ausschlage.

Zum Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach§ 399 Abs 1 Z 3 EO unter Auferlegung einer Sicherheitsleistung führte das Erstgericht aus, dass der einem Patentinhaber durch das beanstandete patentrechtsverletzende Verhalten erwachsende Schaden in aller Regel nur schwer festgestellt werden könne. Allfällige Umsatzrückgänge der Klägerinnen müssten nicht zwingend Folge der Rechtsverletzung sein. Der Patenteingriff könne auch dazu führen, dass der Patentinhaber seinen Umsatz nur aufrecht erhalte oder geringer steigere als ohne den Verstoß. Solche Unwägbarkeiten rechtfertigten es, von der Festsetzung eines Befreiungsbetrags abzusehen.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Beklagten aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel. Sie beantragt,

1. den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Klagebeantwortung zu bewilligen und
2. dem Rekurs vom 28.9.2020 hemmende Wirkung zu zuerkennen; in eventu die einstweilige Verfügung vom 18.9.2020 gegen den Erlag einer Sicherheit aufzuheben.

Die Klägerinnen beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

[...]

2.1. Der Abweisung des Wiedereinsetzungsantrags ist die Beklagte in ihrem Rekurs damit entgegengetreten, dass die Postzustellung typischerweise eine Tätigkeit sei, die von nicht akademisch gebildetem Personal ausgeübt werde. Mit der Einführung der e-Zustellung sei diese Aufgabe jedoch komplizierter geworden. Der Nutzer müsse sich nun mit der Terminologie der verschiedenen Zustellarten beschäftigen, ebenso mit den unterschiedlichen Login-Methoden. Dazu müsse er diverse Hinweise beachten. Wenn die Beklagte für eine Aufgabe, die im Grunde nichts anderes sei, als die Annahme von Poststücken einschließlich RSb-Schreiben (nur in digitaler Form), eine hochqualifizierte Mitarbeiterin mit akademischem Abschluss einsetze (und nicht einfaches Empfangs-Personal), dürfe sie davon ausgehen, dass die Postbevollmächtigte die Bedienung des e-Zustellung-Systems auch ohne Einweisung durch andere bewerkstelligen werde. Weiters dürfe sie davon ausgehen, dass das System selbsterklärend sei und sich die betraute Mitarbeiterin im System ohne weitergehende Einschulung selbst zurechtfinden könne. Die Beklagte habe – gerade weil es ganz allgemein nicht möglich sei, die Assistenz der Geschäftsführung auf jeden Handgriff einzuschulen und laufend zu kontrollieren – eine Akademikerin mit dieser Aufgabe betraut.

2.2. Es entspricht der Rechtsprechung des OGH, dass Unternehmen – jedenfalls soweit sie regelmäßig mit fristgebundenen Rechtshandlungen konfrontiert sind – eine entsprechende Organisations- und Überwachungspflicht trifft (RS0116536; vgl auch9 ObA 92/92). Ein Verschulden kann sich insbesondere daraus ergeben, dass Hilfskräfte mangelhaft ausgewählt, ausgebildet oder überwacht oder ihnen Aufgaben übertragen wurden, die wegen ihrer Schwierigkeit und Bedeutung selbst hätten erledigt werden müssen (RS0127065 [T4]; 16 Ok 47/05). Wird die Verwaltung von fristgebundenen Sachen an Mitarbeiter übergeben, dann ist es von vornherein Sache des Unternehmens, die eigenen Hilfspersonen zu überwachen oder deren Tätigkeit selbst auszuüben. Es ist dabei jenes Maß an Sorgfalt zu fordern, das eine vernünftige und durchschnittlich gewissenhafte Person angesichts der Bedeutung der vorzunehmenden Handlung unter den gegebenen Umständen nach der Lebenserfahrung aufwendet (RS0036696). Auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts (§ 500a ZPO) kann in diesem Punkt verwiesen werden.

2.3. Nach dem maßgeblichen Sachverhalt wurde die Beklagte mit Schreiben vom November 2019 darauf hingewiesen, dass die Postbevollmächtigten zur Abholung von nachweislichen Zustellungen eine Handy-Signatur oder eine Bürgerkarte benötigen. Die Beklagte ließ sich vor dem 27.7.2020 für Zustellungen mit Zustellnachweis im USP-System freischalten. Beide Verständigungen, die an die E-Mail-Adresse der Beklagten versandt wurden, enthielten neben dem Absender (Handelsgericht Wien) und der Geschäftszahl auch die Mitteilung, dass es sich dabei um eine Zustellung mit Zustellnachweis handelt. In der Verständigung wurde jeweils unter der Überschrift „Wichtige Hinweise“ unter Punkt A) „Zustellung mit Zustellnachweis“ mitgeteilt, dass das Dokument nur mit Bürgerkarte oder durch eine an die Verwendung sicherer Technik gebundene Schnittstelle abgeholt werden kann. Als die Postbevollmächtigte mit ihrer USP-Kennung einstieg, wurde sie im oberen Bereich des Bildschirms – durch eine Umrandung noch hervorgehoben – darauf hingewiesen, dass mit einer Anmeldung mit Handysignatur insgesamt „1“ ungelesene Nachricht abgeholt werden kann. Die den Verständigungen angeschlossenen Hinweise las die Postbevollmächtigte nicht. Die genannte Mitteilung nahm sie nicht wahr.

Die Postbevollmächtigte war seit ca 2018 bei der Beklagten als Assistentin der Geschäftsführung beschäftigt. Sie hatte zuvor nichts mit der Entgegennahme, Bearbeitung oder Weiterleitung von Schriftstücken von Gerichten zu tun gehabt. Ihr war nicht bewusst, dass es behördliche Zustellungen mit und ohne Zustellnachweis gibt. Weder die Mitglieder der Geschäftsführung noch andere Mitarbeiter der Beklagten setzten sich mit den zur elektronischen Zustellung verfügbaren Informationen auseinander.

Die Beklagte braute eine mit fristgebundenen Rechtshandlungen unerfahrene Mitarbeiterin mit der Aufgabe, die gerichtlichen Zustellungen an die Beklagte elektronisch abzuholen. Die Beklagte unterließ nicht nur jede Kontrolle, sondern vergewisserte sich nicht einmal, ob sich die von ihr ausgewählte Postbevollmächtigte in Grundzügen mit Zustellungen von gerichtlichen Poststücken und deren Fristgebundenheit auskennt. Im vorliegenden Fall war daher die Versäumung voraussehbar und hätte durch ein der Beklagten zumutbares Verhalten abgewendet werden können. Die Beklagte hätte sich, bevor sie der Postbevollmächtigten diese Aufgabe übertrug, über deren Wissenstand im Zusammenhang mit fristgebundenen Rechtshandlungen Kenntnis verschaffen müssen. Hätte sie das getan, wäre ihr deren Unkenntnis in dieser Angelegenheit aufgefallen.

Soweit sich die Beklagte auf die akademische Ausbildung der Postbevollmächtigten beruft, verstößt sie damit zum einen gegen das im Rekursverfahren geltende Neuerungsvorbot und zum anderen würde dieser Umstand am Ergebnis nichts ändern, weil sich die Beklagte nicht allein mit dem Argument, dass sie mit dieser Aufgabe eine akademisch

gebildete Mitarbeiterin betraut habe, von allen Organisations- und Überwachungspflichten entbinden kann.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nicht in Betracht, wenn die Partei bei der Auswahl ihres Mitarbeiters für den konkreten Aufgabenbereich grob fahrlässig vorangegangen ist oder ihre Überwachungspflicht grob fahrlässig vernachlässigt hat (RWH0000014). Die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung liegen daher nicht vor (RS0036778; Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO5 § 146 Rz 4).

Auf die Frage, ob der Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten fristgerecht gestellt wurde, braucht daher nicht mehr eingegangen werden.

3. Mit ihrem Rekurs gegen die Versagung der Zuerkennung hemmender Wirkung ist die Rekurswerberin auf die Entscheidung des Rekursgerichts zu 33 R 116/20a zu verweisen. Durch die Entscheidung über den Rekurs gegen die einstweilige Verfügung ist die Rekurswerberin insoweit nicht mehr beschwert (Kodek in Rechberger, ZPO5 § 524 Rz 4; RS0004527)

4. Durch den einem Antrag iSd§ 399 Abs 1 Z 3 EO stattgebenden Beschluss des Gerichts wird nicht die einstweilige Verfügung selbst aufgehoben, sondern nur ihr (weiterer) Vollzug abgewendet; an die Stelle der ursprünglichen Sicherungsmaßnahme (hier: des vom Erstgericht ausgesprochenen Unterlassungsgebots) tritt der vom Antragsgegner erlegte, dem Gericht zur Sicherung des gefährdeten Anspruchs ausreichend erscheinende Geldbetrag.

Ein Befreiungsbetrag nach § 391 Abs 1 EO kann nur festgesetzt werden, wenn ein Geldbetrag „nach Beschaffenheit des Falles zur Sicherung des Antragstellers genügt“; dazu muss ein durch den Nichtvollzug der einstweiligen Verfügung drohender Schaden durch Geld ausgleichbar sein. Diese Voraussetzung liegt nach Lehre und ständiger Rechtsprechung nicht vor, wenn der Kläger nur schwer beweisen kann, welcher Schaden ihm entsteht. Deshalb kann ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch in aller Regel nicht durch Gelderlag, sondern nur durch das einstweilige Verbot des beanstandeten Verhaltens gesichert werden. Gleiches gilt für die Aussetzung des Vollzugs einer einstweiligen Verfügung infolge nachträglichen Erlags eines Befreiungsbetrags (17 Ob 5/11a mwN).

Wie schon das Erstgericht richtig ausgeführt hat, kann einem Patentinhaber durch das beanstandete patentrechtsverletzende Verhalten erwachsende Schaden in aller Regel nicht eindeutig festgestellt werden. Allfällige Umsatzrückgänge der Klägerinnen müssen nicht zwingend Folge der Rechtsverletzung sein. Der Patenteingriff kann auch dazu führen, dass der Patentinhaber seinen Umsatz nur aufrecht erhält oder geringer steigert als ohne den Verstoß. Solche Unwägbarkeiten rechtfertigen es, von der Festsetzung eines Befreiungsbetrags abzusehen. Fehlt nämlich eine verlässliche Schadensberechnungsgrundlage, weil viele Faktoren in letztlich unbestimmbarer Intensität für Veränderungen bei Umsatz und Verkaufszahlen eines Unternehmens zusammen ausschlaggebend sind, bietet auch § 273 ZPO nur einen unzureichenden Ersatz (17 Ob 5/11a).

5. Die Kostenentscheidung beruht, soweit Spruchpunkt II) 1. der erstgerichtlichen Entscheidung betroffen ist, auf§ 154 ZPO und, soweit Spruchpunkt II) 3. der erstgerichtlichen Entscheidung betroffen ist, auf §§ 78, 402 EO iVm §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Der verzeichnete Patentanwaltszuschlag steht hier nicht zu, weil für das Verfassen der Rekursbeantwortung keine speziell patentrechtliche oder technische Expertise erforderlich war.

6. Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes folgt den Angaben der Klägerinnen.

7. Der Revisionsrekurs ist in Hinblick auf Spruchpunkt 1. gemäß§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO jedenfalls unzulässig.

## Schlagworte

Verfahrensrecht; Zivilprozess; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; USP-Zustellung; eZustellung; elektronische Zustellung,

## Textnummer

EW0001088

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2021:03300R00117.20Y.0224.000

## Im RIS seit

12.03.2021

## Zuletzt aktualisiert am

12.03.2021

**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)