

# TE OGH 2000/6/15 4Ob117/00k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.06.2000

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. V\*\*\*\*\* KG, 2. V\*\*\*\*\*Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Gerald Ganzger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei V\*\*\*\*\*Zeitungsverlags GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr Barfuß Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 450.000 S), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 28. Februar 2000, GZ 5 R 62/99w-9, womit der Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 25. Jänner 1999, GZ 39 Cg 96/98f-5, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung unter Einschluss des bestätigten Teils wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerinnen gegen die Beklagte auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird den Klägerinnen bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils aufgetragen, es ab sofort zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Käufern der periodischen Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" unentgeltliche Zugaben zu gewähren, insbesondere wenn es sich bei den unentgeltlichen Zugaben um Zigeunerkarten handelt.

Das Mehrbegehr, den Klägerinnen bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils aufzutragen, es ab sofort zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in öffentlichen Bekanntmachungen und/oder anderen Mitteilungen, insbesondere in Zeitungen und/oder Zeitschriften und/oder in Postwurfsendungen, anzukündigen, dass sie Käufern der periodischen Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" unentgeltliche Zugaben, insbesondere Zigeunerkarten, gewähre, wird abgewiesen.

Die Klägerinnen haben die Hälfte ihrer Kosten vorläufig selbst zu tragen; die halben Kosten haben sie endgültig selbst zu tragen.

Die Klägerinnen sind zur ungeteilten Hand schuldig, der Beklagten die mit 7.272,54 S (darin 1.212,09 S USt) bestimmten anteiligen Äußerungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Klägerinnen haben die Hälfte ihrer Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen; die halben Kosten haben sie endgültig selbst zu tragen.

Die Klägerinnen sind zur ungeteilten Hand schuldig, der Beklagten die mit 20.007,90 S (darin 3.334,15 S USt) bestimmten anteiligen Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Erstklägerin, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Zweitklägerin ist, ist Eigentümerin und Verlegerin der wöchentlich erscheinenden Zeitschrift N\*\*\*\*\*. Die Beklagte ist Medieninhaberin der wöchentlich erscheinenden Zeitschrift "D\*\*\*\*\*". Die Streitteile stehen mit ihren Medienprodukten im Wettbewerb um Leser und Inseratenkunden. Vor dem 30. 9. 1998 ließ die Beklagte eine Postwurfsendung verteilen, die unter anderem vier Wahrsagekarten (Zigeunerkarten) enthielt. In dieser Postwurfsendung kündigte die Beklagte auch an, vom 30. 9. 1998 bis 25. 11. 1998 in jeder Ausgabe ihrer Zeitschrift jeweils vier weitere von insgesamt 36 Zigeunerkarten samt einer Anleitung über die Bedeutung jeder Karte und deren Handhabung gratis mitzuliefern. Auf der Titelseite der Zeitschrift der Beklagten Nr 40 vom 30. 9. 1998 wurde für das Sammeln der 36 Zigeunerkarten geworben und angekündigt, dass die ersten vier Karten dieser Ausgabe beigelegt seien. Die Zigeunerkarten weisen auf ihrer Vorderseite jeweils ein Bild auf, dessen Bedeutung schlagwortartig (zB "eine Reise" oder "viel Geld gewinnen") beschrieben wird; auf der Kartenrückseite befindet sich die schematische Darstellung eines geöffneten Auges, sowie darüber und darunter jeweils der Name der Zeitschrift der Beklagten. Im Handel sind Zigeuner-Wahrsagekarten ab 49 S erhältlich.

Mit Beschluss vom 28. 9. 1998 zu 4 Ob 221/98 hat der erkennende Senat in einem von der Erstklägerin geführten Verfahren der Beklagten mittels einstweiliger Verfügung verboten, Zugaben zur Zeitschrift "D\*\*\*\*\*", insbesondere ein "persönliches Horoskop gratis" mit dem Hinweis auf eine der Zeitschrift beiliegende Bestellkarte, anzukündigen, wenn der Erwerb der Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" nach dem Inhalt der Ankündigung Voraussetzung für die Erlangung der Zugabe ist oder wenn durch den Inhalt der Ankündigung der Eindruck erweckt wird, dass die Erlangung der Zugabe durch den Kauf der Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" ermöglicht oder erleichtert wird. Dieser Beschluss wurde der Erstklägerin - nach ihrer Behauptung in der Rekursbeantwortung - am 3. 11. 1998 zugestellt.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragen die Kläger, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zwei Wochen nach Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen,

a) in öffentlichen Bekanntmachungen und/oder anderen Mitteilungen, insbesondere in Zeitungen und/oder Zeitschriften und/oder in Postwurfsendungen, anzukündigen, dass sie Käufern der periodischen Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" unentgeltliche Zugaben gewähre, und

b) Käufern der periodischen Zeitschrift "D\*\*\*\*\*" unentgeltliche Zugaben zu gewähren,

insbesondere wenn es sich bei den unentgeltlichen Zugaben um Zigeunerkarten handle.

Spielkarten seien kein üblicher Zeitungsbestandteil und - mangels Geringwertigkeit - auch kein Reklamegegenstand. Die Gebrauchsfähigkeit der Zigeunerkarten werde durch den Aufdruck des Zeitschriftennamens auf der Rückseite in keiner Weise beeinträchtigt. Die Beklagte übe einen sittenwidrigen Kaufzwang aus und verstöße gegen §§ 9a, 1 UWG. Spielkarten seien kein üblicher Zeitungsbestandteil und - mangels Geringwertigkeit - auch kein Reklamegegenstand. Die Gebrauchsfähigkeit der Zigeunerkarten werde durch den Aufdruck des Zeitschriftennamens auf der Rückseite in keiner Weise beeinträchtigt. Die Beklagte übe einen sittenwidrigen Kaufzwang aus und verstöße gegen Paragraphen 9 a., 1 UWG.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie habe in ihrer Zeitschrift - beginnend mit der Ausgabe Nr 40 vom 30. 9. 1998 - eine Serie unter dem Titel "Das dritte Auge. Blick in die Zukunft" gebracht; die beanstandeten Zigeunerkarten seien für das Verständnis dieser Serie notwendig und damit (wie die Serie selbst) Bestandteil der Zeitung. Die Karten seien bloßes Hilfsmittel zum Auswerten der in der Artikelserie vermittelten Kenntnisse über Wahrsagerei und würden von den beteiligten Verkehrskreisen als Teil der Zeitschrift angesehen, der mit dem Kaufpreis für die Zeitschrift abgegolten sei. Im Übrigen fielen die Zigeunerkarten jedenfalls unter den Ausnahmetatbestand für geringwertige Kleinigkeiten und für Reklamegegenstände. Derartige Zigeunerkarten seien im Handel nicht erhältlich, weshalb es für sie keinen Verkehrswert gebe. Jedes den einzelnen Ausgaben der Zeitschrift beigelegte Blatt mit vier

Karten aus einfachem Karton koste in der Herstellung 37 Groschen zuzüglich Umsatzsteuer; insgesamt gebe es 36 Karten, von welchen vier mit der ersten Postwurfsendung an jeden Haushalt kostenlos zugestellt worden seien. Die angebliche Zugabe zur Zeitschrift bestehe daher insgesamt aus sieben Blättern zu je vier Karten, die insgesamt 3,11 S kosteten, was jedenfalls unter der Geringfügigkeitsgrenze liege. Überdies sei jede Zigeunerkafe auf ihrer Rückseite mit zwei unübersehbaren Reklameaufschriften versehen, nämlich dem Namen der Zeitschrift der Beklagten. Man könne diese Karten nicht verwenden, ohne dass die Aufmerksamkeit des Benützers und seiner Partner auf die auffallende Bezeichnung des werbenden Unternehmens gelenkt werde. Es liege somit ein klassischer - überdies absolut geringfügiger - Reklamegegenstand vor. Auch fehle den Klägerinnen das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie gegenüber der Beklagten bereits über einen Exekutionstitel verfügen, der ihr das Ankündigen jeglicher Zugabe untersage.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Den Klägerinnen könne ein rechtliches Interesse selbst angesichts des Beschlusses des Obersten Gerichtshofs vom 28. 9. 1998, 4 Ob 221/98y, nicht abgesprochen werden, weil dieser Beschluss nur das Verbot der Ankündigung von Zugaben, nicht jedoch auch jenes des Gewährens umfasse; darüber hinaus sei das darin ausgesprochene Verbot - anders als im gegenständlichen Sicherungsantrag - davon abhängig gemacht worden, dass der Erwerb der Zeitschrift der Beklagten nach dem Inhalt der Ankündigung Voraussetzung für die Erlangung der Zugabe sei oder zumindest der Eindruck entstehe, dass die Erlangung der Zugabe durch den Kauf dieser Zeitschrift ermöglicht oder erleichtert werde. Dass es sich bei Zigeunerkaften, sobald sie einmal aus ihrer Perforation gelöst seien, um selbständige Gegenstände handle, stehe außer Zweifel. Auch komme ihnen als Wahrsagekarten bei der Erstellung einer Zukunftsprognose eine Funktion zu, die in keinem Zusammenhang mit der Zeitschrift stehe. Vor allem dann, wenn man einmal die Erläuterungen zur Verwendung der Karten und zu deren Deutung gelesen (und verstanden) habe, könne man sie völlig unabhängig von der Artikelserie gebrauchen, zumal sie aus den Heften gelöst werden könnten und robust ausgeführt seien. Die Möglichkeit, sich oder anderen mittels dieser Karten "die Zukunft vorauszusagen", sei als zusätzlicher Vorteil zu beurteilen, den die Beklagte unentgeltlich in der Absicht gewähre, den Absatz der Hauptware, nämlich ihrer Zeitschrift, zu fördern. Sie seien auch trotz der Gestaltung ihrer Rückseite nicht als Reklamegegenstände im Sinne des § 9a Abs 2 Z 3 UWG anzusehen. Die Karten seien zum Auflegen bestimmt, sodass die Rückseite beim Gebrauch meist abgedeckt sei; von einer auffallenden Sichtbarkeit des Werbeaufdrucks, der auch bei nur flüchtigem Hinsehen sofort ins Auge falle, könne sohin nicht gesprochen werden. Auch werde die Verwendungsfunktion der Karten durch die Werbeaufschrift nach der Verkehrsauffassung so gut wie nicht gemindert. Der Gebrauch von Karten mit einem Werbeaufdruck könnte allenfalls demjenigen peinlich sein, der die Karten "professionell" verwende, was aber mit Sicherheit nicht der Regelfall sei. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die beanstandeten Karten für die Leser keinen besonderen Wert hätten. Auszugehen sei dabei nicht von den Gestehungskosten, sondern vom Gebrauchs- und Verkehrswert der Karten. Möge auch ihr Verkehrswert durch den Werbeaufdruck sowie deshalb herabgesetzt sein, weil sie im Vergleich zu marktgängigen Wahrsagekarten eine schlechtere Qualität aufwiesen, so treffe dies auf ihren Gebrauchswert in keiner Weise zu. Bei einer Verwendung zu Hause oder im Familienkreis könne der Werbeaufdruck nicht unangenehm sein. Bei der betragsmäßigen Wertbestimmung müsse von jenem Preis ausgegangen werden, den man auf dem Markt durchschnittlich zu zahlen hätte und den man sich folglich bei der Selbsterstellung einer Zukunftsprognose unter Zuhilfenahme der Zigeunerkaften der Beklagten erspare. Dieser Betrag liege deutlich über der (absoluten) Geringwertigkeitsgrenze, weshalb auch dieser Ausnahmetatbestand nicht verwirklicht sei. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Den Klägerinnen könne ein rechtliches Interesse selbst angesichts des Beschlusses des Obersten Gerichtshofs vom 28. 9. 1998, 4 Ob 221/98y, nicht abgesprochen werden, weil dieser Beschluss nur das Verbot der Ankündigung von Zugaben, nicht jedoch auch jenes des Gewährens umfasse; darüber hinaus sei das darin ausgesprochene Verbot - anders als im gegenständlichen Sicherungsantrag - davon abhängig gemacht worden, dass der Erwerb der Zeitschrift der Beklagten nach dem Inhalt der Ankündigung Voraussetzung für die Erlangung der Zugabe sei oder zumindest der Eindruck entstehe, dass die Erlangung der Zugabe durch den Kauf dieser Zeitschrift ermöglicht oder erleichtert werde. Dass es sich bei Zigeunerkaften, sobald sie einmal aus ihrer Perforation gelöst seien, um selbständige Gegenstände handle, stehe außer Zweifel. Auch komme ihnen als Wahrsagekarten bei der Erstellung einer Zukunftsprognose eine Funktion zu, die in keinem Zusammenhang mit der Zeitschrift stehe. Vor allem dann, wenn man einmal die Erläuterungen zur Verwendung der Karten und zu deren Deutung gelesen (und verstanden) habe, könne man sie völlig unabhängig von der Artikelserie gebrauchen, zumal sie aus den Heften gelöst werden könnten und robust ausgeführt seien. Die Möglichkeit, sich oder anderen mittels dieser Karten "die Zukunft vorauszusagen", sei als zusätzlicher Vorteil zu beurteilen, den die Beklagte unentgeltlich in der Absicht gewähre, den Absatz der Hauptware, nämlich ihrer Zeitschrift,

zu fördern. Sie seien auch trotz der Gestaltung ihrer Rückseite nicht als Reklamegegenstände im Sinne des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG anzusehen. Die Karten seien zum Auflegen bestimmt, sodass die Rückseite beim Gebrauch meist abgedeckt sei; von einer auffallenden Sichtbarkeit des Werbeaufdrucks, der auch bei nur flüchtigem Hinsehen sofort ins Auge falle, könne sohin nicht gesprochen werden. Auch werde die Verwendungsfunktion der Karten durch die Werbeaufschrift nach der Verkehrsauffassung so gut wie nicht gemindert. Der Gebrauch von Karten mit einem Werbeaufdruck könnte allenfalls demjenigen peinlich sein, der die Karten "professionell" verwende, was aber mit Sicherheit nicht der Regelfall sei. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die beanstandeten Karten für die Leser keinen besonderen Wert hätten. Auszugehen sei dabei nicht von den Gestehungskosten, sondern vom Gebrauchs- und Verkehrswert der Karten. Möge auch ihr Verkehrswert durch den Werbeaufdruck sowie deshalb herabgesetzt sein, weil sie im Vergleich zu marktgängigen Wahrsagekarten eine schlechtere Qualität aufwiesen, so treffe dies auf ihren Gebrauchswert in keiner Weise zu. Bei einer Verwendung zu Hause oder im Familienkreis könne der Werbeaufdruck nicht unangenehm sein. Bei der betragsmäßigen Wertbestimmung müsse von jenem Preis ausgegangen werden, den man auf dem Markt durchschnittlich zu zahlen hätte und den man sich folglich bei der Selbsterstellung einer Zukunftsprognose unter Zuhilfenahme der Zigeunerkarten der Beklagten erspare. Dieser Betrag liege deutlich über der (absoluten) Geringwertigkeitsgrenze, weshalb auch dieser Ausnahmetatbestand nicht verwirklicht sei.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil es zu den hier entscheidenden Fragen ausreichend Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gebe, von der das Rekursgericht nicht abgewichen sei. Die beanstandeten Zigeunerkarten seien zwar eine Zugabe iSd des § 9a UWG, sie seien aber als Reklamegegenstände iSd § 9a Abs 2 Z 3 UWG und auch als geringwertige Zuwendungen iSd § 9a Abs 2 Z 4 UWG zu beurteilen. Das zu ihrer Herstellung verwendete Papier habe keineswegs die Qualität der im Handel erhältlichen Wahrsagekarten; da die Karten aus einer Perforation zu lösen seien und somit keine glatten Kanten aufwiesen, handle es sich um geringwertige Kleinigkeiten. Die einzelnen Karten hätten keinen messbaren Eigenwert; ihr Gebrauchswert werde erst durch das Sammeln der einzelnen Karten vom Käufer selbst hergestellt und erschöpfe sich darin. Zusätzlich vermindert werde ihr Verkehrswert durch den Reklameaufdruck auf der Rückseite, der die Karten zu Reklamegegenständen mache. Sowohl der Verwender der Zigeunerkarten selbst, als auch derjenige, dem wahrgesagt werden solle, sei während des Wahrsagens laufend mit den Reklameaufschriften konfrontiert, weil das Kartenpaket zunächst verdeckt - also mit dem Rücken (der Reklameaufschrift) nach oben - auf dem Tisch liege. Auch während des Mischens der Karten seien die Reklameaufschriften stets sichtbar. Es sei nicht erforderlich, dass der Benutzer die Reklameaufschrift ununterbrochen sehe. Ob der Gebrauch der Karten mit Werbeaufdruck peinlich sein könnte, sei für deren Beurteilung als Reklamegegenstand ohne Bedeutung. Da zwischen den Klägerinnen solche tatsächlichen und rechtlichen Bindungen bestünden, die nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit annehmen ließen, das schutzwürdige Interesse der Zweitklägerin werde durch die Erstklägerin, die schon über einen entsprechenden Unterlassungstitel verfüge, vollwertig gewahrt, sei auch das Rechtsschutzbedürfnis der Zweitklägerin zu verneinen. Der den Klägerinnen bereits zur Verfügung stehende Exekutionstitel sei nicht enger gefasst als die nunmehr beantragte einstweilige Verfügung. Eine Zugabe liege nur dann vor, wenn der Erwerb der Hauptware nach dem Inhalt der Ankündigung Voraussetzung für die Erlangung der Zugabe sei oder wenn durch den Inhalt der Ankündigung der Eindruck erweckt werde, die Erlangung der Zugabe werde durch den Kauf der Hauptware ermöglicht oder erleichtert. Im Spruch der vom Obersten Gerichtshof zu 4 Ob 221/98y erlassenen einstweiligen Verfügung werde diese Voraussetzung einer Zugabe ausdrücklich genannt. Betreffend das Ankündigen von Zugaben sei das damit erlassene Verbot mit dem vom Erstgericht erlassenen Verbot identisch. Der Spruch eines Unterlassungstitels sei nicht buchstäblich auszulegen, damit nicht geringe Abweichungen Gesetzesumgehungen ermöglichen. Das Verbot bestimmter Eingriffe umfasse auch ähnliche Handlungsweisen. Die einstweilige Verfügung des Obersten Gerichtshofs im vorangegangenen Verfahren sei den Klägerinnen noch vor Erlassung der nunmehr bekämpften einstweiligen Verfügung durch das Erstgericht zugestellt worden. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil es zu den hier entscheidenden Fragen ausreichend Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gebe, von der das Rekursgericht nicht abgewichen sei. Die beanstandeten Zigeunerkarten seien zwar eine Zugabe iSd des Paragraph 9 a, UWG, sie seien aber als Reklamegegenstände iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG und auch als geringwertige Zuwendungen iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 4, UWG zu beurteilen. Das zu ihrer Herstellung

verwendete Papier habe keineswegs die Qualität der im Handel erhältlichen Wahrsagekarten; da die Karten aus einer Perforation zu lösen seien und somit keine glatten Kanten aufwiesen, handle es sich um geringwertige Kleinigkeiten. Die einzelnen Karten hätten keinen messbaren Eigenwert; ihr Gebrauchswert werde erst durch das Sammeln der einzelnen Karten vom Käufer selbst hergestellt und erschöpfe sich darin. Zusätzlich vermindert werde ihr Verkehrswert durch den Reklameaufdruck auf der Rückseite, der die Karten zu Reklamegegenständen mache. Sowohl der Verwender der Zigeunerarten selbst, als auch derjenige, dem wahrgesagt werden solle, sei während des Wahrsagens laufend mit den Reklameaufschriften konfrontiert, weil das Kartenpaket zunächst verdeckt - also mit dem Rücken (der Reklameaufschrift) nach oben - auf dem Tisch liege. Auch während des Mischens der Karten seien die Reklameaufschriften stets sichtbar. Es sei nicht erforderlich, dass der Benutzer die Reklameaufschrift ununterbrochen sehe. Ob der Gebrauch der Karten mit Werbeaufdruck peinlich sein könnte, sei für deren Beurteilung als Reklamegegenstand ohne Bedeutung. Da zwischen den Klägerinnen solche tatsächlichen und rechtlichen Bindungen bestünden, die nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit annehmen ließen, das schutzwürdige Interesse der Zweitklägerin werde durch die Erstklägerin, die schon über einen entsprechenden Unterlassungstitel verfüge, vollwertig gewahrt, sei auch das Rechtschutzbedürfnis der Zweitklägerin zu verneinen. Der den Klägerinnen bereits zur Verfügung stehende Exekutionstitel sei nicht enger gefasst als die nunmehr beantragte einstweilige Verfügung. Eine Zugabe liege nur dann vor, wenn der Erwerb der Hauptware nach dem Inhalt der Ankündigung Voraussetzung für die Erlangung der Zugabe sei oder wenn durch den Inhalt der Ankündigung der Eindruck erweckt werde, die Erlangung der Zugabe werde durch den Kauf der Hauptware ermöglicht oder erleichtert. Im Spruch der vom Obersten Gerichtshof zu 4 Ob 221/98y erlassenen einstweiligen Verfügung werde diese Voraussetzung einer Zugabe ausdrücklich genannt. Betreffend das Ankündigen von Zugaben sei das damit erlassene Verbot mit dem vom Erstgericht erlassenen Verbot identisch. Der Spruch eines Unterlassungstitels sei nicht buchstäblich auszulegen, damit nicht geringe Abweichungen Gesetzesumgehungen ermöglichen. Das Verbot bestimmter Eingriffe umfasse auch ähnliche Handlungsweisen. Die einstweilige Verfügung des Obersten Gerichtshofs im vorangegangenen Verfahren sei den Klägerinnen noch vor Erlassung der nunmehr bekämpften einstweiligen Verfügung durch das Erstgericht zugestellt worden.

Entscheidungsgrundlage für das Erstgericht bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nicht die Sachlage im Zeitpunkt der Antragstellung, sondern jene im Zeitpunkt der Beschlussfassung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Klägerinnen ist zulässig, weil das Rekursgericht von höchstgerichtlicher Rechtsprechung abgewichen ist; das Rechtsmittel ist teilweise berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass die beanstandeten Spielkarten - entgegen der von der Beklagten auch noch in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Meinung - nicht allein deshalb als Zeitungsbestandteil zu beurteilen sind, weil sie eine Artikelserie zum Thema "Blick in die Zukunft" ergänzen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein üblicher Zeitungsbestandteil vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung nicht starr an den in Vergangenheit oder Gegenwart üblichen Strukturen und Inhalten solcher Druckerzeugnisse festzuhalten, sondern auf die sich wandelnde Verkehrsauffassung Bedacht zu nehmen (ÖBI 1994, 168 = WBI 1994, 415 - Two-Days Superpass mwN; MR 2000, 110 - Klassik-CD). Im vorliegenden Fall ist daher maßgebend, ob nach der Verkehrsauffassung ein Kartenspiel üblicher Bestandteil einer Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Chronik, Unterhaltung und Sport ist. Diese Frage hat bereits das Erstgericht mit der zutreffenden Begründung verneint, den Spielkarten komme als Hilfe zur Erstellung einer Zukunftsprognose eine Funktion zu, die in keinem Zusammenhang mit der Zeitschrift stehe. Entscheidend ist demnach, dass der Zeitschriftenkäufer mit den Karten nicht eine Ergänzung der redaktionellen Berichterstattung, sondern in Aufmachung und Inhalt eine zusätzliche Leistung erhält (so schon 4 Ob 329/99g = MR 2000, 10 - Klassik-CD im Hinblick auf eine CD-ROM).

Die Klägerinnen bekämpfen die Rechtsansicht des Rekursgerichts, bei den Zigeunerarten handle es sich um einen Reklamegegenstand sowie um eine geringwertige Kleinigkeit, mit dem Argument, bei der vorgesehenen Benutzung der Karten trete die Werbeaufschrift völlig in den Hintergrund; auch sei deren Gebrauchs- und Verkehrswert keineswegs gering. Dem ist zuzustimmen.

Reklamegegenstände iSd § 9a Abs 2 Z 3 UWG sind Gegenstände - in der Regel Gebrauchsgegenstände -, die dadurch der Werbung dienen, dass man sie nicht verwenden kann, ohne dass die Aufmerksamkeit auf die auffallende

Bezeichnung des werbenden Unternehmens gelenkt wird (ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille mwN; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt). Die Reklamebezeichnung muss so deutlich angebracht sein, dass sie auch bei flüchtigem Hinsehen auf den ersten Blick ins Auge fällt (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 133; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; SZ 68/99 = ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm je mwN); sie macht den Gegenstand zum Werbegegenstand und vermindert damit seinen Verkehrswert (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 21, § 1 dZugV Rz 64; ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; MR 1993, 233 - Radiowecker). Ein Gegenstand, der einen nicht unerheblichen (Gebrauchs-)Wert hat und in diesem Wert durch den Reklameaufdruck, wenn überhaupt, nur unwesentlich gemindert ist, ist hingegen kein Reklamegegenstand im Sinne des Gesetzes (ÖBI 1994, 127 - Radiowecker; 4 Ob 1113/94 - Schirmkappe; 4 Ob 45/00x - Sonnenfinsternisbrille; 4 Ob 108/00m - Sportuhr). Reklamegegenstände iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG sind Gegenstände - in der Regel Gebrauchsgegenstände -, die dadurch der Werbung dienen, dass man sie nicht verwenden kann, ohne dass die Aufmerksamkeit auf die auffallende Bezeichnung des werbenden Unternehmens gelenkt wird (ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille mwN; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt). Die Reklamebezeichnung muss so deutlich angebracht sein, dass sie auch bei flüchtigem Hinsehen auf den ersten Blick ins Auge fällt (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 133; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; SZ 68/99 = ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm je mwN); sie macht den Gegenstand zum Werbegegenstand und vermindert damit seinen Verkehrswert (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 21, Paragraph eins, dZugV Rz 64; ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; MR 1993, 233 - Radiowecker). Ein Gegenstand, der einen nicht unerheblichen (Gebrauchs-)Wert hat und in diesem Wert durch den Reklameaufdruck, wenn überhaupt, nur unwesentlich gemindert ist, ist hingegen kein Reklamegegenstand im Sinne des Gesetzes (ÖBI 1994, 127 - Radiowecker; 4 Ob 1113/94 - Schirmkappe; 4 Ob 45/00x - Sonnenfinsternisbrille; 4 Ob 108/00m - Sportuhr).

Richtig ist nun zwar - wie die Beklagte in ihrer Revisionsrekursbeantwortung ausführt -, dass die Karten bei ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch vorerst verdeckt (also mit der Rückseite nach oben) auf dem Tisch liegen, womit die Reklameaufschrift (ebenso wie beim Mischen der Karten) sichtbar ist. Entscheidend ist aber, dass das Wahrsage-Kartenspiel seinem Charakter nach vorwiegend im Rahmen der Familie und des Freundeskreises Verwendung findet. Auf diese Weise tritt - anders als bei ihrer Bestimmung nach vorwiegend im öffentlichen Raum benutzten Gegenständen - die Reklamefunktion derart in den Hintergrund, dass sie den (mit rund 50 S nicht unerheblichen) Verkehrswert der Karten nicht spürbar mindert. Das Kartenspiel fällt deshalb nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 3 UWG. Richtig ist nun zwar - wie die Beklagte in ihrer Revisionsrekursbeantwortung ausführt -, dass die Karten bei ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch vorerst verdeckt (also mit der Rückseite nach oben) auf dem Tisch liegen, womit die Reklameaufschrift (ebenso wie beim Mischen der Karten) sichtbar ist. Entscheidend ist aber, dass das Wahrsage-Kartenspiel seinem Charakter nach vorwiegend im Rahmen der Familie und des Freundeskreises Verwendung findet. Auf diese Weise tritt - anders als bei ihrer Bestimmung nach vorwiegend im öffentlichen Raum benutzten Gegenständen - die Reklamefunktion derart in den Hintergrund, dass sie den (mit rund 50 S nicht unerheblichen) Verkehrswert der Karten nicht spürbar mindert. Das Kartenspiel fällt deshalb nicht unter den Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG.

Erlaubt sind Zugaben, die als geringwertige Kleinigkeiten iSd § 9a Abs 2 Z 4 UWG zu beurteilen sind. Maßgebend ist dabei - wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat - nicht der Herstellungs- oder Anschaffungswert für den Zugeber, sondern der Verbrauchs- oder Verkehrswert, den die Zugabe im allgemeinen für den Durchschnittskunden hat. Dies folgt schon aus dem Zweck des Zugabeverbots, das verhindern will, dass die Aufmerksamkeit des Kunden von der Hauptware fortgezogen und auf einen für den Kauf unwesentlichen Nebenartikel, die Zugabe gelenkt wird. Nur ein solcher Wert kann deshalb als gering angesehen werden, von dem kein beachtlicher wirtschaftlicher Anreiz (Beeinflussungseffekt) ausgeht (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 69; vgl auch SZ 68/99 = ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm). Bei einer - wie beim hier zu beurteilenden Kartenspiel gegebenen - echten Sammelzugabe, bei der die Einzelstücke für sich allein nicht bestimmungsgemäß verwendbar sind, sondern erst das Sammelergebnis ein gegenüber den Einzelteilen neues werhaftes Gut ist (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 25), kommt es auf den Wert der Sammlung (hier: des kompletten Kartenspiels) an (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 71). Mag auch im Handel ein Kartenspiel mit völlig gleichartigen Abbildungen wie jene auf den von der Beklagten verteilten Karten nicht erhältlich sein, so besteht doch ein Markt für Wahrsagekarten, auf denen vergleichbare Produkte angeboten werden; an deren Preis hat sich daher zu orientieren, ob das Spiel der Beklagten als geringwertige Kleinigkeit zu beurteilen ist. Erlaubt sind Zugaben, die als geringwertige Kleinigkeiten iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 4, UWG zu beurteilen sind. Maßgebend ist dabei - wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat - nicht der Herstellungs- oder Anschaffungswert für den Zugeber, sondern der

Verbrauchs- oder Verkehrswert, den die Zugabe im allgemeinen für den Durchschnittskunden hat. Dies folgt schon aus dem Zweck des Zugabeverbots, das verhindern will, dass die Aufmerksamkeit des Kunden von der Hauptware fortgezogen und auf einen für den Kauf unwesentlichen Nebenartikel, die Zugabe gelenkt wird. Nur ein solcher Wert kann deshalb als gering angesehen werden, von dem kein beachtlicher wirtschaftlicher Anreiz (Beeinflussungseffekt) ausgeht (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 69; vergleiche auch SZ 68/99 = ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm). Bei einer - wie beim hier zu beurteilenden Kartenspiel gegebenen - echten Sammelzugabe, bei der die Einzelstücke für sich allein nicht bestimmungsgemäß verwendbar sind, sondern erst das Sammelergebnis ein gegenüber den Einzelteilen neues werhaftes Gut ist (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 25), kommt es auf den Wert der Sammlung (hier: des kompletten Kartenspiels) an (Baumbach/Hefermehl aaO Rz 71). Mag auch im Handel ein Kartenspiel mit völlig gleichartigen Abbildungen wie jene auf den von der Beklagten verteilten Karten nicht erhältlich sein, so besteht doch ein Markt für Wahrsagekarten, auf denen vergleichbare Produkte angeboten werden; an deren Preis hat sich daher zu orientieren, ob das Spiel der Beklagten als geringwertige Kleinigkeit zu beurteilen ist.

Die beanstandete Ankündigung ist geeignet, beim Leser die Erwartung zu wecken, er erhalte (zusätzlich zu den einzelnen Exemplaren der Zeitschrift) ein vollständiges Blatt Wahrsagekarten mit normalem Gebrauchswert. Dass der Preis der Zeitungen, die erworben werden müssen, um ein vollständiges Kartenspiel zu erhalten, höher ist als der mit rund 50 S festgestellte handelsübliche Preis eines solchen Spiels, ist bedeutungslos, weil der Käufer die Spielkarte als zusätzliche unentgeltliche Leistung zur Hauptware Zeitung ansieht (ÖBI 1983, 89 - "Kurier"-WM-Kartei). Die Ausführungsqualität des beanstandeten Spiels (zB nicht ganz glatter Kartenrand) ist auch nur geringfügig niedriger als bei vergleichbaren Handelsprodukten, weshalb die Zugabe auch unter diesem Aspekt nicht als geringwertige Kleinigkeit beurteilt werden kann.

Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, das Rekursgericht habe zu Unrecht ihr Rechtsschutzbedürfnis verneint, weil es übersehe, dass der von ihnen erwirkte Unterlassungstitel nur die Ankündigung von Zugaben umfasse und nur eingeschränkt für solche Zugaben gelte, bei denen der Erwerb der Zeitung Voraussetzung für den Erwerb der Zugabe sei.

Wird in einem zweiten Provisorialverfahren zwischen denselben Parteien ein Sachverhalt behauptet, der über den im ersten Verfahren geltend gemachten Sachverhalt hinausgeht und der, für sich allein genommen, das Sicherungsbegehr zu begründen vermag, dann ist der Rechtsschutz des Klägers durch die erste einstweilige Verfügung nicht vollständig gewahrt. In einem solchen Fall ist das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers durch die Erlassung der ersten einstweiligen Verfügung nicht weggefallen (4 Ob 56/93 = ecolex 1993, 35 = WBI 1994, 34 = RdW 1994, 49). Zu fragen ist in derartigen Fällen, ob das im ersten Verfahren bereits erwirkte Gebot einen tauglichen Exekutionstitel zur Abstellung auch des gesamten im zweiten Verfahren behaupteten Verhaltens bildet (4 Ob 7/98b).

Im gegenständlichen Fall besitzt die Erstklägerin aus dem Vorverfahren einen Unterlassungstitel, mit dem sie gegen die Ankündigung von Zugaben gegen die Beklagte vorgehen kann; insoweit ist ihr kein Rechtsschutzbedürfnis zuzuerkennen. Gleiches gilt auch für die am Vorverfahren nicht beteiligte Zweitklägerin als ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin, deren schutzwürdige Interessen nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf Grund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbindung zur Erstklägerin vollwertig gewahrt sind (stRsp ua SZ 59/25 = ÖBI 1986, 102 - Nr 1 im Fensterbau; SZ 61/41 = ÖBI 1989, 14 - C&C Markt; ÖBI 1990, 151 - Die ganze Woche-Sparbuch; WBI 1999, 42 - Toaster mwN).

Zutreffend zeigen die Rechtsmittelwerber aber auf, dass sie in ihrem zweiten Sicherungsantrag auch das Gewähren von Zugaben behauptet und bescheinigt haben, welches Verhalten gegen § 9a Abs 1 Z 1 letzter Fall UWG verstößt. In diesem Umfang sind sie - selbst bei extensiver Auslegung des Vortitels - nicht in der Lage, das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten im Exekutionsweg abstellen zu lassen. Ihr Rechtsschutzbedürfnis, sich auch in diesem weitergehenden Umfang einen Exekutionstitel zu verschaffen ist deshalb - entgegen der Ansicht des Rekursgerichts - zu bejahen. Zutreffend zeigen die Rechtsmittelwerber aber auf, dass sie in ihrem zweiten Sicherungsantrag auch das Gewähren von Zugaben behauptet und bescheinigt haben, welches Verhalten gegen Paragraph 9 a, Absatz eins, Ziffer eins, letzter Fall UWG verstößt. In diesem Umfang sind sie - selbst bei extensiver Auslegung des Vortitels - nicht in der Lage, das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten im Exekutionsweg abstellen zu lassen. Ihr Rechtsschutzbedürfnis, sich auch in diesem weitergehenden Umfang einen Exekutionstitel zu verschaffen ist deshalb - entgegen der Ansicht des Rekursgerichts - zu bejahen.

Auch bei einstweiligen Verfügungen kommt es in Ansehung der Sachverhaltsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz an (ÖBI 1958, 52; SZ 48/45; RdW 1987, 168; 4 Ob 125/98f ua). Auf die in der Revisionsrekursbeantwortung aufgeworfene Frage, inwieweit durch einen Herausgeberwechsel im Sommer 1999 das Wettbewerbsverhältnis weggefallen ist, kommt es damit nicht mehr an. Der von der Beklagten zitierten Entscheidung ÖBI 2000, 17 - Melatonin lag insoweit ein anderer Sachverhalt zugrunde, als dort der persönlich haftende Gesellschafter die Geschäftsführung der Personenhandelsgesellschaft in keiner Weise beeinflussen konnte; dass Vergleichbares hier auf die Zweitbeklagte zuträfe, wurde nicht behauptet.

Dem Revisionsrekurs war im aufgezeigten Umfang Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerinnen beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 ZPO. Die Klägerinnen haben den Sicherungsantrag zu weit gefasst; mangels anderer Anhaltspunkte für die Bewertung sind Unterliegen und Obsiegen jeweils mit 50% zu bewerten (4 Ob 95/98v). Die Entscheidung über die Kosten der Klägerinnen beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO; jene über die Kosten der Beklagten auf Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41., 50 ZPO. Die Klägerinnen haben den Sicherungsantrag zu weit gefasst; mangels anderer Anhaltspunkte für die Bewertung sind Unterliegen und Obsiegen jeweils mit 50% zu bewerten (4 Ob 95/98v).

#### **Anmerkung**

E58502 04A01170

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00117.00K.0615.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20000615\_OGH0002\_0040OB00117\_00K0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)