



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Hutchison 3G Austria GmbH**, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt, Seilergasse 16, 1010 Wien, wegen Unterlassung u.a. nach mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die Beklagte ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr 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 € 30,--, € 20,-- oder € 10,-- zu bewerben, wenn sie tatsächlich weitere fixe, wiederkehrende Entgelte, wie beispielsweise eine jährlich zu bezahlende Servicepauschale von € 20,-- für diese Tarife verlangt und darauf in ihrer Fernseh- und Radiowerbung nicht ausreichend deutlich hinweist.
2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt 1. und 2. des Urteilspruchs binnen sechs Monaten nach Rechtskraft auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen, und zwar jeweils einmal durch Verlesung des Urteilsspruchs in den Fernsehprogrammen ORF 1, ATV und Puls 4, sowie in den österreichischen Werbefenstern der Programme VOX und Kabel 1, jeweils unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms.
3. Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit € 7.364,12 (darin enthalten € 1.322,-- an Pauschalgebühren und € 364,80 an USt-freien Barauslagen, sowie € 946,22 an 20 % USt) bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.
4. Das Hauptbegehren zu 1.) ,die Beklagte sei schuldig. Es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, 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 vom EUR 30.-, EUR 20.- oder EUR 10.- an, insbesondere durch Ankündigungen wie „Handy 0 EUR. Tarif 10 EUR- 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 EUR 0+ Tarif EUR 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 20,00 verlangt,

wird a b g e w i e s e n,.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Klägerin brachte vor, dass die Beklagte Mobilfunktarife inklusive mobilem Internet und einem Smartphone unter dem Namen 3BestKombi unter anderem im Fernsehen und im Rundfunk bewerbe, wobei ein Monatspauschalpreis von € 10,--, € 20,--, € 30,-- oder € 40,--, tarifmässig gestaffelt, in Wort und Bild groß herausgestellt und mehrfach darauf hingewiesen werde, dass das Paket um „nur ... € im Monat, da der Kunde ja nicht unbegrenzt zahlen wolle“, angeboten werde. Tatsächlich fordere die Beklagte zuzüglich eine jährliche Servicepauschale von € 20,--.

Diese Werbung sei irreführend, da wesentliche Preisbestandteile, die regelmäßig wiederkehrten, verschwiegen und der Eindruck erweckt würde, es handle sich bei den angekündigten Pauschalpreisen um die laufend anfallenden Gesamtkosten.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren im noch offenen Umfang, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass sie mit einer zwar kleingedruckten, aber doch leserlichen Unterzeile in ihrem Fernsehspot unter anderem auf die € 20,-- Servicepauschale pro Jahr hinweise. Richtig sei, dass in der Radiowerbung der Hinweis fehle. Der Verbraucher rechne aber bei Radiowerbung infolge der dort gegebenen Beschränkungen des Kommunikationsmediums nicht mit allen Detailinformationen, zumal der Umstand, dass Servicepauschale verlangt würde, bereits allgemein bekannt sei.

Darüber hinaus seien Radiospots nach Einführung der Servicepauschale nicht mehr ausgestrahlt worden.

Außer Streit gestellt wurde, dass die letzte Ausstrahlung am Tag der Einführung des Servicepauschales erfolgte.

In der Tagsatzung 14.3.2012 erstattete die Beklagte ein Vergleichsanbot, das von der Klägerin hinsichtlich der Internetwerbung angenommen, jedoch hinsichtlich der Radio- und

TV-Werbung als nicht ausreichend zurückgewiesen wurde.

Die Beklagte bot darin für die Radiowerbung den in Normalgeschwindigkeit gesprochenen Hinweis „jährliche Entgelte www.3.at oder Ähnliches“, für den Fall der Fernsehwerbung einen in Normalgeschwindigkeit gesprochenen Hinweis wie „Servicepauschale € 20,-- pro Jahr“ oder einen eingblendeten mindestens für 7 Sekunden sichtbaren Hinweis in einer eigenen, größer gedruckten Unterzeile (Aktenseite 81) an.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden und Betrachtung, bzw Anhören der von der Klägerin vorgelegten CD.

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Die Beklagte erwarb für ihren Tarif „3BestKombi“ im Zeitraum 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 II, SAT 1, Kabel 1, VOX und Pro Sieben, weiters auch im Radio. Die im Fernsehen ausgestrahlten Spots hatten folgenden Ablauf:

Die Dauer betrug etwas mehr als 18 Sekunden. Ein blau gekleideter Kommentator vor weißem Hintergrund sprach, begleitet von zusätzlich erscheinenden, seiner Wortwahl jeweils entsprechenden ebenfalls blau gekleideten Personen den Text „Ob jung, ob alt“, „ob klein, ob groß“, „ob dünn, ob dick“, „ob Frau, oder Mann“ sowie „ich habe es für alle Österreicher möglich gemacht, der Eintritt in die Welt der Smartphones ist jetzt so leicht wie noch nie. Mit der neuen 3BestKombi um nur € 10,-- pro Monat.

Auf ein Zeichen des Kommentators erscheint rechts ein oranges Kästchen mit der Ziffer € 10,-- und darüber kleiner geschrieben „Tarif“ und danach darunter ein schmäleres schwarzes Kästchen mit dem Text 3BestKombi. Fortgesetzt erscheinen noch Kästchen mit dem Inhalt „1000 SMS“, „1000 Freiminuten“. Zu dem gesprochenen Text „ohne Kostenfalle“ erscheint das entsprechende Insert. Als Abschluss wird von den abgebildeten Personen der Text „gratis für alle“ gesprochen, und zum folgenden Wortlaut „exklusiv für alle“ erscheint der entsprechende Text auf dem Bild und abschließend das Logo der Beklagten.

Durch eine Zeit von insgesamt etwa sieben Sekunden, während der die verschiedenen kommentierten Kästchen auf dem Bildschirm erscheinen und das Bild von dem einzelnen Kommentator zur Gruppe aller Personen wechselt, erscheint in einer kleinen Unterzeile der Text:

24 Monate Mindestvertragsdauer, € 20,-- Servicepauschale pro Jahr. € 49,-- Aktivierungs-entgelt. Details www.3.at.

Die Radiowerbung hatte folgenden Text:

„Das iPhone 4 jetzt nur noch für kurze Zeit in der 3BestKombi. Da gibt es das 3 Super Phone gratis und den perfekten Tarif gleich dazu. Um nur € 30,-- im Monat. Schließlich wollen Sie unbegrenzt surfen, nicht unbegrenzt zahlen. Mit 36 Monaten Mindestvertragsdauer. Exklusiv für alle. 3.“

In einer weiteren Radiowerbung wurde der Text gesprochen:

„Normalerweise wird ein Geburtstagskind ja beschenkt, zum Geburtstag der 3 Super Phones aber wird das Geburtstagskind verschenkt. Nämlich das Samsung Galaxy S. statt um € 149,-- jetzt um € 0,--. Mit der 3BestKombi mit dem perfekten Tarif um nur € 20,-- im Monat. Exklusiv für alle. 3.“

Die Feststellungen gründen sich einerseits auf das unbestrittene Vorbringen, andererseits auf die Betrachtung der vorgelegten CD.

Es ist zwar in dieser Wiedergabe der Text der Unterzeile nur sehr erschwert leserlich, ist aber erkennbar, dass es sich dabei um den von der Beklagten behaupteten im Screenshot ersichtlichen Text handelt, das Größenverhältnis und die Schaltdauer, sowie der Ablauf der Werbeschaltung ist aus der vorgelegten CD klar nachvollziehbar.

Ob bei Ausstrahlung auf dem Bildschirm die Buchstaben klar sind, kann aus rechtlichen Gründen dahingestellt bleiben.

Rechtlich ergibt sich Folgendes:

Die Hauptaussage der Werbeschaltungen der klagenden Partei ist Preiswerbung, das heißt, das Gewicht der Werbeaussage liegt auf dem monatlich zu bezahlenden – geringen – Pauschalpreis und den damit abgegoltenen Leistungen.

Tatsächlich handelt es sich bei diesem Pauschalpreis aber nicht um die kompletten laufend zu bezahlenden Gebühren, sondern ist Vertragsgegenstand auch ein jährlich anfallendes Servicepauschale“ in Höhe von € 20,--, das sich also – je nach Tarif – im Bereich von zwei Monatspauschalen bis zu zwei Drittel einer Monatspauschale bewegt.

Auf diese Zusatzkosten wird in der Radiowerbung überhaupt nicht, in der Fernsehwerbung nur in einer Unterzeile hingewiesen, die andere, die noch weitere Informationen enthält, nur für die Dauer von zirka sieben Sekunden erscheint, während derer die Aufmerksamkeit des Zusehers auch durch wechselnde Bildinhalte abgelenkt ist, und die im Hinblick auf Größe und Länge weder besonders ins Auge fällt, noch auch während des Spots leicht vollständig zu lesen und zu erfassen ist.

Gemäß § 2 Absatz 1 Ziffer 4 UWG ist eine Geschäftspraxis dann irreführend, wenn sie geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf den Preis des Produktes zu täuschen,

sodass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Wird das Gewicht der Werbung auf die Höhe der regelmäßig anfallenden Gesamtkosten gelegt, so erwartet der Kunde nicht, dass noch zusätzliche regelmäßig anfallende Kosten in nicht unbeachtlicher Höhe, wenn diese zwar nicht monatlich, aber doch jährlich zu bezahlen sind, anfallen.

Selbst wenn dem Publikum der Umstand, dass die Mobilfunkanbieter ein „Servicepauschale“ einheben, durch Medienberichte bereits bekannt geworden ist, kann es aus der Ankündigung von niedrigen Gesamtkosten gerade schließen, dass die Beklagte ein solches nicht fordert, sondern tatsächlich die vollständigen regelmäßigen Kosten offenlegt. Auch wenn im Hinblick auf die Beschränkungen, die sich aus einem konkreten Werbemedium ergeben, der Verbraucher nicht erwartet, dass sämtliche Details des Geschäftes in der Werbung offengelegt werden, so handelt es sich bei Preiswerbung dieser Art bei den nicht bzw nicht in einer ausreichend ins Auge fallenden Form offengelegten Informationen über das jährliche Servicepauschale um eine wesentliche Information, deren Vermittlung auch in der Fernseh- bzw Rundfunkwerbung ohne weiters möglich ist.

In der Fernsehwerbung weist die Beklagte auf zahlreiche Leistungen und Eigenschaften des Produktes hin, sodass es nur eine geringe Erweiterung darstellen würde, auch auf die zusätzlichen Kosten hinzuweisen.

Auch in der Radiowerbung nimmt ein solcher Hinweis nur kurze Zeit in Anspruch, ganz abgesehen davon, dass, wenn die Beklagte diesen Werbeaufwand scheut, sie ja diese Zusatzkosten in den monatlichen Gesamtpreis einpreisen könnte.

Kann im Falle eines solchen Spots eine wesentliche Unvollständigkeit durch einen kurzen, deutlich wahrnehmbaren Hinweis behoben werden, sodass keine ins Gewicht fallende Erhöhung der Sendezeit erfolgt, kann sich der Werbende nicht auf Beschränkungen des Kommunikationsmediums berufen (vgl Wiebe/G. Kodek, UWG, Kommentar, Anmerkung 494 zu § 2 UWG).

Was die Radiowerbung betrifft, ist die Werbung noch am Tag, an welchem das Servicepauschale in Kraft trat, ebenso wie auch kurz davor zur Irreführung geeignet. Der Kunde schliesst ja nicht unmittelbar aufgrund und nach dieser Werbung das Geschäft ab, sondern es liegen zwischen dem Empfang der Werbung und dem dadurch ausgelösten Geschäftskontakt in der Regel mindestens ein, und unter Umständen aber auch mehrere Tage.

Demgegenüber konnte für die Beklagte nicht zweifelhaft sein, ab welchem Zeitpunkt sie die Servicepauschale in welcher Höhe einführt. Sie hätte auf diesen Umstand in der Radiower-

bung bereits rechtzeitig, um zu vermeiden, dass ein geschäftlicher Kontakt noch in einer Fehlmeinung aufgenommen wird, berücksichtigen können.

Es ist daher auch hinsichtlich der Radiowerbung die Wiederholungsgefahr weiter gegeben.

Was Vergleichsanbot betrifft, ist dieses nicht ausreichend.

Zwar teilt das Gericht die Ansicht der Klägerin im Sinne des Hauptbegehrens, dass Werbung mit einem monatlichen Pauschalpreis, wenn noch zusätzliche jährliche Entgelte verlangt werden, grundsätzlich unzulässig sei, nicht. Es ist dem Wirtschaftstreibenden zu überlassen, auf welche Weise er seine Preise gestaltet, solange er diese klar und deutlich ankündigt.

Um Irreführungen, die sich durch die werbemäßige Hervorhebung des Monatspreises ergeben, zu vermeiden, ist es jedoch erforderlich, auf regelmäßige Entgelte, die in anderen, größeren Zeitabständen zu leisten sind, auf eine Weise hinzuweisen, dass der Verbraucher deutlich erkennt, dass zu den angekündigten Monatspreisen noch regelmäßig zu zahlende Jahresentgelte dazukommen. Eine derart deutliche Ankündigung setzt zunächst voraus, dass dieser Preisbestandteil ausdrücklich genannt und beziffert wird. Der Hinweis, dass zusätzliche Informationen in einem anderen Medium, das auch gar nicht für alle Empfänger der Werbenachricht zugänglich ist, zu finden seien, genügt jedenfalls nicht.

Auch in Bezug auf die Fernsehwerbung muss 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 kann. Es muss daher auch mit dem gleichen Medium wie der Werbehinweis vermittelt werden, einem gesprochenen Werbehinweis hat die gesprochene Ergänzung zu folgen, einem bildmäßig wiedergegebenen die gleichwertige bildmäßige Darstellung der Zusatzkosten, die so deutlich und auffällig gestaltet ist, dass sie der gewöhnliche Betrachter eines Werbespots nicht übersieht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die einem Fernsehspot gewidmete Aufmerksamkeit keine besonders intensive ist. Insofern reicht das Vergleichsanbot der Beklagten weder für die Radiowerbung noch auch für die Fernsehwerbung aus. Der bloße, wenn auch relativ groß gedruckte Unterzeile auf dem Bild leitet die Aufmerksamkeit des Betrachters nicht ausreichend auf diese zusätzliche Information, zudem dann, wenn das Bild in einer größeren Form noch andere für ihn interessante Informationen, etwa die Abbildung des Gratisproduktes oder den Hinweis auf die günstigen Monatskosten, enthält.

Das Vergleichsanbot der Beklagten war daher nicht geeignet, hinsichtlich Radio- und Fernsehwerbung die Wiederholungsgefahr auszuschalten.

Das Veröffentlichungsbegehren ist in dem verlangten und von der Beklagten auch

vergleichsweise angebotenen Umfang berechtigt.

Es war wie im Sinne des ersten Eventualbegehrens wie im Spruch zu entscheiden

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2 ZPO.

Was die vorprozessualen Kosten betrifft, war es zur Vorbereitung der Veröffentlichungsbegehren erforderlich, die Streupläne einzuholen.

Die Kosten, die sich ausschließlich auf den Hörfunk-Streuplan beziehen (€ 122,40) waren allerdings im Hinblick auf den Umstand, dass die Klägerin um dieses Veröffentlichungsbegehren eingeschränkt hat, nicht zuzuerkennen.

Hinsichtlich der zweiten Rechnung ist davon auszugehen, dass der überwiegende Teil die TV-Schaltungen betroffen hat.

Handelsgericht Wien, Abteilung 19

Wien, 28. März 2012

Dr. Elfriede Dworak, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG