

# TE OGH 1999/4/27 40b95/99w

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.1999

## **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 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, Wien 4, Schwarzenbergplatz 14, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer und andere Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei L\*\*\*\*\*Handelsaktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 540.000 S), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 27. Jänner 1999, GZ 15 R 198/98t-10, womit der Beschuß des Landesgerichtes Wiener Neustadt vom 30. Oktober 1998, GZ 20 Cg 273/98b-4, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 21.483 S (darin 3.580,50 S USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Der Kläger ist ein Verband zur Wahrung wirtschaftlicher Unternehmerinteressen mit (ua) dem Zweck der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; ihm gehören als Mitglieder neben anderen das Bundesgremium des Radio- und Elektrohandels und mehrere Landesgremien je des Einzel- und des Großhandels mit Elektrowaren an. Die Beklagte betreibt unter anderem den Handel mit GSM-Handys, verbunden auch mit der Durchführung der Abwicklung der Freischaltung solcher Handys durch den jeweiligen Netzbetreiber.

Der Kläger beantragt zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

a) in öffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, anzukündigen, daß bei Erstanmeldung eines Handys bei A 1 eine unentgeltliche Zugabe (Prämie) gewährt wird, wenn die Unentgeltlichkeit der Zugabe (Prämie) durch einen Scheinpreis für die Zugabe oder auf andere Art verschleiert wird, insbesondere anzukündigen, daß in Verbindung mit einer Erstanmeldung bei A 1 ein Ericsson GA 628 GSM-Handy

um nur 40 S erhältlich ist oder Sinnähnliches ankündigen, und/oder Personen, die im Zusammenhang mit einer solchen Zugabenankündigung eine Anmeldung bei A 1 vornehmen, die angekündigte Zugabe (Prämie), insbesondere ein GSM-Handy Ericsson GA 628 um 40 S zu gewähren;

in eventu: anzukündigen, daß in Verbindung mit einer Erstanmeldung eines Handys bei A 1 ein GSM-Handy, das im Handel einen Preis von mehreren tausend Schilling ohne Erstanmeldung hat bzw im günstigen Angebot in Verbindung mit Erstanmeldung und 12-monatiger Mindestvertragsdauer einen Preis von rund 500 S hat, zum Preis von 40 S erhältlich ist, insbesondere ein Ericsson GA 628 mit einem regulären Preis von 3.490 S ohne Erstanmeldung bei der Beklagten bzw rund 500 S in Verbindung mit Erstanmeldung und 12-monatiger Mindestbindungsduer, um nur 40 S;

in eventu: eine Werbeaktion anzukündigen und/oder durchzuführen, insbesondere gemeinsam mit der Mobilkom Austria AG, wonach in Verbindung mit einer Erstanmeldung bei A 1 ein Marken GSM-Handy um nur 40 S erhältlich ist, insbesondere ein Ericsson GA 628 GSM-Handy mit einem Preis bei der Beklagten von 3.490 S ohne Erstanmeldung bzw rund 500 S in Verbindung mit Erstanmeldung und 12-monatiger Mindestbindungsduer, wenn die Mobilkom Austria AG die an der Aktion teilnehmenden Händler an einen bestimmten Handypreis bindet und/oder die Händler, um an dieser Aktion teilzunehmen, unangemessene Bedingungen zu akzeptieren haben, insbesondere unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise bzw sonstige Teilnahme- bzw Geschäftsbedingungen, die bewirken, daß die Durchführung der Handy- 40 S - Aktion zugunsten der Mobilkom als A 1 Netzbetreiber, hingegen das wirtschaftliche Risiko des Handyverkaufs zu Lasten des Handelspartners geht;

in eventu: eine Werbeaktion anzukündigen und/oder durchzuführen, insbesondere auch in Form einer Gemeinschaftswerbung mit der Mobilkom Austria AG, wonach in Verbindung mit einer Erstanmeldung bei A 1 bei der Beklagten ein Marken-GSM-Handy, insbesondere ein Ericsson GA 628 GSM-Handy, mit einem Verkaufspreis bei der Beklagten von 3.490 S ohne Erstanmeldung bzw rund 500 S in Verbindung mit Erstanmeldung und 12-monatiger Bindungsduer um nur 40 S erhältlich ist, wenn erreicht werden soll oder erreicht wird, daß die an der Aktion teilnehmenden Händler diesen bestimmten Verbraucher-Endpreis von 40 S einzuhalten haben, während der Handelspartner, der das zu einem Verbraucherendpreis von 40 S angekündigte Handy von der Mobilkom Austria AG um einen, diesen Verbraucherendpreis von 40 S um ein Vielfaches, insbesondere über 90 %, übersteigenden Nettoeinkaufspreis ohne Möglichkeiten der Retournierung und Stornierung abzukaufen hat und/oder die Gewährung eines subventionierenden Jubiläumsbonus bzw einer Geräteprovision, die den Händlernettoeinkaufspreis nur teilweise abdeckt, an zusätzliche Beschränkungen gebunden ist, zB daran, daß das Aktionshandy ausschließlich von der Mobilkom zu einem Netto-Einstandspreis von 1.600 S angekauft wird und innerhalb eines bestimmten Aktionszeitraumes von der Mobilkom freigeschaltet werden muß;

b) ein Marken-GSM-Handy in Verbindung mit einer Erstanmeldung bei einem Netzbetreiber blickfangartig herausgestellt als besonders preisgünstig zu bewerben, insbesondere ein Ericsson GA 628 Handy mit:

"unglaublich ... in Verbindung mit A 1 Erstanmeldung nur 40 S" oder sinnähnlich, ohne klar und unmißverständlich deutlich darauf hinzuweisen, daß für den Fall, als das Vertragsverhältnis des Kunden mit dem Netzbetreiber vor Ablauf der 12 Monate beendet wird, die Differenz auf den wesentlich höheren regulären Verkaufspreis des Handys, der gilt, wenn nicht gleichzeitig eine Erstanmeldung vorgenommen wird, nachzuzahlen ist oder eine erhebliche Nachzahlung, insbesondere auf einen Betrag von über 3.000 S zu leisten ist;

in eventu: anzukündigen, daß ein GSM-Handy für einen bestimmten Aktionszeitraum in Verbindung mit einer Erstanmeldung bei einem Netzbetreiber zu einem besonders günstigen Preis von nur 40 S, in allen L\*\*\*\*\*-Filialen erhältlich ist bzw vorreserviert werden kann, wenn im Zeitpunkt der Werbung bzw des Wirksamwerdens dieser Aktion bei der beklagten Partei dieses Handy inkl Erstanmeldung gleichzeitig auch um 490 S beworben bzw angeboten wird.

Die Beklagte bewerbe in Zusammenarbeit mit dem gerichtsnotorisch überlegenen Marktführer im digitalen GSM-Mobilfunkbereich des A 1-Netzes, der Mobilkom Austria AG (in der Folge: Mobilkom), ein GSM-Handy Ericsson GA 628, das in Verbindung mit einer A 1-Erstanmeldung um nur 40 S für einen Angebotszeitraum vom 15. bis 24. 10. 1998 mit dem Aufruf zur Vorreservierung infolge einer nur begrenzten Stückzahl angeboten werde. Diese Vorankündigung sei offensichtlich im Zusammenwirken und in Absprache mit der Mobilkom erfolgt, da diese am 5. bzw 6. 10. 1998 an über 1500 Elektrohandelsunternehmen Mitteilungen über die Durchführung einer solchen Werbeaktion gefaxt habe und es nicht vorstellbar sei, daß ohne vorhergehende Absprachen bereits am Abend des 7. 10. 1998 ein entsprechendes Inserat in einer der meistgelesenen Tageszeitungen Österreichs habe erscheinen können. In der Mitteilung an den

Fachhandel sei dargelegt worden, daß von dem unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis inklusive Umsatzsteuer von 490 S abzüglich eines Jubiläumsbonus von 450 S aus der Warte des Konsumenten ein Verkaufspreis von 40 S errechnet werden könne. Dieser Preis sei allerdings nur gültig für A 1- Erstanmeldungen mit 12 Monate Bindungsfrist und ausschließlich für jene Handys, die zwischen 15. und 24. 10. 1998 bei der Mobilkom angemeldet (im Sinne von "freigeschaltet") würden. Weitere Voraussetzung sei gewesen, daß dieser Aktionspreis ausschließlich für die von der Mobilkom bezogenen Geräte gelte, und zwar nur dann, wenn auf dem Anmeldeformular die Mobiltelefon-Seriенnummer des Handys (INEI) eingetragen sei. Diese Voraussetzungen fänden sich auch auf dem Bestellformular der entsprechenden "Mobilkom-Express"-Aussendung. Auf dieser sei auch festgehalten, daß die Mindestbestellmengen zehn Handys bzw ein Mehrfaches davon betragen würden. Unter Einhaltung der eben geschilderten Bedingungen werde eine "Geräteprovision" im Betrag von 400 S sowie ein "Jubiläumsbonus" in der Höhe von 375 S netto auf den (vermeintlich) unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis gewährt. Sohin fordere die Mobilkom den Handel auf, ein Handy, das ausschließlich von ihr in Zehnerserien nicht retournierbar um einen Netto-Händler-Einkaufspreis von 1.600 S zu kaufen sei, im Rahmen der zeitlich begrenzten "Jubel-Handy-Aktion" an den Letzterverbraucher in Verbindung mit der Vermittlung eines A 1 - Teilnehmervertrags um 40 S abzugeben und kündige gleichzeitig die umfangreiche Bewerbung dieses Angebots in Tageszeitungen an. Testkäufe hätten ergeben, daß in den Verkaufsstellen der Beklagten die Auskunft darüber, daß bei Nichteinhaltung der 12-monatigen Vertragsfrist sich für den Kunden Nachzahlungen in der Höhe von 3.000 S und höher ergäben, nur auf ausdrückliches Nachfragen der Testkäufer erteilt worden sei.

Bei dem beworbenen Handy-Modell handle es sich um eines, das derzeit praktisch jeder der ca 1600 Elektrohändler Österreichs auf Lager habe und das im Handel ohne Erstanmeldung zwischen ca 2.500 S und 3.500 S koste, zusammen mit einer Erstanmeldung ca 500 S. Es sei daher evident, daß der beworbene Aktionspreis von 40 S ein reiner Scheinpreis als Anlockmittel sei, der mit einer ordnungsgemäßen wirtschaftlichen Kalkulation nicht das Geringste zu tun habe. Dieser Preis erreiche nach den Einkaufsbedingungen der Mobilkom für diese Aktion genau 2,5 % der Anschaffungskosten und liege damit um 97,5 % unter den Anschaffungskosten ohne Berücksichtigung anteiliger Fixkosten für Personal und Unternehmenseinrichtungen. Die Kalkulation der Mobilkom stelle ausschließlich auf den Deckungsbeitrag aus dem Gerät selbst ab, lasse aber die Personal- und sonstigen Kosten, die dem Händler für die Kaufberatung des GSM-Handy, die GSM Netz- und Tarifberatung, für Erklärung des Telefons, Ausfüllen des Anmeldeformulars für die Netzteilnahme, Vermittlung der Bestellung an die Beklagte etc entstünden, vollkommen außer Betracht. Dem Händler bliebe daher in Wahrheit pro verkauftem Handy ein erheblicher Verlust. Als "Provision A 1-Start/A 1-Fun-netto" erhielten die Händler für die Vermittlung eines Teilnehmervertrags einen Betrag von 900 S; dieser solle jedoch ausschließlich die anlässlich eines Geräteverkaufs erbrachten Zusatzleistungen des Händlers abgelten. Die Anrechnung eines solchen Betrags, auf den die Händler neben der Spanne aus dem Gerät selbst bei der Vermittlung eines Teilnehmervertrags mit A 1 jedenfalls Anspruch hätten, sei vollkommen unzulässig. Diese Provision erhielten die Händler nämlich aufgrund des "Partnervertrages"; damit sollten ausschließlich die Leistungen des Fachhandels für Absatzförderung im Interesse der Netzbetreiber, Produktmanagement und Leistungen im Zusammenhang mit der Herstellung von Anschlüssen abgegolten werden. Zudem erhalte der Händler diese Provisionssumme nur einmalig "je neuer Herstellung". Eine solche Neuherstellung sei zB dann nicht gegeben, wenn vom Kunden innerhalb der letzten 12 Monate ein anderer Anschluß desselben Mobilkom-Netzes gekündigt worden sei oder die Überlassung des Anschlusses innerhalb von sechs Monaten beendet worden sei. Zudem erfolge die Auszahlung der Provision erst mit einem Zahlungsziel von 30 Tagen; die Provision werde in der folgenden Abrechnungsperiode wiederum abgezogen, wenn sich nachträglich herausstelle, daß die Voraussetzungen für deren Zahlung nicht gegeben gewesen seien. Die Mobilkom verlange sohin in Wahrheit vom Handel, daß dieser auf das Entgelt für seine Zusatzleistungen beim Geräteverkauf und auf die zustehende Spanne aus dem Gerät selbst verzichte, hingegen den vollen Nettoeinkaufspreis von 1.600 S vorfinanziere, weil ja eine Provisionsabrechnung erst nachträglich erfolge und der Handel allein das Risiko trage, daß der Käufer eines "Jubel-Handys" sein Vertragsverhältnis mit der Mobilkom nicht 12 Monate lang aufrechterhalte. Sollte sich also ein Käufer eines Handys um 40 S - aus welchem Grund auch immer - entschließen, das Vertragsverhältnis mit der Mobilkom vorläufig zu beenden, so hätte der Händler das Handy, das er um 1.600 S habe ankaufen müssen, dem Kunden tatsächlich um 40 S geschenkt. Dazu komme, daß die Geräte vom Händler innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungserhalt zuzüglich Mehrwertsteuer an die Mobilkom definitiv zu zahlen seien, hingegen Provisionen für Zusatzleistungen jeweils nur zum Ende eines Quartals, erstmalig nach Vollendung des dem Abschluß folgenden Quartals mit einem zusätzlichen Zahlungsziel von 30 Tagen nach

Feststellung des Provisionsanspruchs gezahlt würden und die Provision unter Umständen wieder "abgezogen" werden könne. Sohin finanziere der Händler nach den Vorstellungen der Mobilkom nicht nur die Aktion vor, sondern er riskiere bei Ausfall eines Kunden die Rückverrechnung der Provision, sodaß ihm vom Handy, das er um 1.600 S pro Stück einzukaufen gehabt habe, ein Nettoertrag von 33,33 S verbleibe. Die "Kalkulationsvorgabe" der Mobilkom lege offen, daß die "Jubel-Handy-Aktion" ausschließlich als Verlustgeschäft zu Lasten des Handels konzipiert sei, um über das Lockmittel eines praktisch geschenkten Handys weitere Teilnehmer für das A 1-Netz über eine Bindungsdauer von zumindest einem Jahr zu gewinnen. Durch eine solche Verschenkaktion werde der Handy-Preis ganz allgemein, jedenfalls aber für das geschleuderte Modell Ericsson GA 628, endgültig ruiniert und auch das derzeit bestehende Lager sämtlicher ca 1600 Fachhändler an solchen Handys praktisch wertlos. Potentielle Kunden forderten nämlich auch nach Aktionsende einen vergleichbaren Preis oder warteten auf die nächste derartige Aktion.

Die beanstandete Werbeaktion verstöße gegen das Zugabeverbot des § 9a UWG, das auch Tatbestände erfasse, wo die Unentgeltlichkeit oder Zugabe durch Scheinpreise oder auf andere Art verschleiert werde. Ein solcher Scheinpreis liege bei einer Ware vor, die regulär zwischen 3.000 S und 3.500 S koste und um 40 S abgegeben werde; dies ergäbe sich auch daraus, daß das Entgelt die Selbstkosten des Händlers auch nicht annähernd decke, sodaß die Nebenleistung offensichtlich subventioniert werde. Zudem werde auch gegen § 1 UWG verstößen, weil die Koppelung der Hauptware (Netzteilnahmevertrag) mit einer preisgünstigen Nebenware (Handy) dann sittenwidrig sei, wenn sie - wie hier - geeignet sei, Verbraucher ohne jede sachliche Prüfung allein wegen der Möglichkeit, die Vorspannware zu einem Bruchteil des üblichen Richtpreises zu erwerben, zum Kauf einer Hauptware zu verleiten. Zudem hätten übersteigende Wertreklamemethoden, bei denen Waren erheblichen Werts letztlich verschenkt und Markenwaren zu Bruchteilen eines sich bei üblicher Kalkulation ergebenden Preises verschleudert würden, mit sachlichem Leistungswettbewerb weder beim Endgeräteverkauf, noch beim Kampf um Teilnehmerverträge in Mobilfunknetzen etwas gemein. Jeder Händler, der gezwungen sei, sein Lager an Handys kaufmännisch zu kalkulieren und daher nichts zu verschenken habe, werde durch eine derartige Aktion am Absatz seiner zu regulären Konditionen eingelagerten Ware gehindert. Die Durchführung der Aktion über die "quasi branchenferne" Beklagte, deren Hauptgeschäftsbereich im Buchdiskont liege, die aufgrund ihrer Marktmacht auch Verlustgeschäfte beim Handy ohne weiteres miteinkalkulieren könne und das "Jubel-Handy" nur als Lockmittel benütze, um die Frequenz im Geschäftslokal zu erhöhen und dort auch andere angestammte Sortimentsware zu verkaufen, womit man über die Mischkalkulation wieder mit Gewinn aussteigen könne, führe letztlich dazu, daß Marktstrukturen und der Bestand des Wettbewerbs im Elektrohandel nachdrücklich gefährdet seien. Überdies liege sittenwidriger Machtmittelbrauch bzw. Verstoß gegen das Kartellgesetz vor, was im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig sei. Die Mobilkom sei ohne Zweifel marktbeherrschend. Die Ankündigung und gemeinsame Durchführung der "Jubel-Handy-Aktion" im Verein mit "verbündeten" Händlern sei nicht nur eine Form des Behinderungsmittelbrauchs in Form von Preisunterbieten bzw. Preisschleudern mit Markenartikeln, sondern auch ein klassischer Ausbeutungsmittelbrauch im Sinne des § 35 Kartellgesetz. Zuletzt sei die Werbeaktion der Beklagten auch noch insofern irreführend, als an keiner Stelle der Werbung darauf hingewiesen werde, daß für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Teilnehmerverhältnisses mit A 1 die Differenz auf den regulären Handy-Preis aufzuzahlen und diesfalls der tatsächliche Endpreis des Handys ein ganz anderer sei. Rechtswidrig sei schließlich auch noch, daß durch willkürliches kurzfristiges Herab- und wieder Hinaufsetzen (Preisschaukeln) bzw. Spalten der Preise für ein und dieselbe Ware/Leistung der Verkehr in Irrtum geführt und hinsichtlich des wahren Preises wettbewerbsfremd verunsichert werde. Dies deshalb, weil die Beklagte zu ein- und demselben Zeitpunkt dasselbe Handy zu unterschiedlichen Preisen angeboten habe, nämlich einerseits zu 40 S inklusive Erstanmeldung mit 12-monatiger Bindungsfrist, und andererseits zu 490 S inklusive Erstanmeldung ebenfalls mit 12-monatiger Vertragsdauer; das Handy um 40 S sei in allen Filialen der Beklagten angeboten worden, jenes um 490 S nur in einer einzigen Filiale in einem Angebotszeitraum vom 15. bis 17. 10. 1998, dies in Verbindung mit einer max-mobil-Erstanmeldung. Die beanstandete Werbeaktion verstöße gegen das Zugabeverbot des Paragraph 9 a, UWG, das auch Tatbestände erfasse, wo die Unentgeltlichkeit oder Zugabe durch Scheinpreise oder auf andere Art verschleiert werde. Ein solcher Scheinpreis liege bei einer Ware vor, die regulär zwischen 3.000 S und 3.500 S koste und um 40 S abgegeben werde; dies ergäbe sich auch daraus, daß das Entgelt die Selbstkosten des Händlers auch nicht annähernd decke, sodaß die Nebenleistung offensichtlich subventioniert werde. Zudem werde auch gegen Paragraph eins, UWG verstößen, weil die Koppelung der Hauptware (Netzteilnahmevertrag) mit einer preisgünstigen Nebenware (Handy) dann sittenwidrig sei, wenn sie - wie hier - geeignet sei, Verbraucher ohne jede sachliche Prüfung allein wegen der Möglichkeit, die Vorspannware zu einem Bruchteil des üblichen Richtpreises zu erwerben, zum Kauf einer Hauptware zu verleiten.

Zudem hätten übersteigende Wertreklamemethoden, bei denen Waren erheblichen Werts letztlich verschenkt und Markenwaren zu Bruchteilen eines sich bei üblicher Kalkulation ergebenden Preises verschleudert würden, mit sachlichem Leistungswettbewerb weder beim Endgeräteverkauf, noch beim Kampf um Teilnehmerverträge in Mobilfunknetzen etwas gemein. Jeder Händler, der gezwungen sei, sein Lager an Handys kaufmännisch zu kalkulieren und daher nichts zu verschenken habe, werde durch eine derartige Aktion am Absatz seiner zu regulären Konditionen eingelagerten Ware gehindert. Die Durchführung der Aktion über die "quasi branchenferne" Beklagte, deren Hauptgeschäftsbereich im Buchdiskont liege, die aufgrund ihrer Marktmacht auch Verlustgeschäfte beim Handy ohne weiteres miteinkalkulieren könne und das "Jubel-Handy" nur als Lockmittel benütze, um die Frequenz im Geschäftslokal zu erhöhen und dort auch andere angestammte Sortimentsware zu verkaufen, womit man über die Mischkalkulation wieder mit Gewinn aussteigen könne, führe letztlich dazu, daß Marktstrukturen und der Bestand des Wettbewerbs im Elektrohandel nachdrücklich gefährdet seien. Überdies liege sittenwidriger Machtmisbrauch bzw Verstoß gegen das Kartellgesetz vor, was im Sinne des Paragraph eins, UWG sittenwidrig sei. Die Mobilkom sei ohne Zweifel marktbeherrschend. Die Ankündigung und gemeinsame Durchführung der "Jubel-Handy-Aktion" im Verein mit "verbündeten" Händlern sei nicht nur eine Form des Behinderungsmisbrauchs in Form von Preisunterbieten bzw Preisschleudern mit Markenartikeln, sondern auch ein klassischer Ausbeutungsmisbrauch im Sinne des Paragraph 35, Kartellgesetz. Zuletzt sei die Werbeaktion der Beklagten auch noch insofern irreführend, als an keiner Stelle der Werbung darauf hingewiesen werde, daß für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Teilnehmerverhältnisses mit A 1 die Differenz auf den regulären Handy-Preis aufzuzahlen und diesfalls der tatsächliche Endpreis des Handys ein ganz anderer sei. Rechtswidrig sei schließlich auch noch, daß durch willkürliches kurzfristiges Herab- und wieder Hinaufsetzen (Preisschaukeln) bzw Spalten der Preise für ein und dieselbe Ware/Leistung der Verkehr in Irrtum geführt und hinsichtlich des wahren Preises wettbewerbsfremd verunsichert werde. Dies deshalb, weil die Beklagte zu ein- und demselben Zeitpunkt dasselbe Handy zu unterschiedlichen Preisen angeboten habe, nämlich einerseits zu 40 S inklusive Erstanmeldung mit 12-monatiger Bindungsfrist, und andererseits zu 490 S inklusive Erstanmeldung ebenfalls mit 12-monatiger Vertragsdauer; das Handy um 40 S sei in allen Filialen der Beklagten angeboten worden, jenes um 490 S nur in einer einzigen Filiale in einem Angebotszeitraum vom 15. bis 17. 10. 1998, dies in Verbindung mit einer max-mobil-Erstanmeldung.

Die Beklagte begeht, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht stattzugeben. Sie habe erst am 5. 10. 1998, zeitgleich mit allen anderen Elektrofachhändlern, ein Telefaxangebot für die beanstandete Werbeaktion erhalten. Es entspreche ihrer Unternehmensstrategie, auf Aktionen rasch zu reagieren. Es habe vor Durchführung der "Jubiläums-Handy-Aktion" keinerlei Absprachen zwischen der Beklagten und der Mobilkom gegeben. Bei dem lediglich im Aktionszeitraum begehrten Kaufpreis von 40 S handle es sich nicht um einen Scheinpreis, sondern um einen Aktionspreis, da der Gesamtpreis für die einheitliche Leistung Handy samt A 1 - Teilnehmervertrag zu berücksichtigen sei. Für Händler der Provisionsstufe 7 betrage entgegen den Ausführungen der klagenden Partei der Ertrag netto S 378,33; dabei könnten zusätzliche Erträge bei Erteilung einer Einzahlungsermächtigung bzw der Bestellung bestimmter Tarifkategorien erzielt werden. Das "Jubiläums-Handy" sei nicht als Verlustgeschäft zu Lasten des Handels konzipiert, weil es evident sei, daß werbewirksame Aktionen auch den Händlern zugutekämen. Es komme in der Telekommunikationsbranche regelmäßig vor, daß der Endverbraucher Handys während der Laufzeit diverser Aktionen vorübergehend bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen billiger erwerben könne, ohne daß dadurch der marktübliche Preis solcher Geräte dauerhaft verringert worden sei. So habe beispielsweise ein Mitbewerber der Beklagten bereits vor einem Jahr ein Handy um einen Schilling angeboten, ohne daß dadurch der Preis langfristig beeinträchtigt worden wäre. Ein Verstoß gegen § 9a UWG liege schon allein deshalb nicht vor, weil das Handy keine Nebenleistung bilde, sondern vielmehr ein wesentlicher Bestandteil des einheitlichen Geschäfts "Handy samt Teilnehmervertrag" sei. Eine Hauptware "Teilnehmervertrag" werde überhaupt nicht allein vertrieben. Da es sich bei dem angebotenen Handy nicht um eine Nebenware handle, könne auch kein wettbewerbswidriges Koppelungsangebot vorliegen. Auch von einem übertriebenen Anlockeffekt könne nicht gesprochen werden, weil die Gewährung eines Aktionspreises für einen bestimmten Zeitraum eine durchaus übliche Werbemaßnahme sei. Es sei dem Durchschnittskunden durchaus klar, daß er auch die Gebühren für den Netzzugang zu zahlen habe. Da die Mobilkom ihre Einladung zur Teilnahme an der Aktion nicht nur an die Beklagte allein, sondern an alle Elektrohändler gerichtet habe, bestehe auch nicht die Gefahr der Verdrängung von Mitbewerbern. Aus demselben Grund liege auch kein sittenwidriger Marktmachtmisbrauch und auch kein Verstoß gegen das Kartellgesetz vor; viele Händler neben der Beklagten hätten nämlich das Angebot ebenfalls angenommen. Sollte der Vorwurf des Behinderungs- oder

Ausbeutungsmißbrauchs zutreffen, wäre die Beklagte Opfer und nicht Täter. Die angesprochenen Konsumenten würden auch nicht getäuscht, weil es für den durchschnittlichen Betrachter aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung offensichtlich sei, daß im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Teilnehmerverhältnisses eine Aufzahlung zu leisten sei; dies ergebe sich schon aus dem verwendeten Begriff "Mindestlaufzeit"; eine darüber hinausgehende Aufklärungspflicht sei nicht gegeben. Die beanstandete Aktion verstoße nicht gegen das Preisauszeichnungsgesetz und sei nicht als wettbewerbswidrige Preisschaukelei, sondern als zulässiger Leistungswettbewerb zum Vorteil der Konsumenten zu beurteilen. Auch der Vergleich mit den Handy-Preisen im Rahmen der Eröffnungswerbung, bei dem das Handy in Verbindung mit einer max-mobil-Erstanmeldung angeboten worden sei, sei unzulässig, weil es sich eben nicht um eine A1-Erstanmeldung gehandelt habe. Die Beklagte begehrte, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht stattzugeben. Sie habe erst am 5. 10. 1998, zeitgleich mit allen anderen Elektrofachhändlern, ein Telefaxangebot für die beanstandete Werbeaktion erhalten. Es entspreche ihrer Unternehmensstrategie, auf Aktionen rasch zu reagieren. Es habe vor Durchführung der "Jubiläums-Handy-Aktion" keinerlei Absprachen zwischen der Beklagten und der Mobilkom gegeben. Bei dem lediglich im Aktionszeitraum begehrten Kaufpreis von 40 S handle es sich nicht um einen Scheinpreis, sondern um einen Aktionspreis, da der Gesamtpreis für die einheitliche Leistung Handy samt A 1 - Teilnehmervertrag zu berücksichtigen sei. Für Händler der Provisionsstufe 7 betrage entgegen den Ausführungen der klagenden Partei der Ertrag netto S 378,33; dabei könnten zusätzliche Erträge bei Erteilung einer Einzahlungsermächtigung bzw der Bestellung bestimmter Tarifkategorien erzielt werden. Das "Jubiläums-Handy" sei nicht als Verlustgeschäft zu Lasten des Handels konzipiert, weil es evident sei, daß werbewirksame Aktionen auch den Händlern zugutekämen. Es komme in der Telekommunikationsbranche regelmäßig vor, daß der Endverbraucher Handys während der Laufzeit diverser Aktionen vorübergehend bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen billiger erwerben könne, ohne daß dadurch der marktübliche Preis solcher Geräte dauerhaft verringert worden sei. So habe beispielsweise ein Mitbewerber der Beklagten bereits vor einem Jahr ein Handy um einen Schilling angeboten, ohne daß dadurch der Preis langfristig beeinträchtigt worden wäre. Ein Verstoß gegen Paragraph 9 a, UWG liege schon allein deshalb nicht vor, weil das Handy keine Nebenleistung bilde, sondern vielmehr ein wesentlicher Bestandteil des einheitlichen Geschäfts "Handy samt Teilnehmervertrag" sei. Eine Hauptware "Teilnehmervertrag" werde überhaupt nicht allein vertrieben. Da es sich bei dem angebotenen Handy nicht um eine Nebenware handle, könne auch kein wettbewerbswidriges Koppelungsangebot vorliegen. Auch von einem übertriebenen Anlockeffekt könne nicht gesprochen werden, weil die Gewährung eines Aktionspreises für einen bestimmten Zeitraum eine durchaus übliche Werbemaßnahme sei. Es sei dem Durchschnittskunden durchaus klar, daß er auch die Gebühren für den Netzzugang zu zahlen habe. Da die Mobilkom ihre Einladung zur Teilnahme an der Aktion nicht nur an die Beklagte allein, sondern an alle Elektrohändler gerichtet habe, bestehe auch nicht die Gefahr der Verdrängung von Mitbewerbern. Aus demselben Grund liege auch kein sittenwidriger Marktmachtmißbrauch und auch kein Verstoß gegen das Kartellgesetz vor; viele Händler neben der Beklagten hätten nämlich das Angebot ebenfalls angenommen. Sollte der Vorwurf des Behinderungs- oder Ausbeutungsmißbrauchs zutreffen, wäre die Beklagte Opfer und nicht Täter. Die angesprochenen Konsumenten würden auch nicht getäuscht, weil es für den durchschnittlichen Betrachter aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung offensichtlich sei, daß im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Teilnehmerverhältnisses eine Aufzahlung zu leisten sei; dies ergebe sich schon aus dem verwendeten Begriff "Mindestlaufzeit"; eine darüber hinausgehende Aufklärungspflicht sei nicht gegeben. Die beanstandete Aktion verstoße nicht gegen das Preisauszeichnungsgesetz und sei nicht als wettbewerbswidrige Preisschaukelei, sondern als zulässiger Leistungswettbewerb zum Vorteil der Konsumenten zu beurteilen. Auch der Vergleich mit den Handy-Preisen im Rahmen der Eröffnungswerbung, bei dem das Handy in Verbindung mit einer max-mobil-Erstanmeldung angeboten worden sei, sei unzulässig, weil es sich eben nicht um eine A1-Erstanmeldung gehandelt habe.

Das Erstgericht wies das Sicherungsbegehren zur Gänze ab. Es hielt folgenden Sachverhalt für bescheinigt: Am 5. und 6. 10. 1998 faxte die Mobilkom an die ca 1600 österreichischen Elektrohandelsunternehmungen Mitteilungen über die Durchführung einer Werbeaktion, deren Inhalt sich aus der dem erstgerichtlichen Beschuß angeschlossenen und einen Bestandteil desselben bildenden Beilage .I ergibt. Gleichzeitig wurde ein Bestellformular übermittelt, dessen Inhalt sich aus der ebenfalls angeschlossenen und einen Bestandteil des Beschlusses bildenden Beilage .II ergibt. Mehr als dreihundert Elektrohandelsunternehmen nahmen dieses Angebot an. Händler erhalten von Netzbetreibern für die Vermittlung eines Abschlusses eines Teilnehmervertrags grundsätzlich eine Provision (in Beilage .I als "Provision A 1-Start/A 1-Fun netto" bezeichnet). Diese wird nur bei einer Neuherstellung eines Anschlusses ausbezahlt

und beispielsweise dann nicht, wenn der Kunde innerhalb der letzten 12 Monate einen anderen Anschluß desselben Mobilkomnetzes gekündigt hat oder die Überlassung des Anschlusses innerhalb von sechs Monaten beendet wird. Die Auszahlung der Provision erfolgt mit einem Zahlungsziel von 30 Tagen; die Provision wird in der folgenden Abrechnungsperiode wiederum abgezogen, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Voraussetzungen für deren Zahlung nicht gegeben waren. Wie hoch der Prozentsatz der tatsächlichen Provisionsabzüge ist, kann nicht festgestellt werden. Nicht festgestellt werden kann, wieviel der 1600 österreichischen Elektrofachhändler sich in der Provisionsstufe 1, 3, 5 oder 7 der Beilage .I befinden. Die Beklagte bestellte noch am 5. 10. 1998 10.000 Stück des Aktionsgeräts, bekam aber nur eine Lieferzusage über 4.000 Stück. Ohne vorher eine Verabredung mit der Mobilkom getroffen zu haben, schaltete die Beklagte in der am 7. 10. 1998 erschienenen Abendausgabe der "Kronen Zeitung" für den 8. 10. 1998 ein Inserat, dessen Inhalt sich aus der einen Bestandteil dieses Beschlusses bildenden Beilage .III ergibt. Der Marktpreis des beworbenen Aktions-Handymodells Ericsson GA 628 beträgt zwischen ca 3.000 S und ca 3.500 S; inklusive Erstanmeldung und Mindestbindungsdauer beträgt der Marktpreis ca 500 S außerhalb von Aktionszeiträumen. Ein Markt für Teilnehmerverträge an Mobilfunknetzen ohne dazugehöriges Handy besteht nicht. An Handys ohne Teilnehmerverträge besteht kaum Einzelinteresse, Handys werden in der Regel, nämlich zu ca 98 %, nur in Verbindung mit einem Teilnehmervertrag verkauft; Teilnehmerverträge ohne Handy werden praktisch überhaupt nicht verkauft. Werbeaktionen wie die beanstandete beeinträchtigen den Handymarkt nicht nachhaltig, allfällige von Elektrofachhändlern auf Lager gehaltene Handys verlieren nicht dauerhaft an Wert.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, daß Teilnehmerverträge für den Zugang zu einem Mobiltelefonnetz einerseits und Mobiltelefone (Handys) andererseits nicht in einem Verhältnis von Haupt- und Nebenleistungen stünden. Es bestehe vielmehr zwischen beiden eine Funktionseinheit, sodaß die Verbraucher in dem Angebot ein einheitliches Produkt (nämlich Telefon mit Netzzugang) sähen. Der verständige Durchschnittskonsument könne nämlich nicht davon ausgehen, daß beim Kauf eines Handys um 40 S keine weiteren Kosten beim Betrieb aufliefen und tue dies auch nicht. Gerade weil das Handy fast umsonst abgegeben werde, bleibe es dem Verbraucher nicht verborgen, daß dieses letztlich mit den Gebühren für den Netzzugang bezahlt werde. Dieser Eindruck werde auch durch die Werbung nicht zerstört, in der der günstige Preis des Mobiltelefons deutlich herausgestellt werde. Aus diesem Grund liege kein Wettbewerbsverstoß gem § 9a UWG durch wettbewerbswidriges Koppeln von Angeboten vor, weil diese Tatbestände ein Verhältnis von Über- und Unterordnung verlangten. Daß Handys, die im Handel sonst mehrere tausend Schilling kosteten, verschenkt oder zu einem nur symbolischen Preis abgegeben würden, erkläre sich daraus, daß Netzbetreiber hohe Provisionen zahlten, die der Handel in der Form "subventionierter" Preise für Handys an die Kunden weitergebe, was als Zeichen eines funktionierenden Marktes anzusehen sei. Deshalb liege auch kein übertriebenes Anlocken vor. Auch ein sittenwidriger Marktmißbrauch oder ein Verstoß gegen das KartellG sei nicht zu erkennen. Zum einen sei die Werbeaktion allen einschlägigen Händlern angeboten worden, zum anderen wäre die Beklagte (mangels Absprache mit der Mobilkom Austria AG) im Fall eines Verstoßes gegen das KartellG durch diese nicht Täter, sondern Opfer. Daß die Mobilkom "kleinen" Abnehmern wesentlich ungünstigere Bedingungen biete als größeren Abnehmern, begründe keine Wettbewerbswidrigkeit. Aus dem Umstand, daß die Aktion allen einschlägigen Händlern angeboten worden sei und Preise für Handys durch Werbeaktionen nicht nachhaltig beeinträchtigt würden, ergebe sich auch, daß keine Marktabschottung des Handymarktes zugunsten der Mobilkom und der Beklagten eingetreten sei, die dem übrigen Handel ein wertmäßig ruiniertes Restlager hinterlasse. Es liege auch keine irreführende Werbung iSd § 2 UWG vor. Aus dem Inserat der Beklagten ergebe sich für jeden potentiellen Interessenten klar, daß der dort angebotene günstige Preis nur in Verbindung mit einem A 1-Teilnehmervertrag gelte, dies aus der unmittelbaren Nebeneinandersetzung des Preises von 40 S und dem vorangestellten Hinweis "in Verbindung mit A1-Erstanmeldung nur ...". Es ergebe sich daraus für den Konsumenten klar, daß der günstige Preis nur in Verbindung mit der Erstanmeldung bei der Mobilkom gelte. Durch die (wenn auch deutlich kleiner gedruckte) Mitteilung, daß die Mindestvertragsdauer 12 Monate betrage, werde der Konsument zumindest in dieser Hinsicht hinreichend aufgeklärt. Jedem verständigen Verbraucher müsse es klar sein und sei es auch klar, daß der Bezeichnung "Mindestvertragsdauer" auch rechtliche Bedeutung zukomme, wobei eine vorzeitige Vertragsbeendigung für ihn finanzielle Nachteile bedeute. Eine genaue ziffernmäßige Aufschlüsselung dieser möglichen Nachteile würde aber den Markt überfordern. Rechtlich führte das Erstgericht aus, daß Teilnehmerverträge für den Zugang zu einem Mobiltelefonnetz einerseits und Mobiltelefone (Handys) andererseits nicht in einem Verhältnis von Haupt- und Nebenleistungen stünden. Es bestehe vielmehr zwischen beiden eine Funktionseinheit, sodaß die Verbraucher in dem Angebot ein einheitliches Produkt (nämlich Telefon mit Netzzugang) sähen. Der verständige Durchschnittskonsument könne nämlich nicht davon ausgehen, daß beim Kauf eines Handys

um 40 S keine weiteren Kosten beim Betrieb aufliefen und tue dies auch nicht. Gerade weil das Handy fast umsonst abgegeben werde, bleibe es dem Verbraucher nicht verborgen, daß dieses letztlich mit den Gebühren für den Netzzugang bezahlt werde. Dieser Eindruck werde auch durch die Werbung nicht zerstört, in der der günstige Preis des Mobiltelefons deutlich herausgestellt werde. Aus diesem Grund liege kein Wettbewerbsverstoß gem Paragraph 9 a, UWG durch wettbewerbswidriges Koppeln von Angeboten vor, weil diese Tatbestände ein Verhältnis von Über- und Unterordnung verlangten. Daß Handys, die im Handel sonst mehrere tausend Schilling kosteten, verschenkt oder zu einem nur symbolischen Preis abgegeben würden, erkläre sich daraus, daß Netzbetreiber hohe Provisionen zahlten, die der Handel in der Form "subventionierter" Preise für Handys an die Kunden weitergebe, was als Zeichen eines funktionierenden Marktes anzusehen sei. Deshalb liege auch kein übertriebenes Anlocken vor. Auch ein sittenwidriger Marktmißbrauch oder ein Verstoß gegen das KartellG sei nicht zu erkennen. Zum einen sei die Werbeaktion allen einschlägigen Händlern angeboten worden, zum anderen wäre die Beklagte (mangels Absprache mit der Mobilkom Austria AG) im Fall eines Verstoßes gegen das KartellG durch diese nicht Täter, sondern Opfer. Daß die Mobilkom "kleinen" Abnehmern wesentlich ungünstigere Bedingungen biete als größeren Abnehmern, begründe keine Wettbewerbswidrigkeit. Aus dem Umstand, daß die Aktion allen einschlägigen Händlern angeboten worden sei und Preise für Handys durch Werbeaktionen nicht nachhaltig beeinträchtigt würden, ergebe sich auch, daß keine Marktabschottung des Handymarktes zugunsten der Mobilkom und der Beklagten eingetreten sei, die dem übrigen Handel ein wertmäßig ruiniertes Restlager hinterlasse. Es liege auch keine irreführende Werbung iSd Paragraph 2, UWG vor. Aus dem Inserat der Beklagten ergebe sich für jeden potentiellen Interessenten klar, daß der dort angebotene günstige Preis nur in Verbindung mit einem A 1-Teilnehmervertrag gelte, dies aus der unmittelbaren Nebeneinandersetzung des Preises von 40 S und dem vorangestellten Hinweis "in Verbindung mit A1-Erstanmeldung nur ...". Es ergebe sich daraus für den Konsumenten klar, daß der günstige Preis nur in Verbindung mit der Erstanmeldung bei der Mobilkom gelte. Durch die (wenn auch deutlich kleiner gedruckte) Mitteilung, daß die Mindestvertragsdauer 12 Monate betrage, werde der Konsument zumindest in dieser Hinsicht hinreichend aufgeklärt. Jedem verständigen Verbraucher müsse es klar sein und sei es auch klar, daß der Bezeichnung "Mindestvertragsdauer" auch rechtliche Bedeutung zukomme, wobei eine vorzeitige Vertragsbeendigung für ihn finanzielle Nachteile bedeute. Eine genaue ziffernmäßige Aufschlüsselung dieser möglichen Nachteile würde aber den Markt überfordern.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschuß und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrechtskurs zulässig sei. Das Rekursgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts und teilte dessen Rechtsmeinung, es liege auf Grund der Funktionseinheit zwischen Teilnehmervertrag und Handy ein einheitliches Geschäft zu einem Gesamtpreis vor. Damit könne weder von einem Scheinpreis, noch von einem sittenwidrigen Koppelungs- oder Vorspannangebot die Rede sein. Zum Vorwurf des sittenwidrigen Marktmachtmißbrauchs sowie einer kartellrechtswidrigen Preisbindung gehe der Kläger nicht vom festgestellten Sachverhalt aus; weder stehe fest, daß die Beklagte über eine entsprechende Marktmacht verfüge, noch sei bescheinigt, daß sie der Mobilkom bei der Durchführung ihrer Aktion in besonderer Weise geholfen hätte. Der Umstand allein, daß die Beklagte an der Aktion teilgenommen habe - eine Möglichkeit, die auch ihren Konkurrenten freigestanden sei - reiche dazu allein nicht aus. Das Inserat sei auch nicht zur Irreführung geeignet. Zwar stelle es die Zahl 40 in den Vordergrund, daneben sei aber in Großbuchstaben auf den Zusammenhang mit einer A1-Erstanmeldung verwiesen. Auch gäbe es einen - wenn auch wesentlich kleiner gedruckten - Hinweis auf eine Mindestvertragsdauer von 12 Monaten und die für die Anmeldung notwendigen weiteren Voraussetzungen. Zwar gehe aus dem bloßen Hinweis auf eine Mindestvertragsdauer keine konkrete Sanktion für den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung hervor, doch sei die mit Abstand nächstliegende Sanktion der Verlust des Preisvorteils aus der Aktion, sodaß das Fehlen eines konkreteren Hinweises jedenfalls nicht für sich allein irreführend sei. Im Hinblick auf die konkreten Umstände des Falls ließe sich eine solche "Aufzahlungsverpflichtung" mittels ergänzender Vertragsauslegung konstruieren, wobei besondere Fallgestaltungen, die nur durch ein umfangreiches Vertragswerk geregelt werden könnten, in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben müßten, ohne daß dies schon Anlaß zur Anwendung der Unklarheitenregel böte. Schließlich liege auch keine irreführende Preisschaukelei oder Preisspaltung vor, da andernfalls jede mit einer vorübergehenden Preissenkung verbundene Aktion verboten wäre.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrechtskurs des Klägers ist nicht berechtigt.

Die als aktenwidrig bekämpfte Feststellung, daß ein Mitbewerber der Beklagten das gleiche wie in der beanstandeten

Aktion beworbene Handy zusammen mit einem Netzanschluß zuzüglich einer Gesprächskostengutschrift im Wert von 1.000 S um nur 490 S angeboten hat, ist nicht entscheidungswesentlich; dieser Rechtsmittelgrund muß somit nicht weiter behandelt werden. Aus noch darzulegenden rechtlichen Gründen bedarf es auch keiner Feststellungen über Einkaufspreis und Aktionskonditionen der Beklagten.

Der Kläger hat zwar behauptet, daß die Beklagte im Falle der vereinbarungswidrigen vorzeitigen Auflösung des Teilnehmervertrags eine Aufzahlung auf den beworbenen Handy-Preis von 40 S verlange, und das Unterbleiben einer entsprechenden Feststellung im Rekurs unter Hinweis auf die Beilagen ./H und ./5 gerügt; er hat aber gleichzeitig und im Widerspruch dazu vorgebracht, daß im Falle einer vorzeitigen Vertragsauflösung der Händler seinem Kunden das Handy "tatsächlich um 40 S geschenkt" hätte (Klage S. 21). Im übrigen hat der Kläger weder zur Höhe noch zur Anspruchsgrundlage einer derartigen Aufzahlung Behauptungen aufgestellt. Auch die angebotenen Urkunden lassen keine präzisen Feststellungen zu diesen Themen zu: In der eidesstattlichen Erklärung ./5 ist von einer Aufzahlungsverpflichtung überhaupt keine Rede, in ./H nennen vier Verkäufer der Beklagten fünf verschiedene Varianten eines Aufzahlungsbetrags (Aufzahlung auf 3.990 S;

Aufzahlung auf 3.490 S oder 2.990 S; Aufzahlung auf 3.000 S;

Aufzahlung auf 3.490 S zuzüglich Teilnahmevertrag-Grundgebühr für 12 Monate), ohne daß irgendwelche Hinweise auf die Begründetheit eines derartigen (nachträglichen) Ergänzungsanspruchs vorlägen. (Fraglich erscheint nämlich, inwieweit bei einer vereinbarten Mindestvertragsdauer überhaupt eine vorzeitige Vertragsbeendigung zulässig ist). Hat bei dieser Behauptungs- und Beweislage das Rekursgericht im Bescheinigungsverfahren eine Ergänzung der Feststellungen in dem vom Kläger gewünschten Sinn nicht vorgenommen, liegt darin kein Verfahrensmangel.

In seiner Rechtsrüge vertritt der Kläger weiterhin den Standpunkt, die beanstandete Ankündigung werbe für zwei Leistungen, die zueinander im Verhältnis von Hauptleistung (Teilnehmervertrag) und Nebenleistung (Handy) stünden; der für das Handy verlangte Preis sei ein reiner Scheinpreis, weshalb die Aktion gegen das Zugabeverbot des § 9a UWG verstoße und als sittenwidriges Vorspannangebot bzw als unzulässige Wertreklame ("übertriebenes Anlocken") iSd § 1 UWG zu beurteilen sei. Einer vom BGH zu einem ähnlichen Thema ergangenen Entscheidung liege ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dem kann nicht gefolgt werden. In seiner Rechtsrüge vertritt der Kläger weiterhin den Standpunkt, die beanstandete Ankündigung werbe für zwei Leistungen, die zueinander im Verhältnis von Hauptleistung (Teilnehmervertrag) und Nebenleistung (Handy) stünden; der für das Handy verlangte Preis sei ein reiner Scheinpreis, weshalb die Aktion gegen das Zugabeverbot des Paragraph 9 a, UWG verstoße und als sittenwidriges Vorspannangebot bzw als unzulässige Wertreklame ("übertriebenes Anlocken") iSd Paragraph eins, UWG zu beurteilen sei. Einer vom BGH zu einem ähnlichen Thema ergangenen Entscheidung liege ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dem kann nicht gefolgt werden.

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 (ÖBI 1993, 24 - Welt des Wohnens uva).

Dieser Vorteil muß mit der Hauptware (-leistung) in einem solchen Zusammenhang stehen, daß er objektiv geeignet ist, den Kunden in seinem Entschluß zum Erwerb der Hauptware (-leistung) zu beeinflussen, also Werbe- oder Lockmittel sein (ÖBI 1993, 24 - Welt des Wohnens mwN). Wesentliche Voraussetzung für eine Zugabe im Sinn des § 9a UWG ist, daß die gekoppelten Waren im Verhältnis von Hauptsache und (unentgeltlicher) Zugabe stehen. Das trifft vor allem dann nicht zu, wenn etwa für Gesamtsachen oder Gegenstände, die nach der Verkehrsauffassung eine Einheit bilden und regelmäßig zusammen verkauft werden, ein einheitliches Entgelt berechnet wird (ÖBI 1985, 108 - Fußball-EM-Aktion; ÖBI 1994, 162 - Kostenlose Filmentwicklung; ÖBI 1999, 95 - PKW-Jahres-Vignette). Ein zugabenrechtlicher

Tatbestand liegt auch dann nicht vor, wenn zwei Hauptwaren oder

-leistungen zu einem Gesamtpreis zusammen angeboten werden (ÖBI 1985,

108 - Fußball-EM-Aktion ua). 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-Jahres-Vignette).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt an und geht man insbesondere von den unbekämpft gebliebenen, auf die Urkunde ./5 und die allgemeine Lebenserfahrung gestützten Feststellungen aus, daß in Österreich ein Markt für Teilnehmerverträge an Mobilfunknetzen ohne dazugehöriges Handy nicht besteht, daß an Handys ohne Teilnehmerverträge kaum Einzelinteresse besteht, weil sie zu ca 98 % nur in Verbindung mit einem Teilnehmervertrag gekauft werden, und daß Teilnehmerverträge ohne Handy praktisch überhaupt nicht verkauft werden, haben die Vorinstanzen zutreffend einen Verstoß der Werbeaktion der Beklagten gegen § 9a UWG verneint. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt an und geht man insbesondere von den unbekämpft gebliebenen, auf die Urkunde ./5 und die allgemeine Lebenserfahrung gestützten Feststellungen aus, daß in Österreich ein Markt für Teilnehmerverträge an Mobilfunknetzen ohne dazugehöriges Handy nicht besteht, daß an Handys ohne Teilnehmerverträge kaum Einzelinteresse besteht, weil sie zu ca 98 % nur in Verbindung mit einem Teilnehmervertrag gekauft werden, und daß Teilnehmerverträge ohne Handy praktisch überhaupt nicht verkauft werden, haben die Vorinstanzen zutreffend einen Verstoß der Werbeaktion der Beklagten gegen Paragraph 9 a, UWG verneint.

Bei ähnlichem Sachverhalt hat auch der BGH in zwei jüngst

veröffentlichten Entscheidungen (WRP 1999, 90 = K&R 1999, 126 - Handy

für 0,00 DM; WRP 1999, 94 = K&R 1999, 129 - Handy-Endpreis [zust.

Hartwig]) ausgeführt, daß die Funktionseinheit von Mobiltelefon und Netzzugang in der Praxis dazu geführt habe, daß in der Regel das eine nicht ohne das andere angeboten werde; auch sei dem Publikum geläufig, daß Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert hätten und ein Kaufmann ein solches Gerät nicht ohne weiteres verschenke, woraus es erkenne, daß der Erwerb des Mobiltelefons letztlich mit den Gegenleistungen finanziert werden müsse, die im Rahmen des Netzkartenvertrags zu erbringen seien. Eine Fülle derartiger Angebote mache dem Publikum deutlich, daß es nicht um das Verteilen von Geschenken, sondern nur um einen Anreiz zum Abschluß eines langfristigen Netzkartenvertrags gehe. Ohne Bedeutung sei dabei die Aufspaltung in zwei Rechtsgeschäfte, weil sich der Verkehr nicht mit rechtlichen Erwägungen aufhalte. Unter diesen Umständen müsse eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und dem für den Betrieb notwendigen Netzzugang, angenommen werden, was einen Verstoß gegen das Zugabeverbot des § 1 Abs 1 dZugabeVO ausschließe. Die beanstandete Werbung sei aber auch nicht als übertriebenes Anlocken nach § 1 UWG zu beurteilen, denn die Werbung mit der kostenlosen oder besonders günstigen Abgabe eines Mobiltelefons stelle sich als ein legitimer Hinweis auf den günstigen, durch verschiedene Bestandteile geprägten Preis der angebotenen Gesamtleistung und damit als ein Hinweis auf die eigene Leistungsfähigkeit dar. Die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgehe, sei aber nicht wettbewerbswidrig, sondern gewollte Folge des Leistungswettbewerbs. Sei die Beklagte, die keinen unmittelbaren Einfluß auf die Tarife der Netzbetreiber habe, verstärktem Wettbewerb ausgesetzt, könne sie lediglich durch eine Herabsetzung des Preises für das Mobiltelefon reagieren, nicht dagegen durch eine Änderung der Tarifstruktur bei den Netzkartenverträgen. Werde ihr auf der anderen Seite für jede Vermittlung eines Netzkartenvertrags eine hohe Provision gezahlt, könne sie mit Hilfe dieser Provision die Anschaffung des Mobiltelefons "subventionieren". Würde der Beklagten die unentgeltliche Abgabe von Mobiltelefonen untersagt, würde mit Hilfe des § 1 UWG in diesen Marktmechanismus, dem durchaus vernünftige wirtschaftliche Erwägungen zugrundelägen, eingegriffen. Hartwig]) ausgeführt, daß die Funktionseinheit von Mobiltelefon und Netzzugang in der Praxis dazu geführt habe, daß in der Regel das eine nicht ohne das andere angeboten werde; auch sei dem Publikum geläufig, daß Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert hätten und ein Kaufmann ein solches Gerät nicht ohne weiteres verschenke, woraus es erkenne, daß der Erwerb des Mobiltelefons letztlich mit den Gegenleistungen finanziert werden müsse, die im Rahmen des Netzkartenvertrags zu erbringen seien. Eine Fülle derartiger Angebote mache dem Publikum deutlich, daß es nicht um das Verteilen von Geschenken, sondern nur um einen Anreiz zum Abschluß eines langfristigen Netzkartenvertrags gehe. Ohne Bedeutung sei dabei die

Aufspaltung in zwei Rechtsgeschäfte, weil sich der Verkehr nicht mit rechtlichen Erwägungen aufhalte. Unter diesen Umständen müsse eine Gesamtleistung, bestehend aus dem Mobiltelefon und dem für den Betrieb notwendigen Netzzugang, angenommen werden, was einen Verstoß gegen das Zugabeverbot des Paragraph eins, Absatz eins, dZugabeVO ausschließe. Die beanstandete Werbung sei aber auch nicht als übertriebenes Anlocken nach Paragraph eins, UWG zu beurteilen, denn die Werbung mit der kostenlosen oder besonders günstigen Abgabe eines Mobiltelefons stelle sich als ein legitimer Hinweis auf den günstigen, durch verschiedene Bestandteile geprägten Preis der angebotenen Gesamtleistung und damit als ein Hinweis auf die eigene Leistungsfähigkeit dar. Die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgehe, sei aber nicht wettbewerbswidrig, sondern gewollte Folge des Leistungswettbewerbs. Sei die Beklagte, die keinen unmittelbaren Einfluß auf die Tarife der Netzbetreiber habe, verstärktem Wettbewerb ausgesetzt, könne sie lediglich durch eine Herabsetzung des Preises für das Mobiltelefon reagieren, nicht dagegen durch eine Änderung der Tarifstruktur bei den Netzkartenverträgen. Werde ihr auf der anderen Seite für jede Vermittlung eines Netzkartenvertrags eine hohe Provision gezahlt, könne sie mit Hilfe dieser Provision die Anschaffung des Mobiltelefons "subventionieren". Würde der Beklagten die unentgeltliche Abgabe von Mobiltelefonen untersagt, würde mit Hilfe des Paragraph eins, UWG in diesen Marktmechanismus, dem durchaus vernünftige wirtschaftliche Erwägungen zugrundelägen, eingegriffen.

Diese Erwägungen, die in der Lehre bereits auf Zustimmung gestoßen und als - insbesondere vor dem Hintergrund einer fortschreitenden europäischen Rechtsangleichung - dringend notwendige Aufwertung der Konsumentensouveränität bezeichnet worden sind (Hartwig in K&R 1999, 131ff), werden auch vom erkennenden Senat geteilt. Unter den gegebenen Umständen ist nicht zu sehen, daß durch den günstigen Handypreis ein übermäßiger Anlockeffekt durch Ausübung psychischen Kaufzwangs entstünde. Daß "übermäßig" anlockende Werbung, die "psychischen Kaufzwang" ausübe, gegen § 1 UWG verstoßen kann, ist im übrigen in der Lehre kritisch beurteilt worden, die für eine in diesem Punkt zurückhaltendere Rechtsprechung eintritt (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 § 33 Rz 23 mwN in FN 77). Diese Erwägungen, die in der Lehre bereits auf Zustimmung gestoßen und als - insbesondere vor dem Hintergrund einer fortschreitenden europäischen Rechtsangleichung - dringend notwendige Aufwertung der Konsumentensouveränität bezeichnet worden sind (Hartwig in K&R 1999, 131ff), werden auch vom erkennenden Senat geteilt. Unter den gegebenen Umständen ist nicht zu sehen, daß durch den günstigen Handypreis ein übermäßiger Anlockeffekt durch Ausübung psychischen Kaufzwangs entstünde. Daß "übermäßig" anlockende Werbung, die "psychischen Kaufzwang" ausübe, gegen Paragraph eins, UWG verstoßen kann, ist im übrigen in der Lehre kritisch beurteilt worden, die für eine in diesem Punkt zurückhaltendere Rechtsprechung eintritt (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht3 Paragraph 33, Rz 23 mwN in FN 77).

Der Kläger erblickt in der beanstandeten Werbeaktion einerseits die verbotene Durchführung eines Preiskartells, andererseits wirft er der Beklagten die Beteiligung an einem marktmißbräuchlichen Verhalten des Marktbeherrschers Mobilkom vor. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß in der Aussendung der Mobilkom ./I ausdrücklich von einem unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis die Rede ist; dieser eindeutige Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Empfehlung steht der Annahme eines Empfehlungskartells entgegen (§ 12 Abs 1 zweiter Satz KartG; Gugerbauer, KartG\*\*2 Rz 5f zu § 12). Ob der Beklagten aber die Beteiligung an einem iSD § 35 KartG verpönten Verhalten zuwerfen ist, bedarf schon deshalb keiner näheren Prüfung, weil nicht festgestellt worden ist, daß die Mobilkom ein marktbeherrschendes Unternehmen iSD § 34 KartG ist. Damit kommt aber auch ein Wettbewerbsverstoß durch Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen nicht in Betracht. Der Kläger erblickt in der beanstandeten Werbeaktion einerseits die verbotene Durchführung eines Preiskartells, andererseits wirft er der Beklagten die Beteiligung an einem marktmißbräuchlichen Verhalten des Marktbeherrschers Mobilkom vor. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß in der Aussendung der Mobilkom ./I ausdrücklich von einem unverbindlich empfohlenen Verkaufspreis die Rede ist; dieser eindeutige Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Empfehlung steht der Annahme eines Empfehlungskartells entgegen (Paragraph 12, Absatz eins, zweiter Satz KartG; Gugerbauer, KartG\*\*2 Rz 5f zu Paragraph 12.). Ob der Beklagten aber die Beteiligung an einem iSD Paragraph 35, KartG verpönten Verhalten zuwerfen ist, bedarf schon deshalb keiner näheren Prüfung, weil nicht festgestellt worden ist, daß die Mobilkom ein marktbeherrschendes Unternehmen iSD Paragraph 34, KartG ist. Damit kommt aber auch ein Wettbewerbsverstoß durch Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen nicht in Betracht.

Soweit der Kläger im Fehlen eines Hinweises auf einen erhöhten Kaufpreis, der dann gelten soll, wenn die vereinbarte

Mindestvertragsdauer unterschritten werde, einen Verstoß gegen § 2 UWG erblickt, ist er darauf zu verweisen, daß Feststellungen über das Bestehen einer (auch nach Meinung des Klägers rechtlich fragwürdigen) Zusatzverpflichtung des Käufers, unter bestimmten Umständen einen erhöhten Kaufpreis zu zahlen, nicht getroffen worden sind, ohne daß darin - wie oben ausgeführt - ein Feststellungsmangel läge. Soweit der Kläger im Fehlen eines Hinweises auf einen erhöhten Kaufpreis, der dann gelten soll, wenn die vereinbarte Mindestvertragsdauer unterschritten werde, einen Verstoß gegen Paragraph 2, UWG erblickt, ist er darauf zu verweisen, daß Feststellungen über das Bestehen einer (auch nach Meinung des Klägers rechtlich fragwürdigen) Zusatzverpflichtung des Käufers, unter bestimmten Umständen einen erhöhten Kaufpreis zu zahlen, nicht getroffen worden sind, ohne daß darin - wie oben ausgeführt - ein Feststellungsmangel läge.

Unbegründet ist letztlich auch der Vorwurf der Preisschaukelei: Der reduzierte Preis wurde einerseits - für den Verkehr deutlich erkennbar - nur kurzfristig für die Dauer eines bestimmten Aktionszeitraums beworben, andererseits bezieht sich schon nach dem Vorbringen in der Klage das dort beanstandete "Eröffnungsangebot" von 490 S im Aktionszeitraum nicht auf die gleiche Ware, weil dort der Handykäufer den Netzteilnehmervertrag mit einem Konkurrenten der Mobilkom abzuschließen hatte; von einer willkürlichen Werbung für Gleches mit ungleichen Preisen kann damit keine Rede sein (vgl. dazu Baumbach/Hefermehl UWG20 Rz 293 zu § 3). Dem Revisionsrekurs konnte damit auch unter diesem Aspekt kein Erfolg beschieden sein. Unbegründet ist letztlich auch der Vorwurf der Preisschaukelei: Der reduzierte Preis wurde einerseits - für den Verkehr deutlich erkennbar - nur kurzfristig für die Dauer eines bestimmten Aktionszeitraums beworben, andererseits bezieht sich schon nach dem Vorbringen in der Klage das dort beanstandete "Eröffnungsangebot" von 490 S im Aktionszeitraum nicht auf die gleiche Ware, weil dort der Handykäufer den Netzteilnehmervertrag mit einem Konkurrenten der Mobilkom abzuschließen hatte; von einer willkürlichen Werbung für Gleches mit ungleichen Preisen kann damit keine Rede sein vergleiche dazu Baumbach/Hefermehl UWG20 Rz 293 zu Paragraph 3.). Dem Revisionsrekurs konnte damit auch unter diesem Aspekt kein Erfolg beschieden sein.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E53794 04A00959

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0040OB00095.99W.0427.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990427\_OGH0002\_0040OB00095\_99W0000\_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)