

3 R 131/07t



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 06. DEZ. 2007.

.....facti, m.....Bilg.Akten
.....Halbschriften

| |
|--|
| RECHTSSACHE Dr. Kosesnik-Wenrle Dr. Langer |
| 11. DEZ. 07 |
| BINGBLANGT FRIST: 22.1.08 |

L.T.O.O. Rev.

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien erkennt als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Jelinek als Vorsitzenden, den Richter des Oberlandesgerichts MMMag. Frank und den KR Ecker in der Rechtssache der klagenden Partei **Bundesarbeitskammer**, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **IS Internet Service AG**, Blegistraße 1, 6343 Rotkreuz, Schweiz, vertreten durch Dr. Rudolf Christian Stiehl, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (EUR 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 4.500,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 09.07.2007, 18 Cg 11/07t-7, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es unter Einschluss der bestätigten Teile insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"I. 1. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes zu unterlassen, bei der Bewerbung ihres

Dienstleistungsangebotes in Österreich, insbesondere von SMS-Diensten, insbesondere auf von ihr gestalteten Websites - etwa www.lsms.at, www.lsms.ch, www.lsms.de, www.esims.at, www.esims.ch, www.esims.de, www.88sms.at und www.88sms.ch - den unrichtigen Eindruck zu erwecken, die von ihr angebotene Dienstleistung sei kostenlos, insbesondere durch Werbeangaben wie <<125 SMS gratis verschicken + Riesen Gewinnspiel>> und/oder <<111 SMS gratis und € 1.000,-- gewinnen>> und/oder <<88 gratis SMS plus Gewinnchance>>, wenn die beklagte Partei tatsächlich für diese Dienstleistung ein Entgelt, insbesondere Euro 8,-- pro Monat, bei Vertragsabschluss zur Zahlung im Voraus für ein Jahr fällig verlangt und darauf nicht in eindeutiger und unmissverständlicher Weise hingewiesen wird;

b) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Fernabsatz in Österreich, insbesondere bei Geschäftsabschlüssen im Internet - etwa unter ihrer Website www.lebensprognose.com - zu unterlassen, Verbraucher nicht rechtzeitig vor Abgabe ihrer Vertragserklärung klar und verständlich über den Preis der von ihr angebotenen Dienstleistung zu informieren, insbesondere dadurch, dass der Preis von EUR 58,-- erst unterhalb dieses Anmeldebefehls und/oder nur im Kleindruck ersichtlich gemacht wird;

c) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Fernabsatz in Österreich, insbesondere bei

Geschäftsabschlüssen im Internet zu unterlassen, Verbrauchern ein kürzeres als ein dreimonatiges Rücktrittsrecht zu gewähren, obwohl sie ihnen die Informationen über das Bestehen und den Entfall des Rücktrittsrechtes nach §§ 5e, 5f Z 1 KSchG nicht auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt, sondern insbesondere nur in ihren ausschließlich im Internet abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen veröffentlicht.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils auf den Websites www.1sms.at, www.1sms.ch, www.1sms.de, www.esims.at, www.esims.ch, www.esims.de, www.88sms.at, www.88sms.ch und www.lebensprognose.com oder, sollte die beklagte Partei die Internetadressen dieser Websites ändern, auf den Websites, die an die Stelle der angeführten Websites treten, unter einem jeweils auf der Startseite in einem übersehbar angebrachten Link <<Urteilsveröffentlichung>> in Fettdruckumrandung und mit fett geschriebenen Prozessparteien, ansonsten im Hinblick auf Schriftgröße, -farbe- und -bild, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen, wie auf ihren Websites im Textteil üblich, zu veröffentlichen und zwar jeweils für die Dauer eines Monats.

II. Das Mehrbegehren, der klagenden Partei die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils auch einmal in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der <<Kronen Zeitung>> auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 3.397,-- (darin EUR 465,-- USt und EUR 607,-- Barauslagen) bestimmte Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit Euro 1.740,-- (darin Euro 290,-- USt) bestimmte Kosten ihrer Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt Euro 20.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die beklagte Aktiengesellschaft ist beim Handelsregisteramt des Kantons Zug protokolliert und vermarktet Unterhaltungsmedien in den Bereichen Internet,

Mobile, TV und Print.

Die Klägerin erhebt gegen die Beklagte die aus dem Spruch dieses Berufungsurteils ersichtlichen Hauptbegehren sowie ein - nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildendes - Eventualbegehren zu Punkt I. 1. c) und bringt im Wesentlichen vor, die Beklagte bewerbe auf ihren Websites SMS-Dienste und Lebenserwartungsprognosen, wobei sie in irreführender Weise den Eindruck erwecke, es handle sich um unentgeltliche Leistungen. In Wahrheit müsse dafür ein Entgelt entrichtet werden. Die Beklagte verstoße damit sowohl gegen § 2 UWG als auch gegen § 5c Abs 1 Z 3 KSchG. Darüber hinaus übermittle die Beklagte dem Verbraucher - entgegen § 5d Abs 2 Z 1 iVm §§ 5e, 5f Z 1 KSchG - weder schriftlich noch auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger Informationen über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung seines Rücktrittsrechts. Obwohl die Beklagte deshalb gemäß § 5e Abs 3 KSchG verpflichtet sei, dem Konsumenten ein 3-monatiges Rücktrittsrecht zu gewähren, habe sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine bloß 14-tägige Rücktrittsfrist verankert.

Die Beklagte beantragt die Abweisung sämtlicher Begehren und wendet - soweit dies im Berufungsverfahren noch relevant ist - im Wesentlichen ein, die Gestaltung ihrer Websites sei nicht irreführend und stehe auch mit den Bestimmungen des KSchG im Einklang. Eine von der

Beklagten angestrebte Urteilsveröffentlichung in der "Kronen Zeitung" wäre unverhältnismäßig.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht sämtlichen Hauptbegehren statt. Die Erstrichterin traf die auf den Seiten 11 bis 14 der Urteilsausfertigung aufscheinenden Feststellungen, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Auf die relevanten Teile wird bei der Erledigung der Rechtsrüge zurückzukommen sein. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung bejahte die Erstrichterin die von der Klägerin geltend gemachten Verstöße gegen § 2 UWG und mehrere Bestimmungen des KSchG und vertrat den Standpunkt, die von der Klägerin angestrebten Urteilsveröffentlichungen seien zur Aufklärung des Publikums geboten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die vorliegende Berufung der Beklagten aus den Gründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung dahin abzuändern, dass sämtliche Klagebegehren abgewiesen werden; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin stellt in ihrer Berufungsbeantwortung den Antrag, dem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Als Mangelhaftigkeit des Verfahrens macht die Beklagte geltend, das Erstgericht habe es verabsäumt,

"eine Beweisaufnahme über das tatsächliche Nutzerverhalten bzw das Wissen der maßgeblichen Verkehrskreise anzuordnen"; insbesondere sei die "Einholung eines Sachverständigengutachtens" unterblieben. Diese Mängelrüge ist schon allein deshalb nicht stichhältig, weil die Beklagte keine entsprechenden Beweisanträge gestellt hat.

In ihrer Tatsachenrüge vertritt die Beklagte den Standpunkt, die Erstrichterin habe im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (UA S 16, Abs 3, Sätze 4 bis 7) dislozierte Feststellungen darüber getroffen, wie die Werbebotschaften der Beklagten von den Konsumenten aufgefasst würden. Die Beklagte moniert, die Erstrichterin habe eine nachvollziehbare Beweiswürdigung verabsäumt, und macht damit in Wahrheit - inhaltlich - einen Begründungsmangel geltend. Entgegen der Argumentation der Berufungswerberin handelt es sich aber bei den inkriminierten Ausführungen um rechtliche Erwägungen, die die Erstrichterin auf Erfahrungssätze der allgemeinen Lebenserfahrung (§ 269 ZPO) stützt. Die Tatsachenrüge geht daher ins Leere.

Auf der Grundlage der mängelfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen erweist sich auch die Rechtsrüge als unberechtigt.

I. Zu § 2 UWG und § 5c KSchG:

Die Webseiten der Beklagten sind derart gestaltet, dass im oberen Abschnitt jeder Seite in großen,

auffallenden Lettern Gratis-SMS und Gewinnspiele bzw - auf der Seite www.lebensprognose.com - ein Lebensprognose-Test beworben werden. Daneben bzw darunter befindet sich ein Eingabefeld für die zur Anmeldung erforderlichen persönlichen Daten des Konsumenten, das in normaler Schriftgröße ausgeführt ist. Zur Absendung der Anmeldung ist es erforderlich, ein Feld anzuhaken, das besagt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten akzeptiert werden. Der Abschnitt endet mit einem großen Button, um die Anmeldung abzuschicken. Je nach BildschirmEinstellung und verwendetem Browser ist der Abschnitt unter dem Anmelde-Button gar nicht oder nur zum Teil sichtbar. Erst durch Herunterscrollen der Seite tritt der gesamte untere Abschnitt vollständig in Erscheinung. In dieser Sphäre befindet sich ein Fließtext, dessen Größe wesentlich kleiner ist als die restlichen Texte. Im unteren Teil des kleingedruckten Fließtextes steht auf jeder Website der Hinweis auf den Preis, den der Konsument bei Inanspruchnahme der Dienstleistungen zu entrichten hat (UA S 11f).

Da die Beklagte die Leistungen, die der Verbraucher durch eine Anmeldung erlangen kann, blickfangartig in den Vordergrund rückt und den Hinweis auf das zu entrichtende Entgelt im untersten Bereich jeder Website - insb in einem deutlichen Abstand zum Anmelde-Button - platziert, läuft auch ein mündiger und verständiger Verbraucher (siehe zu diesem auf der Judikatur des EuGH

beruhenden Maßstab RIS-Justiz RS0102654) Gefahr, das Angebot der Beklagten fälschlicherweise als unentgeltlich einzustufen. Der erkennende Senat teilt deshalb die Einschätzung der Klägerin und des Erstgerichts, dass die auf den Websites präsentierten Ankündigungen irreführend iSd § 2 UWG sind (RIS-Justiz 0078542). Diese Botschaften laufen daher auch § 5c Abs 1 Z 3 und Abs 2 KSchG zuwider, wonach der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar und verständlich über den Preis der Dienstleistung informiert werden muss. Die Stattgebung der Klagebegehren, die darauf abzielen, der Beklagten solche Werbepraktiken zu verbieten, ist deshalb unter den Punkten I. 1. a) und b) dieses Berufungsurteils zu bestätigen.

II. Zu §§ 5d, 5e und 5f KSchG:

Gemäß § 5d Abs 2 Z 1 KSchG sind dem Verbraucher schriftlich oder auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger Informationen über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e, einschließlich der in § 5f Z 1 genannten Fälle, zu übermitteln. Gemäß § 5e Abs 1 und Abs 2 KSchG kann der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Dienstleistungsvertrag binnen sieben Werktagen, beginnend mit dem Tag des Vertragsabschlusses, zurücktreten. Ist der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 KSchG nicht nachgekommen, so beträgt die Rücktrittsfrist gemäß § 5e Abs 1 und Abs 3

KSchG drei Monate. Bei Verträgen über Dienstleistungen, mit deren Ausführung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen wird, hat der Verbraucher gemäß § 5f Z 1 KSchG kein Rücktrittsrecht.

Wenn der Verbraucher auf den hier in Rede stehenden Webseiten der Beklagten das Anmeldeformular ausfüllt und den Anmelde-Button anklickt, erhält er in weiterer Folge ein E-Mail mit den Zugangsdaten, das keine Informationen über Rücktrittsmöglichkeiten, sondern bloß einen Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten bietet. Nach Punkt 5.1. dieser Geschäftsbedingungen ist der Verbraucher berechtigt, seine Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen in Textform zu widerrufen (UA S 12f und S 17 oben [dislozierte Feststellung des Links zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen]). Der Konsument bezieht daher von der Beklagten unstrittigermaßen keinen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger, worunter der Gesetzgeber insb Disketten, CD-ROMs und Videokassetten versteht (ErläutRV 1998 XX. GP 23). Entgegen der Argumentation der Berufungswerberin erfolgt aber auch keine schriftliche Information über Rücktrittsmöglichkeiten. Zwar entspricht ein E-Mmail, in dem der Verbraucher auf sein Rücktrittsrecht hingewiesen wird, dem Schriftlichkeitsgebot (ErläutRV 1998 XX. GP 23), doch enthalten die von der Beklagten versandten E-Mails keine derartige

Auskunft. Ein per E-Mail übermittelter Link, der auf eine Website der Beklagten und deren dort präsentierte Allgemeine Geschäftsbedingungen führt, tut dem Schriftlichkeitsgebot nicht Genüge. Zu beachten ist nämlich, dass der Verbraucher die in § 5d Abs 1 und 2 KSchG vorgesehenen Informationen "erhalten" muss; es reicht daher nicht aus, dass sich der Verbraucher diese Informationen in irgendeiner Weise "abholen" kann (ErläutRV 1998 XX. GP 23f), was der Fall ist, wenn der Unternehmer die Daten bloß durch Veröffentlichung auf seiner jederzeit veränderbaren Homepage bereithält (Apathy in Schwimann, ABGB³, § 5d KSchG Rz 3). Die gegenteilige Ansicht, wonach ein Link zu einer dauerhaft lesbaren Internetseite des Unternehmers ausreiche (Schurr, Fernabsatzrecht [2003], § 5d KSchG Rz 7; derselbe in Klang³, KSchG [2006], § 5d Rz 5), lässt sich mit den klaren Intentionen des Gesetzgebers nicht in Einklang bringen und vermag daher nicht zu überzeugen.

Zusammenfassend zeigt sich daher, dass die Webseiten der Beklagten den Anforderungen des § 5d Abs 2 Z 1 KSchG nicht entsprechen. Daraus folgt aber, dass sich die Beklagte auf den Ausnahmetatbestand des § 5f Z 1 KSchG nicht mit Erfolg berufen kann und dem Konsumenten gemäß § 5e Abs 1 und Abs 3 KSchG eine dreimonatige Rücktrittsfrist gewähren muss (ErläutRV 1998 XX. GP 26). Die Stattgebung des Klagebegehrens, das darauf abzielt, der Beklagten die Einräumung einer kürzeren

Rücktrittsfrist zu untersagen, ist deshalb unter Punkt I. 1. c) dieses Berufungsurteils zu bestätigen.

III. Zu den Veröffentlichungsbegehren:

Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 25 Abs 3 UWG ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Die Urteilsveröffentlichung dient damit der Sicherung des Unterlassungsanspruchs. Sie soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern. Sie dient daher der Aufklärung des durch eine wettbewerbswidrige Maßnahme irreführten Publikums (RIS-Justiz RS0079764; RS0079820). In der Regel ist das Urteil in jener Form und Aufmachung zu publizieren, in der auch die beanstandete Werbebotschaft veröffentlicht worden ist, weil es auf diese Weise in der Regel möglich ist, möglichst viele Adressaten der durch das Urteil untersagten Botschaft zu erreichen (RIS-Justiz RS0079630).

Von der hier in Rede stehenden Internetwerbung der Beklagten haben nach der Aktenlage nur jene Verkehrskreise Kenntnis erlangt, die die Websites der Beklagten aufgesucht haben. Die Urteilsveröffentlichung ist daher auf das Internet zu beschränken, während eine zusätzliche Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der "Kronen Zeitung" nicht geboten

erscheint (siehe 4 Ob 174/02w in einer insoweit gleich gelagerten Konstellation). Punkt 3. des Klagebegehrens ist daher in teilweiser Stattgebung dess vorliegenden Rechtsmittels unter Punkt II. dieses Berufungsurteils abzuweisen, soweit es darauf abzielt, die Klägerin zur Veröffentlichung von klagsstattgebenden Teilen des Urteilsspruchs in der "Kronen Zeitung" zu ermächtigen. Im verbleibenden Umfang ist die Stattgebung des Veröffentlichungsbegehrens unter Punkt I. 2. dieses Berufungsurteils mit einer vom Klagebegehren geringfügig abweichenden, klareren Formulierung zu bestätigen.

Die Entscheidungen über die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens beruhen auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO bzw §§ 43 Abs 2 1.Fall, 50 Abs 1 ZPO. Der Streitwert des abgewiesenen Teils des Veröffentlichungsbegehrens beläuft sich auf EUR 2.250,-- (= Hälfte des Veröffentlichungsstreitwerts von insgesamt EUR 4.500,--) und macht damit weniger als 10% des Gesamtstreitwerts aus. Da die Erledigung dieses Begehrens überdies keine besonderen Kosten verursacht hat, sind der Klägerin die gesamten Kosten beider Instanzen auf Basis von EUR 23.750,-- zuzuerkennen. Barauslagen für Kopien sind der Klägerin nicht abzugelten (jüngst 4 Ob 149/07a).

Die ordentliche Revision ist in Ermangelung erheb-

licher Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 3, am 30. November 2007



Dr. Gerhard Jelinek

Für die Richtigkeit der Austerlegung
der Leiter der Geschäftsabteilung: