



REPUBLIK ÖSTERREICH
Republik Österreich

RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER
-4. Sep. 2006
EINGELANGT
FRIST: *10.10.06*

ob. Berufung 10 Cq 69/06m - 5

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Friedrich Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider bei der beklagten Partei One GmbH, 1210 Wien, Brünner Straße 52, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardsteiner KEG, 1015 Wien, Plankengasse 7, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 26.000,00) nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes zu unterlassen, in ihrer Werbung Tarife für die Inanspruchnahme von Mobilfunkleistungen, insbesondere für ihren Tarif „One Plus“, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der beworbene Tarif umfasse zu einem unter Verwendung des Wortes

„ab“ ziffernmäßig
bestimmten Preis
quantitativ bestimmte
Leistungen, etwa durch
Werbeaussagen wie „1000
Freiminuten in alle Netze
und 1000 Freiminuten zu One
ins Festnetz ab EUR 10,00
im Monat“, oder durch
sinngemäße Werbeaussagen,
wenn die in der Werbung
genannte Menge an
Leistungen tatsächlich nur
zu einem höheren Preis,
etwa zu EUR 20,00 bzw. EUR
75,00 im Monat, erhältlich
sind.

2. Der klagenden Partei
wird die Ermächtigung
erteilt, den
klagsstattgebenden Teil des
Urteilsspruches samt
Ermächtigung zur
Urteilsveröffentlichung
binnen sechs Monaten ab
Rechtskraft des über diese
Klage ergehenden Urteils je
einmal in einem
ganzseitigen Inserat der
Kleinen Zeitung, im
redaktionellen Teil einer
Samstagsausgabe mit

Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, sowie für die Dauer von 30 Tagen auf der Website mit der Internetadresse www.one.at, oder sollte diese Internetadresse geändert werden, auf der Website mit der anstelle der Internetadresse www.one.at verwendeten Internetadresse, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, im übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße, Schriftfarbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie auf der Website www.one.at im Textteil üblich, wobei die Veröffentlichung beim Link „One Plus“ unübersehbar anzukündigen und über einen dort gesetzten Link aufrufbar ist, sowie einmal durch Verlesung des Urteilsspruchs im Fernsehprogramm ORF 1 unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms um

20.15 Uhr, jeweils auf Kosten der beklagten Partei, zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.487,90 (darin enthalten EUR 560,92 Barauslagen und EUR 489,48 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger beantragt wie aus dem Spruch ersichtlich und trägt dazu im wesentlichen vor, die Beklagte bewerbe ihren Tarif „ONE Plus“ mit den Schlagworten „Schluss mit wenig: Her mit mehr! One Plus ist da! 1000 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu One und ins Festnetz und 1000 Gratis-SMS, wenn sie jetzt wechseln, schon ab EUR 10,00 im Monat.“

Diese Werbung sei in Printmedien, im österreichischen Fernsehen und auch im Internet unter www.one.at geschaltet worden.

In der Folge habe die Beklagte die Werbung geringfügig verändert, nämlich derart, dass unter www.one.at zum Tarif „ONE Plus“ wechselnde Preise veröffentlicht wurden, die 1000 Freiminuten zu One und 1000 Freiminuten ins Festnetz und bis zu 1000 Freiminuten in alle anderen Netze sowie 1000 Gratis-SMS, wenn man jetzt wechselt und zusätzlich ein Motorola V3 um EUR 0,00. Eine Überprüfung am 23.04.2006 auf der

Internetseite der Beklagten habe ergeben, dass diese Ankündigung unrichtig sei.

Die Werbung der Beklagten sei wettbewerbswidrig. Die Beklagte bietet um den Paketpreis von EUR 10,00 weder 1000 Freiminuten zu One noch 1000 Freiminuten ins Festnetz und auch nicht 1000 Freiminuten in alle anderen Netze an, sondern lediglich 30 Freiminuten in alle anderen Netze und 100 Freiminuten zu One und ins Festnetz. Erst ab einem Paketpreis von EUR 20,00 erhalte man die versprochenen 1000 Freiminuten zu One und 1000 Freiminuten ins Festnetz, aber nicht die versprochenen 1000 Freiminuten in alle anderen Netze; erst um einen Paktepreis von EUR 75,00 erhalte man 1000 Freiminuten in alle Netze.

Der Kläger habe auch Anspruch auf Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten, um die angesprochenen Verkehrskreise vom Wettbewerbsverstoß aufzuklären.

Die Beklagte bestreitet, beantragt kostenpflichtige Klagsabweisung und bringt vor, Wiederholungsgefahr liege nicht vor, da die Beklagte den inkriminierten Werbeauftritt bereits umgestellt habe. Außerdem habe die Beklagte dem Kläger den Abschluß eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs samt Kostenersatz angeboten, hinsichtlich der Urteilsveröffentlichung habe die Beklagte die Zahlung eines Ablösebetrags vorgeschlagen. Der Kläger sei mit Zahlung von EUR 8.000,00 einverstanden gewesen, die Beklagte habe bei einem Betrag in der Höhe verlangt, dass er karitativen Zwecken zugeführt werde. Das habe der Kläger abgelehnt.

Im übrigen liege auch kein Wettbewerbsverstoß vor, da die Beklagte im Text der inkriminierten Werbung

das Wort „und“ nicht verwende, sodass eine Verknüpfung der Angebote nicht berechtigt sei. Auch sei die Werbung graphisch durch überlappende Felder derart gestaltet, dass der richtige Eindruck entstehe. Es gebe den Tarif „One plus“ um EUR 10,00 im Monat und dabei könne eine der Vergünstigungen aus den anderen Feldern, die mit „One plus“ verknüpft sind, in Anspruch genommen werden. Diese werde durch die asymmetrische Anordnung der Felder und die plakative Betonung von „1000“ sowie die andersartige Aufmachung des Entgeltfeldes verstärkt.

Das Publikum könne nicht annehmen, dass für lediglich EUR 10,00 pro Monat ein Kontingent von 3000 Freiminuten gewährt werde. Auch sei das Publikum gewöhnt, dass es weitere Aufklärungen- wie im vorliegenden Fall- auf der Website des jeweiligen Mobilnetzbetreibers findet.

Die Urteilsveröffentlichung sei keinesfalls berechtigt.

Der Kläger führt noch aus, Wiederholungsgefahr sei gegeben, da die Beendigung einer Werbeaktion die Wiederholungsgefahr nicht wegfallen lasse. Hinsichtlich der Veröffentlichungskostenablöse habe der Kläger am 22.05.2006 EUR 8.000,00 genannt, die Beklagte habe am 23.05.2006 EUR 5.000,00 ohne jegliche Bedingung angeboten. Am 24.05.2006 habe der Kläger mitgeteilt, dass von EUR 8.000,00 nicht abgegangen werde und nun habe die Beklagte diesem Betrag zugestimmt, jedoch die Bedingung gestellt, der Betrag müsse karitativen Zwecken und nicht dem Kläger zugute kommen. Dies sei vom Kläger am 29.05.2006 abgelehnt worden. Vom Wegfall der Wiederholungsgefahr könne keine Rede sein, es sei zwischen den Parteien zu keiner Einigung gekommen und die Beklagte

habe dem Kläger eben eine berechtigte Vergleichsveröffentlichung nicht angeboten.

Die gegenständliche Werbung der Beklagten sei irreführend, in der TV-Werbung sei der Text durchaus mit dem Wort „und“ verknüpft gewesen. Auch auf der Homepage der Beklagten habe es geheißen: „ 1.000 Freiminuten in alle Netze und 1.000 Freiminuten zu One und ins Festnetz!“. Der Inhalt der Werbebotschaft sei eindeutig, aber unrichtig. Die Beklagte könne nicht auf nähere Informationen auf ihrer Website verweisen, weil es nicht um bloß weiterführende Informationen gehe, sondern die Werbebotschaft der Beklagten eindeutig einen falschen Eindruck erwecke, der erst durch weitere Informationen richtig gestellt werde.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die Urkunden Beilagen ./A (Inserat der Beklagten vom 7.04.2006), ./B (Ausdruck aus der Website der Beklagten vom 5.4.2006), ./C bis ./F (weitere Auszüge der Website der Beklagten vom 32.4.2006), ./G (Schreiben des BV vom 23.5.2006), ./1 (Inserat der Beklagten = Beilage ./A), ./2 (Schreiben des BV vom 24.5.2006), ./3 (Storyboard zum TV-Spot der Beklagten) und ./4 (Tarifaufstellung tele.ring „Alles Eins“).

Auf Grund dieser Beweise und des beiderseitigen Parteilichvorbringens sowie der Außerstreitstellungen wird folgender wesentlicher Sachverhalt festgestellt und als erwiesen angenommen:

Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung „One“ eines der Mobilnetze in Österreich und bietet ihre Leistungen bundesweit an.

Die Beklagte hat ihren Tarif „One Plus“ in Printmedien, im österreichischen Fernsehen und auch im

Internet auf der Website der Beklagten www.one.at beworben. Diese hier gegenständliche Werbung der Beklagten war mit 30.4.2006 beendet, lediglich im Internet erfolgte sie bis 4.5.2006.

Das Sujet der Werbung „Waldarbeiter“ hat ausgesehen wie Beilagen ./A = ./1 (Zeitungswerbung) und ./3 (TV-Kampagne). Der Inhalt dieser Beilagen gilt hier als festgestellt.

Der Text ist sowohl bei der Printwerbung als auch bei der Fernsehwerbung identisch, der Sprecher im Fernsehen hat die einzelnen Ankündigungen der Beklagten jeweils mit dem Wort „und“ verbunden (siehe Beilage ./3). Der Werbetext lautet: „Schluß mit wenig: Her mit mehr! One Plus ist da! 1.000 Freiminuten in alle Netze. Und 1.000 Freiminuten zu One und ins Festnetz. Und 1.000 Gratis-SMS, wenn Sie jetzt wechseln. Ab EUR 10,00 im Monat.“ Sowohl in der gedruckten Werbung als auch im TV-Spot waren kreisförmige Felder zu sehen, in der Mitte das größte Feld „One Plus“ und als kleinstes Feld links unten befand sich die Ankündigung „schon ab 10,00 Euro pro Monat“ und die übrigen Werbeaussagen fanden sich auf größeren runden Feldern, die unsymmetrisch angeordnet waren; alle Felder überschritten bzw. überlappten sich. In diesen Feldern hieß es: „1000 Freiminuten in alle Netze“, „1000 Freiminuten zu One und ins Festnetz“ und „1000 Gratis-SMS“.

Am unteren Rand der Zeitungswerbung findet sich in kaum leserlichem Kleindruck der Hinweis: „Mehr Infos auf www.one.at“ (siehe Beilage ./A = ./1).

Bei Aufsuchen der genannten Internetseite der Beklagten ergab sich folgendes Bild (siehe Beilagen ./B bis ./F):

Am 5.4.2006 war auf der Startseite der Homepage der Beklagten die Werbung mit einander überschneidenden Kreisen zu sehen und als Werbetext hieß es „One Plus ist da! Der Tarif für alle, die mehr wollen: 1.000 Freiminuten in alle Netze und 1.000 Freiminuten zu One und ins Festnetz! Jetzt schon ab EUR 10,00 im Monat“ (siehe Beilage ./B).

Am 23.4.2006 war unter dem Link „Aktuelle Angebote“ derselbe Text zu lesen (Beilage ./D) und nach Öffnen des Links „One Plus ist da“ gelangte man zu einer Tabelle, über die „One Plus“ nochmals beschrieben war als „1000 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu One und ins Festnetz. One Plus jetzt schon ab EUR 10,00 im Monat.“ Ferner ist angekündigt „Plus: 1000 Gratis-SMS, wenn Sie jetzt zu One wechseln.“ Diese Ankündigung war mit einem Sternchen versehen, das weiter unten erklärt wurde wie folgt: „Aktion gültig bis 30.4.2006. Mehrwertdienste und dgl., sowie Sendeberichte sind von Frei-SMS ausgenommen. SMS österreichweit, bei sonstigem Verfall zu verbrauchen bis 3 Monate nach Vertragsabschluß. Keine Barablöse, nicht übertragbar [.....]!“ (siehe Beilage ./E). Öffnete man unter der Werbeankündigung „One Plus“ auf der Startseite den Link „Übersicht Verträge“ ist wiederum als erster Tarif „One Plus“ genannt, als „Der Tarif für alle, die mehr wollen: 1000 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu One und ins Festnetz! One Plus jetzt schon ab EUR 10,00 im Monat.“ (siehe Beilage ./F).

Nach Klagszustellung hat RA Mag. Matthias Görg am Nachmittag des Donnerstag, 18.5.2006 Herrn RA Dr. Stefan Langer aus der Kanzlei der Klagevertreter

angerufen und mitgeteilt, dass die Beklagte „so bald wie möglich“ einen Vergleich über Unterlassung, Kostenersatz und eine Veröffentlichungskostenablöse schließen wollte, über die Höhe einer Veröffentlichungskostenablöse aber noch verhandeln wolle.

In diesem Telefonat verblieb man so, dass RA Dr. Langer mit dem Kläger Rücksprache halten würde, ob dieser mit einer Ablöse des Veröffentlichungsbegehrens einverstanden wäre und wie hoch eine derartige Ablöse dafür sein müsste.

nach Rücksprache mit dem Kläger bat RA Dr. Langer gegenüber RA Ma. Görg am Montag, 22.5.2006 telefonisch an, sich auf eine Veröffentlichungskostenablöse von EUR 8.000,00 zu einigen. RA Mag. Görg sagte Antwort nach Rücksprache mit der Beklagten zu. Am 23.5.2006 richteten daraufhin die Beklagtenvertreter ein Fax an die Klagevertreter (unter einem vorgelegten als Beilage ./G) und erstatteten den Gegenvorschlag einer Veröffentlichungskostenablöse von EUR 5.000,00. Diese Veröffentlichungskostenablöse war an keinerlei Bedingung verbunden, an wen sie fließen sollte und wäre somit an den Kläger geflossen.

Am 24.5.2006 rief RA Dr. Langer noch einmal RA Mag. Görg an und teilt mit, dass der Kläger auf einer Veröffentlichungskostenablöse in Höhe von EUR 8.000,00 bestehen würde, welche angesichts des Umstandes, dass die inkrimierte Werbekampagne auch im ORF-Werbefernsehen geschaltet wurde und dementsprechend auch die Urteilsveröffentlichung im Fernsehprogramm ORF 1 mit der Klage begehrt werde, ohnedies als keinesfalls überzogen angesehen werden könnte.

Draufhin sandten die Beklagtenvertreter noch am

selben Tag das Fax Beilage ./2 an die Klagevertreter, in dem sie die Zustimmung zu einer Veröffentlichungskostenablöse von EUR 8.000,00 von einer Bedingung, die bis dahin nie Gegenstand der Verhandlung war, abhängig machten, nämlich dass die Veröffentlichungskostenablöse nicht dem Kläger, sondern unmittelbar karitativen Zwecken zugute komme.

Am Montag, 29.5.2006 teilte RA Dr. Langer wiederum telefonisch RA Mag. Görg mit, dass der Kläger mit einer derartigen „Widmung“ nicht einverstanden wäre, die Beklagte erklärte noch in diesem Telefonat die Vergleichsgespräche damit für abgebrochen und kündigte an, Klagebeantwortung zu erstatten.

Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnisse des Beweisverfahrens. In Wahrheit besteht zwischen den Streitteilen keine Differenz in tatsächlicher Hinsicht. Das Gericht konnte die Feststellungen auf die weitgehenden Außerstreitstellungen stützen sowie auf die unzweifelhaften und unbedenklichen Urkunden.

Rechtliche Beurteilung:

Der Beklagten kann nicht gefolgt werden, wenn sie versucht, den Wettbewerbsverstoß in Abrede zu stellen. Es mag zwar ein origineller Gedanke sein, aus dem Umstand, dass sich das kreisförmige Feld mit der Preisangabe „ab EUR 10,00“ nur mit dem Feld „One Plus“ überlappt, nicht jedoch mit den drei Feldern, in denen die gegenständlichen Ankündigungen gemacht werden, zu folgern, dass die einzelnen Leistungen nur alternativ angekündigt werden, doch steht eine derartige Überlegung in Widerspruch zur herrschenden Judikatur zu § 2

UWG.

Die gegenständliche Werbung der Beklagten ist tatsächlich irreführend, wie vom Kläger bereits zutreffend dargelegt, weil die werbende Beklagte bei Mehrdeutigkeit der Ankündigung immer die für sie ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss. Sollte man also die inkrimierte Werbung tatsächlich auch so auslegen können, wie es die Beklagte im Verfahren vornimmt, hilft ihr das nicht.

In Wahrheit ist die gegenständliche Werbung aber gar nicht mehrdeutig oder unklar, sondern lediglich unrichtig und unwahr und verstößt damit gegen den Wahrheitsgrundsatz des § 2 UWG. Der Kläger hat ausführlich dargestellt, dass die angesprochenen Verkehrskreise aus der Gesamtwirkung der gegenständlichen Werbeanündigung den Eindruck gewinnen können, man könnte bei der Beklagten schon für EUR 10,00 pro Monat alle die genannten Vergünstigungen erhalten. Die bloße Irreführungseignung genügt, um den Tatbestand des § 2 UWG zu verwirklichen. Die von der Beklagten geschilderten Überlegungen betreffend ein Minutenentgelt von 1/3 Cent können auf sich beruhen, weil das umworbene Publikum derartige Rechenoperationen nicht anstellt. Zutreffend ist, dass „1000“ immer blickfangfertig herausgestellt wird, aber gerade unter ... der Auffassung der durchschnittlich angesprochenen Interessentenkreise müssen dann eben die angekündigten Leistungen (jedesmal 1000 Freiminuten) wahr und richtig sein. Die inkrimierte Werbung ist daher weil nach den vorliegenden Feststellungen unrichtig, unzulässig.

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann nicht vom Wegfall der Wiederholungsgefahr gesprochen werden:

Die Beklagte vertritt im vorliegenden Verfahren nicht nur den Standpunkt, zu ihrem Werbeverhalten berechtigt gewesen zu sein und verteidigt auch ihren Wettbewerbsverstoß, sodass nach herrschender Auffassung schon aus diesem Umstand Wiederholungsgefahr anzunehmen ist. Es sind auch keine Umstände ersichtlich oder im Verfahren hervorgekommen, woraus eine ernstliche Willensänderung der Beklagten erkennbar wäre.

Die unstreitigen Feststellungen betreffend die „Ablösezahlung“ anstelle einer Veröffentlichung, ändern nichts daran, dass die Wiederholungsgefahr auf diese Weise nicht beseitigt wird. Der Kläger hat bei dieser Sachlage Anspruch auf Urteilsveröffentlichung. Die Wiederholungsgefahr wird nur dann beseitigt, wenn im Vergleichsanbot auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten der Beklagten angeboten wird. Wenn nun der Beklagte dem Kläger eine Geldzahlung in angemessenem Umfang (wohl an den Kosten einer Urteils- bzw. Vergleichsveröffentlichung orientiert) anbietet, muss dieser Betrag dem Kläger zur Gänze zustehen, da er andernfalls nicht alles vom Beklagten erhält, was er durch ein klagsstattgebendes Urteil erlangen könnte. Das vorliegende Vergleichsanbot der Beklagten war daher nicht vorbehaltlos und umfassend, sodass vom Vorliegen der Wiederholungsgefahr auszugehen ist.

Die vom Kläger beantragte Urteilsveröffentlichung war in vollem Umfang zuzusprechen, da bei der Art und Weise der inkriminierten Werbung in Zeitungen, Fernsehen und Internet nur die Urteilsveröffentlichung im begehrten Ausmaß ausreicht, um die Öffentlichkeit über den Verstoß und die wahre Sachlage zu informieren. Zur Aufklärung der Publikumskreise ist die

Urteilsveröffentlichung in den beantragten Medien
unerlässlich.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 10, am 28.08.2006



Dr. Friedrich Kufner
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung