



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien erkennt als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und MMMag. Frank in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch die Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte GbR in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500) und Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 27.7.2012, 57 Cg 27/12i-17, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 2.724,06 (darin EUR 454,01 USt) bestimmte Berufungsbeantwortungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

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

Die beklagte Anbieterin von Telefondienstleistungen versandte im Mai 2011 bzw. Anfang Juli 2011 an die Mobiltelefonnummern mancher ihrer Kunden Kurznachrichten (SMS) folgenden Inhalts:

"Lieber T-Mobile Kunde! Ab 15.05. telefonieren sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,--/Monat (Ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05. Ihr T-Mobile Team"

"Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobile Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (072xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8. zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 25.7.2011"

Die Versendung derartiger SMS fand in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Beklagte mit diesen Kunden vereinbart hatte, keine Stütze.

Der Kläger bringt im Wesentlichen vor, diese Vorgangsweise der Beklagten verstoße gegen § 1a Abs 3 iVm Anh Z 29 UWG, in eventu gegen § 1a Abs 1 UWG. Der von der Beklagten während des Prozesses angebotene Unterlassungsvergleich beseitige nicht die Wiederholungsgefahr, weil die darin vorgesehene, von der Beklagten beabsichtigte Vertragsgestaltung unzulässig sei. Der Kläger erhebt deshalb die folgenden Begehren:

"Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Kunden zur ausdrücklichen Ablehnung von von diesen nicht bestellten, entgeltlichen Zusatzleistungen aufzufordern, widrigenfalls diese

Zusatzleistungen zu bezahlen sind, insbesondere durch Übermittlung von SMS mit dem Inhalt: 'Ab 15.05. telefonieren sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,--/Monat (Ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05' oder 'Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobile Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (072xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8. zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 25.7.2011' oder mit sinngleichen Aufforderungen.

In eventu:

Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, in Aussendungen, insbesondere im Text von Kurznachrichten, die sie an ihre Kunden richtet, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der Kunde müsste von ihm nicht bestellte Dienstleistungen ausdrücklich ablehnen, etwa mittels SMS mit dem Inhalt: 'Ab 15.05. telefonieren sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,--/Monat (Ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05' oder 'Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobile Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (072xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8. zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 25.7.2011'

Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsgebots unter Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal im redaktionellen Teil einer Samstag-Ausgabe der bundesweit erscheinenden 'Kronen-Zeitung' in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen."

Die Beklagte bot der Klägerin während des erstinstanzlichen Verfahrens den Abschluss eines Unterlassungsvergleichs an, der dem Hauptbegehren mit der Einschränkung entsprach, dass das Unterlassungsbegehren den folgenden Beisatz trug: *"..., wenn sie in ihren Geschäftsbedingungen nicht eine dem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügende Grundlage für eine derartige Erklärungsfiktion und/oder in den konkreten Verträgen nicht mit den jeweiligen Kunden eine genügende Grundlage für eine derartige Erklärungsfiktion wirksam vereinbart hat"*. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dieses Angebot beseitige die Wiederholungsgefahr. Darüber hinaus beantragt sie die Abweisung der Klagebegehren auch mit der Begründung, dass sie kein unlauteres Verhalten gesetzt habe und die angestrebte Veröffentlichung dem Talionsprinzip widerspreche.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht den Hauptbegehren statt, weil der Beklagten die vom Kläger ins Treffen geführte Unlauterkeit zur Last falle, der von der Beklagten angebotene Unterlassungsvergleich die Wiederholungsgefahr unberührt lasse, und die angestrebte Veröffentlichung der gebotenen Aufklärung der Öffentlich-

keit über die Rechtsverletzung diene.

Gegen dieses Urteil wendet sich die vorliegende Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung dahin abzuändern, dass die Klagebegehren abgewiesen werden.

Der Kläger stellt in seiner Berufungsbeantwortung den Antrag, diesem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Gemäß § 1a Abs 3 iVm Z 29 Anh UWG liegt eine aggressive Geschäftspraktik vor, wenn der Verbraucher zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten aufgefordert wird, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert hat. Der abschließende Klammerausdruck dieser Bestimmung stellt klar, dass unter Produkten sowohl unbestellte Waren als auch Dienstleistungen zu verstehen sind. Die besondere Unlauterkeit einer derartigen Vorgangsweise ergibt sich daraus, dass Verbraucher sich veranlasst fühlen können, Zahlungen zu leisten, zu denen sie nicht verpflichtet sind (ähnlich Burgstaller in Wiebe/G. Kodek, UWG, § 1a Anhang Rz 115).

In den inkriminierten SMS kündigte die Beklagte den Adressaten an, dass ihnen in Kürze für ein näher definiertes Telefondienstleistungspaket ein monatliches Pauschalentgelt von zwei EURO verrechnet werde, sollten sie nicht bis zu einem bestimmten davor liegenden Zeitpunkt widersprechen. Der Versand derartiger SMS fand in den mit den Nachrichtenempfängern geschlossenen Verträgen keine Stütze. Beizupflichten ist der Beklagten zwar darin, dass sie damit nicht gegen Anh Z 29 UWG (iVm § 1a Abs 3 UWG) verstieß, zumal das angepriesene Zusatzpaket im Zeitpunkt

der SMS-Versendung noch nicht zur Verfügung gestellt ("geliefert") wurde. Allerdings ist der in Z 24 bis 31 Anh UWG normierte Katalog aggressiver Geschäftspraktiken nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1a Abs 3 UWG bloß demonstrativer Natur (arg "jedenfalls"). Die hier in Rede stehenden SMS waren geeignet, bei Verbrauchern den - unrichtigen - Eindruck zu erwecken, die in Aussicht gestellte Vertragsergänzung und damit verknüpfte Zahlungsverpflichtung könne nur durch eine rechtzeitige ablehnende Reaktion abgewendet werden und trete daher zB auch in Kraft, wenn das SMS übersehen oder vor Ablauf der gesetzten Frist nicht gelesen wurde, weil das Mobiltelefon längere Zeit hindurch ausgeschaltet war. Diese SMS sind deshalb nicht nur als "Belästigung", sondern auch als "Nötigung" und "unzulässige Beeinflussung" iSd § 1a Abs 1 UWG einzustufen, die die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der Adressaten wesentlich beeinträchtigen und sie zu Aufwendungen veranlassen konnten, die sie anderenfalls nicht getätigt hätten. Das Erstgericht hat daher die vom Kläger inkriminierte Unlauterkeit zutreffend bejaht.

In einem weiteren Schritt muss deshalb geprüft werden, ob die Beklagte befugt ist, den Versand derartiger SMS und die darin anknüpfenden Vertragsergänzungen mit ihren Kunden vorweg zu vereinbaren. Nach Auffassung des erkennenden Senats wäre es aber mit den Wertungen des § 1a Abs 1 UWG unvereinbar, könnten die dort untersagten aggressiven Geschäftspraktiken wirksam vertraglich verankert werden. Vielmehr wären derartige von der Beklagten ins Auge gefasste Vertragsbestimmungen, die nicht Hauptleistungen selbst sondern den Einführungsmodus festlegen, gröblich benachteiligend und nichtig iSd § 879 Abs 3 ABGB

(siehe zur engen Auslegung der dort geregelten Inhaltskontrolle RIS-Justiz RS0016908). Aus § 6 Abs 1 Z 2 KschG lässt sich für den gegenteiligen Standpunkt der Beklagten nichts gewinnen, zumal diese Bestimmung nur das Prozedere regelt, bei dessen Einhaltung vertragliche Erklärungsfiktionen Wirksamkeit erlangen können, aber nicht die Sittenwidrigkeitskontrolle der auf diese Weise getroffenen Vereinbarungen erübrigt. Daraus folgt aber, dass der von der Beklagten angebotene Vergleich, der den Weg für eine unzulässige Vertragsgestaltung ebnen soll, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt.

Auch die Argumentation der Beklagten, eine Veröffentlichung des Urteilsspruchs mittels SMS oder auf ihrer Website sei ausreichend, vermag nicht zu überzeugen. Adressaten inkriminierter SMS, die ihr Vertragsverhältnis mit der Beklagten mittlerweile aufgekündigt haben, sind nämlich für die Beklagte vielfach nicht mehr telefonisch erreichbar (insbesondere bei Besitz einer Geheimnummer) und haben in der Regel auch keine Veranlassung, die Homepage der Beklagten aufzusuchen. Schon aus diesem Grund stößt die vom Kläger angestrebte Veröffentlichung in der "Kronen Zeitung" gemäß § 25 Abs 3 UWG auf keine Bedenken (vgl 4 Ob 18/08p zu einer insoweit gleich gelagerten Konstellation).

Der vorliegenden Berufung kann nach dem Gesagten kein Erfolg beschieden sein.

Die Entscheidung über die Berufungsbeantwortungskosten beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Der Bewertungsausspruch stützt sich auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO und folgt der vom Kläger vorgenommenen, unbedenklichen Bezifferung.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO

zulässig, weil noch keine höchstgerichtliche Judikatur zu der bedeutsamen Rechtsfrage existiert, ob eine von § 1a Abs 1 UWG umfasste aggressive Geschäftspraktik wirksam vereinbart werden kann und deshalb nicht (mehr) unlauter ist, wenn sie gegenüber einem Vertragspartner gesetzt wird.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 7. November 2012

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG