



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

4 R 144/21g

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Primus als Vorsitzende, die Richterin Mag. Elhenicky und den Kommerzialrat Mag. Veyder-Malberg in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayer LL.M., Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien **1. KSH Sports Holding GmbH**, Aschbachweg 19, 6370 Kitzbühel, und **2. FIMA Sportstudio Management GmbH**, Edelsinnstraße 4, 1120 Wien, vertreten durch die bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Parteien gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 6. August 2021, GZ: 43 Cg 6/21m-18, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.355,98 (darin EUR 559,33 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe :**

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG und § 14 Abs 1 UWG klageberechtigter Verein.

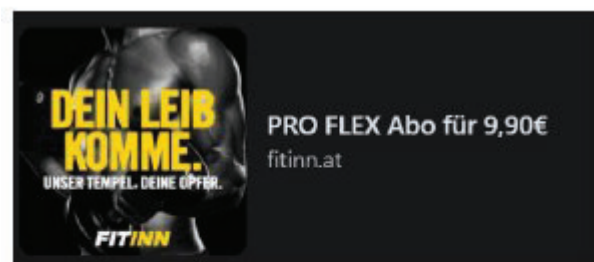
Die Zweitbeklagte ist Inhaberin der Marke „FITINN“ und betreibt die Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at).

Die Erstbeklagte ist Alleingesellschafterin der Zweitbeklagten und weiterer Gesellschaften (darunter die FEBU Fitness GmbH, die SWAPO Fitness GmbH, die WOMA Fitness GmbH und die SANE Fitness Studio GmbH), welche in Österreich Fitness-Studios unter der Bezeichnung „FITINN“ betreiben; sie alle haben - so wie die Zweitbeklagte - ihren Sitz in 1120 Wien, Edelsinnstraße 4. Alleingeschäftsführer der Zweitbeklagten und der einzelnen Betreibergesellschaften ist [REDACTED], der auch einer der beiden selbstständig vertretungsbefugten Geschäftsführer der Erstbeklagten ist. Alleingesellschafterin der Erstbeklagten ist die WPT GmbH & Co KG, deren unbeschränkt haftende Gesellschafterin die WPT Consult GmbH ist. Alleingesellschafter und -geschäftsführer der WPT Consult GmbH ist [REDACTED].

Auf der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) wurde Verbrauchern im Herbst 2020 das „Herbstangebot“ gemacht, bis 16.10.2020 entweder online direkt auf [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) oder in einem der FITINN-Studios einen PRO FLEX Abovertrag auf unbestimmte Zeit abzuschließen, welcher den Kunden gegen Zahlung eines Entgelts von zunächst EUR 9,90 monatlich zur Inanspruchnahme eines umfassenden Leistungspakets in FITINN-Studios berechtigen sollte. Für die Aktivierung der Mitgliedschaft und der Mitgliedskarte hatte der Verbraucher eine einmalige Gebühr in Höhe von EUR 29,90 zu entrichten. Bis einschließlich 15.12.2020 hatte er die

Möglichkeit, die Abo-Kategorie auf die jeweils eingeschränkten Leistungspakete des BASIC Abos (beinhaltend im Wesentlichen die Trainingsmöglichkeit einschließlich Zugang zu den Trainingsgeräten) um EUR 19,90 monatlich oder des ADVANCED Abos (beinhaltend zusätzlich den kostenlosen Zugang zu den Duschen und zu allen FITINN-Studios) um EUR 24,90 monatlich einmalig zu ändern; andernfalls sollte das Vertragsentgelt für das PRO FLEX Abo mit umfassendem Leistungspaket (beinhaltend zusätzlich den Zugang zu den Solarien und zur „Trinkbar“) ab 1.1.2021 EUR 29,90 monatlich betragen. Das Aktionsabo konnte erstmals nach 12 Monaten gekündigt werden.

Die Zweitbeklagte bewarb dieses Angebot auf Facebook in Form von „Karussellschaltungen“ unter anderem mit folgenden Sujets:





### **Parteienvorbringen**

Der Kläger begehrte, die Beklagten schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Verträge zur Benutzung von Fitnessstudios mit einem hervorgehobenen Preis im Blickfang zu bewerben (insbesondere „€ 9<sup>90\*</sup> mtl.“ oder „9,90 €“), ohne ausreichend deutlich auf sonstige belastende Bedingungen und Preisbestandteile klar zugeordnet hinzuweisen, insbesondere auf die Bedingung, dass sich der Preis ab einem bestimmten Zeitpunkt erhöhe, auf die Mindestbindungsdauer sowie auf die Aktivierungsgebühr, es sei denn derartige Bedingungen oder Kosten bestünden nicht. Weiters stellte er das Begehren, ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil auf der dritten Seite einer Freitagsausgabe der österreichweit erscheinenden Tageszeitung „Kronen-Zeitung“ zu erteilen, hilfsweise in einem Ausmaß, auf eine Art und in einem Medium, welche vom Gericht festzusetzen seien, sowie die Beklagten zur Urteilsveröffentlichung auf der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) oder auf ersatzweise eingerichteten Websites zu verpflichten, hilfsweise in einem vom Gericht festzusetzenden Umfang und in einem vom Gericht festzusetzenden Onlinemedium.

Er brachte im Wesentlichen vor, die Werbung der Beklagten auf [www.facebook.com](http://www.facebook.com) sowie in der Facebook-App für ihr Herbstangebot 2020 unter dem Blickfang „PRO FLEX Abo für EUR 9,90“ sei ebenso wie die Plakatwerbung irreführend gewesen. Der Konsument sei über einen Link in den Facebook-Anzeigen auf eine speziell eingerichtete Landingpage der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) weitergeleitet worden; erst dort habe er die für seine Kaufentscheidung wesentlichen Informationen erhalten, dass der Abschluss

des Angebots mit weiteren finanziellen Belastungen, nämlich einem Mitgliedsbeitrag ab Jänner 2021 von zumindest EUR 19,90 monatlich und einer Aktivierungsgebühr von EUR 29,90, sowie einer Mindestbindung von einem Jahr verbunden sei. Bei der Plakatwerbung hätten sich die wahren finanziellen Belastungen und vertraglichen Bedingungen nur in der Fußzeile finden lassen, auf welche ein Sternchen in verkleinerter Schriftgröße neben dem Preis verwiesen habe. Das Plakat sei bei einer viel befahrenen Hauptstraße in Graz aufgestellt gewesen und habe im Vorbeifahren von Verbrauchern nur flüchtig wahrgenommen werden können. Selbst wenn ein Verbraucher in dieser Situation den Stern neben dem Preis bemerkt und erkannt haben sollte, dass der Preis unter einem Vorbehalt stehe, habe er nicht eine im Ergebnis doppelt so hohe monatliche Gesamtbelastung für möglich halten müssen. Um eine Irreführung der Verbraucher zu verhindern, hätte daher auf die sonstigen erheblichen Preisbestandteile und Bedingungen bereits im Blickfang klar und deutlich hingewiesen werden müssen.

Die Geschäftspraktik der Beklagten, den Konsumenten bei Aufforderung zum Kauf des PRO FLEX-Aktionsabos die für eine informierte geschäftliche Entscheidung wesentlichen Informationen zum Preis und zur Mindestbindung vorzuenthalten, sei irreführend und verstoße gegen Art 7 Abs 4 lit a und c RL 2005/29 bzw. § 2 Abs 6 Z 1 und 3 UWG sowie aufgrund der Täuschungseignung gegen § 2 Abs 1 Z 4 UWG. Die monatliche Gesamtbelastung betrage in Wahrheit nicht - wie der in der Ankündigung dargestellte Preis vermuten lasse - monatlich EUR 9,90, sondern inklusive Aktivierungsgebühr monatlich zumindest EUR 19,89 (bei Abschluss des Abos am 1.10.2020, Änderung der Mitglied-

schaft auf das günstigere BASIC Abo und Kündigung zum frühestmöglichen Zeitpunkt). Die beanstandete Werbung berge die Gefahr, dass Verbraucher über die Attraktivität des Angebots getäuscht oder unzureichend über den Preis des Produkts informiert werden. Sie sei geeignet, Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, beispielsweise zum Besuch der Website oder eines Fitnessstudios der Beklagten.

Die Erstbeklagte sei keine reine Beteiligungsholding, die ihre Anteile nur verwalte und keinen direkten Einfluss auf die Geschäfts- oder Finanzpolitik ihrer Beteiligungunternehmen nehme. Ihr Unternehmensgegenstand laute auf Übernahme von Geschäftsführungen und Beratungen sowie Betrieb von Unternehmungen. Sie nehme durch die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern direkten Einfluss auf die Geschäftspolitik des gesamten Unternehmens. Alle ihre Tochtergesellschaften träten unter derselben Marke auf und bildeten in Wahrheit ein großes von der Erstbeklagten gegründetes und beherrschtes Unternehmen. Als Konzernobergesellschaft hafte sie aufgrund des einheitlichen Werbeauftritts ihrer zahlreichen Tochtergesellschaften. Auch um die Effektivität des Schutzes zu wahren und eine Umgehung zu verhindern, bedürfe es eines Unterlassungstitels gegen die Erstbeklagte. Andernfalls wäre es ihr möglich, die Werbemaßnahmen selbst fortzusetzen oder durch andere Tochterunternehmen fortsetzen zu lassen.

Eine Urteilsveröffentlichung nur auf der Website der Beklagten sei nicht ausreichend, weil insbesondere auch Konsumenten über den Verstoß aufzuklären seien, die nicht auf die Website zurückkehrten.

Die Beklagten bestritten, beantragten Klagsabweisung und wendeten ein, Betreiberin der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) sei - wie durch einen Blick in das Impressum ohne Schwierigkeiten feststellbar - nur die Zweitbeklagte; die Erstbeklagte sei als deren Alleingesellschafterin nicht passivlegitimiert; sie betreibe weder ein eigenes Unternehmen, noch verfüge sie über Mitarbeiter, übe ein Gewerbe aus oder schließe Verträge mit Kunden ab. Als reine Beteiligungsholding, die mit Kunden in keinerlei geschäftlichen Kontakt trete, hafte sie nicht für die Handlungen ihrer Tochtergesellschaften. Die beanstandeten Werbemaßnahmen stünden auch in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Person ihres Geschäftsführers [REDACTED].

Weder die Facebook- noch die Plakatwerbung der Zweitbeklagten sei irreführend gewesen oder habe den Konsumenten wesentliche Informationen vorenthalten. Die Facebook-Werbungen seien vorwiegend über die übliche und Facebook Nutzern vertraute Werbeform „Facebook Karussell“ geschaltet worden; dabei seien mehrere in Form eines Karussells rotierende Kacheln nebeneinander platziert. Auf einer der Kacheln sei unmissverständlich darauf hingewiesen worden, dass der Preis von EUR 9,90 monatlich für das PRO FLEX Abo bis zum Jahresende gelte und somit zeitlich begrenzt sei. Im Text oberhalb des Karussells sei der Kunde darüber informiert worden, dass er danach entscheiden könne, mit welcher (regulären) Abo-Kategorie er 2021 weiter trainieren möchte. Außerdem habe ein Sternchen-Hinweis deutlich gemacht, dass das Angebot weiteren Bedingungen unterliege. Durch Anklicken des Hinweises „Learn More“ sei der Konsument auf die Landingpage der Website [www.fitinn](http://www.fitinn.at) mit umfassenden Informationen über



das Angebot weitergeleitet worden. Da er erst dort zum Kauf aufgefordert werde, genüge es, ihm die von § 2 Abs 6 UWG geforderten Informationen dort zu erteilen. Auch bei der von der Zweitbeklagten vereinzelt geschalteten „Right Column“ Werbung seien die Kacheln in der rechten Spalte nicht losgelöst von der Information in der Hauptspalte zu lesen. Die Maßstäbe, die der Kläger an zulässige Werbung anlegen wolle, verunmöglichten eine sinnvolle Kommunikation mit Kunden im Rahmen von Social Media Plattformen.

In der Plakatwerbung hätten sich neben dem beworbenen Preis deutlich sichtbar sowohl der Hinweis „bis Jahresende“ als auch ein Stern befunden, der auf die erläuternden Bemerkungen im unteren Bereich des Plakats verwiesen habe. Die Darstellung der weiteren Bedingungen in kleinerer Schrift sei üblich; dem durchschnittlichen Verbraucher sei erkennbar, dass der beworbene Preis nur unter bestimmten Bedingungen gelte.

Das Klagebegehren sei überschießend, weil es auf ein allgemeines Verbot der Werbung mit einem hervorgehobenen Preis im Blickfang hinauslaufe. Die begehrte bundesweite Urteilsveröffentlichung in einer Freitagsausgabe der reichweitenstärksten Tageszeitung des Landes, noch dazu auf Seite 3, stehe in keinem Verhältnis zum behaupteten Wettbewerbsverstoß. Die Plakatwerbung sei regional auf die Stadt Graz begrenzt gewesen.

#### **Angefochtene Entscheidung**

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt, wobei es das Unterlassungsbegehren auf die „insbesondere“ angeführten Bedingungen einschränkte und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil „Chronik“ einer Freitagsausgabe der Kronen-Zeitung erteilte. Es stellte den aus den

Seiten 3 sowie 5 bis 11 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird und der auszugsweise bereits wiedergegeben wurde. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass die Erstbeklagte aufgrund der Gesellschaftsverflechtungen passiv legitimiert sei. Aus den Beteiligungsverhältnissen der miteinander verflochtenen Gesellschaften ergebe sich, ob und welche Gesellschaft die andere beherrsche und dadurch Einfluss auf das Abstellen von Wettbewerbsverstößen nehmen könne. Nach § 18 UWG hafte ein Unternehmer, wenn er die rechtliche Möglichkeit habe, die ihm zugute kommenden Handlungen Dritter abzustellen. Das Lauterkeitsrecht dürfe nicht dadurch ausgehebelt werden, dass Medieninhaber unlautere Werbung nicht selbst veröffentlichen, sondern durch Konzerngesellschaften betreiben ließen. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vermittele (auch schon) die Anteilsmehrheit einen bestimmenden rechtlichen und wirtschaftlichen Einfluss auf diese Gesellschaft. Die Erstbeklagte könne als Alleingesellschafterin der FITINN-Betreiberfirmen und der Zweitbeklagten über ihren Geschäftsführer [REDACTED] maßgeblichen Einfluss auf das Abstellen von Wettbewerbsverstößen nehmen.

Gemäß § 2 Abs 1 UWG gelte eine Geschäftspraktik als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthalte oder sonst geeignet sei, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst werde, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Angaben seien durch Auslegung auf Grundlage der maßgeblichen Verkehrsauffassung auf ihren objektiv nachprüfbaren Inhalt zu reduzieren; heranzuziehen sei dafür das Begriffsverständnis des Durchschnittsverbrauchers.

Bei der Beurteilung einer werblichen Ankündigung sei auf den beim Publikum erzeugten Gesamteindruck abzustellen. Bei mehrdeutigen Begriffen habe der Werbende die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten zu lassen. Aufklärende Hinweise seien nur dann geeignet, eine Irreführung durch mehrdeutige Angaben zu verhindern, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen auch wahrgenommen und als ernst gemeint aufgefasst werden. Das setze im Regelfall gleiche Auffälligkeit voraus.

Die Werbung beinhalte eine Aufforderung zum Kauf eines PRO FLEX Abos für FITINN-Studios. Gemäß Art 7 Abs 4 lit a und c RL 2005/29 bzw § 2 Abs 6 Z 1 und 3 UWG hätten daher zumindest folgende Beträge und Bedingungen als wesentliche Informationen, die der durchschnittliche Verbraucher für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötige, angeführt werden müssen:

- einmalig um EUR 29,90
- EUR 9,90 monatlich bis Dezember 2020
- danach zumindest EUR 19,90 monatlich
- ein Jahr Mindestbindung.

Diese wesentlichen Informationen gingen aus der Facebook-Werbung der Beklagten nicht (ausreichend) hervor. Die potentiellen Interessenten hätten den Gesamteindruck gewinnen können, dass die Beklagten das „PRO FLEX Abo“ um EUR 9,90 monatlich angeboten hätten. Darauf sei das jeweils vorrangige Sujet blickfangartig ausgerichtet gewesen. Je nach Endgerät sei es beim einzelnen Facebook-Nutzer unsicher geblieben, ob und wann er weitere Informationen erhalte. Die weiteren Sujets - mit fallweise ergänzenden Angaben zum Abo - dienten mangels gleicher Auffälligkeit nicht als aufklärender Hinweis.

Auch die beanstandete Plakatwerbung habe die wesent-

lichen Informationen nicht mit der erforderlichen Auffälligkeit enthalten. Im Gegensatz zum Facebook-Sujet sei dort zwar der Hinweis „bis Jahresende“ enthalten gewesen, dieser sei jedoch aufgrund der kleineren, weißen Schrift gegenüber der schwarzfärbigen Ankündigung „PRO FLEX ABO 9,90 mtl“ in den Hintergrund getreten.

Das Unterlassungsbegehren sei über Einwendung der Beklagten enger zu fassen und auf die „insbesondere“-Beanstandungen zu beschränken gewesen. Die Wortfolge „auf sonstige belastende Bedingungen und Preisbestandteile klar zugeordnet“ sei zu weitgehend/zu unbestimmt und deshalb zu streichen.

Das Vorliegen des Wettbewerbsverstoßes indiziere die Wiederholungsgefahr. Die Beklagten hätten bis zuletzt die Klagebegehren zur Gänze bestritten, weshalb solche Verstöße (wie jene aus dem Oktober 2020) auch bei zukünftigen Werbeaussagen denkbar seien.

Die Setzung einer Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO sei nicht erforderlich, weil die beanstandete Werbung bereits in der Vergangenheit liege und die Beklagten keine „aktive“ Tätigkeiten setzen müssten, um dem Unterlassungsgebot zu entsprechen.

Die Veröffentlichungsbegehren seien berechtigt, um das Publikum, Mitbewerber und eigene Kunden aufzuklären. Die Facebook-Werbung sei in ganz Österreich ohne regionale Einschränkungen geschaltet worden. Dass die Beanstandung der Plakatwerbung nur Graz betreffe, hindere eine bundesweite Veröffentlichung nicht. Da nicht sicher sei, dass alle potentiellen Interessenten wieder auf die Website der Beklagten zurückkehrten, sei die Urteilsveröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ gerechtfertigt. Der Kläger habe nicht begründet, warum die Veröffentlichung

gerade auf Seite 3 der Kronen Zeitung erfolgen solle. Sie sei daher im redaktionellen Teil der „Chronik“ anzuordnen, welcher bei den Lesern ebenso hohe Aufmerksamkeit genieße. Damit bestehe für die Schaltung eine gewisse Flexibilität.

### **Rechtsmittel**

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

### **Berufungsentscheidung**

Die Berufung ist nicht berechtigt.

#### **1. Aktenwidrigkeit**

1.1 Die Beklagten bekämpfen die Feststellungen zur Buchung bzw. Schaltung der Werbung durch beide Beklagte (*„Wenn die Beklagten auf Facebook eine Karussellschaltung buchen und einspielen, [...]“; „Die Werbung der Beklagten auf Facebook [...]“; „Außerdem schalteten die Beklagten im Oktober 2020 folgende Plakatwerbung in Graz“*) als aktenwidrig und hilfsweise als unrichtige Tatsachenfeststellung. Das Erstgericht habe dabei nicht näher unterschieden, wer die Werbungen gebucht oder geschaltet habe. Richtigerweise hätte es nur feststellen dürfen, dass die Zweitbeklagte, nicht aber die Erstbeklagte die Werbungen gebucht und geschaltet habe. Für die Annahme einer Einbindung der Erstbeklagten gebe es keine Beweisergebnisse; sie finde im Akteninhalt daher keine Deckung.

1.2 Der Rechtsmittelgrund der Aktenwidrigkeit liegt vor, wenn die Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen wurden, also wenn ein Widerspruch zwischen dem Akteninhalt und den darauf beruhenden wesentlichen Tatsachenfeststellungen allein auf die unrichtige Wiedergabe des Inhalts eines Aktenstücks zurückzuführen ist und nicht in der Gewinnung der Feststellungen aufgrund von Schlussfolgerungen liegt. Eine Aktenwidrigkeit ist nicht schon dann verwirklicht, wenn eine Feststellung irgendeinem vorhandenen Beweismittel widerspricht, sondern nur dann, wenn ein Widerspruch zwischen einer Tatsachenfeststellung und dem zu ihrer Begründung angeführten Beweismittel besteht. Sie kann auch vorliegen, wenn im Urteil Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, die in den Akten überhaupt keine Grundlage haben (*Kodek in Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 471 ZPO Rz 14; RS0043421; 4 Ob 158/18s).

1.3 Das Erstgericht stützte die beanstandeten Feststellungen zur Schaltung der inkriminierten Werbung auch durch die Erstbeklagte - soweit überhaupt - allein auf die Abbildungen der geschalteten Facebook-Werbung, Beilage ./D, und der Plakatwerbung, Beilagen ./E und ./4. Diesen Urkunden ist - wie die Beklagten zu Recht rügen - kein Hinweis auf eine aktive Beteiligung der Erstbeklagten in die Erstellung oder Buchung der Werbeanzeigen zu entnehmen. Da auch kein sonstiges Beweisergebnis die Annahme begründet, die Erstbeklagte könnte in die Werbeschaltungen unmittelbar eingebunden gewesen sein, haben die bekämpften Feststellungen in Ansehung der Erstbeklagten keine Grundlage in den Akten. Das Erstgericht hat mit den beanstandeten Feststellungen erkennbar die (noch) undifferenzierte Behauptung des Klägers aus der Klage übernommen, obwohl die Beklagten eine Einbindung der

Erstbeklagten in die Schaltung der inkriminierten Werbung bestritten haben und der Kläger dieser Bestreitung nicht mehr substantiiert entgegengetreten ist, sondern selbst einräumte, nicht wissen zu können, wer die Werbung veranlasst habe.

1.4 Da Aktenwidrigkeiten dadurch zu beheben sind, dass das Rechtsmittelgericht an die Stelle der aktenwidrigen die durch den Akteninhalt gedeckte Feststellung setzt und diese der rechtlichen Beurteilung unterzieht (RS0043324 [T12]), können die bekämpften Feststellungen vom Berufungsgericht dahin richtiggestellt werden, dass die Zweitbeklagte die inkriminierten Werbungen buchte und nicht feststeht, dass die Erstbeklagte in die Schaltung der Werbungen unmittelbar involviert war; genau davon dürfte das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung aber ohnehin ausgegangen sein, da andernfalls zur Begründung der Haftung der Erstbeklagten nicht die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen den beteiligten Gesellschaften hätten herangezogen werden müssen.

Damit erübrigt sich im Weiteren ein Eingehen auf die Beanstandung der bekämpften Feststellungen im Rahmen der hilfsweise erhobenen Beweistrüge.

Die ansonsten unbekämpft gebliebenen Feststellungen werden der rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt (§ 498 ZPO).

## **2. Verfahrensrüge**

2.1 Als Verstoß gegen § 405 ZPO infolge Zuspruchs eines aliuds rügen die Beklagten, dass das Erstgericht das Klagebegehren auf die vom Kläger zwecks Veranschaulichung beispielhaft angeführten Insbesondere-Beanstandungen eingeschränkt und es damit zu einem Eventualbegehren umgedeutet habe, ohne dass ein solches gestellt worden

sei, anstatt es infolge der zu weiten und unbestimmten Fassung zur Gänze abzuweisen. Das Erstgericht habe demnach etwas anderes (ein aliud) zugesprochen, als der Kläger beantragt habe.

2.1.1 Wie der Oberste Gerichtshof erst jüngst zu 4 Ob 104/20b klargestellt hat, ist es nach der Rechtsprechung zulässig, die konkrete Verletzungshandlung zu nennen und das Verbot auf ähnliche Eingriffe zu erstrecken oder - wie hier - das unzulässige Verhalten verallgemeinernd zu umschreiben und durch insbesondere aufgezählte Einzelverbote zu verdeutlichen. Werden in einem Urteilspruch Beispielfälle unter „insbesondere“ angeführt, so wird das Unterlassungsgebot dadurch nur verdeutlicht, nicht aber eingeschränkt. Auch bei einer solchen allgemeineren Fassung des Urteilsbegehrens muss der Spruch den Kern der Verletzungshandlung erfassen. Wird mit der allgemeinen Umschreibung der Kern der Verletzungshandlung nicht erfasst, so kann das Verbot auf den Insbesondere-Zusatz eingeschränkt und der überschießende Teil abgewiesen werden, es sei denn das Insbesondere-Verbot passt nicht zur verallgemeinernden Umschreibung (Kern der Verletzungshandlung). Dann darf es nicht eingeschränkt werden, da andernfalls ein aliud zugesprochen würde. Der Insbesondere-Zusatz hat auch nicht die Funktion eines Eventualbegehrens. Ist die verallgemeinernde Umschreibung lediglich zu weit, ist eine Verurteilung nur zum Insbesondere-Zusatz (als minus) aber zulässig (4 Ob 104/20b mwN).

2.1.2 Diese Voraussetzungen für eine Einschränkung des Unterlassungsgebots auf die im Klagebegehren angeführten Insbesondere-Beanstandungen liegen vor. Der Insbesondere-Zusatz wurde zur Verdeutlichung der verallgemei-



nernden Umschreibung der inkriminierten irreführenden Geschäftspraktik (Werbung mit einem Preis im Blickfang, „ohne ausreichend deutlich auf sonstige belastende Bedingungen und Preisbestandteile klar zugeordnet hinzuweisen“) in das Unterlassungsbegehren aufgenommen und diente der Veranschaulichung jener belastenden Bedingungen und Preisbestandteile, welche die Täuschungseignung der Preiswerbung begründeten. Damit entsprachen die Insbesondere-Bearstandungen dem Kern der Verletzungshandlung, deren allgemeine Umschreibung im Klagebegehren das Erstgericht (unbekämpft) als für ein Unterlassungsgebot zu unbestimmt beurteilte. Die Stattgebung in Ansehung der Insbesondere-Bearstandungen war daher als Zuspruch eines bloßen minus zulässig.

2.2 Einen weiteren Verstoß gegen § 405 ZPO erblicken die Beklagten darin, dass das Erstgericht auf Urteilsveröffentlichung nicht - wie vom Kläger begehrt - auf der dritten Seite, sondern im redaktionellen Teil „Chronik“ einer Freitagsausgabe der Kronen Zeitung erkannte. Auch darin liege der Zuspruch eines aliuds.

2.2.1 Verfahrensverstöße bilden nur dann eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens, wenn sie abstrakt geeignet sind, eine unrichtige Entscheidung herbeizuführen. Der Rechtsmittelwerber ist zur Dartuung der abstrakten Eignung des Verfahrensmangels gehalten, wenn die Erheblichkeit des Mangels nicht offenkundig ist (vgl. RS0043027 auch [T10, T13]).

2.2.2 Selbst wenn im Zuspruch der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil „Chronik“ ein aliud und nicht ein bloßes minus zur Veröffentlichung auf der dritten Seite gelegen sein sollte, fehlte es dem damit verbundenen Verfahrensfehler an der für eine

erfolgreiche Geltendmachung notwendigen Relevanz. Der Kläger behielt nämlich im Rahmen des Eventualveröffentlichungsbegehrens die Festsetzung des Ausmaßes, der Art sowie des Mediums für die Veröffentlichung dem Erstgericht vor. Die Vorgangsweise des Erstgerichts, die Veröffentlichungsermächtigung auf den gesamten redaktionellen Teil „Chronik“ einer Freitagsausgabe der Kronen Zeitung zu beziehen, hielt sich daher jedenfalls im Rahmen des Eventualbegehrens. Dem Erstgericht könnte daher nur vorgeworfen werden, das Hauptveröffentlichungsbegehren nicht abgewiesen und nicht erst dem Eventualveröffentlichungsbegehren stattgegeben zu haben. Allein dadurch ist den Beklagten aber kein Nachteil entstanden. Einem darin begründeten Verfahrensfehler fehlte es daher an der notwendigen Relevanz. Eine wesentliche Mangelhaftigkeit des Verfahrens zeigen die Beklagten mit ihrer Beanstandung somit nicht auf.

### **3. Rechtsrüge**

#### 3.1 Passivlegitimation der Erstbeklagten

3.1.1 Die Berufungswerber argumentieren, der Erstbeklagten mangle es als reiner Holdinggesellschaft an der Passivlegitimation. Ihre Verantwortlichkeit nach § 18 UWG scheitere schon daran, dass sie nicht am Geschäftsverkehr teilnehme, über keine Mitarbeiter verfüge, kein Gewerbe ausübe, die Studios nicht selbst betreibe und keine Vertragsbeziehungen mit Kunden, Werbeagenturen oder Studios habe. Das Fehlen von Feststellung dazu werde als sekundärer Feststellungsmangel gerügt. Allein die Tatsache, dass sie Gesellschafterin der Zweitbeklagten sowie anderer Gesellschaften sei, die Fitnessstudios betreiben, führe auch im Konzern nicht zu einer Haftung nach § 18 UWG. Die vom Erstgericht herangezogenen Entscheidungen des Obers-

ten Gerichtshofs zu 4 Ob 51/95 und 4 Ob 104/20b seien nicht einschlägig; dort seien die beanstandeten wettbewerbswidrigen Maßnahmen dem beklagten Unternehmen zu Gute gekommen, das sei hier aber nicht der Fall.

3.1.2 Der lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch richtet sich grundsätzlich gegen den Störer, somit gegen denjenigen, von dem die Beeinträchtigung ausgeht und auf dessen maßgeblichen Willen sie beruht (RS0079539). Juristische Personen können Störer, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe (nur) aufgrund des Verhaltens ihrer Organe sein, welches ihnen selbst zugerechnet wird (RS0079765 [T14, T25]). Als bloß Dritte haftet eine Gesellschaft auch dann, wenn sie den Wettbewerbsverstoß des unmittelbaren Täters durch ihr Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat (RS0079765 [T20, T22, T24]).

3.1.3 Fest steht, dass die Erstbeklagte die beanstandeten Werbungen - anders als die Zweitbeklagte - weder unmittelbar noch als Mittäterin willentlich veranlasste und daran auch nicht als Gehilfin - etwa durch Verbreitung in ihrem Medium - mitwirkte. Eine Haftung der Erstbeklagten für die von der Zweitbeklagten geschalteten Werbungen lässt sich daher nur aus der Bestimmung des § 18 UWG ableiten, welche die Haftung des Inhabers des Unternehmens für wettbewerbswidrige Handlungen aller Personen unabhängig von deren rechtlicher Stellung erfassen soll, wenn die wettbewerbswidrige Handlung dem Unternehmen zugute kommt und für deren Abstellung der Inhaber des Unternehmens sorgen kann; dafür muss der Unternehmer kraft seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit haben, eine allfällige Verletzung des Lauterkeitsrechts zu verhindern oder abzustellen (RS0079799

auch [T8, T9], RS0079674 [T14]). Das Interesse des Unternehmensinhabers am wirtschaftlichen Erfolg der unlauteren Wettbewerbshandlung reicht für sich allein in der Regel zur Begründung einer Haftung nach § 18 UWG nicht aus (RS0079924); ebenso wenig reicht es aus, dass die Tätigkeit dem Unternehmer zu Gute kommt (4 Ob 249/05d mwN). Auch aus dem bloßen Bestehen eines Konzerns kann noch nicht die Haftung eines Konzernunternehmens für wettbewerbswidrige Handlungen irgendeines dem Konzern angehörenden, rechtlich selbstständigen Unternehmens abgeleitet werden (*Herzig in Wiebe/Kodek UWG<sup>2</sup> § 18 Rz 17; RS0049307*). Wie weit die Möglichkeit, wettbewerbswidrige Handlungen Dritter abzustellen zwischen miteinander verflochtenen Gesellschaften besteht, hängt von den Beteiligungsverhältnissen ab; aus ihnen ergibt sich, ob und welche beteiligte Gesellschaft die andere beherrscht und dadurch auch auf das Abstellen von Wettbewerbsverstößen Einfluss nehmen kann (RS0049325; 4 Ob 111/92).

Da die Erstbeklagte bereits aufgrund ihrer Stellung als Alleingesellschafterin sowohl der Zweitbeklagten als auch der Betreibergesellschaften der FITINN-Studios all diese Gesellschaften beherrscht und damit die rechtliche Möglichkeit hat, den beanstandeten Lauterkeitsverstoß abzustellen, ist sie in Ansehung der wettbewerbswidrigen Handlungen der Zweitbeklagten passivlegitimiert. Nicht von Relevanz sind die von den Beklagten relevierten Umstände, ob und in welchem Ausmaß die Erstbeklagte am Geschäftsverkehr teilnimmt, insbesondere dass sie selbst nicht operativ tätig ist, über keine eigenen Mitarbeiter verfügt und am Abschluss der Aboverträge mit den Kunden unmittelbar nicht beteiligt war. Feststellungen zu diesen Umständen waren daher entbehrlich.

### 3.2 Verstoß der Werbung gegen § 2 UWG

#### 3.2.1 Voranzustellen sind folgende Grundsätze:

Beim Irreführungstatbestand des § 2 UWG ist zu prüfen, wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (RS0123292).

Für die Irreführung durch Unterlassen (§ 2 Abs 4 UWG) kommt es - abgesehen von den allgemeinen Kriterien (Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, durchschnittlicher Verbraucher etc) - darauf an, ob wesentliche Umstände verschwiegen werden, die der Durchschnittsverbraucher zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung benötigt, und ob sich dies auf sein geschäftliches Verhalten auswirken vermag; dabei ist den allenfalls beschränkten Möglichkeiten zur Informationsvermittlung Rechnung zu tragen (RS0124472). Insofern erfasst § 2 Abs 4 UWG auch Geschäftspraktiken, die bloß einen durch Irreführung verursachten Anlockeffekt entfalten und bei denen der beim Verbraucher zunächst veranlasste Irrtum durch eine nachträgliche Ergänzung und/oder Richtigstellung der Produktinformation noch vor dem Zeitpunkt seiner endgültigen geschäftlichen Entscheidung aufgeklärt wird. Das Fehlen solcher wesentlichen Informationen in blickfangartigen Ankündigungen ist dann nicht durch für das verwendete Kommunikationsmedium typische Beschränkungen bedingt, wenn die gebotene Information von Durchschnittsverbrauchern über die für sie wesentlichen Punkte eines

Angebots im Fall einer Werbung mit Zeitungsinseraten, Plakaten und Folder ohne einen ins Gewicht fallenden erhöhten Platzbedarf oder im Fall einer Werbung im Hörfunk oder Fernsehen ohne eine wesentlich höhere Sendezeit möglich ist (RS0124471). Enthält eine Ankündigung wesentliche Informationen als Voraussetzung einer informierten geschäftlichen Entscheidung des Marktteilnehmers nicht, liegt schon eine irreführende Geschäftspraxis nach § 2 Abs 4 UWG vor, ohne dass es noch weiters darauf ankäme, ob die Ankündigung als bereits konkrete und unmittelbare Aufforderung an Verbraucher zum Kauf mit gegenüber allgemeiner Aufmerksamkeits-, Image- oder Gefühlswerbung erhöhten Informationspflichten zu beurteilen ist (RS0124473). Welche Informationen dabei wesentlich sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (4 Ob 203/15d mwN). Vom Begriff der wesentlichen Information sind im Allgemeinen solche Umstände erfasst, deren Vorhandensein, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, beim Verkehr einen unzutreffenden Gesamteindruck erweckten. Es ist nicht nur auf das Zustandekommen oder Nicht-Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts abzustellen, auch täuschende Unterlassungen über Nebenpunkte, die ein Rechtsgeschäft nicht per se scheitern lassen würden, können dem Wesentlichkeitserfordernis genügen (*Anderl/ Appl in Kodek/Wiebe UWG<sup>2</sup> Rz 483 f zu § 2 UWG mwN*).

Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung richtet sich der Bedeutungsinhalt einer Äußerung nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck, den ein aufmerksamer Durchschnittsadressat gewinnt. Maßgebend ist der durchschnittlich informierte und verständige Adressat der Werbung, der eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet. Der Gesamteindruck

ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt der Ankündigung, weil der Gesamteindruck durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden kann. Bei einer blickfangartigen Aussage bedarf es zur Vermeidung eines irreführenden Gesamteindrucks eines deutlich wahrnehmbaren Hinweises, mit dem über die einschränkenden Voraussetzungen, unter denen die Aussage gilt, ausreichend aufgeklärt wird. Maßgebend ist dabei, ob ein aufmerksamer Durchschnittsadressat den aufklärenden Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird. Die Irreführungseignung kann auch durch unvollständige Angaben herbeigeführt werden, wenn durch das Verschweigen wesentlicher Umstände ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen wird, der geeignet ist, die Adressaten der Werbung zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Dies gilt auch dann, wenn die beanstandete Aussage bei isolierter Betrachtung wahr ist (4 Ob 219/19p mwN; RS0043590 [T48], RS0118488).

Es ist auf den Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Aufmerksamkeitsgrad von der jeweiligen Situation, insbesondere von der Bedeutung der beworbenen Waren oder Dienstleistungen für den angesprochenen Verbraucher abhängt. Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Prüfung einer gegenüber von Verbrauchern angewendeten Geschäftspraktik ist ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbraucher (4 Ob 69/08p mit weiteren Nachweisen; vgl RS0114366 [T5]; RS0043590 [T48]).

Wer eine mehrdeutige Äußerung macht, muss die für ihn ungünstigste Auslegung (auch bei unbewusster Mehrdeutigkeit) gegen sich gelten lassen (RS0079648, RS0078624). Hiezu genügt es, wenn ein nicht völlig unerheblicher Teil des angesprochenen Publikums/des in Frage kommenden Interessentenkreises die Äußerung tatsächlich in diesem ungünstigen Sinn versteht und in Irrtum geführt wird (RS0078428, RS0043590 [T44]).

3.2.2 Die Beklagten stellen eine Irreführung durch die beanstandete Facebook-Werbung in der Berufung zunächst mit der Behauptung in Abrede, dass der Verbraucher den ausgeblendeten erläuternden Text durch Klicken auf das Feld „Mehr anzeigen“ einfach ausklappen und auf diese Weise sofort alle relevanten Informationen darüber, dass der Abo-Preis nur bis Jahresende EUR 9,90 betrage und sich danach auf zumindest EUR 19,90 erhöhe, eine einmalige Aktivierungsgebühr von EUR 29,90 zu zahlen sei und der Vertrag erstmals nach einem Jahr gekündigt werden könne, bereits im erläuternden Text direkt auf der Hauptseite des Mediums erhalte; Facebook Nutzer seien mit dieser Technik des Ausklappens vertraut.

Die Beklagten behaupten damit erstmals in der Berufung, dass sämtliche vom Kläger vermisste Informationen bereits in der Facebook-Werbung selbst enthalten gewesen seien und von den Verbrauchern dort hätten abgerufen werden können. Im erstinstanzlichen Verfahren haben sie sich demgegenüber darauf gestützt, dass der Verbraucher bei Anklicken der Werbung (insbesondere der dort enthaltenen Links) auf die Landingpage der Website der Zweitbeklagten [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) weitergeleitet worden sei. Ihre Argumentation ist daher schon wegen des im Rechtsmittelverfahren geltenden Neuerungsverbots des § 482 ZPO



unbeachtlich.

Soweit sie in diesem Zusammenhang auf Feststellungen des Erstgerichts zu den erläuternden Informationen bei Ausklappen des vollständigen Werbetextes (auf Seite 8 des angefochtenen Urteils) verweisen, entfernen sie sich vom festgestellten Sachverhalt, wonach der Konsument bei Anklicken einer der Anzeigen auf eine speziell dafür eingerichtete Landingpage auf der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) weitergeleitet wurde, die weiteren Informationen also gerade nicht in der Facebook-Werbung selbst zur Verfügung gestellt wurden, sondern erst im Medium der Zweitbeklagten. Insofern ist die Rechtsrüge nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt und nicht weiter zu behandeln (vgl. RS0043603 insb. [T2, T8]).

3.2.3 Die Beklagten meinen, eine Irreführung der Verbraucher sei auch deshalb auszuschließen, weil selbst wenn auf den Smart-Phones auf den ersten Blick nicht alle Kacheln der Karusell-Werbeschaltung zu sehen gewesen seien, der Verbraucher einfach zur nächsten Kachel wechseln könne und spätestens dort klargestellt werde, dass der Aktionspreis nur bis Jahresende gelte. Auch in der Plakatwerbung werde auf diesen Umstand bereits im Blickfang hingewiesen.

Den Beklagten ist zuzugeben, dass zumindest in einigen Sujets (Kacheln) der Facebook-Werbung sowie auf den beanstandeten Plakaten mit der Wortfolge „PRO FLEX Abo bis Jahresende um 9,90 mtl“ geworben wurde. Daraus ist für ihren Standpunkt aber nichts zu gewinnen. Offen bleibt nämlich weiterhin, ob sich die Worte „bis Jahresende“ auf die Dauer der Gültigkeit des Angebots selbst oder des Preises beziehen. Dabei wird ein nicht unerheblicher Teil des angesprochenen Publikums die Werbeaussage

mangels ausdrücklichen Hinweises auf eine Preiserhöhung ab Jänner 2021 so verstehen, dass der günstige Preis von EUR 9,90 monatlich den Abschluss des Abovertrags bis Jahresende 2020 voraussetzt, nicht aber, dass der günstige Preis nur bis Jahresende 2020 zur Anwendung gelangt und danach ein höherer (regulärer) Abo-Preis verrechnet wird. Da die Beklagten aufgrund der damit weiter bestehenden Mehrdeutigkeit der Werbeaussage jedenfalls die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen müssen, die ihre Angaben als unrichtig erscheinen lassen, wird die Irreführung der Konsumenten allein durch die Worte „bis Jahresende“ nicht beseitigt, solange nicht auch deutlich darauf hingewiesen wird, dass ab 1.1.2021 unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein höherer Preis zur Verrechnung gelangt. Ein entsprechender aufklärender Hinweis ist in den inkriminierten Facebook-Werbeschaltungen aber jedenfalls unterblieben.

3.2.4 Die Beklagten beanstanden des weiteren, das Erstgericht hätte bei Beurteilung der Facebook-Werbung berücksichtigen müssen, dass der Verbraucher erst auf der Landing Page der Website [www.fitinn.at](http://www.fitinn.at) zum Kauf aufgefordert werde, dort habe er aber alle relevanten Informationen textlich erläutert erhalten, bevor er seine Bestellung aufgegeben habe. Die Werbemaßnahmen auf Facebook selbst müssten den Anforderungen des § 2 Abs 6 UWG noch nicht entsprechen.

3.2.4.1 § 1 Abs 4 Z 5 UWG und Art 2 lit i RL-UGP definieren „Aufforderung zum Kauf“ wortgleich als jede kommerzielle Kommunikation, welche die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt,

einen Kauf zu tätigen (*Heidinger* in *Wiebe/Kodek* UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 52). Wird eine Aufforderung zum Kauf an Verbraucher gerichtet, gelten gemäß § 2 Abs 6 UWG unter anderem die wesentlichen Merkmale des Produkts in dem für das Medium und das Produkt angemessenen Umfang (Z 1) sowie der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder, wenn dieser vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art seiner Berechnung (Z 3) als wesentliche Informationen im Sinne des § 2 Abs 4 UWG, sofern sich diese Informationen nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben.

3.2.4.2 Mit ihrer Argumentation, die Facebook-Werbung sei noch keine „Aufforderung zum Kauf“, weil sie den Verbraucher noch nicht in die Lage versetze, eine Kaufentscheidung (geschäftliche Entscheidung) zu treffen, setzen sich die Beklagten über die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) hinweg, wonach der Begriff weit auszulegen ist und auf jede Erklärung eines Unternehmers zutrifft, aufgrund derer sich der Verbraucher zum Erwerb einer bestimmten Ware oder der Inanspruchnahme einer bestimmten Dienstleistung entschließen kann (*Heidinger* aaO). Eine Aufforderung zum Kauf liegt bereits dann vor, wenn der Verbraucher hinreichend über das beworbene Produkt und dessen Preis informiert ist und eine geschäftliche Entscheidung treffen kann, ohne dass die kommerzielle Kommunikation auch eine tatsächliche Möglichkeit bieten muss, das Produkt zu kaufen, oder dass sie im Zusammenhang mit einer solchen Möglichkeit steht. Es bedarf somit weder eines bindenden Angebots noch einer *invitatio ad offerendum*. Selbst die *essentialia negotii* müssen nicht in vollem Umfang feststehen. Ein Produkt ist bereits dann hinreichend bestimmt, wenn es lediglich

benannt und/oder abgebildet ist. Insbesondere kann es ausreichen, wenn der Werbende auf seine Website verweist (*Anderl/Appl* in *Wiebe/Kodek* UWG<sup>2</sup> § 2 Rz 526; EuGH C-122/10 - Konsumentenombudsmann gegen Ving Sverige). Der Begriff „Kauf“ bezieht sich auf entgeltliche Verträge über Produkte iSd § 1 Abs 4 Z 1 UWG, sodass auch Werk- und Dienstleistungsverträge erfasst sind (*Anderl/Appl* aaO Rz 530) und dabei nicht nur der potentielle Erwerb eines Produkts, sondern auch sämtliche vorgelagerte Handlungen, die damit unmittelbar zusammenhängen wie insbesondere das Betreten des Geschäftslokals (EuGH C-281/12 - Trento Sviluppo). Auch das irreführende Anlocken, worauf ein anderes Rechtsgeschäft folgt oder folgen kann, ist daher lauterkeitsrechtlich relevant, dies in der Regel auch dann, wenn dem Marktteilnehmer unmittelbar vor dem Rechtsgeschäft die wahren Umstände offenbart werden (*Anderl/Appl* aaO Rz 43).

3.2.4.3 Gerade einen solchen nach der Rechtsprechung verpönten Anlockeffekt üben die Facebook-Werbeanzeigen der Zweitbeklagten aber aus, da sie den an dem (vermeintlich) günstigen Tarif interessierten Kunden dazu verleiten wird, den in der Werbung enthaltenen Link zur Website der Zweitbeklagten anzuklicken, über welche der Abovertrag sofort online abgeschlossen werden kann, oder aber, etwa wenn der Kunde Wert auf persönliche Beratung oder Unterstützung beim Vertragsabschluss legt, bei passender Gelegenheit ein FITINN-Studio einer der Tochtergesellschaften der Erstbeklagten aufzusuchen. Dabei macht es keinen entscheidenden Unterschied, ob der Kunde physisch ein Geschäftslokal oder einen Web-Shop im Internet besucht oder - wie hier - eine Website, über welche der beworbene Abovertrag online abgeschlossen werden kann,

weil all diese Handlungen unmittelbar zum Vertragsabschluss führen können.

Im Sinn der dargestellten Rechtsprechung ist es auch nicht maßgeblich, ob der angelockte Interessent im Zeitpunkt seiner endgültigen Marktentscheidung noch immer einem Irrtum über die mit dem Geschäftsabschluss verbundene wirtschaftliche Belastung unterliegt oder ob ein solcher Irrtum durch Nachtragen der zunächst fehlenden Informationen auf der (Landingpage der) Website der Zweitbeklagten noch vor dem Geschäftsabschluss behoben wird. Allein aus dem Umstand, dass die wesentlichen Informationen über die Vertragsbedingungen, insbesondere über die Preisgestaltung, auf der Website der Zweitbeklagten ausreichend deutlich enthalten waren, ist für die Beklagten daher nichts gewonnen.

3.2.5 Soweit die Beklagten argumentieren, die Mindestbindungsdauer sei kein wesentliches Merkmal des Produkts iS des § 2 Abs 6 Z 1 UWG und eine Information der Verbraucher darüber in einer „Aufforderung zum Kauf“ daher nicht erforderlich, verweisen sie zwar zunächst richtig darauf, dass als wesentliche Produktmerkmale nach § 2 Abs 6 Z 1 UWG jedenfalls die in Art 6 Abs 1 lit b RL-UGP demonstrativ aufgezählten Merkmale erfasst sind, das sind insbesondere Verfügbarkeit, Vorteile, Risiken, Ausführung, Zusammensetzung, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, Lieferung, Zwecktauglichkeit, Verwendung, Menge, Beschaffenheit, geographische oder kommerzielle Herkunft sowie die Ergebnisse oder wesentlichen Merkmale von Produkttests und Untersuchungen des beworbenen Produkts (*Anderl/App1* aaO Rz 533, 231), vertragliche Bindungsfristen aber nicht genannt sind. Allerdings lassen sie außer Betracht, dass selbst wenn

die 12monatige Bindungsdauer nicht unter den Begriff der wesentlichen Produktmerkmale fallen sollte, auch nach § 2 Abs 6 Z 5 UWG über die Leistungsbedingungen und damit über typischerweise nicht unwesentliche vertragliche Nebenbestimmungen (*Anderl/App1* aaO Rz 539) zu informieren ist. Dass der Abovertrag frühestens nach 12 Monaten aufgelöst werden kann, der Konsument zunächst also ein Jahr lang gebunden ist, ist eine solche wesentliche Nebenbedingung, über die in der Werbung zu informieren ist.

3.2.6 Nach Auffassung der Beklagten soll die Plakatwerbung schließlich auch deshalb nicht irreführend sein, weil mittels eines direkt neben der Preisangabe angebrachten Sterns auf die Erläuterungen der Vertragsbedingungen im unteren Bereich des Plakats verwiesen werde.

Wie allerdings bereits das Erstgericht zu Recht ausgeführt hat, kann ein aufklärender Hinweis eine Täuschung durch eine mehrdeutige Werbeaussage nur verhindern, wenn er von den angesprochenen Verkehrskreisen auch wahrgenommen wird. Das setzt im Regelfall gleiche Auffälligkeit voraus. Gleiche Auffälligkeit ist nicht erst dann gegeben, wenn die Schriftgröße übereinstimmt. Maßgebend ist vielmehr, ob ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher den aufklärenden Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird und ob er ihn im Zusammenhalt mit der übrigen Werbung überhaupt als ernst gemeint auffassen wird (RS0118488 auch [T2]). Ein leicht zu übersehendes Sternchen bei einer blickfangartigen Ankündigung kann eine Täuschung nicht verhindern (vgl 4 Ob 95/16y).

Da gerade der mit der am Rand einer vielbefahrenen Straße aufgestellten Plakatwerbung konfrontierte Verbraucher den Inhalt nur flüchtig im Vorbeifahren wahrnehmen

wird, wird sein Blick zunächst auf die Marke FITINN und auf den schon durch die Schriftgröße hervorgehobenen Preis eines PRO FLEX Abos fallen, die kleingedruckten Erläuterungen im unteren Bereich des Plakats werden in dieser Situation vom Durchschnittsverbraucher aber nicht gelesen werden. Auch der unauffällige Stern neben dem Preis ist leicht zu übersehen. Selbst wenn ein Verbraucher den Stern wahrnimmt, wird er zwar erkennen, dass der Preis nur unter bestimmten Bedingungen gilt, nicht aber damit rechnen, dass der Preis von EUR 9,90 monatlich kaum länger als für die ersten beiden Monate des Abos gilt und sich danach zumindest verdoppelt, ohne dass sich der Konsument vom Vertrag allerdings im ersten Jahr lösen kann. Der Sternchenhinweis ist daher nicht geeignet, die Täuschung zu verhindern.

Die Beurteilung des Erstgerichts, die Werbung verstoße gegen § 2 Abs 4 iVm § Abs 6 UWG ist demnach nicht zu beanstanden.

### 3.3 Urteilsveröffentlichung

3.3.1 Die Beklagten machen geltend, eine bundesweite Veröffentlichung in der reichweitenstärksten Tageszeitung des Landes gleichzeitig mit einer Veröffentlichung auf der Website der Zweitbeklagten stehe in keinem Verhältnis zum beanstandeten Wettbewerbsverstoß. Die Online-Werbung sei nur auf Facebook erfolgt und dort nur bestimmten angemeldeten Nutzern zugänglich; die Plakatwerbung sei nur in der Stadt Graz erfolgt. Die Veröffentlichung entweder auf der Website der Zweitbeklagten oder in Printform wäre völlig ausreichend, um den Kundenkreis der Beklagten zu erreichen.

3.3.2 Zweck der Urteilsveröffentlichungen ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten

Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]). Eine Aufklärung des Publikums kann grundsätzlich auf der Internet-Homepage des Unternehmers am besten erreicht werden. Auch wenn die beanstandete Werbung vorwiegend im Internet geschaltet wurde, schließt das nicht ein zusätzliches Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus. Dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung wird nämlich allein die Bereitstellung der einschlägigen Informationen auf der Website des Unternehmers nicht gerecht (RS0121963 [T10, T13, T15]).

Da die Ermächtigung zur bundesweiten Veröffentlichung in der Kronen Zeitung der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof entspricht (vgl 6 Ob 169/15v mwN) und die Facebook-Werbung der Zweitbeklagten österreichweit geschaltet war, ist eine solche Veröffentlichung zusätzlich zur Aufklärung über die Website der Zweitbeklagten nicht überschießend.

Der unberechtigten Berufung war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung war nicht zu beantworten. Ob eine Ankündigung im Einzelfall zur



Irreführung geeignet ist, ist keine erhebliche Rechtsfrage (RS0053112).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 28. April 2022

**Dr. Dorit Primus**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG