Vkr / Tele 2 Champion

REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG
20. Mai 2008
EINGELANGT
FRIST: 17.6.08

l. T. Berufung 10 Cg 44/07 m

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Friedrich Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Tele2 Telecommunication GmbH**, Donau-City-Straße 11, 1220 Wien, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG, Sterngasse 13, 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: € 26.000,-) nach öffentlicher und mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Tarife, wie etwa den Tarif „Champion", mit einem bestimmten Preis pro Minute, etwa durch Werbeaussagen wie „Nur 8 Cent pro Minute in alle Netze", zu bewerben, wenn der derart beworbene Preis tatsächlich nicht verrechnet wird, sondern ein höherer Preis, weil die beklagte Partei für die erste angefangene Gesprächsminute tatsächlich einen höheren als den beworbenen Minutenpreis, etwa den Preis von 1 ½ Minuten, in Rechnung stellt und darauf nicht in eindeutiger und unmißverständlicher Weise hinweist.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagstattgebenden Teil des Urteilsspruches samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils für die Dauer von 30 Tagen auf Kosten der beklagten Partei auf der Website www.tele2uta.at oder, sollte diese Adresse geändert werden, auf der Website mit der Internetadresse, die inhaltlich auf die Website www.tele2uta.at folgt, zu veröffentlichen, wobei die Urteilsveröffentlichung in

Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Schriftgröße, -farbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie auf der Website www.tele2uta.at im Textteil üblich, vorzunehmen und auf der Startseite der Website www.tele2uta.at unter dem Link „Urteilsveröffentlichung" deutlich und unübersehbar anzukündigen ist und direkt über diesen Link abrufbar sein muss.

3. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Tarife, wie etwa den Tarif „Champion", mit einem bestimmten Preis pro Minute, etwa durch Werbeaussagen wie „Nur 8 Cent pro Minute in alle Netze", zu bewerben, wenn der derart beworbene Preis tatsächlich nicht verrechnet wird, sondern ein höherer Preis, weil die beklagte Partei für die erste angefangene Gesprächsminute tatsächlich einen höheren als den beworbenen Minutenpreis, etwa den Preis von 1 ½ Minuten, in Rechnung stellt, wird abgewiesen.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 5.311,17 (inkl € 784,03 an USt und € 627,14 an Barauslagen) bestimmten Kosten dieses Verfahrens binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Außer Streit steht, dass die beklagte Partei eine im Firmenbuch zu FN 138197 g protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, die unter anderem Datenverarbeitungs- und Fernmeldedienste anbietet und auch ein Mobilfunknetz betreibt. Die beklagte Partei bietet unter dem Namen „Champion" eine Mobilfunkwertkarte an. Ebenfalls außer Streit steht, dass die klagende Partei gem § 14 Abs 1 Satz 2 UWG zur Geltendmachung von Verstößen nach § 2 UWG legitimiert ist. Die Klagslegitimation wurde auch seitens der beklagten Partei nicht bestritten.

Mit ihrer Klage begehrt die klagende Partei, die beklagte Partei habe es zu

unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Tarife, wie den Tarif „Champion", mit einem bestimmten Preis pro Minute, etwa durch Werbeaussagen wie „Nur 8 Cent pro Minute in alle Netze", zu bewerben, wenn der derart beworbene Preis tatsächlich nicht verrechnet wird, sondern ein höherer Preis, weil die beklagte Partei für die erste angefangene Gesprächsminute tatsächlich einen höheren als den beworbenen Minutenpreis, etwa den Preis von 1 ½ Minuten, in Rechnung stellt; in eventu, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, sofern nicht in eindeutiger und unmissverständlicher Weise auf die Art der Abrechnung hingewiesen werde. Die klagende Partei begehrt weiters die Urteilsveröffentlichung für die Dauer von 30 Tagen auf der Website www.tele2uta.at unter dem Link Urteilsveröffentlichung. Sie führt hierzu aus, dass die beklagte Partei auf der Website www.tele2uta.at den Wertkartentarif „Champion" mit einem Minutenpreis von 8 Cent bewerbe, obwohl in Wahrheit ein höherer Preis verrechnet werde. Der beworbene Tarif werde nämlich so verrechnet, dass für die erste angefangene Gesprächsminute der Preis für 90 Sekunden in Rechnung gestellt werde, für jede weitere angefangene Gesprächsminute der Minutenpreis. Diese Art der Verrechnung führe dazu, dass der beworbene Preis von 8 Cent/Minute niemals zutreffe. Es müsse stets für eine längere Verbindungsdauer als die tatsächliche bezahlt werden. Die Äußerung, der Kunde könne um 8 Cent/min in alle Netze telefonieren, sei daher objektiv unwahr und in Kombination mit der Taktung im Ergebnis zur Irreführung geeignet. Die beklagte Partei verstoße daher gegen § 2 UWG.

In der Klagebeantwortung beantragt die beklagte Partei kostenpflichtige Klagsabweisung und bringt vor, dass sowohl in allen Werbemitteln als auch auf den Unterseiten der beanstandeten Hompage „Tarife" und „Angebote" durchgehend auf den Umstand hingewiesen werde, dass der Tarif Champion mittels einer 90/60 Taktung verrechnet werde und dass für den Tarif Champion die jeweiligen AGB und Entgeltübersichten gelten. Eine Verrechnung nach Takten sei am Telekommunikationsmarkt üblich, entspreche der Übung des redlichen Verkehrs und sei einem durchschnittlich aufmerksamen und verständigen Verbraucher bekannt, weshalb eine Irreführung auszuschließen sei. Überdies sei die begehrte Urteilsveröffentlichung überschießend.

Die klagende Partei bestreitet das Vorbringen der beklagten Partei und bringt ergänzend vor, dass eine Verrechnung nach Takten und Verkürzung der diesbezüglichen Information eine gröbliche Benachteiligung der Mobilfunkkunden darstelle, da insbesondere eine Abrechnung nach Taktraten von über einer Minute am Markt unüblich sei. Der Kunde werde bei dieser Gesprächsabrechnung über den wahren Minutenpreis getäuscht. Auch sei die begehrte Urteilsveröffentlichung keineswegs überschießend, da diese in derselben Weise vorzunehmen sei wie der inkriminierte Wettbewerbsverstoß selbst.

Das Vorbringen der klagenden Partei bestreitet widerum die beklagte Partei mit der Begründung, sie biete auf ihrer Website auch einen 9-Cent-Tarif mit einer Taktung 60/30 an, der mit dem 8-Cent-Tarif verglichen werde. Der Tarif mit dem höheren Taktungsintervall sei nicht automatisch teurer für den Verbraucher, weil die Taktung immer im Zusammenhang mit dem Minutenpreis zu sehen sei.

Beweis wurde erhoben durch Einvernahme der Zeugin Mag. Carolyn Zinsler (ON 9) sowie Einsichtnahme in die Beilagen ./A bis ./H und ./1 bis ./14.

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Die beklagte Partei bewirbt auf der Website www.tele2uta.at den Wertkartentarif „Champion" mit dem Slogan „Champion, die Kampfpreis-Wertkarte: Einfach billig mobil telefonieren". In einem optisch hervorgehobenen Stern ist die Ankündigung „1 Cent netzintern + SMS gratis" sowie die Erklärung „Jetzt bis zum 31.03.2007 einmalig min. € 20 aufladen und ein Champion-Leben lang netzintern um nur 1 Cent/Min. telefonieren!" (Beilage ./A).

Als Vorteile des Champion Tarifes werden angeführt:

„Nur 1 Cent netzintern ohne Grundgebühr!"
„Nur 8 Cent in alle anderen Netze!"

„SMS netzintern gratis bis 31.03.2007!"

„Ohne Grundgebühr!"

„Ohne Anmeldung!"

„Ohne Mindestumsatz!"

„Inkl. MMS, GPRS!"

„Roaming! (mit Anmeldung)"

Weiters findet sich auf der Website der Beklagten ein Video, das durch Anklicken abgespielt werden kann (Beilage ./B). Dieses Video zeigt eine Fernsehwerbung zum beworbenen Tarif, in der ebenfalls mit einem Minutenpreis von „8 Cent/min in alle Netze" geworben wird. Gegen Ende des Videos sind in einem gelben Stern mit roter Aufschrift folgende Angaben zu lesen:

„8 Cent/min. in alle Netze!"

„Einfach billig mobil telefonieren"

„Champion"

Der beworbene Tarif wird so verrechnet, dass für die erste angefangene Gesprächsminute der Preis für 90 Sekunden in Rechnung gestellt wird, für jede weitere angefangene Gesprächsminute der Minutenpreis. Diese Art der Verrechnung führt dazu, dass oftmals für eine längere als die tatsächlich getätigte Verbindungsdauer bezahlt werden muss. Vor allem bei Gesprächen mit kurzer Gesprächsdauer wird dadurch tatsächlich ein wesentlich höherer Minutenpreis in Rechnung gestellt als der beworbene. Den Prozentwert, den der Nutzer in Relation zum nominellen Minutenentgelt tatsächlich zu bezahlen hat, dh die Differenz zwischen dem beworbenen und dem tatsächlich verrechneten Minutenpreis wird als „Schlupf" bezeichnet. Dies ist der Mehrerlös, den der Telekommunikationsdienstleistungsanbieter dadurch erzielt, dass der Betreiber gegenüber seinen Endkunden Gespräche nicht sekundengenau ab der ersten Gesprächssekunde, sondern, wie etwa im gegenständlichen Fall, mit einer 90/60-Taktung abrechnet. Bei dieser Verrechnungsmethode werden bei Zustandekommen einer Verbindung mindestens 90 Sekunden verrechnet (dauert ein Gespräch zB 45 Sekunden, so werden 90 Sekunden verrechnet), wodurch sich

ein höherer Minutenpreis als der beworbene ergibt. Auch die Unterseiten der Website der Beklagten „Champion Tarife“ (Beilage ./D) und „Champion Angebote“ (Beilage ./4), die das Produkt „Champion“ betreffen, weisen auf die 90/60-Taktung hin.

Am unteren Ende der Website steht in Kleindruck: „Es gelten die AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltübersichten von Tele2UTA, welche auf www.tele2uta.at abgerufen werden können“. Dieser Hinweis befindet sich im Blickfeld der Benützer und ist mit einem direkten Link zu den AGB und Entgeltbestimmungen von Tele2UTA verbunden, der durch Anklicken aufgerufen werden kann. In den Entgeltbestimmungen findet sich der Hinweis „Taktung: Tarif Champion: 90 Sek./60 Sek.“ (Beilage ./C).

Auch auf dem Werbeflyer für Champion (Beilage ./1), der Werbeunterlage „Champion-Special“ (Beilage ./2) und dem Werbeflyer „Sale - großer Winter-Schlussverkauf“ (Beilage ./3) wird auf die 90/60-Taktung hingewiesen.

Weiters findet sich auf der Unterseite „Champion Tarife“ der Homepage der beklagten Partei, die das Mobilfunkprodukt „Champion“ betrifft, der Hinweis, dass sich der Kunde wahlweise nach dem Kauf von Champion auf den Tarif „Option 9 Cent“ ummelden kann, bei dem um 9 Cent in alle Netze telefoniert werden kann und die Abrechnung mittels einer 60/30-Taktung erfolgt, dh für die erste angefangene Gesprächsminute der Preis für eine volle Minute in Rechnung gestellt wird, danach in einem Intervall von 30 Sekunden jeweils der Preis für volle 30 Sekunden verrechnet wird.

Die Beklagte nahm nach Klagseinbringung auf der beanstandeten Unterseite ihres Webauftrittes für das Mobiltelefonwertkartenprodukt „Champion“ Veränderungen vor, wonach beim bereits vorhandenen Hinweis auf die Taktung 90/60 als weiterer Hinweis folgender Wortlaut beigefügt wurde: „Mindestverrechnung 90 Sekunden, danach jeweils 60 Sekunden!“.

Diese Feststellungen gründen sich auf nachstehende

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen betreffend die Gestaltung der Homepage der Beklagten gründen sich auf die Einsichtnahme in die unbedenklichen Urkunden Beilagen ./A, ./B, ./D und ./4. Die Feststellungen betreffend den weiteren Werbeauftritt der Beklagten im Rahmen des Produkts „Champion" gründen sich auf die unbedenklichen Urkunden Beilagen ./1 und ./2 sowie auf die Außerstreitstellungen. Auch die Feststellungen betreffend die Taktung und Art der Verrechnung ergeben sich aus den vorgenannten Urkunden sowie aus der Urkunde Beilage ./C, aus den beiderseitigen Parteienvorbringen sowie aus der Aussage der Zeugin Mag. Carolyn Zinsler (ON 7).

In rechtlicher Hinsicht folgt:

Zunächst ist auf die Frage des anzuwendenden Rechts einzugehen. Die UWG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/79) ist seit 12.12.2007 in Kraft, sie enthält keine Übergangsvorschriften. Änderungen des zwingenden Rechts sind von Amts wegen zu beachten, selbst wenn der zu beurteilende Sachverhalt vor der Rechtsänderung verwirklicht wurde, sofern die rückwirkende Anwendung geänderter Normen aus deren Rechtsnatur geboten ist (*Zechner* in *Fasching/Konecny*[2] IV/1 § 503 ZPO Rz 204). Darüber hinaus soll ein Unterlassungstitel seinem Wesen nach ein in der Zukunft liegendes Verhalten erfassen und kann daher nur aufrecht bleiben, wenn das darin umschriebene Verhalten schon im Zeitpunkt des Verstoßes verboten war und nach neuer Rechtslage weiterhin verboten ist (OGH 22.01.2008, 4 Ob 177/07v; OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b).

Nach der Rechtslage vor der UWG-Novelle 2007 konnte gem § 2 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Preisbemessung einzelner Waren oder Leistungen, zur Irreführung geeignete Angaben macht.

Nach der neuen Rechtslage kann gemäß § 1 UWG derjenige, der im geschäftlichen Verkehr entweder eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Unlautere Geschäftspraktiken sind gem § 1 Abs 3 UWG insbesondere solche, die aggressiv iSd § 1a oder irreführend iSd § 2 UWG sind. Darüber hinaus wird das allgemeine Verbot aggressiver Geschäftspraktiken des § 1 UWG im Anhang konkretisiert, in welchem diejenigen Fälle irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken angeführt sind, die jedenfalls als unlautere Geschäftspraktiken gelten (*Wiltschek*, Arbeitsunterlage zur UWG-Novelle 2007, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, S 56).

Seit der UWG-Novelle 2007 muss daher in folgender Reihenfolge geprüft werden, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist (OGH 22.01.2008, 4 Ob 177/07v; OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b): Fällt sie unter die „Liste" des Anhangs? Wenn nein: Liegt sonst einen aggressive (§ 1a UWG) oder irreführende (§ 2 UWG) Geschäftspraktik vor? Wenn nein: Fällt sie unter die Generalklausel des § 1 UWG?

Der hier zu beurteilende Sachverhalt entspricht keiner der im Anhang zum UWG idgF angeführten irreführenden Geschäftspraktiken, die im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern von Bedeutung sind. Zu prüfen ist daher zunächst ein Verstoß gegen § 2 UWG, wonach gem Abs 1 eine Geschäftspraktik als irreführend gilt, wenn sie unrichte Angaben (§ 39) enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der folgenden Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Im konkreten Fall ist § 2 Abs 1 Z 4 UWG heranzuziehen, wonach eine Geschäftspraktik jedenfalls dann irreführend ist, wenn sie geeignet ist, den

Marktteilnehmer über den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils derart zu täuschen, dass er zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Ob eine „Angabe" vorliegt, ist nach den in der bisherigen Rsp entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (*Wiltschek/Majchrzak*, Die UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008/2, 10). Unter Angaben versteht man demnach jede Äußerung mit objektiv feststellbarem Inhalt (*Wiltschek*, UWG[7], E 36 zu § 2). Die Form der Äußerung ist bedeutungslos. Darüber hinaus erfasst § 2 UWG neben unwahren oder zur Täuschung geeigneten Angaben auch sonstige Täuschungen, die eine geschäftliche Entscheidung unsachlich beeinflussen können (*Wiltschek/Majchrzak*, Die UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008/2, 10). Zur Irreführung geeignet sind Angaben, bei denen die Vorstellungen der Adressaten über ihre Bedeutung mit den wahren Verhältnissen nicht in Einklang stehen (*Wiltschek*, UWG[7], E 85 zu § 2; OGH 04.10.2005, 4 Ob 164/05d). Die durch die Angaben bewirkte Täuschung muss geeignet sein, den Entschluss der Interessenten zu Gunsten des Angebots zu beeinflussen (*Wiltschek*, UWG[7], E 89 und 326 zu § 2). Es genügt, dass nach dem Gesamteindruck bei flüchtiger Betrachtung durch einen Kunden mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit ein irriger Eindruck erweckt werden kann (*Wiltschek*, UWG[7], E 93, 141 und 152 zu § 2; OGH 23.05.2006, 4 Ob 58/06t). Nunmehr enthält § 2 UWG eine Aufzählung jener Angaben, die Gegenstand einer Irreführung sein können, so wie im konkreten Fall Abs 1 Z 4, wenn sie den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils betreffen.

Im gegenständlichen Fall wird der Tarif „Champion" von der Beklagten mit dem Slogan „8 Cent pro Minute in alle Netze!" beworben. Dieser Slogan ist eine Äußerung mit objektiv feststellbaren, nachprüfbaren Inhalt und somit eine Angabe iSd § 2 Abs 1 UWG, sowohl idgF als auch in der Fassung vor der UWG-Novelle 2007. Nach § 39 Abs 1 UWG sind auch bildliche Darstellungen als Angaben zu werten. Die auf der Website www.tele2uta.at und in anderen Werbemitteln, wie zB Flyern, gemachten Äußerungen und auch das mittels Link abrufbare Video sind daher Angaben, die der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung

unterliegen.

Die Bewerbung eines Tarifes mit dem Slogan „8 Cent pro Minute in alle Netze!“ ist geeignet, die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten auf Kosten von Konkurrenzprodukten auf das beworbene Produkt zu ziehen. Der Slogan erweckt beim durchschnittlichen Werbeadressaten den Eindruck, er könne in alle Mobilfunknetze tatsächlich um 8 Cent pro Minute telefonieren. Effektiv zahlt der Kunde bei Inanspruchnahme diese Produktes jedoch wie festgestellt aufgrund der Taktung 90/60 immer mehr als die beworbenen 8 Cent, die den Ausschlag für seine Kaufentscheidung geben sollen.

Es ist zwar richtig, dass der Adressat in der Entgeltübersicht, auf den Unterseiten „Champion Tarife“ (Beilage ./D) und „Champion Angebote“ (Beilage ./4) sowie auf den Flyern und sonstigen Werbemitteln der Beklagten auf die Abrechnung mittels 90/60-Taktung hingewiesen wird. Auf der Startseite betreffend das Produkt „Champion“ fand sich ein solcher Hinweis jedoch nicht. Einem durchschnittlich verständigen Kunden ist der Begriff der Taktung durchaus geläufig, kann jedoch nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden. Nur unter Zugrundelegung von Kenntnissen, die das Durchschnittswissen der angesprochenen Verkehrskreise übersteigen, ist die gesamte Auswirkung einer 90/60 Taktung auf den tatsächlichen Minutenpreis erfassbar. Dafür jedoch bedarf es detaillierter und gut sichtbarer Hinweise, damit sich der Kunde bei seiner Kaufentscheidung auch über die Taktung und ihre Auswirkungen Gedanken macht. Die von der Beklagten angeführten Hinweise sind in dieser Form jedoch dafür keinesfalls ausreichend und daher nicht geeignet, den beim Kunden entstandenen unrichtigen Gesamteindruck zu beseitigen. Erforderlich wäre eine ausdrückliche und verständliche Aufklärung einerseits über die Auswirkungen einer Taktung 90/60 und andererseits über den gesamten Inhalt des beworbenen Angebots. Dies müsste direkt im Zusammenhang mit der inkriminierten Angabe erfolgen. Andernfalls ist sich der durchschnittliche Kunde der wahren Bedeutung der Abrechnung nach Takten nicht bewusst, sondern trifft seine Kaufentscheidung anhand des (unzutreffenden) beworbenen Minutenpreises. Ohne einen

entsprechenden Hinweis ist dieser Umstand daher irreführend iSd § 2 UWG sowohl idgF als auch in der Fassung vor der UWG-Novelle 2007.

Die Äußerung, der Kunde könne um 8 Cent/min in alle Netze telefonieren, ist wie festgestellt aufgrund der nach einer Taktung von 90/60 erfolgenden Abrechnung objektiv unwahr und daher geeignet, die Marktteilnehmer über den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils derart zu täuschen, dass diese dazu veranlasst werden, eine geschäftliche Entscheidung zugunsten dieses Angebots zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

Zur Irreführung geeignet gem § 2 UWG ist auch sog Blickfangwerbung. Werden in einer Gesamtankündigung einzelne Angaben im Vergleich zu den sonstigen Angaben besonders herausgestellt, handelt es sich um einen Blickfang (*Wiltschek*, UWG[7], E 169 zu § 2). Ein Blickfang darf für sich alleine nicht irreführend oder zur Verwechslung geeignet sein. Der inkriminierte Slogan „Nur 8 Cent in alle Netze" ist sowohl in dem auf der Website abrufbaren Video (Beilage ./B) als auch auf den Flyern durch besondere Farbgebung sowie die Schriftgröße optisch deutlich hervorgehoben und in seinem Erscheinungsbild besonders auffällig. Es handelt sich dabei um einen Blickfang iSd § 2 UWG sowohl idgF als auch in der Fassung vor der UWG-Novelle 2007. Ein Blickfang verstößt gegen § 2 UWG, wenn eine nähere Aufklärung überhaupt fehlt oder nicht in einer nach redlicher Verkehrsübung zu erwartenden Form, wie etwa in wesentlich kleinerer Schrift, erfolgt (*Wiltschek*, UWG[7], E 172 zu § 2) und dadurch bei potentiellen Adressaten unrichtige Vorstellungen erweckt werden. Im konkreten Fall findet sich auf der Startseite der Website und im abrufbaren Video zunächst überhaupt kein Hinweis auf die Taktung, erst auf den Unterseiten und in sonstigen Werbemitteln wird auf die Taktung 90/60 hingewiesen, dies allerdings, wie bereits festgestellt, in wesentlich kleinerer Schrift als unauffälliger Vermerk am Ende der Ankündigung (*Wiltschek*, UWG[7], E 173 zu § 2) und daher nicht in ausreichender Form. Auch der Weiterverweis auf die AGB und Entgeltbestimmungen entspricht nicht der redlichen Verkehrsausübung. Denn der durchschnittliche Verbraucher entnimmt

solchen Verweisen nach allgemeiner Lebenserfahrung lediglich, dass der beworbene Tarif in den Entgeltbestimmungen näher konkretisiert wird, jedoch rechnet er keinesfalls damit, dass diese Klauseln Zusatzbestimmungen enthalten, die dazu führen, dass der Minutenpreis, den der Verbraucher effektiv bezahlt, deutlich erhöht gegenüber dem angepriesenen ist. Durch die optische Hervorhebung wird daher beim informierten und verständigen Verbraucher eine falsche Vorstellung über den zu bezahlenden Minutenpreis erweckt. Insgesamt liegt somit eine Blickfangwerbung vor, die gegen § 2 UWG verstößt.

Auch andere Mobilfunkanbieter rechnen nach Takten ab, jedoch ist eine Abrechnung nach Taktraten von maximal 60 Sekunden als marktüblich anzusehen. Die beklagte Partei rechnet, soweit gerichtsbekannt, als einziges Mobilfunkunternehmen nach Taktraten von mehr als 1 Minute ab. Außerdem bedeutet die Tatsache, dass auch andere Anbieter nach Takten verrechnen, nicht zwangsläufig, dass ein solches Verhalten auch der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Eine Taktrate von 90 Sekunden stellt weiters nicht nur eine Ausnahme dar, sondern ist jedenfalls in besonderem Maße zur Irreführung geeignet, da der Kunde für jedes Gespräch, unabhangig von der Dauer, jedenfalls mehr als die beworbenen 8 Cent zahlt, nämlich mindestens 12 Cent, dies auch bei sehr kurzen Gesprächen, und sogar wenn der Kunde gar kein Gespräch führt, etwa weil er auf die Mobilbox des gewünschten Gesprächspartners gelangt. Diese Irreführung wird auch durch entsprechende Hinweise auf die Taktung nicht beseitigt, da der Verbraucher sich der Tragweite dieser Abrechnung keinesfalls bewusst ist, sondern seine Produktwahl in erster Linie nach dem Minutenpreis trifft. Es ist für einen durschnittlichen Verbraucher jedoch nicht möglich, ohne entsprechende Zusatzinformationen herauszufinden, welchen Minutenpreis er letztendlich tatsächlich bezahlen muss. Er müsste für ein exaktes Ergebnis jedes einzelne Gespräch auswerten und jeweils die Differenz zwischen dem nominellen Entgelt - dh den Kosten bei einer sekundengenauen Abrechnung - und dem tatsächlich verrechneten Entgelt ausrechnen, was ihm nicht zumutbar ist. Daher beseitigt auch der von der beklagten Partei nachträglich eingefügte Aufklärung über die Taktung auf der beanstandeten Homepage die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens nicht.

Das Hauptbegehren war abzuweisen, da es nicht Gegenstand der wettbewebsrechtlichen Beurteilung ist, zu prüfen, ob eine Verrechnung nach Takten generell zulässig ist oder nicht. Eine Täuschungseignung ist jedoch dann nicht gegeben, wenn die Beklagte in eindeutiger und unmißverständlicher Weise auf die Abrechnung nach Takten und deren Auswirkungen auf den tatsächlichen Minutenpreis hinweist, sodass dem Eventualbegehren - das diese Formulierung enthält - vollinhaltlich Folge zu geben war.

Die begehrte Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung ist nicht überschießend und daher zuzusprechen, weil die Veröffentlichung tunlichst in derselben Weise vorzunehmen wie der inkriminierte Wettbewerbsverstoß. Auch die begehrte Dauer ist angesichts der monatelangen Bewerbung angemessen, da nach 30 Tagen zu erwarten ist, dass der überwiegende Teil der betroffenen Verkehrskreise von der Urteilsveröffentlichung Kenntnis erlangt hat. Insbesondere ist die Dauer von 30 Tagen notwendig, um die Verbraucher zu erreichen, die bereits Kunden der Beklagten sind. Eine Urteilsveröffentlichung in der begehrten Form und Dauer ist daher angesichts der Dauer des Wettbewerbsverstoßes angemessen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien
1010 Wien, Riemergasse 7
Abt. 10, am 14.05.2008

HANDELSGERICHT WIEN
10

Dr. Friedrich Kulka
(Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung)