

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

Mai 2015

03

97 – 152

Beiträge

Die Benutzung einer fremden Marke in eigener Gewinnspielwerbung

Katharina Majchrzak und Silke Graf ➤ 100

Monopol versus Unionsrecht – zurück zum Start?

Arthur Stadler und Nicholas Aquilina ➤ 108

Leitsätze

Nr 18 – 28 ➤ 113

Rechtsprechung

**Schifahrerwerbung – Unterlassungsanspruch bei Verletzung
von Persönlichkeitsrechten Dritter** *Hannes Seidelberger* ➤ 115

**Landesausspielung II – Neuerlich zur Inländerdiskriminierung
im Glücksspielrecht** ➤ 119

**MCDONALD'S – Zur mittelbaren Verwechslungsgefahr
bei Serienmarken** *Katharina Schmid* ➤ 122

**Ediktsdatei II – Zum Umfang der Entscheidungsveröffentlichung
nach § 37 Abs 1 KartG** *Thomas Mildner* ➤ 126

Online-Archiv II – Überwachungspflichten bei Online-Archiven
Susanne Kissich ➤ 133

**Copydan Båndkopi – Zum „gerechten Ausgleich“ bei
multifunktionalen Trägern** *Roman Heidinger* ➤ 137

**Kausalsenat – Zur Besetzung des Rechtsmittelsenats in Verfahren
des gewerblichen Rechtsschutzes** *Philipp Anzenberger* ➤ 148

Bericht

AIPPI-Kongress 2014 *Rainer Beetz und Marc Keschmann* ➤ 151

ÖBI 2015/30

§ 8 JN;
§§ 387, 388 EO
OGH 18. 11. 2014,
4 Ob 219/14 f
(OLG Graz
5 R 145/14 d;
LGZ Graz
10 Cg 122/14 y)

Kausalsenat

→ Zur Besetzung des Rechtsmittelsenats in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes

Hat beim Gerichtshof erster Instanz ein Berufsrichtersenat entschieden, so wurde das Urteil auch bei einer allfälligen Eigenzuständigkeit der Handelsgerichte nicht „in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelsrechtssachen“ iSv § 8 Abs 2 JN gefällt. Daher hat auch über eine Berufung gegen

dieses Urteil nach § 8 Abs 1 JN ein Berufsrichtersenat zu entscheiden. Gleiches gilt für Rekurse in Sicherungsverfahren, die sich gegen eine Entscheidung richten, die nach § 388 Abs 2 Satz 1 iVm § 387 Abs 3 EO von einem Senat getroffen wurde.

Sachverhalt:

Die Kl nimmt die Bekl wegen Unterlassung und Beseitigung nach dem UWG in Anspruch. Sie richtete ihre Klage an das LGZ Graz, bewertete den Streitgegenstand mit € 105.000,- und beantragte die Entscheidung „durch einen Senat“. In Pkt 1.1. der Klage führte sie aus, dass das Verfahren „gemäß § 51 Abs 2 Z 10 JN in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte“ falle; bei der Bezeichnung des Gerichts im Rubrum der Klage machte sie aber nicht ersichtlich, dass sie die Behandlung vor dem Handelssenat beantrage. Mit der Klage verband sie einen Antrag auf Erlassung einer EV, den sie ebenfalls mit € 105.000,- bewertete.

Das ErstG verhandelte und entschied über den Sicherungsantrag durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Senat. Es wies den Sicherungsantrag ab.

In ihrem Rek machte die Kl ua Nichtigkeit geltend, weil trotz Vorliegens einer handelsgerichtlichen Eigenzuständigkeit kein Kausalsenat entschieden habe. In der Lehre werde die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung des falschen Senats „den Nichtigkeitsgrund nach § 471 Z 6, § 475 Abs 2 ZPO“ bilde.

Es wäre aber auch denkbar, eine nicht vorschriftsmäßige Gerichtsbesetzung iSv § 477 Abs 1 Z 2 ZPO anzunehmen. Dass drei Berufsrichter entschieden hätten, sei dem Klagevertreter erst mit Zustellung des Protokolls über die Verhandlung aufgefallen. Er habe daher keine Rüge nach § 260 Abs 4 ZPO erheben können. Abgesehen davon sei diese Bestimmung verfassungswidrig.

Das RekG entschied ebenfalls durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Senat. Es bestätigte die angefochtene Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige und der oRevRek nicht zulässig sei. Die von der Kl geltend gemachte Nichtigkeit liege nicht vor, weil die Klage nicht an das ErstG „als Handelsgericht“ gerichtet gewesen sei (§ 226 Abs 2 ZPO). Mangels eines solchen Hinweises sei die Sache von einem Berufsrichtersenat zu entscheiden gewesen. Auf die Frage einer rechtzeitigen Rüge und die behauptete Verfassungswidrigkeit von § 260 Abs 4 ZPO komme es daher nicht an.

Gegen diese Entscheidung richtet sich ein als „Rekurs und außerordentlicher Revisionsrekurs“ bezeichnetes Rechtsmittel der Kl. Den „Rekurs“ begründet sie damit, dass das RekG als Kausalsenat zu entscheiden gehabt hätte, weswegen dessen Beschluss (ebenfalls) nichtig sei. Sollte der OGH diesem „Rekurs“ nicht Folge geben, werde als erhebliche Rechtsfrage geltend gemacht, dass das RekG von der Rsp des OGH abgewichen sei, wonach über Anträge auf Erlassung einer EV nach dem UWG in erster und zweiter Instanz ein Kausalsenat zu entscheiden habe.

Der OGH wies das RM zurück.

Aus der Begründung:

[Rechtsmittel ist aoRevRek]

1. Die Kl bekämpft eine Entscheidung des RekG, mit der dieses einen Rek gegen eine erstinstanzliche Entscheidung erledigt hatte. Das RM ist daher ein RevRek iSv

Die Gerichtsbesetzung kann Probleme aufwerfen, wenn das ErstG – wie es außerhalb von Wien der Fall ist – sowohl in allgemeinen als auch in Handelssachen tätig wird.

§ 528 ZPO (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 528 ZPO Rz 1; *E. Kodek in Rechberger, ZPO*⁴ § 528 Rz 1). Damit sind die RMBeschränkungen dieser Bestimmung anwendbar, insb muss eine erhebliche Rechtsfrage iSv § 528 Abs 1 ZPO vorliegen. Anderes würde nur gelten, wenn das RekG – im Rahmen des RekVerfahrens oder als Durchlaufgericht – funktional als erstinstanzliches Gericht tätig geworden wäre (RIS-Justiz RS0115511).

2. Das RekG hat zutr durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Senat entschieden.

[Zusammensetzung des Rechtsmittelsenats nach § 8 JN zu beurteilen]

2.1. Nach § 388 Abs 3 iVm Abs 2 Satz 1 EO entscheidet bei den in § 387 Abs 3 EO erwähnten EV – also insb bei solchen nach dem UWG – (auch) über RM gegen die erstinstanzliche Entscheidung „*der Senat in der für die Hauptsache vorgesehenen Zusammensetzung*“. Der RekSenat ist also jener, der unter den gleichen Umständen über eine Ber in der Hauptsache zu entscheiden hätte. Damit ist § 8 Abs 1 und 2 JN anwendbar. Danach entscheiden die OLG im Regelfall durch einen mit Berufsrichtern besetzten Senat; nur zur Entscheidung über Ber „*gegen die in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelsrechtssachen gefällten Urteile*“ ist (abgesehen vom Vorverfahren iSd §§ 470 ff ZPO) ein aus zwei Berufsrichtern und einem Laienrichter bestehender Senat berufen.

[Senatsbesetzung in erster Instanz entscheidet]

2.2. § 8 Abs 2 JN nimmt auf die in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelsrechtssachen „*gefällten*“ Urteile Bezug, nicht auf so „*zu fällende*“ Urteile. Hat beim Gerichtshof erster Instanz ein Berufsrichtersenat entschieden, so hat dieser Gerichtshof das Urteil nicht „*in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelsrechtssachen*“ gefällt. Daher hat auch über Berufungen gegen dieses Urteil nach § 8 Abs 1 JN zwingend ein Berufsrichtersenat zu entscheiden. Dies gilt in gleicher Weise bei Rek in Sicherungsverfahren nach § 387 Abs 3 EO.

2.3. Diese Rechtslage entspricht der Systematik der JN: Denn die Frage, ob eine Sache zur allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit oder zur Handelsgerichtsbarkeit gehört, ist eine solche der prorogablen sachlichen Zuständigkeit (*Ballon in Fasching/Konecny*³ § 7a JN Rz 24; *Simotta in Fasching/Konecny*³ § 51 ZPO Rz 3 f; *Mayr in Rechberger, ZPO*⁴ § 7 JN Rz 5). Grundlage dieser Auffassung ist der eindeutige Wortlaut von § 61 Abs 1 JN, worin der Antrag auf Verweisung der Sache vom Berufsrichter- an den Kausalsenat ausdrücklich als „*Einrede der Unzuständigkeit*“ bezeichnet wird. Die Entscheidung eines unzuständigen Gerichts ist aber nach allgemeinen Grundsätzen bei dem Gericht zu bekämpfen, das diesem Gericht übergeordnet ist, nicht bei jenem, das der RMWerber gegen die Entscheidung des seiner Auffassung nach tatsächlich zuständigen Gerichts anrufen müsste. Gleiches muss gelten, wenn – wie hier – im RM die sachliche Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit bestritten wird. Darüber ist durch ein Gericht der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit (also einen Berufsrichtersenat) zu entscheiden, nicht durch ein Gericht der Handelsgerichtsbarkeit (also einen Kausalsenat).

[Vorgangsweise bei Entscheidung eines Einzelrichters]

2.4. Schwierigkeiten können sich in diesem Zusammenhang nur ergeben, wenn in erster Instanz ein Einzelrichter entschieden hat. Denn in diesem Fall ist nicht schon durch die Gerichtsbesetzung erkennbar, ob in Handels-sachen entschieden wurde oder nicht. Daher hat der Einzelrichter diese Frage nach § 259 Abs 3 ZPO auf Antrag durch einen Beisatz im Urteil – und damit auch in einem Beschluss in Sicherungsverfahren nach § 387 Abs 3 EO – klarzustellen. Fehlt ein solcher Beisatz, hat das BerG nach einhelliger Rsp auch bei einer in die Eigenzuständigkeit der Handelsgerichte fallenden Rechtssache ohne Laienrichter zu entscheiden (RIS-Justiz RS0042247); anderes gilt nur bei einer (zulässigen) Rüge nach § 479 a ZPO (4 Ob 326/81). Auf den ersten Blick erstaunt, dass § 259 Abs 3 und § 479 a ZPO nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur bei Entscheidungen eines Einzelrichters anwendbar sind; dies folgt aber daraus, dass sich die Art der Gerichtsbarkeit bei einer Senatsentscheidung ohnehin aus dessen Zusammensetzung ergibt. Hier waren entsprechende Regelungen daher nicht notwendig.

2.5. Für den konkreten Fall ist aus all dem abzuleiten, dass über den Rek gegen einen in Ausübung der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit erlassenen Beschluss im Sicherungsverfahren ein Berufsrichtersenat des OLG zu entscheiden hatte. Die von der Kl zit E 4 Ob 348/87 und 4 Ob 373/87 stehen dem nicht entgegen. Denn darin wurde zwar (obiter) – und zweifellos zutr (oben 2.3.) – ausgeführt, dass bei erstinstanzlicher Entscheidung eines Kausalsenats auch in zweiter Instanz ein Kausalsenat entscheiden müsse. Das hat aber mit der hier zu beurteilenden Frage nichts zu tun, weil hier gerade keine erstinstanzliche Entscheidung eines Kausalsenats vorliegt. In der Sache betrafen beide Entscheidungen Beschlüsse, die in erster Instanz vom Einzelrichter gefällt worden waren. Dazu hat der Senat ausgeführt, dass bei Unterbleiben eines Beisatzes iSv § 259 Abs 3 ZPO ein Berufsrichtersenat des RekG zu entscheiden hat (4 Ob 348/87), bei Aufnahme dieses Beisatzes hingegen ein Kausalsenat (4 Ob 373/87). Dies entspricht der oben dargestellten Rechtslage im BerVerfahren und beruht auf der Wertung, dass die tatsächlich ausgeübte Gerichtsbarkeit in erster Instanz die Zusammensetzung des RekSenats bestimmt. Dasselbe muss gelten, wenn sich die Art der Gerichtsbarkeit – wie hier – schon aus der Senatszusammensetzung in erster Instanz ergibt.

[Zurückweisung mangels erheblicher Rechtsfrage]

3. Die von der Kl gerügte Nichtigkeit des RekVerfahrens liegt daher nicht vor. Eine erhebliche Rechtsfrage stellt sich in diesem Zusammenhang nicht, weil das Gesetz in § 8 Abs 2 JN eine eindeutige Regelung trifft (RIS-Justiz RS0042656) und die Rechtsfrage zudem mit Hilfe vorhandener Leitlinien der höchstgerichtlichen Rsp gelöst werden kann (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 502 ZPO Rz 70 mwN). Soweit die Kl weiterhin Nichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung behauptet, ist sie darauf zu verweisen, dass in Sicherungsverfahren die Verneinung eines im RekVerfahren gerügten Nichtigkeitsgrundes nicht weiter anfechtbar ist (RIS-Justiz RS0097225 [T 1, T 6]; zuletzt 1 Ob 132/14 i mwN). Der RevRek ist daher zurückzuweisen. →

Anmerkung:

Die Zusammensetzung eines RMsSenats als Berufsrichter- oder Kausalsenat bestimmt sich nach der **tatsächlich ausgeübten Gerichtsbarkeit** in erster Instanz. Was bei der Bekämpfung etwa der örtlichen Unzuständigkeit des ErstG niemand in Frage stellt, beschäftigt den OGH in der Frage der Abgrenzung von allgemeiner und Kausalgerichtsbarkeit nun schon zum wiederholten Mal: In Übereinstimmung mit seinen bisherigen E (etwa OGH 4 Ob 348/87 EvBl 1987/207; zuletzt 4 Ob 220/05 i; RIS-Justiz RS0005137) legt der vierte Senat ausführlich dar, dass eine behauptete Unzuständigkeit des ErstG bei der Ermittlung des zuständigen RMGerichts (hier also der Zusammensetzung des RMsSenats) unerheblich ist. Stattdessen kommt es darauf an, welches Gericht tatsächlich als ErstG tätig geworden ist.

Genauere Betrachtung verdient im Anlassfall die richtige Gerichtsbesetzung in **erster Instanz**. Diese Frage hatte der OGH nicht zu prüfen, weil er an die Verneinung der insofern gerügten Nichtigkeit durch das RekG gebunden war (vgl RIS-Justiz RS0097225). § 61 JN qualifiziert die Abgrenzung zwischen allgemeiner und Kausalgerichtsbarkeit auch dann als Frage der sachlichen Zuständigkeit („Einrede der Unzuständigkeit“), wenn – wie das außerhalb Wiens der Fall ist – dasselbe Gericht sowohl in allgemeinen als auch in Handelssachen tätig wird (vgl *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ I [2013] § 61 JN Rz 1). Folgerichtig sieht § 226 Abs 2 Satz 2 ZPO vor, dass bei der **Bezeichnung des Gerichts** ersichtlich zu machen ist, dass die Verhandlung der Rechtssache vor dem Handelssenat beantragt wird. Im konkreten Fall hatte die Kl ihre Klage an das LGZRS Graz gerichtet, gleichzeitig allerdings in der Klageschrift ausgeführt, dass das Verfahren in die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte falle. Hier ließe sich überlegen, ob bei einem Widerspruch zwischen der Bezeichnung des Gerichts und dem Klageinhalt (quasi: der „Unschlüssigkeit“ der Zuständigkeitsangaben in der Klage) uU ein Verbesserungsverfahren einzuleiten ist. Allgemein gilt, dass die Angabe des Zu-

ständigkeitstatbestands notwendiger Klageinhalt ist, dessen **Unvollständigkeit** zur Vornahme eines **Verbesserungsversuchs** führt (weil das Gericht mangels hinreichender Angaben ja gar nicht in der Lage ist, seine Zuständigkeit zu überprüfen; vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III [2004] § 226 ZPO Rz 104). Wenn das angerufene Gericht hingegen nach Prüfung der (vollständigen) Zuständigkeitsangaben der Meinung ist, dass es unzuständig ist, führt dies grds – sofern es zu keiner Überweisung kommt – zur Zurückweisung der Klage. Das liegt aber daran, dass ein Verbesserungsversuch für gewöhnlich nicht zum Erfolg führen kann, weil das angerufene unzuständige Gericht (bei Vollständigkeit der Zuständigkeitsangaben) idR auch durch Verbesserung (etwa durch das Bereitstellen zusätzlicher Information oder die Richtigstellung einer Bezeichnung) nicht zuständig gemacht werden kann (vgl OGH 1 Ob 10/93; RIS-Justiz RS0036572). Anderes gilt in der Anlasskonstellation: Hier kann eine Änderung der Bezeichnung des Gerichts (aufgrund der örtlichen Identität der Gerichte) sehr wohl zur Beseitigung des Mangels führen. Insofern spricht viel dafür, im Hauptverfahren eine **Verbesserung durch die Kl** zuzulassen; andernfalls müsste die (nur) an das LG (und nicht an das LG „als Handelsgericht“) gerichtete Klage nämlich bereits a limine zurückgewiesen werden.

Im Provisorialverfahren hätte eine Überweisung gem § 44 Abs 1 JN freilich ohnehin **von Amts wegen** stattzufinden. Das bedeutet, dass im konkreten Fall in erster Instanz ein Kausalsenat hätte entscheiden müssen. Hieraus gewinnt die Kl aber nichts, wenn der Verbesserungsversuch bzw die amtswegige Überweisung nach § 44 Abs 1 JN unterbleiben (also das angerufene Gericht seine Zuständigkeit fälschlicherweise annimmt). Denn sie ist an die Wahl des „falschen“ Gerichts gebunden und kann weder über einen nachträglichen Antrag noch im RM dessen Unzuständigkeit geltend machen.

*Philipp Anzenberger,
Madrid*

