

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wilschek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

Jänner 2014

01

1 – 48

Beitrag

Die Reichweite der Haftung der Eltern für Urheberrechtsverletzungen ihrer Kinder in Österreich und Deutschland

Roman Heidinger ↻ 4

Leitsätze

Nr 1 – 11 ↻ 8

Rechtsprechung

Thalia II – Kein Vertretbarkeitsstandard bei Verstößen
gegen das BPrBG Lothar Wilschek ↻ 9

Tonträger-Edition – „Übersteigerter Kaufanreiz“ nicht mehr
jedenfalls unlauter Lothar Wilschek ↻ 14

Schulchikurse II – Keine Prüfung der beruflichen Sorgfalt
bei irreführenden Geschäftspraktiken Gottfried Musger ↻ 19

schladming.com II – Kein Anspruch auf Übertragung einer
rechtsverletzenden Domain Guido Donath ↻ 22

Specsavers – Rechtserhaltende Benutzung einer Gemeinschaftsmarke,
umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr/unlauteren
Ausnutzung Guido Donath ↻ 26

Vergütung für Trägermaterial III – Vergütung für Trägermaterial:
Unionsrechtskonformität weiterhin offen Manfred Büchele ↻ 33

Ö3 Eurowuchteln – Vertretbarkeit der Titelauslegung
kein Impugnationsgrund Philipp Anzenberger ↻ 38

Pinckney – Internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen
Thomas Garber ↻ 43

ÖBL 2014/9

§ 1 Abs 1 Z 1
UWG;
§§ 36, 65, 355 EO

OGH 21. 8. 2013,
3 Ob 115/13 b
(LGZ Wien
47 R 396/12 a;
BG Hietzing
13 C 1/12 x)

Ö3 Eurowuchtern

→ Vertretbarkeit der Titelauslegung kein Impugnationsgrund

1. § 1 Abs 1 Z 1 UWG; §§ 36, 65, 355 EO

Das Exekutionsgericht hat bei Bewilligung einer Unterlassungsexekution zu prüfen, ob das vom Betreibenden behauptete Verhalten in rechtlicher Hinsicht gegen den Titel verstößt. Dabei besteht kein Kalkül in Richtung einer „vertretbaren“ Titelauslegung. Eine unrichtige Titelauslegung kann der Verpflichtete nur mit Rek gegen die Exekutionsbewilligung, nicht aber mit Impugnationsklage bekämpfen.

Sachverhalt:

Die nun impugnationsbekl Parteien als Kl und der ImpugnationsKl als damaliger Bekl (im Folgenden: ORF) schlossen am 30. 3. 2009 vor dem HG Wien folgenden Vergleich:

„Die bekl Partei verpflichtet sich gegenüber den kl Parteien, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in Fernsehprogrammen des Österreichischen Rundfunks das Hörfunkprogramm Ö3 durch die Ausstrahlung von

2. § 1 Abs 1 Z 1 UWG; §§ 36, 355 EO

Der Verpflichtete kann die Impugnationsklage nicht darauf stützen, dass ihn am Verstoß kein Verschulden treffe, weil er den Titel in vertretbarer Weise ausgelegt habe. Das gilt auch dann, wenn es im Titelverfahren auf die Vertretbarkeit des beanstandeten Verhaltens angekommen war.

Fernsehspots, die in ihrer optischen und akustischen Gestaltung ein werbliches Erscheinungsbild aufweisen, zu bewerben, sofern es sich nicht um Hinweise auf einzelne Sendungsinhalte handelt, dies insbesondere mittels Fernsehspots aus der Werbekampagne ‚Die Ö3 Eurowuchtern‘, in denen vor dem Hintergrund einer Geräuschkulisse von Fußballfans und der Wiedergabe humoristischer Textzitate aus dem Fußballsport die Senderbezeichnung des Hörfunkprogramms mehrmals in Bild und Ton genannt wird.“

Der ORF strahlte im Fernsehprogramm von ORF 1 am 30. 6. 2011, am 1. 7. 2011, am 2. 7. 2011 und am 7. 7. 2011 je einen Trailer für die „Ö3-Castings“ für die Fernsehsendung „Die große Chance“ aus. Der Spot wird in Form eines Dialogs der Moderatoren *Tom Walek* und *Doris Golpashin*, der Befragung einer Kandidatin und vor dem Hintergrund von Einlagen verschiedener Kandidaten (Singen, Jonglieren, Akrobatik) musikuntermalt wie folgt dargebracht:

„[Walek:] *Wie viel Talent hat Österreich? Schauen Sie mal!*“

[Golpashin:] *Naja, ich muss ja nicht jonglieren, sondern nur moderieren. [Golpashin jongliert weich gekochte Eier mit mäßigem Erfolg]*

[Walek:] *Gott sei Dank!*

[Walek zu einer Passantin:] *Du hast 3 Minuten Zeit auf einer Fernseh Bühne – was könntest Du machen? ... [es folgen Szenen wie Spielen einer singenden Säge, Jonglieren, Tanzen]*

[Walek:] *Puh, Respekt, Respekt, was die alles können! Doris, gib's noch was?*

[Golpashin:] *Ja! Seid Ihr bereit für die größte Bühne des Landes? Dann meldet Euch jetzt unter diegrossechance.orf.at. Wir freuen uns.*

[Walek:] *Die Ö3 Castings gibt's den ganzen Sommer im ganzen Land.*

[Golpashin:] *Tom, ich kann noch was!*

[Walek:] *Da bin i gespannt!*

[Golpashin, plötzlich von der Straße auf eine Bühne gebeamt:] *Soviel Talent hat Österreich!*

[Off] *Die Talente Show von 10 bis 99 ab Herbst in ORF 1!“*

Der ORF strahlte im Fernsehprogramm von ORF 1 am 29. 6. 2011, am 30. 6. 2011, am 7. 7. 2011 und am 8. 7. 2011 je einen Trailer für die Off-Air-Veranstaltungsreihe „Ö3 Blobbing“ mit folgendem Inhalt aus:

Eingeblendet wird der Schriftzug „Blobbing“, mit wechselnd „aufblöbenden“ Buchstaben. Ein Sprecher sagt: „Blobbing“. Anschließend wird eine Szene gezeigt, in der Badegäste von einer erhöhten Plattform auf den Rand eines im Wasser schwimmenden, mit Luft gefüllten, länglichen, mit großem Durchmesser ausgestatteten Gummischlauchs springen, wodurch der am anderen Ende des Schwimmkörpers sitzende Badegast hoch in die Luft und danach ins Wasser katapultiert wird. Ein Badegast sagt dazu: „Von hinten kommt ein Druck wie in einem Ferrari. Dich treten von hinten 200 Pferde in den Hintern, das ist wie in einem Sportwagen.“ Die beginnende Musikuntermalung mündet in einen Italo-Song und Gejohle (offenbar der übrigen Badegäste). Ein Sprecher sagt: „Ö3 Blobbing ab Juli unterwegs in ganz Österreich.“ Eingeblendet wird der Schriftzug „Ö3 Blobbing“ mit abwechselnd „aufblöbenden“ Buchstaben beginnend mit „Ö3“ und endend mit der Buchstabenfolge des Wortes „Blobbing“. Eingeblendet werden die Namen Neufelder See, Frauenkirchen, Ötztal, Attersee, Pressegger See, Fuschlsee, Guntramsdorf, Andau, Wörthersee, Achensee, Wallersee.

Mit der Behauptung, der ORF habe gegen den Vergleich des HG Wien verstoßen, beantragten die nun bekl Parteien am 18. 8. 2011 die Unterlassungsexekution. Die visuelle und textliche Aufbereitung der beiden Trailer führten sie im Detail an.

Das ErstG bewilligte die Unterlassungsexekution mit B v 16. 9. 2011 und verhängte wegen des im Exekutionsantrag angeführten Zuwiderhandelns gegen den Exekutionstitel durch die Ausstrahlung des Trailers für die Ö3-Castings für die Fernsehsendung „Die große Chance“ sowie des Trailers für die Off-Air-Veranstaltungsreihe „Ö3 Blobbing“ eine Geldstrafe von € 4.000,-. In der Begründung führte das ErstG aus, es sei bei der Bemessung der Strafe dem ORF zuzugestehen, dass die Grenzen der werblichen Gestaltung fließend seien; die in der Äußerung des ORF vertretene Argumentation, es habe sich nicht um eine Werbung für das Hörfunkprogramm Ö3, sondern um eine Ankündigung sendungsexterner Aktivitäten und Veranstaltungen (und daher nicht um einen Titelverstoß) gehandelt, stelle eine vertretbare Rechtsansicht dar.

Die Exekutionsbewilligung blieb unekämpft.

Mit seiner am 13. 1. 2012 eingebrachten Impugnationsklage strebt der Kl die Unzulässigerklärung der am 16. 9. 2011 bewilligten Exekution an. Bei den inkriminierten Ausstrahlungen habe es sich um zulässige Sendungshinweise gem § 14 Abs 7 ORF-G gehandelt, weshalb auch kein Titelverstoß vorliege. Die Rechtsansicht des ORF über die Titelkonformität der Ausstrahlungen sei zumindest vertretbar gewesen, weshalb es jedenfalls an einem Verschulden mangle. Im Rahmen der Unterlassungsexekution käme die Verhängung von Geldstrafen nur in Betracht, wenn der Verpflichtete schuldhaft gegen den Titel verstoßen habe.

Die bekl Parteien wenden ein, bei Bewilligung des Exekutionsantrags sei zumindest zum Thema „Ö3 Blobbing“ der gesamte dem Antrag zugrunde liegende Sachverhalt bekannt gewesen. Der ORF habe bereits in seiner Äußerung im Exekutionsverfahren die Ansicht vertreten, der im Exekutionsantrag vorgebrachte Sachverhalt trage eine allfällige Exekutionsbewilligung nicht, habe jedoch gegen die Exekutionsbewilligung keinen Rek erhoben. Unter einem fehlenden Verschulden, das im Impugnationsverfahren eingewendet werden könnte, sei nicht die vertretbare Rechtsansicht zu verstehen, da dieser Einwand dem Titelverfahren vorbehalten bleibe, sondern allenfalls ein Schuldaußschließungsgrund wegen fehlender Deliktsfähigkeit udgl.

Das ErstG wies die Klage ab. Die Trailer würden nicht auf einzelne Sendungsinhalte hinweisen, weil es sich weder bei den Ö3-Castings noch beim Ö3-Blobbing um Hörfunksendungen, sondern um sendungsexterne Veranstaltungen von Ö3 handle. Die Spots seien auch werblich gestaltet; sie würden nicht nur für die Sendung „Die große Chance“ bzw für die Blobbing-Veranstaltungen, sondern auch für die „Ö3-Castings“ und generell für das Hörfunkprogramm Ö3 werben. Die Verstöße gegen den Exekutionstitel seien auch subjektiv vorwerfbar. Auch wenn das Hörfunkprogramm Ö3 selbst in den beiden Spots nicht explizit erwähnt werde, handle es sich nicht um bloße Ankündigungen von Veranstaltungen, da Zeit und Ort dieser Veranstaltungen in beiden Spots gerade nicht genannt würden. Durch die Nichtnennung von Veranstaltungsorten und -terminen werde potenziellen Teilnehmern nahe-

Der Vertretbarkeitsstandard der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ gilt nur im Titelverfahren. Im Exekutionsverfahren ist demgegenüber ausschließlich die vom Exekutionsgericht vorzunehmende Auslegung des Titels maßgebend; die Vertretbarkeit einer anderen Auslegung bildet keinen Impugnationsgrund.

gelegt, das Hörfunkprogramm Ö3 zu hören, um Näheres zu erfahren. Es liege daher zumindest ein leicht fahrlässiger Verstoß gegen den Exekutionstitel vor.

Das BerG gab der Ber des ORF nicht Folge, bewertete den Egegenstand mit € 30.000,- übersteigend und ließ die Rev zu.

Bestreite der Verpflichtete, dass der behauptete Sachverhalt rechtlich ein Zuwiderhandeln gegen das titelmäßige Unterlassungsgebot darstelle, stehe ihm nur der Rek, nicht auch die Impugnationsklage zur Verfügung. Bestreite er hingegen, den als Zuwiderhandlung behaupteten Sachverhalt verwirklicht zu haben, könne er Impugnationsklage erheben. Ob die Exekutionsbewilligung durch den Titel gedeckt gewesen sei, sei nicht im Impugnationsverfahren zu prüfen. Der von den betreibenden Parteien im Strafantrag geltend gemachte Verstoß gegen den Unterlassungstitel sei hinsichtlich der dort in tatsächlicher Hinsicht vorgetragene Elemente der beiden Spots unstrittig, nicht jedoch dahingehend, dass es sich hierbei um eine unlautere Geschäftspraktik bzw unlautere Handlung gehandelt hätte. Die Frage der vertretbaren Rechtsansicht sei materiell-rechtlich lediglich für die Qualifikation unlauteren Verhaltens maßgeblich. Diesbezüglich enthalte der Titel zwar keine ausdrückliche Einschränkung. Zuzubilligen sei dem ImpugnationsKl allerdings, dass bei Auslegung des Exekutionstitels bzw der Beurteilung, ob ein Titelverstoß vorliege, auch der Aspekt der vertretbaren Rechtsansicht einzufließen habe. Die Frage, ob das konkret und schlüssig mittels näherer Angaben über Zeit, Ort und Art (Beschaffenheit) behauptete Zuwiderhandeln des Kl gegen den Exekutionstitel in rechtlicher Hinsicht einen Titelverstoß darstelle, hätte im vorliegenden Fall ausschließlich mittels Rek gegen die Exekutionsbewilligung geltend gemacht werden können und müssen. Der ORF habe nämlich die im Exekutionsantrag von den ImpugnationsBekl aufgestellten Tatsachenelemente der gesendeten Spots gar nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich um wenige – nicht wesentliche – Details ergänzt. Der ORF berufe sich nur darauf, sein Verhalten stehe im Einklang mit der im Einzelnen dargestellten Spruchpraxis des Bundeskommunikationssenats (BKS). Diese Argumentation, dass aus rechtlicher Sicht gar kein Titelverstoß vorliege, wäre aber schon im Exekutionsverfahren zu prüfen gewesen und könne nicht im Impugnationsverfahren nachgeholt werden. Die Spruchpraxis von Verwaltungsbehörden, insb des BKS, könne der ORF nicht unter dem Aspekt eigener Schuldlosigkeit am Verstoß gegen den Titel für sich beanspruchen. Dies sei ausschließlich im Rahmen der Beurteilung des Umfangs des Titels zu berücksichtigen.

Die Rev sei zulässig, weil es an höchstgerichtlicher Rsp zur Frage fehle, ob und unter welchen Umständen bei der Auslegung von Unterlassungstiteln nach dem UWG in der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ die Vertretbarkeit der Rechtsansicht durch den Verpflichteten zu berücksichtigen sei.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev des ORF ist aus dem vom BerG genannten Grund zulässig, sie ist jedoch nicht berechtigt. [...]

[Verhältnis Impugnationsklage – Rekurs]

1. § 36 Abs 1 EO schränkt im vorletzten Halbsatz den Anwendungsbereich der Impugnationsklage auf Fälle ein, in denen Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung nicht mit Rek vorgebracht werden können. Somit kommen für die Impugnationsklage nur Sachverhalte in Betracht, die bei Bewilligung der Exekution noch nicht aktenkundig waren bzw auch bei einem mangelfreien erstgerichtlichen Exekutionsverfahren hätten ermittelt werden müssen (3 Ob 26/05 b). Somit dient die Impugnationsklage va dazu, geltend zu machen, dass die Behauptungen des betreibenden Gläubigers nicht den Tatsachen entsprechen (*Klicka in Angst*, EO² § 355 Rz 22 mwN).

Bestreitet also der Verpflichtete, dass der im Exekutionsantrag behauptete Sachverhalt rechtlich ein Zuwiderhandeln gegen das titelmäßige Duldungs- oder Unterlassungsgebot darstellt, steht ihm dafür nur der Rek, nicht auch die Impugnationsklage zur Verfügung. Bestreitet er hingegen, den als Zuwiderhandlung behaupteten Sachverhalt tatsächlich verwirklicht zu haben, kann er sowohl gegen die Exekutionsbewilligung als auch gegen einen Strafbeschluss Impugnationsklage nach § 36 Abs 1 Z 1 EO erheben (RIS-Justiz RS0123123). Auch der Einwand des Verpflichteten, er habe ein Verhalten nicht schuldhaft gesetzt, ist kein Rek-Grund, sondern ein Impugnationsgrund (3 Ob 246/01 z; RIS-Justiz RS0107694; *Jakusch in Angst*, EO² § 36 Rz 20 mwN; *Klicka in Angst*, EO² § 355 Rz 22 mwN).

2. Die Einwendungen des ORF gehen zum einen dahin, dass die beiden Spots rechtlich nicht als Verstoß zu qualifizieren gewesen wären, und zum anderen dahin, dass den ORF im Hinblick auf die Vertretbarkeit seiner Rechtsansicht in Bezug auf die Titelkonformität der Ausstrahlung der Spots kein Verschulden treffe.

2.1. Die Frage, ob die Spots aus rechtlicher Sicht gegen den Titel verstoßen, wäre in einem Rek gegen die Exekutionsbewilligung geltend zu machen gewesen. Den objektiven Sachverhalt, den die bekl Parteien seinerzeit bereits detailliert im Exekutionsantrag vorgebracht haben, hat der ORF im Impugnationsverfahren gar nicht bestritten; bloß die rechtliche Bewertung weicht von derjenigen der bekl Parteien und der Vorinstanzen ab. Dies stellt jedoch nach den obigen Ausführungen keinen Impugnationsgrund dar.

[Vertretbarkeitsstandard im Titelverfahren]

2.2. Der Verpflichtete kann sich gegen die Bewilligung der Unterlassungsexekution mit Impugnationsklage zur Wehr setzen, wenn er dartun kann, das Unterlassungsgebot ohne jedes Verschulden verletzt zu haben (3 Ob 185/94 SZ 68/151; RIS-Justiz RS0107694). Die Argumentation des ORF geht nun dahin, dass es dann, wenn die dem Verstoß zugrunde liegende Rechtsansicht vertretbar sei, am erforderlichen Verschulden fehle. Diese Ansicht entspringt der lauterkeitsrechtlichen Rsp des OGH in Titelverfahren zur Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“: Demnach ist ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht iES zuzuordnende generelle Norm (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht

auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (4 Ob 225/07 b¹⁾ SZ 2008/32). Der OGH versteht in dieser Konstellation das Kriterium der Vertretbarkeit einer Rechtsansicht nicht als „subjektives Element“ iS einer moralischen Bewertung des beanstandeten Verhaltens, sondern als Teil des objektiven Tatbestands (4 Ob 225/07 b SZ 2008/32; s auch *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253 [258]). In diesem Zusammenhang wurde auch schon ausgesprochen, dass etwa ein bloß formloses Dulden durch Verwaltungsbehörden nicht dazu führt, dass ein (ansonsten) eindeutiger Gesetzesverstoß mit guten Gründen als vertretbar angesehen werden könnte (RIS-Justiz RS0123433). Im Titelverfahren ist für die Vertretbarkeit einer Rechtsansicht nach stRsp neben der Auslegung nach dem Wortlaut und Zweck der Norm gegebenenfalls auch die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine ständige Praxis der Verwaltungsbehörden maßgebend (4 Ob 123/10 g).

2.3. Nach Titelschöpfung kommt es im Exekutionsverfahren über den Exekutionsantrag zunächst nur auf die Auslegung des Titels (hier ein Vergleich) an.

[Vertretbarkeit der Titelauslegung kein Impugnationsgrund]

2.4. Der RevWerber versucht nun, den im Titelverfahren zulässigen Einwand der vertretbaren Rechtsansicht auf das Exekutionsverfahren auszudehnen und als Impugnationsgrund geltend zu machen, indem er zahlreiche Entscheidungen des BKS zu vergleichbaren Sachverhalten ins Treffen führt und darauf gestützt fehlendes Verschulden behauptet. Dabei verkennt er den Anwendungsbereich des Rechtssatzes, der Verpflichtete könne die Unzulässigkeit der Exekution mit Impugnationsklage erreichen, wenn er seine Schuldlosigkeit am Titelverstoß nachweist (RIS-Justiz RS0107694; RS0000756 [T 2]):

2.5. Wenn der OGH den Einwand des Verpflichteten, er habe einen Titelverstoß nicht schuldhaft gesetzt, als Impugnationsgrund anerkannt hat (s oben 1.), wurden nur Fälle angesprochen, in denen dem Verpflichteten die Einhaltung der Unterlassungsverpflichtung unmöglich (*Klicka in Angst*, EO² § 355 Rz 22) oder unzumutbar war, etwa weil er die verbotene Handlung mangels Einflussmöglichkeit nicht verhindern habe können. So muss er nicht für das Verhalten fremder Personen

einstehen, die sich außerhalb seiner Einflussphäre bewegen oder bei denen sein Bemühen erfolglos blieb, sie zur Abstandnahme zu veranlassen (3 Ob 220/11 s; RIS-Justiz RS0107694). Aus den Entscheidungen der zit Rechtssatzketten sind einerseits diejenigen hervorzuheben, die sich mit der Einflussmöglichkeit auf Dritte bzw der Zumutbarkeit einer Einflussnahme befassen (3 Ob 254/03 d; 3 Ob 129/08 d; 3 Ob 220/11 s; 3 Ob 19/12 h; 3 Ob 11/12 g), andererseits diejenigen, in denen es um die faktische (auch technische) Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Titelerfüllung ging (3 Ob 120/10 h; 3 Ob 190/11 d). Nur in solchen Fällen wurde bislang der Einwand fehlenden Verschuldens für zulässig erachtet. Auch das Fehlen von Verschulden wegen Deliktsunfähigkeit könnte einen entsprechenden Impugnationsgrund darstellen (vgl 7 Ob 261/04 i).

2.6. Die Vertretbarkeit der Titelauslegung durch die verpflichtete Partei selbst bildet dagegen keinen Impugnationsgrund, denn sie vermag nicht das „Verschulden“ iS der zit Fälle zu beseitigen. Dies ergibt sich schon aus der Verpflichtung, sofort alles Zumutbare zu unternehmen, um die titulierte Verpflichtung erfüllen zu können (RIS-Justiz RS0013515 [T 3 und T 4]). Sich auf die Rechtsansicht anderer zu verlassen, reicht nicht aus. Dies muss auch für Rechtsansichten von Verwaltungsbehörden in deren Verwaltungspraxis gelten, die iZm ähnlichen und vergleichbaren Sachverhalten geäußert wurden. Damit kann die Auslegungskompetenz der Gerichte nicht unterlaufen werden. Eine Verwaltungspraxis kann nur – wie ausgeführt – im Titelverfahren releviert werden.

[Ergebnis]

Im Zuge der Bewilligung der Exekution ist vom Exekutionsgericht zu prüfen, ob die behauptete Handlung gegen den Titel in rechtlicher Hinsicht verstößt. Wenn in diesem Zusammenhang der Titel auszulegen ist, besteht kein Kalkül in Richtung einer vertretbaren Titelauslegung. Maßgeblich ist allein, ob – ausgehend von den Antragsbehauptungen – in rechtlicher Hinsicht gegen den Titel verstoßen wurde oder nicht. Wird der Titel im Zuge dieser Prüfung unrichtig ausgelegt, kann dies (nur) mit Rek gegen die Exekutionsbewilligung bekämpft werden. Im Impugnationsverfahren ist weder dafür noch für eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Vertretbarkeit der Rechtsansicht Raum.

1) ÖBl 2008, 237 (*Mildner*, Stadtrundfahrten).

Anmerkung:

In der vorliegenden E befasst sich der OGH im Wesentlichen mit der Zulässigkeit verschiedener Einwände in der Impugnationsklage. Die Kl brachte einerseits vor, durch ihre Handlung nicht gegen das im Exekutionstitel verbiefte Unterlassungsgebot verstoßen zu haben, und führte andererseits an, aufgrund der Vertretbarkeit ihrer Rechtsansicht nicht schuldhaft gehandelt zu haben.

Zur ersten Frage verweist der dritte Senat auf seine bereits gefestigte Rsp (RIS-Justiz RS0123123), wonach der Einwand des Verpflichteten, dass der im Exekutionsantrag behauptete Sachverhalt rechtlich kein Zu-

widerhandeln gegen das titelmäßige Duldungs- oder Unterlassungsgebot sei, mit Rek und nicht mit Impugnationsklage geltend gemacht werden müsse. Dieser Ansicht ist aufgrund der Subsidiarität der Impugnationsklage gegenüber dem Rek (vgl § 36 Abs 1 EO aE) zuzustimmen: Da bei mangelfreier Führung des Verfahrens eine richtige rechtliche Beurteilung von Amts wegen zu erfolgen hat, kann die unrichtige rechtliche Beurteilung trotz Neuerungsverbots (vgl auch *Jakusch in Angst* [Hrsg], Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008] § 65 EO Rz 33) im Rek gegen die Exekutionsbewilligung geltend gemacht werden. Für eine Impugnationsklage ist hier kein Raum. →





Hinsichtlich der zweiten Frage zieht sich der erkennende Senat im Ergebnis auf das eher formale Argument zurück, dass im Exekutionsverfahren bloß die Titelkonformität des Verhaltens überprüft werde und dass der Einwand der vertretbaren Rechtsansicht daher bereits im Titelverfahren hätte geltend gemacht werden müssen. Diese Ansicht ist grundsätzlich nachvollziehbar: Während im Titelverfahren eine erfolgte oder drohende **Rechtsverletzung** des Bekl zu beurteilen ist, geht es im Exekutionsverfahren um eine behauptete **Titelverletzung** des nunmehr Verpflichteten (*Klicka in Angst*, Kommentar² § 355 EO Rz 9). Insofern ließe sich argumentieren, dass die vertretbare Rechtsansicht (etwa die Auslegung einer Verwaltungsvorschrift durch die Verwaltungsbehörden) im Exekutionsverfahren und damit auch im Impugnationsprozess keine Rolle mehr spielen könne. Auf den zweiten Blick tut sich dabei aber folgender Wertungswiderspruch auf: Das Titelverfahren über die echte Unterlassungsklage und das Exekutionsverfahren haben niemals dieselbe Handlung des Bekl (und späteren Verpflichteten) zum Gegenstand. Insofern konnte im Titelverfahren idR noch gar nicht vorgebracht werden, dass die Nachfolgehandlung (am Gesetz gemessen) auf einer vertretbaren Rechtsansicht beruhe. Die Ansicht des dritten Senats führt daher zum unbefriedigenden Ergebnis, dass ein und derselbe Lebenssachverhalt in einem Exekutionsverfahren zur Verhängung einer **Beugestrafe**, in einem Unterlassungsprozess hingegen zur **Klageabweisung** aufgrund der Vertretbarkeit der Rechtsansicht führen könnte. Will man diesen Wertungswiderspruch vermeiden, muss ein Weg gefunden werden, die vertretbare

Rechtsansicht auch im Exekutionsverfahren überprüfen zu können. Das ließe sich entweder dadurch bewerkstelligen, dass eine entsprechende Formulierung („[...] soweit das *Zuwiderhandeln nicht auf einer vertretbaren Rechtsansicht beruht*“) in den Unterlassungstitel aufgenommen wird, oder aber dadurch, dass man die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht in der Fallgruppe „Rechtsbruch“ schlicht als titelimmanent ansieht. In beiden Fällen hätte das Bewilligungsgericht damit im Ergebnis zwar nicht bloß eine Titel-, sondern letztlich auch eine Rechtsverletzung von Amts wegen zu prüfen, was der Systematik des Exekutionsrechts eigentlich fremd ist. Zumal das Bestimmtheitsgebot aber gerade im Lauterkeitsrecht nicht überzogen werden darf, weil niemals alle denkbaren Eingriffshandlungen beschrieben werden können (*Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek* [Hrsg], Kommentar zum UWG² [ab 2012] § 14 UWG Rz 133 [Stand November 2013, rdb.at]), wird es immer Fälle geben, in denen die Vertretbarkeit einer Rechtsansicht zu einem konkreten, nun im Exekutionsverfahren geltend gemachten Verhalten im Titelverfahren noch nicht geprüft wurde. Könnte der Einwand der vertretbaren Rechtsansicht hier nicht mehr erhoben werden, so hätte dies zur Folge, dass das im Titel ausgesprochene Unterlassungsgebot viel weiter griffe als die dahinterstehende Norm des § 1 UWG. Allerdings wäre der entsprechende Einwand auch nach dieser Ansicht im Rek geltend zu machen gewesen; der abweisenden Entscheidung ist daher zumindest im Ergebnis zuzustimmen.

*Philipp Anzenberger,
Universität Graz*