

tragen, dass die Betr das Verhalten der Verpfl, das unter den Exekutionstitel zu subsumieren sei, zum Anlass einer neuen Klage genommen, damit obsiegt und einen rK Unterlassungstitel erwirkt habe. Deswegen sei die nachfolgende Exekution auf Grund des älteren Titels unzulässig. Der Wille der Verpfl, sich nicht an rK ausgesprochene Verbote zu halten, sei bereits durch das jüngere Urteil gebeugt worden, sodass die Betr aufgrund des älteren Exekutionstitels nicht mehr Exekution führen und Strafen erwirken könne.

Vorerst ein kurzer Blick auf die Chronologie:²⁾

- Oktober 2017: Rechtskraft des „ersten“ Exekutionstitels;
- September 2018: behaupteter Verstoß (der unter den „ersten“ Exekutionstitel subsumierbar ist);
- Oktober 2018: „zweite“ Klagsführung aufgrund dieses Verstoßes;
- Jänner 2019: Rechtskraft des „zweiten“ Urteils;
- August 2019: Exekutionsantrag aufgrund des „ersten“ Exekutionstitels wegen des Verstoßes vom September 2018.



Die Antwort des OGH auf das Vorbringen der Verpfl, mit dem sich das RekG noch angefreundet hat, ist ziemlich lapidar. Mit Blick auf das Motto, dass im Exekutionsverfahren nicht mehr verhandelt werde, sprach der OGH aus, dass es bei der Bewilligung einer Exekution egal sei, welches Klageverhalten der Betr seither gesetzt habe. Eine – wie hier gar nicht unzulässige – neuerliche Klagsführung und erfolgreiche Erwirkung eines Exekutionstitels setzt ältere Titel nicht außer Kraft. Wenn es einem Betr gelingt, mehrere Exekutionstitel zu erwirken, die – wenn auch nur nach Ansicht des Verpfl und völlig unabhängig davon – alle dasselbe inkriminierte Verhalten abdecken, führt das nicht dazu, dass der Betr immer nur den jüngeren Exekutionstitel heranziehen dürfte.

Als nicht ganz logisch wurde auch der Standpunkt eingeschätzt, wonach der Wille der Verpfl, Exekutionstitel zu missachten, schon durch das Entstehen eines neuen Urteils gebeugt sei, denn die Tatsache, dass sie gegen einen Titel verstoßen hat, der nach ihrer eigenen Meinung ohnedies dasselbe verbietet wie das jüngere Urteil, lässt eher auf einen ungebeugten Willen schließen.

Bemerkenswert an diesem Fall ist jedoch, dass der inkriminierte Verstoß gegen das „erste“ Urteil gesetzt wurde, **bevor** die Betr die „zweite“ Klage eingebracht

hat, in der sie sich auf den selben Verstoß berief. Die Betr hat somit einen Verstoß gegen einen schon bestehenden Titel **vorerst** nicht zum Anlass genommen, die Exekution nach § 355 EO zu beantragen, sondern eine neuerliche Klage eingebracht (gegen die die Verpfl nicht die Einrede der entschiedenen Sache erhoben hat). Als das stattgebende („zweite“) Urteil rK war, beantragte die Betr die Exekution. Zwischen dem Verstoß und dem Exekutionsantrag lagen elf Monate, in denen ein Titelprozess geführt und in erster Instanz rK beendet wurde.

Oder anders formuliert: Die Betr stand nach dem Verstoß, der die Quelle beider Verfahren ist (neue Klage; Exekution nach § 355 EO) vor der Wahl, das eine oder das andere oder (wie geschehen:) hintereinander beides zu tun. Dass der Verpfl hier ein Rek gegen die Exekutionsbewilligung nicht weiterhalf, hat der OGH nun entschieden.

Offen ist die Frage, wie erfolgreich das Argument der Verpfl gewesen wäre, die Betr hätte durch ihre Entscheidung, nicht Exekution zu führen, sondern einen neuen Titel zu erwirken, auf die Exekution auf der Basis des älteren Titels verzichtet. Die Behauptung, der Betr habe auf die Exekution verzichtet, wäre mit der Klage nach § 36 EO (Impugnationsklage) geltend zu machen. Ob die Verpfl diesen Weg gegangen ist, ist mir nicht bekannt.

Anerkannt ist, dass auch konkludent auf die Exekutionsführung verzichtet werden kann, wenngleich – der Natur der Sache geschuldet – dafür natürlich strenge Voraussetzungen anzunehmen sind.³⁾

Zu erinnern ist jedenfalls daran, dass die Rechtsordnung für das Recht des Betr, einen Verstoß gegen ein Unterlassungsgebot zum Anlass von Exekutionsmaßnahmen zu nehmen, keine Frist vorsieht, solange die 30 Jahre noch nicht vorbei sind, während dieser der Titel gültig ist.⁴⁾ (Dass für titulierte Unterlassungsansprüche andere Fristen gelten würden, ist auf den ersten Blick nicht erkennbar.)

Reinhard Hinger

2) Die genauere Information dazu verdanke ich dem Betr-Vertreter.
 3) Vgl *Deixler-Hübner* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, 20. Lfg (2015) § 36 EO Rz 31.
 4) Vgl zum Thema „Verjährung titulierter Ansprüche“ *RGBl* 1858/105; *Dehn* in *KBB*⁵ § 1478 ABGB Rz 4; *M. Bydlinski* in *Rummel*⁶ § 1478 ABGB Rz 7; *Klang* in *Klang*² VI 608.

ÖBI 2020/39

§§ 55, 56 EO;
 Art 6 EMRK

OLG Wien
 12. 7. 2019,
 133 R 52/19y
 (HG Wien
 62 Cg 43/18 p),
 ECLI:AT:
 OLG0009:2019:
 13300R00052.
 19Y.0712.000

→ Befugnisse der Parteien in einer Bescheinigungstagsatzung im Sicherungsverfahren

Den Parteien und ihren Vertretern bei einer Bescheinigungstagsatzung die Erstattung weiteren Vorbringens und das Stellen von Fragen zu verwei-

Sachverhalt:

Die Kl ist als „Alleinlizenznehmerin“ der Patentinhaber zur Nutzung des Streitpatents und zu Patentverletzungsklagen berechtigt. Sie beehrte die Erlassung einer EV und brachte vor, die Bekl vertreibe in Österreich patentverletzende Produkte. Der Gf und Mehr-

gern, macht das Verfahren weder nichtig noch bewirkt es einen Verfahrensmangel.

heitsgesellschafter der Bekl sei ein ehemaliger Geschäftspartner des Gf der Kl.

Die Bekl wandte das Fehlen der Urheberschaft der Patentinhaber und damit das Fehlen der Klageberechtigung der Kl ein sowie die widerrechtliche Entnahme nach § 5 Abs 1 PatG.

Das ErstG gab dem Sicherungsantrag überwiegend statt. Dagegen richtet sich der Rek der Bekl aus den RekGründen der Nichtigkeit und der Mangelhaftigkeit.

Als nichtig, in eventu als mangelhaft rügt die Bekl, dass sich das ErstG statt nach § 56 Abs 1 Satz 1 zweite Alternative EO dazu entschieden habe, zu einer „TS zur mündlichen Verhandlung“ zu laden. In dieser TS sei der Bekl das rechtliche Gehör gleich zweifach „komplett“ verweigert worden, weil das ErstG ihrem Vertreter weder die Erstattung ergänzenden Vorbringens noch eine Intervention durch Fragen oder durch Äußerungen gestattet habe.

Das RekG gab dem Rek nicht Folge.

Aus der Begründung:

2.2. [...] Das ErstG ordnete eine „Bescheinigungs-TS gem § 56 EO“ an. In der TS selbst erneuerte das ErstG den Begriff der „Bescheinigungs-TS“ und es ließ davon ausgehend weder ergänzendes Vorbringen noch Intervention zu.

[Nichtigkeit]

2.3. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO schützt den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör, stellt aber nicht schlechthin alle Verletzungen des rechtlichen Gehörs unter Nichtigkeitsanktion. Er schützt den Anspruch auf rechtliches Gehör nur in der besonderen Erscheinungsform der gesetzwidrigen Verhinderung der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln (*Fasching IV*¹ 123; A. Kodek in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 477 Rz 20 ff). Entscheidend ist va, ob einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Partei nicht äußern konnte (RIS-Justiz RS0005915; RS0074920; RS0006048; RS0117067; RS0126204).

2.4. Im Regelfall sind nunmehr auch im Provisorialverfahren die Garantien des Art 6 EMRK voll anwendbar (vgl 2 Ob 140/10 t = RIS-Justiz RS0074799 [T 11] = RS0028350 [T 8]; zustimmend 6 Ob 181/18 p, *Ross und Reiter*).

Eine mündliche Verhandlung ist auch nach der E des EGMR (GK) 17056/06, *Micallef gegen Malta*, nicht unter allen Umständen zwingend geboten, um den Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK im Provisorialverfahren Genüge zu tun (RIS-Justiz RS0074920 [T 10]; 4 Ob 106/18 v, *Ohne Gefahrenbescheinigung*).

Eine Intervention des Parteienvertreters bei Vernehmungen im Rahmen des Bescheinigungsverfahrens ist im Gesetz nicht vorgesehen (RIS-Justiz RS0040289; 8 Ob 561/82 EFSlg 42.024; OLG Innsbruck 3 R 171/92 MR 1993, 23). Die Beiziehung des Gegners zur Vernehmung führt jedoch – im Gegensatz zur vorherigen Anhörung – nicht notwendig zu einer Verzögerung. Wenn die Zeit für eine Anhörung des Gegners ausreicht, hat die Gehörgewährung in Form einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen, wenn und sofern Personalbeweise aufgenommen werden (*G. Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner* § 390 EO Rz 40).

Selbst die Unterlassung der Anhörung des Gegners der gefährdeten Partei trotz fehlender Vereitlungsge-

fahr oder sonstiger besonderer Dringlichkeit bewirkt jedoch keine Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0005878), weil ein Verstoß gegen Art 6 EMRK für sich allein noch nicht unter § 477 Abs 1 Z 4 ZPO zu subsumieren ist (*E. Kodek in Angst/Oberhammer*, EO³ § 389 EO Rz 20/1 mwH und mwN).

2.5. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das ErstG die Parteien der Aufnahme der Personalbeweise zutreffend ohne Interventionsmöglichkeit beigezogen; der von der Bekl angezogene Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor (§ 55 Abs 1 iVm § 402 Abs 4 EO; LGZ Wien MietSlg 67.691).

[Mangelhaftigkeit]

[...] 3.2. Die Ansicht *G. Kodeks* (in *Burgstaller/Deixler-Hübner* § 390 EO Rz 20), wonach sich aus den im Widerspruchsverfahren vorgesehenen (umfassenderen) Parteienrechten eine Determinierung des dem Gericht eingeräumten Ermessens dahingehend ergebe, dass die Gehörgewährung (wenn eine solche erfolgt) dann im Wege einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen habe, wenn das Gericht Personalbeweise aufnimmt, also „Auskunftspersonen“ vernimmt, überzeugt das RekG, wie eben dargelegt, ausgehend von der bereits zitierten E des EGMR *Micallef gegen Malta* (17056/06; s auch LGZ Wien MietSlg 67.691).

Dass dem Gegner der gefährdeten Partei die Ausübung eines Fragerechts eröffnet werden müsse, weil dieses Teil des rechtlichen Gehörs iwS sei, überzeugt das RekG hingegen nicht, würde diese Vorgehensweise doch dem jedem Sicherungsverfahren aufgrund seines Provisorialcharakters immanenten Eilcharakter in systemwidriger Weise widersprechen. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens; eine tieferegreifende und das Verfahren im Regelfall verzögernde Interventionsmöglichkeit muss nicht gewährt werden.

3.3. Nach dem Akteninhalt hatte die Bekl in erster Instanz Gelegenheit, zu den Aussagen der vernommenen Personen Stellung zu nehmen und erforderlichenfalls ihre neuerliche Einvernahme zu bestimmten Fragen zu beantragen (zu diesem Prüfungsmaßstab s 4 Ob 85/12 x). Ein Anspruch darauf, Ergebnisse einer mündlichen Verhandlung nachträglich schriftlich zu kommentieren, besteht hingegen nicht (16 Ok 8/10 RIS-Justiz RS0005915 [T 22]; *Rassi in Burgstaller/Deixler-Hübner* § 59 EO Rz 3 mwN). Auf Letzteres zielt der Rek der Bekl auch gar nicht ab.

3.4. Ausgehend von den genannten Grundsätzen hatte die Bekl jedoch aufgrund der bereits zuvor eingeräumten schriftlichen Äußerungsmöglichkeit zum Provisorialantrag kein durch das Verfahrensrecht abgesichertes Recht darauf, weiteres (hier nämlich mündliches) Vorbringen zur Frage eines möglichen Eingriffs ins Streitpatent und/oder zur Frage der Erfindereigenschaft des Gf der Kl zu erstatten, stand doch diese Frage mit dem Thema der Befragungen im Rahmen der Bescheinigungs-TS in keinem Zusammenhang. →

Bescheinigungstagsatzung

Das OLG Wien hatte zu prüfen, ob die Parteienvertreter im Sicherungsverfahren während einer Bescheinigungstagsatzung Vorbringen erstatten und Fragen stellen dürfen.

Anmerkung:

In der vorliegenden E hatte sich das OLG Wien (ua) mit der Frage auseinanderzusetzen, in welchem Ausmaß den Parteien vor der Erlassung einer EV rechtliches Gehör zu gewähren ist. Zumindest auf die ältere Rsp zu diesem Themenkreis kann aufgrund der EGMR-E *Micallef/Malta*¹⁾ nur mehr eingeschränkt zurückgegriffen werden, weshalb die Neuevaluierung gewisser „eingefahrener“ Rechtssätze zu begrüßen ist.

Der Ausgangssachverhalt ist schnell umrissen: Das ErstG hatte gem § 56 Abs 1 EO eine „Bescheinigungs-TS“ anberaumt, dort allerdings weder ergänzende Vorbringen noch Fragen durch die Bekl²⁾ zugelassen. Gegen den stattgebenden Teil der Entscheidung erhob die Bekl daher Rekurs und stützte sich auf die RekGründe der Nichtigkeit (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO) sowie der Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Beides verneinte das OLG Wien: Eine mündliche Verhandlung sei auch nach der E *Micallef/Malta* nicht unter allen Umständen geboten, um den Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK im Provisorialverfahren Genüge zu tun. Und selbst wenn dies im Anlassfall geboten gewesen wäre, stelle ein Verstoß gegen Art 6 EMRK für sich allein genommen keinen Nichtigkeitsgrund dar. Aber auch eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens liege nicht vor, weil zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit der Stellungnahme zu den Ergebnissen des Bescheinigungsverfahrens genüge. Eine „*tiefergehende und das Verfahren im Regelfall verzögernde Interventionsmöglichkeit*“ müsse nicht gewährt werden, zumal eine solche Möglichkeit dem Eilcharakter des Provisorialverfahrens „*in systemwidriger Weise widersprechen*“ würde.

Dazu sind mehrere Dinge zu sagen: Zutreffend ist, dass auch nach der E *Micallef/Malta* eine mündliche Verhandlung in Provisorialverfahren nicht in allen Fällen zwingend geboten ist.³⁾ Allerdings hat sich – darin ist sich zumindest das Schrifttum einig⁴⁾ – durch die E das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt: Provisorialverfahren müssen nunmehr **grundsätzlich zweiseitig** sein, sofern nicht durch eine vorherige Anhörung des Gegners der Zweck der EV unterlaufen würde. Das ist insb dann der Fall, wenn (mangels Überraschung) eine **Vereitelung durch den Gegner** der gefährdeten Partei zu erwarten wäre oder wenn die Anhörung eine erhebliche **Verzögerung des Verfahrens** bewirken würde.⁵⁾ Im Anlassfall wurde allerdings eine „Bescheinigungs-TS“ anberaumt, zu der auch die Bekl geladen wurde; insofern war die Beschneidung des rechtlichen Gehörs zum Zweck der Überraschung des Gegners ganz offensichtlich nicht erforderlich.

Was die erhebliche Verzögerung betrifft, ist mE zu differenzieren: Die **Befragung** einer ohnehin gerade vernommenen Person kann das Verfahren wohl in aller Regel kaum derartig verzögern, als dass der Zweck der EV gefährdet würde. Was die **Erstattung zusätzlichen Vorbringens** betrifft, muss dies vom konkreten Inhalt des Vorbringens abhängen: Lässt sich eine entsprechende Bescheinigung – etwa durch Befragung der ohnehin anwesenden Personen – leicht er-

bringen, so ist eine „hinreichend“ gravierende Verfahrensverzögerung ebenfalls nicht zu befürchten. Dabei wird das Gericht die Parteien ihr Vorbringen aber zunächst einmal vortragen lassen müssen, um es dann im Einzelfall – nämlich, wenn mit der „Abarbeitung“ des Vorbringens eine erhebliche Verzögerung verbunden wäre – allenfalls zurückzuweisen. Eine pauschale Versagung der Erstattung jeglichen Vorbringens lässt sich mit der Gefahr einer erheblichen Verzögerung verbunden mE hingegen nicht rechtfertigen. Trotz des Eilcharakters des Provisorialverfahrens sind die Parteien nach der E *Micallef/Malta* eben nunmehr grundsätzlich zu hören; dies ist – entgegen der Sichtweise des OLG Wien – nicht systemwidrig, sondern vielmehr zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte der Parteien notwendig.⁶⁾

Zu klären bleibt die **Rechtsfolge dieser Gehörsverletzung**: Nach ganz herrschender (und auch vom OLG Wien vertretener) Ansicht verwirklicht nicht jeder Verstoß gegen Art 6 EMRK den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO.⁷⁾ Was das Provisorialverfahren in concreto betrifft, ist die Qualifikation einer Gehörsverletzung umstritten,⁸⁾ selbst die grundsätzlichen Befürworter einer Nichtigkeit scheinen eine solche aber bloß bei gänzlichem Gehörsentzug anzunehmen,⁹⁾ was im Anlassfall aber nicht vorlag. Die pauschale Versagung der Erstattung zusätzlichen Vorbringens sowie der Intervention durch Fragen und Äußerungen ist aber jedenfalls geeignet, iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache zu verhindern, und ist somit ein **wesentlicher Verfahrensmangel**. Dieser ist – aufgrund der Verneinung durch das OLG Wien – allerdings nicht weiter aufgreifbar.¹⁰⁾

Ass.-Prof. Philipp Anzenberger,
Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht,
Karl-Franzens-Universität, Graz



1) EGMR (GK) 17056/06.
 2) Der Antrag auf Erlassung einer EV wurde im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens gestellt.
 3) EGMR 17056/06, *Micallef/Malta*, Rz 86.
 4) E. Kodek in *Angst/Oberhammer*, Kommentar zur Exekutionsordnung³ (2015) § 389 EO Rz 20; G. Kodek, Einstweilige Verfügungen nach *Micallef v Malta* – eine Nachlese, in FS Delle Karth (2013) 521 (539); G. Kodek in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung § 390 EO Rz 18; König, Einstweilige Verfügungen⁵ (2017) Rz 6.42/1.
 5) Etwa König, Einstweilige Verfügungen⁵ Rz 6.42/1; *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör in Sicherungs- und Exekutionsverfahren (2017) 114.
 6) Vgl schon *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör 135.
 7) A. Kodek in *Rechberger/Klicka*, ZPO-Kommentar⁵ (2019) § 477 ZPO Rz 23.
 8) Für eine bloße **Mangelhaftigkeit** OGH 16 Ok 12/13; E. Kodek in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 389 EO Rz 20/1; G. Kodek in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 EO Rz 8 b; für eine **Nichtigkeit** etwa König, Einstweilige Verfügungen⁵ Rz 6.42/1.
 9) Vgl König, Einstweilige Verfügungen⁵ Rz 6.42/1.
 10) G. Kodek in FS Delle Karth 521 (542).