

# TE OGH 2011/3/23 40b233/10h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.03.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Zöchbauer Frauenberger, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Gheneff-Rami-Sommer Rechtsanwälte KG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 50.000 EUR), über die außerordentlichen Revisionsrekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 17. November 2010, GZ 3 R 55/10w-10, womit die einstweilige Verfügung des Handelsgerichts Wien vom 26. April 2010, GZ 30 Cg 70/10m-6, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird teilweise, dem Revisionsrekurs der beklagten Partei zur Gänze Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung zu lauten hat:

„Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird der beklagten Partei bis zur Rechtskraft des über diesen Teil des Unterlassungsbegehrens ergehenden Urteils verboten, im geschäftlichen Verkehr unter Berufung auf die von der ÖAK veröffentlichten Daten zu behaupten und/oder die Behauptung zu verbreiten, „H\*\*\*\*\*“ wäre die mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs, wenn und insoweit in der Auflagenliste der ÖAK in der Meldekategorie „Tageszeitung-Gratis“ ausschließlich „H\*\*\*\*\*“ ausgewiesen ist, und/oder sinngleich irreführende Behauptungen aufzustellen und/oder zu verbreiten.

Das Mehrbegehren, der beklagten Partei mittels einstweiliger Verfügung zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr unter Berufung auf von der ÖAK veröffentlichte Daten

a) die vorher angeführte und/oder sinngleich irreführende Behauptungen aufzustellen und/oder zu verbreiten, wenn „H\*\*\*\*\*“ nicht österreichweit erscheint;

b) zu behaupten und/oder die Behauptung zu verbreiten, „H\*\*\*\*\*“ reihe sich im „Gesamt-Ranking“ laut ÖAK souverän auf Platz 2 ein, und/oder sinngleiche Äußerungen zu tätigen, wenn und insoweit die ÖAK ein derartiges „Gesamt-Ranking“ nicht ausweist, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 995,95 EUR (darin 166,66 EUR USt) bestimmten anteiligen Kosten der Äußerung zum Sicherungsantrag binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei 2.637,81 EUR (darin 208,26 EUR USt und 1.388,25 EUR

Barauslagen) an Rekurskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die Kosten ihrer Rekursbeantwortung hat die klagende Partei zu einem Viertel vorläufig, zu drei Viertel aber endgültig selbst zu tragen.

Die Kosten ihres Revisionsrekurses hat die klagende Partei zu einem Drittel vorläufig und zu zwei Drittel endgültig selbst zu tragen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.072,44 EUR bestimmten Revisionsrekurskosten (darin 139,74 EUR USt und 1.234 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der Tageszeitung „Ö\*\*\*\*“, die in Österreich bundesweit täglich von Montag bis Sonntag erscheint. In einigen Ballungszentren wird sie von Montag bis Freitag als Gratisauflage verteilt.

Die Beklagte ist Medieninhaberin der Tageszeitung „H\*\*\*\*“, die von Montag bis Freitag nur in Wien sowie in einigen Ballungszentren in Niederösterreich und Oberösterreich, insbesondere in U-Bahnstationen und über Verteilboxen gratis verteilt wird.

In der Ausgabe ihrer Tageszeitung „H\*\*\*\*“ vom 24. Februar 2010 berichtete die Beklagte unter Berufung auf vom Verein „Österreichische Gesellschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern/Österreichische Auflagenkontrolle“ (in der Folge ÖAK) veröffentlichte Druckauflagezahlen über die Position ihres Blattes auf dem Zeitungsmarkt wie folgt:



Unabhängige Prüfer bestätigen den Aufwärtstrend  
**HEUTE auf Erfolgskurs**

- Mit 506.486 Exemplaren Druckauflage ist „Heute“ mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs
- Im Gesamt-Ranking reihen wir uns laut ÖAK erneut souverän auf Platz 2 hinter der „Kronen Zeitung“ ein

Dieser schöne Erfolg von „Heute“ ist Ihnen zu verdanken, liebe Leser! Am Dienstag veröffentlichte die „Österreichische Auflagenkontrolle“ (kurz: ÖAK) die neuesten Auflagenzahlen und Ihre Lieblings-Gratis-Tageszeitung kann im sechsten Jahr ihres Bestehens den Erfolgskurs eindrucksvoll fortsetzen. Das sind die harten Fakten (ÖAK, 2. Halbjahr 2009), die vor allem für die Werbewirtschaft wichtig sind:  
● „Heute“ erscheint von Montag bis Freitag in einer Druckauflage von 506.486 Stück.

Stärker ist nur die „Kronen Zeitung“ mit einer Druckauflage von 928.740 Stück (Montag bis Samstag).  
● „Österreich“ kommt auf

Auflage in allen drei Bundesländern erhöht  
340.866 gedruckte Exemplare (Mo bis Sa).  
„Heute“ konnte sowohl in Wien als auch in Nieder- und Oberösterreich seine Auflage stark steigern. Herausgeberin Dr. Eva Di-

chand zeigte sich hochoffiziell: „Wir sind stolz darauf, die mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs zu sein. Unsere Anstrengungen haben sich gelohnt, jetzt freuen wir uns schon auf die Zahlen der Media Analyse.“

Starke Storys, starke Auflage: „Heute“ ist größte Gratis-Tageszeitung Österreichs

Beide Parteien sind Mitglieder der ÖAK. Diese publiziert regelmäßig die hier von ihren Mitgliedern gemeldeten Auflagezahlen von Printmedien. Sie führt die Zeitung der Klägerin in der Kategorie „Tageszeitungen-Kauf“. Die Tageszeitung der Beklagten „H\*\*\*\*“ ist die einzige Tageszeitung, die in der Kategorie „Tageszeitungen-Gratis“ geführt wird.

Es gibt folgende Meldekategorien: „Tageszeitungen-Kauf (Montag bis Samstag)“ - hier werden die Durchschnittsauflage jedes einzelnen Werktags sowie als Zusammenfassung die Durchschnittsauflage aller Werktage gemeldet - „Sonntag/Feiertagszeitungen-Kauf“, „Wochenzeitungen-Kauf“, „Tageszeitungen-Gratis“ und „Sonn-/Feiertagszeitungen-Gratis“. Ein Mehrfachausweis von Exemplaren in mehreren Meldekategorien ist unzulässig.

Die „K\*\*\*\*“ und „Ö\*\*\*\*“ werden in der Kategorie „Tageszeitungen-Kauf“ ausgewiesen. In der Auflagenliste zweites Halbjahr 2009 wird der Durchschnittswert der Druckauflage von Montag bis Samstag für „Ö\*\*\*\*“ mit 340.866 sowie von Montag bis Freitag mit 370.960 angegeben. In der Kategorie „Tageszeitungen-Gratis“ wird nur „H\*\*\*\*“ ausgewiesen. Die ÖAK weist kein „Gesamt-Ranking“ aus.

Die durchschnittliche Druckauflage der Gratis-Tageszeitung „H\*\*\*\*“ von Montag bis Freitag wurde von der ÖAK mit 506.486 Stück veröffentlicht. Die durchschnittliche Druckauflage der „K\*\*\*\*“ von Montag bis Samstag wurde von der ÖAK mit 528.740 Stück angegeben. Für „H\*\*\*\*“ ist die zweithöchste durchschnittliche Druckauflagezahl ausgewiesen;

als nächstes dahinter liegen die für die Tageszeitung „Ö\*\*\*\*\*“ veröffentlichten Druckauflagezahlen.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragte die Klägerin, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr unter Berufung auf von der ÖAK veröffentlichte Daten die Behauptung zu verbieten, „H\*\*\*\*\*“ reihe sich im „Gesamt-Ranking“ laut ÖAK souverän auf Platz 2 ein und/oder sinnliche Äußerungen, wenn und insoweit die ÖAK ein derartiges „Gesamt-Ranking“ nicht ausweise sowie die Behauptung, „H\*\*\*\*\*“ wäre die mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs, wenn und insoweit in der Auflagenliste der ÖAK in der Meldekategorie „Tageszeitungen-Gratis“ ausschließlich „H\*\*\*\*\*“ ausgewiesen sei und/oder „H\*\*\*\*\*“ nicht österreichweit erscheine. Die ÖAK-Zahlen von „H\*\*\*\*\*“ und von „Ö\*\*\*\*\*“ seien nicht vergleichbar. „H\*\*\*\*\*“ sei eine Gratiszeitung, „Ö\*\*\*\*\*“ hingegen eine Kaufzeitung. Deshalb erschienen beide Zeitungen in verschiedenen Kategorien der ÖAK. Die beanstandeten Äußerungen seien in mehrfacher Weise irreführend. Die Beklagte suggeriere, dass die ÖAK selbst die Zahlen sämtlicher gemeldeten Titel für vergleichbar erachte und demnach ein „Gesamt-Ranking“ erstelle. Dies sei jedoch unrichtig. Die Beklagte beanspruche damit eine von der ÖAK bestätigte und ausgewiesene Position, die in dieser Form nicht existiere. Weiters suggeriere sie, dass es mehrere von der ÖAK ausgewiesene „Gratis-Tageszeitungen“ gebe, unter denen sie die mit Abstand größte wäre. Dies sei gleichfalls unrichtig, eine derartige Spitzenstellung bestehe nicht, weil nur eine einzige Zeitung in der Kategorie „Gratis-Tageszeitung“ ausgewiesen sei. Die „mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs“ könne nur eine solche sein, die österreichweit erscheine. „H\*\*\*\*\*“ erscheine jedoch ausschließlich in Wien und in einigen Ballungszentren in Niederösterreich und Oberösterreich.

Die Beklagte wendete ein, durch die beanstandete Äußerung werde nicht der Eindruck erweckt, sämtliche Titel der ÖAK würden miteinander verglichen, sondern lediglich die im Artikel aufgelisteten Tageszeitungen. „H\*\*\*\*\*“ sei auch unter Einbeziehung der nicht in der ÖAK ausgewiesenen Zeitungen die größte „Tages-Gratiszeitung“ Österreichs.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die beanstandete Behauptung sei irreführend, weil „H\*\*\*\*\*“ die einzige Zeitung sei, die in der Kategorie „Gratis-Tageszeitung“ angeführt werde, und daher kein Abstand zu etwaigen Mitbewerbern in dieser Kategorie bestehen könne. Die ÖAK unterscheide verschiedene Kategorien von Tageszeitungen (Kauf- und Gratiszeitungen). Die jeweiligen Auflagezahlen seien daher nur innerhalb dieser Gruppen vergleichbar. Jede andere Interpretation nehme den Zahlen der ÖAK die Aussagekraft, weil nicht klar wäre, ob Gleichartiges oder Ungleichartiges miteinander verglichen würde. Dasselbe gelte für Medien, die österreichweit erschienen und solche, bei denen dies nicht der Fall sei. Werde ein Vergleich verschiedener Arten von Zeitungen versucht, bewirke dies Irreführung. Es sei irreführend, wenn mit dem Hinweis auf die ÖAK eine Behauptung aufgestellt werde, die durch die ÖAK-Zahlen nicht untermauert werden könne.

Das Rekursgericht bestätigte das Verbot der Äußerung, „H\*\*\*\*\*“ wäre die mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs, wenn „H\*\*\*\*\*“ nicht österreichweit erscheine. In Ansehung der Behauptungen zum zweiten Platz im „Gesamt-Ranking“ sowie der Behauptung „mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs“, wenn in der Meldekategorie „Tageszeitungen-Gratis“ ausschließlich „H\*\*\*\*\*“ ausgewiesen ist, wies es das Sicherungsbegehren hingegen ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil eine Rechtsfrage iSd § 528 Abs 1 ZPO nicht zu lösen gewesen sei. Dass mit „Gesamt-Ranking“ die von der ÖAK veröffentlichten Auflagezahlen gemeint seien, werde in dem beanstandeten Artikel offen gelegt. Insoweit fehle die Irreführungseignung. Die von der ÖAK veröffentlichte Auflagenliste (zweites Halbjahr 2009), die die durchschnittlichen Gesamtdruckauflagezahlen der darin erfassten Zeitungen ausweise, zeige die Zeitung der Beklagten als jene, die mit Abstand die zweithöchste durchschnittliche Druckauflagenzahl aufweise. Dadurch, dass die Beklagte nicht darauf hinweise, dass sie mit ihrer Zeitung „H\*\*\*\*\*“ das einzige Mitglied der ÖAK sei, das eine Tageszeitung herausgebe, die ausnahmslos gratis erhältlich sei, werde nichts für den Kunden Wesentliches verschwiegen. Irreführungseignung bestehe hingegen insofern, als die Zeitung der Beklagten nicht österreichweit, sondern nur in Wien und in einigen Ballungszentren Niederösterreichs und Oberösterreichs verteilt werde. Diese Behauptung könne einerseits richtig in dem Sinn verstanden werden, dass es sich dabei um jene in Österreich herausgegebene Gratis-Tageszeitung handle, die mit Abstand die größte Druckauflage habe; andererseits könne dies auch falsch so verstanden werden, dass der Zeitung der Beklagten österreichweite Bedeutung zukomme. Die angesprochenen Werbekunden könnten davon ausgehen, mit ihrer Werbeeinschaltung ein österreichweites Publikum zu erreichen, was tatsächlich nicht der Fall sei. Eine zweideutige Äußerung sei zu Lasten des Werbenden auszulegen.

#### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentlichen Revisionsreurse beider Parteien sind wegen der korrekturbedürftigen Auslegung der beanstandeten Werbeaussagen durch das Rekursgericht zulässig und auch (in Ansehung der Klägerin teilweise) berechtigt.

Sowohl nach der Rechtslage vor als nach der UWG-Novelle 2007 ist beim Irreführungstatbestand zu prüfen,

a) wie ein durchschnittlich informierter verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit anwendet, die strittige Ankündigung versteht,

b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht und ob

c) eine nach diesen Kriterien unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (stRsp RIS-Justiz RS0123292).

Der Bedeutungsinhalt von Äußerungen richtet sich nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck, den ein redlicher Mitteilungsempfänger gewinnt (zuletzt etwa 4 Ob 118/10x mwN); gelegentlich wird in diesem Zusammenhang auch vom Verständnis eines „unbefangenen Durchschnittslesers gesprochen“ (RIS-Justiz RS0031883). Ist der Sinngehalt der beanstandeten Äußerung nach dem Verständnis des unbefangenen Durchschnittsbetrachters in einer bestimmten Richtung klar, so kann schon aus diesem Grund die Anwendung der sogenannten „Unklarheitenregel“ nicht mehr in Betracht kommen (stRsp, RIS-Justiz RS0085169). Überdies hat der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung es ausschließt, eine entferntere, bloß mögliche Deutung der beanstandeten Formulierung zur Ermittlung des für ihre rechtliche Beurteilung relevanten Tatsachenkerns heranzuziehen (6 Ob 46/08w; 4 Ob 118/10x, je mwN; RIS-Justiz RS0121107 [T4]).

Die Anwendung dieser Grundsätze führt zu folgender Beurteilung der hier beanstandeten Werbeaussagen:

Die Behauptung, „mit 506.486 Exemplaren Druckauflage ist 'H\*\*\*\*\*' mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs“ wird vom durchschnittlich verständigen Leser so verstanden, dass es in Österreich keine auflagenstärkere Gratis-Tageszeitung als „H\*\*\*\*\*“ gibt. Das Verständnis der Vorinstanzen, diese Aussage könne auch so verstanden werden, dass „H\*\*\*\*\*“ österreichweit verteilt werde, was unrichtig ist, liegt nach Ansicht des erkennenden Senats so fern, dass sie für die Beurteilung der beanstandeten Aussage nicht heranzuziehen ist. Das von der Klägerin angestrebte Verbot erweist sich daher als unberechtigt.

Dem berechtigten Revisionsrekurs der Beklagten war daher Folge zu geben.

Zu Recht wendet sich die Klägerin aber gegen die Abweisung des von ihr beantragten Verbots der Behauptung, „H\*\*\*\*\*“ sei die mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs, wenn die ÖAK in der Kategorie „Tageszeitungen-Gratis“ tatsächlich nur die von der Beklagten vertriebene Zeitung ausweist. Die von der Beklagten gewählte Formulierung legt tatsächlich das - in Wahrheit unrichtige - Verständnis nahe, die ÖAK weise zumindest zwei konkurrierende Tageszeitungen in der Kategorie „Tageszeitungen-Gratis“ aus, wobei die Zeitung der Beklagten eine deutlich höhere Druckauflage aufweise („mit Abstand“). Das Vorhandensein von ebenfalls von der ÖAK erfassten einschlägigen Mitbewerbern ist auch für eine geschäftliche Entscheidung des angesprochenen Werbekunden relevant. Größter von mehreren, zumindest der größere von zwei Mitbewerbern zu sein, lässt die Beklagte als Anbieter von Inseraten in Gratiszeitungen attraktiver erscheinen als wenn sie den Tatsachen entsprechend erkennbar machte, dass sie die einzige von der ÖAK erfasste Gratis-Tageszeitung ist.

Dem Revisionsrekurs der Klägerin ist daher insoweit Folge zu geben, dass der Beklagten verboten wird, sich unter Bezugnahme auf die ÖAK-Zahlen als mit Abstand größte Gratis-Tageszeitung Österreichs darzustellen, wenn sie in der entsprechenden ÖAK-Kategorie bloß die einzig erfasste Zeitung vertreibt.

Die Behauptung der Beklagten, im „Gesamt-Ranking“ den zweiten Platz hinter der „K\*\*\*\*\*“ einzunehmen, ist hingegen nicht geeignet, den angesprochenen Werbekunden irreführen. Dass „H\*\*\*\*\*“ eine Gratis-Tageszeitung ist, geht deutlich aus dem voranstehenden Subüberschriftensatz hervor; dass die „K\*\*\*\*\*“ eine Kaufzeitung ist, kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden. Damit ist die Verschiedenartigkeit des Vertriebs klar und die Aussage nicht geeignet, eine Täuschung des Publikums über die grundsätzliche Verschiedenheit der verglichenen Zeitungen betreffend die Art ihres Vertriebs herbeizuführen. Die beanstandete Werbeaussage erweckt auch nicht den Eindruck, dass unter „Gesamt-Ranking“ eine Kategorie der ÖAK zu verstehen sei, sondern ist nur als Verweis auf die Druckauflagezahlen insgesamt aufzufassen. Die diesbezügliche Behauptung des zweiten Platzes im Sinne der zweithöchsten Auflagezahl ist zutreffend. Die Abweisung des Sicherungsbegehrens durch das Rekursgericht in diesem

Punkt erweist sich daher als berechtigt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm § 43 Abs 1 und 50 Abs 1 ZPO. Der Beklagten gelang es, den Sicherungsantrag im Ausmaß von drei Viertel abzuwehren; die Klägerin ist nur zu einem Viertel durchgedrungen (Verfahren erster und zweiter Instanz). Mit ihrem Revisionsrekurs war die Klägerin bloß teilweise erfolgreich (zu einem Drittel), weshalb sie ein Drittel ihrer Kosten vorläufig und zwei Drittel endgültig selbst zu tragen hat. Die Beklagte war mit ihrem Revisionsrekurs erfolgreich, deren Kosten ihr von der Klägerin unter Zugrundelegung einer Bemessungsgrundlage von 12.500 EUR (ein Viertel des Gesamtstreitwerts) zu ersetzen sind.

**Schlagworte**

Größte Gratis-Tageszeitung,

**Textnummer**

E96797

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:0040OB00233.10H.0323.000

**Im RIS seit**

13.04.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

13.10.2011

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)