



Fundstellen: MR 2015,318 (*Korn*) = GRUR Int 2015,1150 = wbl 2015/244, 723 = VbR 2016/19, 30 = ecolex 2016/26, 62 (*Tonninger*) = Jus-Extra OGH-Z 5924 = ZIIR-Slg 2016/4 = ZIIR 2016, 92 (*Thiele*)

- 1. Die Verjährung einer Unterlassung nach dem UWG beginnt erst, wenn der das Gesetz verletzende Zustand aufhört. Insofern kommt der Abgrenzung zwischen Einzelhandlungen mit Fortwirkungen und einem die Verjährung hemmenden Dauerzustand wesentliche Bedeutung zu.**
- 2. Für das Vorliegen eines Dauerzustands iSv § 20 Abs 2 UWG ist es erforderlich, dass der Verletzer die Möglichkeit hat, den lauterkeitswidrigen Zustand abzustellen. Er haftet nach Maßgabe des § 18 UWG auch für die Eigenwerbung auf von Dritten betriebener Websites.**
- 3. Demzufolge stellt eine Zeitungsannonce eine klassische Einzelhandlung mit Fortwirkungen dar. Hingegen ist die gleiche Annonce auf der Website des Unternehmers ein typischer Dauerzustand. Solange sie dort aufscheint, kann angenommen werden, dass sie vom Willen des Unternehmers getragen wird.**
- 4. Die lauterkeitsrechtliche Haftung trifft den Unternehmer daher uneingeschränkt für die eigene Website oder bei Websites wie Facebook oder YouTube, wo der Benutzer den selbst eingestellten Inhalt jederzeit wieder löschen kann; bei einem fremden Online-Zeitungsarchiv aber lediglich dann, wenn es dem Inserenten möglich ist, die beanstandete Eigenwerbung zu ändern, zu korrigieren oder offline zu nehmen.**

Leitsatz verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** GmbH, *****, vertreten durch Gheneff - Rami - Sommer Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei M***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 35.000 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 30. März 2015, GZ 1 R 19/15v-11, mit dem die einstweilige Verfügung des Handelsgerichts Wien vom 23. Jänner 2015, GZ 39 Cg 66/14w-6, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst: Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben. Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin des periodischen Druckwerks „Heute“. Die Beklagte ist Medieninhaberin, Verlegerin und Vertreiberin des periodischen Druckwerks „Österreich“. Beide Streitparteien verkaufen Anzeigen, die in ihrer Tageszeitung veröffentlicht werden, weshalb Klägerin und Beklagte zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Die Medieninhaber aller wesentlichen österreichischen Tageszeitungen, somit auch die Streitparteien, sind Mitglieder des Vereins „Arbeitsgemeinschaft Media-Analysen“. Dieser misst regelmäßig

die Reichweite der Zeitungen seiner Mitglieder und veröffentlicht diese Statistik unter dem Titel „Media- Analyse“ (MA).

Am 27. 3. 2014 veröffentlichte die „Arbeitsgemeinschaft Media-Analysen“ ihre MA für den Zeitraum 1. 1. 2013 - 31. 12. 2013 (MA 2013), in der die Reichweiten der teilnehmenden Medien unter anderem mittels der Werte „Leser pro Ausgabe (LpA)“ sowie „Weitester Leserkreis (WLK)“ ermittelt wurden. Der Begriff WLK bemisst im hier relevanten Fall von Tageszeitungen jene Personenzahl, die in einem definierten Zeitintervall von 7 Tagen eine Ausgabe einer Zeitung gelesen oder durchgeblättert hat. Unter LpA versteht man die Wahrscheinlichkeit, Leser einer durchschnittlichen Ausgabe einer Zeitung im WLK-Zeitraum zu sein. In der Kategorie WLK erlangte „Österreich“ in der MA 2013 eine Reichweite von 23,1%, was in absoluten Zahlen 1.669.000 Lesern entspricht. In der Kategorie LpA erzielte „Österreich“ in der MA 2013 eine Reichweite von 10 % im Bundesgebiet und 24 % in Wien. Die Reichweite von „Heute“ bemaß sich im Bundesgebiet auf 13,8 % und in Wien auf 39,2 %. In der MA 2013 wurden die Reichweitenergebnisse des Jahres 2013 nicht isoliert betrachtet, sondern auch die Reichweitenänderungen der einzelnen Zeitungen im Vergleich zur MA 2012 eruiert und in sogenannten „Signifikanztabellen“ ausgewiesen. In der MA 2012 waren die Reichweiten von „Österreich“ und „Heute“ im Bundesgebiet bei 9,5 % bzw 13,9 % sowie in Wien bei 21,5 % bzw 42 % gelegen. Aus diesen Vergleichswerten ergab sich für die MA 2013 im Unterschied zur MA 2012 bundesweit für „Österreich“ ein nicht signifikanter Zuwachs von 0,5 % (= 39.000 Leser); im Bundesland Wien verzeichnete „Heute“ einen nicht signifikanten Verlust von 2,8 % (= 35.000 Leser).

Am 28. 3. 2014 bewarb die Beklagte in der Tageszeitung „Österreich“ dieselbe auf den Seiten 8 und 9 ganzflächig unter anderem mit folgendem Text:

- DANKE an bereits 1.699.000 Leser pro Woche (WLK) & 722.000 Leser pro Ausgabe**.*

Die Sternsymbole (*) und (**) verwiesen auf einen kleingedruckten Text, der sich auf Seite 8 direkt unter dem zuvor zitierten Untertitel befand und u.a. nachstehenden Inhalt aufwies: *

*-Weitester Leser-Kreis (WLK) der Leser innerhalb einer Woche laut MA 2013 für Tageszeitungen **LpA Leser pro Ausgabe*.*

- Wir legen im Jahr 2013 bundesweit 39.000 Leser zu, steigern unsere Reichweite - nicht signifikant - von bisher 9,5 auf 10,0 %.

- Damit hat ÖSTERREICH knapp 7 Jahre nach seiner Gründung die 10 %-Reichweiten-Marke erreicht.

- Damit hat ÖSTERREICH ein Wachstum, das immer mehr zur Erfolgs-Story wird.

- Unsere Reichweite steigt - nicht signifikant [das heißt innerhalb der Schwankungsbreite] - von 9,5 auf 10%. Das bedeutet ein - nicht signifikantes - Plus von 39.000 Lesern pro Ausgabe.

Damit ist der Beweis erbracht: Das ÖSTERREICH-Konzept der modernen, jungen Zeitung kommt immer besser an. Während andere vom Zeitungs-Sterben reden, ist ÖSTERREICH mit seinem Multi-Media-Konzept des qualitätsvollen Boulevards der 'Winner'.

- In Wien [...] haben alle großen Tageszeitungen 2013 teils massiv verloren. [...] Auch Heute - unser direkter Konkurrent am Gratis-Markt - musste ordentlich Federn lassen und verlor nicht signifikant.

Die Beklagte stellte ihre in der Ausgabe der Tageszeitung „Österreich“ vom 28. 3. 2014 auf den Seiten 8 und 9 veröffentlichte Eigenwerbung am selben Tag der „A***** GmbH“ zur Verfügung, die den Artikel - ebenfalls am selben Tag - in Form eines PDF-Dokuments unverändert auf der Website www.defacto.at veröffentlichte. Besagter Artikel ist dort nach wie vor für registrierte Kunden gegen Entgelt elektronisch einsehbar und downloadbar. Die Website www.defacto.at, die ein multimediales Online-Zeitungsarchiv mit Suchfunktion bietet, wird technisch von der A***** GmbH betrieben. Für den Inhalt der auf www.defacto.at abrufbaren Artikel ist jedoch nicht die A***** GmbH verantwortlich,

sondern das jeweilige Medienunternehmen, welches einen Text zur Veröffentlichung auf www.defacto.at zur Verfügung stellt. Dies war hinsichtlich des beanstandeten Artikels der Tageszeitung „Österreich“ vom 28. 3. 2014 die Beklagte.

Die Klägerin brachte mit bei Gericht am 7.10.2014 eingelangtem Schriftsatz Unterlassungsklage ein und beantragte zugleich zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr

1. Reichweitenänderungen zu behaupten, insbesondere Reichweitensteigerungen der Tageszeitung „Österreich“ oder Reichweitenverluste anderer Tageszeitungen, wenn diese Reichweitenänderungen gar nicht vorliegen und/oder gar nicht messbar sind, da sie innerhalb der statistischen Signifikanz (Schwankungsbreite) liegen, und

2. Reichweitenangaben unter dem wörtlichen und/oder sinngemäßen Begriff „Weitester Leserkreis“ (WLK) zu behaupten, insbesondere für die Tageszeitung „Österreich“, wenn dabei nicht gleichzeitig mit dem gleichen Auffälligkeitswert offengelegt wird, was unter dem „Weitesten Leserkreis“ (WLK) zu verstehen ist.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie stellte jede Irreführungseignung der beanstandeten Eigenwerbung in Abrede. Die Eigenwerbung habe sich an ein Fachpublikum gerichtet, das den Begriff „Signifikanz“ verstehe. Der „Weiteste Leserkreis“ sei in der Eigenwerbung zutreffend mit „Leser pro Woche“ beschrieben worden. Die Beklagte sei nicht Medieninhaberin der Website www.defacto.at, für diese nicht verantwortlich und damit nicht passivlegitimiert. Da die Beklagte die Website nicht beeinflussen könne, dürfe sich die Klägerin nicht auf § 20 Abs 2 UWG berufen; ihre Unterlassungsansprüche seien daher bereits nach § 20 Abs 1 UWG verjährt.

Das *Erstgericht* erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Eigenwerbung ziele auf keine Expertenleserschaft ab, und somit könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Publikum den Begriff „Signifikanz“ verstehe. Die Eigenwerbung vermittele insgesamt beim Durchschnittsleser und beim durchschnittlichen Anzeigenkunden das Bild, die Beklagte habe eindeutig und nachweislich an Lesern gewonnen und die Klägerin verloren. Zudem erkläre die Eigenwerbung nicht, was der Begriff „Weitester Leserkreis“ in Wahrheit bedeute. Die Eigenwerbung sei daher im Sinne beider Spruchpunkte irreführend (§ 2 UWG). Die Beklagte habe die Eigenwerbung erstellt, somit den „content“; sie sei für diesen inhaltlich verantwortlich und insoweit als Medieninhaberin anzusehen, sodass sie für die Unterlassungsansprüche passivlegitimiert sei. Da die Eigenwerbung nach wie vor auf der Website www.defacto.at abrufbar sei, sei nach § 20 Abs 2 UWG noch nicht Verjährung der Unterlassungsansprüche eingetreten.

Das *Rekursgericht* hob den Beschluss des Erstgerichts auf und trug ihm die neuerliche Beschlussfassung nach Verfahrensergänzung auf. Zudem sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu der für die Anwendung des § 20 Abs 2 UWG relevanten Abgrenzung der Einzelhandlung mit Dauerfolgen von der Dauerhandlung zulässig sei. Das Rekursgericht bejahte die Irreführungseignung der beanstandeten Geschäftspraktik. In der Eigenwerbung werde zwar nominell angegeben, dass gewisse Veränderungen *nicht signifikant* seien, gleichzeitig würden aber die Veränderungen als tatsächlich geschehen hingestellt. Dies sei irreführend. Dasselbe treffe auf die Verwendung der Begriffe *Weitester Leserkreis* bzw *Leser pro Woche* zu, da nicht erklärt werde, dass es für diese Kategorie ausreiche, innerhalb einer Woche eine Ausgabe der jeweiligen Zeitung gelesen oder durchgeblättert zu haben. Die Nichtdurchführung des

Bescheinigungsverfahrens zum rechtlich relevanten Themenbereich, ob die Beklagte die Möglichkeit habe, die Inhalte der Website www.defacto.at (die beanstandete Eigenwerbung) zu ändern, zu korrigieren oder offline zu nehmen, sei aber ein Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung führen müsse. Sollte die Beklagte nämlich - wie sie behauptet - nicht über diese Möglichkeit verfügen, so wäre die Erstellung der Eigenwerbung samt Übergabe an die A***** GmbH eine Einzelhandlung mit Dauerwirkung und keine Dauerhandlung, sodass § 20 Abs 2 UWG nicht zur Anwendung käme und daher bereits Verjährung nach § 20 Abs 1 UWG vorläge.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Klägerin mit dem Antrag, die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederherzustellen. Die Beklagte beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung des OGH

Der *Rekurs* ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund *zulässig*; er ist aber *nicht berechtigt*.

1. Die unbekämpft gebliebenen Ausführungen des Rekursgerichts über die Irreführungseignung der beanstandeten Geschäftspraktik sind zutreffend. Es wird daher auf dessen Begründung verwiesen (§ 510 Abs 3 ZPO iVm § 528a ZPO).

2. Nach § 20 Abs 1 UWG beträgt die Verjährungsfrist für Unterlassungsansprüche nach dem UWG sechs Monate ab Kenntnisnahme von der Gesetzesverletzung und der Person des Verpflichteten. Nach § 20 Abs 2 UWG bleibt, solange ein gesetzwidriger Zustand fortbestehen, der Anspruch auf seine Beseitigung (§ 15) und auf Unterlassung der Gesetzesverletzung gewahrt.

3. Die Verjährung eines Unterlassungsanspruchs nach dem UWG beginnt erst, wenn der das Gesetz verletzende Zustand aufhört (RIS-Justiz RS0079953). Zuletzt hat der Senat auch ausgesprochen, dass bei einer Einzelhandlung für die Verjährung deren Abschluss auch dann maßgebend ist, wenn der Eingriff noch Fortwirkungen zeitigt (4 Ob 15/10z), und dass ein beim Adressaten durch eine Äußerung oder die Übergabe von Unterlagen entstandener Eindruck keinen gesetzwidrigen, die Verjährung gemäß § 20 Abs 2 UWG hemmenden Dauerzustand begründet (4 Ob 54/11m). Ältere Entscheidungen hatten folgende Sachverhalte beurteilt: Das unlautere An- bzw Abwerben von Kunden für ein Tenniscamp ist ein *dadurch geschaffener Dauerzustand* (4 Ob 10/02b); das gilt auch für die „Blockierung“ (genauer: Registrierhaltung) einer Domain (4 Ob 158/00i).

4. Zur Abgrenzung zwischen Einzelhandlungen mit Fortwirkungen und einem die Verjährung hemmenden Dauerzustand fehlt Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. In der (deutschen) Literatur werden dazu folgende Meinungen vertreten:

Köhler (in *Köhler/Bornkamm*, UWG³³ § 11 Rz 1.23) differenziert danach, ob der Verletzer jeweils neu aktiv tätig wird oder nicht. Nach *Toussaint* (in *Teplitzky/Peifer/Leistner*, UWG Großkommentar², § 11 Rz 51) ist die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob die andauernde Störung noch vom Verletzer (durch aktives Tun) beeinflusst wird oder (durch ein Unterlassen) beeinflusst werden kann. (so auch *Büscher* in *Fezer*, UWG II, § 11 Rz 26; *Ernst* in *Ullmann*, UWG, § 11 Rz 19). Zur Begründung berufen sich die Autoren zumeist auf eine Entscheidung des Oberlandesgericht Köln (NJOZ 2008, 2387), die diese Abgrenzung vornimmt, aber nicht näher begründet.

5. Unter den Begriff der *Dauerhandlung* bzw des *Dauerzustands* fallen nicht nur Handlungen längerer Dauer, sondern auch Sachverhalte, die sich in eine Handlung (etwa Registrierung der Homepage - 4 Ob 158/00i; Registrierung einer Firma - BGH I ZR 25/01 = GRUR 2003, 448) und eine daran anschließende Unterlassung (etwa Verweigerung der Löschung der Domain;

Löschung der Firma) gliedern lassen. Auch die Einzelhandlung mit Fortwirkungen kann nun aber als Handlung (Übergabe der Unterlagen - 4 Ob 54/11m) und anschließende Unterlassung (Nichtaufklärung über den Fehler) gesehen werden. Der Unterschied besteht darin, dass in der ersten Fallgruppe die *Störungsursache* willentlich aufrecht erhalten wird (vgl *Neu*, Die Verjährung der gesetzlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, GRUR 1985, 335 [338; 341 f]; *Rogge*, Zur Frage von Unterlassungsansprüchen gemäß § 21 UWG, GRUR 1963, 345 [347]; *Messer* in FS *Helm* [2002], Neue Rechtsfragen zur Verjährung des wettbewerblichen Unterlassungs- und Schadenersatzanspruchs, 111 [118, 120]), während dies in der zweiten Fallgruppe (nur) für deren *Folgen* gilt.

6. Eine Zeitungsannonce ist damit eine klassische Einzelhandlung mit Fortwirkungen (*Büscher* in *Fezer*, UWG II, § 11 Rz 26; *Ernst* in *Ullmann*, UWG, § 11 Rz 19; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG³³ § 11 Rz 1.23): Dass sie noch Tage oder gar Wochen nach ihrem Erscheinen einem Leser in die Hände fällt, mag zwar vom Willen des Verletzers getragen sein; die Existenz der Störungsquelle selbst (Zeitung) kann er aber nicht willentlich aufrecht erhalten. Hingegen ist die gleiche Annonce auf der Website des Unternehmers ein typischer Dauerzustand (vgl *Schulz*, Die neuen Verjährungsvorschriften des UWG, WRP 2005, 274 [278]; OLG Köln, NJOZ 2008, 2387): So lange sie dort aufscheint, kann angenommen werden, dass sie vom Willen des Unternehmers getragen wird.

7. Diese Annahme ist jedenfalls in Bezug auf die eigene Website des Unternehmers oder bei Websites wie *Facebook* oder *YouTube* zutreffend, wo der Benutzer den selbst eingestellten Inhalt jederzeit wieder löschen kann. Wird die Website jedoch von einem Dritten betrieben, ohne dass der Verletzer eingesandte Inhalte wieder entfernen (lassen) kann, wird es - wie schon das Rekursgericht erkannt hat - darauf ankommen, ob der Verletzer auf den Dritten Einfluss nehmen kann (vgl auch RIS-Justiz RS0079628; RS0079799; RS0079809), also darauf, ob er eine entsprechende (rechtliche) Einflussmöglichkeit hat (vgl 4 Ob 15/10z).

8. Die dagegen von der Rekurswerberin erhobenen Einwände überzeugen nicht: Richtig ist zwar, dass der Unterlassungsanspruch nach §§ 1 und 2 UWG kein Verschulden voraussetzt (RIS-Justiz RS0078183) und dass derjenige, der durch einen Gesetzesverstoß einen Störungszustand geschaffen hat, grundsätzlich weiter stört, solange dieser Zustand nicht beseitigt ist (RIS-Justiz RS0079560). Die Nichtbeseitigung der Störquelle muss aber mit der Fortsetzung der Verletzungshandlung gleichlautend sein, dh ihrem Wesen nach vergleichbare Unlauterkeitselemente aufweisen (vgl RIS-Justiz RS0079549). Zudem wurde bereits ausgesprochen, dass die Beseitigung der Störquelle nur gefordert werden kann, wenn dem Verpflichteten die Verfügungsmacht darüber zusteht (4 Ob 34/91; 4 Ob 79/95).

Hingegen ist bei der Einzelhandlung mit Dauerfolgen die Nichtbeseitigung der Störquelle von der Begehung von weiteren Verletzungshandlungen wesensmäßig verschieden. Für die verjährungsrelevante Unterscheidung zwischen Dauerzustand und Einzelhandlung mit Folgewirkung ist demnach nicht das Verschulden, sondern die Gleichartigkeit der Nichtbeseitigung mit der Begehung weiterer Verletzungen - was die Möglichkeit der Einflussnahme voraussetzt - relevant. Kann die Beklagte nach Einstellung der Werbung ins Internet darauf in der Folge keinen Einfluss mehr nehmen, wäre der vorliegende Sachverhalt - vergleichbar dem Publizieren eines Druckwerks, das in eine Bibliothek eingestellt wird - als Einzelhandlung mit Fortwirkungen und nicht als Dauerzustand iSv § 20 Abs 2 UWG zu qualifizieren.

9. Daran vermag auch die von der Rekurswerberin ins Treffen geführte Entscheidung 4 Ob 26/09s nichts zu ändern: Entgegen ihrer Lesart wurde dort die Notwendigkeit eines *contrarius actus* für die Beendigung des lauterkeitsrechtswidrigen Zustands nicht verneint, sondern offen gelassen, weil der Beklagte sein Bonussystem ohnehin noch bis in den sechsmonatigen Zeitraum des § 20 Abs 1 UWG hinein fortbetrieben hatte.

10. Der weitere Einwand, die deutsche Rechtslage sei mit der österreichischen insoweit nicht vergleichbar, als es nach § 11 dUWG nur auf das Entstehen des Anspruchs ankomme, ist zu entgegnen, dass auch in Deutschland die Abgrenzung zwischen einer Einzelhandlung mit Fortwirkung und einer Dauerhandlung für die Frage der Verjährung relevant ist. Eine Dauerhandlung wird - ebenso wie in Österreich (RIS-Justiz RS0079953) - als Grund für eine Anlaufshemmung der Verjährung gesehen („die Verjährung kann nicht beginnen, solange der Eingriff noch fort dauert“ - Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG³³ § 11 Rz 1.21; Toussaint in Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG Großkommentar², § 11 Rz 51; BGH I ZR 25/01 = GRUR 2003, 448). Die Rechtslage ist daher durchaus vergleichbar.

11. Zuletzt versagt auch das Argument der Rekurswerberin, die Beklagte hafte jedenfalls als Medieninhaberin für das Verhalten der Betreiber von www.defacto.at. Denn entgegen der Rekursbehauptung folgte auch die Entscheidung 4 Ob 16/91 der ständigen Rechtsprechung, wonach für das Verhalten Dritter nur zu haften ist, wenn eine rechtliche Möglichkeit zur Einflussnahme besteht (RIS-Justiz RS0079628; RS0079799; RS0079809). Konkret wurde in der genannten Entscheidung die Haftung der Medieninhaberin deswegen ausgesprochen, weil sie der Verlegerin das Einlegen des beanstandeten Prospekts in die von dieser vertriebenen Zeitschriften nicht verweigert hat.

12. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es für das Vorliegen eines Dauerzustands iSv § 20 Abs 2 UWG erforderlich ist, dass der Verletzer die Möglichkeit hat, den lauterkeitswidrigen Zustand abzustellen. Dies setzt im Anlassfall voraus, dass es der Beklagten möglich sein muss, die sie betreffenden Inhalte der Website www.defacto.at (die beanstandete Eigenwerbung) zu ändern, zu korrigieren oder offline zu nehmen.

13. Dem Rekurs der Klägerin war daher nicht Folge zu geben.

14. Der Kostenvorbehalt beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 52 Abs 1 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der vorliegende Fall stammt einmal mehr aus dem "Zeitungskrieg" zwischen HEUTE und ÖSTERREICH. In seiner rechtlichen Dimension reicht er aber weit über diese mediale Randerscheinung hinaus. Die beklagte Medieninhaberin der Gratiszeitung "ÖSTERREICH" veröffentlichte eine (klar) irreführende Eigenwerbung auf der – nicht von ihr betriebenen – Website eines Online-Zeitungsarchivs, nämlich dem der APA-DeFacto Datenbank & Contentmanagement GmbH unter <http://www.defacto.at>. Dabei handelt es sich nach Eigendefinition der zur Austria Presse Agentur gehörigen GmbH um die Betreiberin der größten Mediendatenbank Österreichs, die ein umfangreiches Monitoring- und Analyse-Portfolio anbot.

Die Medieninhaberin der konkurrierenden Gratiszeitung "HEUTE" klagte "ÖSTERREICH" auf Unterlassung wegen Verstoßes gegen § 2 UWG und stellte einen entsprechenden Sicherungsantrag. Die nach wie vor gegebene Abrufbarkeit im Online-Zeitungsarchiv unter www.defacto.at wäre der Beklagten nach § 18 UWG zurechenbar. Die Beklagte bestritt dies und wandte u.a. Verjährung ein, da die entsprechende PDF-Datei mit der beanstandeten Werbung bereits mehr als 6 Monate vor Klagserhebung dem Archiv übermittelt worden wäre. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Da die lauterkeitswidrige Eigenwerbung nach wie vor auf der Website des Zeitungsarchivs abrufbar wäre, wäre noch keine Verjährung der Unterlassungsansprüche nach § 20 Abs 2 UWG eingetreten. Das

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

Rekursgericht hob diese Entscheidung mit der Begründung auf, das Erstgericht hätte nicht geprüft, ob eine "Einzelhandlung mit Dauerwirkung" mit der Konsequenz der Verjährung oder eine unverjährte Dauerhandlung vorliegen würde. Der OGH hatte sich daher mit der Frage der Verjährung (louterkeitsrechtlicher) Unterlassungsansprüche gegenüber Online-Archiven zu befassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Höchstgericht gab dem Rechtsmittel Klägerin nicht Folge. Er sprach aus, dass die in § 20 Abs 2 UWG vorgesehene sechsmonatige Verjährungsfrist für Unterlassungsansprüche gehemmt wird, solange der das Gesetz verletzende Zustand anhält. Dabei käme es darauf an, ob der Verletzer die Möglichkeit hatte, den louterkeitswidrigen Zustand abzustellen. Eine Zeitungsannonce ist etwa eine klassische Einzelhandlung mit Fortwirkungen: Dass sie noch Tage oder gar Wochen nach ihrem Erscheinen einem Leser in die Hände fällt, mag zwar vom Willen des Verletzers getragen sein; die Existenz der Störungsquelle selbst (Zeitung) kann er aber nicht willentlich aufrecht erhalten. Hingegen ist die gleiche Annonce auf der Website des Unternehmens ein typischer Dauerzustand: So lange sie dort aufscheint, kann angenommen werden, dass sie vom Willen des Unternehmers getragen wird. Im vorliegenden Fall kam es daher darauf an, ob es der Beklagten möglich war und ist, die sie betreffenden Inhalte der – von einem Dritten betriebenen – Archiv-Website zu ändern, zu korrigieren oder offline zu nehmen. Dies wird das Erstgericht noch zu prüfen haben, sodass die Zurückverweisung des Rekursgerichts in die I. Instanz bestätigt wurde.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Der vorliegenden Entscheidung ist in Ergebnis und Begründung beizupflichten. Sie steht mit der bisherigen Rsp durchaus im Einklang und nimmt die für Neue Medien notwendigen technischen Parameter nicht nur zur Kenntnis, sondern ordnet ihnen auch die gebührende Bedeutung zu. So besteht eine unlautere Ankündigung so lange fort, als Ankündigungsblätter bei Zwischenhändlern belassen werden, weil diese Ankündigungen so lange wirksam bleiben, wie sie von den Zwischenhändlern *bestimmungsgemäß* verwendet werden, urteilte der OGH schon in der Zwischenkriegszeit.¹ Nicht anders verhält es sich mit der unlauteren Eigenwerbung eines Unternehmens auf Facebook- oder YouTube-Seiten, die von ihm mit Inhalt "beliefert" werden.

Darüber hinaus ist die vom OGH vorgenommene Unterscheidung zwischen Dauerzustand und Einzelhandlungen mit Fortwirkungen mE generell für privatrechtliche Unterlassungsansprüche gegen "Dauerzustände" **grundsätzlich** zu beachten. Gerade iZm **Domainstreitigkeiten** enthalten die Ausführungen des 4. Senats Beachtliches:

Es ist notorisch, dass das Registrierhalten einer Domain kein einmaliger (historischer) Zustand ist, sondern ein ständiger (aktueller) Vorgang. Die bei der Domainanmeldung bekannt gegebenen und eingerichteten zwei Domain-Name-Server müssen nämlich ständig funktionstüchtig bleiben, um die zugewiesene Domain verfügbar, d.h. funktionstüchtig zB als Adresse im WWW, zu halten. Die Anmeldung bzw. das erstmalige Einrichten einer Internet-Domain stellt also keine Einzelhandlung mit Folgewirkung dar, sondern begründet einen Dauerzustand. Völlig zutreffend hält der 4. Senat das für die "Blockierung" (genauer: Registrierhaltung) einer Domain fest.² Das gilt auch für das sog. "Forwarding einer Domain",

¹ OGH 6.3.1934, JBl 1934, 194 = PBl 1934, 126.

² OGH 22.9.2015, 4 Ob 85/15a (Weitester Leserkreis) = GRUR Int 2015, 1150; unter Zitierung von 17.8.2000, 4 Ob 158/00i (gewinn.at) = MR 2000, 322 = RdW 2001/32, 21 = wbl 2000/386, 579 = ÖJZ-LSK 2001/8 = ecolx 2001/53, 128 (Schanda) = EvBl 2001/20 = ÖBl-LS 2001/9/17/19 = ÖBl 2001, 26 (Schramböck) = ARD 5193/25/2001

d.h. die Nutzung einer Domain als Internetadresse, um eine Website zu beherbergen, deren Inhalt mit dem einer anderen gängigen Website desselben Domaininhabers identisch ist, die unter einem anderen Domain-Namen zugänglich ist.³ Der OGH hält daher zutreffend fest, dass unter einem Dauerzustand bzw. den Begriff der *Dauerhandlung* nicht nur Handlungen längerer Dauer fallen, sondern auch Sachverhalte, die sich in eine Handlung, wie die Adressierung der Homepage⁴ und eine daran anschließende Unterlassung (etwa Verweigerung der Weiterleitung) gliedern lassen.⁵ In diesem Fall ist ganz wesentlich, dass die Störungsursache willentlich aufrecht erhalten wird und zwar durch ein aktives Tun.

Ausblick: Ein Ausgang des nunmehr im 2. Rechtsgang befindlichen Provisorialverfahrens ist schwer zu prognostizieren. Allerdings dürfte den zwischen der APA-DeFacto Datenbank & Contentmanagement GmbH und der Beklagten abgeschlossenen Vertrages "über die Einlieferung von Content" erhebliche Bedeutung zu kommen. In einem durchaus vergleichbaren Fall hat der 6. Senat einen sehr strengen Standard gesetzt. Die rechtliche und tatsächliche Einflussnahme der Beklagten auf den zur Änderung berechtigten Dritten – etwa durch Entzug der ihm davor übertragenen Rechte – muss geradezu aussichtslos erscheinen, um eine Haftung der Beklagten verneinen zu können. Bedenkt man, dass ÖSTERREICH wohl entsprechende Leistungs- oder Urheberrechte an der als PDF-Datei übermittelten Eigenwerbung haben dürfte, ist ein Rechteentzug durchaus praktikabel.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es für das Vorliegen eines Dauerzustands iSv § 20 Abs 2 UWG und damit für eine Haftung nach § 2 iVm § 18 UWG erforderlich ist, dass der Verletzer die Möglichkeit hat, den lauterkeitswidrigen Zustand abzustellen. Dies setzt für eine Eigenwerbung im Online-Zeitungsarchiv voraus, dass es dem beklagten Unternehmen möglich sein muss, die in betreffenden Inhalte der beanstandete Eigenwerbung zu ändern, zu korrigieren oder offline zu nehmen.

³ Vgl. EuGH 11.7.2013, C-657/11 (www.bestlasersorter.com) = wbl 2013/181, 512 (*Thiele*) = jusIT 2013/77, 166 (*Thiele*) = RdW 2013/463, 467 = ZIR 2013, 373.

⁴ ZB unter der Adresse "www.gewinn.at" Gewinnspiele im Internet anbieten (so der Sachverhalt zu OGH 17.8.2000, 4 Ob 158/00i [[gewinn.at](http://www.gewinn.at)] = MR 2000, 322).

⁵ OGH 22.9.2015, 4 Ob 85/15a (Weitester Leserkreis) Rz 5 = wbl 2015/244, 723.