

# **BGer 4A 254/2007 vom 29. Januar 2008**

Bundesgericht, 2008-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_254\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_254_2007)

FR: TF 4A 254/2007 du 29 janvier 2008

IT: TF 4A 254/2007 del 29 gennaio 2008

## **Regeste**

Unlauterer Wettbewerb; vorsorgliche Massnahmen | Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich nur gegen Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG zulässig, d.h. gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind nur dann Endentscheide, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren ergehen. Selbständig eröffnete Massnahmenentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, Bestand haben, stellen dagegen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar. Gegen solche ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Dabei muss es sich - entsprechend dem Begriff des Nachteils im Sinne von Art. 87 OG - um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann (vgl. zum Ganzen zur Publikation bestimmtes Urteil 4A\_221/2007 vom 20. November 2007 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Gegenstand des angefochtenen Entscheids sind vor dem Hauptverfahren erlassene vorsorgliche Massnahmen, die nur unter der Bedingung Bestand haben, dass innert der vom Gericht angesetzten Frist das Hauptverfahren eingeleitet wird (vgl. Art. 28e Abs. 2 ZGB ). Demnach handelt es sich bei diesem Entscheid um einen Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG . Es liegt auf der Hand und wurde auch in konstanter Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde bejaht, dass ein solcher Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 87 OG bzw. Art. 93 BGG bewirken kann und daher vor Bundesgericht anfechtbar ist (zur Publikation bestimmtes Urteil 4A\_221/2007 vom 20. November 2007 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Begründung der Anträge in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren selbständigen alternativen Begründungen, so ist für jede einzelne darzutun, weshalb sie bundesrechtswidrig sein soll ( BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f. mit Hinweisen). Das Obergericht hat mit der ersten Instanz die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin 5 sowohl unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als auch unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes verneint. Die Beschwerdeführerin 5 zeigt nicht auf, inwiefern das Obergericht damit Recht verletzt haben soll. Auf ihre Beschwerde ist nicht einzutreten.

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 98 BGG kann mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Nach Art. 106 Abs. 2 BGG prüft das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist. Der Beschwerdeführer muss - entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG - klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darlegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 133 III 393 E. 6 S. 397, 589 E. 2 S. 591 f., je mit Hinweisen). Die Ausführungen in der Beschwerde beschränken sich über weite Teile auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid und erfüllen insoweit die Begründungsanforderungen nicht. Auf die entsprechenden Vorbringen ist nicht einzutreten.

### **E. 1.4**

Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Eine entsprechende Bestimmung findet sich ebenfalls im Abschnitt über die Beschwerdegründe: Art. 97 Abs. 1 BGG erklärt, dass die Sachverhaltsfeststellungen der kantonalen Instanz nur hinsichtlich der genannten Mängel gerügt werden können. Da gegen den angefochtenen Entscheid nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden kann, gelangen jedoch die Art. 95 und 97 BGG und auch Art. 105 Abs. 2 BGG nicht (unmittelbar) zur Anwendung. Die hier gegebenen Verhältnisse entsprechen denjenigen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 ff. BGG ). Wie dort (Art. 118 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 116 BGG ) kommt eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen nur dann in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat. Wird letzteres geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich ( Art. 9 BV ), offensichtlich unhaltbar sein soll, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe, auf einem offenkundigen Versehen beruhe oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lasse ( BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398, 585 E. 4.1 S. 588 f., je mit Hinweisen). Soweit sich die Beschwerdeführer damit begnügen, die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz als falsch oder als willkürlich zu bezeichnen, sind sie nicht zu hören.

### **E. 1.5**

Die Beschwerdegegner legen mit ihrer Vernehmlassung neue Dokumente vor. Gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. In der Rechtsschrift ist darzutun, inwiefern die erwähnte Voraussetzung für eine nachträgliche Einreichung von Beweismitteln erfüllt sein soll. Die Beschwerdegegner äussern sich dazu mit keinem Wort. Die neu ins Recht gelegten Schriftstücke sind daher unbeachtlich ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395).

### **E. 2**

Die Beschwerdeführer werfen dem Obergericht vor, Art. 3 lit. a UWG und Art. 28 ZGB willkürlich ausgelegt und angewendet zu haben, indem es nicht geprüft habe, welche Äusserung die Adressaten dem Bericht über die Beschwerdeführer in dem Artikel der Zeitschrift J. \_\_\_\_\_ "P. \_\_\_\_\_" auf Grund des Gesamteindrucks bzw. aus der Sicht des unbefangenen Durchschnittslesers entnehmen würden.

### **E. 2.1**

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann gemäss Art. 28 ZGB zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen; eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Nach Art. 3 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt; wer durch unlauteren Wettbewerb in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann sich gemäss Art. 9 UWG an das Gericht wenden. Ob eine Äusserung im Einzelfall die Persönlichkeit verletzt oder unlauter im Sinn von Art. 3 lit. a UWG ist, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe des Durchschnittslesers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände wie etwa des Rahmens der Presseäusserung zu erfolgen hat ( BGE 132 III 641 E. 3.1 S. 644; 127 III 481 E. 2b/aa S. 487; 126 III 209 E. 3a S. 213, je mit Hinweisen). Das durch einen Zeitungsartikel gezeichnete "Gesamtbild" ist insofern für die Interpretation der einzelnen umstrittenen Äusserungen von Bedeutung, als es Antwort darauf gibt, wie der unbefangene Leser diese im Gesamtzusammenhang versteht ( BGE 124 IV 162 E. 3b/aa S. 167; Urteil 4C.224/2005 vom 12. Dezember 2005 E. 3.2, publ. in sic! 4/2006 S. 280).

### **E. 2.2**

Das Obergericht gibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung korrekt wieder und nimmt - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer - in seinen Erwägungen zu den verschiedenen Äusserungen wiederholt auf den "Durchschnittsleser" bzw. den "Gesamtzusammenhang" Bezug. Die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, inwiefern die obergerichtliche Interpretation der einzelnen umstrittenen Äusserungen aus dem Verständnis des Durchschnittslesers heraus und mit Blick auf den Gesamtzusammenhang offensichtlich unhaltbar sein soll. Sie begnügen sich vielmehr damit, zu jeder Äusserung ihre eigene Sicht der Dinge darzulegen, wobei sie regelmässig von einem anderen Sachverhalt als dem im angefochtenen Entscheid festgestellten ausgehen, ohne darzulegen, warum die Tatsachenfeststellungen des Obergerichts willkürlich sein sollen. Die Rüge ist nicht hinreichend begründet.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführer werfen dem Obergericht weiter vor, Art. 8 ZGB willkürlich angewendet zu haben, indem es von den Beschwerdeführern im vorsorglichen Massnahmeverfahren den Nachweis verlangt habe, dass die beanstandeten Äusserungen manifest und zweifelsfrei erwiesen seien.

### **E. 3.1**

Das Gesetz regelt die vorsorglichen Massnahmen bei Persönlichkeitsverletzungen in den Art. 28c-f ZGB . Nach Art. 14 UWG sind diese Bestimmungen auf vorsorgliche Massnahmen im Bereich des UWG sinngemäss anwendbar. Damit kann gestützt auf Art. 28c Abs. 1 ZGB die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen, wer glaubhaft

macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Nach Abs. 3 der Norm kann das Gericht eine Verletzung durch periodisch erscheinende Medien jedoch nur dann vorsorglich verbieten oder beseitigen, wenn sie einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführer gehen offenbar davon aus, das Obergericht habe ihnen die Beweislast dafür auferlegt, dass die umstrittenen Äusserungen falsch seien. In Tat und Wahrheit hat das Gericht im Rahmen von Art. 28c Abs. 3 ZGB gestützt auf die Vorgabe des Gesetzes, wonach offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen dürfe, verlangt, dass die Widerrechtlichkeit der Äusserung manifest und zweifelsfrei erwiesen sein müsse, was namentlich der Fall sei, wenn die Aussage klarerweise falsch sei. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, inwiefern diese Auslegung von Art. 28c Abs. 3 ZGB willkürlich sein soll.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, das Obergericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem es in seinen Erwägungen auf das Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 5. Oktober 2005 / 23. Dezember 2005 sowie auf das entsprechende Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 31. Oktober 2006 verwiesen habe, obwohl diese Urteile nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen seien und keine der Parteien diese Urteile vorgebracht habe.

#### **E. 4.1**

Nach ständiger Rechtsprechung besitzen die Parteien einen unbedingten Anspruch, vor Erlass eines Entscheides, der sie belastet oder belasten könnte, angehört zu werden. Den Parteien soll vor Erlass eines Entscheides, besonders wenn dieser für eine Partei nachteilig ausfällt, Gelegenheit zur Äusserung und Stellungnahme gegeben werden. Aus dem bundesrechtlichen Gehörsanspruch ergibt sich vor allem das Recht, sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen und Beweise auszusprechen. Dieses Recht steht den Parteien besonders dann zu, wenn in einem Rechtsmittelverfahren ein Entscheid aufgrund neuer, von der Gegenseite vor erster Instanz nicht angeführter Tatsachen bestätigt oder aufgehoben wird. Aus dem Gehörsanspruch folgt hingegen nicht, dass eine Partei vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen ist. Ein Beteiligter, der den entscheidenden Punkt des Tatbestandes übersehen hat, ist in seinem Äusserungsrecht nicht beschränkt, sofern diese wesentliche Tatsache in den Akten enthalten und dem Richter nicht aus anderer Quelle bekannt ist ( BGE 108 Ia 293 E. 4c S. 294 f.; vgl. auch BGE 130 III 35 E. 5 S. 39).

#### **E. 4.2**

Das Obergericht hat sich unter Hinweis auf Gerichtsnotorietät wiederholt auf die genannten Urteile bezogen. Es ist unbestritten, dass weder die Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegner diese Entscheide vorgebracht haben. Das Obergericht macht nicht geltend, es habe den Beschwerdeführern das rechtliche Gehör gewährt. Sein Vorgehen ist damit grundsätzlich geeignet, Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen. Eine solche Verletzung ist allerdings nur dann zu bejahen, wenn das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid tatsächlich aufgrund der den beiden Urteilen entnommenen neuen Tatsachen aufgehoben

hat. Das ist jedoch nicht der Fall. Das Obergericht hat die Urteile vielmehr lediglich im Sinn einer zusätzlichen Begründung herangezogen. So stützte es seine Auffassung, es handele sich bei der Aussage, der Beschwerdeführer 1 sei wegen betrügerischer Krida bzw. wegen Verheimlichung von Vermögenswerten im Verlauf des Konkursverfahrens verurteilt worden, nicht um eine bloss Wiederholung der im Artikel der Zeitschrift J. \_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2004 erhobenen Vorwürfe in E. 5b/dd in erster Linie auf bestimmte in verschiedenen Schreiben des Beschwerdeführers 1 enthaltene Äusserungen. Entsprechend argumentierte es in E. 5e/ee/bbb mit Bezug auf die Äusserungen hinsichtlich der Familie N. \_\_\_\_\_. Zur Äusserung, die Beschwerdeführer würden illegale Praktiken anwenden, führte das Obergericht in E. 5f/ee aus, der Vorwurf sei schon deshalb nicht derart unsachlich, dass er nicht zulässig wäre, weil er zumindest hinsichtlich der Verrechnungsvereinbarung des Beschwerdeführers 1 mit der Beschwerdeführerin 4, die zur Verurteilung wegen betrügerischer Krida führte, aufgrund der Feststellungen in einem österreichischen Urteil zutrefte. Die Beschwerdeführer machen nicht rechtsgenügend geltend, dass das Obergericht damit in Willkür verfallen sei. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist unbegründet.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführer rügen schliesslich, ihr Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV sei verletzt worden.

### **E. 5.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt ( BGE 133 I 1 E. 5.2 S. 3 ; 131 I 31 E. 2.1.2.1 S. 34 f., 113 E. 3.4 S. 116, je mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführer begründen ihre Rüge mit der pauschalen Behauptung, die mögliche Amtsgeheimnisverletzung des Obergerichts gemäss Art. 320 StGB stelle eine krasse Bevorzugung der Beschwerdegegner dar. Damit erfüllen sie die Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

## **E. 6**

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 5 nicht einzutreten. Die Beschwerde der Beschwerdeführer 1 bis 4 ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.