



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER
26. Juni 2006
EINGELANGT
FRIST: *del. 10. 9. 06*
ob. Rezept

34 Cg 7/06 w

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Luitgard Ofner in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider die beklagte Partei **mobilkom austria AG & Co KG**, 1020 Wien, Obere Donaustraße 29, vertreten durch Dr. Wolfgang W. Richter, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Neuer Markt 1/16, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (EUR 26.000,-) s.A. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, bei der Bewerbung bei der von ihr angebotenen Mobilfunktelefonieleistungen in Werbeblättern und/oder Tarifübersichten, insbesondere durch tabellarische Darstellung der Preise der von ihr angebotenen Leistungen zu den beworbenen Tarifen, wobei etwa in Fußnoten zusätzlich nähere Details zur Voraussetzung des Leistungsbezuges und weitere in der Tabelle noch nicht angeführte einmalige Entgelte dargestellt werden, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, alle regelmäßig anfallenden Entgelte seien den Werbeblättern und/oder Tarifübersichten ziffernmäßig bestimmt zu entnehmen, wenn sie tatsächlich weitere in den Werbeblättern und/oder Tarifübersichten nicht oder nicht ziffernmäßig angeführte Entgelte, insbesondere ein Aktivierungs-

bzw. Herstellungsentgelt verlangt und darauf in den Tarifübersichten nicht eindeutig und unmissverständlich hinweist.

2. Die beklagte Partei ist ferner schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Vertragsformblättern, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt die Verwendung der Klausel „Für die Aktivierung eines Mobilfunkanschlusses ist ein Aktivierungsentgelt (vormals Herstellungsentgelt) entsprechend den EB zu entrichten.“ oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden ist.

3. Die beklagte Partei ist ferner schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.024,04 bestimmten Kosten des Verfahrens (darin enthalten EUR 568,84 an 20% USt, EUR 60,-- an USt-freien Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

4. Der klagende Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs mit Ausnahme der Kostenentscheidung samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils auf Kosten der beklagten Partei einmal im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der Tageszeitung „Kronen Zeitung“ in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in Schriftgröße redaktioneller Beiträge, zu veröffentlichen.

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

Mit ihrer am 31.1.2006 eingebrachten Klage

begehrte die klagende Partei die Unterlassung der Weiterverwendung der inkriminierten Tarifübersicht und der unzulässigen Vertragsklauseln sowie Urteilsveröffentlichung und brachte vor, die beklagte Partei bewerbe in einem Werbeblatt vom 1.7.2005 „A1 Business-Tarife“. In einer Tabelle seien verschiedene Grundentgelte für die „Communitytarife“ „Business Classic und Network Classic“ bzw. für die „Flat Tarife“: „Business Easy und Network Easy“ detailliert und ausführlich aufgelistet. In 25 Zeilen seien Preisangaben für Grund- und Verbindungsentgelte netzintern, zur Mobilbox, zum Festnetz, in andere Netze bzw. Mobilnetze und Entgelte für SMS, MMS, UMTS Videotelefonie und Grundentgelte für „A1 Business Options“ dargestellt.

Auf Umstände, die sich meist nur im Kleingedruckten fänden, werde umfangreich in 13 Fußnoten hingewiesen. Diese Fußnoten würden auch Hinweise auf zusätzliche „Grundentgelte“ enthalten, wie einmalige „Entgelte“ bei Tarifwechsel, Kündigung der A1 Business Option sowie bei Beendigung des Vertrages in Höhe von ER 80,--, auf Herstellungsentgelte für A1 Business Option in Höhe von ER 20,-- und auf ein „einmaliges Bearbeitungsentgelt“ in Höhe von ER 480,--. Allein würden die Fußnoten auf kein „einmaliges Aktivierungsentgelt“ hinweisen.

Erst in der Mitte des Anmeldeformulars, mitten im Fließtext, sei ein in fett- aber Kleindruck gehaltener Hinweis zu einem „Aktivierungsentgelt entsprechend den A1 Entgeltbestimmungen“ ersichtlich. Zur Höhe dieses Aktivierungsentgeltes fänden sich jedoch keine Angaben.

Der Zeuge [REDACTED] habe auf Grund des Werbeblattes am 22.7.2005 mit der beklagten Partei eine Anmeldung für den Tarif „A1 Business Classic“ vorgenommen. Da er keinerlei „A1 Business Option“ gewählt habe, sei die erstgenannte Tabelle nur bis zur Zeile über die UMTS Videotelefonie für ihn interessant

gewesen.

Zur Anmeldung habe der Zeuge [REDACTED] das Anmeldeformular der beklagten Partei verwendet. Im Punkt „Vertragsbedingungen“ werde darauf hingewiesen, dass für die Aktivierung eines Mobilfunkanschlusses ein Aktivierungsentgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen zu entrichten sei.

In der ersten Rechnung, die der Zeuge [REDACTED] auf Grund des am 22.7.2005 abgeschlossenen Vertrages erhalten habe, sei ein „einmaliges Entgelt“ von EUR 33,33 zuzüglich 20 % USt., insgesamt EUR 40,-- in Rechnung gestellt gewesen. Dieser Betrag sei auf Grund der erteilten Einzugsermächtigung vom Konto des Zeugen Dr. Bitriol abgebucht worden.

Der Zeuge [REDACTED] habe diesen Posten in einer E-Mail an die beklagte Partei vom 11.05.2005 beanstandet und sich gegen die Abbuchung eines Aktivierungsentgeltes ausgesprochen, da dieses in dem Werbeblatt nicht erwähnt sei.

Diese habe in ihrer Antwort auf die durch die Unterschrift des Kunden akzeptierten Vertragsbestimmungen verwiesen, mit denen ausdrücklich auf das Aktivierungsentgelt hingewiesen würde.

Die beklagte Partei bewerbe mit dem inkriminierten Werbeblatt verschiedene Tarife für ihre Mobiltelefonieleistungen und werde damit im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes tätig; eine Wettbewerbsabsicht sei zu vermuten.

Die beklagte Partei kläre ihre Kunden über das verborgene Aktivierungsentgelt in keiner Weise auf. Für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines beworbenen Angebots reiche es nicht aus, wesentliche Preisangaben erst in einem Anmeldeformular, ohne ziffernmäßige Bestimmung, beiläufig zu erwähnen, und den Kunden zuzumuten, in einer über 70 Seiten umfassenden AGB die passende Bestimmung über das Aktivierungsentgelt zu suchen.

Die Werbung der beklagten Partei in ihrem Werbeblatt verstoße gegen § 2 UWG, da der Umworbene durch die umfangreiche Tabelle und die ins Detail gehenden Hinweise in den Fußnoten davon ausgehen müsste, dass die Beklagte zumindest alle regelmäßig im Zusammenhang mit dem Bezug der beworbenen Tarife anfallenden Kosten im Werbeblatt genannt habe. Der Zeuge [REDACTED] müsste, als kritischer Konsument, nicht damit rechnen, dass zu den detailliert aufgezählten einmaligen Herstellungs- und Deaktivierungsentgelten noch ein „Aktivierungsentgelt“, das regelmäßig in Rechnung gestellt zu werden scheine, anfallen würde.

Das Anmeldeformular der beklagten Partei sei ein vorformulierter Vertragstext, der im Fließtext die Klausel „Für die Aktivierung eines Mobilfunkanschlusses ist ein Aktivierungsentgelt entsprechend den EB zu entrichten“ enthalte. Die Höhe dieses Entgeltes sei im Vertragstext nicht genannt. Die inkriminierte Klausel verstoße daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere gegen das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen. Dieses Gebot stelle besonders strenge Anforderungen an Klauseln, die indirekt die Zahlungspflicht des Verbrauchers nachteilig beeinflussen. Weiters verstoße die Klausel gegen das Bestimmtheitsgebot.

Wiederholungsgefahr sei gegeben, da bereits ein einmaliger Verstoß gegen das UWG die Wiederholungsgefahr indiziere und die beklagte Partei kein Verhalten gesetzt habe, aus dem abzuleiten wäre, dass sie von den inkriminierten Gesetzesverstößen künftig Abstand nehmen würde. Ebenfalls bestehe ein berechtigtes Interesse der beteiligten Verkehrskreise an der Aufklärung über die Gesetzwidrigkeit des Verhaltens der beklagten Partei.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem

Grunde und der Höhe nach und führte aus, dass es sich bei dem von der klagenden Partei als Werbeblatt bezeichneten Dokument richtiger Weise um ein Tarifübersichtsblatt handle. Dieses sei nur an so genannten „Points of Sale“ zwecks Unterstützung beim Beratungsgespräch aufgelegt worden. Deshalb beinhalte es nur jene Entgelte, die regelmäßig unterschiedlich seien, wohingegen jene Entgelte, wie das verfahrensgegenständliche Aktivierungsentgelt, die für alle Tarife in gleicher Höhe anfielen, nicht aufschienen. Dieses einmalig anfallende Entgelt sei in der gesamten österreichischen Mobilfunkbranche üblich und etwa gleich hoch und auch in Teilnehmerkreisen allgemein bekannt und seit Beginn der Festnetztelefonie bei allen Vertragsabschlüssen regelmäßig zur Anwendung gelangt.

Der Eindruck der Vollständigkeit werde von der beklagten Partei ausdrücklich nicht angestrebt, da es sich bei dem Tarifübersichtsblatt nur um einen Auszug aus den Entgeltbestimmungen handle. Auch die Fußnoten würden sich allesamt auf variable und spezielle Entgelte beziehen.

Durch die Unterschrift des Kunden unter den Vertrag werde auch die Anwendung der AGB Mobil der beklagten Partei ausdrücklich zum Vertragsinhalt. Im § 30 dieser AGB sei auch eine einmonatige Einspruchsfrist gegen Rechnungen geregelt, auf die auch in den Rechnungen der Beklagten hingewiesen werde. Da der Zeuge ██████████ die Rechnung mit spätestens 5.7.2006 zugegangen sei, er jedoch erst mit E-Mail vom 11.10.2005 diese beanstandet habe, habe er diese Frist versäumt. Daraus leite sich ein Anerkenntnis des Zeugen Dr. Bitriol ab.

Gemäß einem eigens fettgedruckten Hinweis unmittelbar unterhalb der Tariftabelle im Tarifübersichtsblatt handle es sich bei den dort angeführten Entgelten lediglich um einen Auszug aus den

Entgeltbestimmungen der beklagten Partei und nicht um eine abschließend aufklärende Werbeunterlage.

Das durchschnittliche Mitglied aus dem Teilnehmerkreis der Mobilfunkkunden sei von vornherein auf die Berechnung eines allgemein üblichen Aktivierungsentgelts gefasst - umso mehr ein überdurchschnittlich gebildeter und im konkreten Berufsfeld erfahrener Mensch wie der Zeuge [REDACTED]. Auch sei die Höhe des Aktivierungsentgeltes von EUR 40,-- nicht beträchtlich sondern üblich.

Das Tarifübersichtsblatt sei nicht irreführend, sondern im Gegenteil solle es gerade Interessierten leicht machen, die Unterschiede zwischen den einzelnen Tarifmöglichkeiten auf möglichst einen Blick zu erkennen, und eben nicht deren Gemeinsamkeiten.

Müsste man die gesamten Entgeltbestimmungen in das Tarifübersichtsblatt hinein nehmen, dann würde dies in einer Informationsflut geradezu untergehen.

Hätte die beklagte Partei tatsächlich kein Aktivierungsentgelt verlangen wollen, dann hätte sie dies auf dem Tarifübersichtsblatt wohl ganz prominent hervorgehoben. Das Fehlen eines solchen Hervorhebens führe daher zur logischen Annahme, dass ein Aktivierungsentgelt eben nicht entfalle.

Dadurch, dass die beklagte Partei im Tarifübersichtsblatt an ganz prominenter Stelle unter der Überschrift „Vertragsbedingungen“ auf das Anfallen eines Aktivierungsentgelts hinweise, werde einerseits das Erkennbarkeitsgebot des § 6 Abs. 3 KSchG erfüllt und den einschlägigen rechtlichen Bestimmungen Genüge getan, andererseits lege man dem Abschlusswilligen geradezu in den Mund, den Verkäufer um kurze Aufklärung zu ersuchen, dem dieser durch eine simple Antwort nachkommen könne.

Eine Darstellung der gesamten Entgeltbestimmungen im Tarifübersichtsblatt wäre völlig unökonomisch, da der Gesetzgeber in § 25 TKG 2003 die Anbieter eines

öffentlichen Kommunikationsdienstes und/oder -netzes ohnedies dazu verpflichtet habe, solch ausführliche und detaillierte Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen zu ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen herauszugeben.

Auch liege keine Sittenwidrigkeit durch Verletzung des Transparenzverbots vor, da der Abschlusswillige spätestens im Anmeldeformular auf die Inrechnungstellung eines Aktivierungsentgeltes hingewiesen werde.

Die beklagte Partei wende Verjährung bzw. Verfristung gemäß § 20 UWG ein, da der Vertragsabschluss mit dem Zeugen [REDACTED] am 22.7.2005, die Klageeinbringung jedoch erst mehr als 6 Monate später, nämlich am 31.1.2006, erfolgt sei.

Die klagende Partei replizierte in ihrem vorbereitendem Schriftsatz, ihre Aktivlegitimation gründe sich auf § 29 Abs 1 KSchG. Diese bestehe unabhängig von einem Anlassfall, sondern werde durch die Verwendung gesetz- oder sittenwidriger Klauseln durch einen Unternehmer gegenüber Verbrauchern oder dadurch, dass sich der Unternehmer, wie im gegenständlichen Fall, gegenüber Verbrauchern auf derartige Klauseln berufe, ausgelöst.

Auch für einen Unterlassungsanspruch gemäß § 28 KSchG komme es nicht auf einen Anlassfall an. Eine Verjährung des Unterlassungsanspruches könne daher nicht eintreten, solange die gesetz- oder sittenwidrige Klausel noch verwendet werde oder der Unternehmer sich darauf berufe.

Aus § 6 Abs 3 KSchG seien mehrere Einzelgebote abzuleiten, nämlich das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, der Differenzierung, der Vollständigkeit, das Richtigkeitsgebot, das Bestimmtheitsgebot und das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen,

sowie das Bestimmtheitsgebot. Der Hinweis auf die Entgeltbestimmungen im Anmeldeformular sage per se nichts aus, und er sei auf Grund seiner Platzierung im Fließtext eines zweieinhalbseitigen Vertragsformblattes auch nicht „binnen kürzester Zeit les- und erfassbar gestaltet“. Der Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liege auch im Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und darin, dass der andere Vertragsteil nicht auf bestimmte Rechtsfolgen, nämlich wirtschaftliche Vertragsfolgen, hingewiesen werde.

Es sei unergründlich, weshalb der einzelne Kunde die ihn treffende Zahlungsverpflichtung suchen solle, wenn diese von der beklagten Partei ganz einfach angegeben werden könnte. Darin liege auch ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, da der Kunde das Vorliegen der in der Klausel angegebenen Tatbestandsmerkmale nicht oder nur schwer überprüfen könne.

Eine Verjährung des Unterlassungsanspruchs gemäß § 20 UWG träte erst sechs Monate nach Kenntnis des Anspruchsberechtigten von der Gesetzesverletzung und von der Person des Verpflichteten ein. Der Zeuge [REDACTED] habe frühestens am 5.8.2005 von der Verrechnung eines Aktivierungsentgelts Kenntnis erlangt haben können. Er habe jedoch erst am oder kurz vor dem 11.10.2005 die Verrechnung des Aktivierungsentgelts bemerkt; erst danach habe er den Sachverhalt dem Kläger zur Kenntnis gebracht. Da die klagende Partei erst im Oktober 2005 vom klagsgengeständlichen Sachverhalt Kenntnis erlangt habe, sei Verjährung infolge Klagseinbringung am 31.1.2006 nicht eingetreten.

Auch das Argument der beklagten Partei, dass der Zeuge [REDACTED] die Einspruchsfrist gemäß § 30 „AGB mobil“ versäumt habe, versage, da diese Bestimmung sich nicht auf eine Verfristung von Ansprüchen aus dem UWG beziehe und auch gegenüber dem Kläger ohne Bedeutung sei.

Es stelle einen typischen Fall einer irreführenden Werbemaßnahme dar, wenn manche Details bewusst verschwiegen oder verschleiert würden, indem sie außerhalb des Blickfangs Erwähnung fänden. Eine Recherchepflicht des Kunden, wegen jedem versteckten Hinweis in einer Werbung beim Werbenden um Aufklärung anzuschauen, wäre unzumutbar.

Es sei auch nicht davon auszugehen, dass jeder Kunde damit rechnen müsse, ein Aktivierungsentgelt, darüber hinaus in dieser Höhe, zu bezahlen.

Nach Einsicht in die von den Parteien vorgelegten Urkunden ./A bis ./F und ./1 bis ./3 sowie Vernehmung der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] wird folgender Sachverhalt festgestellt:

Die beklagte Partei legt(e) in A1-Shops und bei Händlern folgende Tarifübersichtsblätter zur freien Entnahme für Interessierte auf (./A):

A1 Business Tarife

Für jeden die beste Verbindung.

(Stand: 1. Juli 2005)

BEILAGE ./A

VORGELEGT VON
KOSECNIK-WEHRLÉ & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG

Community Tarife

Für alle, die viel im A1 Netz telefonieren.

	BUSINESS CLASSIC ¹⁾	NETWORK CLASSIC ²⁾
GRUNDENTGELT		
KEIN Grundentgelt³⁾	0,-	0,-
pro SIM Card / Monat	25,-	22,-
VERBINDUNGSENTGELTE		
A1 zu A1	0,-	0,-
A1 zu A1 MOBILBOX mit OPTION ZERO [A1]	0,-	0,-
A1 zu A1	0,07	0,07
A1 zu A1 MOBILBOX	0,07	0,07
A1 ins Festnetz mit OPTION ZERO [FESTNETZ]	0,-	0,-
A1 ins Festnetz	0,10	0,10
A1 in ein anderes Netz mit OPTION FIVE [ANDERES MOBILNETZ] ⁶⁾	0,05	0,05
A1 in andere Mobilnetze	0,25	0,25
SMS pro Nachricht	0,15	0,15
MMS		
A1 zu A1/E-Mail ⁷⁾	0,40	0,40
A1 in andere Mobilnetze ⁷⁾	0,60	0,60
UMTS Videotelefonie		
A1 zu A1	0,30	0,30
A1 in andere Mobilnetze	0,60	0,60
GRUNDENTGELT		
A1 BUSINESS OPTIONS		
pro A1 BUSINESS OPTION	5,- ⁸⁾	5,- ⁹⁾
GSM Daten (Web und WAP)	0,15	0,15
DATA BASIS¹⁰⁾¹¹⁾ Grundentgelt	0,-	0,-
Preis/Datenblock (32 KB)	0,20	0,20
ab dem 11. MB ¹²⁾	0,10	0,10
WLAN BASIS¹³⁾ Grundentgelt	0,-	0,-
Preis/Datenblock (128 KB)	0,20	0,20

Flat Tarife

Für alle, die viel in unterschiedliche Netze telefonieren.

	BUSINESS EASY ³⁾⁵⁾	NETWORK EASY ²⁾
GRUNDENTGELT		
KEIN Grundentgelt³⁾	0,-	0,-
pro SIM Card / Monat	35,-	30,-
VERBINDUNGSENTGELTE		
A1 zu A1	0,-	0,-
A1 zu A1 MOBILBOX mit OPTION ZERO [A1]	0,-	0,-
A1 zu A1	0,05	0,05
A1 zu A1 MOBILBOX	0,05	0,05
A1 ins Festnetz mit OPTION ZERO [FESTNETZ]	0,-	0,-
A1 ins Festnetz	0,05	0,05
A1 in ein anderes Netz mit OPTION FIVE [ANDERES MOBILNETZ] ⁶⁾	0,05	0,05
A1 in andere Mobilnetze	0,05	0,05
SMS pro Nachricht	0,15	0,15
MMS		
A1 zu A1/E-Mail ⁷⁾	0,40	0,40
A1 in andere Mobilnetze ⁷⁾	0,60	0,60
UMTS Videotelefonie		
A1 zu A1	0,30	0,30
A1 in andere Mobilnetze	0,60	0,60
GRUNDENTGELT		
A1 BUSINESS OPTIONS		
pro A1 BUSINESS OPTION	-	-
GSM Daten (Web und WAP)	0,15	0,15
DATA BASIS¹⁰⁾¹¹⁾ Grundentgelt	0,-	0,-
Preis/Datenblock (32 KB)	0,20	0,20
ab dem 11. MB ¹²⁾	0,10	0,10
WLAN BASIS¹³⁾ Grundentgelt	0,-	0,-
Preis/Datenblock (128 KB)	0,20	0,20

Preise in Euro inkl. USt; Verbindungsentgelt österreichweit pro Minute; Taktung 30 Sek; Preise pro SMS/MMS. Die o.a. Tarife stellen einen Auszug der Entgeltbestimmungen (EB-A1) dar. Die vollständigen EB-A1 können bei der mobilkom austria bezogen werden. UMTS Sprachtelefonie wird entsprechend dem gewählten GSM Sprachtarif verrechnet. Mindestvertragsdauer = MVD.

1) Tarifmodell ab 1 Anschluss, auch für Privatkunden anmeldbar, MVD 18 Monate. 2) Tarifmodell ab 2 Anschlüssen, nur für Unternehmen i.S.d. Konsumentenschutzgesetzes, MVD 24 Monate. 3) Tarifmodell ab 1 Anschluss, auch für Privatkunden anmeldbar, MVD 18 Monate, Anmeldezeitraum bis 31.12.05. 4) Gilt bei Erst anmeldung bis 31.08.05 in den Tarifen A1 NETWORK CLASSIC und A1 NETWORK EASY für 12 Monate, in den Tarifen A1 BUSINESS CLASSIC und A1 BUSINESS EASY für 6 Monate. 5) Bei vorzeitiger Vertragsbeendigung während der MVD, Übertragung oder Tarifwechsel fällt zusätzlich zum Restentgelt ein einmaliges Entgelt von € 100,- an. 6) Preis gültig für ein anderes Mobilfunknetz der Wahl. 7) Bei Benutzung des vorkonfigurierten GPRS-Profiles A1 FREE ZONE oder A1 MMS im Inland, Empfang von MMS bei Benutzung des vorkonfigurierten GPRS-Profiles A1 FREE ZONE oder A1 MMS im Inland entgeltfrei. 8) Zusätzliches Grundentgelt pro SIM Card/Monat pro A1 BUSINESS OPTION; A1 BUSINESS OPTIONS anmeldbar bis 31.12.05. Bei Tarifwechsel, Kündigung der BUSINESS OPTION sowie bei Beendigung des Vertrags wird ein einmaliges Entgelt in Höhe von € 80,- pro Anschluss und BUSINESS OPTION, verrechnet. Dieses entfällt ab durchgehender 24monatiger Nutzung der BUSINESS OPTION. Herstellungsentgelt pro A1 BUSINESS OPTION und SIM Card € 20,- inkl. USt. Max. 1.000 Minuten/Rechnungsmonat/SIM Card pro A1 BUSINESS OPTION (ausgenommen bestimmte Rufnummernklassen und Dienstnummern), darüber hinaus Standardentgelte. 9) Zusätzliches Grundentgelt pro SIM Card/Monat pro A1 BUSINESS OPTION; Nur für alle Anschlüsse in einem NETWORK CLASSIC wählbar. Herstellungsentgelt pro A1 BUSINESS OPTION und SIM Card € 20,- inklusive USt. Max. 1000 Minuten/Rechnungsmonat/SIM Card pro A1 BUSINESS OPTION (ausgenommen bestimmte Rufnummernklassen und Dienstnummern), darüber hinaus Standardentgelte. Mindestvereinbarungsdauer 24 Monate. Anmeldbar bis 31.12.05. Die Deinstallation der gewählten A1 BUSINESS OPTION auf Kundenwunsch ist mit einem einmaligen Bearbeitungsentgelt (Deinstallationsentgelt) in Höhe von € 480,- verbunden. 10) Preis pro Datenblock. Abrechnung in ganzen Blöcken à 32 KB Datentransfervolumen je angefangener Daten Session. 32 Blöcke à 32 KB entsprechen 1 MB. 11) Tarif gültig für Datentransfer über GPRS und UMTS. 12) Je Rechnungsmonat. 13) Preis pro Datenblock. Abrechnung in ganzen Blöcken à 128 KB Datentransfervolumen je angefangener Daten Session. 8 Blöcke à 128 KB entsprechen 1 MB. Verbindungsentgelt gültig für Datentransfer über WLAN.



Herr [REDACTED] nahm auf Grund dieses Tarifübersichtsblatt mit der Beklagten am 22.7.2005 eine Anmeldung für den Tarif "A1 Business Classic" vor, wobei er keinerlei "A1 Business Option" wählte.

Zur Anmeldung des Vertrages des Zeugen [REDACTED] wurde das Anmeldeformular (Beilage ./B) der beklagten Partei benutzt, welches dem Urteil angeschlossen ist und einen Bestandteil der Feststellungen bildet.

Da [REDACTED] den Text der Anmeldung nur überflog, fiel ihm Hinweis auf ein Aktivierungsentgelt in den Vertragsbedingungen nicht auf.

Die Rechnung der beklagten Partei vom 2.8.2005 (Beilage ./C), die der Zeuge [REDACTED] zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt einige Tage nach deren Ausstellungsdatum auf Grund des mit der beklagten Partei abgeschlossenen Vertrages erhielt, beinhaltet ein "einmaliges Entgelt" in Höhe von EUR 33,33 zuzüglich 20 % USt., insgesamt EUR 40,--. Dieser Betrag wurde aufgrund einer erteilten Einzugsermächtigung vom Konto des Zeugen [REDACTED] abgebucht.

Der Zeuge [REDACTED] beanstandete diesen Posten, der ihm spätestens drei Wochen nach Erhalt der Rechnung bei deren Durchsicht auffiel, in einem E-Mail an die beklagte Partei vom 11.10.2005 ([REDACTED]; Beilage ./D) und sprach sich gegen die Abbuchung eines Herstellungs- bzw. Aktivierungsentgelts aus, da ein solches im Übersichtsblatt nicht erwähnt sei.

In ihrer Antwort vom 13.10.2005 verwies die beklagte Partei auf die durch die Unterschrift des Kunden akzeptierten Vertragsbedingungen, in denen ausdrücklich auf das Aktivierungsentgelt hingewiesen werde.

[REDACTED] hatte weder die Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch die Entgeltbestimmungen, auf welche in ./B verwiesen wird, gelesen.

[REDACTED] war beim Kläger bis 31.3.2006 in der Abteilung Bereich Recht tätig und erzählte den

Sachverhalt über die Verrechnung des Aktivierungsentgelts Ende 2005/Anfang 2006 in seiner Abteilung.

Die "EB A1" zum 1.5.2005 (Beilage ./E) umfassen 36 Seiten Text und 40 Seiten Tabellen. Der Textteil lautet auszugsweise:

" A. Allgemeine Bestimmungen

....

A.3. Monatliche und einmalige Entgelte

A.3.1. Aktivierungs- (vormals Herstellungsentgelt) und Übertragungsentgelt

Für das Aktivieren eines Mobilfunkanschlusses A1 ist einmalig ein Aktivierungsentgelt oder - im Falle eines Eintrittes in ein bestehendes Vertragsverhältnis (Übertragung) - ein Übertragungsentgelt zu bezahlen. ..."

Der Tabellenteil untergliedert sich in mehrere Preispläne, denen jeweils mehrere Tarife zugeordnet sind. Die einzelnen, jeweils einige Seiten umfassenden Preispläne weisen nach im Wesentlichen gleichem Schema für zahlreiche aufgeführte Leistungen die für die jeweiligen Tarife anfallenden Kosten aus. Die Preispläne beginnen jeweils zunächst mit einer Aufzählung zahlreicher monatlicher und einmaliger Entgelte (im Fall von A1 Business Classic fast zwei Seiten). Im erwähnten Tabellenteil werden, auf unterschiedliche Preispläne verteilt, unter anderem die Tarife "A1 Business", "A1 Classic" aber auch "A1 Business Classic" genannt. Dem A1 Business Classic behandelnden Preisteil ist als eines der einmaligen Entgelte auch ein einmaliges Herstellungsentgelt von EUR 40,-- zu entnehmen. Der Begriff Aktivierungsentgelt wird hier nicht erwähnt.

Die Entgeltbestimmungen enthalten im Textteil keine Verweise auf die inhaltlich dazugehörenden Spalten der Preispläne. Sie enthalten auch keine Übersicht, aus der entnommen werden könnte, in welchem

Bereich der - nicht mit Seitenzahlen versehenen - Preispläne die für einen bestimmten Tarif gültigen Entgelte zu finden wären (./E).

Auch von anderen Mobiltelefonieanbietern werden mit Ausnahme von zeitlich befristeten Aktionen Herstellungsentgelte in ähnlicher Höhe verrechnet (./1 und ./2 sowie Zeuge Billeth). Nicht feststellbar ist, dass dies in den angesprochenen Verkehrskreisen auch allgemein bekannt ist.

Formulare wie ./A verwendet die beklagte Partei zwar mittlerweile in geänderter Fassung, allerdings ohne ausdrückliches Anführen des Aktivierungsentgelt (Zeuge Billeth).

Beweiswürdigung:

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht aufgrund der zitierten Beweismittel. Nicht festgestellt werden konnte der allgemeine Wissenstand der angesprochenen Verkehrskreise. Der Umstand, dass zum Aktivierungsentgelt nur selten Anfragen eingingen, lässt keinerlei Schluss auf die Ursache dafür zu. Berücksichtigt man, dass nach der Darstellung Billeths vor allem Anfragen zu Grundentgelten und Verbindungsentgelten erfolgten, lässt sich auch daraus nicht - gegenteilig zum Aktivierungsentgelt - schließen, die Verrechnung von Grund- und Verbindungsentgelten wäre nicht allgemein bekannt.

Rechtlich folgt:

Gemäß § 2 UWG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zur Irreführung geeignete Angaben, insbesondere über den Preis, macht. Aktivlegitimiert für solche Ansprüche ist auch der Kläger (§ 14 Abs 1 UWG).

Die beklagte Partei legt die inkriminierten Tarifübersichtsblätter erkennbar nicht nur zur reinen

Information sondern auch zum Zwecke der Werbung auf ("Für jeden die beste Verbindung") und wird damit im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs tätig. Ihre Wettbewerbstätigkeit ist zu vermuten.

Irreführung iS des § 2 UWG kann auch darin liegen, dass relevante Umstände verschwiegen werden, deren klare Darlegung der Umworbene erwarten darf oder wenn die Unvollständigkeit geeignet ist, das Publikum in für den Kaufentschluss wesentlicher Weise irrezuführen (4 Ob 43/02f; RS0078579). Es muss sich stets um Angaben handeln, die geeignet sind, den Entschluss des Umworbene, sich mit dem Angebot zu befassen, zu beeinflussen.

In ihrem Tarifübersichtsblatt (Beilage ./A) beschreibt die beklagte Partei detailliert und ausführlich die vier beworbenen Tarife, nämlich einerseits "A1 Business Classic" und "A1 Business Easy" sowie andererseits "A1 Network Classic" und "A1 Network Easy". In der über 20 Zeilen umfassenden Tabelle finden sich Preisangaben für jede mögliche in Anspruch zu nehmende Zusatzleistung; auf sonstige Bedingungen, wie Mindestvertragsdauer, maximale Nutzung des Tarifs, (vorzeitige) Vertragsbeendigung, etc. wird in 13 umfangreichen Fußnoten hingewiesen.

In diesen Fußnoten befinden sich auch Bestimmungen über zusätzliche Entgelte, wie auf ein „einmaliges Entgelt“ in Höhe von EUR 80,-- bei Tarifwechsel, Kündigung der Business Option sowie bei Beendigung des Vertrages (Fußnote 8), über ein „Herstellungsentgelt“ in Höhe von EUR 20,-- bei Auswahl der „A1 Business Options“ (Fußnoten 8 und 9) sowie über ein „einmaliges Bearbeitungsentgelt“ in Höhe von EUR 480,-- bei Deinstallation (Fußnote 9).

Ein Hinweis auf ein „einmaliges [Aktivierungs]-Entgelt“ in Höhe von EUR 40,--, wie es dem Zeugen XXXXXXXXXX in Rechnung gestellt wurde, findet sich in dem inkriminierten Übersichtsblatt

nicht.

Erst in der Mitte der zweiten Seite des Anmeldeformulars (Beilage ./B) findet sich im Fließtext unter der Überschrift „Vertragsbedingungen“ ein Hinweis, dass „für die Aktivierung eines Mobilfunkanschlusses ein Aktivierungsentgelt (vormals Herstellungsentgelt) entsprechend den EB zu entrichten ist. Zur Höhe dieses Aktivierungsentgelts findet sich im Anmeldeformular jedoch keine Angabe.

Zutreffend ist zwar, dass eine allgemeine Pflicht zur Vollständigkeit von Werbeaussagen nicht besteht, anders ist dies aber, wenn das Publikum eine Aufklärungspflicht erwarten durfte, insbesondere wenn durch das Verschweigen relevanter Umstände ein unrichtiger Gesamteindruck hervorgerufen wurde. Wenn der irreführende Angaben im Sinn des § 2 UWG ausgelöste Irrtum vor dem Geschäftsabschluss aufgeklärt wird und nicht die Gefahr besteht, dass das oder ein anderes Geschäft dennoch abgeschlossen wird, ist die Relevanz der Irreführung zu verneinen (RS0078579).

Die beklagte Partei verabsäumt es, ihre potentiellen Vertragspartner im inkriminierten Tarifübersichtsblatt (Beilage ./A) darauf hinzuweisen, dass neben den angeführten Grund- bzw. Verbindungsentgelten und Entgelten für andere Netzdienste auch noch ein - im Vergleich zu den dort sonst angeführten Entgelten - beachtliches Herstellungs- und Aktivierungsentgelt zu bezahlen ist. Es reicht nicht aus für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des beworbenen Angebots, wenn wesentliche Preispunkte erst im Anmeldeformular, und auch dort nicht ziffernmäßig bestimmt, Erwähnung finden. Es ist dem potentiellen Vertragspartner nicht zumutbar, erst in den über 70 Seiten der „EB A1“ die passende Bestimmung herauszusuchen, um herauszufinden, wie hoch das Aktivierungsentgelt tatsächlich ist. Es ist daher auch eine (ausreichende) Aufklärung vor

Vertragsabschluss zu verneinen. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass von einer allgemeinen Kenntnis des angesprochenen Publikums, ein Aktivierungsentgelt werde stets verrechnet, nicht ausgegangen werden kann. Nach den Feststellungen gibt es jedenfalls im Geschäftsbereich der beklagten Partei immer wieder Aktionen, bei deren Inanspruchnahme kein Hersteller-/Aktivierungsentgelt zu entrichten ist. Unzutreffend ist ferner der Standpunkt der beklagten Partei, das Tarifblatt stelle lediglich die Unterschiede, nicht jedoch die Gemeinsamkeiten der beworbenen Tarife dar. So wird sogar durch farbliche Unterlegung das - jeweilige - Entfallen des Grundentgelts und eines Verbindungsentgeltes bei Telefonaten innerhalb des A1-Netzes oder bei Telefonaten ins Festnetz mit Option Zero bei den dargestellten Tarifen beworben. Auf ein Herstellungsentgelt in bestimmten Fällen (nicht generell) wird nur in den Fußnoten 8) und 9) hingewiesen.

Die Werbung der beklagten Partei in ihrem Übersichtsblatt (Beilage ./A) verstößt somit gegen § 2 UWG, weil der potentielle Vertragspartner durch die umfangreich und abschließend erscheinende Tabelle und die detaillierten Fußnoten davon ausgehen muss, die beklagte Partei habe alle regelmäßig im Zusammenhang mit dem Vertrag anfallenden, nennenswerten und für einen Preisvergleich wesentlichen Kosten genannt.

Die Aktivlegitimation der klagenden Partei gründet andererseits auf § 29 Abs 1 KSchG, wonach der Verein für Konsumenteninformation Unterlassungsklagen gegen Unternehmer einbringen kann, die in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern gesetz- oder sittenwidrige Klauseln verwenden oder sich darauf berufen.

Dass das Anmeldeformular (Beilage ./B) samt den

darin inkriminierten Bestimmungen einen vorformulierten Vertragstext darstellt und im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet wird, wird nicht bestritten. Ebenso hat sich die beklagte Partei gegenüber dem Zeugen [REDACTED], nach dessen Beeinspruchung der Rechnung vom 2.8.2005 (Beilage ./C) auf die inkriminierte Klausel berufen, um ihrerseits den Rückforderungsanspruch zu verweigern.

§ 6 Abs 3 KSchG bestimmt, „dass eine in Allgemeinen Geschäftsbestimmungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist“. Da § 6 Abs 3 KSchG die Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 93/13/EWG darstellt, welche die deutsche Rsp zum Vorbild hatte, kann zur Auslegung des Transparenzgebotes auch deutsche Judikatur herangezogen werden (4 Ob 28/01y).

Aus § 6 Abs 3 KSchG sind mehrere Einzelgebote abzuleiten, nämlich das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot der Differenzierung, das Gebot der Vollständigkeit und der Richtigkeit, das Bestimmtheitsgebot, sowie das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage, § 9 Rz 143 ff; Langer in Kosesnik-Wehrle u.a., KSchG² (2004), § 6 Rz 110).

Die inkriminierte Klausel „[...] Für die Aktivierung eines Mobilfunkanschlusses ist ein Aktivierungsentgelt (vormals Herstellungsentgelt) entsprechend den EB zu entrichten. [...]“ im Anmeldeformular (Beilage ./B) findet ihre Platzierung im Fließtext eines zweieinhalbseitigen Vertragsformblattes und ist nicht „binnen kürzester Zeit les- und erfassbar gestaltet“.

Auch ist eine Erkennbarkeit des finanziellen Nachteils bzw. ein Vergleich des Angebots für den

Verbraucher nicht oder nur schwer möglich, da das Aktivierungsentgelt weder in dem von der beklagten Partei verwendeten Anmeldeformular (Beilage ./B), geschweige denn in der Tarifübersicht ziffernmäßig (Beilage ./A) bestimmt ist. Der potentielle Vertragspartner wird daher gezwungen, in den über 70 Seiten umfassenden Entgeltbestimmungen (Beilage ./E) der beklagten Partei die passende Bestimmung über das Aktivierungsentgelt herauszusuchen.

Schon bei Vertragsabschluss müssen die wirtschaftlichen Vertragsfolgen dem Vertragspartner hinreichend klar und deutlich mitgeteilt werden, damit er seine Belastung richtig erkennen und sich zwischen verschiedenen Angeboten informiert entscheiden kann (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Auflage, § 9 Rz 103).

Nach dem Bestimmtheitsgebot müssen die tatbeständlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer Klausel so genau umschrieben werden, dass für die Verwender der AGB keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume verbleiben. (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage, § 9 Rz 150; Langer aaO Rz 112ff).

Durch die Klausel selbst wird der Kunde über die Höhe des Herstellungs-/Aktivierungsentgeltes im Unklaren gelassen. Da die konkrete Auswirkung der Klausel für den Kunden nicht erkennbar ist, besteht die Pflicht zu ihrer Vervollständigung. Eine Vervollständigung seiner Information erhält der Kunde erst bei umfassender Recherche in den Entgeltbestimmungen. Dass diese Entgeltbestimmungen der beklagten Partei nicht geeignet sind, die erforderliche Transparenz über das „Aktivierungsentgelt“ zu gewährleisten, ergibt sich schon aus deren Umfang von mehr als 70 Seiten. Die für die Ermittlung des Bestehens einer konkreten Zahlungspflicht notwendigen Regeln finden sich nämlich an verschiedenen Stellen

(zum Teil im Vertragsformblatt, teilweise im Textteil, teilweise in den Preisblättern der EB), die miteinander erst kombiniert werden müssen.

Die inkriminierte Klausel verstößt daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere gegen das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, nach welchem besonders strenge Anforderungen an Klauseln gestellt werden, die indirekt die Zahlungspflicht des Verbrauchers nachteilig beeinflussen (Langer in Kosesnik-Wehrle u.a., KSchG² (2004), § 6 Rz 113).

Wiederholungsgefahr der Verbreitung der Tarifübersichtsblätter ist gegeben, da bereits ein einmaliger Verstoß gegen das UWG die Wiederholungsgefahr indiziert (Wiltschek, UWG, 7. Auflage, § 14 Rz 92). Die beklagte Partei hat kein Verhalten gesetzt, aus dem abzuleiten wäre, dass sie von den inkriminierten Gesetzesverstößen in Zukunft Abstand nehmen wird.

Verjährung der Ansprüche ist nicht eingetreten. Kenntnisnahme des Klägers vom Wettbewerbsverstoß ist frühestens Ende des Jahres 2005 eingetreten; die Klagseinbringung im Jänner 2006 ist daher jedenfalls rechtzeitig (§ 20 UWG). Das KSchG wiederum sieht eine besondere Verjährungsbestimmung für Verbandsklagen nicht vor.

Die Verurteilung zur Urteilsveröffentlichung beruht auf § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 UWG.

Aus den genannten Gründen war wie im Spruch ersichtlich zu erkennen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.



Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 34, am 6.6.2006

Mag. Luitgehl Othner
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung