



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

Kel. 23.9.06 ZB.

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat durch die Richterin
MMag. Liselotte Eckl in der Rechtssache des Klägers Verein für
Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien,
vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG,
Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, wider die beklagte Partei T-Mobile
Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch Mag.
Dr. Lothar Wiltschek, Rechtsanwalt in 1010 Wien,
Rotenturmstraße 16-18, wegen EUR 26.000,-- nach öffentlicher
mündlicher Streitverhandlung zu Recht erkannt:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es
im geschäftlichen Verkehr bei der Bewerbung
eines Tarifs für Mobilfunktelefonie-
dienstleistungen, insbesondere für ihren
Tarif „Fairplay“, zu unterlassen, den
unrichtigen Eindruck zu erwecken, der
beworbene Tarif bestehe lediglich aus einer
Grundgebühr und der damit verbundenen
Befreiung von Gesprächsentgelten, etwa durch
Werbeaussagen wie „Alle Gespräche. Alle
Netze. Ein Preis. Nur € 25,-- im Monat!“,
wenn sie tatsächlich eine Befreiung von
Gesprächsentgelten nur bis zu einer
bestimmten Gesprächsdauer, etwa 1000 Minuten
im Monat, gewährt und darüber hinausgehende

Telefonate zusätzlich zeitabhängig verrechnet werden.

2. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, es im geschäftlichen Verkehr bei der Bewerbung eines Tarifs für Internetleistungen, etwa für den Tarif „Fairclick“, zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der beworbene Tarif bestehe aus lediglich einer Grundgebühr für ein unbegrenzt zur Verfügung stehendes Datenvolumen, insbesondere durch Ankündigungen wie „Du surfst völlig entfesselt. Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. Zum Fixpreis von nur 25 EURO im Monat“, wenn durch dieses Grundentgelt tatsächlich nur ein begrenztes Datenvolumen, etwa 10 Gigabyte pro Monat, abgedeckt ist, für jede darüber hinausgehende Datenübertragung aber ein vom heruntergeladenen Datenvolumen abhängiges Entgelt, etwa ein Entgelt von 10 Cent pro Megabyte, zusätzlich zur Grundgebühr verrechnet wird.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.347,66[✓] (davon EUR 790,11 an 20 % USt und EUR 607,-- an USt-freien Barauslagen) binnen 14 Tagen zu bezahlen.

4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden

Teil des Urteilsspruchs samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung jeweils binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils auf Kosten der beklagten Partei einmal in einer Samstagsausgabe der bundesweit erscheinenden Kronen-Zeitung, im redaktionellen Teil mit Fettdruckumrandung und gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße des Fließtextes redaktioneller Beiträge; weiters für die Dauer von 30 Tagen auf der Website mit der Internetadresse www.t-mobile.at oder, sollte diese Internetadresse geändert werden, auf der Website der anstelle der Internetadresse www.t-mobile.at verwendeten Internetadresse, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, im übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße, Schriftfarbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen, wie auf der Website www.t-mobile.at im Textteil üblich, wobei die Veröffentlichung bei den Links zu den von der Beklagten angebotenen Tarifen unübersehbar anzukündigen und über einen dort gesetzten Link direkt aufrufbar sein muss; sowie einmal durch Verlesung des Urteilsspruches im Fernsehprogramm ORF 1 unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms um 20.15 Uhr, zu veröffentlichen.

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist ein zum Zwecke des Konsumentenschutzes eingerichteter Verein. Die beklagte Partei ist Unternehmer und in den Branchen Mobilfunktelefonie und Internetproviderdienste tätig.

Außer Streit steht, dass die beklagte Partei die Produkte „Fairplay“ und „Fairclick“ vertreibt, denen eine Tarifgestaltung in Form einer Flatrate mit Nutzungsbegrenzung zugrundeliegt. Außer Streit steht weiters, dass mit der Nutzungsbeschränkung namens „Fairlimit“ sichergestellt werden soll, dass einzelne Nutzer die Nutzung nicht zulasten des Gesamtnetzwerks übertreiben. Außer Streit steht schließlich, dass die beklagte Partei zur Bewerbung dieser Produkte eine österreichweite Werbekampagne betrieb, die die Tarife „Fairplay“ und „Fairclick“ in Fernsehen, Radio, Tageszeitungen und der Homepage der beklagten Partei bewarb.

Strittig ist, ob die beklagte Partei in ihrer Werbung ausreichend darauf hingewiesen hat, dass ihren als Flatrate beworbenen Produkten eine Nutzungsbeschränkung zugrundeliegt, und somit, ob die Werbung der beklagten Partei irreführend war.

Der Kläger beehrte Unterlassung und Urteilsveröffentlichung wie im Urteilsspruch ersichtlich und brachte dazu begründend vor, die beklagte Partei bewerbe auf ihrer Website den Tarif „Fairplay“ mit dem Text „Jetzt € 25,-- im Monat. Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis.“. Klicke man weiter, gelange man unter der Überschrift „Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis. Nur € 25,-- im Monat!“ zu einer Tabelle, in der für eine monatliche Gebühr von EUR 25,-- ein Minutenentgelt von 0 Cent zu T-Mobile/Klax, Festnetz, T-Mobile Box und Mobilnetze angeboten werde. Am Seitenende folge dann ein

Kleindruck, wonach ein Tarifangebot von „0 Cent“ 1000 Minuten bedeute, sodass 1000 Minuten netzintern, 1000 Minuten ins Festnetz, 1000 Minuten zur T-Mobile Box und 1000 Freiminuten in andere Mobilnetze gelten würden.

Die Fernseh- und Radiowerbespots würden die Einschränkungen der Telefoniezeiten im Text nicht erwähnen, es werde lediglich auf „Fairlimit“ und die Website der beklagten Partei verwiesen.

Das gleiche gelte für den Internettarif „Fairclick“, wo im Fernsehen versprochen werde „Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. 1 Preis“ und dann wieder nur kurz ein Hinweis auf „Fairlimit“ und die Website folge. Im Radio werde nach dem Text „Du surfst völlig entfesselt. Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. Zum Fixpreis von nur 25 EURO im Monat“ überhaupt nur auf die Homepage verwiesen. Erst dort offenbare sich eine Beschränkung von 10 Gigabyte mit einem Preis von 10 Cent pro zusätzlichem Megabyte.

Dieses Verhalten sei wettbewerbswidrig, da es den unmissverständlichen Eindruck erwecke, dass mit einer monatlichen Zahlung alle Nutzungen abgegolten wären. Es sei somit geeignet, durch das Unterlassen erklärender Hinweise hinsichtlich einer Nutzungsbegrenzung das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Die Werbung sei somit irreführend. Schließlich werde auch in der tabellarischen Aufstellung des „Fairplay“ Tarifs auf der Website nicht deutlich genug klargemacht, dass die Beschränkung auf 1000 Gesprächsminuten nicht pro Netz, sondern nur für bestimmte Gruppen von Netzen gelte.

Die Wiederholungsgefahr ergebe sich bereits aus dem ersten Verstoß und es sei kein Verhalten gesetzt worden, das eine ernstliche Willensänderung erkennen ließe. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung stütze sich auf das berechtigte Interesse der angesprochenen Verkehrskreise, über die zur

Irreführung geeignete Werbung aufgeklärt zu werden.

Die beklagte Partei beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte dazu begründend vor, dass zunächst anzumerken sei, dass das Vorgehen der klagenden Partei befremdlich sei, da die beklagte Partei der klagenden Partei das Tarifmodell „Fairplay“ samt Erklärung der Nutzungsbegrenzung zur Einsicht zugesandt habe und die klagende Partei das Tarifmodell nicht beanstandet habe. Die klagende Partei sei damals offenbar der Auffassung gewesen, dass keine Irreführung zu besorgen sei.

Darüber hinaus gehe schon aus den Produktbezeichnungen, insb. der Vorsilbe „Fair“ hervor, dass das „Fair use“-Prinzip anzuwenden sei, wonach exzessiven Nutzungen durch Einzelkunden, die zu Lasten der gesamten Nutzergemeinschaft gingen, vorgebeugt werden solle. Solche „Fair use“-Beschränkungen seien bei der Mobilfunktelefonie auch überaus üblich, wie sich aus einem Vergleich mit Tarifmodellen anderer Anbieter ergebe. Dem Durchschnittsverbraucher sei auch aufgrund von Medienberichten über „unfair use“ bekannt, dass er sich mit den „Fair use“-Bestimmungen vertraut zu machen habe. Wäre das Angebot irreführend, hätte die klagende Partei auch die Telekom Austria klagen müssen, da diese lang nicht so deutlich auf eine Nutzungsbeschränkung hinweisen würden wie die beklagte Partei.

Das im Tarif „Fairplay“ zur Verfügung gestellte Nutzvolumen sei für den Durchschnittsverbraucher völlig ausreichend, nur 3,57 % der Nutzer überschritten eine Nutzung von 1.000 Minuten, und selbst unter diesen 3,57 % betrage die Nutzung im Durchschnitt nur ca. 1.200 Minuten. Für „Fairclick“ betrage die Zahl der Kunden, die das Downloadlimit von 10 GB überschreiten, überhaupt nur 2,8 %. Die Klage würde daher nicht die Interessen der Durchschnittsnutzer, sondern nur jene der Missbraucher schützen.

Die „Fair use“-Bestimmungen seien leicht auffindbar und verständlich, es werde in der TV- und Radiowerbung auf „Fairlimit“ und die Website hingewiesen. Eine schlagwortartige Erklärung sei unmöglich, weil der Erklärungstext viel zu lang und daher dem verwendeten kommerziellen Medium nicht angemessen sei. Auch sei eine Reflexionsphase, um über die Erläuterung von „Fairlimit“ nachzudenken und sie zu verstehen, idR nicht gewährleistet. Aufgrund des Hinweises auf die Website werde jeder Verbraucher stattdessen dort die schon aus dem Namen herauszulesende „Fair use“-Bestimmung nachlesen.

Es sei unübersehbar definiert, dass alle Mobilnetze außer T-Mobile zu einem Netz zusammengefasst seien, das gleichberechtigt neben den drei anderen angebotenen Netzen „T-Mobile/Klax“, „Festnetz“ und „T-Mobile Box“ bestehe, sowie dass alle Netze jeweils 1000 Freiminuten umfassten. Dass ein Überschreiten der Freigrenzen ein zusätzliches Entgelt auslöse, werde vom Verbraucher erwartet, da ihm das Telefonieverhalten zügelnde Maßnahmen bekannt seien.

Analoges gelte auch für den Tarif „Fairclick“.

Aus all diesen Gründen sei die Werbung für „Fairplay“ und „Fairclick“ keinesfalls irreführend.

Die klagende Partei bestritt das Beklagtenvorbringen und brachte ergänzend vor, dass sie sich prinzipiell dagegen verwehre, von Unternehmen als Gutachter missbraucht zu werden, wenn diese ihr Unterlagen über beabsichtigte Tarife und Werbungen zusenden und dann erwarteten, auf allfällige Rechtswidrigkeiten im Voraus hingewiesen zu werden.

Überdies ergebe sich aus den der klagenden Partei von der beklagten Partei zugesandten Unterlagen nicht der in diesem Verfahren beanstandete Slogan „Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis. Nur EUR 25,00 im Monat“, ohne dass deutlich genug auf „Fairlimit“ hingewiesen werde. Aussagen über „Fairclick“

enthalte das Schreiben zudem gar nicht. Umso überraschter sei die klagende Partei dann von der Werbung gewesen, obwohl die beklagte Partei eine besondere Transparenz versprochen habe, und ebenso erstaunt sei die klagende Partei darüber gewesen, dass ein Limit von 1000 Minuten für alle Fremdmobilnetze zusammen gelten würde.

Dass der Kunde bereits aus der Bezeichnung „Fairplay“ bzw. „Fairclick“ auf das „Fair use“-Prinzip schließen müsse, sei nicht anzunehmen, im Gegenteil werde er eine besondere Fairness des anbietenden Unternehmens ableiten. Die beanstandeten Slogans seien aber nicht gerade fair, wenn sie unlimitierte Leistungen anpreisen, ohne deutlich genug bzw. in der Rundfunkwerbung überhaupt auf die Beschränkungen hinzuweisen. Aus Medienberichten über exzessiv genutzte Flat-rate-Tarife und der Bezeichnung „Fairplay“ bzw. „Fairclick“ auf eine „Fair use“-Beschränkung zu schließen, sei jedenfalls vom aufmerksamen Durchschnittsverbraucher nicht zu erwarten.

Der Hinweis auf andere Anbieter könne das eigene Verhalten nicht rechtfertigen, überdies hätten diese nicht eine unlimitierte Nutzung versprochen. Auch sei das Verhalten der Durchschnittskonsumenten, für die das Limit ausreichend sei, irrelevant, da dies nichts daran ändere, dass es sich um irreführende Werbung handle.

Unzutreffend sei auch, dass es unmöglich sei, auf die Beschränkung deutlich genug hinzuweisen, denn niemand zwinge die beklagte Partei, limitierte Tarife mit Slogans zu bewerben, die unlimitierte Nutzung versprechen. Dies werde auch von der beklagten Partei erkannt, wenn sie zB beim Telering-Tarif „Basta“ auf die Nutzungsbeschränkungen direkt in der Tarifbeschreibung hinweise, oder in neueren Inseraten für „Fairclick“ den Slogan „10 GB für 10 Euro“ verwende. Die Anforderung der Angemessenheit des Kommunikationsmediums für aufklärende Hinweise sei kein Freibrief für irreführende

Werbeangaben.

Schließlich ergebe sich innerhalb des „Fairplay“-Tarifes die Irreführungseignung der Beschränkung aller Fremdmobiltelefonate auf 1000 Minuten daraus, dass selbst Mitarbeiter der beklagten Partei davon ausgegangen wären, dass die Beschränkung nicht für alle Fremdmobilnetze zusammen, sondern für jedes Fremdmobilnetz einzeln gelten würde, wie sich aus der Schilderung eines [REDACTED] ergeben würde.

Die beanstandeten Werbungen seien mehrfach im Werbefernsehen sowie im Werberadio des ORF und in sämtlichen bundesweit erscheinenden Tageszeitungen Österreichs geschaltet worden.

Die beklagte Partei bestritt das ergänzende klägerische Vorbringen und brachte ihrerseits ergänzend vor, die Bedeutung des Begriffs „Fair use“ sei dem durchschnittlichen Telekommunikationskunden bekannt und es sei immer mit dem unmissverständlichen Slogan „Es gilt Fairlimit“ auf die Geltung des „Fair use“-Prinzips hingewiesen worden. Die Tarifgestaltung der Mitwerber enthalte ebenfalls nur in Fußnoten Hinweise auf die Geltung dieses Prinzips.

Das nachweisliche Telefonie- und Surfverhalten sei entgegen den klägerischen Ausführungen deswegen relevant, weil es zeige, dass faire User mit den Beschränkungen das Auslangen finden würden. Überschreitungen fänden offenbar bewusst statt, da der beklagten Partei kaum Beschwerden über ihre Tarife bekannt seien.

Beim Tarif „Fairplay“ sei klar, dass die Beschränkung auf 1000 Minuten für alle Fremdmobilnetze zusammengenommen gelte, weil sich aus der Gesamtschau der Tarifbestimmungen ergebe, dass mit dem Term Mobilnetze eben nur ein Netz und nicht sieben Netze gemeint seien. Es seien nämlich eindeutig vier Blöcke definiert, von denen für jeden 1000 Minuten zur Verfügung

stehen würden. Beim „Fairclick“-Tarif sei die Beschränkung auf 10 GB überhaupt direkt aus der Tariftabelle ersichtlich. Für TV- und Radiospots sei diese Darstellung allerdings zu komplex.

Der Vorwurf, dass selbst Mitarbeiter der beklagten Partei die Tarifbestimmungen nicht verstünden, sei nicht überprüfbar und polemisch. Die Aussagen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] seien nicht geeignet, die Irreführung zu beweisen, da eine einzelne Person nicht als repräsentativer Anteil der potentiellen Verbraucher gehandelt werden könne. Es sei in jeder Ankündigung auf „Fairlimit“ und die Website t-mobile.at verwiesen worden.

Schließlich zeige die lange Zeit zwischen Bekanntmachung der Werbung und Einbringung der Klage, dass diese zunächst von der klagenden Partei richtig verstanden worden sei und daher nicht irreführend sein könne. Es sei sonst nicht verständlich, warum die klagende Partei, die angeblich offenkundige Täuschungen von Verbrauchern möglichst rasch abstellen sollte, so lange zugewartet hätte.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Beilagen ./A- ./G und ./1- ./9 sowie durch Einvernahme des Mag. [REDACTED] [REDACTED] als Zeuge (AS 67-71 in ON 7), der Mag. [REDACTED] [REDACTED] als Zeuge (AS 71-73 in ON 7), des Dr. [REDACTED] [REDACTED] als Zeuge (AS 73-75 in ON 7), und des Dr. [REDACTED] [REDACTED] als Zeuge (AS 76-77 in ON 7).

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die beklagte Partei bietet Mobilfunktelefonie- und Internetproviderdienstleistungen an. Im Jahr 2007 führte die beklagte Partei ein neues Tarifsystem ein, das unter anderem die Tarife „Fairplay“ und „Fairclick“ beinhaltete.

Der Tarif „Fairplay“ wurde zu einem Preis von EUR 25,-- angeboten und umfasste insgesamt 4.000 Freiminuten Telefonie, welche in vier getrennte Kontingente aufgeteilt waren, und zwar

1.000 Minuten für Verbindungen ins Festnetz, 1.000 Minuten für Verbindungen zu T-mobile und Klax, 1.000 Minuten für Verbindungen zur T-Mobile Box und 1.000 Minuten für Verbindungen in alle Fremdmobilnetze gemeinsam. Minuten konnten zwischen den Kontingenten nicht verschoben werden. War eines der Kontingente aufgebraucht, so wurden EUR 0,20 pro zusätzlicher Minute, die für Verbindungen in diesem Netz verwendet wurden, verrechnet (Blg ./A). Beim Tarif „Fairplay Plus“ wurde für einen Preisaufschlag von EUR 10,-- zusätzlich noch ein Freikontingent an SMS angeboten (Blg ./F).

Der Tarif „Fairclick“ umfasste ein Datentransferfreivolumen von insgesamt 10 GB zum Preis von EUR 25,-- monatlich. Nach Überschreiten des Freivolumens wurden für jedes zusätzliche Megabyte EUR 0,10 verrechnet (Blg ./B und ./F).

Die beklagte Partei bewarb ihre Tarife über das Werbefernsehen, Werberadio und über Printmedien; das Werbekonzept sah eine Bewerbung als Flat-rate-Tarif mit einer „Fair use“-Beschränkung vor.

Am 24.05.2007 (ein Donnerstag), einige Tage vor dem beabsichtigten Werbestart am 28.05.2007 (ein Montag) benachrichtigte die beklagte Partei die klagende Partei von den neuen Tarifen und übermittelte als Beilage einen Tarifblock. Darin war der Tarif „Fairplay“ wie folgt aufgegliedert: „0 Cent zu T-Mobile und Klax“, „0 Cent ins Festnetz“, „0 Cent zur T-Mobile Box“, „0 Cent in alle Mobilnetze“, bei einem Preis von EUR 25,--. Unten im Smallprint befand sich ohne Verweis vom eigentlichen Tarifblock die Erklärung von „Fairlimit“ mit den Worten: „Ein Tarifangebot von '0 Cent' gilt jeweils für 1000 Minuten und/oder 1000 SMS pro Abrechnungsperiode (Monat) und pro inkludiertem Netz“ (Blg ./1). Die klagende Partei reagierte auf diese Zusendung nicht, weil es allgemein gegen ihre Firmenphilosophie spricht, als Gutachter für Unternehmen zu

dienen und vorab neue Werbemodelle auf ihre wettbewerbsrechtliche Konformität zu prüfen (Aussage Dr. Peter Kolba AS 76, gerichtsbekannt).

In weiterer Folge wurden die Tarife auf der Website www.t-mobile.at wie folgt angekündigt: Unter einem Link „Jetzt € 25,-- im Monat. Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis.“ gelangte man zu einer tabellarischen Tarifaufstellung mit der Überschrift „Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis. Nur € 25,-- im Monat!“, in der unter anderem geschrieben stand: „0 Cent: T-Mobile/Klax + Festnetz + T-Mobile Box + Mobilnetze“ (Blg ./A). Der Hinweis auf „Fairlimit“ wurde für gewöhnliche Bildschirmauflösungen (zB 1.280 mal 1.024 Pixel) erst beim Herunterscrollen sichtbar und es wurde darauf im Tarifblock nicht verwiesen (Blg ./A).

Neben der Werbung auf der Website wurden außerdem österreichweit Fernseh- und Radiowerbespots für die beiden Tarife „Fairplay“ und „Fairclick“ geschaltet (Aussage [REDACTED] AS 73). Für „Fairplay“ wurden dabei die bereits auf der Website verwendeten Slogans verwendet („Jetzt € 25,-- im Monat. Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis.“ und „Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis. Nur € 25,-- im Monat!“), für „Fairclick“ unter anderem die Slogans: „Du surfst völlig entfesselt. Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. Zum Fixpreis von nur 25 EURO im Monat.“ und „Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. 1 Preis“ verwendet. Im Abspann folgte auf die Präsentation der beiden Tarife kurz der Satz „Es gilt Fairlimit.“ und ein Verweis auf die Website www.t-mobile.at. Es konnte allerdings nicht festgestellt werden, ob der Hinweis auf Fairlimit, wie von Klagsseite behauptet, in einem der Radiowerbespots überhaupt fehlte.

Die Werbespots für das Werbefernsehen und das Werberadio wurden auch nach dem 12.12.2007 geschaltet (AS 7 ff, arg „aktuellen“), die Werbung auf der Website wurde in der oben

geschilderten Form auch nach dem 12.12.2007 fortgeführt (Blg ./A).

Am 17.01.2008 wurde eine groß angelegte Werbeeinschaltung in sämtlichen bundesweit in Österreich erscheinenden Zeitschriften gestartet, in denen „Fairclick“ beworben wurde mit dem Slogan „Alle Seiten. Alle Clicks. Ein Preis.“ und „Fairplay Plus“ mit dem Slogan „Alle Gespräche. Alle Netze. Alle SMS.“ Unten links stand in sehr kleinen Lettern geschrieben „Es gilt Fairlimit. Nähere Infos unter www.t-mobile.at“; dieser Textbaustein war allerdings von den restlichen Fußnoten isoliert und es wurde in den Slogans darauf auch nicht per *-Zeichen oä. verwiesen (Beilagenkonvolut ./F).

Am 28.09.2007 schloss Mag. [REDACTED], veranlasst durch die Radio- und Fernsehwerbungen der beklagten Partei, für zwei Mobiltelefone einen Vertrag nach dem Tarif „Fairplay“ ab. Zuvor versicherte er sich aber durch ausdrückliche Rückfrage, dass das Tarifmodell auch wirklich so zu verstehen war, dass 1000 Minuten nicht in alle Fremdmobilnetze zusammen, sondern in jedes einzeln zur Verfügung stünden. Dies wurde von einem Mitarbeiter der beklagten Partei ausdrücklich bestätigt. Dennoch wurde Mag. [REDACTED] ein zusätzliches Entgelt dafür verrechnet, dass seine Nutzung 1000 Minuten in allen Mobilnetzen zusammen überstieg.

Es konnte nicht festgestellt werden, wieviele ähnliche Beschwerden bei der beklagten Partei eingegangen sind.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf die jeweils in Klammer angeführten unbedenklichen Urkunden, sowie auf die überzeugenden Aussagen der Zeugen Mag. [REDACTED] Mag. [REDACTED], Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED], die sich auch gegenseitig nicht widersprachen.

Es bestand insb. kein Anlass, am Wahrheitsgehalt der glaubwürdigen Aussage von Mag. [REDACTED] zu zweifeln. Insbesondere die Ausführungen darüber, dass Herr [REDACTED] sich mit den Vorteilen und Nachteilen eines Wechsels zu T-Mobile im Voraus detailliert auseinandersetzen konnte das Gericht überzeugen, dass er einen Vertrag bei T-Mobile nicht abgeschlossen hätte, wenn nicht 1000 Minuten in jedes Mobilnetz separat zur Verfügung stünden. Es konnte dann auch zwanglos angenommen werden, dass Mag. [REDACTED] sich im Rahmen dieses offenbar sorgfältig geplanten Anbieterwechsels bei T-Mobile-Mitarbeitern über die für ihn missverständliche Passage im Tarifangebot erkundigte, und dass dieser Mitarbeiter ihm bestätigte, es stünden 1000 Minuten in jedes Mobilnetz separat zur Verfügung, denn sonst hätte Mag. [REDACTED] nicht den Vertrag abgeschlossen.

Den Mutmaßungen der beklagten Partei, die Auskünfte eines ihrer Mitarbeiter seien von Mag. [REDACTED] bewusst missverstanden worden, konnte nicht gefolgt werden. Auch die bloß pauschale Behauptung der beklagten Partei, neben Mag. Michael Schmid habe es zu den neuen Tarifen kaum Beschwerden gegeben und er sei somit als Einzelfall anzusehen, konnte mangels Beweises nicht als erwiesen angesehen werden.

Allerdings stellte sich die Vernehmung von Mag. [REDACTED] als für die rechtliche Beurteilung letztlich irrelevant heraus, da seine Aussagen nur das Eventualbegehren betrafen, der klagenden Partei aber schon im Hauptbegehren recht zu geben war, sodass das Eventualbegehren unerörtert bleiben konnte. Aus diesem Grund wurden sämtliche diesbezüglichen Beweisanträge, insb. der Beweisantrag der beklagten Partei AS 69, der überdies verspätet war, abgewiesen.

Die Tatsache, dass die klagende Partei prinzipiell aus Gründen der Firmenphilosophie keine Auskünfte über die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit von Werbekampagnen im Voraus gibt und daher das Ausbleiben einer Reaktion auf diesbezügliche Anfragen von der beklagten Partei nicht als Zustimmung gewertet werden kann, ist gerichtsbekannt.

Rechtlich ist der festgestellte Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Die klagende Partei ist gemäß § 14 UWG zur Unterlassungsklage aktivlegitimiert. Das Verhalten der beklagten Partei ist nach dem UWG idF BGBl. 79/2007, in Kraft seit 12.12.2007, zu bewerten, da die beklagte Partei alle beanstandeten Handlungen nach dem 12.12.2007 gesetzt oder zumindest wiederholt hat.

Hinsichtlich des Vorliegens einer Wettbewerbsverletzung gem. § 1 f UWG:

Zu prüfen ist, ob die beklagte Partei im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik angewendet hat, 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 (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG). Eine Geschäftspraktik gilt insbesondere dann als unlauter, wenn sie irreführend iSv § 2 UWG ist.

Eine Geschäftspraktik, insb. Werbung, gilt als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthält oder dem Verbraucher unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, oder wenn sie sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in

Bezug auf das Produkt derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Irreführung iSd § 2 UWG indiziert die in § 1 geforderten Tatbestandsmerkmale der Verletzung der beruflichen Sorgfalt und der wesentlichen Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 2 UWG Rz 34), sodass diese Tatbestandselemente nicht gesondert geprüft werden müssen.

Die von der beklagten Partei geschaltete Werbung enthält unrichtige oder zumindest missverständliche Angaben. Slogans wie „Alle Gespräche. Alle Netze. Ein Preis. Nur € 25,-- im Monat!“ und „Klick soviel Du willst. Alle Seiten. Alle Klicks. 1 Preis“ implizieren eine unbegrenzte oder zumindest so große Freimenge, dass es ohne bewusste Zweckentfremdung (etwa: Verwendung als Babyfon mit einer Nutzung von über 25.000 Minuten im Monat) nicht zu einer Überschreitung der Nutzungsgrenzen kommen kann. Dieser Eindruck ist objektiv unrichtig und steht in krassem Widerspruch zu der tatsächlichen Begrenzung von maximal 4.000 Minuten. Hierbei ist außerdem zu berücksichtigen, dass der durchschnittliche Nutzer eines Mobiltelefons hauptsächlich Verbindungen zu anderen Mobiltelefonen herstellt, während er ein Kontingent von 1.000 Minuten zur T-Mobile Box wohl nie ausreizen würde. Die Telefonie in Fremdmobilnetze ist aber auf 1.000 Minuten beschränkt. Daher liegt die realistische Nutzungsbeschränkung näher bei 1.200 Minuten, wenn man eine gleichmäßige Aufteilung des Nutzungsverhaltens auf alle Mobilnetze (inkl. T-Mobile) annimmt.

Andererseits ist die Unrichtigkeit aber noch nicht so gewaltig, dass sie als wettbewerbsrechtlich irrelevante marktschreierische Anpreisung gewertet werden könnte. Denn

selbst der zB sehr weit gefasste Slogan „Du surfst völlig entfesselt“ ist doch noch nicht so realitätsfern, dass er als offenbar unrichtig sofort erkannt würde. Der Durchschnittskonsument verfügt nämlich nicht über den technischen Sachverstand hinsichtlich Netzkapazitäten und Mobilfunktechnik, dass es ihm von vornherein absurd schiene, eine unlimitierte Nutzung anzubieten. Denn aus einer Laienperspektive verursacht ein Mobiltelefonnetz zwar hohe Infrastrukturkosten (Fixkosten), aber nur geringe nutzungsabhängige Betriebskosten (variable Kosten), sodass aus dieser Perspektive eine geringe und eine hohe Nutzung ca. gleich hohe Kosten verursachen.

Der Hauptinhalt der Werbemaßnahmen der beklagten Partei ist somit unrichtig oder zumindest unklar, wobei Unklarheit allerdings wie Unrichtigkeit zu werten ist, da der Werbende die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss. (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 2 UWG Rz 156 ff).

Nun bleibt zu prüfen, ob durch diesen unrichtigen Hauptinhalt auch ein unrichtiger Gesamteindruck entsteht. Denn die Unrichtigkeit eines bloßen Bestandteils einer Werbeanündigung ist regelmäßig nicht hinreichend, um einen Wettbewerbsverstoß anzunehmen, sofern dadurch nicht auch der Gesamteindruck unrichtig wird. Als Gesamteindruck gilt dabei aber nicht einfach die Summe der einzelnen Informationsbestandteile, sondern der Gesamteindruck, der sich unter anderem auch nach Berücksichtigung blickfangartiger Hervorhebungen für den Durchschnittsverbraucher ergibt. (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 2 UWG Rz 153). Es ist daher zu prüfen, ob der durchschnittliche Verbraucher aufgrund der oben genannten unrichtigen Angaben einen unrichtigen Gesamteindruck vom Produkt der beklagten Partei erhält, oder ob ein solcher unrichtiger Gesamteindruck durch einen geeigneten aufklärenden

Hinweis rechtzeitig beseitigt wird. An einen solchen aufklärenden Hinweis sind strenge Anforderungen zu stellen; er hat insb. deutlich sichtbar zu sein und unmissverständlich klarzustellen, was mit der objektiv unrichtigen Hauptaussage eigentlich gemeint ist.

Ausreichend deutliche Sichtbarkeit kann allerdings höchstens für die aufklärenden Hinweise in den Fernseh- und Radiowerbespots („Es gilt Fairlimit“ und ein Websiteverweis) angenommen werden, da hier die Hinweise direkt im Abspann auf den Hauptteil der Werbung folgen. Anders liegt die Sache für die Zeitungsinserate und die Bewerbung auf der Website selbst: Hier befindet sich der Hinweis auf „Fairlimit“ im linken unteren Eck des Inserats in Kleindruck bzw. auf der Website im unteren Bereich der Seite, der erst durch Herunterscrollen aufgedeckt werden kann. Die Anforderungen an einen deutlichen aufklärenden Hinweis sind dadurch nicht erfüllt, da es mangels Verweiszeichen (hochgestellte Nummer oä) im Slogan bzw. im Tarifblock für den Durchschnittskonsumenten keine Veranlassung gibt, den Rest des Inserats bzw. der Seite nach zusätzlichen Informationen abzusuchen (vgl. 4 Ob 18/08p, *ecolex* 2008, 1128 = *MR* 2008, 214 = *wbl* 2008, 451; *Anderl/Appl* in *Wiebe/G. Kodek*, § 2 UWG Rz 163, 194 [zu Blickfangwerbung]), zumal im Inserat der Hinweis auf „Fairlimit“ nicht einmal an derselben Stelle wie der restliche Kleindruck steht, auf den vom Hauptteil des Inserats an anderer Stelle und in anderem Kontext verwiesen wird.

Unabhängig von der mangelnden Deutlichkeit des Hinweises auf der Website und in Printmedien ist der aufklärende Hinweis aber auch missverständlich und somit ungeeignet, den unrichtigen Eindruck des Hauptteils zu korrigieren. Denn das einzige, was der durchschnittliche Verbraucher aus dem Wort

„Fairlimit“ ableiten kann, ist, dass der Tarif mit bestimmten Beschränkungen verbunden sein wird. Jedoch ist zB beim Tarif „Fairplay“ keinesfalls von vornherein klar, dass damit Minutenbeschränkungen gemeint sind; es könnte sich ebensogut um eine Klarstellung handeln, dass zB Auslandsnetze oder SMS im Tarif nicht inkludiert sind oder der Tarif nicht für gewerbliche Zwecke missbraucht werden darf. Beim Internettarif „Fairclick“ ließen sich ebenfalls zahlreiche Interpretationen finden - etwa, dass es bei Überlastung zu Limitierungen in der Übertragungsrate kommen kann, oder dass nicht ganze Computernetzwerke missbräuchlich aus einem einzigen registrierten Anschluss gespeist werden dürfen.

Es ist also nicht ohne weiteres klar, dass der Hinweis „Fairlimit“ eine Beschränkung nach Minuten oder Gigabyte darstellt. Damit fehlt aber die Konnexität zu dem Hauptslogan; der aufklärende Hinweis ist missverständlich in dem Sinn, dass er auch als allgemeine Aufklärung über Missbrauchsbeschränkungen (gewerbliche Nutzung, mehrere Nutzer etc.) gelten könnte. Doch selbst wenn der Durchschnittsverbraucher sofort eine Assoziation mit dem Hauptslogan machen würde, so würde er beim Wort „Limit“ dennoch höchstens mit einer Drosselung oder sonstigen Herabsetzung der Serviceleistung bei Erreichen bestimmter Kriterien rechnen, keinesfalls aber mit Zusatzkosten.

Wie die beklagte Partei zu unterstellen, dass der verständige Durchschnittsverbraucher aus der Silbe „Fair“ auf das - in Österreich unter diesem Begriff weithin unbekannt und hauptsächlich in den USA verbreitete - „Fair use“-Prinzip schließen soll, ist jedenfalls eine maßlose Überspannung der vom Durchschnittskonsumenten zu erwartenden Aufmerksamkeit und kann nicht nachvollzogen werden. Dieser Hinweis ist außerdem nicht zielführend, da in der allgemeinen Definition des „Fair

use"-Prinzips nur allgemein ausgesagt wird, dass es bei Überbenutzung zu Einschränkungen kommen kann (Vgl. Blg. ./7 und ./8, welche von der beklagten Partei selbst vorgelegt wurden). Daraus kann eben gerade nicht auf das verfahrensgegenständliche Spezifikum einer Volumensbegrenzung nach Minuten oder Gigabyte und einer zusätzlichen Entgeltverrechnung für darüberhinaus konsumierte Einheiten geschlossen werden.

Auch der Hinweis auf die Website www.t-mobile.at kann die fehlende Eindeutigkeit nicht vermitteln. Dies gilt schon ganz grundsätzlich deswegen, weil mittlerweile fast in sämtlichen Einschaltungen in der einen oder anderen Form auf eine Website verwiesen wird, und der Durchschnittsverbraucher angesichts dessen bestenfalls ergänzende, keineswegs aber grundlegende Hinweise (wie eine Minuten/Gigabytebeschränkung für einen als unlimitiert angepriesenen Tarif) erwartet, noch dazu, wenn er nicht auf eine spezifische Unterseite, sondern nur auf nähere Informationen verwiesen wird, die er aus der Website dann einzeln extrahieren soll.

Ja selbst wenn vom Durchschnittsverbraucher trotzdem gefordert werden könnte, den Tarif „Fairplay“ auf der Website www.t-mobile.at zu suchen, erfüllt auch die dortige Darstellung (Blg. ./A) die Anforderungen an einen unmissverständlichen (nachträglichen) aufklärenden Hinweis nicht, da auch hier nicht deutlich und unmissverständlich auf die Bedeutung von „Fairlimit“ eingegangen wird. Der Durchschnittsverbraucher könnte auch hier interpretieren, dass die Beschränkung darin liegt, dass nur in die genannten vier Netzblöcke telefoniert werden kann und Sondervorwahlen nicht kostenlos inkludiert sind, oder dass für SMS jeweils 20 Cent zu zahlen sind. Ansonsten findet sich im Tarifblock nämlich kein Hinweis auf eine besondere Definition von „Fairlimit“. Insbesondere fehlt ein Verweis auf weitere Informationen in einer Fußnote etwa

durch ein *-Zeichen, sodass der Tarifblock als in sich abgeschlossenes Ganzes verstanden werden kann. Auch ein versuchsweises Herunterzuscrollen bestätigt diesen Eindruck, da es aufgrund der auf die tabellarische Darstellung folgenden Webshop-Angebote scheint, als ob der tarifrelevante Teil davor endet und der Rest der Seite mit Werbeangeboten gefüllt ist. Dass im Internet außer auf der Tarifseite auch an anderer Stelle auf „Fairlimit“ hingewiesen wurde, wurde seitens der beklagten Partei nicht vorgebracht.

Hinsichtlich des Tarifes „Fairclick“ ist die Darstellung zwar insofern übersichtlicher, als direkt im Textblock auf eine Nutzungsbeschränkung von 10 GB hingewiesen wird, jedoch ist ein Verweis auf eine Website für einen Verbraucher, der sich erst auf der Suche nach einem Internetanschluss befindet, im Regelfall nicht zielführend und kann daher nicht unbedingt als leicht zugänglich bezeichnet werden (Anderl/App1 in Wiebe/G. Kodek, § 2 UWG Rz 194). Im Übrigen ist hier nochmals zu wiederholen, dass ein Verweis auf die Website schon für sich genommen nicht hinreichend ist, um die Anforderungen an einen deutlichen und unmissverständlichen aufklärenden Hinweis zu erfüllen.

Abgesehen von der Missverständlichkeit des aufklärenden Hinweises wäre an dieser Stelle wohl auch ein Verstoß gegen das Lockvogelverbot zu prüfen, weil der Durchschnittsverbraucher über ein sehr günstiges Angebot (Unbeschränkte Nutzung für EUR 25,--) auf den Webshop gelockt wird, nur um dann zu erfahren, dass die Nutzung gar nicht unbeschränkt ist. Die Verletzung ergibt sich aber schon hinreichend aus den oben genannten Ausführungen, sodass eine weitere Prüfung redundant wäre.

Zu betonen ist, dass im klagsgegenständlichen Fall die

Unterlassung aufklärender Hinweise nicht auf die Beschaffenheit des Kommunikationsmediums gestützt werden kann. Denn § 2 Abs 4 UWG, der auf diese Beschaffenheit Bezug nimmt, ist hier irrelevant, da er nur Fälle erfasst, in denen alle Informationen, die tatsächlich angegeben wurden, richtig sind, und sich eine Unrichtigkeit bloß aus der Unterlassung der Angabe weiterer Informationen ergibt, ohne die die Darstellung des Produkts unvollständig wäre (*Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek*, § 2 UWG Rz 477 ff).

Im Gegensatz dazu hat die beklagte Partei eine objektive Falschaussage (Unbegrenzte Nutzung) getätigt, sodass sich die Aufklärungspflicht schon daraus ergibt, dass diese Falschaussage durch eine Aufklärung zurechtzurücken ist. Da die Irreführungseignung somit aus § 2 Abs 1 und nicht aus § 2 Abs 4 folgt, ist auf die Angemessenheit des Kommunikationsmediums nicht einzugehen. Wie die klagende Partei zurecht ausführt, hat ja niemand die beklagte Partei dazu gezwungen, unrichtige Angaben zu verwenden, die dann auch entsprechende Aufklärungspflichten nach sich ziehen.

Die Täuschungseignung der Handlungen der beklagten Partei ist nicht weiter zu prüfen, da sie im Falle unwahrer Angaben unwiderleglich vermutet wird. Lauterkeitsrechtliche Relevanz hat der Verstoß deshalb, weil es sich bei einer Nutzungsbeschränkung, nach deren Überschreitung ohne Vorwarnung zusätzliches Entgelt verrechnet wird, um ein wesentliches Vertragselement handelt, bei dessen Kenntnis der durchschnittliche Verbraucher das Geschäft nicht oder zumindest anders geschlossen hätte.

Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs:

§ 14 UWG gewährt gegen Wettbewerbsverletzungen gem. § 1 und 2 UWG einen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch.

Wiederholungsgefahr wird nach dem erstmaligen Verstoß vermutet, die Beweislast für das Unterbleiben weiterer Verstöße liegt beim Verstößenden (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 14 UWG Rz 51). Die beklagte Partei hat hierzu nichts vorgebracht, sodass die Wiederholungsgefahr anzunehmen war. Die Wiederholungsgefahr wird auch dadurch bestätigt, dass die beklagte Partei den Klagsanspruch vollinhaltlich bestreitet und auf der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens beharrt (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 14 UWG Rz 20).

Hinsichtlich des Anspruchs auf Urteilsveröffentlichung:

§ 25 Abs 3 UWG ermächtigt das Gericht, der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Dabei hindert eine längere Prozessdauer die Stattgebung des Urteilsveröffentlichungsbegehrens nicht, vor allem wenn der Wettbewerbsverstoß große Publizität erlangt hat (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 25 UWG Rz 18). Die obsiegende Partei hat ihr Interesse schlüssig darzulegen, wobei die Berechtigung sich aber auch aus dem sonstigen Tatsachenvorbringen ergeben kann (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 25 UWG Rz 19).

Die klagende Partei hat Urteilsveröffentlichung beantragt und dazu vorgebracht, dass ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise, zu deren Vertretung die klagende Partei gemäß § 14 Abs 1 Satz 3 berufen ist (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 14 UWG Rz 67), an der Aufklärung über die unrichtige und zur Irreführung geeignete Gestaltung der Werbung der beklagten Partei vorliege. Das Gesamtvorbringen der klagenden Partei zeigt, dass diese Aufklärung notwendig ist, um Konsumenten davor zu bewahren, zusätzliche Kosten zu tragen, die in der Werbung verschleiert werden. Dass die beklagte

Partei mittlerweile neue Tarife eingeführt hat, schadet nicht, da zahlreiche Verträge mit Verbrauchern noch auf Grundlage der alten Tarife „Fairplay“ und „Fairclick“ in Geltung stehen.

Die Urteilsveröffentlichung hat nach dem Talionsprinzip in jener Form zu erfolgen, in der der ursprüngliche Gesetzesverstoß begangen wurde (Anderl/Appl in Wiebe/G. Kodek, § 25 UWG Rz 25, 30). Angesichts der massiven Bewerbung in mehreren bundesweit erscheinenden Tageszeitungen (Titelseite), in Radio und Fernsehen und auf der Website der beklagten Partei, von denen nicht nur einzelne, sondern alle wettbewerbswidrig waren, ist das Veröffentlichungsbegehren der klagenden Partei in dieser Hinsicht angemessen und kann fast als zurückhaltend bezeichnet werden.

Zum Eventualbegehren:

Die Irreführungseignung der Zusammenfassung aller Fremdmobilnetze zu einem einzigen Block mit einem Nutzvolumen von insgesamt 1000 Minuten statt jeweils 1000 Minuten für jedes Mobilnetz war nicht zu prüfen, da der klagenden Partei schon im Hauptbegehren rechtgegeben wurde und das Eventualbegehren demgegenüber ein minus darstellt.

Da also die beklagte Partei Werbungen mit unwahrem oder zumindest unklarem Inhalt geschaltet hat, da sie es ferner unterlassen hat, mittels eindeutiger und deutlicher aufklärender Hinweise in derselben Werbung auf diese Unrichtigkeit hinzuweisen bzw. die Unklarheiten zu beheben, sodass ein unrichtiger Gesamteindruck entstand, da ferner selbst auf der Website, auf die verwiesen wurde, diese Unrichtigkeit nicht sofort beseitigt wurde, da der klagenden Partei zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Handlungen ein Unterlassungsanspruch eingeräumt ist und da schließlich ein

berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an einer Veröffentlichung des Urteilsspruchs besteht, war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 41, am 05.08.2009

MMag. Liselotte Eckl
Richterin
Elektronische Ausfertigung gem. § 79 GOG

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..