



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch Senatspräsidentin Dr. Brigitta Hütter als Vorsitzende sowie Dr. Werner Gratzl und Dr. Wolfgang Seyer in der Rechtssache des Klägers **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, gegen die Beklagte **SPAR Österreichische Warenhandels-AG**, Europastraße 3, 5015 Salzburg, vertreten durch die Dr. Daniel Bräunlich Rechtsanwalt GmbH in 5020 Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00), über die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 16. Dezember 2011, 14 Cg 34/11d-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 2.724,06 (darin enthalten EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger macht der Beklagten wettbewerbsrechtlich verbotene Kinderwerbung als aggressive Geschäftspraxis zum Vorwurf.

Die Beklagte bot im Rahmen ihrer Werbeaktion Stickermania „Wüsten und Steppen“ in ihren diversen Filialen den Verkauf von Stickersammelbüchern zum Preis von EUR 1,99 an. Die in die Bücher einzuklebenden Tierabziehbilder konnten in den SPAR-Märkten entweder in Briefchen mit 5 Bildern um 50 Cent gekauft werden oder wurden pro EUR 10,00 Einkauf unentgeltlich abgegeben.

Mit der am 8. März 2001 eingebrachten Klage begehrt die Klägerin,

1. die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in ihrer Werbung wie insbesondere auf Werbeplakaten, die sie in ihren Filialen affiziert, unmündige Minderjährige, insbesondere Volksschulkinder, zum Kauf bestimmter beworbener Produkte direkt aufzufordern, insbesondere durch Aufforderungen wie „Hol´ dir hier das Buch dazu! Stickersammelbuch zum Sensationspreis“ oder sinngleiche Aufforderungen,

2. der klagenden Partei die Ermächtigung zu erteilen, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsgebots und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der bundesweit erscheinenden „Kronen Zeitung“ in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

Die Klägerin brachte vor, das Bewerben der Sammelbücher durch die Beklagte in ihren Filialen mittels Plakaten mit der Aufschrift „Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol´ dir hier das Buch dazu! Stickersammelbuch zum Sensationspreis von EUR 1,99!“ verstoße gegen Z 28 des Anhangs zum UWG. Es liege eine aggressive und unter allen Umständen unlautere Geschäftspraxis vor. Die Klägerin spreche vor allem Schulkinder, jedenfalls aber unmündige Minderjährige an, welche vom Schutzbereich der Z 28 des Anhangs zum UWG erfasst seien. Neben der gezielten Aufforderung an Kinder, das Sammelstickerbuch um EUR 1,99 zu kaufen, sollten Mütter durch die Zugabe der - bei Kindern sehr beliebten - Sticker dazu überredet werden, noch mehr einzukaufen, um die Mindestgrenze von EUR 10,00 zu überschreiten.

Da eine direkt an Kinder gerichtete Werbung jedenfalls geeignet sei, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und aggressiv sei, liege zudem ein Verstoß gegen § 1a Abs 1 UWG vor.

Mit der Stickermania werde bewusst die Sammelleidenschaft von Kindern angesprochen. An der Aufklärung über die Unlauterkeit der inkriminierten Werbung bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise, weil die Beklagte die Plakate österreichweit in ihren Filialen präsentiert habe.

Der Oberste Gerichtshof habe in der Entscheidung „Ponyclub“ den Begriff „Kinder“ im Sinne der Z 28 des Anhangs zum UWG zwar nicht unmittelbar ausgelegt, aber festgestellt, dass Volksschulkinder jedenfalls vom Schutzbereich der Norm umfasst seien. Die Verwendung der Cartoonfigur Garfield als Testimonial beziehe sich auf einen Adressatenkreis von höchstens

14-Jährigen. Der Text „*Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol dir hier das Buch dazu! Stickersammelbuch zum Sensationspreis von EUR 1,99!*“ deute an, dass ein spannendes Abenteuer in fernen Gefilden besonders günstig zu haben sei. Die von Z 28 des Anhangs zum UWG verlangte Aufforderung könne durch die Verwendung des Imperativs des Verbs „holen“, das Ausrufezeichen am Satzende und die direkte Anrede des Kindes mit dem Wort „Dir“ kaum deutlicher ausgedrückt werden. Das Verb „holen“ werde synonym für „kaufen“ verwendet. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens erübrige sich, weil dem nationalen Gericht Auslegungskompetenz zur Z 28 des Anhangs zum UWG zukomme.

Die beklagte Partei bestritt und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie wendete ein, die von ihr durchgeführte Stickermania „Wüsten und Steppen“ sei als zeitlich begrenzte Sammel- und Spendenaktion zu Gunsten der Äthiopienhilfe „Menschen für Menschen“ von Karlheinz Böhm als rechtlich unbedenkliche Zugabe eine zulässige Belohnung ihrer Kunden. Angesprochen würden Erwachsene, insbesondere Lehrer, Pädagogen und Eltern sowie in untergeordnetem Ausmaß auch mündige und unmündige Minderjährige sowie Kinder. Der Verbotstatbestand der Z 28 des Anhangs zum UWG beziehe sich nur auf Personen unter sieben Jahren. Das Tatbestandselement „Kinder“ sei nach nationalem Recht zu bestimmen, wobei auf ein durchschnittliches Kind dieser Altersgruppe abzustellen sei, welches jedenfalls nicht sinnerfassend lesen könne und daher nicht von dem Crouner angesprochen werde. Folglich liege keine direkt an Kinder gerichtete Aufforderung gemäß Z 28 des Anhangs zum UWG vor.

Der Crouner sei aufgrund seiner Gestaltung primär an Erwachsene, zumindest aber an mündige Minderjährige gerichtet. Die Tatbestandsmerkmale der Produktwerbung sowie der direkten Aufforderung zum Kauf von Produkten seien nicht erfüllt. Bei richtlinienkonformer Auslegung unter Heranziehung der englischen und französischen Fassung der Richtlinie (RL-UGP) erfordere der Begriff „Aufforderung“ stets einen besonderen Nachdruck, Aufdringlichkeit und eine nahe an eine Drohung heranreichende Schärfe.

Das Testimonial der gegenständlichen Stickermania Garfield spreche außerdem jeden in direkter Rede und in Du-Form an. Die Beklagte verstoße überdies gegen keinerlei Tatbestände des § 1 Abs 4 Z 2 UWG noch gegen § 1a Abs 1 UWG, weil weder gegen berufliche Sorgfaltspflichten verstoßen werde, noch Nötigung, Belästigung oder sonst unzulässige Beeinflussung vorliege.

Zur Klärung der Frage, ob das Tatbestandselement „Kinder“ nach nationalem Recht zu beurteilen sei sowie zur Auslegung der Begriffe „Aufforderung“, „an Kinder gerichtete Aufforderung“ und „Aufforderung zum Kauf“, sei ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzuleiten. Aufgrund der zeitlichen Befristung der Aktion bestehe kein Interesse an einer Urteilsveröffentlichung, weil in der Zukunft keine nachteiligen Auswirkungen zu besorgen

seien und keine Aussagen über die Leistungsfähigkeit der Beklagten vorliegen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Es stellte für die Berufungsentscheidung wesentlich fest, dass es im Jahr 2010 flächendeckend in ganz Österreich 1502 SPAR-, Eurospar- und INTERSPAR-Standorte mit einem Umsatz - bezogen auf den Lebensmittelhandel - von 5,15 Mrd. Euro, was einem Zuwachs von 4,5 % entsprach, gab. Nach der erfolgreichen Dschungeltier Stickermania im Frühjahr 2010 startete die Beklagte Ende Jänner 2011 die zweite Stickermania zum Thema „Wüsten und Steppen“. Dafür wurde mit der Organisation „Menschen für Menschen“ eine mittelfristige Kooperation ohne Zeitlimit abgeschlossen.

Die zum Preis von EUR 1,99 aufgelegten 500.000 Stickersammelbücher, mit einem Deckungsbeitrag von etwa 20 Cent pro Stück, wurden in Kartonständern mit einem aufgesteckten Kopfteil, dem sogenannten „Crown“ in den jeweiligen SPAR-Filialen ausgestellt. Insgesamt wurden 2.500 derartige Displays, verteilt auf 1.400 Standorte, aufgestellt, wobei in sehr kleinen Märkten auf die Kartonständer verzichtet wurde, während in sehr großen SPAR-Märkten bis zu vier Displays, durchschnittlich also zwei Stück aufgestellt wurden.

Der Crown war dabei in aufgestecktem Zustand mit einer verbleibenden Größe von ca. 30 x 27 cm der kleinste Teil des Displays und zeigte eine rund 13 x 16,5 cm große Abbildung des Stickeralbums mit Garfield, der als Testimonial ein Symbol für Essen, Fantasie und Faulenzen darstellt und sowohl bei älteren als auch bei jüngeren Menschen bekannt ist und auf der Vorderseite des Bucheinbandes inmitten einer Wüstenlandschaft an einer mit Stickern gefüllten Schatztruhe lehnt. Daneben fand sich in ca. 1 cm hohen schwarzen Blockbuchstaben auf gelbem Untergrund der Text: *„Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol dir hier das Buch dazu!“*, wobei das Stickersammelbuch zum *„Sensationspreis“* von EUR 1,99 angeboten wird. Im unteren Drittel des Crowners befand sich die Information, dass je EUR 10,00 Einkauf ein grünes Stickerbriefchen mit fünf Tierstickern gratis an der Kasse erhältlich ist und dass es blaue Stickerbriefchen mit fünf Tierstickern auch um 50 Cent zu kaufen gibt und von jedem verkauften Stickerbriefchen ein Teil des Erlöses direkt an „Menschen für Menschen“ geht. Die Stickermania „Wüsten und Steppen“ führte zur Weitergabe von ca. 33 Millionen grünen und ca. 4,5 Millionen blauen Briefchen an die Kunden. Ein Hinweis, dass das Stickersammelbuch auch gratis zum Download im Internet zur Verfügung steht, wobei man allerdings kein gebundenes Buch erhalten konnte, fand sich weder auf den Crownern noch auf Werbeplakaten, Flyern und Zeitungsinseraten.

In der rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, der Anhang 1 zur RL-UGP enthalte eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten und ohne

eine Beurteilung des Einzelfalls in allen Mitgliedsstaaten einheitlich als wettbewerbswidrig anzusehen seien. Damit sei die Aufzählung eine Liste von absoluten Per-Se-Verboten, bei welchen im Unterschied zu den Generalnormen die Umstände des konkreten Einzelfalls nicht gesondert zu prüfen seien. Damit werde klargestellt, dass nicht zu prüfen sei, ob Verbraucher durch die Geschäftspraktik wesentlich in ihren geschäftlichen Entscheidungsfindungen beeinträchtigt werden oder nicht, dies werde unwiderleglich vermutet.

Nach § 1a Abs 1 UWG gelte eine Geschäftspraktik als aggressiv, wenn sie geeignet sei, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Nach § 1a Abs 3 UWG würden die in Z 24 bis 31 des Anhangs angeführten Geschäftspraktiken jedenfalls als aggressiv gelten.

Gemäß Z 28 des Anhangs zum UWG sei die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen, unter allen Umständen unlauter. Die RL-UGP gehe von einem Durchschnittsverbraucher aus, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch sei und zwar unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren (normativer Maßstab). Aus der Richtlinie sei abzuleiten, dass Werbung gegenüber Kindern nicht untersagt sei, Kinder aber vor übertriebenen unmittelbaren als auch mittelbaren Kaufaufforderungen geschützt werden sollten.

Der Begriff „Kind“ iSd RL-UGP sei gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren und sei die nationale Kategorisierung wie in Österreich (0 bis 7: Kinder; 10 bis 14: unmündige Minderjährige; 14 bis 18: mündige Minderjährige) dem Gemeinschaftsrecht fremd. Z 28 des Anhangs zum UWG sei nur im Zusammenhang mit einer Person vor Vollendung des 14. Lebensjahres einschlägig, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber bei den aufgrund des Alters besonders schutzwürdigen Personen zwischen Kindern, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und Minderjährigen, die zwar das 14. Lebensjahr vollendet, nach den nationalen Vorschriften die Grenze zur Volljährigkeit aber noch nicht überschritten haben, unterscheide.

Ganz generell gehe es um die Ausnützung der kindlichen Unerfahrenheit bzw. Leichtgläubigkeit und die damit einhergehende Widerstandslosigkeit der Erwachsenen gegenüber Kinderwünschen, um interfamiliäre Konflikte zu vermeiden. Eine darüber hinausgehende und einschränkende Interpretation des Begriffs „Kind“ sei mit der RL-UGP nicht vereinbar, was dazu führe, dass vom Schutzbereich der Z 28 zum Anhang des UWG Personen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres erfasst seien.

In der inkriminierten Aufforderung auf dem Crouner sei eine direkte Aufforderung an Kinder zum Kauf, also ein „Kaufappell“ zu erblicken. Beim streitgegenständlichen Display handle es sich um eine Werbung, weil der angesprochene Adressatenkreis auf das Stickersammelbuch zum Preis von EUR 1,99 aufmerksam gemacht und zum Kauf animiert werde. Der Crouner des Displays enthalte die Aufschrift „Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol dir hier das Buch dazu!“ und darunter „Stickersammelbuch zum Sensationspreis EUR 1,99“. Links oben auf dem Display sei die Zeichentrickfigur Garfield abgebildet, welche an einer mit Stickern gefüllten Schatztruhe inmitten einer Wüstenlandschaft lehne. Im unteren Bereich des Displays befinde sich der Hinweis auf die grünen Stickerbriefchen, welche je EUR 10,00 Einkauf gratis erhältlich seien und auf die blauen Stickerbriefchen, die um 50 Cent käuflich erworben werden könnten. Die Sätze „Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol dir hier das Buch dazu!“ seien ausschließlich in dicken schwarzen Großbuchstaben geschrieben und somit insbesondere für Kinder leicht zu lesen. Das Verb des zweiten Satzes sei im Imperativ formuliert, was durch das Rufzeichen am Satzende noch verstärkt werde. Die Verwendung des Imperativs, also der „Befehlsform“ stelle unzweifelhaft eine klare Aufforderung im Sinne eines Kaufappells dar, wobei „hol“ als Synonym für „kauf“ verwendet werde, weil das Buch nicht gratis sei, wie sich aus dem Hinweis „Stickersammelbuch zum Sensationspreis EUR 1,99“ unzweifelhaft ergebe.

Die Unterscheidung der Ansprache zwischen „Du“ und „Sie“ in den einzelnen Werbemedien sowie die Auswahl der Zeichentrickfigur Garfield als Werbetestimonial spreche vor allem die Kinder positiv an. Das Wort „Entdeckungsreise“ ziele eindeutig darauf ab, die für Kinder typische Abenteuerlust und Neugier sowie das Verlangen nach einem spannenden und besonderen Erlebnis zu wecken. Allfällige Gratisausdrucke des Stickersammelalbums aus dem Internet seien mit dem beworbenen gebundenen Sammelbuch nicht zu vergleichen.

Die Ausrichtung der Stickermania-Aktion auf Volksschulkinder zeige sich auch aus der Presseaussendung von SPAR zur ersten Stickermania, worin es geheißen habe, es sei geplant gewesen, dass Kinder im Alter von 7 bis 11 Jahren in von Pädagogen mitentwickelten Sammelalben Dschungeltiersticker einkleben. Innerhalb weniger Wochen sei jedoch in ganz Österreich ein nie dagewesenes Sammelfieber entstanden, welches sogar Erwachsene erfasst habe. Daraus ergebe sich, dass die beklagte Partei eindeutig Kinder, insbesondere Volksschulkinder, mit dieser Aktion ansprechen habe wollen. Dass die Stickermania-Aktion in ganz Österreich so erfolgreich verlaufen sei, sei letztlich ein Zufall gewesen. Es sei nicht einsichtig, weshalb die zweite Stickermania im Gegensatz zur ersten plötzlich überwiegend Erwachsene ansprechen sollte, wo doch das Prinzip, nämlich das Sammeln und Einkleben von Stickern in ein Album das gleiche sei. Der Lebenserfahrung entspreche, dass überwiegend Kinder Gefallen am Einkleben von Stickern in ein dafür vorgesehenes Album

fänden und dies für Erwachsene eine nicht unbedingt übliche Freizeitbeschäftigung sei. Mit der gegenständlichen Werbung liege eine direkte Aufforderung an Kinder zum Kauf des beworbenen Stickersammelalbums vor, sodass der erste Anwendungsfall der Z 28 des Anhangs zum UWG erfüllt sei. Da auch Wiederholungsgefahr zu bejahen sei, sei dem Unterlassungsbegehren allerdings mit der dem Inhalt des Crowners angepassten Formulierung stattzugeben gewesen, ohne dass es einer weiteren Prüfung in Richtung § 1a Abs 1 UWG bedürfe. Schon allein aufgrund der Größe des Handelsunternehmens SPAR und des betroffenen Personenkreises bestehe ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung im begehrten Umfang.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der beklagten Partei aus den Berufungsgründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie der Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag.

Der Kläger strebt mit seiner Berufungsbeantwortung die Bestätigung der erstgerichtlichen Entscheidung an.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Die Berufungswerberin ist der Auffassung, in der von der Klägerin inkriminierten an Kinder gerichteten Werbung „Hol' dir das Buch dazu! Stickersammelbuch zum Sensationspreis EUR 1,99“ liege keine Aufforderung iSd Tatbestandes der Z 28 des Anhangs zum UWG. Nicht jede an „Kinder“ gerichtete Werbung erfülle den Tatbestand der Z 28 des Anhangs zum UWG, was sich aus Punkt 18 der ErwGr der RL-UGP ergebe. Für die Auslegung des Tatbestands „Aufforderung“ in Z 28 RL-UGP sei im Zuge der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung der Norm neben der deutschen Fassung insbesondere auch die englische und die französische Fassung für die Ermittlung des Sinnes und Zwecks der einzelnen Verbotstatbestände heranzuziehen. Die deutsche Textversion der RL-UGP suggeriere, indem sie in Z 28 das Wort „Aufforderung“ in gleicher Weise wie in Art 2 lit. i RL-UGP verwende, dass an das Tatbestandsmerkmal „Aufforderung“ in Z 28 geringe Anforderungen zu stellen seien und insbesondere der Begriff mit keiner besonderen Nachdrücklichkeit oder sonstigen Höhe und Stärke unterlegt sei, was jedoch nicht der Fall sei. Die Berufungswerberin leitet dazu aus den englischen und französischen Textfassungen ab, dass unter dem Begriff „Aufforderung“ iSd Z 28 etwas gänzlich anderes als unter „Aufforderung“ iSd Art 2 lit. i RL-UGP zu verstehen sei, weil die unter der letztgenannten Bestimmung angeführte Begriffsdefinition, *„'Aufforderung zum Kauf' 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;“, in den englischen und französischen Übersetzungen mit den Worten „invitation to purchase“ sowie „invitation à l’achat“ zum Ausdruck gebracht, eine Einladung zum Einkauf, sohin ein höfliches und in der Intensität zurückhaltendes und unaufdringliches Angebot meine. Im Gegensatz dazu ergebe sich aus den Übersetzungen des Begriffs „Aufforderung“ iSd Z 28 des Anhangs zum UWG aus der englischen und französischen Fassung von „exhortation“ und „inciter“ ein deutlich engerer Bedeutungshorizont und Anwendungsbereich, weil damit eine Mahnung, Ermahnung oder eine Mahnrede, sohin vielmehr eine Drohung im Gegensatz zu einer höflichen ohne Nachdruck formulierten Einladung zu verstehen sei. Unter einer „Aufforderung“ iSd Z 28 des Anhangs zum UWG sei daher nicht jede ohne Nachdruck formulierte kommerzielle Kommunikation iSd Art 2 lit.i RL-UGP zu subsumieren, sondern erfordere eine solche „Aufforderung“ iSd Z 28 des Anhangs stets einen besonderen Nachdruck und eine besondere Aufdringlichkeit sowie eine erhebliche Schärfe in der Formulierung, welche zumindest nahe an eine Drohung heranreichen müsse, was sich aus der englischsprachigen Fassung durch die Worte „direct exhortation“ und aus der französischsprachigen Fassung durch die Worte „inciter directement“ ergebe. Die erhebliche Intensität und das erhebliche Droh- und/oder Nachdrücklichkeitselement ergebe sich auch aus dem systematischen Zusammenhang der Z 24 bis 30 des Anhangs zum UWG und erreiche die vom Kläger der beklagten Partei angelastete Formulierung nicht die nötige Aufdringlichkeit und das nötige Drohpotential, um sie als „Aufforderung“ iSd Z 28 des Anhangs zum UWG zu qualifizieren.

Diese Berufungsausführungen sind nicht stichhältig, weil sich die von der Beklagten aus der Übersetzung der französischen und englischen Fassung dem deutschen Begriff „Aufforderung“ iSd Z 28 des Anhangs zum UWG unterstellte „besondere Nachdrücklichkeit und Aufdringlichkeit sowie erhebliche Schärfe“ nicht ergibt. Dazu ist auf die Ausführungen von Mankovsky, in „Was ist eine 'direkte Aufforderung zum Kauf' an Kinder? (WRP 4/2008, S. 421 ff) zu verweisen:

„Aufforderungen im Befehlstone - oder besser: im Imperativ, in der grammatikalischen Befehlsform - sind die direkteste Form der Ansprache. Sie sind auch in dem anderen Sinn „direkt“, wie man ihn in der modernen Sprache im Zusammenhang mit Ansprachen verwendet: „unverblümt“. Sie sagen offen, was sie wollen und was der Adressat soll. Das aus der Werbung für Kinder bekannte „Hol es dir“ ist ein klarer Fall einer direkten Aufforderung. Auf der anderen Seite ist eine Beschränkung der direkten Ansprache auf in Befehlsform gehaltene, also grammatikalisch imperativ formulierte Ansprachen nicht geboten. Dies fordern weder die englische noch die französische Fassung. „Inciter“ ist merklich weiter und drückt am besten aus, worum es geht und was gemeint ist: ein Anreizen. Auch „adhortation“ ist eben nicht „order“ oder ähnliches, sondern auch nur eine „Aufforderung“, ein „Ersuchen“, eine

(durchaus nachdrückliche) Bitte. Englische Übersetzungen für das lateinische „adhortare“, die Stammform, lauten „encourage“, „stimulate“, „urge“, „rouse“. Befehlston oder Befehlsform stoßen bei vielen potentiellen Adressaten auf Ablehnung und veranlassen diese, sich zurückzuziehen. Sie sind in vielen Fällen kontraproduktiv, deshalb werden sie in der Werbung nur zurückhaltend eingesetzt. Dem black list-Tatbestand kann man aber nicht bereits dadurch entgehen, dass man Befehlston oder Befehlsform vermeidet. Im Deutschen sei „Aufforderung“ auch nicht zwingend ein Befehl sondern es sind auch Wortverständnisse als „Ersuchen“ oder „Bitte“ möglich: Eine Aufforderung zum Tanz ist eben kein Befehl zum Tanz“.

Auch zeigt - wie die Klägerin vorbrachte - ein Blick in einschlägige Übersetzungswörterbücher, dass die Begriffe „exhortation“ und „inciter directement“ (Er-)Mahnung bzw. ermahnen, anregen, reizen, antreiben, veranlassen, bewegen, anstacheln bedeuten, und damit nicht die besondere Nachdrücklichkeit und Aufdringlichkeit sowie erhebliche Schärfe zum Ausdruck bringen (Weis, Pons Kompaktwörterbuch: Englisch-Deutsch, Deutsch-Englisch [1990], S 320; Larousse, Francais-Allemand, Deutsch-Französisch [1963], S 429).

Köhler weist darauf hin, dass die französischen und englischen Fassungen im Text des Anhangs Z 28 deswegen andere Begrifflichkeiten verwenden, weil zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die „Aufforderung zum Kauf“ in Z 28 keine Aufforderung zum Kauf iSd Art 2 lit.i RL-UGB voraussetzt, insbesondere die Aufforderung der Z 28 weder die Merkmale und den Preis des Produktes beinhalten müsse, weil dann die Schutzbedürftigkeit der Kinder eher noch größer sei, wenn die Werbung den Preis oder die Merkmale der Produkte nicht nenne. Es sei lediglich die konkrete Anführung der Produkte in der Werbung notwendig und reiche ein nur allgemeiner Kaufappell, wie beispielsweise „Kinder kommt heute ins X-Geschäft. Es warten viele Überraschungen auf euch.“, nicht aus (Köhler - Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken? in WRP, 6/2008, S 703). Nach Köhler müsse eine Äußerung im Einzelfall eine direkte Aufforderung an „Kinder“ darstellen, was aus Sicht der angesprochenen Personen, genauer des durchschnittlichen Mitglieds dieser Personengruppe (Art 5 III/1 RL-UGP) zu beurteilen sei. Die Werbung müsse sich also an Kinder als solche richten, die Kinder müssten sich als solche angesprochen fühlen dürfen. Auf die sprachliche Form der Äußerung komme es nicht an. Insbesondere spiele es keine Rolle, ob der Imperativ gewählt werde oder nicht. Entscheidend sei nur, wie die Kinder die Äußerung wahrnehmen. Die Abgrenzung könne im Einzelfall schwierig sein. So dürfte beispielsweise die Werbung: „Kinder, bei McDonald`s gibt es jetzt einen neuen Cheesburger für nur 99 Cent“ den Tatbestand der Nr. 28 nicht erfüllen. Es müsse noch ein Appell zum Kauf hinzukommen. Etwa beispielsweise: „Kinder, holt euch jetzt bei Mc Donald`s den neuen Cheesburger für 99 Cent“. Entscheidend sei stets, wie aus der Sicht der angesprochenen Kinder die Äußerungen zu werten seien. Dafür könne die verwendete

Äußerung (auf Kinder zugeschnittene Sprache, einschließlich der gebräuchlichen Anglizismen; Verwendung des „Du“ oder „Ihr“, das eingesetzte Werbemedium (zB Kinderzeitschrift; Kindersendung) oder das beworbene Produkt (zB Kinderspielzeug) eine Rolle spielen. Der erforderliche Kindbezug könne im Einzelfall auch dann vorliegen, wenn sich die Aufforderung zugleich an Erwachsene richte (Köhler, aaO, S 703).

Die Berücksichtigung der Übersetzungen der französischen noch der englischen Originalfassung ergibt die von der Beklagten unterstellte und behauptete Nachdrücklichkeit der Begriffsverwendung Aufforderung der Z 28 nicht. Die hier inkriminierte Formulierung einer Aufforderung wird im Gegenteil in den veröffentlichten Auseinandersetzungen der Lehre dazu geradezu als typisches Beispiel einer Aufforderung, die von Z 28 des Anhangs zum UWG erfasst ist, gesehen. Das Berufungsgericht teilt die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts. Die Formulierung der Aufforderung der Beklagten erfüllt den Tatbestand der Z 28 in klassischer Weise und damit eindeutig. Auslegungsprobleme zum Begriff „Aufforderung“ im Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlichen Interpretation des Anhangs zum UWG sieht das Berufungsgericht nicht.

Im zweiten wesentlichen Punkt der Rechtsrüge ist die Beklagte der Auffassung, der im Per-se-Verbotstatbestand der Z 28 des „schwarze Liste“-Anhangs enthaltene Begriff „Kinder“ unterliege keiner europarechtlichen Begriffsbestimmung, sondern sei nach den Bestimmungen der §§ 21, 310 und 865 ABGB nach österreichischem Recht so auszulegen, dass nur Personen unter sieben Jahren als „Kinder“ zu qualifizieren seien. Kinder unter sieben Jahren könnten jedoch noch nicht sinnerfassend lesen, sodass der inkriminierte Werbespruch und die darin enthaltene Formulierung Kinder (unter sieben) nicht anspreche. Die Auffassung des Erstgerichtes, nach der Z 28 des Anhangs zum UWG Personen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres erfasse, sei weder durch Judikatur des EuGH noch durch Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs belegt. Dem europäischen Gesetzgeber komme hinsichtlich des Tatbestandselements „Kinder“ keine Gesetzgebungskompetenz zu, weshalb er auch eine Legaldefinition in der RL-UGP, insbesondere in dessen Art 2, unterlassen habe. Im Zusammenhang mit Punkt 18 der ErwGr der RL-UGP argumentiert die Berufungswerberin, dass der jeweilige Durchschnittsverbraucher unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren zu bestimmen sei und daher eine vollständige Harmonisierung im Sinne eines europaweit vollständig angeglichenen und einheitlichen Durchschnittsverbrauchers nicht stattfinde. Vielmehr lasse die Richtlinie Spielraum für unterschiedliche Bestimmungen und Definitionen des jeweils relevanten Durchschnittsverbrauchers anhand nationaler Besonderheiten. Zu berücksichtigen sei, dass dem UWG nicht einmal im Ansatz entnommen werden könne, dass der österreichische Gesetzgeber dem Begriff „Kinder“ in Z 28 des

Anhangs zum UWG, ein – vom im ABGB abschließend definierten Inhalt - abweichendes Begriffsverständnis zugrunde gelegt habe. Mangels einer nationalen Definition in § 1 Abs 4 des UWG und mangels Definition wie in § 1 Z 2 JGG, wo der Begriff „Jugendlicher“ beschrieben sei, habe sich der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung der Z 28 des Anhangs I der RL-UGP - bewusst und in Kenntnis der mangelnden Gesetzgebungskompetenz des europäischen Gesetzgebers - des in Österreich gesetzlich definierten Rechtsbegriffs „Kinder“ für Z 28 des Anhangs UWG bedient und seien deshalb nur Personen unter sieben Jahren unter diese Bestimmung zu subsumieren.

Für den Umstand, dass der österreichische Gesetzgeber den Begriff „Kinder“ aus der RL-UGP nicht 1:1 übernommen habe, spreche auch die im Zuge des Inkrafttretens der RL-UGP am 12. Mai 2005 in der Folge abgeführte rege wissenschaftliche Diskussion und der Umstand, dass der Richtliniengesetzgeber den Begriff „Minderjähriger“ bzw. „Jugendlicher“ iSd Art 16 der Richtlinie 89/552/EWG (nunmehr Art 3e Abs 1 lit.g [Art 16 wurde durch Art 1 Nr 17 der RL 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste vom 11. Dezember 2007 aufgehoben]) verwendet habe. Bei der Umsetzung der Fernsehrichtlinie in die österreichischen Bestimmungen des § 14 Abs 2 ORF-G und des § 36 Abs 2 AMD-G habe der Gesetzgeber in weiterer Folge bewusst den Terminus „unmündiger Minderjähriger“ verwendet, sodass der österreichische Gesetzgeber bei der an junge Menschen gerichteten Werbung bewusst zwischen Kindern und unmündigen Minderjährigen unterschieden habe. Dazu komme, dass auch keine unmittelbare Drittwirkung der Richtlinie vorliege, sodass vom österreichischen Begriff „Kinder“ und damit von Kindern unter 7 Jahren, auszugehen sei.

Der Entgegnung zu diesen Berufungsausführungen ist voranzustellen, dass der Kläger die Beurteilung des inkriminierten Werbespruchs an das Gericht lediglich bezüglich unmündiger Minderjähriger, insbesondere Volksschulkinder, zur Beurteilung herangetragen hat. Entsprechend der Logik ist die Auswirkung der Werbung auf Kinder, die noch nicht sinnerfassend lesen können, nicht zu prüfen, weil diese Kinder mangels Verständnisses die inkriminierte Aufforderung gar nicht erreicht. Auch die Beurteilung der Altersgruppe mündiger Minderjähriger, also von 14 bis 18 Jahren ist nicht Klagsinhalt.

Der österreichische Gesetzgeber hat so wie der deutsche Gesetzgeber das Per-se-Verbot der Z 28 des Anhangs wortgetreu umgesetzt und nahezu bis ins Detail kopiert. Dies entspricht auch der vom europäischen Gesetzgeber angestrebten Vollharmonisierung des europäischen Wettbewerbsrechts. Damit blieb aber dem nationalen Gesetzgeber materiell kein eigener Spielraum (Mankovsky, Wer ist ein „Kind?“, WRP 12/2007, S 1398 f; Marcella Prunbauer-Glaser, Kinder, Kinder! - Zum „Kind“ in der Werbung nach der UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008/36 (165); Burgstaller in Wiebe/G.Kodek, Rz 33 und 42 zu § 1a UWG). Die unmittelbare Übernahme des Richtlinientextes durch die nationalen Gesetzgeber hat zur methodischen

Konsequenz, dass die gebrauchten Wörter und Begriffe der Sache nach europäische Wörter und Begriffe sind. Die verwendeten Begriffe sind daher im Lichte der Lauterkeitsrichtlinie zu verstehen. Dabei ist gegebenenfalls auch das übrige Gemeinschaftsrecht unterstützend heranzuziehen (Mankovsky - Wer ist ein „Kind“?, WRP 12/2007, S 1399 mwN; Burgstaller in Wiebe/G.Kodek, UWG, Rz 83 zu § 1a). Auch wird im Schrifttum mehrfach darauf hingewiesen, dass es weder in der RL-UGP noch in anderen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften eine Definition, was ein „Kind“ ausmacht, gebe (Marcella Prunbauer-Glaser, aaO; Mankovsky, aaO, S 1400 ff). Trotz Verwendung des Begriffes „Kind“ in über 4000 Normstellen des Gemeinschaftsrechts in unterschiedlichen Funktionszusammenhängen gebe es kaum eine Erklärung, was den unter einem „Kind“ zu verstehen sei. Die gemeinschaftsrechtlichen Funktionszusammenhänge seien jeweils von ihrem eigenen Wertungskontext (zB familienrechtlich, versorgungsrechtlich, sozialversicherungsrechtlich, grundfreiheitenrechtlich, arzneimittel-rechtlich) und dort wiederum oft in einer funktionellen Abgrenzung, dh in der Regel, ob rechtlich eigenständig gehandelt werden kann oder nicht, getragen (Mankovsky, aaO, S 1400 ff).

Die Vertreter der Lehre (etwa Mankovsky und Köhler) kommen dabei zwar zum unterschiedlichen Ergebnis, wonach Mankovsky den Kindbegriff bis 18 Jahre reichen lässt, während Köhler unter dem Begriff „Kinder“ nur Personen unter 14 Jahren verstehen will. Die Vertreter der Lehre stimmen aber für den gegenständlichen Fall entscheidend überein, dass Kinder zumindest bis zum Alter von 14 Jahren vom Begriff umfasst sind (so auch Prunbauer-Glaser, aaO). Damit geht einher, dass die Lehre aufgrund des europarechtlichen Begriffsverständnisses nur im Bereich zwischen 14 und 18 Jahren dem EuGH die Grenzziehung, inwieweit Minderjährige, die älter als 14 Jahre sind, noch in den „Kind-Bereich“ fallen, zur Auslegung anheim stellt (Mankovsky, aaO, Wer ist ein Kind?, WRP 12/2007, S 1399; Prunbauer-Glaser, aaO, S 165; Köhler, aaO, S 702 f; Wiltschek/Majchrzak, Die UWG-Novelle 2007, ÖBI 2008/2 FN 26 mN).

Dass der europäische Gesetzgeber in der sogenannten FernsehRL durch den Begriff „Minderjährige“ im Zusammenhang mit Fernsehwerbung diese Personengruppe von den Volljährigen abgrenzte und damit die aufgrund des Alters besonders schutzwürdigen Personen in die Kategorien Kinder, das sind Personen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und Minderjährige, das sind Personen, die zwar das 14. Lebensjahr vollendet, nach den nationalen Vorschriften die Grenze zur Volljährigkeit aber noch nicht überschritten haben (in Österreich 18 Lebensjahre), einteilte, wobei diese Begrifflichkeiten in den Umsetzungsgesetzen des § 16 ORF-G und § 43 Abs 1 PrTV-G die Verwendung des Begriffes „unmündiger Minderjähriger“ nach sich zog, führt dazu, dass Personen vor Vollendung des 14. Lebensjahres von Z 28 des Anhanges zum UWG jedenfalls erfasst sind

(Burgsteller in Wiebe/G. Kodek, UWG, Rz 91 zu Anhang § 1a).

Wie angeführt, haben die Kläger mit dem Klagebegehren aber nur den Bereich unmündiger Minderjähriger bis 14 Jahre von der Aufforderung der Beklagten umfasst und zur Beurteilung an das Gericht herangetragen.

Für den Altersbereich, von dem an Kinder sinnerfassend lesen können, bis zum Alter von 14 Jahren sind aber weder die Stellungnahmen der Lehre noch der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung zweifelhaft. Die Auffassung der Berufungswerberin, dass von Z 28 des Anhangs zum UWG nur Kinder unter 7 Jahren erfasst wären, steht schon entgegen, dass die Kategorisierung des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs (allein) nach österreichischem Recht ausgeschlossen ist (Burgstaller in Wiebe/G. Kodek, Rz 83 Ang § 1a). Eine solche Auslegung beachtet den Telos der Schutzbestimmung der Z 28 samt dem ErwGr 18 der RL-UGP nicht und setzt sich zu diesem in Widerspruch.

Nicht zuletzt ist darauf zu verweisen, dass der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung „Ponyclub“ zwar den Begriff Kinder im Zusammenhang mit der Z 28 des Anhangs nicht ausdrücklich ausgelegt hat, er aber vom Vorliegen der „Kindereigenschaft“ ausgegangen ist, weil sich die Werbung im damaligen Fall an Volksschulkinder gerichtet hat. Da das übliche Alter von Volksschulkindern zwischen 6 und 10 Jahren liegt, scheint der Oberste Gerichtshof zumindest davon auszugehen, dass der Begriff „Kind“ jedenfalls nicht iSd § 21 ABGB (bis zum 7. Lebensjahr) zu verstehen ist, sondern darüber hinausgeht (4 Ob 57/08y, Burgstaller, aaO, Rz 88 zu Anh § 1a UWG). Im vorliegenden Fall ist Z 28 des Anhangs zum UWG deshalb eindeutig anzuwenden, weil die Klägerin die Kaufaufforderung lediglich für unmündige Minderjährige als rechtswidrig in Klage gezogen hat und der Bereich der Minderjährigen bis 14 Jahre jedenfalls vom Kindbegriff der Z 28 des Anhangs erfasst ist.

Das Zwischenergebnis der Prüfung ergibt, dass der Tatbestand der Z 28 der schwarzen Liste des Anhangs zum UWG sowohl in den Begriffen „Aufforderung“ wie „Kinder“ durch die von der Beklagten gewählten Werbeansprache erfüllt ist, womit ein Verstoß gegen Z 28 des Anhangs zu bejahen ist.

Im Falle des Vorliegens eines Tatbestandes der Geschäftspraktikenliste der Ziffern 24-31 des Anhangs ist ohne weitere Tatbestandsmerkmalprüfung von einer aggressiven Geschäftspraxis und damit von einer unerlaubten Handlung nach dem UWG, die zu einschlägigen Ansprüchen nach §§ 14 ff UWG führt, auszugehen (Burgstaller, aaO, Rz 20 zu Anhang § 1a UWG).

Damit bedarf es keiner weiteren Prüfung der Bestimmungen nach § 1a bzw. § 1 Abs 4 Z 2 UWG, weil eine kumulative Anwendung dieser Bestimmung zum Anhang nicht zulässig ist (4 Ob 113/08h; RIS-Justiz RS00123062, RS0123913). Ein Eingehen auf die Berufungsausführungen dazu erübrigt sich ebenso wie ein Eingehen auf jene Argumente der

Berufung, die auf Wesentlichkeits- und Spürbarkeitserfordernisse abstellen.

Die obigen Ausführungen zur Rechtsrüge, was den Begriff „Aufforderung“ und „Kinder“ im Tatbestand der Z 28 des Anhangs zum UWG betrifft, führen dazu, dass der Anregung auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH in der Berufung nicht näherzutreten ist. Zum Begriff „Aufforderung“ ist der Wortlaut und die assistierende Auslegung im Schrifttum eindeutig und ist aufgrund der angeführten Argumente nach Ansicht des erkennenden Senates eine Auslegung durch den EuGH nicht erforderlich. Das Gleiche gilt für den Begriff „Kinder“, weil dieser Fall den angeführten Grenzbereich zwischen 14 und 18 Jahren, zu dem eine Auslegung des EuGH allenfalls angezeigt erscheint (4 Ob 57/08y), nicht betrifft.

Es bleibt grundsätzlich den nationalen Gerichten überlassen, zu beurteilen, ob die richtige Anwendung des EU-Rechts derart offenkundig ist, dass von einer Vorlage abgesehen werden kann. Das Bestehen keines „vernünftigen Zweifels“ i. S. „acte clair“ ist nicht aus der subjektiven Sicht des jeweiligen nationalen Richters zu prüfen, sondern unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeit seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft (RIS-Justiz RS0123074). Darüber hinaus besteht eine Vorlageverpflichtung gemäß Art 234 Abs 3 EGV nur für jene nationalen Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, das sind die im Einzelfall zur letztinstanzlichen Entscheidung berufenen Gerichte (Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶, Rz 715/2). Umstände, die für diesen Fall zur Verneinung einer Situation „acte clair“ führen (RIS-Justiz RS0123074), liegen nicht vor.

2. Zur Verfahrensrüge:

Die Berufungswerberin erachtet als Verfahrensmangel, dass nicht ausreichend erörtert wurde, dass neben Kindern unter 7 Jahren auch Volksschüler nicht ausreichend sinnerfassend lesen können und durch die Werbeaussage der Beklagten daher nicht angesprochen werden hätten können. Der dazu beantragte Sachverständigenbeweis sei vom Erstgericht, das die Abweisung mit dem Umstand begründete, dass Kinder unter 7 Jahren schon gerichtsnotorisch noch nicht sinnerfassend lesen könnten, zu Unrecht abgewiesen worden .

Die von der Berufungswerberin relevierte abstrakte Eignung des geschilderten Verfahrensmangels liegt nicht vor, weil der Tatbestand der Z 28 keine Unterscheidung des Kinderbegriffs im Hinblick auf eine Möglichkeit zur Sinnerfassung vornimmt. Die inkriminierte Werbung spricht – was für die Tatbestandserfüllung ausreicht - aber Kinder unter 14 Jahren, die sinnerfassend lesen können, an und erfüllt damit den Tatbestand der Z 28 des Anhangs zum UWG jedenfalls für diesen Bereich. Eine Abgrenzung des Kindesalters nach unten hin,

nämlich ab wann Kinder den Sinn des Werbespruchs intellektuell noch nicht erfassen können, kann dahingestellt bleiben, weil der Tatbestand der Z 28 für eine solche Differenzierung keinen Anhaltspunkt bietet und der altersmäßige Übergang und die Erfassung der Kinder durch die Aufforderung insoweit fließend ist. Dass zu einem vergleichbaren Sachverhalt der Oberste Gerichtshof die Kindereigenschaft von Volksschulkindern für den Werbebereich bereits bejaht hat, wurde schon ausgeführt (4 Ob 57/08y). Damit liegt weder eine Mangelhaftigkeit vor noch sind sekundäre Feststellungsmängel gegeben, weil die getroffenen Feststellungen zur rechtlichen Prüfung des Tatbestands ausreichend und nicht ergänzungsbedürftig sind.

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

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist nicht zulässig, weil das Berufungsgericht sich nicht in Widerspruch zur in 4 Ob 57/08y geäußerten Ansicht des Obersten Gerichtshofes gesetzt hat. Der zur Auslegung herangetragene Begriff „Aufforderung“ ist im Wortlaut eindeutig. Der Begriff „Kinder“ ist gegenständlich nur für den Bereich der Personen unter 14 Jahren in Klage gezogen. Für diese Personen ist die Subsumtion unter den Tatbestand der Z 28 des Anhangs zum UWG nicht zweifelhaft (4 Ob 57/08y).

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 3
Linz, 12. April 2012
Dr. Brigitta Hütter, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG