

# TE OGH 2021/12/16 4Ob102/21k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.12.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, MMag. Matzka und die Hofrätin Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, \*, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei T\* GmbH, \*, vertreten durch die LANSKY, GANZGER & partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 30. März 2021, GZ 5 R 165/20a-17, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 1. Oktober 2020, GZ 53 Cg 31/19h-11, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.017,90 EUR (darin 169,65 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Der Kläger ist gemäß § 14 UWG klagslegitimiert.

Die Beklagte bietet Kommunikationsdienstleistungen an, unter anderem Mobiltelefone und 5G-Ready-Tarife mit und ohne Mindestvertragsdauer. Die Tarife „Mobile SIM Only Gold“, „Mobile SIM Only Platin“ umfassen nur Telekommunikationsdienstleistungen, aber keine Hardware. Bei den Tarifen „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ ist bei sonst identischen Leistungsparametern jeweils ein Smartphone inkludiert; die monatliche Grundgebühr ist bei diesen Tarifmodellen jeweils 10 bis 15 EUR höher als bei der SIM Only-Variante desselben Tarifs.

[2] Die Beklagte bewarb ihre Produkte in Fernsehwerbespots mit dem gesprochenen Text: „Mega. Giga. Magenta Unlimited. Unlimitiertes Datenvolumen für alle Smartphones mit neuen 5G READY Tarifen; wie das HUAWEI P30 Pro. Zum ultimativen Startpreis von 0 Euro“ und folgendem Bild:



Im Internet warb die Beklagte mit folgendem Inserat:



Außerdem warb sie unter anderem mit folgenden Plakaten:



In Zeitungen ließ sie folgende Anzeige schalten:



[3] Im Kleingedruckten wird jeweils auf „24 Monate MVD“ bzw. „Mindestvertragsdauer 24 Monate“ hingewiesen.

[4] Die Beklagte hat bereits Lizenzen, um ein 5G-Netz anbieten zu können. Der neue Kommunikationsstandard 5G war aber bei seiner Einführung im November 2019 erst in 31 Gemeinden der 2.095 Gemeinden Österreichs verfügbar, im Juni 2020 in 41. Neben dem bruchstückhaften Zustand der Netze ist zu berücksichtigen, dass es bislang kein

Mobiltelefon am Markt gibt, das sämtliche 5G-Frequenzbereiche abdeckt.

[5] Der Kläger begehrt ursprünglich zu vier verschiedenen Aspekten dieser Werbekampagne wegen Verstößen gegen das UWG Unterlassung und Urteilsveröffentlichung. Im Revisionsverfahren noch relevant sind das Unterlassungsbegehren, „bei Kopplungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif), den Preis für das Mobiltelefon mit?€ 0? oder sinnlich zu bewerben, wenn die Beklagte einen vergleichbaren Tarif (mit den gleichen Telekommunikationsdienstleistungen) ohne Mobiltelefon und ohne Mindestvertragsdauer (oder mit kürzerer oder gleicher Mindestvertragsdauer) zu niedrigeren monatlichen Kosten anbietet“; weiters das Eventualbegehren, das folgende Einschränkung enthält: „... es sei denn, sie stellt ausreichend deutlich klar, dass und um wie viel der Tarif mit Zugabe (Mobiltelefon) teurer ist“; sowie letztlich das Urteilsveröffentlichungsbegehren.

[6] Da dieselben Tarifmodelle in der „SIM Only“-Variante ohne Hardware um monatlich 10 EUR billiger seien, zahle der Verbraucher für das Mobiltelefon tatsächlich nicht null EUR, sondern bei einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten zumindest 240 EUR. Das Kopplungsangebot verstoße gegen UWG Anh Z 20, zumindest aber liege eine sonstige Geschäftspraktik mit Täuschungsgehalt iSd § 2 Abs 1 Z 4 UWG oder eine irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 4 Z 1 iVm § 2 Abs 6 Z 3 UWG vor.

[7] Die Beklagte wendete unter anderem ein, den Kunden sei bewusst, dass die Mobiltelefone nicht verschenkt würden, sodass sie die an anderer Stelle hinreichend offen gelegten Kosten berücksichtigen würden. Unterschiedliche Tarife mit und ohne subventionierte Hardware seien Branchenstandard.

[8] Das Erstgericht gab drei der Unterlassungsbegehren statt, wies aber das nun relevante vierte Unterlassungsbegehren samt Eventualbegehren ab. Nach jahrelanger Konfrontation mit Angeboten von Mobiltelefonen um null Euro sei dem Verbraucher bereits bewusst, dass keine Smartphones verschenkt würden, sondern ihr Preis über die Mindestvertragsdauer und die höhere Grundgebühr finanziert werde. Die von der Beklagten zum Tarif angebotenen Mobiltelefone würden im Elektrofachhandel 500 bis 800 EUR kosten. Dem aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher könne die Entscheidung zugemutet werden, ob für ihn ein billigerer Vertrag ohne oder ein teurerer Vertrag mit Smartphone günstiger sei.

[9] Außerdem ermächtigte das Erstgericht den Kläger zur Urteilsveröffentlichung durch einmaliges Verlesen im ORF sowie einer ganzseitigen Einschaltung in einer Freitagsausgabe der Kronenzeitung und verpflichtete die Beklagte zur Urteilsveröffentlichung auf ihrer Website im Ausmaß eines Viertels des Bildschirms; das Mehrbegehren auf Veröffentlichung in weiteren TV-Sendern wies es ab.

[10] Das Berufungsgericht gab aufgrund der Berufung des Klägers auch dem vierten Unterlassungsbegehren statt, nicht aber dem Begehren auf Veröffentlichung in weiteren TV-Sendern. Die Beklagte werbe mit einer kostenlosen Zugabe, obwohl die Wahl eines Tarifs mit Smartphone eine finanzielle Mehrbelastung von zumindest 240 EUR gegenüber demselben Tarif ohne Smartphone mit sich bringe. Ein Kopplungsangebot im Sinn einer Gesamtkalkulation liege daher nicht vor. Die Werbung falle unter UWG Anh Z 20, sei also eine Geschäftspraktik der schwarzen Liste, die jedenfalls als unlauter gelte. Es komme daher nicht drauf an, ob dem Durchschnittsverbraucher grundsätzlich klar sei, dass die Telefone bei der Kalkulation der Tarife eingepreist würden.

[11] Die Berufung der Beklagten war dagegen nicht erfolgreich. Das Berufungsgericht hielt insbesondere das angeordnete Ausmaß der Veröffentlichung wegen der aufwändigen Kampagne der Beklagten zur Aufklärung der Verbraucher für erforderlich.

[12] Die außerordentliche Revision der Beklagten zielt auf eine Abweisung des 4. Unterlassungs- sowie des gesamten Veröffentlichungsbegehrens ab.

[13] Der Kläger beantragt in seiner ihm vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

[14] Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

#### **1. Zur Zulässigkeit der Revision**

[15] Der Kläger wies in seiner Revisionsbeantwortung darauf hin, dass seiner Ansicht nach gesonderte Bewertungsaussprüche für die einzelnen Begehren fehlten.

[16] § 500 Abs 2 Z 1 ZPO ist dahin zu verstehen, dass das Berufungsgericht bei allen nicht ausschließlich in Geld bestehenden Ansprüchen mit Ausnahme jener, für die die Ausnahmeregelung des § 502 Abs 3 ZPO gilt, einen Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands zu treffen hat (RS0042437). Bei Vorliegen mehrerer selbstständiger, miteinander nicht in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang stehender Begehren müssen dabei gesonderte Aussprüche erfolgen (RS0042437 [T6]). Stehen mehrere Begehren dagegen im tatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang iSd § 55 JN, so ist ein einheitlicher Bewertungsausspruch vorzunehmen (vgl. RS0118275 zum AußStrG).

[17] Daher fordert der Senat im Lauterkeitsrecht etwa gesonderte Bewertungsaussprüche, wenn die Klägerin ihre Ansprüche aus jeweils verschiedenen Zeitungsinseraten ableitet (4 Ob 72/91) oder bei getrennten Unterlassungsansprüchen aus drei Wettbewerbsverstößen mit unterschiedlichen Sachverhalten (RS0053096 [T17] = 4 Ob 161/16d). Dagegen ist eine einheitliche Bewertung vorzunehmen, wenn sechs Aussagen untersagt werden sollen, die ein und demselben Werbeschreiben entstammen (4 Ob 166/07a).

[18] Im vorliegenden Fall stützt der Kläger seine vier Unterlassungsbegehren auf vier verschiedene Aspekte aus einer einzigen Werbekampagne, wobei die als unlauter bekämpften Aussagen in (beinahe) sämtlichen Medienauftritten im Rahmen der Kampagne in gleicher oder sehr ähnlicher Weise fielen. Das Berufungsgericht nahm daher zu Recht eine einheitliche Bewertung vor.

## 2. Zum Unterlassungsbegehren betreffend die Bewerbung eines Mobiltelefons um null Euro

[19] 2.1. Die Beklagte führt ins Treffen, dass Zugaben und Kopplungsangebote durch das UWG aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben nicht grundsätzlich untersagt seien.

[20] Dies ist zwar zutreffend (Anderl/Appl in Wiebe/Kodek, UWG2 § 2 Rz 375 [2016]; Alexander in MüKoUWG<sup>3</sup> [2020] UWG nach § 3 Abs 3 Nr 21 Rz 24), aber im vorliegenden Fall nicht relevant. Das Klagebegehren ist nämlich nicht darauf gerichtet, der Beklagten die Beigabe von Hardware zu ihren Kommunikationsdienstleistungsverträgen zu verbieten, sondern darauf, diese Hardware unzutreffend als kostenlose Teilleistung darzustellen.

[21] Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung 4 Ob 95/99w ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Sie untersuchte die Zulässigkeit einer Kopplung von Mobiltelefon und Netznutzungsvertrag im Hinblick auf das mittlerweile durch das KaWeRÄG 2012 aufgehobene Zugabenverbot des § 9a UWG. Außerdem lag der Entscheidung auf Tatsachenebene eine völlig andere Marktsituation zugrunde. Damals bildeten Mobiltelefone und Netzzugang eine Funktionseinheit, weil in der Regel das Eine nicht ohne das Andere angeboten wurde (vgl. RS011877; vgl. insbesondere auch 4 Ob 162/06m zu den Kriterien für das Vorliegen einer Funktionseinheit). Heute dagegen ist es gleichermaßen üblich, Mobiltelefone ohne Netznutzungsvertrag zu kaufen und zu verkaufen (etwa zur Nutzung mit Wertguthaben oder als Ersatz für defekte oder veraltete Geräte), wie auch reine Telekommunikationsverträge abzuschließen, weil die nötige Hardware bereits vorhanden ist.

[22] 2.2. Die Beklagte hält den Tatbestand des UWG Anh Z 20 für nicht verwirklicht, weil sie ein in der Telekommunikationsbranche übliches Kopplungsangebot mit klarer Preisgestaltung mache. Der Verbraucher erwarte daher keine Geschenke, sondern gehe davon aus, dass der Werbende die Kosten an anderer Stelle des Gesamtangebots berücksichtige. Diese Auffassung teilt der Senat nicht.

[23] UWG Anh Z 20 untersagt als Teil der sogenannten schwarzen Liste die Beschreibung eines Produktes als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder ähnlich, obwohl der Umworbene weitergehende Kosten als die Kosten zu tragen hat, die im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik und für die Abholung oder Lieferung der Ware unvermeidbar sind.

[24] Gratisankündigungen werden durch die Bestimmung also nicht ausnahmslos verboten. Solange die Inanspruchnahme eines Angebots tatsächlich keine Kosten verursacht, steht es Unternehmern auch künftig frei, unter Beachtung der sonst geltenden lauterkeitsrechtlichen Schranken mit Aussagen zu werben, die auf die Unentgeltlichkeit hinweisen (Wiltschek, Gratis, umsonst, kostenfrei oder ähnlich – Z 20 des Anhangs zum UWG, in FS Griss [2011] 755 [760]). Als „Kosten“ gelten dabei auch vergütungspflichtige Folgeverpflichtungen (zB kostenpflichtige Abonnements, Mitgliedschaften) oder – wie hier – entgeltliche Vertragsbindungen (Wiltschek, Gratis, umsonst, kostenfrei oder ähnlich – Z 20 des Anhangs zum UWG, in FS Griss [2011] 755 [763]).

[25] Der Unternehmer ist durch diesen Tatbestand der schwarzen Liste auch nicht grundsätzlich daran gehindert,

gekoppelte Angebote und Gesamtangebote zu vertreiben (zB „buy two, get one free“), bei denen ein Teil als Gratisleistung beworben wird. In diesen Fällen wird der Unternehmer in aller Regel eine Mischkalkulation vornehmen. Dies erfüllt den Tatbestand noch nicht, weil ansonsten Gratisangebote kaum möglich wären. Verboten sind aber „im Gesamtangebot versteckte Kosten“, wenn der Unternehmer bei einer Werbung für „kostenlose“ Zugaben oder Teilleistungen gleichzeitig den Preis für die Hauptware erhöht oder die Qualität der Hauptware absenkt, ohne dies kenntlich zu machen (vgl 4 Ob 148/10h). Der Nachweis einer solchen Veränderung wird allerdings schwierig sein und lässt sich wohl nur durch eine konkrete Gegenüberstellung der verschiedenen Angebote führen (vgl Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG39 Anh zu § 3 Rz 21.3; Alexander in MüKoUWG<sup>3</sup> [2020] UWG nach § 3 Abs 3 Nr 21 Rz 24, beide zur inhaltsgleichen Bestimmung Nr 13 Anhang zu § 3 Abs 3 dUWG).

[26] Anhand des hier festgestellten Sachverhalts ist der Tatbestand des UWG Anh Z 20 allerdings verwirklicht, weil die Beklagte die in allen anderen Parametern identischen Telekommunikationstarife mit und ohne Hardware zu verschiedenen monatlichen Preisen anbietet, wodurch – wie der Kläger völlig richtig vorrechnet – das Mobiltelefon die Kunden daher unter Berücksichtigung der Mindestvertragsdauer mindestens 240 EUR kostet. Die Bewerbung des Mobiltelefons als „gratis“ ist unter diesen Umständen jedenfalls unzulässig.

[27] 2.3. Die Beklagte verweist schließlich auf den Branchenstandard, dass üblicherweise verschiedene Tarifmodelle angeboten werden.

[28] Diese Ausführungen gehen am Prozessgegenstand vorbei. Der Kläger will weder erreichen, dass die Beklagte nur ein einziges Tarifmodell anbietet, noch dass die Beklagte bei Tarifmodellen Mobiltelefone inkludiert, die über erhöhte monatliche Grundgebühren „quersubventioniert“ werden. Zu prüfen war in diesem Verfahren nur, ob die Bewerbung eines Mobiltelefons, das den Verbraucher zumindest 240 EUR kostet, als „gratis“ beworben werden darf.

### 3. Zum Veröffentlichungsbegehren

[29] 3.1. Die Beklagte bekämpft die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im Zusammenhang mit der als irreführend untersagten Behauptung „5G Ready“ mit dem Argument, die Beklagte biete längst keine „5G Ready Option“ mehr an, weshalb kein Aufklärungsbedürfnis mehr bestehe.

[30] Die Beklagte brachte dazu in erster Instanz vor, dass sie mittlerweile alle Kunden, die einen „5G Ready“-Vertrag abgeschlossen hätten, in einen vollwertigen 5G-Tarif umgestellt habe. Nach den Feststellungen war aber die Nutzung des 5G-Kommunikationsstandards in Österreich (jedenfalls bei Schluss der Verhandlung erster Instanz) nicht annähernd flächendeckend und jedenfalls nicht mit den in der Werbekampagne beworbenen Geräten möglich. Weder Netz noch Geräte waren daher zum genannten Zeitpunkt „5G Ready“. Selbst wenn die Beklagte – wie sie in erster Instanz vorbrachte – bereits vor Schluss der Verhandlung nicht mehr mit dem Schlagwort „5G Ready“ geworben und alle „5G Ready“-Tarife in 5G-Tarife überführt haben sollte, wäre dadurch die von der untersagten Ankündigung hervorgerufene Irreführung der Kunden über die Verfügbarkeit des 5G-Kommunikationsstandards nicht konkret beseitigt worden. Die angeordnete Aufklärung des Publikums ist daher notwendig.

[31] 3.2. Die Beklagte wendet sich weiters gegen den Umfang der Veröffentlichungsermächtigung.

[32] Die Urteilsveröffentlichung nach § 25 Abs 3 UWG erfolgt – dem Talionsprinzip entsprechend – in der Regel in jener Form und Aufmachung, in der auch die beanstandete Ankündigung veröffentlicht worden ist (RS0079607 [T4]; RS0079737 [T23]). Hat ein Gesetzesverstoß breite Publizität erlangt, kann zur Erzielung einer hinreichenden Aufklärungswahrscheinlichkeit daher eine mehrfache Veröffentlichung des Urteils in demselben Medium oder in verschiedenen Medien erfolgen (RS0079737 [T28]).

[33] Die Vorinstanzen haben im Einklang mit dieser Judikatur in Hinblick auf die aufwändige Werbekampagne der Beklagten in verschiedenen Medien den meisten (wenn auch nicht allen) der Veröffentlichungsbegehren stattgegeben. Mit der rechtlichen Beurteilung dazu setzt sich die Revision nicht auseinander.

[34] 3.3. Schließlich wendet die Beklagte ein, die Veröffentlichung auf ihrer Website sei in der vorgeschriebenen Form technisch nicht umsetzbar, weil der Text auf nur einem Viertel des Bildschirms nicht lesbar wäre.

[35] Diese Behauptung ist eine unzulässige Neuerung. Der Einwand ist auch inhaltlich nicht nachvollziehbar, weil die Veröffentlichung auf einem Viertel der Bildschirmseite nicht unüblich (vgl zB4 Ob 57/07x; 4 Ob 187/14z) ist.

[36] 4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E133984

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2021:0040OB00102.21K.1216.000

**Im RIS seit**

03.03.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

03.03.2022

**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)