

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher und Hon.-Prof. PD Dr. Rassi sowie die Hofrätinnen Dr. Faber und Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, \*, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei H\* Kommanditgesellschaft, \*, vertreten durch Dr. Bernhard Gumpoldsberger, Rechtsanwalt in Wels, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 50.000 EUR), über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 25. Juni 2021, GZ 1 R 87/21a-10, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Wels vom 7. Mai 2021, GZ 5 Cg 38/21v-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

#### B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.234,70 EUR bestimmten Kosten der

Revisionsrekursbeantwortung (darin 372,45 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

[1] Der Kläger ist ein Verein zur Wahrung wirtschaftlicher Unternehmensinteressen, unter anderem zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

[2] Die beklagte Partei betreibt Supermärkte, in welchen sie Lebensmittel und andere Waren verkauft. Sie hat im Zeitraum vom 1. April 2021 bis 2. Mai 2021 (während der Geltungsdauer der Bestimmung des § 25 der 6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung) in Filialen in Niederösterreich und Wien diverse Non-Food-Artikel wie Spielwaren, Elektrogeräte, DVD, Gartenwerkzeug etc beworben, angeboten und verkauft.

[3] Zur Sicherung seines inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragt der Kläger, der Beklagten mittels einstweiliger Verfügung zu verbieten, „im pandemiebedingten Lockdown in bzw für Betriebsstätten, welche regional von einem Lockdown erfasst sind, Waren, die nicht dem typischen Warensortiment des Lebensmittelhandels entsprechen und/oder nicht dem typischen Warensortiment eines von einem Betriebsstätten-Betretungsverbot im Lockdown ausdrücklich ausgenommen Betriebs entsprechen, anzubieten, zu bewerben und/oder zu verkaufen, insbesondere entgegen den Lockdown-Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmenregelungen, etwa der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/58 in der jeweils geltenden Fassung, in den Regionen, die vom Lockdown bzw einem Betriebsstätten-Betretungsverbot umfasst sind, etwa in Wien und/oder Niederösterreich, Non-Food-Waren, welche

nicht zum typischen Warensortiment des Lebensmittelhandels gehören, zum Verkauf anzubieten, zu bewerben und/oder zu verkaufen, wie insbesondere Elektro- und elektronische Geräte, Küchengeräte, Werkzeuge, Maler- und Anstrichprodukte, Baustoffe, Sport- und Freizeitartikel, Spielwaren, Bekleidung, Schuhe, Gartenmöbel, Gartengeräte und -zubehör, Pflanzen“.

[4] Der Kläger stützt sein Begehren – für das drittinstanzliche Verfahren noch von Relevanz – auf den Tatbestand des unlauteren Rechtsbruchs nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Die Beklagte verstoße im pandemiebedingten Lockdown gegen Betretungsverbote und Warensortimentsverkaufsbeschränkungen der COVID-19-Schutzmaßnahmenregelungen. Spätestens seit der 6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung sei mit Blick auf deren Bestimmung des § 25 Z 6 ab 1. April 2021 für die Bundesländer Burgenland, Niederösterreich und Wien unzweifelhaft eine Sortimentsbeschränkung in dem Sinn angeordnet, dass in den vom Lockdown betroffenen Gebieten von nicht dem allgemeinen Betretungsverbot unterliegenden Unternehmen nur Waren angeboten werden dürften, die dem typischen Warensortiment der im § 25 Z 5 der 6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung genannten Betriebsstätten des Handels entsprächen. Dies bedeute für die Beklagte eine Beschränkung auf das typische Warensortiment des Lebensmittelhandels, allenfalls noch von Drogerien. Ungeachtet der für den Non-Food-Handelsbereich geltenden Betretungsverbote habe die Beklagte jedoch seit Beginn der Corona-Pandemie – so auch im ab 1. April 2021 für Burgenland, Niederösterreich und Wien geltenden „harten“ Lockdown – ihr umfangreiches Non-Food-Produkte-Sortiment

offen gehalten, vertrieben, österreichweit beworben und zum Verkauf angeboten.

[5] Die Beklagte bestritt einen Verstoß gegen die im Zuge der COVID-19-Pandemie ergangenen Rechtsvorschriften. Das Sicherungsbegehren sei unschlüssig, unbestimmt sowie überschießend und finde auch keine Deckung in einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen; mangels Differenzierung zwischen den jeweils geltenden Verordnungen sei es auch unrichtig und „verwirrend“. Vor dem Hintergrund des Wortlautes der Bestimmung des § 25 der 6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung sei es der Beklagten hingegen gestattet, Non-Food-Produkte zu verkaufen. Der Lebensmittelhandel sei nicht auf die Bereiche Nahrungsmittel und Trinkwasser zu reduzieren. Das mit dem Sicherungsbegehren angestrebte Verkaufsverbot von „Nicht-Lebensmitteln“ wäre im Übrigen auch verfassungswidrig.

[6] Das Erstgericht wies den Verfügungsantrag ab. Das Sicherungsbegehren sei unschlüssig, unbestimmt und zu weit gefasst. Im Begehren werde nicht ausreichend zwischen den COVID-19-Notmaßnahmenverordnungen und COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnungen differenziert. Auch sei der Begriff „Lockdown“ nicht eindeutig zuordenbar. Die Worte „anbieten, bewerben und verkaufen“ seien zu weit gefasst, weil das Betretungsverbot nach den Notmaßnahmenverordnungen eingeschränkt und zweiseitige unternehmensbezogene Geschäfte und das sogenannte „Click & Collect“ möglich sei. Auch hinsichtlich des Online-Handels der Beklagten sei das Begehren unbestimmt und unschlüssig.

[7] Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Klägers keine Folge. Das Begehren sei wegen der Begriffe „pandemiebedingter Lockdown“ und „Waren, die nicht dem

typischen Warensortiment eines von einem Betriebsstätten-Betretungsverbots im Lockdown ausdrücklich ausgenommenen Betriebs entsprechen“ unbestimmt. Die von der gefährdeten Partei angesprochene Einschränkung im Sinne von „soweit nicht gesetzliche Ausnahmebestimmungen oder Einschränkungen zutreffen“ würde (erneut) am Bestimmtheitserfordernis scheitern. Das Begehren unterstelle, dass für die Beklagte in einem pandemiebedingten Lockdown automatisch eine Sortimentsbeschränkung bestehe. Das Sicherungsbegehren der gefährdeten Partei sei auch zu weit gefasst: Einerseits würde der Gegnerin der gefährdeten Partei damit das Anbieten, Bewerben und Verkaufen von Non-Food-Produkten über deren Online-Shop untersagt; andererseits wäre vom Verbot auch der „Click & Collect“-Betrieb betroffen, wofür die in Rede stehende Warensortimentsbeschränkung ebenfalls nicht gelten solle. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, von Amts wegen den Umfang eines allfälligen Unterlassungsanspruchs des Klägers festzustellen.

[8] Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil die vorgenommene Beurteilung in Bezug auf das Bestimmtheitserfordernis und eine amtswegige Einschränkung des Sicherungsbegehrens über die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls hinaus Bedeutung habe.

[9] Der dagegen vom Kläger erhobene Revisionsrekurs ist ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruchs des Rekursgerichts nicht zulässig.

[10] 1. Der Kläger vertritt im Rechtsmittel den Standpunkt, der Rechtsbruchtatbestand sei deshalb erfüllt, weil die Beklagte gegen „unzweifelhafte gesetzliche Lockdown- bzw Sortimentsbeschränkungsregelungen in

Pandemie(COVID-19)-Zeiten“ zum Nachteil jener Mitbewerberbetriebe verstoßen habe, die mit ihren Betriebsstätten vom allgemeinen Betretungs- und Schließungsverbot betroffen seien. Der Kläger stützt die Zulässigkeit seines Rechtsmittels erstens darauf, dass das Rekursgericht entgegen der herrschenden Rechtsprechung von der Unbestimmtheit des Begehrens ausgegangen sei und es zweitens auch unterlassen habe, das Begehren von Amts wegen zu präzisieren.

[11] 2. Wie nachfolgend auszuführen sein wird, sind die als erheblich angesehenen Rechtsfragen in casu nicht relevant, ihnen kommt daher nur theoretische Bedeutung zu.

[12] 3. Der auf Rechtsbruch gestützte Unterlassungsanspruch setzt auf der Sachverhaltsebene den Verstoß gegen eine bestimmte generelle abstrakte Norm voraus, auf die sich das Sachvorbringen der klagenden Partei bezieht (RIS-Justiz RS0129497).

[13] 3.1 Das bedeutet, dass der Sachvortrag des Klägers als rechtserzeugende Tatsache den Vorwurf einer Gesetzesübertretung enthalten muss, der durch die Nennung oder die verbale Umschreibung der nach den Behauptungen übertretenen Normen konkretisiert und individualisiert wird (RS0133055).

3.2 Einen konkreten Vorwurf eines Verstoßes gegen (mit Gesetz oder Verordnung angeordnete) bestimmt bezeichnete Verbote erhebt der Kläger allerdings ausschließlich betreffend § 25 Z 6 der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmen-VO, BGBl II 2021/58 idF der 6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II 2021/139. Diese Bestimmung trat mit 1. April 2021 in Kraft (§ 26 Abs 7 der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II 2021/58 idF der

6. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmen-VO, BGBl II 2021/181) und mit Ablauf des 2. Mai 2021 wieder außer Kraft (§ 26 Abs 7 der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmen-VO, BGBl II 2021/58 idF der 10. Novelle zur 4. COVID-19-Schutzmaßnahmen-VO, BGBl II 2021/181). Somit galt die Norm zwar zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens im April 2021, nicht allerdings zum Zeitpunkt der erstgerichtlichen Entscheidung (7. Mai 2021).

[14] 4.1 Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 bereits mehrfach ausgesprochen, dass ein in die Zukunft wirkendes Verbot nur dann erlassen oder bestätigt werden kann, wenn das beanstandete Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist (RS0123158). Das gilt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn sich zwar nicht die lauterkeitsrechtliche Bestimmung, wohl aber die dem Rechtsbruchtatbestand zugrunde liegende Norm geändert hat. Auch hier ist ein Verbot nur möglich, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist (RS0123158 [T6]).

[15] 4.2 Diese Judikatur wurde zur Änderung der Rechtslage während des Rechtsmittelverfahrens entwickelt. Sie gilt umso mehr, wenn sich die maßgebliche Rechtsnorm bereits im erstgerichtlichen Verfahren geändert hat. Stützt sich ein Sicherungsbegehren auf einen nach alter Rechtslage verwirklichten Lauterkeitsverstoß und ändert sich noch während des Verfahrens die Rechtslage, so ist die Berechtigung eines begehrteten Unterlassungsgebots auch am neuen Recht zu messen. Denn dieses Gebot soll seinem Wesen nach ein in der Zukunft liegendes Verhalten erfassen und kann daher nur dann erlassen werden, wenn das darin

umschriebene Verhalten auch nach der neuen Rechtslage verboten ist.

[16] 5. Die für den Bereich der Bundesländer Wien, Niederösterreich und Burgenland maßgebliche Rechtslage, auf die sich der Kläger zur Begründung des vorgeworfenen unlauteren Rechtsbruchs stützt, änderte sich bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheidungszeitpunkt. Die in der genannten Bestimmung ursprünglich angeführte Warensortimentsbeschränkung galt nur bis zum 2. Mai 2021. Ob das vom Kläger beanstandete Verhalten – nämlich das Anbieten, Bewerben und/oder Verkaufen von Waren, die nicht dem typischen Warensortiment des Lebensmittelhandels und/oder nicht dem typischen Warensortiment eines von einem Betriebsstätten-Betretungsverbot im Lockdown ausdrücklich ausgenommenen Betriebs entsprechen – gegen die Rechtslage verstoßen hat, kann offen bleiben. Mit Ablauf des 2. Mai 2021 war dieses Verhalten jedenfalls nicht unzulässig. Schon aus diesem Grund kommt die Erlassung des von der gefährdeten Partei mittels Sicherungsantrags konkret begehrten Verbots nicht in Betracht.

[17] 6. Das Ergebnis hängt somit nicht davon ab, ob das Begehren des Klägers ausreichend bestimmt ist oder das Rekursgericht allenfalls noch eine Präzisierung hätte vornehmen müssen. Bei dieser Sachlage käme somit der Lösung der als erheblich angesehenen Rechtsfrage nur theoretische Bedeutung zu. Die Anrufung des Obersten Gerichtshofs ist aber nach § 528 Abs 1 ZPO nur zulässig, wenn die Entscheidung gerade von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage abhängt, die angeschnittene Rechtsfrage also für die Entscheidung präjudiziell ist (RS0088931). Fehlende Relevanz für die Entscheidung des zu



beurteilenden Falls schließt aber das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage aus.

[18] 7. Da somit keine erheblichen Rechtsfragen iSd § 528 Abs 1 ZPO zu lösen sind, ist der Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen.

[19] 8. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 EO iVm §§ 41, 50 ZPO. Die Beklagte hat auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 28. September 2021  
Dr. V o g e l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: