

Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Novelle 2013!

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Kartellrechtsnovelle 2013

Zugabenverbot endgültig aufgehoben

EuGH: Kostenpflichtige Gewinninformationen als unlautere, aggressive Geschäftspraktik

Kinderwerbung (nur) bei Aufforderung zum Kauf bestimmter Produkte unzulässig

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Gerichtliche Interventionen

Nummer 181 Juni 2013 59. Jahrgang

Recht und Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Novelle 2013!

SEITE 4

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Kartellrechtsnovelle 2013

SEITE 13

Zugabenverbot endgültig aufgehoben

SEITE 16

EuGH: Kostenpflichtige Gewinninformationen als unlautere, aggressive Geschäftspraktik

SEITE 18

Kinderwerbung (nur) bei Aufforderung zum Kauf bestimmter Produkte unzulässig

SEITE 20

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

SEITE 21

Mitarbeiter im Schutzverband

SEITE 22

Schutzverband stoppt „Gelbes Branchenbuch“-Schwindel

SEITE 23

Gerichtliche Interventionen

SEITE 25

„Recht und Wettbewerb“ ist die zweimal jährlich erscheinende Mitgliederzeitschrift des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb zu Themen und Fällen des Wettbewerbsrechts. Alle Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und dürfen grundsätzlich ohne Zustimmung des Medieninhabers weder vervielfältigt noch veröffentlicht werden. **Medieninhaber, Hersteller sowie Redaktion:** Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, 1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14, ZVR 473025626. **Vorstand:** KommR Karl Novak, KommR Helmut Schramm, KommR Hans Seemann, KommR Dr. Haidemarie Heinz, KommR Herbert Gänsdörfer, KommR Karl Hofmann, KommR Gerhard Holub, KommR Ing. Johann Klein, KommR Ralph Plaichinger, Gerhard Steurer. **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 10-1

Liebe Mitglieder!

Die Grundlage für das Lauterkeitsrecht und die Tätigkeit des Schutzverbandes ist das seit 1923 bestehende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Seit der letzten UWG-Novelle 2007, mit der die neue Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) der Europäischen Union umgesetzt wurde, war die Gesetzeslage nun über viele Jahre unverändert.

Die Entscheidungen des EuGH zum Zugabenverbot und zu den Ausverkaufsvorschriften haben aber Anlass zu gleich zwei wichtigen Novellierungen des UWG gegeben. Überdies ist auch das dem UWG am nächsten stehende Kartellrecht einer umfassenden Überarbeitung unterzogen worden.

In dieser Ausgabe berichten wir ausführlich über diese aktuellen Entwicklungen. Zunächst stellt die Verbandsanwältin Dr. Marcella Prunbauer die nun ergangene Entscheidung des EuGH in der Sache Köck zu den österreichischen Ausverkaufsvorschriften dar, welche eine gerichtliche Verfolgung allein aufgrund einer fehlenden Ausverkaufsbewilligung als europarechtswidrig ansieht. Der österreichische Gesetzgeber hat rasch reagiert und in einem Entwurf für eine UWG-Novelle 2013 diese Regelungen vereinfacht und an die UGP-Richtlinie angepasst.

Im Zuge dieses Entwurfs für eine UWG-Novelle 2013, dessen Begutachtung schon abgeschlossen ist und der noch im Juni im Nationalrat beschlossen werden soll, wird auch einem anderen Urteil des EuGH in der Sache Purely Creative Rechnung getragen, nachdem dieser bei den Kosten von Gewinnzusagen eine restriktive Haltung eingenommen hat.

Über die Rechtsprechung des EuGH zum Zugabenverbot haben wir in den letzten Nummern schon ausführlich berichtet, wobei als Schlusspunkt der Gesetzgeber den § 9a UWG Anfang dieses Jahres zur Gänze aufgehoben hat. Die Änderung erfolgte im Zuge des Kartellrechts- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012. Hier hat sich unser Kartellrechtsspezialist Dr. Rainer Tahedl ausführlich in Wettbewerbsrecht Aktuell mit den Änderungen durch diese Kartellrechtsnovelle 2013 auseinander gesetzt.

Ein ganz aktuelles Thema ist auch die Kinderwerbung, wo wir über einige Entscheidungen bereits in der letzten Ausgabe berichtet haben. Aktuell hat der OGH klargestellt, dass Kinderwerbung (nur) bei Aufforderung zum Kauf bestimmter Produkte im Sinne der Z 28 des Anhangs zum UWG generell unzulässig ist. Weitere Verfahren zu diesem Themenbereich sollen bereits bei den Konsumentenschutzorganisationen im Laufen sein.

Bei der ausgewählten OGH-Entscheidung geht es diesmal um die ebenfalls spannende Frage der Abgrenzung von gewerblichem Handel auf Online-Plattformen, wozu erstmals eine Klarstellung durch die Rechtsprechung erfolgt ist. Weiters ergänzen interessante gerichtliche Interventionen des Schutzverbandes dieses Heft.

Schließlich ist der Schutzverband auch auf europäischer Ebene immer mehr aktiv und bringt seine Expertise bei der Überarbeitung der Richtlinie über irreführende Werbung ein, um den Adressbuchswindel und andere Formen der Werbekriminalität zum Schutz der Unternehmer auch grenzüberschreitend besser bekämpfen zu können. Ein wichtiger Erfolg war auch die einstweilige Verfügung gegen die Steger Gewerbedatenverwaltung, womit wir diesen „Gelbes Branchenbuch“-Schwindel zur Gänze stoppen konnten. Bei über 1000 (in Worten tausend) Betroffenen waren die Mitarbeiter des Schutzverbandes besonders gefordert, weshalb wir Ihnen diese gerne näher vorstellen. Für Fragen zu allen diesen Themen stehen wir wie immer jederzeit zur Verfügung.



Fotostudio Wilke

„Nach Jahren unveränderter Rechtslage sind ganz aktuell zwei UWG-Novellen zu beachten, welche für die Praxis im Werberecht von wesentlicher Bedeutung sind ...“

MAG. HANNES SEIDELBERGER
Geschäftsführer

Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff UWG nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Novelle 2013!

Nach dem Urteil des EuGH über die Frage, wie weit eine fehlende Ausverkaufsbevollmächtigung mit Unterlassungsklage nach dem UWG verfolgt werden kann, hat der österreichische Gesetzgeber rasch reagiert und den Entwurf einer Überarbeitung der Ausverkaufsvorschriften als UWG-Novelle 2013 vorgelegt.



Fotostudio Huger

DR. MARCELLA PRUNBAUER-GLASER
Rechtsanwältin in Wien

Wieder einmal führte die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der Europäischen Union (RL-UGP)¹ mit ihrem weiten Anwendungsbereich via Auslegung durch den EuGH an unerwarteter Stelle zu einer Deregulierung eines für Unternehmer und die Praxis des Lauterkeitsrechtes wesentlichen Bereiches des UWG. Gesetzliche Ausverkaufsregeln bestanden in Österreich immerhin seit 1895² und seit dem Wettbewerbsderegulierungsgesetz von 1992, mit welchem Teilbestimmungen des AusverkaufsG 1985 in §§ 33a ff UWG integriert wurden,³ in der (noch) gültigen Fassung. Das Urteil des EuGH vom 17.1.2013, C-206/11 – *Köck* bestätigt nach den vorangegangenen Entscheidungen des EuGH zu Zugabeverboten und Koppelungsangebotsregelungen in Belgien, Deutschland und Österreich wiederum die Meinungen, dass sich die Mitgliedstaaten beim Erlass der RL-UGP nicht ganz im Klaren darüber gewesen sein dürften, welchen erheblichen Einfluss die gewählte Regelungsstruktur in Verbindung mit einem Vollharmonisierungsansatz – den der EuGH primär als Liberalisierungsansatz interpretiert – auf ihr jeweiliges nationales Recht haben würde.⁴ Dem UWG wird so aller Voraussicht nach eine Novelle 2013 beschert,⁵ für die zukünftige Praxis stellt sich die Frage des noch verbleibenden relevanten Regelungsbereiches. Dazu ein erster Überblick:

I. ANLASSFALL⁶

Der beklagte Textilhändler kündigte – ohne eine Ausverkaufsankündigungsbewilligung der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde eingeholt zu haben – einen „Totalabverkauf“ in einem Zeitungsinserat, auf Plakatständen, Scheibenklebern und im Geschäftslokal an. Dies in Verbindung mit weiteren Angaben wie: „Pro Stück nur mehr 3,50 EURO!!! – Kinderkleidung – Egal wie teuer die Ware vorher war – Über 1.000 Stk. Neuware ...“ bzw. „Alles muss raus! – 3.50 EURO pro Stück – bis zu minus 90% - Kinderbekleidung – Totalabverkauf – 3.50 EURO pro Stück“. Das Zeitungsinserat enthielt nur die Anschrift, nicht auch den Namen des Unternehmers. Bei Verkäufen im Geschäft wurde der Firmenname mittels eines Geschäftsstempels auf die Rechnungen aufgedruckt.

Der Schutzverband beantragte eine einstweilige Verfügung gerichtet gegen die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne die erforderliche Ausverkaufsbevollmächtigung und erhob einen Eventualantrag, wonach dem Beklagten untersagt werden möge, im geschäftlichen Verkehr entgegen den Namensführungs- und Offenlegungspflichten der §§ 63ff GewO nicht unter seinem Namen und/oder nicht unter einer identifizierbaren Unternehmenskennzeichnung aufzutreten, insbesondere anonyme Inserate zu schalten. Wegen regelmäßiger Anfragen in der Praxis zu „Totalabverkauf“-Bewerbungen und oftmaligen

Beschwerden über „anonyme“ Geschäftsauftritte bestand über den Anlassfall hinaus Klärungsbedarf durch die Rechtsprechung.

Der Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, seine Werbemaßnahmen seien keine genehmigungspflichtigen Ausverkaufsankündigungen, sondern bewilligungsfreie Ankündigungen eines Sonderverkaufs in der Form eines Abschnittsverkaufs im Sinne des § 33a Abs 2 UWG. Das Unterlassen der Namensnennung – die bei Ausstellen der Rechnung durch einen Geschäftsstempel nachgeholt würde – sei weder irreführend, noch könne sie den Wettbewerb spürbar beeinflussen; das Inserat sei keine „Aufforderung zum Kauf“ gemäß § 2 Abs 6 Z 2 UWG.

Das Erstgericht war der Auffassung, dass keine Ausverkaufsankündigung vorliege, aber erließ die einstweilige Verfügung im Sinne des Eventualantrages. Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung im Sinne des Ausverkaufshauptantrags. Im Rahmen des Provisorialverfahrens in dritter Instanz deutete der OGH in einer vorläufigen Beurteilung bereits an, dass die in Frage stehenden Ankündigungen sehr wohl als genehmigungspflichtige Ausverkaufsankündigungen zu beurteilen sein werden, hatte aber Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Ausverkaufsbestimmungen und legte dem EuGH im Rahmen eines **Vorabentscheidungsersuchens** folgende Frage vor:⁷

„Stehen Art 3 Abs 1 und Art 5 Abs 5 der RL 2005/29 oder andere Bestimmungen dieser RL einer nationalen Regelung entgegen, wonach die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde unzulässig und daher in einem gerichtlichen Verfahren zu untersagen ist, ohne dass das Gericht in diesem Verfahren den irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik prüfen müsste?“

II. ENTSCHEIDUNG DES EUGH VOM

17.1.2013, C-206/11 – KÖCK

Die Generalanwältin hatte nach einer mündlichen Verhandlung in ihren Schluss-

anträgen vom 6.9.2012 dem EuGH vorschlagen, zu antworten, dass die in Frage stehende Regelung grundsätzlich im Einklang mit der RL-UGP stehe, *sofern sichergestellt ist, dass eine an sich lautere Geschäftspraktik nicht endgültig verboten bleibt*. Dem Gewerbetreibenden müsse die Möglichkeit offen stehen, eine einzelfallbezogene Lauterkeitsprüfung der betreffenden Geschäftspraktik entweder in einem gerichtlichen oder in einem behördlichen Verfahren herbeizuführen.

Die Generalanwältin setzte sich dabei eingehend mit der entscheidenden, aus dem System der österreichischen Ausverkaufsregeln folgenden besonderen, bisher in den Vorentscheidungen zur RL-UGP vom EuGH noch nicht entschiedenen Frage der Durchsetzungsmaßnahmen, also der Verknüpfung der Lauterkeitsprüfung einer Geschäftspraktik als solche mit verfahrensrechtlichen Aspekten auseinander. Hier nämlich insbesondere bezüglich der Verschränkung einer gesetzlich angeordneten *verwaltungsbehördlichen Ex-ante-Prüfung durch die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde mit nachfolgender gerichtlicher Kontrolle im Lauterkeitsprozess* „nur“ dahingehend, ob eine Bewilligung, so sie nach §§ 33 a Abs 1 UWG erforderlich ist, vorliegt, und andererseits allgemein der Reichweite des mitgliedstaatlichen Ausgestaltungsermessens in Verfahrensfragen unter der RL-UGP, um dieser zu einer effektiven Durchsetzung zu verhelfen. Dass Ausverkaufsankündigungen und Vorschriften, die unter Androhung von Sanktionen nicht bewilligte Ausverkaufsankündigungen verbieten, als *solche Geschäftspraktiken bzw. Maßnahmen* (auch) im Interesse der Verbraucher sind und somit unter den sachlichen Anwendungsbereich der RL-UGP fallen, war nach der vorangegangenen Judikatur des EuGH zu den Zugabebestimmungen wohl unzweifelhaft und wurde vom EuGH, wie erwartet, bestätigt.⁸

Entscheidend für die Rechtsdurchsetzung sind aber die Instrumente, die zur Verfol-

Der OGH hatte Zweifel an der Gemeinschaftskonformität der Ausverkaufsbestimmungen und fragte den EuGH: Ist es zulässig, wenn nach den Bestimmungen des UWG die Ankündigung eines Ausverkaufs vom Gericht allein wegen des Fehlens einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung zu untersagen ist ohne dass ein irreführender, aggressiver oder sonst unlauterer Charakter dieser Geschäftspraktik geprüft werden müsste?

Die Antwort des EuGH: Die RL-UGP steht einer solchen nationalen Regelung entgegen, weil die bewilligungslose Ankündigung eines Ausverkaufs keine im per-se-Verbotskatalog des Anhangs zur RL-UGP genannte Geschäftspraxis ist. Eine vorbeugende, verwaltungsbehördliche Kontrolle bzw Bewilligung kann hier zwar sinnvoll sein, eine solche Geschäftspraktik dürfe jedoch ohne Unlauterkeitsprüfung nicht allein deshalb untersagt werden, weil sie nicht von der zuständigen Behörde vorab genehmigt wurde.

gung unlauterer Geschäftspraktiken mangels Harmonisierung im Verfahrensbereich in den einzelnen Rechtsordnungen zur Verfügung stehen. *Nach der RL-UGP steht den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weites Ermessen bei der Ausgestaltung ihrer Verfahrens-Instrumente zur effektiven Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken zu.* Die Generalanwältin begründete überzeugend, dass die gerichtliche Untersagungsmöglichkeit nach § 34 UWG bei Fehlen der notwendigen Ausverkaufsbewilligung dazu dient, Unternehmer dazu anzuhalten, sich an das nach der RL-UGP zulässige und auch sinnvolle ex-ante Bewilligungsverfahren nach § 33b UWG zu halten. Folgerichtig gestatte es die Richtlinie auch grundsätzlich, gesetzlich vorzusehen, dass nationale Gerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen ihre Rechtskontrolle auf die Prüfung der Einhaltung der Bewilligungspflicht beschränken müssen.⁹ Allerdings: die Ausgestaltung der Unterlassungsklage dürfe nicht dazu führen, dass die aus der spezifischen Regelungsstruktur der RL-UGP folgende unionsrechtliche Pflicht zur Vornahme einer Einzelfallbeurteilung (für Sachverhalte außerhalb des Katalogs der per-se-Verbote des Anhangs) letztlich vereitelt wird. Dem Gewerbetreibenden müsse z.B. die Möglichkeit bleiben, (noch) einen Antrag auf Erteilung einer Bewilligung zu stellen.

Der EuGH antwortete auf die Vorlagefrage des OGH **allerdings weniger differenzierend** und mit weniger Verständnis für die österreichische Lösung: die RL-UGP ist so auszulegen, dass sie es einem nationalen Gericht verwehrt, das Abstellen einer nicht unter den Anhang I dieser RL fallenden Geschäftspraxis nur deshalb anzuordnen, weil diese Praxis nicht vorab von der zuständigen Verwaltungsbehörde bewilligt wurde, ohne selbst diese Praxis anhand der in den Art 5 bis 9 der RL genannten Kriterien auf ihre Unlauterkeit zu prüfen.

Die Richtlinie lasse den Mitgliedstaaten, wie die Generalanwältin ausgeführt hat, einen Wertungsspielraum bezüglich der Wahl

der nationalen Maßnahmen, mit denen unlautere Geschäftspraktiken bekämpft werden sollen, wobei Voraussetzung insbesondere ist, dass die Maßnahmen geeignet und wirksam und die vorgesehenen Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

Da sich eine Vorabkontrolle oder vorbeugende Kontrolle durch den Staat unter bestimmten Umständen als geeigneter und angemessener erweisen kann als eine Kontrolle im Nachhinein, bei der angeordnet wird, eine bereits durchgeführte oder unmittelbar bevorstehende Geschäftspraxis abzustellen, können diese Maßnahmen insbesondere darin bestehen, ein sanktionsbewehrtes System der Vorweggenehmigung für bestimmte Praktiken vorzusehen, deren Charakter im Hinblick auf die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken eine solche Kontrolle erfordert (sic!).¹⁰ Das mit den nationalen Maßnahmen geschaffene System zur Umsetzung der RL-UGP darf jedoch nicht dazu führen, dass eine Geschäftspraxis – ohne dass sie auf ihre Unlauterkeit geprüft würde – allein deshalb verboten wird, weil sie nicht von der zuständigen Behörde vorab genehmigt wurde. Die Richtlinie stehe einer nationalen Regelung entgegen, die es ausschließt, eine nicht im Verbotskatalog des Anhangs genannte Geschäftspraxis anhand der Unlauterkeitskriterien der Art 5 bis 9 der RL zu prüfen.

Soweit sind Begründung des EuGH und der Generalanwältin übereinstimmend. Jedoch folgert der EuGH sodann im Gegensatz zur Generalanwältin - und meines Erachtens in Widerspruch zu seinen vorangegangenen Ausführungen – pauschal, dass eine Regelung, nach der eine Geschäftspraxis (angeblich) erst *nach* dem Verbot wegen der Nichterfüllung der Verpflichtung, vorab eine Genehmigung einzuholen, auf ihre Unlauterkeit geprüft wird, mit dem Richtlinien-system unvereinbar sei, da damit wegen ihres Wesens und dem damit naturgemäß verbundenen Zeitfaktor jeder wirtschaftliche Sinn für den Gewerbetreibenden genom-

men würde; eine solche Regelung liefe auf ein allgemeines Verbot ohne Einzelfallbeurteilung anhand der Unlauterkeitskriterien hinaus.

Damit wurde der Ball vom EuGH an den OGH zurückgespielt; dieser müsse *selbst* eine Unlauterkeitsprüfung vornehmen. ME war wohl die österreichische Maßnahmen-Lösung einer Kombination von verwaltungsrechtlicher Vorweggenehmigung mit (auch) gerichtlicher Unterlassungsklagen-Sanktion im Falle der Nichteinholung einer Bewilligung dem Gerichtshof, dem in diesem Fall kein österreichischer Richter im Senat angehörte, nicht leicht nachvollziehbar. Auf die vom OGH im Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfene Frage, dass die Lauterkeitsprüfung richtlinienkonform bereits im Rahmen der ausdrücklich zulässigen ex-ante Prüfung der Bezirksverwaltungsbehörde erfolgen müsste, ging der EuGH ebenso wenig ein, wie auf die zutreffenden Argumente der Generalanwältin, dass die in Österreich seit langer Zeit gültige Regelung dazu bestimmt und geeignet ist, die Einhaltung der verwaltungsrechtlichen Bewilligungsverpflichtung effektiv auch über eine gerichtliche Kontrolle abzusichern.

Unbefriedigend ist auch, dass vom EuGH nichts dazu ausgesagt wurde, wie denn im Rahmen der vom EuGH geforderten einzel-fallbezogenen Lauterkeitsprüfung nach den allgemeinen Kriterien der RL-UGP ein – nach dem unstrittigen Sachverhalt gezielter – Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung, für eine bestimmte Geschäftspraktik eine behördliche Vorweggenehmigung einzuholen, je mit dem Kriterium der Erfordernis des Einhaltens der „beruflichen Sorgfalt“ im Sinne des Art 5 RL-UGP (entspricht § 1 UWG) vereinbar sein könnte. Zwar hat die Vorlagefrage nicht auch *darauf* spezifisch abgezielt; die Frage liegt allerdings bei einer Auslegung, wie sie der EuGH vorgenommen hat, als unmittelbar nachfolgende Frage auf der Hand. Es ist schwer vorstellbar, dass bewusst in Kauf genommene Gesetzesverletzungen, noch dazu im Kern-gewerberecht-

lichen Bereich¹¹, der „beruflichen Sorgfalt“ entsprechen sollten.

III. E des OGH 4 Ob 15/13d vom 19.3.2013

Der OGH urteilte zunächst (endgültig) – und insoweit auch von weiterer zukünftiger Bedeutung –, dass die **streitgegenständlichen Ankündigungen** eines „Totalabverkaufs“ den Tatbestand einer **bewilligungspflichtigen Ausverkaufsankündigung** gemäß § 33a Abs 1 UWG erfüllen. Weiters, dass es sich dabei um „Geschäftspraktiken“ im Anwendungsbereich der RL-UGP handelt. Dies hatte der EuGH für Ausverkaufsankündigungen nun klargestellt, war aber schon infolge der vorangegangenen Urteile des EuGH zur RL-UGP anzunehmen. Der OGH führte weiter aus: eine solche Ausverkaufsankündigung ohne die entsprechende vorherige Bewilligung könne aber nicht unter allen Umständen als unlauter gelten, da sie nicht unter einen der per-se-Verbots-Tatbestände des Anhangs zum UWG fällt.

Die Bestimmung des § 34 Abs 3 UWG (Unterlassungsanspruch bei Fehlen einer erforderlichen Genehmigung) sei infolge der Vorgaben des EuGH in richtlinienkonformer Interpretation durch **teleologische Reduktion** dahin auszulegen, dass **Ausverkaufsankündigungen nur dann unzulässig sind, wenn sie nach den Kriterien der Art 5 bis 9 RL-UGP irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter haben**. Die Nichtanwendung dieser Bestimmungen aus dem Grund mittelbarer Reflexwirkung der Richtlinie führe zum selben Ergebnis.

Im Rahmen des Verfügungsverfahrens kommt eine Erörterung des Parteivorbringens für eine allfällige Ergänzung desselben nicht in Betracht. Im Sicherungsverfahren sei nicht zu prüfen, ob die Geschäftspraktik irreführend, aggressiv oder sonst unlauter sei, da das Begehren in erster Instanz (wegen § 34 UWG) auf die fehlende Bewilligung gestützt worden sei. Selbst wenn man die Nichteinhaltung einer Vorabgenehmigungspflicht als Verstoß gegen die „berufliche Sorgfalt“ werten sollte, könnte allein deshalb

Die Folgeentscheidung des OGH: Ausverkaufsankündigungen sind nur dann unzulässig, wenn sie irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter haben.

Die Ausverkaufsankündigung war irreführend, weil sie als „Aufforderung zum Kauf“ im Sinne des § 2 Abs 6 UWG wesentliche Informationen, wie insbesondere den Namen des Unternehmens nicht enthielt. (siehe auch die Zusammenfassung samt der Originalankündigung auf den Seiten 26 und 27)

der Beklagte nicht zur Unterlassung verhalten werden; ein Verbot würde nämlich auch unter diesem Gesichtspunkt ausschließlich auf der fehlenden behördlichen Genehmigung beruhen und damit gegen den abschließenden Charakter des Anhangs der RL-UGP verstoßen.

Daraus folgte (für das Verfügungsverfahren), dass der Unterlassungsanspruch wegen fehlender Ausverkaufsbewilligung abzuweisen, **aber** auf den (zusätzlichen) **Irreführungsaspekt** des **Eventualantrages** einzugehen war.

Geltend gemacht wurde nämlich auch, dass die „anonyme“ Ausverkaufsankündigung gegen die Informationspflichten aus §§ 1, 2 UWG für eine hier vorliegende „Aufforderung zum Kauf“ nach der RL-UGP verstoße. Eigenschaften und Identität des Unternehmers seien wesentliche Informationspunkte für eine informierte geschäftliche Entscheidung als Schutzziel des UWG und somit stets von Relevanz im Hinblick auf §§ 1 und 2 UWG.

Gemäß § 2 Abs 4 UWG gilt eine Geschäftspraktik unter anderem als irreführend, wenn sie **unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält**, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen und die somit geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Gemäß § 2 Abs 6 Z 2 UWG gelten unter anderem bei einer „Aufforderung zum Kauf“ Name und Anschrift des Unternehmens und gegebenenfalls des Unternehmens, für das gehandelt wird, als solche notwendige Information.

Der EuGH hatte in seinem Urteil vom 12.5.2011, C-122/10 – *Ving Sverige* den RL-Begriff „Aufforderung zum Kauf“ **großzügig ausgelegt**. Eine solche liegt demnach bereits dann vor, wenn der Verbraucher hinreichend über das beworbene Produkt und dessen Preis informiert ist und eine geschäftliche Entscheidung treffen kann, ohne

dass die kommerzielle Kommunikation (Werbung) auch eine tatsächliche Möglichkeit bieten muss, das Produkt zu kaufen oder dass sie im Zusammenhang mit einer solchen Möglichkeit steht. Es bedarf somit weder eines bindenden Angebotes, noch einer *invitatio ad offerendum*, selbst die *essentialia negotii* müssen nicht in vollem Umfang feststehen. Ein Produkt ist bereits dann ausreichend bestimmt, wenn es lediglich benannt oder abgebildet ist. Insbesondere kann es auch ausreichen, wenn der Werbende auf seine Website verweist. Auch der Preis ist nicht vollends zu konkretisieren; die Angabe von Eckpreisen (z.B. „ab EUR“) ist grundsätzlich ausreichend.

Auf Basis dieser weiten Auslegung, die der EuGH in der Rechtssache *Ving-Sverige* abgesteckt hatte, **lag** bei den Ausverkaufsankündigungen jedenfalls auch eine **„Aufforderung zum Kauf“** vor: Der Konsument erfuhr in der Werbung, dass Waren bestimmter Art (Kinder-T-Shirts usw.) um einen bestimmten Preis zu kaufen waren. Die in § 2 Abs 6 UWG geforderten, in der beanstandeten Werbung fehlenden Pflichtinformationen zu gewissen Umständen sind *jedenfalls wesentliche Informationen* im Sinne des § 2 Abs 4 UWG; die Wesentlichkeit für die geschäftliche Entscheidung ist dann nicht mehr gesondert zu prüfen. **Das Fehlen der Firma (des Namens des Unternehmers) oder einer identifizierbaren Unternehmenskennzeichnung bewirkt daher einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot** bei einer „Aufforderung zum Kauf“. Damit war im Ergebnis (mit einer gewissen Reduzierung des Verfügungsgebotes) die erstinstanzliche Entscheidung wieder herzustellen.

IV. E DES VWGH VOM 6.3.2013, 2011/04/0045

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass infolge des Köck-Urteils des EuGH mit ähnlicher Begründung wie der OGH (- zeitlich knapp vor dem OGH -) sich auch der **VwGH**, allerdings im Zuge eines *Verwaltungsstrafverfahrens* wegen der Unterlas-

sung der Einholung einer Ausverkaufsbewilligung, mit den **Folgewirkungen auf das Verwaltungsverfahren** auseinander setzte. Der VwGH urteilte, dass die verwaltungsstrafrechtlichen Ausverkaufs-Bestimmungen durch das Unionsrecht insoweit verdrängt werden, als sie eine Bestrafung *nur deshalb* anordnen, weil die Ankündigung des Ausverkaufs nicht vorab bewilligt wurde, ohne die Ankündigung selbst anhand der maßgeblichen Kriterien auf ihre Unlauterkeit geprüft zu haben. Die Frage, ob die dort strittige Ankündigung „Sonderabverkauf Outdoor, behördlich genehmigt, bis zu -50%...“ überhaupt als bewilligungspflichtige Ausverkaufsankündigung oder als nicht bewilligungspflichtiger Saisonschlussverkauf zu beurteilen sei, könne daher überhaupt dahingestellt bleiben.¹²

V. UWG-Novellenentwurf 2013

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache C-206/11 – *Köck* und die darauf folgenden Urteile des OGH und des VwGH erfordern aus Gründen der Rechtssicherheit eine Neuformulierung bzw. Präzisierung der österreichischen Ausverkaufsbestimmungen. Der EuGH hat für Ausverkaufsankündigungen die Zulässigkeit einer Vorweggenehmigung der Bezirksverwaltungsbehörde nicht angetastet, fordert aber infolge der Regelungsstruktur der RL-UGP eine einzelfallbezogene Lauterkeitsprüfungen anhand der Kriterien der RL-UGP, sofern nicht durch die Ankündigung ein Tatbestand der per-se-Verbote des Anhangs verwirklicht ist.

Der **Gesetzgeber** hat **schnell** reagiert. Ein **Entwurf einer Novelle zum UWG** liegt vor und hat bereits am 21. Mai 2013 den Ministerrat passiert¹³. Die **UWG-Novelle 2013** soll gemäß den erläuternden Bemerkungen (EB) der nach dem erwähnten EuGH-Urteil in der Sache *Köck* notwendigen Klarstellung der weiteren Vorgangsweise im Bereich der Bezirksverwaltungsbehörden dienen und gleichzeitig zur weiteren Deregulierung dieses Bereichs genutzt werden. Gleichzeitig halten sie fest: „Jede Ankündigung von Aus-

verkäufen unterliegt schon bisher der Generalklausel des UWG und darf nicht irreführend, aggressiv oder sonst unlauter im Sinne des UWG sein“.

Die Novelle sieht eine (durch das EuGH-Urteil nicht unmittelbar erforderliche) **Reduzierung der bewilligungspflichtigen Ausverkaufsankündigungen** auf die Fälle einer Ausverkaufs-Ankündigung wegen **Geschäftsaufgabe bzw. Geschäftsverlegung** vor. Hier sei nach den EB die Vorabbewilligung weiter angebracht, weil eine Überprüfung ex post schwierig bis unmöglich sei; die verantwortlichen Rechtspersonen seien oft nicht mehr greifbar, weswegen dann Unterlassungsklagen ins Leere gehen könnten. Im Rahmen der ex ante Plausibilitätsprüfung könne die Bezirksverwaltungsbehörde auch abschätzen, ob eine absolut verbotene Geschäftspraxis nach Z 15 der Anhangsverbote der RL-UGP vorliegt. Nach Z 15 des Anhangs zum UWG ist die „*Behauptung, der Gewerbetreibende werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen, obwohl er dies keineswegs beabsichtigt*“, unter allen Umständen verboten; in diesem Fall bedarf es keiner weiteren Prüfung der Unlauterkeit.¹⁴ Die Bezirksverwaltungsbehörden haben – wie schon im geltenden Recht – die nach dem Standort des Ausverkaufs zuständige Wirtschaftskammer aufzufordern, binnen 2 Wochen ein Gutachten abzugeben und dann selbst – längstens – binnen 1 Monat nach Einlangen des Ausverkaufsansuchens über dieses zu entscheiden.

Neu ist weiters, dass **Ankündigungen eines Ausverkaufs wegen eines Elementarereignisses** künftig *vor* Beginn des beabsichtigten Ausverkaufs bei der nach dem Standort des Ausverkaufs zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde (bloß) **anzuzeigen** sind (§ 33a Abs 6 UWG neu). Eine Frist für diese Anzeige, abgesehen davon, dass sie eben noch vor dem Beginn des Ausverkaufs erfolgen muss, enthält der Novellen-Entwurf nicht. Nach den EB muss der beschleunigte Abverkauf aufgrund des Elementarereignisses „erforderlich“ sein. Beispielsweise wird ein sol-

Nach der aktuellen Regierungsvorlage für eine UWG-Novelle 2013 sollen Ausverkaufsankündigungen nur noch dann bewilligungspflichtig sein, wenn der Gewerbetreibende behauptet, er werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen. Die Ankündigung eines Ausverkaufs wegen eines Elementarereignisses soll nur mehr (vorab) anzeigepflichtig sein.

Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass die tatsächliche Ankündigung eines Ausverkaufs gegen die §§ 1, 1a, 2 UWG verstößt, so hat sie dem Gewerbetreibenden unbeschadet einer Bestrafung unverzüglich die Unterlassung jeder weiteren Ausverkaufsankündigung aufzutragen.

ches Erfordernis nicht gegeben sein, wenn ein kleiner Wasserschaden im Nebenraum der Geschäftsräumlichkeiten keine wesentlichen Auswirkungen auf die Waren bzw. den Geschäftsbetrieb gehabt hat. Die Anzeigepflicht soll es der Bezirksverwaltungsbehörde ermöglichen, zu prüfen, ob die Ausverkaufsankündigung unlauter ist, um gegebenenfalls eine Unterlassung aufzutragen.

Neu, aber konsequent ist schließlich, dass die **Bezirksverwaltungsbehörde nach § 33a Abs 7 UWG neu** auch festzustellen hat, ob die tatsächliche Ankündigung eines Ausverkaufs gegen §§ 1, 1a, 2 UWG oder den Anhang verstößt, und diesfalls den Gewerbetreibenden unbeschadet einer Bestrafung „*unverzüglich die Unterlassung jeder weiteren Ankündigung eines Ausverkaufs gemäß Abs 1 oder Abs 6 aufzutragen*“ hat. Abgesehen von diesen Neuerungen – und dem Entfall der bisherigen gesetzlichen Definition eines „Ausverkaufs“ sowie des Nachschubverbotes – bleiben die bestehenden Ausverkaufs-Regelungen sonst inhaltlich im Wesentlichen aufrecht. In § 34 UWG (Unterlassungsklagemöglichkeit unbeschadet der verwaltungsrechtlichen Strafverfolgung) entfällt der bisherige Querverweis auf die Ausverkaufsbestimmungen; allerdings bleibt nach den EB die Einbringung einer Unterlassungsklage nach den Generalklauseln des UWG (weiterhin) unberührt.

Zusätzlich wird die Novelle dazu genutzt, geringfügige Redaktionsversehen der österreichischen Formulierungen der Anhangsverbote in Z 14 und Z 31 anlässlich der Umsetzung der RL-UGP zu korrigieren.¹⁵

VI. EIGENE STELLUNGNAHME

Die jüngsten Entwicklungsstränge zum Ausverkaufsrecht bestätigen zunächst den Eingangsbefund:

Die potentielle Reichweite der RL-UGP auf zunächst unbeachtete oder von vornherein von den Mitgliedstaaten als gar nicht von der RL erfasst gedachte Bereiche des nationalen Rechts¹⁶ ist infolge der vermutlich in der Tat nicht annähernd erfassten – und

auch noch nicht erfassbaren! – Folgewirkungen der besonderen Konstruktion der RL-UGP als Vollharmonisierungs-RL verknüpft mit einer abschließenden, teilweise kuriosen, den Eigenheiten der europäischen Lobby-Gesetzgebung geschuldeten per-se-Verbotsliste vor dem Hintergrund der Auslegungsprärogative des EuGH und dessen Ansatz, selbst eine Verbraucherschutz-RL als Marktliberalisierungsinstrument auszulegen, nicht abschätzbar.

Weitere Überraschungen scheinen nicht ausgeschlossen, sollten Fragen an den EuGH herangetragen werden. Dabei spielt gerade in Fällen, wo materiell-rechtliche Sachfragen mit mitgliedstaatlichen Verfahrensspezifika verbunden sind, wohl zusätzlich auch die spezifische Funktionsweise des EuGH und die Besetzung des entscheidenden EuGH-Senates (hier: Richter aus anderen Rechtskreisen) eine Rolle. Bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH war erkennbar, dass das Ausverkaufsverfahrensrecht, insbesondere das verfahrensrechtliche Zusammenspiel des österreichischen verwaltungsverfahrensrechtlichen Erlaubnisvorbehaltes mit einem gerichtlichen Unterlassungsgebot (– was auszugestalten freilich den Mitgliedstaaten vorbehalten ist –) auf Verständnisschwierigkeiten stieß. Während sich die Generalanwältin mit der Gemengelage von österreichischem Verfahrensrecht und der RL-UGP verständnisvoll auseinandersetzte und die österreichische Lösung unter Vorbehalten, die im Verwaltungsverfahren zu lösen wären bejahte, verkürzte der EuGH die Ausführungen – meiner Einschätzung in sich widersprüchlich – und trug dem Gericht selbst die individuelle Lauterkeitsprüfung auf. Inwieweit dies wiederum in das Verfahrensermessen der Mitgliedstaaten eingreift, sei dahingestellt.

Das Urteil des EuGH wurde sodann von beiden in Frage kommenden Höchstgerichten (zu freilich nicht vergleichbaren Ankündigungen) in einer Weise ausgelegt, dass die Unterlassung der Einholung einer Ausverkaufsbewilligung als solche im Ergebnis

kaum verfolgbar erscheint, sofern nicht die Ankündigung selbst irreführend, aggressiv oder sonst unlauter ist. Ein Ergebnis der Rechtsprechung des EuGH, welches mit seiner eigenen weiteren Vorgabe, dass nationalstaatliche Sanktionen gegen unlautere Geschäftspraktiken wirksam und abschreckend sein sollen und eine Vorabkontrolle zulässig, ja unter gewissen Umständen als geeigneter und angemessen ist, schwer in Einklang zu bringen ist.

Soweit der VwGH für das **verwaltungsrechtliche Verfahren** darauf verweist, dass die *Ankündigung selbst* anhand der Unlauterkeitskriterien zu prüfen wäre, war dies auf Basis derzeitiger Rechtslage für das Verwaltungs(straf)verfahren problematisch. Zu prüfen ist (bislang) von der Verwaltungsbehörde, ob ein Ausverkaufsankündigungsgrund vorliegt, *nicht aber* der konkrete Ankündigungs*wortlaut* als solcher. Der Unlauterkeitsvorwurf, der darin liegt, dass gegen die gesetzliche Verpflichtung, zuvor um die Bewilligung anzusuchen, verstoßen wurde, ist von der Unlauterkeit des Inhaltes der Ankündigung zu unterscheiden. Der Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung ist ein „sonst unlauteres“ Verhalten gemäß § 1 UWG entsprechend der Fallgruppe „unlauterer Rechtsbruch“, hier mit der Besonderheit, dass nicht eine Rechtsnorm außerhalb des UWG im engeren Sinne, sondern eine unmittelbar im UWG selbst verankerte Norm verletzt wird.

Die UWG-Novelle 2013 wird jedoch mit § 33a Abs 7 UWG der Bezirksverwaltungsbehörde nicht nur die Kompetenz, sondern vor allem auch die Aufgabe übertragen, die tatsächliche Ausverkaufsankündigung *aktiv* zu prüfen und die Unterlassung aufzutragen, wenn sie feststellt, dass diese gegen die §§ 1, 1a oder 2 UWG oder gegen den Anhang verstößt. Damit wird die Verpflichtung zur Lauterkeitsprüfung im Einzelfall im Verwaltungsverfahren eingeführt. Man wird gespannt sein dürfen, aus bisherigen praktischen Erfahrungen mit der Durchsetzung des UWG im verwaltungsrechtlichen, insbe-

sondere im verwaltungsstrafrechtlichen Bereich, allerdings eher auch skeptisch sein müssen, ob die Bezirksverwaltungsbehörden diesen zusätzlichen Aufgaben (ohne zusätzliche Ressourcen?) angemessen Rechnung tragen werden können. Daneben bleibt wie bisher die Nichteinholung einer Bewilligung, in den Fällen, in denen diese zukünftig noch erforderlich ist, und die Unterlassung der Anzeige eines Ausverkaufs wegen Elementarereignissen eine Verwaltungsübertretung (§ 33c UWG).

Da die im gerichtlichen Unterlassungsverfahren antragsbefugten Parteien im Sinne des § 14 UWG in der Regel keine Kenntnis über ein solches Verwaltungsverfahren haben und ihnen keine Teilnahmemöglichkeit (Parteistellung) im verwaltungsbehördlichen Verfahren eingeräumt ist, wird eine gerichtliche Durchsetzung im Unterlassungsverfahren weiterhin mit erheblichen Beweisschwierigkeiten konfrontiert sein. Ob die Verlagerung des Schwerpunktes der Maßnahmen des Ausverkaufsrechtes in das Verwaltungsverfahren den Schutzzielzweck erreichen können wird, wird abzuwarten sein.

Im in der Praxis wesentlich effektiveren **gerichtlichen Verfahrens-Bereich** des Ausverkaufsankündigungsrechtes muss zukünftig in jedem **Einzelfall, soweit nicht ein Sonderfall der Anhangsverbote bescheinigt werden kann, die Irreführungseignung, Aggressivität im Sinne des § 1a UWG oder die sonstige Unlauterkeit gemäß § 1 UWG der Ankündigung selbst** bescheinigt und entsprechend begründet werden. Die im Anlassfall mit der Ausverkaufsankündigung *zusätzlich* verbunden gewesene Irreführung (durch Unterlassen des Hinweises auf den Unternehmensinhaber) war aus Sicht des OGH offenbar zu trennen von einer Irreführung über den Ausverkaufsgrund als solchen oder überhaupt der Vortäuschung eines Ausverkaufs (wozu im Provisorialverfahren keine Beweise vorlagen). Der OGH ist nicht darauf eingegangen, ob eine Irreführungseignung unter Umständen darin liegen

Es wird abzuwarten sein, inwieweit die Verlagerung des Schwerpunktes der Maßnahmen des Ausverkaufsrechtes in das Verwaltungsverfahren den Schutzzielzweck erreichen können wird.

könnte, dass Konsumenten in ihrer Erwartungshaltung, dass in derartigen Fällen eine behördliche Bewilligung vorliegen muss, getäuscht werden könnten. Damit wird die gerichtliche Durchsetzung nicht erleichtert, im Gegenteil! Gerade in Bezug auf eine Irreführung wird die Beweisführung, wenn überhaupt, oft erst ex post überhaupt einzuschätzen und dann teilweise nicht mehr erfolversprechend gerichtlich geltend zu machen sein. Hinzu kommt, dass gerade bei Ausverkaufsschwindel post factum ein rechtlich Verantwortlicher selten überhaupt noch greifbar ist.

Zur Frage, ob die Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung, eine Ausverkaufsankündigungsbewilligung einzuholen, nicht eine Verletzung der „beruflichen Sorgfalt“ im Sinne der RL-UGP darstellt, ergibt sich meiner Einschätzung eine Diskrepanz und Wertungswidersprüchlichkeit zur bisherigen Rechtsprechung des OGH zur Fallgruppe „unlauterer Rechtsbruch“, die in der Zukunft noch aufzulösen sein wird. Das Regelungsschema der RL-UGP scheint im Ausverkaufsrecht, das überdies mit verfahrensrechtlichen Besonderheiten behaftet ist, zu Zirkelschlüssen zu verleiten. Auch nach den Wertungen der RL-UGP kann das Negieren eindeutiger gesetzlicher Pflichten wohl nicht sanktionslos als „lautere“ Geschäftspraktik hingenommen werden. Bewusster Rechtsbruch, sei es auch die Verletzung einer Sondernorm des UWG selbst, muss jedenfalls auch außerhalb einer Irreführung oder ag-

gressiven Geschäftspraktik „sonst unlauter“ im Sinne des § 1 UWG bleiben und ist vom Inhalt der Ankündigung als solcher getrennt zu sehen und zu prüfen. Sollte das Fehlen behördlicher Genehmigungen, die unter anderem im Gewerberecht vielfach erforderlich sind, außerhalb des Ausverkaufsrechtes zukünftig generalisierend als gegen den abschließenden Charakter des Anhangs der RL-UGP verstoßend nicht mehr lauterkeitsrechtlich untersagbar sein, hätte dies weitreichende und sehr negative Folgen!

Das Ausverkaufsrecht selbst und die Ausstrahlungswirkung der EuGH-Judikatur wird die Praxis somit weiter beschäftigen. Positiv und sehr zu begrüßen ist die zusätzliche Leitentscheidung des OGH zu einer „Aufforderung zum Kauf“ und zu den Informations- und Offenlegungspflichten eines Unternehmers. Das unionsrechtliche Verbraucher- und Lauterkeitsrecht beruht auf einem Informationsmodell. Zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung gehört die Offenlegung des handelnden Unternehmers und des Vertragspartners, anonym werbende Gewerbetreibende entsprechen diesem, auch durch die Namensführungsvorschriften der §§ 63ff GewO gesicherten, Leitbild nicht. Abgesehen davon ist es weder Mitbewerbern noch Konsumenten noch klagebefugten Verbänden zuzumuten, ex post mühsam und kostenaufwändig Recherchen anstellen zu müssen, an wen man sich wenden bzw. gegen wen ein Anspruch zu richten ist.

¹ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (RL über unlautere Geschäftspraktiken) ABL 2005 L 149 S 22.

² RGBI 1895/26.

³ Dazu *Marcella Prunbauer*, Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht, RuW 2003/162.

⁴ Vgl. *Schuhmacher*, Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, WBI 2010, 612; *Micklitz*, Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29, International Review of intellectual property and competition

law, Band 40 (2009), 371; *Marcella Prunbauer*, Zugaben und Koppelungsangebote – wie weit geht die Liberalisierung durch die Rechtsprechung?, RuW 2011/177; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 6.9.2012 zu C-206/11 [32 f.] mwN.

⁵ Entwurf einer Novelle BMWFJ-56.109/0003-C1/4/2013; diese hat am 21. Mai 2013 den Ministerrat passiert.

⁶ Siehe auch RuW 2011/177 S 12f.

⁷ 4 Ob 154/10s; siehe Bericht in RuW 2011/177 S 12ff.

⁸ Erwägungsgrund 33.

⁹ Erwägungsgründe [45-55] und [59-62] der Schlussanträge.

¹⁰ Erwägungsgründe [44 ff.] des Urteils.

¹¹ In ihrer historischen Orientierung ist die Bewilligungspflicht für Ausverkaufsankündigungen gemäß § 33 a

UWG eine ursprünglich gewerberechtliche Kernbestimmung, siehe *Kucsko* in *Wiebe/Kodek* UWG², Rz 11 zu § 33a UWG mwN; *Hanreich*, ÖZW 1992, 33f.

¹² Interessant ist in diesem verwaltungsstrafrechtlichen Fall, dass dort die Anschauungen der Verwaltungsstrafbehörde und des BM für Wirtschaft, Familie und Jugend, der im Verfahren eine Stellungnahme abgab, zur Vorfrage, ob überhaupt eine bewilligungspflichtige Ausverkaufsankündigung vorlag, diametral auseinander gingen. Nach – der meiner Einschätzung nach zutreffenden – Auffassung des BM hätte die Ankündigung als bewilligungsfreie Ankündigung unter § 33a Abs 2 UWG subsumiert werden müssen; die Verwaltungsstrafe sei da-

her überhaupt ohne Rechtsgrundlage erfolgt.

¹³ Siehe FN 5.

¹⁴ Dieser per-se-Tatbestand kann sich mit dem weiteren per-se-Tatbestand der Z 7 des Anhangs (unrichtige Behauptung, dass das Produkt nur mehr eine sehr begrenzte Zeit oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar sein werde) und auch mit dem im Sinne der Novelle eingeschränkten § 33a Abs 1 UWG überschneiden.

¹⁵ Mit der Änderung in Z 31 wird auch dem Urteil des EuGH vom 18.10.2012, C-428/11 – *Purely Creative* entsprochen.

¹⁶ Vgl. nur die Diskussion zu den Zugabeverboten und Koppelungsangebotsregelungen, Hinweise mwN in FN 4.

Kartellrechtsnovelle 2013

Im Bundesgesetzblatt vom 11. Jänner 2013, BGBl I 2013/13, wurde das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012) kundgemacht. Die Änderungen traten am 1. März 2013 in Kraft.

Während das UWG den Schutz der Mitbewerber und Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken zum Inhalt hat soll das Kartellgesetz (KartG) künstlichen Beschränkungen des Wettbewerbs entgegenwirken und die missbräuchliche Ausübung von Marktmacht verhindern (hier gibt es Überschneidungen zum UWG, etwa im Falle der unlauteren Behinderung von Mitbewerbern durch marktbeherrschende Unternehmen).

Das KartG enthält ein allgemeines Kartellverbot, ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie Vorschriften über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Zur Untersuchung von Kartellrechtsverstößen ist primär die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB – siehe www.bwb.gv.at) zuständig, deren Aufgaben und Befugnisse im Wettbewerbsgesetz (WettbG) festgelegt sind (der Name „Wettbewerbsgesetz“ ist insofern irreführend als dieses nur verfahrens- und organisationsrechtliche Normen enthält). Zur Entscheidung in Kartellrechtsangelegenheiten ist für das gesamte Bundesgebiet das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht zuständig.

Das Kartellgesetz 2005 war seit 1.1.2006 inhaltlich unverändert in Geltung. Ausgehend von einer Studie des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen zur „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ aus dem Jahr 2010 sollen nun die Wirksamkeit und Effizienz des Kartellrechts erhöht werden. Neben einzelnen Änderungen bzw. Ergänzungen des KartG soll dies auch durch eine Erweiterung der im WettbG geregelten Kompetenzen der BWB erreicht werden.

Nachfolgend ein Überblick über die wesentlichsten Punkte dieser Novelle:

Bagatellausnahme: Nach bisheriger Rechtslage waren allgemein wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht verboten, wenn die beteiligten Unternehmer gemeinsam nicht mehr als 5% Marktanteil hatten (bezogen auf den gesamten inländischen Markt; bei einem allfälligen örtlichen Teilmarkt galten 25%). Nunmehr stellt das Gesetz (§ 2 Abs 2 Z 1 KartG) – in Anlehnung an die sog de-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission – auf einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 10% bei Absprachen zwischen Konkurrenten und von nicht mehr als 15% jeweiligen Marktanteil bei Absprachen zwischen Nicht-Konkurrenten (also insbesondere im Verhältnis Lieferant-Händler) ab. Bezugspunkt für die Marktanteilsschwelle ist nun einheitlich der jeweils „relevante Markt“. In beiden Fällen, also sowohl bei Vereinbarungen auf horizontaler Ebene als auch im vertikalen Verhältnis gilt diese Ausnahme vom Kartellverbot allerdings dann nicht, wenn *„eine Festsetzung der Verkaufspreise, eine Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder eine Aufteilung der Märkte bezweckt wird“* (Gegenausnahme). Für solche sogenannten Kernbeschränkungen gilt daher nun – sofern sie von den Beteiligten bezweckt werden und nicht nur bloß „bewirkt“ sind (siehe die Unterscheidung in § 1 Abs 1 KartG) – das Kartellverbot auch unterhalb der Marktanteilsschwellen.

Gemeinsame Marktbeherrschung: Die kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmer soll künftig in die Lage versetzt werden, Fälle kollektiver Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmer besser erfassen zu



Foto Fayer

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

Neben der Neufassung der Bagatell Ausnahme bringt die KartG-Novelle eine Erweiterung der Definition des marktbeherrschenden Unternehmers und eine Neuformulierung des Preismissbrauchstatbestandes.

können und deren bisweilen problematisches „Parallelverhalten“ (insbesondere in Bezug auf überhöhte Preise) zu ahnden. Dazu wurde die Definition des marktbeherrschenden Unternehmers in § 4 KartG entsprechend erweitert (Abs 1a: marktbeherrschende *Gesamtheit* von Unternehmen) und durch zwei widerlegbare Vermutungstatbestände ergänzt (Abs 2a: bei einem gemeinsamen Marktanteil von mindestens 50% bei drei oder weniger Unternehmen bzw. mindestens zwei Dritteln Marktanteil bei fünf oder weniger Unternehmen wird vermutet, dass eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung vorliegt). Allgemein wird nun – wie bei der Bagatell Ausnahme – auch hier bei den Marktanteilsschwellen nicht mehr auf einen „inländischen“ oder allfälligen örtlichen Teilmarkt abgestellt sondern allein auf den „relevanten Markt“.

Preismissbrauch: Nach dem Vorbild des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dGWB) stellt § 5 Abs 1 Z 1 KartG nun nicht mehr auf die „*Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen*“ ab sondern auf die „*Forderung nach Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind*“. Mit dieser Änderung, die dem kartellgesetzlichen Tatbestand des Preis- und Konditionenmissbrauchs einen wettbewerbsorientierten Prüfungsmaßstab unter Heranziehung eines Vergleichsmarktkonzepts nahe legt, wird von der bisherigen, mit der entsprechenden EU-Norm (Art 102 AEUV) übereinstimmenden Formulierung abgegangen. Die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs nach dieser Bestimmung wird daher künftig von der diesbezüglichen deutschen Judikatur beeinflusst sein.

Zusammenschlussverfahren: Um (letztlich) unnötige Anträge auf Prüfung eines angemeldeten Zusammenschlusses durch die Amtsparteien (Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt) zu vermeiden können die anmeldenden Unternehmer nun verlangen, die vierwöchige Frist für den Prüfungsantrag auf sechs Wochen zu verlängern (§ 11 Abs 1a KartG). Damit soll gegebenenfalls Zeit gewonnen werden, wettbewerbslich nicht ganz unbedenkliche Zusammenschlüsse etwa durch die Vorlage weiterer Unterlagen über die Marktverhältnisse doch noch ohne Prüfungsverfahren „approbiert“ zu bekommen. Wurde bereits ein Prüfungsverfahren eingeleitet so können die Anmelder in ähnlicher Weise nun eine Verlängerung der kartellgerichtlichen Untersagungsfrist von fünf auf sechs Monate begehren, insbesondere damit länger Zeit bleibt um zu klären, ob durch Auflagen eine Untersagung verhindert werden kann (§ 14 Abs 1 KartG). Mit diesen Fristverlängerungsmöglichkeiten („Stop-the-clock-Verfahren“) wurde entsprechenden Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen. Hinsichtlich der möglichen Auftragung von nachträglichen Maßnahmen durch das Kartellgericht bei bereits zulässig durchgeführten Zusammenschlüssen (zur Abschwächung der Wirkungen des Zusammenschlusses) ist jetzt in § 36 Abs 2 KartG ausdrücklich klargestellt, dass diese nur auf Antrag der Amtsparteien, nicht aber auch auf Antrag von Mitbewerbern verfügt werden können.

Feststellung einer Zuwiderhandlung: Das Kartellgericht war schon bisher verpflichtet, auf Antrag festzustellen, dass eine (bereits beendete) Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz stattgefunden hat, wenn an einer solchen Feststellung *ein berechtigtes Interesse* bestand. In § 28 Abs 1a KartG wird nunmehr ausdrücklich normiert, dass ein solches berechtigtes Interesse auch vorliegt, wenn sich die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen einen Kronzeugen richtet (Z 1) oder die Feststellung zur Vorbereitung

einer Schadenersatzklage dient (Z 2). Letztere Ergänzung ist Ausdruck dessen, dass sich der Kartellgesetzgeber eine Intensivierung des sogenannten private enforcement wünscht, also des zusätzlichen Kartellrechtsvollzugs mittels privater, zivilrechtlicher Klagen (siehe auch sogleich: Schadenersatz durch Kartellrechtsverstöße).

Geldbußen: Hier wurden die entsprechenden Bestimmungen (§§ 30 und 36 KartG) den Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission angepasst, insbesondere durch die (demonstrative) Anführung von Erschwerungs- und Milderungsgründen. Die inhaltlichen Anforderungen an einen Geldbußenantrag wurden erhöht (bestimmtes Begehren, Begründung).

Entscheidungsveröffentlichung: Rechtskräftige Entscheidungen des Kartellgerichts über die Abstellung/Feststellung einer Zuwiderhandlung bzw. die Verhängung einer Geldbuße werden ab jetzt von Amts wegen in der (vom Justizministerium geführten) Ediktsdatei veröffentlicht (www.edikte.justiz.gv.at/). Dabei ist – so der neue Gesetzeswortlaut – *berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsheimnisse Rechnung zu tragen*.

Schadenersatz bei Kartellrechtsverstößen: Im neuen § 37a KartG ist nunmehr explizit festgehalten, dass schuldhaftes Kartellrechtsverletzungen eine Schadenersatzpflicht begründen (das war nach herrschender Ansicht auch schon bisher so, weil wettbewerbsregelnde Vorschriften als Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB anzusehen sind). Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überhöhten Preis bezogen, so ist der Schadenersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Weiters sind hier zur Erleichterung der Geltendmachung von privaten Ersatzansprüchen nun Vereinfachungen für die Schadensermittlung, die Möglichkeit zur Unterbrechung von Scha-

denersatzprozessen, eine Verjährungshemmung sowie die Bindungswirkung von kartellgerichtlichen Entscheidungen festgeschrieben.

Wettbewerbsmonitoring: Die Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) werden durch die Durchführung eines Wettbewerbsmonitorings erweitert. Entsprechend der Anregung des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen soll damit die Entwicklung der Wettbewerbsintensität in einzelnen Wirtschaftszweigen bzw. auf bestimmten Märkten anhand öffentlich verfügbarer Daten längerfristig beobachtet und dargestellt werden.

Kronzeugenregelung: Die mit der WettbG-Novelle 2005 eingeführte Kronzeugenregelung (§ 11 Abs 3 WettbG) hat sich bewährt. Sie wurde jetzt vor dem Hintergrund einer Angleichung auf europäischer Ebene dahingehend überarbeitet, dass größeres Augenmerk auf die Qualität der vom Kronzeugen gelieferten Informationen gelegt wird. In diesem Sinne wird die Sanktionsfreiheit mehr als bisher von der Vorlage konkreter, nützlicher *Beweismittel* abhängen.

Auskunftsverlangen mittels Bescheid: Die BWB ist künftig berechtigt, die Erteilung von Auskünften sowie die Vorlage von Unterlagen auch mittels verwaltungsbehördlichen Bescheids anzuordnen. Wird einem solchen bescheidmäßigen Auftrag nicht entsprochen bzw. werden unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte erteilt, kann die BWB Geldstrafen bis zu 75.000 EUR verhängen. Gegen Bescheide der BWB kann Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien erhoben werden.

Hausdurchsuchung: Die BWB ist nun ausdrücklich ermächtigt (§ 11a Abs 1 Z 3 WettbG) im Rahmen von Hausdurchsuchungen gleich vor Ort von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens Erläuterungen zu ermittlungsrelevanten Sach-

Die Kompetenzen der Bundeswettbewerbsbehörde werden erweitert und deren Befugnisse im Rahmen von Hausdurchsuchungen sowie durch die Möglichkeit eines Auskunftsverlangens mittels Bescheid gestärkt.

verhalten oder Unterlagen zu verlangen. Klargestellt wurde auch die Befugnis der BWB, für die Dauer der Hausdurchsuchung im erforderlichen Ausmaß Räumlichkeiten zu versiegeln und Beweismittel zu beschlagnahmen, soweit dies zur Sicherung des Ermittlungserfolges geboten ist. Das Recht der Betroffenen, einer Einsichtnahme in bestimmte (einzeln bezeichnete) Unterlagen bzw. deren Beschlagnahme durch die BWB zu widersprechen (mit dem Ergebnis, dass diese dann zuvor dem Kartellgericht vorge-

legt werden müssen), wurde auf gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten und strafprozessuale Aussageverweigerungsrechte beschränkt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die aktuelle Novellierung des Kartellrechts zwar keine größere Reform bedeutet, aber sehr wohl im Einzelnen einige Neuerungen mit sich bringt, die eine Belebung dieses Rechtsbereichs erwarten lassen und daher in der unternehmerischen Praxis beachtet werden sollten.

Zugabenverbot endgültig aufgehoben

Mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 wurde – als ergänzende, punktuelle UWG-Novelle – auch § 9a UWG aufgehoben. Damit ist mit 12.1.2013 das seit vielen Jahrzehnten geltende allgemeine Zugabenverbot (ursprünglich im Zugabegesetz und seit der UWG-Novelle 1992 im § 9a UWG) endgültig außer Kraft getreten.

Hintergrund ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) – aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des OGH (siehe unter anderem RuW Nr 176, S 10ff) – wonach die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) einem allgemeinen Zugabenverbot im B2C-Bereich entgegensteht (EuGH vom 9.11.2010, C-540/08 – *Mediaprint* und nachfolgend OGH 4 Ob 208/10g – *Fußballer des Jahres*). Nachdem damit das Zugabenverbot des § 9a UWG nur mehr in dem von der RL-UGP nicht erfassten B2B-Bereich gegolten hatte (siehe auch OGH 4 Ob 162/11v – *Schnellstarterprämien*), ist vom Gesetzgeber im Sinne einer Rechtsbereinigung nun die vollständige Aufhebung beschlossen worden.

Mit dieser ersten Änderung des UWG seit der Novelle 2007 ist eine bedeutende Liberalisierung des Werberechts vollzogen worden. Damit ist ähnlich wie vor Jahrzehnten bei der vergleichenden Werbung die Situa-

tion eingetreten, dass Ankündigungen in der Werbung, welche bisher generell unzulässig waren, nun grundsätzlich möglich sind. Es ist nun erlaubt, beim Angebot seinen Produkten gratis etwas dazu zu geben oder ein Gewinnspiel anzubieten.

Allerdings ist weiterhin eine Prüfung im Einzelfall erforderlich, ob durch die an einen Kauf gekoppelten Zugaben oder Gewinnspiele nicht eine irreführende, aggressive oder sonst unlautere Geschäftspraktik verwirklicht wird. Auch die Grenzen des Kartellrechts wie das für marktbeherrschende Unternehmer geltende Verbot des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis sind weiter zu berücksichtigen. Im B2B-Bereich, wo das Zugabenverbot auch den Unternehmer schützen sollte, von dem Zugaben gefordert werden, sollen nach den Erläuterungen zur Novelle ebenfalls die Bestimmungen des Kartellgesetzes aber auch des Nahversorgungsgeset-

Beispiel: Diese laut OGH früher unzulässige Zugabenankündigung für einen Christbaum ist nun grundsätzlich erlaubt, wobei wohl noch die Klarstellung fehlt, was für einen Christbaum man genau erhält.

zes (über „Kaufmännisches Wohlverhalten“) zur Anwendung gelangen; überdies sei unzulässiges „Anzapfen“ auch nach der Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 1 UWG verfolgbar.

Wie berichtet (RuW Nr 179, S 4ff, Nr 180 S 7ff) hat sich aus den ersten nachfolgenden Entscheidungen des OGH und auch des deutschen Bundesgerichtshofs (in Deutschland wurde das allgemeine Zugabenverbot bereits 2001 aufgehoben) ergeben, dass die Gerichte bislang die geprüften Zugabenangebote gegenüber Konsumenten großzügig beurteilen und in der Regel nicht als aggressive Geschäftspraktiken werten. Letztendlich wird hier aber im B2C-Bereich der Rechtsprechung des EuGH die entscheidende Rolle zukommen, welcher zuletzt bei den Kosten einer Gewinnankündigung eine strenge Beurteilungslinie vertreten hat: Es ist eine unlautere, aggressive Geschäftspraktik, wenn Verbrauchern, denen mitgeteilt wird, dass sie einen Preis gewonnen haben, für die Inanspruchnahme ihres Gewinns irgendwelche Kosten auferlegt wer-

den (EuGH vom 18.10.2012, C-428/11 – *purely creative* – siehe zu dieser Entscheidung den Beitrag in diesem Heft).

Weiters verbleibt ein wichtiger Prüfungsmaßstab bei solchen Angeboten mit Zugaben die Frage der Irreführungseignung, um nicht gegen das Transparenzgebot im lauten Wettbewerb zu verstoßen. So gibt es zwar zumindest laut den ersten deutschen Entscheidungen nach der Zugaben-Liberalisierung keine allgemeine Pflicht, den Wert einer Zugabe anzugeben, aber es darf darüber jedenfalls nicht in die Irre geführt, also etwa ein höherer Wert vorgetäuscht werden. Das Gleiche gilt für die näheren Bedingungen der Inanspruchnahme und dessen Einschränkungen. Wir werden über die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu Zugabenangeboten berichten.



Dieser Beitrag wird vom Fachverband Werbung der Wirtschaftskammer Österreich unterstützt.

EuGH: Kostenpflichtige Gewinninformationen als unlautere, aggressive Geschäftspraktik

Laut einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dürfen Verbrauchern, denen mitgeteilt wird, dass sie einen Preis gewonnen haben, für die Inanspruchnahme des Gewinns keinerlei Kosten auferlegt werden.

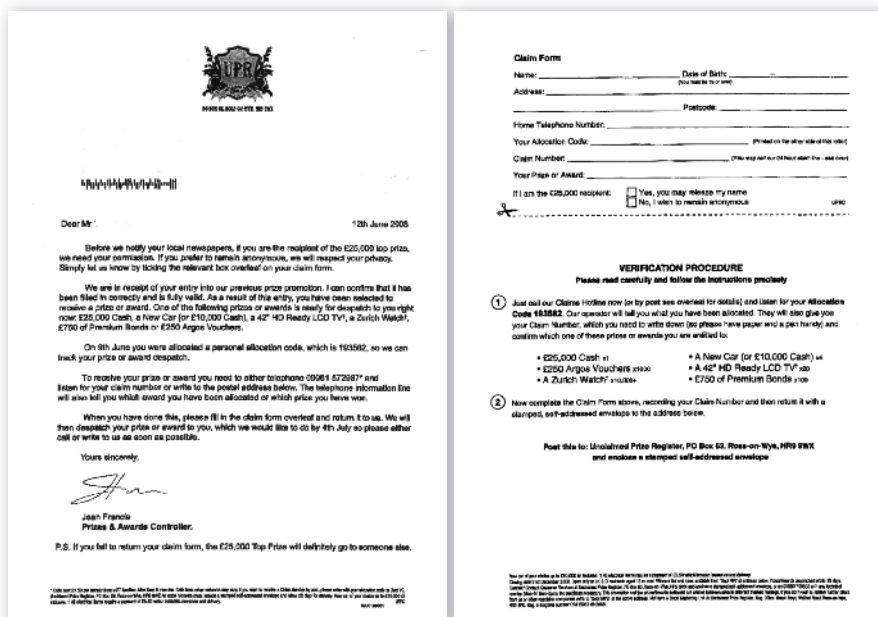
Die britische Wettbewerbsbehörde hatte im Ausgangsverfahren dieser Vorabentscheidung wegen mehrerer, individuell adressierter Werbesendungen geklagt, in denen den Empfängern mitgeteilt worden war, sie hätten einen Preis gewonnen (siehe Abbildungen). Welcher der angegebenen Preise, die von geringwertigen bis zu sehr wertvollen

Betrag entsprach, den sie an Telefon- oder SMS-Gebühren bzw. auch Liefer- und Versicherungskosten aufzuwenden hatten.

Nach Z 31 des Anhangs I der Europäischen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) ist es (unter anderem) unzulässig, wenn die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme eines mitgeteilten Gewinnes vorzunehmen, von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten abhängig gemacht wird. Diese Bestimmung legt der EuGH nun in seiner ersten dazu ergangene Entscheidung (C-428/11 vom 18.10.2012 – *purely creative*) streng aus: Es ist eine unlautere, aggressive Geschäftspraktik, wenn hier dem Verbraucher irgendwelche Kosten auferlegt werden. Auf eine „Irreführung“ der Verbraucher kommt es nicht an.

Es ist unerheblich, wenn die dem Verbraucher auferlegten Kosten, wie z.B. die Kosten einer Briefmarke, im Vergleich zum Wert des Preises geringfügig sind oder dem betreffenden Unternehmen keinen Vorteil bringen. Es ändert auch laut EuGH nichts an der Unlauterkeit solcher Praktiken, wenn dem Verbraucher für die Inanspruchnahme eines Preises mehrere Vorgehensweisen angeboten werden, von denen eine gratis ist, sofern einige dieser Möglichkeiten voraussetzen, dass der Verbraucher Kosten übernimmt, um sich über den Preis oder die Modalitäten seiner Entgegennahme zu informieren.

Im Hinblick auf diese Auslegung der Richtlinie als generelles Verbot der Auferle-



Gewinnen reichten, jeweils gewonnen worden war, konnte der Zusendung nicht entnommen werden. Um dies herauszufinden und den Gewinn in Anspruch zu nehmen, war es erforderlich, entweder eine Mehrwertnummer zu wählen, eine Mehrwert-SMS zu senden oder einen Brief zu schicken. Über 99% derjenigen, die sich meldeten, hatten lediglich Anspruch auf den häufigsten, geringwertigen Gewinn, dessen Wert dann entweder ganz oder größtenteils dem

Kinderwerbung (nur) bei Aufforderung zum Kauf bestimmter Produkte unzulässig

Der OGH hat seine Rechtsprechung zu unlauterer Kinderwerbung präzisiert und die im letzten Heft besprochene Stickeralbum-Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien teilweise abgeändert.

Wie berichtet (RuW Nr. 180, S 17f) wurden in zwei Entscheidungen (des OGH und des OLG Wien) Werbeslogans im Zusammenhang mit Stickeralbum-Aktionen zweier großer Handelsketten als unlautere direkte Kaufaufforderungen an Kinder beurteilt. So stellte der OGH in seiner Entscheidung vom 18.9.2012 (4 Ob 110/12y) fest, dass diese Werbung aufgrund des verwendeten Imperativs („Hol dir ... das Stickeralbum!“) jedenfalls als direkte und nachdrückliche, an Kinder gerichtete Kaufaufforderung im Sinne der Z 28 Anhang UWG anzusehen ist. Nach dieser Bestimmung – ein gesetzlich formulierter Tatbestand einer aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 1a UWG – ist die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, „die beworbenen Produkte“ zu kaufen, per se unlauter; gleiches gilt, wenn dadurch Eltern oder andere Erwachsene überredet werden sollen, die Produkte für sie zu kaufen.

Gegen das Urteil des OLG Wien im Parallelfall (vom 27.9.2012, 5 R 69/12x), mit welchem der zweiten vom VKI geklagten Handelskette kurz nach der OGH-Entscheidung unter anderem auch untersagt worden war, durch die Werbeslogans unmündige Minderjährige, insbesondere Volksschulkinder, *zum Kauf ihrer Waren* zu veranlassen, wurde Revision an den OGH erhoben. Es wurde diesbezüglich vorgebracht, Z 28 des Anhangs zum UWG sei eng auszulegen und untersage nur die Aufforderung an Kinder zum Kauf *bestimmter* (konkreter) Produkte, was hier nicht der Fall gewesen sei; auch sonst habe keine aggressive Geschäftspraktik vorgelegen, weil der Anreiz für die angesprochenen Kreise zu gering gewesen sei.

Der OGH gab der Revision teilweise Folge und stellte dazu in seiner Entscheidung vom 19.3.2013, 4 Ob 244/12d, fest, dass ein an Kinder gerichteter Kaufappell in der Werbung nur dann unlauter ist, wenn er eine Aufforderung zum Kauf *bestimmter* Produkte enthält. Bei einer Aktion, die bloß mittelbar einen Anreiz zum Erwerb von nicht näher bestimmten Waren bildet, treffe das nicht zu. Daher sei im konkreten Fall zwar die Aufforderung „Hol Dir jetzt Dein Stickerbuch!“ zu untersagen (das Stickerbuch musste um € 1,99 gekauft werden), nicht aber die an Kinder gerichtete Werbung für die Sticker-Sammelaktion im Allgemeinen, wie etwa durch Slogans wie „Holt Euch jetzt die tierischen Sammel-Sticker an der Kassa! Pro Euro 10.- Einkaufswert gibt s eine Packung Sticker gratis!“.

Entgegen der Rechtsansicht des Oberlandesgerichts sieht der OGH hier auch sonst keine (die Eltern) unzumutbar belästigende und damit aggressive Geschäftspraktik im Sinne des § 1a Abs 1 UWG (Geschäftspraktik, die „geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“): Das bloße Einsetzen von Kindern als „Kaufmotivatoren“ ist für sich allein noch keine solche unlautere Belästigung – es kann den Eltern grundsätzlich zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder Grenzen zu setzen. Auch wenn hier der Sammeltrieb der Kinder ausgenützt und auch ein gewisser Gruppen-



Foto: www.willhaben.at

druck erzeugt werde, sei bei wertender Betrachtung auch die Freude miteinzubeziehen sei, die Kinder mit den Sammelbildern haben. Unlauter könne jedoch – so der OGH unter Hinweis auf die deutsche Judikatur – eine Sammelaktion sein, die mit einem Vorteil für eine bestimmte Gruppe (Klasse, Schule, Kindergarten) verbunden ist, weil hier durch (auch erwachsene) Mitglieder der Gruppe tatsächlich ein besonderer Druck auf Kinder entstehen könne, sich an der Aktion zu beteiligen.

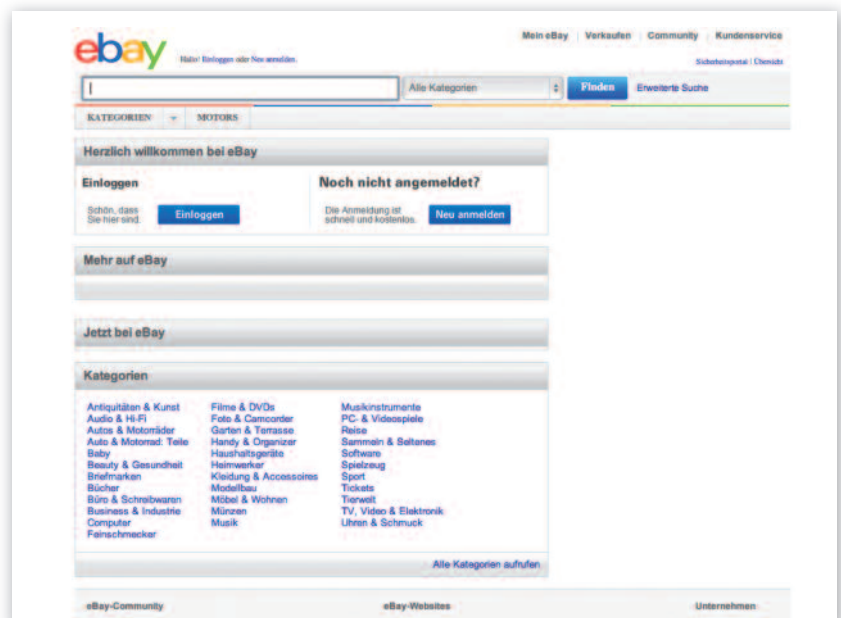
Mit dieser Entscheidung hat der OGH das seit der UWG-Novelle 2007 geltende Verbot einer werbemäßigen, direkten Kaufaufforderung an Kinder in Z 28 des Anhangs zum UWG näher konkretisiert: Es ist demnach durchaus zulässig, Werbung gezielt an Kinder zu richten und dabei auch imperative Formulierungen (wie „Hol Dir ...!“) oder ähnliche Werbeslogans zu verwenden, die Werbung darf aber keine unmittelbare Aufforderung zum Kauf *bestimmter* Waren enthalten.

Verkäufe über eBay – Handeln als Unternehmer

In einer aktuellen Entscheidung nimmt der OGH zur Frage der Abgrenzung von privatem und unternehmerischem Handeln auf Online-Auktionsplattformen Stellung.

Die für Fernabsatzgeschäfte geltenden Regeln des KSchG (§§ 5a-5i) finden auch auf Online-Auktionen Anwendung, wenn der Verkäufer nicht privat, sondern als Unternehmer handelt. Daraus folgt dann insbesondere, dass ein Käufer (Verbraucher) nach der Versteigerung innerhalb der gesetzlichen Frist vom Vertrag zurücktreten kann. Im konkreten Fall war der Anbieter eines als „Bastlerauto“ bezeichneten Fahrzeuges regelmäßig als Kfz-Verkäufer und -Käufer auf eBay tätig. Der Käufer (Verbraucher) erklärte nach Besichtigung des Wagens den Rücktritt vom Vertrag (§ 5e KSchG). Der Verkäufer lehnte dies ab und klagte auf Kaufpreiszahlung: Er habe nicht als Unternehmer gehandelt, die Rücktrittsrechte des Verbraucherschutzes seien nicht anwendbar.

Das Erstgericht ging unter Hinweis auf die hohe Zahl der vom Kläger über eBay abgewickelten Geschäfte von einer Unternehmereigenschaft aus und wies die Klage ab. Das Berufungsgericht gab der Klage statt, weil die relativ geringe Zahl an Bewertungen (ca. 11 pro Monat, bei überwiegenden Einkäufen) dafür spreche, den Kläger doch



nicht als Unternehmer anzusehen. eBay nehme eine gewerbliche Tätigkeit erst bei einer höheren Zahl von Verkäufen an, wobei als Richtwert 100 Bewertungen pro Monat genannt würden. Das sei auch ein Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob der Kläger Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG sei.

Der OGH stellte die erstinstanzliche Ent-

scheidung auf Klageabweisung wieder her und bejahte ein Verbrauchergeschäft, weil die Versteigerung des Fahrzeuges für den Verkäufer ein „zum Betrieb seines Unternehmens“ gehörendes Geschäft gewesen sei (Urteil vom 15.1.2013, 4 Ob 204/12x – *Bastlerauto*): Die Zahl der Bewertungen pro Monat könne für sich allein noch nicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer gewerblichen Tätigkeit schließen lassen – abgesehen davon, dass diese Bewertungen freiwillig seien, sodass die tatsächliche Anzahl der Transaktionen höher liegen könne.

Aber auch diese Zahl ist – so der OGH – als solche nicht ausschlaggebend. Entscheidend sei vielmehr das für eine unternehmerische Tätigkeit geradezu typische Zusammenspiel von Einkauf, Bearbeitung (Reparatur, Zerlegen) und Verkauf, das hier gegeben sei. Dies weise auf ein methodisches Vorgehen des Klägers hin und erfordere sowohl eine Organisation (Koordination von

Einkauf, Bearbeitung und Verkauf; Überwachen der Gebote auf der Auktionsplattform) als auch eine Betriebsstätte (Lager, Werkstatt) und Betriebsmittel (Werkzeug). Die Tätigkeit des Klägers sei damit keinesfalls mit der Auflösung einer privaten Sammlung oder bloßen „Liebhaberei“ gleichzusetzen, er handle hier als Unternehmer.

Neben dieser Klarstellung zur Unternehmereigenschaft hielt der OGH in der Entscheidung weiters fest, dass die Anwendbarkeit der §§ 5a-5i KSchG hier nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil es sich – wie bei eBay – nicht um ein vom Unternehmer selbst betriebenes Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystem handelt. Auch die Bestimmung des § 5b Z 4 KSchG, wonach diese Regeln auf „Versteigerungen“ nicht anzuwenden seien, ändere nichts am Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei einer solchen Online-Auktion, da diese Ausnahme nur für herkömmliche Versteigerungen gelte.

MITARBEITER DES SCHUTZVERBANDES

Der Schutzverband hat sich über die mittlerweile fast sechzig Jahre seines Bestehens einen ausgezeichneten Ruf als Institution im Wettbewerbsrecht erworben. Er steht aber nicht nur für Leistungen von hoher Qualität, sondern auch für effizientes Arbeiten. Nachdem dies vor allem auch ein Verdienst der Mitarbeiter ist, wollen wir das aktuelle Team einmal näher vorstellen.

Als Geschäftsführer des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb fungiert seit mittlerweile mehr als 14 Jahren **Mag. Hannes Seidelberger**, welcher auch Mitglied der Arbeitsgruppe UWG im Wirtschaftsministerium, Generalsekretär der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Experte in einer Arbeitsgruppe der Europäischen Kommission ist. Dazu hält er laufend Vorträge insbesondere beim ÖBI-Seminar und hat zahlreiche Publikationen zu Themen des Wettbewerbs- und Onlinerechts veröffentlicht.

Unterstützt wird er von dem emeritierten Rechtsanwalt und ausgewiesenen Kartellrechtsspezialisten **Dr. Rainer Tahedl** (siehe Foto), welcher seine Ausbildung bei Schönherr Rechtsanwälte absolvierte. Er war Mitherausgeber des Kartellrechtskommentars Barfuß-Wollmann-Tahedl und Autor weiterer Fachpublikationen. Nach einer Veränderung hin in den Bereich der bildenden Kunst widmet er sich nun wieder primär juristischen Aufgaben und betreut im Schutzverband auch den Bereich Adressbuchschiendel, solange die bisherige juristische Mitarbeiterin **MMag. Georgina Schenner** in Karenz ist.

Schon seit 1998 ist Frau **Hildegard Spielauer** für das Sekretariat, die Diktate und die Buchhaltung des Schutzverbandes verantwortlich. Schließlich unterstützt seit nunmehr drei Jahren Frau **Renate Lindner** (siehe Foto) das Team und ist für die Betreuung der Mitglieder und die Information über alle laufenden Interventionen und Rückmeldungen zuständig. Weiters aktualisiert sie die Datenbanken des Schutzverbandes und der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Schließlich kommt ihr die Ausbildung als Grafikerin auch bei der Vorbereitung unserer Veranstaltungen zugute.



Schutzverband stoppt „Gelbes Branchenbuch“-Schwindel!

Der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb hat im größten Fall von Adressbuchschiwindel seiner Geschichte eine gerichtliche Unterlassungsverfügung erwirkt: Die irreführenden Aussendungen für ein „Gelbes Branchenbuch 2013/2014“ sind ebenso wie jede Fruchtziehung daraus zu unterlassen.

Wie auch in den Medien berichtet (z.B. ORF-Sendung *heute konkret*), versandte seit August vergangenen Jahres eine zunächst nicht näher bezeichnete „Gewerbedatenverwaltung“ mit einer Postfachadresse in Wien tausende Formulare mit dem Briefkopf

Gelbes Branchenbuch

Eintragung 2013/2014

Durch die Gestaltung der Aussendung und die Angaben auf dem Formular, wie etwa „Ihr Branchenbucheintrag“ und „Bitte Firmendaten überprüfen und ggf. ergänzen oder berichtigen“ wurde suggeriert, es handle sich um einen kostenlosen Datenabgleich der bekannten Gelben Seiten des Herald Verlags. Dass es sich dabei in Wahrheit um ein Angebot für eine teure, aber praktisch wertlose Eintragung in ein unbekanntes Internet-Branchenbuch handelt, wurde im Kleingedruckten versteckt.

Kurz nach Rücksendung des vermeintlichen Korrekturabzugs langte bei den Betroffenen jeweils eine Rechnung einer „Steger Gewerbedatenverwaltung“ aus München über € 1.428,- bzw. € 1.699,- ein. Wurde nicht bezahlt, kamen trotz Irrtumsanfechtung ständig weitere Zahlungsaufforderungen, Mahnungen und Klagsdrohungen. Verantwortlich für diese Branchenbuch-Abzocke war ein Österreicher namens Rene Steger mit Wohnsitz in der Nähe von Graz, wie sich aufgrund einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft Graz nach unserer Strafanzeige herausstellte.

Der Schutzverband brachte im Jänner für die von ihm vertretenen rund 1000 (!) betroffenen Unternehmen, Apotheken, Ärzte, Psychotherapeuten, Psychologen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Hebammen, aber auch Pfarren, Gemeinden, Schulen, Kindergärten, Botschaften, Freiwillige Feuerwehren, diverse Vereine und zahlreiche andere Organisationen eine Klage auf Unterlassung dieser irreführenden Aussendungen samt Antrag auf ein Verbot der „Fruchtziehung“ beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz ein. Die Klage war mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden, mit der diese Aussendungen noch vor einer endgültigen Entscheidung über die Klage verboten werden sollten.

Diesem Sicherungsantrag wurde vollinhaltlich stattgegeben: Mit – mittlerweile rechtskräftigem – Beschluss vom 8.3.2013, 10 Cg 1/13b, untersagte das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz Herrn Steger mit sofortiger Wirkung seine irreführenden Branchenbuch-Aussendungen und Zahlungsaufforderungen. Das Gericht begründete – wie in der Klage vorgebracht – seine Entscheidung unter Hinweis auf § 28a UWG damit, dass das betreffende Formular aufgrund seiner Aufmachung und Textierung im Gesamten den irreführenden Eindruck erweckte, es handle sich um ein Angebot für eine kostenfreie Korrektur der bekannten „Gelben Seiten“.

Dass Unternehmen für ihre Geschäftspost ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit aufwenden, bedeute nicht, dass sie Aussen-

Gelbes Branchenbuch
Eintrag 2013/2014

Österreichischer Post-Ärztischer Verband
Gesamtschlichtungswahl - Postfach 637 • 1112 Wien
Hauptverband

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb
 Schwarzenbergplatz 14
 1040 Wien

!! Achtung, Annahmeschluss ist der 31.01.2013

Ihr Branchenbucheintrag*

Sehr geehrte Damen und Herren,
bitte überprüfen Sie die untenstehenden Angaben unbedingt auf ihre Richtigkeit der Daten und senden Sie uns dieses Formular für die korrekte Veröffentlichung Ihrer Firmendaten umgehend zurück. Wir behalten uns vor, Einträge die nicht überprüft und unterschrieben an uns zurückgeschickt werden nicht zu veröffentlichen. Für die Eintragung sowie im Falle einer Korrektur bzw. Ergänzung Ihrer firmenrelevanten Daten senden Sie bitte dieses Form oder per Fax oder per Post umgehend an uns zurück.

Eintragsdaten 2013/2014

Diese Firmendaten überprüfen und ggf. ergänzen oder berichtigen.

Branche: Verbände, Vereine u Organisationen	
Firma: Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb	
Straße: Schwarzenbergplatz 14	
PLZ/Ort: 1040 Wien	
Telefon: 01/501970	
Telefax: 01/505789-3	
E-Mail:	
Internet: http://www.schutzverband.at	

* Leistungsbeschreibung: Ihr Eintrag beinhaltet Ihren Firmennamen, Straße, Postleitzahl, Ort, Telefon- und Faxnummer sowie E-Mail und Internetadresse. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen finden Sie auch auf unserer Internetseite. Beachten Sie bitte, dass ohne die unterschriebene Zurücksendung dieses Formulare keine Veröffentlichung stattfinden kann.

Offenen Nummer: 8871289
Datum: 15.01.2013

Rückantwort per Fax an:
0800 – 022 534
(kostenloses Servicefax)

oder per Post an:
Postfach 637
1112 Wien

Wir gewährleisten nur bei aktueller und vollständiger Daten eine reibungsgefallene Veröffentlichung. Prüfen Sie bitte die Angaben zum Eintrag Ihres Gemeindefeldes und senden Sie uns das Formular unterschrieben per Fax an 0800 – 022 534 oder per Post an Postfach 637 1112 Wien zurück.

Leistungsbereich:
Veröffentlichung von Rechte, Firmenname, Straße, Postleitzahl, Ort, www-Internet, Telefon- und Faxnummer, E-Mail und Internetadresse. Der Preis für diesen Service beträgt mit 90,- zzgl. MwSt., die Laufzeit beträgt 24 Monate. Abschreibung erfolgt im Voraus. Ihre Eintragung unter www.gewerbekundenverzeichnis.at erfolgt innerhalb weniger Arbeitsgänge nach Rücksendung dieses Formulars und Kommunikationseingabes. Wir helfen auf eine gute Zusammenarbeit.

Ort und Datum:

Firmenstempel und Unterschrift

Gesamtschlichtungswahl - Postfach 637 • 1112 Wien
 0800 – 022 534 • E-Mail: antrag@schutzverband.at • <http://www.gewerbekundenverzeichnis.at>

dungen auch dann detailliert studieren müssten, wenn diese schon durch ihre (geschickte) Gestaltung die naheliegende Erwartungshaltung hervorrufen, es wäre nur etwas zu ergänzen und wieder zurückzusenden. Das Bestehen auf oder das Durchsetzen von Zahlungsansprüchen gegen solcherart Getäuschte stelle eine sonstige unlautere Handlung nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG dar.

Die Entscheidung ist ausführlich begründet und steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des OGH. Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass dieser richterliche Spruch im Hauptverfahren über die Klage noch abgeändert wird. Mit dieser Verfügung ist nicht nur den vom Schutzverband geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen (vorläufig) stattgegeben worden, die Entscheidung kann aufgrund ihres allgemein präjudiziellen Charakters auch zur juristischen Argumentationsunterstützung in allfälligen Zivilverfahren gegen den Aussender wegen Rücker-

stattung bereits bezahlter Beträge (oder etwa auch Anwaltshonorare) herangezogen werden.

Der Schutzverband hat auch eine Strafanzeige gegen Rene Steger in Graz wegen Betrugs eingebracht. Das Verfahren wurde allerdings „mangels Täuschungsabsicht“ des Beschuldigten eingestellt, was aus unserer Sicht unverständlich ist. Auch der eingebrachte Fortführungsantrag war nicht erfolgreich, weil laut der Entscheidung des Landesgerichts für Strafsachen Graz hier keine krasse Fehlbeurteilung der Rechtslage durch die Staatsanwaltschaft vorliegt. Die einstweilige Verfügung mit einer klaren Feststellung einer Irreführungseignung durch das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz ist zum Zeitpunkt dieses Beschlusses im Strafverfahren allerdings noch nicht vorgelegen.

Auch die Staatsanwaltschaft Wien hat ein aufgrund von Strafanzeigen einzelner Betroffener eingeleitetes Verfahren mangels Täuschung eingestellt. Hier hat das Straflandesgericht Wien aber bis jetzt (Redaktionsschluss) noch nicht über eine Fortführung des Ermittlungsverfahrens entschieden. Es besteht daher für jene Betroffenen, die trotz Irrtumsanfechtung unter dem Druck der ständigen Mahnungen bezahlt haben, bis auf weiteres die Möglichkeit, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligte anzuschließen und so zu versuchen, ohne kostenaufwendige Zivilklage einen Rechtstitel auf Rückzahlung des Betrages (im Falle einer Verurteilung von Rene Steger) zu erwirken. Mit einer solchen Erklärung gegenüber der Staatsanwaltschaft Wien sind keine Kosten verbunden und wir übermitteln allen Betroffenen auf Anfrage gerne ein Muster für eine solche Eingabe.

Auch für weitere Fragen zu diesem Fall können sich Betroffene via E-Mail an **office@schutzverband.at** wenden, wenn ihre Interessensvertretung (Kammer oder Berufsverband) bereits bei uns Mitglied ist oder sie eine solche, wie etwa Schulen, Kindergärten, Vereine etc., nicht besitzen.

The screenshot shows the homepage of 'umzugs-profi.at'. At the top, there is a navigation bar with links: AOB, Impressum, Kontakt, Sitemap, and Bookmark. Below this is a blue button that says 'Was kostet mein Umzug?'. A main navigation bar contains links: UMZUGS-PROFI, WIR ÜBER UNS, LEISTUNGEN, PREISE, ANFRAGE, and KONTAKT. A prominent yellow banner advertises an 'AKTION! 2 MÖBELPACKER+LKW statt 25-€ heute ab 20 € netto pro Stunde! 0699 1414 4444'. Below the banner, a yellow bar says 'Herzlich Willkommen auf umzug'. The main content area features a photo of a smiling child surrounded by cardboard boxes. Below the photo, a yellow bar repeats the offer: '2 MÄNNER+LKW = € 25,- pro Stunde!'. A blue bar below that shows the hotline number '0699 1414 4444' and an email icon. To the right, a blue sidebar lists services: LEISTUNGEN (Umzug – Übersiedlung, Verpackung, Montage – Demontage, Räumung – Entsorgung) and a large blue button with the phone number '0699 14 14 44 44'. At the bottom, there are three boxes for specific services: 'Umzug - Übersiedlung ab € 25,- pro Stunde', 'Verpackung ab € 2,- pro Stück', and 'Räumung - Entsorgung ab € 20,- pro 100 kg'. A final yellow banner at the bottom says 'AKTION 2 MÄNNER + LKW nur um € 25,- pro Stunde! nur für kurze Zeit!'. On the right, there is a section for 'UMZUGSKARTON BESTELLEN' with a link to 'verpackungsmarkt' and a sub-link for 'Bücherkarton'.

Handelsgericht Wien, 19 Cg 74/12x

Seit über einem Jahr langen beim Schutzverband immer wieder **Beschwerden über eine Umzugsfirma** ein, welche mit günstigen Preisen auf der Website und in Inseraten im Internet wirbt, aber dann am Tag des Umzugs selber ein Vielfaches an Kosten verlangt. So wird mit einer „AKTION 2 MÄNNER + LKW nur um € 25,- pro Stunde! nur für kurze Zeit!“ geworben, obwohl dann laut Aussagen von betroffenen Personen ein Betrag von € 500,- oder mehr für wenige Stunden verlangt wird.

Aufgrund der umfassenden Unterlassungsklage des Schutzverbandes wurden die Firma und deren Gesellschafter und Geschäftsführer schuldig gesprochen, es ab sofort im ge-

schäftlichen Verkehr zu unterlassen,

a) der Wahrheit zuwider zu behaupten, dass ein Aktionsangebot nur eine sehr begrenzte Zeit und/oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar ist, insbesondere dass eine Aktion 2 Männer + LKW um nur € 25,- pro Stunde „nur heute!“ und/oder „nur für kurze Zeit!“ gültig sei, wenn in Wahrheit dieses Angebot regelmäßig und/oder über einen längeren Zeitraum hindurch beworben wird.

b) von Kunden in einer Umzugssituation vor Ort, in welcher sich diese genötigt sehen, die Leistungen der Firma Umzugsprofi in Anspruch zu nehmen, einen höheren Preis zu verlangen, als den vor dem Eingehen der Geschäftsbeziehung auf der Website der Beklagten, insbesondere auf der Website unter www.umzugs-profi.at

ausgelobten und/oder den mit dem Kunden vereinbarten Preis und/oder Kunden durch Inaussichtstellen der Nichtdurchführung der vereinbarten Umzugs und/oder Transportleistungen dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

Weiters wurden zwischenzeitlich aufgrund zahlreicher Anzeigen der Wirtschaftskammer und der Arbeiterkammer das Gewerbe entzogen und hohe Strafen verhängt. Unsere Exekution hat eine Pfändung des Kontos gebracht, womit die Kosten zumindest teilweise hereingebracht wurden. Ein Zugriff auf die Fahrzeuge ist dem Exekutionsgericht bisher nicht gelungen. Aufgrund der weiteren Beschwerden haben wir eine Unterlassungsexekution auf Verhängung einer Beugestrafe eingebracht.

Landesgericht Graz, 39 Cg 15/13z

Der Schutzverband hat aufgrund von Mitteilungen gegen eine **Firma mit Personenbeförderung** Klage geführt, nachdem diese täuschend den Hinweis „Steiermark“ geführt hat, ohne eine überragende Stellung in diesem Bundesland zu besitzen.

Aufgrund von Beschwerden, welche an die zuständige Fachgruppe herangetragen wurden, haben wir mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung außergerichtlich gefordert, die Bezeichnung „ShuttleService Steiermark“ zu unterlassen.

So setzen Zusätze wie „Österreich“, „Austria“ und „Austro“ ebenso wie die Verwendung von anderen geographischen Bezeichnungen voraus, dass das Unternehmen von größerem Umfang und von größerer Wichtigkeit für Österreich (oder hier dem Bundesland Steiermark) ist oder Erzeugnisse typisch österreichischen (bzw. hier steirischen) Gepräges oder wesentlich höherer Qualität herstellt (ÖBl 1995, 217 – *Austria Taxi 1716*). Dies war hier aber laut einer umfassenden Dokumentation der zuständigen Fachgruppe nicht gegeben.

Gemäß § 2 UWG ist es verboten, zur Irreführung geeignete Angaben zu machen. Bei einem solchen Auftreten wird bei den Kunden aber der irreführende Eindruck erweckt, dass es sich hier um Unternehmen mit österreichweiter bzw. bundeslandweiter Bedeutung handelt, was dann nicht der Wahrheit entspricht. Eine solche Werbeaussage ist daher nicht nur irreführend, sondern stellt überdies den sittenwidrigen Fall einer Kundentäuschung gemäß § 1 UWG dar.

Aufgrund der Klage des Schutzverbandes verpflichteten sich die be-



klagten Parteien dann schließlich in einem gerichtlichen Unterlassungsvergleich, es im geschäftlichen Verkehr bei Betrieb des Taxi- und/oder Mietwagengewerbes zu unterlassen, irreführend den Hinweis auf das Bundesland „Steiermark“ und/oder die Regionenbezeichnung „Steiermark“ zu verwenden, insbesondere die Unternehmensbezeichnung „ShuttleService Steiermark“ und/oder einen Geschäftsauftritt der die Bezeichnung „Steiermark“ enthält, wenn der EW ShuttleService Personentransporte GmbH keine führende oder sonst besonders außergewöhnliche Bedeutung für die Wirtschaft der Steiermark bzw im betreffenden Wirtschaftszweig zukommt.

OGH, 4 Ob 15/13d

Der OGH hat über Klage des Schutzverbandes klargestellt, dass ein **anonymisiertes Auftreten bei konkreten Angeboten** unzulässig ist. Die Eigenschaften und die Identität eines Unternehmers sind wesentliche Informationspunkte und dürfen insbesondere bei konkreten Warenangaben in der Werbung nicht verschleiert werden.

Im Rahmen einer Klage bezüglich einer Ausverkaufsankündigung (siehe zu dem ausverkaufsrechtlichen Begreifen den Wettbewerbskommentar auf Seite 4 dieser Ausgabe) machte der Schutzverband auch geltend, dass die „anonyme“ Werbung im Inserat des Beklagten gegen §§ 1, 2

UWG und die dem § 2 UWG zugrunde liegenden Informationspflichten für eine hier vorliegende „Aufforderung zum Kauf“ verstoße. Die Eigenschaften und die Identität des Unternehmers seien wesentliche Informationspunkte für eine informierte geschäftliche Entscheidung als einem Schutzziel des UWG und somit stets von Relevanz im Hinblick auf §§ 1, 2 UWG. Im Bereich der Aufforderung zum Kauf deckten sich die Namensführungs- und Offenlegungsgrundsätze des § 2 UWG mit jenen der §§ 63 ff GewO. Im mitbewerberschützenden Bereich des § 1 Abs 1 Z 1 UWG führe die Nichteinhaltung von Transparenz- und Offenlegungspflichten bereits ihrer Art nach zu einer objektiv spürbaren Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs jener Mitbewerber, welche Kosten und organisatorische Mühen zur Einhaltung und Sicherstellung ihrer unmittelbaren Identifizierbarkeit der geschäftlichen Kommunikation auf sich nähmen.

Der OGH führt dazu aus, dass gemäß § 2 Abs 4 UWG eine Geschäftspraktik auch dann als irreführend gilt, wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Gemäß § 2 Abs 6 Z 2 UWG gelten bei einer Aufforderung an Verbraucher zum Kauf folgende Informationen als wesentlich iSd Abs 4, sofern sich diese Informationen nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben: Name und geographische An-

schrift des Unternehmens und gegebenenfalls des Unternehmens, für das gehandelt wird. Weiters ist nach § 1 Abs 4 Z 5 UWG eine „Aufforderung zum Kauf“ jede kommerzielle Kommunikation, welche die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen.

Der Europäische Gerichtshof legte in der Entscheidung Rs C 122/10 – *Konsumentenombudsmann/Ving Sverige* den Begriff „Aufforderung zum Kauf“ großzügig aus. Dem Ausgangsverhalt lag eine Werbeanzeige eines Reisebüros für Reisen nach New York zugrunde, die einige Informationen insbesondere Eckpreise („ab“-Preise) pro Person für Flug und Unterbringung, Fluglinie und Hotelinformationen enthielt und für Detailinformationen auf die eigene Website verwies. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs ist darin bereits eine Aufforderung zum Kauf zu erblicken. Eine solche liegt nach dem EuGH bereits dann vor, wenn der Verbraucher hinreichend über das beworbene Produkt und dessen Preis informiert ist und eine geschäftliche Entscheidung treffen kann, ohne dass die kommerzielle Kommunikation auch eine tatsächliche Möglichkeit bieten muss, das Produkt zu kaufen, oder dass sie im Zusammenhang mit einer solchen Möglichkeit steht.

Es bedarf somit weder eines bindenden Angebots, noch einer invitatio ad offerendum, selbst die essentialia negotii müssen nicht in vollem Umfang feststehen. Ein Produkt ist bereits dann hinreichend bestimmt, wenn es lediglich benannt und/oder abgebildet ist. Insbesondere kann es ausreichen, wenn der Werbende auf



seine Website verweist. Der Preis ist dabei nicht vollends zu konkretisieren, sodass auch die Angabe von Eckpreisen (zB „ab EUR“) grundsätzlich ausreichend ist.

Auf Basis dieser Auslegung erfüllt das beanstandete Zeitungsinserat, das unter anderem folgenden Text enthielt „... Pro Stück nur mehr 3.50 EURO Kinderkleidung Egal wie teuer die Ware vorher war Über 1.000 Stk Shirts/Hosen/Jacken/Blusen/Jeans ...“, jedenfalls das Kriterium einer „Aufforderung zum Kauf“ im Sinne der genannten Gesetzes- bzw Richtlinienbestimmung. Der Konsument erfährt im Inserat, dass Waren bestimmter Art (Kindershirts/Hosen/Jacken/Blusen/Jeans) um einen bestimmten Preis zu kaufen sind. Das Erfordernis einer näheren Präzisierung der Ware (z.B. nach Größe, Farbe, Material, etc) würde einer nicht restriktiven Auslegung des Begriffs der „Aufforderung zum Kauf“ widersprechen.

Nach § 2 Abs 6 UWG sind bei Aufforderungen zum Kauf gegenüber Verbrauchern bestimmte Umstände als jedenfalls wesentliche Informationen iSd § 2 Abs 4 UWG anzusehen. Wird eine Informationspflicht nach §

2 Abs 6 UWG verletzt, so ergibt die Zusammenschau von § 2 Abs 4 UWG und § 2 Abs 6 UWG, dass dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthalten worden ist. Die Wesentlichkeit ist nicht mehr gesondert zu prüfen. Die Formulierung „somit“ in § 2 Abs 4 UWG spricht dafür, dass allein aufgrund dieser angenommenen Wesentlichkeit der Pflichtangaben die Eignung, den Durchschnittsverbraucher zu einer wirtschaftlichen Entscheidung zu veranlassen, gegeben ist.

Dass der Beklagte auf den Rechnungen über seine Warenverkäufe jeweils die mit dem Firmennamen versehene Geschäftstampiglie anbringt, ändert nichts an der lauterkeitswidrigen Weglassung des Namens in seiner Werbeaussendung, zumal die Rechnungsausstellung in der Regel nicht vor den jeweiligen Kaufabschlüssen erfolgt. Das Fehlen der Firma (des Namens) des Beklagten im beanstandeten Zeitungsinserat bewirkt daher einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot durch Nichtangabe des Namens oder einer identifizierbaren Unternehmenskennzeichnung bei Aufforderung zum Kauf iSd § 2 Abs 6 Z 2 UWG iVm § 2 Abs 4 UWG.



LIDC Kongress 2013

19-22. September 2013

in Kiew

Hyatt Regency Kiev Hotel
(Ally Tarasovoy StraÙe, 5, Kiev, Ukraine)

Die Internationale Liga für Wettbewerbsrecht (LIDC) wird ihren jährlichen Kongress vom 19. bis zum 22. September 2013 in Kiew, Ukraine, durchführen. LIDC ist die einzige Organisation, die sich seit 1930 mit Fragen des Wettbewerbsrechts und IP beschäftigt (www.ligue.org).

Dieses Jahr wird der Kongress durch die ukrainische LIDC-Gruppe – Association for Resistance to Unfair Competition (ARUC), www.aruc.org.ua empfangen.