

TE OGH 2008/7/8 4Ob57/08y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.07.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofrätin Dr. Schenk sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundesarbeitskammer, *****, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei S***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 30. Jänner 2008, GZ 1 R 193/07w-11, mit welchem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Juli 2007, GZ 18 Cg 15/07f-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird, soweit es sich auf die Punkte b. und c. des Unterlassungsbegehrens und auf das Veröffentlichungsbegehren bezieht, bestätigt. Zu Punkt a. des Unterlassungsbegehrens wird es teilsbestätigt und teils dahin abgeändert, dass die Entscheidung darüber insgesamt wie folgt lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, ihre Leistungen, insbesondere die Mitgliedschaft in dem von ihr veranstalteten „PonyClub“ in Österreich, gegenüber Kindern, insbesondere Volksschulkindern, insbesondere durch Verteilung in Werbepaketen wie „Hallo Pause“, zu bewerben, wenn in der Werbung der Preis der Leistungen, insbesondere jener, die im Rahmen des „PonyClubs“ erbracht werden, aus den Werbeunterlagen nicht deutlich ersichtlich ist und/oder wenn die Leistungen durch Gewinnspiele, etwa über einen einwöchigen Urlaub auf einem Reiterhof für zwei Personen beworben werden, es sei denn, die Teilnahme an diesen Gewinnspielen hänge nach der Gestaltung der Werbung eindeutig nicht von der Inanspruchnahme der Leistung ab.

Das Mehrbegehren, die an Kinder gerichtete Werbung mit Gewinnspielen zur Gänze zu verbieten, wird abgewiesen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen einen mit 8.615,88 EUR bestimmten Anteil an den Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen (darin 607 EUR Barauslagen, 1.334,83 EUR Umsatzsteuer) zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte verlegt und vertreibt Bücher und Zeitschriften. Dabei bietet sie unter anderem die Mitgliedschaft in einem „PonyClub“ an. Die „Mitglieder“ erhalten monatlich „Abenteuer-“ bzw. „Spezialpakete“ mit „tollen Büchern, Extras und Überraschungen“ zugeschickt, wofür jeweils ein Entgelt von 17,95 bzw. 23,95 EUR (inklusive Versandkosten) zu zahlen

ist. Der Inhalt der Pakete wird jeweils vorweg in einem „PonyClub-Magazin“ vorgestellt; die „Mitglieder“ können auf die angekündigte Zusendung „verzichten“. Die Mitgliedschaft kann jederzeit gekündigt werden.

Im November 2006 ließ die Beklagte an Wiener Volksschulen einen Werbeprospekt für diesen „PonyClub“ verteilen, der sich in Aufmachung und Diktion zum weit überwiegenden Teil an Kinder richtete. Auf der Vorderseite befand sich unter der Überschrift „Hallo Pferdefan! Rubbel dir deine mega Überraschungskiste!“ ein Rubbelspiel. Würden „goldene Hufis“ (Hufeisen) freigerubbelt, so erhielten die Kinder eine „Kiste“ mit zwei, vier oder sieben „Überraschungen“. Diese Überraschungen wurden im Inneren des Prospekts näher vorgestellt. Rechts oben davon befand sich ein farblich abgehobenes Feld mit dem Text „Zum Kennenlernen für nur EUR 4,95 inkl. Porto und Verpackung“, wobei der Preis fett und in deutlich größerer Schrift gedruckt war. Links von den Überraschungen befand sich ein in Briefform dargestellter Text, der sich an die Eltern richtete. Mit blauem Marker angestrichen war darin der Hinweis „Auch wenn wir 'Club' heißen: Beim PonyClub besteht garantiert keine Abo-Verpflichtung! Zu Ihrer Sicherheit erfahren Sie immer vorab den Inhalt des nächsten Paketes - und können jederzeit auf ein Paket verzichten.“ Und weiters: „Sie sehen, der PonyClub bietet Spaß ohne jedes Risiko! Schenken Sie Ihrem Kind diese Freude!“

Auf einer weiteren Doppelseite des Prospekts wurde der „PonyClub“ mit der Überschrift „Toller Lesespaß, coole Überraschungen und süße Pferdesachen garantiert!“ beworben. Insgesamt drei zehn- beziehungsweise zwölfjährige Mädchen und eine Mutter berichteten, wie sehr sie sich auf die monatlichen Pakete freuten. Dieser Teil der Werbung richtete sich eindeutig an Kinder; über die konkrete Abwicklung und die Preise der Pakete fand sich dort nichts.

Dem Prospekt beigelegt war ein freigemachter Rückumschlag, mit dem ein Bestellschein („Kennenlern-Ticket“) verbunden war, der von der Verschlusslasche des Umschlags entlang einer Perforation abgerissen werden konnte. Auf dem „Kennenlern-Ticket“ stand folgender Text: „Ja, ich will Mitglied im PonyClub werden. Bitte schick mir die Mega-Überraschungskiste zum Kennenlernen mit bis zu sieben Überraschungen für nur EUR 4,95 (inkl. Porto und Verpackung). Danach erhalte ich monatlich weitere Pony-Club-Pakete - wie umseitig beschrieben - die ich nur kaufe, wenn ich sie will. Die Garantie Informationen auf der Rückseite habe ich gelesen.“ Daneben befand sich ein Adressfeld mit der Überschrift „Unbedingt komplett ausfüllen, damit deine Überraschungs-Kiste gut ankommt“. Darauf folgen zunächst Zeilen für Name, Anschrift und Geburtsdatum des „Mitglieds“. In einer weiteren Zeile war der Name des „Erziehungsberechtigten“ anzugeben, der dann in der nächsten Zeile unterschreiben musste. Darunter befand sich der rot gedruckte Satz: „Wichtig: Ohne Unterschrift der Eltern können wir dich nicht beliefern!“

In den „Garantie Informationen“ auf der Rückseite des Bestellscheins, die sich in ihrer Diktion ebenfalls an Kinder richteten („du“), wurde der „PonyClub“ näher vorgestellt. Insbesondere wurde ausgeführt, dass man mit der Anforderung der „Überraschungs-Kiste“ automatisch Mitglied im Club werde und, wenn man wolle, jeden Monat ein neues PonyClub-Paket bekomme. Weiter hieß es: „Der PonyClub bietet dir zwölf Club-Pakete pro Jahr: 8 Abenteuerpakete ... für immer nur EUR 13,95 und 4 extragroße Spezialpakete für je nur EUR 19,95 (plus je EUR 3,50 Versandkosten). Wenn du dein nächstes Paket haben willst, brauchst du nichts zu tun. Es kommt dann automatisch.“ Wenn man das angebotene Paket einmal nicht haben wolle, könne man einfach darauf verzichten - Anruf genüge. Zuletzt hieß es: „Du gehst null Risiko ein: Du kannst deine Club-Mitgliedschaft jederzeit kündigen. Kurzer Anruf oder Postkarte genügt“.

Der Rückumschlag war (auch) als „Gewinn-Ticket“ gestaltet. Auf der Vorderseite fand sich unter der Überschrift „111 x 1 Profi-Pflegekoffer zu gewinnen!“ ein weiteres Rubbelspiel. Die Verlosung erfolgte nach dem Begleittext unter allen Einsendern, die drei „Ponys“ freirubbeln und (hervorgehoben gedruckt) innerhalb von sieben Tagen antworten würden. Auf der Rückseite befand sich ein „Gewinn-Ticket“ für „1 von 10 fantastischen Reiterhof-Ferien“. Voraussetzung war hier das Freirubbeln eines „blauen Hufis“.

Über dem als „Gewinn-Ticket“ gestalteten Teil des Umschlags befand sich, verdeckt durch dessen Verschlusslasche, unter der hervorgehobenen Überschrift „So kannst du gewinnen“ folgender klein gedruckter Text: „Mit der Einsendung deines Gewinn-Tickets mit richtig aufgeklebtem blauen 'Happy Hufi' nimmst du automatisch am 'PonyClub-Gewinnfestival 2006' teil. Deine Teilnahme ist unabhängig von einer Bestellung. Eine Bestellung beeinflusst deine Gewinn-Chancen nicht. Einsendeschluss ist der 31. 12. 2006. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.“

Als Anschrift für die Antwortsendung war auf dem Umschlag eine österreichische Postfachadresse angegeben. Eine andere Anschrift der Beklagten fand sich im Werbeschreiben nicht. Abgedruckt waren jedoch eine Telefonnummer und eine Internetadresse. Dort konnte die Anschrift der Beklagten ermittelt werden. Einen Hinweis auf ein Rücktrittsrecht

enthielt das Werbeschreiben nicht.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verpflichten,

a. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, ihre Leistungen, insbesondere die Mitgliedschaft in dem von ihr veranstalteten „PonyClub“ in Österreich gegenüber Kindern, insbesondere Volksschulkindern, zu bewerben, insbesondere durch Verteilung in Werbepaketen wie „Hallo Pause“, wenn in der Werbung der Preis der Leistungen, insbesondere jener, die im Rahmen des „PonyClubs“ erbracht werden, aus den Werbeunterlagen nicht deutlich ersichtlich ist und/oder die Leistungen durch Gewinnspiele, etwa über einen einwöchigen Urlaub auf einem Reiterhof für 2 Personen beworben werden;

b. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Verträge mit österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz abzuschließen, ohne dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, ihre geografische Anschrift offen zu legen;

hilfsweise:

es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, ihre geografische Anschrift offen zu legen;

c. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Verträge mit österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu belehren;c. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Verträge mit österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach Paragraph 5 e, KSchG zu belehren;

hilfsweise

es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu belehren.es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach Paragraph 5 e, KSchG zu belehren.

Weiters beantragt die Klägerin die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagausgabe der Kronen Zeitung.

Die Beklagte verschleierte den Preis ihrer Leistung. Erst aus dem Anmeldeformular sei ersichtlich, dass nicht nur die durch Freirubbeln erworbene Überraschungskiste rund 5 EUR koste, sondern die weiteren Pakete zwischen 17,45 EUR und 23,45 EUR. Dieses Formular sei jener Teil der Werbung, dem die umworbenen Kinder erfahrungsgemäß die geringste Beachtung schenken würden. Sie würden davon ausgehen, dass sie ohne Risiko und ohne Abo-Verpflichtung die tollen Artikel bekommen könnten, ohne dass sie oder ihre Eltern dafür einen nennenswerten Preis zahlen müssten. Die Aufmerksamkeit der Kinder werde somit auf die zahlreichen aufregenden Versprechungen gelenkt. Dadurch werde Vorfreude geweckt, die die Eltern enttäuschen müssten. Nach dem Selbstbeschränkungskodex des Österreichischen Werberats dürfe Werbung auf Kinder keinen direkten oder indirekten Kaufzwang ausüben und die Kinder nicht irreführen, insbesondere habe sie einfache, klare und vollständige Information zu liefern. Durch verkaufsfördernde Maßnahmen wie Gratiszugaben, Kostproben, Preisausschreiben oder Preisrätsel sollten Kinder nicht zum Kauf ermutigt beziehungsweise ihre Spielleidenschaft ausgenutzt werden.

Weiters verstoße die Beklagte durch Unterlassung der Angabe ihrer ladungsfähigen (geografischen) Anschrift gegen § 5c Abs 1 Z 1 KSchG. Die Möglichkeit, diese Adresse über ihren Internetauftritt zu ermitteln, reiche nicht aus. Schließlich verletze die Beklagte § 5c Abs 1 Z 6 KSchG, da sie in ihren Werbe- und Bestellunterlagen nicht auf das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG hinweise. Das Verhalten der Beklagten begründe Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch) und § 28a KSchG. Weiters verstoße die Beklagte durch Unterlassung der Angabe ihrer ladungsfähigen (geografischen) Anschrift gegen Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG. Die Möglichkeit, diese Adresse über ihren Internetauftritt zu ermitteln, reiche nicht aus. Schließlich verletze die

Beklagte Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer 6, KSchG, da sie in ihren Werbe- und Bestellunterlagen nicht auf das Rücktrittsrecht nach Paragraph 5 e, KSchG hinweise. Das Verhalten der Beklagten begründe Unterlassungsansprüche nach Paragraph eins, UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch) und Paragraph 28 a, KSchG.

Die Beklagte bestreitet einen Verstoß gegen das Lauterkeits- oder Fernabsatzrecht. Sie behauptete nicht, dass die „Überraschungen“ gratis abgegeben würden; der Preis für die (erste) Lieferung werde vielmehr blickfangmäßig angekündigt. Die Kosten für das jeweils nächste PonyClub-Paket würden sowohl im Club-Magazin als auch auf der Website angekündigt; die Kosten seien auch auf der Rückseite des „Kennenlern-Tickets“ genannt. Weiters werde auch darauf hingewiesen, dass die Teilnahme am Gewinnspiel kaufunabhängig sei.

Die Werbung sei ferner nicht darauf ausgerichtet, Kinder als Käufer zu gewinnen. Vielmehr müssten die Eltern für ihr Kind tätig werden. Anmeldungen ohne Unterschrift eines Erziehungsberechtigten würden konsequent zurückgewiesen. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung komme es daher ausschließlich darauf an, ob die Kaufentscheidung der Eltern unsachlich beeinflusst werde. Das sei nicht der Fall, weil die Gewinnspiele für die Eltern keinen Reiz böten. Eine Beeinflussung der Eltern durch die Kinder sei unerheblich, weil es zu den Grundlagen jeder Erziehung gehöre, dass Erziehungsberechtigte zu den vielfältigsten Wünschen ihrer Kinder „Nein“ sagen müssten.

Der Selbstbeschränkungskodex der Österreichischen Werbewirtschaft sei kein Gesetz. Dessen Verletzung könne daher nicht geahndet werden, sofern nicht gleichzeitig gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen werde.

Die Anschrift der Beklagten könne ihrem Internetauftritt entnommen werden. Das reiche als Information nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG aus. Die Kunden der Beklagten könnten, worauf sie ausdrücklich hingewiesen würden, auf einzelne Pakete verzichten und die Club-Mitgliedschaft jederzeit kündigen. Damit eröffne ihnen die Beklagte Möglichkeiten, die über die Rücktrittsrechte des KSchG hinausgingen. Es komme daher zu keiner Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen von Verbrauchern im Sinn des § 28 KSchG. Auch ein spürbarer Wettbewerbsvorsprung sei nicht zu erkennen. Die Anschrift der Beklagten könne ihrem Internetauftritt entnommen werden. Das reiche als Information nach Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG aus. Die Kunden der Beklagten könnten, worauf sie ausdrücklich hingewiesen würden, auf einzelne Pakete verzichten und die Club-Mitgliedschaft jederzeit kündigen. Damit eröffne ihnen die Beklagte Möglichkeiten, die über die Rücktrittsrechte des KSchG hinausgingen. Es komme daher zu keiner Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen von Verbrauchern im Sinn des Paragraph 28, KSchG. Auch ein spürbarer Wettbewerbsvorsprung sei nicht zu erkennen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Werbung richte sich an pferdebegeisterte Volksschulkinder; erst in zweiter Linie würden die Eltern angesprochen. Auch diese würden aber aufgrund der Fülle an Informationen und Ankündigungen nicht ohne weiteres erkennen, dass die folgenden Pakete wesentlich teurer seien als das erste. Sie würden in den meisten Fällen davon ausgehen, für nur 4,95 EUR ihren Kindern eine Vielzahl von Leistungen und Gewinnmöglichkeiten zu verschaffen, ohne darüber hinausgehende Verpflichtungen einzugehen. Zwar ermögliche die Beklagte eine Ablehnung der folgenden Pakete und die Kündigung der Mitgliedschaft. Die Wahrnehmung dieser Rechte sei aber mit einer Enttäuschung von Erwartungen der Kinder verbunden. Dadurch entstehe Druck für die Eltern. Wären die Kosten der weiteren Pakete auch für die Kinder auf den ersten Blick erkennbar, würden sie sich mit dem Angebot kritischer auseinandersetzen. Durch den Inhalt des Werbeschreibens würden Kunden angelockt und verleitet, einen Vertrag mit der Beklagten abzuschließen. Das sei sittenwidrig iSv § 1 UWG. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Werbung richte sich an pferdebegeisterte Volksschulkinder; erst in zweiter Linie würden die Eltern angesprochen. Auch diese würden aber aufgrund der Fülle an Informationen und Ankündigungen nicht ohne weiteres erkennen, dass die folgenden Pakete wesentlich teurer seien als das erste. Sie würden in den meisten Fällen davon ausgehen, für nur 4,95 EUR ihren Kindern eine Vielzahl von Leistungen und Gewinnmöglichkeiten zu verschaffen, ohne darüber hinausgehende Verpflichtungen einzugehen. Zwar ermögliche die Beklagte eine Ablehnung der folgenden Pakete und die Kündigung der Mitgliedschaft. Die Wahrnehmung dieser Rechte sei aber mit einer Enttäuschung von Erwartungen der Kinder verbunden. Dadurch entstehe Druck für die Eltern. Wären die Kosten der weiteren Pakete auch für die Kinder auf den ersten Blick erkennbar, würden sie sich mit dem Angebot kritischer auseinandersetzen. Durch den Inhalt des Werbeschreibens würden Kunden angelockt und verleitet, einen Vertrag mit der Beklagten abzuschließen. Das sei sittenwidrig iSv Paragraph eins, UWG.

Werde die Post als Fernkommunikationsmittel verwendet, so reiche es nicht aus, wenn der Anbieter die nach § 5c KSchG erforderlichen Informationen nur im Internet veröffentliche. Dem Verbraucher könne nicht zugemutet werden,

sich einen Internetzugang anzuschaffen, um an die Postanschrift eines Unternehmens zu gelangen. Werde die Post als Fernkommunikationsmittel verwendet, so reiche es nicht aus, wenn der Anbieter die nach Paragraph 5 c, KSchG erforderlichen Informationen nur im Internet veröffentliche. Dem Verbraucher könne nicht zugemutet werden, sich einen Internetzugang anzuschaffen, um an die Postanschrift eines Unternehmens zu gelangen.

Das Fehlen einer Belehrung über Rücktrittsrechte verstoße gegen § 5c Abs 1 Z 6 KSchG. Das Kündigungsrecht sei kein Rücktrittsrecht im Sinn der erwähnten Bestimmung, sondern eine normale Kündigung eines gültig abgeschlossenen Vertrags. Das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG führe demgegenüber zur Rückabwicklung des Vertrags. Mangels Kenntnis des Rücktrittsrechts sei wahrscheinlich, dass die Konsumenten dieses nicht ausübten. Das Fehlen einer Belehrung über Rücktrittsrechte verstoße gegen Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer 6, KSchG. Das Kündigungsrecht sei kein Rücktrittsrecht im Sinn der erwähnten Bestimmung, sondern eine normale Kündigung eines gültig abgeschlossenen Vertrags. Das Rücktrittsrecht nach Paragraph 5 e, KSchG führe demgegenüber zur Rückabwicklung des Vertrags. Mangels Kenntnis des Rücktrittsrechts sei wahrscheinlich, dass die Konsumenten dieses nicht ausübten.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das Erstgericht habe dem Unterlassungsbegehren zu Punkt a. zu Recht stattgegeben. Die Werbung richte sich eindeutig an Kinder. Der Hinweis, dass die Teilnahme am Gewinnspiel von einer Bestellung unabhängig sei, finde sich in sämtlichen Unterlagen nur einmal, nämlich auf der Rückseite des Antwortkuverts im Fließtext unter der Abrissperforation. Kinder würden ihn gar nicht und Erziehungsberechtigte nur bei besonderer Aufmerksamkeit wahrnehmen. Die Beklagte erwecke daher den Eindruck, es würden kaufabhängige Gewinnspiele durchgeführt. An die Aufmerksamkeit des Interessenten könnten dabei keine hohen Anforderungen gestellt werden. Das Werbeschreiben enthalte eine Fülle an Informationen, insbesondere zu den angebotenen Überraschungen und Gewinnspielen, auf die unentwegt hingewiesen werde. Den Preis für das erste Überraschungs-Paket von 4,95 EUR finde man erst nach längerem Suchen, jenen für die weiteren Zusendungen erst auf der Rückseite des Kennenlern-Tickets, das Kinder erfahrungsgemäß nicht lesen. Der Preis werde damit verschleiert.

Die Kinder würden als Kaufmotivatoren für ihre Eltern angesprochen; damit sei die Kaufentscheidung der Eltern nicht mehr frei. Würden die Eltern durch die notwendige Unterschriftsleistung miteinbezogen, so werde es ihnen schwer fallen, dem Kind einen bereits konkret in Aussicht gestellten Gegenstand aus dem vielfältigen Angebot der Beklagten abzuschlagen. Damit werde der Spiel- und Sammeltrieb, der Hang zur Gruppenbildung und die Hoffnung auf neue Freundschaften ausgenutzt, um mittelbaren Einfluss auf die Eltern auszuüben.

Anzuwenden sei § 1 UWG idF der UWG-Novelle 2007. Danach gelte als aggressive Geschäftspraktik (§ 1a Abs 3 UWG) laut der Z 28 des Anhangs die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an die Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen. Anzuwenden sei Paragraph eins, UWG in der Fassung der UWG-Novelle 2007. Danach gelte als aggressive Geschäftspraktik (Paragraph eins a, Absatz 3, UWG) laut der Ziffer 28, des Anhangs die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an die Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen.

Zu Punkt b. des Spruchs habe das Erstgericht zutreffend erkannt, dass die Information dem Verbraucher zumindest auf gleiche Weise wie die Einladung zum Vertragsschluss zukommen müsse, sofern nicht ein für den Verbraucher noch vorteilhafterer Weg gewählt werde. Auch der in Punkt c. genannte Verstoß liege vor. Ein Kündigungsrecht, das ex nunc wirke, sei nicht gleichbedeutend mit einem Rücktrittsrecht, das zu einer Rückabwicklung des Vertrages ex tunc führe.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Beklagten ist zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu irreführender oder aggressiver Werbung, die an Kinder gerichtet ist, fehlt. Sie ist jedoch nur in geringem Umfang berechtigt.

1. Zu Punkt a. des Spruches (Kinderwerbung)

1.1. Das beanstandete Verhalten wurde vor dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/79) gesetzt. Nach der Rechtsprechung des Senats (4 Ob 225/07b = MR 2008, 114 - Stadtrundfahrten, 4 Ob 42/08t, 4 Ob 27/08m ua) ist für die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs daher sowohl die alte als auch die neue Rechtslage maßgebend: Ein

Verbot kann nur erlassen oder bestätigt werden, wenn das darin umschriebene Verhalten auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist. Ein vor Inkrafttreten der Novelle gesetztes Verhalten begründet nur dann die Vermutung der Wiederholungsgefahr, wenn es schon zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig war. Im Ergebnis ist ein Unterlassungsanspruch daher nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstieß bzw verstößt. 1.1. Das beanstandete Verhalten wurde vor dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 (BGBl römisch eins 2007/79) gesetzt. Nach der Rechtsprechung des Senats (4 Ob 225/07b = MR 2008, 114 - Stadtrundfahrten, 4 Ob 42/08t, 4 Ob 27/08m ua) ist für die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs daher sowohl die alte als auch die neue Rechtslage maßgebend: Ein Verbot kann nur erlassen oder bestätigt werden, wenn das darin umschriebene Verhalten auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist. Ein vor Inkrafttreten der Novelle gesetztes Verhalten begründet nur dann die Vermutung der Wiederholungsgefahr, wenn es schon zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig war. Im Ergebnis ist ein Unterlassungsanspruch daher nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstieß bzw verstößt.

1.2. Nach neuem Recht handelt es sich bei der beanstandeten Werbung um eine aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a UWG. 1.2. Nach neuem Recht handelt es sich bei der beanstandeten Werbung um eine aggressive Geschäftspraktik iSv Paragraph eins a, UWG.

1.2.1. Die Werbung richtet sich nach Inhalt und Erscheinungsbild eindeutig an Kinder. Die Bestellung selbst (der „Beitritt“ zum „PonyClub“) muss allerdings - angesichts der Zielgruppe schon aus rechtlichen Gründen (§§ 151, 865 ABGB) - von den Eltern vorgenommen werden. Die Beklagte setzt die Kinder daher als „Kaufmotivatoren“ ein: sie sollen ihre Eltern veranlassen, eine bestimmte Kaufentscheidung zu treffen. 1.2.1. Die Werbung richtet sich nach Inhalt und Erscheinungsbild eindeutig an Kinder. Die Bestellung selbst (der „Beitritt“ zum „PonyClub“) muss allerdings - angesichts der Zielgruppe schon aus rechtlichen Gründen (Paragraphen 151,, 865 ABGB) - von den Eltern vorgenommen werden. Die Beklagte setzt die Kinder daher als „Kaufmotivatoren“ ein: sie sollen ihre Eltern veranlassen, eine bestimmte Kaufentscheidung zu treffen.

Diese Werbemethode wird nun von Z 28 des Anhangs zum UWG erfasst. Danach ist eine aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a UWG „die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen.“ Diese Regelung scheint zwischen einer unmittelbaren Aufforderung (zB „Kauf dir das Buch“ bzw „Sag deinen Eltern, sie sollen das Buch kaufen“) und bloß mittelbaren Werbebotschaften (zB „Du bekommst das Buch nur, wenn deine Eltern den Bestellschein unterschreiben“) zu unterscheiden und nur erstere zu erfassen (Köhler, Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken? WRP 2008, 700, 702; Scherer, Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren, WRP 2008, 430, 433; Wiltschek, MSA UWG2 [2007] 104; tendenziell strenger Mankowski, Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder? Zur Auslegung der Nr. 28 der deutschen und der europäischen black list, WRP 2008, 421, 425). Folgt man dieser Auffassung, läge im vorliegenden Fall wohl noch keine „unmittelbare“ Aufforderung an die Kinder vor, auf ihre Eltern einzuwirken; der Hinweis, dass diese unterschreiben müssten, könnte als bloß mittelbare und daher zulässige Werbebotschaft gedeutet werden. Diese Werbemethode wird nun von Ziffer 28, des Anhangs zum UWG erfasst. Danach ist eine aggressive Geschäftspraktik iSv Paragraph eins a, UWG „die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen.“ Diese Regelung scheint zwischen einer unmittelbaren Aufforderung (zB „Kauf dir das Buch“ bzw „Sag deinen Eltern, sie sollen das Buch kaufen“) und bloß mittelbaren Werbebotschaften (zB „Du bekommst das Buch nur, wenn deine Eltern den Bestellschein unterschreiben“) zu unterscheiden und nur erstere zu erfassen (Köhler, Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken? WRP 2008, 700, 702; Scherer, Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren, WRP 2008, 430, 433; Wiltschek, MSA UWG2 [2007] 104; tendenziell strenger Mankowski, Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder? Zur Auslegung der Nr. 28 der deutschen und der europäischen black list, WRP 2008, 421, 425). Folgt man dieser Auffassung, läge im vorliegenden Fall wohl noch keine „unmittelbare“ Aufforderung an die Kinder vor, auf ihre Eltern einzuwirken; der Hinweis, dass diese unterschreiben müssten, könnte als bloß mittelbare und daher zulässige Werbebotschaft gedeutet werden.

Allerdings ist hier nicht zu entscheiden, ob diese Auslegung des Begriffs „unmittelbar“ tatsächlich zutrifft. Denn nach dem Klagebegehren soll an Kinder gerichtete Werbung nur verboten werden, wenn darin (i) Preise verschleiert oder (ii) Gewinnspiele angekündigt werden. Gegenstand der Unterlassungsklage ist daher nicht die von Z 28 des Anhangs zum

UWG unter gewissen Umständen generell missbilligte Geschäftspraktik, Kinder als Kaufmotivatoren für ihre Eltern zu instrumentalisieren. Die Klägerin beanstandet vielmehr, dass die Beklagte zu diesem Zweck gegenüber den Kindern unlautere Mittel eingesetzt habe. Dabei handelt es sich um zusätzliche Sachverhaltselemente, die auch bei einer bloß mittelbaren Einflussnahme auf die Eltern die Unlauterkeit der Geschäftspraktik begründen können. Auf die - möglicherweise eine Klarstellung durch den EuGH erfordernde (Köhler, WRP 2008, 702) - Auslegung von Z 28 des Anhangs zum UWG kommt es daher nicht an. Allerdings ist hier nicht zu entscheiden, ob diese Auslegung des Begriffs „unmittelbar“ tatsächlich zutrifft. Denn nach dem Klagebegehren soll an Kinder gerichtete Werbung nur verboten werden, wenn darin (i) Preise verschleiert oder (ii) Gewinnspiele angekündigt werden. Gegenstand der Unterlassungsklage ist daher nicht die von Ziffer 28, des Anhangs zum UWG unter gewissen Umständen generell missbilligte Geschäftspraktik, Kinder als Kaufmotivatoren für ihre Eltern zu instrumentalisieren. Die Klägerin beanstandet vielmehr, dass die Beklagte zu diesem Zweck gegenüber den Kindern unlautere Mittel eingesetzt habe. Dabei handelt es sich um zusätzliche Sachverhaltselemente, die auch bei einer bloß mittelbaren Einflussnahme auf die Eltern die Unlauterkeit der Geschäftspraktik begründen können. Auf die - möglicherweise eine Klarstellung durch den EuGH erfordernde (Köhler, WRP 2008, 702) - Auslegung von Ziffer 28, des Anhangs zum UWG kommt es daher nicht an.

1.2.2. Eine Geschäftspraktik gilt nach § 1a Abs 1 UWG als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. 1.2.2. Eine Geschäftspraktik gilt nach Paragraph eins a, Absatz eins, UWG als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Eine solche Belästigung liegt nach Auffassung des Senats jedenfalls dann vor, wenn Kinder durch Mittel, die in Bezug auf ihr Fassungsvermögen (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) unlauter sind, dazu veranlasst werden, auf ihre Eltern Druck in Bezug auf eine bestimmte Kaufentscheidung auszuüben. Eine solche Belästigung liegt nach Auffassung des Senats jedenfalls dann vor, wenn Kinder durch Mittel, die in Bezug auf ihr Fassungsvermögen (Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 UWG) unlauter sind, dazu veranlasst werden, auf ihre Eltern Druck in Bezug auf eine bestimmte Kaufentscheidung auszuüben.

Zwar kann Eltern grundsätzlich zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch an diese gerichtete Werbung veranlasst oder verstärkt werden (BGH I ZR 82/05 = WRP 2008, 214 - Tony Taler; Scherer, WRP 2008, 436 mwN zur deutschen Lehre). An Kinder gerichtete Werbung ist daher - wie sich wohl auch aus einem Gegenschluss zu Z 28 des Anhangs zum UWG ergibt - nicht absolut unzulässig. Zwar kann Eltern grundsätzlich zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch an diese gerichtete Werbung veranlasst oder verstärkt werden (BGH römisch eins ZR 82/05 = WRP 2008, 214 - Tony Taler; Scherer, WRP 2008, 436 mwN zur deutschen Lehre). An Kinder gerichtete Werbung ist daher - wie sich wohl auch aus einem Gegenschluss zu Ziffer 28, des Anhangs zum UWG ergibt - nicht absolut unzulässig.

Anders verhält es sich aber, wenn die Wünsche der Kinder durch eine irreführende Geschäftspraktik oder eine andere unlautere Handlung hervorgerufen werden. Denn damit wird den Eltern nicht nur die - in der Erziehung unvermeidbare - Auseinandersetzung mit möglicherweise unvernünftigen Konsumwünschen ihrer Kinder aufgezwungen. Vielmehr müssen sie durch die Werbung veranlasste Fehlvorstellungen widerlegen, was in der Regel mit einem weit höheren zeitlichen und argumentativen Aufwand verbunden ist als das Gespräch über Konsumwünsche im Allgemeinen. Auch durchschnittlich informierte und verständige Eltern, die eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwenden (RIS-Justiz RS0114366; zuletzt 4 Ob 42/08t mwN), können unter solchen Umständen geneigt sein, den Wünschen des Kindes nachzugeben und damit eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie sonst nicht getroffen hätten.

Zwar wäre aus pädagogischer Sicht auch hier eine festere Haltung angebracht. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass gerade in solchen Fällen viele Eltern zur Vermeidung innerfamiliärer Konflikte der Werbung keinen Widerstand leisten werden. Unternehmen, die sich diesen Umstand zu Nutze machen, indem sie Kinder mit unlauteren Methoden bewerben, sind vom Schutzzweck der Erziehungspflicht der Eltern nicht erfasst. Daher können sie sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens nicht auf ein aus normativer Sicht „maßstabgerechtes“ Verhalten der Eltern berufen.

1.2.3. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte (zumindest) unter Bedachtnahme auf die von ihr unmittelbar angesprochene Personengruppe gegen lauterkeitsrechtliche Bestimmungen verstoßen.

(a) Ein durchschnittliches Volksschulkind (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) wird der beanstandeten Werbung nur die blickfangartig herausgestellten Vorteile der „PonyClub-Mitgliedschaft“ entnehmen, nicht aber die damit verbundenen Belastungen. Denn im Werbefolder wird nur der vergleichsweise geringe Preis der ersten „Überraschungs-Kiste“ genannt. Die deutlich höheren Preise der weiteren Lieferungen scheinen nur in den „Garantie-Informationen“ auf der Rückseite des Bestellscheins auf. Angesichts der Fülle an Informationen, die der Werbefolder über die angeblichen Vorteile der Clubmitgliedschaft enthält, ist nicht anzunehmen, dass ein Volksschulkind auch noch die - als „langweilig“ empfundene - Rückseite des Bestellscheins liest. Es wird daher nicht annehmen, dass mit dem „Beitritt“ zum „PonyClub“ weitere finanzielle Belastungen verbunden sein können, die deutlich höher sind als jene für die erste „Überraschungs-Kiste“ und die nur durch (vorheriges) Abbestellen einzelner Lieferungen oder durch den Austritt aus dem Club vermieden werden können. Damit ist die Werbung - aus Sicht der unmittelbar angesprochenen Personengruppe - in irreführender Weise unvollständig iSv § 2 Abs 4 UWG.

(a) Ein durchschnittliches Volksschulkind (Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 UWG) wird der beanstandeten Werbung nur die blickfangartig herausgestellten Vorteile der „PonyClub-Mitgliedschaft“ entnehmen, nicht aber die damit verbundenen Belastungen. Denn im Werbefolder wird nur der vergleichsweise geringe Preis der ersten „Überraschungs-Kiste“ genannt. Die deutlich höheren Preise der weiteren Lieferungen scheinen nur in den „Garantie-Informationen“ auf der Rückseite des Bestellscheins auf. Angesichts der Fülle an Informationen, die der Werbefolder über die angeblichen Vorteile der Clubmitgliedschaft enthält, ist nicht anzunehmen, dass ein Volksschulkind auch noch die - als „langweilig“ empfundene - Rückseite des Bestellscheins liest. Es wird daher nicht annehmen, dass mit dem „Beitritt“ zum „PonyClub“ weitere finanzielle Belastungen verbunden sein können, die deutlich höher sind als jene für die erste „Überraschungs-Kiste“ und die nur durch (vorheriges) Abbestellen einzelner Lieferungen oder durch den Austritt aus dem Club vermieden werden können. Damit ist die Werbung - aus Sicht der unmittelbar angesprochenen Personengruppe - in irreführender Weise unvollständig iSv Paragraph 2, Absatz 4, UWG.

(b) Die Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel ist - wiederum ausgehend vom Verständnis eines Volksschulkindes - als Zugabe iSv § 9a UWG zu werten.

(b) Die Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel ist - wiederum ausgehend vom Verständnis eines Volksschulkindes - als Zugabe iSv Paragraph 9 a, UWG zu werten.

Zugabe ist nach ständiger Rechtsprechung ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware (Hauptleistung) ohne besondere Berechnung angekündigt wird, um den Absatz der Hauptware oder die Verwertung der Hauptleistung zu fördern. Dieser Vorteil muss mit der Hauptware (Hauptleistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, dass er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluss zum Erwerb der Hauptware (Hauptleistung) zu beeinflussen, also Werbemittel oder Lockmittel sein (RIS-Justiz RS0081417). Ob eine Zuwendung vom Abschluss eines Hauptgeschäfts abhängig ist, richtet sich nicht danach, was der Werbende bezweckt; vielmehr kommt es darauf an, ob für die beteiligten Verkehrskreise der Eindruck der Abhängigkeit der Zuwendung vom Warenbezug erweckt wird, insbesondere also darauf, was der Kunde, an den sich die Werbung richtet, bei verständiger Würdigung annehmen muss (RIS-Justiz RS0079157).

Die Beklagte weist auf die Kaufunabhängigkeit der Teilnahme am „PonyClub-Gewinnfestival“ nur versteckt unter der Verschlusslasche des Antwortkuverts hin. Daher ist nicht anzunehmen, dass Kinder die diesbezüglichen Formulierungen überhaupt wahrnehmen. Zudem heißt es dort, dass die Teilnahme am Gewinnspiel von einer „Bestellung“ unabhängig sei, während sonst ausschließlich von einer „Mitgliedschaft“ im „PonyClub“ die Rede ist. Die Schlussfolgerung, dass sich der Begriff „Bestellung“ auf den „Beitritt“ zum „PonyClub“ bezieht, erfordert eine erhebliche intellektuelle Leistung, die zumindest von Volksschulkindern nicht erwartet werden kann.

Dass die Zugabe unter den Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG fiele, hat die Beklagte trotz der sie insofern treffenden Behauptungs- und Beweislast (4 Ob 2120/96k = ÖBl 1992, 29 - Vorhangnähen gratis; RIS-JustizRS0106458) nicht konkret vorgebracht. Daher liegt insofern eine nach den Wertungen des Lauterkeitsrechts (§ 9a UWG) jedenfalls unzulässige Einflussnahme auf die angesprochene Personengruppe vor. Ob auch ein kaufabhängiges Gewinnspiel für Kinder, das unter den Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG fiele, eine unzulässige Geschäftspraktik iSd Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG bilden könnte, ist aus diesem Grund nicht weiter zu prüfen. Dass die Zugabe unter den Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG fiele, hat die Beklagte trotz der sie insofern treffenden Behauptungs- und Beweislast (4 Ob 2120/96k = ÖBl 1992, 29 - Vorhangnähen gratis; RIS-JustizRS0106458)

nicht konkret vorgebracht. Daher liegt insofern eine nach den Wertungen des Lauterkeitsrechts (Paragraph 9 a, UWG) jedenfalls unzulässige Einflussnahme auf die angesprochene Personengruppe vor. Ob auch ein kaufabhängiges Gewinnspiel für Kinder, das unter den Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 8, UWG fiele, eine unzulässige Geschäftspraktik iSd Generalklausel des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, UWG bilden könnte, ist aus diesem Grund nicht weiter zu prüfen.

Nicht gegen das Lauterkeitsrecht verstieße hingegen eine Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel, die vom Bezug der Hauptware völlig unabhängig wäre. Denn hier wäre zumindest im Regelfall nicht anzunehmen, dass davon eine entscheidende Kaufmotivation ausgeht. Ob ein solches kaufunabhängiges Spiel vorliegt, hängt von der Gestaltung der jeweiligen Werbung ab; es müsste sich daraus eine der Bestellung gleichwertige Möglichkeit zur Teilnahme ergeben (4 Ob 87/92 = ÖBI 1993, 24 - Welt des Wohnens; RIS-JustizRS0079282). Maßgebend wäre wiederum das Verständnis der angesprochenen Kreise, hier das von Volksschulkindern.

1.2.4. Richtete sich die beanstandete Werbung ausschließlich an Kinder, lägen daher - unter Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 Satz 2 UWG - in irreführender Weise unvollständige Angaben über die eingegangene Verpflichtung und eine unzulässige Zugabe vor. Da die Kinder die geschäftliche Entscheidung nicht selbst treffen, sondern nach der Gestaltung der Werbung als Kaufmotivatoren für ihre Eltern wirken sollen, ist diese Vorgangsweise nach den oben (Punkt 1.2.) angestellten Erwägungen als eine die Eltern belästigende und damit aggressive Geschäftspraktik zu werten, die geeignet ist, durchschnittlich informierte und verständige Eltern zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Der Tatbestand des § 1a UWG ist daher erfüllt. 1.2.4. Richtete sich die beanstandete Werbung ausschließlich an Kinder, lägen daher - unter Bedachtnahme auf Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 UWG - in irreführender Weise unvollständige Angaben über die eingegangene Verpflichtung und eine unzulässige Zugabe vor. Da die Kinder die geschäftliche Entscheidung nicht selbst treffen, sondern nach der Gestaltung der Werbung als Kaufmotivatoren für ihre Eltern wirken sollen, ist diese Vorgangsweise nach den oben (Punkt 1.2.) angestellten Erwägungen als eine die Eltern belästigende und damit aggressive Geschäftspraktik zu werten, die geeignet ist, durchschnittlich informierte und verständige Eltern zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Der Tatbestand des Paragraph eins a, UWG ist daher erfüllt.

1.3. Die Parallelprüfung nach altem Recht führt zum selben Ergebnis. Maßgebend für die Beurteilung der Irreführungseignung und der Zugabeneigenschaft war auch danach das Verständnis der angesprochenen Kreise (zur Irreführungseignung zuletzt etwa 4 Ob 177/07v = MR 2008, 111 - Das beste Wachstum); § 1 Abs 2 Satz 2 UWG idGF hat hier zu keiner Änderung der Rechtslage geführt. Ferner verstieß es auch schon gegen die guten Sitten iSv § 1 UWG idF vor der Novelle 2007, Kinder durch irreführende Angaben oder auf sonst unlautere Weise dazu zu veranlassen, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren. Denn aus dem Leitbild des Leistungswettbewerbs ließ sich auch nach altem Recht die Forderung ableiten, dass der einzelne Wettbewerber die freie EntschlieÙung des Kunden nicht in einer Weise beeinträchtigen darf, die einen sachgerechten Vergleich der auf einem bestimmten Markt angebotenen Leistungen ausschließt (4 Ob 143/02m = ÖBI 2003, 171 - Igel-Real) oder zumindest grob behindert (vgl RIS-Justiz RS0077937). Das konnte auch durch den Einsatz von unlauter beeinflussten Kindern als Kaufmotivatoren erfolgen. 1.3. Die Parallelprüfung nach altem Recht führt zum selben Ergebnis. Maßgebend für die Beurteilung der Irreführungseignung und der Zugabeneigenschaft war auch danach das Verständnis der angesprochenen Kreise (zur Irreführungseignung zuletzt etwa 4 Ob 177/07v = MR 2008, 111 - Das beste Wachstum); Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 UWG idGF hat hier zu keiner Änderung der Rechtslage geführt. Ferner verstieß es auch schon gegen die guten Sitten iSv Paragraph eins, UWG in der Fassung vor der Novelle 2007, Kinder durch irreführende Angaben oder auf sonst unlautere Weise dazu zu veranlassen, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren. Denn aus dem Leitbild des Leistungswettbewerbs ließ sich auch nach altem Recht die Forderung ableiten, dass der einzelne Wettbewerber die freie EntschlieÙung des Kunden nicht in einer Weise beeinträchtigen darf, die einen sachgerechten Vergleich der auf einem bestimmten Markt angebotenen Leistungen ausschließt (4 Ob 143/02m = ÖBI 2003, 171 - Igel-Real) oder zumindest grob behindert (vergleiche RIS-Justiz RS0077937). Das konnte auch durch den Einsatz von unlauter beeinflussten Kindern als Kaufmotivatoren erfolgen.

1.4. Aufgrund dieser Erwägungen ist Punkt a. der erstinstanzlichen Entscheidung im Kern zu bestätigen. Vom Verbot auszunehmen sind allerdings Gewinnspiele, die nach dem Erscheinungsbild der Ankündigung vom Erwerb der Ware völlig unabhängig sind. Insofern hat eine Teilabweisung zu erfolgen. Weiters ist der Spruch im Sinn des von der

Klägerin ohnehin Gewollten dahin klarzustellen, dass an Kinder gerichtete Werbung nicht generell, sondern nur für den Fall der Irreführung oder des Anbietens nicht völlig kaufunabhängiger Gewinnspiele untersagt wird.

Allgemein gilt: Werden Kinder durch eine unter Berücksichtigung ihres Fassungsvermögens (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) irreführende Geschäftspraktik oder sonst auf unlautere Weise dazu veranlasst, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren, die diese sonst nicht getroffen hätten, liegt darin im Regelfall eine die Eltern belästigende aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a Abs 1 UWG. Allgemein gilt: Werden Kinder durch eine unter Berücksichtigung ihres Fassungsvermögens (Paragraph eins, Absatz 2, Satz 2 UWG) irreführende Geschäftspraktik oder sonst auf unlautere Weise dazu veranlasst, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren, die diese sonst nicht getroffen hätten, liegt darin im Regelfall eine die Eltern belästigende aggressive Geschäftspraktik iSv Paragraph eins a, Absatz eins, UWG.

2. Zu Punkt b. des Spruches (Anschrift)

2.1. Nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung über Informationen zum Namen (Firma) und zur ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers verfügen. Diese Informationen müssen nach § 5c Abs 2 KSchG in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ erteilt werden. 2.1. Nach Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung über Informationen zum Namen (Firma) und zur ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers verfügen. Diese Informationen müssen nach Paragraph 5 c, Absatz 2, KSchG in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ erteilt werden.

Die Beklagte bestreitet in der Revision nicht, dass die Angabe einer bloßen Postfachadresse dafür nicht ausreicht (4 Ob 175/03v = EvBl 2004/34). Sie vertritt jedoch die Auffassung, dass sie ihre Verpflichtung schon mit dem Hinweis auf ihren Internetauftritt erfüllt habe, von dem die Verbraucher die Information abrufen könnten.

2.2. Der auch hier erkennende Senat hat einen solchen Wechsel des Fernkommunikationsmittels für einen Vertragsabschluss über Telefon als unzulässig gewertet (4 Ob 92/03p = SZ 2003/52): ein solcher Wechsel verlange vom Verbraucher einen übermäßigen Aufwand; es könne nicht unterstellt werden, dass das andere Kommunikationsmittel allgemein verfügbar sei. Diese Entscheidung hat in der Lehre Zustimmung gefunden (Apathy in Schwimann ABGB3 V, § 5c KSchG Rz 10; Haberler, Rechtssicherheit im Mobile-Commerce? wbl 2003, 297, 301; Kathrein in KBB2 § 5c KSchG Rz 1). Die von der Revision für ihre gegenteilige Auffassung zitierten Belegstellen (RV zum FernabsatzG 1999, 1998 BlgNR 20. GP 21; Krejci in Rummel3 §§ 5a - 5i KSchG Rz 15) sind im jeweiligen Zusammenhang dahin zu verstehen, dass das Zurverfügungstellen der Information über einen Internetauftritt ausreichen kann. Das wird insbesondere dann zutreffen, wenn der jeweilige Vertrag selbst über den Internetauftritt abgeschlossen wird; in diesem Fall kann dem Verbraucher grundsätzlich zugemutet werden, sich die Informationen von dort zu beschaffen. Mit dem in 4 Ob 92/03p erörterten „Medienbruch“ (Haberler und Kathrein aaO) setzen sich diese Auffassungen allerdings nicht auseinander. 2.2. Der auch hier erkennende Senat hat einen solchen Wechsel des Fernkommunikationsmittels für einen Vertragsabschluss über Telefon als unzulässig gewertet (4 Ob 92/03p = SZ 2003/52): ein solcher Wechsel verlange vom Verbraucher einen übermäßigen Aufwand; es könne nicht unterstellt werden, dass das andere Kommunikationsmittel allgemein verfügbar sei. Diese Entscheidung hat in der Lehre Zustimmung gefunden (Apathy in Schwimann ABGB3 römisch fünf, Paragraph 5 c, KSchG Rz 10; Haberler, Rechtssicherheit im Mobile-Commerce? wbl 2003, 297, 301; Kathrein in KBB2 Paragraph 5 c, KSchG Rz 1). Die von der Revision für ihre gegenteilige Auffassung zitierten Belegstellen Regierungsvorlage zum FernabsatzG 1999, 1998 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 21; Krejci in Rummel3 Paragraphen 5 a, - 5i KSchG Rz 15) sind im jeweiligen Zusammenhang dahin zu verstehen, dass das Zurverfügungstellen der Information über einen Internetauftritt ausreichen kann. Das wird insbesondere dann zutreffen, wenn der jeweilige Vertrag selbst über den Internetauftritt abgeschlossen wird; in diesem Fall kann dem Verbraucher grundsätzlich zugemutet werden, sich die Informationen von dort zu beschaffen. Mit dem in 4 Ob 92/03p erörterten „Medienbruch“ (Haberler und Kathrein aaO) setzen sich diese Auffassungen allerdings nicht auseinander.

2.3. Der Senat sieht keinen Anlass, von der 4 Ob 92/03p zugrunde liegenden Rechtsansicht abzugehen. Nach § 5c Abs 2 KSchG ist die Information in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ zu erteilen. Dafür ist maßgebend, auf welche Weise der Vertrag geschlossen werden soll. Ist dafür - wie hier - ausschließlich der Postweg vorgesehen, so kann vom Verbraucher nicht verlangt werden, dass er sich die in § 5c Abs 1 Z 1 KSchG genannten Informationen zuvor über das Internet beschafft. Die Informationen müssen daher bereits

in der auf den Vertragsabschluss gerichteten Papierwerbung enthalten sein.^{2.3.} Der Senat sieht keinen Anlass, von der 4 Ob 92/03p zugrunde liegenden Rechtsansicht abzugehen. Nach Paragraph 5 c, Absatz 2, KSchG ist die Information in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ zu erteilen. Dafür ist maßgebend, auf welche Weise der Vertrag geschlossen werden soll. Ist dafür - wie hier - ausschließlich der Postweg vorgesehen, so kann vom Verbraucher nicht verlangt werden, dass er sich die in Paragraph 5 c, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG genannten Informationen zuvor über das Internet beschafft. Die Informationen müssen daher bereits in der auf den Vertragsabschluss gerichteten Papierwerbung enthalten sein.

2.4. Der Gesetzesverstoß der Beklagten läuft allgemeinen Verbraucherinteressen iSv§ 28a KSchG zuwider, weil er den Kunden - in einem typischen Massengeschäft (4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981) - im Streitfall die Rechtsverfolgung dadurch erschwert, dass sie eine ladungsfähige Anschrift der Beklagten erst zeit- und kostenaufwändig ermitteln müssen (4 Ob 175/03v). Der Unterlassungsanspruch besteht daher schon auf dieser Grundlage zu Recht. Ob die Beklagte durch das beanstandete Verhalten auch einen Wettbewerbsvorteil erlangen konnte, ist aus diesem Grund ohne Bedeutung (4 Ob 175/03v).^{2.4.} Der Gesetzesverstoß der Beklagten läuft allgemeinen Verbraucherinteressen iSv Paragraph 28 a, KSchG zuwider, weil er den Kunden - in einem typischen Massengeschäft (4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981) - im Streitfall die Rechtsverfolgung dadurch erschwert, dass sie eine ladungsfähige Anschrift der Beklagten erst zeit- und kostenaufwändig ermitteln müssen (4 Ob 175/03v). Der Unterlassungsanspruch besteht daher schon auf dieser Grundlage zu Recht. Ob die Beklagte durch das beanstandete Verhalten auch einen Wettbewerbsvorteil erlangen konnte, ist aus diesem Grund ohne Bedeutung (

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at