

# Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

Neue Rechtsprechung zum Abwerben  
von Mitarbeitern der Mitbewerber

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Irreführende Etikettierung von Lebensmitteln  
auf nationaler und europäischer Ebene

Kein allgemeines Widerspruchsrecht bei  
Kommentaren auf Bewertungsplattformen

Übersicht zum Verkauf unter dem Einstandspreis

Laufende Interventionen und Verfahren bei  
Erlagscheinwerbung bzw Adressbuchschwindel

Trends und Defizite bei der Verfolgung  
von Fällen der Produktpiraterie

## TAGUNGSBERICHT AKTUELL

Bericht über die Tagung der LIGA  
für Wettbewerbsrecht in Stockholm

**Nummer 184** Jänner 2016 61. Jahrgang

# Recht und Wettbewerb

---

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

Neue Rechtsprechung zum Abwerben von Mitarbeitern der Mitbewerber SEITE 4

---

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Irreführende Etikettierung von Lebensmitteln auf nationaler und europäischer Ebene SEITE 10

---

Kein allgemeines Widerspruchsrecht bei Kommentaren auf Bewertungsplattformen SEITE 12

---

Laufende Interventionen und Verfahren bei Erlagscheinwerbung bzw Adressbuchschwindel SEITE 14

---

Aktuelle Judikatur aus dem Lauterkeits- und Kartellrecht SEITE 16

---

Übersicht zum Verkauf unter dem Einstandspreis SEITE 21

---

Trends und Defizite bei der Verfolgung von Fällen der Produktpiraterie SEITE 24

---

Die ausgewählte OGH-Entscheidung SEITE 27

---

## TAGUNGSBERICHT AKTUELL

Bericht über die Tagung der LIGA für Wettbewerbsrecht in Stockholm SEITE 29

„**Recht und Wettbewerb**“ ist die 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:** Friedrich Ammaschell, KommR Herbert Gänsdorfer, Ing. Klaus Schmidtschläger, KommR Ing. Johann Klein, KommR Horst Szaal, KommR Karl Hofmann, KommR Gerhard Holub, KommR Ralph Plaichinger, Andreas Poeckh, 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!

Nach der intensiven Arbeit an der Wettbewerbsfibel insbesondere im vergangenen Jahr freuen wir uns, Ihnen wieder eine neue Ausgabe von Recht und Wettbewerb übermitteln zu können. Die neue Wettbewerbsfibel hat nicht nur viele Ressourcen gebunden, sondern ist vor allem ein großer Erfolg geworden. Diese gänzlich überarbeitete Neuauflage mit farblicher Gestaltung und rund 100 Bildbeispielen sowie Checklisten erhielt hervorragende Rezensionen und konnte mit 11.000 Stück Auflage auch besonders viele Abnehmer erreichen. Der Schutzverband hat diese praxisorientierte Darstellung auch Gerichten, Universitäten und anderen Bildungseinrichtungen zur Verfügung gestellt und damit seinen Ruf als die Institution in Österreich im Lauterkeitsrecht weiter gefestigt.

Ein besonderer Schwerpunkt unserer Dienstleistungen ist weiterhin die Betreuung der selbstständig Tätigen aus dem Kreise unserer Mitglieder bei allen Fällen von Werbekriminalität. Hier helfen wir nicht nur täglich zahlreichen Betroffenen, aus diesen erschwundenen „Verträgen“ wieder heraus zu kommen, sondern sind auf mehreren Ebenen aktiv, um eine noch bessere Bekämpfung zu erreichen. Besonders erfreulich ist es, dass wir alle gerichtlichen Musterverfahren gegen solche dubiosen Anbieter erfolgreich abschließen konnten. Einen Überblick dazu bietet unsere Juristin Georgina Schenner.

Im Wettbewerbskommentar behandelt die Verbandsanwältin Marcella Prunbauer-Glaser eine neue Entscheidung zum Abwerben von Mitarbeitern der Mitbewerber, wo abzuwarten ist, ob das eine grundlegende Rechtsprechungsänderung darstellt. Konkret geht es um die Frage, ob das Abwerben oder Ausspannen von Mitarbeitern eines Mitbewerbers auch dann noch nicht wettbewerbswidrig ist, wenn es unter Verleitung zum möglichen Vertragsbruch erfolgt. In zumindest einem speziellen Fall hat der OGH dies bejaht.

Eine bemerkenswerte Rechtsprechung betrifft die Frage der irreführenden Etikettierung von Lebensmitteln. Konkret geht es um Fälle von Verpackungen, wo zwar im Zutatenverzeichnis oder der sonstigen Kennzeichnung alles korrekt dargestellt wird, aber die hervorgehobene optische Gestaltung einen anderen Eindruck über den Inhalt hervorrufen kann. In so einem Fall haben sowohl der EuGH als auch der OGH eine relevante Täuschungseignung bejaht, was wir mit den entsprechenden Beispielen auch bildlich dargestellt haben.

Ebenfalls aus dem Lebensmittelbereich kommt eine der wohl aufsehenerregendsten Entscheidungen des Kartellobergerichts (KOG) beim OGH zu möglichen Preisabsprachen. In diesem Verfahren hat der OGH nicht nur die indirekt über die Lieferanten versuchte Preisabstimmung auch auf vertikaler Ebene als Kernverstoß bejaht, sondern die Strafe allein für eine Produktgruppe von 3 Mio Euro auf 30 Millionen Euro verzehnfacht.

Diese Judikatur wird von unserem Kartellrechtsspezialisten Rainer Tahedl ebenso dargestellt wie die Verurteilung einzelner Händler im Sportartikelbereich und die Geldbuße für einen Fahrradproduzenten. Schließlich hat er die rechtliche Situation zum Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis zusammengefasst, weil wir dazu immer wieder Anfragen erhalten. Für kartellrechtliche Einschätzungen stehen wir allgemein gerne zur Verfügung.

Weitere Themen in dieser Ausgabe sind die Verfolgung von negativen Kommentaren auf Bewertungsplattformen und aktuelle Judikatur aus dem Lauterkeitsrecht. Schließlich berichten wir über eine Veranstaltung zur Verfolgung von Produktpiraterie und der Tagung der LIGA für Wettbewerbsrecht in Stockholm. Wir sind auch in diesem Bereich laufend aktiv, um den fairen Wettbewerb im Interesse der Wirtschaft und des Standortes Österreich umfassend zu hüten.



Fotostudio Wilke

**„Der Schutzverband hat mit der überarbeiteten Wettbewerbsfibel wieder neue Maßstäbe für eine praxisbezogene Übersicht zum Wettbewerbsrecht gesetzt ...“**

**MAG. HANNES SEIDELBERGER**  
Geschäftsführer

## Zum Abwerben von Mitarbeitern der Mitbewerber – Rechtsprechungsänderung!?

Eine aktuelle Entscheidung des OGH gibt Anlass für eine Darstellung der Judikatur für den Wettbewerb der Unternehmer um die besten Mitarbeiter, wobei es insbesondere um jene Fälle geht, wo das Abwerben unter Missachtung einer Konkurrenzklausel erfolgt.



DR. MARCELLA PRUNBAUER-GLASER  
Rechtsanwältin in Wien

### I. EINLEITEND UND ZU DEN GRUNDSÄTZEN DER BISHERIGEN RECHTSPRECHUNG:

Das Lauterkeitsrecht ist Marktverhaltensrecht, das den Schutz eines fairen Leistungswettbewerbs im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher und der Allgemeinheit zum Ziel hat. Es liegt auf der Hand, dass das Abwerben von Mitarbeitern der Konkurrenz je nach Sachlage und Umständen des Einzelfalles (auch) in den Anwendungsbereich des UWG fallen kann bzw muss. In Frage kommen Aspekte einer unlauteren Behinderung oder auch die Fallgruppe „Rechtsbruch“, etwa Anstiftung zum oder Mitwirkung am Vertragsbruch des Mitarbeiters des Mitbewerbers.

Freilich gilt nach der ständigen Rechtsprechung der Grundsatz, dass die Wettbewerbsfreiheit im Leistungswettbewerb im Wettbewerb der Unternehmen untereinander grundsätzlich auch die Nachfrage nach Mitarbeitern umfasst. Unternehmen haben demnach ebenso wenig einen Anspruch auf einen dauernden Mitarbeiterbestand, wie sie einen Anspruch auf einen bestimmten dauerhaften Kundenstock haben. Das Abwerben oder Beschäftigen von Mitarbeitern anderer Unternehmen ist nicht prinzipiell und für sich genommen unlauter. Die Bewegungsfreiheit von Dienstnehmern dürfe nicht unterbunden werden<sup>1</sup>. Erst wenn im Einzelfall besondere Unlauterkeitsmerkmale hinzutreten, etwa wenn – gemäß der Diktion der Judikatur vor der UWG-Nov 2007 – *verwerfliche Mittel*, wie zB herabsetzende Äußerungen über den Dienstgeber, bewusst unrichtige oder sonst irreführende Behauptungen, angewendet oder *verwerfli-*

*che Ziele*, etwa planmäßiges Abwerben in Schädigungsabsicht, verfolgt werden, greift das UWG.

Eine Kontaktnahme, um den Mitarbeiter für das eigene Unternehmen zu interessieren, auch, um ihm bessere Konditionen anzubieten, ist somit in der Regel zulässig; der Einsatz eines Headhunters ist kein verwerfliches Mittel<sup>2</sup>.

Heikel sind Konstellationen, bei welchen die Beschäftigung des ehemaligen Mitarbeiters des Mitbewerbers mit einer Vertragsverletzung des Dienstnehmers im Verhältnis zu seinem früheren Dienstgeber, etwa dem Bruch einer Konkurrenzklausel, verbunden ist. Da Verträge grundsätzlich nur die Parteien, nicht aber Dritte verpflichten, daher in diesem Verhältnis der Vertragsparteien untereinander die Folgen einer Vertragsverletzung über die allgemeinen zivilrechtlichen Mechanismen gerichtlich durchgesetzt werden können, hat die Judikatur aus Sicht des Lauterkeitsrechtes folgenden weiteren Grundsatz aufgestellt: *Das bloße Ausnützen einer Geschäftsgelegenheit, die sich aus fremden Vertragsbruch ergibt, ist nicht ohne weiteres unlauter, sondern nur dann, wenn der Dritte den Vertragsbruch bewusst fördert oder aktiv dazu beiträgt*<sup>3</sup>. Auch das Verleiten zur ordentlichen Vertragsauflösung ist nur dann unlauter, wenn es seinerseits unter unlauteren Begleitumständen erfolgt<sup>4</sup>.

Damit bewegt sich in der Praxis die Beurteilung, welche zusätzliche Umstände den Ausschlag für die Bejahung einer unlauteren Mitarbeiterabwerbung begründen, sehr häufig zwischen den Polen dieser beiden zuvor genannten Judikaturgrundsätze, die



Illustration: jorgenmac100 | Fotolia.com



In Abänderung seiner früheren Rechtsprechung beurteilte der OGH in einer kürzlich ergangenen Entscheidung die Übernahme der Kosten einer Konventionalstrafe für einen vertragsbrüchigen Dienstnehmer durch den neuen Dienstgeber nicht als unlauter.

wiederum ihrerseits jeweils breiten Wertungsspielraum offen lassen.

Als unzulässige und unlautere Förderung fremden Vertragsbruches bewertet wurde die Zusage der Übernahme der Konventionalstrafe für einen vertragsbrüchigen Dienstnehmer, falls diese diesem gegenüber vom früheren Dienstgeber geltend gemacht wird, da damit die Vertragsuntreue gefördert würde<sup>5</sup>. Demgegenüber war eine Zusage des neuen Dienstgebers, die Abfertigungsansprüche zu übernehmen, die der Mitarbeiter im Falle der (vertragskonformen) Selbstkündigung sonst verlieren würde, nicht wettbewerbsfremd, da kein aktiver Beitrag zum Vertragsbruch vorliegt<sup>6</sup>.

Kürzlich hatte der OGH erstmals nach Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 wieder

Gelegenheit, aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zu einer Schadloshaltungserklärung für rechtliche Konsequenzen aus einem vertraglichen Konkurrenzverbot Stellung zu nehmen, die der neue Dienstgeber den übernommenen ehemaligen Mitarbeitern des Konkurrenten gewährte. Dabei ging der OGH einen erstaunlichen Schritt weiter und beurteilte – *in Abänderung seiner bisherigen Rechtsprechung!* – auch die Übernahme der Kosten der Konventionalstrafe als nicht unlauter<sup>7</sup>! Das Abwerben oder Ausspannen von Mitarbeitern eines Mitbewerbers sei für sich allein selbst dann noch nicht wettbewerbswidrig, wenn es unter Verleitung zum Vertragsbruch (sic!) erfolge. Es müssten zusätzliche, den Wettbewerb verfälschende Begleitumstände, etwa Irreführung oder eine

aggressive geschäftliche Handlungen hinzukommen. Ob eine Schadloshaltungserklärung abgegeben werde oder eine „Wechselprämie“ in Höhe der Konventionalstrafe gezahlt werde, mache wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied.

## II) OGH VOM 17.9.2014, 4 OB 125/14G – WECHSELPRÄMIE

### Sachverhalt:

Im Geschäftszweig „Industriechemikalien“ beendeten im Frühjahr/Sommer eines Jahres mehrere Arbeitnehmer der Klägerin ihr Dienstverhältnis, darunter auch zwei Personen, die dort seit mehreren Jahren tätig waren, über einen großen Erfahrungsschatz und wichtige Lieferanten und Kundenkontakte verfügten und die dann letztlich zur Beklagten wechselten, und zwar aus eigenem Antrieb. Die Beklagte ist eine kurz vor Beginn der neuen Arbeitsverhältnisse gegründete Tochtergesellschaft einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die sich seit Jahrzehnten mit dem weltweiten Handel von Chemikalien beschäftigt.

Beide wechselnden Arbeitnehmer hatten sich in ihren Dienstverträgen bei der Klägerin im Rahmen einer Konkurrenzklausel unter anderem verpflichtet, während eines Zeitraums von 12 Monaten, beginnend mit dem Ende des Dienstverhältnisses keine entgeltlichen oder unentgeltlichen Tätigkeiten für ein in einem oder mehreren Gebieten des Dienstgebers tätiges Handelsunternehmen einzugehen; die vereinbarte Vertragsstrafe war ein Jahresbrutto-Bezug.

Der Kontakt zur Muttergesellschaft der Beklagten war nach den Feststellungen zunächst von einem ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin geknüpft worden, der sich als Anführer einer Gruppe von Mitarbeitern bezeichnete, die mit dem Arbeitsklima und der Persönlichkeit des Geschäftsführers der Klägerin unzufrieden seien und deshalb die Absicht hätten, ihre Dienstverhältnisse bei der Klägerin zu beenden oder bereits beendet hätten. Er fragte, ob für ihn bzw diese

Gruppe künftig eine Beschäftigung bei der Unternehmensgruppe der Klägerin möglich wäre. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Muttergesellschaft der Beklagten keine Absicht, in Österreich eine Tochtergesellschaft zu gründen. Wegen der Qualifikationen und der Berufserfahrung der vorsprechenden Gruppe bestand bei der Muttergesellschaft dann doch Interesse an der Prüfung einer Zusammenarbeit.

Zunächst dachte man daran, die neuen Mitarbeiter auf jeweils unterschiedlichen europäischen Teilmärkten außerhalb Österreichs einzusetzen. Da die letztlich zwei wechselwilligen Mitarbeiter jedoch in Wien wohnten, fragten sie an, ob auch Wien statt Zürich als Arbeitsort in Frage käme. Daraufhin wurde in Betracht gezogen, in Österreich eine Tochtergesellschaft zu gründen, was dann auch geschah. Die Erschließung neuer Geschäftsfelder oder Tätigkeitsbereiche war nach den Feststellungen kein Grund für die Gründung der österreichischen Tochtergesellschaft; die Schweizer Muttergesellschaft ihrerseits war bereits lange vor der Gründung ihrer österreichischen Tochtergesellschaft in jenen Bereichen tätig, die von den künftigen neuen Mitarbeitern bearbeitet wurden.

Einer der wechselnden Mitarbeiter wies sodann auf die in seinem Dienstvertrag mit der ehemaligen Arbeitgeberin bestehende nachvertragliche Konkurrenzklausel hin. Die Muttergesellschaft der Beklagten holte daraufhin eine Rechtsauskunft bei ihren Schweizer Rechtsanwälten ein, die zum Ergebnis kamen, dass die Konkurrenzklauseln unklar und zu weitgehend seien, weil die Frage des Tätigwerdens auf „Gebieten“ des früheren Arbeitsgebers nicht erschließen lasse, ob es sich um eine geografische oder eine sachliche Begrenzung handle. Auch sei die örtliche Geltung des Konkurrenzverbots überhaupt nicht eingeschränkt worden, sodass nach Auffassung der Rechtsanwaltskanzlei das Konkurrenzverbot bei einer Interessensabwägung nach österreichischem Recht nicht haltbar wäre und insofern einer

Der frühere Dienstgeber hatte unter Hinweis auf die vereinbarte Konkurrenzklausel den neuen Dienstgeber auf Unterlassung der Abwerbung bzw Beschäftigung seiner früheren Mitarbeiter geklagt.

Anstellung der wechselwilligen Exmitarbeitern nicht entgegenstehe.

Die beklagte neugegründete Tochtergesellschaft gab sodann gegenüber den wechselnden Mitarbeitern folgende Schadloserklärung ab:

*„Schutz vor rechtlichen Konsequenzen einer Zusammenarbeit mit der X*

*Y beabsichtigen, sich bei X anstellen zu lassen. Sie befürchten, dass diese Anstellung mit ihrem Konkurrenzverbot kollidieren und entsprechende rechtliche Konsequenzen auf sie zukommen könnten. X ist nicht der Meinung, dass solche Konsequenzen auftreten werden, versteht jedoch die Befürchtungen. Aus diesem Grund garantiert X seinen neuen Mitarbeitern, sie im Falle solcher Konsequenzen schadlos zu halten. Diese Zusicherung steht unter der Bedingung, dass X frühzeitig und umfassend Gelegenheit erhält, allfällige gegen YZ erhobene Vorwürfe im Zusammenhang mit den so adressierten Damen und Herren zu bestreiten bzw zu entgegnen sowie über die Abwehr unberechtigter Forderungen erforderlichen Verfahrensschritte zu entscheiden bzw solche zu veranlassen.“*

Zum Abschluss eines Dienstvertrages mit der neu gegründeten Tochtergesellschaft kam es letztlich mit zwei ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin; ausschlaggebend waren feststellungsgemäß deren Erfahrung und Fach- und Branchenkenntnisse.

Die Klägerin beehrte,

der Beklagten aufzutragen, zu unterlassen, Mitarbeiter der Klägerin unter Verletzung einer mit der Klägerin vereinbarten Konkurrenzklausele abzuwerben;

der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr ehemalige Mitarbeiter der Klägerin, während aufrechter mit der Klägerin vereinbarter Konkurrenzklausele entgeltlich oder unentgeltlich bei der Beklagten zu beschäftigen.

Das **Erstgericht** erließ die einstweilige Verfügung nur hinsichtlich des Beschäftigungsverbot. Da die Schadloshaltung nicht nur für unberechtigte Forderungen aus der Konkurrenzklausele gelte, sei letztlich der Ver-

tragsbruch der Dienstnehmer in einer über den Abschluss des Dienstvertrages hinausgehenden Weise unlauter gefördert worden. Da die Beklagte keine Mitarbeiter aktiv abgeworben habe und ein Abwerben für sich alleine nicht rechtswidrig sei, war Punkt 1) des Sicherungsbegehrens abzuweisen.

Das **Rekursgericht** wies den Sicherungsantrag zur Gänze ab. Die Schadloserklärung betreffe zwar nicht nur Abwehrkosten einer unberechtigten Inanspruchnahme aus den Konkurrenzklauselen; nach deren Wortlaut umfasse sie auch die Abwehr und den Ersatz von berechtigten Forderungen infolge der Verletzung der Konkurrenzverbote. Infolge der Prüfung der Konkurrenzklausele durch eine Schweizer Rechtsanwaltskanzlei nach der österreichischen Rechtslage mit dem Ergebnis, dass die Klauseln nach österreichischem Recht nicht wirksam seien, habe aber die Beklagte in vertretbarer Rechtsansicht von der Unwirksamkeit der Klauseln ausgehen können, sodass kein Verstoß gegen § 1 UWG vorliege. Damit fehle auch eine Rechtsgrundlage für das Beschäftigungsverbot.

#### **Erwägungen des OGH:**

Der OGH bestätigte die gänzliche Abweisung des Sicherungsantrages. Er führte aus: Das Ausnützen fremden Vertragsbruchs ist – auch wenn es zu Zwecken des Wettbewerbs geschieht – nicht wettbewerbswidrig an sich, es sei denn, der Dritte hat den Vertragsbruch bewusst gefördert oder sonst aktiv dazu beigetragen; das gilt auch nach der UWG-Novelle 2007.<sup>8</sup>

Nach der Rechtsprechung vor der UWG-Novelle galt es als Förderung des Vertragsbruchs des Dienstnehmers in einer über den Abschluss des Dienstvertrages hinausgehenden Weise und damit als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn sich der neue Dienstgeber eines durch eine Konkurrenzklausele gebundenen Arbeitnehmers diesem gegenüber verpflichtete, ihm die für den Fall des Bruchs der Konkurrenzklausele vereinbarte Konventionalstrafe zu ersetzen. Die

---

**Der OGH wies das Begehren ab und hielt unter anderem fest, dass das Abwerben oder Ausspannen von Mitarbeitern eines Mitbewerbers für sich allein selbst dann noch nicht wettbewerbswidrig sei, wenn es unter Verleitung zum Vertragsbruch erfolge. Erst durch Hinzutreten besonderer Begleitumstände werde ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten verwirklicht.**

---



dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Wertungen bedürfen einer Überprüfung im Lichte der geltenden Rechtslage und des jüngeren Schrifttums.

Sodann stützt sich der OGH auf eine Reihe von Literaturangaben aus Deutschland, wo zum Teil die These von der Unlauterkeit des Hinwirkens auf einen Vertragsbruch kritisch kommentiert wird.

Schließlich folgert der OGH im Sinne seiner bisherigen Rechtsprechung, dass die Wettbewerbsfreiheit auch die Nachfrage nach Mitarbeitern umfasst. Unternehmen haben ebenso wenig einen Anspruch auf den Mitarbeiterbestand, wie sie einen Anspruch auf einen Kundenbestand haben. *„Das Abwerben oder Ausspannen von Mitarbeitern eines Mitbewerbers ist daher für sich selbst dann noch nicht wettbewerbswidrig, wenn es unter Verleitung zum Vertragsbruch erfolgt“*. Erst durch Hinzutreten besonderer Begleitumstände, die den Wettbewerb verfälschen, insbesondere wenn das Abwerben unter Irreführung oder mittels aggressiver geschäftlicher Handlungen vorgenommen wird, werde ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten verwirklicht.

Im Anlassfall liegen laut OGH keine solchen unlauteren Begleitumstände vor. Die Beklagte habe die ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin weder durch Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, etwa durch Täuschung oder Ausübung von Druck, noch mittels Irreführung oder aggressiver geschäftlicher Handlungen abgeworben. Die Umstände des Einzelfalles seien vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass die Beklagte von sich aus keine abwerbende Handlung unternommen und vor der Einstellung der bei ihr vorsprechenden ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin eine rechtliche Prüfung der Konkurrenzklauselel veranlasst hat, die zum plausiblen Ergebnis gelangt ist, dass die Klauseln nicht rechtsbeständig seien.

Die Unlauterkeit wird auch nicht allein dadurch begründet, dass von dem guten Angebot des Mitwerbers eine attraktive Wirkung ausgeht: (finanziell) interessante Vor-

teile sind Bestandteil jedes attraktiven Angebotes, und die von ihnen ausgehende Beeinflussung ist daher nicht unlauter, sondern wettbewerbsimmanent. Das Versprechen von Prämien („Wechselprämie“) oder sonstigen Vorteilen zum Zweck des Abwerbens sei daher grundsätzlich zulässig. Ob die Beklagte gegenüber den anzuwerbenden Mitarbeitern eine Garantiezusage im oben dargelegten Sinn abgab oder ihnen eine „Wechselprämie“ in der Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe versprach, mache wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied.

### III) WÜRDIGUNG:

Der Entscheidung kann sehr wohl im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zugestimmt werden.

Schon bisher waren Mitarbeiter-Abwerbessachverhalte lauterkeitsrechtlich unter den oben dargestellten, weite Wertungen ermöglichenden Judikatur-Grundsätze schwierig zu fassen; sie sind zudem sehr von den (letztlich im Verfahren zu beweisenden) Umständen des individuellen Einzelfalles geprägt. Die Rechtsprechung war schon seit einiger Zeit zunehmend liberaler im Sinne der Förderung der Wettbewerbsfreiheit, einschließlich des Wettbewerbs um Mitarbeiter zwischen den Unternehmern, und zurückhaltender gegenüber sogenannten „Besitzstandswahrungsdenken“<sup>9</sup> geworden.

Die Abgrenzung zwischen einem (unlauteren) Verleiten zum Vertragsbruch einerseits und dem noch zulässigen bloßen Ausnützen einer Gelegenheit, die sich aus einer nicht unlauter beeinflussten arbeitsvertraglichen Vertragsverletzung eines wechselwilligen Mitarbeiters andererseits ergibt, ist in der Tat in der Praxis nicht einfach. Oft wird allerdings ein Dienstnehmer den Bruch einer ihn bindenden Konkurrenzklauselel wohl auch erst dann in Erwägung ziehen, wenn er ein entsprechend finanziell attraktives alternatives Angebot in Aussicht hat<sup>10</sup>.

Nachdem schon in der Rechtsprechung vor der UWG-Nov 2007 eine Zusage von ge-

---

**Der Entscheidung kann zwar im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung zugestimmt werden: Bewusste Vertragsuntreue oder aktive Verleitung zum Vertragsbruch widerspricht sowohl den „anständigen Marktgepflogenheiten“ als auch den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs.**

---



wichtigen finanziellen Anreizen, wie zB, die Abfertigungsansprüche zu bezahlen, als zulässig beurteilt wurde<sup>11</sup>, und ganz allgemein davon ausgegangen wird, dass die von einem attraktiven, (besseren) finanziellen Angebot ausgehende Anlockwirkung grundsätzlich wettbewerbsimmanent ist, somit auch das Versprechen von „Wechselprämien“ nicht per se unlauter ist, mag es verlockend sein, bei rein wirtschaftlicher Betrachtung aus Sicht des Abwerbenden und auch des Abgeworbenen den Schluss zu ziehen, dass es wenig Unterschied mache, ob – wie der OGH es ausdrückt – gegenüber den anzuwerbenden Mitbewerbern eine Garantiezusage (Schadloshaltungserklärung) abgegeben wird oder eine „Wechselprämie“ in Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe zugesagt wird.

Dieses Argument der rein wirtschaftlichen Betrachtung greift jedoch unter Berücksichtigung der Schutzzwecktrias des Lauterkeitsrechtes, aber auch des Verständnisses der „beruflichen Sorgfalt“ bzw der „anständigen Marktgepflogenheiten“ im Sinne des § 1 Abs 4 Z 8 UWG zu kurz. Denn gerade wenn es um die Beurteilung der Lauterkeit von Marktverhalten geht, ist *von Olenhusen/Werner*<sup>12</sup> nachdrücklich darin zuzustimmen, dass der Grundsatz der Redlichkeit und der Vertragstreue, sohin ein grundlegender Pfeiler des Geschäftslebens wie der Grundsatz des „pacta sunt servanda“ darüber hinaus im Interesse aller Mitbewerber, aber insbesondere der Allgemeinheit des Schutzes bedarf. Bewusste Vertragsuntreue oder aktive Verleitung zum Vertragsbruch stehen in eklatantem Widerspruch zu den „anständigen Marktgepflogenheiten“, die der Unternehmer in seinem Tätigkeitsbereich anzuwenden hat und im Widerspruch zu den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs. Die „wirtschaftliche Betrachtung“ sollte nicht zum Hebel für eine Billigung oder gar Belohnung von Vertragsbruch im Wettbewerb führen.

Der Anlass zu Sorge und Kritik gebende Nebensatz in den Erwägungen des OGH,

dass Ausspannen oder Abwerben von Mitarbeitern von Mitbewerbern für sich allein selbst dann noch nicht wettbewerbswidrig sei, wenn es unter Verleitung zum Vertragsbruch erfolgt, wäre zur Begründung des Ergebnisses der Entscheidung meiner Einschätzung nach jedoch gar nicht erforderlich gewesen. Nach dem Sachverhalt traten hier vielmehr die Mitarbeiter des Mitbewerbers selbst aktiv an eine Konzerngesellschaft der späteren neue Dienstgeberin heran, wobei zum Teil das Dienstverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits beendet war; ein aktives Verleiten zum Vertragsbruch ist nicht festgestellt; eine rechtliche Beurteilung der Konkurrenzklausel hatte ergeben, dass diese nach österreichischem Recht nicht haltbar sei.

Insofern ist besonders bemerkenswert, dass sich die Entscheidung nicht näher mit der Frage der Gültigkeit der Vertragsklausel und der naheliegenden Frage befasst, ob überhaupt ein Vertragsbruch vorlag<sup>13</sup>. Der OGH bezeichnet die Zweifel an der Gültigkeit kursorisch als „plausibel“. Der OGH hatte jedoch schon zuvor in anderem Zusammenhang geurteilt, dass selbst bei bewusstem Verleiten zum Vertragsbruch Wettbewerbswidrigkeit verneint werden kann, wenn sich der Vertrag mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als ungültig darstellt<sup>14</sup>. Die Klagsabweisung hätte somit gerade unter den festgestellten Umständen des Einzelfalles ohne weiteres im Einklang mit bisheriger Rechtsprechung erfolgen können, ohne das Prinzip der Vertragstreue in Frage zu stellen.

Das letzte Wort über den Schnittstellenbereich zwischen arbeitsrechtlichem Konkurrenzverbot und der Verfolgbarkeit von Verstößen gegenüber den neuen Dienstgebern abgeworbener Mitarbeiter über das UWG sollte noch nicht gesprochen sein. Es bleibt zunächst abzuwarten, ob diese Entscheidung, die eine Judikaturänderung nahelegt und ein Vorgehen nach § 1 UWG gegenüber einem abwerbenden Mitbewerber zunächst jedenfalls weiter erschwert, ein Einzelfall bleibt.

<sup>1</sup> So schon SZ 18/162; zu den arbeitsrechtlichen Schranken von Konkurrenzverboten für Angestellte s § 36 AngG.

<sup>2</sup> Vgl ÖBl 1971, 122; 4 Ob 290/02d;

<sup>3</sup> Vgl 4 Ob 124/08a; RS 0107766; jüngst etwa 4 Ob 84/15d.

<sup>4</sup> RS0078486; RS0079358.

<sup>5</sup> 4 Ob 290/02d.

<sup>6</sup> 4 Ob 190/05b.

<sup>7</sup> 4 Ob 125/14g – Wechselprämie; siehe auch *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015,55; *von Olenhusen/Werner*, Abwerben von Mitarbeitern und gute Sitten, MR 2015, 111.

<sup>8</sup> Vgl RIS-Justiz RS0107766; *Schmid in Wiebe/Kodek*, Kommentar zum UWG, § 1 RN 856 mit Beispielen aus der Rspr.

<sup>9</sup> Vgl *Köhler in Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>32</sup> § 4 Rn 10.108.

<sup>10</sup> In der Literatur wird etwa von *Götting in Fezer*, Lauterkeitsrecht § 4-10 Rn 53 darauf verwiesen, dass gerade hoch qualifizierte Fachkräfte, nach denen eine große Nachfrage besteht, oft nur durch gezielte attraktive Angebote abgeworben werden können.

<sup>11</sup> Siehe FN 6.

<sup>12</sup> MR 2015,111 mwN.

<sup>13</sup> Dazu ausführlich *Staber/Winter*, aaO, 58f.

<sup>14</sup> 4 Ob 147/93.

# Irreführende Etikettierung von Lebensmitteln

In zwei aktuellen höchstgerichtlichen Entscheidungen (des EuGH und des OGH) wurden Lebensmittelverpackungen mit mehrdeutigen Angaben wegen Irreführung der Verbraucher als unlauter beurteilt.

Dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH vom 4.6.2015, Geschäftszahl C-195/14) lag ein Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) zugrunde und betraf die Etikettierung eines Früchtetees. Ein deutscher Verbraucherschutzverband hatte das Unternehmen Teekanne wegen irreführender Werbung geklagt, weil auf der Verpackung von Teebeuteln mit der Bezeichnung „Felix Himbeer-Vanille Abenteuer“ Himbeeren und Vanilleblüten abgebildet waren und sich überdies Angaben wie „Früchtetee mit natürlichen Aromen“ und „nur natürliche Zutaten“ fanden, ohne dass der Tee irgendwelche Bestandteile oder Aromen von Himbeeren oder Vanille enthielt. Das – insoweit richtige – Verzeichnis der Zutaten auf der Rückseite der Verpackung lautete: „Hibiskus, Apfel, süße Brombeerblätter, Orangenschalen, Hagebutten, natürliches Aroma mit Vanillegeschmack, Zitronenschalen, natürliches Aroma mit Himbeergeschmack, Brombeeren, Heidelbeeren, Holunderbeeren“



Orangenschalen, Hagebutten, natürliches Aroma mit Vanillegeschmack, Zitronenschalen, natürliches Aroma mit Himbeergeschmack, Brombeeren, Erdbeeren, Heidelbeeren, Holunderbeeren“ (siehe die beiliegenden Abbildungen).

Die Frage des BGH an den EuGH – bei der es auch um die Auslegung von Lebensmittelkennzeichnungsvorschriften ging – war nun, ob die Verpackung von Lebensmitteln und die Werbung den Eindruck erwecken darf, dass bestimmte Zutaten enthalten seien, obwohl sie tatsächlich nicht vorhan-

den sind und sich das allein aus dem Verzeichnis der Zutaten ergibt? Dem Vorlageersuchen war zu entnehmen, dass der BGH geneigt ist, die Frage zu verneinen und die Aufmachung des Tees als unzulässig anzusehen, und zwar nicht zuletzt auch deshalb, weil die Gestaltung der Verpackung den Verbraucher geradezu davon abhält, das wesentlich kleiner geschriebene Zutatenverzeichnis zu lesen.

Diese Ansicht des deutschen Höchstgerichts wurde vom EuGH bestätigt, der in seiner Entscheidung klar festhält, dass die Etikettierung von Lebensmitteln nicht geeignet sein darf, den Käufer irrezuführen, und zwar insbesondere nicht über die Eigenschaften des Lebensmittels, namentlich über seine Art, Identität, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung oder Herkunft und Herstellungs- oder Gewinnungsart. Es sei Aufgabe des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die Etikettierung im konkreten Fall irreführend ist, wobei hier auf die mutmaßliche Erwartung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist, die dieser in Bezug auf den Ursprung, die Herkunft und die Qualität des Lebensmittels hat.

Ein Verzeichnis der Zutaten, auch wenn es richtig und vollständig ist, kann laut EuGH in bestimmten Fällen gleichwohl nicht geeignet sein, einen falschen oder missverständlichen Eindruck des Verbrauchers bezüglich der Eigenschaften eines Lebensmittels zu berichtigen, der sich aus den anderen Elementen der Etikettierung dieses Lebensmittels ergibt.

In weiterer Folge hat dann im fortgesetzten Verfahren der deutsche Bundesgerichts-

hof entschieden (BGH vom 2.12.2015, Aktenzeichen I ZR 45/13), dass Verpackungen nicht den Eindruck erwecken dürfen, wonach ein Lebensmittel eine Zutat hat, die gar nicht enthalten ist. Es reiche nicht aus, wenn die Zutaten zwar genau aufgeführt seien, die Aufmachung der Verpackung aber den Käufer irreführen könne. Das sei vorliegend aufgrund der in den Vordergrund gestellten Angaben auf der Verpackung der Fall, die auf das Vorhandensein von Vanille- und Himbeerbestandteilen im Tee hinwiesen. Entscheidend sei der gesamte Eindruck der Verpackung. Hersteller dürfen demnach auf der Verpackung nicht mit Bildern von Zutaten werben, die nicht im Produkt enthalten sind.

Der Hersteller wies danach in einer Mitteilung darauf hin, dass er unabhängig vom Ausgang des Verfahrens schon seit längerem seine gesamten Produktverpackungen „an das in den letzten Jahren stark geänderte Bedürfnis der Verbraucher nach mehr Transparenz angeglichen“ habe. Bei der Verwendung von Aromen gebe es nun unmissverständliche Hinweise wie „aromatisierter Früchtetee mit Himbeer- und Vanillegeschmack“.

Einen ähnlich strengen Maßstab legte der **Oberste Gerichtshof (OGH) seiner Entscheidung** vom 11.8.2015 (Geschäftszahl 4 Ob 121/15w) zugrunde, in der bezüglich der Verpackung eines „Forellenfilet geräuchert“ die Irreführungseignung mehrdeutiger Angaben zu beurteilen waren. Die beanstandete Verpackung des von einer großen Einzelhandelskette (Beklagte) in Eigenmarke vertriebenen Fischprodukts enthielt auf der Vorderseite neben der Angabe „in Österreich über feinem Buchenrauch geräuchert“ (der Fisch stammte aus Italien, was nur auf der Rückseite angegeben war) insbesondere den Hinweis „IFS-zertifizierter österreichischer Familienbetrieb“ (siehe die Abbildung aus der Entscheidung).

Der OGH erachtete den Hinweis auf die IFS-Zertifizierung (IFS steht für International Featured Standards und bezeichnet eine

Reihe von anerkannten Lebensmittel-, Produkt- und Servicestandards) als irreführend, weil zwar der die Fische räuchernde Betrieb, nicht aber die beklagte Partei selber IFS-zertifiziert sei. Die IFS-Zertifizierung eines Betriebes entspreche rechtlich einem Gütezeichen, Qualitätszeichen oder Ähnlichem nach Ziffer 2 des Anhangs zum UWG und sei daher deren Verwendung ohne die erforderliche Genehmigung (Zustimmung der vergebenden Stelle) unzulässig.

Der blickfangartige Hinweis auf den „österreichischen Familienbetrieb“ sei angesichts der italienischen Herkunft der Fische ebenfalls irreführend, weil damit eine Täuschung des Publikums über die Herkunft der Fische sehr wahrscheinlich gemacht werde. Ein mündiger Verbraucher, der die Vorderseite der Verpackung liest, werde unter anderem auch deswegen, weil es sich bei der Forelle um einen heimischen Fisch handelt, annehmen, dass das gesamte Produkt aus Österreich stammt. Der Hinweis auf der Rückseite der Verpackung, wonach der Rohfisch aus Aquakultur in Italien stammt, sei nicht geeignet, diese Irreführung aufzuheben.

Laut OGH reicht für die Relevanz einer Irreführung schon aus, dass die Bezugnahme auf die geographische Herkunft geeignet sei, einen nicht unerheblichen Teil der umworbenen Abnehmer bei seiner Auswahlüberlegung irgendwie zu beeinflussen. Ob die Irreführung im Einzelfall tatsächlich bewirkt wird, ist dabei unerheblich; die bloße Gefahr einer Täuschung genügt um den Tatbestand des § 2 UWG zu begründen.

Wie diese beiden Entscheidungen zeigen, ist bei der Gestaltung von Produktverpackungen, insbesondere von Lebensmittelverpackungen, in erhöhtem Maße darauf zu achten, dass keine Angaben gemacht werden, durch deren Mehrdeutigkeit ein durchschnittlicher Verbraucher über die Eigenschaften oder die Herkunft des Produkts getäuscht werden könnte.





# Verfassungsgerichtshof: Kein generelles Recht auf Löschung aus einer Online-Bewertungsplattform

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat § 28 Abs 2 Datenschutzgesetz (DSG), wonach Betroffene ohne jegliche Begründung die Löschung ihrer Eintragung in einer öffentlichen Datenanwendung (wie zB einem Internetportal) verlangen können, wegen Verstoßes gegen die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit aufgehoben.

Mit Erkenntnis vom 8.10.2015, G 264/2015-18, hob der VfGH die Bestimmung des § 28 Abs 2 DSG als verfassungswidrig auf (mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2016), welche lautet(e): *Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen acht Wochen zu löschen.*

Ausgangspunkt für diese grundlegende Entscheidung des VfGH war die Klage eines Arztes, der die Löschung der ihn betreffenden Einträge in einem Internet-Ärzteverzeichnis (mit Bewertungen durch Patienten) for-

forderte. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien gab der Klage gegen den Betreiber des Internetportals statt, weil das Widerspruchsrecht laut § 28 Abs 2 DSG auch ohne Anführung schutzwürdiger Interessen ausgeübt werden könne. Der Gesetzgeber stelle das Löschrungsrecht eben ausschließlich in das Belieben des Betroffenen. Die

in § 48 DSG vorgesehene Ausnahme für die publizistische Tätigkeit von Medienunternehmen (Medienprivileg) sei hier nicht anzuwenden. Das Löschrungsbegehren sei daher berechtigt.

Die Betreibergesellschaft des Internetportals erhob gegen das Urteil Berufung (an

das OLG Wien) und stellte zugleich einen Parteienantrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz) an den VfGH auf Aufhebung des § 28 Abs 2 DSG wegen Verfassungswidrigkeit. Die Bestimmung verstoße gegen die Kommunikationsfreiheit gemäß Art 10 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) und den Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG-Staatsgrundgesetz).

Der Verfassungsgerichtshof gab dem Antrag statt. Die gegenständliche Bestimmung sei zunächst in Übereinstimmung mit der Judikatur des OGH (zu Bonitätsprüfungs-Daten) dahin auszulegen, dass bereits der Widerspruch als solcher nach dem „völlig eindeutigen Gesetzeswortlaut“ die Verpflichtung zur Löschung der Daten auslöst und es nicht auf eine Darlegung eines besonderen Geheimhaltungsinteresses oder objektiv schutzwürdiger Interessen ankommt.

§ 28 Abs 2 DSG, der somit den Betroffenen ein jederzeitiges und begründungsloses Widerspruchsrecht einräumt, das eine unbedingte Verpflichtung des Auftraggebers zur Löschung der Daten nach sich zieht, greife unverhältnismäßig in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit des Art 10 EMRK ein. Mit diesem Widerspruchsrecht könne jegliche Information unterbunden werden, unabhängig davon, ob es sich dabei um Angaben zur Person des Betroffenen, seinen Lebensumständen, seinem persönlichen Hintergrund, seiner beruflichen Tätigkeit oder um Fakten, Tatsachenbehauptungen oder Werturteile handle. Damit





sei etwa die Aufnahme in ein öffentlich zugängliches Telefon- oder Adressverzeichnis ebenso erfasst wie eine kritische Auseinandersetzung mit der Tätigkeit eines namentlich genannten Politikers auf einer Internetseite. Die angefochtene Regelung erlaube keine Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls, die beispielsweise darin bestehen könnten, dass die in der Datenanwendung veröffentlichte Information von besonders großem Interesse für die Allgemeinheit ist, etwa auf Grund der Rolle, die die betroffene Person im öffentlichen Leben spielt.

Der Verfassungsgerichtshof verkenne zwar nicht, dass die Aufnahme personenbezogener Daten in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung für den Betroffenen, der diese Art der Verwendung nicht zumindest duldet, einen schweren Eingriff in seine Interessen darstellen kann. Allerdings, so der VfGH, sei dem Widerspruch gemäß § 28 Abs 2 DSGVO in der derzeitigen Formulierung jedoch auch dann mittels Löschung der Daten Folge zu leisten, wenn das Interesse des Auftraggebers an der Äußerung oder Weitergabe der Information bzw das Interesse der (potentiellen) Empfänger am Zugang zu dieser Information jenes des Betroffenen an der Löschung überwiegt.

Es sei hier jedoch auf Grund von Art 10 EMRK eine Interessenabwägung verfassungsrechtlich geboten, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden, häufig auch grundrechtlich geschützten Interessen herzustellen. Da es mangels Anwendbarkeit des Medienprivilegs (§ 48 DSGVO) somit Fallkonstellationen gebe, wo durch das Widerspruchsrecht eine unbedingte Lösungsverpflichtung bewirkt werde, obwohl Art 10 EMRK eine Interessenabwägung gebiete, sei § 28 Abs 2 DSGVO wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung als verfassungswidrig aufzuheben.

Aufgrund dieses höchstgerichtlichen Erkenntnisses wird das datenschutzrechtliche Widerspruchsrecht durch eine gesetzliche

Verpflichtung zur grundrechtlichen Interessenabwägung zu ergänzen sein. In Deutschland, wo es keinen vergleichbaren, generellen Lösungsanspruch gegenüber einem Portalbetreiber gibt, hat der BGH (Bundesgerichtshof) Unterlassungsansprüche nach dem deutschen Bundesdatenschutzgesetz bei einer Bewertungsplattform für Ärzte abgelehnt, weil sich der Bewertete im Einzelfall wehren und die Löschung unwahrer Tatsachenbehauptungen sowie beleidigender oder sonst unzulässiger Bewertungen verlangen könne. Allgemein müsse sich der betroffene Arzt aber auf die Beobachtung seines Verhaltens durch eine breitere Öffentlichkeit und allfällige Kritik einstellen.

Diese Entscheidung ändert aber nichts daran, dass von den bewerteten Unternehmen eine Herabwürdigung in Form unwahrer und damit häufig rufschädigender Behauptungen durch Kunden oder andere Verbraucher auf Bewertungsplattformen nach der Bestimmung des § 1330 ABGB verfolgt werden. Außerdem müssen auch die Bewertungsportale bei Kenntnis solcher offenkundigen Rechtsverletzungen (insbesondere nach einer entsprechenden Mitteilung durch das bewertete Unternehmen) gleich reagieren und den Beitrag sowie allfällige Reaktionen darauf löschen oder auch angemessen überwachen. Bei komplizierteren Rechts- oder Tatfragen werden zuvor noch (rasch) ein Jurist und/oder der Verfasser selber damit befasst bzw konfrontiert werden können.

Für nähere Informationen zum Thema Bewertungsplattformen siehe *Seidelberger*, Bewertungen auf Internetplattformen – Die Grenzen der Zulässigkeit, ipCompetence Vol. 14, 28 = Beilage zu ÖBl, Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2015/Heft 06. Dieser Beitrag ist auf der Website des Schutzverbandes unter dem Punkt News und dann Publikationen im Volltext abrufbar.

**Das allgemeine, im Datenschutzgesetz vorgesehene Recht auf Löschung von Einträgen auf Online-Bewertungsplattformen ist verfassungswidrig, weil hier laut VfGH eine Interessenabwägung stattzufinden hat. Bei offenkundiger Rechtsverletzung sind unwahre und rufschädigende Einträge allerdings sogleich zu löschen.**



# (Geld-)Quellen durch Täuschung: Dubiose Branchenverzeichnisse

Wir berichten beispielhaft über laufende Interventionen und Verfahren des Schutzverbandes bei Erlagscheinwerbung bzw Adressbuchschiwindel, wo zahlreiche unseriöse Anbieter in der Regel vom Ausland aus versuchen, sich durch Irreführung von Unternehmern zu bereichern.

Fotostudio Bichi & Prendinger



**MMAG. GEORGINA SCHENNER BAKK.**  
Schutzverband, Juristin

Ein anhaltender Tätigkeitsschwerpunkt im Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb sind bewusst täuschend gestaltete Aussendungen für kostspielige Eintragungen in praktisch wertlose Branchenverzeichnisse. Im Folgenden soll ein Überblick über die gängigen Methoden und die erfolgreichen Musterverfahren des Schutzverbandes anhand von aktuellen Beispielen gegeben werden.

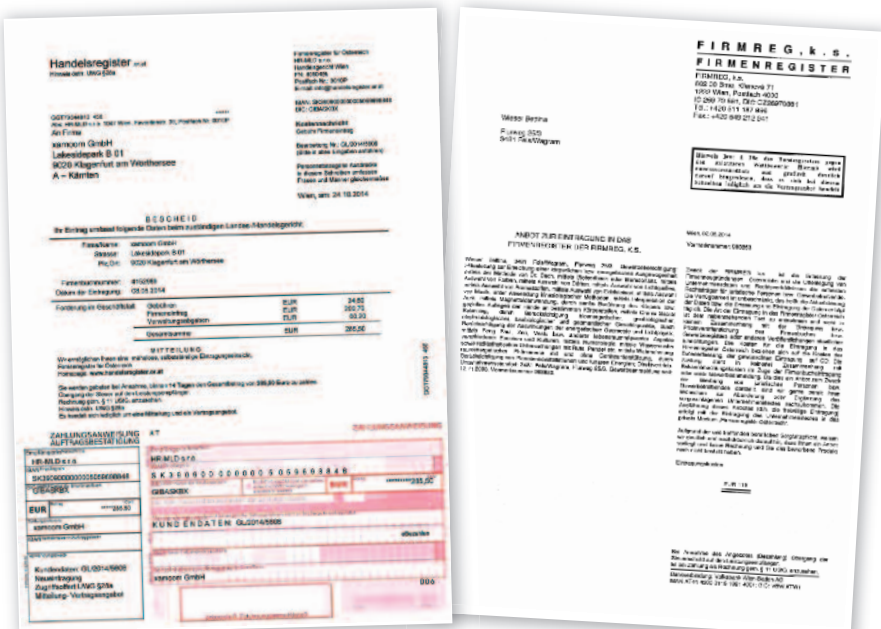
**TARNUNG ALS AMTLICHE VORSCHREIBUNG**  
Häufig erhalten vor allem Jungunternehmer kurz nach der Firmenbucheintragung, aber auch andere Firmen bei Änderungen, ein amtlich anmutendes Schreiben mit den eingetragenen Daten samt Zahlschein. Ein Paradebeispiel dafür bietet das *Firmenregister für Österreich* bzw. *Handelsregister*, wo der Schutzverband bereits ein Unterlassungsurteil erreicht hat. Die Zusendungen an Unternehmer sind mit der Überschrift „Be-

scheid“ versehen und stellen einen stattlichen Betrag für Gebühren, Firmeneintrag und Verwaltungsabgaben in Rechnung.

Typisch sind weitere Punkte der Erlagscheinwerbung. Einerseits ein grafisch unauffälliger Hinweis auf einen bestimmten Paragraphen im österreichischen Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (§ 28a UWG), der inhaltlich noch dazu vollkommen verfehlt ist, da er das Gegenteil vorschreibt. Andererseits eine unauffällige Anmerkung, dass es sich „lediglich um eine Mitteilung und ein Vertragsangebot“ handelt. Unzählige getäuschte Unternehmer berichten über den amtlichen Eindruck, das Überlesen von diesen kleingedruckten Hinweisen unter teils hektischen Arbeitsumständen und die Unkenntnis eines spezifischen Paragraphen, der das amtliche Auftreten noch verstärkt.

Der Schutzverband erwirkte gegen das *Handelsregister* eine einstweilige Verfügung. Da weiterhin Aussendungen erfolgen, führt der Schutzverband nun Exekution in der Slowakei, wohin der Firmensitz nach unserer Klage aus Österreich verlegt wurde. Eine Strafanzeige hat bisher kein Einschreiten der Strafbehörden bewirkt, weshalb wir den Fall an das Justizministerium herangetragen haben.

Im ähnlich gelagerten Fall einer Aussendung für ein *Firmenregister* wurde in allen gerichtlichen Instanzen eine einstweilige Verfügung bestätigt und eine Veröffentlichung in allen Wirtschaftskammerzeitungen erreicht. Dabei haben wir auch die dahinterstehenden Personen mitgeklagt, wobei deren Haftung vom OGH nur teilweise bestätigt wurde. So wurde zwar der Geschäftsführer dieser ausländischen Firma verurteilt,



nicht aber seine Frau als Geschäftsführerin einer inländischen Firma, auf deren Konto die irrtümlich bezahlten Beträge dann von dem auf der Aussendung angegebenen slowakischen Konto wieder „rücküberwiesen“ wurden. Hier muss bescheinigt werden, dass diese Person auch Kenntnis von der irreführenden Aussendung hat, was ohne Unterstützung der Strafbehörden (das Strafverfahren wurde unverständlicherweise eingestellt) schwer möglich ist.

**VERMEINTLICH „GELBE SEITEN“**

Korrekturabzüge für Branchenverzeichnisse stellen ebenso eine häufige Kategorie dar, in der Unternehmer unfreiwillig in einen kostenrelevanten Vertrag stolpern. Eine in Österreich ansässige Firma etwa übermittelte Unternehmern Schreiben mit der gelb unterlegten Überschrift *Firmenverzeichnis*. In den massenhaft bei uns dokumentierten Fällen gingen die Betroffenen bei der gelben Signalfarbe von den (kostenlosen) Korrekturen für die Gelben Seiten von Herold aus. Die teils vorausgefüllten Daten sind mit der Aufforderung versehen: „Bitte überprüfen Sie Ihre Unternehmensdaten!“ Nur dem Kleinstdruck ist die Information über einen neuen Vertrag zu jährlichen Kosten von über eintausend Euro für zwei Jahre zu entnehmen. Der Schutzverband erreichte im Herbst 2015 nach umfassender Klage eine einstweilige Verfügung gegen die Business Mail Service GmbH samt gerichtlichem Unterlassungsvergleich, welcher nun auch in allen Wirtschaftskammerzeitungen veröffentlicht wurde.

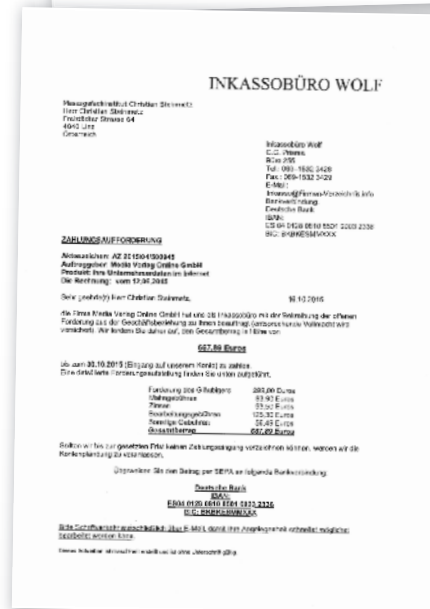
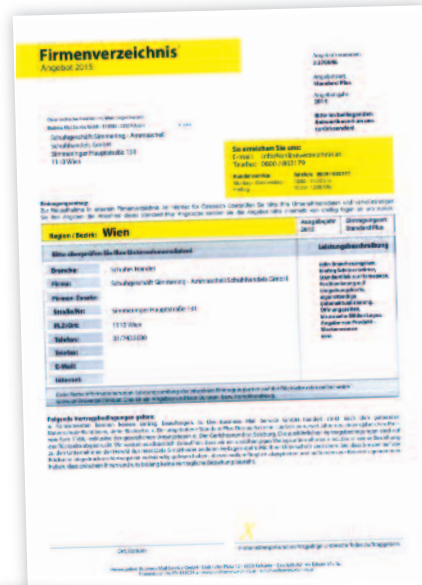
**BERÜCHTIGTER WOLF & CO.**

Unternehmer sehen sich mitunter gleich direkt mit der Übermittlung von Rechnungen von unbekanntem Vertragspartnern konfrontiert. Teilweise findet im Vorfeld eine unzulässige unerbetene Telefonwerbung mit Sprachaufzeichnung zur späteren Verunsicherung der überrumpelten Kunden statt. Diese erhalten daraufhin laufend Zahlungsaufforderungen bis hin zu Mahnungen

durch ein Inkassoinstitut. Ein sehr aktives, jedoch in Wahrheit nicht existentes *Inkassobüro Wolf* ist für mehrere Anbieter von Branchenverzeichnissen mit Konten in Spanien im Einsatz. Unsere nicht taxative Aufzählung umfasst: Media Verlag Online, TeleMedien Verlag, Marketing Verlag CMM, Medien Verlagsgesellschaft, Oertlicher Telefonbuchverlag. Trotz allgemeiner Ähnlichkeiten ist letzterer außergewöhnlich, denn er weist dieselbe Postanschrift, Telefonnummer, Emailadresse und Kontonummer wie die Medien Verlagsgesellschaft auf!

Durch die starke „Vernetzung“ einiger Anbieter sehen sich die in eine Falle getappten Unternehmer mit weiterem Ungemach konfrontiert, da von anderen Anbietern des „Netzwerkes“ alsbald ebenso Rechnungen eintreffen. Zahlreichen belästigten, bedrängten und verunsicherten Mitgliedern, welche sich täglich bei uns melden, konnte der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb im Umgang mit Branchenverzeichnisanbietern bereits erfolgreich helfen. Allein die erreichte Ersparnis stellt hier ein Vielfaches dessen dar, was der Schutzverband für seine Tätigkeit benötigt. Falls notwendig schreiten wir auch gerichtlich ein und setzen uns wie in den vergangenen Jahrzehnten umfassend für faire Spielregeln in der österreichischen Wirtschaft ein.

Dennoch können wir nicht genug an alle selbstständig Tätigen appellieren: Informieren Sie unternehmensintern alle Mitarbeiter über diese konstanten Praktiken mancher Branchenverzeichnisanbieter und unterschreiben bzw. bezahlen Sie keinesfalls ohne genaue Überprüfung oder Rücksprache.





## Hohe Kartellstrafen für vier Sportgeschäfte

Das Kartellgericht hat über vier Sportartikelhändler aus St. Anton am Arlberg hohe Geldbußen wegen verbotener Preisabsprachen und Preisempfehlungen ausgesprochen.

Das Kartellgericht qualifizierte die langjährigen Absprachen unter den Sportartikelhändlern als schwerwiegende Kernbeschränkung des Wettbewerbs.



Foto: grafikplusfoto | Fotolia.com

Das Kartellgericht (Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht) hat in einer (rechtskräftigen) Entscheidung vom 28.4.2015, zur Geschäftszahl 27 Kt 5/15, gegen vier Sportartikelhändler aus St. Anton am Arlberg Geldbußen in Höhe von EUR 144.000,-, 136.000,-, 128.000,- und 11.200,- verhängt (die Entscheidung des Kartellgerichts samt Begründung ist in der Ediktsdatei unter [www.ediktsdatei.justiz.gv.at](http://www.ediktsdatei.justiz.gv.at) veröffentlicht). Die Sportgeschäfte hatten über viele Jahre hinweg ihre Preise bei Wintersportartikeln und Dienstleistungen (wie Skiverleih und -service) abgesprochen und die von ihnen vereinbarten Preise und Kalkulationsrichtlinien auch als Empfehlungen an zahlreiche weitere Sportartikelhändler in der Region weitergegeben.

Dem Vernehmen nach hatte eine anonyme Anzeige die Ermittlungen der BWB (Bundeswettbewerbsbehörde) ausgelöst, die sich zunächst nur auf Preisabsprachen beim Verleih von Wintersportgeräten und im Bereich Ski- und Snowboardservice bezog. Erst

in weiterer Folge wurde bekannt, dass im Rahmen regelmäßiger Besprechungen im Zeitraum Juli 2002 bis März 2014 auch die Verkaufspreise für Wintersportgeräte, Textilien und Accessoires gemeinsam festgesetzt wurden. Zudem wurden „Nichtabwerbevereinbarungen“ hinsichtlich größerer Reisegruppen getroffen (nach Reisebüros bzw Hotels aufgeteilt) und Marketingaktivitäten abgestimmt, etwa für welchen Zeitraum Aktionsangebote eines Sportgeschäfts gültig sein sollten.

Das Gericht beurteilte die Absprachen über Verkaufspreise von Wintersportartikeln sowie die Preise von Dienstleistungen und die Aufteilung des Marktes durch Nichtabwerbevereinbarungen als klare Verstöße gegen das Kartellverbot des § 1 KartG 2005 (bzw § 10 KartG 1988, betreffend die vor dem 1.1.2006 erfolgten Verstöße). Es sei hier eine Beschränkung des Preis- und Konditionenwettbewerbs bezweckt worden, was einen Kernverstoß gegen die gesetzlichen Be-



stimmungen darstelle. Die Weitergabe der festgelegten Preise und Kalkulationsrichtlinien stellten verbotene Empfehlungen im Sinne des § 1 Abs 4 KartG 2005 (bzw § 12 KartG 1988) dar.

Wie sich aus der Begründung des Beschlusses ersehen lässt, beruht die Entscheidung auf einem „settlement“: Geldbußenentscheidungen des Kartellgerichts liegen häufig verfahrensbeschleunigende Übereinkommen (settlements) zugrunde, im Rahmen deren die wesentlichsten Grundlagen für den kartellgerichtlichen Beschluss (wie Sachverhalt und Höhe der Geldbuße) nach Art eines Vergleichs zwischen der BWB und den Antragsgegnern

vorweg ausverhandelt und gleichgerichtete Vorbringen erstattet werden.

So stellten auch hier die belangten Sportartikelhändler die Vorwürfe durch Anerkenntnis außer Streit und erklärten sich mit den im Gegenzug – und auch aufgrund der „vollumfänglichen Kooperation“ der Sportgeschäfte – deutlich geminderten Geldbußen einverstanden. Das Kartellgericht, das keine höhere Geldbuße verhängen darf als beantragt (§ 36 Abs 2 KartG), führte zur Höhe der Geldbußen aus, dass niedrigere Geldbußen angesichts der Schwere und Dauer des Verstoßes aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen nicht in Betracht gekommen wären.

## Unzulässige Preisempfehlungen an Fahrradhändler

Ein österreichischer Fahrradhersteller wurde wegen Preisempfehlungen vom Kartellgericht zu einer Geldbuße von EUR 112.000,- verurteilt.

Mit Beschluss des Kartellgerichts vom 9.9.2015, 29 Kt 6/15, wurde über den Motorrad- und Fahrradhersteller rechtskräftig eine Geldbuße von EUR 112.000,- verhängt. Die Strafe war die Folge von verbotenen Preisempfehlungen für Mountainbikes (die Entscheidung des Kartellgerichts samt Begründung ist in der Ediktsdatei unter [www.ediktsdatei.justiz.gv.at](http://www.ediktsdatei.justiz.gv.at) veröffentlicht).

Nach den Feststellungen des Gerichts beanstandete der Fahrradhersteller im Zeitraum März 2012 bis März 2013 bei einer bestimmte Klasse von Mountainbikes immer wieder die zu hohen Preisnachlässe der Einzelhändler im Vergleich den von ihm empfohlenen Listenpreisen. Mit dem Hinweis, dass die Rabattaktionen die Stabilität der Marke beschädigten, forderte er die Händler zu strikter Preisdisziplin auf.

Er verlangte konkret, vorgegebene Rabattobergrenzen für bestimmte Zeiträume einzuhalten, bestimmte laufende Rabattaktionen zu beenden und seine Fahrräder von

allgemeinen Rabattaktionen auszunehmen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurden Maßnahmen wie die Streichung von Werbekostenzuschüssen und eine mögliche Vertragskündigung bzw Nichtbelieferung angedroht. Ein Vertriebskanal eines großen Einzelhändlers wurde dann tatsächlich nur mehr mit Sondermodellen und nicht mehr mit Serienmodellen beliefert.

Die Verhängung der Geldbuße erfolgte wegen Verstoßes gegen § 1 Abs 4 KartG: *„Einem Kartell ... stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle). Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.“*

Foto: vitaliy\_melnic | Fotolia.com



**Preisempfehlungen des Herstellers, bei denen nicht ausdrücklich auf deren Unverbindlichkeit hingewiesen und stattdessen erheblicher Druck zur Umsetzung ausgeübt wird, sind ein massiver, kartellgesetzwidriger Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit des Händlers.**

Mit dieser Bestimmung ist für den Anwendungsbereich des österreichischen Kartellrechts ein grundsätzliches Verbot von Empfehlungskartellen normiert und wird das allgemeine Kartellverbot auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen bezüglich Preisen bzw Preisbestandteilen ausgedehnt. Damit ist die österreichische Regelung – zulässigerweise – strenger als das EU-Recht (und auch als das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), das keine vergleichbare Regelung kennt.

Das Kartellgericht hält in diesem Sinne in der vorliegenden Begründung fest, dass diese Bestimmung als strengere innerstaatliche Vorschrift zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen auch dann anzuwenden ist, wenn Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten gegeben sind und diese Handlungen nicht vom EU-Kartellverbot des Art 101 AEUV erfasst sein sollten.

Im konkreten Fall sei, so das Kartellgericht, nicht nur nicht ausdrücklich auf die Unverbindlichkeit der „Empfehlungen“ hingewiesen worden, sondern habe man versucht, diese mit erheblichem Druck durchzusetzen, indem für den Fall der Nichteinhaltung mit wirtschaftlichen Retorsionsmaßnahmen gedroht worden sei. Das be-

triebswirtschaftliche Ziel des „Schutzes der Marke“ sei keine Rechtfertigung für diese verbotene Preisempfehlung. Die betroffenen Händler hätten angesichts der Diktion der Mitteilungen des Produzenten und der angedrohten und zum Teil auch umgesetzten Druckmaßnahmen jedenfalls nicht davon ausgehen können, die „Empfehlungen“ ohne Nachteile ignorieren zu können.

Damit wollte man massiv in die Preisgestaltungsfreiheit der Händler eingreifen. Das Gericht verweist hier zur Unzulässigkeit dieser Vorgangsweise auf die bei *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht<sup>2</sup>, § 1 E 373 bis 375, zitierte Judikatur, wonach Händler in der Festsetzung ihrer Verkaufspreise völlig selbständig sein sollen: Entscheidend sei, dass der Händler nicht daran gehindert werde, den Preis selbst zu kalkulieren sondern dabei völlig autonom sei; er solle die Empfehlung ignorieren können, ohne dass er dadurch irgendwelche Nachteile befürchten müsse.

Nachdem das Verhalten des Herstellers im vorliegenden Fall vom Gericht als „bezweckte“ (und nicht nur bloß „bewirkte“) Wettbewerbsbeschränkung angesehen wurde, kam es nicht mehr darauf an, ob den „Anregungen“ des Herstellers von den Einzelhändlern auch tatsächlich entsprochen wurde.

# Unlautere Werbung für Printmedium mit Fotos bekannter Sportler ohne deren Zustimmung

Die Veröffentlichung von Fotos prominenter Sportler ohne deren Zustimmung zu Werbezwecken in einem Printmedium wurde vom OGH als Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt gemäß § 1 UWG angesehen, der einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch eines Mitbewerbers begründet.

Der Entscheidung des OGH vom 17.9.2014, 4 Ob 62/14t (Schifahrerwerbung), lag die Klage (samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) einer österreichischen Tageszeitung gegen eine Mitbewerberin zugrunde, die an zwei Sonntagen im Winter 2011/2012 mit Fotos bekannter Skirennfahrer (unter anderem Marcel Hirscher und Anna Fenninger) für ihren Sportteil – insbesondere mit dem Slogan „der beste Sport“ – geworben hatte. Es wurde weder die Zustimmung der Sportler noch des ÖSV eingeholt.

Die Klägerin beehrte, der beklagten Partei zu untersagen, „... Bildnisse von Mitgliedern des Alpin-Nationalkaders des ÖSV ohne deren Zustimmung und/oder ohne Zustimmung des ÖSV zu Werbezwecken zu verwenden, insbesondere es zu unterlassen, das Bildnis der zuvor genannten Sportler im Zusammenhang mit der Bewerbung der Tageszeitung ... insbesondere mit deren gleichzeitiger Bezeichnung als „beste Sport-Zeitung“, zu veröffentlichen bzw. zu verwenden.“

Die Klägerin brachte vor, es werde tatsächlich der Eindruck erweckt werden, dass die Sportler die Zeitung der Beklagten als die Zeitung mit dem besten Sport empfehlen würden. Durch die Veröffentlichung werde auch ein Rechtsbruch im Sinne von § 1 UWG verwirklicht. Die konsenslose Verwendung der Fotos verstoße gegen § 78 UrhG (Urheberrechtsgesetz). Im Übrigen sei die Durchführung kommerzieller Werbung unter Verwendung von Personenbildnissen ohne Zustimmung des Abgebildeten nach nunmehr geltender Rechtslage eine unlautere Ge-

schaftspraktik im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG und liege ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt vor. Beklagte hielt dem entgegen, die abgebildeten Skifahrer hätten keinen Einwand gegen die Veröffentlichung ihrer Bildnisse erhoben. Die Lichtbilder seien im Rahmen der Ankündigung redaktioneller Berichterstattung abgedruckt worden; niemand gewinne den Eindruck, die abgebildeten Rennfahrer würden für die Zeitung werben.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Oberlandesgericht Wien als Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab, ließ allerdings den ordentlichen Revisionsrekurs an den OGH zu, der die ursprüngliche einstweilige Verfügung bestätigte.

Der OGH führt in seiner Entscheidung zunächst zur Zulässigkeit des Revisionsrekurses aus, dass der Rechtsfrage, ob die konsenslose Bildnisveröffentlichung im Zusammenhang mit Medienwerbung gegen die berufliche Sorgfalt von Medienunternehmen verstoße und – bejahendenfalls – ob der Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt als solcher lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche begründe, in Ermangelung einer diesbezüglichen oberstgerichtlichen Rechtsprechung erhebliche Bedeutung im Sinne von § 528 Abs 1 ZPO (Zivilprozessordnung) zukomme. In der Entscheidung 4 Ob 20/08g (Prominentenbildnisse), in welcher festgestellt worden sei, dass nur der durch die Bildnisveröffentlichung in seinen Interessen schutzwürdig Beeinträchtigte berechtigt sei, den Schutz seines Bildnisses in Anspruch zu nehmen, sei offen gelassen worden, ob das beanstandete



Verhalten als „unlautere Geschäftspraktik“ gegen §§ 1 und 2 UWG verstoße.

In der Sache selbst hält das Höchstgericht – wie schon in anderen Entscheidungen zuvor – zunächst fest, dass das nach dem Wortlaut nur für § 1 Abs 1 Z 2 UWG maßgebende Erfordernis der Einhaltung der „beruflichen Sorgfalt“ auch dem mitbewerberschützenden Tatbestand der Z 1 zugrunde zu legen ist. Die beruflichen Sorgfaltspflichten ergeben sich, so der OGH unter Bezugnahme auf die Begriffsdefinition in § 1 Abs 4 Z 8 UWG und Art 2 lit h RL-UGP (EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), aus den anständigen Marktgepflogenheiten sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Betreffend das Vorbringen der Klägerin zur Verletzung der „journalistische Sorgfalt“ iSd § 29 MedienG und der „Grundsätze für die publizistische Arbeit“ des Österreichischen Presserats („Ehrenkodex für die österreichische Presse“) führt der OGH aus, dass der „Ehrenkodex“ zwar keinen rechtsverbindlichen Charakter habe, ihm aber als Festschreibung der Branchenusancen eine für die Interpretation von Normen wie der §§ 6 ff MedienG (Persönlichkeitsschutz), 29 MedienG (Wahrnehmung journalistischer Sorgfalt) bzw der §§ 1330 ABGB und 111 StGB (üble Nachrede) wichtige Bedeutung zukomme: Gemäß Punkt 8.1. dieses Ehrenkodex dürften bei der Beschaffung mündlicher und schriftlicher Unterlagen sowie von Bildmaterial keine unlauteren Methoden angewendet werden und Punkt 8.4. verlange bei der Verwendung von Privatfotos die Zustimmung der Betroffenen, es sei denn, an der Wiedergabe des Bildes bestehe ein berechtigtes öffentliches Interesse. Laut Punkt 10.1. sei es in konkreten Fällen, insbesondere bei Personen des öffentlichen Lebens, notwendig, das schutzwürdige Interesse der Einzelperson an der Nichtveröffentlichung eines Berichts bzw Bildes gegen ein Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung sorgfältig abzuwägen.

Der OGH leitet daraus ab, dass die Veröffentlichung der Bilder von prominenten

Sportlern – somit von Personen des öffentlichen Lebens – im Zusammenhang mit Eigenwerbung des Mediums jedenfalls nicht mit einem Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden könne. Auch sonst sei kein schützenswertes Interesse der Beklagten ersichtlich, die Bilder prominenter Sportler – ohne deren Zustimmung – für Zwecke der Eigenwerbung zu nutzen. In sinngemäßer Anwendung der oben dargestellten Branchenusancen wäre nach den anständigen Marktgepflogenheiten daher vor der beanstandeten Veröffentlichung die Zustimmung der Abgebildeten zur Verwendung ihrer Bilder zu Werbezwecken einzuholen gewesen. Da dies – zugestandenermaßen – nicht erfolgt sei, liege somit eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt seitens der Beklagten vor.

Die Beklagte könne die unterbliebene Einholung der Zustimmung zur Bildnisveröffentlichung auch nicht damit rechtfertigen, sie habe damit rechnen können, die Sportler würden wegen der damit verbundenen Erhöhung ihrer Bekanntheit der Veröffentlichung ihrer Bilder zu Werbezwecken zustimmen. Die Sorgfaltsverletzung der Beklagten bewirke, so der OGH, zwar mittelbar auch eine Verletzung des Bildnisschutzes der abgebildeten Sportler gemäß § 78 UrhG; die Klägerin mache aber nicht deren Abwehransprüche nach dem UrhG geltend, sondern stütze sich zur Begründung des Unterlassungsanspruchs auf eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt durch zustimmungslose Bildveröffentlichung, von der sie als Mitbewerberin der Beklagten betroffen sei. Damit greife die Klägerin nicht in die Verfolgungsrechte der Abgebildeten ein. Zusammengefasst sei der Verstoß der Beklagten gegen die berufliche Sorgfalt unlauter im Sinne von § 1 Abs 1 Z 2 UWG und begründe als solcher einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

Eine ausführlichere Darstellung findet sich in einer Anmerkung von *Seidelberger* zu dieser Entscheidung in der Fachzeitschrift ÖBf 2015/24 (abrufbar unter [www.schutzverband.at](http://www.schutzverband.at), News und dann Publikationen).

**Der Verstoß gegen journalistische Sorgfaltspflichten gemäß dem „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ kann eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 UWG und einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch eines Mitbewerbers begründen.**



# Zum Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis

Der Schutzverband erhält regelmäßig Anfragen zur Zulässigkeit des Verkaufs unter dem Einstandspreis. Nachdem es hier kein allgemeines gesetzliches Verbot (mehr) gibt, liegt ein Verstoß gegen das UWG oder das Kartellrecht nur in besonderen Fällen vor.

## 1. KEIN ALLGEMEINES VERBOT

Das frühere gesetzliche „Verbot des Verkaufs zum oder unter dem Einstandspreis“ wurde ursprünglich im Jahr 1980 in das Nahversorgungsgesetz (NVG) aufgenommen. Einstandspreis war danach jener Preis, „der sich nach Abzug aller Rabatte oder sonstiger Preisnachlässe ergibt, die vom Lieferanten im Zeitpunkt der Rechnungsstellung eingeräumt werden“. Das in § 3a NVG enthaltene Verbot sollte dem Schutz von kleineren Unternehmen dienen und war zunächst auf bestimmte Waren beschränkt. Mit der NVG-Novelle 1988 wurde das Verbot auf alle Waren ausgedehnt.

Schon bald nach Inkrafttreten des allgemeinen Verbots entwickelte sich eine lebhaftere Judikatur zu dieser Bestimmung und wurde die Regelung sehr kontroversiell diskutiert. Schließlich hob der Verfassungsgerichtshof (VfGH) das Verbot des § 3a NVG mit Erkenntnis vom 15.6.1990, G 56/89-16 (kundgemacht in BGBl 1990/590a), wegen Verstoßes gegen die Erwerbsfreiheit als verfassungswidrig auf. Die Aufhebung der Bestimmung erfolgte insbesondere deshalb, weil nach Ansicht des VfGH durch die Regelung auch gerade kleinere Unternehmen an „Dispositionen gehindert wurden, die ihnen für ihr Überleben am Markt erforderlich erschienen“.

In der Folge wurde versucht, Verkäufen unter dem Einstandspreis durch die Einführung des § 9b UWG (Unzulässigkeit von Mengenbeschränkungen bei besonders günstigen Angeboten) entgegenzuwirken. Auch diese Bestimmung wurde allerdings vom VfGH im Jahr 1994 aufgehoben (VfGH 5.3. 1994, ÖBl 1994, 154). Seit der Kartellgesetz-Novelle 1999 enthält nun das KartG ein

Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis in Form eines Beispielstatbestandes für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

## 2. DAS KARTELLGESETZLICHE VERBOT

Nach § 5 Abs 1 erster Satz KartG ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten (siehe auch das entsprechende Verbot in Art 102 AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Marktbeherrschend ist – nach der Begriffsbestimmung in § 4 KartG – ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist. Dies wird grundsätzlich dann angenommen, wenn er am relevanten Markt (der jeweils genau nach den einzelnen Produkten zu bestimmen und auch räumlich abzugrenzen ist) einen Marktanteil von mindestens 30% hat. Der Kläger hat diesbezüglich einen Anscheinsbeweis zu erbringen, der durch Marktstudien etc belegt werden kann. Der belangte Unternehmer kann beweisen, dass er trotz dieses Marktanteils nicht marktbeherrschend ist.

Eine gezielte Kampfpreisunterbietung (*predatory pricing*) gilt als missbräuchlicher Behinderungswettbewerb im Sinne des allgemeinen Marktmachtmissbrauchsverbot nach § 5 Abs 1 erster Satz KartG. Der marktbeherrschende Unternehmer setzt hier seine Marktmacht bzw überlegene Finanzkraft ein, um Mitbewerber durch besonders niedrige Verkaufspreise vom Markt zu verdrängen.

Maßgebliches Kriterium für die Feststellung eines Gesetzesverstoßes ist das Preis-Kosten-Verhältnis innerhalb des marktbeherrschenden Unternehmens und somit all-



Foto Fajner

**DR. RAINER TAHEDL,**  
em. RA, Jurist im  
Schutzverband gegen  
unlauteren Wettbewerb

Illustration: Tahedl



gemein das Erbringen einer Leistung mit (mehr oder weniger) Verlust, wobei es auf eine Gesamtbetrachtung ankommt (OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s, ÖBl 2009/269 – Rechtsanwaltssoftware). Nach der Judikatur ist missbräuchliches Preisunterbieten dann indiziert, wenn die Produkte zu Preisen angeboten werden, die unter den eigenen durchschnittlichen variablen (also je nach produzierter Menge variierenden) Kosten liegen. Preise, die zwar über den durchschnittlichen variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten + variable Kosten) liegen, sind laut EuGH dann als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans zur Verdrängung von Mitbewerbern festgesetzt

werden. Auch hier ist vom Kläger zumindest ein Anscheinsbeweis zu erbringen.

In § 5 Abs 1 Z 5 KartG wird nun – anders als in Art 102 AEUV – zusätzlich zum allgemeinen Verbot des § 5 Abs 1 erster Satz KartG als Sonderfall des nicht kostendeckenden Verkaufs der *sachlich nicht gerechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis* als Beispielstatbestand angeführt (wobei hier gemäß § 5 Abs 2 KartG den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislast für die Widerlegung des Anscheins eines Verkaufs unter dem Einstandspreis sowie für die sachliche Rechtfertigung eines solchen Verkaufs trifft). Das Verbot gilt allerdings eben nur für marktbeherrschende Unternehmer im Sinne des KartG und bezieht sich nach der Rechtsprechung überdies nur auf den (sachlich nicht gerechtfertigten) Verkauf von Waren und nicht auch auf die Erbringung von Dienstleistungen.

Ein kartellgesetzwidriger Preiswettbewerb kann sich unter Umständen – auch nach Aufhebung des Zugabensverbots in § 9a UWG – aus der Gewährung von Zugaben ergeben: An sich nicht verbotene unentgeltliche Zugaben durch einen marktbeherrschenden Unternehmer sind nach der Judikatur vor dem Hintergrund des Missbrauchsverbots nach § 5 Abs 1 Z 5 KartG dann rechtswidrig, wenn a) der vom Unternehmer beherrschte Markt für die Hauptware mit dem für die Zugabe relevanten Markt so eng verbunden ist, dass Kunden, die Bedarfsträger des einen Marktes sind, notwendigerweise potenzielle Kunden auf dem anderen Markt sein können, und b) der Preis für die Hauptware nach Abzug des Werts der unentgeltlichen Zugabe unter dem Einstandspreis liegt (OGH 18.9.2012, 4 Ob 84/12z, ÖBl 2013/6 – Hahnenkamm Gewinnspiel; 8.4.2008, 4 Ob 23/08y, ÖBl 2008/133 – Tageszeitung Ö). In diesem Sinne wurde bei einem Verkauf von Küchengeräten unter dem Einstandspreis kein Marktmachtmissbrauch angenommen, weil der Erwerb der Küchengeräte an den vorherigen Kauf einer anderen (Haupt)Ware geknüpft war und der gemeinsame Preis

über dem Einstandspreis lag (OGH 23.3.2011, 4 Ob 34/11w, ÖZK 2011,110 – Treuepunktaktion II).

Das kartellgesetzliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Unterkostenverkäufe hat in der Praxis bisher noch keinen großen Niederschlag gefunden. Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass bei einem Antrag an das Kartellgericht (beim Oberlandesgericht Wien) nach Abschluss des Verfahrens eine relativ hohe gerichtliche Rahmengebühr zu entrichten sein könnte. Allerdings gibt es auch die Möglichkeit, einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt an die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) heranzutragen, um diese zu einem Tätigwerden zu veranlassen (BWB, 1020 Wien, Praterstraße 31; näheres auch unter [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at)).

### 3. UNLAUTERKEIT NACH DEM UWG

Das UWG enthält keine spezifische Regelung zu Verkäufen unter dem Einstandspreis oder zu Kampfpfeisunterbietungen. Liegt eine Verletzung kartellrechtlicher Normen vor, so können solche Formen des Preiskampfes ein unlauterer Rechtsbruch im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG sein, wenn der Verstoß auf einer nicht vertretbaren Rechtsansicht beruht (siehe zB OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s, wbl 2009, 567 – Rechtsanwaltssoftware). Weiters ist an die Fallgruppe der unlauteren Behinderung von Mitbewerbern zu denken, die ebenfalls von der Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 1 UWG erfasst ist.

Nach der Judikatur zum UWG ist das Unterbieten von Preisen der Mitbewerber (auch für Dienstleistungen) bzw der Verkauf unter Selbstkosten allerdings nur unter besonderen Umständen unlauter: So etwa bei planmäßigem, auf Schädigung oder Verdrängung von Mitbewerbern abzielendem, systematischem Unterbieten handelsüblicher Preise oder in anderen krassen Fällen von gezielter Preisschleuderei. Auch hier wird eine tatbestandsmäßige, unlautere Behinderung in der Regel wohl nur einem marktstarken Unternehmer bzw der öffent-

lichen Hand möglich sein (siehe zB die unlautere Abgabe von Treibstoff zu betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Verkaufspreisen durch ein Bundesland, OGH 23.3.2011, 4 Ob 227/10a, RdW 2011/419, 403 – Billigtreibstoff).

Kurzfristige oder gelegentliche Aktionen, die sich auch andere Unternehmen leisten können, lassen nach der Rechtsprechung eine allgemeine Marktbehinderung oder Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand nicht befürchten. Das Unterbieten der Preise der Mitbewerber ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich ein erlaubtes Kampfmittel im wirtschaftlichen Wettbewerb (OGH 18.1.2000, 4 Ob 316/99w, ÖBl 2000, 216 – FORMAT-Schecks). Es liegt in der Hand des Konkurrenten, sich über die Preisgestaltung dem Leistungswettbewerb zu stellen. Die Rechtsprechung sieht insbesondere das Interesse der Verbraucher an niedrigen Preisen als relevant an.

### 4. ZUSAMMENFASSUNG

Jeder Anbieter von Waren und Dienstleistungen kann seine Preise grundsätzlich frei bestimmen. Auch Verkäufe von Waren (bzw die Erbringung von Dienstleistungen) unter Selbstkosten sind an sich erlaubt. Das früher geltende, allgemeine Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis in § 3a NVG wurde schon vor vielen Jahren vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben.

Das KartG enthält ein Verbot des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis, das aber nur für marktbeherrschende Unternehmen im Sinne dieses Gesetzes gilt. Sonstige Kampfpfeismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen sind nur kartellrechtswidrig, wenn eine gezielte Kampfpfeisunterbietung mit dem Ziel der Verdrängung von Mitbewerbern vorliegt. Auch nach dem UWG werden Preisunterbietungen bzw Unterkostenverkäufe nur dann als unlauter anzusehen sein, wenn ein marktstarkes Unternehmen damit gezielt und systematisch Mitbewerber vom Markt verdrängen will.

---

**Nach dem UWG werden Preisunterbietungen bzw Unterkostenverkäufe nur dann als unlauter anzusehen sein, wenn ein marktstarkes Unternehmen damit gezielt und systematisch Mitbewerber vom Markt verdrängen will.**

---



## Podiumsdiskussion der ÖV zum Thema Produktpiraterie

Am 3.12.2015 fand im Rahmen der Generalversammlung der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) im vollbesetzten Festsaal des Hauses des Handels eine Podiumsdiskussion unter dem Titel „Das Phänomen Produktpiraterie – Trends und Defizite“ statt. Hochkarätige Referenten diskutierten unter der Leitung von Hon. Prof. Dr. Guido Kucsko über rechtliche und wirtschaftliche Aspekte der Produktpiraterie.

Von links: KommR Herbert Gänsdorfer, KommR Dkfm. Erst Aichinger, Hon.-Prof. Dr. Guido Kucsko, Amtsdirektor Gerhard Marosi, Dr. Maximilian Burger-Scheidlin und RA Dr. Andreas Manak (Bild ÖV)



Den Eröffnungsvortrag hielt Amtsdirektor Gerhard Marosi vom Bundesministerium für Finanzen. Er war Mitautor des neuen Regelwerks über die Tätigkeit der Zollbehörden gegen Produktpiraterie (EU-ProduktpiraterieVO, PPV 2014) und berichtete aus erster Hand über die aktuellen Entwicklungen in der Praxis. Obwohl der Trend eindeutig zu Internetbestellungen gehe, werde das vor diesem Hintergrund geschaffene spezielle Verfahren für Kleinsendungen bisher nur mäßig in Anspruch genommen (etwa von 15% aller Antragsteller).

Konkret ist beim Zoll ein starker Trend zu einem Direktversand an Konsumenten von gefälschten Waren mit der Post aufgrund von Werbeaktivitäten auf Social Media-Plattformen zu beobachten. So sind in einem Fall bis zu 400 Kleinsendungen an einem Tag mit Fälschungen einer bekannten Marke aus dem Lederwarenhandel beschlagnahmt worden. Mittlerweile sind 2015 insgesamt bereits doppelt so viele Fälle wie im Jahr 2014 bekannt. Seit Jänner 2014 gibt es die erwähnte neue Verordnung zur Verfolgung der Produktpiraterie (siehe dazu ausführlich be-

Bericht erstellt von Dr. Dominik Hofmarcher, RA bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH und Mag. Hannes Seidelberger, Generalsekretär der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV)

reits die letzte Ausgabe von Recht und Wettbewerb, RuW 183, Seite 16), welche aber hinsichtlich des dort geregelten vereinfachten Vernichtungsverfahrens noch verhältnismäßig wenig von den Rechteinhabern genutzt wird.

Als Kleinsendung gelten Post- oder Eilkuriersendungen, die höchstens drei Produkteinheiten enthalten oder ein Bruttogewicht von weniger als zwei Kilogramm haben. Wurde vom Rechtsinhaber ein Antrag auf Anwendung eines solchen Verfahrens gestellt, kann die Vernichtung von potentiell rechtsverletzenden Waren eigenständig durch die Zollbehörden ohne seine vorherige Information und Zustimmung erfolgen, wenn der zu informierende Anmelder/Besitzer nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen widerspricht.

Ein Problem erblickt Marosi im Fehlen eines einfachen Rechtfertigungsverfahrens zur Feststellung, ob die angehaltene Sendung ein Recht geistigen Eigentums verletzt, zumal ein gerichtliches Vorgehen im Fall eines Widerspruchs gegen eine Anhaltung durch die Zollbehörden nach der neuen Rechtslage grundsätzlich obligatorisch ist.

Dr. Maximilian Burger-Scheidlin, Geschäftsführer der ICC Austria, beleuchtete in seinem Vortrag insbesondere die Situation in China. Aufgrund von Lohnsteigerung in China und aufgrund des Wechselkurses würden Fälscher mittlerweile zunehmend auch auf andere Länder ausweichen. Zudem ziehe China auch beim Rechtsschutz nach. Von Produktpiraterie betroffenen Rechteinhabern rät er, „das Übel möglichst an der Wurzel zu packen“ – das heißt nicht bloß gefälschte Waren aus dem Verkehr zu ziehen, sondern die Lieferketten nachzuverfolgen, Produktionsstätten aufzuspüren und für die Schließung der Fabriken zu sorgen. In diesem Zusammenhang könnten sich die Rechteinhaber auch an das Counterfeit Intelligence Bureau der ICC in London wenden.

RA Dr. Andreas Manak gewährte einen spannenden Einblick in seine Tätigkeit bei

der Verfolgung von Film- und Musikpiraterie, die sich heute vornehmlich im Internet abspielt. Das größte Problem sei in diesem Zusammenhang, dass eine Verfolgung unbekannter Täter seit der Abschaffung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nicht mehr möglich sei, weil eine Hausdurchsuchung nur im Rahmen einer Privatanklage gegen einen bestimmten Täter beantragt werden könne.

Die Bestimmungen zur zivilrechtlichen Hausdurchsuchungen (Einstweilige Verfügung zur Beweissicherung) seien überhaupt totes Recht; das Gesetz sei in diesem Bereich auch viel zu unbestimmt. Eine interessante Diskussion entwickelte sich in diesem Zusammenhang sodann insbesondere auch zur Frage, ob eine Registrierungspflicht für Internetnutzer machbar und sinnvoll wäre.

Im Rahmen der weiteren Diskussion verwies KommR Dkfm Erst Aichinger, Berufszweigvertreter des Sportartikelhandles der WKÖ, sodann auf den massiven wirtschaftlichen Schaden für die Produzenten, den Handel, den Fiskus und nicht zuletzt auch für die Konsumenten, der durch Produktpiraterie verursacht wird. Neben dem juristischen Vorgehen sei auch die fortlaufende Aufklärung durch Informationskampagnen wichtig und sinnvoll. Hier ist vom internationalen Sportartikelhandel 2016 eine entsprechende Aktion geplant und es wäre zielführend, wenn sich auch andere Branchen daran beteiligen.

KommR Herbert Gänsdorfer, Obmann des Landesgremiums Wien des Handels mit Mode und Freizeitartikel in der Wirtschaftskammer Wien, ortete ein gewisses Defizit in der Kooperation zwischen Rechteinhabern und Branchenvertretern. Ein Problem stellen auch die Angebote von Plagiaten auf oft kurzfristig abgehaltenen Märkten dar, welche auch den stationären Handel beeinträchtigen und wo eine rasche Verfolgung wichtig wäre.

Zu den mehrfach angesprochenen Rechtsschutzlücken meldete sich sodann auch Frau Rat Mag. Martina Spreitzer-Ko-

---

**Das Problem der Produktpiraterie wurde sowohl aus der Sicht der betroffenen Unternehmen als auch aus juristischer und zollbehördlicher Sicht eingehend erörtert.**

---

piunik, Richterin am LG für Strafsachen Wien und dort mit Pirateriefällen betraut, zu Wort. Sie bestätigte, dass gewisse Unsicherheiten bestünden, ob eine Privatanklage unverzüglich zugestellt werden muss – ein Antrag des Privatanklägers, die Privatanklage erst im Zuge der Hausdurchsuchung zuzu-



„Plagiarius“-Preisträger:  
Event-Tasche „Basic“  
Original: Halfar System  
GmbH, Bielefeld (I.)  
Plagiat: WIL Langenberg  
GmbH, Hückeswagen (r.)  
Foto: Aktion Plagiarius e.V.

stellen, wäre diesbezüglich zu empfehlen. Schwieriger sei dies allerdings im Bereich der Verbandsverantwortlichkeit, weil hier unverzüglich ein Verteidiger zu bestellen sei.

In der allgemeinen Diskussion wurde sodann insbesondere erörtert, ob im Bereich der Produktpiraterie – möglichst zusätzlich zum Privatanklagerecht – entsprechende Officialdelikte geschaffen werden sollten, um ein amtswegiges Einschreiten zu ermöglichen. Diesbezüglich berichtete Marosi von der italienischen und französischen Praxis. Mit § 110 StPO könne jedenfalls nicht das Auslangen gefunden werden, zumal auch der Verweis auf Art 18 PPV 2014 völlig unklar ist.

Mag. Claus Kahn, Leiter des Büros für Wirtschaftsermittlungen der Kriminalpolizei, gab zu bedenken, dass das amtswegige Vorgehen eine erhebliche Herausforderung für die Kriminalpolizei darstellen würde und

eine solche Verpflichtung solle daher allenfalls für schwerere Delikte vorgesehen werden (insbesondere bei gewerbsmäßiger Begehung). Jedenfalls ist in diesem Bereich der Produktpiraterie eine starke Zunahme zu registrieren, weil die Margen bei Plagiaten teilweise bei bis zu 9.000% liegen, was weit

mehr ausmacht als bei anderen kriminellen Aktivitäten wie dem Drogen- und Waffenhandel etc.

Angeregt wurde wie erwähnt auch ein Identitätsnachweis beim Erstellen eines Profils im Internet bzw auf einer Onlineplattform als bessere Ergänzung zu einem leicht zu fälschenden Impressum, nachdem insbesondere über solche Vertriebskanäle immer mehr Plagiate vertrieben werden. Zumindest gibt es hier mittlerweile zahlreiche Entscheidungen, dass auch die Betreiber von Plattformen bei entsprechenden Meldungen reagieren müssen und sogar eine Sperre von Websites mit rein illegalen

Inhalten über die Provider in Betracht kommt (siehe dazu den Bericht in der letzten Ausgabe von Recht und Wettbewerb zum Fall UPC/kino.to, RuW 183, Seite 12).

Einig war man sich letztendlich, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht in allen Bereichen ideal und jedenfalls verbesserungswürdig sind (insbesondere was den strafrechtlichen Schutz, das amtswegige Vorgehen und das Rechtfertigungsverfahren in Zollsachen betrifft) und dass in Zukunft neben der juristischen auch die wirtschaftliche Komponente der Produktpiraterie stärker aufgezeigt und in den Fokus gerückt werden sollte.

Die ÖV und der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb wollen in Zukunft vermehrt als Drehscheibe bei der Bekämpfung von Produktpiraterie in Österreich agieren, um sich hier für einen fairen Wettbewerb einzusetzen.



# Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (KOG) hat über einen Lebensmittelhandelskonzern eine Rekordstrafe von 30 Millionen Euro wegen Verkaufspreisabstimmungen verhängt.

Mit Beschluss vom 8.10.2015, Geschäftszahl 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k), verhängte das KOG über einen großen österreichischen Lebensmittelhändler die bisher höchste, jemals über ein einzelnes Unternehmen verhängte Geldbuße in Höhe von EUR 30 Mio und verzehnfachte damit die vom Kartellgericht (Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht) dem Konzern im Vorjahr auferlegte Strafe von EUR 3 Mio (Beschluss des Kartellgerichts vom 14.8.2014, Geschäftszahl 26 Kt 154/13). Gegen den erstinstanzlichen Beschluss hatten sowohl das Unternehmen als auch die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und der Bundeskartellanwalt Rekurs erhoben. Die Entscheidung betrifft nur den Bereich Molkereiprodukte – da für weitere Produktgruppen Bußgeldanträge der BWB vorliegen, könnten zusätzliche Geldbußen folgen.

Die Kartellbehörde hatte in den vergangenen Jahren wegen des Verdachts von Preisabsprachen ihre Ermittlungen im Bereich des Lebensmittelhandels verstärkt und auch Hausdurchsuchungen durchgeführt. Über einen großen anderen Händler im Lebensmittelbereich war in der Folge im Jahr 2013 vom Kartellgericht wegen der Absprache von Endverkaufspreisen und Aktionszeiträumen mit Lieferanten eine Geldbuße von EUR 20,8 Mio verhängt worden (betreffend 20 Produktgruppen, insbesondere aus der Bier- und Molkereibranche, für Verstöße zwischen 2007 und 2012). Diese Entscheidung erging allerdings auf der Basis eines *settlements* zwischen der BWB und der Antragsgegnerin, da diese zuvor die Vorwürfe bereits anerkannt und der Höhe des (geminderten) Bußgeldes zugestimmt hatte (das Kartellgericht darf im Übrigen keine höhere Geldbuße als beantragt verhängen).



Ähnlich war auch in diesem Verfahren dem Lebensmittelhandelskonzern vorgeworfen worden, über seine Lieferanten indirekt Preisabstimmungen mit Mitbewerbern herbeigeführt zu haben. Wie aus der Begründung des KOG-Beschlusses hervorgeht, sei den Lieferanten eine Erhöhung ihrer Einkaufspreise nur unter der Prämisse einer „Margenneutralität“ gewährt worden. So habe man sich regelmäßig (im Zeitraum von Juli 2002 bis März 2012) den Lieferanten gegenüber ausbedungen, dass die Handelsspanne des Lebensmittelhändlers bei einer Einkaufspreisenerhöhung gleich bleiben müsse, was aber nur dann möglich wäre, wenn auch die Mitbewerber die dafür notwendige Verkaufspreisenerhöhung mitmachen würden.

Zu diesem Zweck seien die Lieferanten systematisch dazu angehalten worden, den anderen Handelsunternehmen Endverkaufspreise für ihre Produkte als „Richtpreise“ zu empfehlen. Zum Nachweis der Umsetzung der Verkaufspreisanpassungen durch die Mitbewerber sollten jeweils Preispiegel bzw Kassabons vorgelegt werden. Auf diese Weise sei es in vielen Fällen zu

Preisabgleichen zwischen Konkurrenten gekommen.

Das Höchstgericht bestätigte die Rechtsansicht des (erstinstanzlichen) Kartellgerichts, wonach dieses Verhalten sowohl gegen europäisches Wettbewerbsrecht (Art 101 AEUV bzw – früher – Art 81 EGV) als auch gegen österreichisches Kartellrecht (§ 1 KartG) verstößt. Die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Unionsrechts, nämlich die Eignung des Verhaltens, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sei im vorliegenden Fall gegeben, weil sich die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen des Unternehmens auf das gesamte Inland erstreckt hätten und schon deshalb den innergemeinschaftlichen Handel beeinflussen hätten können (ständige Rechtsprechung zur Zwischenstaatlichkeitsklausel, siehe Nachweise bei *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht<sup>2</sup>, Anhang I, Art 101 AEUV E 45 ff; Art 101 lit a AEUV lautet: *Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen*).

Zum Tatbestand der Preisabsprache führte der Senat aus, dass nicht nur horizontale sondern auch vertikale Preisabsprachen (zwischen vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen, wie Lieferanten und Händlern)

grundsätzlich als unzulässige Kernbeschränkungen einzustufen seien und als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkungen gelten, die per se verboten sind, ohne dass deren Auswirkungen auf den Markt bzw deren Spürbarkeit geprüft werden müssten. Eine besondere Vereinbarung seien Sternverträge, bei denen durch ein Bündel koordinierter Vertikalverträge eine horizontale Vereinbarung bewirkt werde. Unverbindliche Preisempfehlungen seien zwar an sich zulässig, als abgestimmte Verhaltensweise, die wie eine mittelbare Preisbindung wirke, würden sie aber gegen das Kartellverbot verstoßen und es sei daher unzulässig, wenn Abnehmer ihre Lieferanten dazu bewegen, bei den anderen Abnehmern ein bestimmtes Preisniveau durchzusetzen.

Bei den festgestellten Verhaltensweisen handle es sich um die Ausprägungsform einer komplexen Kernbeschränkung, die sich insofern von einer „klassischen“ Verkaufsabsprache unterscheidet, als hier die vertikalen Preisabstimmungen (unter anderem in Form der vereinbarten „Margenneutralität“) durch ausgeprägte horizontale Elemente der „Absicherung“ der vertikalen Vereinbarungen in ihrer kartellrechtlichen Schädlichkeit noch verstärkt wurden. Im Rahmen des vom betroffenen Konzern gepflogenen Gesamtsystems sollte sichergestellt werden, dass einerseits die Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis der Konzernunternehmen unverändert gleich bleibe, andererseits ein einheitliches Preisniveau bestehen bleibe; Verkaufspreise sollten harmonisiert, moderiert oder in sonstiger Weise beeinflusst werden. Zu diesem Zweck sei den Lieferanten die Aufgabe der Preismoderation und Preis-

beruhigung übertragen worden. Dass solche Verhaltensweisen denselben wettbewerbsbeschränkenden Zweck wie „klassische“ Absprachen verfolgten, könne keinem Zweifel unterliegen.

Zur Höhe der Geldbuße hielt das KOG fest, dass eine Kartellstrafe nur dann abschreckend wirke, wenn die Höhe und Wahrscheinlichkeit der Strafe den zu erwartenden Kartellgewinn übersteige. Wie in der Literatur ausgeführt, sei die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell-rechtlichen Wettbewerbsverstoß der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist. Die Höhe der vom Kartellgericht auf der Basis eines settlements über einen Mitbewerber verhängten Geldbuße sei keiner Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof zugänglich gewesen und hier nicht maßgeblich.

Im vorliegenden Fall habe es sich im Hinblick auf die Schwere (Kernverstoß), Dauer, Vorsätzlichkeit und Finanzkraft des betroffenen Konzerns um einen deutlich überdurchschnittlichen Kartellrechtsverstoß gehandelt, wobei – gemessen am Gesamtjahresumsatz des Unternehmens – vom Gesetz her auch noch eine wesentlich höhere Geldbuße möglich gewesen wäre.

Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass der Versuch, die Preise der Mitbewerber über die Lieferanten zu beeinflussen, mit dem Risiko hoher Kartellbußen verbunden ist. Eine nähere Darstellung der in diesem Zusammenhang als unzulässig angesehenen Verhaltensweisen enthält der von der BWB veröffentlichte Leitfaden „Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen“, der unter [www.bwb.gv.at](http://www.bwb.gv.at) abrufbar ist.





## Spannender LIGA-Kongress 2015 in Stockholm

Die Internationale LIGA für Wettbewerbsrecht (LIDC) hielt ihren diesjährigen Kongress von 1. bis 4. Oktober 2015 in Stockholm ab. Unter österreichischer Präsidentschaft fanden sich über 120 Experten (darunter sieben Österreicher, zwei vom Schutzverband) aus 24 Ländern in der Hauptstadt Schwedens ein, um aktuelle Fragen des Wettbewerbs- und IP-Rechts zu erörtern.

Im Mittelpunkt des internationalen Expertenforums, das heuer sein 85-jähriges Bestehen feiert und an dem auch Mitglieder aus Brasilien, den USA, Japan und Indien teilnahmen, standen dieses Mal die Themen Marktmachtmissbrauch und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Zu beiden Themen waren jeweils im Vorfeld nationale Berichte erstattet worden.

Die Fragestellung betreffend Marktmachtmissbrauch (Frage A) war grundlegend darauf gerichtet, inwieweit es in den einzelnen Rechtsordnungen eine Überein-

stimmung hinsichtlich der Begriffe „Marktbeherrschung“ und „Missbrauch“ gibt. Der umfassende Bericht der internationalen Berichterstatterin, Prof. Pinar Akman (Universität Leeds, UK), zeigte, dass hier zum Teil wesentliche Unterschiede bestehen.

Dies betrifft etwa gesetzliche Marktbeherrschungsvermutungen bei Erreichen bestimmter Marktanteile, wie sie in vielen Ländern bestehen oder auch generell die Frage des Schutzzwecks dieser Regelungen (Mitbewerber, Verbraucher oder der Wettbewerb als solcher). Die schließlich verab-





Oben Vortrag vom internationalen Berichterstatter Henrik Bengtsson zum Thema Geschäftsgeheimnisse und unten der aus Österreich kommende Präsident der LIGA, Michael Meyenburg, bei der Eröffnung der Tagung in Stockholm

schiedete Resolution spiegelt dementsprechend die große Bandbreite der verschiedenen Ansätze wider, wobei insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit für international tätige Unternehmen eine – so weit wie möglich – Vereinheitlichung der Regelungen nach Maßgabe grundlegender ökonomischer Prinzipien angestrebt werden soll.

Bei der zweiten zentralen Fragestellung (Frage B) betreffend den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (bzw Know-how) ging es ebenso darum, zunächst die bestehenden nationalen Divergenzen sichtbar zu machen um dann zu untersuchen, ob hier ein adäquater Rechtsschutz gewährleistet ist. Wie der internationale Berichterstatter, RA Henrik Bengtsson (Advokatfirman Delphi, Stockholm) darlegte, gibt es zwischen den einzelnen Rechtsordnungen substantielle Unterschiede, schon was die Definition des „Geschäftsgeheimnisses“ betrifft.

Angesichts der inhomogenen Aufteilung der Schutzregeln auf unterschiedliche Rechtsgebiete wie Lauterkeitsrecht, IP-Recht, Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht, Strafrecht und Datenschutzrecht sei man – auch aus verfahrensrechtlicher Sicht – von einem einheitlichen Schutzniveau weit entfernt. In diesem Sinne wurde in der abschließenden Resolution insbesondere der vorliegende Richtlinienentwurf der EU-Kommission begrüßt und die Notwendigkeit von ausgewogenen Verfahrensregeln zum Schutz der jeweiligen Interessen betont.

Neben diesen beiden Kernfragen standen Vorträge und Podiumsdiskussionen zu weiteren Themenbereichen auf dem Programm, wie etwa zu den Regeln für öffentliche und private Beschaffungen, zur Bedeutung der institutionellen Gestaltung von Wettbewerbsbehörden und zur Zulässigkeit geografischer Angaben.

Den Schlusspunkt der Tagung, die im stilvollen Ambiente des Grand Hotel Stockholm stattfand und die von einem attraktiven Rahmenprogramm begleitet war, bildete die Generalversammlung unter Leitung des



Die österreichische Delegation in Stockholm

derzeit aus Österreich kommenden Präsidenten RA Dr. Michael Meyenburg.

Der nächste LIGA-Kongress findet von 6. bis 9. Oktober 2016 in Genf in der Schweiz statt. Die beiden zentralen Fragestellungen werden sein:

*Question A: “In the case of pharmaceuticals, in what way should the application of the competition rules be affected by the specific characteristics of those products and markets (including consumer protection rules, the need to promote innovation, the need to protect public budgets, and other public interest considerations)?”*

*Question B: “What rules should govern claims by suppliers about the national or geographic origin of their goods or services?”*

Zu weiteren Informationen und Details über die LIGA und deren Tagungen (samt Berichten und Resolutionen) siehe die Website der LIDC unter [www.ligue.org](http://www.ligue.org) bzw der österreichischen Landesgruppe unter [www.oev.or.at](http://www.oev.or.at).







Die „Gesellschaft zur Selbstkontrolle der Werbewirtschaft“ ist Mitglied im Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb und Partner bei der Sicherung eines fairen Wettbewerbs.

## ÖWR gewinnt GOLD bei EASA-Best-Practice-Award

### Europäische Selbstregulierungsbehörde zeichnet Österreich aus

Brüssel, 21.10.2015 – Im Rahmen der zwölften Verleihung des Best Practice Awards der European Advertising Standards Alliance (EASA) wurde der Österreichische Werberat (ÖWR) für sein Projekt „Junge Werberäte“ mit Gold ausgezeichnet. Eine Initiative, die bereits in Österreich für Furore sorgte und nun auch international Anerkennung fand.

„Eine Initiative, die uns allen zeigt, dass eine gute Idee auch mit geringen finanziellen Mitteln sensationelle Erfolge erzielen kann“, erklärt auch Dominic Lyle, Jurymitglied und Director General des europäischen Agenturverbands EACA. Die Trophäe nahmen ÖWR-Präsident Michael Straberger und ÖWR-Geschäftsführerin Andrea Stoidl im Rahmen einer Galaveranstaltung in Brüssel entgegen.

Erstmals in der Geschichte des EASA-BP-Awards wurde heuer zweimal Gold vergeben. Somit durfte sich auch Polen über die Statue in Gold freuen, für deren Initiativen rund um Lebensmittelwerbung für und mit Kindern. Silber ging an Spanien für die Einführung eines Selbstregulierungsprogramms für Cookies und Bronze nahm Canada mit nach Hause für die Ausschreibung eines Studentenwettbewerbs. Der EASA Best Practice Award zeichnet Initiativen aus, die EASA Best Practice Empfehlungen effektiv und gleichzeitig effizient umsetzen.

„Die internationale Auszeichnung ist eine wertvolle Anerkennung für die Arbeit des Österreichischen Werberats, aber auch für das große Engagement unserer jungen Generation, die mit besonderem Elan unsere Idee mit tragen“, zeigt sich ÖWR-Präsident Michael Straberger über den Award und die Auszeichnung aus Brüssel erfreut.“ Besonderer Dank gilt hier vor allem Andrea Stoidl, die die Idee der „Jungen Werberäte“, geboren im Rahmen eines Werberatsworkshops, konsequent weiterentwickelte“, fügt Straberger hinzu.

Weiterführende Infos über die „Jungen Werberäte“ finden Sie unter [www.werberat.at](http://www.werberat.at)