



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 122/24a

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Rendl als Vorsitzenden sowie die Richterin Mag. Schmied und den Richter Dr. Futterknecht, LL.M., BSc, in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **A1 Telekom Austria AG**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Elisabeth Weichselberger-Chlap, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 15. Mai 2024, 11 Cg 11/24s-15, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.662,52 (darin EUR 610,42 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Am 15.8., 16.8., 18.8., 19.8. und 22.8.2023 war nachstehende Werbung der Beklagten auf Instagram und Facebook:



Das iPhone 13 mini war bereits am 15.8.2023 ausverkauft. Insgesamt sind österreichweit für diese Aktion 45 Stück zur Verfügung gestanden.

Der **Kläger** beehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Rahmen von Online-Anzeigen ein Produkt mit einem bestimmten Preis zum Erwerb im Online-Shop auszuloben, insbesondere ein iPhone 13 mini zum Preis von EUR 599 mit dem Hinweis „Limitierte Stückzahl“, wenn das Produkt zu diesen Konditionen im Online-Shop bereits im Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige nicht mehr verfügbar sei, insbesondere wenn die Beklagte dem Adressaten der Online-Werbung nach Anklicken der Werbung stattdessen andere Modelle zum Kauf

anbiete.

Darüber hinaus begehrte er die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteils (ausschließlich der Kostenentscheidung) mit (schwarzer) Fettumrandung, mit der Fettdrucküberschrift „Im Namen der Republik“ sowie mit gesperrt und fett gedruckten Namen der Prozessparteien, im Übrigen jedoch mit Normallettern (a) binnen sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils auf Kosten der Beklagten im redaktionellen Teil auf einer der ersten sechs Seiten im Ausmaß einer Seite in einer Freitagsausgabe der österreichweit erscheinenden Tageszeitung „Kronen Zeitung“, sowie (b) binnen 14 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf eigene Kosten auf ihrem Onlinemedium unter <https://www.yesss.at/>, oder, sollte die genannte Adresse geändert werden, auf jenen Websites, die sie ersetzen, auf weißem Hintergrund in einem rechteckigen Fenster in der Größe eines Viertels der Bildschirmoberfläche, die bei Eingabe der Internetadresse in der Adresszeile des Webbrowsers unmittelbar erscheine, für die Dauer von 30 Tagen.

Die von der Beklagten unter der Marke „yesss“ geschaltene Werbung bewerbe das Modell „iPhone 13 mini“ zu einem besonders günstigen Preis. Der Hinweis „Limitierte Stückzahl“ gebe einen zusätzlichen Impuls zum schnellen Handeln. Das Angebot sei bereits am 15.8.2023 und an sämtlichen anderen Tagen auch ausverkauft gewesen. Hätten Verbraucher auf die Anzeige geklickt, sei das iPhone im Online-Shop der Beklagten stets als „ausverkauft“ angezeigt worden. Es seien aber Modelle anderer Marken als verfügbar angezeigt worden („bait-and-switch“).

Die Praktik, Lockangebote auch noch lange nachdem

das Produkt bereits ausverkauft sei, zu schalten, sei unlauter und insbesondere irreführend gemäß § 2 Abs 1 Z 1 UWG (insbesondere Z 5 oder Z 6 Anh UWG).

Bei Online-Angeboten hätten Adressaten eine andere Erwartungshaltung, als bei Straßenplakaten oder Flugblättern, die in physischer Form vorliegen und die nach Ausverkauf neu gedruckt werden müssten. Der Hinweis auf eine „limitierte Stückzahl“ (zumal ohne Angabe einer Größenordnung) ändere daran nichts. Diesen Hinweis interpretiere der Verbraucher bei einer Online-Werbung dahin, dass er rasch handeln müsse, um das jetzt noch verfügbare Angebot wahrzunehmen. Verbraucher würden nicht erwarten, dass eine Online-Anzeige mit ausverkauften Produkten werbe.

Es sei technisch möglich, die Schaltung einer Werbung automatisiert auszusetzen, sobald die Beklagte den Abschluss des Angebots im Online-Shop nicht mehr anbiete bzw die von der Beklagten festgelegten Stückzahlen verkauft seien. Die Agentur der Beklagten bzw diese selbst könne einstellen, dass (nach Ausverkauf des einen Modells) die Kampagne mit sämtlichen übrigen Sujets ohne Unterbrechung fortgesetzt werde. Die Werbung sei daher bereits unabhängig davon, was technisch möglich sei oder nicht, und unabhängig davon, ob der Unternehmer eine ausreichende Menge des Angebots vorrätig gehalten habe, irreführend.

Eine geschäftliche Entscheidung (auf welche die Irreführungseignung des UWG abstelle) sei bereits das Anklicken eines bestimmten Produkts auf einem Werbeaner. Der Begriff umfasse alle unmittelbar mit dem Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts zusammenhängenden Entscheidungen.

Die involvierten Verkehrskreise hätten ein berechtigtes Interesse, über die Unzulässigkeit des Verhaltens aufgeklärt zu werden. Aufgrund der österreichweiten Verbreitung der Werbung und des Umstands, dass Verbraucher nicht auf die Website der Beklagten zurückkehren werden, sei die Veröffentlichung in der beantragten Form notwendig, um die erforderliche Publizität zu erreichen.

Die **Beklagte** bestritt und brachte zusammengefasst vor, sie habe im sogenannten „Summer Sale“ im August 2023 45 Stück des iPhone 13 mini für den Verkauf vorgehalten. Sobald die Limitgrenzen erreicht worden seien, sei das Angebot auf der Website der Beklagten in Echtzeit als „nicht mehr verfügbar“ angezeigt worden und damit nicht mehr bestellbar gewesen. Unter Berücksichtigung der Werbung, welche einen expliziten Hinweis auf die limitierte Stückzahl enthalten habe, habe es sich bei 45 Stück erfahrungsgemäß um einen angemessenen Warenvorrat für die gegenständliche Aktion gehandelt.

Anhang Z 5 UWG stelle auf Lockangebote ab. Es sei jedoch nicht die mangelnde Verfügbarkeit an sich, sondern die unterbliebene Aufklärung des Adressaten der Werbesendung wettbewerbswidrig. Es sei ein klarer und inhaltlich eindeutiger Hinweis erforderlich, der von Art und Aufmachung mit der sonstigen Ankündigung des Produkts vergleichbar sei. Ein solcher Hinweis finde sich durch den Hinweis „Limitierte Stückzahl“. Der Durchschnittsverbraucher erwarte aufgrund dieses Hinweises, dass die beworbenen Geräte bereits am ersten Tag der Aktion ausverkauft sein könnten.

Bei der Werbeeinschaltung handle es sich um sogenannte „Onlinebanner“. Für die Ausspielung der Werbeaner in Form von Fixplatzierungen verwende die Beklagte

eigene Agenturen, welche einen kompletten Kampagnen-Service anbieten würden. Diese Agenturen würden mit der Platzierung bzw Ausspielungen der Banner auf einzelnen Websites, wo sie den potentiellen Kunden angezeigt würden, beauftragt. Die Medien (Websites) würden von den Agenturen ausgesucht. Die abgestimmten Inserate seien sodann zu einem bestimmten Zeitpunkt einzumelden und würden im vorhergesehenen Zeitraum auf den jeweiligen Medien ausgespielt. Eine Deaktivierung der Onlineschaltungen mit dem Zeitpunkt der nicht mehr gegebenen Verfügbarkeit würde den Verlust sämtlicher finanzieller Aufwendungen bedeuten. Eine Rückerstattung der Investitionen in die Schaltungen wäre in diesen Fällen ausgeschlossen. Während des Aktivzeitraums eines Inserats bzw knapp davor sei ein Entfernen der Banner schlichtweg faktisch nicht möglich und auch nicht zumutbar. Es seien mehrere Handlungen vorzunehmen, an welchen mehrere Personen in unterschiedlichen Unternehmen beteiligt seien.

Das Veröffentlichungsbegehren in der Größe eines Viertels der Bildschirmoberfläche sei überschießend und nicht mehr verfassungskonform. Für die Leistungsfrist der Online-Veröffentlichung sei eine Frist von zumindest sechs Monaten angemessen. Die zusätzliche Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung sei nicht erforderlich und ebenfalls überschießend.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt und verhielt die Beklagte zum Kostenersatz. Ausgehend von dem zwischen den Parteien als unstrittig angenommenen Sachverhalt kam es rechtlich zum Ergebnis, es wäre der Beklagten ein Leichtes gewesen, die Werbung nur für einen Zeitraum schalten zu lassen, in dem ein ausreichender Warenvorrat garantiert sei.

Dadurch, dass sie das nicht getan habe, habe sie die Konsumenten in die Irre geführt. Unabhängig davon, dass das Vorrätighalten von bloß 45 Stück österreichweit kein ausreichender Warenvorrat sei und damit auch Z 5 des Anhangs verwirklicht sei, liege unlautere Irreführung auch schon nach der allgemeinen Norm des § 2 UWG vor, weshalb der Unterlassungsanspruch zu Recht bestehe.

Da die Beklagte der führende Anbieter für Mobiltelefonie in Österreich sei und ihre Dienste und Waren massenhaft in ganz Österreich anbiete, erscheine die Veröffentlichung sowohl in der Kronen-Zeitung, wie auch die zusätzliche Veröffentlichung auf der Website der Beklagten geboten und angemessen.

Dagegen richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtig rechtlicher Beurteilung.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

1.1 Die Berufungswerberin erblickt eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens zunächst darin, dass das Erstgericht disloziert festgestellt habe, es sei der Beklagten „ein leichtes gewesen, die Werbung nur für einem Zeitraum schalten zu lassen, in dem ein ausreichender Warenvorrat garantiert ist. Dadurch, dass sie das nicht getan hat ...“ hätte sie die Konsumenten in die Irre geführt. Da der Feststellung kein Beweisergebnis zugrunde liege, leide das Urteil an einem Begründungsmangel.

Ein gänzlicher Mangel einer Begründung, dem das Vorliegen bloßer Leerformeln gleichzusetzen ist, bewirkt einen wesentlichen Verfahrensmangel. Ein solcher liegt auch dann vor, wenn betreffend eine einzelne entschei-

dungswesentliche Feststellung jede Beweiswürdigung fehlt (vgl jüngst OLG Wien 4 R 111/24h).

Der Anfechtungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens ist jedoch nur dann gegeben, wenn der Verstoß gegen ein Verfahrensgesetz abstrakt geeignet war, eine erschöpfende und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern (RS0043049). Da sich der Verstoß der Beklagten gegen § 2 UWG jedoch daraus ergibt, dass sie für die angepriesenen Waren kein ausreichendes Warenlager bereitgestellt hat (siehe dazu im Detail bei der Behandlung der Rechtsrüge), ist die Frage, wie schnell die Beklagte die Werbeeinschaltung hätte ändern bzw beenden können, nicht entscheidungswesentlich. Dem behaupteten Verfahrensmangel fehlt es somit an Relevanz.

Auch der „aus anwaltlicher Vorsicht“ diesbezüglich ins Treffen geführte Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO liegt nicht vor, weil dieser nur dann gegeben wäre, wenn - was hier nicht der Fall ist - die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (OLG Wien 2 R 109/22x, 16 R 268/23h; RS0007484).

1.2 Aus den obgenannten Gründen liegt mangels Entscheidungswesentlichkeit auch in der nicht erfolgten Aufnahme von Personalbeweisen zu den technischen Möglichkeiten der Entfernung eines Online-Banners vom Internetauftritt der Beklagten kein Verfahrensmangel vor.

2. Als aktenwidrig erachtet die Berufungswerberin den vom Erstgericht als außer Streit stehend angenommenen Sachverhalt, wonach die Beklagte „am 15.8, 16.8., 18.8, 19.8. und am 22.8.2023“ die unzulässige „Werbung auf Instagram und Facebook geschaltet habe“. Der in der Tagsatzung erfolgten Außerstreitstellung sei nicht zu entneh-

men, dass die Werbung (erst) an diesen Tagen geschaltet (im Sinne eines Auftrags an eine Agentur beziehungsweise an die Medieninhaber oder am 15.8.2023 den ersten Tag abrufbar war) worden sei.

Dem Protokoll der Tagsatzung vom 25.4.2024 zufolge wurde tatsächlich nur außer Streit gestellt, dass die Werbung an den betreffenden Tagen auf Instagram und Facebook war, bereits am 15.8. ausverkauft war und insgesamt 45 Stück österreichweit für diese Aktion zur Verfügung gestanden sind. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die vom Erstgericht wiedergegebene Außerstreitstellung jedoch ohnehin so zu verstehen, dass die Werbung an den genannten Tagen angezeigt wurde, nicht jedoch, dass an diesen Tagen ein diesbezüglicher Auftrag erteilt wurde. Dieses Verständnis wird auch der Berufungsentscheidung zugrunde gelegt (RS0116014, RS0110055).

Der hilfsweise diesbezüglich geltend gemachte Verfahrensmangel liegt auch nicht vor.

3.1 Im Rahmen der Rechtsrüge wendet sich die Berufungswerberin im Wesentlichen gegen die Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach ein Durchschnittskonsument die Werbung „naturgemäß“ so auffasse, dass das beworbene Produkt zumindest zu Beginn der Schaltung auf der Plattform verfügbar sei, und zwar unabhängig vom Verweis „limitierte Stückzahl“ bei Schaltung der Werbung. Aufgrund des vorhandenen Hinweises scheidet eine Unzulässigkeit der Werbung nach Anh Z 5 UWG aus.

Dazu war zu erwägen, dass die Aufforderung zum Kauf von Produkten zu einem bestimmten Preis, ohne darüber aufzuklären, dass der Unternehmer hinreichende Gründe für die Annahme hat, dass er nicht in der Lage sein wird, dieses oder ein gleichwertiges Produkt zu dem genannten

Preis für einen Zeitraum und in einer Menge zur Lieferung bereitzustellen oder durch ein anderes Unternehmen bereitstellen zu lassen, wie es in Bezug auf das Produkt, den Umfang der für das Produkt eingesetzten Werbung und den Angebotspreis angemessen wäre (Lockangebote) gemäß § 2 Abs 2 iVm Anh Z 5 UWG jedenfalls als irreführend gilt.

Selbst wenn man - wovon die Berufungswerberin in ihrer rechtlichen Argumentation ausgeht - den Standpunkt vertritt, dass Werbung mittels Online-Banner den von der Rechtsprechung aufgestellten Vorgaben zu klassischen Printmedien zu folgen hat, müssen die angepriesenen Waren - von zufälligen Lieferschwierigkeiten im Einzelfall abgesehen - auch tatsächlich vorhanden und sofort zu haben sein. Die Erwartung eines Kunden geht dahin, dass der Werbende mit der Sorgfalt eines redlichen Kaufmanns alles in seiner Macht Stehende getan hat, um einen der normalen Nachfrage genügenden Warenvorrat anbieten zu können (RS0078574 [T13]). Der Kunde erwartet, dass die Waren für eine gewisse Zeitdauer in einer ausreichenden Menge vorhanden sind (RS0078584). Kundenerwartungen werden zwar regelmäßig nicht enttäuscht, wenn attraktive Waren binnen weniger Stunden ausverkauft sind; Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die ursprüngliche Bestellmenge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes festgelegt wurde (4 Ob 147/00x).

Sind die angebotenen Waren schon am Tag des Einsetzens der Werbung nicht mehr erhältlich, dann ist es nicht Sache des Klägers, die Unzulänglichkeit des vorhandenen Vorrates zu behaupten und zu beweisen; in diesem Fall hat vielmehr der ankündigende Unternehmer darzutun, warum sein Angebot dennoch für eine längere Zeitspanne als aus-

reichend anzusehen gewesen sei. Der in das Angebot aufgenommene Hinweis: "Angebot solange der Vorrat reicht" kann die Verantwortung für das Vorhandensein einer zur Deckung der zu erwartenden Nachfrage ausreichenden Warenmenge nicht ausschließen (RS0078631).

Gegenständlich war das beworbene Mobiltelefon am ersten Tag der Werbekampagne bereits ausverkauft. Da die Berufungswerberin kein näheres Vorbringen erstattet hat, aus welchen Erwägungen es sich bei den bereitgehaltenen 45 Stück um einen erfahrungsgemäß angemessenen Warenvorrat gehandelt hat bzw warum dieser die zu erwartende Nachfrage nicht gedeckt hat, kam sie ihrer diesbezüglichen Behauptungspflicht nicht nach. Es ist daher zu ihren Lasten davon auszugehen, dass die beworbene Ware nicht in einer ausreichenden Menge zur Verfügung gestanden ist, womit die Werbung irreführend iSd § 2 Abs 2 iVm Anh Z 5 UWG war.

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin lässt sich aus der Entscheidung 4 Ob 11/02z nicht ableiten, dass eine Werbeaktion mit dem Hinweis „geringe Stückzahl“ nur dann unzulässig sei, wenn gar kein Stück erhältlich war. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Oberste Gerichtshof in der in 4 Ob 11/02z zitierten Entscheidung 4 Ob 190/98i, ÖBl 1999, 27 auch davon ausgeht, dass (wie zuvor ausgeführt) der Hinweis „Solange der Vorrat reicht“ den Händler nicht von der Verpflichtung entbindet, auch tatsächlich ein (seiner Ankündigung entsprechendes) Warenlager bereitzustellen.

Da die Funktionsweise von Onlinebannern und die in diesem Zusammenhang stehenden technischen Aspekte nicht entscheidungswesentlich sind, war das Erstgericht auch nicht verhalten, entsprechende Feststellungen zu treffen.

Die von der Berufungswerberin monierten sekundären Feststellungsmängel liegen daher auch nicht vor.

3.2.1 Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Sie soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern. Sie dient daher der Aufklärung des durch eine wettbewerbswidrige Maßnahme irreführten Publikums. Die Befugnis zur Veröffentlichung ist daher in einem solchen Umfang zu erteilen, dass diejenigen Personen, die von dem Verstoß Kenntnis erlangt haben, jetzt auch über die Wettbewerbswidrigkeit des Handelns (und über den wahren Sachverhalt) aufgeklärt werden (RS0079764 [T8]).

Eine Aufklärung des Publikums kann wohl gerade auf der Internet-Homepage des Unternehmers am besten erreicht werden. Doch selbst wenn dieser „nur in der Online-Welt aktiv ist“, schließt dies nicht zwingend ein zusätzliches Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus (vgl RS0121963 [T13]).

In der von der Berufungswerberin ins Treffen geführten Entscheidung 4 Ob 130/03a führte der Oberste Gerichtshof in einem Verbandsprozess aus, ein berechtigtes Interesse daran, das Urteil in der auflagenstärksten österreichischen Tageszeitung zu veröffentlichen, könnte bei einem beklagten weltweit tätigen Beförderungsunternehmen, welches nur zu einem ganz geringen Teil für österreichische Verbraucher tätig wird, nur bei Vorliegen besonderer Umstände bejaht werden. In 4 Ob 226/01s hatte der Oberste Gerichtshof die Frage der (auch) notwendigen

Urteilsveröffentlichung in Tageszeitungen in einem nicht vergleichbaren Sachverhalt der rechtswidrigen Benutzung einer Internet-Domain zu beurteilen.

Gegenständlich wird die Urteilsveröffentlichung nur auf der Website der Beklagten dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung nicht gerecht (vgl. RS0121963 [T15]), wird doch dort ein durchschnittlicher Verbraucher, insbesondere nachdem er allenfalls bereits ein Mobiltelefon erworben hat, besagte Veröffentlichung weder erwarten noch danach suchen. Eine Veröffentlichung (auch) zB in der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der Kronen Zeitung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (vgl. 3 Ob 32/23m mwN).

3.2.2 Aufgrund welcher Umstände die Leistungsfrist für die Online-Veröffentlichung unangemessen sei, lässt die Berufungswerberin offen. Aus dem in der Klagebeantwortung enthaltenen Hinweis auf die „Komplexität der verschiedenen IT-Umwelten“ lässt sich kein Rückschluss ziehen, warum dies nicht binnen 14 Tagen möglich sei.

3.2.3 Die Ermächtigung, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, zu veröffentlichen, entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl. jüngst OLG Wien 4 R 22/24w; 1 R 37/24d). Warum dies nicht nachvollziehbar sei, lässt die Berufungswerberin ebenfalls offen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO.

5. Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO beruht auf der unbedenklichen Bewertung des Klägers.

6. Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision beruht auf § 500 Abs 2 Z 3 ZPO. Rechts-

fragen von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO waren im Berufungsverfahren nicht zu lösen. Mit welcher Nachfrage gerechnet werden muss, ist wegen der Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls idR keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung (4 Ob 201/06x).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 30. Jänner 2025

Mag. Thomas Rendl
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG