



28 Cg 196/09g

Republik Österreich
Landesgericht Wiener Neustadt

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Wiener Neustadt als Handelsgericht erkennt durch den Richter Dr. Andreas Pscheidl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Dr. Stefan Langer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei **Billa Aktiengesellschaft**, 2355 Wiener Neudorf, IZ-NÖ-Süd, Straße 3, Obj. 16, vertreten durch Dr. Wolfgang Vanis Rechtsanwalt GmbH, Wien, wegen **Unterlassung und Feststellung** (Streitwert € 36.000,-) nach öffentlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in ihrer Rundfunkwerbung den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie würde bestimmte Produkte zu bestimmten Zeiten zu verminderten Preisen verkaufen, etwa durch Ankündigungen wie *„Diesen Freitag und Samstag -25% auf alle Getränke ausgenommen Heißgetränke, Molkerei- und Clever-Produkte“*, wenn sich diese Aktion nur auf bestimmte Kundengruppen, etwa auf ihre „Vorteils-Club Mitglieder“ beschränkt und darauf in der Rundfunkwerbung nicht ausreichend deutlich hingewiesen wird.

2. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei, die mit € 6.308,72 (darin enthalten € 944,62 an 20% Ust und € 641,00 an Barauslagen) bestimmten Kosten des

Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung 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 Urteilsspruchs in den Radioprogrammen Ö3 im „Ö3 Wecker“ zwischen 8 und 9 Uhr früh, im Radio Niederösterreich sowie in den Fernsehprogrammen ORF 1 und ORF 2 sowie in den Österreichischen Werbefenstern der Programme Pro Sieben und Sat 1 und RTL, jeweils unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogrammes.

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

Die klagende Partei beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte vor, die beklagte Partei, die unter dem Namen „Billa“ eine Supermarktkette mit zahlreichen Filialen bundesweit betreibt, habe in zahlreichen Rundfunkwerbespots am und kurz vor dem 6.11.2009 einen Preisnachlass von minus 25% auf alle Getränke, gültig für Freitag 6. und Samstag 7.11.2009 beworben. Der Rabatt sei jedoch nur jenen Kunden gewährt worden, welche im „Vorteils-Club“ der Beklagten seien. Der Hörfunkspot habe darauf jedoch keinen Hinweis enthalten. In der Fernsehwerbung sei der Hinweis nicht leserlich gewesen. Ebenso sei um den und am 13.11.2009 im Fernsehen in gleicher Form die Aktion „minus 25% auf das gesamte Tiefkühlsortiment (ausgenommen clever-Produkte)“ beworben worden, welche jedoch wiederum nur für „Vorteils-Club“ Mitglieder gegolten habe. Der Hörfunkspot zu dieser Aktion enthalte zwar einen Hinweis, dass der Preisnachlass nur für „Vorteils-Club“ Mitglieder gelte, jedoch müsse man bei einmaligem Hören des Spots schon sehr achtsam sein um die Beschränkung auf Vorteilsclubmitglieder zu

realisieren. Beim Fernsehspot zu dieser Aktion sei der Hinweis nicht leserlich gewesen. Die beklagte Partei habe durch das inkriminierte Verhalten, Kunden, welche keine „Vorteils-Club“ Mitglieder seien und dies auch nicht werden wollen, veranlasst, ihre Filialen aufzusuchen, um den vermeintlich für jedermann geltenden Rabatt in Anspruch zu nehmen. Der ausdrückliche und ausreichend deutliche Hinweis in ihrer Werbung, dass eine bestimmte Aktion nur für „Vorteils-Club“ Mitglieder gelte, betreffe eine wesentliche Information im Sinne des § 2 Abs 4 und Abs 6 Z 3 UWG, welche ohne weitere Schwierigkeiten in den gesprochenen Text der Rundfunkwerbung aufgenommen werden könne. Durch Unterlassung dieses Hinweises sei der Beklagten eine Geschäftspraktik vorzuwerfen, die geeignet sei, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst werde, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die beklagte Partei verstoße damit gegen § 2 Abs 1 Z 4 UWG. Wiederholungsgefahr sei aufrecht, weil bereits ein einmaliger Verstoß gegen das UWG Wiederholungsgefahr indiziere. Die klagende Partei brachte weiters vor, dass Rundfunkwerbungen der beklagten Partei regelmäßig nicht geeignet seien, auf die Einschränkung der angekündigten Rabatte auf „Vorteils-Club“ Mitglieder hinzuweisen und begehrte die Unterlassung und Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten.

Nicht jeder, der sich von der Aktionswerbung der Beklagten angesprochen fühle, wolle „Vorteils-Club“ Mitglied werden, auch wenn dafür kein Entgelt zu leisten sei. Mit dem Erwerb der Mitgliedschaft sei verbunden, dass die Daten der Mitglieder automationsunterstützt verarbeitet und für Marketingzwecke der Beklagten verwendet werden würden. Der Widerruf zur Zustimmung zur Datenverarbeitung bewirke jedoch den Entfall der Vorteile. Auch komme es dem Durchschnittsverbraucher nicht in den Sinn falsche Daten anzugeben und es wäre dann auch die Zusendung der Mitgliedskarte unmöglich. Nicht jedem Umworbenen sei bekannt, dass die Aktionen auf „Vorteils-Club“ Mitglieder beschränkt seien, da regelmäßig und häufig auch Preisnachlässe gewährt werden, welche nicht auf Mitglieder des „Vorteils-Clubs“ beschränkt seien. Auch könne nicht davon ausgegangen werden, dass jeder, der mit der Rundfunkwerbung der Beklagten konfrontiert sei, regelmäßiger Kunde der Beklagten sei. Die Beklagte überspanne fraglos die Anforderungen an den Durchschnittsadressaten, wenn sie unterstelle,

gleichsam jeder Österreicher müsse ihre Printwerbungen zur Kenntnis nehmen, bevor er sich mit dem Inhalt ihrer Rundfunkwerbungen auseinandersetze. Außerdem ergebe sich aus dem Hörfunkspot für den minus 25% Rabatt auf alle Tiefkühlprodukte, dass es möglich sei, auch in der Hörfunkwerbung auf die Beschränkung der Aktionen hinzuweisen.

Selbst bei Unterstellung der von der Beklagten vorgebrachten hohen Marktdurchdringung sei die Gruppe jener Kunden, die bislang nicht Mitglieder des Billa Vorteilsclubs, ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise seien. Auch an diese hätte sich die inkriminierte Werbung gerichtet, es könne nicht unterstellt werden, dass sich sämtliche Kunden, insbesondere auch solche, die noch nicht Mitglieder des Billa Vorteilsclubs wären, im Detail mit der Frage beschäftigen würden, welche Werbungen in welchen Medien die Beklagte für ihre einzelnen Aktionen schalte. Daher wäre der Schluss unzulässig, dass aus der Bewerbung früherer Aktionen sämtliche angesprochenen Verkehrskreise davon Kenntnis haben müssten, dass die hier inkriminierte Werbung so zu verstehen sei, dass sich das Angebot nur an Mitglieder des Vorteilsclubs richte.

Es sei irrelevant, wenn Dienstnehmer der Beklagten fallweise gegen ihre Anweisungen Rabatte durch Zurverfügungstellung eigener Karten gewähren würden oder ebenso Interimskarten für den Vorteilsclub ohne Zurverfügungstellung der Daten annehmen würden.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren und führte dazu aus, dass es richtig sei, dass sie in über tausend Filialen in ganz Österreich den Einzelhandel mit Lebensmitteln und anderen Waren des täglichen Bedarfs betreibe. Weiters richtig sei auch, dass sie am 6., 7.11.2009 und am 13.,14.11.2009 Warengruppenrabatte von 25% für alle Getränke bzw. für das gesamte Tiefkühlsortiment angekündigt und gewährt habe. Richtig sei auch, dass diese Warengruppenrabatte nur „Vorteils-Club“ Mitgliedern gewährt worden seien. Die beklagte Partei führe derartige Aktionen, welche stets nur „Vorteils-Club“ Mitgliedern gewährt würden, bereits seit langer Zeit durch und bewerbe jede dieser Aktionen intensiv, insbesondere durch Flugblätter, Inserate, Hörfunkspots sowie Plakate an den Außenseiten und im Inneren der über tausend Billa-Filialen. Diese Aktionen und auch die Beschränkung auf „Vorteils-Club“ Mitglieder seien jedem Konsumenten, der auch nur gelegentlich Lebensmittel

einkäufe, geläufig. Der Hinweis, dass die Aktion exklusiv für „Vorteils-Club“ Mitglieder gelte, werde von der beklagten Partei vorsichtshalber fast lückenlos angebracht. Lediglich in einer Hörfunkwerbung sei dieser Hinweis weggelassen worden, weil der Text in der üblichen Hörfunkspotlänge nicht untergebracht werden hätte können. Zudem könne die „Vorteils-Club“ Mitgliedschaft sofort, unproblematisch, kostenlos und ohne Übernahme irgendeiner Verpflichtung erlangt werden. Jeder Konsument könne mit wenigen Angaben „Vorteils-Club“ Mitglied werden und könne sofort mittels einer vorläufigen „Vorteils-Club“ Karte den Warengruppenrabatt in Anspruch nehmen. Die Richtigkeit der Angaben des Konsumenten werde nicht überprüft. Der Konsument könne auch nach dem Einkauf seine im Anmeldeformular enthaltene Zustimmungserklärung zur Verarbeitung seiner Daten sogleich widerrufen. Auf diese Möglichkeit sei im Anmeldeformular ausdrücklich hingewiesen. Wenn wie im gegenständlichen Fall eine Aktion in verschiedenen Medien angekündigt werde, sei die Irreführungseignung nicht isoliert in Bezug auf ein einzelnes Medium, sondern auf die Werbekampagne insgesamt zu beurteilen. Im Lichte der vielfältigen und sehr intensiven Werbemaßnahmen der beklagten Partei könne beim Durchschnittskonsumenten keine irriige Vorstellung hervorgerufen werden. Wer sich der medialen Kommunikation nicht gänzlich entziehe, könne die Wahrnehmung der intensiven Werbekampagnen der beklagten Partei nicht verhindern. Ergänzend brachte die Beklagte vor, dass sie ein Callcenter habe, in dem alle Beschwerden der Kunden einlangen würden und, dass hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Werbung kein einziger Beschwerdeanruf eingelangt sei.

Der Billa Vorteilsclub habe über 3 Mio Mitglieder, fast alle Billa Kunden seien auch Vorteilsclub-Mitglieder. Auf Basis der GFK-Daten und der Kassabonsummen der Billa AG ergebe sich der Jahresumsatz von rund € 2,1 Mrd. und jeweils bezogen auf das Jahr 2009 dass ca. 3 Mio Haushalte bei Billa eingekauft hätten, was einem Anteil von 86,4 % aller österreichischen Haushalte entspreche. Die durchschnittlichen Ausgaben pro Haushalt und Jahr würden sich auf € 708,- belaufen, bei Division durch die durchschnittliche Kassabonsumme von € 18,46 gelange man zu einer Kauffrequenz von 0,7 Besuchen pro Woche oder 38 Besuchen pro Haushalt und Kalenderjahr. Es wäre daher realitätsfremd anzunehmen, dass jene wenigen Kunden, die nicht ohnehin Vorteilsclub-Mitglieder sind, nicht wissen würden, dass die Warengruppenrabatte am Freitag und Samstag nur für Vorteilsclub-

Mitglieder gelten würden. Diese Warengruppenrabatte nur für Vorteilsclub-Mitglieder am Freitag und Samstag habe die beklagte Partei seit Anfang 2009 wöchentlich durchgeführt. Dem gegenüber habe es im Jahr 2009 nur insgesamt 8 Rabattaktionen gegeben, welche für alle Kunden gelten würden. Diese 8 Aktionen hätten sich von den Vorteilsclub-Mitgliederaktionen dadurch unterschieden, dass sie mit einer Ausnahme für das gesamte Sortiment, nicht für eine Warengruppe, gegolten hätten. Überdies würden die Vorteilsclub-Aktionen in völlig anderer Weise beworben als die anderen Aktionen und nur für die Vorteilsclub-Aktionen werde, und das für das ganze Jahr 2009, der Slogan „satte Rabatte“ verwendet. Dies mit einer eigenen typischen Akustik und Visualisierung.

Die Beschränkung auf der Rabattaktion auf Vorteilsclubmitglieder sei in der Praxis auch deshalb irrelevant, weil es häufig vorkomme, dass das Kassenspersonal der beklagten Partei einem Kunden, der einen mitgliederrabattierten Artikel kauft, aber nicht Mitglied ist, eine eigen Karte zur Verfügung stellt und dem Kunden somit zum Rabatt ver helfe.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden, nämlich Postwurfsendung „Billa“ Warengruppenrabatt Getränke ./A, Kassabon vom 6.11.2009 ./B, Kassabon vom 7.11.2009 ./C, Ausdruck „Billa“ Homepage ./D, „Billa“ Vorteilsclub Anmeldeformular ./1, Außenplakat „Billa“ Warengruppenrabatt Getränke ./2. Postwurfsendung „Billa“ Warengruppenrabatt Getränke ./3, Inserat „Billa“ Warengruppenrabatt Getränke ./4, DVD mit Hörfunk- und Fernsehwerbung ./5, Außenplakat Warengruppenrabatt Tiefkühlsortiment ./6, Inserat „Billa“ Warengruppenrabatt Tiefkühlsortiment ./7, Flugblatt „Billa“ Warengruppenrabatt Tiefkühlsortiment ./8 sowie durch Einvernahme der Zeugin Mag.

Danach steht nachstehender Sachverhalt fest:

Die beklagte Partei betreibt unter dem Namen „Billa“ bundesweit ein Lebensmittel-Einzelhandelsunternehmen. Von 3,47 Millionen Haushalten, die den Lebensmitteleinzelhandel 2009 frequentierten, kauften 3 Millionen in den Filialen der Beklagten ein. Dabei betrug die durchschnittliche Frequenz 38 Besuche im Jahr,

somit umgerechnet 0,7 Einkäufe pro Woche (Beilage ./9). Die Beklagte gewährt Stammkunden, die sich für den „Billa Vorteils-Club“ anmelden, gewisse Vergünstigungen. Den Vorteilsclubmitgliedern steht einerseits ein Dauerpreisprogramm zur Verfügung, andererseits gibt es die – verfahrensgegenständliche – Aktion „Satte Rabatte“. Des Weiteren gibt es auf Kassabons angedruckte Gutscheine, ein Gratisclubmagazin, ein vergünstigtes Kinderclubmagazin, vergünstigte Reiseangebote und auf Wunsch auch Geburtstagsmailings und diverse Informationen auf Wunsch. Um Mitglied des Billavorteilsclubs zu werden muss ein Kunde das dafür vorgesehene Formular (Beilage ./11) ausfüllen, in dem er zunächst seinen Namen, sein Geburtsdatum, seine Adresse, seine Telefonnummer und E-Mail-Adresse sowie weiters die Anzahl von Personen im Haushalt angeben muss. Zusätzlich können auch die Geburtsdaten der Kinder angegeben werden. Durch die Unterschrift des Antrags zeichnet der Kunde gleichzeitig die auf dem Formular in Kleindruck gehaltene Erklärung ab:

„Ich stimme zu, dass meine vorstehenden Daten sowie die Daten meiner Einkäufe bei der Billa AG automationsunterstützt verarbeitet und für Kundenbetreuung und Marketing der Billa AG – bei Angabe von E-Mail und Handy auch in Form von elektronischer Post (E-Mail, SMS) – verwendet werden. Diese Zustimmungserklärung kann ich jederzeit widerrufen. Ein derartiger Widerruf bewirkt die Unzulässigkeit der weiteren Verarbeitung meiner Daten. Ich stimme zu, dass im Fall des Widerrufs keine Vorteile mehr gewährt werden. Die Zustimmungserklärung zur Zusendung von E-Mails und SMS kann ich ebenso jederzeit widerrufen. Als Vorteilsclubmitglied erhalte ich jeweils die bekanntgemachten Vorteile.“

Auf der gegenüberliegenden Seite des Formulars befindet sich eine heraustrennbare Kartonkarte, die mittels eines Zahlencodes und eines Strichcodes dem Antragsformular zugeordnet ist. Unmittelbar nach Abgabe des Formulars kann der Kunde diese Kartonkarte als Interims-Vorteilsclubkarte nutzen. Je nach Wunsch wird dem Vorteilsclubmitglied nach Verarbeitung seiner Daten eine Vorteilsclubkarte aus Plastik zugesandt oder die Bankomat-/Maestrokarte des Kunden als Vorteilsclubkarte freigeschaltet. Durch die Interimskarte ist es dem Kunden möglich, gleich beim ersten Kassiervorgang nach Abgabe des Formulars die Vorteile des Vorteilsclubs in Anspruch zu nehmen. Gibt ein Kunde im Formular falsche Daten an, so verhindert dies zwar die Zusendung der endgültigen Vorteilsclubkarte, weswegen

die Beklagte in derartigen Fällen versucht über Kassabons den Kunden zur Kontaktaufnahme aufzufordern, es hindert ihn aber nicht daran, mit der Interimskarte auf unbestimmte Zeit die Vorteile der Vorteilsclubkarte zu nutzen.

In der Praxis kommt es vor, dass Kassiere der Beklagten bei Kunden, die nicht Vorteilsclubmitglieder sind, ihre eigene Karte einscannen um dem Kunden die Preisvorteile zuzuwenden oder aber Interimskarten im Wissen annehmen, dass der Kunde das Antragsformular nicht ausgefüllt hat. Derartiges Vorgehen widerspricht jedoch den internen Anweisungen der Beklagten. Die Beklagte ist grundsätzlich bemüht, derartiges Verhalten, insbesondere durch Nachschulungen des Personals, zu verhindern.

Eine wesentliche Vergünstigung die Kunden des Vorteilsclubs im Jahr 2009 erhielten, waren die sogenannten „Satten Rabatte“. Dabei handelte es sich um allgemeine Preisnachlässe in einer bestimmten Produktkategorie, die jeweils für einen oder mehrere bestimmte Tage gewährt wurden. In beinahe jeder Kalenderwoche des Jahres 2009 wurden derartige Rabatte gewährt, wobei die Kategorien beispielsweise von Obst und Gemüse über Feinkost zu Räucherlachs, Selchfleischwaren, Chef-Menüs, Süßwaren und Knabbergebäck reichten. Die Nachlässe betruhen zu einem großen Teil -25 %, zum Teil aber auch -10 %, vereinzelt auch -35 % vom üblichen Preis. Gleichzeitig gab es im Jahr 2009 insgesamt 9 Aktionen, bei denen an einem Tag (in einem Fall an zwei aufeinanderfolgenden Tagen) für alle Kunden ein Nachlass von -10 % auf alle Produkte (am 7.12.2009 -15 % auf alle Produkte) gewährt wurde (Beilage ./10). Diese für alle Kunden gültigen Aktionen wurden optisch anders beworben als die Aktion „Satte Rabatte“. Die Bewerbung der „Satten Rabatte“ erfolgte im Jahr 2009 über mehrere Werbekanäle, nämlich im Fernsehen, im Rundfunk, in Tageszeitungen, in Flugblättern, die in einer Auflage von 3,2 bis 3,3 Millionen an fast alle österreichischen Haushalte gestreut wurden, im Internet, per SMS, per Online-Newsletter an alle registrierten User sowie an und in den Geschäftslökalen der Beklagten selbst.

Je nach Attraktivität wurden für eine Aktion alle Werbemaßnahmen eingesetzt oder nur ein Teil davon. Bei weniger attraktiven Produkten verzichtet die Beklagte auf Fernsehspots oder allgemein auf die elektronischen Medien, jedenfalls immer eingesetzt wurde das Flugblatt, die Zeitungswerbung und die Posterwerbung

sowie die Werbung im Internet. Die verfahrensgegenständlichen Aktionen vom 6./7.11. und 13./14.11. wurden mit dem vollen Werbeprogramm beworben.

Am 6. und 7.11.2009 gewährte die Beklagte exklusiv allen Mitgliedern ihres „Vorteilsclubs“ einen 25 %igen Rabatt auf alle Getränke. Diese Aktion wurde kurz vor und am 6.11.2009 durch Postwurfsendungen, Inserate, Plakate, Hörfunk- und Fernsehspots beworben. In Zeitschriften wurde die Aktionen mit dem einen Teil der Feststellungen bildenden Inserat Beilage ./4 beworben, wobei derartige Inserate in der Kronen Zeitung, in Österreich, in der Kleinen Zeitung und oft auch in der Tiroler Tageszeitung geschaltet wurden und jeweils eine Seite umfassten.

Beilage / 4
verleitet durch
Dr. Wolfgang Vanis
Rechtsanwalt GmbH

Exklusiv für Vorteils-Club Mitglieder

Vorteils-BILLA Club

Satte Rabatte!

Am Freitag, 6. November
und Samstag, 7. November 2009

-25%
auf alle Getränke
ausgenommen Heißgetränke,
Molkerei- und Clever-Produkte

Exklusiv für Vorteils-Club Mitglieder. Gilt auch auf Abholungen.

BILLA
sagt der Hausverstand.

Angebote gültig so lange der Vorrat reicht.
Abgabe nur in Haushaltsmengen. Kein Verkauf an Wiederverkäufer.

In den Filialen der Beklagten wurde die Aktion mit Plakaten beworben, die optisch mit Beilage ./4 ident war (Beilage ./2). Dabei sind die Außenplakate in der Größe A0, die Innenplakate in den Größen A2 und A4 dargestellt worden. An den jeweiligen Regaloberkanten wurde das Plakat in der Größe A4 angebracht. Bei den

einzelnen Produkten waren Regalpreisschilder über 6 bis 7 cm mal 15 cm angebracht, die eine andere optische Gestaltung jedoch das selbe runde Symbol minus 25 % aufwiesen sowie das Vorteilsclublogo und die Wendung „exkl. Vorteilsclubmitglieder, gilt auch für Aktionspreise!“. Die Fernsehwerbung erfolgte in ORF 1 und 2, ATV sowie den Österreichfenstern der meisten privaten Fernsehsender, also RTL, Pro Sieben, Sat 1 und zwar mittwochs, donnerstags und freitags im Fernsehen und donnerstags, freitags und samstags im Rundfunk. Die tägliche Frequenz war von Sender zu Sender unterschiedlich, im ORF etwa 6 bis 7 Schaltungen täglich, bei privaten Radiosendern war die Frequenz etwas höher.

Weiters wurde die Aktion durch das als Postwurfsendung versendete Flugblatt Beilage /3, das ebenfalls einen Teil der Feststellungen bildet, beworben.



Im Text der Hörfunkspots fand sich kein Hinweis, dass die Aktion nur für „Vorteils-Club“ Mitglieder gültig war. Der Text der Hörfunkspots lautete:

„Satte, satte, satte Rabatte - bei Billa können Sie diesen Freitag und Samstag Ihren Durst auf kleine Preise löschen. Denn diesen Freitag und Samstag gibts bei Billa minus 25% auf alle Getränke. Billa sagt der Hausverstand. Aktion ausgenommen Heißgetränke, Molkerei- und clever-Produkte.“ und “Satte, satte, satte Rabatte - bei Billa können Sie heute ihren Durst auf kleine Preise löschen, denn heute gibts bei Billa minus 25% auf alle Getränke. Billa sagt der Hausverstand.

Aktion ausgenommen Heißgetränke, Molkerei- und clever-produkte.“

Mit den gleichen Texten wurde die Getränkeaktion im Fernsehen beworben, wobei für ca. 3 Sekunden des 15-sekündigen Werbespots ein großer rotgefärbelter Kreis zu sehen war, auf welchem in weißer Schrift „-25% auf alle Getränke“ und darunter in kleinerer Schrift „ausgenommen Heißgetränke, Molkerei- und clever-Produkte“ zu lesen war. Ebenfalls im roten Kreis, war in noch kleinerem Druck und parallel zur weißen Umrandung zu lesen: „Exklusiv für Vorteils-Club Mitglieder. Gilt auch auf Aktionspreise!“ (DVD mit Hörfunk- und Fernsehwerbung ./5)

Am 13. und 14.11.2009 gewährte die Beklagte exklusiv allen Mitgliedern ihres Vorteilsclubs minus 25% auf das gesamte Tiefkühlsortiment. Auch diese Aktion wurde kurz vor und am 13.11.2009 auf die beschriebene Art durch Postwurfsendungen, Inserate, Plakate, Hörfunkspots und Fernsehspots beworben. Hier erfolgte die Werbung durch das einen Teil der Feststellungen bildende Inserat/Plakat Beilage ./7 (geringfügige Unterschiede zu Blg. ./6 und ./8 betreffen nicht



den entscheidungswesentlichen Inhalt).

Im Hörfunkspot fand sich diesmal der Hinweis, dass die Aktion exklusiv für „Vorteils-Club“ Mitglieder gilt. Der Text des Hörfunkspots lautete:

“Satte, satte, Rabatte - Achtung: Billa senkt diesen Freitag und Samstag eiskalt die Preise. Diesen Freitag und Samstag gibt es für alle Vorteilsclub-Mitglieder minus 25% auf das gesamte Tiefkühlsortiment. Billa sagt der Hausverstand. Aktion augenommen clever-Produkte.“

Der Text des Fernsehspots zu dieser Aktion lautete:

“Satte, satte, satte Rabatte - Achtung Billa senkt diesen Freitag und Samstag eiskalt die Preise. Diesen Freitag und Samstag gibts bei Billa minus 25% auf das gesamte Tiefkühlsortiment. Billa sagt der Hausverstand.“ Für ca. 7 Sekunden des 15-sekündigen Werbespots war ein großer rotgefärbelter Kreis zu sehen, auf welchem in weißer Schrift „-25% auf das gesamte Tiefkühlsortiment“ und darunter in kleinerer Schrift „ausgenommen clever-Produkte“ zu lesen war. Ebenfalls im roten Kreis, war in noch kleinerem Druck und parallel zur weißen Umrandung zu lesen: „Exklusiv für Vorteils-Club Mitglieder. Gilt auch auf Aktionspreise!“ (DVD mit Hörfunk- und Fernsehwerbung ./5).

Beweiswürdigung:

Soweit der entscheidungswesentliche Sachverhalt nicht ohnedies bereits außer Streit stand, gründen sich die Feststellungen auf die im Rahmen der Feststellungen in Klammerausdruck angeführten unbedenklichen Urkunden und sonstigen Beweisgegenstände sowie die überzeugende, unwidersprochen gebliebene Aussage der Zeugin Mag. K XXXXXXXXXX

Rechtlich folgt:

Die klagende Partei ist nach § 14 Abs. 1 UWG zur Klage legitimiert. Nach § 2 Abs 4 UWG gilt eine Geschäftspraktik 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. Bei einer Aufforderung an Verbraucher zum Kauf gilt

nach § 2 Abs 6 Z 3 UWG der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder wenn dieser vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art seiner Berechnung, als wesentliche Informationen iSd Abs 4, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Somit sind die Konditionen für die Gewährung eines Preisnachlasses in der Höhe von 25 % jedenfalls eine wesentliche Information im Sinne der genannten Bestimmung.

Der Hinweis in einem Hörfunkspot, dass eine Aktion nur für „Vorteils-Club“ Mitglieder gilt, ist somit eine wesentliche Information iSd § 2 Abs 4 UWG. Das Unterbleiben einer ausreichenden Klarstellung, im kurz vor und am 6.11.2009 gesendeten Hörfunkspot der beklagten Partei, dass die Preisreduktion exklusiv für „Vorteils-Club“ Mitglieder galt, war irreführend. Es ist nicht anzunehmen, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher mit den Werbeaktionen der Beklagten so vertraut ist, dass er unterscheiden kann, welche Aktion Preisnachlässe exklusiv für „Vorteils-Club“ Mitglieder gewährt und welche für alle Kunden gilt. Der Hörfunkspot ist somit als irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 4 UWG anzusehen, welche per se unlauter ist. Auch der Fernsehspot zu der Aktion vom 6.11.2009 ist als irreführend anzusehen, da der Hinweis auf die Exklusivität des Angebotes zwar eingeblendet wurde, jedoch nicht in gleicher Auffälligkeit wie die übrigen Teile der Werbung und nur für eine Dauer von ca. 3 Sekunden. Der Hinweis konnte somit von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht ausreichend wahrgenommen werden. Die Rechtfertigungen der Beklagten können nicht überzeugen. Aufgrund der Feststellungen ist einzuräumen, dass bei Zusammenschau der einzelnen Werbemittel der Beklagten, aktiver Aufmerksamkeit, und Kenntnis der gesamten Werbekampagne ein verständiger Kunde auch bei einem einmaligen Radiospot, der keinen Hinweis auf die Exklusivität für Vorteilsclubmitglieder enthält oder einen Fernsehspot, bei dem dieser Hinweis nur zu kurz um wahrgenommen zu werden abgebildet wird, sich dessen im Klaren sein müsste, dass diese Aktion nur Vorteilsclubmitgliedern zu Gute kommt. Diese Annahme entspricht jedoch nicht der geschäftlichen Realität. Auch bei der hohen Marktdurchdringung der Beklagten ist schon aus den eigenen Daten der Beklagten ersichtlich, dass deren „Durchschnittseinkäufer“ eine ihrer Filialen im Schnitt weniger als einmal pro Woche betritt. Folglich muss es eine beträchtliche Zahl an bloß gelegentlichen Kunden geben, die entweder selbst überhaupt nicht regelmäßig in

Supermärkten einkaufen, oder aber primär Kunden einer oder mehrerer anderer Supermarktketten sind. Insbesondere von diesen kann nicht erwartet werden, dass sie sich mit den Werbekampagnen der Beklagten intensiv auseinandersetzen und verschiedene Medien vergleichen. Im Übrigen kann die Argumentation der Beklagten mit der Judikatur des OGH zur Serienberichterstattung (RIS-RS0115948) nicht verfangen. Nicht nur, dass Inhalt dieser Erkenntnisse die Irreführung durch mehrere einzelne Werbeaussagen in Zusammenschau ist und gerade nicht die „Heilung“ einer irreführenden Aussage durch andere Aussagen, betreffen diese Erkenntnisse nicht den Fall, dass die einzelnen Aussagen in unterschiedlichen Medien getätigt wurden. Die Auseinandersetzung mit verschiedenen Medien kann dem Konsumenten jedenfalls nicht abverlangt werden. Durchaus denkbar ist, dass einzelne Konsumenten nur durch ein oder doch durch wenige der genannten Medien erreicht werden. Nicht undenkbar ist der Konsument, der nie oder ganz selten in den Filialen der Beklagten einkauft, weder Computer noch Fernseher nutzt, keine Tageszeitungen liest und die Zustellung von Postwurfsendungen untersagt hat. In diesem Fall ist das Radio das einzige Werbemedium der Beklagten, das ihn erreicht. Auch in diesem Fall muss der Kunde vor Irreführung geschützt werden. Dass Unterschiede zwischen den Preisnachlässen für alle Kunden und der Aktion „Satte Rabatte“ bestehen, trifft zwar zu – wenn auch das Argument, dass sie als unterschiedliche Prozentsätze gewählt werden nicht richtig ist, weil auch bei der Aktion „Satte Rabatte“ zum Teil nur Nachlässe von -10 % gewährt wurden – mutet dem Konsumenten aber zu, die gesamte Werbestrategie der Beklagten zu analysieren. Die Systematik der Werbekampagnen zu durchschauen ist zwar für das Gericht, dem eine entsprechende Aufstellung vorgelegt wurde, ohne größere Mühe möglich, nicht aber für den durchschnittlichen Kunden.

Wenn die Beklagte argumentiert, dass ohnedies jeder Kunde unverzüglich in den Genuss der Vorteilsclubmitgliedschaft und dadurch des Preisnachlasses gekommen wäre, wenn er auch falsche Daten angegeben hätte oder aber der Kassier eine fremde Karte über den Scanner gezogen hätte, so mag dies faktisch zutreffen, beide Vorgangsweisen sind jedoch von der Beklagten verpönt und könnten im Übrigen sogar Straftatbestände, nämlich einerseits Betrug nach § 146 StGB und andererseits Untreue nach § 153 StGB, darstellen. Auch die theoretisch gegebene Möglichkeit, den Widerruf zur Verwendung der persönlichen

Daten auszusprechen ändert nichts an der Einschätzung des Gerichts, weil diese mit einem Verlust der Vergünstigungen des Vorteilsclubs einhergehen würde. Allgemein ist auszuführen, dass sich der Wettbewerbsvorteil der Beklagten bereits dadurch realisiert, dass ein Kunde, der im Glauben, dass der Preisnachlass allen Kunden gewährt wird, die Filiale der Beklagten aufsucht, was er sonst nicht getan hätte. Diesen auf unlautere Weise erlangten Vorteil genießt die Beklagte aber auch in den eben geschilderten Fällen.

Anders verhält es sich mit der Fernsehwerbung zu der Aktion vom 13.11.2009 in welcher der Hinweis auf die Exklusivität der Aktion zwar nicht in gleicher Auffälligkeit wie die übrigen Teile der Werbung, jedoch für eine Dauer von ca. 7 Sekunden eingeblendet war, weshalb dieser von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen werden konnte. Der Fernsehspot ist somit nicht als irreführend iSd § 2 Abs 4 UWG anzusehen.

Nach § 14 UWG kann der Verein für Konsumenteninformation im Fall einer irreführenden Geschäftspraktik nach § 2 UWG einen Unterlassungsanspruch geltend machen. Da die Beklagte, keine besonderen Umstände dartun konnte, die eine Wiederholung ihrer Handlung als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen, ist Wiederholungsfahr gegeben, weshalb ein Anspruch auf Unterlassung besteht (4 Ob 22/95).

Nach § 25 Abs. 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei bei Vorliegen eines berechtigten Interesses die Befugnis zur Urteilsveröffentlichung zuzusprechen. Die Veröffentlichung soll die durch einen Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung richtig stellen und verhindern, dass diese Meinung weiter um sich greift. Sie dient der Aufklärung des Publikums über einen bestimmten Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt. Die Berechtigung des Begehrens auf Urteilsveröffentlichung hängt davon ab, ob an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß ein schutzwürdiges Interesse des Klägers besteht. Voraussetzung der Publikationsbefugnis ist, dass die unlautere Wettbewerbshandlung eine gewisse Publizität erlangt hat, da dann das Publikum über einen Gesetzesverstoß aufgeklärt werden muss bzw. dann auch in Zukunft nachteilige Auswirkungen zu besorgen sind. Es musste die Rechtsverletzungen einem größeren Kreis von Personen tatsächlich

bekannt geworden sein (*Schmid* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG § 25 Rz 14 ff). Gegenständlich liegen diese Voraussetzungen vor. Aufgrund der festgestellten großen Reichweite der Werbekampagnen der Beklagten und dem dieser dadurch verschafften Wettbewerbsvorteil Besteht ein berechtigtes Interesse der klagenden Partei an der Veröffentlichung des Urteils. Der Äquivalenzgrundsatz (*Schmid* aaO, § 25 Rz 25) rechtfertigt aus diesem Grund auch die begehrte Veröffentlichung in Medien mit einer außergewöhnlich hohen Reichweite.

Die Kostenentscheidung gründet sich dem Grunde nach auf § 41 Abs. 1 ZPO, der Höhe nach auf die unbeanstandet gebliebene Kostennote des Klagevertreters.

Landesgericht Wiener Neustadt
2700 Wiener Neustadt, Maria-Theresien-Ring 5
Abt. 18/28, am 20.9.2010

Dr. Andreas Pscheidl
Richter
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG