



KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG
30. Nov. 2009
EINGELANGT
18.1.10 Hol
ob Revision

Landes- und Bezirksgericht
St. Pölten

20. NOV. 2009 ... Uhr Mo

...fach, mit...Beilg. Akte
.....Halbschriften

Republik Österreich
Oberlandesgericht Wien

30 R 23/09m

2 Cg

194 / 08b

74

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Pöschl als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Teply und den KR Ecker in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei **KIKA Möbel-Handelsgesellschaft m.b.H.**, Anton-Scheiblin-Gasse 1, 3100 St.Pölten, vertreten durch Mag.Dr.Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 4.500,--; Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), über die Berufung der klagenden Partei und den Kostenrekurs der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes St.Pölten als Handelsgericht vom 09.02.2009, 2 Cg 194/08b-9, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert,

dass es wie folgt zu lauten hat:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in ihrer Werbung, insbesondere in Werbeprospekten, ihren Kunden die Finanzierung des Kaufpreises über zinsenlose Kredite in Aussicht zu stellen, etwa durch die blickfangartig hervorgehobene Ankündigung „0 % Zinsen“, wenn die Inanspruchnahme des Kredits tatsächlich mit Entgelten, etwa Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren und damit mit einem Effektivzinssatz von beispielsweise 1,9 % oder 5,02 % verbunden ist.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils einmal in der bundesweit erscheinenden Ausgabe der Kronen-Zeitung, im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße des Fließtextes redaktioneller Beiträge, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 4.202,56 (darin EUR 599,26 USt und EUR 607,-- Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten zu ersetzen.“

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.975,56 (darin EUR 340,26 USt und EUR 934,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die beklagte Partei wird mit ihrem Kostenrekurs und die klagende Partei mit ihrer Kostenrekursbeantwortung auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

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

Der Kläger ist ein Verein zur Wahrung von Verbraucherinteressen, der gemäß § 14 Abs 1 UWG zur Verbandsklage berechtigt ist.

Die Beklagte betreibt österreichweit einen Einzelhandel mit Einrichtungsgegenständen und Hausrat.

Am 27.12.2007 versandte sie im Wege von Postwurfsendungen einen Werbekatalog an die österreichischen Haushalte, auf dessen Titelseite in einem rot unterlegten Kästchen nachstehende Ankündigung abgedruckt war:

Finanzierungs-Aktion 

4 JAHRE

0% Zinsen! ²⁾

¹⁾ Voraussetzung: Laufzeit 48 Monate. Zzgl. 3,9 % Bearbeitungsgebühr und 0,8 % Rechtsgeschäftsgebühr. 30 % Anzahlung. Mindesteinkaufswert € 300,-. Effektiver Jahreszinseszins 1,9%. Zzgl. Kontoführungsgebühr. Erfüllung der banküblichen Bonitätskriterien, Wohnsitz und Beschäftigung in Österreich. Die Entscheidung der Finanzierungsgewährung obliegt unserem Partner der GE Money Bank. Gültig vom 25.12.2007-19.1.2008

Im Inneren des Katalogs fanden sich mehrfach rot unterlegte Kästchen mit der gelben Aufschrift „4 Jahre - 0 % Zinsen“ (Schriftgröße zwischen 1,3 mm und 5 mm); in einer Schriftgröße von 2 mm (Großbuchstaben) stand darunter der weiß gehaltene Hinweis: „Näheres auf der Titelseite“.

Auch im Katalog „Kika räumt“, der am 23.06.2008 im Wege eines Postwurfs verteilt wurde, bewarb die Beklagte eine ähnliche Kreditmöglichkeit. Hier fand sich auf der Titelseite in einem blau unterlegten Kästchen folgende Ankündigung:

FINANZIERUNG

**Jetzt kaufen -
2009 zahlen!**

**0% Zinsen²⁾
Anzahlung**

Gültig von 23.6. bis 19.7.2008

²⁾ Zzgl. einmaliger Rechtsgeschäftsgebühr (0,8%) sowie einer Kontoführungsgebühr von € 1,50/Monat. 2,9 % Bearbeitungsgebühr. Laufzeit 7 Monate. Mindesteinkaufswert € 300,-. Nominalzins 0 % p.a / Effektivzins 5,02 % p.a. Voraussetzung: Erfüllung der banküblichen Bonitätskriterien, Wohnsitz und Beschäftigung in Österreich - die Entscheidung der Finanzierungsgewährung obliegt der GE Money Bank.

Dieser Prospekt war - in einer auf die Größe DIN A4 verkleinerten Form - auch im Internet unter www.kika.at abrufbar. Eine inhaltlich gleiche Einschaltung enthielt schließlich der Katalog „Schlussverkauf - DAN-Küchen“.

Der Kläger stellte das aus dem Spruch ersichtliche Unterlassungs-Hauptbegehren und ein Eventualbegehren des Inhalts, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in ihrer Werbung, insbesondere in Werbeprospekten, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie biete ihren Kunden die Finanzierung des Kaufpreises über zinsenlose Kredite an, etwa durch die blickfangartig hervorgehobene Ankündigung „0 % Zinsen“, wenn die

Inanspruchnahme des Kredits tatsächlich mit Entgelten, etwa Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren und damit mit einem Effektivzinssatz von beispielsweise 1,9 % oder 5,02 % verbunden ist. Weiters begehrte er die Einräumung der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung.

Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, die Ankündigung der Beklagten sei so zu verstehen, dass der Käufer den Kaufpreis nicht Zug um Zug gegen Übernahme der Waren, sondern vereinbarungsgemäß erst später zahlen müsse, ohne dafür mit weiteren Belastungen konfrontiert zu sein. Tatsächlich verlange die Beklagte bzw die von ihr vermittelte Bank aber Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren, die zu einem Effektivzinssatz von 1,9 % bzw 5,02 % pa führen würden.

Die Werbung sei als irreführende Geschäftspraktik iSd Z 20 des Anhangs zum UWG idF der Novelle 2007 zu qualifizieren. Überdies sei die Angabe „0 % Zinsen“ unrichtig iSd § 2 Abs 1 UWG. Dem Umworbenen werde ein besonderer Preisvorteil iSd § 2 Abs 1 Z 4 UWG vorgegaukelt. Das Versprechen einer zinsfreien Kreditierung der Kaufpreisforderung sei geeignet, den Durchschnittsverbraucher einerseits zum Kauf eines Produkts und andererseits auch zur Inanspruchnahme eines Kredits zu bewegen, wovon er bei Kenntnis der

wahren Umstände Abstand genommen hätte.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an der Aufklärung über die von der Beklagten angewendete irreführende Geschäftspraktik; aufgrund ihres österreichweiten Auftretens und der Zusendung des Prospekts im Wege der Postwurfsendung werde Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung beantragt.

Die Beklagte bestritt die Wettbewerbswidrigkeit ihrer Werbung und wendete ein, ein Verstoß gegen das - eng auszulegende - Per-se-Verbot der Z 20 des Anhangs zum UWG idF der Novelle 2007 liege nicht vor, weil in der beanstandeten Prospektwerbung keine Ware oder Dienstleistung als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder ähnlich beworben werde.

Auch der Vorwurf, die inkriminierte Ankündigung sei irreführend iSd § 2 Abs 1 Z 4 UWG, sei unberechtigt: Sie bewerbe ihre Finanzierungsaktion nämlich durchgehend in farblich untermalten Kästchen. Die sich ausschließlich auf den Nominalzinssatz und damit auf die reinen Kreditzinsen beziehende Ankündigung „0 % Zinsen“ sei mit einer klar erkennbaren Fußnote versehen, die auf weiterführende Informationen verweise. Der über die Finanzierungsaktion umfassend aufklärende Text sei nicht versteckt, sondern finde sich unmittelbar unterhalb der beanstandeten Äußerung.

Er sei in seiner Gesamtaufmachung größer gehalten als die beanstandete Ankündigung und werde daher vom Durchschnittsverbraucher, der die ausführlichen Bildprospekte mit erhöhter Aufmerksamkeit durchsehe, wahrgenommen. Aus dem aufklärenden Text ergebe sich unmissverständlich, dass zwar der reine Kreditzinssatz 0 % betrage, der effektive Jahreszinssatz jedoch aufgrund einer Bearbeitungs- und Rechtsgeschäftsgebühr 1,9 % bzw 5,02 %. Die von der Werbung angesprochenen Interessenten würden über die insgesamt anfallenden Kreditkosten ausreichend deutlich und rechtzeitig informiert. Es bestehe daher keine Gefahr, dass ein Durchschnittsverbraucher durch die Werbung zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werde, die er sonst nicht getroffen hätte.

Der Kläger bestritt dieses Vorbringen und erwiderte, unter dem Begriff „Produkt“ sei nach Art 2 lit c der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken jede Ware oder Dienstleistung einschließlich Immobilien, Rechte und Verpflichtungen zu verstehen. Die Ankündigung „0 % Zinsen“ sei als Angebot (der Vermittlung) eines unverzinsten Darlehens, somit einer Dienstleistung zu verstehen, und daher an Z 20 des Anhangs zum UWG zu messen. Die bezughabende Ankündigung sei sinngleich mit den Begriffen „gratis“, „umsonst“ oder „kostenfrei“. Die Verrechnung von 3,9 %

Bearbeitungsgebühr zuzüglich zur Kontoführungsgebühr sei im Gegensatz zur Rechtsgeschäftsgebühr nicht unvermeidbar iSd Z 20 des Anhangs zum UWG. Entgegen der Auffassung der Beklagten verstoße ihre Werbung daher gegen diese Bestimmung.

Durch die Angabe „0 % Zinsen“ werde eine Kreditgewährung ohne Gegenleistung versprochen, die mit der Tatsache einer Effektivverzinsung von 1,9 % bis 5,02 % unvereinbar sei. Die Angabe „0 % Zinsen“ sei daher schon allein deshalb zu unterlassen, weil sie iSd § 2 Abs 1 UWG unrichtig sei.

Im Übrigen sei das Versprechen „0 % Zinsen“ in den Werbeprospekten riesengroß gedruckt, während die darunter befindlichen aufklärenden Hinweise in einer wesentlich kleineren Schriftgröße gehalten und daher nicht zur Beseitigung der Irreführungseignung der Ankündigung geeignet seien.

In ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 02.12.2008 (ON 11) beharrte die Beklagte zwar weiterhin auf ihrer Rechtsauffassung, dass ihre Werbung nicht wettbewerbswidrig sei, bot aber dem Kläger „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für den Kostenersatzanspruch“ den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs zu der in Punkt 1. des Klagebegehrens enthaltenen Unterlassung mit der Einschränkung nach den Worten: „verbunden ist“: „sofern

darauf nicht ausreichend deutlich hingewiesen wird", sowie zur Veröffentlichung des Vergleichs im Sinne des Punktes 3 des Klagebegehrens an.

Der Kläger lehnte dieses Vergleichsangebot mit der Begründung als unzureichend ab, dass eine unrichtige Werbung mit „0 % Zinsen“, obwohl tatsächlich eine Verzinsung stattfindet, in jedem Fall und unabhängig von einem aufklärenden Hinweis zu unterlassen sei.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab und erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger die mit EUR 1.592,32 (darin EUR 164,22 USt und EUR 607,-- Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten zu ersetzen. Dazu traf es zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt Feststellungen zu Finanzierungsangeboten vergleichbarer Handelsunternehmen (§ 14 der Urteilsausfertigung) und hielt fest, dass der Einkaufsbetrag von Kunden der Beklagten bei Kreditgeschäften im Durchschnitt EUR 2.359,-- beträgt.

In rechtlicher Hinsicht führte es aus, nach § 2 Abs 2 UWG iVm Z 20 des Anhangs zum UWG stelle die Beschreibung eines Produkts als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder ähnlich, obwohl der Umworbene weitergehende Kosten als jene Kosten zu tragen habe, die im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik und für die Abholung oder Lieferung der Ware

unvermeidlich seien, jedenfalls eine irreführende Geschäftspraktik dar. Gemäß Art 2 lit c der UPG-RL bzw § 1 Abs 4 Z 1 UWG bezeichne der Ausdruck „Produkt“ jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, Rechte und Verpflichtungen.

Sowohl nach alter als auch nach der durch die UWG-Novelle 2007 geschaffenen neuen Rechtslage sei eine Ankündigung nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen und sei beim Irreführungstatbestand zu prüfen, wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwende, die strittige Ankündigung verstehe, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspreche, und ob eine nach diesen Kriterium unrichtige Angabe geeignet sei, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Der Gesamteindruck sei aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt einer Ankündigung, weil jener bereits durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt seien, entscheidend geprägt werden könne. In solchen Fällen dürfe auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein genommen nicht irreführend sein und könne nur ein ausreichend deutlicher aufklärender Hinweis zum Wegfall der Irreführungseignung führen.

Mit der Ankündigung „0 % Zinsen“ werde ein zinsfreies - dh unentgeltliches - Darlehen angeboten und damit ein Produkt als kostenfrei beschrieben. Diese Beschreibung entspreche nicht den Tatsachen, weil aufgrund der Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren ein Effektivzinssatz von 1,9 % bzw 5,02 % zu zahlen sei. Nach § 33 Abs 7 Z 2 BWG drücke der Effektivzinssatz die Kreditkosten im Verhältnis zum ausbezahlten Kreditbetrag aus, woraus deutlich werde, dass das beworbene Produkt keineswegs kostenfrei sei. Nur die Rechtsgeschäftsgebühr, nicht auch die Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren seien im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik unvermeidbar.

Unter der inkriminierten Ankündigung „0 % Zinsen“ befinde sich jeweils mit einer Fußnote verknüpft der Hinweis, mit welchen Kosten die Finanzierung tatsächlich verbunden sei. Die Ankündigung werde durch den Blickfang entscheidend geprägt und sei für sich allein genommen jedenfalls irreführend. Die aufklärende Information über den Effektivzinssatz gehe demgegenüber im Kleindruck unter und habe keineswegs denselben Auffälligkeitwert. Auch ein gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Betrachter könnte sich von dem Angebot täuschen lassen und die verlockende „zinsenlose“ Finanzierung des Kaufgeschäftes in Anspruch nehmen, selbst wenn er über

die entsprechenden Barmittel verfüge. Die Ankündigung sei daher irreführend iSd § 2 Abs 1 UWG.

Die Beklagte habe aber den Abschluss eines vollstreckbaren Vergleichs angeboten, den der Kläger abgelehnt habe. Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitige im Regelfall die Wiederholungsgefahr. Die Beklagte müsse in ihrem Vergleichsangebot ein nicht gerechtfertigtes Begehren nicht berücksichtigen, sondern müsse nur jenen Punkten Rechnung tragen, mit denen der Kläger im Rechtsstreit obsiegen könnte.

Im vorliegenden Fall stelle sich die Frage, ob die - nicht den Tatsachen entsprechende - Ankündigung einer Finanzierung mit „0 % Zinsen“ jedenfalls, dh auch dann gegen das Lauterkeitsrecht verstoße, wenn in einem Hinweis „mit gleichem Auffälligkeitwert“ über die tatsächlich stattfindende Verzinsung aufgeklärt werde. Der Umstand, dass die im Anhang zum UWG genannten Geschäftspraktiken Per-se-Verbote darstellten, könnte so interpretiert werden, dass der Gesetzgeber hier bereits eine Abwägung vorweggenommen habe, sodass derartige Praktiken jedenfalls, dh auch im Zusammenhang mit einer entsprechenden Aufklärung zu unterlassen seien. Eine isolierte Betrachtung von Teilen einer Ankündigung widerspreche jedoch der Rechtsprechung, wonach auf den Gesamteindruck abzustellen sei. In der

Literatur werde die vom Erstgericht geteilte Meinung vertreten, dass § 2 UWG durch die Tatbestände der Z 1 - 23 des Anhangs zum UWG konkretisiert werde, sodass darauf auch die zu § 2 UWG entwickelte Rechtsprechung anzuwenden sei. Daher sei auch bei der Beurteilung, ob die Ankündigung unter Z 20 des Anhangs falle, auf den Gesamteindruck abzustellen.

Folglich sei das Unterlassungs-Hauptbegehren abzuweisen gewesen, weil die Beklagte nicht unter allen Umständen zur Unterlassung der Ankündigung von Finanzierungsangeboten mit „0 % Zinsen“ verpflichtet sei, sondern nur dann, wenn der Gesamteindruck ein kostenfreies Graticdarlehen suggeriere. Der Stattgebung des entsprechenden Eventualbegehrens stehe der Wegfall der Wiederholungsgefahr durch das - vom Kläger abgelehnte - Vergleichsangebot entgegen.

Die Kostenentscheidung stützte das Erstgericht auf § 43 Abs 1 ZPO. Bis zur Abgabe des Vergleichsangebots wäre der Kläger mit dem Eventualbegehren durchgedrungen, sodass er im ersten Verfahrensabschnitt kostenersatzberechtigt sei. Die Beklagte habe im zweiten Verfahrensabschnitt (Verhandlung vom 09.12.2008) obsiegt, weshalb sie Anspruch auf Ersatz der darauf entfallenden Kosten habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit

dem auf gänzliche Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen die Kostenentscheidung richtet sich der Kostenrekurs der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass dem Kläger die gesamten Verfahrenskosten zum Ersatz aufgetragen werden.

Beide Parteien beantragen, jeweils dem Rechtsmittel des Gegners nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt. Der Kostenrekurs wird hierauf verwiesen.

Das Erstgericht hat zusammengefasst die Rechtsauffassung vertreten, dass die inkriminierte Werbung der Beklagten zwar sowohl gegen § 2 Abs 1 UWG als gegen Z 20 des Anhangs zum UWG idF des Novelle 2007 verstoße, das Unterlassungsbegehren aber dessen ungeachtet infolge Wegfalls der Wiederholungsgefahr durch den von der Beklagten angebotenen Unterlassungsvergleich abzuweisen gewesen sei.

Dass die bezughabenden Werbeaussagen irreführend iSd § 2 Abs 1 UWG sind, wird im Rechtsmittelverfahren auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Soweit sie in Zweifel zieht, dass ihre Ankündigung „0 % Zinsen“ auch unter die Z 20 des Anhangs zum UWG fällt, ist sie auf die in diesem Punkt uneingeschränkt zutreffenden Rechtsausführungen des Erstgerichtes zu

verweisen (§ 500a ZPO).

Ausgehend vom Verstoß der inkriminierten Werbung gegen die genannten Bestimmungen ist im Berufungsverfahren ausschließlich der - vom Erstgericht bejahte - Wegfall der Wiederholungsgefahr zu prüfen. Wie bereits das Erstgericht zutreffend dargelegt hat, beseitigt das - wengleich vom Kläger abgelehnte - Angebot eines - umfassenden und an keinerlei Bedingungen geknüpften - vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs zumindest im Regelfall die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0079899).

Das Vergleichsangebot der Beklagten umfasste nun nicht das gesamte Unterlassungs-Hauptbegehren, sondern enthielt die Einschränkung, dass nach den Worten „... verbunden ist“ der Zusatz aufgenommen werden sollte: *„sofern darauf nicht deutlich hingewiesen wird“*.

Die entscheidende Rechtsfrage lautet daher, ob dieses Vergleichsangebot alles umfasste, was der Kläger begehren konnte, oder ob er es zu Recht mit der Konsequenz des Weiterbestands der Wiederholungsgefahr als unzureichend abgelehnt hat. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage hängt wiederum von der Auslegung der Per-se-Verbote - in concreto jenes der Z 20 - des Anhangs zum UWG ab.

Der Berufungswerber vertritt dazu zusammengefasst den Standpunkt, die in den Per-se-Verboten des Anhangs

zum UWG inkriminierten Verhaltensweisen seien jedenfalls zu untersagen, ohne dass einer weiteren Prüfung - etwa im Hinblick auf ihre Irreführungseignung - bedürfe. Damit sei die unrichtige Präsentation eines Produktes als „gratis“ in jedem Fall zu unterlassen, ohne dass auf die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 1 und 2 UWG abzustellen sei. Da dem Unterlassungshauptbegehren daher ohne die im Vergleichsangebot der Beklagten enthaltene Einschränkung stattzugeben gewesen wäre, erweise sich dieses als unzureichend, weshalb die Wiederholungsgefahr nach wie vor gegeben sei.

Die Berufungsbeantwortung tritt der Auffassung des Klägers, bei den im Anhang zum UWG angeführten Tatbeständen komme es auf eine konkrete Irreführungseignung nicht an, entgegen, und meint, die blickfangartige Ankündigung „0 % Zinsen“ könne nicht als solche untersagt werden. Werde nämlich gleichzeitig klargestellt, dass zwar keine Zinsen, wohl aber beispielsweise Bearbeitungsgebühren zu zahlen seien, so werde der Kauf nicht als „gratis“ oder ähnlich beschrieben. Die Ankündigung „0 % Zinsen“ könnte bei Forderung weiterer Entgelte für den Kauf nur dann irreführend sein, wenn auf diese weiteren Entgelte nicht deutlich hingewiesen werde. Zur Unterlassung im Sinne des Hauptbegehrens des Klägers mit der Einschränkung „sofern darauf nicht ausreichend

hingewiesen wird" hätte sich die Beklagte aber in ihrem Vergleichsangebot verpflichtet. Bei Annahme dieses Angebots hätte der Kläger all das erhalten, was ihm im Urteil hätte zugesprochen werden können. Die Verurteilung zur Unterlassung jeder Ankündigung „0 % Zinsen“ sei nicht zulässig, weil in diesem Fall auch die wahrheitsgemäße Ankündigung „0 % Zinsen Sie zahlen nur 2,9 % Bearbeitungsgebühr“ untersagt wäre, obwohl in diesem Fall nicht der Eindruck einer kostenfreien Leistung entstehen könne. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs werde die Irreführungseignung durch einen „ausreichend deutlichen“ Hinweis beseitigt. Zu dieser ausreichend deutlichen Aufklärung hätte sich die Beklagte in dem angebotenen vollstreckbaren Vergleich verpflichtet.

Dazu ist auszuführen:

Der Anhang zum UWG enthält eine Aufzählung von „irreführenden“ (Z 1 bis 23) und „aggressiven“ (Z 24 bis 31) Geschäftspraktiken, die „jedenfalls“ als unlautere Geschäftspraktik zu qualifizieren sind. Der Anhang ist abschließend und kann durch die Mitgliedsstaaten nicht ergänzt werden. Gemäß Art 5 Abs 5 UGP-RL gilt diese Liste „einheitlich“ in allen Mitgliedsstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden (Erwägungsgrund 17). Zweck des Anhangs ist es, durch eine

Konkretisierung der Generalklausel des Art 5 Abs 5 UGP-RL anhand von Beispielsfällen für eine einheitliche Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Regelungen und damit auch für ein größeres Maß an Rechtssicherheit zu sorgen (Duursma/Duursma-Kepplinger in Gumpoldsberger/Baumann (Hg.), UWG Ergänzungsband vor Anhang Rz 2).

Die Tatbestände des Anhangs sind „unter allen Umständen“ (Art 5 Abs 5 UGP-RL) als unlauter anzusehen („Per-se-Verbote“). Daher wird in der Literatur überwiegend die Meinung vertreten, dass keine Prüfung von weiteren Voraussetzungen erforderlich sei:

So führt Schuhmacher (wbl 2005, 406) aus, die im Anhang zum UWG aufgezählten Geschäftspraktiken würden unter allen Umständen als unlauter gelten. Auf die konkrete Irreführungseignung (bzw im Falle der aggressiven Geschäftspraktiken) auf die konkrete Eignung, den/ die betreffenden Verbraucher durch aggressive Geschäftspraktiken in ihrer Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen, komme es dabei nicht an. Schuhmacher weist auch darauf hin, dass die Schaffung der Rechtsgleichheit auf den verschiedenen Märkten ausgewiesenes Ziel der UPG-RL sei, weshalb die innerstaatlichen Gerichte infolge richtlinienkonformer Auslegung nationaler Gesetze dazu verpflichtet seien, die im Anhang zum UWG übernommenen

Per-se-Verbote aus dem Anhang zur UPG-RL ernst zu nehmen und sie nicht dort auszuhöhlen, wo dies der europäische Gesetzgeber nicht wünsche.

Wiebe (JBl 2007, 69) vertritt die Auffassung, dass den „kleinen“ Generalklauseln der §§ 1a und 2 UWG sowie der allgemeinen Generalklausel des § 1 UWG bei der Auslegung der Geschäftspraktikenliste keine Bedeutung zukomme. Er entnimmt der UPG-RL ferner ein strenges Spezialitätsprinzip, was zur Folge habe, dass bei der Prüfung wettbewerbsrechtlicher Fälle zunächst anhand der Tatbestände der schwarzen Liste, sodann anhand der beiden „kleinen“ Generalklauseln und schließlich anhand der allgemeinen Generalklausel vorzugehen sei.

Nach Burgstaller (in Wiebe/G. Kodek, Kommentar zum UWG [2009] Anhang § 1a Rz 3) bedarf es bei den Geschäftspraktiken des Anhangs keiner Beurteilung des Einzelfalls anhand der besonderen Vorschriften für irreführende und aggressive Geschäftspraktiken (Art 5 - 9). Vielmehr sei eine Handlung, die unter einen dieser Tatbestände nach dem Anhang I falle, per se und unter allen Umständen unlauter. Damit werde auch klargestellt, dass nicht zu prüfen sei, ob Verbraucher durch die Geschäftspraktik wesentlich in ihrer geschäftlichen Entscheidungsfindung durch diese Geschäftspraktik beeinträchtigt werden oder nicht, sondern werde dies quasi unwiderleglich vermutet.

Eine andere Ansicht vertritt Wiltschek (MGA UWG² (2007) Anm. 17 zu § 2), dem zufolge die Beispiele im Anhang iZm den Kriterien der Generalklausel zu lesen sind.

Der erkennende Senat schließt sich der vom überwiegenden Teil der Lehre vertretenen Auffassung an, wonach die im Anhang zum UWG enthaltene Aufzählung eine Liste von absoluten Per-se-Verboten enthält. Die in den Z 1 bis 23 geregelten Tatbestände sind daher ohne weitere Prüfschritte jedenfalls als irreführende Geschäftspraktiken anzusehen.

Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass die inhaltlich unrichtige Ankündigung „0 % Zinsen“ gegen das Per-se-Verbot der Z 20 des Anhangs zum UWG verstößt, das die Beschreibung eines Produkts als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder ähnlich, obwohl der Umworbene weitergehende Kosten als die Kosten zu tragen hat, die im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik und für die Abholung oder Lieferung der Ware unvermeidbar sind, inkriminiert. Die zitierte Bestimmung stellt allgemein nur auf die unrichtige „Beschreibung“ des Produkts mit den aufgezählten oder ähnlichen Begriffen ab. Da davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die große Anlockungswirkung und Irreführungseigenschaft von Gratisangeboten ein absolutes Verbot postulieren

wollte, kann selbst ein deutlicher Hinweis auf etwaige Zusatzkosten die mögliche Irreführung bei Verwendung von Begriffen wie „gratis“ nicht beseitigen (vgl. Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, aaO § 2 Anh Rz 208).

Ausgehend von dieser Rechtsansicht erweist sich das Vergleichsangebot der Beklagten, die sich dem Unterlassungs-Hauptbegehren nur mit dem festgestellten einschränkenden Zusatz unterwerfen wollte, als nicht ausreichend, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, sodass der Kläger mit diesem Begehren durchdringt.

Die Urteilsveröffentlichung trägt dem berechtigten Interesse des Klägers an der Richtigstellung Rechnung und erfolgt - im Hinblick auf die österreichweite Verbreitung der Prospekte mittels Postwurfsendung - in einem zur Wirkung der beanstandeten Werbung angemessenen Verhältnis.

Infolge Abänderung des angefochtenen Urteils war über die gesamten Kosten des bisherigen Verfahrens selbständig und ohne Berücksichtigung der Kostenentscheidung erster Instanz zu entscheiden (Bydlinski in Fasching/Konecny² II/1, Rz 4f zu § 50 ZPO mwN). Nach § 41 ZPO hat die Beklagte dem zur Gänze obsiegenden Kläger die - der Höhe nach zutreffend verzeichneten - Prozesskosten erster Instanz zu ersetzen.

Die Entscheidung über die Kosten des

Berufungsverfahrens stützt sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung des Klägers.

Die Revision ist zulässig, weil zur Frage, ob die unrichtige Beschreibung eines Produktes als „gratis“ „umsonst“, „kostenfrei“ oder ähnlich auch dann nach Z 20 des Anhangs zum UWG idF der Novelle 2007 zu untersagen ist, wenn ein deutlicher Hinweis auf etwaige Zusatzkosten angebracht wird, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vorliegt.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt.30, am 16.11.2009



Dr. Wolfgang PÖSCHL

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Köchl

Bartholomäus... 1741

Der... 1741

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

DR. WOLFGANG FÖRSTER
...

