

# TE OGH 1999/8/16 15R24/99f

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.08.1999

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Univ.Prof.Dr.Ertl als Vorsitzenden und den KR Mag.Sedelmayer sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Manica als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei T\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* F\*\*\*\*\* 2\*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Rudolf Jirovec, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte und gefährdende Partei E\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\* U\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\* vertreten durch D\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* Rechtsanwalt in W\*\*\*\*\*, wegen Unterlassung und Widerruf (Streitwert im Provisorialverfahren S 150.000--), über den Rekurs der beklagten und gefährdenden Partei gegen den Beschuß des Handelsgerichtes Wien vom 11.12.1998, 24 Cg 142/98k, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende und gefährdete Partei hat die ihr im Rekursverfahren entstandenen Kosten vorläufig, die beklagte und gefährdende Partei hingegen endgültig selbst zu tragen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt S 52.000--, nicht aber S 260.000--.

Der Revisionsrekurs ist zulässig.

## Text

### Begründung

Die in Deutschland ansässige beklagte und gefährdende Partei (in der Folge kurz: Beklagte) erzeugt und vertreibt unter anderem Metallgußtische in italienischem Design, darunter auch den Modelltisch "Milano", welcher aus drei Metalltischbeinen und zwei Glasplatten besteht. Die Streitteile standen etwa eineinhalb Jahre in Geschäftsbeziehung. Zunächst bezog die klagende und gefährdete Partei (in der Folge kurz: Klägerin) Tischbeine und Glasplatten von der Beklagten, in der Folge nur mehr die Tischbeine. Die Klägerin verkaufte - entsprechend dem in dem von der Beklagten zu Beginn der Geschäftsbeziehungen zur Verfügung gestellten Katalogmaterial enthaltenem Modell "Milano" - Tische unter anderem an das Möbelhaus M\*\*\*\*\*.

Mit Schreiben vom 7.9.1998 teilte der Rechtsvertreter der Beklagten namens seiner Mandantin der M\*\*\*\*\* Einrichtungshaus Gesellschaft mbH mit (./A), dass die von M\*\*\*\*\* vertriebenen Tische des Modells "Milano" offenbar von der Klägerin bezogen worden seien, welche das Modell der Beklagten in einem Abguß minderer Gußqualität in allen Einzelheiten nachahme.

Mit ihrer Klage begeht die Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, es zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen zu

behaupten, daß die Klägerin den Modelltisch "Milano" der Beklagten in einem Abguß minderer Gußqualität in allen Einzelheiten nachahme, sowie diese Behauptung gegenüber der M\*\*\*\*\* Einrichtungshaus GmbH zu widerrufen. Die Tischfüße stammten tatsächlich von Beklagten und stellten daher weder eine Nachahmung noch einen Abguß minderer Gußqualität dar. Überdies wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Das Erstgericht erließ mit Beschuß vom 13.10.1998, ON 3, nach Vernehmung der Auskunftsperson Güll, eines Angestellten der Klägerin, ohne vorherige Anhörung der Gegnerin, die auf § 7 UWG gestützte einstweilige Verfügung in der von TRENO beantragten Formulierung: Zur Sicherung des Anspruches der Klägerin gegen die Beklagte auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen, worauf die Klage gerichtet ist, wird der Beklagten ab sofort und bis zur rechtskräftigen Erledigung des Unterlassungsanspruches verboten zu behaupten, daß die Klägerin Modelle der Beklagten, insbesondere das Modell "Milano" in einem Abguß minderer Gußqualität, in allen Einzelheiten nachahmt. Das Erstgericht erließ mit Beschuß vom 13.10.1998, ON 3, nach Vernehmung der Auskunftsperson Güll, eines Angestellten der Klägerin, ohne vorherige Anhörung der Gegnerin, die auf Paragraph 7, UWG gestützte einstweilige Verfügung in der von TRENO beantragten Formulierung: Zur Sicherung des Anspruches der Klägerin gegen die Beklagte auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen, worauf die Klage gerichtet ist, wird der Beklagten ab sofort und bis zur rechtskräftigen Erledigung des Unterlassungsanspruches verboten zu behaupten, daß die Klägerin Modelle der Beklagten, insbesondere das Modell "Milano" in einem Abguß minderer Gußqualität, in allen Einzelheiten nachahmt.

Dagegen erhob die Beklagte Widerspruch (nicht aber Rekurs). Die Tischbeine stammten nicht aus der Produktion der Beklagten und sie seien von minderer Gußqualität.

Auf Grund des Widerspruches wurde am 2.12.1998, ON 5, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher die Geschäftsführerin und ein Angestellter der Beklagten sowie abermals die Auskunftsperson Güll vernommen wurden.

Mit dem angefochtenen Beschuß vom 11.12.1998, ON 6, wies das Erstgericht den Widerspruchsantrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung ab. Dabei ging es im wesentlichen davon aus, es sei nicht bescheinigt, ob die Tischbeine für das Modell "Milano", welche die Klägerin an Michelfeit geliefert hatte, aus der Produktion der Beklagten stammten, oder ob es nachgemachte Tischbeine minderer Gußqualität seien. Diese Tatsache sei aber von der Beklagten zu erweisen.

Gegen diesen Beschuß richtet sich der Rekurs der Beklagten aus den Rekursgründen der unvollständigen und aktenwidrigen Tatsachenfeststellungen mit den Anträgen, (1.) den Beschuß dahin abzuändern, dass die einstweilige Verfügung aufgehoben werde, in eventu (2.) den Beschuß aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung zurückzuverweisen oder in eventu (3.) den Beschuß dahin abzuändern, dass die Unterlassung lediglich zu Zwecken des Wettbewerbs und bloß hinsichtlich des Modelltisches Milano zu erfolgen habe.

Die Klägerin beantragte, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Rekurswerberin vermeint, das Rekursgericht müsse - auch wenn es die Aussagen gleich würdige wie das Erstgericht - zu anderen Ergebnissen kommen als das Erstgericht:

Das Argument des Erstgerichtes, wonach es wirtschaftlich nicht sinnvoll sei, Tischfüße nachzumachen, um bloß einige Modelle an M\*\*\*\*\* zu verkaufen, widerspräche der Aussage des Angestellten der Klägerin, wonach auch an andere (Groß-) Möbelhäuser derartige Modelle geliefert worden seien, und sei daher aktenwidrig. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Auskunftsperson Güll in der Verhandlung vom 1.12.1998 ausdrücklich angab, an M\*\*\*\*\* seien nur einige Tische der von der Klägerin geliefert worden - wohingegen er bei seiner ersten Vernehmung am 13.10.1998 angab, Tische seien während der Geschäftsbeziehung zu der Beklagten auch an K\*\*\*\*\* und Leiner veräußert worden. Das Ergebnis des Erstgerichtes steht daher in keinerlei Widerspruch zur Aussage von Güll. Im Gegenteil - das Erstgericht hat die vom Rekurs aufgegriffene Problematik der ausgelieferten Stückzahl erkannt und darauf im angefochtenen Beschuß dahingehend hingewiesen, dass dies noch abzuklären sei.

Die Rekurswerberin vermeint weiters, als entscheidungswesentliche Tatsache hätte festgestellt werden müssen, wodurch sich die Tischbeine der Klägerin von denen der Beklagten unterscheiden, weil sie danach keinesfalls aus der

Produktion der Beklagten stammen könnten. Ebenso sei es in zeitlicher Hinsicht auf Grund des von der Beklagten seit 1997 angewandten Gußverfahrens unmöglich, dass die inkriminierten Tischbeine, welche keinesfalls mit diesem Verfahren produziert worden seien, aus Vorlieferungen stamme. Letztlich sei erwiesen, dass die von der Beklagten produzierten Tischbeine immer aus einer anderen, höherwertigen Metallegierung hergestellt worden seien als die von der Klägerin an M\*\*\*\*\* verkauften.

Die Rekurswerberin bringt zwar Argumente für die Glaubwürdigkeit der von ihr vorgelegten Beweismittel, ihr ist aber dennoch nicht darin zu folgen, dass das Rekursgericht auf Grund einer strikten Handhabung des Umwürdigungsverbotes gezwungen wäre, "sehenden Auges eine offenkundig unrichtige Entscheidung zu bestätigen".

Im vorliegenden Fall ist der Rechtssatz der Erkenntnis des verstärkten Senates vom 2.12.1993, Ob 650/93, (= SZ 66/164) anwendbar, wonach im Sicherungsverfahren die Überprüfung der Beweiswürdigung des erkennenden Richters durch das Rekursgericht insoweit ausgeschlossen ist, als dieser den Sachverhalt auf Grund vor ihm abgelegter Zeugen- oder Parteinaussagen als bescheinigt angenommen hat.

Das Erstgericht nimmt in seiner Beweiswürdigung ausdrücklich dazu Stellung, dass die Aussage von Güll, wonach die Klägerin nirgends anders als bei der Beklagten derartige Tischbeine bezogen habe und es sich hierbei um Restbestände aus den Lieferungen der Beklagten handle, im Bescheinigungsverfahren nicht widerlegt werden könne. Und zwar auch nicht auf Grund des vom Erstgerichtes von Güll unmittelbar und persönlich gewonnenen Eindruckes und trotz Vorhaltes der Aussagen der anderen Zeugen und Wahrheitserinnerung. Demnach stützt sich das Ergebnis, es könne nicht geklärt werden, ob die durch die Klägerin von der Beklagten bezogene Tischbeine an M\*\*\*\*\* geliefert habe (oder andere, nachgemachte mit minderer Gußqualität), entscheidend auf die vor dem Erstgericht abgelegte Zeugenaussage(n).

Dies ist aber die einzige entscheidungswesentliche Feststellung, weil nur sie den gem § 7 UWG (§ 1330 Abs 2 ABGB) von der Beklagten geforderten Wahrheitsbeweis darstellen würde. Die von der Rekurswerberin begehrten zusätzlichen Feststellungen (Unterschiede der Tischbeine, Gußverfahren, Metallegierung) vermögen per se keinen entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu begründen - sie sind/wären bloß ein Indiz für die Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten, weshalb dem Erstgericht auch kein wesentlicher Verfahrensmangel unterlaufen ist - es wurden keine entscheidungswesentlichen Tatsachen nicht festgestellt. Unter diesem Blickwinkel kann das Rekursgericht aber zu keinem anderen Ergebnis als das Erstgericht kommen, welches auf Grund unmittelbarer Wahrnehmung und persönlicher Überzeugung die angegriffenen Negativfeststellung getroffen hat; dies schon gar nicht - wie die Rekurswerberin vermeint - bei gleicher Würdigung der abgelegten Aussagen. Die Rekurswerberin versucht letztlich die auf die Zeugenaussage gestützte - und daher im Bescheinigungsverfahren nicht bekämpfbare - Beweiswürdigung über den Umweg der Darlegung der Richtigkeit anderer Beweisergebnisse doch zu bekämpfen. Weil aber das Erstgericht der Aussage von Güll (zumindest im Bescheinigungsverfahren eingeschränkt) Glauben schenkte, kann die von der Rekurswerberin letztlich begehrte Feststellung ("nachgemachte Tischbeine minderer Gußqualität"), welcher eben dieser Aussage widersprechen würde, im Bescheinigungsverfahren nicht vom Rekursgericht getroffen werden, da die Überprüfung der Beweiswürdigung in diesem Umfang im Sinne der Erkenntnis des verstärkten Senates ausgeschlossen ist. Dies ist aber die einzige entscheidungswesentliche Feststellung, weil nur sie den gem Paragraph 7, UWG (Paragraph 1330, Absatz 2, ABGB) von der Beklagten geforderten Wahrheitsbeweis darstellen würde. Die von der Rekurswerberin begehrten zusätzlichen Feststellungen (Unterschiede der Tischbeine, Gußverfahren, Metallegierung) vermögen per se keinen entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu begründen - sie sind/wären bloß ein Indiz für die Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten, weshalb dem Erstgericht auch kein wesentlicher Verfahrensmangel unterlaufen ist - es wurden keine entscheidungswesentlichen Tatsachen nicht festgestellt. Unter diesem Blickwinkel kann das Rekursgericht aber zu keinem anderen Ergebnis als das Erstgericht kommen, welches auf Grund unmittelbarer Wahrnehmung und persönlicher Überzeugung die angegriffenen Negativfeststellung getroffen hat; dies schon gar nicht - wie die Rekurswerberin vermeint - bei gleicher Würdigung der abgelegten Aussagen. Die Rekurswerberin versucht letztlich die auf die Zeugenaussage gestützte - und daher im Bescheinigungsverfahren nicht bekämpfbare - Beweiswürdigung über den Umweg der Darlegung der Richtigkeit anderer Beweisergebnisse doch zu bekämpfen. Weil aber das Erstgericht der Aussage von Güll (zumindest im Bescheinigungsverfahren eingeschränkt) Glauben schenkte, kann die von der Rekurswerberin letztlich begehrte

Feststellung ("nachgemachte Tischbeine minderer Gußqualität"), welcher eben dieser Aussage widersprechen würde, im Bescheinigungsverfahren nicht vom Rekursgericht getroffen werden, da die Überprüfung der Beweiswürdigung in diesem Umfang im Sinne der Erkenntnis des verstärkten Senates ausgeschlossen ist.

Auf die Ausführungen im Rekurs betreffend die Fassung des Spruches (= zweites Eventualbegehren) ist sachlich nicht einzugehen, weil die Beklagte nicht schon gegen die einstweilige Verfügung Rekurs (sondern nur Widerspruch) erhoben hat:

Gemäß § 397 EO kann gegen die Bewilligung der einstweiligen Verfügung der Gegner der gefährdeten Partei, falls er nicht bereits vor der Beschlußfassung einvernommen wurde, Widerspruch erheben. Gemäß § 398 EO ist zufolge erhobenen Widerspruches über die Statthaftigkeit und Angemessenheit der bewilligten Verfügung mündlich zu verhandeln. Für die Bekämpfung der Beschlüsse über (1.) den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und über (2.) den Widerspruch steht gemäß §§ 402 Abs 4, 78 EO der Rekurs nach §§ 514 ff ZPO zur Verfügung. Mit diesem Rechtsmittel können Nichtigkeitsgründe, erhebliche Verfahrensmängel, Aktenwidrigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht werden. Gemäß Paragraph 397, EO kann gegen die Bewilligung der einstweiligen Verfügung der Gegner der gefährdeten Partei, falls er nicht bereits vor der Beschlußfassung einvernommen wurde, Widerspruch erheben. Gemäß Paragraph 398, EO ist zufolge erhobenen Widerspruches über die Statthaftigkeit und Angemessenheit der bewilligten Verfügung mündlich zu verhandeln. Für die Bekämpfung der Beschlüsse über (1.) den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und über (2.) den Widerspruch steht gemäß Paragraphen 402, Absatz 4., 78 EO der Rekurs nach Paragraphen 514, ff ZPO zur Verfügung. Mit diesem Rechtsmittel können Nichtigkeitsgründe, erhebliche Verfahrensmängel, Aktenwidrigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht werden.

Zweck des Widerspruches nach § 397 EO ist hingegen ein anderer: Die Möglichkeit, einerseits eine einstweilige Verfügung ohne Anhörung des Gegners zu erlassen, verbunden mit dem bei Rekursen geltenden Neuerungsverbot, erfordert es, dem Gegner der beklagten Partei einen eigenen Rechtsbehelf einzuräumen, mit dem er sich im Fall einseitiger Bewilligung der einstweiligen Verfügung mit Vorbringen, das noch nicht Gegenstand des Verfahrens vor Erlassung der einstweiligen Verfügung war, Gehör zu verschaffen (König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Rz 322). Gemäß § 397 Abs 1 EO (e contrario) ist ein Widerspruch unzulässig, wenn der Gegner der gefährdeten Partei bereits vor der Beschlußfassung über die einstweilige Verfügung einvernommen wurde. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß § 397 EO einen Schutz des rechtlichen Gehörs bezweckt. Dieser Schutz ist aber nur in dem Ausmaß notwendig, in dem im Widerspruch Gründe dargetan werden (können), die nicht ohnehin mit einem Rekurs gegen den ursprünglichen Beschuß auf Bewilligung der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden können. Anders ist nicht zu erklären, warum der Gesetzgeber die Möglichkeit, Widerspruch zu erheben, im dargelegten Umfang ausgeschlossen hat. Zweck des Widerspruches nach Paragraph 397, EO ist hingegen ein anderer: Die Möglichkeit, einerseits eine einstweilige Verfügung ohne Anhörung des Gegners zu erlassen, verbunden mit dem bei Rekursen geltenden Neuerungsverbot, erfordert es, dem Gegner der beklagten Partei einen eigenen Rechtsbehelf einzuräumen, mit dem er sich im Fall einseitiger Bewilligung der einstweiligen Verfügung mit Vorbringen, das noch nicht Gegenstand des Verfahrens vor Erlassung der einstweiligen Verfügung war, Gehör zu verschaffen (König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Rz 322). Gemäß Paragraph 397, Absatz eins, EO (e contrario) ist ein Widerspruch unzulässig, wenn der Gegner der gefährdeten Partei bereits vor der Beschlußfassung über die einstweilige Verfügung einvernommen wurde. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß Paragraph 397, EO einen Schutz des rechtlichen Gehörs bezweckt. Dieser Schutz ist aber nur in dem Ausmaß notwendig, in dem im Widerspruch Gründe dargetan werden (können), die nicht ohnehin mit einem Rekurs gegen den ursprünglichen Beschuß auf Bewilligung der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden können. Anders ist nicht zu erklären, warum der Gesetzgeber die Möglichkeit, Widerspruch zu erheben, im dargelegten Umfang ausgeschlossen hat.

Der Gegner der gefährdeten Partei ist nur in dem Umfang schutzbedürftig, als ihm das rechtliche Gehör nicht auch durch einen Rekurs gegen den Beschuß auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im selben Ausmaß gewährt würde. Das kann aber dann nicht der Fall sein, wenn das Erstgericht auf Grund des Widerspruchsverfahrens keine entscheidungswesentlichen anderen Tatsachen als bescheinigt annimmt, als jene, die es bereits der Erlassung der einstweiligen Verfügung zu Grunde gelegt hat.

Literatur und Rechtsprechung ergeben folgendes Bild der Rechtslage:

Der Rekurs gegen den bestätigenden Beschuß über den Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung habe deren sachliche Überprüfung zur Folge (ZBl 1930/136 - im wesentlichen unter Berufung auf den Wortlaut des § 398 EO "Statthaftigkeit und Angemessenheit") Der Rekurs gegen den bestätigenden Beschuß über den Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung habe deren sachliche Überprüfung zur Folge (ZBl 1930/136 - im wesentlichen unter Berufung auf den Wortlaut des Paragraph 398, EO "Statthaftigkeit und Angemessenheit")

Im Widerspruch seien auch materiellrechtliche Einreden gegen den Bestand des zu sichernden Anspruches zu berücksichtigen (SZ 5/11 - in Wahrheit wurde der Anspruch aus erst im Widerspruchsverfahren hervorgekommenen Umständen als nicht mehr bescheinigt angenommen)

Dem Gegner der Gefährdeten stehe das Recht zu, gegen die einstweilige

Verfügung sowohl Rekurs als auch Widerspruch zu erheben (SZ 43/81 =

EvBl 1970/335 = RZ 1970, 223 = ÖBI 1971, 31;4 Ob 578/79; ÖBI 1980,

65; 6 Ob 646/93; RZ 1994/47. SZ 43/81 bejaht vor allem das Weiterbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses des gleichzeitig mit dem Widerspruch erhobenen Rekurses, für den Fall, daß dem Widerspruch rechtskräftig [weil unbekämpft] keine Folge gegeben wurde).

Gegenstand des Widerspruchsverfahrens sei nur die Überprüfung der objektiven Richtigkeit der erlassenen einstweiligen Verfügung nach Maßgabe der zur Zeit ihrer Erlassung gegebenen Rechtslage; der Widerspruch ersetze nur die vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung unterbliebene Vernehmung des Gegners. Im Widerspruchsverfahren könne unter anderem geltend gemacht werden, daß der bescheinigte Anspruch nicht bestehe. Die Entscheidung über den Widerspruch stelle gegenüber der einstweiligen Verfügung keine völlig neue und von ihr unabhängige Entscheidung dar (JBl 1974, 529 = ÖBI 1973, 139; 2 Ob 22/74; 8 Ob 566/83; 2 Ob 590/94; 4 Ob 1514/96; 1 Ob 254/97b). Im Falle des behaupteten Nichtbestehens des Anspruches hat der Gegner der gefährdeten Partei den Nichtbestand des Anspruches glaubhaft zu machen. Ihn treffe die Behauptungs- und Bescheinigungspflicht hinsichtlich der Tatsachen, aus denen das Nichtbestehen des bescheinigten Anspruches abgeleitet werde (diese Aussage findet sich nur in der, die zitierte Judikaturlinie begründenden E JBl 1974, 529 = ÖBI 1973, jedoch sagen auch die darauf aufbauenden Entscheidungen nichts Gegenteiliges aus).

Der Widerspruch ersetze nur die vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung unterbliebene Vernehmung des Gegner der gefährdeten Partei und eröffne keineswegs der gefährdeten Partei die Möglichkeit, nunmehr andere Rechtsgründe für ihren Antrag geltend zu machen oder auszuführen; die Überprüfung der einstweiligen Verfügung könne also nur auf Basis des Rechtsgrundes, den die gefährdete Partei im Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung geltend gemacht habe, erfolgen (JBl 1974, 529 = ÖBI 1973, 139; 1 Ob 254/97b).

Im Widerspruch könnten alle Umstände angeführt werden, wonach die getroffene Verfügung unzulässig sei 4 Ob 1514/96 unter Berufung auf SZ 61/25 = MietSlg 40.854/8, wo jedoch gesagt wird, daß sich aus Natur und Wesen der einstweiligen Verfügung ergebe, dass mit dem Widerspruch der Ausspruch über die Annahme der Glaubhaftmachung des Anspruches bekämpft werden könne).

Die Literatur vertritt ganz überwiegend die Meinung, mit Widerspruch könne die gefährdende Partei "sämtliche Anfechtungsgründe" (Rintelen,

Die einstweilige Verfügung, 177, der den Zweck des Widerspruches [aaO, 149f] darin sieht, dem Nachteil zu begegnen, der den Gegner der gefährdeten Partei dadurch treffen könnte, daß er vor der Erlassung des "Arrestbefehles" nicht angehört worden sei; folgend Kininger, Rintelen, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen, 108) geltend gemacht werden. Neumann/Lichtblau (Kommentar EO, 1263f) führen ohne weitere Begründung auch Rekursgründe als Widerspruchsgründe an. Nach Heller-Berger-Stix (Kommentar zur EO, 2876) kann der Widerspruch sowohl auf Bekämpfung der Schlüssigkeit der Würdigung der Bescheinigungsmittel (vgl jedoch nunmehr SZ 66/164), auf unrichtige rechtliche Beurteilung als auch auf Neuerungen gestützt werden. Aus der Verschiedenheit der verfahrensrechtlichen Fehler, die mit Rekurs bzw Widerspruch zu bekämpfen seien, ergebe sich eine unechte Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe (dieselben aaO, 889). Der Meinung von Sprung (Konkurrenz von Rechtsbehelfen, 83ff), der Widerspruch dürfe sich auf keinen Grund stützen, der mittels Rekurs geltend gemacht hätte werden können, sind auch O.Hule (ÖJZ 1968, 599), Kralik (ÖJZ 1968, 414f) und Kininger (aaO, 108) entgegengetreten. Letztere meinen vor allem, der Widerspruch sei prozeßökonomischer als der Rekurs. Rechberger/Simotta (Exekutionsverfahren, Rz 911

und Rechberger/Oberhammer, Exekutionsverfahren, Rz 529) schließen sich ohne nähere Begründung der herrschenden Meinung an. Die einstweilige Verfügung, 177, der den Zweck des Widerspruches [aaO, 149f] darin sieht, dem Nachteil zu begegnen, der den Gegner der gefährdeten Partei dadurch treffen könnte, daß er vor der Erlassung des "Arrestbefehles" nicht angehört worden sei; folgend Kninger, Rintelen, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen, 108) geltend gemacht werden. Neumann/Lichtblau (Kommentar EO, 1263f) führen ohne weitere Begründung auch Rekursgründe als Widerspruchsgründe an. Nach Heller-Berger-Stix (Kommentar zur EO, 2876) kann der Widerspruch sowohl auf Bekämpfung der Schlüssigkeit der Würdigung der Bescheinigungsmittel vergleiche jedoch nunmehr SZ 66/164), auf unrichtige rechtliche Beurteilung als auch auf Neuerungen gestützt werden. Aus der Verschiedenheit der verfahrensrechtlichen Fehler, die mit Rekurs bzw Widerspruch zu bekämpfen seien, ergebe sich eine unechte Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe (dieselben aaO, 889). Der Meinung von Sprung (Konkurrenz von Rechtsbehelfen, 83ff), der Widerspruch dürfe sich auf keinen Grund stützen, der mittels Rekurs geltend gemacht hätte werden können, sind auch O.Hule (ÖJZ 1968, 599), Kralik (ÖJZ 1968, 414f) und Kninger (aaO, 108) entgegengetreten. Letztere meinen vor allem, der Widerspruch sei prozeßökonomischer als der Rekurs. Rechberger/Simotta (Exekutionsverfahren, Rz 911 und Rechberger/Oberhammer, Exekutionsverfahren, Rz 529) schließen sich ohne nähere Begründung der herrschenden Meinung an.

Holzhammer (Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup>, 450) hält eine Häufung beider Rechtsbehelfe (in Anschluß an die Entscheidung des OLG Innsbruck JBl 1973, 322) für unzulässig. In der zitierten Entscheidung wird hauptsächlich mit dem (mangelnden) Rechtsschutzbedürfnis argumentiert.

Dem dargestellten herrschenden Meinungsstand ist zu erwideren:

Zweifellos ist neben dem Widerspruch auch ein Rekurs zulässig. Fraglich ist bloß, ob im Widerspruchsverfahren (evtl auch erst in dessen Rechtsmittelverfahren) Gründe geltend gemacht werden können, die schon mit Rekurs gegen den Beschuß auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hätten gemacht werden können.

Das von Heller-Berger-Stix gebrachte Argument der Verschiedenheit der verfahrensrechtlichen Fehler, die mit Rekurs bzw Widerspruch zu bekämpfen seien, sagt nichts über die Gründe, aus denen die Rechtsbehelfe ergriffen werden können, aus, sondern spricht - im Gegenteil - dafür, daß verschiedene Fehler aus verschiedenen Gründen folgerichtig mit entsprechend verschiedenen Rechtsbehelfen zu bekämpfen sind.

Auch das Argument der Prozeßökonomie kann nicht überzeugen. Fasching (Lehrbuch\*\*2, Rz 706ff) zählt die Verfahrenskonzentration und die Prozeßökonomie zu den Prozeßgrundsätzen: Jedes gerichtliche Verfahren solle auf möglichst einfache, rasche und billige Weise zu seinem Ziel führen. Mit der Möglichkeit, im Widerspruchsverfahren (und hier evtl erst im Rechtsmittelverfahren) sich auf Gründe zu stützen, die schon in einem Rekurs gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung hätten vorgebracht werden können, wird aber der Möglichkeit, einen Prozeß zu verschleppen oder zu verzögern, ein zu großer Spielraum eingeräumt. Die gefährdende Partei hätte die Möglichkeit, gegen die einstweilige Verfügung selbst einen Rekurs und einen Widerspruch zu erheben. Dann müßte - mangels Reihung - zuerst über den Rekurs entschieden werden; sodann wäre vom Erstgericht über den Widerspruch zu verhandeln; und dann hätte die gefährdende Partei abermals die Möglichkeit, gegen diese Entscheidung einen Rekurs aus Gründen zu erheben, die sie bereits in ihrem ersten Rekurs hätte vorbringen können. Der gefährdenden Partei stünde es somit frei, eine "Zweiteilung" ihres Rekurses herbeizuführen, sofern sie bloß im zweiten Rekurs neue Argumente vorbringen kann, was insbesondere im Bereich des UWG in aller Regel keine besonderen Schwierigkeiten bereitet. Es ist sohin nicht einzusehen, warum man aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit der Partei die Möglichkeit eines "geteilten" (= zweifachen) Rechtsmittels einräumen soll, wenn (im Rahmen der zulässigen Rekursgründe, die jeweils die selben sind) eine abschließende - und damit zweifellos beschleunigte - Beurteilung auch schon mit einem einzigen Rechtsmittel herbeigeführt werden könnte. Gerade der Gedanke der Verfahrensbeschleunigung liegt auch der ständigen Rechtsprechung zu Grunde, wonach zuerst über den Rekurs und erst danach über den Widerspruch zu entscheiden ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß weder Rekurs noch Widerspruch aufschiebende, die Vollstreckung hemende Wirkung, hätten. Zum einen kann dem Rekurs eine solche Wirkung zuerkannt werden. Zum anderen ist jedenfalls die Entscheidung im Hauptverfahren verzögert. Gerade das Verfahren über eine einstweilige Verfügung soll jedoch möglichst beschleunigt abgeführt werden. Die Notwendigkeit des beschleunigten vorläufigen Rechtsschutzes durch eine einstweilige Verfügung rechtfertigt gerade die Erlassung derselben (dies wird von § 24 UWG vorausgesetzt, wenn dort die in § 381 EO genannte konkrete Gefährdung nicht bescheinigt werden muß). Auch das Argument der Prozeßökonomie kann nicht überzeugen. Fasching

(Lehrbuch\*\*2, Rz 706ff) zählt die Verfahrenskonzentration und die Prozeßökonomie zu den Prozeßgrundsätzen: Jedes gerichtliche Verfahren solle auf möglichst einfache, rasche und billige Weise zu seinem Ziel führen. Mit der Möglichkeit, im Widerspruchsverfahren (und hier evtl erst im Rechtsmittelverfahren) sich auf Gründe zu stützen, die schon in einem Rekurs gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung hätten vorgebracht werden können, wird aber der Möglichkeit, einen Prozeß zu verschleppen oder zu verzögern, ein zu großer Spielraum eingeräumt. Die gefährdende Partei hätte die Möglichkeit, gegen die einstweilige Verfügung selbst einen Rekurs und einen Widerspruch zu erheben. Dann müßte - mangels Reihung - zuerst über den Rekurs entschieden werden; sodann wäre vom Erstgericht über den Widerspruch zu verhandeln; und dann hätte die gefährdende Partei abermals die Möglichkeit, gegen diese Entscheidung einen Rekurs aus Gründen zu erheben, die sie bereits in ihrem ersten Rekurs hätte vorbringen können. Der gefährdenden Partei stünde es somit frei, eine "Zweiteilung" ihres Rekurses herbeizuführen, sofern sie bloß im zweiten Rekurs neue Argumente vorbringen kann, was insbesondere im Bereich des UWG in aller Regel keine besonderen Schwierigkeiten bereitet. Es ist sohin nicht einzusehen, warum man aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit der Partei die Möglichkeit eines "geteilten" (= zweifachen) Rechtsmittels einräumen soll, wenn (im Rahmen der zulässigen Rekursgründe, die jeweils die selben sind) eine abschließende - und damit zweifellos beschleunigte - Beurteilung auch schon mit einem einzigen Rechtsmittel herbeigeführt werden könnte. Gerade der Gedanke der Verfahrensbeschleunigung liegt auch der ständigen Rechtsprechung zu Grunde, wonach zuerst über den Rekurs und erst danach über den Widerspruch zu entscheiden ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß weder Rekurs noch Widerspruch aufschiebende, die Vollstreckung hemende Wirkung, hätten. Zum einen kann dem Rekurs eine solche Wirkung zuerkannt werden. Zum anderen ist jedenfalls die Entscheidung im Hauptverfahren verzögert. Gerade das Verfahren über eine einstweilige Verfügung soll jedoch möglichst beschleunigt abgeführt werden. Die Notwendigkeit des beschleunigten vorläufigen Rechtsschutzes durch eine einstweilige Verfügung rechtfertigt gerade die Erlassung derselben (dies wird von Paragraph 24, UWG vorausgesetzt, wenn dort die in Paragraph 381, EO genannte konkrete Gefährdung nicht bescheinigt werden muß).

Im übrigen hat der OGH über die hier behandelte Frage noch nicht ausdrücklich und mit letzter Deutlichkeit abgesprochen. Er behandelte vielmehr Fälle, wo gerade Rekurs und Widerspruch erhoben wurden oder Fälle, wo sich im Widerspruchsverfahren eine Änderung in den als bescheinigt angenommenen Tatsachen ergaben.

Die Rechtsprechung betont richtigerweise, daß der Widerspruch nur die vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung unterbliebene Vernehmung des Gegners "ersetze". (JBl 1974, 529 = ÖBl 1973, 139; 2 Ob 22/74; 8 Ob 566/83; 2 Ob 590/94; 4 Ob 1514/96; 1 Ob 254/97b). Dies ergibt sich - wie weiter oben gezeigt - aus den Zulässigkeitsvoraussetzungen betreffend den Widerspruch, die ihrerseits auf eine Wahrung des rechtlichen Gehörs beruhen. Der Widerspruch soll aber nicht die Möglichkeit, Rekurs gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung zu erheben, "ersetzen", da schlicht nichts zu "ersetzen" ist; die Möglichkeit zum (ursprünglichen) Rekurs bleibt jedenfalls bestehen.

Die Rechtsprechung befindet sich auch in einem gewissen Wertungswiderspruch, wenn sie (JBl 1974, 529 = ÖBl 1973, 139; 1 Ob 254/97b) es der gefährdeten Partei (richtigerweise) verwehrt, im Widerspruchsverfahren neue Rechtsgründe geltend zu machen, wohingegen die gefährdende Partei in dem entsprechenden Verfahrensstadium jede - namentlich die bereits ursprünglich mögliche Bekämpfung der Erlassung der einstweiligen Verfügung - Einwendung "nachholen" kann. Eine höhere Schutzbedürftigkeit der gefährdenden gegenüber der gefährdeten Partei ist nicht vorhanden, weshalb diese Ungleichbehandlung nicht plausibel ist.

Aus diesen Gründen war auf die unzulässigen Ausführungen des Rekurses betreffend die Fassung des Unterlassungsgebotes nicht inhaltlich einzugehen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich hinsichtlich der Beklagten auf die §§ 41 und 50 ZPO iVm §§ 78 und 402 EO; hinsichtlich der Klägerin auf § 393 Abs 1 EO, nach welcher Bestimmung die gefährdete Partei die Kosten der einstweilige Verfügungen auch im Fall des Obsiegens im Rechtsmittelverfahren - und sei es im Widerspruchsverfahren - vorläufig selbst zu tragen hat (WR 621 mwH). Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich hinsichtlich der Beklagten auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO in Verbindung mit Paragraphen 78 und 402 EO; hinsichtlich der Klägerin auf Paragraph 393, Absatz eins, EO, nach welcher Bestimmung die gefährdete Partei die Kosten der einstweilige Verfügungen auch im Fall des Obsiegens im Rechtsmittelverfahren - und sei es im Widerspruchsverfahren - vorläufig selbst zu tragen hat (WR 621 mwH).

Bei seinem Bewertungsausspruch (§ 78 EO, 526 Abs 3, 500 Abs 2 Z 1 ZPO) ist das Rekursgericht der vom Erstgericht

beschußmäßig festgesetzten Bewertung (ON 5) gefolgt. Bei seinem Bewertungsausspruch (Paragraph 78, EO, 526 Absatz 3,, 500 Absatz 2, Ziffer eins, ZPO) ist das Rekursgericht der vom Erstgericht beschußmäßig festgesetzten Bewertung (ON 5) gefolgt.

Der Revisionsrekurs (§ 402 Abs 1 S 2 EO) ist zulässig, weil sich das Rekursgericht auf keine Judikatur des Obersten Gerichtshofes über eine erhebliche Rechtsfrage stützen kann, ob im Rekurs gegen die Entscheidung im Widerspruchsverfahren auch Einwände geltend gemacht werden können, die schon mit Rekurs gegen den seinerzeitigen Beschuß auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hätten dargebracht werden können. Das Rekursgericht verneint dies unter Bedachtnahme auf den Zweck des Widerspruchs. Der Revisionsrekurs (Paragraph 402, Absatz eins, S 2 EO) ist zulässig, weil sich das Rekursgericht auf keine Judikatur des Obersten Gerichtshofes über eine erhebliche Rechtsfrage stützen kann, ob im Rekurs gegen die Entscheidung im Widerspruchsverfahren auch Einwände geltend gemacht werden können, die schon mit Rekurs gegen den seinerzeitigen Beschuß auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hätten dargebracht werden können. Das Rekursgericht verneint dies unter Bedachtnahme auf den Zweck des Widerspruchs.

#### **Anmerkung**

EW00334 15R00249

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

ECLI:AT:OLG0009:1999:01500R00024.99F.0816.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990816\_OLG0009\_01500R00024\_99F0000\_000

**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)