



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien
eingel. am 29. JUNI 2007
.....fach, mit.....Akten
.....Halbschriften

RECHTSANWÄLTE DR. KOSESNIK-WEHRLE DR. LANGER -9. Juli 2007 EINGELANGT FRIST: ... <i>Vol. 24.9.07</i> ...

Im Namen der Republik

ob a.o. Bes.

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Teply und den KR Dreier in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **ONE GmbH**, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch Foglar-Deinhardstein KEG, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 18.08.2006, 10 Cg 69/06m-5, 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 1.827,30 (darin EUR 304,55 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der Kläger ist ein Verein zur Wahrung von Verbraucherinteressen, der gemäß § 14 Abs 1 UWG zur Verbandsklage berechtigt ist.

Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung "ONE" eines der Mobilfunknetze in Österreich und bietet ihre Leistungen bundesweit an.

Die Beklagte hat ihren Tarif "ONE Plus" in Printmedien, im österreichischen Fernsehen und im Internet auf ihrer Website www.one.at beworben. Die Werbung im Fernsehen und in den Printmedien wurde mit 30.04.2006 beendet, jene im Internet mit 04.05.2006.

Konkret stellte sich die Werbung mit dem Sujet "Waldarbeiter" wie folgt dar:

Der Werbetext lautete: "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,-- im Monat."

Der Text der Werbung im Fernsehen und in den Printmedien war (weitgehend) identisch. Bei der Fernsehwerbung verband der Sprecher allerdings die einzelnen Ankündigungen der Beklagten mit dem Wort "und".

Sowohl in der gedruckten Werbung als auch im TV-Spot waren kreisförmige Felder zu sehen. In der Mitte befand sich das größte Feld mit dem Text "ONE

Plus" und links unten das kleinste Feld mit der Ankündigung "Schon ab 10,-- EUR pro Monat". Die übrigen Werbeaussagen fanden sich auf größeren, unsymmetrisch angeordneten Feldern; sämtliche Felder überschritten bzw überlappten sich.

Am unteren Rand der Zeitungswerbung fand sich in kaum leserlichem Kleindruck der Hinweis: "Mehr Infos auf www.one.at".

Bei Aufsuchen der Internetseite zeigte sich folgendes Bild:

Am 05.04.2006 war auf der Startseite der Homepage der Beklagten die Werbung mit den einander überschneidenden Kreisen mit folgendem Werbetext zu sehen: "ONE Plus ist da! Der Tarif für alle, die mehr wollen: 1000 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu ONE und ins Festnetz! Jetzt schon ab EUR 10,-- im Monat."

Am 23.04.2006 war unter dem Link "Aktuelle Angebote" derselbe Text zu lesen. Nach Öffnen des Links "ONE Plus ist da" gelangte man zu einer Tabelle, in der "ONE Plus" nochmals beschrieben wurde mit "1000 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu ONE und ins Festnetz. ONE Plus jetzt schon ab EUR 10,-- im Monat." Ferner war angekündigt: "Plus: 1000 Gratis-SMS, wenn sie jetzt zu ONE wechseln." Diese Ankündigung war mit einem Sternchen versehen, welches weiter unten wie folgt erklärt wurde: "Aktion gültig bis 30.04.2006. Mehrwertdienste und dgl., sowie Sendeberichte sind von der Frei-SMS ausgenommen. SMS österreichweit, bei

sonstigem Verfall zu verbrauchen bis 3 Monate nach Vertragsabschluss. Keine Barablöse, nicht übertragbar [...]."

Der darunter stehenden Tabelle war zu entnehmen, dass bei einem Paketpreis von EUR 10,-- im Monat 30 Freiminuten in alle Netze gewährt wurden, sowie 100 Freiminuten zu ONE, zur Sprachbox und ins Festnetz. Bei einem monatlichen Paketpreis von EUR 20,-- erhielt man 75 Freiminuten in alle Netze und 1000 Freiminuten zu ONE und ins Festnetz. Die versprochenen 1000 Freiminuten in alle Netze bekam man ab einem monatlichen Paketpreis von EUR 75,--.

Öffnete man auf der Startseite unter der Werbeanündigung "ONE Plus" den Link "Übersicht Verträge" war 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,-- im Monat."

Nach Klagszustellung rief RA Mag.Mathias Görg am 18.05.2006 RA Dr.Stefan Langer an und teilte ihm mit, dass die Beklagte "so bald wie möglich" einen Vergleich über Unterlassung, Kostenersatz und eine Veröffentlichungskostenablöse schließen wolle, wobei über die Höhe dieser Ablöse noch verhandelt werden sollte.

Bei 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 solche Ablöse sein

müsste.

Nach Rücksprache mit dem Kläger erstattete RA Dr.Langer am 22.05.2006 gegenüber RA Mag.Görg das Angebot, sich auf eine Veröffentlichungskostenablöse von EUR 8.000,-- zu einigen. RA Mag.Görg sagte die Antwort nach Rücksprache mit der Beklagten zu. Am 23.05.2006 sendete der Beklagtenvertreter ein Telefax an den Klagevertreter und erstattete den Gegenvorschlag einer Veröffentlichungskostenablöse von EUR 5.000,--, welche an den Kläger fließen sollte. Am 24.05.2006 rief RA Dr.Langer erneut RA Mag.Görg an und teilte ihm mit, dass der Kläger auf einer Veröffentlichungskostenablöse in Höhe von EUR 8.000,-- bestehen würde, welche angesichts des Umstandes, dass die inkriminierte Werbekampagne auch im ORF-Werbefernsehen geschaltet worden sei und dementsprechend auch die Urteilsveröffentlichung im Fernsehprogramm ORF 1 mit der Klage begehrt werde, ohnedies als keinesfalls überzogen angesehen werden könne.

Daraufhin übersandten die Beklagtenvertreter noch am selben Tag ein Telefax an den Klagevertreter, in welchem sie die Zustimmung zu einer Veröffentlichungskostenablöse von EUR 8.000,00 von einer Bedingung, die bis dahin noch nicht Gegenstand der Verhandlung war, abhängig machten, nämlich dass die Veröffentlichungskostenablöse nicht dem Kläger, sondern unmittelbar karitativen Zwecken zugute kommen sollte.

Am 29.05.2006 teilte RA Dr.Langer RA Mag.Görg

telefonisch mit, dass der Kläger mit einer derartigen Widmung nicht einverstanden sei. Der Beklagtenvertreter erklärte noch in diesem Telefonat die Vergleichsgespräche für abgebrochen und kündigte an, Klagebeantwortung zu erstatten.

Gestützt auf diesen Sachverhalt erhob der Kläger ein Unterlassungsbegehren und sowie ein Urteilsveröffentlichungsbegehren und brachte vor, die Werbeankündigungen der Beklagten seien unrichtig, weil sie um den Paketpreis von EUR 10,-- weder 1000 Freiminuten zu ONE, noch 1000 Freiminuten ins Festnetz noch 1000 Freiminuten in alle anderen Netze anbiete, sondern lediglich 30 Freiminuten in alle anderen Netze und 100 Freiminuten zu ONE und ins Festnetz. Erst ab einem Paketpreis von EUR 20,-- erhalte man die versprochenen 1000 Freiminuten zu ONE und 1000 Freiminuten ins Festnetz, allerdings auch hier nicht die versprochenen 1000 Freiminuten in alle anderen Netze; bei einem monatlichen Paketpreis von EUR 20,-- bekomme man 75 Freiminuten in alle anderen Netze. Erst zum (höchsten) Paketpreis von EUR 75,-- pro Monat erhalte man 1000 Freiminuten in alle Netze.

Die beanstandete Werbung sei irreführend iS des § 2 UWG.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an der Aufklärung über die unrichtige und zur Irreführung geeignete Gestaltung der Werbung der Beklagten. Angesichts ihres massiven

Werbeauftritts in den Printmedien, im Fernsehen und im Internet werde die Urteilsveröffentlichung im Internet, in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung und im Fernsehen beantragt.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wendete mangelnde Wiederholungsgefahr ein, weil der inkriminierte Werbeauftritt bereits mit 30.04.2006 (auf der Website aufgrund eines Versehens allerdings endgültig erst mit 04.05.2006), somit vor Klageeinbringung, dauerhaft umgestellt worden sei. Überdies habe die Beklagte den Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches angeboten. Auch wenn über die Zweckwidmung des anstelle der begehrten Veröffentlichung zu zahlenden (Ablöse-) Betrags von EUR 8.000,-- keine Einigung habe erzielt werden können, sei die Wiederholungsgefahr weggefallen.

Die Werbung sei aber auch nicht irreführend. In sämtlichen Fällen werde die zentrale Werbebotschaft durch eine bestimmte Feldergrafik geprägt, welche den Eindruck hinterhalte, dass sich das darin genannte monatliche "ab" - Entgelt auf sämtliche ausgelobten Vergünstigungen beziehe. Vielmehr werde klargestellt, dass hiermit nur der Tarif als solcher gemeint sei. Anhand der Gestaltung der drei Felder werde deutlich, dass es den Tarif "ONE Plus" schon ab EUR 10,-- im Monat gebe und dass dieser Tarif wiederum verschiedene besondere Vergünstigungen aufweise, von denen wenigstens eine (hier: 1000 Gratis-SMS) für EUR 10,-- in

Anspruch genommen werden könne. Allenfalls verbleibende Zweifel über die Bedeutung der Werbeaussage würden durch das beim durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher vorhandene Begleitwissen ausgeräumt, dass kein Betreiber monatliche Freiminuten in alle Netze sowie Gratis-SMS in vierstelliger Höhe im Paket um lediglich EUR 10,-- gewähren könne. Das Publikum sei daran gewöhnt, hinsichtlich weiterer Aufklärungen auf die Website des Betreibers verwiesen zu werden, weil dies inzwischen branchenüblich sei. Dort finde sich aber eine detaillierte Aufstellung der einzelnen Tarifvarianten.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Es traf dazu die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und folgte rechtlich, die beanstandete Werbung sei irreführend und verstoße gegen § 2 UWG.

Auch die Wiederholungsgefahr sei entgegen der Ansicht der Beklagten allein schon deshalb gegeben, weil sie ihren Wettbewerbsverstoß im Verfahren verteidigt habe. Auch durch den angebotenen Vergleich sei die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt worden, weil das Veröffentlichungsbegehren davon nicht in vollem Umfang erfasst gewesen sei.

Dem Urteilsveröffentlichungsbegehren sei stattzugeben gewesen, weil bei der Art und Weise der inkriminierten Werbung in Zeitungen, im Fernsehen und im Internet nur die Urteilsveröffentlichung im begehrten

Ausmaß ausreiche, um die Öffentlichkeit über den Verstoß und die wahre Sachlage zu informieren.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Berufungswerberin bekämpft die Auffassung des Erstgerichtes, dass (auch) die Printwerbung irreführend sei. Anders als bei der Fernsehwerbung würden bei der Printwerbung die "Freiminutenzahlen" nicht durch das Wort "und" verknüpft. Die angesprochenen Verkehrskreise würden daher die in Rede stehende Grafik bei unbefangener Betrachtungsweise nicht so verstehen, dass sich der darin angegebene "ab"-Preis auf sämtliche der ausgelobten Vergünstigungen beziehe. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung in einer Tageszeitung wäre daher abzuweisen gewesen.

Dazu ist auszuführen, dass sich die Bedeutung einer Werbeanündigung danach richtet, wie sie die angesprochenen Verkehrskreise verstehen. Unerheblich ist, was der Werbende selbst mit seiner Äußerung gemeint hat (stRsp ua 4 Ob. 260/00i). Entscheidend ist der Gesamteindruck der Ankündigung bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher Aufmerksamkeit. Abzustellen ist dabei auf den Grad der Aufmerksamkeit

des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, auf dessen Verständnis es ankommt (4 Ob 196/00b; 4 Ob 260/00i). Bei einer mehrdeutigen Angabe muss der Werbende die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen (RIS-Justiz RS0078624), wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil des angesprochenen Publikums die Äußerung tatsächlich in diesem ungünstigen Sinn verstehen kann (4 Ob 228/98b; 4 Ob 243/03v).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Irreführungseignung der beanstandeten Werbung zu bejahen. Entgegen der Argumentation der Berufungswerberin zieht der Durchschnittsinteressent, sofern er bei flüchtiger Betrachtung überhaupt wahrnimmt, dass sich das Feld mit dem Entgeltshinweis lediglich mit dem zentralen Feld "ONE Plus" und nicht auch mit anderen Feldern überlappt, daraus keineswegs den Schluss, dass sich die Preisangabe nur auf den Tarif bezieht und nicht auf sämtliche ausgelobte Vergünstigungen. Die Wortfolge "ab EUR 10,--" kann ohne weiteres so verstanden werden, dass es bei der Beklagten auch Tarifmodelle zu einem höheren Preis gibt, die (auch) diese Leistungsmerkmale umfassen. Das Argument, den betroffenen Verkehrskreisen sei bekannt, dass kein Mobilfunkbetreiber in der Lage sei, die in der Werbeankündigung aufgezählten Freiminuten zu einem Preis von EUR 10,-- zu gewähren, hat bereits das Erstgericht mit der zutreffenden Begründung verworfen, dass das angesprochene Publikum keine Rechenoperationen dahin anstellt, welches

Minutenentgelt sich bei diesem Preis ergäbe. Zu Recht hat das Erstgericht daher auch die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung in den Printmedien bejaht.

Der Internetauftritt der Beklagten soll nach Auffassung der Rechtsrüge nicht irreführend sein, weil die Website - wenn auch nicht schon beim betreffenden Link - eine detaillierte Aufstellung der einzelnen Tarifvarianten enthalte. Darin sei übersichtlich angeführt, welche Leistungen der Kunde bei der Tarifvariante mit EUR 10,-- pro Monat erhalte. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung auf der Website der Beklagten sei daher unberechtigt.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass ein Hinweis auf nähere Informationen, die an anderer Stelle abgerufen und nachgelesen werden können, und durch welche eine eindeutig unrichtige Werbung richtig gestellt werden soll, deren Irreführungseignung nicht beseitigt. Ein aufklärender Hinweis kann eine Täuschung durch eine Werbeaussage nur verhindern, wenn er von den angesprochenen Verkehrskreisen auch wahrgenommen wird. Das setzt im Regelfall gleiche Auffälligkeit voraus. Gleiche Auffälligkeit ist nicht erst dann gegeben, wenn die Schriftgröße übereinstimmt. Maßgebend ist vielmehr, ob ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher den aufklärenden Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird (4 Ob 243/03v; RIS-Justiz RS0118488). Dies trifft im vorliegenden Fall, wo die inkriminierte Werbung zunächst prominent

platziert wurde und erst nach Öffnen eines weiteren Links die Tarifvarianten mit den Leistungsübersichten eingesehen werden konnten, nicht zu. Das Erstgericht hat daher zu Recht auch die Internetwerbung als wettbewerbswidrig betrachtet.

Die Beklagte vertritt auch im Berufungsverfahren die Auffassung, die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, und führt aus, entscheidend sei nicht, ob ihr Vergleichsanbot vorbehaltlos und umfassend gewesen sei. Vielmehr habe der Kläger sich seines gesetzlichen Veröffentlichungsanspruchs begeben, indem er der Beklagten vorbehaltlos eine vertragliche Ablöse der Veröffentlichung durch Zahlung von EUR 8.000,-- angeboten habe.

Dem ist zu entgegnen, dass Wiederholungsgefahr - als materiellrechtliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs - nach ständiger Rechtsprechung dann zu verneinen ist, wenn der Verletzer besondere Umstände dartun kann, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als ausgeschlossen oder doch zumindest als äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Dabei kommt es immer auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an, für welche insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreites wichtige Anhaltspunkte bieten kann. Maßgebend ist stets, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen

Störungen Abstand zu nehmen (4 Ob 268/02v; 4 Ob 85/99z uam).

Dies ist ua dann der Fall, wenn der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen (4 Ob 85/99z; RIS-Justiz RS0079899).

Nach den Feststellungen ist der von der Beklagten angestrebte Vergleich, der auch die Zahlung eines Betrages für die Ablöse des Veröffentlichungsbegehrens enthalten sollte, nicht zustandegekommen, weil keine Einigung über den Empfänger der in Aussicht genommenen Zahlung erzielt werden konnte. Das Erstgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte keinen den ganzen Unterlassungsanspruch einschließlich des berechtigten Veröffentlichungsbegehrens (Wiltschek, UWG⁷, § 14 UWG E 194) umfassenden unbedingten Vergleich angeboten hat. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung, dass der Kläger durch das erwähnte Angebot auf das gesetzliche Urteilsveröffentlichungsbegehren verzichtet hat, weil es gerade zu keiner - auch für einen Verzicht notwendigen - Einigung gekommen ist. Das Argument der Berufungswerberin, der Kläger habe durch sein Angebot zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht auch ohne Urteils- bzw Vergleichsveröffentlichung keine Wiederholung der inkriminierten Werbung zu

besorgen sei, ist schließlich schon deshalb verfehlt, weil für den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht das Verhalten des Verletzten, sondern jenes des Verletzers maßgeblich ist und nur dessen ernstliche Sinnesänderung die Wiederholungsgefahr beseitigen kann.

Abschließend wendet sich die Berufungswerberin gegen die Verpflichtung zur Urteilsveröffentlichung auch im ORF und führt aus, das Erstgericht habe - dem Vorbringen des Klägers folgend - lediglich festgestellt, dass die inkriminierte Werbung im "österreichischen Fernsehen" geschaltet worden sei. Dazu gehöre aber nicht nur der ORF, sondern auch ATV-Plus. Erst in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 30.06.2006 habe der Kläger vorgebracht, dass die Schaltung der Werbung im ORF-Fernsehen erfolgt sei. Dies sei von der Beklagten bestritten worden. Anhand der Feststellungen hätte daher nicht auf Veröffentlichung des Urteils in ORF 1 erkannt werden dürfen.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass unter "österreichisches Fernsehen" allgemein in erster Linie die beiden Programme des ORF verstanden werden, auch wenn der Sender ATV-Plus dazugehört. Das Vorbringen des Klägers, die Werbungen seien im österreichischen Fernsehen geschaltet gewesen, beinhaltet daher jedenfalls auch die behauptete Schaltung in den beiden ORF-Programmen. Dass die Werbespots mit dem Sujet "Waldarbeiter" im TV geschaltet waren, wurde von der Beklagten zugestanden. Die Beklagte hat schließlich

auch - worauf der Berufungsgegner zu Recht hinweist - das Vorbringen, die inkriminierten Werbeaussagen seien oftmals im ORF-Werbefernsehen zu sehen gewesen, nicht substantiiert bestritten und ist diesem Vorbringen des Klägers keineswegs durch die konkrete und leicht beweisbare Behauptung, die Werbung sei nur auf ATV-Plus gezeigt worden, entgegnet. Mangels substantiiert Bestreitung konnte daher die erfolgte Werbung im ORF-Werbefernsehen als schlüssig zugestandene Tatsache (§ 267 ZPO) der Entscheidung zugrundegelegt werden (SZ 55/116; RIS-Justiz RS0039927).

Damit hat das Erstgericht die Beklagte zu Recht auch zur Veröffentlichung des Urteils im Fernsehprogramm ORF 1 verpflichtet.

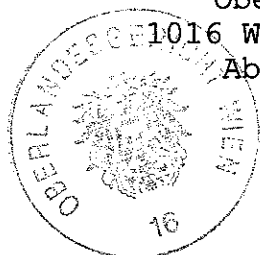
Der unberechtigten Berufung war daher der Erfolg zu versagen.

Der Ausspruch über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes folgt der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung entschieden hat und eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu lösen war.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt.1, am 25.Mai 2007



Dr. Regine Jeslonek
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100

100