

# TE OGH 2009/7/14 4Ob101/09w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.07.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch P|E|H|B Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, gegen die beklagte Partei T\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch e|n|w|c Eiselsberg Natlacen Walderdorff Cancola Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 34.000 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei (Revisionsrekursinteresse 11.333 EUR) gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 9. März 2009, GZ 2 R 232/08i-13, mit welchem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 17. Oktober 2008, GZ 11 Cg 133/08h-9, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert und teilweise unter Zurückverweisung an die erste Instanz aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss, der in der Abweisung von Punkt 2 des Sicherungsantrags und in der Aufhebung der Entscheidung zu Punkt 3 des Sicherungsantrags rechtskräftig geworden ist, wird im Übrigen dahin abgeändert, dass die Entscheidung über Punkt 1 des Sicherungsantrags lautet:

„Der Antrag der klagenden Partei, der beklagten Partei mit einstweiliger Verfügung zu verbieten, Telefongeräte (hier: S\*\*\*\*\*-Telefone) zu verkaufen, die zu ihren Gunsten voreingestellt seien, wird abgewiesen.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung unlauterer Handlungen wird der beklagten Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Unterlassungsklage verboten, beim Verkauf von Festnetztelefonen (hier: S\*\*\*\*\*-Telefone), die zu ihren Gunsten voreingestellt sind, den Eindruck zu erwecken, diese Telefone könnten nicht für die Vorauswahl (Preselection) eines anderen Telekom-Anbieters genutzt werden, dies insbesondere dadurch, dass sie auf der Verpackung auf die Bedienungsanleitung verweist, in der nur die Wahl eines anderen Anbieters im Einzelfall, nicht aber die Möglichkeit einer vollständigen Löschung der Voreinstellung genannt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen einen mit 472,38 EUR (darin 78,73 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Anteil an den Kosten des Sicherungsverfahrens erster und zweiter Instanz zu ersetzen.

Die klagende Partei hat ein Sechstel ihrer Kosten des Sicherungsverfahrens erster und zweiter Instanz endgültig und ein weiteres Sechstel dieser Kosten vorläufig selbst zu tragen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen einen mit 383,94 EUR (darin 63,99 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Anteil an den Kosten der Revisionsrekursbeantwortung zu ersetzen.

Die klagende Partei hat die Hälfte der Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig und die andere Hälfte dieser Kosten vorläufig selbst zu tragen.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin bietet Telefonnetzkapazitäten an, die ihre Kunden (auch) durch Vorauswahl (Preselection) in Anspruch nehmen können. Sie bedient sich dabei auch des Netzes der Beklagten.

Die Telekom-Control-Kommission hat mit Bescheid festgestellt, dass die Beklagte über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz (Endkundenmarkt)“ verfügt. Sie hat ihr daher nach § 37 Abs 2 iVm § 46 Abs 1 TKG 2003 die Verpflichtung auferlegt, ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlicher Telefondienste (also auch zu jenen der Klägerin)

- sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl

- als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen, zu ermöglichen.

Die Beklagte verkauft Festnetztelefone, die für ihr eigenes Netz voreingestellt sind. Auf den Verpackungen verweist die Beklagte auf die Voreinstellung sowie darauf, dass die Bedienungsanleitung nähere Informationen für die Wahl anderer Anbieter enthalte. In der Bedienungsanleitung wird geschildert, wie durch Drücken einer Tastenkombination im Einzelfall ein anderer Anbieter gewählt werden kann.

Zur Sicherung ihres mit Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruchs beantragt die Klägerin in Punkt 1 ihres Begehrens, der Beklagten zu verbieten,

„Telefongeräte (hier: S\*\*\*\*\*-Telefone) zu verkaufen, die zugunsten der Beklagten voreingestellt sind;

hilfsweise

Kunden, die Telefongeräte (hier: S\*\*\*\*\*-Telefone) erworben haben, dahingehend zu informieren, dass diese Telefone nicht entsperrbar wären bzw den Kunden die Entsperrinformation vorzuenthalten".

Die Beklagte sei als marktbeherrschendes Unternehmen nach § 5 Abs 1 KartellG 2005 verpflichtet, die Vorauswahl eines Verbindungsnetzbetreibers zu ermöglichen. Die Voreinstellung der Telefone schränke diese Möglichkeit ein. Die Telefone seien „offenbar“ für die Vorauswahl eines anderen Betreibers nicht geeignet. Selbst wenn technisch - was die Klägerin nicht wisse - die Möglichkeit bestehe, die Voreinstellung zu löschen, erweckten die Mitarbeiter der Beklagten insofern einen unrichtigen Eindruck. Einem namentlich genannten Kunden sei mitgeteilt worden, dass das Entsperrn des Telefons nicht möglich sei. Der Verkauf „von voreingestellten Geräten ohne Entsperrmöglichkeit bzw mit ungenügendem Hinweis auf selbige“ wirke sich einschränkend auf die Betätigungsmöglichkeit der Klägerin aus. Verbraucher hätten dadurch den Eindruck, durch den Erwerb des Telefons an die Beklagte gebunden zu sein; wegen der Voreinstellung würden sie ihre Gespräche über deren Netz führen. Unerheblich sei, ob Verbraucher durch Recherchen in Erfahrung bringen könnten, dass ein Entsperrn (und damit auch eine Vorauswahl für die Klägerin) möglich sei; zu einer solchen Informationssuche hätten sie keinen Anlass. Das Gleiche gelte, wenn die Beklagte Telefone verkaufen „sollte“, bei denen es technisch gar nicht möglich sei, die Voreinstellung zu löschen. Der schuldhafte Verstoß gegen § 5 KartellG 2005 begründe Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG.

Weitere, im Revisionsrekursverfahren nicht strittige Begehren der Klägerin bezogen sich auf eine bestimmte Werbung für die Telefone (Punkt 2) sowie darauf, dass die Beklagte Voreinstellungen (Preselections) zugunsten der Klägerin ohne Zustimmung des jeweiligen Anschlussinhabers gelöscht habe (Punkt 3).

Die Beklagte wendet ein, dass die Voreinstellung jederzeit geändert werden könne. Ihre Mitarbeiter hätten weder Gegenteiliges behauptet noch Entsperrinformationen vorenthalten. Die Beklagte sei zwar verpflichtet, den Zugang zu ihrem Netz auch im Weg der Vorauswahl (Preselection) zu ermöglichen. Das bedeute aber nicht, dass sie keine Endgeräte verkaufen dürfe, die für ihr Netz voreingestellt seien. Ihre Verpflichtung, auf die Möglichkeit der Einwahl über andere Anbieter hinzuweisen, habe sie ohnehin durch die Aufdrucke auf der Verpackung und die Hinweise in der Bedienungsanleitung erfüllt. Auch die weiteren Punkte des Sicherungsbegehrens seien nicht berechtigt.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag zur Gänze ab. Der Verkauf voreingestellter Telefone sei kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; dass Mitarbeiter der Beklagten einem Kunden der Klägerin gesagt hätten, dass das Telefon nicht entsperrt werden könne, sei nicht bescheinigt (Punkt 1). Die konkret beanstandete Werbung stamme von einem dritten Unternehmen und sei der Beklagten daher nicht zuzurechnen (Punkt 2); das Löschen einer Vorauswahl von Diensten der Klägerin ohne Zustimmung der betroffenen Kunden sei nicht bescheinigt (Punkt 3).

Das Rekursgericht untersagte der Beklagten,

„Endgeräte für die Festnetz-Sprachtelefonie (hier: S\*\*\*\*\*-Telefone) zu verkaufen, die zugunsten der beklagten Partei derart voreingestellt sind, dass die Wahl eines alternativen Anbieters, nämlich die Eingabe eines Betreiberwahl-Präfix, technisch nur von Anruf zu Anruf (konkret durch langes Drücken der 'R-Taste' und die damit verbundene Verhinderung der Vorauswahl des 'Netzlocks' bei jedem einzelnen Anruf) möglich ist.“

Im Übrigen bestätigte es die Abweisung von Punkt 2 des Sicherungsantrags und hob die Entscheidung zu dessen Punkt 3 wegen eines primären Verfahrensmangels auf. Weiters sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Die Beklagte sei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach § 46 TKG 2003 verpflichtet, ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber zu ermöglichen, und zwar entweder durch Auswahl im Einzelfall oder durch Voreinstellung (Preselection) mit der zusätzlichen Möglichkeit der Wahl eines anderen Anbieters im Einzelfall. Diese Verpflichtung habe die Telekom-Control-Kommission mit einem Bescheid vom 2. April 2007 festgestellt. Der Oberste Gerichtshof habe in der (kartellrechtlichen) Entscheidung 16 Ok 11/03 entschieden, dass der Verkauf von Schnurlostelefonen, die den Anschein erweckten, dass der Verbindungsnetzbetrieb gesperrt sei, ohne Weitergabe der Information über die Möglichkeit des Entsperrens ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung sei; den Kunden sei eine „problemlose Wahl“ zwischen den Diensten konkurrierender Anbieter zu ermöglichen. Die Möglichkeit einer solchen „problemlosen Wahl“ sei schon durch den Verkauf voreingestellter Telefone beeinträchtigt. Das in der Bedienungsanleitung genannte Drücken einer bestimmten Tastenkombination sei eine mühsame Prozedur. Käufer der strittigen Telefone würden daher „automatisch“ die Dienste der Beklagten in Anspruch nehmen. Die Beklagte habe daher ihre marktbeherrschende Stellung schuldhaft missbraucht, was Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG begründe. Der Spruch sei dem erkennbaren Begehren anzupassen. Die Abweisung von Punkt 2 des Sicherungsantrags sei zu bestätigen, weil die beanstandete Werbung nicht von der Beklagten stamme; zu Punkt 3 liege ein primärer Verfahrensmangel vor, da das Erstgericht Negativfeststellungen getroffen habe, ohne die von der Klägerin zu diesen Punkten genannten Auskunftspersonen anzuhören. Der ordentliche Revisionsrekurs sei „im Hinblick auf das in Frage stehende missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Telefonfestnetz-Privatkunden“ zulässig.

Die Beklagte beantragt in ihrem Revisionsrekurs die Wiederherstellung der abweisenden Entscheidung des Erstgerichts zu Punkt 1 des Sicherungsantrags, hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag. Als (weitere) erhebliche Rechtsfrage macht sie geltend, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, unter welchen Voraussetzungen der Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften als unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG anzusehen sei. Sie habe aufgrund von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht und des Verwaltungsgerichtshofs in vertretbarer Weise annehmen können, das beanstandete Verhalten verstoße nicht gegen § 5 KartellG 2005.

Die Klägerin beantragt, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil das Rekursgericht in der Sache nicht die Vertretbarkeit, sondern die Richtigkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht geprüft hat. Er ist aus diesem Grund auch berechtigt.

1. Die Klägerin stützt Punkt 1 ihres Sicherungsantrags ausschließlich darauf, dass die Beklagte ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und damit gegen § 5 Abs 1 KartellG 2005 verstoßen habe. Es ist daher zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen auch den Tatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 UWG - in der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ - erfüllt. Der Senat hat dazu in der am heutigen Tag ergangenen Entscheidung 4 Ob 60/09s Folgendes ausgeführt:

„1.1. Vor Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 beurteilte der Senat die 'schuldhaft' Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften als sittenwidriges Handeln im Sinn von § 1 UWG (4 Ob 62/98s = ÖBl 1998, 256 - Servicegutscheine mWN; RIS-Justiz RS0109519; zuletzt für Verstöße gegen das NVG als kartellrechtliches Nebengesetz 4 Ob 110/04m = ÖBl 2005, 26 [Barbist] - Großkundenrückvergütung III). Damit fielen Verstöße gegen das Kartellrecht in die Fallgruppe 'Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch'; maßgebend war daher die Unvertretbarkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht (RIS-Justiz RS0077771).

1.2. Auch nach neuem Recht ist ein Verstoß gegen eine generelle Norm grundsätzlich (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG in der Fassung der UWG-Novelle 2007 zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (4 Ob 225/07b = ÖBl 2008, 237 [Mildner] = MR 2008, 114 [Heidinger 108] = wbl 2008, 290 [Artmann 253] = eolex 2008, 551 [Tonninger] - Stadtrundfahrten mWN; RIS-Justiz RS0123239; zuletzt etwa 4 Ob 223/08k). Nicht maßgebend ist die Vertretbarkeit der Rechtsansicht jedoch für Verstöße gegen speziellere Normen des UWG, insbesondere durch Anwendung einer nach dessen Anhang jedenfalls unzulässigen Geschäftspraktik (4 Ob 225/07b - Stadtrundfahrten). Ausdrücklich offen ließ der Senat in diesem Zusammenhang die hier interessierende Frage, ob es auch außerhalb des UWG Normen mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem Charakter gebe und wie deren Verletzung gegebenenfalls zu behandeln wäre (4 Ob 225/07b - Stadtrundfahrten; 4 Ob 27/08m = ÖBl 2008, 325 [Schultes] - Zigarettentrappe).

1.3. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Verstößen gegen Bestimmungen des Kartellrechts. Dazu wurden zuletzt folgende Auffassungen vertreten:

(a) Heidinger (Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 108, 109) führt aus, dass es bei Verstößen gegen kartellrechtliche Regelungen nicht auf die Vertretbarkeit der zugrunde liegenden Rechtsansicht ankommen sollte. Soweit die übertretene Norm ohnehin durch zivilrechtliche Unterlassungsansprüche sanktioniert werde, sei es angebracht, den Norminhalt auch im Lauterkeitsprozess 'bindend festzusetzen'. Entscheidend ist daher nach dieser Auffassung der Umstand, dass die lauterkeitsrechtliche Vorfrage, ob der Beklagte gegen Bestimmungen des Kartellrechts verstoßen habe, auch als Hauptfrage nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Gerichten zugewiesen ist.

(b) Damit folgt Heidinger einer Lehrmeinung Gerneriths zu § 1 UWG idF vor der UWG-Novelle 2007 (Gernerith, Renaissance des Nahversorgungsgesetzes, in Aktuelle Probleme des Lauterkeitsrechts [2004] 35, 46 f). Dieser hatte angenommen, dass die auf die Vertretbarkeit der Rechtsansicht abstellende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs primär verfahrensrechtlich begründet gewesen sei. Der Oberste Gerichtshof habe bei Verstößen gegen verwaltungsrechtliche Bestimmungen darauf verzichtet, Vorfragen endgültig zu klären, zu deren selbständiger Entscheidung eine andere Behörde berufen sei. Dieser Gedanke sei aber 'nicht anwendbar (oder zumindest nicht praktikabel)', wenn der Oberste Gerichtshof - wenngleich in einem anderen Verfahren - über die Vorfrage des Lauterkeitsprozesses auch abschließend als Hauptfrage entscheiden könne. Das gelte insbesondere dann, wenn die übertretene Norm selbst unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Charakter habe und durch einen (anderen) Unterlassungsanspruch sanktioniert werde, über den ebenfalls der Oberste Gerichtshof, wenn auch als Kartellobergericht, zu entscheiden habe. Weise der Oberste Gerichtshof in einem solchen Fall eine auf das UWG gestützte Klage wegen einer vertretbaren Rechtsansicht ab, so stünde die Rechtskraft dieser Entscheidung einer weiteren Unterlassungsklage entgegen.

(c) Für eine Berücksichtigung des materiellrechtlichen Regelungszwecks spricht sich demgegenüber Koppstein aus (Das UWG nach der Novelle 2007, wbl 2009, 1). Zwar habe eine Norm immer dann spezifisch lauterkeitsrechtlichen Charakter iSd Entscheidung 4 Ob 225/07b, wenn sie denselben Zweck verfolge wie das UWG selbst. Das gelte insbesondere für das Kartellrecht. Damit liege es an sich nahe, die Verletzung solcher Normen ohne Rücksicht auf die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung zu sanktionieren. Allerdings sei dies aus systematischen Erwägungen abzulehnen. Denn damit würde die Reichweite des 'Basisprinzips' der neueren Rechtsprechung eingengt, wonach die für einen funktionierenden Leistungswettbewerb charakteristische Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer beeinträchtigt würde, wenn sie ihr Verhalten an der jeweils strengsten Auslegung einer mehrdeutigen Norm orientieren müssten.

1.4. Beide Begründungslinien haben nach Auffassung des Senats einen richtigen Kern. Die verfahrensrechtliche Argumentation Gameriths und Heidingers führt jedoch bei konsequenter Betrachtungsweise zum gleichen Ergebnis wie jene Koppensteiners.

(a) Zwar dient das Kartellrecht ähnlichen Regelungszwecken wie das Lauterkeitsrecht (Koppensteiner, wbl 2009, 9); der Schutz erfasst in beiden Fällen Mitbewerber, Verbraucher und andere Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite sowie die Allgemeinheit (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG27 [2009] Einl UWG Anm 6.13). Marktmissbräuchliches und unlauteres Verhalten sind daher am selben Maßstab zu beurteilen, nämlich jenem des sachgerechten Leistungswettbewerbs (4 Ob 23/08y = ÖBl 2008, 339 - Tageszeitung Ö). Damit unterscheidet sich das Kartellrecht von anderen Normen, die nicht unmittelbar der Umsetzung der Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts (iwS) dienen. Zudem hat der Gesetzgeber auch im Kartellgesetz - ebenso wie in den Sondertatbeständen des UWG (vgl 4 Ob 225/07b - Stadtrundfahrten) - die für das spezifisch wettbewerbsrechtliche Unwerturteil erforderliche Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten vorgenommen und auf dieser Grundlage konkrete Verbote erlassen. Das spricht vordergründig dafür, den Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften gleich zu behandeln wie jenen gegen spezielle Regelungen des UWG.

(b) Allerdings hat der Gesetzgeber für die Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen ein besonderes Verfahren vorgesehen, das er besonders zusammengesetzten Senaten des Oberlandesgerichts Wien und des Obersten Gerichtshofs zugewiesen hat. Auch das Sanktionensystem ist unterschiedlich: Während Unterlassungstitel nach dem UWG nur Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraussetzen und sich daher auch auf ein bereits eingestelltes Verhalten beziehen können (vgl nur RS0080119), erfordern kartellrechtliche Abstellungsaufträge ein im Entscheidungszeitpunkt noch andauerndes Zuwiderhandeln (RIS-Justiz RS0117115; zuletzt 16 Ok 13/08).

Mit diesem Regelungskonzept wäre es nicht vereinbar, wenn jeder Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen zwingend auch als unlautere Handlung iSv§ 1 Abs 1 Z 1 UWG angesehen würde. Denn damit stünden zur Beurteilung derselben Rechtsfrage zwei unterschiedliche Verfahren zur Verfügung. Das für die Konkretisierung und Durchsetzung von Unterlassungspflichten geschaffene Rechtsschutzsystem des Kartellverfahrens würde dadurch ohne sachliche Rechtfertigung durchbrochen (vgl BGH KZR 33/04 = GRUR 2006, 773 - Probeabonnement).

(c) Dies gilt jedoch nicht, wenn die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht als weiteres die Unlauterkeit begründendes Element hinzutritt (vgl 4 Ob 229/08t). Damit erhält der objektive Gesetzesverstoß ein Gewicht, das Ansprüche rechtfertigt, die über jene des Kartellrechts hinausgehen und in einem anderen Verfahren geltend gemacht werden können. Die Konkretisierung des für alle Mitbewerber geltenden Ordnungsrahmens obliegt zwar in diesem Fall weiterhin den zuständigen Behörden (hier dem Kartell- und dem Kartellobergericht); bei einem (eindeutigen) Überschreiten dieses Ordnungsrahmens greifen jedoch (auch) die Rechtsbehelfe des Lauterkeitsrechts. Das von Gamerith gesehene Rechtskraftproblem liegt nicht vor: Weisen die ordentlichen Gerichte eine Unterlassungsklage wegen einer vertretbaren Rechtsansicht ab, steht dies einem kartellrechtlichen Abstellungsauftrag nicht entgegen. Wegen der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen liegt hier nicht derselbe Anspruch vor (RIS-Justiz RS0041118).

(d) Diese Auffassung steht auch im Einklang mit der Grundkonzeption des Rechtsbruchtatbestands nach neuem Recht: Die Marktteilnehmer müssen ihr Verhalten nicht von vornherein an der strengsten Auslegung der maßgebenden Regelungen orientieren (Koppensteiner, wbl 2009, 9 f); lauterkeitsrechtliche Unterlassungspflichten entstehen jedenfalls im Anwendungsbereich der großen Generalklausel erst bei einem Verstoß gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt (4 Ob 225/07b - Stadtrundfahrten). Der Vertretbarkeitsstandard ist daher auch aufgrund materieller Erwägungen vorzuziehen.

1.5. Aufgrund dieser Erwägungen ist daran festzuhalten, dass (auch) der Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften, insbesondere gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, nur dann den Tatbestand der sonstigen unlauteren Handlung nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG erfüllt, wenn die angeblich übertretene Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht."

2. Auch bei der angeblichen Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften kommt es daher nicht auf die Richtigkeit, sondern nur auf die Vertretbarkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht an. Maßgebend ist dafür der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich verletzten Norm sowie gegebenenfalls höchstgerichtliche Rechtsprechung und eine beständige Praxis der zuständigen Behörden (4 Ob 225/07b -

Stadtrundfahrten mwN; speziell für Normen des Verwaltungsrechts RIS-Justiz RS0077771 [T74]). Bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird eine unvertretbare Rechtsansicht im Regelfall nur dann vorliegen, wenn und soweit dieser Begriff bereits durch höchstgerichtliche Rechtsprechung oder eine beständige Verwaltungspraxis konkretisiert wurde (4 Ob 40/09z).

3. Das Hauptbegehren zu Punkt 1 des Sicherungsantrags richtet sich gegen den Verkauf von Festnetztelefonen, die eine Voreinstellung zugunsten der Beklagten aufweisen. Der Revisionsrekurs zeigt hier zutreffend auf, dass das Verhalten der Beklagten auf keiner unvertretbaren Rechtsansicht beruht.

3.1. Die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht der Beklagten ergibt sich jedenfalls nicht aus § 46 Abs 1 TKG 2003. Danach hat die Regulierungsbehörde

„Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten zu verpflichten, ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlicher zugänglicher Telefondienste zu ermöglichen, und zwar

1. sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl

2. als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen.“

Es trifft zwar zu, dass die Telekom-Control-Kommission gegenüber der Beklagten einen solchen Bescheid erlassen hat. Dieser bezieht sich jedoch ebenso wie § 46 TKG 2003 schon dem Wortlaut nach nur auf den Zugang zum Netz der Beklagten (16 Ok 11/03 = ÖBl 2004, 173 [Barbist] - Schnurlostelefon). Denn die Verpflichtung gilt nur "bei der Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten". Dies galt im Übrigen schon für das allgemeine Diskriminierungsverbot nach § 34 Abs 1 TKG 1997 (VwGH 2003/03/0072 = VwSlg 16411 A). Der Verkauf von Endgeräten ist davon nicht (unmittelbar) erfasst (16 Ok 11/03; vgl auch VwGH 2003/03/0072 zu § 34 TKG 1997).

3.2. Die Unzulässigkeit des beanstandeten Verhaltens kann sich daher nur aus der Generalklausel des § 5 Abs 1 KartellG ergeben. Der Oberste Gerichtshof hat dazu als Kartellobergericht ausgeführt, dass das Erwecken des Eindrucks, vom Marktbeherrscher angebotene Endgeräte ermöglichen keine Wahl eines anderen Anbieters, jedenfalls dann missbräuchlich sei, wenn es dafür keine plausiblen wirtschaftlichen Gründe gebe (16 Ok 11/03). Diese Entscheidung ist zwar zu einem Zeitpunkt ergangen, zu dem die Telekom-Control-Kommission der Beklagten die Verpflichtung nach § 46 TKG 2003 noch nicht auferlegt hatte. Der Oberste Gerichtshof war jedoch vom Bestehen dieser Verpflichtung ausgegangen, was wegen der unstrittigen marktbeherrschenden Stellung der Beklagten auf dem Endkundenmarkt und des Fehlens eines Ermessensspielraums in § 46 TKG 2003 auch ohne Vorliegen eines Bescheids nahe lag.

3.3. Aus dieser kartellrechtlichen Entscheidung folgt indes noch nicht, dass schon der Verkauf von voreingestellten Telefonen als solcher ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wäre. Zwar könnten einzelne Formulierungen in 16 Ok 11/03 in diesem Sinn verstanden werden, so etwa jene, wonach es für die Nutzer „problemlos“ möglich sein müsse, zwischen den Diensten konkurrierender Betreibergesellschaften zu wählen. Diese Auslegung ist indes nicht zwingend. Denn es kann auch die Auffassung vertreten werden, dass ein verständiger Verbraucher bei einer vollständigen Information über die Möglichkeit des Entsperrens trotz der Voreinstellung ein (insgesamt) günstigeres Angebot eines alternativen Netzbetreibers wahrnehmen würde. In diesem Fall läge keine Behinderung der Mitbewerber vor. Jedenfalls ist aber zur Beurteilung der Frage, ob auch das Verkaufen voreingestellter Telefone schon als solches gegen § 5 Abs 1 KartellG 2005 verstößt, eine Interessenabwägung erforderlich (16 Ok 11/03), die grundsätzlich im Kartellverfahren zu erfolgen hat und daher der Annahme einer unvertretbaren Rechtsansicht entgegensteht.

3.4. Damit ist die - auch im Schrifttum geteilte Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz 2 § 38 TKG 2003 Rz 14a) - Auffassung vertretbar, dass der Verkauf von Endgeräten, die auf ein bestimmtes Netz voreingestellt sind, dann nicht gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstößt, wenn dadurch eine Voreinstellung auf ein anderes Netz (letztlich) nicht verhindert wird. Dass dies hier aufgrund technischer Gegebenheiten zuträfe, hat die Klägerin nicht konkret behauptet; Feststellungen in diesem Sinn wurden nicht getroffen. Auf eine mangelhafte Information der Kunden über die Möglichkeit des Entsperrens hat die Klägerin ihr Hauptbegehren, das auf ein

generelles Verbot des Verkaufs voreingestellter Telefone gerichtet ist, nicht gestützt (dazu unten 4.); ebenso wenig auf die allfälligen Kosten eines Entsperrens, die bei der nach § 5 Abs 1 KartellG 2005 erforderlichen, jedoch grundsätzlich im Kartellverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung von Bedeutung sein könnten.

3.5. Das Hauptbegehren zu Punkt 1 des Sicherungsantrags ist daher nicht begründet. Dies führt zur Wiederherstellung der insofern abweisenden Entscheidung des Erstgerichts.

4. Aufgrund der Abweisung des Hauptbegehrens ist über das - bereits spruchreife (RIS-JustizRS0037674) - Eventualbegehren zu entscheiden. Hier gelingt es der Klägerin, einen auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruhenden Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aufzuzeigen.

4.1. Nach der bereits zitierten Entscheidung 16 Ok 11/03 ist das Erwecken des Eindrucks, mit einem Telefon könnten die Dienste der Einzel- oder Vorauswahl eines alternativen Anbieters nicht in Anspruch genommen werden, ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Die Beklagte ist hier der Auffassung, sie müsse die Erwerber des Telefons nur darüber unterrichten, dass sie andere Anbieter im Einzelfall in Anspruch nehmen könnten. Das reicht aber nicht aus. Denn nach 16 Ok 11/03 ist das Erwecken des Eindrucks, die Wahl eines anderen Anbieters sei nicht möglich, (auch) deswegen unzulässig, weil sie Kunden von der - für sie unter Umständen weit bequemeren - Vorauswahl (Preselection) anderer Anbieter abhält. Daraus folgt zwingend, dass auch das Erwecken des Eindrucks, die Auswahl alternativer Betreiber sei nur im Einzelfall möglich, gegen das Verbot des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung verstößt.

4.2. Die Beklagte hat auf der Verpackung des Telefons zwar darauf hingewiesen, dass die Bedienungsanleitung nähere Informationen für die Wahl anderer Anbieter enthalte. Nach einer ergänzenden Feststellung des Rekursgerichts, die sich im Rahmen des von der Klägerin geltend gemachten Rechtsgrundes hält, lässt die Bedienungsanleitung aber nicht erkennen, dass das Telefon gänzlich „entsperrt“, also die Voreinstellung auf das Netz der Beklagten zur Gänze gelöscht werden könnte. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass die Auswahl eines anderen Betreibers nur im Einzelfall möglich sei. Ein gegenteiliges Vorbringen hat die Beklagte nicht erstatet; vielmehr stützt sie sich insofern lediglich auf ihre Rechtsauffassung, die Möglichkeit der Auswahl eines anderen Anbieters im Einzelfall reiche aus. Das trifft jedoch, wie sich aus 16 Ok 11/03 ergibt, nicht zu.

Eine vertretbare Rechtsansicht liegt aufgrund der eindeutigen Rechtsprechung des Kartellobergerichts nicht vor. Auf das im Revisionsrekurs genannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (GZ 2003/03/0072) kann sich die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht berufen, ging es dort doch nur um einen Verstoß gegen § 34 TKG 1997, der enger formuliert war als die Generalklausel des § 5 Abs 1 KartellG 2005 (16 Ok 11/03).

4.3. Erstmals im Revisionsrekurs beanstandet die Beklagte das Fehlen einer (ausdrücklichen) Feststellung, dass sie die strittigen Telefone auch selbst verkauft habe. Dabei übersieht sie, dass schon das Erstgericht dies zutreffend als unstrittig bezeichnet hatte (Beschluss S 12). Denn die Beklagte hatte in erster Instanz mehrfach von „ihren“ Telefonen gesprochen und nie auch nur ansatzweise bestritten, diese auch selbst zu verkaufen. Damit lag unter Berücksichtigung aller Umstände ein schlüssiges Tatsachengeständnis vor (RIS-Justiz RS0039927). Weitere Feststellungen zu dieser Frage waren daher nicht erforderlich.

4.4. Damit ist das Eventualbegehren im Kern berechtigt. Allerdings ist es im Sinn des von der Klägerin ohnehin Gewollten und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Kartellobergerichts dahin umzuformulieren, dass der Beklagten das Erwecken des Eindrucks verboten wird, mit dem von ihr verkauften Telefon sei keine Vorauswahl (Preselection) eines alternativen Anbieters möglich; dies ist durch den Hinweis auf die konkrete Produktgestaltung zu konkretisieren. Die im Begehren genannten Verhaltensweisen (unrichtige bzw unterbliebene Auskunft über die Entsperrmöglichkeit) sind vom so formulierten Verbot erfasst, sodass keine Teilabweisung erforderlich ist. Da das Begehren schon aufgrund der festgestellten Produktgestaltung berechtigt ist, kommt es nicht darauf an, ob ein bestimmter Mitarbeiter eine unrichtige Auskunft über die Entsperrmöglichkeit erteilt hat; es schadet daher nicht, dass das Rekursgericht die Tatsachenrüge zur diesbezüglichen Negativfeststellung nicht erledigt hat.

4.5. Aus diesen Gründen ist eine einstweilige Verfügung im Sinn des Eventualbegehrens zu Punkt 1 des Sicherungsantrags zu erlassen.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm § 43 Abs 1 ZPO. Der Beklagten ist es gelungen, einen Teil des Sicherungsantrags abzuwehren. Damit hat sie Anspruch auf Ersatz der Kosten in jenem Ausmaß, in dem sie im

Provisorialverfahren erfolgreich war; die Vorschriften der ZPO über die Kostenteilung sind nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0005667, insb [T1, T3]). Daher ist - anders als im Regelfall bei Erlassung eines Teilurteils § 52 Abs 2 ZPO) - eine sofortige Entscheidung über jene Kosten möglich, die auf den in dritter Instanz strittigen Teil des Begehrens entfallen.

Haupt- und Eventualbegehren haben etwa gleiches Gewicht. Daher ist bei Punkt 1 des Sicherungsantrags von einem gleichzeitigen Erfolg der Parteien auszugehen, was zur Anwendung von § 43 Abs 1 ZPO führt (RIS-Justiz RS0110839, RS0109703 [T1]). Für das Verfahren erster und zweiter Instanz ist daher ein Obsiegen der Beklagten im Ausmaß von einem Sechstel anzunehmen. Die Klägerin hat ihr daher die Kosten der Äußerung zum Sicherungsantrag und der Rekursbeantwortung in diesem Ausmaß zu ersetzen; umgekehrt hat sie ein Sechstel ihrer eigenen Kosten endgültig und ein weiteres Sechstel dieser Kosten vorläufig selbst zu tragen. In dritter Instanz war nur mehr Punkt 1 des Begehrens strittig. Die Klägerin hat der Beklagten daher die Hälfte der Kosten der Revisionsrekursbeantwortung zu ersetzen; die Kosten ihres Revisionsrekurses hat sie zur Hälfte endgültig und zur anderen Hälfte vorläufig selbst zu tragen. Die Bemessungsgrundlage beträgt hier jedoch nur ein Drittel des Streitwerts des Unterlassungsbegehrens (11.333 EUR).

**Schlagworte**

S-Telefone,

**Textnummer**

E91512

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0040OB00101.09W.0714.000

**Im RIS seit**

13.08.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

19.12.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

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