

**Nummer 176** November 2010  
56. Jahrgang

# Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

AGB-Kontrolle über das UWG?

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Zugabenverbot des § 9a UWG europarechtswidrig

Berichte über die Tagungen der LIGA in  
Bordeaux und der AIPPI in Paris

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

**Gerichtliche Interventionen**

**Nummer 176** Juni 2010 56. Jahrgang

# Recht und Wettbewerb

---

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

AGB-Kontrolle über das UWG? SEITE 4

---

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Zugabenverbot des § 9a UWG  
europarechtswidrig SEITE 10

---

Berichte über die Tagungen der LIGA  
in Bordeaux und der AIPPI in Paris SEITE 15

---

Unser juristischer Buchtipps SEITE 20

---

Die ausgewählte OGH-Entscheidung SEITE 21

---

**Gerichtliche Interventionen** SEITE 22

---

## IMPRESSUM

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

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

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

**Für den Inhalt verantwortlich:** Mag. Hannes Seidelberger, Geschäftsführer

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

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

# Liebe Mitglieder!

Zwei wegweisende Entscheidungen prägen diese Ausgabe von Recht und Wettbewerb, welche daher relativ spät erscheint. Aber wir wollten unbedingt noch die lang erwartete Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) mit aufnehmen, welcher am 9. 11. 2010 verkündet hat, dass ein allgemeines Zugabenverbot wie im § 9a UWG betreffend Ankündigungen an Verbraucher europarechtswidrig ist.

Mit dieser für die Praxis des Werberechts wesentlichen Neuerung und der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu der mit der UWG-Novelle 2007 umgesetzten Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) beschäftigen wir uns in der Rubrik „Wettbewerbsrecht Aktuell“. Seit der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung hat es wohl keine so weitreichende Änderung gegeben, zumal das allgemeine Zugabenverbot zwar von Teilen der Literatur schon länger kritisiert wurde, aber seit 1929 fast unverändert gegolten hatte. Im Einzelfall wird aber wie bei jeder Werbeankündigung weiter geprüft werden müssen, ob eine Werbung mit Zugaben der beruflichen Sorgfaltspflicht entspricht, also nicht unlauter, aggressiv oder irreführend ist.

Eine ebenfalls bemerkenswerte Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof (OGH) und wenig später auch der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) in gleicher Weise gefällt, wonach sittenwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) unter gewissen Voraussetzungen auch nach dem UWG verfolgt und damit kontrolliert werden können. Mit dieser bisher offenen Frage befasst sich ausführlich die Verbandsanwältin Dr. Marcella Prunbauer in ihrem Wettbewerbskommentar.

Bei der Rubrik „Tagungen aktuell“ berichten Mag. Georgina Schenner vom Schutzverband und Rechtsanwältin Dr. Sonja Dürager über die Tagungen der Internationalen LIGA für Wettbewerbsrecht in Bordeaux und der AIPPI (Internationale Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz) in Paris. Hier wurden spannende aktuelle Fragen des Wettbewerbsrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes behandelt.

Als seit April 2010 ehrenamtlicher Generalsekretär der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) freue mich besonders, dass bei beiden Kongressen die österreichische Delegation mit jeweils rund zehn Teilnehmern dieses Jahr besonders gut vertreten war. Damit zeigt sich, dass dieses Rechtsgebiet nicht nur im nationalen Bereich, sondern auch im internationalen Austausch für Österreich eine wichtige Bedeutung hat.

Schließlich finden Sie wieder ausgewählte Informationen in den Rubriken „Gerichtliche Interventionen“, „Unser juristischer Buchtipp“ (als neue Alternative zu unseren Linktipps) und „Die ausgewählte OGH-Entscheidung“. Wir hoffen, dass Sie davon einiges in die Praxis umsetzen können, und sind für Fragen wie immer gerne erreichbar.



Fotostudio Wilke

**„Der Schutzverband berichtet über zwei ganz wesentliche Entscheidungen im Wettbewerbsrecht zum Fall des allgemeinen Zugabenverbotes und zur Verfolgbarkeit von AGB nach dem UWG ...“**

**MAG. HANNES SEIDELBERGER**  
Geschäftsführer

# AGB-Kontrolle über das UWG?

Der OGH und kurze Zeit später auch der deutsche BGH haben erstmals in Entscheidungen festgehalten, dass die Verwendung rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Unternehmern einen Verstoß gegen das UWG darstellen kann.



Fotostudio Huger

DR. MARCELLA  
PRUNBAUER-GLASER  
Rechtsanwältin in Wien

## I. EINLEITEND

Die Fallgruppe „**Rechtsbruch**“, welche vor und nach der UWG-Novelle 2007<sup>1</sup> unter der Generalklausel des § 1 UWG zu behandeln ist<sup>2</sup>, hat in der lauterkeitsrechtlichen Praxis enorme Bedeutung. Mit dieser Fallgruppe wird eine Art „**lauterkeitsrechtlicher Gleichheitsgrundsatz**“ verwirklicht. Für alle Mitbewerber sollen die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen gelten. Das lauterkeitsrechtliche Unwerturteil bei einem Verstoß gegen eine generelle Norm, gegen eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung oder gegen eine wettbewerbsrelevante vertragliche Verpflichtung ergibt sich aus dem Interesse der gesetzestreuen Mitbewerber und jenem der Allgemeinheit an der Einhaltung dieser gleichen rechtlichen Schranken im Wettbewerb. Auf eine subjektive Absicht, diese Rahmenbedingungen zu verletzen, kommt es nicht an<sup>3</sup>.

Das UWG mit seinem grundsätzlich raschen und effektiven Sanktionensystem bietet damit eine nicht zu unterschätzende Anspruchsgrundlage, dem Versuch der Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs mittels einer – manchmal offenkundig einkalkulierten – Gesetzesübertretung einen Riegel vorzuschieben. Freilich hat die Rechtsprechung einige eingrenzende Tatbestandselemente konkretisiert, deren Vorliegen bzw. Beweisbarkeit Voraussetzung für die erfolgreiche prozessuale Durchsetzbarkeit ist<sup>4</sup>.

Die UWG-Novelle 2007, mit welcher vor allem die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken – UGP-Richtlinie<sup>5</sup> umgesetzt werden sollte, bewirkte nicht nur im von der UGP-RL betroffenen verbrau-

cherschützenden Lauterkeitsrecht eine unionsweite Vollharmonisierung, sondern hat das UWG auch grundlegend dadurch verändert, dass mit dem neuen Rechtsbegriff der „unlauteren Geschäftspraktiken“ der lauterkeitsrechtlich relevante Anwendungsbereich über das eigentliche Wettbewerbsverhalten hinaus auch auf den **vor- und den nachvertraglichen Bereich ausgedehnt** wurde. Diese in ihrer Tragweite noch nicht abschätzbare Ausdehnung des Anwendungsbereichs des UWG könnte auch im Anwendungsbereich der Fallgruppe „Rechtsbruch“ ein unerwartetes Potential entfalten, welches sowohl für die im Wettbewerb stehenden Unternehmer als auch die Verbandsklagebefugten im Sinne des § 14 UWG von Interesse ist.

Zwei jüngste kurz aufeinander folgend ergangene Entscheidungen des OGH<sup>6</sup> und des BGH<sup>7</sup>, welche die Verwendung von (teilweise) zivilrechtlich unwirksamen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) als unlauteres Handeln einstufen, verdeutlichen die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestandes und die Schnittstelle des UWG zum allgemeinen Zivilrecht. Dies soll Anlass zu einer nachfolgenden aktuellen Standortbestimmung sein.

## II. DIE BEURTEILUNGSKRITERIEN DER FALLGRUPPE „RECHTSBRUCH“ IN DER STÄNDIGEN RECHTSPRECHUNG DES OGH

Die österreichische Rechtsprechung hat im Wesentlichen folgende, kurz zusammengefasste Tatbestandsvoraussetzungen für einen lauterkeitsrelevanten Gesetzesverstoß herausgearbeitet:

**1) Objektive Verletzung einer generellen,** nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnenden **Norm:** Die objektive Rechtsübertretung ist die erste, selbstverständlich erscheinende Voraussetzung<sup>8</sup>. Ob die übertretene Norm „marktverhaltensregelnden“ Charakter hat, war, anders als nach der deutschen Rechtslage, schon vor der UWG-Novelle 2007 unerheblich. Entscheidend für die Wettbewerbsrelevanz einer Rechtsverletzung ist nämlich weder der Zweck noch der Regelgegenstand der gesetzlichen Vorschrift, sondern die tatsächliche Auswirkung auf den Markt<sup>9</sup>. Es kann daher auch ein Verstoß gegen wert- bzw. wettbewerbsneutrale Vorschriften die Unlauterkeit begründen<sup>10</sup>.

**2) Spürbarkeit:** Das beanstandete Verhalten muss jedoch geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG). Im Verbraucherschützenden Bereich des § 1 Abs 1 Z 2 UWG genügt die Eignung zur wesentlichen Beeinflussung eines (einzigen) Durchschnittsverbrauchers.

**3) Nicht mit gutem Grund vertretbare Auslegung:** Nur eine solche Verletzung von Rechtsnormen, die nicht mit guten Gründen vertreten werden kann, ist unlauter. Denn gleiche Rahmenbedingungen für das wirtschaftliche Handeln sind auch dann gegeben, wenn sich alle Marktteilnehmer an eine vertretbare, nicht aber die strengste denkbare Auslegung der für ihr Handeln maßgebenden Gesetze halten<sup>11</sup>. Der OGH prüft daher im UWG-Prozess nicht, wie die übertretene Regelung „richtig“ auszulegen wäre.

Ob eine mit gutem Grund vertretbare Rechtsauffassung im Einzelfall vorliegt, ist danach zu prüfen, ob diese Auffassung im Gegensatz zu einem klaren Gesetzeswortlaut, zur offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder zu höchstgerichtlicher Rechtsprechung steht. Fehlt eine solche, wird auf jene der zuständigen Verwaltungsbehörde und eine beständige Verwaltungspraxis ab-

gestellt<sup>12</sup>. An Großunternehmen oder den Bund wird ein strengerer Maßstab bei der Beurteilung der Vertretbarkeit einer Gesetzesauslegung angelegt<sup>13</sup>.

Das Tatbestandserfordernis der nicht mehr mit gutem Grund vertretbaren Rechtsauffassung ist ein letzter, aber sehr entscheidender „Filter“. Was (noch) als mit gutem Grund vertretbar eingestuft wird, unterliegt oft einer im Vorhinein nicht leicht prognostizierbaren Ermessensentscheidung der Gerichte. Allerdings ist dieses Tatbestandselement auch nicht als Einladung misszuverstehen, ex post mit spitzfindigen Argumenten verschiedene argumentierbare Auslegungsvarianten der übertretenen Norm zu konstruieren. Schließlich legte der OGH auch die prozessuale Latte für die Revisibilität, dass heißt den Zugang zur Überprüfung durch den OGH, höher: entscheidend ist nicht, ob das Berufungsgericht die Vertretbarkeitsfrage im Rahmen seines Ermessens richtig, sondern nur mehr, ob es diese ohne „krasse Fehlbeurteilung“ gelöst hat<sup>14</sup>. Geht allerdings die Berufungsinstanz von einer unvertretbaren Rechtsauffassung aus, kommt es für die Beurteilung der Vertretbarkeit (auch) darauf an, ob das Verhalten des Beklagten objektiv rechtswidrig war<sup>15</sup>. Denn nur eine unrichtige Auslegung kann unvertretbar sein.

Infolge dieser Tatbestandsvoraussetzungen eignet sich der Rechtsbruchtatbestand nicht zur Abklärung der Reichweite gänzlich unklarer Gesetzesbestimmungen über das UWG; es bedarf weiters einer normspezifischen Analyse und Begründung der Wettbewerbsrelevanz eines Verstoßes.

### III. „AGB-KLAUSEL“-ENTSCHEIDUNGEN DES BGH UND OGH

#### 1. OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a – Zero intern

**1.1.** Der OGH hatte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eines Mobilfunknetzbetreibers gültig für ein Tarifmodell

---

**Für einen lauterkeitsrechtlich relevanten Gesetzesverstoß müssen kumulativ die objektive Verletzung einer generellen Norm, Spürbarkeit und eine nicht mit gutem Grund vertretbare Auslegung vorliegen, womit sich der Rechtsbruch nicht zur Abklärung gänzlich unklarer Gesetzesbestimmungen eignet.**

---



für „Unternehmer oder Freiberufler“ zu beurteilen, in welchen unter anderem für den Fall der (vorzeitigen) Beendigung des Network-Vertrags mit der besonderen Tarif-Option oder der Umstellung des Tarifmodells wegen Unterschreitung der erforderlichen Anzahl von Anschlüssen neben den zusätzlich zu bezahlenden allfälligen Restentgelten ein (einmaliges) nachträgliches Bearbeitungsentgelt in Form eines „Deinstallationsentgeltes“ als pauschalierter Ersatzbetrag mit Pönalecharakter zu bezahlen war. Nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt findet diese AGB-Bestimmung nicht nur bei vorzeitiger Vertragsauflösung, sondern auch dann Anwendung, wenn die ursprüngliche Mindestvertragsdauer (24 Monate) im Tarif bereits abgelaufen ist.

**1.2.** OGH beurteilte das Verlangen eines solchen „Deinstallationsentgeltes“ in AGB oder Vertragsformblättern auch noch nach Ablauf der Mindestvertragsdauer als einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB.

§ 879 Abs 3 ABGB bestimmt, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbestimmungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Ein Deaktivierungsentgelt nach Ende der vereinbarten Mindestvertragsdauer sei kein Entgelt für Leistungen, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für die Kunden erbracht werden, sondern eine Abgeltung für Aufwendungen, die der Mobilfunknetzbetreiber zur Wahrnehmung eigener Interessen tätige. Die Umwälzung auf den Vertragspartner auch dann, wenn weder eine vorzeitige Vertragsbeendigung aufgrund vom Kunden zu vertretender Umstände, geschweige denn eine Vertragsverletzung erfolgte, benachteilige den Vertragspartner in unangemessenem Umfang und sei mit den Grundsätzen des dispositiven Rechtes nicht vereinbar<sup>16</sup>.

**1.3.** Der Kläger hatte sein Begehren auf § 1 UWG in Verbindung mit § 879 Abs 3 ABGB gestützt, sodass zu prüfen war, ob die Verwendung derartiger (teilweise) nach dem allgemeinen Zivilrecht unzulässiger ABG (auch) im Sinne des § 1 UWG als unlauter zu beurteilen wäre. Dies bejahte der OGH:

a) Die Verwendung unzulässiger AGB sei als „sonstige unlautere Handlung“ im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu qualifizieren.

b) Die Vereinbarung des „Deaktivierungsentgeltes“ verschaffe eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht (spürbar) bessere Position und führe damit letztlich – im Zusammenhang mit der Verrechnung des Entgelts – zu einer wirtschaftlichen Verbesserung zu Lasten der Mitbewerber. Weiters sei aufgrund der beträchtlichen Marktmacht der Beklagten die Eignung zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs evident.

c) Damit stellte sich im Sinne der zuvor dargestellten Trilogie der Tatbestandskriterien der Fallgruppe „Rechtsbruch“ die Frage der Prüfung einer mit guten Gründen vertretbaren Auffassung. Diese war im konkreten Fall nach Auffassung des OGH zu verneinen: bei der Beurteilung, ob eine in AGB oder in einem Vertragsformblatt enthaltene Bestimmung eine „gröbliche“ Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt, habe sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als „Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs“ zu orientieren. Nach der Rechtsprechung des OGH können Abweichungen vom dispositiven Recht schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn sich dafür keine sachliche Rechtfertigung ins Treffen führen lässt, jedenfalls aber dann, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht<sup>17</sup>. Ein solches auffallendes Missverhältnis sei jedenfalls bei Verlangen eines Deinstallationsentgeltes nach Ablauf der Mindestvertragsdauer ohne jegliche Gewährung von Gegenleistung gegeben.

**Der OGH bejahte erstmals, dass die Verwendung unzulässiger AGB (also Allgemeiner Geschäftsbedingungen) als sonstige unlautere Handlung zu qualifizieren ist und damit über das UWG so wie im konkreten Fall das Verlangen eines Deinstallationsentgeltes eines Mobilfunknetzbetreibers verfolgt werden kann.**

Der Klageanspruch auf die Verwendung unzulässiger AGB hatte daher (teilweise) insoweit Erfolg, als ein solches Deinstallationsentgelt auch nach Ablauf der Mindestvertragsdauer vereinbart bzw. verrechnet wird.

## 2. BGH 31.3.2010, I ZR 34/08

Der BGH hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, wonach ein bei eBay als gewerblicher Verkäufer Registrierter eine gebrauchte Software „ohne Garantie und Gewährleistung“ – nach den Feststellungen aber auch an Verbraucher – anbot, welcher generelle Gewährleistungsausschluss gegen § 475 BGB verstößt.

Der Sachverhalt wurde bereits vor der Umsetzung der UGP-RL in Deutschland verwirklicht. Die diesbezügliche, der Umsetzung der UGP-RL dienende Gesetzesänderung war aber für den Streitfall im Ergebnis nach Auffassung des BGH ohne Bedeutung. Wichtig und zukunftsweisend sind die Ausführungen des BGH zum Verhältnis des nationalen (deutschen) Zivilrechtes, welches – so wie im Übrigen auch das österreichische – bereits erheblich (- dies insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes -) vom Unionsrecht geprägt ist, zur Schnittstelle mit dem UWG:

**2.1.** Die – den in den AGB enthaltenen Gewährleistungsausschluss verbietende – Vorschrift des § 475 BGB setze die RL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter um und habe damit im deutschen Recht ihre Grundlage auch im Unionsrecht. Der BGH geht davon aus, dass die UGP-RL diese im Streitfall maßgebliche Bestimmung des deutschen Zivilrechtes, die in Umsetzung verbraucherschützenden Unionsrechtes ergangen ist, nicht berühre, im Gegenteil: „eine Geschäftspraxis, die einer in Umsetzung des Unionsrechtes erlassenen nationalen Vorschrift (hier: § 475 BGB) entgegensteht, widerspreche regelmäßig den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfalt“<sup>18</sup> (!).

**2.2.** § 475 BGB stelle jedenfalls (auch)

eine Marktverhaltensregelung im Sinne des deutschen § 4 Nr 11 UWG dar<sup>19</sup>. Die Bestimmungen der Verkaufsgüterkauf-RL dienen neben der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher und der Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus dem Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und der besseren Nutzung der Vorzüge des Binnenmarktes. Die der Umsetzung dieser RL dienende Vorschrift des BGB habe daher (auch) eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion. Gleiche Zielsetzungen verfolge auch die UGP-RL.

**2.3.** Die Vereinbarung eines – wenn auch nicht wirksamen – Gewährleistungsausschlusses sei geeignet, Verbraucher davon abzuhalten, ihre Gewährleistungsansprüche geltend zu machen und damit weiters, Verbraucher daran zu hindern, eine informatsionsgeleitete Entscheidung zu treffen.

Bereits die Vereinbarung, nicht erst ein späteres tatsächliches Berufen auf den Gewährleistungsausschluss stelle die unlautere Verletzungshandlung dar.

**3. Zwischenergebnis:** OGH sowie BGH anerkennen daher, woran künftig in der Praxis kaum vorbeizugehen sein wird, sowohl im mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht (die Entscheidung des OGH) als auch insbesondere im verbraucherschützenden Lauterkeitsrecht (die Entscheidung des BGH), wenngleich bislang nur in sehr spezifischen Fällen, dass das UWG über den Rechtsbruchtatbestand auch eine „Kontroll-“ und Abwehrfunktion gegen die Verwendung zivilrechtlich (teilweise) unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen haben kann.

## IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN:

1. Es ist nur folgerichtig, dass im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestandes auch Verstöße gegen vordergründig, jedenfalls im Verhältnis zu unmittelbar

---

**Auch der BGH sah einen in den ABG enthaltenen Gewährleistungsausschluss als Verstoß gegen das UWG an und führte weiters aus, dass eine Geschäftspraktik, die einer in Umsetzung des Unionsrechtes erlassenen nationalen Vorschrift wie hier § 475 BGB entgegensteht, auch regelmäßig den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne der UGP-Richtlinie widerspricht.**

---

Mit diesen beiden Entscheidungen werden viele konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen auch in den Schutzbereich des UWG einbezogen. Darüber hinaus ist noch zu berücksichtigen, dass von der UGP-Richtlinie über das Marktverhalten hinaus weit definierte vor- und nachvertragliche Verhaltensweisen erfasst sind.

marktverhaltensregelnden Vorschriften, „entlegen“ erscheinende allgemeine zivilrechtliche Vorschriften, etwa ein Verstoß gegen die zivilrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 ABGB, auf ihre Wettbewerbsrelevanz hin getestet werden.

Die Entscheidung des OGH führt die bisherige Rechtsprechungsrichtlinie des OGH konsequent und im Ergebnis zutreffend weiter. Die Flexibilität der österreichischen Rechtsprechung, die nicht an einen „marktverhaltensregelnden Charakter“ der verletzten Norm gebunden ist, sondern vielmehr auf die Auswirkungen eines Gesetzesverstosses am Markt abstellt, erweist sich als Vorteil.

In der deutschen Lehre und Rechtsprechung war kontroversiell diskutiert worden, ob Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die Klauselverbote enthalten, überhaupt (auch) Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 dUWG sind<sup>20</sup>. Der BGH hat dazu klargestellt, dass Bestimmungen, die der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG im nationalen Recht dienen, bereits aufgrund des Schutzzweckes dieser Richtlinie auch marktverhaltensregelnd sind<sup>21</sup>. Demnach hat die einen Gewährleistungsausschluss verbietende Vorschrift des § 475 BGB eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion. Gleiche Zielsetzungen verfolgt die UGP-RL im verbraucherschützenden Bereich. Damit werden viele Konsumentenschutzregelungen auch in den Schutzbereich des UWG einbezogen.

2. In der vollen Tragweite noch nicht auslotbar ist, dass **aufgrund der RL-UGP die Funktion des UWG nicht mehr darauf beschränkt ist, das Marktverhalten der Mitbewerber im eigentlichen Sinn zu regeln, sondern dass es sich darüber hinaus auf von der RL-UGP sehr weit definierte vor- und nachvertragliche Verhaltensweisen erstreckt.**

Der Begriff der Wettbewerbshandlung wurde ersetzt durch den zentralen und weiter gezogenen Rechtsbegriff der „Geschäfts-

**praktik“**. Eine solche umfasst nach der äußerst weiten Definition gemäß § 1 Abs 4 Z 2 UWG **„jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes zusammenhängen“** (vergleiche Art 2 lit d) der UGP-RL).

Die Verwendung von AGB steht aber in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Lieferung einer Ware oder Dienstleistung; das genügt für die Einbeziehung in den Anwendungsbereich des UWG. Es werden unter dieser Definition im Prinzip alle Vorschriften erfasst, die das Verhalten eines Unternehmers gegenüber Verbrauchern regeln, auch soweit sie den Abschluss und die Durchführung von Verträgen betreffend Waren oder Dienstleistungen regeln<sup>22</sup>.

Der OGH hat im Anlassfall die Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Unternehmern, also im mitbewerberschützenden Bereich, als „sonstige unlautere Handlung“ im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG beurteilt. Bei genauer Betrachtung fällt dieses Verhalten gegenüber Unternehmen wohl ohne weiteres bereits unter die Definition der „Geschäftspraktik“. Damit würde der argumentative Gleichklang mit dem Fall der Verwendung gesetzwidriger AGB gegenüber Verbrauchern (Tatbestand nach § 1 Abs 1 Z 2 UWG) hergestellt und ändert am zutreffenden Ergebnis der Entscheidung des OGH nichts.

3. Um einen UWG-Verstoß zu begründen, muss die Erheblichkeitsschwelle (Spürbarkeit) überschritten werden. Im Verhältnis zu Unternehmern (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG) wird eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Klausel und deren nachteilige Auswirkung auf den Wettbewerb zu Lasten der Mitbewerber erforderlich sein. Im Verhältnis zu Verbrauchern (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG) genügt freilich die Eignung, das wirtschaftliche Verhalten bloß eines Durchschnittsverbrau-



chers wesentlich zu beeinflussen. Das wird bei Verwendung gesetzwidriger AGB vermutlich stets der Fall sein, da Konsumenten dadurch abgehalten werden könnten und wohl auch sollen, ihre dennoch bestehenden Rechte oder Einwendungen geltend zu machen<sup>23</sup>.

4. Aber noch weitergehend: Eine Geschäftspraktik ist gegenüber Verbrauchern unlauter, wenn sie gegen das Gebot der „beruflichen Sorgfalt“ (§ 1 Abs 4 Z 8 UWG) verstößt. Der BGH hat dazu an Deutlichkeit nichts vermissen lassen: eine Geschäftspraxis, die der in Umsetzung des Unionsrechtes erlassenen nationalen Vorschrift entgegensteht, verstößt regelmäßig gegen die „Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt“ des Art 5 Abs 2 lit a der UGP-RL<sup>24</sup> und ist unter den weiteren Voraussetzungen der RL-UGP unlauter. Das wird auch auf den österreichischen Bereich zu übertragen sein. Angemerkt sei, dass Unternehmer im Falle einer an Konsumenten gerichteten „Aufforderung zum Kauf“ im Sinne des § 2 Abs 6 UWG in eine Zwickmühle geraten können. Einerseits sind gewisse Informationen anzugeben, wozu z. B. Zahlungs-, Liefer- und Leistungs-

bedingungen sowie das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden gehören<sup>25</sup>, andererseits darf eine Klausel, die unwirksam ist, nicht verwendet werden, da dies (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) eine unlautere Geschäftspraktik wäre.

5. Damit kommt der Beschränkungs- und Filterfunktion des Tatbestandsmerkmals der Vertretbarkeit der Rechtsauffassung in Zukunft, sollte die Beanstandung von AGB via das UWG breiter um sich greifen, für eine Klauselkontrolle eminente Bedeutung zu. Ob eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtswirksam ist, ist, wie zahlreiche Judikatur bezeugt, nicht immer ohne weiteres klar und das Ergebnis wertender Abwägungen<sup>26</sup>.

Die Zukunft wird zeigen, ob sich das UWG nachhaltig zu einem zusätzlichen Kontrollmittel für Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt. Augenmaß wird jedenfalls geboten sein. Im Falle der Verfolgung von Bagatellbestimmungen oder unmäßiger Rechtsverfolgung sollte auch in Österreich über eine Grenze im Hinblick einen Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit diskutiert werden.

**Auch wenn eine AGB-Kontrolle über das UWG nun grundsätzlich möglich ist, wird hier mit Augenmaß vorzugehen sein, um rechtsmissbräuchliche Abmahnungen allein oder vorwiegend zur Erlangung von Kosten zu verhindern.**

<sup>1</sup> BGBl I 2007/79, in Kraft seit 12.12.2007.

<sup>2</sup> Grundlegend: 4 Ob 225/07b – Stadtrundfahrten.

<sup>3</sup> Dies gilt umso mehr, als eine Wettbewerbsabsicht nach der UWG-Novelle 2007 als solche nicht mehr Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs 1 Z 1 UWG ist.

<sup>4</sup> Siehe FN 2; vgl. auch Prunbauer-Glaser, Rechtsprechung zum unlauteren Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, RuW Nr. 171/2008 mwN.

<sup>5</sup> RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG, der RL 97/7/EG, RL 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der VO 2006/2004 – Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, ABl 11.6.2005 L 149/22; zur UWG-Novelle siehe etwa Seidelberger, Sonderausgabe zur UWG-Novelle RuW Nr. 170/2007.

<sup>6</sup> OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a – Zero intern = wbl 2010,366 = MR 2010,160 = ÖBl-LS 2010/90 (Thöni).

<sup>7</sup> BGH 31.3.2010, I ZR 34/08.

<sup>8</sup> Dies kann bei unklaren gesetzlichen Regelungen allerdings in der Praxis bereits eine erste Hürde sein.

<sup>9</sup> 4 Ob 225/07b – Stadtrundfahrten mwN.

<sup>10</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0077931; 4 Ob 177/05s.

<sup>11</sup> Siehe FN 2.

<sup>12</sup> Vgl. etwa 4 Ob 256/02d – Screening, 4 Ob 40/09z – Lademulden.

<sup>13</sup> 4 Ob 262/04i – Rolling Boards.

<sup>14</sup> 4 Ob 118/08v.

<sup>15</sup> Vgl. 4 Ob 40/09z.

<sup>16</sup> 4 Ob 99/09a = wbl 2010,366 – Zero intern; siehe auch den darin enthaltenen Hinweis auf BGH III ZR 199/01.

<sup>17</sup> Siehe FN 16; vgl. auch 7 Ob 179/03d mwN.

<sup>18</sup> Siehe Art 2 lit h und 5 Abs 2 lit a RL-UGP; § 1 Abs 4 Z 8 UWG.

<sup>19</sup> Der BGH setzt sich in seiner Entscheidung I ZR 43/08 ausführlich mit den divergierenden deutschen Literaturmeinungen auseinander, ob es sich bei bestimmten Klauselverboten des deutschen Rechtes um Marktverhalten regelnde Vorschriften handelt. Solche Überlegungen können aus Sicht der österreichischen Rechtsprechung dahinstehen, da hier Rechtsbruchtatbestand nicht davon abhängt, ob die übertretene Norm wettbewerbsregelnden Charakter hat. Siehe dazu auch FN 9, 10.

<sup>20</sup> Siehe BGH 31.3.2010, I ZR 34/08 mwN; dafür etwa Köhler in Bornkamm, UWG<sup>28</sup>, § 4 Nr 11, Rdn. 11.1156e; derselbe, Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, NJW 2008,177; Mann, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WRP 2007, 1035; Wolkewitsch, GRUR-RR 2007,257.

<sup>21</sup> Siehe Erwägungsgründe 1 und 3 bis 5 zur RL 1999/44/EG.

<sup>22</sup> Überzeugend Köhler, aaO, NJW 2008, 177.

<sup>23</sup> Köhler, aaO, weist darauf hin, dass es für die wettbewerbliche Relevanz im verbraucherschützenden Bereich nicht auf eine Intensität der Rechtswidrigkeit oder der Verwendung ankommt. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollte gleiches für Klauseln im B2B-Bereich gelten. Grenzen der übermäßigen Rechtsverfolgung seien durch den Missbrauchstatbestand des § 8 IV dUWG zu ziehen.

<sup>24</sup> Entspricht § 1 Abs 4 Z 8 UWG.

<sup>25</sup> Art 7 Abs 4 lit d) RL-UGP.

<sup>26</sup> Siehe allerdings die strenge Judikaturlinie zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, zu welchem sich eine weitere Schnittstelle öffnet.

# Allgemeines Zugabenverbotes europarechtswidrig

Der EuGH hat das allgemeine Zugabenverbot des § 9a UWG als mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken unvereinbar angesehen, sofern es den Bereich zwischen Unternehmen und Verbrauchern betrifft. Mit dieser Entscheidung wird eine wesentliche Änderung der Werbelandschaft verbunden sein.

## 1) VORGESCHICHTE

Der OGH hat dem Europäischen Gerichtshof (kurz EuGH – nach dem Vertrag von Lissabon korrekt Gerichtshof der Europäischen Union) das österreichische Zugabenverbot mit der Frage vorgelegt, ob dieses mit dem Europarecht, insbesondere mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) vereinbar ist (OGH vom 18.11.2008, 4 Ob 154/08p – Fußballer des Jahres II).

Diese Vorlage ist deshalb notwendig geworden, weil das belgische Koppelungsverbot vom EuGH als mit der Richtlinie unvereinbar und damit europarechtswidrig angesehen wurde. Aus diesem Grund ist auch vom deutschen Bundesgerichtshof (BGH) das deutsche Gewinnspielverbot dem EuGH zur Prüfung vorgelegt worden, welches schon am 14.1.2010 aufgehoben wurde (Rechtssache C-304/08, im Volltext wie alle EuGH-Entscheidungen zu finden unter [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)).

Die Europäische Kommission hat noch in ihrem Schriftsatz zu dem österreichischen Verfahren Rechtssache C-540/08 Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG gegen Österreich Zeitungsverlag GmbH ausgeführt, dass aufgrund des Schutzes der Medienvielfalt die UGP-Richtlinie dem Zugabenverbot bei periodischen Druckwerken nicht entgegenstehen sollte. Der EuGH ist dem aber letztendlich nicht gefolgt.

Aufgrund der Vorlage sind alle Verfahren wegen Zugabenankündigungen in erster Instanz unterbrochen worden. Konkret hat der OGH dem EuGH gemäß Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stehen Art 3 Abs 1 und Art 5 Abs 5 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber?

2. Wenn Frage 1 bejaht wird: Ist die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art 5 Abs 2 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das



ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet?

Dabei ging es um die Ankündigung einer Zeitung, wo die Wahl eines „Fußballers des Jahres“ beworben wurde. In diesem Beitrag konnte man ein Abendessen mit dem Sieger dieser großen Kickerwahl gewinnen, indem man einen Wahl-Coupon aus der Zeitung ausschneidet.

Der OGH hat diese Ankündigung vorläufig unter das Zugabensverbot subsumiert, allerdings aufgrund der laufenden Vorlageverfahren zum belgischen Koppelungsverbot und dem deutschen Gewinnspielverbot auch das österreichische Zugabensverbot dem EuGH zur Prüfung vorlegt. Eine mittlerweile zum Teil historische Betrachtung zum Zugabensverbot nach der UWG-Novelle 2007 finden Sie auch in der Ausgabe Nr. 172 unserer Mitgliederzeitschrift Recht und Wettbewerb vom November 2008, wo diese europarechtliche Entwicklung schon in ihren Anfängen beleuchtet wurde.

## 2) DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH ZUM DEUTSCHEN GEWINNSPIELVERBOT

Der EuGH  
in Luxemburg

Nach der Aufhebung des belgischen Koppelungsverbot hat der Europäische Gerichtshof Anfang dieses Jahres auch das generelle Koppelungsverbot von Gewinnspielen mit dem Kauf einer Ware im deutschen UWG als europarechtswidrig angesehen (EuGH vom 14.01.2010, C-304/08).

Aufgrund einer Vorlage des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelung im § 4 Nr. 6 deutschem UWG, nämlich das grundsätzliche Verbot der Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware abhängig zu machen, nicht mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) vereinbar ist.

Ein solches Verbot ist laut EuGH nur zulässig, wenn es nicht absolut ausgesprochen wird, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zur

**Der EuGH hat neben dem belgischen Kopplungsverbot und dem deutschen Gewinnspielverbot nun auch das österreichische Zugabenverbot gegenüber Verbrauchern als europarechtswidrig angesehen, weil in allen Fällen allgemeine per se Verbote vorgelegen haben und keine Prüfung im Einzelfall anhand der Kriterien der UGP-Richtlinie stattgefunden hat.**

Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme führt. Dabei kommt es darauf an, ob die Werbemaßnahme gemäß den in der UGP-Richtlinie aufgestellten Kriterien unlauter ist. Zu diesen Kriterien gehört insbesondere die Frage, ob die Praxis in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

Zu diesem Ergebnis kommt der EuGH aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des deutschen BGH in einem von der Wettbewerbszentrale betriebenen Verfahren. Dabei ging es um die Werbung des Einzelhandelsunternehmens Plus, das im Rahmen seiner Bonusaktion „Ihre Millionenchance“ die Verbraucher dazu aufforderte, bei Plus einzukaufen, um Punkte zu sammeln. Die Ansammlung von 20 Punkten ermöglichte es, kostenlos an bestimmten Ziehungen des Deutschen Lottoblocks teilzunehmen. Auf Antrag der Wettbewerbszentrale wurde Plus in erster und in zweiter Instanz verurteilt, diese Praxis zu unterlassen. Der BGH, der in letzter Instanz über diesen Rechtsstreit zu entscheiden hat, wollte vom Gerichtshof wissen, ob die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einem solchem grundsätzlichen Verbot wie dem im UWG § 4 Nr. 6 UWG entgegensteht. Dies hat der EuGH mit seiner Entscheidung wie schon bei seiner Entscheidung über das belgische Kopplungsverbot bejaht.

Es ist daher in Deutschland die Kopplung von Gewinnspiel und Produktabsatz nicht mehr per se verboten, sondern in jedem Einzelfall konkret dahingehend zu prüfen, ob durch diese Ankündigung das Verhalten der Verbraucher in unlauterer Weise beeinflusst wird.

### **3) DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH ZUM ÖSTERREICHISCHEN ZUGABENVERBOT**

Schließlich hat der EuGH sozusagen als Schlusspunkt verkündet, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einem

allgemeinen Zugabenverbot entgegensteht, selbst wenn dieses auch andere Ziele als nur den Schutz der Verbraucher verfolgt (EuGH vom 9.11.2010, C-540/08). Dieses Ergebnis hat bei der Verabschiedung der UGP-Richtlinie niemand vorhergesehen, weil die Zugabenregelungen noch in einem eigenen Verordnungsvorschlag zur Verkaufsförderung geregelt werden sollten, welche aber keine Mehrheit unter den Mitgliedsstaaten der EU gefunden hatte.

Wie gesagt war Ausgangspunkt dieser Entscheidung zum § 9a UWG die von einer österreichischen Tageszeitung veranstaltete Wahl eines „Fußballer des Jahres“, wo das Publikum aufgefordert wurde, daran per Internet oder mittels eines in der Zeitung abgedruckten Wahlcoupons teilzunehmen. Die Teilnahme ermöglichte den Gewinn eines Abendessens mit dem gewählten Fußballer.

Der Kläger als Herausgeber einer anderen Tageszeitung war der Ansicht, dass diese vom Erwerb der Zeitung abhängige Gewinnspielmöglichkeit eine unzulässige Zugabe im Sinne des § 9a UWG wäre. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes (OGH) ist die zu erlassende Entscheidung von der Auslegung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken abhängig, er hat das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Nach Ansicht des EuGH steht auch dem Zugabenverbot des § 9a UWG, soweit es den B2C-Bereich betrifft, die UGP-Richtlinie entgegen. Im Detail führt er zunächst aus, dass der Begriff „Geschäftspraktik“ besonders weit formuliert ist und daher auch Werbekampagnen wie hier mit dem Kauf von Waren verknüpfte Preissausschreiben darunter fallen.

Das von der österreichischen und belgischen Regierung vorgebrachte Argument, dass diese Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht von der UGP-Richtlinie erfasst wären, weil sie zeitgleich Gegenstand eines Vorschlags der Kommission für eine Verordnung gewesen wären, hat der EuGH nicht geteilt. Dazu stellt er fest, dass dieser Um-



stand es nicht ausschließt, dass auch diese Werbemaßnahmen unlautere Geschäftspraktiken im Sinne der UGP-Richtlinie darstellen, zumal dieser Verordnungsvorschlag (Anmerkung: mangels Zustimmung einer Mehrheit der Mitgliedsstaaten) im Jahr 2006 zurückgenommen wurde.

Weiters führt der EuGH aus, dass vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nur solche Geschäftspraktiken ausgenommen sind, welche „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Dies ist laut EuGH bei dem Zugabensverbot des § 9a UWG offensichtlich nicht der Fall.

Überdies teilt der EuGH nicht das Vorbringen der österreichischen Regierung, wonach der § 9a UWG nicht unter die UGP-Richtlinie falle, weil mit dieser Regelung im Wesentlichen der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt in Österreich verfolgt werde. Er begründet dies damit, dass die Medienvielfalt nicht zu den Ausnahmen zur Beibehaltung von Maßnahmen der Mitgliedsstaaten gehört und daher eine vollständige Harmonisierung auch in diesem Bereich stattgefunden hat.

Nachdem keine strengeren Regelungen als die in der UGP-Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen werden dürfen, widerspricht das Zugabensverbot des § 9a UWG dieser europäischen Regelung. Zugaben dürfen laut Ansicht des EuGH nicht unter allen Umständen, sondern nur nach einer konkreten Beurteilung untersagt werden dürfen. Diesen Schluss kann laut EuGH auch nicht in Frage stellen, dass § 9a Abs 2 UWG einige Ausnahmen vom Zugabensverbot vorsieht.

Die UGP-Richtlinie ist daher dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie dem allgemeinen Zugabensverbot des § 9a UWG entgegensteht, auch wenn diese nicht nur auf den Schutz der Verbraucher abzielt, sondern auch andere Ziele verfolgt.

Weiters antwortet der EuGH auf die

zweite Frage des OGH, dass die mit dem Kauf einer Zeitung verbundene Möglichkeit der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel nicht allein deshalb eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Verbraucher das ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieser Zeitung bildet.

Im nun fortzusetzenden Verfahren muss daher vom OGH laut EuGH überprüft werden, ob die fragliche Praxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Buchst. a der UGP-Richtlinie widerspricht.

#### 4) AUSWIRKUNGEN AUF DIE PRAXIS

Es ist – wie aufgrund der Vorentscheidungen zu erwarten – auch das allgemeine österreichische Zugabensverbot mit Ausnahme des B2B-Bereiches, welches nicht von der UGP-Richtlinie erfasst ist, vom EuGH als europarechtswidrig angesehen worden. Damit ist ein Per-se-Verbot unanwendbar geworden, welches zumindest als Ankündigungsverbot in Österreich seit 1929 besteht. Das Zugabensverbot wurde zunächst im Prämienengesetz, dann im Zugabengesetz und schließlich im § 9a UWG vom Gesetzgeber geregelt.

Mit dieser Entscheidung ist eine seit vielen Jahrzehnten wesentliche Bestimmung für Zugaben und Prämien als Geschenke oder zu einem Scheinpreis bei dem Kauf einer Ware oder Dienstleistung als allgemeines Verbot gefallen, welche das Werberecht in Österreich maßgeblich geprägt hat. Die letzte umfassende Änderung einer solchen Dimension war die ebenfalls von der Judikatur, allerdings vom OGH eingeleitete sukzessive Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, welche mittlerweile ebenfalls europaweit harmonisiert ist.

Hinsichtlich der Auswirkungen auf die Praxis stellt sich zunächst die Frage, ob der Gesetzgeber das Zugabensverbot für den Bereich zwischen Unternehmern erhalten wird

---

**Der EuGH hat die Europarechtswidrigkeit im Wesentlichen damit begründet, dass Zugabenaktionen auch Geschäftspraktiken sind, hier mit der UGP-Richtlinie eine Vollharmonisierung stattgefunden hat, eine Ausnahme für die Medienvielfalt nicht vorgesehen ist und B2B-Regelungen nur nicht erfasst sind, wenn sie lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen diesen beziehen.**

---



**Grundsätzlich sind jetzt Zugabenankündigungen an Verbraucher nicht mehr generell verboten, allerdings ist wie bei allen Werbeaktionen weiterhin zu beurteilen, ob im konkreten Fall nicht die berufliche Sorgfaltspflicht verletzt, also keine irreführende, aggressive oder sonst unlautere Geschäftspraktik begründet wird, was nun von der Rechtsprechung neu abzugrenzen sein wird.**

oder nicht. Weiters ist nun abzuwarten, wie die österreichische Judikatur Zugaben in Zukunft beurteilt, weil diese noch immer unlauter z. B. im Sinne eines übertriebenen Anlockens sein können, was besonders bei werthaften Zugaben zu argumentieren ist.

In Deutschland nimmt der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) eine sogenannte Missbrauchskontrolle vor, weil Zugaben nach seiner Ansicht in der Tat eine Missbrauchsgefahr sind. Einen solchen Missbrauch sieht er als gegeben an, wenn im Einzelfall irregeführt oder ein Angebot mit eventuellen Nachteilen oder Bedingungen nicht transparent dargestellt wird. So ist der Hinweis "Solange der Vorrat reicht" für eine Zugabe irreführend, wenn die bereitgehaltene Menge an Zugaben nicht im angemessenen Verhältnis zur erwarteten Nachfrage steht (BGH vom 18.9.2009, I ZR 224/06).

Bei den Gewinnspielkopplungen muss man abwarten, weil das generelle Verbot solcher Kopplungen mit dem Warenabsatz in Deutschland erst vor kurzem vom EuGH aufgehoben wurde. Die Kopplung eines Gewinnspiels mit dem Absatz dürfte zunächst ebenfalls nicht mehr generell verboten sein. Die Gerichte in Österreich und Deutschland werden allerdings vor dem Hintergrund der Generalklausel der UGP-Richtlinie neue Kriterien entwickeln müssen, wann ein so gekoppeltes Gewinnspiel doch unlauter sein kann.

Das wird dann der Fall sein, wenn wesentliche Informationen in der Werbung vorenthalten oder die Kunden sonst bei der Ankündigung irregeführt werden. Auch besonders hohe, attraktive Gewinne oder Zugaben könnten als unlauter betrachtet werden. Der OGH hat schon Wertreklame bei Geschenken untersagt, wenn diese einen wettbewerbsfremden psychischen Kaufzwang oder eine sonstige unlautere Beeinflussung des Kunden hervorrufen.

Laut OGH können Werbegeschenke dann einen solchen psychischen Kaufzwang auslösen, wenn sie sich wertmäßig nicht mehr im Rahmen halten oder nicht mehr maßvoll

sind, was bei Städteflugreisen von S 5.990,- für Abonnenten einer Zeitung der Fall ist (ÖBl 1996, 38 – Städteflugreisen). Auch die angekündigte Vergünstigung, Parkstrafen (teilweise) zu vergüten, stellt eine unsachliche Beeinflussung der Kunden dar und ist daher wettbewerbswidrig (ÖBl 1995, 211 – Falschpark-Strafzettel). Hingegen werden Rundfunkhörer durch ein nicht von Gegenleistungen abhängiges Millionengewinnspiel nicht zu unsachlichen wirtschaftlichen Entscheidungen verlockt (ÖBl 2003, 230 – Ö3 Millionengewinnspiel).

Der EuGH hat in seiner Entscheidung zum österreichischen Zugabenverbot festgehalten, dass die mit dem Kauf einer Zeitung verbundene Möglichkeit der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel nicht allein deshalb eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Verbraucher das ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieser Zeitung bildet.

Es muss daher vom OGH laut EuGH noch konkret beurteilt werden, ob die fragliche Praxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Buchst. a der UGP-Richtlinie entspricht oder nicht. In Zukunft ist somit im Einzelfall zu prüfen, ob Zugabenankündigungen insbesondere aufgrund ihrer Werthaftigkeit oder anderer Umstände nicht unlauter sind und auch mit dieser Ankündigung nicht über den Wert oder über die Bedingungen dieser Aktion in die Irre geführt wird. Wenn sich aber eine Zugabe wertmäßig im Rahmen bewegt und keine Täuschung der Kunden vorliegt, werden solche Werbemaßnahmen – im Gegensatz zur bisherigen Anwendung des allgemeinen Zugabenverbotes des § 9a UWG mit wenigen Ausnahmen – im Regelfall zulässig sein.

Wir halten Sie über alle Entscheidungen insbesondere in diesem Bereich auf unserer Website [www.schutzverband.at](http://www.schutzverband.at) und in Recht und Wettbewerb auf dem Laufenden.

# Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht 2010

Auf dem diesjährigen Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht (LIDC) von 30. September bis 3. Oktober in Bordeaux beschäftigten sich zahlreiche Juristen aus Europa, Nord- und Südamerika sowie aus Asien mit aktuellen Fragen des Wettbewerbsrechts.

Eine zwölf Personen starke österreichische Delegation reiste nach Bordeaux zur Tagung der Liga für Wettbewerbsrecht und repräsentierte Österreich mit der drittgrößten Delegation unter den rund 160 internationalen Teilnehmern aus 17 Ländern. Die österreichische Delegation umfasste Juristen der Wirtschaftskammern Österreich und Wien, des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb, der Bundeswettbewerbsbehörde sowie Rechtsanwälte mit Spezialisierung auf Wettbewerbs- und Kartellrecht.

Für den Eröffnungsvortrag des Liga-Kongresses konnte der Vorsitzende der französischen Wettbewerbsbehörde Bruno Lasserre gewonnen werden. Darin zeichnete er den Verlauf des Wettbewerbsrechts in Frankreich mit entscheidenden Wendepunkten nach und schilderte einprägsam, dass das Wettbewerbsrecht keineswegs ein langer, ruhiger Fluss sei, sondern immer wieder Wirbelströmungen entstünden.

Eine der zwei zentralen wissenschaftlichen Fragen der Tagung lautete: „In welchen Fällen und in welchem Maße sollten Preisabsprachen oder den Preis betreffender Informationsaustausch in vertikalen Beziehungen durch das Wettbewerbsrecht verboten sein?“ Dazu stellte zunächst die internationale Berichterstatterin Rechtsanwältin Elisabeth Eklund (Kanzlei Delphi, Stockholm) die Rechtslage in Europa, Japan und Brasilien vor. Nach angeregter Diskussion unter dem Vorsitz von Professor Christian Bovet (Dekan der juristischen Fakultät der Universität Genf) wurde dazu eine Resolution angenommen. Darin verwies die Liga

zuerst auf den Paradigmenwechsel in den USA und der EU und formulierte anschließend global umsetzbare Lösungsvorschläge.

Konkret wurde vorgeschlagen, gewisse „Safe Harbour Regeln“ aufzustellen, die den betroffenen Wirtschaftskreisen ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten können. Neben der klassischen Preisbindung der zweiten Hand (sei diese nur empfohlen oder bezüglich eines Mindest- oder Höchstpreises) wurden auch nationale Beispiele für den Austausch von Preisinformationen zwischen Händlern einerseits und dem Hersteller/Lieferanten andererseits aufgezeigt, die entweder zulässige Verhandlungen über individuelle Preisgestaltungen darstellen können oder horizontale Preisabsprachen im trilateralen Verhältnis zwischen Händler/Lieferant und weiteren Händlern bilden. Vor allem das Bundeskartellamt in Deutschland verfolgt hier eine strenge Linie und deutet Hinweise auf Preisinterventionen eines Händlers über die Preispolitik eines anderen Händlers beim gemeinsamen Lieferanten als Nachweise für eine horizontale Abstimmung auf Händlerebene.

Besonders kontrovers wurde Punkt zwei der Resolution diskutiert, worin eine umfassende gesamtwirtschaftliche Bewertung jeder einzelnen RPM (resale price maintenance) Maßnahme – auch bei fixen Mindestpreisen – vorgeschlagen war. Es wurde darauf hingewiesen, dass es rechtlich ausgeschlossen sei, im europäischen System des „Per Se“ – Verbotes für RPM „Rule of Reason“ – Überlegungen einzuführen, da dies schlicht Art. 101 AEUV widerspricht. Dabei



Fotostudio Bichi & Prendinger

**MAG. GEORGINA SCHENNER**  
Schutzverband



Blick über Bordeaux  
und die österreichische  
Delegation im Rathaus



sei aber klarzustellen, dass in allen Fällen von RPM die beurteilende Stelle – sei dies eine Wettbewerbsbehörde oder ein Gericht – eine umfassende Beurteilung aller Wettbewerbswirkungen vorzunehmen hat und all-fällige Effizienzen berücksichtigen sollte. Jedenfalls sollten Unternehmen mit einem Marktanteil von unter 15% weniger streng beurteilt werden.

Die zweite wissenschaftliche Frage lautete: „Inwiefern können Immaterialgüterrechte (Marken, Patente, Modelle und Designs, Urheberrechte, Herkunftsbezeichnungen) die vergleichende Werbung beschränken?“ Der entsprechende internationale Bericht von Prof. Jochen Glöckner (Universität Konstanz) verdeutlichte die äußerst unterschiedliche Rechtslage. Ein grundlegendes Problem ist, dass keine abschließende Definition von vergleichender Werbung existiert. So besteht kein Konsens darüber, ob dazu z. B. auch vergleichende Tests von Verbraucherorganisationen, nichtinformativ (witzige) Vergleiche, Spitzenstellungswerbung oder Vergleiche ohne vergleichbare Beziehung (z. B. ein Bier wie ein Champagner) als vergleichende Werbung anzusehen sind. Die Uneinigkeit in diesem Punkt spiegelte sich auch in der nachfolgenden Diskussion wieder.

Deutlich unterschiedlich sind auch die Regelungen der nationalen Rechte des Geistigen Eigentums, trotz des Umstands, dass in diesem Bereich zahlreiche internationale Abkommen bestehen. Freilich existiert in den Mitgliedsstaaten der EU ein geringeres Maß an Unterschieden als in anderen Län-

dern der LIGA wie z.B. Brasilien, Japan, Ukraine und USA. Komplexer wird die Rechtslage noch durch den Umstand, dass es in einzelnen Konstellationen in der Rechtsprechung auch weitere Konflikte gibt, wie z. B. Schutz von Privatsphäre gegen das Recht auf Meinungsänderung (ist doch Werbung eine Form von Meinungsäußerung) oder Investitionsschutz gegen freien Zutritt zum Markt. Es folgten rege Diskussionen unter dem Vorsitz von Rechtsanwalt Erik Vollebregt (Greenberg Traurig) und schließlich konnte in der Generalversammlung zu dieser Frage keine Mehrheit für den Resolutionsvorschlag des Berichterstatters erzielt werden.

Weitere interessante Vorträge und rege Podiumsdiskussionen standen am Liga-Kongressprogramm; zu allererst ein Forum an der renommierten französischen Richterhochschule in Bordeaux (Ecole nationale de la magistrature), das die Rolle des nationalen Richters bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts darstellte. Ein anderes Thema, nämlich die grenzüberschreitende Werbung für Alkohol, diskutierten Professor Eric Agostini (Universität Bordeaux), der das Alkoholwerbeverbot (Loi Evin) in Frankreich für übertrieben hielt und dessen positive Wirkungen auf die Volksge-sundheit bezweifelte, und Peter Oliver (Rechtsberater der EU-Kommission), der diese Beschränkung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Gesundheitsschutzes für zulässig erachtete.

Peter Oliver brachte einen Überblick über die Rechtsprechung zum Thema „Grenz-





Galadinner auf einem Weingut und die Altstadt von Bordeaux

überschreitende Alkoholwerbung“, wobei als Beispiel für die Auswirkung der französischen Regelung der „Bacardi Fall“ angeführt wurde. Hintergrund war die Weigerung ausländischer Sportvereine, bei Spielen, die in anderen Mitgliedsstaaten stattfanden, der Firma Bacardi im Hinblick auf diese Regelung Werbeflächen zu vermieten, da diese dann bei der Fernsehübertragung dieser Spiele in Frankreich sichtbar gewesen wären. Der EuGH entschied, dass das Loi Evin zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, jedoch diese Maßnahme zur Verwirklichung des Zieles des Gesundheitsschutzes zulässig ist.

Die Wechselwirkung zwischen Straffreiheit bei Anzeigen eines Kartellrechtsverstosses, Strafverfolgung und zivilrechtlichem Schadensausgleich behandelten – unter dem Vorsitz von Frédéric Jenny (Richter am französischen Kassationsgerichtshof) – André Bouquet vom juristischen Dienst der EU-Kommission sowie die Rechtsanwälte Jasper de Gou (Akzo Nobel NV) und Bruce Kilpatrick (Addleshaw Goddard LLP). Zunächst wurde die Problematik einer möglichen missbräuchlichen Inanspruchnahme dieser Kronzeugenregelung durch ein „strategisches whistleblowing“, um einen Mitbewerber zu schädigen, diskutiert. Es herrschte bei den Diskutanten weitgehende Einigkeit, dass sich die diesbezüglichen Befürchtungen in der Praxis nicht bewahrheitet hatten. Weiters wurde von André Bouquet besonders hervorgehoben, dass eine Pflicht zur permanenten Zusammenarbeit mit der Kommission bestünde und eine

bloß zeitlich befristete Kooperation nicht akzeptiert würde.

Zusammenfassend betrachtet ist ohne die – im Englischen „leniency programme“ genannte – Kronzeugenregelung eine Aufdeckung von Kartellen viel schwerer möglich. Dass diese aber auch nicht das Allheilmittel sei, wurde treffend mit einem aus dem Leben gegriffenen Beispiel verdeutlicht: „The leniency programme is like underwear. It suggests a lot, but also hides a lot.“ (Kurz gesagt: es deutet viel an, kaschiert aber auch viel).

Umrankt wurde der Kongress von einem beeindruckenden Rahmenprogramm mit einem Empfang im Rathaus von Bordeaux, wo sich die österreichische Delegation in den repräsentativen historischen Räumlichkeiten besonders wohl fühlte, wie die Bilder zeigen. Die verständlicher Weise zum UNESCO Weltkulturerbe zählende traumhafte Altstadt wurde den Teilnehmern bei einem geführten Stadtspaziergang näher gebracht. Schließlich bildete das Galadinner im Weingut von Château Giscours mit Weinkunde samt Verkostung ausgewählter Tropfen und Musik den krönenden Abschluss.

Der nächste Liga-Kongress wird von der englischen Landesgruppe von 22. bis 25. 9. 2011 in Oxford organisiert, wo wieder ein spannendes juristisches Diskussionsforum mit einem mindestens ebenso eindrucksvollen Rahmenprogramm geboten wird. Viel wurde noch nicht davon verraten, aber eines vorweg: ein Galadinner in der „Great Hall of Hogwarts“ – alias Great Hall of Christ Church College, Oxford University – sollte nicht versäumt werden.

# Eindrücke vom Internationalen Kongress der AIPPI 2010

Der alljährliche Kongress der AIPPI als der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz fand vom 3. bis 6. Oktober statt, wobei mehr als zehn Mitglieder der österreichischen Landesgruppe, einschließlich fünf Delegierter des Exekutivkomitees, daran teilnahmen.



Fotostudio Maurizio Maier

**DR. SONJA DÜRAGER**  
bvp Hügel Rechtsanwälte

„Paris la belle“ war Austragungsort des 42. Internationalen Kongresses der AIPPI 2010. Beherbergt wurden die Kongressteilnehmer im Palais des Congrès, dem im Jahr 1974 errichteten größten Kongresszentrum von Paris, am Rande des Pariser Stadtbezirks Batignolles-Monceaux, nicht unweit des bekannten Stadtparks Bois du Boulogne und der noch bekannteren Prunkstraße Avenue des Champs-Élysées. Am internationalen Kongress nahmen Patentanwälte, Rechtsanwälte und sonst mit der Materie IP vertraute Techniker und Juristen aus Industrie und Wirtschaft aus mehr als 100 Ländern teil. Die österreichische Landesgruppe war in diesem Jahr sogar durch 11 Mitglieder, die seit vielen Jahren größte Teilnehmerzahl, vertreten. Absicht der Kongressteilnehmer war neben dem gegenseitigen fachlichen Meinungs- und Informationsaustausch, Netzwerke aufzubauen und Kontakte zur Fachwelt aufzufrischen bzw. zu fördern.

Eröffnet wurde der Kongress am Sonntag im „Großen Amphitheater“ mit einem runden Tisch, an dem Thierry Sueur (Co-Vorsitzender des Organisationskomitees AIPPI 2010 und Präsident der französischen Landesgruppe), Benoit Battistelli (EPO), Yves Lapierre (INPI) und Francis Gurry (WIPO), Platz genommen hatten, um die Harmonisierung von internationalen IP-Gesetzen und die sich abzeichnende Entwicklung bei der Registrierung von Immaterialgüterrechten zu diskutieren. Im Anschluss wurde der mit EUR 10.000 dotierte akademische Preis der AIPPI 2010 an eine Arbeit über Immaterialgüterrechte und grüne Technologien ver-

geben. Als besonderer Höhepunkt dieser Eröffnung ist für Vertreter von immateriellen Rechtsgütern wohl das besonders eindrucksvolle „Speed Painting“, das am Klavier begleitet wurde, hervorzuheben. Anschließend wurde zu einem Empfang geladen, bei dem jeder Teilnehmer die erste Möglichkeit hatte, bekannte Gesichter wieder zu treffen und neue kennen zu lernen.

Das akademisch-wissenschaftliche Programm startete am Montag und war aufgeteilt in die ersten fünf Workshops, die den Themen Patentierbarkeit von Geschäftsmethoden, nicht traditionelle Marken, insbesondere 3D-Marken, Entwicklung grüner Technologien und ADR in Immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten gewidmet waren. Zuletzt haben noch 5 Richter aus Deutschland, Frankreich, Niederlanden, China und USA ihre Erfahrungen aus der Jurisprudenz im Patentrecht in ihren Heimatländern berichtet. Durch die Auswahl von Ländern mit





Rechtsordnungen, die sowohl Common Law als auch Case Law erfassen, wurde den Zuhörern ein interessanter Einblick in unterschiedliche formal- und materiellrechtliche Auffassungen, aber auch Gemeinsamkeiten gewährt. Am Dienstag folgten Workshops zu Lizenzierung, Keyword Advertising, Urheberrechten von Arbeitnehmern und Gestaltung eines IP-Portfolios, sowie ein Überblick zu der aktuellen markenrechtlichen Rechtsprechung des HABM und des EuGH und zu den Fragen des geistigen Eigentums bei der WIPO. Ab Dienstag wurde den in der Pharma-Branche Interessierten und Tätigen ein zusätzlicher Stream an Workshops, die sich ausschließlich mit immaterialgüterrechtlichen Aspekten von pharmazeutischen Erfindungen, Produkten sowie deren Herstellung befassten, angeboten. Der Mittwoch rundete das Programm mit Workshops zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im gerichtlichen Verfahren und zum Themenkomplex elektronische Bücher und Urheberrechte der Autoren – Stichwort Google Books – ab.

Allen Workshops war gemein, dass sie entweder die im Wandel der Zeit und des Fortschritts der Technologie entstandenen neuen IP-Themen analysierten, oder bereits alt bekannte Themen in ein neues Licht rückten. Jedenfalls aber wurden dem Publikum durch die Erörterung fremder Rechtsordnungen differenzierte Sichtweisen zu

einzelnen nationalen Fragestellungen, wie etwa der Patentierbarkeit von Geschäftsmethoden anhand des vom US Supreme Court entschiedenen Bilski-Falles, eröffnet. Sämtliche Workshops zeichneten sich durch hochrangige Redner, die in den jeweiligen Gebieten über eine herausragende Expertise verfügen, aus, welche nicht nur Einblicke in ihre jeweiligen Rechtsordnungen und die nationale Rechtsprechung geben konnten, sondern auch über praktische Erfahrungen zu berichten wussten. Neben Rechtsanwälten, Patentanwälten, Richtern und Universitätsprofessoren waren auch Unternehmensjuristen eingeladen, die aufgrund ihrer anwenderorientierten Berichterstattung zu würdigen waren. So präsentierte etwa Frau Maria Gonzalez Ordonez von Google Spanien, verfolgt von großem Interesse ihrer Zuhörerschaft, die Umsetzung und Konsequenzen der allseits bekannten und schon vielfach besprochenen Entscheidungen des EuGH zum Keyword Advertising.

Parallel zu den Workshopreihen fand das Arbeitsprogramm statt, in welchem Rahmen folgende fünf Fragen erörtert wurden: „Verantwortlichkeit für die mittelbare Verletzung von Rechten des Geistigen Eigentums – bestimmte Aspekte der Patentverletzung“, „Der Durchschnittsfachmann im Zusammenhang mit dem Erfordernis der erfinderischen Tätigkeit im Patentrecht“, „Der Schutz gegen die Verwässerung einer



Das Kongresszentrum  
und die österreichische  
Delegation in Paris

Marke“, „Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs“, sowie „Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz und erlaubte Benutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke in den Branchen der Hochtechnologie und der Digitaltechnologie“. Die Fragen, welche beim AIPPI-Kongress 2011 in Hyderabad diskutiert werden, wurden auch bereits in Paris anlässlich der ExCo Sitzung festgelegt.

Gesäumt war das akademisch-wissenschaftliche Programm von kulturellen Veranstaltungen, wie dem Besuch des Musée du Louvre. So wurden am Abend des 4. Oktober die Tore des Louvre, allerdings nur die Flügel Richelieu und Denon, ausschließlich für die Teilnehmer des Kongresses geöffnet. Neben da Vincis ewig lächelnder Mona Lisa oder Venus von Milo als Paradebeispiel der hellenistischen Kunst, konnte eine beeindruckende Vielzahl an weiteren Gemälden und Skulpturen bis zum 19. Jahrhundert bewundert werden. Mittelpunkt des Interesses vieler Besucher waren die prunkvollen Gemäcker von Napoleon III. Im

Anschluss an die Workshops und das Arbeitsprogramm wurde der wissenschaftliche Meinungsaustausch kombiniert mit geselligem Beisammensein bei einer bunten Vielfalt an Abendveranstaltungen fortgesetzt. Neben privaten Empfängen am Dienstag bildeten den krönenden Abschluss das Gala-Diner und der Tanzabend in Schloss Versailles. Als besonderes Event soll noch die „Women in IP“ – Happy Hour am Montag hervorgehoben werden. Es lud Renata Righetti zu einem geselligen Nachmittag mit Champagner und Fingerfood, welcher den fachlichen Austausch und das Schaffen von internationalen Netzwerken unter Frauen fördern sollte.

Alle Teilnehmer konnten für sich aus diesem sehr ereignisreichen 42. Kongress etwas mitnehmen und werden sowohl akademisch-wissenschaftliche Inhalte als auch gesellschaftliche Ereignisse in Erinnerung bewahren. Voll Vorfreude wird das nächstjährige Exekutivkomitee und Forum in Hyderabad, Indien, von 13. bis 19. Oktober 2011 erwartet. Der nächste Weltkongress wird schließlich von 20. bis 24. Oktober 2012 in Incheon (Korea) stattfinden.

## UNSERE JURISTISCHEN BUCHTIPPS

In Abwechslung zu der Rubrik juristischer Linktipps werden hier empfehlenswerte Bücher kurz rezensiert, welche trotz der zahlreichen interessanten Informationen im Internet nicht aus der juristischen Praxis wegzudenken sind.

Nachdem es schon einige Linktipps gegeben hat, werden diesmal gleich zwei Bücher vorgestellt, und zwar die für Rechtsspezialisten besonders wichtigen Kommentare zu Gesetzen. An erster Stelle ist für uns ein Kommentar zum Lauterkeitsrecht von großem Interesse.

Hier ist im Manz-Verlag ein besonders ausführlicher **Kommentar zum UWG** (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) im letzten Jahr erschienen, welcher von Professor Andreas Wiebe (Wirtschaftsuniversität Wien und Universität Göttingen) und Hofrat des OGH Professor Georg Kodek (Wirtschaftsuniversität Wien) herausgegeben worden ist. In diesem 1339 Seiten starken Buchwerk werden von 14 überwiegend in der Praxis tätigen Autoren nach einer Einleitung alle Paragraphen des UWG ausführlich kommentiert und dabei die bisherige Rechtsprechung und Literatur dargestellt und erläutert. Auch wenn durch die in dieser Ausgabe von Recht und Wettbewerb dargestellte Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit des allgemeinen Zugabensverbotes im § 9a UWG zumindest im B2C-Bereich ein Teil schon wieder überholt ist, stellt dieser Kommentar eine wichtige Nachlese für alle ständig in diesem Rechtsbereich tätigen Personen dar.

Ebenfalls als für die Praxis relevant anzusehen ist der **Kurzkomentar zum Konsumentenschutzgesetz (KSchG)**, welcher im Manz-Verlag dieses Jahr in der dritten Auflage erschienen ist. Dieses von der Rechtsanwältin Anne Marie Kosesnik-Wehrle herausgegebene Fachbuch enthält ebenfalls Erläuterungen zu allen Bestimmungen des KSchG samt einem Beitrag zur Entstehungsgeschichte des KSchG. Die Bearbeitung erfolgte neben der Herausgeberin durch Alexandra Hammerl von BMASK, Peter Kolba vom Verein für Konsumenteninformation und Rechtsanwalt Stefan Langer. Beide Kommentare stellen daher eine wichtige Ergänzung zu dem Studium der Fachzeitschriften und vor allem der laufenden Entscheidungen des OGH auf diesem Rechtsgebiet dar. Ideal ergänzt wird der UWG-Kommentar durch die Wettbewerbsfibel des Schutzverbandes als Praxispublikation mit rund 200 Seiten, welche Ende 2011 für seine Mitglieder neu erscheinen wird.



# Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Der Oberste Gerichtshof (OGH – Website [www.ogh.gv.at](http://www.ogh.gv.at)) prägt maßgeblich das Lauterkeitsrecht. Eine strenge Beurteilung wird von ihm bei Fällen einer möglichen Irreführung besonders dann angelegt, wenn der Eindruck einer Kostenfreiheit oder eines Gratisangebotes erweckt wird.

MAG. HANNES SEIDELBERGER

In der ausgewählten Entscheidung des OGH vom 11.5.2010 (4 Ob 29/10) ist es um die Werbung einer Finanzierung des Kaufpreises über zinslose Kredite gegangen. Die beklagte Einrichtungshauskette warb mit einer Finanzierungs-Aktion hervorgehoben „4 Jahre 0% Zinsen!“ bzw. „Jetzt kaufen – 2009 zahlen! 0% Zinsen“ (siehe Abbildungen).

Die zweite Instanz führte dazu aus, dass mit der Ankündigung „0% Zinsen“ ein zinsfreies und damit unentgeltliches Darlehen bzw. die Vermittlung eines solchen angeboten werde, somit eine Leistung, die vom weiten Produktbegriff in der Z 20 des Anhangs zum UWG erfasst sei. Es werde der Eindruck einer Kostenlosigkeit vermittelt. Diese Beschreibung entspreche nicht den Tatsachen, weil der Kunde trotz eines Nominalzinssatzes von 0% aufgrund der Bearbeitungs- und Kontoführungsgebühren je nach Laufzeit einen Effektivzinssatz von 3,9 % bzw. 5,02 % zu zahlen habe.

Laut Ansicht der zweiten Instanz sei nur die vom Kunden zu leistende Rechtsgeschäftsgebühr als im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik unvermeidbar anzusehen, nicht hingegen die Bearbeitungsgebühr und die Kontoführungsgebühren. Die Ankündigung verstoße daher gegen Z 20 des Anhangs zum UWG. Die Tatbestände des Anhangs zum UWG seien per-se-Verbote und führten ohne weitere Prüfschritte zur Beurteilung als unlautere Geschäftspraktiken. Es könne daher selbst ein deutli-



cher Hinweis auf etwaige Zusatzkosten die mögliche Irreführung bei Verwendung der Begriffe „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ und ähnliches nicht beseitigen.

Der OGH bestätigte diese Entscheidung dem Grunde nach und führte aus, dass die beanstandete Ankündigung einen unrichtigen Eindruck vermittelt, weil der aufklärende Hinweis über anfallende Gebühren im Kleindruck gehalten und daher nicht geeignet ist, die durch die 0%-Zinsen-Angabe veranlasste Annahme einer kostenlosen Finanzierung zu korrigieren. Es trifft zwar laut OGH zu, dass ein ausreichend deutlicher Hinweis auf eine Kostenbelastung zu einem anderen Gesamteindruck führen könnte. Einen solchen Hinweis gab es hier aber nicht und daher konnte das Verbot der Werbung über zinslose Kredite, wenn die Inanspruchnahme tatsächlich mit Entgelten verbunden ist, erlassen werden.





## 59 Cg 49/10x (Landesgericht Innsbruck) und 4 Ob 123/10h (OGH)

**Eine Supermarktkette** mit Sitz in Tirol hielt an ihren Standorten in **Salzburg** wie z. B. in der Filiale Bad Hofgastein am Sonntag zwischen 15.00 und 18.00 Uhr offen und verkaufte Artikel wie Waschmittel, Katzenstreu, Grablichter, Blumenzwiebel und Feueranzünder, welche nicht mehr als Reiseproviant anzusehen sind. Die Salzburger Öffnungszeitenverordnung regelt für Wintersportorte wie Bad Hofgastein, dass nur jene Verkaufsstellen sonntags geöffnet haben dürfen, welche Reiseandenken, Reiseproviant, Foto- und Toiletteartikel verkaufen.

Der in der Judikatur schon geklärte Begriff „Reiseproviant“ untersagt eindeutig den Verkauf von Waren über Lebensmittel bzw. Sachen des täglichen Bedarfs hinaus. Der Verordnungsgeber wollte offensichtlich nicht, dass sich Touristen und Wohnungsinhaber in bestimmten Orten mit allen Artikeln eindecken dürfen, sondern nur Reiseandenken, Reiseproviant usw. für einen Tagesausflug und ähnliches auch an Sonntagen

und an Feiertagen zugänglich machen.

Der Oberste Gerichtshof führte schon in seiner Entscheidung 4 Ob 366/80 vom 23.9.1980 zum Begriff des Reiseproviant aus: „... Darunter sind schon nach dem Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch nur jene Lebens- und Genussmittel zu verstehen, die während der Reise üblicherweise gegessen und getrunken werden, ohne dass vorher eine für den Genuss erforderliche Zubereitung notwendig wäre“. Im damaligen Fall wurden Backpulver, Maisstärke, Waschpulver, ebenso wie Lasagne, rohes Faschiertes und ähnliches an Sonn- und Feiertagen verkauft. Das fällt nach der eindeutigen Definition des Obersten Gerichtshofes keinesfalls unter Reiseproviant.

Nachdem der außergerichtlichen Aufforderung des Schutzverbandes nicht entsprochen wurde, musste auch im vorliegenden Fall eine Unterlassungsklage eingebracht werden. Der Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck gab dem Antrag auf einstweilige Verfügung statt und begründete dies damit, dass unter Bedachtnahme auf die bundesgesetzliche Vorgabe sowie auf den Regelungszweck der Salzburger Verordnung kein Zweifel daran besteht, dass sich die Touristenregelung auf den Verkauf der erwähnten Warengruppen beschränkt. Die beklagte Partei verstieß daher mit dem Verkauf von Artikeln wie z. B. Waschpulver, Katzenstreu, Grablichtern, Grillanzündern, Spezialsamen oder Substralstäbchen gegen § 7 Abs 1 Z 2 Öffnungszeitenverordnung.

Diese Entscheidung wurde vom Obersten Gerichtshof OGH bestätigt und die beklagte Partei verpflichtet sich daher in einem gerichtlichen Vergleich samt Veröffentlichung, außerhalb der zulässigen Öffnungszei-

ten insbesondere an Sonntagen Waren, die nicht als Reiseandenken, Reiseproviant, Foto- Toiletteartikel zu qualifizieren sind, zu verkaufen.

## 59 Cg 23/10x (Landesgericht Innsbruck)

**Ein Unternehmer aus Tirol** verfügte über eine eingeschränkte freie Gewerbeberechtigung für das Immobilienpräsentatorengewerbe (Durchführung von beauftragten Besichtigungen von Immobilien ohne Beratung und Vermittlung), trat aber unter der Domain [www.immobilienvelt24.at](http://www.immobilienvelt24.at) als Immobilienmakler am Markt auf und präsentierte sich wie folgt:

„Innerhalb von 48 Stunden erhalten sie von uns einen realistischen Marktwert Ihrer Immobilie. Wir planen und erstellen für Sie die gesamte Präsentation Ihrer Immobilie, organisieren und führen die umfangreichen Werbemaßnahmen aus, selektieren die Interessenten und organisieren die Besichtigungstermine. Die komplette Kaufpreisverhandlung sowie die Planung, Vorbereitung und Durchführung des Kaufvertrages und des Notartermins laufen über unser Unternehmen. Neben einer Vielzahl von Vorteilen hat die Vermittlung Ihrer Immobilie über einen Makler ei-



nen großen Nachteil: Die vom Verkäufer zu zahlende Vermittlungsprovision von 3,5% des Kaufpreises sowie zusätzliche 3,5% vom potentiellen Käufer der Immobilie. Damit hat Österreich die höchste Maklerprovision in ganz Europa ...“. Weiters: „...von unserem innovativen Verkaufsansatz profitieren sowohl Käufer als auch Verkäufer. Der Käufer kann sich mehr Immobilie leisten, da er die Provision spart. 100% provisionsfrei für Käufer und Verkäufer – zu einem einmaligen Festpreis von EUR 995,- inkl. MWSt. bei einem vorher fest definierten Leistungsspektrum.“

Diese Werbung ist einerseits standeswidrig, andererseits unwahr, weil der Beklagte eine Provision in Form eines Festpreises verlangte, der schon bei Vorliegen des Bewertungsgutachtens, also am Beginn seiner Bewerbungs- und Vermittlungsbemühungen fällig wurde, und zwar unabhängig von einer erfolgreichen Vermittlung. Weiters wurden Makler pauschal abgewertet, was § 1 UWG widerspricht. Die Werbelinie des Beklagten verstößt gegen das Irreführungsverbot im § 2 des UWG und der Berufsstand der Immobilienrehändler (Immobilienmakler) wird durch unsachlich aggressive Behauptungen diffamiert.

Aus diesem Grund wurde vom Schutzverband eine Unterlassungserklärung gefordert, weil dieser Unternehmer Immobilien vermittelte, obwohl er nicht über das Gewerbe als Immobilienmakler verfügte, und irreführende sowie herabsetzende Ankündigungen durchführte. Nachdem nicht eingelenkt wurde, brachte der Schutzverband eine Unterlassungsklage ein und wurde auch eine einstweilige Verfügung erlassen.

Abschließend kam es zu einem Vergleich, in welchem sich der Beklagte verpflichtete, es zu unterlas-

sen, die provisionsfreie Vermittlung von Immobilien insbesondere mit Hinweisen wie „100% provisionsfrei für Käufer und Verkäufer“ oder „Finden Sie den richtigen Mieter – provisionsfrei für Vermieter oder Mieter“ zu bewerben, wenn in Wahrheit anders als bei einer Immobilienmaklerprovision der von ihm verlangte Festpreis zu bezahlen ist, bevor und unabhängig davon, ob überhaupt ein rechtswirksamer Vertrag zustande kommt.

## 59 C 509/10d (BG für HS Wien)

**Ein bekannter Automobilclub mit Sitz in Wien** bot Versicherungen unter seinem Namen an. Es entstand damit irreführend der Eindruck, dass dieser Club eigene Versicherungen anbieten würde, obwohl er selber keine Versicherung ist. Ebenso irreführend war die pauschale Bewerbung einer angeblichen Reduktion von „jetzt bis -30%“, weil sich nicht klar ergab, auf welche Preise hier konkret Bezug genommen wurde.

Diese mehrfach irreführende Werbung wurde medial auch auf zahlreichen Plakaten durchgeführt. Eine solche Bewerbung ist unklar bzw. mehrdeutig und nach der Rechtsprechung unzulässig. Bei den getätigten Ankündigungen wird bei den Empfängern der Eindruck erweckt, dass es sich um Versicherungen des Automobilclubs selber handelt, welche der Klub preisreduziert hat, was nicht der Wahrheit entspricht.

Die Gegenseite bezeichnete diese Anschuldigungen zunächst als ungeRechtfertigt, weil auf der Website auf seine Kooperationspartner hingewiesen wird und dies auch den Club-Mitgliedern langjährig bekannt sei. Der



Automobilclub entfernte aber nach nochmaliger Aufforderung alle beanstandeten Plakate.

Abschließend kam es zu einem gerichtlichen Vergleich, in welchem sich der Automobilclub verpflichtete, mit ausreichender Deutlichkeit, etwa durch einen Sternchenverweis, in geeigneter Weise darüber aufzuklären, dass es sich bei den angebotenen Kfz-Versicherungen um Versicherungsverträge handelt, welche seine Mitglieder über seine Vermittlung als Versicherungsagent mit dritten Versicherungsgesellschaften abschließen können.

Außerdem verpflichtete sich der Automobilclub, es zu unterlassen, blickfangartige Versicherungsprämiensparnisse bis -30%, insbesondere mit Hinweisen auf eine bloß zeitlich beschränkte Verfügbarkeit, für Versicherungen anzupreisen, ohne mit ausreichender Deutlichkeit über die für den Kaufentschluss wesentlichen Voraussetzungen aufzuklären, insbesondere ohne über einschränkende Bedingungen zur Erlangung dieses Prämienvorteils aufzuklären oder ohne darüber aufzuklären, dass die Prämiensparnis eine Kumulation gestaffelter, nur teilweise zeitlicher aktionsbefristeter Rabatte voraussetzt.



# ÖSTERREICHISCHE VEREINIGUNG

## FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT



## Was macht die Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV)

- ▶ Herausgeber der Österreichischen Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht („ÖBI“)
- ▶ Veranstalter des alljährlichen ÖBI-Seminars
- ▶ Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen
- ▶ Veranstaltung von Vorträgen und Workshops
- ▶ Kontakt zu internationalen Organisationen
- ▶ wissenschaftliches Diskussionsforum

## Welche internationalen Zusatzmitgliedschaften stehen offen

### AIPPI

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle  
(Internationale Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz)

[www.aippi.org](http://www.aippi.org)

Die AIPPI (gegründet 1897 unter Mitwirkung der österreichischen Landesgruppe) fördert in Zusammenarbeit mit Behörden, Richtern und Hochschulen den Schutz geistiger und gewerblicher Leistungen auf internationaler Ebene.

### L.I.D.C. (LIGA)

Ligue Internationale du Droit de la Concurrence  
(Internationale Liga für Wettbewerbsrecht)

[www.ligue.org](http://www.ligue.org)

Die LIGA (gegründet 1930) ist eine unabhängige internationale wissenschaftliche Vereinigung. Zu ihren Zielen zählt insbesondere die Förderung eines freien, gesunden und lautereren Wettbewerbs.

## Wie wird man Mitglied

Durch einen formlosen Beitrittsantrag an die Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

### Mitgliedsbeiträge (pro Jahr)

ÖV	Einzelmitglieder:	60,- EURO
	Personen-, Kapitalgesellschaften und sonstige Körperschaften	75,- EURO
	Beamte, Richter, Studenten, Pensionisten	37,- EURO
AIPPI	Zusatzmitgliedschaft (alle Kategorien)	85,- EURO
LIGA	Zusatzmitgliedschaft (alle Kategorien)	40,- EURO

Die Mitgliedsbeiträge für diese Zusatzmitgliedschaften decken die an die jeweilige internationale Organisation abzuführenden Beiträge.

### Kontakt:

Österreichische Vereinigung für  
gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV)  
Generalsekretariat – Generalsekretär Mag. Hannes Seidelberger  
Schwarzenbergplatz 14, 1040 Wien  
E-Mail: [office@oev.or.at](mailto:office@oev.or.at), Fax: 01/5057893