

# TE OGH 2000/3/14 4Ob36/00y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.03.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Schönherr Barfuß Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei V\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Gerald Ganzger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren 800.000 S), über die außerordentlichen Revisionsrekurse der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 25. November 1999, GZ 1 R 216/99p-11, womit der Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 1. September 1999, GZ 19 Cg 128/99s-4, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).1. Der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei wird gemäß Paragraphen 78., 402 EO in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 528 a, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

2. Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung unter Einschluss des bestätigten Teils insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden und gefährdeten Partei gegen die Beklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen, worauf die Unterlassungsklage gerichtet ist, wird der Gegnerin der gefährdeten Partei aufgetragen, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, unentgeltlich oder um einen bloßen Scheinpreis abgegebene Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* - insbesondere Gratis-Sonnenfinsternisbrillen, Spielkarten, CDs oder Handys mit Freisprecheinrichtung und Router - anzukündigen und/oder zu gewähren."

Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Medieninhaberin der Wochenzeitschrift "D\*\*\*\*\*". Die Beklagte ist Eigentümerin, Verlegerin und Produzentin der Wochenzeitschrift N\*\*\*\*\*.

Ende Juli 1999 bewarb die Beklagte in Zeitungsinseraten und mittels Werbeständern Sonnenfinsternis-Brillen, die der am 29. 7. 1999 erschienenen Ausgabe von N\*\*\*\*\* kostenlos beilagen. Auf der Vorderseite dieser Brille befindet sich rechts und links das Wort N\*\*\*\*\* am Bügel der Brille; in einem Bereich, der sich bei aufgesetzter Brille hinter den Ohren befindet, ist das Logo des Privattelefonunternehmens "o\*\*\*\*\*" aufgedruckt.

Sonnenfinsternis-Schutzbrillen in guter Qualität wurden bei Optikern zu Preisen von 25 S bis 35 S angeboten. Im Heft Nr. 30 von N\*\*\*\*\* kündigte die Beklagte an, im nächsten Heft "dem Leser die Politiker Schnaps-Karten des Jahres 1999" zu schenken, weiters einen "Erotik-Poker" mit den besten Pin-Ups als Karten. Im Heft Nr. 31 von N\*\*\*\*\* warb die Beklagte auf dem Titelblatt mit der Aufschrift "Gratis: Polit-Karten. Wahl '99: Alle Politiker als Schnaps-Partie". In Zeitungsinseraten und in den Heften Nr. 30 und Nr. 31 von N\*\*\*\*\* kündigte die Beklagte für Heft Nr. 32 die Beilage einer CD zum Gratis-Einstieg ins Internet samt Spielen, Testangeboten für Online-Banking, Erotik-Fotos und einer Vorschau auf den neuen James Bond-Kinofilm an. Im Heft Nr. 30 von N\*\*\*\*\* kündigte die Beklagte an, jedem Abonnenten 10 Hefte von N\*\*\*\*\* und F\*\*\*\*\* um 99 S und weitere sechs Monate um 499 S in Kombination mit einem für ein Jahr bei max. angemeldeten Motorola-Handy CD 920 samt Freisprecheinrichtung, Router für das Festnetztelefon und Freischaltgebühr im Wert von 444 S abzugeben.

Zur Sicherung eines gleichlautenden Unterlassungsbegehrens beantragt die Klägerin, der Beklagten aufzutragen, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, unentgeltlich oder um einen bloßen Scheinpreis abgegebene Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* - insbesondere Gratis-Sonnenfinsternisbrillen, Spielkarten, CDs oder Handys mit Freisprecheinrichtung und Router - anzukündigen und/oder zu gewähren. Die Beklagte verstöße gegen § 9a UWG. Zur Sicherung eines gleichlautenden Unterlassungsbegehrens beantragt die Klägerin, der Beklagten aufzutragen, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu unterlassen, unentgeltlich oder um einen bloßen Scheinpreis abgegebene Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* - insbesondere Gratis-Sonnenfinsternisbrillen, Spielkarten, CDs oder Handys mit Freisprecheinrichtung und Router - anzukündigen und/oder zu gewähren. Die Beklagte verstöße gegen Paragraph 9 a, UWG.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrags. Die Sonnenfinsternisbrille sei ein Reklamegegenstand und falle unter die Ausnahmebestimmung des § 9a Abs 2 Z 3 UWG. Bei den Politiker-Schnapskarten stehe erkennbar die Karikatur der Politiker, nicht der Gebrauchswert der Schnapskarten im Vordergrund; Karikaturen seien aber ein geradezu typischer Zeitungsbestandteil und keine unzulässige Zugabe. Auch werde nicht einmal ein ganz kleiner Teil der angesprochenen Verkehrskreise mehrere Hefte von N\*\*\*\*\* (zum Einzelverkaufspreis von 25 S) erwerben, um ein Kartenpaket im Wert von 50 S zu erhalten. Beim Erotik-Poker handle es sich um Pin-up-Fotos, die seit Jahrzehnten üblicher Bestandteil von unzähligen Zeitungen und Zeitschriften seien. Auch die CD mit Zugang zum Internet sei zulässiger Bestandteil der Zeitschrift. Unzählige Zeitschriften aller Art und in allen Marktsegmenten erschienen mit beigelegten CDs; diese seien zu einem üblichen Zeitungsbestandteil geworden. Mobiltelefone mit obligatorischer Erstanmeldung bei einem Mobilfunknetzbetreiber seien auf Grund der Konkurrenzsituation bei den Mobilfunknetzbetreibern in Österreich als geringwertige Kleinigkeit im Sinne des § 9a Abs 2 Z 4 UWG zu beurteilen. Jedermann könne ein Mobiltelefon kostenlos erwerben, wenn er es nur bei einem Mobilfunknetzbetreiber erstanmelde. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrags. Die Sonnenfinsternisbrille sei ein Reklamegegenstand und falle unter die Ausnahmebestimmung des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG. Bei den Politiker-Schnapskarten stehe erkennbar die Karikatur der Politiker, nicht der Gebrauchswert der Schnapskarten im Vordergrund; Karikaturen seien aber ein geradezu typischer Zeitungsbestandteil und keine unzulässige Zugabe. Auch werde nicht einmal ein ganz kleiner Teil der angesprochenen Verkehrskreise mehrere Hefte von N\*\*\*\*\* (zum Einzelverkaufspreis von 25 S) erwerben, um ein Kartenpaket im Wert von 50 S zu erhalten. Beim Erotik-Poker handle es sich um Pin-up-Fotos, die seit Jahrzehnten üblicher Bestandteil von unzähligen Zeitungen und Zeitschriften seien. Auch die CD mit Zugang zum Internet sei zulässiger Bestandteil der Zeitschrift. Unzählige Zeitschriften aller Art und in allen Marktsegmenten erschienen mit beigelegten CDs; diese seien zu einem üblichen Zeitungsbestandteil geworden. Mobiltelefone mit obligatorischer Erstanmeldung bei einem Mobilfunknetzbetreiber seien auf Grund der Konkurrenzsituation bei den Mobilfunknetzbetreibern in Österreich als geringwertige Kleinigkeit im Sinne des

Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 4, UWG zu beurteilen. Jedermann könnte ein Mobiltelefon kostenlos erwerben, wenn er es nur bei einem Mobilfunknetzbetreiber erstanmelde.

Das Erstgericht verbot der Beklagten, unentgeltliche Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\*-, insbesondere Gratis-Sonnenfinsternis-Brillen, Spielkarten oder CDs anzukündigen und/oder zu gewähren; das Mehrbegehr, der Beklagten überdies zu verbieten, um einen bloßen Scheinpreis abgegebene Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* - insbesondere Handys mit Freisprecheinrichtung und Router - anzukündigen und/oder zu gewähren, wies es ab. Dass es sich bei der Sonnenfinsternis-Brille um eine Zugabe handle, bedürfe keiner weiteren Begründung. Eine zulässige Ausnahme iSd § 9a Abs 2 Z 3 und 4 UWG liege nicht vor, weil allein der unauffällige Hinweis auf die Zeitschrift der Beklagten aus der Brille noch keinen Reklamegegenstand mache. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Brille von einem Großteil der beteiligten Verkehrskreise als offenkundige Reklame für das Mobiltelefonunternehmen aufgefasst werde. Die Spielkarten seien zwar nach Qualität und Ausstattung mit einem handelsüblichen Kartenpaket nicht vergleichbar und tatsächlich zum Zweck des Spiels kaum einsetzbar; bei Ankündigung dieser Karten werde allerdings der mündige Verbraucher annehmen, er erhalte Karten, die tatsächlich zum Zweck des Kartenspiels verwendbar seien. Eine CD könne dann als Zeitungsbeilage beurteilt werden, wenn sie mit dem Inhalt der Zeitschrift in unmittelbarem Zusammenhang stehe und dazu diene, die Kenntnisse über den Gegenstand der aktuellen Berichterstattung zu vertiefen, wie etwa die Beigabe einer CD zu einer Musikzeitschrift oder einer Computer-CD oder einer Interneteinstiegs-CD zu einer Computerfachzeitschrift. Dies treffe aber auf die Beigabe einer CD zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* nicht zu, weil auch nach einer sich wandelnden Verkehrsauflösung der Verbraucher von einem Nachrichtenmagazin keine nicht aus dem Printbereich stammenden, über den Informationsgehalt eines solchen Magazins hinaus nutzbaren Beilagen erwarte. Kein Zugabenverstoß sei hingegen in der Ankündigung des Kombi-Abonnements zu erblicken. Vom Besteller sei eine Bindung für 10 Wochen und sechs Monate mit einer Gesamtgegenleistung von 598 S einzugehen. Nach der Gestaltung der Werbung liege kein Scheinpreis für das Mobiltelefon vor, sondern es werde klargestellt, dass das Geld für das Abonnement zu entrichten sei und auf das Mobiltelefon kein Preis entfallen. Die Gratisabgabe von Mobiltelefonen auch mit hohem Ladenverkaufspreis, verbunden mit einer Anmeldung bei einem Betreiber, sei durchaus gängig. Auch wenn die Freisprechgebühr von der Beklagten übernommen werde, sei zu berücksichtigen, dass es sich bei anderen im Handel gratis (mit Zahlung der Freischaltkosten) angebotenen Mobiltelefonen um solche handle, die im Wert weit über den von der Beklagten in Kombination mit dem Abonnement angebotenen lägen. Außerdem würden in der Zeitschriftenbranche Abonnements häufig zu besonders günstigen Bedingungen in der Erwartung gewährt, der Kunde werde nach Ablauf der Mindestkündigungsfrist das Abonnement zu den Normalkonditionen beibehalten. Das Erstgericht verbot der Beklagten, unentgeltliche Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\*-, insbesondere Gratis-Sonnenfinsternis-Brillen, Spielkarten oder CDs anzukündigen und/oder zu gewähren; das Mehrbegehr, der Beklagten überdies zu verbieten, um einen bloßen Scheinpreis abgegebene Zugaben zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* - insbesondere Handys mit Freisprecheinrichtung und Router - anzukündigen und/oder zu gewähren, wies es ab. Dass es sich bei der Sonnenfinsternis-Brille um eine Zugabe handle, bedürfe keiner weiteren Begründung. Eine zulässige Ausnahme iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3 und 4 UWG liege nicht vor, weil allein der unauffällige Hinweis auf die Zeitschrift der Beklagten aus der Brille noch keinen Reklamegegenstand mache. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Brille von einem Großteil der beteiligten Verkehrskreise als offenkundige Reklame für das Mobiltelefonunternehmen aufgefasst werde. Die Spielkarten seien zwar nach Qualität und Ausstattung mit einem handelsüblichen Kartenpaket nicht vergleichbar und tatsächlich zum Zweck des Spiels kaum einsetzbar; bei Ankündigung dieser Karten werde allerdings der mündige Verbraucher annehmen, er erhalte Karten, die tatsächlich zum Zweck des Kartenspiels verwendbar seien. Eine CD könne dann als Zeitungsbeilage beurteilt werden, wenn sie mit dem Inhalt der Zeitschrift in unmittelbarem Zusammenhang stehe und dazu diene, die Kenntnisse über den Gegenstand der aktuellen Berichterstattung zu vertiefen, wie etwa die Beigabe einer CD zu einer Musikzeitschrift oder einer Computer-CD oder einer Interneteinstiegs-CD zu einer Computerfachzeitschrift. Dies treffe aber auf die Beigabe einer CD zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* nicht zu, weil auch nach einer sich wandelnden Verkehrsauflösung der Verbraucher von einem Nachrichtenmagazin keine nicht aus dem Printbereich stammenden, über den Informationsgehalt eines solchen Magazins hinaus nutzbaren Beilagen erwarte. Kein Zugabenverstoß sei hingegen in der Ankündigung des Kombi-Abonnements zu erblicken. Vom Besteller sei eine Bindung für 10 Wochen und sechs Monate mit einer Gesamtgegenleistung von 598 S einzugehen. Nach der Gestaltung der Werbung liege kein Scheinpreis für das Mobiltelefon vor, sondern es werde klargestellt, dass das Geld für das Abonnement zu entrichten sei und auf das Mobiltelefon kein Preis entfallen. Die

Gratisabgabe von Mobiltelefonen auch mit hohem Ladenverkaufspreis, verbunden mit einer Anmeldung bei einem Betreiber, sei durchaus gängig. Auch wenn die Freisprechgebühr von der Beklagten übernommen werde, sei zu berücksichtigen, dass es sich bei anderen im Handel gratis (mit Zahlung der Freischaltkosten) angebotenen Mobiltelefone um solche handle, die im Wert weit über den von der Beklagten in Kombination mit dem Abonnement angebotenen lägen. Ausserdem würden in der Zeitschriftenbranche Abonnements häufig zu besonders günstigen Bedingungen in der Erwartung gewährt, der Kunde werde nach Ablauf der Mindestkündigungsfrist das Abonnement zu den Normalkonditionen beibehalten.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss in seinem stattgebenden Teil und verbot darüber hinaus der Beklagten, Handys mit Freisprecheinrichtung und Router als unentgeltliche Zugabe oder um einen bloßen Scheinpreis zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* anzukündigen; das Mehrbegehren, in das Verbot auch das Gewähren der zuletzt genannten Waren als Zugaben einzuschließen, wies es ab. Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels Abweichung von höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig sei. Die Sonnenfinsternis-Brille sei kein zulässiger Reklamegegenstand, weil ihr Wert erheblich höher sei als der (verbilligte) Kaufpreis von N\*\*\*\*\*; im Vordergrund stehe deren Gebrauchsfunktion, die eine allfällige Werbewirkung völlig in den Hintergrund treten lasse. Nach der Art ihrer Ankündigung erwarte man als Zugabe zu N\*\*\*\*\* hochwertige Schnaps- oder Poker-Karten ("Erotik-Poker"), deren Wert durch die besonderen Motive erhöht werde. Der Verkehrswert (Kaufpreis) solcher Spielkarten liege gerichtsnotorisch deutlich über dem Einzelverkaufspreis von N\*\*\*\*\*, weshalb auch diese Ankündigung unzulässig sei. Der Ausnahmetatbestand des § 9a Abs 2 Z 4 UWG für geringwertige Kleinigkeiten komme bei den Schnaps- und Pokerkarten schon deshalb nicht zur Anwendung, weil die gesamte Sammlung auch einen erheblichen Gebrauchswert besitze. Die Gratis-Zugabe einer CD beim Kauf einer Ausgabe der Zeitschrift N\*\*\*\*\* verstöße gegen § 9a UWG; die festgestellten Beigaben von CDs zu Printprodukten in Deutschland machten solche in Österreich noch nicht zu zulässigen Zugaben. Die Ankündigung der Beklagten, der Besteller eines 10-Wochen-Abonnements von N\*\*\*\*\* und Format erhalte ein Handy, ein Headset und einen Router und überdies auch noch die Freischaltkosten von 444 S geschenkt, erfülle jedenfalls den Tatbestand des § 9a UWG, weil eine unentgeltliche Zugabe angekündigt werde; eine Gewährung unentgeltlicher Zugaben liege hingegen nicht vor. Wesentliche Voraussetzung für eine Zugabe im Sinn des § 9a UWG sei es, dass die gekoppelten Waren im Verhältnis von Hauptsache und (unentgeltlicher) Zugaben stünden. Das treffe vor allem dann nicht zu, wenn etwa für Gesamtsachen oder Gegenstände, die nach der Verkehrsauflösung eine Einheit bildeten und regelmäßig zusammen verkauft würden, ein einheitliches Entgelt berechnet werde. Ein zugabenrechtlicher Tatbestand liege auch dann nicht vor, wenn zwei Hauptwaren oder -leistungen zu einem Gesamtpreis zusammen angeboten würden. Ob eine Werbeankündigung als das Angebot einer Wareneinheit mehrerer Hauptwaren oder einer Haupt- und Nebenware aufzufassen ist, richte sich nach der Verkehrsanschauung. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung bestehe in Österreich kein Markt für Teilnehmerverträge an Mobilfunknetzen ohne dazugehöriges Mobiltelefon und an Mobiltelefonen ohne Teilnehmerverträgen. Es müsse deshalb eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und dem für den Betrieb notwendigen Netzzugang, angenommen werden. Dies schließe aber nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes einen Verstoß gegen das Zugabeverbot des § 9a UWG, jedenfalls was das Gewähren der Zugaben von Mobiltelefonen mit Freisprecheinrichtung und Router betreffe, deshalb aus, weil - entgegen der Ankündigung - keine unentgeltliche Zugabe, sondern eine entgeltliche Gesamtsache gewährt werde. Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss in seinem stattgebenden Teil und verbot darüber hinaus der Beklagten, Handys mit Freisprecheinrichtung und Router als unentgeltliche Zugabe oder um einen bloßen Scheinpreis zur Zeitschrift N\*\*\*\*\* anzukündigen; das Mehrbegehren, in das Verbot auch das Gewähren der zuletzt genannten Waren als Zugaben einzuschließen, wies es ab. Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels Abweichung von höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig sei. Die Sonnenfinsternis-Brille sei kein zulässiger Reklamegegenstand, weil ihr Wert erheblich höher sei als der (verbilligte) Kaufpreis von N\*\*\*\*\*; im Vordergrund stehe deren Gebrauchsfunktion, die eine allfällige Werbewirkung völlig in den Hintergrund treten lasse. Nach der Art ihrer Ankündigung erwarte man als Zugabe zu N\*\*\*\*\* hochwertige Schnaps- oder Poker-Karten ("Erotik-Poker"), deren Wert durch die besonderen Motive erhöht werde. Der Verkehrswert (Kaufpreis) solcher Spielkarten liege gerichtsnotorisch deutlich über dem Einzelverkaufspreis von N\*\*\*\*\*, weshalb auch diese Ankündigung unzulässig sei. Der Ausnahmetatbestand des Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 4, UWG für geringwertige Kleinigkeiten komme bei den Schnaps- und Pokerkarten schon deshalb nicht zur Anwendung, weil die gesamte Sammlung auch einen erheblichen Gebrauchswert besitze. Die Gratis-Zugabe einer CD

beim Kauf einer Ausgabe der Zeitschrift N\*\*\*\*\* verstoße gegen Paragraph 9 a, UWG; die festgestellten Beigaben von CDs zu Printprodukten in Deutschland machten solche in Österreich noch nicht zu zulässigen Zugaben. Die Ankündigung der Beklagten, der Besteller eines 10-Wochen-Abonnements von N\*\*\*\*\* und Format erhalte ein Handy, ein Headset und einen Router und überdies auch noch die Freischaltkosten von 444 S geschenkt, erfülle jedenfalls den Tatbestand des Paragraph 9 a, UWG, weil eine unentgeltliche Zugabe angekündigt werde; eine Gewährung unentgeltlicher Zugaben liege hingegen nicht vor. Wesentliche Voraussetzung für eine Zugabe im Sinn des Paragraph 9 a, UWG sei es, dass die gekoppelten Waren im Verhältnis von Hauptsache und (unentgeltlicher) Zugaben stünden. Das treffe vor allem dann nicht zu, wenn etwa für Gesamtsachen oder Gegenstände, die nach der Verkehrsauffassung eine Einheit bildeten und regelmäßig zusammen verkauft würden, ein einheitliches Entgelt berechnet werde. Ein zugabenrechtlicher Tatbestand liege auch dann nicht vor, wenn zwei Hauptwaren oder -leistungen zu einem Gesamtpreis zusammen angeboten würden. Ob eine Werbeankündigung als das Angebot einer Wareneinheit mehrerer Hauptwaren oder einer Haupt- und Nebenware aufzufassen ist, richte sich nach der Verkehrsanschauung. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung bestehe in Österreich kein Markt für Teilnehmerverträge an Mobilfunknetzen ohne dazugehöriges Mobiltelefon und an Mobiltelefonen ohne Teilnehmerverträgen. Es müsse deshalb eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und dem für den Betrieb notwendigen Netzzugang, angenommen werden. Dies schließe aber nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes einen Verstoß gegen das Zugabeverbot des Paragraph 9 a, UWG, jedenfalls was das Gewähren der Zugaben von Mobiltelefonen mit Freisprecheinrichtung und Router betreffe, deshalb aus, weil - entgegen der Ankündigung - keine unentgeltliche Zugabe, sondern eine entgeltliche Gesamtsache gewährt werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist unzulässig; der Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil das Rekursgericht die Zugabeneigenschaft eines Mobiltelefons samt Zubehör bei gemeinsamer Abgabe mit einem Zeitschriftenabonnement unrichtig beurteilt hat; dieses Rechtsmittel ist auch berechtigt.

#### 1. Zum Revisionsrekurs der Beklagten

Reklamegegenstände iSd § 9a Abs 2 Z 3 UWG sind Gegenstände - in der Regel Gebrauchsgegenstände -, die dadurch der Werbung dienen, dass man sie nicht verwenden kann, ohne dass die Aufmerksamkeit auf die auffallende Bezeichnung des werbenden Unternehmens gelenkt wird (ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille mwN; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt). Die Reklamebezeichnung muss so deutlich angebracht sein, dass sie auch bei flüchtigem Hinsehen auf den ersten Blick ins Auge fällt (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 133; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm je mwN); sie macht den Gegenstand zum Werbegegenstand und vermindert damit seinen Verkehrswert (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 21, § 1 dZugV Rz 64; ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; MR 1993, 233 - Radiowecker). Ein Gegenstand, der einen nicht unerheblichen (Gebrauchs-)Wert hat und in diesem Wert durch den Reklameaufdruck, wenn überhaupt, nur unwesentlich gemindert ist, ist hingegen kein Reklamegegenstand im Sinne des Gesetzes (ÖBI 1994, 127 - Radiowecker; 4 Ob 1113/94 - Schirmkappe). Reklamegegenstände iSd Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 3, UWG sind Gegenstände - in der Regel Gebrauchsgegenstände -, die dadurch der Werbung dienen, dass man sie nicht verwenden kann, ohne dass die Aufmerksamkeit auf die auffallende Bezeichnung des werbenden Unternehmens gelenkt wird (ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille mwN; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt). Die Reklamebezeichnung muss so deutlich angebracht sein, dass sie auch bei flüchtigem Hinsehen auf den ersten Blick ins Auge fällt (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 133; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; ÖBI 1995, 275 - Presse-Schirm je mwN); sie macht den Gegenstand zum Werbegegenstand und vermindert damit seinen Verkehrswert (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 21, Paragraph eins, dZugV Rz 64; ÖBI 1991, 108 - Sport-Sonnenbrille; ÖBI 1992, 56 - Super-T-Shirt; MR 1993, 233 - Radiowecker). Ein Gegenstand, der einen nicht unerheblichen (Gebrauchs-)Wert hat und in diesem Wert durch den Reklameaufdruck, wenn überhaupt, nur unwesentlich gemindert ist, ist hingegen kein Reklamegegenstand im Sinne des Gesetzes (ÖBI 1994, 127 - Radiowecker; 4 Ob 1113/94 - Schirmkappe).

Das Rekursgericht hat in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung den Zugabecharakter der Sonnenfinsternisbrille bejaht. Abgesehen davon, dass die Frage, ob im Einzelfall der Wert eines Reklamegegenstands durch einen Werbeaufdruck so weit herabgemindert wurde, dass die angeführte Verhältnismäßigkeit zum Wert der Hauptware gegeben ist, nicht erheblich im Sinne des Revisions-(Rekurs-)Rechts ist (4 Ob 1113/94), ist ein Gegenstand nicht schon deshalb als wertlos zu beurteilen, weil er nur über einen relativ kurzen Zeitraum (hier: während der mehrstündigen

Dauer der Sonnenfinsternis) verwendbar ist. Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr in diesem Zusammenhang hat die Beklagte in erster Instanz nichts vorgebracht; neues Vorbringen erst im Rechtsmittelverfahren ist ihr jedoch verwehrt (Kodek in Rechberger ZPO\*\*2 § 526 Rz 3 mwN). Darüber hinaus ist dieses Argument der Beklagten in Bezug auf die Sonnenfinsternisbrille schon deshalb verfehlt, weil ja ein allgemeines Zugabenverbot erlassen worden ist; dass die Wiederholungsgefahr aber auch in Ansehung aller anderen nur denkbaren Zugaben weggefallen wäre, wurde nicht eingewendet. Das Rekursgericht hat in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung den Zugabecharakter der Sonnenfinsternisbrille bejaht. Abgesehen davon, dass die Frage, ob im Einzelfall der Wert eines Reklamegegenstands durch einen Werbeaufdruck so weit herabgemindert wurde, dass die angeführte Verhältnismäßigkeit zum Wert der Hauptware gegeben ist, nicht erheblich im Sinne des Revisions-(Rekurs-)Rechts ist (4 Ob 1113/94), ist ein Gegenstand nicht schon deshalb als wertlos zu beurteilen, weil er nur über einen relativ kurzen Zeitraum (hier: während der mehrstündigen Dauer der Sonnenfinsternis) verwendbar ist. Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr in diesem Zusammenhang hat die Beklagte in erster Instanz nichts vorgebracht; neues Vorbringen erst im Rechtsmittelverfahren ist ihr jedoch verwehrt (Kodek in Rechberger ZPO\*\*2 Paragraph 526, Rz 3 mwN). Darüber hinaus ist dieses Argument der Beklagten in Bezug auf die Sonnenfinsternisbrille schon deshalb verfehlt, weil ja ein allgemeines Zugabenverbot erlassen worden ist; dass die Wiederholungsgefahr aber auch in Ansehung aller anderen nur denkbaren Zugaben weggefallen wäre, wurde nicht eingewendet.

Die Politiker-Schnapskarten werden als von einem bekannten Karikaturisten gestalteter "Wahlkampfklassiker" und "köstlicher Politiker-Schnapser" angekündigt. Beim Leser wird damit die Erwartung geweckt, er erhalte (zusätzlich zu den einzelnen Exemplaren der Zeitschrift) ein vollständiges Blatt Spielkarten mit normalem Gebrauchswert. Dass der Preis der Zeitungen, die erworben werden müssen, um ein vollständiges Kartenspiel zu erhalten, höher ist als der handelsübliche Preis eines solchen Spiels, ist bedeutungslos, weil der Käufer die Spielkarte als zusätzliche unentgeltliche Leistung zur Hauptware Zeitung ansieht (ÖBI 1983, 89 - "Kurier"-WM-Kartei). Ebensoviel kommt es auf den objektiven Wert der Zugabe, sondern vielmehr nur auf die bei den angesprochenen Verkehrskreisen durch die Ankündigung ausgelöste Vorstellung vom Wert der angekündigten Zugabe an; der verpönte Anlock-Effekt wird ja schon mit der Ankündigung bewirkt, mag die damit verbundene Erwartung in der Folge auch enttäuscht werden (vgl ÖBI 1998, 356 - Persönliches Gratis-Horoskop). Die Politiker-Schnapskarten werden als von einem bekannten Karikaturisten gestalteter "Wahlkampfklassiker" und "köstlicher Politiker-Schnapser" angekündigt. Beim Leser wird damit die Erwartung geweckt, er erhalte (zusätzlich zu den einzelnen Exemplaren der Zeitschrift) ein vollständiges Blatt Spielkarten mit normalem Gebrauchswert. Dass der Preis der Zeitungen, die erworben werden müssen, um ein vollständiges Kartenspiel zu erhalten, höher ist als der handelsübliche Preis eines solchen Spiels, ist bedeutungslos, weil der Käufer die Spielkarte als zusätzliche unentgeltliche Leistung zur Hauptware Zeitung ansieht (ÖBI 1983, 89 - "Kurier"-WM-Kartei). Ebensoviel kommt es auf den objektiven Wert der Zugabe, sondern vielmehr nur auf die bei den angesprochenen Verkehrskreisen durch die Ankündigung ausgelöste Vorstellung vom Wert der angekündigten Zugabe an; der verpönte Anlock-Effekt wird ja schon mit der Ankündigung bewirkt, mag die damit verbundene Erwartung in der Folge auch enttäuscht werden vergleiche ÖBI 1998, 356 - Persönliches Gratis-Horoskop).

Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass sich der Oberste Gerichtshof bisher nicht mit der Frage befasst hat, ob eine CD ein üblicher Zeitungsbestandteil ist, oder ob mit der Ankündigung der Gewährung einer CD zu einer Zeitschrift eine unzulässige Zugabe angekündigt wird. Daraus folgt aber nicht, dass es sich dabei um eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO handelte. Besteht eine Rechtsprechung zu gleichartigen Sachverhalten und ergibt sich daraus die konkrete Lösung des Einzelfalls, so liegt keine erhebliche Rechtsfrage vor (Kodek in Rechberger, ZPO § 502 Rz 3 mwN). Das trifft hier zu: Für die Beurteilung der Frage, ob ein üblicher Zeitungsbestandteil vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung nicht starr an den in Vergangenheit oder Gegenwart üblichen Strukturen und Inhalten solcher Druckerzeugnisse festzuhalten, sondern auf die sich wandelnde Verkehrsauffassung Bedacht zu nehmen (ÖBI 1994, 168 = WBI 1994, 415 - Two-Days Superpass mwN). Im vorliegenden Fall ist daher maßgebend, ob nach der Verkehrsauffassung eine CD, die unter anderem einen befristeten Gratis-Zugang ins Internet ermöglicht, üblicher Bestandteil einer Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, "Szene", Chronik und Sport ist. Diese Frage hat das Rekursgericht mit zutreffender Begründung verneint. Es hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Zeitschriftenkäufer damit - anders als in den meisten der von der Beklagten als Beispiel angeführten Fällen - nicht eine Ergänzung der redaktionellen Berichterstattung, sondern in Aufmachung und Inhalt eine zusätzliche Leistung erhält (so schon 4 Ob 329/99 in einem Verfahren gegen dieselbe Beklagte). Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass sich der Oberste Gerichtshof bisher nicht mit der Frage befasst hat, ob eine CD ein üblicher Zeitungsbestandteil ist, oder ob mit der Ankündigung der

Gewährung einer CD zu einer Zeitschrift eine unzulässige Zugabe angekündigt wird. Daraus folgt aber nicht, dass es sich dabei um eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO handelte. Besteht eine Rechtsprechung zu gleichartigen Sachverhalten und ergibt sich daraus die konkrete Lösung des Einzelfalls, so liegt keine erhebliche Rechtsfrage vor (Kodek in Rechberger, ZPO Paragraph 502, Rz 3 mwN). Das trifft hier zu: Für die Beurteilung der Frage, ob ein üblicher Zeitungsbestandteil vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung nicht starr an den in Vergangenheit oder Gegenwart üblichen Strukturen und Inhalten solcher Druckerzeugnisse festzuhalten, sondern auf die sich wandelnde Verkehrsauffassung Bedacht zu nehmen (ÖBI 1994, 168 = WBI 1994, 415 - Two-Days Superpass mwN). Im vorliegenden Fall ist daher maßgebend, ob nach der Verkehrsauffassung eine CD, die unter anderem einen befristeten Gratis-Zugang ins Internet ermöglicht, üblicher Bestandteil einer Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, "Szene", Chronik und Sport ist. Diese Frage hat das Rekursgericht mit zutreffender Begründung verneint. Es hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Zeitschriftenkäufer damit - anders als in den meisten der von der Beklagten als Beispiel angeführten Fällen - nicht eine Ergänzung der redaktionellen Berichterstattung, sondern in Aufmachung und Inhalt eine zusätzliche Leistung erhält (so schon 4 Ob 329/99g in einem Verfahren gegen dieselbe Beklagte).

Zu ihren Ausführungen zur Berechtigung der Ankündigung des Kombi-Abonnements ist die Beklagte auf die Begründung zum Revisionsrekurs der Klägerin zu verweisen.

Der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei wird mangels der Voraussetzungen des§ 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.Der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei wird mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## 2. Zum Revisionsrekurs der Klägerin

Die Klägerin vertritt die Ansicht, auch ein Mobiltelefon mit Zusatzeinrichtung und geschenkten Freischaltkosten sei ein dem Leistungswettbewerb fremdes Lockmittel und damit als Zugabe iSd § 9a UWG zu beurteilen. Dazu ist zu erwägen:Die Klägerin vertritt die Ansicht, auch ein Mobiltelefon mit Zusatzeinrichtung und geschenkten Freischaltkosten sei ein dem Leistungswettbewerb fremdes Lockmittel und damit als Zugabe iSd Paragraph 9 a, UWG zu beurteilen. Dazu ist zu erwägen:

Zugabe ist nach ständiger Rechtsprechung ein zusätzlicher Vorteil, der neben der Hauptware (Hauptleistung) ohne besondere Berechnung angekündigt wird, um den Absatz der Hauptware oder die Verwertung der Hauptleistung zu fördern. Dieser Vorteil muss mit der Hauptware (Haupt- leistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, dass er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluss zum Erwerb der Hauptware (Hauptleistung) zu beeinflussen, also Werbe- oder Lockmittel sein. Ob eine Werbeankündigung als das Angebot einer Wareneinheit, mehrerer Hauptwaren oder einer Haupt- und Nebenware aufzufassen ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung (ÖBI 1997, 49 - Hochzeitspaket; ÖBI 1999, 95 - PKW-Jahresvignette; MR 1999, 239 - GSM-Jubiläums-Handy).

Das Rekursgericht verweist auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu§ 9a UWG, wonach Mobiltelefone fast ausschließlich nur in Verbindung mit dem Abschluss eines Netzteilnehmervertrags verkauft werden, wobei es dem Publikum aufgrund einer Fülle günstiger Angebote in diesem Bereich geläufig ist, dass der Erwerb eines Mobiltelefons letztlich mit jenen Gegenleistungen finanziert werden muss, die im Rahmen des Netzteilnehmervertrags zu erbringen sind. Unter diesen Umständen ist eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und der für den Betrieb notwendigen Netzzugangsberechtigung, anzunehmen (MR 1999, 239 - GSM-Jubiläums-Handy).Das Rekursgericht verweist auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu Paragraph 9 a, UWG, wonach Mobiltelefone fast ausschließlich nur in Verbindung mit dem Abschluss eines Netzteilnehmervertrags verkauft werden, wobei es dem Publikum aufgrund einer Fülle günstiger Angebote in diesem Bereich geläufig ist, dass der Erwerb eines Mobiltelefons letztlich mit jenen Gegenleistungen finanziert werden muss, die im Rahmen des Netzteilnehmervertrags zu erbringen sind. Unter diesen Umständen ist eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und der für den Betrieb notwendigen Netzzugangsberechtigung, anzunehmen (MR 1999, 239 - GSM-Jubiläums-Handy).

Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt mit dem hier zu beurteilenden nicht vergleichbar ist. Hatte damals ein Netzbetreiber, der auch Handys verkauft, nach der - maßgebenden - Verkehrsanschauung in Wahrheit nur die verbilligte Abgabe einer Gesamtleistung - bestehend aus Handy und für den Betrieb notwendigem Netzzugang - angekündigt, wendet sich diesmal ein Zeitungsunternehmen mit der Werbeankündigung an das Publikum, es gehe dem Abonennten ihrer Zeitschrift - als der Hauptware - zusätzlich ein näher beschriebenes Gesamtpaket (bestehend aus Handy, Freisprecheinrichtung, "geschenkten"

Freischaltkosten von 444 S und einem Router) unentgeltlich. Dass dieses Gesamtpaket gleichzeitig (zumindest großteils) Bestandteil eines im Sinn der oben genannten Entscheidung einheitlichen Vertrags über Netzzugang und erforderliches Gerät bildet, ändert nichts daran, dass es von den beteiligten Verkehrskreisen als (unentgeltliche) Zugabe zum Zeitungsabonnement aufgefasst wird. Der Sachverhalt ist nicht anders zu beurteilen, als wenn der Vertreiber einer Hauptware die Abgabe eines Gutscheins verspricht, der zum verbilligten Bezug einer andersartigen Ware berechtigt (ÖBI 1996, 150-Bazar-Alles-Gutschein).

Zutreffend hat daher das Rekursgericht in der beanstandeten Werbung eine Zugabenankündigung im Sinn des § 9a UWG erblickt und (auch) insoweit dem Sicherungsantrag stattgegeben. Ihm kann freilich nicht gefolgt werden, wenn es meint, das Gewähren der angekündigten Leistung könne deshalb nicht verboten werden, weil in Wahrheit keine unentgeltliche Leistung, sondern eine zwar verbilligte, aber doch entgeltliche Gesamtleistung neben dem Zeitungsabonnement verschafft werde. Die Beklagte wollte nur das einräumen, was auch aus ihrer Ankündigung zu entnehmen war, nämlich unentgeltlich die näher aufgezählten Waren und Leistungen in Verbindung mit einem (entgeltlichen) Netzteilnehmervertrag. Eine unterschiedliche Behandlung des Ankündigens und des Gewährens - wie etwa dann, wenn eine Zugabe zwar angekündigt, in der Folge aber gar nicht geliefert wird (vgl MR 1998, 356 - Persönliches Gratis-Horoskop) - ist daher nicht gerechtfertigt. Zutreffend hat daher das Rekursgericht in der beanstandeten Werbung eine Zugabenankündigung im Sinn des Paragraph 9 a, UWG erblickt und (auch) insoweit dem Sicherungsantrag stattgegeben. Ihm kann freilich nicht gefolgt werden, wenn es meint, das Gewähren der angekündigten Leistung könne deshalb nicht verboten werden, weil in Wahrheit keine unentgeltliche Leistung, sondern eine zwar verbilligte, aber doch entgeltliche Gesamtleistung neben dem Zeitungsabonnement verschafft werde. Die Beklagte wollte nur das einräumen, was auch aus ihrer Ankündigung zu entnehmen war, nämlich unentgeltlich die näher aufgezählten Waren und Leistungen in Verbindung mit einem (entgeltlichen) Netzteilnehmervertrag. Eine unterschiedliche Behandlung des Ankündigens und des Gewährens - wie etwa dann, wenn eine Zugabe zwar angekündigt, in der Folge aber gar nicht geliefert wird vergleiche MR 1998, 356 - Persönliches Gratis-Horoskop) - ist daher nicht gerechtfertigt.

Der erkennende Senat hat erst jüngst (4 Ob 169/99b = RdW 1999, 717) die Ankündigung, ein Mobiltelefon samt Gebührengutschrift bei Abschluss eines Zeitungsabonnements gratis abzugeben, als Versprechen einer wirtschaftlich werthaften Ware oder Leistung und damit als kostenlose Zugabe beurteilt. Daran ist nach dem oben Gesagten festzuhalten. An der Eignung der Ankündigung, den Adressaten infolge der Attraktivität des kostenlosen Zusatzpakets zum entgeltlichen Erwerb der Hauptsache (Zeitungsbonnement) zu verleiten, kann auch dann kein Zweifel bestehen, wenn man berücksichtigt, dass das Mobiltelefon erst nach Abschluss eines Teilnehmervertrags durch den Erwerber auf dessen Kosten verwendbar ist. Auch in einem solchen Fall kann der Abonnent nämlich insgesamt einen attraktiven wirtschaftlichen Vorteil aus dem Vertragsschluss unter den beworbenen Bedingungen ziehen. Damit hat sich aber der von der Beklagten durch die beanstandete Ankündigung erhoffte (und wettbewerbsrechtlich verpönte) Anreiz zum Abonnement-Abschluss verwirklicht. Es war deshalb dem Sicherungsantrag im gesamten Umfang stattzugeben.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO, jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 40, 50 Abs 1 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO, jene über die Kosten der Beklagten auf Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 40., 50 Absatz eins, ZPO.

## Anmerkung

E57628 04A00360

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00036.00Y.0314.000

## Dokumentnummer

JJT\_20000314\_OGH0002\_0040OB00036\_00Y0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)