



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 165/20a

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Elhenicky und den KR Mag. Würfl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Mag. Matthias Strohmayer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch die LANSKY, GANZGER & partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.0000) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 7.625) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 28.080) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 1.10.2020, 53 Cg 31/19h-11, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es in den Punkten 4. und 7. zu lauten hat:

„4. Die Beklagte ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr bei Koppelungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif) zu unterlassen, den Preis des Mobiltelefons mit „€ 0“ oder sinngleich zu bewerben, wenn sie einen vergleichbaren Tarif (mit den gleichen Kommunikationsdienstleistungen) ohne Mobiltelefon und ohne Mindest-

vertragsdauer (oder mit kürzerer oder gleicher Mindestvertragsdauer) zu niedrigeren monatlichen Kosten anbietet."

„7. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 8.685,64 (darin EUR 1.204,44 USt und EUR 1.750,60 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 4.863,60 (darin EUR 620,10 USt und EUR 1.143 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der Kläger ist gemäß § 14 UWG klagslegitimiert. Die Beklagte betreibt ein Kommunikationsdienstleistungsunternehmen und bietet unter der Marke „Magenta“ ua Mobiltelefone und Tarife mit und ohne Mindestvertragsdauer an.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen,

1. es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, bei Verträgen über Telekommunikationsleistungen („Tarifen“), den unrichtigen Eindruck zu erwecken, Kunden würden mit diesen Tarifen einen bestimmten, neuen Kommunikationsstandard (etwa den neuen und schnelleren Kommunikationsstandard „5G“ nutzen können, insbesondere durch Verwendung der Worte „5G Ready“ oder sinngleiche Behauptungen (insbesondere durch die Bezeichnung als „5G-Ready-Tarif“, wenn der Kommunikationsstandard in Wahrheit noch nicht verfügbar ist oder die Kunden ihn mit diesen Tarifen in Wahrheit nicht nutzen können, es sei denn, sie weisen darauf ausreichend deutlich hin.

2. es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, bei Mobiltelefonen, insbesondere den Modellen „APPLE iPhone X“ und „HUAWEI P30 Pro“, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, mit diesen Geräten könne der neue Kommunikationsstandard „5G“, wenn dieser zur Verfügung steht, genutzt werden, insbesondere durch die produktbezogenen Verwendung der Worte „5G READY“, oder sinngleiche Behauptungen, wenn diese Geräte in Wahrheit nicht 5G-fähig sind.

3. es im geschäftlichen Verkehr bei Koppelungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif) zu unterlassen, den Preis des Mobiltelefons mit „€ 0“ oder sinngleich zu bewerben, ohne auf sonstige belastende Bedingungen und Preisbestandteile klar zugeordnet und ähnlich deutlich hinzuweisen, insbesondere auf die Länge der Mindestvertragslaufzeit, die monatliche Grundgebühr, die jährliche Servicepauschale, die einmalige Aktivierungsgebühr und die einmalige Urheberrechtsabgabe (jeweils den Betrag).

in eventu:

es im geschäftlichen Verkehr bei Koppelungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif) zu unterlassen, für das Mobiltelefon einen bestimmten Preis, insbesondere „€ 0“ zu behaupten, ohne ausreichend deutlich darauf hinzuweisen, dass sie Kunden noch zusätzliche einmalige Beträge (verbrauchsunabhängig und nicht optional), insbesondere zusätzlich zu dem genannten Preis eine einmalige „Urheberrechtsabgabe“ und eine einmalige „Aktivierungsgebühr“ und in welcher Höhe sie diese verrechnet, es sei denn, sie verrechne keine derartigen zusätzlichen Beträge.

4. es im geschäftlichen Verkehr bei Koppelungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif) zu unterlassen, den Preis des Mobiltelefons mit „€ 0“ oder sinngleich zu

bewerben, wenn sie einen vergleichbaren Tarif (mit den gleichen Kommunikationsdienstleistungen) ohne Mobiltelefon und ohne Mindestvertragsdauer (oder mit kürzerer oder gleicher Mindestvertragsdauer) zu niedrigeren monatlichen Kosten anbietet,
in eventu:

es im geschäftlichen Verkehr bei Koppelungsangeboten (Mobiltelefon samt Tarif) zu unterlassen, den Preis des Mobiltelefons mit „€ 0“ oder sinngleich zu bewerben, wenn sie einen vergleichbaren Tarif (mit den gleichen Kommunikationsdienstleistungen) ohne Mobiltelefon und ohne Mindestvertragsdauer (oder mit kürzerer oder gleicher Mindestvertragsdauer) zu niedrigeren monatlichen Kosten anbietet, es sei denn sie stellt ausreichend deutlich klar, dass und um wieviel der Tarif mit der Zugabe (Mobiltelefon) teurer ist.

Der Kläger erhob überdies Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Der Kläger brachte nach Darstellung der inkriminierten Werbeauftritte zusammengefasst vor, der informierte Durchschnittsverbraucher habe zwar gehört, dass ein schnellerer Kommunikationsstandard mit der Bezeichnung „5G“ den bisherigen Standard LTE (4G) ersetzen solle und werde auch aus den dargestellten Werbungen darauf schließen, dass es eine neue und schnellere Verbindungsmöglichkeit mit der Bezeichnung „5G“ gebe. Ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verbraucher wisse aber nicht, dass die Implementierung dieses Standards noch einige Zeit benötige. Diese würden die Werbung für den „5G READY“-Tarif vielmehr so verstehen, dass 5G von der Beklagten für Kunden „bereitgestellt“ sei und die Kunden den neuen Standard bereits nutzen könnten. Die Angaben seien geeignet, bei Verbrauchern den unrichtigen Eindruck zu erwecken, dass sie bei Abschluss eines „5G

READY“-Tarifs den neuen und schnelleren Kommunikationsstandard „5G“ nutzen könnten, obwohl das nicht der Fall sei. Die Bewerbung des Tarifs als „5G READY“-Tarif sei zumindest mehrdeutig: „5G ist jetzt bereit“ sei eine Auslegung, die zumindest ernstlich in Betracht komme. Diese Täuschung veranlasse Verbraucher dazu, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten; auch die Entscheidung, das Geschäft oder die Website zu besuchen, sei bereits eine „geschäftliche Entscheidung“ iSv Art 2 lit k der Richtlinie 2005/29/EG. Der Hinweis am Ende der Zeitungsanzeige sei nicht geeignet, die Irreführungseignung zu beseitigen. Der Leser nehme diese Anzeigen eher beiläufig zur Kenntnis, eine vollständige Lektüre des gesamten Textes sei nicht zu erwarten. Dies gelte auch für die Werbungen auf Plakatwänden und die Werbespots im Fernsehen, das Kleingedruckte werde nicht Teil des Gesamteindrucks. Der im Rahmen des 40 Sekunden langen Fernsehwerbespots (mit einer Fülle rasch wechselnder, die Aufmerksamkeit auf sich ziehender Bilder) nur für vier Sekunden in kaum bzw nicht lesbarer kleiner Schrift am unteren Bildrand eingeblendete Hinweis sei unzureichend.

Zur Werbung für das Smartphone Huawei P30 Pro im „5G READY“-Tarif brachte der Kläger vor, Verbraucher würden nicht auf die Idee kommen, dass ein mit dem Stempel „5G READY“ beworbenes Modell nicht 5G-fähig sei. Tatsächlich seien aber weder das beworbene „HUAWEI P30 Pro“, noch das „APPLE iPhone X“ 5G-fähig. Der Verbraucher sei zum zusätzlichen Erwerb eines 5G-fähigen Handys gezwungen, um 5G überhaupt (irgendwann) nutzen zu können. Der Hinweis in der Fußzeile: „Für die Nutzung ist eine 5G-fähige Hardware unbedingt erforderlich“, sei nicht ausreichend. Ein Verbraucher werde diesen in der Regel nicht

wahrnehmen, und wenn er ihn wahrnehmen sollte, könne er daraus nicht ableiten, dass es sich gerade bei dem beworbenen Modell um keine 5G-fähige Hardware handelt.

Die Beklagte bewerbe unterschiedliche Telefonmodelle zu „€ 0“. Es entstehe beim Verbraucher der Eindruck, er komme bei Vertragsabschluss in den Genuss eines besonderen Preisvorteils. Tatsächlich sei der Erwerb des Mobilgeräts an den Abschluss eines Mobilfunkvertrags mit Mindestvertragslaufzeit gebunden (Koppelungsangebot), wobei dem Verbraucher die ihn treffende (monatliche und jährliche) Kostenbelastung verborgen bleibe. Er werde nicht darüber aufgeklärt, dass sich bei Inanspruchnahme des inkriminierten Angebots die monatliche Grundgebühr (im Vergleich zu demselben Tarif ohne Mobilgerät) erhöhe.

Dem Verbraucher würden wesentliche Informationen vorenthalten, die er für eine informierte Entscheidung benötige. Durch die Preisangabe „€ 0“ werde bei ihm die Vorstellung erweckt, er erhalte das Mobilfunkgerät als kostenlose Zuwendung anlässlich des Abschlusses eines Mobilfunkvertrags. Zwar würden die Verbraucher erkennen, dass es sich um ein Koppelungsangebot handle und das Mobiltelefon kein „reines Geschenk“ sei und daher mit zusätzlichen zeitbezogenen und verbrauchsabhängigen Kosten rechnen. Wenn für Verbraucher aber der attraktive Teil des Geschäfts derart blickfangmäßig herausgestellt sei, treffe den Werbenden eine aus dem Irreführungsverbot abzuleitende Pflicht, die anderen belastenden Preisbestandteile klar zugeordnet und ähnlich deutlich herauszustellen. Der Betrachter müsse ausreichend deutlich über sämtliche Kosten aufgeklärt werden. Ansonsten gehe von einem derartigen Angebot, wo die belastenden Bestandteile in derart kleiner Schrift angegeben werden und im Gesamteindruck untergehen, die Gefahr aus, dass über den tatsächlichen Wert des Angebots

getäuscht oder zumindest unzureichend informiert werde. Eine solche Werbung sei unvollständig und deshalb irreführend, die blickfangartig herausgestellte Information „€ 0“ sei nur die halbe Wahrheit. Zumindest würden Verbraucher angesichts des behaupteten Preises von „€ 0“ erwarten, dass sie das Telefon bei Abschluss eines Tarifs (mit zeitbezogenen oder verbrauchsabhängigen Nebenkosten) um € 0 erhalten und keine Einmalkosten bezahlen müssen. Gerade das sei jedoch der Fall: Der Erhalt des Telefons setze nicht nur den Abschluss des Tarifs (mit zeitbezogenen und verbrauchsabhängigen Kosten), sondern auch die Bezahlung einmaliger Kosten in Höhe von EUR 42,99 voraus (einerseits „Aktivierungskosten EUR 39,99“ und andererseits die „Urheberrechtsabgabe (URA) einmalig EUR 3“; ergibt insgesamt EUR 42,99). Dieser Irrtum könne Verbraucher ebenfalls zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

Darüber hinaus liege ein Verstoß gegen UWG Anh Z 20 vor, weil der Umworbene für das Mobiltelefon weitergehende Kosten iSd UWG Anh Z 20 zu tragen habe: Die 5G-Ready-Tarife „Mobile Platin“ und „Mobile Gold“ seien ohne Mobiltelefon monatlich um EUR 10,00 billiger. Nehme der Konsument das Mobiltelefon „dazu“ (Koppelung), bezahle er für dieselben Telekommunikationsleistungen im selben Tarif („Mobile Platin“ oder „Mobile Gold“) zumindest EUR 240,00 zusätzlich (innerhalb der Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten). Offensichtlich bezahle der Konsument diese Kosten für das Mobiltelefon. Die Beschreibung des Mobiltelefons im Koppelungsangebot als „gratis“ („€ 0“) sei daher unrichtig. Zwar sei es auch im Rahmen der Ziffer 20 zulässig, eine tatsächlich kostenlose Zugabe als solche zu bezeichnen, auch wenn sie nur gemeinsam mit der Hauptware erworben werden könne. Im

vorliegenden Fall sei die Zugabe aber nicht „tatsächlich kostenlos“, weil sich der Preis bei Erhalt der Zugabe wesentlich erhöhe. Jedenfalls werde zumindest ein erheblicher Teil der Verkehrskreise angesichts der Werbung „HUAWEI P30 Pro € 0,00 im Tarif Mobile Platin“ nicht erwarten, dass die Beklagte denselben Tarif mit denselben Leistungen ohne Mobiltelefon um EUR 10,00 mtl billiger anbiete (denn dann würde sich ja der mit „€ 0“ angegebene Preis als unrichtig herausstellen). Zumindest dadurch, dass die Beklagte in ihrer Werbung nicht darauf hinweist, dass der Tarif ohne Mobiltelefon um EUR 10,00 mtl billiger erhältlich ist, werde der Verbraucher über die Attraktivität des Angebots getäuscht und womöglich zu einer geschäftlichen Entscheidung verleitet. Zumindest liege eine sonstige Geschäftspraktik mit Täuschungseignung 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.

Es liege Wiederholungsgefahr vor. Das Veröffentlichungsbegehren diene der Aufklärung von Vertragspartnern, Mitbewerbern und potentiellen Kunden der Beklagten über die Rechtswidrigkeit der Geschäftspraktik sowie der Warnung von Konsumenten vor ähnlichen Praktiken.

Die Beklagte beantragte die Klagsabweisung. Die Tarife „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ würden gegenüber anderen Tarifen umfangreichere Leistungen beinhalten, nur hier sei die kostenlose 5G Ready Option mitenthalten. Das bei den Tarifbeschreibungen angebrachte Tarifblatt enthalte eine korrekte Information über die Ausgestaltung der kostenlosen 5G Ready Option. Den interessierten Kunden werde darin genau mitgeteilt, dass ein Ausbau der 5G Technologie bis 2020 zu erwarten und unter „5G Ready“ zu verstehen sei, dass sie mit dieser Option ohne

Aufzahlung, ohne erforderliche Vertragsverlängerung und ohne sonstige Gebühr sofort auf einen 5G Tarif umsteigen können, sobald ein solcher angeboten werde. Die beiden Tarife „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ zeichne aus, dass sie erstmals unlimitiertes Datenvolumen böten. Zielgruppe seien Personen, die entweder besonders technikaffin und bereit seien, für grenzenloses Datenvolumen einen weitaus höheren Preis zu zahlen, oder die den Tarif zwar nicht als klassische Businesskunden, aber dennoch beruflich nutzten. Nur für diese Zielgruppen seien Tarife um EUR 54,99 bzw EUR 69,99 interessant. Diesen Zielgruppen sei bewusst, dass sich die 5G Technologie gerade im Ausbau befinde und eine 5G Ready Option daher den Umstieg auf diese ebne, sobald die Technologie zur Verfügung stehe.

Es werde eine Imagekampagne zum neuen Markenauftritt Magenta geführt. Die auf den Seiten 2 und 3 der Klage abgebildete Werbeschaltung in der Zeitung „Heute“ stelle eine solche Imagekampagne dar. Wie einer Imagewerbung inhärent, würden keine konkreten Leistungen oder Produkte beworben, sondern es werde überspitzt herausgestellt, wie „neu, brandneu“ Magenta sei, die Beklagte arbeite am 5G Standard und bereite ihre Netze und Angebote auf diesen vor. Sie gestalte daher diese digitale Zukunft und stelle diese mit dieser Einschaltung oberflächlich vor. Die Werbung sei daher nicht zur Irreführung geeignet. Die allgemein gehaltenen Informationen seien korrekt. Die Werbemaßnahme richte sich ausdrücklich an Unternehmer.

Bei den in den Fernsehwerbespots beworbenen Handys handle es sich um hochpreisige „Profi“-Modelle, die insbesondere beruflich, oder von besonders technikaffinen Personen genutzt würden. Der beworbene Tarif „Mobile Platin“ verfüge über die 5G Ready Option, daher finde sich der (im Vergleich klein gehaltene) Hinweis darauf.

Nirgends finde sich die Behauptung, dass die Telefone 5G-fähig seien. Im Gegenteil sei dem eingeblendeten Rechtstext zu entnehmen:

„5G Ready Option: Egal wie die künftigen 5G Tarife ausgestaltet sein werden, mit „5G Ready“ können Sie ohne Vertragsverlängerung und ohne sonstige Gebühr auf einen gleichwertigen 5G-fähigen Tarif umsteigen, sobald die 5G Technologie und ein 5G-fähiger Tarif verfügbar sind. Sie zahlen dafür garantiert keine höhere Grundgebühr als für Ihren 5G Ready-Tarif. Es ist zu erwarten, dass 5G, abhängig vom konkreten Wohnort, ab 2020 in Teilen Österreichs genutzt werden kann. Für die Nutzung ist eine 5Gfähige Hardware unbedingt erforderlich. Details www.magenta.at.“

Die Werbeschaltung im Internet (Seite 4 der Klage) richte sich nicht an Verbraucher, sondern eindeutig an Businesskunden. Es sei ausdrücklich von „5G Ready Business“ die Rede. Das beworbene Handy sei das hochpreisige Gerät „HUAWEI P30 Pro“, der beworbene Tarif „Mobile Platin“ mit der 5G Ready Option ausgestattet. Zu weiterführenden Informationen (den eben dargestellten Rechtstext) führe der Link „Mehr erfahren“.

Zur Plakatwerbung sei auf das zu den Fernsehwerbespots Ausgeführte und den dort zitierten Rechtstext zu verweisen.

Es sei Branchenstandard, zwischen Tarifen mit und Tarifen ohne (subventionierte) Hardware zu unterscheiden. Die Mindestvertragsdauer sei gesetzlich im TKG vorgesehen und durch oberstgerichtliche Rechtsprechung bestätigt. Dass die Handys um EUR 0 bei hardwaregestützten Tarifen nicht aus Freigiebigkeit verschenkt, sondern in die Preisgestaltung des Tarifs einkalkuliert würden, sei dem durchschnittlichen Kunden bewusst. Durch die Subventionierung erhielten die Kunden ein hochwertiges Handy ohne Zuzahlung, während ihnen die Kosten für den monatlichen Tarif transparent mit dem konkreten Betrag offengelegt

würden. Die Aktivierungskosten und das Serviceentgelt seien in der gesamten Branche üblich. Sowohl auf diese Kosten, als auch auf die Urheberrechtsabgabe werde im Rechtstext der Werbung mit dem konkreten Betrag und nochmals in den Entgeltbestimmungen (Tarifblatt) hingewiesen. Es gebe keine versteckten Kosten, insbesondere auch keine, die zusätzlich für die Hardware aufgewendet werden müssten. Die Verbraucher trafen eine vollinformierte Entscheidung, bei der ihnen der Gesamtpreis bekannt sei. Das Einkalkulieren kostenloser Leistungen wie der beigegebenen Hardware in die Preisgestaltung des Tarifs des Werbenden sei grundsätzlich nicht zur Täuschung geeignet. Der verständige Durchschnittsverbraucher gehe vielmehr davon aus, dass ihm der Werbende gerade kein Geschenk mache, sondern die Kosten hierfür an anderer Stelle berücksichtige.

Die Aktivlegitimation des Klägers werde bestritten, sie sei auf an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen beschränkt. Die vom Kläger aufgegriffenen Werbemaßnahmen richteten sich an Unternehmen. Selbst wenn der Kläger Werbung inkriminieren würde, die sich an Verbraucher richtet, wären die Klagebegehren jedenfalls entsprechend einzuschränken. Die beantragte vielfache Urteilsveröffentlichung sei überschießend und entspreche nicht dem Talionsprinzip. Bei mehreren Verstößen sei nicht unbedingt auf Veröffentlichung in mehreren Medien zu erkennen, eine Veröffentlichung auf der Website der Beklagten wäre ausreichend und zur Information der Verkehrskreise geeignet.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** den zu 1., 2. und 3. des Urteilsantrags gestellten Unterlassungshauptbegehren statt. Das 4. Haupt- und Eventualbegehren (zu Koppelungsangeboten) wurde abgewiesen.

Das Erstgericht erteilte dem Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung der klagsstattgebenden Teile durch einmaliges Verlesen im Fernsehen in einem Werbeblock des Fernsehsenders „ORF 2“ zwischen 19:00 und 20:15 Uhr sowie zur Veröffentlichung im Ausmaß einer Seite im redaktionellen Teil einer Freitagsausgabe der Tageszeitung „Kronen Zeitung“. Weiters wurde die Beklagte zur Urteilsveröffentlichung auf ihren Onlinemedien unter <https://www.magenta.at> jeweils in einem rechteckigen Fenster in der Größe eines Viertels der Bildschirmoberfläche, die bei Eingabe der Internetadresse in der Adresszeile des Webbrowsers unmittelbar erscheint, für die Dauer von 30 Tagen verpflichtet. Mehrbegehren zur Veröffentlichung wurden unbekämpft abgewiesen.

Das Erstgericht legte den auf den Seiten 3 bis 15 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Sachverhalt seiner Entscheidung als unstrittig zu Grunde; auf diesen Sachverhalt wird verwiesen. Weiters traf es die auf den Seiten 15 bis 22 festgehaltenen Tatsachenfeststellungen, auf die ebenfalls verwiesen wird.

Rechtlich bejahte es die Aktivlegitimation des Klägers. Die Werbung richte sich an Verbraucher, weil insbesondere die 5G-Ready-Tarife für Verbraucher „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ beworben worden seien, und nicht die 5G-Ready Tarife für Unternehmer „Business Mobile Gold“ und „Business Mobile Platin“.

Nach einer allgemeinen Darstellung der wesentlichen Rechtsgrundlagen führte das Erstgericht zum konkreten Fall aus, die Werbung mit den Modellen „APPLE iPhone X“, „HUAWEI P30 Pro“ und „SAMSUNG Galaxy S10“ in Zusammenhang mit den 5G-Ready-Tarifen verschweige dem Durchschnittsverbraucher den wesentlichen Umstand, dass die beworbene Hardware nicht die technischen Voraussetzungen erfülle, um das 5G-Netz nutzen zu können. Durch die Unvollständig-

keit werde es dem Verbraucher verunmöglicht, die wirtschaftliche Gesamtbelastung seiner Geschäftsentscheidung zu überblicken, weil er nicht erwarte, dass ein mit einem 5G-Ready-Tarif beworbenes Gerät nicht 5G-fähig sei und er zur Nutzung des 5G-Netzes abermals ein neues Mobiltelefon erwerben müsse. Wenn ein Unternehmer eine bestimmte Eigenschaft eines Produktes ausdrücklich als besonderen Vorteil herausstelle, so müsse er zur Vermeidung eines unrichtigen Gesamteindrucks auch auf die zwangsläufig verbundenen Nachteile, also die Nicht-5G-Fähigkeit der beworbenen Mobiltelefone, hinweisen. Bei der Beurteilung einer potenziellen Irreführung sei das eingesetzte Kommunikationsmedium (zB Radio, TV, Print, Telefon, E-Mail etc) zu berücksichtigen. Insbesondere bei Radio- und TV-Werbung sei der Aufmerksamkeitsgrad des Publikums nicht allzu hoch anzusetzen. Hier werde Werbung meist nur beiläufig wahrgenommen und daher keine allzu detaillierten Informationen erwartet. Daher seien zwar der Umfang und Detaillierungsgrad der Informationsvermittlung reduziert, zu einem gänzlichen Entfall der Informationspflicht könne es dadurch aber nicht kommen. Die wesentliche Unvollständigkeit hätte vermieden werden können, indem ohne ins Gewicht fallenden erhöhten Platzbedarf, ein gut lesbarer, kurzer Hinweis iSv „Das beworbene Mobiltelefon stellt keine 5G-fähige Hardware“ angebracht worden wäre. Die sinngleiche Ergänzung der Fernsehwerbespots hätte keine ins Gewicht fallende erhöhte Sendezeit bewirkt. Enthalte eine Ankündigung wesentliche Informationen als Voraussetzung einer informierten geschäftlichen Entscheidung des Marktteilnehmers nicht, liege schon nach § 2 Abs 4 UWG eine irreführende Geschäftspraktik vor, ohne dass es noch weiter darauf ankäme, ob die Ankündigung als bereits konkrete und unmittelbare Aufforderung an Verbraucher zum

Kauf mit gegenüber allgemeiner Aufmerksamkeits-, Image- oder Gefühlswerbung erhöhten Informationspflichten zu beurteilen sei. Es erwecke der Fernsehwerbespot und die Plakat- bzw Internetwerbung den Gesamteindruck, dass die Beklagte einen neuen Tarif anbiete, der „5G-Ready“ sei. Der Durchschnittsverbraucher verstehe mit seinen Englischkenntnissen, dass es sich um einen „5G-bereiten“ Tarif handle. Ein „5G-bereiter“-Tarif sei nach der Ansicht des Durchschnittsverbrauchers ein solcher, der die Nutzung des 5G-Netzes ab sofort erlaube. Es werde aber lediglich eine Option zu einem 5G-Tarif ab Verfügbarkeit von 5G geboten.

Im 40 Sekunden langen, im Mai und Juni 2019 ausgestrahlten Fernsehwerbespot, werde erst in einer Fußnote darauf hingewiesen, dass es sich um eine 5G-Ready-Option handle und 5G erst ab 2020 in manchen Teilen Österreichs verfügbar sein werde. Diese Fußnote könne jedoch die Funktion eines hinreichend aufklärenden Hinweises nicht erfüllen. Die ca 80 Wörter des Fußnotentextes seien nur für ca drei Sekunden eingeblendet und in einer praktisch nicht lesbaren Schriftgröße gehalten, weshalb dieser Hinweis im Gesamtzusammenhang vom Durchschnittsverbraucher inhaltlich nicht erfasst werden könne. Auch im Text des Werbesprechers sei nur von einem 5G-Ready-Tarif (aber von keiner 5G-Ready-Option) mit einem Smartphone um 0 € die Rede, während der aufklärende Hinweis nicht akustisch vorgetragen werde. Der Fernsehwerbespot stelle eine in ihrem maßgeblichen Gesamteindruck unvollständige Werbung der Beklagten dar, die geeignet sei, den angesprochenen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die Plakatwerbung enthalte dieselbe Fußnote, die hier hinreichend auffällig sei. Irreführend

sei aber der Umstand, dass die Eigenschaft des Tarifs als 5G-Ready hervorgehoben werde, während keine Anhaltspunkte dafür geliefert würden, wo der Ausbau des 5G-Netzes wie rasch vonstatten gehe. Im Juni 2020 sei 5G erst in 41 der 2.095 Gemeinden Österreichs verfügbar gewesen, wobei die Beklagte keine näheren Angaben habe machen können, wie viel Prozent des Bundesgebiet dies ausmache. Ab wann und wo in welcher Gemeinde 5G verfügbar sein werde, sei eine wesentliche Information für die Geschäftsentscheidung des Verbrauchers. Die Verfügbarkeit sei dafür ausschlaggebend, ob ein Tarif mit 5G-Ready-Option für ihn günstig sei, wenn er in der näheren Zukunft 5G bereits nutzen möchte. Mit dem bloßen Hinweis auf die Wohnortabhängigkeit sei dem Informationsbedürfnis nicht Genüge getan, weil man damit noch nicht abschätzen könne, ob man in einer Gemeinde lebe, die schon in naher Zukunft vom Ausbau des 5G-Netzes profitieren wird. Vielmehr wäre es der Beklagten zumutbar, darauf hinzuweisen, dass zB 5G in den Landeshauptstädten ab 2020 und in den Bezirkshauptstädten ab 2021, wenn dies der Fall ist, verfügbar sei. Dasselbe gelte auch für die Fußnote im Fernsehwerbespot.

Eine Fülle derartiger Angebote mache dem Durchschnittsverbraucher deutlich, dass es nicht um das Verteilen von Handys um „0 €“, sondern um einen Anreiz zum Abschluss eines langfristigen Mobilfunkvertrags gehe. Entgegen der Ansicht des Klägers werde dem Verbraucher keine wesentliche Information vorenthalten, weil nach jahrelanger Konfrontation mit Angeboten von Mobiltelefonen um „0 €“ dem Verbraucher bereits bewusst sei, dass der Wert des Smartphones über eine Mindestvertragsdauer und höhere Grundgebühr finanziert werde. Wenn sich der Verbraucher für einen Vertrag mit Mobiltelefon um „0 €“ entscheide, bezahle er für seinen

Vertrag monatlich eine um EUR 10 höhere Grundgebühr. Wie der Kläger auch richtig angemerkt habe, habe der Verbraucher nach Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten somit EUR 240,-- für das Gerät bezahlt. Der Kläger übersehe jedoch, dass im Juli 2020 die beworbenen Mobiltelefone HUAWEI P30 Pro, SAMSUNG Galaxy S10 und APPLE iPhone X im Elektrofachhandel zwischen ca EUR 500 und EUR 800 ohne Vertrag erworben werden konnten. Aus dem Verbraucherleitbild des EuGH von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ergebe sich daher, dass diesem die Entscheidung, ob nun für ihn konkret ein billigerer Vertrag ohne oder ein teurerer Vertrag mit Smartphone günstiger sei, zugemutet werden könne.

Blickfangwerbung sei dadurch gekennzeichnet, dass einzelne Angaben im Vergleich zu den sonstigen Angaben einer Werbeanündigung besonders herausgestellt werden. Der Gesamteindruck werde vom Blickfang entscheidend geprägt, weshalb die Gefahr bestehe, dass sich das angesprochene Publikum mit den übrigen Teilen der Ankündigung, in denen der blickfangartig herausgestellte Teil möglicherweise erst erklärt, näher umschrieben oder auch richtiggestellt wird, gar nicht mehr befasse. Werde beim Blickfang selbst durch einen klaren und unmissverständlichen Sternchenhinweis oder durch sonstige Anmerkung auf weitere Angaben aufmerksam gemacht, werde der verständige Durchschnittsverbraucher davon ausgehen, dass diese für ein zutreffendes Verständnis des Blickfangs erforderlich sind. Der Blickfang bestehe bei den inkriminierten Werbungen darin, dass ein Smartphone groß abgebildet dargestellt und daneben der Preis mit „0 €“ angegeben werde. Dem Verbraucher sei bewusst, dass ihm nicht tatsächlich ein Mobiltelefon geschenkt werde, jedoch benötige er zum Treffen einer informierten

geschäftlichen Entscheidung jedenfalls zusätzliche Informationen, wie insbesondere zur Mindestvertragsdauer und zu den anfallenden Kosten, wie jährliche Servicepauschale, Urheberrechtsabgabe und einmaliges Aktivierungsentgelt. Bei der streitgegenständlichen Blickfangwerbung müsse die Beklagte daher sicherstellen, dass der Blick des Verbrauchers auch auf das Kleingedruckte gelenkt werde, damit die Blickfangwerbung richtig verstanden werden könne, also welche Mindestvertragsdauer und zusätzlichen Kosten auf ihn zukämen. Die einfachste Möglichkeit sei das Einfügen eines Sternchenhinweises, weil nach dem Erfahrungshorizont des Durchschnittsverbrauchers ein solcher Hinweis mit einer wichtigen Information einhergehe. Die Werbungen in den All-in-one-Foldern und der Zeitung enthielten keinen solchen Sternchenhinweis sowie nur teilweise die zusätzlichen Kosten, weil nicht in jeder Werbung bzw Entgeltbestimmung auf das Bestehen einer Urheberrechtsabgabe hingewiesen werde. In den Fernsehwerbespots und auf der Plakatwerbung werde im Kleingedruckten auf die Website www.magenta.at verwiesen, aber nicht auf die konkret anfallenden Kosten (zur mangelnden Aufklärungswirkung der Fußnote in der Fernsehwerbung siehe oben). Selbst wenn man der Ansicht der Beklagten folge, dass ein Hinweis auf diese Website ausreichend sei, werde in der Online-Tarifübersicht nicht ausnahmslos deutlich, wie zB mit einem Sternchenhinweis, auf die Mindestvertragsdauer und die zusätzlichen Kosten hingewiesen. Denn nur im Screenshot, Beilage ./J, sei ein Hinweis mit Sternchen sichtbar. Stattdessen befinde sich in der Online-Tarifübersicht für jeden Tarif in der rechten oberen Ecke ein kleines, schwer lesbares Symbol, das auf den ersten Blick nicht als PDF-Symbol erkannt werden könne, geschweige denn als Hinweis darauf, dass

mit einem Klick auf dieses Symbol nähere Informationen zum Tarif, nämlich die Entgeltbestimmungen, abgerufen werden können. Ferner seien die von den Parteien vorgelegten Entgeltbestimmungen dahingehend unvollständig, dass sie die Urheberrechtsabgabe nicht enthielten. Daraus folge, dass die Beklagte, wenn sie mit einem derartigen Blickfang werbe, auch die hinreichend deutliche Hervorhebung und Zugänglichkeit der weitergehenden Informationen (Länge der Mindestvertragsdauer, Höhe der jährlichen Servicepauschale, Höhe der einmaligen Urheberrechtsabgabe, Höhe des Aktivierungsentgelts), sicherstellen müsse, damit der Verbraucher zum richtigen Verständnis der Blickfangwerbung gelange.

Es bestehe Wiederholungsgefahr, weil der Ausbaustand der 5G Technologie weiterhin sehr eingeschränkt und unübersichtlich sei, die Beklagte für ihre nunmehrigen 5G Tarife weitere Werbung mit nicht 5G-fähigen Mobiltelefonen schalten und auch in ihrer zukünftigen Blickfangwerbung auf ausreichende Hinweise verzichten könnte.

Zum Begehren auf Urteilsveröffentlichung hielt das Erstgericht fest, die Veröffentlichungen im Internet, in Werbefoldern, in Inseraten von Tageszeitungen, auf Plakatwänden und zudem das Schalten von 4.000 Werbespots in einer breiten Auswahl von österreichischen Fernsehsendern sowie in den österreichischen Werbeblöcken von deutschen Sendern, hätten jedenfalls dazu geführt, dass die Werbemaßnahmen einem sehr breiten Publikum zugänglich geworden seien. Veröffentlichungen im Internet seien direkt auf der Website der Beklagten durchzuführen, um die gebotene Aufklärung des Publikums zu ermöglichen. Daher sei eine Veröffentlichung auf der Startseite der unter der Domain [www. magenta.at](http://www.magenta.at) abrufbaren Website geboten, die angemessene Form entspreche einer

Standardveröffentlichung in der Größe eines Viertels der Bildschirmoberfläche mit Normallettern, jedoch mit fett geschriebener Überschrift und Umrandung sowie gesperrt und fett geschriebenen Namen der Prozessparteien. Der OGH habe zu 4 Ob 68/13y in einem Fall der wiederholten Ausstrahlung einer Fernsehwerbung in mehreren im Bundesgebiet zu empfangenden Fernsehsendern, die einmalige Ausstrahlung im Vorabendprogramm des Senders „ORF 2“ als angemessen beurteilt. Somit sei der Ansicht der Beklagten zu folgen, dass eine Veröffentlichung in allen vom Kläger begehrten Fernsehsendern überschießend sei. In Anbetracht der Ausstrahlung der Werbespots in 19 verschiedenen Sendern über einen Zeitraum von ca einem Monat in einem Umfang von 4.000 mal zu verschiedenen Tageszeiten, sei eine Ausstrahlung im Vorabendprogramm des „ORF 2“ zwischen 19:00 und 20:15 als durchaus angemessen zu betrachten, selbst wenn die die Beklagte im „ORF 2“ gerade keine Werbung geschaltet habe. Im Hinblick auf die massive Werbekampagne der Beklagten (Internet, Fernsehen, Print, Plakate) über einen längeren Zeitraum sei die irreführende Werbung einem unbestimmten und nicht eingrenzbaeren Kreis von Interessenten in ganz Österreich zur Kenntnis gelangt, weshalb eine Urteilsveröffentlichung nicht nur im Fernsehen und Internet, sondern auch in einer im Bundesgebiet weit verbreiteten Tageszeitung geboten sei. Eine Veröffentlichung in einer Freitagsausgabe im redaktionellen Teil der „Kronen Zeitung“ sei ausreichend.

Rechtsmittel:

Gegen die Abweisung des zu Punkt 4. des Urteilsantrages gestellten Unterlassungshaupt- und -eventualbegehrens (betreffend das Koppelungsangebot) sowie des darauf bezogenen Veröffentlichungsbegehrens richtet sich die

Berufung des Klägers wegen Aktenwidrigkeit, unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, der Urteil im Umfang der Anfechtung in klagstattgebendem Sinn abzuändern. Unbekämpft blieb die Teilabweisung des Veröffentlichungsbegehrens hinsichtlich der klagsstattgebenden Punkte 1. bis 3.

Gegen den stattgebenden Teil des Urteils richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in gänzlich klagsabweisendem Sinn abzuändern.

Hilfsweise stellen beide Parteien Aufhebungsanträge.

Die Streitteile beantragen in ihren Berufungsantwortungen jeweils, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Rechtsmittelerledigung:

I. Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers ist berechtigt.

1. Als aktenwidrig wird das im Urteil genannte Datum 31.5.2019 des Screenshot Beilage ./J beanstandet, welches tatsächlich offenkundig auf einem Schreibfehler beruht. Das Berufungsgericht legt das aus der Urkunde ersichtliche Datum 31.5.2020 zugrunde. Daraus folgt allerdings, dass die in diesem Screenshot aus Mai 2020 dargestellten Tarife nicht dem Jahr 2019 zugeordnet werden können (vgl auch den Werbeprospekt Mai 2019, Beilage ./6). Es handelt sich offenbar um ein späteres Tarifmodell.

2. Als unrichtige Tatsachenfeststellung wird folgende Feststellung bekämpft:

Dem All-in-One-Folder vom Mai 2019 zufolge gelten folgende Preise für die „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“

Tarife für Verbraucher, jeweils mit und ohne Smartphone (Beilage ./6):" (Im Anschluss folgt eine Kopie der dem Folder entnommenen Tarifaufstellung, jedoch ohne die wörtliche Wiedergabe der kleingedruckten Erläuterungen, die gekürzt zusammengefasst wurden.) Angestrebt wird die aus dem Text des Kleingedruckten abgeleitete Ersatzfeststellung: „Im Zeitraum 1.5.2019 bis 31.7.2019 galten folgende Preise für die ‚Mobile Gold‘ und ‚Mobile Platin‘ Tarife für Verbraucher, jeweils mit und ohne Smartphone, wie im All-in-One-Folder vom Mai 2019 angeführt (Beilage ./6):“

Tatsächlich ergibt sich aus der Urkunde der im Urteil nicht wiedergegebene Beisatz: *„Aktion und Preise bei Bestellung bis 31.7.2019.“* Die Feststellung kann somit durch Bezugnahme auf die in ihrem Inhalt unstrittige Urkunde zulässigerweise im angestrebten Sinn ergänzt werden (RIS-Justiz RS0121557).

3. Rechtsrüge:

3.1. Die Berufung wiederholt den Standpunkt, die Beklagte verstoße gegen UWG Anh Z 20 bzw Anh I Z 20 UGP-RL, indem sie mit einer kostenlosen Zugabe werbe. Im vorliegenden Fall sei die Zugabe nicht „tatsächlich kostenlos“, ohne dass die Beklagte diesen Umstand kenntlich mache. Der Konsument habe zumindest während des Bindungszeitraums von zwei Jahren monatlich EUR 10 an weitergehenden Kosten für das Telefon zu tragen. Der auf die Erhöhung der Grundgebühr entfallende Anteil sei Entgelt für das Mobiltelefon und nicht für die Erbringung einer Dienstleistung des Unternehmers, wie etwa die Netznutzung samt inkludierter Datenmenge und für freie Gesprächsminuten. Bei einer Mindestbindung von 24 Monaten verursache die Beigabe des „Gratishandys“ eine finanzielle Mehrbelastung iHv zumindest EUR 240,00. Werde nicht sofort nach Ablauf der Mindestvertragsdauer

gekündigt, erhöhten sich die Kosten für das Gerät im Ergebnis noch weiter. Der Hinweis auf Kostenlosigkeit sei daher iSv Z 20 unzulässig, wenn tatsächlich ein Entgelt zu leisten sei. Zumindest liege eine sonstige Geschäftspraktik mit Täuschungseignung 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.

3.2. Grundsätzlich ist bei der Prüfung, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist, zuerst zu prüfen, ob sie unter die „Liste“ des Anhangs zum UWG fällt; erst in einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, ob sonst eine irreführende Geschäftspraktik vorliegt (RIS-Justiz RS0123062).

Ist eine in der „Schwarzen Liste“ aufgezählte Geschäftspraktik verwirklicht, ist die Prüfung weiterer Tatbestandsvoraussetzungen nicht erforderlich. Es entfällt die Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Relevanz gem § 2 Abs 1 UWG ebenso wie jene der Spürbarkeit der betreffenden Geschäftspraktik (*Anderl/Appl in Wiebe/Kodek UWG² § 2 Rz 9*). Dass das beanstandete Verhalten im Einzelfall geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, ist bei einem Verstoß gegen ein im Anhang genanntes "per se-Verbot" unwiderleglich zu vermuten (*Duursma/Duursma-Kepplinger in M. Gumpoldsberger/Baumann, UWG Ergänzungsband Vor Anhang Rz 4*).

Die „Schwarze Liste“ des Anhangs zum UWG enthält in Z 20 folgenden Tatbestand:

„Die Beschreibung eines Produkts 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.“

Dieser Tatbestand knüpft an die Anlockwirkung eines kostenlos angebotenen Produkts an und zwingt den Unternehmer, den Verbraucher über entgegen der Ankündigung zusätzlich anfallende Kosten zu informieren. Entscheidend ist die Beschreibung des Produkts in der Weise, dass der Verbraucher den Eindruck gewinnt, er brauche dafür keine Zahlung entrichten

Dazu hat das Erstgericht festgestellt:

„Die Beklagte bietet 5G-Ready-Tarife an, bei welchen ein Mobiltelefon inkludiert ist („Mobile Gold“, „Mobile Platin“) bzw nicht inkludiert ist („Mobile SIM Only Gold“, „Mobile SIM Only Platin“) (Beilage ./E, ./J, ./K, ./L, ./2, ./6, ./8, ./9).

Dem All-in-One-Folder vom Mai 2019 zufolge gelten folgende Preise für die „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ Tarife für Verbraucher, jeweils mit und ohne Smartphone (Beilage ./6):

	Mobile Platin	Mobile Gold
5G ready ¹		
Datenvolumen in Österreich	Unlimitiert	Unlimitiert
max. Speed	Bis zu 300/50 Mbit/s Down-/Upload	Bis zu 150/50 Mbit/s Down-/Upload
Interneterlebnis ²	Platin	Gold
Datenvolumen in der EU	40 GB	30 GB
Datenvolumen in CHE, SRB, BIH, TUR, USA, CAN	1 GB	500 MB
Minuten & SMS in Österreich und in der EU	Unlimitiert	Unlimitiert
im und ins Ausland (EU, CHE, SRB, BIH, TUR, USA, CAN)	500 Minuten 500 SMS	250 Minuten 250 SMS
Grundgebühr mit Smartphone	statt € 74 ⁹⁹ € 69⁹⁹ MTL.	statt € 59 ⁹⁹ € 54⁹⁹ MTL.
Grundgebühr ohne Smartphone	statt € 64 ⁹⁹ € 59⁹⁹ MTL.	statt € 49 ⁹⁹ € 44⁹⁹ MTL.
	Für MagentaEINS Kunden	Für MagentaEINS Kunden
Grundgebühr mit Smartphone	€ 59⁹⁹ MTL.	€ 44⁹⁹ MTL.
Grundgebühr ohne Smartphone	€ 54⁹⁹ MTL.	€ 39⁹⁹ MTL.



5G ready
Nutzen Sie die 5G-Technologie, sobald sie verfügbar ist¹

Mehr Speed und optimiertes Interneterlebnis
Auch im Netzengpassfall nach objektiven technischen Kriterien²

Fast Lane
Kürzere Wartezeiten bei der Serviceline³

Premium Bonus
20 % auf die Grundgebühr ausgewählter Zusatzoptionen⁴

(...)"

Im vorliegenden Fall kombiniert die Beklagte mit den inkriminierten Aktionen für einen bestimmten Zeitraum jeweils ein Angebot auf Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung mit dem Angebot zum Kauf einer Ware (Smartphone). Gleichzeitig werden auch Tarife mit gleichem Dienstleistungsumfang jedoch ohne Smartphone - um EUR 10 - billiger angeboten. Nimmt der Kunde das Kombinationsangebot an, muss er sich für eine Dauer von 24 Monaten an das Dienstleistungsangebot binden und monatlich EUR 10 mehr bezahlen für die selbe Dienstleistung ohne

gleichzeitigen Erwerb der Ware. Dies bedeutet, dass den Kunden die mit "EUR 0" angepriesene Ware in Wahrheit innerhalb der Mindestvertragsdauer EUR 240 kostet und nur - je nach Dauer des Dienstleistungsvertrags - ganz oder teilweise in "Raten" bezahlt wird.

Es liegt somit kein Koppelungsangebot im Sinne einer "Gesamtkalkulation" vor. Die Beklagte vertrieb im Rahmen der inkriminierten Aktionen elektronische Geräte, die am Markt auch allein erhältlich sind, zu einem Preis von zumindest EUR 240, bewarb diese Verkaufsaktion aber mit österreichweit flächendeckenden Werbemaßnahmen in Printmedien, im Fernsehen, auf Plakaten, in Werbefoldern sowie auf ihrer Homepage im Internet als Gratisangebote. Genau die Bewerbung eines in Wahrheit entgeltlichen Verkaufs eines Produkts als "Gratisangebot" soll aber durch Z 20 der „Schwarzen Liste“ verhindert werden. Die festgestellten Werbeaktionen verstoßen daher sowohl gegen den Wortlaut als auch gegen den Zweck der genannten Bestimmung, woran auch der Umstand, dass die Abgabe der Ware um den genannten Preis an den Bezug einer von der Beklagten angebotenen Dienstleistung gekoppelt war, nichts ändert.

Da der Gesetzgeber mit dem Verbot der unrichtigen Gratisbewerbung ein absolutes Verbot ohne Rücksicht auf die tatsächliche Eignung zur Irreführung und auf die wettbewerbliche Relevanz oder Spürbarkeit postulieren wollte, kommt es hier auch nicht darauf an, ob die vorliegenden "EUR 0"-Ankündigungen vom mündigen und angemessenen aufmerksamen Verbraucher als marktschreierische Anpreisung (s RIS-Justiz RS0078274) durchschaut werden.

Im Übrigen ist davon auch nicht auszugehen. Der Verbraucher ist zwar schon seit Jahren daran gewöhnt, dass das Angebot der Gratisabgabe einer Ware in Verbin-

dung mit dem Abschluss eines Telekommunikationsdienstleistungsvertrags in aller Regel an eine gewisse Mindestvertragsdauer geknüpft ist ("Gratis-Handy"). Er geht aber nicht davon aus, dass er bei Annahme des Gratisangebots über den vom Unternehmer im gleichen Zeitraum angebotenen Tarif für die Dienstleistung hinaus ein zusätzliches erhebliches Entgelt zu bezahlen hat, sodass er das Gerät letztlich zu einem Preis erwirbt, der von 0 EUR weit entfernt ist bzw bei Aufrechterhalten des Vertrages über die Mindestvertragsdauer hinaus den marktüblichem Preis auch übersteigen kann. Zutreffend ist auch der Hinweis der Berufung, dass die vom Erstgericht herangezogene, zu § 9a UWG (Außerkräfttretensdatum: 11.01.2013) und „übertriebener Anlocken“ iSd § 1 UWG (psychischer Kaufzwang) ergangene Entscheidung 4 Ob 95/99w für den vorliegenden Fall nicht einschlägig ist.

Die Berufung ist daher im Umfang des abgewiesenen Unterlassungshauptbegehrens berechtigt. Dem Veröffentlichungsbegehren war entsprechend der vom Erstgericht vorgenommenen Einschränkung (die hinsichtlich der weiteren Unterlassungsbegehren auch unangefochten geblieben ist) stattzugeben. Der Ausspruch des Erstgerichtes über das Veröffentlichungsbegehren in den Punkten 5 und 6 des Spruches bleibt somit unverändert bestehen.

II. Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt.

1. Die Tatsachenrüge bekämpft die Feststellung, wonach es sich bei 5G um einen neuen Kommunikationsstandard handelt, der den bisherigen Standard 4G (LTE) schrittweise ersetzen sollte, bis zur flächendeckenden Versorgung werde jedoch noch einige Zeit vergehen.

Begehrt wird die Ersatzfeststellung: „Bei 5G handelt es sich um einen neuen Kommunikationsstandard, der die bisherigen Standards wie beispielsweise 4G (LTE) schrittweise ergänzen soll. Es erfolgt ein schrittweiser Ausbau. Seit 14. November 2019 steht den Kunden der Beklagten die Nutzung der 5G Technologie zur Verfügung.“

Eine gesetzmäßige Beweisrüge liegt nicht vor, wenn die begehrte und die getroffene Feststellung nicht in einem entscheidungswesentlichen Widerspruch zueinander stehen. Dies ist ua der Fall, wenn der Rechtsmittelwerber Feststellungen zu einem Aspekt begehrt, zu dem das Erstgericht nichts festgestellt hat. Eine „Ersatz“-Feststellung scheidet in diesem Fall, wenn es um die Ergänzung der Feststellungen geht, schon begrifflich aus. Die Beklagte macht hinsichtlich des letzten Satzes seiner Ersatzfeststellung somit keinen Fehler in der Beweiswürdigung des Erstgerichts geltend, sondern wendet sich in Wahrheit gegen eine vermeintliche Unvollständigkeit der Tatsachenfeststellungen. In Hinblick auf die vom Erstgericht dargestellten Tatsachen zum kommerziellen Launch von 5G im November 2019 (zweiter Absatz des auf Seite 15 des Urteils festgestellten Sachverhaltes) liegt im übrigen auch kein sekundärer Feststellungsmangel vor.

Die Unterscheidung, ob 5G in Zukunft den bisherigen Standard ergänzen oder ersetzen wird, ist im vorliegenden Fall auch nicht von rechtlicher Relevanz, tatsächlich kann im Zeitablauf auch beides nacheinander der Fall sein. Die angestrebte Formulierung, dass ein schrittweiser Ausbau erfolge, steht in keinem inhaltlichen Gegensatz zur Feststellung des Erstgerichtes, bis zur flächendeckenden Versorgung werde jedoch noch einige Zeit vergehen. Die Beweisrüge bleibt daher ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht übernimmt die beanstandeten Feststellungen und legt sie der Behandlung der Rechtsrüge zu Grunde.

2. Unter dem Berufungsgrund des Verfahrensmangels beanstandet die Rechtsmittelwerberin Schlussfolgerungen des Erstgerichtes aus Beilage ./J. Bereits zur Rüge der Aktenwidrigkeit durch die Gegenseite wurde vom Berufungsgericht festgehalten, dass die auf dieser Beilage dargestellten Angaben aus Mai 2020 vom Berufungsgericht zur Beurteilung des 2019 verwirklichten Sachverhalts nicht herangezogen werden können.

3. Rechtsrüge

3.1. Zur Werbung mit 5G Ready wird zunächst die Ansicht vertreten, dass auch in der Fernsehwerbung der Rechtstext angemessen lesbar gewesen sei. Da dazu nichts ausgeführt wird, was die zu diesem Punkt auf den Seiten 27f des Urteils ausgeführte Argumentation des Erstgerichtes widerlegen könnte, erübrigt sich weiteres Eingehen auf die Rechtsbehauptung der Berufungswerberin.

1.2. Weiters wird eine Mehrzahl von Feststellungsmängeln geltend gemacht, so dazu, dass der Aufklärungstext zur 5G Ready Option, während der 5G Ready Werbekampagne, in allen Werbematerialien enthalten war und zusätzlich auch in den Entgeltbestimmungen der beiden Tarife, die die 5G Ready-Option beinhalteten - „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ - genau erklärt wurde, was unter der 5G Ready Option zu verstehen ist.

Das Erstgericht hat in seiner Wiedergabe des unstrittigen Sachverhaltes die beanstandeten Werbeauftritte in Wort und Bild festgehalten. Der angesprochene Aufklärungstext wurde ebenfalls im Urteil wiedergegeben (S 8). Weiters wurde die Feststellung getroffen, dass die Screenshots von der Homepage der Beklagten mit der Tarifübersicht, ./E, ./J, ./2, jeweils

in der oberen Ecke PDF-Symbole enthalten, über die zusätzliche Informationen, nämlich die Entgeltsbestimmungen, ua ./K, ./L, ./8 und ./9, abgerufen werden können. Gerade auf diese Entgeltsbestimmungen wird in der Berufung verwiesen. Es liegen somit keine Feststellungsmängel dazu vor, dass der monierte Aufklärungstext in „Werbematerialien“, wie es die Berufung nennt, vorhanden war. Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts beanstandete im übrigen auch nicht das Fehlen eines Textes, sondern beurteilte die ausreichende Erkennbarkeit der Aufklärung.

Weiters werden Feststellungsmängel dazu releviert, dass die 5G Ready Option gratis in den Tarifen „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ enthalten gewesen sei. Das Erstgericht hat dazu Folgendes (unbekämpft) festgestellt:

„Kunden eines 5G-Ready-Tarifs können ohne Vertragsverlängerung und ohne sonstige Gebühr auf einen gleichartigen 5G-fähigen Tarif wechseln, sobald die 5G-Technologie verfügbar ist. Insbesondere fällt keine höhere Grundgebühr an. Die Nutzung von 5G ist an die Verfügbarkeit am Wohnort gebunden und setzt 5G-fähige Hardware voraus (Beilage ./6, ./8, ./9). Ab 14.11.2019 konnten die Kunden eines solchen Tarifs unter Erfüllung der obigen Voraussetzungen 5G nutzen (Beilage ./1).“

Zum monierten Punkt liegt daher kein Feststellungsmangel vor.

Weiters sollen Feststellungen dazu fehlen, dass das Werbeversprechen insofern eingehalten worden sei, als der Wechsel in den 5G Tarif im November 2019, für die Kunden, die über einen Tarif mit der 5G Ready Option verfügten (und ausschließlich für diese Kunden), vollends automatisch erfolgt sei. Die oben bereits wiedergegebene Feststellung des Erstgerichtes entspricht in ihrem wesentlichen Inhalt ohnehin dem Angestrebten. Die in der

Feststellung zitierte Beilage ./1 ist die in der Berufung angesprochen Novemberrechnung.

Beim Irreführungstatbestand nach § 2 UWG ist zu prüfen, (a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht, (b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob (c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (RS0123292). Rechtlich entscheidend für die Beurteilung von Irreführung iSd § 2 UWG ist somit das Verständnis der Ankündigung zum Zeitpunkt der Werbemaßnahme und nicht ein späteres wirtschaftliches Verhalten des Anbieters.

Die Berufung argumentiert auch damit, dass sich aus dem Rechtstext ergebe, dass die Kunden auch darüber aufgeklärt worden seien, dass eine 5G fähige Hardware erforderlich ist, um den 5G Standard zu nutzen. Entgegen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts, seien keine Handys mit „5G Ready“ beworben worden. „5G Ready“ habe sich immer auf die Tarife „Mobile Gold“ und „Mobile Platin“ bezogen. Nachdem sich „5G Ready“ erkennbar auf den Tarif bezogen habe und in jeder Werbeeinschaltung und Tarifdarstellung auch mittels umfangreichem Rechtstext nochmals darüber aufgeklärt worden sei, was von der 5G Ready Option umfasst ist, habe es nicht zu einer Irreführung darüber kommen können, dass die abgebildete Hardware 5G Ready sei. Die Einschränkung im Rechtstext hätte sonst keinen Sinn ergeben.

Damit wiederholt die Berufung den in erster Instanz vertretenen Rechtsstandpunkt, dass der „Rechtstext“ nicht hinreichend auffällig dargeboten wurde.

Auf die differenzierten Ausführungen des Erstgerichtes (S 27f des Urteils) zur nicht hinreichenden Deutlichkeit der Aufklärung geht die Berufung nicht ein, sie vermag daher auch keinen Rechtsfehler dieser Argumentation aufzuzeigen. Übergangen wird überdies (vgl S 5 des Urteils zur Fernsehwerbung) dass das Smartphone-Angebot mit dem Preis € 0 als Blickfang herausgestellt wird und das in der Nähe des Telefonpreises platzierte graphisch gestaltete Logo für „5GReady“ vom Betrachter in gleicher Weise auf das Smartphone wie auf den Tarif Mobile Platin bezogen wird. Ein zergliedernde Wahrnehmung eines Smartphone-Angebots einerseits und des Tarifs andererseits findet während der kurzen Laufzeit des Werbespots bei der üblicherweise solcher Fernsehwerbung vom Adressatenkreis nur oberflächlich gewidmeten Aufmerksamkeit nicht statt. Ein Hinweis auf eine „Option“, wie in der Berufung angesprochen, ist der optischen Darstellung des Werbesujets ebenfalls nicht zu entnehmen.

3.2. Die Berufung führt zur den Weihnachtswerbung unter Hinweis auf den vom Erstgericht festgestellten Rechtstext aus, dass kein „Sternchenhinweis“ erforderlich sei, weil sich der Rechtstext auf den gesamten - sehr kurzen - Werbeinhalt, bestehend aus Smartphone-Angebot und Tarif „Mobile S“, beziehe. Es habe keine Gefahr einer Zuordnungsverwirrung bestanden. Im Rechtstext seien alle Preisbestandteile ausgewiesen und es sei ein Hinweis auf die Mindestvertragsdauer erfolgt. Als sekundärer Verfahrensmangel wird gerügt, dass das Erstgericht keine Feststellung dazu getroffen hat, dass für das Mobiltelefon keinerlei Kosten verrechnet worden seien und, dass das Aktivierungsentgelt in diesem Zusammenhang nicht etwa mit einer Anzahlung für das Mobiltelefon zu verwechseln sei, sondern es sich hierbei um Kosten für

die Freischaltung des Mobilfunkanschlusses handle. Gleiches gelte für die Servicepauschale. Die Angabe € 0 für die Hardware sei korrekt gewesen.

Die Berufung geht auf die eingehende rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes zur Blickfangwerbung in der Weihnachtswerbung durch die große Abbildung eines Smartphones mit dem Preis € 0 nicht ein. Von einem Blickfang wird gesprochen, wenn in einer Gesamtankündigung einzelne Angaben im Vergleich zu den sonstigen Angaben besonders herausgestellt sind; sie dürfen für sich allein genommen nicht zur Irreführung geeignet sein (RIS-Justiz RS0078535). Ein aufklärender Hinweis kann eine Täuschung durch eine umfassend formulierte und daher in ihrer Unvollständigkeit irreführungsg geeignete Werbeaussage nur verhindern, wenn er von den angesprochenen Verkehrskreisen auch wahrgenommen wird. Das setzt im Regelfall gleiche Auffälligkeit voraus. Maßgebend ist dazu, ob ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher den aufklärenden Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird (RIS-Justiz RS0118488). Diese Voraussetzungen erfüllt der von der Beklagten eingefügte Rechtstext nicht. Der in wesentlich kleinerer Schrift gehaltene Hinweis ist im Gesamtzusammenhang derart unauffällig, dass auch der der Maßfigur entsprechende Verbraucher ihn kaum zur Kenntnis nehmen wird. Zutreffend hat das Erstgericht darauf verwiesen, dass dem Verbraucher zwar bewusst ist, dass ihm nicht tatsächlich ein Mobiltelefon geschenkt wird, es für eine informierte geschäftliche Entscheidung jedenfalls zusätzlicher Informationen bedarf, wie insb zu Mindestvertragsdauer und anfallenden Kosten, wie jährliche Servicepauschale, Urheberrechtsabgabe und einmaliges Aktivierungsentgelt. Da das Telefon nur in

Verbindung mit einem bestimmten Tarif abgegeben wird, handelt es sich bei dem beworbenen Angebot um eine wirtschaftliche Einheit, sodass die von der Berufung in der Rüge eines Feststellungsmangels zur Verrechnung von nur € 0 für das Telefon vorgenommene Differenzierung zwischen dem angeblichen Preis für das Telefon mit € 0 einerseits und die mit dem Tarif verbundenen weiteren Entgelte wie Aktivierungsentgelt und Servicepauschale andererseits nicht entscheidend ist. Im übrigen hat die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung selbst ausgeführt, dass das Einkalkulieren von kostenlosen Leistungen (wie der beigegebenen Hardware) in die Preisgestaltung (konkret: die Preisgestaltung des Tarifs) des Werbenden grundsätzlich nicht zur Täuschung geeignet sei und ist dabei selbst von keiner Differenzierung ausgegangen. Die nach dem maßgeblichen Gesamteindruck unvollständige Werbung der Beklagten, die geeignet ist, den angesprochenen Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte, etwa sich näher mit dem Angebot der Beklagten zu befassen, ist somit vom Erstgericht zu Recht untersagt worden.

3.3. Urteilsveröffentlichung

Die Berufungswerberin meint, es bestehe kein Aufklärungsinteresse daran, was die 5G Ready Option beinhaltet habe, weil sie längst nicht mehr angeboten werde.

Nur durch die Veröffentlichung werden Verbraucher ausreichend über die Rechtswidrigkeit der oben dargestellten Geschäftspraktiken aufgeklärt und die (weitere) Ausbreitung der dargestellten Praktiken nachhaltig gehemmt. Die Veröffentlichung ist geeignet, Verbraucher aufzuklären und davor zu warnen, dass neue Mobilfunkstandards verfrüht als verfügbar beworben

werden, um neue Tarife zu verkaufen. Die Ansicht, es würde eine einmalige Veröffentlichung ausreichen, um das Publikum aufzuklären, ist in Hinblick auf die aufwendige Kampagne unter Benutzung der unterschiedlichen Verbreitungsmöglichkeiten der Werbebotschaften nicht zu teilen.

Das Argument, die Veröffentlichungsverpflichtung auf der Website sei faktisch nicht umsetzbar, es wäre nicht möglich diesen Text auf einem Viertel der Seite so darzustellen, dass dieser noch lesbar sei, ist eine im Rechtsmittelverfahren unbeachtliche Neuerung, zumal die nun behauptete Unmöglichkeit einer technischen Umsetzbarkeit in erster Instanz nicht vorgebracht wurde. Im übrigen entspricht die begehrte Form der Rechtsprechung des OGH (vgl 4 Ob 187/14z).

Dem Argument der Beklagten, dass Titelseitenveröffentlichungen aufgrund des medienrechtlichen Grundsatzes nach § 13 Abs 4 MedienG unzulässig seien, steht die lauterkeitsrechtliche Judikatur entgegen, wonach die Urteilsveröffentlichung bei Lauterkeitsverstößen aufgrund unterschiedlicher Regelungssachverhalte und Wertungen im Vergleich zum Mediengesetz anders zu beurteilen ist (4 Ob 118/10x; 4 Ob 148/10h). Es ist nicht die Erreichung eines gleichen Veröffentlichungswerts iSd § 13 Abs 4 MedienG als Beurteilungsmaßstab heranzuziehen, sondern das Interesse der beteiligten Verkehrskreise daran, über die wahre Sachlage aufgeklärt zu werden und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenzuwirken (vgl RIS-Justiz RS0079820).

III. Kostenentscheidungen

Die infolge der Abänderung des angefochtenen Urteils neu zu fassende Kostenentscheidung für das

erstgerichtliche Verfahrens gründet in § 43 Abs 2 ZPO, jene hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Kläger ist im erstinstanzlichen Verfahren mit seinen Unterlassungsbegehren, die insgesamt mit EUR 30.500 bewertet wurden, erfolgreich. Hinsichtlich des mit EUR 5.500 bewerteten Veröffentlichungsbegehrens fällt die vom Erstgericht im Sinne der Eventualbegehren vorgenommene Konkretisierung durch Anordnung einer Verlesung in einem Werbeblock des Fernsehsenders „ORF 2“ zwischen 19:00 und 20:15 Uhr bzw der Publikation im redaktionellen Teil der Kronen Zeitung kostenrechtlich nicht ins Gewicht. Der Kläger erhält daher vollen Kostenersatz. Auch im Rechtsmittelverfahren hat der Kläger zur Gänze obsiegt, sodass ihm die Beklagte die Kosten der Berufung sowie der Berufungsbeantwortung zur Berufung der Beklagten zu ersetzen hat.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen. Der Frage, wie der aufmerksame Durchschnittsadressat eine Werbeaussage nach dem Gesamteindruck versteht und ob sie demnach zur Irreführung geeignet ist, kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu (RIS-Justiz RS0107771; RS0053112).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 30. März 2021

Dr. Maria Schrott-Mader
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG