

OGH Beschluss vom 13.9.2000, 4 Ob 221/00d – *Internet for free*

Fundstelle: ÖBl 2001, 62 m Anm *Tonninger* = wbl 2001/70, 95

- 1. Zwischen einem Internet-Service-Provider (ISP), der seinen Kunden den Zugang (Access) zum Internet und seinen Diensten anbietet, und einem privaten Telefonanbieter, der seinen Festnetzkunden einen unentgeltlichen Zugang zum Internet anbietet, besteht kein Wettbewerbsverhältnis, weil die Werbeaktion des Telefonanbieters darauf gerichtet ist, mehr Telefonkunden zu gewinnen, und damit nicht geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Streitparteien zu beeinflussen.**
- 2. Die Gefahr einer behaupteten Preisverschleierung und eine allfällige unsachliche Beeinflussung potenzieller Telefonkunden durch das Angebot eines unentgeltlichen Internet-Zugangs, wie sie das Zugabeverbot des § 9a UWG verhindern soll, wirkt sich auf den Wettbewerb des ISP nicht aus. Zur Geltendmachung eines Zugabeverstoßes sind nur die Mitbewerber in Bezug auf die Hauptware legitimiert, weil nur deren Wettbewerb durch den Verstoß berührt wird.**
- 3. Unternehmen, deren Wettbewerb dadurch berührt wird, dass die Nebenware als Zugabe und damit gratis abgegeben wird, können nur den in der Gratisverteilung von Waren liegenden Wettbewerbsverstoß geltend machen. Die Gratisverteilung von Waren bzw. Dienstleistungen ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Waren dürfen nicht in solchen Mengen und über solche Zeiträume gratis abgegeben werden, dass dadurch Bedarfsdeckung eintritt oder Mitbewerber infolge einer Marktverstopfung im Absatz ihrer eigenen Erzeugnisse behindert werden. Keiner dieser Fälle ist durch die „Internet for free“ Leistung des Telefonanbieters zu befürchten.**

Leitsätze verfasst von RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Thomas Höhne und Mag. Thomas In der Maur, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei U***** AG, *****, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 470.000 S), infolge Revisionsrekurses der Klägerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 5. Juni 2000, GZ 15 R 9/00d-11, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 24. Oktober 1999, GZ 39 Cg 103/99m-6, den

Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 20.610 S bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung (darin 3.435 S USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Begründung:

Die Klägerin ist - ebenso wie ihre ursprünglich am Verfahren beteiligten neun Streitgenossen - ein Internet-Provider. Sie verschafft ihren Kunden gegen Entgelt auf der Grundlage eines Dauerschuldverhältnisses den Zugang zum Internet.

Die Beklagte wurde als alternativer Telefonbetreiber im Festnetz gegründet und wird nunmehr auch als Internet-Provider tätig. Seit Juli 1999 bietet sie ihren Telefon-Kunden „Internet for free“, einen unentgeltlichen Zugang zum Internet, an. In den Genuss des „Internet for free“ kommt nur, wer vorher einen Telefonvertrag mit der Beklagten schließt. Zu zahlen sind nur Online-Gebühren, durch die die Inanspruchnahme der Leitungen, nicht aber auch der Internet-Zugang abgegolten wird. Bis Ende August 1999 verrechnete die Beklagte ihren Kunden einen Mindestumsatz von 198 S für zwei Monate, auch wenn sie nicht telefoniert hatten. Seit Anfang September 1999 wird kein Mindestumsatz mehr verrechnet. In ihren Werbeaussendungen klärt die Beklagte über den Inhalt ihres „Internet for free“-Angebots auf. Sie weist darauf hin, dass der Kunde zum TA-Online-Tarif „surft“ und keine monatliche Grundgebühr zahlt.

Auf dem österreichischen Markt gibt es eine Vielzahl von Angeboten für den Internet-Zugang. Die Höhe des Preises hängt davon ab, wieviele Stunden an Online-Zeit inkludiert sind. Vereinzelt wird auch ein unentgeltlicher Internet-Zugang angeboten.

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs den Zugang zum Internet (Internet-Access) als Zugabe zu ihrer Dienstleistung als Telefon-Anbieter anzubieten, bei der dem Kunden lediglich die anfallenden Online-Gebühren verrechnet werden, und den Internet-Access davon abhängig zu machen, - dass dem Kunden als Telefonkunde der Beklagten ein bestimmter Mindestbetrag verrechnet wird, oder - dass der Kunde Telefonkunde der Beklagten wird.

Der Gratis-Internet-Zugang sei eine unzulässige Zugabe zum Telefon-Vertrag. Auch wenn nunmehr kein monatlicher Mindestumsatz mehr verrechnet werde, müsse der Interessent vorher Telefonkunde der Beklagten werden, um den unentgeltlichen Internet-Zugang zu erhalten.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. In ihren Werbeankündigungen sei klargelegt, dass der Kunde zwar keine Grundgebühr, wohl aber die Online-Gebühren zu zahlen habe. Am bloßen Zugang zum Internet bestehe kein Interesse. Seit September 1999 treffe den Telefonkunden keine finanzielle Verpflichtung mehr. Am Markt gebe es eine Reihe ähnlicher Angebote; „Internet for free“ sei daher eine handelsübliche Nebenleistung.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab. Der Kunde gewinne nicht den Eindruck, eine unentgeltliche Leistung zu erhalten, weil er die Online-Gebühren zu zahlen habe. Sei jemand ausnahmsweise nur am Internet-Zugang interessiert, so fehle es an der Akzessorietät, weil der Kunde über den Abschluss eines Telefonvertrags hinaus keine weiteren Leistungen der Beklagten in Anspruch nehmen müsse. Ob der unentgeltliche Internet-Zugang zu einer handelsüblichen Nebenleistung geworden sei, könne offenbleiben.

Das *Rekursgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Dem Publikum sei bekannt, dass der ohne Verrechnung einer Grundgebühr gewährte Internet-Zugang durch die bei der Benützung anlaufenden Online-Gebühren finanziert werden müsse. Der Kunde gewinne nicht den Eindruck, eine unentgeltliche Zusatzleistung zu erhalten, auch wenn mit „Internet for free“ geworben werde. Aus dem Zusammenhang gehe klar hervor, dass - ähnlich wie bei einem Mobiltelefon mit Teilnahmevertrag - eine Gesamtleistung zu einem durch verschiedene Bestandteile geprägten Preis angeboten werde.

Der gegen diese Entscheidung gerichtete Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem gleichartigen Sachverhalt fehlt; der Revisionsrekurs ist aber nicht berechtigt.

Die Klägerin stützt ihren Unterlassungsanspruch auf den von ihr behaupteten Zugabenverstoß der Beklagten. Der Zugabenverstoß soll darin bestehen, dass die Beklagte als (alternative) Telefonanbieterin damit wirbt, ihren (gegenwärtigen und künftigen) Telefonkunden einen freien Internet-Zugang zu gewähren. Die Aktion der Beklagten ist demnach darauf gerichtet, mehr Telefonkunden zu gewinnen, und damit nicht geeignet, den Wettbewerb zwischen den Streitparteien zu beeinflussen:

Als Internet-Provider steht die Klägerin mit der Beklagten als Telefonanbieterin nicht im Wettbewerb. Die Gefahr einer Preisverschleierung und eine allfällige unsachliche Beeinflussung potenzieller Telefonkunden durch das Angebot eines unentgeltlichen Internet-Zugangs, wie sie das Zugabeverbot verhindern soll (s *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ § 25 Rz 3 mwN), wirkt sich auf den Wettbewerb der Klägerin nicht aus.

Der Wettbewerb der Klägerin könnte nur insofern beeinträchtigt werden, als die von ihr gegen Entgelt angebotene Leistung von der Beklagten gratis abgegeben wird. Die Gratisverteilung von Waren ist zwar unter bestimmten Voraussetzungen sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG - Waren dürfen nicht in solchen Mengen und über solche Zeiträume gratis abgegeben werden, dass dadurch Bedarfsdeckung eintritt oder Mitbewerber infolge einer Marktverstopfung im Absatz ihrer eigenen Erzeugnisse behindert werden (ÖBl 1980, 94 - Zeitung am Sonntag; MR 1988, 56 = WBl 1988, 195 - Zeitungs-Super-Angebot) -; darauf ist aber nicht weiter einzugehen, weil die Klägerin dazu weder ein Vorbringen erstattet noch ihren Anspruch darauf gestützt hat.

Sie hat sich darauf beschränkt, einen Zugabenverstoß zu behaupten und auch ihr Begehren darauf abgestellt. Einen Zugabenverstoß kann aber nur geltend machen, wessen Wettbewerb dadurch berührt wird (MR 1999, 184 = ÖBl 1999, 244 - Antenne-Bingo). Einem Unternehmen, dessen Wettbewerb - wie der der Klägerin - durch die Wettbewerbswidrigkeit der (behaupteten) Zugabenankündigung unbeeinflusst bleibt, fehlt demnach die Legitimation, den Verstoß zu verfolgen, so dass die angefochtene Entscheidung schon aus diesem Grund zu bestätigen ist. Auf die Frage, ob überhaupt eine Zugabe vorliegt und ob das Begehren den behaupteten Zugabenverstoß erfasst, ist nicht weiter einzugehen.

Der Revisionsrekurs musste erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung*

Die vorliegende E überrascht auf den ersten Blick, doch vermag man ihr grundsätzlich zutreffende Aussagen für die Beurteilung von Internetsachverhalten unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts abzugewinnen.

Zu den entscheidenden Voraussetzungen wettbewerbsrechtlicher Ansprüche aus den §§ 1 ff UWG zählt „das Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ (jüngst dazu aus vergleichbarer deutscher Sicht *Schünemann*, Handeln "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“, WRP 2003, 16 ff). Von diesem Kriterium hängt es ab, ob z.B. die Zillertaler Schürzenjäger gegen einen Wurstverkäufer (OGH 29.10.1996, 4 Ob 2200/96z, MR 1997, 52 = ÖBl 1997, 72 = WBl 1997, 130) oder die Rolling Stones gegen einen Wiener

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

Kaffeehausbesitzer (OGH 21.3.2000, 4 Ob 76/00f, *ecolex* 2000/265, 659 m Anm *Schanda*) vorgehen können.

Treten zwei mehr oder weniger branchenferne Unternehmen werblich im Internet auf, hat sich schon früh die Frage nach einem „Wettbewerbsverhältnis kraft gleichem Werbeträger“ gestellt. So ist beispielsweise das LG Frankfurt/Main (Urteil 10.9.1997, 2/6 O 261/97 – *lit.de*, MMR 1998, 151 = NJW-RR 1998, 974) zur – mE unrichtigen - Auffassung gelangt, dass bereits ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einer auf dem Gebiet der Informationstechnik tätigen GmbH und einem Speditions-/Logistikunternehmen anzunehmen sei, weil es zur Beurteilung der Branchennähe nicht nur auf den gegenwärtigen Zustand beider Unternehmen ankomme, sondern eine Ausdehnung des Geschäftsfeldes der Spedition auch durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel“ erfolgen kann, die den Schwerpunkt des beklagten Telekommunikationsdienstleisters bilden.

Im vorhin zitierten Judikaturfall aus Deutschland würde die Anwendbarkeit des UWG nach der hier vertretenen – und wohl unter Zugrundelegung der hier besprochenen E des OGH gebilligten - Ansicht bereits an den objektiven Voraussetzungen des Wettbewerbsverhältnisses scheitern. Wettbewerbshandlungen sind nämlich nur solche Handlungen, die objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen. Das zu prüfende Verhalten muss in dem Sinn marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein (vgl. OGH 12.4.1994, 4 Ob 38/94 – *Satellitenprogramm*, ÖBl 1994, 217, 219). Das funktionale Verständnis des Lauterkeitsrechts gebietet bei der Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbshandlung auch und vor allem die Auswirkungen des fraglichen Verhaltens auf dem relevanten Markt zu beachten. Wettbewerbsrelevant sind allein Handlungen, die den Erfolg nach Gewinn strebender Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder vermindern, deren Marktanteile vergrößern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind. Maßgebend ist die wirtschaftliche Relevanz im Sinne einer abstrakten Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung, wobei die objektive Eignung genügt. Unbeachtlich ist mE, ob subjektiv ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit gegeben ist (eingehend dazu *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht in *Gruber/Mader*, *Privatrechtsfragen des e-commerce* [2003], 87, 106 f mwN).

Resümierend lässt sich festhalten, dass durch das Internet und seine Dienste kein eigener Markt geschaffen wird, der die daran Teilnehmenden automatisch zueinander in Wettbewerb treten lässt. Es ist vielmehr nach den althergebrachten „offline“-Kriterien der Branchennähe und Substituierbarkeit der angebotenen Waren und Dienstleistungen (zur Rechtsfigur des ad-hoc-Wettbewerbsverhältnisses grundlegend BGH 12. 1. 1970, I ZR 60/70, GRUR 1972, 553, 554: „*Statt Blumen Onko-Kaffee*“; BGH 9. 12. 1983, I ZR 133/80 – *Rolly-Royce*, GRUR 1983, 247 = NJW 1983, 1431) im Einzelfall zu beurteilen, ob ein „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ vorliegt.