



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Abteilung 10, Marburgerkai 49, 8010 Graz, Abteilung 10, erkennt durch den Richter Dr. Raphael Thunhart in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, wider die beklagte Partei Karli Printi GmbH, FN 296579x, Gradnerstraße 124, 8054 Graz, vertreten durch die Fröhlich Kolar-Syrmas Karisch Rechtsanwälte GbR, Sackstraße 15/I, 8010 Graz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 36.000,00) nach mit beiden Streitparteien durchgeführter, öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, an Volksschulen kleine Büchlein mit Texten und Zeichnungen, wie in einem Pixi-Buch zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, wenn darin eine scheinbar objektiv wiedergegebene Geschichte über den Schulanfang dargestellt wird, wonach Handys, insbesondere Smartphones und/oder Zahlungskarten, insbesondere Bankomatkarten gleichsam Schulbedarf darstellen, um für Notfälle in der Schule sicher gerüstet zu sein, und gleichzeitig der Abschluss eines konkreten Kontovertrags für Kinder ab 6 Jahren bei einem bestimmten Kreditinstitut beworben wird, der eine auf ein Handy bezogene Zugabe, etwa einen Rabatt von EUR 25,00 bei Kauf eines Smartphones umfasst.

2. Das darüber hinausgehende Unterlassungsbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, in eventu es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, das für die Kinder nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, wird hingegen

abgewiesen.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung einmal binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf Kosten der beklagten Partei im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der Kronenzeitung, bundesweit erscheinende Ausgabe, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, zu veröffentlichen.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 694,50 (Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht, dass die beklagte Partei im Rahmen ihres Unternehmens Schreibwaren und Bürobedarf aus Papier, Karton und Pappe herstellt und vertreibt. In diesem Zusammenhang stellt die beklagte Partei unter der Bezeichnung "*Karlis Schulbox*" Volksschulen Kartonkoffer zur Verfügung, in denen sich diverses Informations- und Werbematerial befindet, damit diese Schulboxen anlässlich der Einschreibung in die Schule von der Schulleitung an die künftige Schüler verteilt werden.

In der Schulbox, die Ende Oktober 2014 verteilt wurde, befand sich auch ein kleines Bilderbuch im Stil der bekannten "Pixi-Buch"-Serie mit dem Titel: "*Mit Sicherheit viel Spaß rund um die Schule!*". In diesem Büchlein wird die Geschichte eines ungefähr 6-jährigen Mädchens namens Johanna erzählt, das sich auf den ersten Schultag vorbereitet. Am Morgen des ersten Schultages wird sie von der Mutter geweckt und bekommt von dieser eine Schultüte, die sie neugierig auspackt. Dort heißt es:

"Neugierig packt sie die Tüte aus und findet sehr viele nützliche Sachen für die Schule: Bleistifte, ein Lineal und jede Menge Buntstifte. Und dann entdeckt Johanna noch etwas..... ein Handy! Ganz vorsichtig holt Johanna ihren neuen Besitz aus der Schultüte und strahlt über das ganze Gesicht".

Einige Seiten später, nachdem Johanna von ihrer Mutter mit dem Auto von der Schule abgeholt wurde, heißt es:

"Johannes Mutter parkt beim Heimfahren ihr Auto vor einer Bank. Dort haben ihre Eltern ihr Geld sicher aufbewahrt. Schon oft war Johanna hier. Doch dann sagt ihre Mutter. "Johanna, wir haben dir ein eigenes Konto eröffnet. Der Bankberater wird dir nun alles erklären!" Johanna ist stolz. Nun gehört sie bald zu den Großen.

Der nette Mann in der Bank erklärt Johanna alles über ihr Konto und ihre neue Karte: "Damit kannst du dein Taschengeld sicher aufbewahren. Und kleine Beiträge beim Bankomat abheben und sogar im Supermarkt bezahlen". "Cool", sagt Johanna. Aber Moment: "Ich habe doch gar kein Taschengeld" ruft sie.

Da sagt die Mutter: "Du bist jetzt alt genug, um Taschengeld zu bekommen. Und das kommt direkt auf deine Karte!" Johanna strahlt. Und ihre Mutter sagt: "Die Karte ist aber für den Notfall! Also nicht für Süßigkeiten oder Spielzeug!"

Die entsprechende Seite ist mit der bildlichen Darstellung eines SB-Terminals in einer Bankfiliale versehen. In weiterer Folge kommt es dazu, dass Kurt, der Schulfreund von Johanna, am nächsten Tag kein Pausenbrot mit hat und Hunger bekommt und Johanna und Kurt sich letztendlich in den Supermarkt begeben, um mit der Bankomatkarte von Johanna im Supermarkt eine Jause kaufen zu können. Die Mutter der Johanna hat zunächst über Anruf mit dem Smartphone, das sich in der Schultasche befunden hat, einer derartigen Nutzung der Karte zugestimmt.

Auf der letzten Seite des Bilderbuchs findet sich dann die Einschaltung mit dem Text **"SICHERHEIT; DIE SCHULE MACHT: ES GEHT! BAWAG PSK!"** samt einem Verweis auf die Website www.es-geht.at und dem vollständigen Firmenwortlaut der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG. Schon auf dem Titelblatt des Heftes heißt es *"Mit Sicherheit viel Spaß rund um die Schule!"*, wobei die Heldin der folgenden Geschichte *"Johanna"* auf einer rasant durch die Luft fliegenden Bankomatkarte stehend dargestellt ist. In *"Karlis Schulbox"* befand sich auch ein Gutschein der BAWAG PSK, mit dem bei Eröffnung einer Safe&Cool-Karte - für alle von 6-13 Jahre! - ein Rabatt von EUR 25,00 auf das Top Einsteiger Smartphone von B.free eingelöst werden kann.

Das Bundesministerium für Bildung und Frauen hat zu BMBF-10.010/0027-

III/11/2015 einen Erlass herausgegeben, wonach Werbung für schulfremde Zwecke die Aufgaben der Schule nicht beeinträchtigt darf, Schulen nicht zu Werbepattformen mutieren dürfen und Werbung für schulfremde Zwecke nie auf Kosten der pädagogischen Glaubwürdigkeit gehen und in Widerspruch zu den Zielsetzungen der Schule geraten darf.

Die klagende Partei beehrte mit der am 21.4.2015 hg eingebrachten Klage die beklagte Partei schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, (a.) an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, in eventu (b.) an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, das für die Kinder nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, in eventu (c.) an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, wenn dieses für die Kinder nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, insbesondere wenn in einem kleinen Büchlein mit Texten und Zeichnungen wie in einem Pixi-Buch eine scheinbar objektiv wiedergegebene Geschichte über den Schulanfang dargestellt wird, wonach Handys, insbesondere Smartphones und/oder Zahlungskarten, insbesondere Bankomatkarten gleichsam Schulbedarf darstellen, um für Nottfälle in der Schule sicher gerüstet zu sein, und gleichzeitig der Abschluss eines konkreten Kontovertrags für Kinder ab 6 Jahren bei einem bestimmten Kreditinstitut beworben wird, der eine auf ein Handy bezogene Zugabe, etwa einen Rabatt von EUR 25,00 bei Kauf eines Smartphones umfasst, sowie die im Spruch ersichtliche Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs.

Die klagende Partei brachte dazu im Wesentlichen vor, dass sich die Werbung der beklagten Partei an eine geschäftlich völlig unerfahrene Zielgruppe richte, die besonders schutzwürdig sei. Die beklagte Partei würde die angehenden Volksschüler gegenüber ihren Eltern als Kaufmotivatoren einsetzen, zumal sich die in der Schulbox enthaltene Werbung an Volksschulkinder richte, die ihre Eltern zum Ankauf der beworbenen Produkte veranlassen sollten. Der Direktor einer Volksschule und das sonstige Schulpersonal würden im Schulalltag eine Autorität darstellen, der Eltern und Kinder ein besonderes Vertrauen entgegenbringen würden. Dies habe zur Folge, dass Eltern wie Kinder den Ratschlägen und Empfehlungen dieser Personen sei es im Vertrauen auf deren Qualität, sei es zur Konfliktvermeidung folgen würden.

Eltern und Kinder würden bei der Einschreibung eines angehenden Volksschülers

auch keine Sachwerbung für außerschulische Zwecke erwarten und deshalb davon ausgehen, dass sich in der Schulbox ausschließlich pädagogisch wertvolle Inhalte befinden. Die beklagte Partei nutze das Autoritätsverhältnis des Schulpersonals für schulfremde Werbung aus und instrumentalisiere die Autorität der Schulleitung. Das Büchlein würde Eltern und Kindern nahelegen, dass ein Smartphone und eine Bankomatkarte von der Schule empfohlen würden. Den Kindern und ihren Eltern würde vorgespiegelt, die Schule habe die beworbenen Produkte oder Dienstleistungen geprüft und für gut befunden, wodurch ein Qualitätssiegel ausgestellt werde, das tatsächlich nicht bestünde. Dies habe aufgrund des Autoritäts- und Vertrauensverhältnis zur Folge, dass die geschäftliche Entscheidung zum Ankauf eines Smartphones oder zum Erwerb einer Bankomatkarte nicht mehr auf einer sachlichen Grundlage erfolgen würde. Es handle sich daher um eine aggressive Geschäftspraktik im Sinne des § 1a Abs 1 UWG.

Aufgrund der zahlreichen kindgerechten bildlichen Darstellungen sei davon auszugehen, dass die Kinder dieses Bilderbuch gemeinsam mit ihren Eltern lesen. Ein durchschnittliches Kind würde beim Eintritt in die Volksschule nicht erkennen, dass das beigelegte Bilderbuch ein Werbemittel für die darin beworbenen Waren und Dienstleistungen sei, sondern darin einfach eine lustige Geschichte sehen. Durch dieses Bilderbuch werde den Kindern suggeriert, man bräuchte ein Smartphone und eine Bankomatkarte um "dazuzugehören". Die beklagte Partei verantworte deshalb auch einen Verstoß gegen das „*Offenkundigkeitsgebot*“ des § 1 Abs 1 Z 2 UWG.

Die Wiederholungsgefahr ergebe sich aus dem einmaligen Rechtsverstoß. Es bestünde insbesondere bei den Eltern angehender Volksschüler, aber auch beim Lehrpersonal ein berechtigtes Interesse, über die Unzulässigkeit derartiger Werbeformen aufgeklärt zu werden. Im Hinblick auf die bundesweite Verteilung der Schulbox sei die Urteilsveröffentlichung in einem bundesweiten Medium geboten.

Die beklagte Partei bestritt das Vorbringen der klagenden Partei, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte ihrerseits vor, dass nicht die angehenden Volksschüler, sondern ihre gesetzlichen Vertreter eine allfällige Kaufentscheidung treffen würden. Das Verhalten der beklagten Partei sei nicht wettbewerbswidrig, weil die Schulbox keine direkte Kaufaufforderung an Kinder iSd Z 28 UWG Anh enthalte. Es handle sich auch um keine aggressive Geschäftspraktik im Sinne des § 1a Abs 1 UWG. Der Inhalt der Schulbox sei vielmehr in enger

Kooperation mit dem zuständigen Bundesministerium zusammengestellt worden. Das Unterlassungsbegehren sei im Hauptbegehren zu weit und unbestimmt gefasst, zumal es nicht verboten sei, an Schulen Werbung zu betreiben. Die Werbemittel in der Schulbox seien für die Kinder klar als Werbung erkennbar.

Nichtsdestoweniger bot die beklagte Partei der klagenden Partei mit vorbereitendem Schriftsatz vom 29.5.2015 einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich im Sinne des zweiten und später mit vorbereitendem Schriftsatz vom 26.6.2015 auch im Sinne des ersten Eventualbegehrens an, nicht jedoch die Ermächtigung zur Veröffentlichung des Vergleichs, und brachte dazu vor, dass dadurch die Wiederholungsgefahr beseitigt sei. Es bestünden daher keinerlei Bedenken gegen die Ernsthaftigkeit des Willens der beklagten Partei künftige Wettbewerbsverletzungen zu unterlassen. Die beklagte Partei habe lediglich die Wiederholungsgefahr bestritten, aber keinen Rechtsfertigungsversuch hinsichtlich der Wettbewerbsverletzung unternommen oder sonstige Einwände gegen den Unterlassungsanspruch erhoben. Auch tatsächlich sei die beklagte Partei bemüht, hinsichtlich der Schulbox bestes Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesministerium für Bildung und Frauen herzustellen und die Vorgabe des Ministeriums zu beachten. Die klagende Partei könne daher auch ohne Anbot einer Vergleichsveröffentlichung davon ausgehen, dass die beklagte Partei einen Sinneswandel vollzogen habe.

Feststellungen:

Die beklagte Partei hat im Jahr 2003 ein Schulheft entwickelt, dessen Front von der jeweiligen Schule individuell gestaltet werden konnte. Später wendeten sich einzelnen Schulen an die beklagte Partei, weil sie den Eltern beim Erstgespräch und der Einschreibung in die Schule etwas übergeben wollten. Die beklagte Partei entwickelte daraufhin im Jahr 2010 unter der Bezeichnung "*Karlis Schulbox*" eine Schulbox, die von den Volksschuldirektoren im Zuge der Einschreibung an die angehenden Volksschüler verteilt werden kann. Im Jahr 2011 wurde diese Schulbox dem Landesschulrat und der Bildungslandesrätin in der Steiermark präsentiert. Der Inhalt der Schulbox wurde im Zusammenarbeit mit dem Unterrichtsministerium erstellt, weshalb im Jahre 2011 auch eine Broschüre des Unterrichtsministeriums in der Schulbox enthalten war. Es ergab sich dann eine Kooperation der beklagten Partei mit den Landesschulräten für Steiermark, Oberösterreich und Niederösterreich sowie mit

der burgenländischen Landesregierung. Das Land Burgenland stellte deshalb eine Familienbroschüre mit Ausflugsvorschlägen für die Schulbox zur Verfügung. Darüber hinaus kooperiert die beklagte Partei bei der Zusammenstellung der Schulbox mit Unternehmen, wobei solche Unternehmen ausgewählt wurden, die der Philosophie der beklagten Partei, nämlich Gesundheit, Bewegung, Ernährung, Familiensinn sowie Nachhaltigkeit entsprachen (Zeuge [REDACTED] [REDACTED] ON 7 Seite 3).

Die klagsgegenständlichen Schulbox wurde von Herbst 2014 bis Frühjahr 2015 an allen Volksschulen in Österreich mit einer Gesamtauflage von 60000 Stück verteilt. Auf der Schulbox befindet sich mehrfach das Logo der beklagten Partei, am Deckel auch eine Werbung der BAWAG P.S.K.. Auf der Innenseite der Schulbox befindet sich eine Werbung für steirische Äpfel. In der Schulbox befindet sich ein Stundenplan, auf dessen Rückseite eine Werbung für ein öffentliches Bad ersichtlich ist, ein Flyer für die Kärnten-Card, ein Gutschein für den Eintritt in eine Therme, ein Werbeflyer für Vitamingetränke, eine Gratiseintrittskarte für einen Alpenzoo, ein Werbeblatt für ein Limonadengetränk, eine Darstellung der Ernährungspyramide des Bundesministeriums für Gesundheit und ein Informationsblatt der AUVA. Weiters findet sich in der Schulbox ein roter Buntstift mit einem Flyer eines Buntstiftesherstellers, ein Päckchen Nahrungsergänzungsmittel, eine Packung Gummibonbons mit einer Werbung für die Kärnten-Card, ein Bus-Bahn-Bim-Memoryspiel der Verbundlinien und eine Flasche mit Holunder-Limetten-Saft (Augenschein der zum Akt genommenen Schulbox ON 7 Seite 2 und Zeuge [REDACTED] [REDACTED] Seite 3 f).

Bei der Zusammenstellung der klagsgegenständlichen Schulbox gab es auch eine Zusammenarbeit mit der BAWAG P.S.K., wobei vereinbart war, dass die BAWAG P.S.K. ein Bilderbuch im Stil eines Pixi-Buches erstellt. Dieses Bilderbuch wurde der beklagten Partei recht kurzfristig vor der Befüllung der Schulbox geliefert. Die beklagte Partei hat deshalb auch das eingangs beschriebene Bilderbuch in die Schulbox aufgenommen (Augenschein der Schulbox ON 7 Seite 2 sowie Zeuge [REDACTED] [REDACTED] ON 7 Seite 4).

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. Mangels divergierender Beweisergebnisse erübrigen sich weiterführende beweiswürdige Erwägungen.

Rechtliche Beurteilung:

Nach § 1 Abs 1 und 3 UWG sind aggressive Geschäftspraktiken verboten. 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 oder ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Eine solche unzulässige Beeinflussung liegt insbesondere dann vor, wenn Vertrauens- oder Autoritätspersonen zu Vertriebszwecken eingesetzt werden (*Burgstaller* in Wiebe/Kodek § 1a UWG Rz 131). Die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens ergibt sich aus der Überlegung, dass der Konsument in einem solchen Fall typischerweise davon ausgeht, dass es sich um eine unabhängige, neutrale und objektive Empfehlung handelt und das Angebot deshalb nicht weiter prüft (*Sosnitza* in Piper/Ohly/Sosnitza,⁵ § 4 dUWG Rn 1/143). Das klagsgegenständliche Bilderbuch vermittelt angehenden Volksschülern und Eltern, welche dieses Buch gemeinsam lesen, unweigerlich den Eindruck, dass beim Besuch der Volksschule der Erwerb eines Mobiltelefons und einer Bankomatkarte erforderlich ist und die Schulleitung den Erwerb dieser Produkte empfehlen würde. Durch die Verteilung des Bilderbuchs wird die Schulleitung als Autoritätsperson zum Vertrieb von Mobiltelefonen und Bankomatkarten eingesetzt und das besondere Vertrauensverhältnis der Eltern gegenüber der Schulleitung missbraucht, wobei diese Vorgangsweise dazu geeignet ist, die Eltern zu Kaufentscheidungen zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten, was eine unzulässige Beeinflussung iSd § 1a Abs 1 UWG darstellt.

Hinzu kommt, dass das Büchlein für angehende Volksschüler nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, was dazu führen kann, dass sie nach der Lektüre von ihren Eltern den Ankauf eines Mobiltelefons und den Erwerb einer Bankkarte einfordern, weil ihnen der Eindruck vermittelt wurde, dass ein Mobiltelefon und eine Bankomatkarte zum Besuch der Schule nötig sei. 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. Der OGH hat aber bereits ausgesprochen, dass eine unlautere Geschäftspraktik vorliegt, wenn die Wünsche der Kinder durch eine irreführende Geschäftspraktik oder eine andere unlautere Handlung hervorgerufen werden, weil den Eltern dann nicht nur

die in der Erziehung unvermeidbare Auseinandersetzung mit möglicherweise unvernünftigen Konsumwünschen ihrer Kinder aufgezwungen wird, sondern die Eltern die durch die Werbung veranlasste Fehlvorstellungen widerlegen müssen, was in der Regel mit einem weit höheren zeitlichen und argumentativen Aufwand verbunden ist, wodurch die Eltern zur Vermeidung innerfamiliärer Konflikte geneigt sein können den Wünschen des Kindes nachzugeben und damit eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie sonst nicht getroffen hätten (OGH 08.07.2008, 4 Ob 57/08y MR 2008,308 wbl 2008,605 = RdW 2008,715 = ÖBI 2009,33 [Rungg/Albiez] = ecolex 2009, 54 [Horak] = RZ 2009,42, ebenso OLG Wien 29.10.2014, 1 R 134/14d ecolex 2015/54). Da das Bilderbuch für angehende Volksschüler nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, sondern ihnen der Eindruck vermittelt wird, dass ein Mobiltelefon und eine Bankomatkarte zum Besuch der Schule nötig sei, wodurch die Schüler dazu veranlasst werden können, ihre Eltern zum Ankauf eines Mobiltelefons und zum Erwerb einer Bankomatkarte zu drängen, handelt es sich um eine die Eltern belästigende und damit iSd § 1a Abs 1 UWG aggressive Geschäftspraxis.

Das Verhalten der beklagten Partei ist auch geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, weil die angehenden Volksschulkinder und die Eltern sogleich auf die Produkte der BAWAG P.S.K. und B.free verwiesen werden, was diesen Unternehmen einen nicht nur unerheblichen Vorsprung gegenüber ihren Mitbewerbern verschafft. Die Aktivlegitimation der klagenden Partei ergibt sich aus § 14 Abs 1 UWG.

Wenn das Hauptunterlassungsbegehren der klagenden Partei jedoch darauf gerichtet ist, der beklagten Partei zu verbieten, an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, so ist darauf zu verweisen, dass nach Z 28 UWG Anh 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, als aggressive Geschäftspraktik jedenfalls unzulässig ist. Unter dieses Verbot fallen aber nur direkte Aufforderungen zum Kauf bestimmter Waren, etwa durch die Verwendung des Imperativs (OGH 18.09.2012, 4 Ob 110/12y wbl 2012,655 = MR 2012,355 = ecolex 2013,48 [Tonninger] = ÖBI 2013,123 und 19.3.2013, 4 Ob 244/12d wbl 2013, 290 = ecolex 2013, 546 [Horak] = MR 2013,140 = ÖBI 2013/39 S 168 [Majchrzak]). Im gegenständlichen Fall enthält das Büchlein keine direkte Aufforderung an angehende

Volksschüler, bestimmte Produkte zu erwerben, weshalb kein Fall der Z 28 UWG Anh vorliegt.

Aus einem Gegenschluss zu Z 28 Anhang UWG ergibt sich aber auch, dass an Kinder gerichtete Werbung nicht absolut unzulässig ist (OGH 9.7.2013, 4 Ob 95/13v MR 2013, 237 = IFamZ 2013/177 = wbl 2013/240 = ÖBI 2013/63 = RdW 2013/714 sowie *Burgstaller* in Wiebe/Kodek, § 1a UWG Anh Rn 81). Auch wenn § 46 Abs 3 Schulunterrichtsgesetz Werbung in der Schule, bei Schulveranstaltungen und bei schulbezogenen Veranstaltungen auch für schulfremde Zwecke zulässt, wenn die Erfüllung der Aufgaben der österreichischen Schule nach § 2 des Schulorganisationsgesetzes nicht beeinträchtigt werden, so ergibt sich daraus ebenfalls, dass Werbung an Schulen nicht generell unzulässig ist, weshalb das Hauptunterlassungsbegehren der klagenden Partei nicht zu Recht besteht.

Wenn die klagende Partei in beiden (!) Eventualbegehren beantragt, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, an Volksschulen Werbematerial zur Aushändigung an künftige Volksschüler auszugeben, das für die Kinder nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, so wäre dieses Unterlassungsbegehren schon auf Grund der mangelnden Bestimmtheit abzuweisen gewesen. Darüber hinaus ist dieses Unterlassungsbegehren aber auch inhaltlich nicht berechtigt. Der klagenden Partei ist zuzugeben, dass sich ein Offenkundigkeitsgebot, wonach Werbemaßnahmen als solche erkennbar sein müssen, insbesondere aus dem Verbot der irreführenden Geschäftspraxis nach § 1 Abs 3 Z 2 UWG ableiten lässt. So ist beispielsweise als Information getarnte Werbung in redaktionellen Medieninhalten nach Z 11 UWG Anh unzulässig. Auch wenn der Verstoß gegen das Offenkundigkeitsgebot dazu führt, dass die Kinder ihre Eltern zum Kauf dieser Produkte motivieren, liegt darin zweifellos eine belästigende und damit aggressive Geschäftspraxis (OLG Wien 29.10.2014, 1 R 134/14d ecolex 2015/54).

Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass schon der bloße Umstand, dass Werbematerial für Volksschüler nicht eindeutig als Werbung erkennbar ist, eine Geschäftspraxis unlauter machen würde. So ist davon auszugehen, dass Kindern im Vorschulalter nicht alle Logos und Markenzeichen von Telefongesellschaften, Kreditinstituten oder Versicherungen als solche erkennen, woraus aber nicht geschlossen werden kann, dass beispielsweise die Verteilung von Malstiften mit dem Logo eines solchen Unternehmens unlauter wäre. Es ist auch davon auszugehen,

dass angehende Volksschüler die in der Schulbox enthaltenen Gummibonbons nicht als Werbung erkennen werden, wenngleich die Ausgabe solche Werbegeschenke keine unlautere Beeinflussung darstellt. Durch die Verteilung solcher Werbegeschenke werden die Kinder auch nicht in unlauterer Weise dazu veranlasst, ihre Eltern zum Ankauf von Produkte zu motivieren. Die Verteilung von Werbemitteln an angehende Volksschulkinder, die von den Kindern als bloße Geschenke wahrgenommen werden, für die Eltern aber als Werbemaßnahmen erkennbar sind, stellt deshalb weder eine irreführende, noch eine aggressive Geschäftspraktik dar. Dementsprechend sind sowohl das erste als auch das zweite Eventualbegehren der klagenden Partei zu weit gefasst.

Das Gericht ist aber nicht an die Formulierung des Unterlassungsbegehrens durch den Kläger gebunden und kann ein zu weit gefasstes Klagebegehren auf die tatsächlich erwiesenen Wettbewerbsverstöße einschränken, wodurch dem Kläger kein Aliud, sondern ein Minus zugesprochen wird (*Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, § 14 UWG Rz 123 sowie OGH 30.05.1972, 4 Ob 323/72 ÖBI 1972, 152 und 29.04.1975, 4 Ob 317/75 ÖBI 1975, 110). Es war daher dem zweiten Eventualbegehren insoweit stattzugeben, als es sich auf den tatsächlich erfolgten Wettbewerbsverstoß bezieht.

Wenngleich die beklagte Partei hinsichtlich der beiden Eventualbegehren vollstreckbare Unterlassungsvergleiche angeboten hat, wurde die Wiederholungsgefahr damit nicht beseitigt, zumal die beklagte Partei keine Veröffentlichung dieser Vergleiche angeboten hat (OGH 17.04.1984, 4 Ob 322/84 ÖBI 1984, 135; 8.3.1994, 4 Ob 13/94 ÖBI 1994/227; 22.4.1997, 4 Ob 96/97i ÖBI 1998, 53 = MR 2000,30; RIS-Justiz RS0079921 und *Duursma-Kepplinger* in *Gumpoldsberger/Baumann* § 14 UWG Rz 86). Wird ein berechtigtes Veröffentlichungsbegehren verweigert, so ist typischerweise davon auszugehen, dass sich der Beklagte keinem ernsthaften Sinneswandel unterzogen hat.

Nach § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf ihren Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil über eine Unterlassungsklage innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Im gegenständlichen Fall haben insbesondere die betroffenen Eltern ein Interesse daran, dass ihnen mitgeteilt wird, dass die Vorgangsweise der beklagten Partei rechtswidrig war, damit ihnen der angesichts der Geschichte im Bilderbuch allenfalls fortbestehende Druck genommen wird, Mobiltelefone oder Bankkarten für

ihre Kinder anzukaufen. Auch Eltern, denen die klagsgegenständliche Schulbox nicht ausgehändigt wurde, haben ein Interesse daran zu erfahren, dass es Fälle gibt, in denen die Autorität der Schule für kommerzielle Interessen einzelner Unternehmer missbraucht wird, wodurch sie angehalten werden, solche Werbemittel, die ihnen von der Schule übergeben werden, kritisch zu betrachten. Angesichts der Verbreitung der Schulbox in ganz Österreich mit einer Auflage von 60.000 Stück ist die Veröffentlichung in einer bundesweiten Tageszeitung angebracht. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung ist eine Folge des Verfahrensausganges und gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO. Die klagende Partei ist mit ihrem Hauptbegehren und ersten Eventualbegehren vollständig unterlegen und mit ihrem zweiten Eventualbegehren nur teilweise durchgedrungen. Da der Prozesserfolg der klagenden Partei nicht rechnerisch fassbar ist, ist der Erfolg zu schätzen (*Obermaier*, Kostenhandbuch² Rn 117). Berücksichtigt man die hinter den Unterlassungsbegehren stehenden Interessen und den Umstand, dass der Verfahrensaufwand zur Prüfung des Hauptbegehrens auch für die Eventualbegehren verwertbar war, so ist von einem gleichteiligen Prozesserfolg auszugehen, was nach § 43 Abs 1 ZPO die wechselseitige Aufhebung der Vertretungskosten, aber auch den Anspruch der klagenden Partei auf Ersatz der halben Pauschalgebühr zur Folge hat.

Landesgericht für ZRS Graz, Abteilung 10 Cg
Marburgerkai 49, 8010 Graz, 20. August 2015
Dr. Raphael Thunhart, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG