



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 114/12i

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichts Dr. Strolz und den KR Mag. Rosi in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Hutchison 3G Austria GmbH**, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28.3.2012, 19 Cg 148/11b-8, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 (darin EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die Beklagte bewarb ihren Tarif „3BestKombi“ im Zeitraum vom 9. bis 28.6.2011 vielfach in den Fernsehprogrammen ORF 1, ATV, Puls 4, Servus TV, Go TV, Viva und in den österreichischen Werbefenstern von RTL, RTL 2, Sat 1, Kabel 1, VOX und Pro 7, weiters auch im Radio. Der genaue Ablauf der Fernsehwerbung kann dem angefochtenen Urteil (Seite 3) entnommen werden. Darin wurde der Tarif „3BestKombi“ um EUR 10,-- pro Monat beworben. Durch eine Zeit von insgesamt etwa 7 Sekunden, während der auf dem Bildschirm verschieden kommentierte Kästchen erscheinen und das Bild vom einzelnen Kommentator zur Gruppe aller auftretenden Personen wechselt, erscheint in einer kleinen Unterzeile der Text „24 Monate Mindestvertragsdauer, EUR 20,-- Servicepauschale pro Jahr, EUR 49,-- Aktivierungsentgelt. Details www.drei.at“.

Hinsichtlich des genauen Textes der Radiowerbung wird auf die Seite 4 des angefochtenen Urteils verwiesen. Darin wird der genannte Tarif um EUR 30,-- bzw EUR 20,-- im Monat beworben.

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte habe es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in ihrer Fernseh- und Radiowerbung für Mobilfunktarife mit mobilem Internet samt Handy den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie böte diese Leistungen zu einem bestimmt genannten fixen Entgelt, insbesondere einem monatlichen Grundentgelt von EUR 30,--, EUR 20,-- oder EUR 10,-- an, insbesondere durch Ankündigungen wie „Handy 0,-- Euro, Tarif 10,-- Euro - ohne Kostenfalle“, „Das iPhone 4 mit dem passenden Tarif um nur 30,-- Euro. Schließlich wollen Sie unbegrenzt telefonieren, nicht unbegrenzt zahlen“, „2000 Minuten, 1000 SMS, unbegrenztes Internet - Handy 0+ Tarif

Euro 30,--" oder durch sinngleiche Ankündigungen, wenn sie tatsächlich zu diesen Entgelten noch weitere fixe, wiederkehrende Entgelte wie beispielsweise eine jährlich zu bezahlende Servicepauschale von EUR 20,-- verlange.

In eventu habe die Beklagte es zu unterlassen, in ihrer Fernseh- und Radiowerbung für Mobilfunktarife mit mobilem Internet samt Handy diese Leistungen zu einem bestimmten, werbewirksam herausgestellten und ziffernmäßig definierten Grundentgelt, insbesondere einem solchen von EUR 30,--, EUR 20,-- oder EUR 10,-- zu bewerben, wenn sie tatsächlich weitere fixe wiederkehrende Entgelte, wie beispielsweise eine jährlich zu bezahlende Servicepauschale von EUR 20,-- für diese Tarife verlange und darauf in ihrer Fernseh- und Radiowerbung nicht ausreichend deutlich hinweise.

Dazu wird ein weiteres Eventualbegehren gestellt und schließlich ein Urteilsveröffentlichungsbegehren erhoben.

Zur Begründung führte der Kläger aus, die Beklagte bewerbe die genannten Tarife unter blickfangartiger, ausdrücklicher Hervorhebung des monatlichen Grundentgelts, wobei dieses Entgelt ein Kontingent an Freiminuten für Mobiltelefonie, SMS und mobilem Internet verspreche. Mit diesem werbewirksam herausgestellten Grundentgelt, das üblicherweise das einzige periodisch wiederkehrende fixe Entgelt in derartigen Verträgen darstelle, finde sie jedoch nicht das Auslangen. Tatsächlich verlange sie zumindest ein weiteres fixes Entgelt unter dem Titel der Servicepauschale, das sie jährlich in Rechnung stelle. Dieses fixe Entgelt vergrößere somit die mit jedem Vertragsabschluss verbundenen fixen Kosten, ohne dass in der Fernseh- und Radiowerbung darauf überhaupt oder zumindest ausreichend deutlich hingewiesen werde. Schließlich führe

die Hinzurechnung der Pauschale je nach Tarif zu einer Erhöhung von 4,17% bis sogar 16,67%. Der Beklagten sei daher eine Irreführung über den Preis und seine Berechnung im Sinn des § 2 Absatz 1 Ziffer 4 iVm § 2 Absatz 6 Ziffer 3 UWG vorzuwerfen.

In der TV-Werbung werde bei allen 3 BestKombi-Tarifen auf die Servicepauschale von EUR 20,-- nur 7 Sekunden lang, durch das Einblenden einer Textzeile, hingewiesen. Die Textzeile sei in kleinster Schriftgröße gehalten. Sie sei daher selbst dann, wenn man sie bewusst wahrnehme und lesen möchte, allein aufgrund der Größe kaum lesbar. Außerdem sei es angesichts des Umstandes, dass bei der Fernsehwerbung viele Bilder und Geräusche auf den Umworbeneen einwirkten, nicht ausreichend, nur in einer kleingedruckten Textzeile am unteren Bildschirmrand auf die Servicepauschale hinzuweisen. Im gesprochenen Text werde sie nicht erwähnt.

In der Radiowerbung fehle jeglicher Hinweis auf die Servicepauschale. Der Radiospot dauere 20 Sekunden, weshalb die Beklagte Zeit finden hätte können, über sämtliche periodisch wiederkehrenden Entgelte korrekt zu informieren. Auch die Beschränkungen von Werbemedien dürften nicht dazu führen, Werbung mit unrichtigem oder irreführendem Inhalt zuzulassen. Die Beklagte habe die Servicepauschale am 28.6.2011 eingeführt. Sie behaupte, dass der Radiospot danach nicht mehr ausgestrahlt worden sei. Sie habe aber damit ihre Tarife zumindest bis zum Tag der Einführung der Servicepauschale massiv beworben, ohne Hinweis darauf, dass diese Tarife in den nächsten Tagen nicht mehr erhältlich wären.

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten könne nicht davon ausgegangen werden, dass jeder potenzielle Kunde

bereits aus den Medien erfahren habe, dass die Beklagte ein neues Entgelt namens „Servicepauschale“ eingeführt habe. Aber selbst wenn der betroffene Verbraucher davon in Kenntnis sei, werde er dessen jährliche Verrechnung nicht als selbstverständlich ansehen. Vielmehr stelle üblicherweise das monatliche Grundentgelt das einzige periodisch wiederkehrende Entgelt dar. Die Beklagte habe daher irreführend gehandelt und über den maßgeblichen Preis nicht vollständig und richtig informiert.

Die beantragte Urteilsveröffentlichung sei angemessen. Sie entspreche dem Talionsprinzip, insbesondere in Anbetracht der Anzahl an Fernseh- und Radiosendern, in denen die Werbespots ausgestrahlt worden seien.

Die **Beklagte** hielt dem Begehren entgegen, über die Einführung der Servicepauschale durch die Anbieter mobiler Telefonie und mobilen Internets sei in den Medien in breitem Umfang und mit großem Aufmerksamkeitswert berichtet worden. Jeder potenzielle Kunde wisse daher, dass er bei der Bewerbung eines Fixpreises pro Monat die jährlich verrechnete Servicepauschale dazudenken müsse. Es scheide daher eine Irreführungseignung von vornherein aus, gleich ob auf die Servicepauschale in den Werbespots hingewiesen worden sei oder nicht.

In der Fernsehwerbung werde der Hinweis auf die Servicepauschale 7 Sekunden lang gut lesbar am unteren Bildschirmrand eingeblendet. Die Radiowerbung sei nach Einführung der Servicepauschale nicht mehr ausgestrahlt worden. Der Verbraucher wisse über die Servicepauschale Bescheid, zudem sei er in Kenntnis, dass Radiowerbung nicht vollständig sein könne, er erwarte daher keine besondere Vollständigkeit der Information. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei „überzogen“.

In der Streitverhandlung vom 14.3.2012 schlossen die Parteien einen Teilvergleich betreffend die - ursprünglich ebenfalls verfahrensgegenständliche - Werbung der Beklagten im Internet. Sie bot auch hinsichtlich der Fernseh- und Radiowerbung den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs an (hinsichtlich des Textes wird auf die Aktenseiten 77 und 79 verwiesen). Insbesondere bot die Beklagte in Bezug auf die Fernsehwerbung einen in „Normalgeschwindigkeit“ gesprochenen Hinweis auf die Servicepauschale oder einen mindestens 7 Sekunden eingeblendeten sichtbaren Hinweis auf die Servicepauschale und ihre Höhe, dessen Auffälligkeit sich aus der Beilage ./1 ergebe, an. In Bezug auf die Radiowerbung wurde die Aufnahme eines in „Normal“Geschwindigkeit gesprochenen Hinweises wie „jährliche Entgelte www.drei.at“ angeboten.

Diese beiden Vorschläge lehnte der Kläger ab, weil das Unterlassungsangebot nicht ausreichend sei. Hinsichtlich der TV-Werbung sei der angebotene Hinweis nicht ausreichend; insbesondere sei, wenn der monatliche Pauschalpreis in gesprochener Form angeboten werde, der Hinweis auf die jährlich anfallende zusätzliche Servicekostenpauschale unter Nennung eines Betrages auch in gesprochener Form erforderlich und eine Einblendung allein nicht ausreichend. Bei der Radiowerbung könne die Bewerbung mit monatlichen Pauschalpreisen nur darin bestehen, dass auch die Kosten der jährlichen Servicepauschale ausdrücklich genannt würden.

Außer Streit gestellt wurde in diesem Zusammenhang, dass der Radiospot letztmalig am 28.6.2011, dem Tag der Einführung der Servicepauschale, ausgestrahlt wurde.

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht das Hauptbegehren ab. Es gab dem ersten Eventualbegehren

und dem (eingeschränkten) Urteilsveröffentlichungsbegehren statt.

Das Erstgericht stellte den aus den Seiten 3 und 4 seiner Entscheidung ersichtlichen Sachverhalt fest, der auszugsweise bereits wiedergegeben wurde und auf den im Übrigen zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, auf die jährlich anfallende Servicepauschale, die sich je nach Tarif im Bereich von zwei Monatspauschalen bis zu zwei Drittel einer Monatspauschale bewege, werde in der Radiowerbung überhaupt nicht hingewiesen. In der Fernsehwerbung werde darauf nur in einer Unterzeile hingewiesen, die noch weitere Informationen enthalte, erscheine nur für die Dauer von ca 7 Sekunden, während derer die Aufmerksamkeit des Zusehers auch durch wechselnde Bildinhalte abgelenkt sei. Die Zeile falle im Hinblick auf Größe und Länge weder besonders ins Auge noch sei sie während des Spots leicht vollständig zu lesen und zu erfassen.

Werde das Gewicht der Werbung auf die Höhe der regelmäßig anfallenden Gesamtkosten gelegt, erwarte der Kunde nicht, dass noch zusätzliche regelmäßig anfallende Kosten in nicht unbeachtlicher Höhe, zwar nicht monatlich, aber doch jährlich, hinzukommen. Selbst wenn dem Publikum bekannt geworden sei, dass die Mobilfunkanbieter eine Servicepauschale einheben würden, könne dieses aus der Ankündigung von niedrigen Gesamtkosten gerade schließen, dass die Beklagte ein solches nicht fordere, sondern die vollständigen regelmäßigen Kosten offenlege. Auch wenn der Verbraucher im Hinblick auf die Beschränkungen, die sich aus einem konkreten Werbemedium ergeben, nicht erwarte, dass sämtliche Details des Geschäfts offengelegt würden, handle es sich bei den konkret nicht in einer

ausreichend ins Auge fallenden Form offengelegten Informationen über die jährliche Servicepauschale um eine wesentliche Information, deren Vermittlung auch in der Fernseh- bzw Rundfunkwerbung ohne Weiteres möglich sei.

In der Fernsehwerbung weise die Beklagte auf zahlreiche Leistungen und Eigenschaften des Produktes hin, sodass es nur eine geringe Erweiterung darstellen würde, auch auf die zusätzlichen Kosten hinzuweisen. In der Radiowerbung nehme ein solcher Hinweis nur kurze Zeit in Anspruch. Wenn die Beklagte diesen Werbeaufwand scheue, könne sie die Zusatzkosten in den monatlichen Gesamtpreis einpreisen. Könne aber eine wesentliche Unvollständigkeit durch einen kurzen, deutlich wahrnehmbaren Hinweis behoben werden, sodass keine wesentliche Verlängerung der Sendezeit erfolge, könne sich der Werbende nicht auf Beschränkungen des Kommunikationsmediums berufen.

Die Radiowerbung sei noch an jenem Tag, an dem die Servicepauschale in Kraft getreten sei, ausgestrahlt worden. Sie sei daher zur Irreführung geeignet. Der Kunde schließe ja nicht unmittelbar nach der Werbung das Geschäft ab. Es lägen vielmehr zwischen dem Empfang der Werbung und dem dadurch ausgelösten Geschäftskontakt in der Regel mindestens ein Tag, unter Umständen aber auch mehrere Tage. Die Beklagte habe aber gewusst, ab wann sie die Servicepauschale einführen werde und diesen Umstand rechtzeitig berücksichtigen können, um zu vermeiden, dass ein geschäftlicher Kontakt in einer Fehlmeinung aufgenommen wird. Die Wiederholungsgefahr sei daher auch bei der Radiowerbung gegeben.

Das Vergleichsanbot der Beklagten sei nicht ausreichend. Zwar teile das Gericht die Ansicht des Klägers, dass Werbung mit einem monatlichen Pauschalpreis, wenn

noch zusätzliche jährliche Entgelte verlangt würden, grundsätzlich unzulässig sei, nicht. Es sei dem Wirtschaftstreibenden zu überlassen, auf welche Weise er seine Preise gestalte, solange er diese klar und deutlich ankündige.

Um Irreführungen durch die Hervorhebung des Monatspreises zu vermeiden, sei es jedoch erforderlich, auf regelmäßige Entgelte, die in anderen, größeren Zeitabständen zu leisten seien, so hinzuweisen, dass der Verbraucher deutlich erkenne, dass noch regelmäßig zu leistende Jahresentgelte hinzukommen. Voraussetzung dafür sei, dass dieser Preisbestandteil ausdrücklich genannt und beziffert werde. Der Hinweis, dass zusätzliche Informationen in einem anderen Medium, das auch nicht für alle Empfänger der Werbenachricht zugänglich ist, zu finden seien, genüge nicht.

Auch in Bezug auf die Fernsehwerbung müsse für den Betrachter des Werbespots das regelmäßig zu zahlende Zusatzentgelt so klar erkennbar sein, dass es ihm bei der durchschnittlichen einer Werbesendung gewidmeten Aufmerksamkeit nicht entgehen könne. Es müsse daher auch mit dem gleichen Medium wie der Werbehinweis vermittelt werden, d.h. einem gesprochenen Werbehinweis habe die gesprochene Ergänzung zu folgen, einem bildmäßig wiedergegebenen die gleichwertige bildmäßige Darstellung der Zusatzkosten, die so auffällig und deutlich gestaltet sei, dass sie der gewöhnliche Betrachter eines Werbespots nicht übersehe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die einem Fernsehspot gewidmete Aufmerksamkeit keine besonders intensive sei. Insoferne reiche das Vergleichsanbot der Beklagten weder für die Radio- noch für die Fernsehwerbung aus. Die wenn auch relativ groß gedruckte, Unterzeile allein leite die

Aufmerksamkeit des Betrachters nicht ausreichend auf die zusätzliche Information, vor allem, wenn das Bild in einer größeren Form noch andere für den Adressaten interessante Informationen, etwa die Abbildung des Gratisproduktes oder den Hinweis auf die günstigen Monatskosten, enthalte. Das Vergleichsanbot der Beklagten sei daher nicht geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Radio- und Fernsehwerbung zu beseitigen.

Das Veröffentlichungsbegehren sei in dem verlangten und von der Beklagten auch vergleichsweise angebotenen Umfang berechtigt.

Die Beklagte erhob gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils Berufung aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im gänzlich klagsabweisenden Sinn abzuändern.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die **Berufung** ist nicht berechtigt.

Die Berufungswerberin macht rechtliche Feststellungsmängel geltend. Das Erstgericht habe keine Feststellungen zu dem von ihr angebotenen Vergleichsabschluss getroffen. Solcher Feststellungen bedurfte es allerdings nicht. Aus dem Protokoll der mündlichen Streitverhandlung vom 24.3.2012 ergibt sich im Detail, welchen Vergleichsvorschlag die Beklagte dem Kläger in Bezug auf das Unterlassungs- und das Veröffentlichungsbegehren gemacht hat und aus welchen Gründen dieser vom Kläger betreffend die Radio- und Fernsehwerbung nicht angenommen wurde. Auch die Klageseinschränkung zum Veröffentlichungsbegehren ist dem Verhandlungsprotokoll zu entnehmen. Was die weiters ergänzend begehrte Feststellung betrifft, die Radiowerbung sei letztmals am 28.6.2011 ausgestrahlt worden, ist

eine solche ebenfalls nicht erforderlich. Dieser Umstand wurde von den Parteien in der mündlichen Streitverhandlung vom 24.3.2012 außer Streit gestellt.

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, dass durch ihr Vergleichsanbot die Wiederholungsgefahr weggefallen sei. Es umfasse alles, was der Kläger durch ein seinem Begehren stattgebendes Urteil erreichen könne. In Bezug auf die Fernsehwerbung reiche ihr Anbot eines visuellen oder akustischen Hinweises auf die Servicepauschale aus; sie habe sogar angeboten, den Hinweistext auffällig und um ein Vielfaches größer als die in der Werbung typischen Hinweistexte zu gestalten. Auch betreffend die Radiowerbung sei der Verweis auf die Website der Beklagten ausreichend, um Verbraucher auf die Servicepauschale hinzuweisen. Darüber hinaus sei diese Werbung lange Zeit vor Zustellung der Klage eingestellt worden.

Bei dem vom Kläger herangezogenen Irreführungstatbestand ist zu prüfen, wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent, der eine dem jeweiligen Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

Nach der Rechtsprechung vor Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 verstießen unvollständige Angaben gegen § 2 UWG, wenn durch das Verschweigen wesentlicher Umstände ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen wurde, sodass die Unvollständigkeit geeignet war, das Publikum in einer für den Kaufentschluss erheblichen Weise irrezuführen. Die Möglichkeit der Aufklärung des Irrtums noch vor dem

Geschäftsabschluss nahm der Werbung ihre Täuschungseignung nicht. Damit wurde berücksichtigt, dass mit dem so angelockten Interessenten häufig Verträge geschlossen werden, die sonst nicht zustande gekommen wären (4 Ob 163/08m mwN). Dieser genannte Fall lag beispielsweise vor, wenn bei einer Werbung für „Österreichs billigstes Breitbandinternet für Unternehmen“ nicht ausreichend darauf hingewiesen wurde, dass das Angebot nur zusammen mit einem aktivierten und damit weitere Kosten verursachenden Festnetzanschluss genutzt werden konnte (4 Ob 58/06t).

Enthält schon die Ankündigung wesentliche Informationen als Voraussetzung einer informierten geschäftlichen Entscheidung des Marktteilnehmers nicht, liegt schon nach § 2 Abs 4 UWG eine irreführende Geschäftspraktik vor, ohne dass es noch weiter darauf ankäme, ob die Ankündigung als bereits konkrete und unmittelbare Aufforderung an Verbraucher zum Kauf (§ 1 Abs 4 Z 5 UWG iVm § 6 Abs 6 UWG) mit gegenüber allgemeiner Aufmerksamkeits-, Image- oder Gefühlswerbung erhöhten Informationspflichten zu beurteilen ist. Das Verschweigen von wesentlichen Umständen des Angebots bewirkt einen Anlockeffekt, weil es durch den gegenüber vergleichbaren Angeboten attraktiv niedrigen Preis geeignet ist, den Verbraucher zu veranlassen, sich näher mit dem Angebot zu befassen. Für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung macht es unter diesen Umständen keinen Unterschied, ob der angelockte Interessent im Zeitpunkt seiner endgültigen Marktentscheidung noch immer einem Irrtum über die mit dem Geschäftsabschluss verbundene wirtschaftliche Belastung unterlag, und ob ein solcher Irrtum durch Nachtragen der zunächst fehlenden Informationen noch vor dem Geschäftsabschluss behoben wurde.

Das Fehlen von wesentlichen Informationen in blickfangartigen Ankündigungen ist dann nicht durch dem verwendeten Kommunikationsmittel typische Beschränkungen bedingt, wenn die gebotene Information von Durchschnittsverbrauchern über die für sie wesentlichen Punkte eines Angebots im Fall einer Werbung mit Zeitungsinseraten, Plakaten und Foldern ohne einen ins Gewicht fallenden erhöhten Platzbedarf oder im Falle einer Werbung im Hörfunk oder Fernsehen ohne eine wesentlich höhere Sendezeit möglich ist (4 Ob 163/08m). Zum konkreten Anlassfall führte der OGH aus, eine entsprechende Ergänzung „Festnetz- oder Internetanschluss über TA nötig“ oder eine sinngleiche Äußerung der Werbespots in Hörfunk und Fernsehen hätte keine ins Gewicht fallende erhöhte Sendezeit bewirkt.

Nichts geändert hat die UWG-Novelle 2007 auch an der Rechtsprechung, wonach eine Ankündigung nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen ist. Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt der Ankündigung, da der Gesamteindruck durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, bereits entscheidend geprägt werden kann. In solchen Fällen darf auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein nicht irreführend im Sinn § 2 UWG sein. Ein aufklärender Hinweis kann die Irreführungseignung nur bei ausreichender Deutlichkeit beseitigen (4 Ob 29/10h mwN; 4 Ob 47/10f mwN).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang weiters, dass insbesondere bei der Radio- und TV-Werbung der Aufmerksamkeitsgrad des Publikums nicht allzu hoch anzusetzen ist. Hier wird Werbung meistens nur beiläufig wahrgenommen und daher keine allzu detaillierten Informa-

tionen erwartet (Anderl/Appl in Wiebe/G.Kodek, UWG, Rz 493 zu § 2 UWG mwN).

In der Fernsehwerbung bewarb die Beklagte ihren Tarif in einem Werbespot mit zahlreichen wechselnden Einstellungen, wobei die Einblendungen optischer Natur waren, ergänzt durch sprachliche Kommentare. Sowohl optisch als auch verbal wird im Verlauf der Werbebotschaft darauf hingewiesen, dass der Preis für den Tarif "3BestKombi" EUR 10,00 pro Monat betrage, und weiters darauf, dass dies "ohne Kostenfalle" und "gratis für alle" sei. Für die Dauer von etwa 7 Sekunden erscheint in einer kleinen Unterzeile der Text auf, dass ua EUR 20,00 Servicepauschale verrechnet würden.

Dies bedeutet, dass der beanstandete Werbespot sehr viele Informationen enthält und mit einer Fülle ständig wechselnder Bilder arbeitet. Zusätzlich zum eingeblendeten Text werden eine Reihe von Informationen akustisch mitgeteilt, insbesondere der Hinweis "ohne Kostenfalle". Gerade zu dem Zeitpunkt, in dem der „Kommentator“ am Bildschirm das Kästchen mit "3BestKombi" anklickt und dieses aufgeht, sich also die Aufmerksamkeit des angesprochenen Werbepublikums darauf richtet, erscheint am unteren Bildrand der Hinweis auf die Servicepauschale. Zu diesem Zeitpunkt ist der Durchschnittsverbraucher aber davon abgelenkt und richtet sich seine Aufmerksamkeit auf den oberen Teil des Bildschirms und das dort aufgehende Fenster mit Preis. Zusätzlich muss er auf den gesprochenen Text achten, in dem zugesichert wird, das Angebot sei "gratis für alle" bzw "ohne Kostenfalle".

Dem Kläger ist aufgrund dieser Werbeaufmachung beizupflichten, dass das angesprochene Publikum nicht in der Lage sein wird, die Einblendung am unteren Bildrand, mag

sie auch 7 Sekunden aufscheinen, ihrem Inhalt nach wahrzunehmen und zu erfassen. Diesem Erfordernis wird auch der Vergleichsvorschlag der Beklagten nicht gerecht. Soll der angesprochene Werbezuschauer mit entsprechender Auffälligkeit darauf hingewiesen werden, dass der beworbene Preis trotz der entgegenstehenden - optischen und verbalen - Behauptungen nicht der vollständige ist, so bedarf es nicht nur eines ausreichend auffälligen schriftlichen, sondern auch eines gesprochenen Hinweises dazu, dass zum angegebenen Tarifpreis noch Kosten hinzukommen. Die Mitteilung einer solchen Information ist der Beklagten bei einem längeren Werbespot (der 18 Sekunden, wie festgestellt, oder 25 Sekunden, wie vom Kläger behauptet, dauert) ohne Zweifel zumutbar und für sie ohne größeren Aufwand möglich.

Daran ändert auch die von der Berufungswerberin zitierte Entscheidung des BGH zu I ZR 58/06 nichts. Zum einen kann der in diesem Verfahren zugrundeliegenden Werbung nicht entnommen werden, dass sie die im vorliegenden Fall dargestellte Komplexität, bestehend aus zahlreichen wechselnden Bildern, verbunden mit schriftlichen Hinweisen und verbalen Begleittexten, aufgewiesen hat. Zum anderen betraf die dort beanstandete Werbebotschaft nicht den Preis der Leistung, der im vorliegenden Fall - ohne Servicepauschale - optisch und verbal dargestellt und auf den in dieser Form als "ohne Kostenfalle" und "gratis für alle" hingewiesen wurde.

Zur Radiowerbung ist auszuführen, dass der von der Beklagten in ihrem Vergleichsvorschlag angebotene Hinweis, dass zusätzliche Informationen über ein beworbenes Produkt in einem anderen Medium zu finden seien, keine ausreichend deutliche Information für das angesprochene

Publikum darstellt. Zwar ist es im Sinn der Einwendungen der Beklagten richtig, dass es sich um eine Radiowerbung für Mobilfunktarife mit mobilem Internet samt Handy handelt. Dies hat aber nicht zwangsläufig zur Folge, dass der angesprochene Durchschnittsinteressent zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Werbung hört, typischerweise über einen Internetzugang verfügt und sich daher schon zu diesem Zeitpunkt über das Internet weitere Informationen über das angebotene Produkt verschaffen kann.

Die Berufungswerberin bringt weiters vor, dass Personen, die über keinen Internetzugang verfügen, wüssten, dass aufgrund des Hinweises der Beklagten zwingend davon auszugehen sei, dass es hier noch Kosten gebe, nach denen man sich erkundigen müsse, um das Werbeangebot in seiner Gesamtheit beurteilen zu können. Ganz im Gegenteil wird der durchschnittliche Radiohörer nach der Art der Werbung durch die Beklagte - unabhängig davon, ob er (bereits) über Internet verfügt oder nicht - davon ausgehen, dass jedenfalls der beworbene Preis vollständig ist und ihm das Internet zwar weitere Informationen bietet, jedoch über verschiedene Merkmale des Produktes und nicht darüber, dass sich der beworbene Tarif durch die Einhebung eines zusätzlichen, wenn auch jährlich eingehobenen, Entgeltes erhöht.

Schließlich ist festzuhalten, dass das gemeinschaftsrechtliche Irreführungsverbot auch Geschäftspraktiken umfasst, die bloß einen Anlockeffekt auslösen sollen, bei denen der Irrtum jedoch zum Zeitpunkt der endgültigen Marktentscheidung des zunächst getäuschten Verbrauchers - etwa durch nachträgliche Richtigstellung, wobei im konkreten Fall der Verweis auf die Homepage der Beklagten in Frage käme - bereits aufgeklärt ist. Dies folgt unmiss-

verständlich aus dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot des Lockangebots (Anhang I Z 5 der RL-UGP), bei dem der Verbraucher über die Verfügbarkeit eines „Produktes“ zu einem bestimmten Preis getäuscht wird, weshalb es in Ansehung dessen naturgemäß zu keinem Geschäftsabschluss kommen kann (4 Ob 163/08m mwN).

Daher ist die Berufungswerberin zu beiden Werbebotschaften nicht mit dem Hinweis auf § 2 Abs 4 UWG erfolgreich, wonach die Beschränkungen des Kommunikationsmediums zu berücksichtigen sind. Gerade in heiß umkämpften Branchen, wie dem Telekommunikationsmarkt, ist es für den möglichen Interessenten von erheblicher Bedeutung, welcher Preis ihm monatlich für die ihm angebotenen und von ihm in Anspruch genommenen Leistungen verrechnet wird. Er wird daher insoweit sehr wohl genaue Informationen vom Werbenden erwarten. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb es der Beklagten nicht möglich ist, in einem Werbespot von der festgestellten Dauer ausreichend deutlich optisch und verbal auf das Service-Internet-Entgelt hinzuweisen und damit den vom UWG aufgestellten Anforderungen gerecht zu werden.

Entgegen den Einwendungen in der Berufung kann daher von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht ausgegangen werden. Beim Wegfall der Wiederholungsgefahr ist diese durch die Änderung der Verhältnisse oder einen Sinneswandel des Unterlassungsschuldners erst nachträglich äußerst unwahrscheinlich geworden. Der Beklagte muss sich von der Rechtsverletzung distanzieren und durch Berichtigungsmaßnahmen seine Sinnesänderung nach außen klar zum Ausdruck bringen - rein passives Verhalten beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht, es bedarf auch Maßnahmen zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle. Ein Indiz

für das Fehlen bzw den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist beispielsweise die Beschränkung der Prozessführung unter vorbehaltloser Anerkennung des Rechtsstandpunktes des Klägers auf die Frage der Wiederholungsgefahr. Ist das Verhalten des Beklagten insgesamt zwiespältig oder verteidigt er seinen Wettbewerbsverstoß im Prozess und ist weiterhin der Auffassung, zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt zu sein, so ist von einem den Wegfall der Wiederholungsgefahr indizierenden Sinneswandel in der Regel nicht auszugehen, selbst bei tatsächlicher Fügung oder Unterlassungsversprechen (Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek, Rz 17, 18, 19, 20 zu § 14 UWG mwN).

Die Beklagte hat die beanstandeten Werbespots im Verfahren erster Instanz verteidigt und die Auffassung vertreten, diese seien nicht irreführend und würden nicht gegen das UWG verstoßen. In der Folge bot sie zwar einen Unterlassungsvergleich an. Dieser erweist sich aber zur Fernseh- und Radiowerbung als nicht ausreichend, weil der Kläger damit nicht all das erhält, was ihm durch Urteil zusteht. Die Beklagte hat sohin den Rechtsstandpunkt des Klägers nicht vorbehaltlos anerkannt und keine zweifelsfreie Sinnesänderung, mag sie die Ausstrahlung des Radiospots auch eingestellt haben, zum Ausdruck gebracht, weshalb der Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht eindeutig bejaht werden kann.

Als Folge davon ist auch die angebotene Urteilsveröffentlichung - mag die Beklagte auch in ihrem Vergleichsvorschlag die vom Kläger angeführten Veröffentlichungsmittel übernommen haben - unter Bedachtnahme darauf, was dem Kläger in Bezug auf das Unterlassungsbegehren zusteht, unvollständig bzw nicht ausreichend.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes beruht auf § 500 Abs 2 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision beruht auf § 502 Abs 1 ZPO. Die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes erfolgte anhand der herrschenden Rechtsprechung.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 27. September 2012

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG