

Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Unzulässige Beschränkung des Internetvertriebs

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Wie geht es weiter im Zugabenrecht?

LIGA-Tagung in Prag

Selbstregulierung in Europa

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Unser juristischer Linktipp

Nummer 180 November 2012 58. Jahrgang

Recht und Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Unzulässige Beschränkung
des Internetvertriebs SEITE 4

Unser juristischer Linktipp SEITE 6

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Wie geht es weiter im Zugabenrecht? SEITE 7

LIGA-Tagung in Prag SEITE 10

Selbstregulierung in Europa SEITE 14

Die ausgewählte OGH-Entscheidung SEITE 17

Verwendung eines Trikot der
Fußballnationalmannschaft unzulässig SEITE 19

IMPRESSUM

„Recht und Wettbewerb“ ist die zweimal jährlich erscheinende Mitgliederzeitschrift des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb zu Themen und Fällen des Wettbewerbsrechts. Alle Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und dürfen grundsätzlich ohne Zustimmung des Medieninhabers weder vervielfältigt noch veröffentlicht werden.

Medieninhaber, Hersteller sowie Redaktion: Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, 1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14, ZVR 473025626

Vorstand: KommR Karl Novak, KommR Helmut Schramm, KommR Hans Seemann, KommR Dr. Haidemarie Heinz, KommR Herbert Gänsdorfer, KommR Karl Hofmann, Gerhard Holub, Ing. Johann Klein, KommR Ralph Plaichinger, Gerhard Steuerer

Für den Inhalt verantwortlich: Mag. Hannes Seidelberger, Geschäftsführer

Layout: Greiner & Greiner GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10–12

Druck: Druckerei Robitschek & Co GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10–12

Liebe Mitglieder!

Ein besonders intensives Jahr im Schutzverband geht dem Ende zu. Neben dem Dauerbrenner Erlagscheinwerbung ist die Entwicklung im Lauterkeitsrecht durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) geprägt worden.

Beim Ausverkaufsrecht ist die Entscheidung des EuGH noch offen, aber die Generalanwältin hat zumindest aufgrund unseres umfassenden Vorbringens bei der Verhandlung in Luxemburg die Möglichkeit einer ex-ante Kontrolle von Geschäftspraktiken als mit der europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar vorgeschlagen.

Über die Unzulässigkeit des allgemeinen Zugabensverbotes im B2C-Bereich nach einer Entscheidung des EuGH haben wir schon in der letzten Ausgabe berichtet. Die vom Ministerrat vorgelegte Aufhebung des § 9a UWG als Teil einer großen Kartellrechtsnovelle hat ganz aktuell den Justizausschuss passiert und wird bei einer Beschlussfassung durch den Nationalrat im Dezember voraussichtlich Anfang März 2013 in Kraft treten. Aufgrund dieser großen Veränderung organisierten wir zu allen Aspekten des Zugabenrechts unter europäischem Einfluss gemeinsam mit der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) eine hochkarätige Veranstaltung für unsere Mitglieder, welche wir in Wettbewerbsrecht Aktuell zusammen fassen.

Unserer neuer juristischer Mitarbeiter Dr. Rainer Tahedl beschäftigt sich im aktuellen Wettbewerbskommentar mit einem spannenden kartellrechtlichen Thema, und zwar der Zulässigkeit des Internetvertriebs ebenfalls nach einer EuGH-Entscheidung. Außerdem berichtet er in einem weiteren Beitrag ausführlich über den Kongress der LIGA für Wettbewerbsrecht in Prag.

Schließlich wurde der Schutzverband als Experte zur Jubiläumstagung des Europäischen Werberates sowie des Britischen Werberates nach London eingeladen. Der Bericht dazu beleuchtet das System der Selbstregulierung als wichtige Ergänzung der Regelungen zum unlauteren Wettbewerb.

Neben unseren täglichen Interventionen im Sinne eines fairen Wettbewerbs machen gerade diese zahlreichen Aktivitäten des Schutzverbandes seine für diese Tätigkeit so wichtige Reputation aus. Wir hoffen, Sie können hier etwas für Ihre tägliche Praxis mitnehmen.



Fotostudio Wilke

„Die Beurteilung des Wettbewerbsrechts ist von den europäischen Entwicklungen nicht mehr zu trennen und die Spezialisten des Schutzverbandes sind hier auf zahlreichen Ebenen aktiv ...“

MAG. HANNES SEIDELBERGER
Geschäftsführer

Unzulässige Beschränkung des Internetvertriebs

Nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist es wettbewerbswidrig, wenn Händlern im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems der Verkauf der Produkte über das Internet ohne sachliche Rechtfertigung untersagt ist.



DR. RAINER TAHEDL,
em. RA, Jurist
im Schutzverband

Ein französischer Hersteller von Kosmetika und Körperpflegeprodukten (Pierre Fabre), die unter diversen Marken (zB Klorane, Avène, Ducray) vorwiegend über Apotheken vertrieben wurden, hatte seinen Vertriebspartnern die vertragliche Verpflichtung auferlegt, seine Produkte ausschließlich in einer „Verkaufsstelle ... in ständiger physischer Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten“ zu verkaufen. Ein Verkauf dieser nicht als Arzneimittel eingestuft Produkte über das Internet war damit, ohne dass dies ausdrücklich im Vertrag festgelegt worden wäre, den Händlern de facto unmöglich.

Die französische Autorité de la concurrence (Wettbewerbsbehörde) sah darin eine sowohl nach nationalem als auch nach europäischem Recht unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zum Nachteil des markeninternen (Intrabrand-)Wettbewerbs. Diese – wie festgestellt wurde: durchaus branchenübliche – Vertragsklausel, aufgrund der es den zugelassenen Händlern eines selektiven Vertriebssystems nicht möglich sei, das Internet als gewünschte, zusätzliche Vertriebsform zu nutzen, sei zwangsläufig auf einen wettbewerbswidrigen Zweck gerichtet. Die (wesentlichen) Argumente von Pierre Fabre, man benötige diese Vertragsbestimmung um eine produktspezifisch optimale Beratungsqualität zu gewährleisten sowie den Prestigecharakter der Markenprodukte zu schützen wurden als nicht hinreichend angesehen, um eine solche Einengung der Vertriebswege zu rechtfertigen (auch das deutsche Bundeskartellamt vertritt diese Linie). Die Wettbewerbsbehörde wies Pierre Fabre an, sämtliche diesbezügliche Klauseln in den Verträgen zu

streichen und stattdessen den Vertriebshändlern ausdrücklich die Möglichkeit einzuräumen, das Internet als Vertriebsweg zu nutzen. Überdies wurde gegen das Unternehmen eine Geldstrafe von € 17.000 verhängt.

Im weiteren Verfahren legte das Berufungsgericht (Cour d'appel de Paris) dem EuGH die Frage nach der unionsrechtlichen Wettbewerbswidrigkeit solcher Vertragsklauseln zur Vorabentscheidung vor, und zwar hinsichtlich

- ▶ eines möglichen Verstoßes gegen das generelle Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; ex-Artikel 81 EG-Vertrag),
- ▶ einer eventuellen Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO, aktuelle Fassung vom 23.4.2010, VO 2010/330; hier werden bestimmte „Gruppen von Vereinbarungen“ als vom Wettbewerbsbeschränkungsverbot ausgenommen erklärt); so ist nach Art 101 Abs 1 lit b AEUV zwar insbesondere eine wettbewerbsrelevante „Einschränkung oder Kontrolle des Absatzes“ verboten, für Unternehmen mit einem Marktanteil von bis zu 30% (im konkreten Fall waren es rund 20%) gilt jedoch eine Freistellung nach der Vertikal-GVO, die allerdings dann wiederum nicht zur Anwendung gelangt, wenn sogenannte Kernbeschränkungen vorliegen, wie bei einer „Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems; dies gilt unbeschadet der

Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu untersagen, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben“ (Art 4 lit c Vertikal-GVO; enthält ein Vertrag eine Kernbeschränkung, welche im Übrigen auch die Anwendbarkeit der de minimis-Bekanntmachung der Kommission für Unternehmen bis zu einem Marktanteil von – im Vertikalverhältnis – 15% ausschließt, so gilt er insgesamt als vom Vorteil einer Gruppenfreistellung ausgenommen); und

- ▶ der Möglichkeit einer „Einzelfreistellung“ (Legal Ausnahme vom Kartellverbot) nach Art 101 Abs 3 AEUV (wenn eine Gruppenfreistellungsverordnung nicht angewendet werden kann, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die betreffende Vertragsklausel nicht dennoch zulässig ist, etwa weil unter Umständen trotz Wettbewerbsbeschränkung ein überwiegender Vorteil für die Verbraucher damit verbunden ist).

In seinem Urteil vom 13.10.2011 (C-439/09, *Pierre Fabre*) nahm der EuGH erstmals aus kartellrechtlicher Sicht zu vertraglichen Beschränkungen des Internetvertriebs Stellung und erklärte ein generelles, wenn auch nur indirektes Verbot des Internetvertriebs als nicht mit dem EU-Recht vereinbar, sofern nicht ausnahmsweise besondere Gründe dafür vorliegen:

Zunächst hält der EuGH im Sinne seiner bisherigen Judikatur zur Ausgestaltung von Vertriebsnetzen fest, dass die durch selektive Vertriebssysteme an sich generierten Wettbewerbsbeschränkungen nicht unter das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV fallen, sofern die Auswahl der zugelassenen Händler anhand objektiver, nicht diskriminierender Kriterien erfolgt und die Eigenschaften der Waren legitimerweise die Organisation und Aufrechterhaltung eines solchen Fachhandelsystems erfordern. Diese Voraussetzungen nahm der EuGH im konkreten Fall als gegeben an. Sehr wohl fraglich sei jedoch, inwieweit eine vertragliche Regelung wie die vorliegende, die praktisch ein Verbot der

Nutzung des Internets für den Weiterverkauf der Waren zur Folge habe und damit eine Einschränkung des Absatzes (Art 101 Abs 1 lit b AEUV) darstelle, aufgrund der Eigenschaften der verfahrensgegenständlichen Produkte notwendig bzw objektiv gerechtfertigt sei.

Was die mögliche Anwendbarkeit der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung betrifft, nimmt der EuGH den Standpunkt ein, dass eine solche Vertragsklausel klar als eine „Beschränkung des passiven Verkaufs“ im Sinne des Art 4 lit c Vertikal-GVO anzusehen ist, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führt (Anmerkung: Eine solche Klausel wäre auch gegenüber einem Alleinvertriebshändler unzulässig dem ja gebiets- bzw kundengruppenbezogen ein „aktiver“ virtueller Vertrieb untersagt werden kann, siehe Art 4 lit b (i) Vertikal-GVO). Der von Pierre Fabre vorgebrachte Einwand, das (indirekte) Verbot des Internetverkaufs komme lediglich einer erlaubten Untersagung gleich, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu führen, wurde zurückgewiesen. Eine solche weite Auslegung dieser Rückausnahme sei wegen der Möglichkeit einer allfälligen Individualfreistellung nicht geboten.

Der Gerichtshof folgt damit – wenig überraschend – der strengen Auslegung dieser Bestimmung durch die Europäische Kommission, die in ihren Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen (Vertikal-LL, vom 19.5.2010, ABl C 2010/130) ausdrücklich betont, dass es Händlern im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems freistehen soll, sowohl aktiv als auch passiv und eben auch mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen, sofern dem nicht Sicherheits- oder Gesundheitsgründe entgegenstehen. Allein eine besondere Beratungsintensität des Produkts reicht nicht aus (allerdings betont die Kommission in diesen Leitlinien auch, dass der Hersteller dem Händler durchaus Qualitätsanforderungen für die Ausgestaltung eines produktadäquaten Online-Vertriebs vorgeben kann). Der EuGH

Ein dem Händler de facto auferlegtes Verbot des Internetvertriebs ist eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV.

Ein erhöhter Beratungsbedarf allein, ohne Vorliegen von Sicherheits- oder Gesundheitsgründen, kann keine generelle Freistellung vom Kartellverbot begründen. Auch der Schutz des Prestigecharakters eines Produkts kann allgemein kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein.

erwähnt in diesem Zusammenhang seine frühere Entscheidungen zur Warenverkehrsfreiheit betreffend den Internetvertrieb nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel (11.12.2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband e.V.*) und den Online-Verkauf von Kontaktlinsen (2.12.2010, C-108/09, *Ker-Optika*) in denen die Argumente für die Notwendigkeit einer persönlichen Beratung jeweils nicht als maßgeblich angesehen wurden. Im Sinne dessen dürften produktspezifische Beschränkungen des Internetvertriebs lediglich nur mehr in Bezug auf verschreibungspflichtige Medikamente oder gefährliche (insbesondere toxische) Stoffe als zulässig erachtet werden.

Was den Hinweis auf eine Aufrechterhaltung des Prestigecharakters der gegenständlichen (höherwertigen) Kosmetikprodukte betrifft, führt der Europäische Gerichtshof ohne nähere Begründung aus, dass dies kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein könne, die eine Anwendbarkeit des Art 101 Abs 1 AEUV ausschließen würde. Diese Feststellung betrifft wohl lediglich die Frage einer objektiven Rechtfertigung für eine Ausnahme vom Kartellverbot an sich,

ohne dass damit gesagt ist, dass derartige Argumente nicht durchaus im Rahmen einer Einzelfreistellungsprüfung von Bedeutung sein können. Der EuGH gibt diesbezüglich dem anfragenden französischen Gericht auch keinen Prüfungsmaßstab vor, so dass interessant sein wird, inwieweit hier im fortgesetzten Verfahren Hinweise auf die Erhaltung eines Markenimage vielleicht doch noch Berücksichtigung finden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorliegende Entscheidung des EuGH zwar keine grundlegend neue Sicht auf die wettbewerbs- bzw kartellrechtliche (Un)Zulässigkeit von Internetvertriebsverboten mit sich bringt, weil sie sowohl die bereits in der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit zum Ausdruck gebrachten Grundsätze als auch die maßgebliche Rechtsauffassung der Kommission zu diesem Thema bestätigt. Dennoch kann nicht übersehen werden, dass hier ein weiteres, deutliches Signal zugunsten einer Aufwertung des Internetvertriebs im Einzelhandel gesetzt wurde und dies bei der Gestaltung der Vertriebsverträge zu berücksichtigen ist.

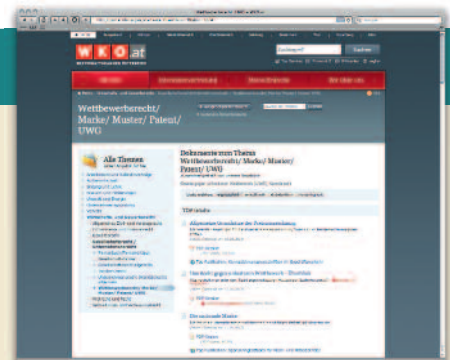
UNSER JURISTISCHER LINKTIPP

Die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) informiert auf ihrer Website (www.wko.at) umfassend über verschiedene Themen des praktischen Wirtschaftslebens. Im Bereich „SERVICE“ im Hauptmenü finden sich im Feld „Alle Themen – Unser Angebot für Sie“ mehrere Unterbereiche, von denen einer das „Wirtschafts- und Gewerberecht“ betrifft.

Über den Sub-Menüpunkt „Gesellschaftsrecht/Unternehmensrecht“ gelangt man zum Bereich „Wettbewerbsrecht/Marke/Muster/Patent/UWG“ der diesmal unseren aktuellen Linktipp bildet: http://portal.wko.at/wk/startseite_th.wk?dstid=0&sbid=1224.

In kompakten, übersichtlich strukturierten Beiträgen werden hier zahlreiche, relevante Fragen dieses weiten Rechtsgebiets behandelt und in Form von Informationsblättern aufbereitet. Die gut lesbaren und auch für den Nicht-Juristen verständlichen Texte (von denen ca die Hälfte exklusiv WKÖ-Mitgliedern zur Verfügung steht) reichen von Informationen über Inhalt und Umfang gewerblicher Schutzrechte bis hin zu kartellrechtlichen Belangen.

Darüber hinaus informiert die WKÖ in den – jeweils auch als PDF-Datei zu öffnenden – Dokumenten etwa auch über Preisauszeichnungsvorschriften, über die (Un)Zulässigkeit von Email-, Fax-, und Telefonwerbung sowie über Europäisches Wettbewerbs- und Beihilfenrecht. Es ist hier ein breites Spektrum an nützlichen Informationen schnell und einfach verfügbar – eine Seite, die es wert ist, auch ohne konkreten Anlassfall „angeklickt“ zu werden.



Wie geht es weiter im Zugabenrecht?

Für eine Veranstaltung im Haus der Kaufmannschaft am 29.10.2012 konnte aufgrund einer Einladung des Schutzverbandes und der ÖV mit Unterstützung der Wirtschaftskammer Wien eine hochkarätige Expertenrunde zum Thema Zugabenrecht in Deutschland unter europäischem Einfluss gewonnen werden, wobei über 60 interessierte Mitglieder der Einladung Folge leisteten.

Nach dem Zugabenverbot im § 9a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) war es über viele Jahrzehnte grundsätzlich unzulässig, Verbrauchern Gratiszugaben neben Waren oder Leistungen anzukündigen („Hemd zum Anzug gratis“), weil vor unsachlichen Kaufanreizen durch Kombiangebote geschützt werden sollte. Auch vom Kauf abhängige Gewinnspiele waren nur in bestimmten Grenzen möglich.

Nun ist das generelle Zugabenverbot in Österreich durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) – wie zuletzt im Wettbewerbskommentar von Recht und Wettbewerb Nr. 179 berichtet – unanwendbar geworden, weil es mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) nicht vereinbar ist. Die Begründung des EuGH liegt wie schon ausgeführt darin, dass diese europaweite Regelung zum Schutz der Verbraucher ein solches allgemeines Verbot nicht kennt und strengere nationale Regelungen nicht aufrecht erhalten werden dürfen.

Nachfolgende Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs (OGH) haben klargestellt, dass das allgemeine Zugabenverbot des § 9a UWG im Bereich der RL-UGP, also bei der Werbung gegenüber Verbraucher nicht mehr gilt. Damit ist die wohl bedeutendste Liberalisierung des Werberechts erfolgt, seit die vergleichende Werbung 1990 allgemein zulässig wurde, sofern sie nicht im Einzelfall unlauter ist.

Bei der Werbung mit Zugaben und Gewinnspielen bedeutet diese geänderte Rechtslage jedoch nicht, dass sämtliche Gratiszugaben ohne Schranken erlaubt wären. Es bleibt nämlich wie bei jeder Geschäfts-

praktik die allgemeine Prüfung, ob solche Ankündigungen nicht unlauter, aggressiv oder irreführend sind. Aber im Gegensatz zu früher ist es jetzt grundsätzlich möglich, beim Angebot seiner Produkte gratis etwas dazu zu geben oder ein Gewinnspiel anzubieten.

Der Schutzverband hat gemeinsam mit der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) zu diesem Thema eine Vortragsveranstaltung samt Podiumsdiskussion organisiert, wo als Gastredner Prof. Dr. Helmut Köhler von der Universität München und Hofrat Dr. Manfred Vogel vom Obersten Gerichtshof in Österreich (OGH) die Rechtslage skizzierten. Dabei hat sich gezeigt, dass die meisten beanstandeten Ankündigungen bisher zulässig gewesen sind und unlautere Werbung wenn vor allem im Bereich der Irreführung liegt.

Hofrat Vogel wies zunächst darauf hin, dass die mit dem Kauf einer Zeitung verbundene Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel laut EuGH nicht allein deshalb eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne von Art 5 Abs 2 der RL-UGP ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Verbraucher das ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieser Zeitung bildet (EuGH 9.11.2010, Rs C540/08).

Weiters liegt bei der Zugabe von zwei Gesundheitsbüchern zum Abo einer Tageszeitung, wenn mit Bankeinzug gezahlt wird, ebenfalls keine unlautere Ankündigung vor. Die Bücher kosten beim Zeitungsunternehmen einzeln je 5 EUR, vergleichbare Bücher

Prof. Dr. Helmut Köhler,
Universität München



im Buchhandel ca. 10-15 EUR. Damit wird kein unlauterer Druck auf das Publikum, keine Verlockung unter Ausschluss jeder sachlichen Erwägung und keine irreführende Preisverschleierung hervorgerufen (OGH 4 Ob 36/11i). Auch das Angebot an Kunden, im Falle der Beauftragung mit verkehrspsychologischen Nachschulungen Zugaben zB in Form eines KFZ-Sicherheits-Checks (Wert: 17,99 EUR) gratis zu gewähren, ist nicht unlauter (OGH 4 Ob 152/11y).

Zu prüfen sind laut Hofrat Vogel auch Verstöße gegen das Kartellrecht bei Angeboten marktmächtiger Unternehmer. Bei einem Fall lobte eine marktbeherrschende Tageszeitung (exklusiver Sponsor des ÖSV aus dem Printmediensektor) ein Gewinnspiel mit einem Preis aus, der nicht substituierbar ist („Begegnung mit unseren Schistars“). Dieser Vorwurf der Behinderung schwächerer Mitbewerber durch Marktbeherrscher bleibt vom Maßstab der RL-UGP unberührt. Auch hier liegt aber keine unlautere Geschäftspraktik vor, weil das rechtliche Schicksal der Zugabe jenem des Sponsorvertrags folgt und gegen diesen keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen (OGH 4 Ob 84/12z).

Prof. Köhler aus München präsentierte die deutsche Rechtslage, wo das allgemeine Zugabenverbot schon einige Zeit vor der EuGH-Entscheidung 2001 im Sinne einer Liberalisierung aufgehoben wurde. Er führte zunächst aus, dass die Entscheidungen des BGH Zugabenangebote in der Regel nicht als aggressive Geschäftspraktiken angesehen haben. Besonders zu prüfen sind in der Praxis Fragen der Irreführung, damit dem Transparenzgebot im lautereren Wettbewerb entsprochen wird. Es gibt zwar keine allgemeine Pflicht, den Wert einer Zugabe anzugeben, aber es darf darüber nicht in die Irre geführt, also zB kein höherer Wert vorgetäuscht werden. Bezüglich einer Beschreibung der Zugabe hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) bei Handys, also elektronischen Geräten die Angabe des Herstellers und der Typenbezeichnung als notwendig angesehen.

Gemäß dem allgemeinen Gebot der beruflichen Sorgfalt in der europaweit geltenden RL-UGP ist die gebotene Rücksichtnahme auf den Verbraucher einzuhalten, damit dieser eine autonome und informierte Entscheidung treffen kann. Es wäre unlauter, ihn davon abzuhalten, wobei es



hier keine starren Regelungen geben kann und man bei schutzbedürftigen Personen strenger sein wird. Prof. Köhler verglich dann Erfahrungsgüter des täglichen Lebens mit Suchgütern (Auto, Reise, Versicherung) und Vertrauensgütern (Wert nicht bekannt oder ähnliches), wobei die Risiken für Verbrauchern bei Zugaben zu Erfahrungsgütern am geringsten wären.

Allgemein ist bei der Prüfung im Zugabenrecht laut Prof. Köhler zu berücksichtigen, welche Verbraucher angesprochen werden, um welche Hauptware oder -leistung es geht, was die Zugabe ist, welche Beschränkungen es bei der Inanspruchnahme gibt, in welcher Entscheidungssituation sich der Verbraucher befindet und wie die Zugabe präsentiert wird.

In der weiteren Diskussion mit Rechtsanwältin Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwalt Dr. Lothar Wiltschek und Mag. Markus Deutsch vom Fachverband Werbung der Wirtschaftskammer Österreich wurde auch angesprochen, dass das generelle Zugabeverbot noch zwischen Unternehmern gilt. Diese ungleiche Regelung hat zwar der Gesetzgeber zum Anlass genommen, im Rah-

men der Kartellrechtsnovelle die Aufhebung des § 9a UWG vorzusehen. Nachdem dieses Gesetzesvorhaben allerdings schon einige Zeit im Justizausschuss des Nationalrats liegt, ist abzuwarten, wann diese Aufhebung in Kraft tritt. Laut letzten Meldungen ist mit einer Beschlussfassung und damit endgültigen Rechtssicherheit auch in diesem Bereich erst im nächsten Jahr zu rechnen.

Aktuelles zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb findet sich laufend auf der Website des Schutzverbandes unter www.schutzverband.at. Dort wird auch ein ausführlicher Bericht über die Kartellrechtsnovelle abrufbar sein, sobald diese samt dem dort enthaltenen endgültigen Fall des Zugabensverbots in Form der ersatzlosen Aufhebung des § 9a UWG in Kraft getreten ist. Für weitere Fragen zu diesem Themenbereich stehen wir unseren Mitgliedern jederzeit zur Verfügung.



Dieser Beitrag wird von von der Wirtschaftskammer Wien unterstützt.

Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht 2012

Auf dem diesjährigen Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht (LIDC) von 11. bis 14. Oktober in Prag erörterten Juristen aus Europa, Nord- und Südamerika sowie aus Asien aktuelle Fragen des Wettbewerbs- und Kartellrechts.

Die 1930 gegründete LIDC (Ligue internationale du droit de la concurrence) hielt ihre alljährliche Tagung samt Generalversammlung heuer in der Hauptstadt der tschechischen Republik ab. Rund 100 Teilnehmer aus 22 Ländern fanden sich in Prag ein, um verschiedene, relevante Themen aus diesem dynamischen Rechtsbereich zu diskutieren. Österreich war auch dieses Jahr mit sieben Teilnehmern wieder gut vertreten (darunter Rechtsanwälte sowie Juristen der Bundeswettbewerbsbehörde und des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb).

Wie jedes Jahr befassten sich die einschlägig spezialisierten Juristen aus Wirtschaft, Rechtsvertretung und -beratung sowie von Universitäten und wettbewerbsbehördlichen Institutionen mit zwei ausgewählten Kernfragen aus dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs bzw des Kartellrechts, zu denen jeweils eine gemeinsame Stellungnahme (Resolution) erarbeitet werden sollte. Darüber hinaus standen Vorträge und Podiumsdiskussionen zu weiteren, aktuellen Themenbereichen auf dem Programm der Liga-Tagung, die im Sinne eines Meinungs- und Erfahrungsaustausches auf internationaler Ebene zu einer Weiterentwicklung und Förderung der Prinzipien für einen fairen Wettbewerb beitragen soll.

Im Anschluss an die Eröffnung des Kongresses durch die Präsidentin der LIDC, Mary Claude Mitchell aus Frankreich, behandelte zunächst ein ausgewiesenes Expertenforum unter der Leitung von Rechtsanwalt Wolfgang Rehmann (Taylor Wessing, München) die komplexe Fragestellung eines

gerechten patentrechtlichen Schutzes für Original-Arzneimittel im Spannungsverhältnis zu den wettbewerbs- und gesundheitspolitisch erwünschten Markteintrittsmöglichkeiten für Generika-Produkte. Wie anschaulich dargelegt wurde, führen hier unterschiedliche Ansichten über Inhalt und Geltungsdauer von pharmazeutischen Patenten vor dem Hintergrund eines global (und insbesondere auch europäisch) uneinheitlichen Rechtsschutzes zu einer Vielzahl von aufwendig geführten Rechtsstreitigkeiten. Andererseits sind auf diesem Markt – wie ein Vertreter der Europäischen Kommission berichtete – immer wieder auch unzulässige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen zu beobachten, die von den Kartellbehörden gegebenenfalls mit Geldbußen in Millionenhöhe geahndet werden.

Die erste der beiden zentralen Fragestellungen des Kongresses betraf ebenfalls ein kartellrechtliches Thema, und zwar (Frage A) ob bzw inwieweit es für kleine und mittlere Unternehmen gesonderte Kartellrechtsvorschriften geben soll. Der internationale Berichtersteller dazu, Michele Carpagnano (Rechtsanwalt und Professor an der Universität Trient), erläuterte, dass es hier weniger um eine andere Bewertung unternehmerischen Verhaltens aufgrund wirtschaftspolitischer Überlegungen gehe als vielmehr um eine sachgerechtere, auf die Unternehmensgröße Bedacht nehmende Anwendung von Kartellrechtsnormen. Es sei für kleine und mittelständische Unternehmen schon oft mangels juristisch ausgebildeter Mitar-



beiter schwierig, die Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens überhaupt zu erkennen. Auch in prozessualer Hinsicht seien, im Falle eines Verfahrens vor den Kartellbehörden, die zu überwindenden Hürden für kleinere Unternehmen größer und sollte darüber nachgedacht werden, inwieweit es hier zusätzliche Unterstützung beim Rechtszugang geben könnte. In der anschließenden Diskussion zu diesem Thema wurde deutlich, dass durchaus Einigkeit darin besteht, die besondere Position von Unternehmen geringerer Größe in Bezug auf Kartellrechtsverstöße zwar zu berücksichtigen, dass es aber nicht notwendig und sinnvoll sei, in diesem Zusammenhang generell eine eigene gesetzliche Definition für „kleine und mittlere Unternehmen“ festzulegen bzw deren Marktverhalten der Sache nach grundsätzlich anders zu beurteilen. Dies wurde auch in der dazu angenommenen Resolution zum Ausdruck gebracht, in der zugleich angeregt wurde, die Information und Aufklärung kleinerer und mittlerer Unternehmen durch die Kartellbehörden zu intensi-

vieren, diesen Unternehmen verstärkt die Möglichkeit der Anonymität im Verfahren vor den Behörden zu bieten (inklusive Adaptierung und Ausweitung der Kronzeugenregelungen) sowie rechtliche Hilfestellungen und finanzielle Erleichterungen bei der Rechtsdurchsetzung, insbesondere auch von Schadenersatzansprüchen (zB durch Beweiserleichterungen), zu gewähren.

Die zweite, wissenschaftlich und auch aus praktischer Sicht zu beleuchtende Frage des Kongresses betraf den immer wieder aktuellen Themenkreis der unlauteren Ausnutzung einer fremden Leistung (Frage B): Inwieweit sollen Unternehmen wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen die Verwendung ihrer Unternehmenskennzeichen durch Nicht-Konkurrenten erhalten? Hinter dieser Frage steht das Phänomen der oft zu beobachtenden „Anlehnung“ an den guten Ruf eines fremden Produkts bzw Unternehmens, eben auch durch Unternehmen einer anderen Branche, was besonders dann zu unterschiedlichen rechtlichen Beurteilungen führen kann, wenn keine Verletzung ei-



nes gewerblichen Schutzrechts vorliegt. In ihren ausführlichen Erläuterungen dieser Problematik legte die französische, internationale Berichterstatteerin, Martine Karsenty-Ricard (J.P. Karsenty & Associés, Paris), dar, wie sehr es angesichts der Vielfalt unternehmensspezifischer Merkmale, aus denen sich ein „brand image“ (Markenimage im weiteren Sinn) zusammensetzt, eines umfassenden Schutzes dieses bedeutenden Unternehmenswertes („goodwill“) gerade auch durch lauterkeitsrechtliche Vorschriften bedarf. Da es hier um einen generellen Schutz der Unternehmensidentität gegen ein „Mitnaschen“ gehe, seien wettbewerbsrechtliche Abwehrmaßnahmen auch ohne Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses schon allein aufgrund der solcherart täuschenden Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen und -merkmale im geschäftlichen Verkehr gerechtfertigt. In diesem Sinne wurde auch in der gemeinsam formulierten Resolution der LIDC festgehalten, dass ein „Markenimage“ allgemein einen wettbewerbsrechtlichen Schutz vor Ausbeutung durch Unternehmen anderer Branchen verdient, wobei aber im Einzelnen nachzuweisen ist, dass hier tatsächlich ein solches Image besteht und entsprechende Assoziationen der Verbraucher stattfinden. Die in den Mitgliedsländern und auf internationaler Ebene bestehenden Rechtsvorschriften werden durchaus als ausreichend beurteilt, diesen

Schutz zu gewährleisten, sodass es keiner zusätzlichen, spezifischen Regelungen bedürfe.

Die daran anschließende, zweite Podiumsdiskussion betraf – wie schon die erste – wieder den Arzneimittelmarkt, und zwar die kartellrechtliche Problematik der Beschränkungen des Parallelhandels. Aufgrund der unterschiedlichen Preise für Arzneimittel in den einzelnen Ländern bedingt durch staatliche Preisfestsetzung kommt es zu Parallelimporten von günstigeren (Original-)Arzneimitteln aus Niedrigpreisländer in Hochpreisländer, was die jeweiligen Hersteller oft wegen der ihnen entgehenden Umsätze durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu verhindern versuchen. Unter dem Vorsitz des Präsidenten der französischen Wettbewerbsbehörde (Autorité de la Concurrence), Bruno Lasserre, ging man der Frage nach, ob sich das internationale Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Bereich allgemein eher an wirtschaftlichen Kriterien oder an gesundheitspolitischen Aspekten orientiere. Nach einer Veranschaulichung des Systems des internationalen (Großhandels-)Vertriebs von Arzneimitteln durch Alexander Natz (deutscher Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie und EUCOPE) und dessen Wechselwirkungen mit der Bedarfsdeckung in den jeweiligen Ländern durch Professor Panos Kanavos (London School of Economics)



wurde erörtert und darüber diskutiert, welche Rolle hier kartellrechtlichen Normen in Bezug auf einen adäquaten Interessensausgleich zukommen sollte. Wie Henri Piffaut (EU-Kommission) als vierter Teilnehmer am Podium erläuterte, seien im Wesentlichen einerseits von den Herstellern ausgehende Mengen- bzw Lieferbeschränkungen, andererseits Preisspaltungsmethoden („dual pricing“) zu beurteilen, insbesondere im Hinblick auf das mögliche Vorliegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Wegen der Besonderheiten des Arzneimittelsektors und der Tatsache, dass Parallelimporte an sich erst durch staatliche Preisregulierungen hervorgerufen werden, könnten – so war man sich einig – sachgerechte Beurteilungsmaßstäbe nur durch eine differenzierte Beurteilung unter Berücksichtigung gesundheitsökonomischer Faktoren gefunden werden.

Im Mittelpunkt der dritten und abschließenden Diskussionsrunde am nächsten Tag standen Fragen rund um das sogenannte Anti-Produktpiraterie-Handelsabkommen, kurz ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Mit diesem Abkommen auf völkerrechtlicher Ebene, dessen tatsächliches Zustandekommen mittlerweile fraglich ist, soll(t)en gemeinsame Mindeststandards für die Durchsetzung von Schutzrechten des geistigen Eigentums festgelegt werden, insbesondere bei Marken- und (digitalen) Ur-

heberrechtsverletzungen. Professor Anselm Kamperman Sanders (Universität Maastricht) erläuterte als Podiumsvorsitzender zunächst die – teilweise auch in der Öffentlichkeit massiv vorgetragenen – Kritikpunkte zu diesem Abkommen, das im Juli dieses Jahres auch durch das Europäische Parlament mit großer Mehrheit abgelehnt worden war. Die nachfolgenden Referate von Lothar Ehring (EU-Kommission), Paulo Vergano (Rechtsanwalt, FratiniVergano, Brüssel) und Martin Steiger (Rechtsanwalt, Zürich) befassten sich dementsprechend mit der aktuellen rechtlichen Situation „ohne ACTA“, wobei übereinstimmend auf die vorhandenen Grundlagen durch das TRIPS-Abkommens (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des Geistigen Eigentums, 1994) und das Bestehen zahlreicher bilateraler Verträge hingewiesen wurde.

In der anschließend abgehaltenen Generalversammlung der LIDC wurden – jeweils einstimmig – der ungarische Rechtsanwalt Dr. Gustav Bacher (Budapest) zum neuen Vorsitzenden der Liga und Rechtsanwalt Dr. Michael Meyenburg aus Wien zum 1. Vizepräsidenten bestellt. Zu weiteren Vizepräsidenten wurden Antonio Faria Correa (Brasilien) and Shinichiro Tanaka (Japan) ernannt, was die internationale Ausrichtung der LIDC über die Grenzen der EU hinaus unterstreicht.

Auch dieses Jahr wurde die Erörterung aktueller juristisch-wissenschaftlicher Fragestellungen wieder von einem attraktiven Rahmenprogramm begleitet: Neben einem gemeinsamen Besuch des Mucha Museums, das dem Leben und Werk des tschechischen Jugendstilkünstlers Alfons Mucha (1860-1939) gewidmet ist, bildete ein Galadinner im barocken Ambiente des Troja Château den kulinarisch-gesellschaftlichen Höhepunkt des Kongresses. Am Sonntag konnten die Teilnehmer schließlich noch im Rahmen einer Führung durch die berühmte Pilsener Brauerei hinter die Geheimnisse der Braukunst nach tschechischer Tradition blicken.

Selbstregulierung in Europa

Die European Alliance Standard Association (EASA) und ihre nationalen Mitglieder trafen sich anlässlich des 50jährigen Jubiläums des Britischen Werberates (Advertising Standard Authority – ASA) dieses Jahr in London zu einer umfassenden Arbeitssitzung mit zahlreichen Themen, wobei der Schutzverband als Gastteilnehmer geladen war.

Schon seit vielen Jahren werden die Regelungen zum unlauteren Wettbewerb und anderen Fragen des Werberechts durch ein System der Selbstregulierung der Wirtschaft ergänzt bzw. vollzogen. Diese Form einer Kontrolle durch Verbände mit entsprechenden Leitlinien (Codices) hat besonders in Großbritannien eine große Tradition, weil dort detaillierte gesetzliche Regelungen für einen lautereren Wettbewerb und damit ein allgemeines Werberecht fehlen. Aber auch in Ländern wie Österreich oder Deutschland, welche ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) besitzen, sind schon lange Unternehmerverbände aktiv, welche sich für einen fairen Wettbewerb und verantwortungsvolle Werbung einsetzen (siehe auch den Bericht zur Wettbewerbszentrale in Deutschland in der letzten Ausgabe von RuW, welche sogar schon ihr hundertjähriges Jubiläum begangen hat).

Während der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb seit 1954 tätig ist (siehe www.schutzverband.at), wurde der österreichische Werberat (Gesellschaft zur Selbstkontrolle der Werbewirtschaft) im Jahr 1974 ebenfalls als Verein gegründet (mehr unter www.werberat.at). Diese Verbände kooperieren im Rahmen einer Mitgliedschaft schon länger miteinander, wobei sie sich dabei sehr gut ergänzen. So schreitet der Schutzverband bei unlauteren und irreführenden Geschäftspraktiken ein und nimmt sich der Werberat Beschwerden zu Themen wie zB Diskriminierung, Alkohol oder Kinder in der Werbung an. Auch die Vorgangsweise ist aufgrund der gesetzlichen Basis unterschiedlich. So ist der Schutzverband

klagsbefugt nach dem UWG und führt gerichtliche Entscheidungen herbei. Der Werberat hingegen entscheidet selbständig durch ein Gremium von zahlreichen Werbeexperten, wobei dessen Entscheidungen rechtlich nicht bindend sind. Allerdings wird durch zahlreiche Vereinbarungen unter anderem mit den Medien in der Regel sichergestellt, dass bei dem Ausspruch des Stopps einer Werbung diese nicht mehr fortgesetzt werden kann.

Der österreichische Werberat ist wie viele andere Verbände in Europa (so genannte SRO – self regulation organisations) Mitglied im Europäischen Werberat (EASA), welcher seinen Sitz in Brüssel hat. Hier findet ein reger Austausch über den Umgang mit den einlangenden Beschwerden statt, wobei gerade Online-Werbung in der Regel grenzüberschreitend erfolgt, was dann über die EASA läuft. Diese Organisationen behandeln aber nicht nur Beschwerden zu Werbeanmeldungen, sondern bieten auch Beratung an bzw. führen teilweise sogar Werbefreigaben durch. In England z.B. darf ein Werbespot im Fernsehen erst geschaltet werden, wenn die zur ASA gehörende Clearcast nach einer Prüfung gemäß den Verhaltensleitlinien ihre Zustimmung erteilt hat.

In London wurde wie schon in Sitzungen zuvor festgestellt, dass die Mehrheit der Beschwerdeführer irreführende Werbung beanstandet. Im grenzüberschreitenden Bereich ist vor allem der Transportsektor betroffen, und hier insbesondere Werbung für den Autoverleih (im Urlaub) und für Fluglinien. Bei den Medien führt das Internet vor Direktmarketing, Fernsehen und Zeitungen.



AT THE HEART OF ADVERTISING.
REGULATION FOR 20 YEARS!



Ein umfassender Bericht und andere Informationen finden sich auf der Website der EASA unter www.easa.org.

Weiters gab es einen Tagungsordnungspunkt zur Frage des Beschwerdemanagements, wobei sich bei grenzüberschreitenden Angeboten die Frage der Zuständigkeit stellt. Hier wurden das Ursprungsprinzip und das Auswirkungsprinzip besprochen, wobei man zu dem Schluss kam, dass eine Kooperation der betroffenen Verbände zielführend ist, um auch Sprachprobleme zu vermeiden. Bei dem Spezialbereich der verhaltensorientierten Werbung im Internet (OBA – online behavioral advertising), also den bekannten Cookies bei dem Besuch von Websites, soll generell das Ursprungsprinzip zur Anwendung kommen, was beispielsweise bedeutet, dass Beschwerden über Google in Europa zwar vom Verband in dem Land des Users entgegen genommen, aber dann von dem irischen Werberat entschieden werden, weil dort Google Europe seinen Sitz hat. Weiters gibt es ein EDAA-Gütesiegel, welches Firmen erlangen können, die

verbindlich erklären, den europäischen Regelungen für OBA zu entsprechen.

Zu diesem Themenbereich wurde von einem Vertreter der digitalen Firmen anschaulich erklärt, was alles im Hintergrund abläuft, bevor überhaupt eine Werbeeinschaltung auf einer Website abrufbar ist. Diese wird grundsätzlich unabhängig vom Server des Inhalteanbieters über einen Werbeserver ausgewählt. Dieser Werbeserver benutzt dabei insbesondere die Informationen über die Cookies, welche er vom Webbrowser bekommt, um dann die „passende“ Werbung zu finden. Nachdem diese Entscheidung blitzschnell getroffen werden muss, haben sich hier sowohl die Anbieter als auch die Programme wesentlich weiter entwickelt. Die Abrechnung dieser Werbeeinschaltungen im Internet geht vermehrt weg von der klassischen Abrechnung pro Tag oder Klicks hin zu Erfordernissen wie einer konkreten Anmeldung oder sogar einem erfolgreichen Verkaufsabschluss.

Ein weiterer Schwerpunkt der Diskussionen war die Werbung mit Alkohol. Hier wird

Oliver Gray, Geschäftsführer der EASA



ein Vorschlag der EASA zur Selbstregulierung mit europaweiten Best Practice-Leitlinien erarbeitet, wobei auch schon eine über Europa hinaus gehende Erhebung zu dieser Branche im Werdebereich stattgefunden hat. Dabei wurde betont, dass aus Sicht der SROs, also der Verbände eine solche Lösung einer gesetzlichen Regelung vorzuziehen ist. Hier wird argumentiert, dass die Selbstregulierung nicht nur flexibler, sondern auch in der Umsetzung wesentlich günstiger ist als bei dem Vollzug durch die Behörden. Bei dem Bereich der kosmetischen Artikel gibt es ebenfalls ein Projekt, Leitlinien für diese Industrie im Anbieten ihrer Produkte zu erarbeiten.

Neben Alkohol, Kosmetik sowie den ebenfalls aktuellen Branchen Lebensmittel und Glücksspiel ist wie gesagt vor allem die Online-Werbung im Fokus. Wie auch im klassischen Printbereich gibt es das Problem der Abgrenzung, was Werbung ist und was redaktionell gestaltete Beiträge, wo man sich eine unabhängige Berichterstattung erwartet. Online abrufbar ist das so genannte Blue Book der EASA, welches die Strukturen im Bereich der Werberegulierung umfassend

darlegt. Dieses Angebot wird aktuell von einem privaten Anbieter durch eine Sammlung aller Werbe- und Kommunikationsregelungen der einzelnen Ländern weltweit sowohl allgemein als auch sektorspezifisch ergänzt (allerdings nur kostenpflichtig unter www.g-regs.com).

Diese spannenden Arbeitssitzungen fanden einen stimmungsvollen Ausklang bei einer Jubiläumseinladung der ASA in einen Musikclub in Soho, wo man bei einem lockeren Stehempfang die zahlreichen Vertreter von England über Spanien bis nach Schweden und Bulgarien sowie aus Übersee kennen lernen konnte. Alle diese Aktivitäten auf hohem Niveau zeigen jedenfalls, dass auch der Wirtschaft und insbesondere den in der Werbung aktiven Personen ein fairer Wettbewerb und verantwortungsbewusste Werbung ein Anliegen ist, ganz im Sinne des Leitbildes der EASA: „promoting responsible advertising“.



Dieser Beitrag wird vom Fachverband Werbung der Wirtschaftskammer Österreich unterstützt.

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Direkte Aufforderung an Kinder in der Werbung ist unzulässig. In zwei aktuellen Entscheidungen zu Stickeralbum-Werbeaktionen von großen Lebensmittelhändlern wurden Werbeslogans als unlautere Kaufappelle an Kinder beurteilt.

Der Verein für Konsumenteninformation (VKI) hatte zwei Handelsketten auf Unterlassung nach dem UWG geklagt, weil hier jeweils mit unmittelbar an Kinder gerichteten Werbebotschaften versucht worden sei, den Verkauf von Produkten zu fördern. Nach Z 28 des Anhangs zum UWG ist die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen, per se unlauter. Gleiches gilt, wenn dadurch Eltern oder andere Erwachsene überredet werden sollen, die Produkte für sie zu kaufen.

Es liegt hier ein gesetzlich formulierter Tatbestand einer aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 1a UWG vor, mit dem Ziel, einerseits Kinder keinen unmittelbaren Kaufaufforderungen auszusetzen und andererseits, Erwachsene vor Beeinträchtigungen ihrer Konsumfreiheit durch indirekte „psychische“ Kaufzwänge zu schützen. Eine unlautere Geschäftspraktik liegt nach dieser Bestimmung vor, wenn sie „geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“ (§ 1a Abs 1 UWG).

Im Rahmen der betreffenden Aktionen erhielt man pro € 10.- Einkaufswert an der Kasse jeweils ein Päckchen (mit fünf Stück) der beliebten Tierbilder-Sticker (Abziehbilder). Darüber hinaus waren die Sticker-Päckchen um 50 Cent zu kaufen.

Eine Lebensmittelhandelskette hatte im

Rahmen seiner „Stickermania“-Aktion (Sammeln und Einkleben von Abziehbildern in ein Sammelalbum) zu einer „Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen“ eingeladen und dafür insbesondere mit dem Slogan geworben: „Hol Dir hier das Buch dazu! Stickersammelbuch zum Sensationspreis ...“. Der OGH hielt dazu fest (Entscheidung vom 18.9.2012, 4 Ob 110/12y),



dass diese Werbung aufgrund des verwendeten Imperativs („Hol Dir ...!“) jedenfalls als direkte und nachdrückliche, an Kinder gerichtete Kaufaufforderung im Sinne der Z 28 Anhang UWG anzusehen sei. Zum Einwand, diese Bestimmung beziehe sich nur auf Kinder unter sieben Jahren (so die Beklagte unter Hinweis auf eine frühere zivilrechtliche „Kind“-Definition) und könnten diese mangels Lesekenntnissen von der Aufforderung gar nicht angesprochen worden sein, führte das Gericht aus, dass diese

Aufforderungen wie „Hol' Dir ...!“ sind als unlautere, direkte Kaufappelle an Kinder anzusehen.

Norm seinem Schutzzweck nach jedenfalls Minderjährige bis 14 Jahre erfasse. Strittig sei nur, ob auch ältere Minderjährige erfasst sein könnten. Dementsprechend wurde dem Klagebegehren (auch schon von den Vorinstanzen) stattgegeben und die Supermarktkette zur Unterlassung von „direkten Aufforderungen an unmündige Minderjährige, insbesondere Volksschulkinder, zum Kauf bestimmter, beworbener Produkte“ verurteilt.

Im Parallelfall ging es um „Rekorde im Tierreich“ (das Stickeralbum war um € 1,99 erhältlich), wo die betreffende Aktion von einem anderen Filialisten unter anderem mit

ausführlicher Erörterung und unter Bezugnahme auf die Europäische Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) entgegen, dass es allein darauf ankomme, Kinder vor unmittelbaren Kaufaufforderungen zu schützen, unabhängig davon, ob die Werbung produkt- oder unternehmensbezogen sei. Davon abgesehen würden hier Kinder jedenfalls als „Kaufmotivatoren“ eingesetzt, sodass auch allgemein der Tatbestand einer (die Eltern) belästigenden und damit aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 1a Abs 1 UWG gegeben sei.

Die beiden Entscheidungen illustrieren Inhalt und Reichweite des seit der UWG-Not-

velle 2007 geltenden Verbots einer werbemässigen, direkten Kaufaufforderung an Kinder. Es ist durchaus zulässig, eine Werbung gezielt an Kinder zu richten und sie entsprechend zu gestalten, damit sie von dieser Zielgruppe wahrgenommen wird. Problematisch ist allerdings die Verwendung imperativer Formulierungen („Hol Dir ...!“, „Komm, kauf ...!“ oder „Sag Papi, er soll ... kau-



den Worten „Holt Euch jetzt die tierischen Sammel-Sticker!“ beworben worden war. In diesen und ähnlichen Slogans (zB auch „Hol Dir jetzt dein Stickerbuch!“ oder „Geh auf Rekordjagd und hol Dir die Sammel-Sticker an der Kasse!“), die sowohl auf Plakaten als auch auf der speziell für Kinder eingerichteten Website www.billa4kids verwendet wurden, sah das Oberlandesgericht (OLG) Wien – wie kurz zuvor der OGH – einen eindeutigen, direkten Kaufappell an Kinder (Entscheidung vom 27.9.2012, 5 R 69/12x). In diesem Verfahren war unter anderem eingewendet worden, Z 28 des Anhangs zum UWG untersage nur die Aufforderung zum Kauf bestimmter (konkreter) Produkte, was hier nicht der Fall sei. Dem hielt das OLG in

fen!“) oder ähnlicher Werbeslogans, die einen unmittelbaren Kaufappell darstellen. In diesem Fall ist damit zu rechnen, dass allein aufgrund dessen ein Wettbewerbsverstoß festgestellt würde. Darüber hinaus unterliegt „Kinderwerbung“ allgemein strengeren Beurteilungsmaßstäben, insbesondere was mögliche irreführende Elemente betrifft (z. B. unvollständige Kostenangaben – siehe dazu das *Ponyclub*-Urteil des OGH aus dem Jahr 2008, 4 Ob 57/08y). Hinsichtlich Fernsehwerbung (die vom Anwendungsbereich der Z 28 Anhang UWG ausgenommen ist) gilt, dass diese keine direkten Kaufaufforderungen an Minderjährige enthalten darf, die deren Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit ausnützt.

Verwendung eines Trikot der Fußballnationalmannschaft unzulässig

Laut der Judikatur liegt eine Unlauterkeit vor, wenn das Trikot der österreichischen Fußball-Nationalmannschaft zu Zwecken der Werbung – hier einer Zeitung – für ein Gewinnspiel verwendet bzw. abgebildet wird.

Der beklagte Herausgeber einer Gratiszeitung bewarb ein Gewinnspiel, wo 300 Karten für das „Spiel des Jahres“ im Fußball Österreich–Deutschland verlost wurden. Dabei wurde eine Dame als „Tor-Glücksfee“ abgebildet, welche das Trikot der österreichischen Nationalmannschaft trug (siehe Abbildung). Der österreichische Fußballbund (ÖFB) beantragte, die Verwendung dieses Trikots zu Zwecken der Werbung zu untersagen. Auf die Frage, ob eine Rufübertragung vorliegt, kommt es laut OGH hier gar nicht an. Denn die Beklagte hat jedenfalls in unlauterer Weise die Bekanntheit (die Unterscheidungskraft) des Trikots ausgenutzt. Insofern besteht kein Unterschied zum Ausnutzen der Unterscheidungskraft einer bekannten Marke.

Die hohe Bekanntheit eines Zeichens ist meist mit einer positiven Grundeinstellung zu den damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen verbunden. Daher werden solche Zeichen bei den angesprochenen Kreisen in der Regel positive Emotionen hervorrufen. Dritte, die bekannte Zeichen in der Werbung für eigene Waren oder Dienstleistungen verwenden, nutzen in subtiler Weise diese positive Stimmung und fördern auch dadurch ihren eigenen Wettbewerb. Das Ausnutzen der Unterscheidungskraft (des Auffälligkeitswerts) wird daher in vielen Fällen - auch ohne Rufübertragung im engeren Sinne - mit einem Ausnutzen der dem Zeichen entgegengebrachten Wertschätzung (des „Rufes“) einhergehen, was der EuGH unter dem Begriff des „Trittbrettfahrens“ zusammenfasst (EuGH C-323/09 – Interflora).



Im hier zu entscheidenden Fall hat das Trikot der Nationalmannschaft eine kennzeichnende Funktion, die nicht nur der Unterscheidung der Mannschaften im konkreten Spiel dient. Vielmehr wird die Nationalmannschaft durch das von ihr ständig getragene Trikot ganz allgemein als solche identifiziert. Es besteht kein Zweifel, dass der klagende Fußballverband diese Funktion gezielt aufgebaut hat und wirtschaftlich nutzt.

Das Trikot ist daher ein auf den Klägerweisendes Unternehmenskennzeichen. Die Beklagte verwendet es als Blickfang, um das von ihr veranstaltete Gewinnspiel zu bewerben und so die Verbreitung ihrer Zeitung zu erhöhen. Damit partizipiert sie (zumindest) an der Unterscheidungskraft des Trikots und nutzt so fremden Aufwand für eigene Zwecke. Gründe, warum das im Einzelfall nicht unlauter wäre, sind nicht zu erkennen (OGH 28.2.2012, 4 Ob 212/11x – Trikot der Nationalmannschaft).

19. ÖBI-SEMINAR 2013

Dienstag, 16. April 2013, 9.00 – 18.30 Uhr
Wirtschaftskammer Österreich, Rudolf-Sallinger-Saal
Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien

Die aktuelle Rechtsentwicklung im

- Lauterkeitsrecht
- Markenrecht
- Musterrecht
- Patentrecht
- Urheberrecht
- Wettbewerbsrecht



Infos und Anmeldung:

Elisabeth Smejkal-Hayn, Telefon: (01) 531 61 – 180, E-Mail: ha@manz.at
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH,
Kohlmarkt 16, 1014 Wien