



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 291/04k 236 209/04z

Einfachstufte	
des Landesgerichtes Wr. Neustadt	
Eingel.	24. FEB. 2005 Uhr.....
.....fach mitBelegen	
.....Halbschriften	

RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER /12
- 1. März 2005
EINGELANGT
FRIST:

Das Oberlandesgericht Wien als Rekursgericht hat durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Bauer als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Wittmann-Tiwald und den KR Ing. Theimer in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **BILLA AG**, IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, 2355 Wiener Neudorf, vertreten durch Dr. Christian Kuhn, Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren EUR 21.500,--) über den Rekurs der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wiener Neustadt vom 12.10.2004, 23 Cg 209/04z-6, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird Folge gegeben und der angefochtene Beschluss dahin abgeändert, dass die Entscheidung lautet:

"Einstweilige Verfügung

Der beklagten Partei wird ab sofort bis zur rechtskräftigen Beendigung dieses Rechtsstreites

geboten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, bestimmte von ihr verkaufte Waren, etwa "Heidi-Teebutter", seien in einem bestimmten Angebotszeitraum zu reduzierten Preisen erhältlich, etwa durch die Angabe "Heidi Teebutter (...) Original-Karton mit 40 Packungen 0,59 per Pkg. - sie sparen 16 - ab 9.9. gültig bis 15.9.04" oder durch sinngleiche Werbeaussagen, wenn tatsächlich die derart angekündigten Waren im genannten Zeitraum nicht zum genannten reduzierten Preis erhältlich sind, insbesondere, wenn sie stattdessen zum Normalpreis verkauft werden.

Das Mehrbegehren, wonach die einstweilige Verfügung auch die beispielsweise Angabe "250g 0,99" zu umfassen habe, wird abgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten der einstweiligen Verfügung vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten ihrer Äußerung endgültig selbst zu tragen."

Die klagende Partei hat die Kosten ihres Rekurses vorläufig, die beklagte Partei jene der Rekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin ist gemäß § 14 Abs 1 letzter Satz UWG

zur Klage legitimiert. Die Beklagte ist Rechtsträgerin der Diskontgeschäfte "Penny Markt", worin sie unter anderem den Handel mit Lebensmitteln betreibt. Die Beklagte beabsichtigte, im Zeitraum 9.9.2004 bis 15.9.2004 u.a. "Heidi Teebutter" in den einzelnen Penny Märkten zu günstigen Preisen anzubieten. Laut Flugblatt und website sollte "Heidi Teebutter" um EUR 0,99 für die 250g Packung und EUR 0,59 für 40 Packungen Originalkarton erworben werden können, wobei im Fall des Erwerbs einer Großpackung auf die Ersparnis von EUR 16,-- ausdrücklich hingewiesen wurde. Am 6.9.2004 wurde das Flugblatt versendet. Daraufhin verlangte der Verein österreichischer Grünland- und Rinderbauern (IG-Milch) mit Schreiben vom 8.9.2004, gerichtet an die "Penny Geschäftsführung in Wiener Neudorf" den sofortigen Abbruch der Aktion. Weiters wurde gefordert, dass in allen Penny Märkten ein großformatiges Plakat mit der Aufschrift "Auf Grund der berechtigten Intervention der österreichischen Bauern sehen wir uns veranlasst, Heidi-Teebutter aus Holland nicht zum Aktionspreis von 59 Cent bei 40 Stück Abnahme, zu verkaufen." anzubringen. Dieses Begehren wurde damit begründet, dass es Aufgabe des Vereins sei, die österreichische Landwirtschaft gegen unfairen Wettbewerb zu schützen. Die Aktion bzw die Werbung der Beklagten für Aktionsprodukte sei ein Verstoß gegen Forderungen und Vereinbarungen, dass bei sensiblen Produkten Mindestpreise

nicht unterschritten werden dürften. Bei Butter liege dieser Preis bei 99 Cent, dies gelte auch für Großmengen. Nach Erhalt des Schreibens trat [REDACTED], verantwortlicher Geschäftsführer der Penny Märkte, mit [REDACTED], dem Sprecher der IG-Milch in Kontakt. Es wurde eine Einigung erzielt, dass die Aktion mit dem 11.9.2004 abgebrochen wird und seitens der Beklagten in den einzelnen Märkten eine entsprechende Information des Konsumenten erfolgt. Tatsächlich wurde, beginnend mit 12.9.2004, die "Heidi Teebutter", ein Produkt aus Holland, wieder zum Normalpreis verkauft. Der Konsument wurde (im Geschäftslokal) durch eine Bekanntmachung auf den Abbruch der Aktion hingewiesen:

"Auf Initiative und unter
Rücksichtnahme auf die
österreichischen Milch-
Bauern wird ab Montag
den 13.9.2004

(es folgt eine Abbildung einer verpackten

"Heidi-Teebutter")

Heidi Teebutter 250 g

wieder zum Normalpreis

verkauft.

Danke"

Bereits im Februar 2002 (richtig: 2004) versuchte die REWE Austria in den BILLA-Märkten Aktionsmilch und Aktionsbutter, ebenfalls unter dem Namen "Heidi", zu

entsprechend günstigen Preisen zu verkaufen. Diese Aktion musste jedoch abgebrochen werden und scheiterte daran, dass von der IG-Milch bzw Landwirten aus der Umgebung der BILLA-Märkte massive Protestveranstaltungen stattfanden. Landwirte besetzten die Parkplätze der BILLA-Filialen mit Traktoren und kauften geringwertige Waren ein, um offenkundig einer Besitzstörungsklage zu entgehen. Andererseits wurden Zufahrten zu den Parkplätzen der BILLA-Märkte mit Traktoren blockiert und auch Milch vor den BILLA-Filialen ausgeschüttet. Dass solche Kampfmaßnahmen mehrfach stattfanden und auch für die Zukunft geplant waren, geht aus der Nachricht der Austria Presseagentur (./4) hervor. Im Schreiben des Vereins vom 8.9.2004 wird auf "geeignete Gegenmaßnahmen" verwiesen. Der Abbruch der Aktion war demnach nicht die Folge einer zu geringen Bevorratung oder Bereithaltung dieses Produktes, sondern lag in der Tatsache, dass hiermit Gegenmaßnahmen bzw Kampfmaßnahmen der österreichischen Milchbauern zu rechnen gewesen wäre. Die Beklagte sah sich lediglich aus diesen Gründen veranlasst, die Aktion abubrechen.

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhalts- gleichen Unterlassungsanspruches die Erlassung der aus dem Spruch ersichtlichen einstweiligen Verfügung. Der Ehemann von Frau [REDACTED] habe am 13.9.2004 zwei Kartons zu je 40 Packungen "Heidi Teebutter" kaufen wollen. An der Kassa sei ihm erklärt worden, die Aktion sei

vorzeitig beendet worden, weil es mit den Bauern in der Umgebung zu nicht näher genannten Problemen gekommen sei. Die Butter werde nur zum Normalpreis von 99 Cent pro Packung verkauft. Etwa ein Monat davor habe Frau [REDACTED] die in Penny-Märkten angebotene Heidi Teebutter (39 Cent/250g Packung) nicht zum angekündigten Preis erwerben können, weil diese bereits ausverkauft gewesen sei. Die Werbung sei objektiv unrichtig und zur Irreführung geeignet gewesen, weil die für die Zeit vom 9. bis 15.9.2004 zum reduzierten Preis angebotene Heidi Teebutter (59 Cent/250g für Großabnehmer) nicht wie angekündigt hätte erworben werden können. Die Beklagte habe ihr Flugblatt (auch nicht im Internet) richtiggestellt. Die Werbung sei geeignet, das Interesse der Umworbene[n] auf das Angebot der Beklagten zu lenken.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrages. Sie habe den Großmengen-Aktionspreis (59 Cent/250g Packung) durch ein unvorhersehbares Ereignis nicht während des gesamten Aktionszeitraumes, sondern nur bis einschließlich 11.9.2004 aufrecht erhalten können. Es sei ausreichend Warenvorrat vorhanden gewesen. Die IG-Milch habe Proteste in ähnlicher Form wie bei BILLA angedroht, die damaligen Aktionen im Frühjahr 2004 seien Herrn [REDACTED] in unangenehmer Erinnerung gewesen. Damals sei es der IG-Milch gelungen, in den betroffenen BILLA-Filialen den Kundenverkehr gänzlich zum Erliegen zu bringen. Durch die

intensive Medienberichterstattung hätte die Beklagte einen nicht zu beziffernden Imageschaden erlitten. Herr [REDACTED] habe daher die Drohung der IG-Milch sehr ernst genommen und sich gezwungen gesehen, die Aktion vorzeitig abubrechen.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab. Es stellte den auf den Seiten 6-8 wiedergegebenen Sachverhalt fest (einschließlich der als Bestandteil der Feststellungen integrierten Beilage 5; dieser Sachverhalt wurde eingangs wiedergegeben).

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass die Beklagte keine irreführenden Angaben gemacht habe. Ohne die angedrohten Störmaßnahmen von dritter Seite, hätte die Aktionsbutter zum angekündigten Preis im angekündigten Zeitraum verkauft werden können. Nach drei Tagen habe die Aktion wegen der von der IG-Milch angedrohten "Gegenmaßnahmen" abgebrochen werden müssen, wobei es evident sei, dass solche Gegenmaßnahmen bereits aus Anlass des Verkaufes eines gleichartigen Produktes im Februar 2004 stattgefunden hätten. Damals sei es zu massiven Störaktionen in Bezug auf den Geschäftsbetrieb der BILLA-Filialen gekommen. Der Grund für die frühzeitige Beendigung der Aktion sei nicht darin gelegen, dass zu wenig Aktionsbutter vorrätig gewesen wäre.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Rekurs der Klägerin aus dem Rekursgrund der unrichtigen

rechtlichen Beurteilung mit dem Abänderungsantrag im Sinne einer Stattgebung des Sicherungsantrages.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Die Rekurswerberin bringt zusammengefasst vor, dass die angedrohten "Gegenmaßnahmen" der IG-Milch vorhersehbar gewesen wären. Daher hätte die Beklagte die Aktion ohne Einvernehmung mit der IG-Milch nicht ankündigen dürfen. Die Beklagte habe es unterlassen, über den Abbruch der Aktion aufzuklären (zumindest durch einen Hinweis auf der website, aber auch durch Verteilung eines Flugzettels); Hinweistafeln in den Geschäftslokalen seien irrelevant, weil die wettbewerblich relevante Täuschung schon erfüllt sei, wenn sich der Umworbene mit dem Anbot des Werbenden näher befasse.

Die Rekursgegnerin wendet im Wesentlichen ein, dass bei Ankündigung der Aktion Protestmaßnahmen und die Notwendigkeit eines Abbruchs der Aktion nicht vorhersehbar gewesen seien. Aus Protestaktionen gegen BILLA hätte nicht auf eine derartige Aktion auch gegen Penny Märkte geschlossen werden müssen. Die Beklagte habe aus beachtlichen Gründen, nämlich ernsthaft angedrohter Protestaktionen die Aktion abgebrochen.

§ 2 Abs 1 UWG normiert einen Unterlassungsanspruch, wenn im geschäftlichen Verkehr

zu Zwecken des Wettbewerbes zur Irreführung geeignete Angaben, insbesondere (u.a.) über die Preisbemessung gemacht werden. Ob eine Angabe zur Irreführung geeignet ist, hängt davon ab, wie die angesprochenen Verkehrskreise diese Angabe verstehen. Eine Angabe ist irreführend im Sinn des § 2 UWG, wenn die Vorstellungen, welche die Umworbenen über ihre Bedeutung haben, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang stehen (4 Ob 129/94 = MR 1995, 66 - Graz Aktiv; 4 Ob 232/99t ua). Eine Irreführung verstößt nur dann gegen § 2 UWG, wenn sie den Entschluss des angesprochenen Interessenten, sich mit dem Angebot zu befassen, in irgend einer Weise zugunsten dieses Angebotes beeinflussen kann (stRsp 4 Ob 2338/96v = ÖBl 1997, 172 - D - Schulen; 4 Ob 255/01v = ÖBl 2002, 24 [Warbek]-galtuer.at; 4 Ob 87/03b; vgl EuGHSlg 1992 I 131 = WRB 1993, 233 = EuZW 1993, 544 zur "irreführenden Werbung").

Der Begriff der "Lockvogelwerbung" (Werben mit Lockartikeln; Lockangebote) ist im Wettbewerbsrecht wegen der vielfältigen Erscheinungsformen dieser Werbemethode nicht fest umrissen (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²² (D) § 3 UWG Rz 279); es handelt sich hierbei im Wesentlichen um Formen des Kundenfangs durch (Preis-)Täuschung. Die - praktisch wichtigste - Form der Lockvogelwerbung ist dadurch charakterisiert, dass die - als besonders günstig angepriesene - Ware nicht oder nur in unzureichender Menge zur Verfügung steht

oder sich der Werbende (meist mit Ausflüchten) weigert, diese Ware zu verkaufen. Der Werbende will also mit dieser Werbemethode nicht so sehr den Absatz, der als besonders günstig angepriesenen Ware fördern, sondern vielmehr (vor allem) die Kunden zum Betreten seines Geschäftslokales veranlassen und sie dort womöglich zum Kauf anderer Waren überreden, also über die Lockvogelware eine Steigerung des Umsatzes bei den nicht verbilligten Waren erreichen (Baumbach/Hefermehl²² (D) § 3 UWG Rz 279; vgl auch Bornkamm in Baumbach/Hefermehl²³ (Ö) § 5 UWG Rz 8.1 ff in der Folgeauflage nach der grundlegenden Reform des dt UWG).

Die Irreführungseignung einer Werbeankündigung fehlt nicht schon dann, wenn in der Ankündigung auch noch andere Artikel beworben werden (4 Ob 35/94 (ÖBl 1995, 30 = wbl 1994, 344 - Kodacolor).

Die von einem Gewerbetreibenden angepriesenen Waren müssen - von zufälligen Lieferschwierigkeiten oder anderen unvorhersehbaren Ereignissen im Einzelfall abgesehen - in genügender Menge auch tatsächlich vorhanden und zu haben sein; dies werde vom Kunden erwartet (4 Ob 35/94 = ÖBl 1995, 30 = wbl 1994, 344 - Kodacolor; 4 Ob 190/98i; 4 Ob 147/00x = ÖBl 2000, 259 [Langer] - Computer-Verkaufsaktion). Eine solche Erwartung geht nur dahin, dass der Werbende mit der Sorgfalt eines redlichen Kaufmannes alles in seiner Macht Stehende getan hat, um einen der normalen Nachfrage

genügenden Warenvorrat anbieten zu können. Hingegen können die angesprochenen Verkehrskreise nicht erwarten, dass sich eine Ankündigung auch auf Fälle bezieht, in denen die Ware aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden des Werbenden nicht verkauft werden können (4 Ob 28/92 = ÖBl 1992, 129 - Satellitenempfangsanlagen; 4 Ob 147/00x = ÖBl 2000, 259 [Langer] - Computer-Verkaufsaktion). Es kommt somit darauf an, ob bei sorgfältiger Planung und Ankündigung einer (Verkaufs-)Aktion die dadurch geweckten, berechtigten Erwartungen von Kunden hätten erfüllt werden können und bloß wegen unvorhergesehener Ereignisse enttäuscht werden mussten. Es ist nicht erst dann auf den Zeitpunkt der Werbeankündigung abzustellen, wenn zuvor bereits größere Warenmengen im Hinblick auf die geplante Aktion angeschafft gekauft wurden und ein Unterbleiben der Werbeaktion nicht zumutbar wäre (4 Ob 147/00x = ÖBl 2000, 259 [Langer] - Computer-Verkaufsaktion).

Potentielle Kunden erwarten nicht nur, dass im Fall einer Werbeaktion Warenvorrat vorhanden ist, der den Großteil der durch die Werbeankündigung geweckten Nachfrage abdecken kann, sondern auch, dass der angekündigte Aktionszeitraum nicht nach der Ankündigung verkürzt wird.

Im zu beurteilenden Fall wurde die für die Zeit vom 9.9. bis 15.9.2004 geplante Werbeaktion mittels

Flugblatt und auf der website (unter www.penny.at) veröffentlicht. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die Beklagte wegen der erst ein halbes Jahr zurückliegenden massiven Proteste von Landwirten im Zusammenhang mit dem Verkauf von Aktionsmilch und Aktionsbutter in BILLA-Märkten hätte voraussehen können, dass sie die geplante Aktion für Großabnehmer von Teebutter vorzeitig wegen neuerlicher Protestaktionen der IG-Milch werde abbrechen müssen und diese angebotene Butter nicht für den gesamten Werbezeitraum werde verkaufen können.

Der Beklagten ist aber jedenfalls vorzuwerfen, dass sie auf ihrer website die Werbeaktion unverändert aufrecht erhielt und die Butter (Heidi-Teebutter) für Großabnehmer um "EUR 0,59" auch noch zu einem Zeitpunkt anbot, als sie bereits für dieses Produkt mit der IG-Milch einen vorzeitigen Abbruch der Aktion vereinbart hatte.

Das Rekursgericht nimmt auf Grund der Urkunden folgenden weiteren Sachverhalt als bescheinigt an:

"Am 9.9.2004 vereinbarten Vertreter der Beklagten und der IG-Milch, dass Butter ab dem 13.9.2004 zum Normalpreis verkauft werde (./3). Noch am 13.9.2004 enthält die unter www.penny.at abrufbare website unter der Rubrik "Angebote ab Donnerstag, 9. September 2004" die ursprüngliche Werbeanündigung für Großabnehmer von Heidi-Teebutter zum Preis von "EUR 0,59" (screen-shot

von der website vom 13.9.2004, ./C S 3)."

Diese Werbeankündigung ist zu diesem Zeitpunkt jedenfalls unrichtig und irreführend. Wegen des vorzeitigen Abbruchs der Werbeaktion wurde ab dem 13.9.2004 die beworbene Teebutter wieder zum Normalpreis verkauft. Eine Richtigstellung der website wäre der Beklagten jedenfalls möglich und zumutbar gewesen. Zu Recht bringt die Rekurswerberin vor, dass Hinweistafeln in den Geschäftslokalen zur Information über den Abbruch der Aktion nicht ausreichen, weil eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung bereits vorliegt, wenn sich der angesprochene Interessent mit dem Angebot des Werbenden näher befassen könnte. Die Wirkung einer Werbeankündigung mittels Flugblattes und einer website wird jedoch nicht durch ein bloßes Hinweisschild in den Geschäftslokalen des Werbenden aufgehoben, weil sich ein Interessent mit dem Angebot bereits näher befasst hatte, wenn er bereits das Geschäftslokal des Werbenden aufsuchte, um das angekündigte Produkt zu erwerben.

In Stattgebung des Rekurses wird der angefochtene Beschluss entsprechend abgeändert.

Die Entscheidung über die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens beruht für die Kosten des Klägers auf § 393 Abs 1 EO, für die Kosten des Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 43 Abs 2 ZPO sowie - für das Rekursverfahren - auch auf § 50 ZPO. Die Klägerin ist nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen

Teil ihres Anspruches als unterlegen anzusehen, weil die beispielhaft angeführte Werbeankündigung zur Teebutter in der einstweiligen Verfügung nicht im vollen Wortlaut, sondern nur so weit im Spruch wiedergegeben wurde, als sie - auch schon nach dem Vorbringen der Klägerin - unrichtig war.

Der Ausspruch über die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes und die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet auf den §§ 78, 402, 526 Abs 3, 500 Abs 1 Z 1 und 3, 528 Abs 1 ZPO.

Der ordentliche Revisionsrekurs war nicht zuzulassen, weil für die Entscheidung letztlich ausschlaggebend war, dass die Beklagte eine ihr mögliche Richtigstellung der Werbeankündigung unterließ und sie deshalb den Tatbestand des § 2 Abs 1 UWG erfüllte. Insoweit liegt keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung vor.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 8. Februar 2005

Dr. Brigitte Bauer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Brigitte Bauer