



Fundstellen: wbl 2008/290, 606 = RdW 2008/667, 715 = jusIT 2008/79, 173 (*Mader*) = ecolex 2009/20, 54 (*Horak*) = MR 2008, 308 = lex:itec 2009 H 1-2, 34 (*Lettner*) = EF-Z 2009/8, 14 = ÖBLS 2008/180/182, 323 = ÖBLS 2008/193/194, 325 = ÖBLS 2009/5, 33 (*Rungg/Albiez*)

1. An Kinder gerichtete Werbung ist (entgegen Z 28 Anh UWG) nicht absolut unzulässig. Werden Kinder allerdings durch eine unter Berücksichtigung ihres Fassungsvermögens (iS von § 1 Abs 2 Satz 2 UWG) irreführende Geschäftspraktik oder sonst auf eine unlautere Weise dazu veranlasst, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren, die diese sonst nicht getroffen hätten, liegt darin idR eine die Eltern belästigende aggressive Geschäftspraktik nach § 1a Abs 1 UWG.

2. Das Fehlen der Information über das Rücktrittsrecht nach § 5c KSchG beeinträchtigt allgemeine Verbraucherinteressen. Auf eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt es dabei nicht an.

3. Ein Gesetzesverstoß (hier: nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG) läuft dann allgemeinen Verbraucherinteressen iS von § 28a KSchG zu wider, wenn er den Kunden in einem typischen Massengeschäft wie dem Vertrieb von Zeitschriften die Rechtsverfolgung dadurch erschwert, dass sie eine ladungstaugliche Anschrift des Medienunternehmens erst zeit- und kostenaufwändig ermitteln müssen.

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofrätin Dr. Schenk sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundesarbeitskammer, *****, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei S***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 30. Jänner 2008, GZ 1 R 193/07w-11, mit welchem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Juli 2007, GZ 18 Cg 15/07f-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird, soweit es sich auf die Punkte b. und c. des Unterlassungsbegehrens und auf das Veröffentlichungsbegehren bezieht, bestätigt. Zu Punkt a. des Unterlassungsbegehrens wird es teils bestätigt und teils dahin abgeändert, dass die Entscheidung darüber insgesamt wie folgt lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, ihre Leistungen, insbesondere die Mitgliedschaft in dem von ihr veranstalteten „PonyClub“ in Österreich, gegenüber Kindern, insbesondere Volksschulkindern, insbesondere durch Verteilung in Werbepaketen wie „Hallo Pause“, zu bewerben, wenn in der Werbung der Preis der Leistungen, insbesondere jener, die im Rahmen des „PonyClubs“ erbracht werden, aus den Werbeunterlagen nicht deutlich ersichtlich ist und/oder wenn die Leistungen durch Gewinnspiele, etwa über einen einwöchigen Urlaub auf einem Reiterhof für zwei Personen beworben werden, es sei denn, die Teilnahme an diesen Gewinnspielen hinge nach der Gestaltung der Werbung eindeutig nicht von der Inanspruchnahme der Leistung ab. Das Mehrbegehren, die an Kinder gerichtete Werbung mit Gewinnspielen zur Gänze zu verbieten, wird abgewiesen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen einen mit 8.615,88 EUR bestimmten Anteil an den Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen (darin 607 EUR Barauslagen, 1.334,83 EUR Umsatzsteuer) zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte verlegt und vertreibt Bücher und Zeitschriften. Dabei bietet sie unter anderem die Mitgliedschaft in einem „PonyClub“ an. Die „Mitglieder“ erhalten monatlich „Abenteuer-“ bzw. „Spezialpakete“ mit „tollen Büchern, Extras und Überraschungen“ zugeschickt, wofür jeweils ein Entgelt von 17,95 bzw. 23,95 EUR (inklusive Versandkosten) zu zahlen ist. Der Inhalt der Pakete wird jeweils vorweg in einem „PonyClub-Magazin“ vorgestellt; die „Mitglieder“ können auf die angekündigte Zusendung „verzichten“. Die Mitgliedschaft kann jederzeit gekündigt werden.

Im November 2006 ließ die Beklagte an Wiener Volksschulen einen Werbeprospekt für diesen „PonyClub“ verteilen, der sich in Aufmachung und Diktion zum weit überwiegenden Teil an Kinder richtete. Auf der Vorderseite befand sich unter der Überschrift „Hallo Pferdefan! Rubbel dir deine mega Überraschungskiste!“ ein Rubbelspiel. Würden „goldene Hufis“ (Hufeisen) freigerubbelt, so erhielten die Kinder eine „Kiste“ mit zwei, vier oder sieben „Überraschungen“. Diese Überraschungen wurden im Inneren des Prospekts näher vorgestellt. Rechts oben davon befand sich ein farblich abgehobenes Feld mit dem Text „Zum Kennenlernen für nur EUR 4,95 inkl. Porto und Verpackung“, wobei der Preis fett und in deutlich größerer Schrift gedruckt war. Links von den Überraschungen befand sich ein in Briefform dargestellter Text, der sich an die Eltern richtete. Mit blauem Marker angestrichen war darin der Hinweis „Auch wenn wir 'Club' heißen: Beim PonyClub besteht garantiert keine Abo-Verpflichtung! Zu Ihrer Sicherheit erfahren Sie immer vorab den Inhalt des nächsten Paketes - und können jederzeit auf ein Paket verzichten.“ Und weiters: „Sie sehen, der PonyClub bietet Spaß ohne jedes Risiko! Schenken Sie Ihrem Kind diese Freude!“

Auf einer weiteren Doppelseite des Prospekts wurde der „PonyClub“ mit der Überschrift „Toller Lesespaß, coole Überraschungen und süße Pferdesachen garantiert!“ beworben. Insgesamt drei zehnzehnbeziehungsweise zwölfjährige Mädchen und eine Mutter berichteten, wie sehr sie sich auf die monatlichen Pakete freuten. Dieser Teil der Werbung richtete sich eindeutig an Kinder; über die konkrete Abwicklung und die Preise der Pakete fand sich dort nichts. Dem Prospekt beigelegt war ein freigemachter Rückumschlag, mit dem ein Bestellschein („Kennenlern-Ticket“) verbunden war, der von der Verschlusslasche des Umschlags entlang einer Perforation abgerissen werden konnte. Auf dem „Kennenlern-Ticket“ stand folgender Text: „Ja, ich will Mitglied im PonyClub werden. Bitte schickt mir die Mega-Überraschungskiste zum Kennenlernen mit bis zu sieben Überraschungen für nur EUR 4,95 (inkl. Porto und Verpackung). Danach erhalte ich monatlich weitere Pony-Club-Pakete - wie umseitig beschrieben - die ich nur kaufe, wenn ich sie will. Die Garantie Informationen auf der Rückseite habe ich gelesen.“ Daneben befand sich ein Adressfeld mit der Überschrift „Unbedingt komplett ausfüllen, damit deine Überraschungs-Kiste gut ankommt“. Darauf folgen zunächst Zeilen für Name, Anschrift und Geburtsdatum des „Mitglieds“. In einer weiteren Zeile war der Name des „Erziehungsberechtigten“ anzugeben, der dann in der nächsten Zeile unterschreiben musste. Darunter befand sich der rot gedruckte Satz:

„Wichtig: Ohne Unterschrift der Eltern können wir dich nicht beliefern!“

In den „Garantie Informationen“ auf der Rückseite des Bestellscheins, die sich in ihrer Diktion ebenfalls an Kinder richteten („du“), wurde der „PonyClub“ näher vorgestellt. Insbesondere wurde ausgeführt, dass man mit der Anforderung der „Überraschungs-Kiste“ automatisch Mitglied im Club werde und, wenn man wolle, jeden Monat ein neues PonyClub-Paket bekomme. Weiter hieß es: „Der PonyClub bietet dir zwölf Club-Pakete pro Jahr: 8 Abenteuerpakete ... für immer nur EUR 13,95 und 4 extragroße Spezialpakete für je nur EUR 19,95 (plus je EUR 3,50 Versandkosten). Wenn du dein nächstes Paket haben willst, brauchst du nichts zu tun. Es kommt dann automatisch.“ Wenn man das angebotene Paket einmal nicht haben wolle, könne man einfach darauf verzichten - Anruf genüge. Zuletzt hieß es: „Du gehst null Risiko ein: Du kannst deine Club-Mitgliedschaft jederzeit kündigen. Kurzer Anruf oder Postkarte genügt“.

Der Rückumschlag war (auch) als „Gewinn-Ticket“ gestaltet. Auf der Vorderseite fand sich unter der Überschrift „111 x 1 Profi-Pflegekoffer zu gewinnen!“ ein weiteres Rubbelspiel. Die Verlosung erfolgte nach dem Begleittext unter allen Einsendern, die drei „Ponys“ freirubbeln und (hervorgehoben gedruckt) innerhalb von sieben Tagen antworten würden. Auf der Rückseite befand sich ein „Gewinn-Ticket“ für „1 von 10 fantastischen Reiterhof-Ferien“. Voraussetzung war hier das

Freirubbeln eines „blauen Hufis“. Über dem als „Gewinn-Ticket“ gestalteten Teil des Umschlags befand sich, verdeckt durch dessen Verschlusslasche, unter der hervorgehobenen Überschrift „So kannst du gewinnen“ folgender klein gedruckter Text: „Mit der Einsendung deines Gewinn-Tickets mit richtig aufgeklebtem blauen 'Happy Hufi' nimmst du automatisch am 'PonyClub-Gewinnfestival 2006' teil. Deine Teilnahme ist unabhängig von einer Bestellung. Eine Bestellung beeinflusst deine Gewinn-Chancen nicht. Einsendeschluss ist der 31. 12. 2006. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.“

Als Anschrift für die Antwortsendung war auf dem Umschlag eine österreichische Postfachadresse angegeben. Eine andere Anschrift der Beklagten fand sich im Werbeschreiben nicht. Abgedruckt waren jedoch eine Telefonnummer und eine Internetadresse. Dort konnte die Anschrift der Beklagten ermittelt werden. Einen Hinweis auf ein Rücktrittsrecht enthielt das Werbeschreiben nicht.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verpflichten,

a. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, ihre Leistungen, insbesondere die Mitgliedschaft in dem von ihr veranstalteten „PonyClub“ in Österreich gegenüber Kindern, insbesondere Volksschulkindern, zu bewerben, insbesondere durch Verteilung in Werbepaketen wie „Hallo Pause“, wenn in der Werbung der Preis der Leistungen, insbesondere jener, die im Rahmen des „PonyClubs“ erbracht werden, aus den Werbeunterlagen nicht deutlich ersichtlich ist und/oder die Leistungen durch Gewinnspiele, etwa über einen einwöchigen Urlaub auf einem Reiterhof für 2 Personen beworben werden;

b. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Verträge mit österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz abzuschließen, ohne dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, ihre geografische Anschrift offen zu legen;

hilfsweise:

es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, ihre geografische Anschrift offen zu legen;

c. es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Verträge mit österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu belehren; hilfsweise

es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksendung des Bestellscheins, über sein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu belehren.

Weiters beantragt die Klägerin die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagausgabe der Kronen Zeitung. Die Beklagte verschleierte den Preis ihrer Leistung. Erst aus dem Anmeldeformular sei ersichtlich, dass nicht nur die durch Freirubbeln erworbene Überraschungskiste rund 5 EUR kostete, sondern die weiteren Pakete zwischen 17,45 EUR und 23,45 EUR. Dieses Formular sei jener Teil der Werbung, dem die umworbenen Kinder erfahrungsgemäß die geringste Beachtung schenken würden. Sie würden davon ausgehen, dass sie ohne Risiko und ohne Abo-Verpflichtung die tollen Artikel bekommen könnten, ohne dass sie oder ihre Eltern dafür einen nennenswerten Preis zahlen müssten. Die Aufmerksamkeit der Kinder werde somit auf die zahlreichen aufregenden Versprechungen gelenkt. Dadurch werde Vorfreude geweckt, die die Eltern enttäuschen müssten. Nach dem Selbstbeschränkungskodex des Österreichischen Werberats dürfe Werbung auf Kinder keinen direkten oder indirekten Kaufzwang ausüben und die Kinder nicht irreführen, insbesondere habe sie einfache, klare und vollständige Informationen zu liefern. Durch verkaufsfördernde Maßnahmen wie Gratiszugaben, Kostproben, Preisausschreiben oder Preisrätsel sollten Kinder nicht zum Kauf ermutigt beziehungsweise ihre Spielleidenschaft ausgenutzt werden. Weiters verstoße die Beklagte durch Unterlassung der Angabe ihrer ladungsfähigen (geografischen) Anschrift gegen § 5c Abs 1 Z 1 KSchG. Die Möglichkeit, diese Adresse über ihren Internetauftritt zu ermitteln, reiche nicht aus. Schließlich verletze die Beklagte § 5c Abs 1 Z 6 KSchG, da sie in ihren Werbe- und Bestellunterlagen nicht auf das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG hinweise. Das

Verhalten der Beklagten begründe Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch) und § 28a KSchG. Die Beklagte bestreitet einen Verstoß gegen das Lauterkeits- oder Fernabsatzrecht. Sie behauptet nicht, dass die „Überraschungen“ gratis abgegeben würden; der Preis für die (erste) Lieferung werde vielmehr blickfangmäßig angekündigt. Die Kosten für das jeweils nächste PonyClub-Paket würden sowohl im Club-Magazin als auch auf der Website angekündigt; die Kosten seien auch auf der Rückseite des „Kennenlern-Tickets“ genannt. Weiters werde auch darauf hingewiesen, dass die Teilnahme am Gewinnspiel kaufunabhängig sei. Die Werbung sei ferner nicht darauf ausgerichtet, Kinder als Käufer zu gewinnen. Vielmehr müssten die Eltern für ihr Kind tätig werden. Anmeldungen ohne Unterschrift eines Erziehungsberechtigten würden konsequent zurückgewiesen. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung komme es daher ausschließlich darauf an, ob die Kaufentscheidung der Eltern unsachlich beeinflusst werde. Das sei nicht der Fall, weil die Gewinnspiele für die Eltern keinen Reiz böten. Eine Beeinflussung der Eltern durch die Kinder sei unerheblich, weil es zu den Grundlagen jeder Erziehung gehöre, dass Erziehungsberechtigte zu den vielfältigsten Wünschen ihrer Kinder „Nein“ sagen müssten. Der Selbstbeschränkungskodex der Österreichischen Werbewirtschaft sei kein Gesetz. Dessen Verletzung könne daher nicht geahndet werden, sofern nicht gleichzeitig gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen werde.

Die Anschrift der Beklagten könne ihrem Internetauftritt entnommen werden. Das reiche als Information nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG aus. Die Kunden der Beklagten könnten, worauf sie ausdrücklich hingewiesen würden, auf einzelne Pakete verzichten und die Club-Mitgliedschaft jederzeit kündigen. Damit eröffne ihnen die Beklagte Möglichkeiten, die über die Rücktrittsrechte des KSchG hinausgingen. Es komme daher zu keiner Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen von Verbrauchern im Sinn des § 28 KSchG. Auch ein spürbarer Wettbewerbsvorsprung sei nicht zu erkennen.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt. Die Werbung richte sich an pferdebegeisterte Volksschulkinder; erst in zweiter Linie würden die Eltern angesprochen. Auch diese würden aber aufgrund der Fülle an Informationen und Ankündigungen nicht ohne weiteres erkennen, dass die folgenden Pakete wesentlich teurer seien als das erste. Sie würden in den meisten Fällen davon ausgehen, für nur 4,95 EUR ihren Kindern eine Vielzahl von Leistungen und Gewinnmöglichkeiten zu verschaffen, ohne darüber hinausgehende Verpflichtungen einzugehen. Zwar ermögliche die Beklagte eine Ablehnung der folgenden Pakete und die Kündigung der Mitgliedschaft. Die Wahrnehmung dieser Rechte sei aber mit einer Enttäuschung von Erwartungen der Kinder verbunden. Dadurch entstehe Druck für die Eltern. Wären die Kosten der weiteren Pakete auch für die Kinder auf den ersten Blick erkennbar, würden sie sich mit dem Angebot kritischer auseinandersetzen. Durch den Inhalt des Werbeschreibens würden Kunden angelockt und verleitet, einen Vertrag mit der Beklagten abzuschließen. Das sei sittenwidrig iSv § 1 UWG.

Werde die Post als Fernkommunikationsmittel verwendet, so reiche es nicht aus, wenn der Anbieter die nach § 5c KSchG erforderlichen Informationen nur im Internet veröffentliche. Dem Verbraucher könne nicht zugemutet werden, sich einen Internetzugang anzuschaffen, um an die Postanschrift eines Unternehmens zu gelangen.

Das Fehlen einer Belehrung über Rücktrittsrechte verstoße gegen § 5c Abs 1 Z 6 KSchG. Das Kündigungsrecht sei kein Rücktrittsrecht im Sinn der erwähnten Bestimmung, sondern eine normale Kündigung eines gültig abgeschlossenen Vertrags. Das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG führe demgegenüber zur Rückabwicklung des Vertrags. Mangels Kenntnis des Rücktrittsrechts sei wahrscheinlich, dass die Konsumenten dieses nicht ausübten.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Das Erstgericht habe dem Unterlassungsbegehren zu Punkt a. zu Recht stattgegeben. Die Werbung richte sich eindeutig an Kinder. Der Hinweis, dass die Teilnahme am Gewinnspiel von einer

Bestellung unabhängig sei, finde sich in sämtlichen Unterlagen nur einmal, nämlich auf der Rückseite des Antwortkuverts im Fließtext unter der Abrissperforation. Kinder würden ihn gar nicht und Erziehungsberechtigte nur bei besonderer Aufmerksamkeit wahrnehmen. Die Beklagte erwecke daher den Eindruck, es würden kaufabhängige Gewinnspiele durchgeführt. An die Aufmerksamkeit des Interessenten könnten dabei keine hohen Anforderungen gestellt werden. Das Werbeschreiben enthalte eine Fülle an Informationen, insbesondere zu den angebotenen Überraschungen und Gewinnspielen, auf die unentwegt hingewiesen werde. Den Preis für das erste Überraschungs-Paket von 4,95 EUR finde man erst nach längerem Suchen, jenen für die weiteren Zusendungen erst auf der Rückseite des Kennenlern-Tickets, das Kinder erfahrungsgemäß nicht lesen. Der Preis werde damit verschleiert. Die Kinder würden als Kaufmotivatoren für ihre Eltern angesprochen; damit sei die Kaufentscheidung der Eltern nicht mehr frei. Würden die Eltern durch die notwendige Unterschriftsleistung miteinbezogen, so werde es ihnen schwer fallen, dem Kind einen bereits konkret in Aussicht gestellten Gegenstand aus dem vielfältigen Angebot der Beklagten abzuschlagen. Damit werde der Spiel- und Sammeltrieb, der Hang zur Gruppenbildung und die Hoffnung auf neue Freundschaften ausgenützt, um mittelbaren Einfluss auf die Eltern auszuüben. Anzuwenden sei § 1 UWG idF der UWG-Novelle 2007. Danach gelte als aggressive Geschäftspraktik (§ 1a Abs 3 UWG) laut der Z 28 des Anhangs die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an die Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen.

Zu Punkt b. des Spruchs habe das Erstgericht zutreffend erkannt, dass die Information dem Verbraucher zumindest auf gleiche Weise wie die Einladung zum Vertragsschluss zukommen müsse, sofern nicht ein für den Verbraucher noch vorteilhafterer Weg gewählt werde. Auch der in Punkt c. genannte Verstoß liege vor. Ein Kündigungsrecht, das ex nunc wirke, sei nicht gleichbedeutend mit einem Rücktrittsrecht, das zu einer Rückabwicklung des Vertrages ex tunc führe.

Die gegen dieses Urteil gerichtete *Revision* der Beklagten ist *zulässig*, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu irreführender oder aggressiver Werbung, die an Kinder gerichtet ist, fehlt. Sie ist jedoch nur in geringem Umfang *berechtigt*.

1. Zu Punkt a. des Spruches (Kinderwerbung)

1.1. Das beanstandete Verhalten wurde vor dem Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/79) gesetzt. Nach der Rechtsprechung des Senats (4 Ob 225/07b = MR 2008, 114 - Stadtrundfahrten, 4 Ob 42/08t, 4 Ob 27/08m ua) ist für die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs daher sowohl die alte als auch die neue Rechtslage maßgebend: Ein Verbot kann nur erlassen oder bestätigt werden, wenn das darin umschriebene Verhalten auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist. Ein vor Inkrafttreten der Novelle gesetztes Verhalten begründet nur dann die Vermutung der Wiederholungsgefahr, wenn es schon zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig war. Im Ergebnis ist ein Unterlassungsanspruch daher nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl das alte als auch gegen das neue Recht verstieß bzw verstößt.

1.2. Nach neuem Recht handelt es sich bei der beanstandeten Werbung um eine aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a UWG.

1.2.1. Die Werbung richtet sich nach Inhalt und Erscheinungsbild eindeutig an Kinder. Die Bestellung selbst (der „Beitritt“ zum „PonyClub“) muss allerdings - angesichts der Zielgruppe schon aus rechtlichen Gründen (§§ 151, 865 ABGB) - von den Eltern vorgenommen werden. Die Beklagte setzt die Kinder daher als „Kaufmotivatoren“ ein: sie sollen ihre Eltern veranlassen, eine bestimmte Kaufentscheidung zu treffen.

Diese Werbemethode wird nun von Z 28 des Anhangs zum UWG erfasst. Danach ist eine aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a UWG „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.“

Diese Regelung scheint zwischen einer unmittelbaren Aufforderung (zB „Kauf dir das Buch“ bzw

„Sag deinen Eltern, sie sollen das Buch kaufen“) und bloß mittelbaren Werbebotschaften (zB „Du bekommst das Buch nur, wenn deine Eltern den Bestellschein unterschreiben“) zu unterscheiden und nur erstere zu erfassen (Köhler, Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken? WRP 2008, 700, 702; Scherer, Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren, WRP 2008, 430, 433; Wiltschek, MSA UWG2 [2007] 104; tendenziell strenger Mankowski, Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder? Zur Auslegung der Nr. 28 der deutschen und der europäischen black list, WRP 2008, 421, 425). Folgt man dieser Auffassung, läge im vorliegenden Fall wohl noch keine „unmittelbare“ Aufforderung an die Kinder vor, auf ihre Eltern einzuwirken; der Hinweis, dass diese unterschreiben müssten, könnte als bloß mittelbare und daher zulässige Werbebotschaft gedeutet werden.

Allerdings ist hier nicht zu entscheiden, ob diese Auslegung des Begriffs „unmittelbar“ tatsächlich zutrifft. Denn nach dem Klagebegehren soll an Kinder gerichtete Werbung nur verboten werden, wenn darin (i) Preise verschleiert oder (ii) Gewinnspiele angekündigt werden. Gegenstand der Unterlassungsklage ist daher nicht die von Z 28 des Anhangs zum UWG unter gewissen Umständen generell missbilligte Geschäftspraktik, Kinder als Kaufmotivatoren für ihre Eltern zu instrumentalisieren. Die Klägerin beanstandet vielmehr, dass die Beklagte zu diesem Zweck gegenüber den Kindern unlautere Mittel eingesetzt habe. Dabei handelt es sich um zusätzliche Sachverhaltselemente, die auch bei einer bloß mittelbaren Einflussnahme auf die Eltern die Unlauterkeit der Geschäftspraktik begründen können. Auf die - möglicherweise eine Klarstellung durch den EuGH erfordernde (Köhler, WRP 2008, 702) - Auslegung von Z 28 des Anhangs zum UWG kommt es daher nicht an.

1.2.2. Eine Geschäftspraktik gilt nach § 1a Abs 1 UWG als aggressiv, wenn sie geeignet ist, 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.

Eine solche Belästigung liegt nach Auffassung des Senats jedenfalls dann vor, wenn Kinder durch Mittel, die in Bezug auf ihr Fassungsvermögen (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) unlauter sind, dazu veranlasst werden, auf ihre Eltern Druck in Bezug auf eine bestimmte Kaufentscheidung auszuüben. Zwar kann Eltern grundsätzlich zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch an diese gerichtete Werbung veranlasst oder verstärkt werden (BGH I ZR 82/05 = WRP 2008, 214 - Tony Taler; Scherer, WRP 2008, 436 mwN zur deutschen Lehre). An Kinder gerichtete Werbung ist daher - wie sich wohl auch aus einem Gegenschluss zu Z 28 des Anhangs zum UWG ergibt - nicht absolut unzulässig.

Anders verhält es sich aber, wenn die Wünsche der Kinder durch eine irreführende Geschäftspraktik oder eine andere unlautere Handlung hervorgerufen werden. Denn damit wird den Eltern nicht nur die - in der Erziehung unvermeidbare - Auseinandersetzung mit möglicherweise unvernünftigen Konsumwünschen ihrer Kinder aufgezwungen. Vielmehr müssen sie durch die Werbung veranlasste Fehlvorstellungen widerlegen, was in der Regel mit einem weit höheren zeitlichen und argumentativen Aufwand verbunden ist als das Gespräch über Konsumwünsche im Allgemeinen. Auch durchschnittlich informierte und verständige Eltern, die eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwenden (RIS-Justiz RS0114366; zuletzt 4 Ob 42/08t mwN), können unter solchen Umständen geneigt sein, den Wünschen des Kindes nachzugeben und damit eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie sonst nicht getroffen hätten.

Zwar wäre aus pädagogischer Sicht auch hier eine festere Haltung angebracht. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass gerade in solchen Fällen viele Eltern zur Vermeidung innerfamiliärer Konflikte der Werbung keinen Widerstand leisten werden. Unternehmen, die sich diesen Umstand zu Nutze machen, indem sie Kinder mit unlauteren Methoden bewerben, sind vom Schutzzweck der Erziehungspflicht der Eltern nicht erfasst. Daher können sie sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens nicht auf ein aus normativer Sicht „maßstabgerechtes“ Verhalten der Eltern berufen.

1.2.3. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte (zumindest) unter Bedachtnahme auf die von ihr unmittelbar angesprochene Personengruppe gegen lauterkeitsrechtliche Bestimmungen verstoßen.

(a) Ein durchschnittliches Volksschulkind (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) wird der beanstandeten Werbung nur die blickfangartig herausgestellten Vorteile der „PonyClub-Mitgliedschaft“ entnehmen, nicht aber die damit verbundenen Belastungen. Denn im Werbefolder wird nur der vergleichsweise geringe Preis der ersten „Überraschungs-Kiste“ genannt. Die deutlich höheren Preise der weiteren Lieferungen scheinen nur in den „Garantie-Informationen“ auf der Rückseite des Bestellscheins auf. Angesichts der Fülle an Informationen, die der Werbefolder über die angeblichen Vorteile der Clubmitgliedschaft enthält, ist nicht anzunehmen, dass ein Volksschulkind auch noch die als „langweilig“ empfundene - Rückseite des Bestellscheins liest. Es wird daher nicht annehmen, dass mit dem „Beitritt“ zum „PonyClub“ weitere finanzielle Belastungen verbunden sein können, die deutlich höher sind als jene für die erste „Überraschungs-Kiste“ und die nur durch (vorheriges) Abbestellen einzelner Lieferungen oder durch den Austritt aus dem Club vermieden werden können. Damit ist die Werbung aus Sicht der unmittelbar angesprochenen Personengruppe - in irreführender Weise unvollständig iSv § 2 Abs 4 UWG. (b) Die Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel ist - wiederum ausgehend vom Verständnis eines Volksschulkindes - als Zugabe iSv § 9a UWG zu werten.

Zugabe ist nach ständiger Rechtsprechung ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware (Hauptleistung) ohne besondere Berechnung angekündigt wird, um den Absatz der Hauptware oder die Verwertung der Hauptleistung zu fördern. Dieser Vorteil muss mit der Hauptware (Hauptleistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, dass er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluss zum Erwerb der Hauptware (Hauptleistung) zu beeinflussen, also Werbemittel oder Lockmittel sein (RIS-Justiz RS0081417). Ob eine Zuwendung vom Abschluss eines Hauptgeschäfts abhängig ist, richtet sich nicht danach, was der Werbende bezweckt; vielmehr kommt es darauf an, ob für die beteiligten Verkehrskreise der Eindruck der Abhängigkeit der Zuwendung vom Warenbezug erweckt wird, insbesondere also darauf, was der Kunde, an den sich die Werbung richtet, bei verständiger Würdigung annehmen muss (RIS-Justiz RS0079157).

Die Beklagte weist auf die Kaufunabhängigkeit der Teilnahme am „PonyClub-Gewinnfestival“ nur versteckt unter der Verschlusslasche des Antwortkuverts hin. Daher ist nicht anzunehmen, dass Kinder die diesbezüglichen Formulierungen überhaupt wahrnehmen. Zudem heißt es dort, dass die Teilnahme am Gewinnspiel von einer „Bestellung“ unabhängig sei, während sonst ausschließlich von einer „Mitgliedschaft“ im „PonyClub“ die Rede ist. Die Schlussfolgerung, dass sich der Begriff „Bestellung“ auf den „Beitritt“ zum „PonyClub“ bezieht, erfordert eine erhebliche intellektuelle Leistung, die zumindest von Volksschulkindern nicht erwartet werden kann. Dass die Zugabe unter den Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG fiele, hat die Beklagte trotz der sie insofern treffenden Behauptungs- und Beweislast (4 Ob 2120/96k = ÖBl 1992, 29 - Vorhangnähen gratis; RIS-Justiz RS0106458) nicht konkret vorgebracht. Daher liegt insofern eine nach den Wertungen des Lauterkeitsrechts (§ 9a UWG) jedenfalls unzulässige Einflussnahme auf die angesprochene Personengruppe vor. Ob auch ein kaufabhängiges Gewinnspiel für Kinder, das unter den Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 8 UWG fiele, eine unzulässige Geschäftspraktik iSd Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG bilden könnte, ist aus diesem Grund nicht weiter zu prüfen. Nicht gegen das Lauterkeitsrecht verstieße hingegen eine Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel, die vom Bezug der Hauptware völlig unabhängig wäre. Denn hier wäre zumindest im Regelfall nicht anzunehmen, dass davon eine entscheidende Kaufmotivation ausgeht. Ob ein solches kaufunabhängiges Spiel vorliegt, hängt von der Gestaltung der jeweiligen Werbung ab; es müsste sich daraus eine der Bestellung gleichwertige Möglichkeit zur Teilnahme ergeben (4 Ob 87/92 = ÖBl 1993, 24 - Welt des Wohnens; RIS-Justiz RS0079282). Maßgebend wäre wiederum das Verständnis der angesprochenen Kreise, hier das von Volksschulkindern.

1.2.4. Richtete sich die beanstandete Werbung ausschließlich an Kinder, lägen daher - unter Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 Satz 2 UWG - in irreführender Weise unvollständige Angaben über die eingegangene Verpflichtung und eine unzulässige Zugabe vor. Da die Kinder die geschäftliche Entscheidung nicht selbst treffen, sondern nach der Gestaltung der Werbung als Kaufmotivatoren für ihre Eltern wirken sollen, ist diese Vorgangsweise nach den oben (Punkt 1.2.) angestellten Erwägungen als eine die Eltern belästigende und damit aggressive Geschäftspraktik zu werten, die

geeignet ist, durchschnittlich informierte und verständige Eltern zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Der Tatbestand des § 1a UWG ist daher erfüllt.

1.3. Die Parallelprüfung nach altem Recht führt zum selben Ergebnis. Maßgebend für die Beurteilung der Irreführungseignung und der Zugabeneigenschaft war auch danach das Verständnis der angesprochenen Kreise (zur Irreführungseignung zuletzt etwa 4 Ob 177/07v = MR 2008, 111 - Das beste Wachstum); § 1 Abs 2 Satz 2 UWG idGF hat hier zu keiner Änderung der Rechtslage geführt. Ferner verstieß es auch schon gegen die guten Sitten iSv § 1 UWG idF vor der Novelle 2007, Kinder durch irreführende Angaben oder auf sonst unlautere Weise dazu zu veranlassen, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren. Denn aus dem Leitbild des Leistungswettbewerbs ließ sich auch nach altem Recht die Forderung ableiten, dass der einzelne Wettbewerber die freie Entschließung des Kunden nicht in einer Weise beeinträchtigen darf, die einen sachgerechten Vergleich der auf einem bestimmten Markt angebotenen Leistungen ausschließt (4 Ob 143/02m = ÖBl 2003, 171 - Igel-Real) oder zumindest grob behindert (vgl RIS-Justiz RS0077937). Das konnte auch durch den Einsatz von unlauter beeinflussten Kindern als Kaufmotivatoren erfolgen.

1.4. Aufgrund dieser Erwägungen ist Punkt a. der erstinstanzlichen Entscheidung im Kern zu bestätigen. Vom Verbot auszunehmen sind allerdings Gewinnspiele, die nach dem Erscheinungsbild der Ankündigung vom Erwerb der Ware völlig unabhängig sind. Insofern hat eine Teilabweisung zu erfolgen. Weiters ist der Spruch im Sinn des von der Klägerin ohnehin Gewollten dahin klarzustellen, dass an Kinder gerichtete Werbung nicht generell, sondern nur für den Fall der Irreführung oder des Anbietens nicht völlig kaufunabhängiger Gewinnspiele untersagt wird.

Allgemein gilt: Werden Kinder durch eine unter Berücksichtigung ihres Fassungsvermögens (§ 1 Abs 2 Satz 2 UWG) irreführende Geschäftspraktik oder sonst auf unlautere Weise dazu veranlasst, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidungen zu motivieren, die diese sonst nicht getroffen hätten, liegt darin im Regelfall eine die Eltern belästigende aggressive Geschäftspraktik iSv § 1a Abs 1 UWG.

2. Zu Punkt b. des Spruches (Anschrift)

2.1. Nach § 5c Abs 1 Z 1 KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung über Informationen zum Namen (Firma) und zur ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers verfügen. Diese Informationen müssen nach § 5c Abs 2 KSchG in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ erteilt werden. Die Beklagte bestreitet in der Revision nicht, dass die Angabe einer bloßen Postfachadresse dafür nicht ausreicht (4 Ob 175/03v = EvBl 2004/34). Sie vertritt jedoch die Auffassung, dass sie ihre Verpflichtung schon mit dem Hinweis auf ihren Internetauftritt erfüllt habe, von dem die Verbraucher die Information abrufen könnten.

2.2. Der auch hier erkennende Senat hat einen solchen Wechsel des Fernkommunikationsmittels für einen Vertragsabschluss über Telefon als unzulässig gewertet (4 Ob 92/03p = SZ 2003/52): ein solcher Wechsel verlange vom Verbraucher einen übermäßigen Aufwand; es könne nicht unterstellt werden, dass das andere Kommunikationsmittel allgemein verfügbar sei. Diese Entscheidung hat in der Lehre Zustimmung gefunden (Apathy in Schwimann ABGB3 V, § 5c KSchG Rz 10; Haberler, Rechtssicherheit im Mobile-Commerce? wbl 2003, 297, 301;

Kathrein in KBB2 § 5c KSchG Rz 1). Die von der Revision für ihre gegenteilige Auffassung zitierten Belegstellen (RV zum FernabsatzG 1999, 1998 BlgNR 20. GP 21; Krejci in Rummel3 §§ 5a - 5i KSchG Rz 15) sind im jeweiligen Zusammenhang dahin zu verstehen, dass das Zurverfügungstellen der Information über einen Internetauftritt ausreichen kann. Das wird insbesondere dann zutreffen, wenn der jeweilige Vertrag selbst über den Internetauftritt abgeschlossen wird; in diesem Fall kann dem Verbraucher grundsätzlich zugemutet werden, sich die Informationen von dort zu beschaffen. Mit dem in 4 Ob 92/03p erörterten „Medienbruch“ (Haberler und Kathrein aaO) setzen sich diese Auffassungen allerdings nicht auseinander.

2.3. Der Senat sieht keinen Anlass, von der 4 Ob 92/03p zugrunde liegenden Rechtsansicht abzugehen. Nach § 5c Abs 2 KSchG ist die Information in einer „dem verwendeten

Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise" zu erteilen. Dafür ist maßgebend, auf welche Weise der Vertrag geschlossen werden soll. Ist dafür - wie hier - ausschließlich der Postweg vorgesehen, so kann vom Verbraucher nicht verlangt werden, dass er sich die in § 5c Abs 1 Z 1 KSchG genannten Informationen zuvor über das Internet beschafft. Die Informationen müssen daher bereits in der auf den Vertragsabschluss gerichteten Papierwerbung enthalten sein.

2.4. Der Gesetzesverstoß der Beklagten läuft allgemeinen Verbraucherinteressen iSv § 28a KSchG zuwider, weil er den Kunden - in einem typischen Massengeschäft (4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981) - im Streitfall die Rechtsverfolgung dadurch erschwert, dass sie eine ladungsfähige Anschrift der Beklagten erst zeit- und kostenaufwändig ermitteln müssen (4 Ob 175/03v). Der Unterlassungsanspruch besteht daher schon auf dieser Grundlage zu Recht. Ob die Beklagte durch das beanstandete Verhalten auch einen Wettbewerbsvorteil erlangen konnte, ist aus diesem Grund ohne Bedeutung (4 Ob 175/03v). Dass das Urteilsbegehren und ihm folgend der Spruch des Erstgerichts die Wortfolge „zu Zwecken des Wettbewerbs" enthält, bedeutet in Wahrheit eine (formale) Einschränkung des nach § 28a KSchG unabhängig von einer Wettbewerbsabsicht bestehenden Unterlassungsanspruchs. Die Beklagte ist dadurch nicht beschwert.

3. Zu Punkt c. des Spruches (Rücktrittsrecht)

3.1. Nach § 5c Abs 1 Z 6 KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung über Informationen zum Bestehen eines Rücktrittsrechts verfügen. Die Beklagte vertritt dazu die Auffassung, dass das von ihr gewährte Kündigungsrecht und die Möglichkeit des Verzichts auf einzelne Pakete ohnehin über das nach dem Fernabsatzrecht zu gewährende Widerrufsrecht hinausgehe. Die insofern erteilten Informationen reichten daher aus; eine gesonderte Belehrung über das Rücktrittsrecht sei nicht erforderlich.

3.2. Das Rücktrittsrecht führt allerdings - anders als die nur für die Zukunft wirkende Kündigung oder der nur vor der jeweiligen Lieferung mögliche Verzicht auf ein bestimmtes Paket - zu einer Rückabwicklung des Vertrages (§ 5g KSchG). Dass die Übernahme der Rücksendungskosten durch den Verbraucher vereinbart gewesen wäre (§ 5g Abs 2 KSchG), hat die Beklagte (nach ihrem Prozessstandpunkt folgerichtig) nicht behauptet. Damit hat der Unterschied zwischen Kündigung und Rücktritt schon nach Zusendung der ersten „Überraschungs-Kiste" wirtschaftliche Bedeutung, und zwar zumal dann, wenn Eltern und Kinder den wahren Wert der „Überraschungen" erkennen. Um so mehr muss das gelten, wenn während einer nach § 5e Abs 3 KSchG verlängerten Rücktrittsfrist mehrere - nun deutlich teurere - Lieferungen erfolgen.

Das Fehlen der Information über das Rücktrittsrecht beeinträchtigt daher wiederum allgemeine Verbraucherinteressen; auf eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt es daher nicht an (oben 2.4.). Die Revision muss daher auch in diesem Punkt scheitern.

4. Ergebnis und Kosten

4.1. Aus den dargestellten Gründen ist das angefochtene Urteil in Bezug auf die Punkte b. und c. des Unterlassungsbegehrens und auf die - in der Revision inhaltlich nicht bekämpfte - Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu bestätigen. Auch zu Punkt a. des Unterlassungsbegehrens hat die Entscheidung der Vorinstanzen im Kern Bestand; lediglich das Verbot der Kinderwerbung mit Gewinnspielen ist auf nicht eindeutig kaufunabhängige Spiele zu beschränken.

4.2. Die Kostenentscheidung gründet sich für das Verfahren erster Instanz auf § 43 Abs 2 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren auf §§ 43 Abs 2, 50 Abs 1 ZPO. Die Klägerin hat das drei Punkte umfassende Unterlassungsbegehren mit 30.000 EUR und das Veröffentlichungsbegehren mit 6.000 EUR bewertet. Sie ist davon nur mit einem geringen Teil des Unterlassungsbegehrens unterlegen, der insgesamt nicht mehr als 5 % des Streitwerts ausmacht. Aus diesem Grund hat die Beklagte nach § 43 Abs 2 ZPO die gesamten Kosten zu ersetzen. Als Bemessungsgrundlage ist allerdings wegen des Unterliegens im Ausmaß von etwa 5 % nur ein Betrag von 34.200 EUR heranzuziehen. Der in erster Instanz geltend gemachte Kopieraufwand ist durch das Honorar für jene anwaltliche Leistung abgedeckt, mit der die Vorlage erfolgte (RIS-Justiz RS0122433).

Anmerkung*

I Das Problem

Die spätere Beklagte verlegte und vertrieb Bücher und Zeitschriften, insbesondere auch das „PonyClub–Magazin“. Im November 2006 ließ sie an Wiener Volksschulen einen Werbeprospekt für diesen „PonyClub“ verteilen, der sich in Aufmachung und Wortwahl zum weit überwiegenden Teil an Kinder richtete. Auf der Vorderseite befand sich unter der Überschrift „Hallo Pferdefan! Rubbel dir deine mega Überraschungskiste!“ eine Rubbelspiel. Neben der Ankündigung „der coolen Überraschungen“ befand sich einen Briefform dargestellter Text, der sich an die Eltern richtete, bei dem folgender Hinweis hervorgehoben war: „Auch wenn wir „Club“ heißen: Beim PonyClub besteht garantiert keine Abo–Verpflichtung! Zu Ihrer Sicherheit erfahren Sie immer vorab den Inhalt des nächsten Paketes – und können jederzeit auf ein Paket verzichten. Sie sehen, der PonyClub bietet Spaß ohne jedes Risiko! Schenken Sie Ihrem Kind diese Freude!“

In weiterer Folge befand sich in der Werbung noch eine „Garantie Information“ auf der Rückseite des Bestellscheins, der sich ebenfalls in seiner Diktion an Kinder richtete. Der Rückumschlag war als „Gewinn–Ticket“ ausgestaltet, wobei 111 mal 1 Profi–Pflegekoffer als Gewinn ausgelobt war. Als Anschrift für die Antwortsendung war auf dem Umschlag eine österreichische Postfachadresse angegeben. Eine andere Anschrift der Beklagten fand sich im Werbeschreiben nicht. Abgedruckt waren jedoch eine Telefonnummer und eine Internetadresse. Dort konnte die Anschrift der beklagten Partei auch tatsächlich ermittelt werden. Einen Hinweis auf ein Rücktrittsrecht enthielt das Werbeschreiben nicht.

Die spätere Klägerin, die Bundesarbeitskammer strengte eine sog. Verbandsklage nach § 28 KSchG an und beantragte ua der Beklagten derartige Werbung gegenüber Kindern, insbesondere Volksschulkindern, zu verbieten ebenso es zu unterlassen, gegenüber österreichischen Verbrauchern Verträge im Fernabsatz anzubieten bzw. abzuschließen, ohne die gesetzlichen Belehrungen über das Rücktrittsrecht vorzunehmen; schließlich des zu unterlassen, Verträge im Fernabsatz abzuschließen, ohne den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung, insbesondere vor Rücksenden des Bestellscheins, ihre geografische Anschrift offen zulegen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und verbot die an pferdebegeisterte Volksschulkinder gerichtete „Reklame“ als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG aF. Das Berufungsgericht bestätigte insgesamt die Entscheidung, wendete § 1 UWG in idF der UWG-Novelle 2007 an und qualifizierte das Verhalten der beklagten Partei als aggressive Geschäftspraktik nach § 1a Abs 1 UWG iVm Z 28 des Anhangs zum UWG.

Letztlich hatte sich das Höchstgericht – soweit ersichtlich – erstmals mit der Zulässigkeit von an Kinder gerichteter Werbung nach § 1a UWG iVm Z 28 des Anhangs zum UWG 2007 zu befassen.

II. Die Entscheidung des Gericht

Der OGH hielt fest, dass es sich bei der beanstandeten Werbung um eine aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG handelte. Die Werbung richtete sich nach Inhalt und Erscheinungsbild eindeutig an Kinder. Die Bestellung selbst, d.h. der „Beitritt“ zum „PonyClub“ musste zwar angesichts der Zielgruppe schon aus rechtlichen Gründen von den Eltern vorgenommen werden. Die Beklagte setzte aber in unzulässiger Weise Kinder als „Kaufmotivatoren“ ein: Sie sollten ihre Eltern veranlassen, eine bestimmte Kaufentscheidung zu treffen. Diese Werbemethode erfasst nunmehr Z 28 des Anhangs zum UWG, welche Bestimmung nicht nur auf unmittelbare Kaufaufforderungen an Kinder, sondern auch auf bloß auf mittelbare Werbebotschaften, wie der vorliegenden Art, anzuwenden wäre. Im gegenständlichen Fall traten zusätzliche unlautere Umstände hinzu, nämlich Preise zu verschleiern bzw. ein Gewinnspiel anzukündigen, so dass jedenfalls eine aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG vorlag.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Urteil ist von Bedeutung besonders wegen der lauterkeitsrechtlichen Ausführungen zur irreführenden bzw. aggressiven „Kinderwerbung“, zu der eine Rsp des Höchstgerichts bisher fehlte. Sie bringt zudem einige wichtige Klarstellungen zu den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten.

Bemerkenswert erscheinen gleichwohl die „pädagogischen Ausführungen“ der Höchststrichter. Deren zu Folge könne Eltern grundsätzlich zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch an sie gerichtete Werbung veranlasst oder verstärkt werden. An Kinder gerichtete Werbung ist daher – Z 28 des Anhangs zum UWG e contrario – nicht absolut unzulässig. Anderes gilt nur, wenn die Wünsche der Kinder durch ein irreführende Geschäftspraktik oder eine andere unlautere Handlung hervorgerufen werden. Der Belästigungseffekt – *nota bene* für die Eltern – liegt nämlich darin, sich nicht nur mit möglicherweise unvernünftigen Konsumwünschen ihre Kinder auseinander zu setzen, sondern auch durch die Werbung veranlasste Fehlvorstellungen zu widerlegen, was mit einem weit höheren zeitlichen und argumentativen Aufwand verbunden ist als das Gespräch über Konsumwünsche im Allgemeinen. Diese Belästigung sei auch spürbar. Schließlich resümieren die Höchststrichter: „Zwar wäre aus pädagogischer Sicht auch hier eine festere Haltung angebracht. Das ändere doch nichts an der Tatsache, dass gerade in solchen Fällen viele Eltern zur Vermeidung interfamiliären Konflikte der Werbung keinen Widerstand leisten werden.“ Unternehmen, die sich diesen Umstand zunutze machen, in den sie Kinder mit unlauteren Methoden bewerben, sind vom Schutz der Erziehungspflicht der Eltern nicht erfasst. Daher können sie sich zu Rechtfertigung ihres Verhaltens nicht auf ein aus normativer Sicht „maßstabgerechtes“ Verhalten der Eltern berufen.

Darüber hinaus nimmt der OGH zum Problem des sogenannten „Medienbruchs“ Stellung. Die beklagte Partei hat auf ihre deutlich angebrachte Internetadresse hingewiesen, wo auf der zugehörigen Website die ladungstaugliche Anschrift abgebildet gewesen ist. Die Höchststrichter halten einen derartigen Wechsel des Fernkommunikationsmittels neuerlich für unzulässig.¹ Ein solcher Wechsel verlange vom Verbraucher einen übermäßigen Aufwand ab. Es könnte nicht unterstellt werden, dass das andere Kommunikationsmittel (hier: Internet) allgemein verfügbar sei. Die entsprechenden Informationen sind daher nach § 5c Abs 1 KSchG unmittelbar bereit zu halten, im gegenständlichen Fall müssen sie daher bereits in der auf der Vertragsabschluss gerichteten Papierwerbung enthalten sein.

Schließlich können auch die Information über das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG nicht durch die von der Beklagten eingeräumten Kündigungs- und Verzichtsmöglichkeiten (auf Folgelieferungen) ersetzt werden, da das Rücktrittsrecht ja, anders als die von der Beklagten eingeräumten Instrumente, zu einer Rückabwicklung des Vertrages führt.

Ausblick: Abschließend ist die Kostenentscheidung kritisch zu würdigen. Im Anwendungsbereich des § 43 Abs 2 ZPO, der sogenannten *de minimis-Regel* schadet geringfügiges Unterliegen Kostenmäßig nicht. Dabei sind zwei Fälle streng voneinander zu unterscheiden. Nach bislang herrschender Meinung erfolgt eine Neufestsetzung der Bemessungsgrundlage bei geringfügigem Unterliegen, d.h. bis zu 10%, nur im Falle der Ausmittlung durch Sachverständigengutachten bzw. bei Anwendung richterlichen Ermessens. In den anderen Fällen ändert sich an der Bemessungsgrundlage der Anwaltskosten nichts. Davon macht die vorliegende Kostenentscheidung eine – wenig arbeitsökonomische – Ausnahme. Das geringfügige Unterliegen im Ausmaß von 5 % führte nämlich zu einer völligen Neuberechnung der Kosten, da auch die entsprechende Bemessungsgrundlage um 5% gekürzt wurde. Dies führte gegenständlich zu einem „Tarifsprung“, der eine Neuberechnung sämtlicher Verfahrenskosten erforderlich machte. Genau diese aufwändige Berechnung – *iudex non calculat* – möchte § 43 Abs. 2 Fall 1 ZPO gerade verhindern. Freilich, das schützt nicht vor Fleißaufgaben.

¹ OGH 29.4.2003, 4 Ob 92/03p, RdW 2003/479, 565 = *ecolex* 2003/271, 673 = JBI 2003, 933 = MR 2003, 339 = ÖBI-LS 2003/143, 229 = ÖBI-LS 2003/144, 229 = ÖBI 2003/82, 299 = SZ 2003/52 = KRES 1a/45.

IV. Zusammenfassung

Nach Auffassung der österreichischen Gerichte liegt eine aggressive Geschäftspraktik iS des § 1a Abs 1 UWG dann vor, wenn Kinder durch mit Mitteln, die in Bezug auf ihr Verfassungsvermögen unlauter sind, dazu veranlasst werden, auf ihre Eltern Druck für eine bestimmte Kaufentscheidung auszuüben. Der Vertrieb von Zeitschriften des „PonyClub“ an Volksschulkinder durch irreführende Werbung mit verschleierte Preisen und einem Gewinnspiel verletzt daher die lauterkeitsrechtlichen Interessen der Verbraucher.

Nach § 5c Abs 2 KSchG ist die (nach Abs 1 zu erteilende) Information in einer „dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise“ zu erteilen. Dafür ist maßgebend, auf welche Weise der Vertrag geschlossen werden soll. Ein sog. „Medienbruch“ erscheint nach nunmehr gefestigter Rsp nicht zu tolerieren.