

# TE OGH 2021/10/21 4Ob107/21w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.10.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, Dr. Parzmayr und die Hofrätin Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\* Gesellschaft m.b.H. & Co KG., \*, vertreten durch die Gheneff – Rami – Sommer Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, gegen die beklagte Partei o\* GmbH, \*, vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 35.000 EUR) über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 28. April 2021, GZ 30 R 28/21i-12, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 25. Februar 2021, GZ 57 Cg 8/21h-5, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss des Rekursgerichts wird teilweise bestätigt und teilweise abgeändert, sodass er nunmehr insgesamt zu lauten hat:

„1. Der Rekurs wird, soweit er auf Untersagung der Behauptung gerichtet ist, dass jeder Abonnent im ersten Monat einen bestimmten Geldbetrag, etwa 10 Euro, erhalte, obwohl Abonnenten lediglich die Möglichkeit haben, am Produkt 'Click & Win' teilzunehmen, wofür Geldbeträge unter der Bedingung in Aussicht gestellt werden, dass der Nutzer Inhalte der Website der Beklagten im bestimmten Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen, zurückgewiesen.

2. Im Übrigen wird dem Rekurs Folge gegeben und der angefochtene Beschluss dahin abgeändert, dass er nunmehr zu lauten hat:

### Einstweilige Verfügung

Der beklagten Partei wird bis zur Rechtskraft der Entscheidung über das Unterlassungsbegehren geboten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Abonnement für '\*plus' mit den wörtlichen oder sinngleichen falschen Behauptungen zu bewerben, dass jeder Abonnent 'Geld für jeden Klick' erhalte, obwohl Abonnenten lediglich die Möglichkeit haben, am Produkt 'Click & Win' teilzunehmen, wofür Geldbeträge unter der Bedingung in Aussicht gestellt werden, dass der Nutzer Inhalte der Website der Beklagten im bestimmten Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen.

3. Die klagende Partei hat die Kosten des Provisorialverfahrens erster und zweiter Instanz vorläufig selbst zu tragen.“

Die klagende Partei hat die Kosten des Revisionsrekursverfahrens zur Hälfte vorläufig und zur Hälfte endgültig selbst zu tragen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.480,40 EUR (darin 183,15 EUR USt und 381,50 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

[1] Die Klägerin ist Medieninhaberin der „K\*“.

[2] Die Beklagte ist Medieninhaberin der Website www.\*.at, wo der Internet-Auftritt der Tageszeitungen „Ö\*“ und „\*“ abrufbar ist, sowie der Website www.g\*.at, wo sie das Produkt „\*plus“ mit folgenden Behauptungen bewarb:

„Cash verdienen mit Click & Win im 1. Monat 10 € direkt auf dein Konto“

„Cash verdienen mit Click & Win. Geld für jeden Klick bekommen.“

[3] Die Klägerin erwirkte zu 57 Cg 72/20v und zu 19 Cg 1/21z des Handelsgerichts Wien einstweilige Verfügungen, mit denen der Beklagten untersagt wurde, das Abonnement „\*plus“ mit der Behauptung zu bewerben, dass jeder Abonnent 10 Euro im Monat „Cash zurück“ erhalte, obwohl Abonnenten

- lediglich die Möglichkeit haben, am Gewinnspiel Click & Win teilzunehmen, wofür Geldbeträge nur unter der Voraussetzung in Aussicht gestellt werden, wenn sie die Website in bestimmtem Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen (57 Cg 72/20v) bzw

- mit Click & Win Geldbeträge nur unter der Voraussetzung in Aussicht gestellt würden, wenn sie die Website in bestimmtem Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen (19 Cg 1/21z).

[4] Zu 57 Cg 6/21i des Handelsgerichts Wien erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung gegen die Behauptung, dass jeder Abonnent „für jeden Klick Geld“ erhalte, obwohl Abonnenten mit Click & Win Geldbeträge nur unter der Voraussetzung in Aussicht gestellt würden, wenn sie die Website in bestimmtem Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen.

[5] Im nun zu entscheidenden Sicherungsverfahren begehrte die Klägerin die Untersagung der Behauptungen, dass „jeder Abonnent 'Geld für jeden Klick' oder im ersten Monat einen bestimmten Geldbetrag, etwa 10 Euro erhalte, obwohl Abonnenten lediglich die Möglichkeit haben, am Produkt 'Click & Win' teilzunehmen, wofür Geldbeträge unter der Bedingung in Aussicht gestellt werden, dass der Nutzer Inhalte der Website der Beklagten im bestimmten Umfang oder für eine bestimmte Dauer abrufen“, als falsch und irreführend.

[6] Die Beklagte wandte ein, dass die Klägerin schon über zwei im Wesentlichen gleichlautende Exekutionstitel verfüge. Ihr Sicherungsantrag sei mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig und verstoße zudem gegen das Schikaneverbot.

[7] Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnisses ab. Die Klägerin verfüge mit den einstweiligen Verfügungen zu 57 Cg 72/20v, 19 Cg 1/21z und 57 Cg 6/21i bereits über deckungsgleiche Exekutionstitel.

[8] Das Rekursgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Rechtsschutzbedürfnis falle erst weg, wenn die einstweiligen Verfügungen in den Parallelverfahren in Rechtskraft erwachsen. Dies habe die Klägerin hier nicht einmal behauptet. Den Entscheidungsgegenstand bewertete das Rekursgericht mit 30.000 EUR übersteigend und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs für nicht zulässig.

[9] Die Beklagte ficht den Beschluss mit außerordentlichem Revisionsrekurs zur Gänze an und beantragt die Abweisung des Sicherungsantrags.

[10] Die Klägerin beantragt in ihrer freigestellten Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben.

## **Rechtliche Beurteilung**

[11] Der Revisionsrekurs ist zulässig und teilweise berechtigt.

[12] 1. Dass die von der Klägerin beanstandeten Behauptungen unrichtig und irreführend sind, ist im Revisionsrekursverfahren nicht mehr strittig. Die Parteien relevieren nur noch, ob den beiden Unterlassungsbegehren der Klägerin trotz der einstweiligen Verfügungen in den Parallelverfahren stattzugeben war.

[13] 2. Das (materielle) Rechtsschutzinteresse wurde vom Rekursgericht zurecht bejaht.

[14] 2.1. Insbesondere die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung sieht im Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses eine (materielle) Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung jedes Anspruchs; besteht es nicht, ist die Klage abzuweisen (vgl. RIS-Justiz RS0038062; RS0037297; jüngst etwa 4 Ob 5/20v [2.1] mwN; aA die überwiegende Lehre, zB statt vieler Geroldinger in Fasching/Konecny 3 III/1 § 226 ZPO [Stand 1. 8. 2017, rdb.at] Rz 13 f; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO5 [2019] Rz 9 ff).

[15] Dies gilt auch im Provisorialverfahren (RS0038062 [T8]). Das Rechtsschutzinteresse an einer Sicherungsmaßnahme fehlt daher, wenn die gefährdete Partei bereits über einen Exekutionstitel verfügt, der zur Abstimmung des gesamten im späteren Verfahren behaupteten Verhaltens geeignet ist (4 Ob 210/03s; 4 Ob 42/07s; Kodek in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 378 EO [Stand 1. 7. 2015, rdb.at] Rz 23 mwN).

[16] 2.2. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs reicht auch eine einstweilige Verfügung als vorbestehender Titel aus, um das Rechtsschutzbedürfnis in einem Parallelverfahren wegfällen zu lassen (RS0002451; 4 Ob 56/93; 4 Ob 42/07s). Zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken, etwa durch Aufhebung der vorbestehenden Provisorialmaßnahme gemäß § 399 EO, gilt dies nach der jüngeren Judikatur aber erst ab Rechtskraft der einstweiligen Verfügung (RS0117606 = 4 Ob 36/03b; 4 Ob 42/07s; vgl. auch 4 Ob 215/10m [1], wo von einem rechtskräftigen Exekutionstitel die Rede ist).

[17] 2.3. Die Beklagte zeigt im Revisionsrekurs keine überzeugenden Argumente auf, von dieser Judikaturlinie wieder abzugehen. Insbesondere kann sie aus der zitierten Entscheidung 10 Ob 28/14m [B.2.3.] nichts für ihren Standpunkt gewinnen. Dort wird das Rechtsschutzbedürfnis nur in Zusammenhang mit der Frage thematisiert, ob ein vorbestehender Titel inhaltlich deckungsgleich ist, nicht aber in Zusammenhang mit seiner Rechtskraft.

[18] 3. Beim Unterlassungsbegehren „im ersten Monat 10 Euro erhalten“ fehlte im Zeitpunkt der Rekursentscheidung die Beschwer der Klägerin.

[19] 3.1. Die Beklagte zeigt in ihrem Revisionsrekurs richtig auf, dass die einstweilige Verfügung des Vorprozesses 57 Cg 72/20v am 15. 4. 2021, also nach Einbringung des Rekurses in diesem Verfahren, aber noch vor der Rekursentscheidung, rechtskräftig geworden ist. Sie macht damit geltend, dass beim Rekurs der Klägerin die Beschwer während des Rechtsmittelverfahrens teilweise weggefallen ist.

[20] 3.2. Nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Lehre setzt jedes Rechtsmittel eine Beschwer, also ein Anfechtungsinteresse voraus, ist es doch nicht Sache der Rechtsmittelinstanzen, rein theoretische Fragen zu entscheiden (RS0041770; vgl. auch RS0002495, wo jedoch statt „Beschwer“ der Begriff „Rechtsschutzinteresse“ verwendet wird; Kodek in Rechberger/Klicka 5 [2019] Vor § 461 Rz 17 mwN).

[21] Dabei unterscheidet man die formelle Beschwer, welche dann vorliegt, wenn die Entscheidung von dem ihr zugrunde liegenden Sachantrag des Rechtsmittelwerbers zu dessen Nachteil abweicht, und die materielle Beschwer. Diese liegt vor, wenn die (materielle oder prozessuale) Rechtsstellung des Rechtsmittelwerbers durch die Entscheidung beeinträchtigt wird, diese also für ihn ungünstig ausfällt (RS0041868; Kodek in Rechberger/Klicka 5 [2019] Vor § 461 Rz 22 mwN).

[22] 3.3. Der Mangel der Beschwer ist in jeder Lage des Verfahrens vom Amts wegen zu beachten (RS0041770 [T67]). Liegt im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel keine Beschwer mehr vor, ist das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen (RS0041770), weil auch ein im Zeitpunkt seiner Erhebung zulässiges Rechtsmittel durch den Wegfall der Beschwer bis zur Entscheidung des Rechtsmittelgerichts unzulässig werden kann (RS0041770 [T57]).

[23] Das Rechtsmittel ist dabei schon zurückzuweisen, wenn der Rechtsmittelwerber zwar durch eine Abweichung der Entscheidung von seinem Antrag zwar nach wie vor formell beschwert ist, aber seine materielle Beschwer weggefallen ist, weil seine (materielle oder prozessuale) Rechtsstellung durch die Entscheidung nicht mehr beeinträchtigt wird (RS0041868; Kodek in Rechberger/Klicka 5 [2019] Vor § 461 Rz 22 mwN).

[24] Im vorliegenden Fall fiel die materielle Beschwer der Klägerin durch die Entscheidung über das Unterlassungsbegehren zur Behauptung, die Abonnenten würden „im ersten Monat 10 Euro erhalten“, weg, weil auch diese Behauptung bereits durch das inzwischen rechtskräftige Verbot der Behauptung, die Abonnenten würden „10 Euro im Monat 'Cash zurück'“ erhalten, zu 57 Cg 72/20v untersagt ist.

[25] 3.4. Die Revisionsrekursbeantwortung führt gegen eine amtswegige Beachtung des Wegfalls der Beschwer ins Treffen, dass nicht jedes Rechtsmittelgericht vor seinen Entscheidungen – insbesondere im Lauterkeitsrecht – in der Verfahrensautomation Justiz nach möglichen Parallelfällen suchen könne.

[26] Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Gerichte treffen ihre Entscheidungen immer nur aufgrund des Wissensstandes, den Parteien und Entscheidungsorgane nach Durchführung des Erkenntnisverfahrens haben. Dazu zählen neben dem Akteninhalt zwar auch offenkundige Tatsachen iSd § 269 ZPO. Jedoch sind Tatsachen, die einem öffentlichen Register entnommen werden könnten, allein dadurch weder allgemein bekannt noch auch nur gerichtskundig (RS0111112).

[27] Im vorliegenden Fall ergab sich die Erlassung mehrerer deckungsgleicher einstweiliger Verfügungen in Parallelverfahren aber bereits aus dem Vorbringen der Beklagten und den entsprechenden Feststellungen des Erstgerichts. Das Rekursgericht konnte und musste deshalb bei seiner Rechtsmittelentscheidung sehr wohl berücksichtigen, dass die inzwischen verstrichene Zeit zum Eintritt der Rechtskraft und damit zum (teilweisen) Wegfall der Beschwer geführt hat.

[28] 3.5. Genau diesen Mangel des Rekursverfahrens zeigt der Revisionsrekurs der Klägerin auf. Darin liegt entgegen der Argumentation der Beklagten auch kein Verstoß gegen das Neuerungsverbot, weil Tatumstände und Beweise, die in erster Instanz nicht vorgekommen sind, zur Dartuung oder Widerlegung der Rechtsmittelgründe der Nichtigkeit oder der Mangelhaftigkeit des Verfahrens vorgebracht werden können (4 Ob 5/10d, hier zum Berufungsverfahren; Sloboda in Fasching/Konecny 3 IV/1 § 514 ZPO [Stand 1. 9. 2019, rdb.at] Rz 90). Dies gilt selbstverständlich auch im vorliegenden Fall, konnte doch die Beklagte in erster Instanz nicht voraussehen, ob die vorbestehenden Titel in den Parallelverfahren überhaupt in Rechtskraft erwachsen würden und ob die Rechtskraft vor oder nach der Rekursentscheidung eintreten würde.

[29] 4. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung zur Behauptung „Geld für jeden Klick bekommen“ durch das Rekursgericht ist zu bestätigen.

[30] Die Beklagte machte im Revisionsrekurs nicht geltend, dass auch das Verbot der Behauptung, jeder Abonnent erhalte „für jeden Klick Geld“ zu 57 Cg 6/21i vor der Rekursentscheidung in Rechtskraft erwachsen sei. Dies war nach den Daten im Register auch nicht der Fall.

[31] Für dieses Unterlassungsbegehren war die Klägerin daher durch die Abweisung ihres Sicherungsantrags noch beschwert. Das Rekursgericht hatte insoweit über den Rekurs der Klägerin inhaltlich zu entscheiden und konnte auch die einstweilige Verfügung erstmals erlassen.

[32] 5. Im Ergebnis ist dem Revisionsrekurs teilweise Folge zu geben. Beim Unterlassungsbegehren „im ersten Monat 10 Euro erhalten“ war im Zeitpunkt der Rekursentscheidung die Beschwer der Klägerin weggefallen, sodass ihr Rekurs dazu zurückzuweisen war und es damit bei der abweisenden Entscheidung des Erstgerichts bleibt. Das vom Rekursgericht erlassene Verbot der Behauptung „Geld für jeden Klick bekommen“ ist dagegen zu bestätigen.

[33] 6. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 43 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Der Verfahrenserfolg war wegen Wegfall der Beschwer während des Rekursverfahrens für die ersten beiden Instanzen hypothetisch zu prüfen (RS0036102). Noch im Zeitpunkt der Rekurshebung hätte die Klägerin zur Gänze obsiegt und erhält daher vollen Kostenersatz. In der dritten Instanz drang die Klägerin nur noch mit der Hälfte ihres Begehrens durch.

### **Schlagworte**

Geld für jeden Klick

### **Textnummer**

E133491

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

ECLI:AT:OGH0002:2021:0040OB00107.21W.1021.000

### **Im RIS seit**

14.01.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

09.02.2022

**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)