



Fundstellen: ecolex 2010/22, 67 (*Schumacher*) = EvBl 2009/156 = wbl 2009/249, 574 = MR 2009, 258 = ÖBI-LS 2009/267, 248 = ÖBI-LS 2009/290, 252

1. Die Aufzählung jener Begriffe in § 26 MedienG, mit denen Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung ein Entgelt geleistet wird, in periodischen Medien unter den näher genannten Umständen als entgeltlich zu kennzeichnen sind, ist nicht abschließend.

2. Zur gesetzmäßigen Kennzeichnung können deshalb auch andere als die in § 26 MedienG aufgezählten Begriffe („Anzeige“ oder „Werbung“) verwendet werden, sofern diese für das angesprochene Publikum – legt man einen strengen Maßstab an – den selben Erklärungswert wie die vom Gesetz verwendeten Begriffe besitzen und damit ausreichend und zweifelsfrei auf die Entgeltlichkeit der Einschaltung hinweisen.

3. Die Kennzeichnung von Beiträgen und Berichten in periodischen Medien als solche, für deren Veröffentlichung ein Entgelt geleistet wird, durch den Begriff „Promotion“ stellt daher eine sonstige Unlauterkeit nach § 1 Abs 1 UWG dar.

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö*****, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei E***** GesmbH, *****, vertreten durch Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 70.000 EUR), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 4. März 2009, GZ 2 R 37/09x-20, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Feldkirch vom 13. Jänner 2009, GZ 8 Cg 212/08s-12, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung ihres Anspruchs auf Unterlassung der Veröffentlichung entgeltlicher Einschaltungen ohne entsprechende Kennzeichnung wird der beklagten Partei aufgetragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in periodischen Druckschriften, insbesondere der Tageszeitung "V*****", Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung sie ein Entgelt begehrt und/oder erhält, ohne Kennzeichnung als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung", "Werbung" oder einer diesen Begriffen vom angesprochenen Leserkreis als sinngleich aufgefassten Kennzeichnung zu verbreiten, insbesondere indem sie diese Ankündigungen, Empfehlungen, Berichte oder Beiträge lediglich mit dem Wort "Promotion" versieht oder bei mehreren bezahlten Ankündigungen, Empfehlungen, Berichten oder Beiträgen nicht jede dieser Ankündigungen, Empfehlungen, Berichte oder Beiträge als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" kennzeichnet, es sei denn, dass aufgrund der Gestaltung oder Anordnung der Ankündigungen, Empfehlungen, Beiträge oder Berichte Zweifel an deren Entgeltlichkeit auszuschließen sind.

Das darüber hinausgehende Begehren, der beklagten Partei die zuvor näher beschriebene Verbreitung von Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstigen Beiträgen und Berichten unter den zuvor genannten Umständen auch dann zu untersagen, wenn jede dieser Ankündigungen,

Empfehlungen, Berichte oder Beiträge mit einer den Begriffen "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" vom angesprochenen Leserkreis als sinnlich aufgefassten Bezeichnung gekennzeichnet ist, wird abgewiesen.

Die klagende Partei hat ihre Kosten vorläufig selbst zu tragen; die beklagte Partei hat ihre Kosten endgültig selbst zu tragen."

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen. Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen.

Begründung:

Die Klägerin, eine Stiftung öffentlichen Rechts, sendet österreichweit Fernseh- und Hörfunkprogramme und betreibt in allen Bundesländern Landesstudios. Die Beklagte ist Medieninhaberin der Tageszeitung "V*****", die über österreichische und internationale Nachrichten berichtet und einen Schwerpunkt in der regionalen Berichterstattung über Themen von lokalem Interesse besitzt. Die Zeitung der Beklagten vom 24. 10. 2008 enthielt im Marktteil einen Beitrag mit der Überschrift "Schrott und Metall bringen bares Geld - Traditionsbetrieb L***** - der verantwortungsvolle Recycler". Links daneben und von diesem Beitrag durch eine vertikale Linie getrennt befindet sich eine Veröffentlichung, die das genannte Unternehmen als "Big Player" im Wettbewerb "Austria's Leading Companies" näher vorstellt; am rechten unteren Rand dieses Beitrags im untersten Bereich der Trennlinie und um 90 Grad gegen den Uhrzeiger gegenüber dem übrigen Text verdreht befindet sich in kleiner Schrift der in Blockbuchstaben verfasste Hinweis "Anzeige". Am 17. 11. 2008 erschien in der Zeitung der Beklagten auf zwei ganzen Seiten ein Bericht über das neue Kopskraftwerk der Illwerke Feldkirch AG, am 18. 11. 2008 auf einer ganzen Seite mehrere Berichte zum Thema "Weinviertel im Herbst". In der Kopfzeile der genannten drei Seiten befindet sich jeweils rechts außen in Fettdruck und Blockbuchstaben der Hinweis "Promotion". Alle diese Veröffentlichungen unterscheiden sich in der grafischen Gestaltung des Textbilds kaum von redaktionellen Beiträgen; ihr Abdruck erfolgte jeweils im Auftrag und gegen Entgelt Dritter.

Die klagende Stiftung beehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in periodischen Druckschriften, insbesondere der Tageszeitung "V*****", Ankündigungen, Empfehlungen, sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung sie ein Entgelt beehrt und/oder erhält, ohne Kennzeichnung als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" zu verbreiten, es sei denn, dass aufgrund der Gestaltung oder Anordnung der Ankündigungen, Empfehlungen, Beiträge oder Berichte Zweifel an deren Entgeltlichkeit auszuschließen sind. Zur Sicherung dieses Klagebegehrens beantragte die Klägerin die Erlassung einer inhaltsgleichen einstweiligen Verfügung. Die Beklagte verstoße wiederholt gegen § 26 MedienG, indem sie entgeltliche Einschaltungen in ihrer Zeitung nicht als solche kennzeichne. Beispielhaft werde auf Geburtstagsgratulationen auf der Chronikseite der Ausgabe vom 14. 4. 2008 der "V*****" verwiesen. Dieser Verstoß führe Medienkonsumenten in die Irre und sei geeignet, eine erhebliche Nachfrageverlagerung auf dem Anzeigenmarkt herbeizuführen. Das Klagebegehren werde insbesondere auf § 1 UWG iVm § 26 MedienG bzw auf § 2 UWG iVm Z 11 des Anhangs zum UWG gestützt. Das Erstgericht wies diesen (ersten) Sicherungsantrag unbekämpft ab. Mit Schriftsatz vom 5. 12. 2008 beantragte die Klägerin, zur Sicherung ihres Anspruchs auf Unterlassung der Veröffentlichung entgeltlicher Einschaltungen ohne entsprechende Kennzeichnung der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in periodischen Druckschriften, insbesondere der Tageszeitung "V*****", Ankündigungen, Empfehlungen, sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung sie ein Entgelt beehrt und/oder erhält, ohne Kennzeichnung als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" zu verbreiten, insbesondere indem sie diese Ankündigungen, Empfehlungen, Berichte oder Beiträge lediglich mit dem Wort "Promotion" versieht oder bei mehreren bezahlten Ankündigungen, Empfehlungen, Berichten oder Beiträgen nicht jede dieser Ankündigungen, Empfehlungen, Berichte oder Beiträge

als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" kennzeichnet, es sei denn, dass aufgrund der Gestaltung oder Anordnung der Ankündigungen, Empfehlungen, Beiträge oder Berichte Zweifel an deren Entgeltlichkeit auszuschließen sind. Die Beklagte habe ua näher bezeichnete entgeltliche Beiträge in den Ausgaben ihrer Tageszeitung vom 24. 10. 2008 (Schrott und Metall), 17. 11. 2008 (Kraftwerk) und 18. 11. 2008 (Weinviertel im Herbst) nicht zweifelsfrei als solche gekennzeichnet.

Die Beklagte beantragte die Abweisung auch des zweiten Sicherungsantrags. Beim nunmehr erstatteten Vorbringen in der Hauptsache handle es sich um eine unzulässige Klageänderung, der entgegengetreten werde. Der zweite Sicherungsantrag sei formal unzulässig, weil er der Sicherung eines neuen Klagebegehrens diene, das nicht Gegenstand des Verfahrens sei. Inhaltlich wendete die Beklagte ein, die beanstandeten Beiträge seien entweder eindeutig werblich gestaltet und damit nicht kennzeichnungspflichtig, oder sie seien durch den Begriff "Promotion" ausreichend als entgeltliche Einschaltungen gekennzeichnet.

Das *Erstgericht* gab dem (zweiten) Sicherungsantrag statt. Die Klägerin habe gegenüber dem Vorbringen in der Klage neue Tatsachen vorgebracht, durch die aber keine Verzögerung des Verfahrens zu erwarten sei, weshalb die Klagsänderung zuzulassen sei. Der zweite Sicherungsantrag sei zulässig, weil ihm ein neuer Sachverhalt zugrunde liege. Keine Kennzeichnung gemäß § 26 MedienG sei dann notwendig, wenn das angesprochene Publikum den entgeltlichen Charakter bzw das Interesse eines bestimmten Unternehmens an einer Veröffentlichung zweifelsfrei erkennen könne. Dies sei beim Beitrag "Schrott und Metall" nicht der Fall. Zwar sei der in der linken Spalte veröffentlichte Beitrag mit "Anzeige" gekennzeichnet, doch fehle eine klare Kennzeichnung des Beitrags in der rechten Spalte; insofern liege ein Verstoß gegen § 26 MedienG vor. Auch die Kennzeichnung der Beiträge "Kraftwerk" und "Weinviertel im Herbst" reiche nicht aus, um die Entgeltlichkeit der beiden Beiträge erkennbar zu machen. "Promotion" sei ein zwar in der Fachsprache der Werbung und bei an Jugendliche gerichteter Werbung gebräuchlicher Anglizismus, nicht jedoch ein allgemein gebräuchlicher Begriff.

Das *Rekursgericht* bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Für die Zulässigkeit des zweiten Sicherungsantrags komme es nicht darauf an, ob es sich beim nunmehrigen Klagebegehren, das durch die einstweilige Verfügung gesichert werden solle, um eine Klagsänderung handle oder nicht. Selbst im Fall einer genehmigungspflichtigen Klagsänderung stehe der Bewilligung des Sicherungsantrags nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung über die Zulässigkeit der Klagsänderung noch nicht entschieden gewesen bzw keine Einwilligung der Beklagten hiezu vorgelegen sei. Zur Sicherung eines solchen Begehrens könne eine einstweilige Verfügung schon deshalb erlassen werden, weil einstweilige Verfügungen auch schon vor Einleitung eines Rechtsstreits zulässig seien. Umso mehr müsse es zulässig sein, einen durch Klagsänderung erhobenen Anspruch durch einstweilige Verfügung zu sichern. Der Beitrag "Schrott und Metall" besitze aus Sicht eines Durchschnittslesers redaktionellen Charakter. Gerade bei einer Regionalzeitung liege es nahe, dass sie über den "Erfolgskurs" eines lokalen Unternehmens auch ohne dafür geleistetes Entgelt berichte und dass sie gegebenenfalls auch die Kontaktdaten dieses Unternehmens nenne. Zwar sei der links daneben abgedruckte Beitrag als Anzeige bezeichnet, doch befinde sich zwischen dieser gekennzeichneten Werbung des Unternehmens und dem rechts davon abgedruckten Beitrag "Schrott und Metall" ein vertikaler Trennstrich, der dem maßgeblichen Durchschnittsleser den Eindruck vermittele, nur beim links davon abgedruckten Beitrag handle es sich um eine bezahlte Anzeige. Dass auch der rechts davon befindliche Beitrag "Schrott und Metall" gegen Entgelt abgedruckt worden sei, könne man nicht mit der nötigen Deutlichkeit erkennen, sodass auch dieser Artikel gesondert kennzeichnungspflichtig im Sinne des § 26 MedienG gewesen wäre. Die Beiträge "Kraftwerk" und "Weinviertel im Herbst" seien als "Promotion" gekennzeichnet, was nicht der taxativen Aufzählung zur Kennzeichnung entgeltlicher Beiträge in § 26 MedienG entspreche. Im Hinblick auf den klaren

Gesetzestext sei die Auslegung durch die Beklagte, auch andere als in § 26 MedienG genannte Begriffe könnten zur Kennzeichnung entgeltlicher Beiträge herangezogen werden, sofern diese Begriffe nur ausreichend aussagekräftig seien, unvertretbar. Das Unterlassungsgebot sei auch nicht zu weit, wenn es sich nicht auf die Tageszeitung der Beklagten, sondern auf periodische Druckschriften ganz allgemein beziehe. Eine allgemeinere Fassung des Unterlassungsgebots sei erforderlich, um dessen Umgehung nicht allzu leicht zu machen. Es sei notorisch, dass die Beklagte Medieninhaberin mehrerer periodisch erscheinender Druckschriften sei.

Der *Revisionsrekurs* ist zur Fortentwicklung der Rechtsprechung zu § 26 MedienG *zulässig*; das Rechtsmittel ist aber nur zum geringsten Teil *berechtigt*.

Die Beklagte macht geltend, nicht gegen § 26 MedienG verstoßen zu haben, weil der Beitrag "Schrott und Metall" vom Leser als Werbung erkannt werde und die Beiträge "Kraftwerk" und "Weinviertel im Herbst" als "Promotion" mit einem zulässigen Begriff zur Kenntlichmachung entgeltlicher Veröffentlichungen gekennzeichnet gewesen seien; die Aufzählung in § 26 MedienG sei nämlich bei verfassungskonformer Interpretation dieser Norm nicht taxativ. Auch habe die einstweilige Verfügung im Sinne des zweiten Sicherungsantrags deshalb nicht erlassen werden dürfen, weil sich die Beklagte im Hauptverfahren gegen eine Klagsänderung ausgesprochen habe und über deren Zulässigkeit noch nicht entschieden worden sei. Das Unterlassungsgebot sei auch zu weit gefasst, weil es nicht auf die Tageszeitung der Beklagten als Publikationsmedium der beanstandeten Beiträge beschränkt sei.

1.1. Vorauszuschicken ist, dass die Klägerin ihr Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm (hier: § 26 MedienG) als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung einer ausdrücklich missbilligten Geschäftspraktik gestützt hat. In diesem Fall kann die einstweilige Verfügung schon dann erlassen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden – einander nicht ausschließenden – Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist nicht erforderlich (4 Ob 113/08h = MR 2008, 261 [Burgstaller] = ÖBl 2009, 116 [Gamerith] - Medium T = RIS-Justiz RS0123913).

1.2. Richtig ist, dass § 26 MedienG und Z 11 Anhang UWG im Kern dieselben Gebote bzw Verbote enthalten, insoweit kann § 26 MedienG als von der RL-UGP gedeckt angesehen werden. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass bei Verwirklichung eines Tatbestands des Anhangs zum UWG ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 1 UWG nicht mehr zulässig sei (so aber Gamerith in seiner Entscheidungsanmerkung ÖBl 2009, 116), weil ja auch in anderen Fällen von Anspruchskonkurrenz, bei denen mehrere Tatbestände einen auf dieselbe Leistung gerichteten Anspruch desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner auslösen (vgl Koziol/Welser I13 36), keine bestimmte Reihenfolge bei der Anspruchsprüfung einzuhalten ist.

2.1. Gemäß § 26 MedienG müssen Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung ein Entgelt geleistet wird, in periodischen Medien als "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" gekennzeichnet sein, es sei denn, dass Zweifel über die Entgeltlichkeit durch Gestaltung oder Anordnung ausgeschlossen werden können.

2.2. Dass der - nicht als Anzeige gekennzeichnete - Beitrag "Schrott und Metall" aus Sicht des Durchschnittslesers des Publikationsmediums nicht zweifelsfrei als entgeltliche Veröffentlichung zu erkennen ist, haben die Vorinstanzen mit zutreffender Begründung erkannt. Sofern die Beklagte ihren gegenteiligen Standpunkt für vertretbar hält, ist sie auf die ausführliche Begründung in Punkt 3. der Entscheidung 4 Ob 113/08h = MR 2008, 261 [Burgstaller] = ÖBl 2009, 116 [Gamerith] - Medium T zu verweisen, der ein nahezu deckungsgleicher Sachverhalt zugrunde liegt (gekennzeichnete Anzeige eines Unternehmens unmittelbar neben einem redaktionell anmutenden ungekennzeichneten entgeltlichen Beitrag betreffend dasselbe Unternehmen).

3.1. Die Beklagte hält es für rechtlich zulässig, auf die Entgeltlichkeit von Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstigen Beiträgen und Berichten in periodischen Medien auch unter Verwendung anderer als der in § 26 MedienG angeführten Begriffe "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" (nämlich hier: "Promotion") hinzuweisen. Der Oberste Gerichtshof

hat diese Frage in der Entscheidung 4 Ob 129/90 ausdrücklich offen gelassen und sie auch sonst noch nicht beantwortet.

3.2. Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Stellungnahmen. Noll (in Berka/Höhne/Noll/Polley, MedienG² § 26 Rz 4; ders, Zur Kennzeichnung entgeltlicher Veröffentlichungen gemäß § 26 MedienG, MR 1999, 268, 269) hält eine "falsche" - weil von § 26 MedienG an sich nicht erlaubte - Kennzeichnung nur unter der Voraussetzung für zulässig, dass sie einen bestehenden Zweifel über die Entgeltlichkeit der Veröffentlichung beseitigt (ähnlich Swoboda, Das Recht der Presse², 283 in FN 634). Nach Anderl/Appl (in Wiebe/G.Kodek UWG § 2 Anhang Rz 127) ist ua der Zusatz "Promotion" in hinreichender Größe und Erkennbarkeit idR ausreichend. Brandstetter/Schmid (MedienG² § 26 Rz 7) halten demgegenüber die Verwendung einer vom Gesetzeswortlaut abweichenden Bezeichnung allgemein für unzureichend.

3.3. § 26 MedienG wurde aus der Erwägung eingeführt, dass das Leserpublikum redaktionellen Beiträgen ein größeres Vertrauen als Anzeigen entgegenbringe, weil diese offensichtlich den Interessen derer dienen, die dafür zahlen; das führe dazu, dass die Werbung mitunter bestrebt ist, Anzeigen den äußeren Schein redaktioneller Mitteilungen zu geben, um sich damit deren publizistisches Gewicht zu verschaffen (RIS-Justiz RS0067666). Zweck dieser Bestimmung ist es somit nicht, Leute vor dem Lesen bezahlter Einschaltungen zu bewahren, sondern vielmehr, eine Täuschung über die Interessenlage der Verfasser zu vermeiden (4 Ob 74/91). Ist daher die vom Gesetzgeber befürchtete Irreführung nicht zu befürchten, dann liegt kein Verstoß gegen § 26 MedienG vor (RIS-Justiz RS0067702).

3.4. Maßgebend ist somit, ob das angesprochene Publikum, an dessen Aufmerksamkeit, Erfahrung und Sachkunde ein Durchschnittsmaßstab anzulegen ist, den entgeltlichen Charakter einer Veröffentlichung zweifelsfrei erkennen kann (RIS-Justiz RS0067658; zuletzt etwa 4 Ob 113/08h = MR 2008, 261 [Burgstaller] = ÖBl 2009, 116 [Gamerith] - Medium T). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob Zweifel über die Entgeltlichkeit a) durch Gestaltung oder Anordnung der betreffenden Veröffentlichung ausgeschlossen werden können (in welchem Fall überhaupt keine Kennzeichnung iSd § 26 MedienG erforderlich ist), oder ob das Fehlen einer Täuschung über die Entgeltlichkeit b) auf die verbale Kennzeichnung als entgeltliche Veröffentlichung zurückzuführen ist. Im zweiten Fall muss es dann aber zur Vermeidung gleichheitswidriger Ergebnisse genügen, zur Kennzeichnung auch andere als die in § 26 MedienG aufgezählten Begriffe "Anzeige", "entgeltliche Einschaltung" oder "Werbung" zu verwenden, sofern diese für das angesprochene Publikum - legt man einen strengen Maßstab an - den selben Erklärungswert wie die vom Gesetz verwendeten Begriffe besitzen und damit ausreichend und zweifelsfrei auf die Entgeltlichkeit der Einschaltung hinweisen.

3.5. Zusammenfassend gilt: Die Aufzählung jener Begriffe in § 26 MedienG, mit denen Ankündigungen, Empfehlungen sowie sonstige Beiträge und Berichte, für deren Veröffentlichung ein Entgelt geleistet wird, in periodischen Medien unter den näher genannten Umständen als entgeltlich zu kennzeichnen sind, ist nicht taxativ. Zur gesetzmäßigen Kennzeichnung können deshalb auch andere als die in § 26 MedienG aufgezählten Begriffe verwendet werden, sofern diese für das angesprochene Publikum - legt man einen strengen Maßstab an - den selben Erklärungswert wie die vom Gesetz verwendeten Begriffe besitzen und damit ausreichend und zweifelsfrei auf die Entgeltlichkeit der Einschaltung hinweisen.

3.6. Der von der Beklagten zur Kennzeichnung zweier der beanstandeten Veröffentlichungen verwendete Begriff "Promotion" genügt diesen Anforderungen allerdings nicht. Er ist mehrdeutig, weil er ua einerseits - aus dem Lateinischen abgeleitet - für die Verleihung der Doktorwürde oder auch die Bauernumwandlung beim Schachspiel, andererseits - aus dem Englischen übernommen - für die allgemeine Vermarktung von Produkten (Marketing) oder auch die Verkaufsförderung im Besonderen steht. Trotz mittlerweile weitverbreiteter Kenntnisse von Grundbegriffen der englischen Sprache (vor allem in jüngeren urbanen Bevölkerungsschichten) kann jedenfalls nicht unterstellt werden, dass der Durchschnittsleser der auch im ländlichen Raum und bei älteren Lesern weit verbreiteten Tageszeitung der Beklagten - auf dessen Begriffsverständnis abzustellen ist - den weder alltäglichen, noch aus sich selbst heraus verständlichen, Begriff "Promotion" als Synonym für

"Anzeige" oder "bezahltes Inserat" auffasst. Der gegenteilige Standpunkt der Beklagten ist nicht vertretbar. Der von den Vorinstanzen angenommene Lauterkeitsverstoß durch Rechtsbruch liegt demnach in Ansehung aller drei genannten Beiträge vor.

4.1. Ungeachtet bislang fehlender Entscheidung des Erstgerichts im Hauptverfahren über die Zulässigkeit der Klagsänderung durften die Vorinstanzen den (zweiten) Sicherungsantrag meritorisch behandeln. Zu einer vergleichbaren prozessualen Situation und zum Verhältnis Hauptbegehren und Sicherungsantrag hat der Senat erst jüngst ausgeführt, dass sich der mit einer während eines Rechtsstreits zu erlassenden einstweiligen Verfügung zu sichernde Anspruch im Rahmen des mit der Klage erhobenen Anspruchs zu halten hat. Solches ist dann der Fall, wenn das Sicherungsbegehren das Klagebegehren weder quantitativ überschreitet noch qualitativ hiervon abweicht; die Ansprüche im Haupt- und Sicherungsverfahren müssen ihrer Art nach deckungsgleich sein. Unter dieser Bedingung steht der Bewilligung der einstweiligen Verfügung nicht entgegen, dass der Sicherungsantrag einen Anspruch betrifft, um den das Klagebegehren gemäß § 235 Abs 1 ZPO erweitert worden ist, und zur Zeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung über die Zulässigkeit der Klageänderung noch nicht entschieden worden ist (4 Ob 243/08a mwN).

4.2. Es ist daher die Frage nach der Deckung des Sicherungsantrags im (aktuellen) Hauptbegehren nach dessen von der Klägerin vorgetragene Wortlaut zu beurteilen. Hiezu ist festzuhalten, dass sich das nunmehr zu beurteilende (zweite) Sicherungsbegehren zwar auf einen neuen Sachverhalt stützt, sich aber quantitativ und qualitativ im Rahmen des bisher geltend gemachten Hauptanspruchs hält. Dessen Ergänzung um die beispielhafte Aufzählung bestimmter Formen des geltend gemachten Lauterkeitsverstoßes unter Verwendung der Wendung "insbesondere ..." fehlt zwar im Klagebegehren, verdeutlicht aber das dort beschriebene Verhalten, ohne es inhaltlich zu überschreiten. Über diesen Sicherungsantrag durfte daher schon vor einer Entscheidung im Hauptverfahren über die Klagsänderung meritorisch abgesprochen werden.

4.3. Der vorliegende Lauterkeitsverstoß führt zur Bestätigung des Unterlassungsgebots in seinem wesentlichen Kern; dieses war nur insoweit geringfügig einzuschränken, als die Verwendung einer Kennzeichnung, die vom angesprochenen Leserkreis als den in § 26 MedienG genannten Begriffen sinngleich aufgefasst wird, davon auszunehmen war.

4.4.1. Das Unterlassungsgebot hat sich immer am konkreten Wettbewerbsverstoß zu orientieren (RIS-Justiz RS0037607 [T34]); es ist daher auf die konkrete Verletzungshandlung sowie - um Umgehungen durch den Verpflichteten nicht allzu leicht zu machen (vgl RIS-Justiz RS0037607 und RS0037733) - auf ähnliche Fälle einzuengen (4 Ob 54/05b; 4 Ob 49/06v).

4.4.2. Die Beklagte bestreitet, Medieninhaberin noch anderer periodisch erscheinender Druckschriften als ihrer Tageszeitung zu sein. Die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt, ist das ganz allgemein auf periodische Druckschriften der Beklagten bezogene Unterlassungsgebot dennoch nicht zu weit, weil eine auf ein bestimmtes Publikationsmedium beschränkte Fassung des Exekutionstitels vom Verpflichteten allzu leicht umgangen werden könnte.

5. Der Ausspruch über die Kosten der Klägerin gründet sich auf § 393 Abs 1 EO, derjenige über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 40, 50 Abs 1, 52 ZPO. Die Einschränkung des geringfügig zu weit gefassten Sicherungsantrags fällt kostenmäßig nicht ins Gewicht.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der ORF klagte eine Tageszeitung, die Vorarlberger Nachrichten, auf Unterlassung wegen Verstoßes gegen § 1 UWG iVm § 26 MedienG, weil diese bezahlte Einschaltungen, nämlich drei Beiträge über „Schrott und Metall“, „Kraftwerk“ und „Weinviertel im Herbst“ als „Promotion“ bezeichnet hatte, obwohl es sich dabei um bezahlte Anzeigen von Unternehmen handelte.

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

Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag statt; das Rekursgericht bestätigte. Das Höchstgericht hatte letztlich die im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage zu behandeln, ob die in § 26 MedienG angeführten Begriffe eine taxative oder bloß demonstrative Aufzählung bilden?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der vom Höchstgericht konstatierte Lauterkeitsverstoß führte zur Bestätigung des Unterlassungsgebots in seinem wesentlichen Kern; dieses war nur insoweit geringfügig einzuschränken, als die Verwendung einer Kennzeichnung, die vom angesprochenen Leserkreis als den in § 26 MedienG genannten Begriffen sinngleich aufgefasst würde, davon auszunehmen war.

Der von der Beklagten zur Kennzeichnung zweier der beanstandeten Veröffentlichungen verwendete Begriff „Promotion“ genügte diesen Anforderungen, nämlich einen eindeutigen Hinweis auf die Entgeltlichkeit einer Einschaltung iS des § 26 MedienG zu machen, allerdings nicht. Er wäre mehrdeutig, weil er u.a. einerseits – aus dem Lateinischen abgeleitet – für die Verleihung der Doktorwürde oder auch die Bauernumwandlung beim Schachspiel, andererseits – aus dem Englischen übernommen – für die allgemeine Vermarktung von Produkten (Marketing) oder auch die Verkaufsförderung im Besonderen stünde. Trotz mittlerweile weit verbreiteter Kenntnisse von Grundbegriffen der englischen Sprache (vor allem in jüngeren urbanen Bevölkerungsschichten) könnte jedenfalls nicht unterstellt werden, dass der Durchschnittsleser der auch im ländlichen Raum und bei älteren Lesern weit verbreiteten Tageszeitung der Beklagten – auf dessen Begriffsverständnis abzustellen war – den weder alltäglichen, noch aus sich selbst heraus verständlichen, Begriff „Promotion“ als Synonym für „Anzeige“ oder „bezahltes Inserat“ auffasste. Der gegenteilige Standpunkt der Beklagten wäre nicht vertretbar.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung klärt zunächst die in der lauterkeitsrechtlichen Literatur¹ (auch nach der UWG-Nov 2007)² umstrittene Frage, ob die in § 26 MedienG angeführten Begriffe der „Anzeige“ und „Werbung“ zwingend zur Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt verwendet werden müssen iS einer erweiterten Begrifflichkeit.

Bemerkenswert erscheinen auch die Ausführungen des OGH zum Verhältnis zwischen dem Trennungsgebot nach § 26 MedienG und dem „Per se“-Verbot der Z 11 Anhang UWG. Beide Vorschriften enthalten im Kern dieselben Gebote bzw. Verbote, sodass insoweit § 26 MedienG als von der RL-UGP³ gedeckt angesehen werden kann. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass bei Verwirklichung eines Tatbestands des Anhangs zum UWG ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 1 UWG nicht mehr zulässig sei,⁴ weil ja auch in anderen Fällen von Anspruchskonkurrenz, bei denen mehrere Tatbestände einen auf dieselbe Leistung gerichteten Anspruch desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner auslösen, keine bestimmte Reihenfolge bei der Anspruchsprüfung einzuhalten ist. Dies führt mE zu einem von der durch die RL-UGP angestrebten Harmonisierung⁵ nicht gedeckten Ergebnis.

¹ Gegen abweichende Bezeichnungen *Brandstetter/Schmid*, MedienG² § 26 Rz 7; für die Zulässigkeit von z.B. „Promotion“ *Anderl/Appl* in *Wiebe/Kodek* (Hg) UWG § 2 Anhang Rz 127; differenziert *Noll* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, MedienG² § 26 Rz 4; *ders.*, Zur Kennzeichnung entgeltlicher Veröffentlichungen gemäß § 26 MedienG, MR 1999, 268, 269; ähnlich *Swoboda*, Das Recht der Presse², 283 in FN 634.

² Die Rsp vor der UWG-Nov hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen: OGH 9.10.1990, 4 Ob 129/90 – *Promotion I*, MR 1990, 237 = *ecolex* 1991, 107.

³ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABI Nr. L 149 vom 11.6.2005, 22

⁴ So aber *Gamerith*, Entscheidungsanmerkung ÖBI 2009, 116.

⁵ EuGH 14.1.2010, C-304/08 – *Plus Warenhandels GmbH*, EuZW 2010, 183 = RdW 2010/67, 65 = ÖBI-LS 2010/65, 62 (*Gamerith*) = MR 2009, 378 (*Heidinger*) = ZfRV-LS 2010/2, 16.

Schließlich besteht nach Ansicht der Höchststrichter ist die Besonderheit des Prüfungsschemas für die **Fallgruppe Rechtsbruch** darin, das Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung einer ausdrücklich missbilligten Geschäftspraktik zu stützen, so kann die einstweilige Verfügung schon dann erlassen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden – einander nicht ausschließenden – Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist nicht erforderlich.⁶

Nach der mit Spannung erwarteten⁷ und nunmehr wohl gefestigten Rsp⁸ zur Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Nov 2007 ergeben sich Änderungen in der Begründung, weniger im Ergebnis der nunmehr als unlauter zu beurteilenden Rechtsverstößen unter Mitbewerbern.

- Als **unvertretbarer Rechtsbruch** d.h. als unlauter, gilt daher die Verletzung jeder Norm, die geeignet ist, einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung zu verschaffen, der wiederum geeignet ist, zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung zu führen.
- Die **Vertretbarkeit** der Rechtsauffassung genügt (nach wie vor), da ein funktionierender Leistungswettbewerb nicht jeweils die strengste Auslegung verlangt.

Die "Spürbarkeit" durch eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung als Voraussetzung eines unlauteren Verhaltens nach § 1 UWG entspricht ihrem Wesen nach der für einen Verstoß gemäß § 2 UWG geforderten "Relevanz" der Irreführung infolge Beeinflussung eines nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise bei der näheren Angebotsprüfung.⁹

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der Gerichte ist zwar die Aufzählung der zur Kennzeichnungen entgeltlicher Einschaltungen dienenden Begriffe nach § 26 MedienG nicht vollständig, sodass auch ein singgleicher Ausdruck zu „Anzeige“ oder „Werbung“ genügen müsste. „Promotion“ reicht aber nicht aus, um dem werberechtlichen Trennungsgrundsatz zu entsprechen, da ein nicht unbedeutender Teil der Leser diesen Begriff nicht als Hinweis auf eine entgeltliche Werbeeinschaltung erkennen wird.

⁶ OGH 8.7.2008, 4 Ob 113/08h – *Medium T*, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = ÖJZ-LS 2008/37, 970 = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = wbl 2009/19, 45 = ÖBl-LS 2009/4/6/7/8, 14 = ÖBl-LS 2009/27, 17 = ÖBl 2009/21, 116 (*Gamerith*).

⁷ OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*); dazu *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; *Heidinger*, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503.

⁸ OGH 18.11.2008, 4 Ob 156/08g – *Stiftung Warentest*, wbl 2009/89, 206 = ecolex 2009/161, 423 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2009/86/87, 58; 12.5.2009, 4 Ob 55/09f – *Anstaltsordnung*, ÖBl-LS 2009/238, 217.

⁹ OGH 11.3.2008, 4 Ob 34/08s – *Trennungsgebot*, MR 2008, 166.