

# TE OGH 1987/4/7 40b387/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.04.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch, Dr. Kuderna, Dr. Gamerith und Dr. Maier als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei N\*\*\* P\*\*\*, Druck- und Verlagsgesellschaft m.b.H., 3100 St. Pölten, Gutenbergstraße 12, vertreten durch Dr. Gottfried Korn, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Walter J\*\*\*, Geschäftsführer, 2345 Brunn/Gebirge, Pöllengraben, und 2. F\*\*\* Druck- und Verlagsgesellschaft m.b.H., 3500 Krems, Wiener Straße 127, Zweigniederlassung 1010 Wien, Marc Aurel Straße 4-6, und 2340 Mödling, Herzogsgasse 3, beide vertreten durch Dr. Alfred Strommer, Dr. Johannes Reich-Rohrwig und Dr. Georg Karasek, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (hier Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen die Zweitbeklagte; Streitwert für das Provisorialverfahren S 450.000), infolge Revisionsrekurses der zweitbeklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 8. August 1986, GZ 3 R 113/86-38, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 2. Mai 1986, GZ 37 Cg 204/85-31, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß die Entscheidung insgesamt wie folgt zu lauten hat:

Zur Sicherung des Anspruches der klagenden Partei gegen die zweitbeklagte Partei auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird der zweitbeklagten Partei ab sofort geboten, im geschäftlichen Verkehr beim Vertrieb der periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" die Ankündigung und Durchführung von Werbemaßnahmen zu unterlassen, bei denen Inserate für private Zwecke unentgeltlich abgegeben werden, wenn durch die Teilnahmebedingungen, insbesondere durch solche oder ähnliche, wie sie in dem auszuschneidenden Gutschein für eine Gratis-Privatanzeige in Verbindung mit den Anzeigebedingungen angeführt sind, der Eindruck erweckt wird, daß zur Teilnahme der Erwerb der periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" notwendig oder zumindest förderlich sei.

Hingegen werden die Sicherungsbegehren, es werde der zweitbeklagten Partei ab sofort geboten,

die Ankündigung von Gratisanzeigen und die Gewährung von Gratis-Privatanzeigen in allen Ausgaben der periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" zu unterlassen;

in eventu die Ankündigung und Gewährung von Gutscheinen für eine Gratis-Privatanzeige an eine individualisierte Personengruppe, insbesondere an Privatpersonen zu unterlassen, die Inserate nicht zu gewerblichen Zwecken aufgeben;

in eventu die Ankündigung der Veröffentlichung von Gratis-Privatanzeigen, deren Inhalt nicht gesetzwidrig ist, zu unterlassen, wenn tatsächlich derartige Anzeigen nur nach Maßgabe des vorhandenen Raumes und in der Reihenfolge des Einlangens veröffentlicht werden,

abgewiesen.

Die Bewilligung der einstweiligen Verfügung wird vom Erlag einer Sicherheit von S 300.000,-- abhängig gemacht.

Beide Teile haben ihre Rekurskosten selbst zu tragen. Die klagende Partei, welche die Kosten ihrer Rekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen hat, ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 12.290,85 (darin S 1.117,35 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses selbst zu tragen.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

### **Text**

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der Wochenzeitung "Niederösterreichische Nachrichten" mit insgesamt 26 Regionalausgaben. Ihre periodischen Druckschriften enthalten sowohl einen redaktionellen wie auch einen Anzeigenteil. Sie nimmt Anzeigen, insbesondere Privatanzeigen, nur entgeltlich entgegen. Die Zweitbeklagte ist Medieninhaberin der Wochenschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" mit 16 Mutationsausgaben für alle Regionen Niederösterreichs mit Ausnahme der Bezirke Amstetten und Melk. Außer den Streitteilen gibt es in Niederösterreich noch verschiedene andere Wochenzeitungen, die Kleinanzeigen bringen ("St. Pöltner Nachrichten", "Wiener Neustädter Nachrichten", "Schwarzataler Bezirksbote", "Rundschau in Baden und Schwechat", "Badener Zeitung", "Tullner Nachrichten" und "Klosterneuburger Nachrichten"). Schon ab Mai 1985 sah die Zweitbeklagte in ihrem Anzeigentarif Wortanzeigen für Private nach Maßgabe des vorhandenen Platzes und in der Reihenfolge des Einlangens kostenlos vor. Sie machte in Rundschreiben ihre Abonnenten auf die kostenlosen Gratiskleinanzeigen aufmerksam, durch die gleichsam ein "erster Gratis-Flohmarkt zu Hause" geschaffen werde. Sie verwies dazu auf eine ihrer Zeitung beiliegende und auszufüllende "Gratis-Anzeigenkarte". Weiters warb die Zweitbeklagte für ihre Gratisanzeigen auf dem Zeitungstitelblatt, mit einer Plakataktion und einer Postwurfsendung. Auch in dieser stellte sie "Gratisanzeigen für Kauf, Tausch und Verkauf" in Aussicht; sie machte wiederum auf einen Gratis-Anzeigengutschein, der in jeder Ausgabe ihrer Zeitung, aber auch in jeder Trafik Niederösterreichs zu erhalten sei, aufmerksam. Der Kupon sollte ausgeschnitten oder ein Extra-Gutschein vom Händler abgestempelt werden. Die nur für private Zwecke bestimmten Texte sollten nicht mehr als 35 Wörter enthalten; Anzeigen, die gewerblichen Zwecken dienten, gesetzwidrig oder aus anderen Gründen abzulehnen seien, würden nicht veröffentlicht. Je schneller der Kupon abgeschickt werde, desto besser sei es. In der nächsten Woche erscheine der erste Gratis-Anzeigenmarkt mit 1000 Kleinanzeigen; natürlich kämen die ersten 1000 Einsendungen zuerst dran.

Die seit dem Beginn der Aktion drei- bis viermal versandten Gutscheine für Gratis-Anzeigen sind in vielen Trafiken vergriffen. Bei der Zweitbeklagten langen pro Woche 400 bis 600 Aufträge für Gratisanzeigen ein; für deren Veröffentlichung stehen in ihrer Zeitung grundsätzlich sechs Seiten zur Verfügung. Die Einschaltung erfolgt im Durchschnitt längstens innerhalb von drei Wochen ab Auftragserteilung. Die in Auftrag gegebenen Gratisanzeigen werden unabhängig davon veröffentlicht, ob sie mittels Kupons, gestempelten Gutscheins, formlos oder telefonisch aufgegeben werden. Auch auf die Reihung haben die Art und das Einlangen des jeweiligen Auftrages keinen Einfluß; darauf weist die Zweitbeklagte in ihrer Werbung allerdings nicht hin. Wenn ein Rückstau an nicht veröffentlichten Gratisanzeigen eintritt, werden in Abständen von etwa zwei bis vier Monaten zusätzliche Seiten zur Veröffentlichung herangezogen. Inhaltlich betreffen diese Kleinanzeigen Sachbereiche mit den Überschriften: "Auto, Zweirad, Diverses, Verkäufe, Suche, Tiere, Kontakte, Jobs, Realitäten". In den auszuschneidenden Gutscheinen sind die Gebiete "PKW, Zweirad, Kleidung, Musik, für Kinder, Fernsehen/HiFi/Video, Unterricht/Babysitter, Realitäten, Uhren/Schmuck, Möbel, Werkzeuge/Maschinen, Tiere, Kunst/Antiquitäten, Diverses, Haushalt, Jobs, Kontakte, Freizeit" anzukreuzen. Die Wochenschrift der klagenden Partei führt in ihren Anzeigen unter anderem Sachbereiche wie "offene Stellen,

Kraftfahrzeuge, Realitäten, Wohnungsmarkt und Krafträder". Beide konkurrierenden Wochenzeitungen haben eine regionale Streuung über das Bundesland Niederösterreich. Die Gratis-Anzeigenaktion der Zweitbeklagten wirkt sich auf den Anzeigenmarkt der Klägerin nur dort nicht aus, wo die Verbreitung der Zeitungen der Zweitbeklagten gering ist, wie etwa in den Räumen St. Pölten, Melk, Amstetten, Ybbstal, Erlaufthal, Schwechat und Tulln. Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragte die Klägerin, der Zweitbeklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, die Ankündigung von Gratisanzeigen und die Gewährung von Gratis-Privatanzeigen in allen Ausgaben ihrer periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" zu unterlassen;

in eventu die Ankündigung und Gewährung von Gutscheinen für eine Gratis-Privatanzeige an eine individualisierte Personengruppe, insbesondere an Privatpersonen, die Inserate nicht zu gewerblichen Zwecken aufgeben, zu unterlassen;

in eventu die Ankündigung der Veröffentlichung von Gratis-Privatanzeigen, deren Inhalt nicht gesetzwidrig ist, zu unterlassen, wenn tatsächlich derartige Anzeigen nur nach Maßgabe des vorhandenen Raumes und in der Reihenfolge des Einlangens veröffentlicht werden;

in eventu die Ankündigung und Durchführung von Werbemaßnahmen zu unterlassen, bei denen Inserate für private Zwecke unentgeltlich abgegeben werden, wenn durch die Teilnahmebedingungen, insbesondere durch solche oder ähnliche wie die in dem (in Ablichtung angeschlossenen) Gutschein in Verbindung mit den Anzeigenbedingungen angeführt, der Eindruck erweckt wird, daß zur Teilnahme der Erwerb der periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" notwendig oder zumindest förderlich sei; in eventu die Werbebehauptung "Gratisanzeigen. Für Ihren persönlichen Kauf, Verkauf, Tausch" oder die Werbebehauptung "Gratisanzeigen.....unsere Serviceleistung für Sie!" zu unterlassen, wenn gleichzeitig in der periodischen Druckschrift "'Die Neue' Landeszeitung für alle Niederösterreicher" Inserate gegen Entgelt geschaltet werden.

Zur Begründung ihrer Sicherungsanträge brachte die Klägerin vor, daß die Zweitbeklagte mit ihrer Gratisanzeigenaktion in mehrfacher Hinsicht gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts verstoße. Die eng begrenzten regionalen Räume, für welche die Streitteile Anzeigen einschalten, seien nahezu ident. Das Ankündigen und Gewähren von Gratisanzeigen für Private führe zur Marktverstopfung und somit zu einem sittenwidrigen Behinderungswettbewerb. Der Wettbewerb auf dem Privat-Kleinanzeigenmarkt in Niederösterreich sei praktisch zusammengebrochen. Die Zweitbeklagte veröffentliche auf sechs bis acht Seiten pro Woche im Schnitt ca. 500 bis 600 Kleinanzeigen, was einem Gegenwert von S 109.956,- entspreche. Während die Klägerin vorher noch 300 bis 500 Privatanzeigen pro Woche veröffentlicht habe, seien in der Ausgabe ihrer Wochenschrift vom 24. April 1986 nur noch 24 Privatanzeigen enthalten gewesen.

Die Zweitbeklagte verstoße aber auch deshalb gegen § 1 UWG, weil die Inserenten die Zeitung kaufen müßten, um zu erfahren, ob ihr Inserat auch eingeschaltet worden sei; die Veröffentlichung der Anzeigen erfolge nämlich nur nach Maßgabe des vorhandenen Raumes. Auch damit werde ein unsolides Moment in den Warenvertrieb getragen. Darüber hinaus sei der Erwerb der Zeitung erforderlich, um in den Genuß einer Gratisanzeige zu kommen; die Einschaltung einer kostenlosen Privatanzeige sei nämlich jetzt nur noch mit einem aus der Zeitung ausgeschnittenen Gutschein möglich. Somit liege ein Verstoß gegen §§ 28 und 1 UWG vor.

Die Werbeankündigung der Zweitbeklagten sei auch irreführend im Sinne des § 2 UWG. Entgegen der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise würden nicht alle, sondern nur Privatanzeigen kostenlos eingeschaltet. Es fehle ein Hinweis darauf, daß die Aktion nur auf Nichtgewerbetreibende beschränkt sei. Auch die Einschränkung, daß die Einschaltungen nur nach Maßgabe des Anzeigenraumes erfolgen, bleibe den Inserenten verborgen. Da die Gutscheine eine weitere, wirtschaftlich selbständige Leistung zusätzlich zur Zeitung seien, verstoße die Aktion der Zweitbeklagten als Gewährung unzulässiger Zugaben gegen § 1 ZugG. Zusätzlich zur Zeitung erhalte der Kunde die Insertionsmöglichkeit in der nächsten Ausgabe. Die Zweitbeklagte biete schließlich entgegen dem Verbot des § 1 RabG gleichartige Waren zu verschiedenen Bedingungen an; trotz generell gültiger Anzeigenpreise räume sie Privaten einen Sonderpreis allein wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verbraucherkreis ein.

Die Zweitbeklagte beantragte, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Sie führe gar keine Werbekampagne sondern veröffentliche sämtliche Privatanzeigen als Bestandteil eines neuen Zeitungskonzepts auf Dauer kostenlos. Die Privatinserte in einer Art "Flohmarkt" seien geradezu Lesestoff für die Zeitungskäufer. Die klagende Partei verkenne offenbar die Gesamtentwicklung des einschlägigen Zeitungsmarktes, der sich zunehmend über die Funktion als Informationsträger hinaus zu einer Serviceinstitution entwickle. Auf das Einsenden von Kupons

oder Gutscheinen komme es für die Reihenfolge der Veröffentlichung nicht an; ein solcher Eindruck werde auch nicht erweckt. Bei der Klägerin sei der Umsatz mit Privatanzeigen nicht zurückgegangen, sondern gestiegen. Es treffe nicht zu, daß der niederösterreichische Markt für Kleinanzeigen bei 1000 Inseraten pro Woche liege und die Streitteile sich diesen Markt aufteilen. Kleinanzeigen könnten auch in verschiedenen anderen Regionalzeitungen untergebracht werden. Die Zweitbeklagte habe lediglich neue, nur für Gratisanzeigen zu gewinnende Interessenten angesprochen, der Anzeigenmarkt sei keineswegs verstopft. Zwischen der Erbringung unentgeltlicher und entgeltlicher Leistungen bestehe auch kein Wettbewerbsverhältnis. Psychischer Zwang zum Erwerb der Zeitung der Zweitbeklagten werde nicht ausgeübt. Die Klägerin habe gar nicht behauptet, daß die Auflage ihrer Wochenschrift wegen der kostenlosen und privaten Kleinanzeigen in der Zeitung der Zweitbeklagten zurückgegangen sei. Das Erstgericht wies das Hauptbegehren des Sicherungsantrages ab und erließ eine einstweilige Verfügung im Sinne des ersten Eventualbegehrens. Es hielt den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt für bescheinigt und stellte noch fest, daß sich das Inseratenvolumen der Wochenschriften der Klägerin im Jahre 1985 vergrößerte; in ihren Zeitungen erscheinen pro Ausgabe etwa 300 bis 500 bezahlte Anzeigen. In der rechtlichen Beurteilung vertrat das Erstgericht die Ansicht, daß die Veröffentlichung privater Gratisanzeigen nicht generell unzulässig sei. Umstände, welche die Gefahr einer Marktverstopfung mit sich bringen würden, seien nicht hervorgekommen; die für den freien Markt typische Konkurrenzsituation sei daher gewahrt geblieben. Die Zweitbeklagte habe jedoch gegen § 1 ZugG verstoßen, da sie durch das Gewähren von Gutscheinen auf Gratisanzeigen neben der Hauptleistung eine zusätzliche, wirtschaftlich selbständige Leistung erbracht habe, die objektiv geeignet sei, den Empfänger in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptsache zu beeinflussen. Gegen die Entscheidung des Erstgerichts erhoben beide Teile Rekurs. Das Rekursgericht gab lediglich dem Rekurs der Klägerin Folge und änderte den angefochtenen Beschluß des Erstgerichtes dahin ab, daß es dem im Sicherungsverfahren gestellten Hauptbegehren der Klägerin stattgab. Auf Grund der vorliegenden Bescheinigungsmittel stellte es ergänzend fest:

Bei der Zweitbeklagten langen mehr private Anzeigenaufträge pro Woche ein, als der Anzahl der tatsächlich veröffentlichten Inserate von wöchentlich ca. 500 bis 600 entspricht. Der Umfang ihres Gratisanzeigengeschäfts erreicht unter Zugrundelegung ihres eigenen Tarifs einen Wert von wöchentlich S 77.000,-- bzw. jährlich S 4,004.000,--; dazu kommen noch 10 % Anzeigenabgabe und 20 % Umsatzsteuer.

Die Feststellung des Erstgerichtes über die Vergrößerung des Anzeigenumfanges der Wochenzeitschrift der Klägerin für das Jahr 1985 beziehe sich mit ausreichender Deutlichkeit auf das gesamte Anzeigenvolumen; für eine zusätzliche Feststellung, daß der Anteil der Privatanzeigen in ihrem gesamten Anzeigengeschäft rückläufig sei, fehle es aber an der Bescheinigung ausreichender Vergleichsgrundlagen. Im übrigen sei es notorisch, daß eine Dienstleistung in vermehrtem Ausmaß in Anspruch genommen werde, wenn sie gratis erbracht wird.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Rekursgericht die Ansicht, daß durch § 1 UWG Wettbewerbshandlungen, die eine individuelle Behinderung bestimmter Mitbewerber oder der Gesamtheit der Mitbewerber herbeiführen, verhindert werden sollten, sofern die Hinderung nicht Folge eines Leistungsvergleiches, sondern der Aufhebung des Wettbewerbsbestandes sei. Werteklame sei ohne Rücksicht auf den Wert einer Zuwendung unzulässig, wenn sie den vorhandenen Bedarf decke und den Markt verstopfe. Die Sittenwidrigkeit des Vorgehens liege hier darin, daß die Mitbewerber durch den verstopften Markt in ihrer eigenen wirtschaftlichen Entfaltung gehindert würden. Dies sei auch bei der dauernden unentgeltlichen Einschaltung von Privatanzeigen in einer Wochenschrift möglich, wenn der mögliche völlige Ausschluß eines Konkurrenten von Privatanzeigengeschäften geeignet sei, die Verkaufszahlen der von ihm herausgegebenen Zeitschrift zu beeinflussen. Das Geschäft mit den privaten Anzeigen sei im Unternehmen der Streitteile zwar nicht das Hauptgeschäft; es sei aber im Hinblick auf den Anzeigenwert auch keine zu vernachlässigende Größe. Der Absatz eines Zeitungsproduktes sei auch von der Vielfalt des Anzeigenteils abhängig. Sollte die Zweitbeklagte ihre Absicht verwirklichen, den Umfang der kostenlosen Privatanzeigen zu vergrößern, dann bestehe die Gefahr, daß die Klägerin und die übrigen Mitbewerber vom Privatanzeigengeschäft auf dem Regionalmarkt ganz oder in großem Umfang ausgeschlossen würden. Schon eine geringe Verschiebung des Privatzeigenmarktes könne zufolge des Verlustes der Attraktivität als Werbeträger auch Auswirkungen auf das gewerbliche Anzeigengeschäft haben. Eine solche Marktverschiebung durch unentgeltliche Maßnahmen sei wettbewerbsfremd und führe zur Beeinträchtigung des Absatzes des Zeitungsproduktes schlechthin. Darauf, daß Konkurrenten bereits geschädigt worden seien, komme es nicht an.

Das Rekursgericht machte die Bewilligung der einstweiligen Verfügung gemäß § 390 Abs. 2 EO vom Erlag einer

Sicherheit in Höhe von S 300.000 abhängig und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000,- übersteige. Der Beschluß des Rekursgerichtes wurde der klagenden Partei am 25. August 1986 zugestellt. Die klagende Partei erlegte die geforderte Sicherheit innerhalb der Monatsfrist des § 396 EO.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Revisionsrekurs der Zweitbeklagten mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß der Antrag der Klägerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt den Eventualanträgen zur Gänze abgewiesen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Klägerin beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben, Hilfsweise ihren Eventualanträgen stattzugeben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dem Revisionsrekurs kommt zum Teil Berechtigung zu. In ihrem Revisionsrekurs vertritt die Zweitbeklagte die Auffassung, daß schon wegen des Bestehens weiterer Wochenzeitungen mit Kleinanzeigen sowie der Existenz überregionaler Zeitungen, die auch Kleinanzeigen schalteten, keine Marktverstopfung eintreten könne. Die in den Zeitungen der Streitparte abgedruckten 500 bis 600 Kleininserate machten lediglich rund die Hälfte des Kleinanzeigenmarktes in Niederösterreich aus. Da sich die Zahl der Kleininserate in den Wochenschriften der Klägerin sogar vergrößert habe, liege keine marktverstopfende Bedarfsdeckung vor. Trotz der von der Zweitbeklagten kostenlos abgedruckten Kleinanzeigen sei in ihrem Bereich ein Anstieg der bezahlten Anzeigen, darunter auch der Kleinanzeigen, zu verzeichnen. Um so mehr müsse dies auf Zeitungen zutreffen, die keine Gratisanzeigen abdrucken.

Eine konkrete Behinderung im Absatz sei von der Klägerin weder behauptet noch bescheinigt worden. Die Annahme einer bloß theoretischen Gefahr der Behinderung der Mitbewerber reiche für die Qualifikation einer Gestaltungsmaßnahme als sittenwidrig nicht hin; vielmehr müsse der Bestand des Wettbewerbs gefährdet sein. Die Aufnahme kostenloser Kleinanzeigen könnte nur dann als unzulässig angesehen werden, wenn sie zu einer gemeinschaftsschädigenden Störung der Wirtschaftsordnung führen müßte. Im Gegensatz dazu sei durch die Aktion der Zweitbeklagten nicht einmal für die Klägerin selbst eine negative Entwicklung im Anzeigengeschäft eingetreten.

Diese Ausführungen sind zum Teil beachtlich:

Die Rechtsprechung hat zur Frage des Wettbewerbs von Wochenzeitungen mit Hilfe kostenloser Kleinanzeigen bisher noch nicht Stellung genommen. Da es kein eigenes Wettbewerbsrecht für Medienunternehmen gibt (ebenso für die Bundesrepublik Deutschland: Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht 14, 906 § 1 dUWG RN 695), muß auch hier der allgemeine Grundsatz gelten, daß bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung stets vom Gesamtcharakter der Maßnahme auszugehen ist. Hält sich ein im Wettbewerb verwendetes Kampfmittel im Rahmen des Leistungswettbewerbes, dann wird es auch vom Standpunkt der guten Sitten aus nicht zu beanstanden sein, sofern nicht besondere Umstände im Einzelfall seine Sittenwidrigkeit begründen (Hohenecker-Friedl, Wettbewerbsrecht 16 f). Es liegt im Rahmen der wettbewerbslich-funktionalen Prüfung, sowohl eine individuelle Behinderung bestimmter Mitbewerber als auch eine allgemeine Behinderung der Gesamtheit der Mitbewerber auf einem bestimmten Markt zu verhüten, die nicht Folge eines Leistungsvergleiches, sondern im Gegenteil Folge der Aufhebung des Wettbewerbsstatbestandes ist und daher die Mitbewerber unmittelbar beeinträchtigt (Baumbach-Hefermehl aaO 897 § 1 dUWG RN 691). Nicht jeder Wettbewerb, der den Mitbewerber schädigt und verdrängt, ist bereits unlauterer Behinderungswettbewerb. Sinn und Zweck des wirtschaftlichen Wettbewerbes ist es ja gerade, in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen und ihm durch die Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung Kunden abzunehmen. Die Behinderung des Mitbewerbers darf aber nicht so weit gehen, daß dieser seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann. Ein solches Vorgehen beeinträchtigt nämlich nicht nur die freie wirtschaftliche Betätigung des Konkurrenten, sondern es gefährdet zugleich das Bestehen des Wettbewerbs an sich, welchen § 1 UWG im Interesse der Gesamtheit der Mitbewerber und darüber hinaus der Allgemeinheit schützen will. Es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalles an (OGH 15.4.1980 - Zeitung am Sonntag - ÖBl. 1980, 94 mwN).

So wurde etwa im Fall des Verschenkens einer Tageszeitung zu Werbezwecken entschieden, daß kein sittenwidriger Behinderungswettbewerb vorliegt, wenn die Gratisverteilung nach Art, Umfang und Dauer nur zur Erprobung erfolgt. Wie andere "Warenproben" dürfen aber auch Tageszeitungen nicht in solchen Mengen und über solche Zeiträume unentgeltlich abgegeben werden, daß dadurch Bedarfsdeckung eintritt und Mitbewerber infolge einer Marktverstopfung im Absatz ihrer eigenen Erzeugnisse behindert werden. Die mit der unentgeltlichen Verteilung der Zeitungen verbundene Gefahr einer finanziellen Einbuße für den Mitbewerber durch den Verlust von Anzeigenkunden

ist zwar eine Beeinträchtigung, reicht aber - als notwendige Folge des Leistungswettbewerbs - zur Annahme sittenwidrigen Verhaltens des Konkurrenten noch nicht aus. Dazu ist die zumindest teilweise Verdrängung vom Anzeigenmarkt erforderlich (OGH 4.10.1983 - N\*\*\* Vorarlberger Tageszeitung - ÖBl. 1984, 8). Auch die - auf die Vorwahlzeit beschränkte - Gratisverteilung einer Sonntagszeitung, die der Wahlwerbung diente, wurde nicht als sittenwidriger Behinderungswettbewerb angesehen. In diesem Fall war es durch die unentgeltliche Abgabe der Sonntagszeitung gar nicht möglich, die Tageszeitung der Mitbewerberin vom Markt zu verdrängen oder gar eine Marktverstopfung herbeizuführen (OGH 15.4.1980 - Zeitung am Sonntag - ÖBl. 1980, 94).

Demgegenüber wurde in der deutschen Rechtsprechung die ständige kostenlose Verteilung eines erheblichen Teils einer Fachzeitschrift - wie das ständige Verschenken von

Originalware - als grundsätzlich wettbewerbswidrig angesehen, ohne daß es auf den Nachweis einer konkreten Existenzgefährdung oder einer Bedrohung des Wettbewerbs durch Marktverstopfung ankam. Wesentlich war, daß die Mitbewerber auf dem Lesermarkt die gleiche Leistung anboten und daher jedes Blatt geeignet war, das andere zu ersetzen. Da die meisten Zeitungen zum Großteil aus dem Anzeigengeschäft finanziert werden, konnte eine diesbezügliche Einbuße für die Mitbewerber auf dem Zeitungsmarkt mittelbar auch Gefahren für die Unabhängigkeit der Presse mit sich bringen (BGH 17.12.1976 - Feld und Wald II - GRUR 1977, 608). In einer weiteren Entscheidung (3.7.1981 - Bäcker-Fachzeitschrift - WRP 1982, 17) führte der deutsche Bundesgerichtshof jedoch modifizierend aus, daß es bei der Wettbewerbswidrigkeit der Gratisverteilung von Zeitungen und Zeitschriften auf die individuelle Gestaltung, den Umfang, die Intensität und Wirkung der Werbemaßnahme ankomme; es seien sämtliche den Einzelfall bildenden Umstände zur Prüfung heranzuziehen und im konkreten Einzelfall festzustellen, ob der redliche Verkehr (alle in diesem Teilbereich beteiligten Leser, Verleger, Inserenten) das System der Gratisverteilung von Fachzeitschriften dieser Sparte als marktgerecht ansieht und billigt und von ihm keine Gefahr einer Marktverwilderung fürchtet, die zu einer Bestandsgefährdung des Wettbewerbs auf diesem Bereich und zu einem Absinken der redaktionellen Leistung führt.

Die Gratisverteilung sogenannter reiner Anzeigenblätter wurde in einer Reihe deutscher Entscheidungen als zulässig erachtet: Diese Blätter sind mit Zeitungen oder Zeitschriften, die dem Leser eine aktuelle Berichterstattung auf den Gebieten der Politik, des Weltgeschehens, der Lokalnachrichten, des Sports und der Kultur und dergleichen vermitteln, nicht vergleichbar. Auch wenn solche Anzeigenblätter einen redaktionellen Inhalt haben, tritt dieser in der Regel hinter den Inseraten zurück. Der redaktionelle Teil prägt nicht das Bild des Blattes und erscheint nur als Beiwerk zu den im Vordergrund stehenden Anzeigen. Diese Blätter erzielen ihre Einnahmen ausschließlich aus der Insertion (Baumbach-Hefermehl aaO 909 § 1 dUWG RN 699; Ochs, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Presse 12 und 20 mwN; WRP 1979, 44; WRP 1977, 271). Die Anzeigenblätter können nur dann in Wettbewerb mit den Tages- oder Wochenzeitungen treten, wenn sie auf Grund des Umfangs ihres redaktionellen Teiles in der Lage sind, diese Medien zu ersetzen. Kommt es aber zu einem Wettbewerb auf dem Lesermarkt, dann ist nach der Rechtsprechung keine konkrete Behinderung oder Existenzgefährdung der Mitbewerber erforderlich; eine tatsächliche Schädigung der Mitbewerber braucht hier nicht nachgewiesen zu werden (Baumbach-Hefermehl aaO 910 § 1 dUWG RN 700; Ochs aaO 23 f und 43; WRP 1985, 169; WRP 1975, 454, GRUR 1980, 318; GRUR 1977, 668;

GRUR 1971, 477; NJW 1956, 588 ua).

Eine weitere Variante brachte die sogenannte "Anzeigenzeitung" (auch als "Inseraten"- oder "Offertenzeitung" oder "Anzeigen-Magazin" bezeichnet). Dieses Medium nimmt Klein-/Gelegenheitsanzeigen kostenlos, Werbe-/Empfehlungsanzeigen aber kostenpflichtig auf und wird im Zeitungshandel entgeltlich verbreitet (WRP 1984, 41). Hier wurde in der deutschen Rechtsprechung die Zulässigkeit der unentgeltlichen Aufnahme privater Kleinanzeigen unterschiedlich beurteilt; teils wurde sie verneint, teils wegen des geringen Umfangs der Kleinanzeigen mit der Begründung für zulässig erachtet, daß eine Marktverstopfung auszuschließen sei und gewerbliche Inserenten über die Entgeltlichkeit ihrer Anzeigen nicht getäuscht würden (Ochs aaO 11, 81 und 82; GRUR 1954, 126; WRP 1977, 271). Die Frage einer eventuellen Existenzgefährdung einer Tages- oder Wochenzeitung kann auch bei diesen Medien erst dann entstehen, wenn die Anzeigenzeitung durch entsprechende redaktionelle Leistungen geeignet ist, die Tages- oder Wochenzeitung zu ersetzen, oder durch die redaktionellen Beiträge zu einem besonders interessanten Werbeträger wird (Ochs aaO 84).

Im vorliegenden Fall stehen die Streitparteien mit ihren Wochenzeitungen auf einem begrenzten Markt sowohl im

Anzeigen- als auch im Leserwettbewerb. Bei ihren Zeitungen ist der redaktionelle Teil kein Beiwerk der Anzeigen, sondern der im Vordergrund stehende wesentliche, prägende Teil des Blattes. Ihre entgeltlich abgegebenen Wochenzeitungen sind unter Bedachtnahme auf die angeführten Grundsätze sohin als untereinander ersetzbar anzusehen. Im Sinne des Hauptbegehrens der Klägerin ist daher vorerst zu prüfen, ob es ihr durch die beanstandete Aktion der Zweitbeklagten unangemessen erschwert oder überhaupt unmöglich gemacht wird, ihre eigenen Leistungen auf dem Anzeigenmarkt im Wettbewerb mit der Zweitbeklagten auch weiterhin entsprechend zur Geltung zu bringen, mit anderen Worten: ob auf Grund einer Marktverstopfung die Gefahr der zukünftigen Ausschaltung des Leistungswettbewerbes besteht. Eine solche Gefahr einer zumindest teilweisen Verdrängung vom Anzeigenmarkt (OGH 4.10.1983 - N\*\*\* Vorarlberger Tageszeitung - ÖBl. 1984, 8), geschweige denn einer Bestandsgefährdung der Wochenschriften der Klägerin im Wettbewerb, wurde aber bisher nicht bescheinigt. Im Sicherungsverfahren ist vielmehr davon auszugehen, daß sich das Inseratenvolumen der Wochenzeitungen der Klägerin im Jahre 1985 sogar noch vergrößert hat. Für eine zusätzliche Feststellung, daß der Anteil der Privatanzeigen in ihrem gesamten Anzeigengeschäft rückläufig sei, fehlt es an der Bescheinigung ausreichender Vergleichsgrundlagen; ebenso ist es auch offen geblieben, in welchem Ausmaß zusätzliche Interessenten Kleinanzeigen in den Blättern der Zweitbeklagten schalteten, die sonst wegen des geringen Wertes der angebotenen Gegenstände von einer bezahlten Anzeige Abstand genommen hätten. Soweit sich auch die Mängelrüge der Zweitbeklagten in ihrem Revisionsrekurs gegen die Annahme eines marktverstopfenden Behinderungswettbewerbs richtet, bekämpft sie in Wahrheit die rechtliche Beurteilung des Rekursgerichtes.

Die Wochenzeitungen der Zweitbeklagten enthielten auszuschneidende und auszufüllende Gutscheine, mit denen eine Gratis-Privatanzeige in Auftrag gegeben werden konnte. Auf die Möglichkeit, das Inserat auf andere Weise zu bestellen, wies die Zweitbeklagte nicht hin. Ob bei der Abgabe von Gutscheinen, die dem Käufer der Zeitung eine Anwartschaft auf eine künftige unentgeltliche Nebenleistung geben, eine Zugabe oder ein Rabatt, worauf das erste Eventualbegehren abzielt, anzunehmen ist, hängt davon ab, was der Gutschein seinem Inhalt nach verbrieft. Ist der Gutschein in Bargeld einzulösen, dann handelt es sich um einen Geldrabatt; geben die Gutscheine hingegen dem Käufer das Anrecht auf den Bezug einer Ware oder Leistung, dann liegt bei Gleichheit der Ware ein Naturalrabatt, bei Verschiedenheit der Ware oder Leistung aber eine Zugabe im engeren Sinn vor (SZ 49/12). Da die Gutscheine der Zweitbeklagten weder in Geld einzulösen sind noch ein Anrecht auf den Bezug gleicher Ware geben, scheidet ein Verstoß der Zweitbeklagten gegen das Rabattgesetz aus (vgl. Ochs aaO 56). Was das zweite Eventualbegehren betrifft, so kann der Klägerin darin nicht gefolgt werden, daß durch das verzögerte Erscheinen des Inserates ein "unsolides Moment" in den Warenvertrieb hineingetragen worden sei. Die Zweitbeklagte wies in ihren Ankündigungen vielmehr ausdrücklich darauf hin, daß die ersten 1000 Einsendungen "zuerst dran kämen". Schon daraus konnten die Inserenten entnehmen, daß ihre Anzeige je nach Einlangen des Kupons veröffentlicht werde und jedenfalls kein Anspruch auf Veröffentlichung in der nächsten Ausgabe bestand.

Berechtigt ist hingegen das dritte Eventualbegehren der Klägerin. Dem Erstgericht ist hier darin beizupflichten, daß die Zweitbeklagte durch ihre Wettbewerbsmaßnahme jedenfalls den Eindruck einer Zugabengewährung hervorgerufen hat. Bei einer Zugabe muß der gewährte Vorteil mit der Hauptware in einem solchen Zusammenhang stehen, daß er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptware zu beeinflussen, somit die Eigenschaft eines Werbe- oder Lockmittels haben. Verbotene Zugaben im Sinne des Gesetzes können allerdings nur solche wirtschaftlichen Vorteile sein, die nach Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise nicht zum Leistungsgegenstand gehören, sondern eine davon losgelöste wirtschaftliche Bedeutung haben und selbständig zu bewerten sind (ÖBl. 1978, 18; ÖBl. 1980, 106; ÖBl. 1982, 47; ÖBl. 1985, 47 ua).

Das ist hier der Fall: Zugabe ist entgegen der Ansicht der Zweitbeklagten nicht das als Bestandteil der Zeitung anzusehende Inserat schlechthin, sondern der Gutschein als selbständige, erheblich über dem Wert der Hauptware liegende Nebenleistung, der zur künftigen Gratisinsertion berechtigt. Dieser Koppelung des zusätzlichen Vorteils mit dem Kauf der Zeitung trägt das dritte Eventualbegehren Rechnung, kann es doch nach der Vorgangsweise der Zweitbeklagten keinem Zweifel unterliegen, daß bei den angesprochenen Interessenten der Eindruck einer Abhängigkeit dieses Vorteils vom Bezug der Hauptware erweckt wurde (ÖBl. 1978, 46; ÖBl. 1979, 12). Nachdem die Gutscheine in den Trafiken zumeist nicht mehr erhältlich waren, konnten sie nur aus den Wochenschriften der Zweitbeklagten ausgeschnitten werden. Abgesehen davon müßte die Zweitbeklagte ohnehin die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen (ÖBl. 1979, 107; ÖBl. 1983, 89).

Dem Revisionsrekurs der Zweitbeklagten war daher teilweise Folge zu geben und - bei gleichzeitiger Abweisung des Haupt-Sicherungsbegehrens sowie des ersten und des zweiten Eventualbegehrens - im Sinne des dritten Eventualbegehrens zu erkennen.

Die Kostenentscheidung gründet sich hinsichtlich der klagenden Partei auf§ 393 Abs. 1 EO, hinsichtlich der beklagten Parteien auf § 402 Abs. 2, § 78 EO sowie §§ 50, 41 und 40 ZPO.

**Anmerkung**

E10353

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0040OB00387.86.0407.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19870407\_OGH0002\_0040OB00387\_8600000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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