

**1. Enthält eine Zeitungsseite neben entgeltlichen Einschaltungen auch redaktionelle Beiträge, dann ist eine Kennzeichnung der einzelnen Veröffentlichungen zur Unterscheidung redaktioneller Beiträge von bezahlten Einschaltungen gemäß § 26 MedienG erforderlich.**

**2. Ob entgeltliche Einschaltungen als solche gekennzeichnet werden müssen, hängt davon ab, ob Zweifel über die Entgeltlichkeit durch Gestaltung oder Anordnung ausgeschlossen werden können. Die Frage, wann durch "Gestaltung der Anordnung" einer Anzeige Zweifel über die Entgeltlichkeit ausgeschlossen werden, kann nur nach den Umständen des Einzelfalles beantwortet werden. Maßgebend ist dabei, ob das angesprochene Publikum, an dessen Aufmerksamkeit, Erfahrung und Sachkunde ein Durchschnittsmaßstab anzulegen ist, den entgeltlichen Charakter einer Veröffentlichung zweifelsfrei erkennen kann.**

**3. Ob die Kennzeichnung der im § 26 MedienG genannten Einschaltungen als Werbung deutlich ist, kann immer nur auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Da es der Gesetzgeber unterlassen hat, das Deutlichkeitsgebot näher zu umschreiben, ist es der Rechtsprechung verwehrt, eine einzige von mehreren möglichen Kennzeichnungsformen für verbindlich zu erklären; angesichts der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten kann daher der Beklagte nicht geboten werden, die Kennzeichnung nur mit den für den redaktionellen Teil verwendeten Lettern oder in "Normalgröße" vorzunehmen. Eine Kennzeichnung in "unauffälligem Kleinstdruck" oder an einer der entgeltlichen, aber als redaktioneller Beitrag erscheinenden Einschaltung nicht zuzuordnenden Stelle reicht jedenfalls nicht aus.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Dr. Johannes H\*\*\*\*\*, 2. Dr. Michael K\*\*\*\*\*, 3. Dr. Franz H\*\*\*\*\*, 4. Dr. Georg M\*\*\*\*\*, 5. Dr. Peter B\*\*\*\*\*, alle Rechtsanwälte, Linz, Marienstraße 4, alle vertreten durch die fünftklagende Partei, gegen die beklagte Partei Z\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Metzler, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 34.340 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 23. Oktober 2002, GZ 1 R 162/02b-9, den

### **Beschluss**

gefasst: Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

### **Begründung:**

Ob entgeltliche Einschaltungen als solche gekennzeichnet werden müssen, hängt davon ab, ob Zweifel über die Entgeltlichkeit durch Gestaltung oder Anordnung ausgeschlossen werden können. Dabei ist entscheidend, ob das angesprochene Publikum - an dessen

Aufmerksamkeit, Erfahrung und Fachkunde ein Durchschnittsmaßstab anzulegen ist - den entgeltlichen Charakter einer Veröffentlichung zweifelsfrei erkennen kann. Dabei ist in die Beurteilung das gesamte Erscheinungsbild der Druckschrift einzubeziehen, in der die Einschaltung erfolgt. Sind redaktioneller Teil und Inseratenteil nicht getrennt und werden auch in redaktionellen Beiträgen die Vorzüge bestimmter Waren oder Dienstleistungen herausgestrichen, dann müssen entgeltliche Einschaltungen schon dann als entgeltlich gekennzeichnet werden, wenn sie nach ihrem Inhalt und ihrer Gestaltung nicht deutlich von den redaktionellen Beiträgen unterschieden sind (stRsp MR 1994, 81 - Singer-Werbung mwN; MR 1997, 161 - Smokebusters) und ihrem Inhalt nach (auch) als redaktionelle Beiträge verstanden werden können (MR 1999, 188 - Zementindustrie mwN; EvBl 2001/74 = MR 2000, 388 = ÖBl 2001, 75 - Ja! Natürlich.).

Eine Wettbewerbsmaßnahme so zu tarnen, dass sie als solche dem Umworbenen nicht erkennbar wird, ist als Verstoß gegen § 26 MedienG und damit auch als sittenwidrig iSd § 1 UWG zu beurteilen (MR 1999, 188 - Zementindustrie mwN). Die Prüfung, ob die Kennzeichnung der im § 26 MedienG genannten Einschaltungen als Werbung deutlich ist, kann ebenso wie die Frage, wann durch "Ausgestaltung oder Anordnung" einer Anzeige Zweifel über die Entgeltlichkeit ausgeschlossen werden, immer nur auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles beurteilt werden (MR 1999, 188 - Zementindustrie mwN). Eine Kennzeichnung als Werbung in "unauffälligem Kleinstdruck" (MR 1991, 75) oder an einer der entgeltlichen, aber als redaktioneller Beitrag erscheinenden Einschaltung nicht zuzuordnenden Stelle (MR 1991, 209) reicht aber nicht aus.

Die Bejahung des Verstoßes gegen § 26 MedienG im vorliegenden Einzelfall durch das Rekursgericht entspricht dieser ständigen Rechtsprechung und dem von ihr vorgegebenen strengen Maßstab bei der Prüfung, ob jegliche Zweifel über die Entgeltlichkeit ausgeschlossen sind (MR 1999, 188 - Zementindustrie mwN).

Dass die in der beanstandeten Beilage "ChefINFO SPEZIAL" enthaltenen Beiträge zum Themenkreis Steuer und Recht - zum Teil - von namentlich genannten (Gast-)Autoren verfasst worden sind, nimmt ihnen für sich allein noch nicht den äußeren Schein einer von der Redaktion verantworteten Berichterstattung, die höhere Glaubwürdigkeit besitzt als Werbung; Schutzzweck der verletzten Norm ist ja nicht, dass der Leser den Verfasser eines Beitrags, sondern dessen Entgeltlichkeit erkennen können soll. Die Beiträge besitzen aber auch deshalb publizistischen Charakter, weil am Beginn der Beilage damit geworben wird, dass ChefINFO eine Auswahl bester Spezialisten vorstellt (S. 47).

Demgegenüber tritt die (an versteckter Stelle im Impressum auf S. 98 enthaltene) Inserentenliste völlig in den Hintergrund. Der Revisionsrekurs war daher wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO als unzulässig zurückzuweisen.

## ***Anmerkung***<sup>\*</sup>

### **I. Das Problem**

Eine bekanntermaßen streitbare Linzer Anwaltskanzlei (vgl. OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a – *LAW I*, ÖBl 1997, 123 = RdW 1997, 16 m Anm *Hallas*, RdW 1997, 1 = wbl 1997, 37; 20.10.1998, 4 Ob 189/98t – *LAW II*, ÖBl 1999, 91 = RdW 1999, 76) entdeckten in einer an Führungskräfte gerichteten und von Mitgliedern der Freien Berufe gestaltete Beilage mit der Bezeichnung „ChefINFO SPEZIAL“ Schleichwerbung, m.a.W. entgegen der medienrechtlichen Trennungsvorschrift des § 26 MedienG wurde der redaktionelle Inhalt vom

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

werblichen Text nicht deutlich genug unterschieden. Gestützt auf § 1 UWG iVm der besagten Ordnungsvorschrift brachten die Kläger einen Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung ein.

## II. Die Entscheidung des Gerichtes

Der OGH bestätigte die Einstweilige Verfügung und hielt unter Berufung auf die reichhaltige Vorjudikatur fest, eine Wettbewerbsmaßnahme so zu tarnen, dass sie als solche dem Umworbenen nicht erkennbar wird, war als Verstoß gegen § 26 MedienG und damit auch als sittenwidrig iSd § 1 UWG zu beurteilen.

Schutzzweck der genannten Bestimmung ist, dem Leser die Möglichkeit zu geben, die Entgeltlichkeit des Beitrages zu erkennen, da Werbung eine geringere Glaubwürdigkeit besitzt als journalistische Berichterstattung. Der an versteckter Stelle im Impressum enthaltene Hinweis auf die „Sponsorenschaft“ des beanstandeten Beitrages vermag die Rechtswidrigkeit des Verstoßes gegen das publizistische Trennungsgebot nicht zu beseitigen.

## III. Würdigung

Die vorliegende E bietet Gelegenheit sich mit den dogmatischen Grundlagen des wettbewerbsrechtlichen Trennungsgebotes zu beschäftigen. Der Grundsatz der **Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt** wird einerseits von dem im Medien- und Rundfunkbereich hergeleiteten Verbot der Schleichwerbung sowie dem wettbewerbsrechtlichen Verbot irreführender Werbung getragen. Sedes materiae sind die §§ 1, 2 UWG; § 26 MedienG; §§ 13, 14 und 17 RFG sowie § 38 PrTV-G idF des ORF-G, BGBl I 2001/83 (näher zur „magna charta“ der rundfunkrechtlichen Werbeanforderungen *Boesch*, Neues im Recht der Fernsehwerbung, MR 2001, 271, 275, 292). Kommerzielle Veröffentlichungen (zu Zwecken des Wettbewerbs) in Presse, Fernsehen und Hörfunk müssen ihren werbenden Charakter eindeutig erkennen lassen:

- Klare Trennung der werblichen Inhalte vom redaktionellen Angebot durch entsprechende Kennzeichnung ( Verbot redaktionell gestalteter Anzeigen; sog. Offenkundigkeitsprinzip);
- Verbot redaktioneller Produkthinweise außerhalb des Informationszwecks;
- Verbot der redaktionellen oder wissenschaftlichen Tarnung von Produktempfehlungen (z.B. Warentest, der den Anschein von „Wahrhaftigkeit“ vorspiegelt, tatsächlich aber vom Hersteller des als „sehr empfehlenswert“ bewerteten Produktes durchgeführt und bezahlt worden ist).

Die Verletzung dieser Grundsätze macht die Veröffentlichung auch wettbewerbsrechtlich unzulässig, weil der Verkehr einem redaktionellen Beitrag größere Bedeutung und Beachtung beimisst als entsprechenden, als Werbung gekennzeichneten oder als solche erkennbaren Angaben des Werbenden selbst (siehe *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup>, § 24 Rz 58; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup>, § 1 UWG Rz 30; *Köhler/Piper*, UWG<sup>2</sup>, § 1 Rdn 40 mwN).

Die Pflicht zu offenkundiger Trennung von redaktionellem Inhalt und Werbung besteht nach **§ 26 MedienG** bloß für Veröffentlichungen, für die ein **Entgelt** geleistet wird. Unentgeltliche redaktionelle Hinweise und Zugaben, mittels der ein bezahltes (und als solches gekennzeichnetes Inserat) durch eine redaktionelle Berichterstattung unterstützt wird, unterliegen im Umkehrschluss nicht der Kennzeichnungspflicht (in diesem Sinn schon vor Jahren *Schuhmacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983), 225 f; nunmehr bestätigt durch OGH 14.11.2000, 4 Ob 219/00k – „*Ja! Natürlich*“, wbl 2001/125, 188 mwN). Das medienrechtliche Trennungsgebot erfährt noch eine weitere Einschränkung: Bereits an anderer Stelle hat der OGH (28.9.1993, 4 Ob 93/93 – *Top News*, wbl 1994, 282) festgehalten ,

dass angesichts der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten eine bestimmte Kennzeichnung nicht vorgeschrieben werden kann. Das bedeutet, dass im Einzelfall – trotz Missachtung des Trennungsgebotes – die Irreführungseignung durch aufklärende Zusätze wieder beseitigt werden kann. Ob derartige Zusätze ausreichen oder nicht, ist eine Rechtsfrage des Einzelfalles.

Schwierigkeiten wirft die Anwendung des medienrechtlichen Trennungsgebotes schließlich im Internet und seinen Diensten auf, da kein „Medium“ iSd § 1 MedienG vorliegt (eingehend dazu bereits *Thiele*, *Werberechtliches Trennungsgebot im Internet* [2001], abrufbar unter <http://www.eurolawyer.at> - online seit 16.12.2001).

Dem medienrechtlichen Trennungsgebot entspricht ein **lauterkeitsrechtliches Trennungsgebot**, das vielfach erst **subsidiär** zum Zug kommt und aus den allgemeinen Irreführungstatbeständen der §§ 1, 2 UWG abgeleitet wird (Zutreffend *Aicher*, Wettbewerbsrechtliche Einführung in das Recht der Werbung, in *Aicher* (Hrsg), *Das Recht der Werbung* (1984), 215, 233 ff mwH). Ihm wird die Verpflichtung zur deutlichen Kenntlichmachung von Werbebeiträgen, die Untersagung der Einflussnahme werblichen Interessen auf das Programm und damit das Verbot sogenannter „redaktioneller Werbung“ als Ausfluss der „Sonderausprägung des Irreführungsverbot“ bzw. wettbewerbsrechtliche Informationspflichten entnommen (*Koppensteiner*, aaO § 24 Rz 5, 50ff).

Dogmatischer Ausgangspunkt ist dabei die **Fallgruppe „Rechtsbruch“ des § 1 UWG**. Nach der neueren ständigen Rechtsprechung des OGH verstößt gegen § 1 UWG, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Bei einer solchen unlauteren Veränderung der wettbewerblichen Ausgangslage zugunsten des Verletzers kommt es nicht darauf an, ob die übertretene Norm an sich wettbewerbsregelnden Charakter hat; entscheidend ist vielmehr die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbes (*aA* BGH 13.7.1989, I ZR 160/87 - *Impressumpflicht*, MDR 1990, 129 = GRUR 1989, 830, 831 f). Missachtet also ein Wettbewerber eine Vorschrift, die seine gesetzestreuen Mitbewerber befolgen, dann verschafft er sich gegenüber diesen einen ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb, wenn der Verstoß geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu seinen Gunsten zu beeinflussen (OGH 7.7.1992, 4 Ob 59/92 - *Offenlegung*, *ecolex* 1992, 784 = MR 1992, 171 = ÖBl 1992, 203 = wbl 1992, 412). Dabei ist die Frage ob das festgestellte Ausmaß der Wettbewerbsabsicht im Verhältnis zu einem oder mehreren Motiven für die beanstandete Handlung ausreicht, diese insgesamt als eine „Wettbewerbshandlung“ zu beurteilen, eine vom OGH (21.11.1978, 4 Ob 353/78, ÖBl 1979,70) überprüfbare - damit reversible - Rechtsfrage (oder gemischte Frage).

#### **IV. Zusammenfassung**

Nach inzwischen st Rsp begründen Verstöße gegen die werbe- bzw. presserechtliche Kennzeichnungspflicht des § 26 MedienG stets zugleich eine Sittenwidrigkeit iSv § 1 UWG. Nichts anderes kann mE auch für den Verstoß gegen das werberechtliche Trennungsgebot nach den einschlägigen Rundfunkgesetzen bzw. § 6 ECG gelten.