



OGH Beschluss vom 29.8.2011, 9 Ob 77/10d – *Mitbenützung einer Leichenhalle durch andere Bestatter als möglicher Kontrahierungszwang*

Fundstelle: Zak 2011/671, 358

- 1. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges ist in erster Linie der Wortlaut des Klagebegehrens und darüber hinaus der Klags Sachverhalt (die Klagsbehauptungen) maßgebend. Maßgeblich ist die Natur, das Wesen des geltend gemachten Anspruches, wofür wiederum der geltend gemachte Rechtsgrund von ausschlaggebender Bedeutung ist. Ohne Einfluss ist es hingegen, was der Beklagte einwendet oder ob der behauptete Anspruch begründet ist; es kommt nur darauf an, ob nach Inhalt der Klage ein privatrechtlicher Anspruch erhoben wird, über den die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben.**
- 2. Das auf die sittenwidrige Ausnutzung der Monopolstellung des anderen Bestattungsunternehmens gestützte Begehren, die Verrechnung eines unangemessenen Preises für die Mitbenützung einer Leichenhalle zu unterlassen und die Abholung der Särge aus der Halle mit dem eigenen Totenwagen zu dulden, ist der ordentliche Rechtsweg nach § 1 JN zulässig, da die Rechtsbeziehungen zwischen zwei Bestattungsunternehmen für die Mitbenützung der im Eigentum des einen stehenden Leichenhalle des Gemeindefriedhofs durch den anderen privatrechtlichen Charakter haben.**
- 3. Stützt der Kläger seine Unterlassungs- bzw. Duldungsbegehren ausdrücklich weder auf Kartell- noch auf Lauterkeitsrecht, hat es bei einer Beurteilung der Rechtswegzulässigkeit allein bei der allgemein privatrechtlichen Grundlage des Rechtsmissbrauchs bzw. des Kontrahierungszwangs zu verbleiben.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, Bestattungsunternehmer, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Manfred Lirk und DDr. Karl Robert Hiebl, Rechtsanwälte in \*\*\*\*\* , gegen die beklagte Partei Mag. D\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* , Bestattungsunternehmer, \*\*\*\*\* , vertreten durch Mag. Gerald Hamminger, Rechtsanwalt in \*\*\*\*\* , wegen 485 EUR sA sowie Duldung und Unterlassung (Streitwert 7.200 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Ried im Innkreis als Rekursgericht vom 25. August 2009, GZ 6 R 71/09x-14, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Braunau am Inn vom 14. Jänner 2009, GZ 2 C 1542/08v-8, teils abgeändert, teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluss**

gefasst: Der Revisionsrekurs der beklagten Partei wird zurückgewiesen. Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung selbst zu tragen. Die Schriftsätze der beklagten Partei vom 11. 3. 2010, 23. 6. 2010, 16. 11. 2010 und 14. 2. 2011 samt Urkundenvorlagen werden zurückgewiesen.

## **Begründung:**

Mit dem angefochtenen Beschluss des Rekursgerichts wurde die erstgerichtliche Entscheidung zum Teil dahin abgeändert, dass der Antrag des Beklagten zurückgewiesen wurde, die vom Kläger erhobenen Begehren wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen, wonach der Beklagte nicht berechtigt sei, für die Benutzung seiner Leichenhalle, Aufbahrungshalle \*\*\*\*\*, dem Kläger einen Betrag von mehr als 300 EUR netto sowie überhaupt eine Aufnahmegebühr und Kanzleispesen von 185 EUR zu verrechnen, sowie dass der Beklagte die Verrechnung derartiger Beträge zu unterlassen und Überzahlungen an den Kläger zurückzuerstatten habe. Im Übrigen wurde vom Rekursgericht die weiters vom Erstgericht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochene Zurückweisung des Klagebegehrens, dem Kläger stehe das Recht zu, im Friedhofsgelände der Stadt \*\*\*\*\* nach der Verabschiedung den Sarg mit dem Leichnam des Verstorbenen mit seinem eigenen Totenwagen von der Leichenhalle des Beklagten abzuholen; weiters der Beklagte sei schuldig, zu dulden, dass der Kläger mit seinem eigenen Totenwagen den Sarg von der Leichenhalle des Beklagten abhole, sowie der Beklagte sei schuldig, alle Handlungen zu unterlassen, die die Ausübung dieses Rechts erschweren oder unmöglich machen, und sei schließlich verpflichtet, durch sein bereit gestelltes Begleitpersonal den Sarg in den Totenwagen des Klägers zu heben, ersatzlos aufgehoben. Dem Erstgericht wurde vom Rekursgericht aufgetragen, das Verfahren unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund fortzusetzen. Zuletzt wurde die Entscheidung des Erstgerichts, bis zum Vorliegen eines Tarifs der Stadtgemeinde \*\*\*\*\* für gesetzliche vorgeschriebene Dienstleistungen bzw Bereitstellungen im Zusammenhang mit Leichenbestattungen werde das Verfahren hinsichtlich des vom Kläger erhobenen Leistungsbegehrens auf Zahlung von 300 EUR sA und 185 EUR sA unterbrochen, ersatzlos aufgehoben. Das Rekursgericht sprach zunächst aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands zwar 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige. Über Aufforderung des Obersten Gerichtshofs (9 Ob 86/09a) korrigierte das Rekursgericht unter Berücksichtigung der Änderungen durch das Budgetbegleitgesetz 2009 seinen Bewertungsausspruch dahin, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR übersteige. Der ordentliche Revisionsrekurs wurde vom Rekursgericht zugelassen.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs des Beklagten mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Rekurs des Klägers lediglich hinsichtlich der Unterbrechung bezüglich der Leistungsbegehren über 300 EUR sA und 185 EUR sA insofern Folge gegeben werde, dass die Unterbrechung aufgehoben werde; im Übrigen möge dem Rekurs des Klägers nicht Folge gegeben werden; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Das Rekursgericht begründete die Zulassung des Revisionsrekurses damit, dass noch keine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Qualifizierung von Rechtsbeziehungen der klagegegenständlichen Art im Zusammenhang mit einer Leichenhalle unter Bedachtnahme auf das Oö. Leichenbestattungsgesetz bzw zur Frage, ob der zivilrechtliche Aspekt eines allfälligen Kontrahierungszwangs auf diesen Bereich Anwendung finde, vorliege. Der Revisionsrekurswerber schloss sich der Begründung der Zulassung des Revisionsrekurses durch das Rekursgericht an. Der Revisionsrekursgegner machte zwar geltend, dass der Revisionsrekurs unzulässig sei, gab dafür aber keine Begründung und setzte sich auch sonst nicht mit der Zulassung des Revisionsrekurses durch das Rekursgericht auseinander.

Der *Revisionsrekurs* des Beklagten ist - entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts (§ 526 Abs 2 ZPO) - *nicht zulässig*.

Gemäß § 528 Abs 1 ZPO ist der Revisionsrekurs nur dann zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Dies ist hier nicht der Fall. Die Zulässigkeit des Rechtswegs kann auf der Grundlage des Klagevorbringens und der bereits vorliegenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs beurteilt werden. Die Zurückweisung des ordentlichen Revisionsrekurses kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 528a iVm § 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).

Nach dem in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels darf eine Partei innerhalb der Rechtsmittelfrist nur eine einzige Rechtsmittelschrift gegen die gleiche Entscheidung einbringen. Weitere Rechtsmittelschriften, Nachträge oder Ergänzungen sind nicht zulässig (RIS-Justiz RS0041666 ua). Die mit „Replik“, „Mitteilung“ und „Ergänzender Schriftsatz“ überschriebenen Schriftsätze des Beklagten vom 11. 3. 2010, 23. 6. 2010, 16. 11. 2010 und 14. 2. 2011 samt Urkundenvorlagen, mit denen der Beklagte auf die Revisionsbeantwortung des Klägers replizierte und sein Vorbringen weiter ausbaute, sind daher zurückzuweisen.

Der Beklagte ist Eigentümer einer Leichenhalle in \*\*\*\*\*, die der Kläger als Leichenbestatter gegen Entgelt in Anspruch nimmt. Der Rechtsvorgänger des Beklagten hatte diese Leichenhalle im Jahr 1963 von der Stadtgemeinde \*\*\*\*\* mit der Auflage erworben, die Leichenhalle für die Aufbahrung aller Toten ohne Unterschied der Konfession zur Verfügung zu stellen.

Der Kläger vertritt die Auffassung, dass der Beklagte seine Monopolstellung - beim Friedhof in \*\*\*\*\* gebe es nur die Leichenhalle des Beklagten - in sittenwidriger und wucherischer Weise ausübe und dem Kläger die mit der Überlassung der Leichenhalle im Zusammenhang stehenden Leistungen überhöht in Rechnung stelle und dem Kläger auch nicht gestatte, seinen eigenen Leichenwagen einzusetzen.

Der Beklagte erhob bezüglich der Duldungs- und Unterlassungsbegehren des Klägers (ausgenommen das Klagebegehren bezüglich des Leichenwagens) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, und zwar sowohl in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung (Unzulässigkeit des Rechtswegs im engeren Sinn) als auch in Bezug auf die Abgrenzung zwischen ordentlichen Gerichten und Sondergerichten (Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs) (siehe dazu *Mayr in Rechberger, ZPO*<sup>3</sup> Vor § 1 JN Rz 1 ua). Die Unzulässigkeit des Rechtswegs im engeren Sinn sieht der Beklagte darin begründet, dass es nicht die Aufgabe der Gerichte sei, Preise festzusetzen. Die Preisbestimmung sei den im Preisgesetz genannten Verwaltungsbehörden vorbehalten. Die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs leitet der Beklagte daraus ab, dass die Beurteilung von Ansprüchen nach dem Kartellgesetz nicht den ordentlichen Gerichten, sondern dem Kartellgericht als Sondergericht obliege.

Der Revisionsrekurswerber übergeht bei seinen Überlegungen, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs von den Klagebehauptungen auszugehen ist (RIS-Justiz RS0045718 ua). Es kommt daher nicht darauf an, welche allfälligen Anspruchsgrundlagen der Beklagte in Betracht zieht; es ist auch ohne Einfluss, ob der vom Kläger behauptete Anspruch begründet ist (RIS-Justiz RS0045584 ua). Die Überlegungen des Beklagten zum Preisgesetz 1992, BGBl 1992/145, und zum Kartellgesetz 2005, BGBl I 2005/61, gehen am Prozessstandpunkt des Klägers vorbei. Darauf hat sich der Kläger nicht gestützt. Der Kläger bekräftigte in der Revisionsrekursbeantwortung, im vorliegenden Verfahren nicht nach dem Kartellrecht vorzugehen. Eine Aufhebung zur diesbezüglichen Klarstellung ist daher nicht notwendig (vgl 4 Ob 35/09i ua).

Leichenhallen dienen vor allem der Aufbewahrung und Aufbahrung einer Leiche nach der Totenbeschau bis zur Bestattung (§ 16 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985; vgl auch *Widmann*, Der Bestattungsvertrag im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht<sup>5</sup> § 7 Rn 5 ua). Dass die Ansprüche zwischen dem Beklagten als Eigentümer einer Leichenhalle und dem Kläger als Leichenbestatter bezüglich der Inanspruchnahme der Leichenhalle und damit zusammenhängender Dienstleistungen privatrechtlicher Natur sind, stellt der Beklagte nicht in Frage, sondern pocht darauf, rechtmäßiger Eigentümer der Leichenhalle zu sein und damit zusammenhängende Dienstleistungen zulässigerweise anzubieten. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts besteht in diesem Zusammenhang auch „unter Bedachtnahme auf das Oö. Leichenbestattungsgesetz“ keine erhebliche Rechtsfrage. Abgesehen davon, dass weder der Revisionsrekurswerber noch das Rekursgericht aus dem Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985, LGBl 1985/40 (WV), bezüglich des vorliegenden Klagebegehrens die Unzulässigkeit des Rechtswegs ableitet, wurde mit der Novelle durch das Oö. Dienstleistungsrichtlinie-Anpassungsgesetz 2010, LGBl 2010/30, in § 32 Abs 2 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 klargestellt, dass der Rechtsträger des Friedhofs oder der Feuerbestattungsanlage zur Errichtung und zum Betrieb der Leichenhalle nur dann verpflichtet ist, wenn nicht bereits im Nahebereich des Friedhofs oder der Feuerbestattungsanlage eine den Voraussetzungen des § 32 Abs 1 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 entsprechende Leichenhalle besteht und durch vertragliche Vereinbarung die Nutzung dieser Leichenhalle sichergestellt ist. Von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Betriebs behördlich bewilligter Leichenhallen durch Private nach dem Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 ist daher auszugehen.

§ 34 Abs 3 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 bestimmt, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den Inhabern und den Benutzern der Friedhöfe privatrechtlicher Natur sind. Umso mehr gilt dies für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten bezüglich der Nutzung einer privaten Leichenhalle. Der Hinweis des Revisionsrekurswerbers, dass § 34 Abs 3 zweiter Satz Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 auch bestimmt, dass abgabenrechtliche Vorschriften hiedurch nicht berührt werden, ist richtig, hat hier aber in Bezug auf die Zulässigkeit des Rechtswegs keine Bedeutung. Es beruft sich keine Partei auf besondere abgabenrechtliche Vorschriften im Zusammenhang mit den vom Beklagten verlangten bzw vom Kläger gezahlten Entgelten.

Dass Leichenhallen Einrichtungen sind, die mit der Bestattung von Leichen im Zusammenhang stehen, wird durch die systematische Einordnung der Regelung über Leichenhallen (§ 32) im Abschnitt V. („Bestattungsanlagen“) des Oö. Leichenbestattungsgesetzes 1985 unterstrichen. Das macht Leichenhallen aber nicht zu Bestattungsanlagen, denn nach der Begriffsdefinition in § 30 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 gelten als Bestattungsanlagen im Sinn dieses Gesetzes Friedhöfe, Urnenstätten und Feuerbestattungsanlagen. Aus der systematischen Stellung der Regelung über Leichenhallen ergibt sich weiters, dass es sich bei Leichenhallen auch nicht um „andere Bestattungsanlagen“ im Sinn des § 38 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985 handelt.

Worauf sich die für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs maßgebenden Klagebehauptungen stützen, ist letztlich eine Frage der Auslegung des Prozessvorbringens im Einzelfall, die regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage begründet (vgl 9 ObA 137/09a; RIS-Justiz RS0042828 ua). Legt das Rekursgericht das Klagevorbringen dahin aus, dass sich der Kläger vor allem darauf stütze, dass der Beklagte in sittenwidriger Weise seine Monopolstellung als Eigentümer der Leichenhalle ausnutze und dem Kläger die in Anspruch genommenen Dienstleistungen zu überhöhten Preisen verrechne, dann ist dies nicht zu beanstanden. Dass es sich bei Ansprüchen zwischen Privaten aus der Vereinbarung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen und allfälligen damit in Zusammenhang stehenden, aus einer Monopolstellung abgeleiteten Fragen des Kontrahierungszwangs (siehe Näheres bei

*Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 861 Rz 10 ff; *Bollenberger* in KBB<sup>3</sup> § 861 Rz 11, jeweils mwN, ua) um privatrechtliche Ansprüche handelt, stellt der Revisionsrekurswerber nicht in Frage. Dass es im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht um die Berechtigung des Klagebegehrens geht, wurde bereits erwähnt. Auf alle diesbezüglichen Erwägungen des Rekursgerichts und des Revisionsrekurswerbers, insbesondere auch zum Unionsrecht, kommt es somit im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht an.

Zusammenfassend ging das Rekursgericht mit vertretbarer Begründung davon aus, dass der Kläger mit der vorliegenden Klage Ansprüche privatrechtlicher Art aus seiner Geschäftsbeziehung zum Beklagten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Beklagten geltend macht, für die sowohl der Rechtsweg im engeren Sinn als auch der ordentliche Rechtsweg zulässig ist. Mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des § 528 Abs 1 ZPO ist der Revisionsrekurs des Beklagten, ungeachtet seiner Zulassung durch das Rekursgericht, zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 40, 50 ZPO. Der Revisionsgegner hat zur Unzulässigkeit des Revisionsrekurses der Beklagten nichts Näheres vorgebracht. Er hat daher die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung selbst zu tragen (vgl RIS-Justiz RS0035979 ua).

## ***Anmerkung\****

### **I. Das Problem**

Die Streitparteien waren beide im Bestattungsgewerbe tätig und hatten ihren Sitz in einer oberösterreichischen Stadtgemeinde. Das beklagte Bestattungsunternehmen war zudem Eigentümer der örtlichen Leichenhalle, die auch das klagende Unternehmen als Leichenbestatter gegen Entgelt in Anspruch nahm. Der Rechtsvorgänger der Beklagten hatte das Gebäude samt Anlage im Jahr 1963 von der Stadtgemeinde lediglich mit der Auflage erworben, die Leichenhalle für die Aufbahrung aller Toten ohne Unterschied der Konfession, zur Verfügung zu stellen.

Das klägerische Bestattungsunternehmen vertrat die Auffassung, dass die Beklagte ihre Monopolstellung – für den örtlichen Friedhof gab es nur die Leichenhalle der Beklagten – in sittenwidriger und wucherischer Weise ausübte und dem klägerischen Unternehmen die mit der Überlassung der Leichenhalle im Zusammenhang stehenden Leistungen überhöht in Rechnung stellte und ihr auch nicht gestattete, ihren eigenen Leichenwagen einzusetzen. Für die Benützung der Leichen- und Aufbahrungshalle würde jeweils ein Betrag von mehr als € 300,00 netto sowie überhaupt eine Aufnahmegebühr und Kanzleispesen von € 185,00 von der Beklagten verrechnet.

Die Klägerin begehrte, die Verrechnung derartiger Beträge zu unterlassen und Überzahlungen an die Klägerin zurückzuerstatten. Darüber hinaus sollte festgestellt werden, dass der Klägerin das Recht zustünde, im Friedhofsgelände der Stadt nach der Verabschiedung den Sarg mit dem Leichnam des Verstorbenen mit ihrem eigenen Totenwagen von der Leichenhalle der Beklagten abzuholen. Schließlich wäre die Beklagte schuldig, es zu dulden, dass die Klägerin mit ihrem eigenen Totenwagen den Sarg von der Leichenhalle der Beklagten abholte, sowie die Beklagte schuldig zu erkennen, alle Handlungen zu unterlassen, die die Ausübung dieses Rechtes erschweren oder unmöglich machen, und sie wäre schließlich verpflichtet, durch ihr bereit gestelltes Begleitpersonal den Sarg in den Totenwagen der Klägerin zu heben.

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at), gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Die beklagte Partei erhob gegen die Duldungs- und Unterlassungsbegehren (ausgenommen des Klagebegehrens bezüglich des Leichenwagens) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, da die Preisbestimmung den Verwaltungsbehörden vorbehalten bliebe und für allfällige Ansprüche nach dem Kartellgesetz nicht die ordentlichen Gerichte, sondern das Kartellgericht als Sondergericht zuständig wäre.

Das Erstgericht wies die Rechtssache mangels Zulässigkeit des Rechtsweges zurück. Das Rekursgericht änderte diesen Ausspruch ab und trug dem Erstgericht die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens auf, da eine privatrechtliche Angelegenheit vorlag, ließ jedoch den ordentlichen Revisionsrekurs – nach der aufgetragenen<sup>1</sup> Ergänzung des Bewertungsausspruches – zu. Daher hatte sich das Höchstgericht zur Qualifizierung von Rechtsbeziehungen im Zusammenhang mit einer Leichenhalle unter Bedachtnahme auf das oberösterreichische Leichenbestattungsgesetz bzw. zur Frage, ob der zivilrechtliche Aspekt eines allfälligen Kontrahierungszwanges auf diesen Bereich Anwendung findet, auseinander zu setzen.

## **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH wies den Revisionsrekurs als unzulässig zurück und bestätigte die Rechtsansicht des Rekursgerichtes.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges nach § 1 JN war allein von den Klagsbehauptungen auszugehen. Es kam nicht darauf an, welche allfälligen Anspruchsgrundlagen der Beklagte in Betracht ziehen konnte; es war auch ohne Einfluss, ob der vom Kläger behauptete Anspruch begründet wäre. Die Überlegungen des Beklagten zum Preisgesetz bzw. zum Kartellgesetz gingen am Prozessstandpunkt des Klägers vorbei, der sich ausdrücklich darauf nicht gestützt hatte. Noch im Revisionsverfahren bekräftigte die Klägerin, nicht nach Kartellrecht vorzugehen.

Die Höchstrichter qualifizierten die Ansprüche zwischen dem beklagten Eigentümer einer Leichenhalle und dem klägerischen Leichenbestatter über die Inanspruchnahme der Leichenhalle und damit zusammenhängende Dienstleistungen als von privatrechtlicher Natur. Daran änderte auch das oberösterreichische Leichenbestattungsgesetz nichts, hatte doch § 32 Abs 2 leg. cit klargelegt, dass der Rechtsträger des Friedhofes oder der Feuerbestattungsanlage zur Errichtung und zum Betrieb der Leichenhalle nur dann verpflichtet war, wenn nicht bereits im Nahebereich des Friedhofs oder der Feuerbestattungsanlage eine den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechende Leichenhalle bestand und durch vertragliche Vereinbarung die Nutzung dieser Leichenhalle sichergestellt war. Es war von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Betriebs behördlich bewilligter Leichenhallen durch Private auszugehen. Schließlich bestimmte § 34 Abs 3 Oö. Leichenbestattungsgesetz 1985, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den Inhabern und den Nutzern der Friedhöfe privatrechtlicher Natur waren. Umso mehr galt dies für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten bezüglich der Nutzung einer privaten Leichenhalle. Im fortgesetzten Verfahren musste daher inhaltlich von den Gerichten geklärt werden, ob und inwieweit aufgrund der bestehenden Monopolstellung die Klägerin einen Kontrahierungszwang zu ihren Gunsten ableiten könnte.

## **III. Kritische Würdigung und Ausblick**

Die vorliegende Entscheidung erscheint schon deshalb bemerkenswert, weil trotz des offenkundig bestehenden Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Streitparteien aufgrund von Branchenidentität nicht der Weg einer Rechtsdurchsetzung nach dem UWG 2007 oder dem

---

<sup>1</sup> OGH 3.9.2010, 9 Ob 86/09a, nv.

KartG 2005 gewählt wurde, sondern ein rein privatrechtliches Vorgehen iS eines Rechtsmissbrauches nach § 1295 ABGB bzw. eines (ausnahmsweise) gegebenen Kontrahierungszwanges aufgrund von Monopolstellung gewählt worden ist. Ob aus Unkenntnis, advokatorischer Umsicht oder rein zufällig, lässt sich dem bloßen Text der Entscheidung nicht entnehmen, kann aber letztlich dahin gestellt bleiben. Noch dazu wurde die Sache beim örtlich zuständigen Bezirksgericht in Braunau anhängig gemacht und äußerst moderat mit EUR 7.200,- bewertet. Dankenswerterweise – insoweit gebührt dem Rechtsmittelsenat 6 des LG Ried Anerkennung – hat die Angelegenheit doch im zweiten Anlauf ihren Weg zum Höchstgericht gefunden.

Der OGH nimmt dabei wichtige Klarstellungen für die Beurteilung der Rechtswegzulässigkeit nach § 1 JN vor. Wesentlich für diese Beurteilung sind allein die Klagsbehauptungen, nicht die möglichen Einwendungen des Beklagten. Im gegenständlichen Fall war das Klagsvorbringen dahin auszulegen, dass sich die Klägerin vor allem darauf stützte, dass die Beklagte in sittenwidriger Weise ihre Monopolstellung als Eigentümerin der Leichenhalle ausnützte und der Klägerin die in Anspruch genommenen Dienstleistungen zu überhöhten Preisen verrechnete. Damit ist klar, dass es sich bei diesen Ansprüchen zwischen Privaten aus der Vereinbarung und der Inanspruchnahme von Dienstleistungen und allfälligen damit im Zusammenhang stehenden aus einer Monopolstellung abgeleiteten Fragen des Kontrahierungszwanges<sup>2</sup> um rein privatrechtliche Ansprüche handelt. Zusammengefasst ist die Zulässigkeit des Rechtsweges nach § 1 JN deshalb eröffnet, weil die Klägerin Ansprüche aus privatrechtlicher Art mit ihrer Geschäftsbeziehung zum Beklagten im Zusammenhang mit deren Dienstleistungen geltend macht.

Keinesfalls dem Rechtsanwender vorenthalten werden dürfen die Ausführungen des Höchstgerichts zur Charakteristik und zum Zweck von Leichenhallen: *„Leichenhallen dienen vor allem der Aufbewahrung und Aufbahrung einer Leiche nach der Totenbeschau bis zur Bestattung.“*<sup>3</sup> Dass Leichenhallen Einrichtungen sind, die mit der Bestattung von Leichen im Zusammenhang stehen, wird durch die systematische Einordnung der Regelung über Leichenhallen (in § 32 im Abschnitt V [„Bestattungsanlagen“] des Oö. Leichenbestattungsg 1985) unterstrichen. Das macht Leichenhallen aber nicht zu Bestattungsanlagen, denn nach der Begriffsdefinition in § 30 Oö. Leichenbestattungsg 1985 gelten als Bestattungsanlagen im Sinne dieses Gesetzes Friedhöfe, Urnenstätten und Feuerbestattungsanlagen. Aus der systematischen Stellung der Regelung über Leichenhallen ergibt sich weiters, dass es sich bei Leichenhallen auch nicht um „andere Bestattungsanlagen“ im Sinne des § 38 Oö. Leichenbestattungsg 1985 handelt“.

Der vorliegende Fall gibt Anlass, sich mit seinen ausdrücklich unerörtert gebliebenen kartell- und lauterkeitsrechtlichen Facetten zu beschäftigen.

Durch die **Kartellgesetznovelle 2005**<sup>4</sup> hat sich die materielle Rechtslage für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschende Stellung hat, nur unwesentlich geändert. Die Bestimmungen über das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wurden inhaltlich nahezu unverändert aus dem KartG 1988 als § 4 KartG 2005 bis § 6 KartG 2005 übernommen, sodass die Missbrauchsaufsicht nach dem österreichischen Kartellrecht auch zukünftig strenger und weitgehender als die Regelung des Art 102 AEUV (ex Art 82 EG) bleibt.<sup>5</sup> Für die folgenden Erörterungen kann daher nach wie vor auf die bisherige Rechtsprechung zu § 34 Abs 1 KartG 1988 zurückgegriffen werden:

---

<sup>2</sup> Vgl. Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), ABGB<sup>3</sup> § 861 ABGB Rz 11; Rummel in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 861 Rz 10 ff; Wiebe in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON § 861 Rz 27, jeweils mwN.

<sup>3</sup> Vgl. § 16 Oö. Leichenbestattungsg 1985, LGBl 1985/40 (wv) idF Oö. Dienstleistungsrichtlinie-Anpassungsgesetz 2010, LGBl 2010/30; grundlegend zum zivilen Bestattungswesen Widmann, Der Bestattungsvertrag im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht<sup>3</sup> (2009) § 7 Rn 5.

<sup>4</sup> KartG 2005, BGBl I 61/2005 idGF.

<sup>5</sup> Grunicke/Fellner, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005, RdW 2005, 462.

Der Rsp<sup>6</sup> hat einen Filmverleiher schon dann als marktbeherrschend angesehen, wenn seine Abnehmer, also die Kinobetreiber, auf die ausschließlich von ihm angebotenen Filme angewiesen sind. Ein solcher Filmverleiher, der die Weiterbelieferung eines Kinobetreibers von der Zahlung einer bestrittenen Pönalforderung abhängig macht, missbraucht laut Höchstgericht seine Marktmacht. Wörtlich führt es dazu aus: „Der von der Beklagten gewählte Weg, durch Verweigerung der Belieferung Druck auf die Klägerin auszuüben, ist unangemessen und bedeutet einen Missbrauch ihrer Machtstellung. Dieses Verhalten ist geeignet, dass Kinounternehmer, nur um zu den für sie interessanten Filmen zu kommen, auch zweifelhafte Forderungen des Filmverleihers erfüllen“. Diese Rechtsprechungslinie ist in der Folge<sup>7</sup> zum Kontrahierungszwang der Constantin Gruppe gegenüber Multiplex-Kinos für den Verleih von Filmen bejaht worden.<sup>8</sup>

**Lauterkeitsrechtliche Ansprüche** im Bestattungs(un)wesen haben bislang – soweit ersichtlich – lediglich in Beteiligung der öffentlichen Hand<sup>9</sup> eine Rolle gespielt. So stellt es keine unlauterer Geschäftspraxis im Bestattungswesen dar, wenn eine Gebietskörperschaft ihren Gemeindebediensteten 10 % Rabatt auf Särge gewährt.<sup>10</sup>

In der jüngsten dazu – noch vor Inkrafttreten des UWG 2007 – ergangenen Entscheidung<sup>11</sup> hielt das Höchstgericht fest, dass es keinen Unterschied mache, dass die beklagte Stadtgemeinde nicht nur ein Bestattungsunternehmen betreibt, sondern auch für die Verwaltung der Friedhöfe verantwortlich ist. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt, wird ein Verstoß gegen § 1 UWG dann bejaht, wenn die öffentliche Hand (Macht-)Mittel missbräuchlich einsetzt, die ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen.<sup>12</sup> Ob das zutrifft, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Weigerung der Beklagten allein, ihre Aufbahrungsgegenstände durch das klägerische Bestattungsunternehmen nutzen zu lassen, kann in vertretbarer Weise als zulässig angesehen werden. Denn dem Kläger steht es ohnehin frei, seine eigenen Aufbahrungsgegenstände in die Leichenhallen der von der Beklagten verwalteten Friedhöfe zu bringen. Dass die Beklagte dort über solche Gegenstände verfügt, folgt aus ihrer unternehmerischen Tätigkeit und nicht aus ihrer Stellung als Friedhofsverwalterin. Sie setzt daher keine Machtmittel der öffentlichen Hand ein, wenn sie die weitere Nutzung dieser Gegenstände nicht zulässt.<sup>13</sup> Ob die beklagte Stadtgemeinde verpflichtet wäre, dem Kläger gegen angemessenes Entgelt Aufbewahrungsmöglichkeiten für seine Sachen zur Verfügung zu stellen, war nicht Gegenstand des Verfahrens. Eine Verpflichtung, eigene Betriebsmittel durch einen Mitbewerber nutzen zu lassen, besteht aber auch für ein von der öffentlichen Hand betriebenes Unternehmen nicht, betonten die Höchststrichter. War die Beklagte daher nicht verpflichtet, den Kläger ihre Aufbahrungsgegenstände nutzen zu lassen, so kommt es auf die Angemessenheit des dafür verlangten Entgelts aus lauterkeitsrechtlicher Sicht nicht an. Ein Anwendungsfall der *Essential-facilities*-Doktrin<sup>14</sup> lag nach Ansicht des OGH schon deswegen nicht vor, weil die

<sup>6</sup> OGH 9.9.1997, 4 Ob 214/97t – *Filmverleihgesellschaft*, MR 1997, 328 = ÖJZ-LSK 1998/6 = EvBl 1998/22 = wbl 1998/63 = ecoloex 1998, 46 (*Tahedl*) = RdW 1998, 187 = ÖBl 1998, 36 = SZ 70/173.

<sup>7</sup> KOG 4.4.2005, 16 Ok 20/04 – *Multiplex*, ÖBl-LS 2005/173/174/175/176/177/178.

<sup>8</sup> Kritisch zu dieser Entscheidung *Freytag*, Ein Recht auf Filme für Multiplex-Kinos in *derstandard.at* vom 6. 6. 2005, <http://derstandard.at/druck/?id=2070273> (19.10.2011).

<sup>9</sup> Näher dazu *Prunbauer-Glaser*, Das UWG als Schranke der unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand in Schutzverband unlauterer Wettbewerb (Hg), *Lauterkeitsrecht* (2004), 197; *Koppensteiner*, Sittenwidrigkeit und Wettbewerbswidrigkeit, wbl 1995, 1 jeweils mwN.

<sup>10</sup> OGH 16.3.2004, 4 Ob 21/04y – *Friedhofsverwaltung*, ÖGZ 2004 H 5, 53 = wbl 2004/208, 394 = RdW 2004/480, 539 = ÖBl-LS 2004/133, 207.

<sup>11</sup> OGH 10.7.2007, 4 Ob 119/07i – *Aufbahrungsgegenstände*, ÖBl-LS 2007/164, 264.

<sup>12</sup> OGH 25.4.1995, 4 Ob 24/95 – *Städtische Bestattung*, ÖJZ-LSK 1995/165 = SZ 68/78 = ÖBl 1996, 80; jüngst 23.3.2011, 4 Ob 227/10a – *Billigdiesel-Tankstellen III*, RdW 2011/419, 403.

<sup>13</sup> OGH 10.7.2007, 4 Ob 119/07i – *Aufbahrungsgegenstände*, ÖBl-LS 2007/164, 264.

<sup>14</sup> Dazu statt vieler *Schuhmacher*, Die Essential Facility Doctrine als Herausforderung für das Urheberrecht in



Nutzungsverweigerung nicht geeignet war, jeglichen Wettbewerb auszuschließen. Dass es für den Kläger möglicherweise rentabler wäre, die Aufbahrungsgegenstände der Beklagten zu nutzen, reichte nicht aus.<sup>15</sup>

Im konkreten Anlassfall der räumlichen Monopolstellung des Beklagten und des Abverlangens eines behindernden „Kanzleikosten“-Zuschlags ist die Sache mE anders zu beurteilen, nämlich als klar unlautere Geschäftspraktik nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG.

**Ausblick:** Abschließend verdient auch die **Kostenentscheidung** des Höchstgerichtes Beachtung. Die klagende Partei hat während des Revisionsverfahrens insgesamt weitere vier Schriftsätze (am 11.3.2010, 23.6.2010, 16.11.2010 und 14.2.2011) zusätzlich zur Revision eingebracht und damit gegen den von der Rsp<sup>16</sup> entwickelten Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels verstoßen. Das Höchstgericht wies die Schriftsätze zurück, sprach aber andererseits der beklagten Partei keinen Kostenersatz für ihre Revisionsrekursbeantwortung zu, da sie lediglich formelhaft auf die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses hingewiesen hatte. Diese eher als streng zu beurteilende Ansicht<sup>17</sup> bedeutet für die Praxis, dass sich Rechtsmittelbeantworter nicht mit einem bloßen Formalantrag auf Zurückweisung der Revision bzw. des Revisionsrekurses begnügen sollten, sondern dafür zumindest eine kurze Begründung anzugeben verpflichtet sind oder sich sonst mit der Zulassung des Revisionsrekurses durch das Rekursgericht auseinandersetzen sollten. Rechtsmittelbeantworter sind daher mitunter gehalten, inhaltliche Ausführungen zur Unzulässigkeit zu machen, selbst wenn das Berufungs- oder Rekursgericht das ordentliche Rechtsmittel an das Höchstgericht bereits zugelassen hat.

#### IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der österreichischen Gerichte fallen Streitigkeiten zwischen Bestattungsunternehmen über die allfällige sittenwidrige Ausnutzung einer Monopolstellung des einen über die Mitbenützung einer Leichenhalle und möglicherweise überhöht verrechneten Mitbenützungspreisen aufgrund des privatrechtlichen Charakters dieser Rechtsbeziehungen bzw. Dienstleistungen in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und nicht der Verwaltungsbehörden. Abgesehen von lauterkeits- oder kartellrechtlichen Verfahren besteht daher die Möglichkeit von allgemein zivilrechtlichen Unterlassungsklagen.

---

*Dittrich* (Hg), Beiträge zum Urheberrecht VII (2003), 85 mwN.

<sup>15</sup> OGH 10.7.2007, 4 Ob 119/07i – *Aufbahrungsgegenstände*, ÖB1-LS 2007/164, 264.

<sup>16</sup> Zurückgehend auf OGH 20.5.1959 2 Ob 57/59, EvBl 1959/223 = JBl 1959, 376: „Jeder Partei steht nur eine einzige Rechtsmittelschrift oder Rechtsmittelgegenschrift zu. Weitere Rechtsmittelschriften und Rechtsmittelgegenschriften, Nachträge oder Ergänzungen sind auch dann unzulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist angebracht werden.“ Vgl. auch *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung in der ZPO<sup>2</sup> (2009), 22.

<sup>17</sup> Großzügiger demgegenüber *G. Kodek*, Praxistipps zur Revision, Zak 2007, 68, 45 rSp mwN.