



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

a. Revision 15.6.07g 127/03-5
1 R 170/06m

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 11. MAI 2007

Eingelangt

.....fach, m..... Akten

18. Mai 2007

~~.....~~ Handschriften

Im Namen der Republik

Höhne In der Maur & Partner
Rechtsanwälte

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Schaller und die KR Mag. Ehrlich-Adam in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei **PULS CITY TV GmbH**, 1070 Wien, Mariahilferstraße 2/10/16, vertreten durch ploil krepp & partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,-) über die Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 23.5.2006, 39 Cg 38/05i-6, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird in der Hauptsache **nicht Folge**, im Kostenpunkt hingegen **teilweise Folge** gegeben und die angefochtene Kostenentscheidung (Punkt II. des angefochtenen Urteils) dahin

abgeändert, dass sie wie folgt lautet:

"Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.337,52 (davon EUR 440,90 USt und EUR 692,12 Barauslagen) zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.214,08 (davon EUR 202,35 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen."

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger beehrte zunächst, die Beklagte zu verpflichten, in der Sendung "Wien Quiz" oder in Sendungen mit dem gleichen inhaltlichen Konzept irreführende Angaben über das Entgelt für die Teilnahme an dem Gewinnspiel und über die Gewinnchancen zu unterlassen. Mit dem am 1.12.2005 abgeschlossenen Teilvergleich verpflichtete sich die Beklagte, es zu unterlassen, in der Sendung "Wien Quiz" oder in Sendungen mit dem gleichen inhaltlichen Konzept auf die Gewinnmöglichkeit durch möglichst oftmaliges Anrufen hinzuwirken, ohne in regelmäßigen Abständen (mindestens ein Mal pro 15 Minuten Zeiteinheit) klarzustellen, dass von allen möglichen Leitungen "nicht alle ins" Studio führen und die Anrufe daher im Wege eines EDV-gestützten Zufallssystems durchgeschaltet werden, oder in

sinngleicher Weise irreführende Angaben über die Gewinnchancen zu machen; weiters verpflichtete sich die Beklagte, diesen Vergleich binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils auf ihre Kosten über einen Zeitraum von einer Woche täglich jeweils unmittelbar vor dem Beginn jeder einzelnen Sendung mit dem Titel "Wien Quiz" oder einer etwaigen Nachfolgesendung mit dem gleichen inhaltlichen Konzept von einem Moderator oder einer Moderatorin in einer für die Fernsehzuschauer gut wahrnehmbaren Weise vorlesen zu lassen bzw. - für den Fall, dass eine solche Sendung nicht mehr existiert - die Verlesung zu jenen Zeiten vorzunehmen, zu denen die Sendung "Wien Quiz" ihren jeweiligen Sendebeginn hatte.

Das verbleibende Urteilsbegehren präziserte der Kläger dahin, dass die Beklagte schuldig sei, es zu unterlassen, in der Sendung "Wien Quiz" oder in Sendungen mit dem gleichen inhaltlichen Konzept irreführende Angaben über das Entgelt für die Teilnahme am Gewinnspiel zu machen, insbesondere dadurch, dass die Zuseher nicht darüber informiert würden, dass auch Anrufe, mit denen der jeweilige Anrufer nicht ins Studio durchkomme, in gleicher Weise entgeltlich seien wie jene, mit denen der Anrufer ins Studio zum Moderator durchkomme. Weiters ist noch ein mit der verglichenen Verpflichtung zur Veröffentlichung des Vergleiches gleichlautendes Begehren auf Urteilsveröffentlichung

verfahrensgegenständlich.

Soweit zur Entscheidung über die noch offenen Urteilsbegehren wesentlich brachte der Kläger vor, die Beklagte habe unter anderem am 29.3.2005 unter der Bezeichnung "Wien Quiz" eine Fernsehsendung ausgestrahlt, bei der die Zuseher die Möglichkeit gehabt hätten, durch telefonische Beantwortung einer Frage Geld zu gewinnen. Die Sendung "Wien Quiz" werde laut Angaben auf der Website der Beklagten täglich von 14.00 Uhr bis 17.00 (Samstag und Sonntag von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr) und von 22.00 Uhr bis 0.00 Uhr ausgestrahlt. Die Sendung laufe so ab, dass die Moderatorin am Beginn eine Quizfrage stelle. Sie erkläre, dass derjenige, der das Rätsel auflöse, einen Geldbetrag (in der Sendung am 29.3.2005 EUR 1.500,--) gewinnen könne. Sie teile mit, es würde derjenige Anrufer zu ihr durchgeschaltet, der die Leitung treffe, auf der ein bestimmtes Lied gespielt werde. Es sei zwar während der gesamten Sendung ein Hinweis auf die Kosten eines Anrufes am unteren Bildschirmrand eingeblendet ("EUR 0,70 pro Anruf"), die Moderatorin gebe aber keine Auskünfte, dass die Anrufe kostenpflichtig seien, wie viel ein Anruf koste oder ab wann die EUR 0,70 verrechnet würden. Im Laufe der Sendung erleichtere die Moderatorin das Rätsel, wodurch sich die Gewinnsumme verringere; zwischendurch erhöhe sie die Gewinnsumme auch unvorhersehbar. Während der zweistündigen Sendung

fordere die Moderatorin die Zuseher immer wieder auf, bei der genannten Nummer anzurufen, wobei sie immer wieder wiederhole, die Zuschauer sollten unbedingt "dranbleiben" und nicht "aufgeben". Dabei verwende sie auch Sätze wie "Ich würde an Ihrer Stelle jetzt so oft auf die Wahlwiederholungstaste drücken, bis ich durchkomme", "Wenn Sie die Lösung wissen, dann glaube ich schon, dass Sie zu mir ins Studio durchkommen", "Wo bleiben Sie? Wo ist Ihr Anruf?" oder "Ich bin ganz sicher, gleich schafft es jemand durchzukommen". Der Zuseher werde durch den sich ständig verringernden Geldbetrag, die am Bildschirm mehrmals eingeblendeten fünfminütigen Countdowns und die durchgehenden Anfeuerungen der Moderatorin zwei Stunden hindurch zum Anrufen animiert, wobei die Moderatorin nicht darauf hinweise, dass jedes "Drücken der Wahlwiederholungstaste" mit EUR 0,70 verrechnet werde. Etwa 30 Minuten nach Beginn der Sendung am 29.3.2005 habe die Moderatorin das Rätsel durch ihre "Tipps" dermaßen erleichtert gehabt, dass die Lösung jedermann klar gewesen sei. Dennoch habe es erst nach weiteren eineinhalb Stunden etwa drei Minuten vor Ende der Sendung ein Anrufer geschafft, zu ihr durchzukommen und den verringerten Gewinnbetrag von EUR 300,-- zu gewinnen. Es handle sich bei den ununterbrochenen Aufforderungen zum Anruf einer Mehrwertnummer um eine "Werbung" iSd Art 2 der Richtlinie über irreführende Werbung und damit auch iSd § 2

UWG. Sowohl die einzelnen Aufforderungen der Moderatorin als auch die gesamte Sendung verfolgten den Zweck, das Gewerbe der Beklagten zu fördern, wobei diese sowohl durch den für jeden Anruf verrechneten Betrag als auch über die Einschaltquote, welche sich auf die Werbe- und Inseratenpreise auswirke, profitiere. Das Herbeiführen einer unrichtigen Vorstellung über die zu erwartenden Kosten einer Teilnahme an einem Gewinnspiel verwirkliche den Tatbestand des § 2 UWG. Zwar sei während der gesamten Sendung am unteren Bildschirmrand die Information "EUR 0,70 pro Anruf" eingeblendet; die Moderatorin erwähne aber in der gesamten Sendung nicht, dass die Anrufe kostenpflichtig seien. Auch durch die Aufforderung der Moderatorin, möglichst oft anzurufen und auf die Wahlwiederholungstaste zu drücken, werde der Eindruck erweckt, dass Anrufe, bei denen die Zuschauer auf der "falschen" Leitung landeten, nicht verrechnet würden und ein oftmaliges Anrufen nur die Gewinnchancen erhöhe, aber keine nachteiligen Folgen habe.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete hinsichtlich des noch offenen Klagebegehrens ein, es sei richtig, dass die Beklagte am 29.3.2005 und am 3.5.2005 von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr und von 22.00 Uhr bis 24.00 Uhr die Sendung "Wien Quiz" ausgestrahlt habe. Es sei auch richtig, dass die Moderatorin die Zuseher der Sendung wiederholt zum

Anrufen bei der Beklagten aufgefordert habe, wobei während der gesamten Sendung der Informationshinweis "EUR 0,70 pro Anruf" gut lesbar eingeblendet gewesen sei. Es liege aber keine Werbung iSd § 2 UWG oder iSd Art 2 Abs 1 der Richtlinie über irreführende Werbung vor. Eine "Äußerung" bzw. "Angabe" setze Werbeaussagen mit einem Tatsachenkern voraus, was auf eine gesamte Fernsehsendung nicht einmal theoretisch zutreffen könne. Auch die in der Sendung enthaltenen Äußerungen der Moderatorin seien keine Werbung iSd Richtlinie, weil sie nur Informationen beinhalten würden, welche erforderlich seien, um die Zuseher über die Bestandteile und den Ablauf des Fernsehspiels aufzuklären und sie darüber zu informieren, wie, wann und zu welchen Bedingungen sie daran teilnehmen könnten. Sie dienten also dem Zweck, die Fernsehsendung zu ermöglichen, nicht aber den Absatz zu steigern. Selbst wenn man diese Informationen als Werbung qualifizieren wolle, würde damit nur die Sendung der Beklagten beworben, nicht aber die Mehrwertnummer. Da sich die Beklagte aus dem Verkauf von Werbezeit finanziere, deren Preis von der Zuseherquote abhängig sei, ziele sie auf die Gewinnung von Zusehern ab und nicht auf die Bewerbung von Anrufen bei ihren Mehrwertnummernleitungen zur Erzielung möglichst hoher Telefonumsätze. Selbst wenn aber die Sendung und die darin aufgestellten Behauptungen am Maßstab des § 2 UWG zu messen sein sollten, wäre dieser

Tatbestand nicht erfüllt, weil keine Eignung zur Täuschung und zur Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der beteiligten Verkehrskreise gegeben sei. Die Beklagte kläre während der gesamten Dauer der Sendung unmissverständlich darüber auf, dass jeder Anruf EUR 0,70 koste. Der durchschnittliche Zuseher gehe nicht davon aus, dass ihm doch nicht jeder Anruf, also jedes Herstellen einer Verbindung, verrechnet würde. Er wisse auch, dass die Herstellung einer Verbindung mittels Wahlwiederholungstaste ein neuer Anruf sei. Eines zusätzlichen Hinweises durch die Moderatorin bedürfe es daher nicht.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem noch offenen Unterlassungsbegehren zur Gänze und dem Veröffentlichungsbegehren im Umfang einer zweimaligen Verlesung des Urteils an einem Tag statt und wies das Mehrbegehren einer Verlesung über einen Zeitraum von einer Woche (zweimal) täglich ab. Weiters verpflichtete es die Beklagte zum Ersatz der mit EUR 2.587,08 bestimmten Kosten des Klägers.

Dazu traf es die aus den Seiten 5 bis 6 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, bei der Beurteilung der Frage, ob es sich bei der von der Beklagten ausgestrahlten Sendung bzw. den von der Moderatorin zum Anrufen animierenden

Aussagen um Werbung handle, sei zur Auslegung von § 2 UWG auch Art 2 der Richtlinie über irreführende Werbung heranzuziehen. Demnach sei "Werbung" jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Das von der Beklagten gewählte Sendeformat diene der Förderung ihres Gewerbes. Sie wolle einerseits eine hohe Einschaltquote erzielen, um den Wert ihrer Inseratenpreise zu steigern; andererseits verfolge sie das Ziel, möglichst viele Teilnehmer für das Quiz zu begeistern und auf diesem Weg durch die Einnahme der verrechneten EUR 0,70 pro Anruf zu profitieren. Die während der Sendung getätigten Aussagen der Moderatorin seien also auch als Werbung, nämlich Bewerbung ihres Mehrwertnummerndienstes, anzusehen. Dass es der Beklagten nur um die Gewinnung von Zusehern gegangen sei, treffe schon angesichts der geradezu penetranten Mitspiel-Aufforderungen während der Sendung nicht zu. Die Moderatorin spreche in dem von der Beklagten gewählten Format direkt zu den Zusehern, sodass ihre Angaben als solche iSd § 2 UWG zu betrachten seien. Die Form einer solchen Angabe sei bedeutungslos, wobei der Tatbestand des § 2 UWG auch durch Unterlassung erfüllt werden könne. Obwohl keine Pflicht zur Vollständigkeit von Werbeaussagen bestehe, könne das Verschweigen einer

Tatsache dann irreführen, wenn und soweit es wesentliche Umstände betreffe und nach der Verkehrsauffassung einen falschen Gesamteindruck hervorrufen könne oder wenn die Unvollständigkeit geeignet sei, das Publikum in einer für den Kaufentschluss erheblichen Weise irrezuführen. Zwar habe die Einblendung am Bildschirm den Schriftzug "EUR 0,70 pro Anruf" enthalten, doch habe es die Moderatorin verabsäumt, nach Nennung der anzurufenden Telefonnummer auch auf die jeweils anfallenden Kosten hinzuweisen. Gehe man gemäß der ständigen Rechtsprechung vom Gesamteindruck der Sendung aus, den ein Publikum mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit bei eher flüchtiger Betrachtung gewinne, könne das bewusste Verschweigen der Kostenpflicht seitens der Moderatorin schon den irrigen Eindruck erwecken, dass ein Anrufen unter der genannten Nummer zum normalen Ortstarif geschehe. Darüber hinaus führe die fehlende Aufklärung der Moderatorin aber zumindest bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums zu einer Unklarheit darüber, ob die eingeblendete Gebühr erst beim Zustandekommen einer Verbindung mit der Moderatorin oder bereits bei Verbindung mit der Tonbandansage (jedes Drücken der Wahlwiederholunstaste) anfalle. Da die Möglichkeit eines Missverständnisses genüge und der Werbende die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen müsse, verstoße das Verschweigen des anfallenden Entgelts für jeden Anruf gegen § 2 UWG, zumal nicht einmal die

Tonbandansage eine diesbezügliche Information enthalte, sondern sogar zu weiteren Anrufen auffordere.

Hingegen habe im Hinblick auf die festgestellte Ausstrahlungshäufigkeit der Sendung ein Teil des Veröffentlichungsbegehrens abgewiesen werden müssen, weil das Urteil nur in jenem Umfang zu veröffentlichen sei, der in einem angemessenen Verhältnis zur Wirkung des (festgestellten) Wettbewerbsverstoßes stehe. Insofern würde eine voll stattgebende Veröffentlichungsentscheidung (über eine Woche hinweg täglich zweimal) deutlich zu weit gehen.

Die Kostenentscheidung gründe auf § 43 Abs 1 ZPO. Da der Kläger mit dem Unterlassungsbegehren zur Gänze und mit seinem Veröffentlichungsbegehren zu 1/7 erfolgreich geblieben sei, betrage seine Obsiegsquote 85%, sodass ihm 70% der richtig verzeichneten Vertretungskosten und 85% der entrichteten Barauslagen gebührten.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die rechtzeitige Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer vollständigen Klagsabweisung. Gegen den abweisenden Teil der Entscheidung und die Kostenentscheidung richtet sich die rechtzeitige Berufung des Klägers, mit welcher in der Hauptsache die Abänderung im Sinne einer vollständigen, in eventu einer weiter gehenden Stattgebung des Veröffentlichungsbegehrens und im Kostenpunkt ("Kostenrekurs") die Abänderung im Sinne eines Kostenzuspruches

von EUR 3.617,12 beantragt wird.

Beide Seiten beantragen, dem Rechtsmittel der Gegenseite keine Folge zu geben.

Zur Berufung der Beklagten:

Die nur aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt. Zunächst kann auf die zutreffenden Rechtsausführungen des Erstgerichtes verwiesen werden, denen die Berufungswerberin keine stichhältigen Argumente entgegensetzt (§ 500a ZPO). Im Hinblick auf die Berufungsausführungen ist dazu ergänzend auszuführen:

1. Zum Vorliegen von "Werbung":

Die Beklagte stellt auch in der Berufung das Vorliegen einer "Werbung" iSd Art 2 Abs 1 der Richtlinie über irreführende Werbung in Frage. Bei dem vom Erstgericht geforderten zusätzlichen mündlichen Hinweis auf die "Kostenpflichtigkeit" jeden Anrufs handle es sich ebenso wie bei den übrigen Äußerungen der Moderatorin in der Sendung um Informationen, derer die Zuseher bedürften, um überhaupt am Gewinnspiel teilnehmen zu können, also mit denen die Zuseher über die Bestandteile und den Ablauf des Fernsehspiels der Beklagten aufgeklärt würden, damit sie wüssten, wie, wann und zu welchen Bedingungen sie an dem Fernsehspiel teilnehmen könnten. Die Äußerungen der Moderatorin hätten somit nur den Zweck, den Ablauf der

Fernsehsendung zu ermöglichen, und nicht, den Absatz bestimmter Dienstleistungen zu fördern.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Gem Art 2 Abs 1 der Richtlinie über irreführende Werbung bedeutet "Werbung" jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Nach den getroffenen Feststellungen animierte die Moderatorin der Sendung die Zuseher immer und immer wieder, unter der am Bildschirm angegebenen Telefonnummer möglichst oft anzurufen. Schon alleine die vom Erstgericht zutreffend konstatierte "Penetranz" dieser Aufforderungen zum Wählen der Mehrwertnummer zeigt, dass diese nicht bloß dem Zweck der Erklärung von Spielregeln, sondern der Bewerbung des von der Beklagten im Rahmen der Ausübung ihres Gewerbes veranstalteten Gewinnspieles dienten, zumal die Beklagte aus jedem Versuch einer Teilnahme an diesem, nämlich aus jedem Anruf der Mehrwertnummer, direkt Profit zog. Die Behauptung der Beklagten, die Äußerungen der Moderatorin hätten nicht darauf abgezielt, Zuseher zum Anruf der Mehrwertnummer zu bewegen, stehen im klaren Widerspruch zum Inhalt der beanstandeten Sendung und lassen überdies die Frage unbeantwortet, weshalb sich die Beklagte dann überhaupt einer Mehrwertnummer bedient.

Im Übrigen stellt die Irreführungsrichtlinie nur objektive Mindestkriterien auf (ÖBl 1997,20). Zweck der Richtlinie war nicht die Schaffung eines einheitlichen Irreführungsrechts, sondern lediglich das Aufstellen von Mindestanforderungen (ÖBl-LS 2001/166 ua). Die Mitgliedsstaaten sind daher nicht gehindert, bei Inlandssachverhalten an strengeren Irreführungsverboten festzuhalten (ZfVR 2000,114). Der OGH hat bereits mehrfach unvollständige Angaben über die Teilnahmebedingungen eines Gewinnspiels (4 Ob 236/03i) bzw. das Herbeiführen einer unrichtigen Vorstellung über die zu erwartenden Kosten einer Teilnahme am Gewinnspiel (4 Ob 54/03z) der Bestimmung des § 2 UWG unterstellt. Da hier ein reiner Inlandssachverhalt vorliegt, würde sich an dieser Beurteilung somit auch dann nichts ändern, wenn damit eine gegenüber der Legaldefinition des Art 2 Abs 1 der Richtlinie strengere Auslegung des Begriffes "Werbung" verbunden sein sollte. Die Anregung der Beklagten, ein Vorabentscheidungsverfahren zur Frage einzuleiten, wie der Begriff "Werbung" in Art 2 Abs 1 der Richtlinie auszulegen sei, war daher mangels Relevanz nicht aufzugreifen. Schließlich sei noch erwähnt, dass die von der Beklagten vorgeschlagene Frage jedenfalls falsch gestellt wäre, weil es sich - wie oben bereits erwähnt - bei den ständig wiederholten Aufforderungen der Moderatorin zum Anrufen nicht um bloße Mitteilungen über die Bestandteile und den Ablauf

des Fernsehspiels handelt.

2. Zur Frage der Irreführung:

Die Berufungswerberin meint, das Gericht habe einen zu strengen Maßstab angewendet, weil es sich an dem vom OGH "einst judizierten" Leitbild des flüchtigen und unaufmerksamen Verbrauchers orientiert habe, nicht aber an dem vom EuGH entwickelten Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen mündigen Verbrauchers.

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat diese Differenzierung im vorliegenden Fall keine entscheidende Auswirkung. Jedenfalls ist nämlich - wie die Beklagte in ihrer Berufung selbst zutreffend ausführt - davon auszugehen, dass der Aufmerksamkeitsgrad auch des mündigen Verbrauchers je nach Bedeutung des gekauften Gutes oder der in Anspruch genommenen Dienstleistung variiert. Dem entsprechend kann beim durchschnittlichen Fernsehzuschauer schon allgemein kein hoher Konzentrations- und Aufmerksamkeitsgrad vorausgesetzt werden. Dies gilt - entgegen der Ansicht der Beklagten - um so mehr für die vorliegende Sendung, welche keinen Informations- und nur einen sehr geringen Unterhaltungswert hat und über den Großteil der Sendedauer von zwei Stunden fast ereignislos verläuft, zumal die Lösung des Rätsels nach spätestens 30 Minuten jedem Zuseher klar ist und die Sendung spätestens ab diesem Zeitpunkt neben den ständig wiederholten Aufforderungen der

Moderatorin zum Anrufen der Mehrwertnummer kaum mehr nennenswerte Inhalte aufweist.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass der während der Sendung dauernd eingeblendete Hinweis "EUR 0,70 pro Anruf" selbst bei flüchtiger Betrachtung ausreicht, um das Fernsehpublikum über den Preis eines Anrufes aufzuklären und es daher zusätzlicher Hinweise durch die Moderatorin nicht bedürfe, geht sie an dem Umstand vorbei, dass ihr nach dem Inhalt des Klagebegehrens und des bekämpften Urteilsspruchs nicht die mangelhafte Aufklärung über die Kosten eines Anrufes angelastet wird, sondern die fehlende Aufklärung darüber, dass diese Kosten auch bei nicht die Moderatorin im Studio erreichenden, also "fehlgeschlagenen" Anrufen anfallen.

Diesbezüglich meint die Beklagte zusammengefasst, es entspreche der Lebenserfahrung und sei den beteiligten Verkehrskreisen bekannt, dass die Inanspruchnahme von Telefonverbindungsdienstleistungen ab dem Moment des Herstellens der Telefonverbindung Kosten verursache, und zwar unabhängig davon, ob der Anrufer mit einem Anrufbeantworter oder mit dem Moderator verbunden werde.

Dieses Argument wäre nur dann überzeugend, wenn man entgegen der ständigen Judikatur sowohl des OGH als auch des EuGH von einem Leitbild des stets umsichtigen, aufmerksamen und sorgfältig abwägenden Verbrauchers

ausgehen würde. Es mag sein, dass einem aufmerksamen Zuseher - jedenfalls nach dem ersten Anruf, mit dem er erkannt hat, dass "fehlgeschlagene" Anrufe zu einem Anrufbeantworter "durchkommen" - nach ausreichender Überlegung eigentlich klar sein müsste, dass auch "fehlgeschlagene" Anrufe kostenpflichtig sind. Nun sind aber das Konzept der vorliegenden Sendung und die Werbeaussagen der Moderatorin gerade dazu angelegt, den Zuseher von solchen vernünftigen Überlegungen abzuhalten, ihn zu unüberlegten, spontanen Anrufen zu animieren und seine Aufmerksamkeit gerade von der Tatsache der Kostenersatzpflicht auch für fehlgeschlagene Anrufe abzulenken. Nur so ist nicht nur die Vielzahl der "penetranten" Mitspiel-Aufforderungen der Moderatorin erklärbar, sondern auch ihre Wortwahl; nach dem diesbezüglich von der Beklagten nicht bestrittenen Vorbringen des Klägers spricht sie nämlich immer wieder von zu ihr bzw. ins Studio "durchkommenden" Anrufen, womit unterschwellig suggeriert wird, dass die übrigen Anrufe "nicht durchkommen", also niemand erreichen und daher nicht kostenpflichtig sind. Im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten kann in einer Verpflichtung, aus diesen Werbeaussagen resultierende Missverständnisse durch klare Hinweise auf die Kostenpflicht auch für "nicht durchgekommene" Anrufe hintanzuhalten, keine Überspannung der Sorgfaltspflichten erblickt werden.

Der Berufung der Beklagten war daher ein Erfolg zu

versagen.

Zur Berufung des Klägers im Hauptpunkt:

Die Berufung im Hauptpunkt ist nicht berechtigt.

Der Kläger bekämpft die Negativfeststellung, wonach nicht festgestellt werden könne, dass die beanstandete Sendung an mehr als zwei Tagen von der Beklagten ausgestrahlt worden sei.

Auf diese Frage muss hier aber schon aus rechtlichen Erwägungen nicht näher eingegangen werden:

Die Urteilsveröffentlichung soll eine durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung richtig stellen und verhindern, dass diese Meinung weiter um sich greift. Sie dient der Aufklärung des Publikums über einen bestimmten Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt (ÖBl 2002,302 ua). Die Urteilsveröffentlichung ist idR in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die durch die wettbewerbswidrige Ankündigung angesprochenen Verkehrskreise jetzt auch über den wahren Sachverhalt aufgeklärt werden; eine vollständige Gewähr dafür, dass jeder Leser einer gesetzwidrigen Ankündigung auch die Urteilsveröffentlichung liest, besteht aber nicht (SZ 72/118). Auch das oftmalige Veröffentlichens eines irreführenden Vergleichs oder das oftmalige Sendens eines Rundfunkspots führt nicht zwangsläufig zur mehr- oder gar oftmaligen Veröffentlichung bzw. Verlesung des Urteilsspruches im Medium der Beklagten (vgl ÖBl

1989,141; WBl 1990,82).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall scheint insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die beanstandete Sendung von der Beklagten längst eingestellt wurde (s Außerstreitstellung S 2 in ON 5) und daher das Interesse an einer möglichst lückenlosen Aufklärung des Publikums nicht mehr so gravierend ins Gewicht fällt, die vom Erstgericht bewilligte zweimalige Verlesung des Urteilsspruches an einem Tag selbst dann ausreichend, wenn die Sendung seinerzeit - wie vom Kläger behauptet - zweimal täglich bzw. oftmalig gesendet worden sein sollte.

Auch der Berufung des Klägers im Hauptpunkt war daher ein Erfolg zu versagen.

Zur Berufung des Klägers im Kostenpunkt (Kostenrekurs):

Die Berufung im Kostenpunkt ist teilweise berechtigt.

Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass der Anspruch auf Urteilsveröffentlichung gegenüber dem Unterlassungsbegehren nach dem UWG in der Regel als geringfügig anzusehen ist (Klauser/Kodek ZPO¹⁶ § 43 E 91). Mit der Geltendmachung des Veröffentlichungsbegehrens war auch kein nennenswerter Verfahrensaufwand verbunden. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Kläger hier auch mit dem Veröffentlichungsbegehren dem Grunde nach obsiegte und nur im Ausmaß der

Veröffentlichung, deren Festsetzung weitgehend vom richterlichem Ermessen abhängig ist (s ÖBl 1993,96), zum Teil unterlag. Es liegt somit ein Fall des § 43 Abs 2 ZPO vor, sodass dem Kläger dem Grunde nach die gesamten Prozesskosten zustehen.

Der Höhe nach sind diese Kosten aber nach ständiger Rechtsprechung nur auf Basis der für den obsiegten Teil geltenden Tarifsätze zuzusprechen (Klauser/Kodek aaO E 72). Es ist somit von einer Kostenbemessungsgrundlage von EUR 22.142,86 (EUR 21.500,-- für das Unterlassungsbegehren und EUR 642,86 für den obsiegten Teil des Veröffentlichungsbegehrens) auszugehen. Der Tarifansatz nach TP 3A RAT beträgt somit EUR 440,90. Dies führt für die Klage (zuzüglich 100% ES) und 2 Verhandlungen bis zu einer Stunde Dauer (jeweils zuzüglich 50% ES) zu einer Summe von EUR 2.204,50 zuzüglich EUR 440,90 an USt und den mit EUR 692,12 (brutto) verzeichneten Barauslagen, woraus sich insgesamt der von der Beklagten zu ersetzende Kostenbetrag von EUR 3.337,52 errechnet.

Die angefochtene Kostenentscheidung war daher entsprechend abzuändern.

Zur Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens ist auszuführen, dass der Kläger mit seiner Berufungsbeantwortung zur Gänze erfolgreich war. Bemessungsgrundlage ist aber nur das Berufungsinteresse der Beklagten, welches nicht den gesamten Streitwert

umfasst, sondern nur jenen, der sich aus einer Reduktion um den auf den abgewiesenen Teil des Veröffentlichungsbegehrens entfallenden Betrag ergibt, nämlich EUR 22.142,86 (s oben). Daraus resultiert nach TP 3B RAT ein Ansatz EUR 550,90, woraus sich zuzüglich 150% ES ein Betrag von EUR 1.377,25 netto errechnet.

Im Kostenpunkt obsiegte der Kläger (ausgehend vom Rechtsmittelinteresse von EUR 1.030,04 und dem Erfolg von EUR 750,44) mit 73%, sodass ihm auf Grundlage des § 11 RATG, welcher nunmehr ebenfalls eine Quotenkompensation vorsieht, 46% der Kosten eines "fiktiven Kostenrekurses" nach TP 3A RAT zustehen (s RIS-Justiz RS0087844 unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Ansicht in RIS-Justiz RS0119892), das sind EUR 68,23 netto (46% von EUR 92,70 + 60% ES). Die Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO auf einen Rechtsmittelerfolg nur im Kostenpunkt - s hg 14 R 178/05h, 4 R 242/06x - kommt im vorliegenden Fall hier nicht in Frage, weil hier das Rechtsmittelinteresse des Klägers im Kostenpunkt in Relation zum Berufungsinteresse im Hauptpunkt nicht als geringfügig angesehen werden kann.

Vom Kostenersatzanspruch des Klägers von insgesamt EUR 1.445,48 netto sind die der Beklagten zustehenden Kosten für ihre in der Hauptsache zur Gänze erfolgreiche Berufungsbeantwortung abzuziehen, welche richtig mit EUR 433,75 netto verzeichnet wurden. Es ergibt sich somit ein Saldo zu Gunsten des Klägers von EUR 1.011,73

zuzüglich 20 % USt (EUR 202,35), was insgesamt auf den zugesprochenen Betrag von EUR 1.214,08 führt.

Der Ausspruch über die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes gründet auf § 500 Abs 2 Z 1 ZPO. Es ist kein Anlass erkennbar, von der Bewertung des Klägers abzugehen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil das Berufungsgericht den dargestellten Grundsätzen der oberstgerichtlichen Judikatur gefolgt ist. Ob davon ausgehend die inkriminierte Handlung oder Unterlassung iSd § 2 UWG zur Irreführung geeignet ist, kann immer nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO war somit nicht zu lösen.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 24. April 2007



Dr. Regine Jesionek
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

S. Jesionek