



**Republik Österreich
Handelsgericht Wien**

41 Cg 76/11a-6

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin MMag. Liselotte Eckl in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei Orange Austria Telecommunication GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch Dr. Mathias Görg, LL.M., Rechtsanwalt in 1010 Wien, wegen Unterlassung (€ 30.500,--) und Urteilseröffnung (€ 5.500,--) nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in ihrer Print- bzw Rundfunkwerbung für Mobilfunktarife den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie böte diese Tarife zu einem in der Werbung bestimmt genannten, fixen Entgelt, insbesondere einem monatlichen Grundentgelt von Euro 20,- bzw Euro 12,-, an, insbesondere durch

Ankündigungen wie „jetzt statt 25 nur 20 Euro im Monat“, oder „jetzt statt 15 Euro nur 12 Euro im Monat“, wenn sie tatsächlich weitere fixe, wiederkehrende Entgelte für diese Tarife wie beispielsweise eine jährlich zu bezahlende Servicepauschale von Euro 19,90 verlangt, und darauf in der jeweiligen Print- bzw Radiowerbung nicht ausreichend deutlich hinweist.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsgebotes und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen; und zwar jeweils einmal durch Verlesung des Urteilsspruch im Radioprogramm Ö3 im „Ö3 Wecker“ zwischen 8 und 9 Uhr früh, sowie in den Fernsehprogrammen ORF 1, ATV und Puls4 sowie in den

Österreichischen Werbefenstern der Programme VOX und Kabel 1, jeweils unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogrammes; weiters einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kleinen Zeitung“, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 6.170,48 (darin enthalten € 727,68 an USt und € 482,40 an Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Mit der am 4.11.2011 bei Gericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte dazu im Wesentlichen vor, die Beklagte bewerbe Tarife für Mobilfunktelefonie inklusive mobilem Internet und einem Android-Smartphone unter den Namen „Super Deal Monte Carlo“ und „Super Deal Stockholm“. Die Bewerbung dieser Tarife erfolge als Fernseh- und Radiowerbung sowie als Printwerbung.

Die Beklagte verrechne bei besagten „Super Deal Tarifen“ zusätzlich zum monatlichen Grundentgelt eine jährliche „Servicepauschale“ von Euro 19,90 ohne jedoch darüber in Radio bzw. Printwerbung zu informieren. In der Fernsehwerbung erscheine lediglich für 2-3 Sekunden ein unleserlicher Kleindruck welcher über die zusätzlichen Kosten informiere.

Die Beklagte bewerbe sämtliche genannte Tarife unter blickfangartiger, ausdrücklicher Hervorhebung des monatlichen Grundentgelts, welches überlicherweise das einzig periodisch wiederkehrende fixe Entgelt darstelle. Bei besagten Tarifen trete jedoch zusätzlich eine jährliche Servicepauschale zu tage, welche in der Werbung keine Erwähnung finde, jedoch die Fixkosten zusätzlich steigere. Dieses von vornherein absehbare fixe Entgelt sei jedenfalls zusätzlich zum Grundentgelt in der Werbung auszuweisen, wenn es schon nicht in das Grundentgelt eingerechnet worden sei. Die Hinzurechnung der Pauschale bewirke beim „Super Deal Monte Carlo“ eine Erhöhung von 8,29%, beim Tarif „Super Deal Stockholm“ sogar eine um 12,82% im Vergleich zum beworbenen Grundentgelt. Werde dieser die Fixkosten steigernde Faktor nicht oder nicht ausreichend deutlich kommuniziert, sei der Beklagten eine Irreführung über den Preis und seine Berechnung im Sinn des § 2 Abs 1 Z 4 iVm § 2 Abs 6 Z 3 UWG vorzuwerfen.

Eine Wiederholungsgefahr sei aufrecht, da bereits ein einmaliger Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht Wiederholungsgefahr indiziere und die Beklagte kein Verhalten gesetzt habe, welches auf die zukünftige Abstandnahme von irreführenden Preiswerbungen schließen ließe.

Es bestehe ein öffentliches Interesse der umworbenen Verkehrskreise an der Information über die Unlauterkeit der inkriminierten Werbung, da die Werbungen in sämtlichen öffentlich-rechtlichen wie privaten Sendern sowie in den österreichischen Werbefenstern zahlreicher deutscher

Fernsehprogramme massiv geschaltet worden seien.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte im Wesentlichen vor, die klägerische Behauptung, wonach der Hinweis auf die Servicepauschale nicht lesbar sei und nur für 2-3 Sekunden eingeblendet werde, sei unrichtig. Der Hinweis „Die Servicepauschale beträgt EUR 19,90 pro Jahr“ sei gut sichtbar und werde für 4 Sekunden eingeblendet.

In der inkriminierten Printwerbung hätte die Beklagte tatsächlich auf die Servicepauschale und deren Höhe hinweisen müssen, dies sei jedoch aufgrund eines internen Versehens, bedingt durch einen Wechsel des verantwortlichen Mitarbeiters geschehen, und sei dies bereits vor Klagszustellung erkannt beziehungsweise sichergestellt worden, dass derartige Sujets künftig nicht geschaltet werden. Es liege daher bezüglich der Printwerbung keine Wiederholungsgefahr vor.

In der Klage sei lediglich eine Unterlassung inkriminiert worden, und zwar das Unterbleiben einer Erwähnung der Servicepauschale. Zudem liege die erforderliche „Aufforderung an Verbraucher zum Kauf“ nicht vor. Es sei zwar ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille des Werbenden hierfür nicht erforderlich, sodass bereits eine bloße invitatio ad offerendum eine solche Aufforderung darstelle, jedoch scheidet auch diese schon allein deshalb aus, da die inkludierten Minuten nicht erwähnt worden seien. Die Bezeichnung „Supernet 4000“ reiche nicht aus, um herauszufinden, worauf sich die Zahl 4000 beziehe. Im gegenständlichen Fall liege die Zusammenrechnung von 2000 Sprachminuten sowie 2000 SMS, jeweils in alle Netze, vor.

Gemäß § 2 Abs. 4 UWG seien Geschäftspraktiken irreführend, wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht

enthalten würden, welche den Marktteilnehmer zu Entscheidungen veranlassen würde, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die Radiowerbung werde jedoch meist nur beiläufig wahrgenommen und seien daher keine allzu detaillierten Informationen von Nöten. Der Kunde habe vor einer Kaufentscheidung noch eigenständig nähere Informationen einzuholen. Es sei daher in der Radiowerbung kein Hinweis auf die Servicepauschale notwendig.

In der TV-Werbung erfolge ohnehin ein Hinweis auf die Servicepauschale, welcher angesichts der Kürze des Spots ausreichend verarbeitet sei. Außerdem sei das Publikum im Bereich Telekommunikation daran gewöhnt, wesentliche Informationen in Form derart kleiner Hinweise zu erhalten.

Bei der Servicepauschale handle es sich zudem um kein Entgelt im engeren Sinn, sondern lediglich um eine pauschalierte Gebühr für bestimmte, außerhalb des Hauptleistungsversprechens liegende Aufwendungen.

Sei das Hauptbegehren der Klage dahingehend zu verstehen, dass die betreffende Werbung selbst im Falle eines ausreichend deutlichen Hinweises auf das weitere fixe Entgelt untersagt sein solle, so sei dies jedenfalls überschießend.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die von den Parteien vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A bis ./E und ./1).

Da die für das Gericht wesentlichen Sachverhaltselemente ohnehin von den Parteien außer Streit gestellt worden waren, war von Seiten des Gerichts lediglich die Rechtsfrage zu klären. Laut Vorbringen hätte keiner der beantragten Zeugen Informationen gehabt, welche für die Entscheidungsfindung von Nöten gewesen wären. Es war daher Spruchreife gegeben und die Anträge auf Zeugeneinvernahme waren zurückzuweisen.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Die Beklagte bewarb im Sommer 2011 in Fernsehen und Radio Tarife für Mobilfunktelefonie inklusive mobilem Internet und einem Android-Smartphone unter dem Namen „Super Deal Monte Carlo“ und „Super Deal Stockholm“. In sämtlichen dieser Medien wurde der Tarif Orange Monte Carlo mit „Euro 20,- statt Euro 25,-“ und der Tarif Orange Stockholm mit „Euro 12,- statt Euro 15,-“ beworben.

Zusätzlich zu dem genannten Entgelt kommt noch eine Servicepauschale von Euro 19,90 jährlich, welche in der Radiowerbung nicht erwähnt wird (unstrittig).

In den beiden inkriminierten Fernsehwerbungen wird im zweiten Teil des Spots (nach einem kleinen Film) ein Mobiltelefon gezeigt, rechts daneben ein längliches, oranges Puzzleteil, auf dem „Super Deal“ steht, dann erscheinen zwei weitere Puzzleteile, auf dem einen steht „€ 1“ (das ist der Preis für das Mobiltelefon), auf dem zweiten steht „€ 25“ (bzw. „€ 15“), dieser Puzzleteil purzelt aus dem Bild und stattdessen erscheint ein Puzzleteil, auf dem „€ 20“ (bzw. „€ 12“) steht. Während dieses „Puzzlespiels“ erscheint unter dem Bild vom Mobiltelefon und den wechselnden Puzzlesteinen in kleiner Schrift 4 Sekunden der Text mit dem Hinweis auf die jährliche Servicepauschale von € 19,90. (./C, ./1)

In der Printwerbung bewirbt die Beklagte in einer mehrseitigen Beilage zur „Kleinen Zeitung“ in der 36. KW „Best of Orange - nur bis 24. September“ u.a. „Orange Monte Carlo“ und „Orange Stockholm“ mit den Tarifen wie in der Fernseh- und Radiowerbung, ohne die jährliche Servicepauschale von € 19,90 anzuführen (./A, unstrittig).

Nicht festgestellt werden kann, dass es am 30.6.2011 eine Beilage zur Zeitung „Heute“ mit den mit dieser Klage

inkriminierten Angeboten gegeben hat. (./B)

Die Beklagte ließ die inkriminierten Spots in Fernsehen und Radio jedenfalls im September 2011 ca. 1000 Mal auf mehreren verschiedenen Sendern wie Ö3, ORF 1, ATV Puls4, VOX, Kabel 1 ausstrahlen (./D)

Der festgestellte Sachverhalt gründet auf nachstehender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen auf den vorgelegten unbedenklich erscheinenden Urkunden, die sowohl in sich, als auch zueinander widerspruchsfrei waren, sowie auf Außerstreitstellungen und unbestritten gebliebenem Vorbringen.

In der zum Beweis für die irreführend beworbenen Tarife „Tarif Orange Monte Carlo“ und „ - Stockholm“ vorgelegten Beilage ./B sind genau diese Tarife nicht enthalten.

Daraus folgt in rechtlicher Hinsicht:

Gemäß § 2 Abs 4 UWG gilt eine Geschäftspraktik auch dann als irreführend, wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Im gegenständlichen Fall liegt, wie bereits dargestellt, zusätzlich zum beworbenen Entgelt eine jährliche Servicepauschale von Euro 19,90 vor, welche nicht, beziehungsweise nicht ausreichend in der Werbung Erwähnung findet.

Da bei Telefонтarifen die Kaufentscheidung grundlegend über den Vergleich der Grundentgelte getroffen wird, stellen diese ein wesentliches Kriterium für die Kaufentscheidung des

Marktteilnehmers dar und wird durch die fehlende Information der zusätzlichen Kosten in Print- bzw. Radiowerbung, dessen Kaufentscheidung nachhaltig beeinflusst.

Die inkriminierte Fernsehwerbung enthält zwar einen Hinweis auf die Servicepauschale, jedoch erscheint dieser Zeitgleich mit der plakativen Angabe des Grundentgelts in der Mitte des Bildschirms, die von dem kleingedruckten Hinweis über die Servicepauschale ablenkt: Während der Zuseher sich auf die groß dargestellten, wechselnden Zahlen des Monatstarifes konzentriert und dazu die entsprechenden Zahlen hört, erscheint durch die Verwendung kleiner Schrift kaum wahrnehmbar darunter der Hinweis auf die Servicepauschale. Wenn das die Aufmerksamkeit anziehende „Puzzlespiel“ vorbei ist, erscheint auch der Zusatztext nicht mehr.

Die Angaben über das zusätzliche Entgelt sind daher nicht ausreichend deutlich wahrnehmbar.

Der Unterlassungsanspruch besteht nach ständiger Judikatur unabhängig von jeglichem Verschulden und auch der Begriff der unlauteren Geschäftspraktiken ist seit der UWG-Novelle gänzlich frei von subjektiven Elementen (*Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek, Kommentar zum UWG (2009) § 14 [Rz] 44*), wobei diesen bei der Frage des Vorliegens von Wiederholungsgefahr Bedeutung zukommen kann.

Die für die Begründung von Unterlassungsansprüchen erforderliche Rechtswidrigkeit ist bereits dann gegeben, wenn ein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegt (vgl. RIS-Justiz RS0022985). Da bei Verstoß gegen Regelungen des UWG dem Mitbewerber bereits ein Unterlassungsanspruch zusteht, besteht diesbezüglich zweifellos eine Unterlassungspflicht. Für das Vorliegen von Wiederholungsgefahr sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Als Indizien für das Fehlen bzw

den Wegfall der Wiederholungsgefahr werden vom OGH unter anderem folgende Umstände bewertet: Beseitigung des beanstandeten Zustands, Schadensgutmachung noch vor dem Prozess und Beschränkung der Prozessführung unter vorbehaltloser Anerkennung des Rechtsstandpunkts des Klägers auf die Frage der Wiederholungsgefahr (vgl. RIS-Justiz RS0079692).

Die beklagte Partei beruft sich (nur bei der Printwerbung, für das Fehlen des Hinweises auf die Servicepauschale in der Radiowerbung wird kein Grund angeführt!) auf ein internes Versehen, bedingt durch einen Wechsel des verantwortlichen Mitarbeiters. Dieser Einwand ist jedoch auch für die Wiederholungsgefahr im konkreten Fall unbeachtlich, wenn man die Vorgehensweise in der gesamten Werbecampagne betrachtet: in der Rundfunkwerbung wurde die Servicepauschale auch nicht erwähnt und wird die dort Notwendigkeit des Hinweises bestritten, für die konkrete Werbecampagne gibt es keine verbesserte, ergänzte Version, somit kann auch für die Printwerbung nicht von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr gesprochen werden.

Gemäß § 25 Abs 7 UWG ist die Veröffentlichung auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder eines anderen vollstreckbaren Exekutionstitels vom Medienunternehmer ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes zu 4 Ob 184/09a ist § 25 Abs 7 UWG lex specialis zu § 46 MedienG (so auch *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ Rz 375 ff). Art und Umfang der Veröffentlichung müssen in angemessenem Verhältnis zur Wirkung des Wettbewerbsverstoßes stehen. Wurde ein Gesetzesverstoß in einem bestimmten (periodisch erscheinenden) Medium begangen, zB einer Fachzeitschrift, Tages- oder Wochenzeitung oder im Internet, wird nach dem Äquivalenzgrundsatz idR auf Veröffentlichung im

selben Medium erkannt (vgl. *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ Rz 375 ff). Hier besteht für das Gericht bei der Bestimmung der Reichweite der Veröffentlichung jedenfalls ein Ermessensspielraum.

Im Rahmen des bestehenden Ermessensspielraums ist das Gericht der Ansicht, dass das Urteilsveröffentlichungsbegehren nicht zu weit gefasst und ihm daher zur Gänze stattzugeben war.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 Abs. 1 ZPO.

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a, 1030 Wien
Abt. 41, am 14.3.2012

MMag. Liselotte Eckl
Richterin
elektronische Ausfertigung
gem. § 79 GOG