

# Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

Zum Kundenausspannen durch „Kündigungshilfe“

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Irreführende Werbung mit langer Unternehmenstradition

Aktuelle Rechtsprechung des BGH zu Influencer-Werbung

NEU: Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz im Lebensmittelsektor

Kartellrechtsnovelle 2021 in Kraft getreten

Täuschen und Tarnen – Methoden von Schwindelfirmen im Überblick

Bericht über das 27. ÖBI-Seminar zum gewerblichen  
Rechtsschutz und Urheberrecht

Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht und verwandten Gebieten

**Nummer 190** Jänner 2022 67. Jahrgang

# Recht und Wettbewerb

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

Zum Kundenausspannen durch „Kündigungshilfe“ **SEITE 4**

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Umsetzung der Omnibus-Richtlinie im UWG **SEITE 9**

Irreführende Werbung mit langer Unternehmenstradition **SEITE 10**

Verkauf aller Waren im Lockdown durch Mischbetriebe –  
Klage nach dem UWG aus formalen Gründen abgewiesen **SEITE 13**

Rechtsprechung des BGH zu Influencer-Werbung **SEITE 14**

Unlautere Irreführung durch „Made in Austria“ bei Schutzmasken **SEITE 19**

Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz  
im Agrar- und Lebensmittelsektor **SEITE 20**

Kartellrechtsnovelle 2021 in Kraft getreten **SEITE 26**

Täuschen und Tarnen – Methoden  
von Schwindelfirmen im Überblick **SEITE 32**

Unerbetene Nachrichten im neuen  
Telekommunikationsgesetz 2021 **SEITE 36**

Bericht über das 27. ÖBI-Seminar zum  
gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht **SEITE 37**

Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht  
und verwandten Gebieten **SEITE 44**

„Recht und Wettbewerb“ ist die mindestens 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, 1030 Wien I Wien Mitte, Ditscheinergasse 4 (vormals 1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14) ZVR 473025626, gegründet 1954. **Vorstand:** Friedrich Ammaschell, KommR Günther Rossmann, Ing. Klaus Schmidtschlager, KommR Ing. Johann Klein, KommR Horst Szaal, KommR Karl Kristian Gödde, KommR Gerhard Holub, Andreas Popper, KommR Ing. Wolfgang Schirak, Gerhard Steuer.

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

**Layout:** Wolfgang Greiner e.U., 1200 Wien. **Druck:** Druckerei Robitschek & Co GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10–12

# Liebe Mitglieder!

Die Vielfalt im Wettbewerb spiegelt sich in der Tätigkeit des Schutzverbandes wider. Wie ein bunter Blumenstrauß zeigen sich die unterschiedlichen Fälle, welche an uns als Hüter des fairen Wettbewerbs herangetragen werden. Nicht alle Anliegen können über das UWG gelöst werden, aber die hohe Erfolgsquote zeigt, dass auch mit wenigen Mitteln einiges erreicht werden kann.

In dieser Ausgabe von Recht und Wettbewerb werden zahlreiche verschiedene Themen behandelt, welche in der unternehmerischen Praxis eine wichtige Rolle spielen. Dazu informieren wir über aktuelle Gesetzesnovellen im Kartell- und Nahversorgungsrecht.

Im Wettbewerbskommentar der Verbandsanwältin Dr. Marcella Prunbauer-Glaser wird die Rechtsprechung zu **Kunden- oder Mitarbeiter-Abwerbepraktiken** – insbesondere in Form einer Kündigungshilfe – beleuchtet, welche lauterkeitsrechtlich zuletzt von der Rechtsprechung in einem liberalen Sinne beurteilt worden sind.

Aktuell hat sich die Judikatur auch mit der **Werbung mit einer langen Unternehmens-tradition** beschäftigt. In einem Beitrag dazu wird dargestellt, dass Hinweise auf ein historisches Gründungsdatum oder sonstige, auf eine traditionelle Unternehmenskultur bezugnehmende Ankündigungen als täuschend anzusehen sind, wenn keine entsprechende Unternehmenskontinuität nachgewiesen werden kann.

Besonders spannend sind die ersten Entscheidungen des deutschen BGH zu **Influencer-Werbung**, nachdem vor allem die Generation Z (unter 20-jährige) fast durchwegs schon einmal oder sogar öfter aufgrund solcher Empfehlungen gekauft haben.

Wesentliche Neuerungen bringen zwei Novellen im Wettbewerbsrecht aufgrund von europäischen Vorgaben. Neben der **Kartellrechtsnovelle 2021** werden in diesem Heft auch das umfassend überarbeitete Nahversorgungsgesetz mit dem neuen Titel **Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz** und seinen Auswirkungen auf den Lebensmittelsektor zusammengefasst.

Weiters sind die Angebote der **Schwindelfirmen** in ihrer Irreführungseignung ebenfalls vielfältig und wir haben in bewährter Weise die Fälle der letzten Zeit mit einigen Tipps zusammengefasst. **Interessante Rechtsprechung** des OGH und des EuGH zum Lauterkeitsrecht sowie verwandten Rechtsgebieten ergänzen den Inhalt.

Der Wettbewerb bleibt farbenreich und mit der Erfahrung und Spezialisierung des Schutzverbandes in diesem Bereich sind wir gerne Ihr Ansprechpartner in allen Fragen des unlauteren Wettbewerbs.



„Die Spannweite der Fälle im Wettbewerb quer durch alle Branchen machen die tägliche Arbeit nicht nur spannend, sondern zeigen auch den Bedarf an der besonderen Expertise des Schutzverbandes ...“

MAG. HANNES  
SEIDELBERGER  
Geschäftsführer

## Zum Kundenausspannen durch „Kündigungshilfe“

Viele Wirtschaftstreibende sehen sich in der Unternehmensrealität zunehmend mit aus ihrer Sicht unerfreulichen Abwerbepraktiken konfrontiert. Gerade in wirtschaftlich herausfordernden Zeiten sind Kunden wie Mitarbeiter noch wichtiger als zuvor.



Illustration: snyGGG | Adobe Stock

Fotostudio Huger



**DR. MARCELLA PRUNBAUER-GLASER**  
Rechtsanwältin in Wien

Es gehört zum Wesen des freien Wettbewerbs, durch ein attraktives Angebot in den Kundenkreis von Mitbewerbern einzudringen, weil eben die Erschließung neuer Märkte oder die Verbreiterung des eigenen Angebots in einem (neuen) Bereich sich in aller Regel auch an bestehende Kunden eines anderen richtet. Gleichzeitig ist der (Stamm)Kundenkreis unzweifelhaft ein sehr erheblicher Vermögenswert (good will) eines Unternehmens, der mit Kosten und Mühen geschaffen wurde. Aber es besteht in einem freien, nach den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs orientierten Markt nach ganz herrschender Auffassung kein Rechtsanspruch auf Erhaltung dieser einmal erlangten Beziehungen. Vertragsbeziehungen sind individuell, relativ und zunehmend auch volatil.

Der Kundenkreis ist für sich genommen somit aus Sicht des Lauterkeitsrechts kein geschütztes Rechtsgut. Das Ausspannen von

Kunden ist nach der Rechtsprechung selbst dann noch nicht unlauter, sondern wettbewerbsimmanent, wenn es zielbewusst und systematisch erfolgt.

*Erst durch Hinzutreten besonderer Umstände, die den Leistungswettbewerb verfälschen, wird die Schranke zum wettbewerbsrechtlich verpönten Verhalten überschritten.<sup>1</sup>*

Die Wettbewerbsfreiheit umfasst grundsätzlich auch das Abwerben von Mitarbeitern. Unternehmen haben ebenso wenig einen Anspruch auf den Mitarbeiterbestand, wie sie einen Anspruch auf einen Kundenbestand haben<sup>2</sup>. Auch hier gilt, dass erst durch besondere Begleitumstände, die den Wettbewerb verfälschen, insbesondere, wenn verwerfliche Mittel angewendet oder verwerfliche Ziele verfolgt werden, etwa ein Abwerben unter Irreführung oder mittels aggressiver geschäftlicher Handlungen, ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten verwirklicht wird.<sup>2</sup>

Wie oft in der lauterkeitsrechtlichen Praxis ist jeweils *anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls* zu beurteilen, ob Grenzen überschritten wurden.

Bei Fällen von „Kündigungshilfe“ bzw. einer Unterstützung dabei, vorbestehende Verträge mit Mitbewerbern zu beenden, um dann neue eigene Verträge eingehen zu können, scheint die *Judikatur zuletzt zunehmend eine liberalere Sicht* einzunehmen. Dazu zwei jüngere Entscheidungen:

## 1. OGH vom 22.9.2020, 4 Ob 126/20p – Kündigungsschreiben

### Zum Sachverhalt

Der beklagte Vermögensberater und Versicherungsmakler war zunächst als gebundener Vermittler für die Klägerin tätig. Nachdem er die (ordentliche) Kündigung ausgesprochen hatte, wurde gemeinsam vereinbart, dass die Kunden selbst entscheiden können sollten, welchen Betreuer sie zukünftig haben möchten. Nun arbeitet der Beklagte im selben Geschäftsbereich wie die Klägerin (seine frühere Vertragspartnerin) mit einem anderen Unternehmen zusammen.

Nach Ablauf des Vertragsverhältnisses und damit nach Beendigung seiner Tätigkeit für die Klägerin teilte der Beklagte den bisher von ihm betreuten Kunden mit, dass eine weitere Betreuung durch ihn künftig nur unter einem anderen „Haftungsdach“ möglich sei. Die Kunden könnten schriftlich mitteilen, wenn sie keinen Kontakt mehr mit der Klägerin haben wollen und die Vollmacht zu dieser kündigen möchten; ein Betreuerwechsel sei freie Entscheidung des Kunden. Gleichzeitig *sandte er den Kunden ein vorformuliertes, an die Klägerin gerichtetes Musterkündigungsschreiben* wie nachstehend zu:

*„Sehr geehrte Damen und Herren!  
Ich darf Sie informieren, dass ich ab sofort nicht mehr durch Ihr Unternehmen*

*bzw. durch Ihre Berater kontaktiert werden möchte; ...*

*Ich widerrufe mit sofortiger Wirkung sämtliche von mir erteilte Vollmachten und erkläre die sofortige Beendigung jedwedes Betreuungsverhältnisses durch Ihr Unternehmen ...“*

Daraufhin retournierten 121 früher vom Beklagten für die Klägerin betreute Kunden diese Musterkündigung; der Beklagte sendete diese dann gesammelt an die Klägerin weiter.

### Entscheidungsgründe

Der OGH stellte die abweisende erstinstanzliche Entscheidung wieder her und führte aus:

Das Ausspannen von Kunden ist für sich genommen nicht unlauter. Auch ein zielbewusstes und systematisches Ausspannen von Kunden ist – ebenso wie die Verleitung zu einer ordnungsgemäßen Vertragsauflösung (im Gegensatz zur Verleitung oder Beihilfe zum Vertragsbruch!) – erst dann unlauter, wenn verwerfliche Mittel angewendet werden, die den Leistungswettbewerb verfälschen.<sup>3</sup> Bloße Kündigungsberatung ist nicht unlauter.

Zu Fällen einer über die bloße Beratung hinausgehenden „Kündigungshilfe“ in Form eines vorformulierten Musterkündigungsschreibens, welches nur noch zu unterschreiben ist, kommt der OGH unter Hinweis auf kritische Literaturmeinungen auf seine frühere, eher restriktiv im Einzelfall differenzierende Judikatur<sup>4</sup> sowie auf eine Entscheidung des deutschen BGH<sup>5</sup> zurück, in welcher dieser ebenfalls ausgesprochen hatte, dass es grundsätzlich zulässig sei, einem vertraglich gebundenen Kunden bei einer ordnungsgemäßen Kündigung dadurch zu helfen, dass man ihm ein Kündigungsschreiben zur Verfügung stellt, welches er dann ohne Irreführung, Überrumpelung oder sonstige unsachliche Beeinflussung nach seiner freien Entscheidung verwenden könne. Der OGH kommt danach zum Ergeb-

---

**Laut OGH ist das Ausspannen von Kunden für sich genommen nicht unlauter. Auch ein zielbewusstes und systematisches Vorgehen ist erst dann unlauter, wenn verwerfliche Mittel angewendet werden, die den Leistungswettbewerb verfälschen. Bloße Kündigungsberatung ist nicht unlauter.**

---



Die Beklagte, der ein wettbewerbswidriger Verstoß gegen eine AGB-Bestimmung des Klägers vorgeworfen wird, kann sich im Lauterkeitsprozess auf die zivilrechtliche Nichtigkeit dieser Bestimmung berufen.

nis, dass nach dem ihm vorliegenden, bescheinigten Sachverhalt *kein verwerfliches Mittel* eingesetzt worden sei.

Wird die freie Entscheidung des Kunden nicht unsachlich, ohne unsachliches Lockmittel oder ohne irreführende Geschäftspraktiken, beeinflusst, sondern dieser nur dabei unterstützt, einen selbst frei gefassten Entschluss umzusetzen, wird die Grenze des Leistungswettbewerbs nicht überschritten. Dass die Vornahme der Kündigung dadurch faktisch erleichtert und aus Sicht des Kunden auch als Serviceleistung gesehen wird, beeinflusse den Leistungswettbewerb noch nicht.<sup>6</sup>

Im konkreten Fall sei mit dem vorformulierten Musterkündigungsschreiben letztlich nur die zwischen den Streitteilen getroffene Vereinbarung umgesetzt worden, dass sich die Kunden frei für einen Betreuer entscheiden können sollten.

## 2. OGH vom 11.8.2020, 4 Ob 102/20h – Energieanbieter-Wechselservice

### Zum Sachverhalt

Die Klägerin ist eine Energielieferantin, die Stromprodukte für Privat- und Geschäftskunden anbietet. Nach ihren AGB ist für den Abschluss ihrer Online-Tarife vorausgesetzt, dass der Kunde den Vertrag *persönlich* und nicht durch einen Stellvertreter abschließt. Dieses persönliche Handeln muss der Kunde während des Bestellvorgangs durch Anklicken eines Kästchens auch bestätigen.

Die Beklagte bietet auf ihren Webseiten ein *automatisches Energieanbieter-Wechselservice für Privatkunden* an, wodurch die Kunden die Möglichkeit haben sollen, jährlich zum Anbieter mit dem günstigsten Stromangebot zu wechseln. Dazu wiederum muss der Beklagten eine Vollmacht erteilt werden (damit sie in Stellvertretung handeln kann). Bei Abschluss eines Online-Vertrags mit der Klägerin wird somit das *Kästchen mit der Erklärung, dass der Kunde die persönlichen Daten selbst eingegeben habe und nicht als Stellvertreter handle, von den Mitarbei-*

*tern der Beklagten für den wechselwilligen Kunden wahrheitswidrig angeklickt.*

Vorgeworfen wird der Beklagten bei dieser Form der Kündigungshilfe/Vertragsänderung beim Energieanbieterwechsel ein Verstoß gegen den lauterkeitsrechtlichen Wahrheitsgrundsatz.

Auch hier stellte der OGH die abweisende erstinstanzliche Entscheidung mit den nachfolgend zusammengefassten Argumenten wieder her.

### Entscheidungsgründe

Neben (hier nicht weiter interessierenden) Ausführungen zum (bejahten) Wettbewerbsverhältnis als lauterkeitsrechtlich notwendigem Ansatzpunkt, um überhaupt das UWG anwenden zu können, sei entscheidend:

Nach dem Sachverhalt gibt die Beklagte zwar tatsächlich durch das Anklicken des Kästchens mit der durch die Geschäftsbedingungen geforderten Erklärung, dass man höchstpersönlich und nicht als Stellvertreter (welcher die Beklagte ist) agiert, eine wahrheitswidrige und gegen die AGB verstoßende Erklärung ab, nicht als Stellvertreter des Kunden zu handeln; sie täuscht damit über das Vorliegen eines persönlichen „Eigenabschlusses“. Damit ist der Beklagten das Erschleichen einer Leistung durch Täuschung vorzuwerfen, was an einen „Schleichbezug“ erinnert.

Allerdings – und hier entscheidungsrelevant – *kann sich die Beklagte im Lauterkeitsprozess auf die Nichtigkeit ihrer Vertragsklausel wegen Sittenwidrigkeit bzw. gröblicher Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB berufen:*

Ist nämlich die zugrundeliegende vertragliche Regelung, auf deren Verletzung sich die Klägerin beruft (hier: vertraglicher Abschluss jeglicher Stellvertretung in den AGB) nichtig und damit unwirksam, so begründet der inkriminierte Verstoß keine lauterkeitsrechtlich relevante Täuschung.

Auch dazu bezieht sich der OGH unter anderem auf Überlegungen des deutschen BGH in einem ähnlich gelagerten Fall, wo



es um die Vermittlung von Flugbuchungen über ein Internetvergleichsportal und den Verstoß gegen AGB-Bestimmungen ging, die durch Anklicken bestätigt werden mussten.<sup>7</sup> Der BGH kam dort zu dem Ergebnis, dass kein wettbewerbsfremder Schleichbezug durch Täuschung vorliegt, wenn schon das System, welches solche Bestätigungsklicks verlangt, wegen Nichtigkeit der AGB nicht schützenswert ist.

Die Prüfung der AGB-Klausel auf ihre Nichtigkeit, insbesondere im Hinblick auf das Verbot der gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ergibt, dass kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für das AGB-Verbot der Stellvertretung als Abweichung vom dispositiven Recht besteht. Die Interessenabwägung schlägt deutlich zugunsten des Kunden (und damit des Beklagten) aus, zumal der Kunde im Falle einer von ihm gewünschten Stellvertretung ohne triftigen Grund von den Online-Angeboten der Klägerin ausgeschlossen wird.

### 3. ANMERKUNGEN

Beide aktuellen, in ihrem Einzelfall-Ergebnis meines Erachtens richtigen Entscheidungen aus dem weiten Feld denkbarer Praktiken

beim Ausspannen von Kunden bzw von Versuchen, sich dagegen tunlichst vorsorglich etwa über möglichst beschränkende oder auch behindernde Bestimmungen in den AGB abzusichern, sind schon wegen der oben aufgezeigten unterschiedlichen möglichen lauterkeitsrechtlichen Ansatzpunkte interessant.

Die Unterschiedlichkeit der wettbewerbsrechtlich möglichen Ansatzpunkte resultiert aus dem jeweiligen konkreten Sachverhalt einerseits und dem von der Rechtsprechung vorgegebenen Erfordernis andererseits, *jeweils im Einzelfall die besonderen Begleitumstände, die erst den Wettbewerb und die freie Entscheidung eines Kunden verfälschen, darzutun* und – als Kläger – dann im Verfahren zu beweisen.

Die leider schon länger bestehende Kasuistik der Rechtsprechung, die in der Praxis bei einer Einzelfallprüfung dennoch gedanklich mitzuberücksichtigen ist und oft Erklärungsbedarf auslöst, bleibt. Zu konstatieren ist freilich eine zunehmend liberale Rechtsprechungstendenz bei Fällen der Kundenabwerbung in Form einer „Kündigungshilfe“, um den Vertragswechsel eines wechselwilligen Kunden möglichst auch faktisch zu erleichtern.

**Bei Fällen der Kundenabwerbung in Form einer „Kündigungshilfe“ ist eine zunehmend liberale Rechtsprechungstendenz festzustellen.**

Die von unsachlichen Beeinflussungen freie, gleichzeitig informierte Entscheidung eines Verbrauchers bei seinem wirtschaftlichen Verhalten ist ein Leitmotiv des Lauterkeitsrechts vor allem seit der UGP-RL<sup>8</sup> und der UWG-Nov 2007. Vor diesem Hintergrund sind tatsächliche „Serviceleistungen“ bei der Erleichterung einer – wohl gemerkt ordentlichen! – Vertragskündigung, so der OGH nun deutlich, für sich genommen noch keine unsachliche, unlautere Willensbeeinflussung eines grundsätzlich wechselbereiten Kunden bzw eines solchen Kunden, der sich ohne Überrumpelung oder sonst unsachliche Beeinflussung selbst entscheidet und eben auf einfache Weise oft seine bisherige Ansprechperson beibehalten möchte, wenn diese wechselt. All dies unter dem Vorbehalt, dass nicht noch Zusätzliches an Wettbewerbsverzerrung hinzukommt.

Auf einem anderen Blatt steht, dass im Verhältnis ehemaliger Vertragspartner in einer Branche die gewählte Vorgangsweise einer massenweisen Aussendung von „Musterkündigungsformularen“ als „Entscheidungshilfe“ für eine Kündigung nach Ende des Vertragsverhältnisses einen menschlichen Geschmack hinterlassen wird. Damit allein ist jedoch die Grenze zu einem unlauteren Behinderungswettbewerb nicht überschritten. Denn der Mitbewerber und frühere Vertragspartner ist nicht von einem echten Leistungswettbewerb ausgeschlossen<sup>9</sup>, sondern kann seinerseits seine Leistungen auf dem Markt weiterhin zur Geltung bringen und versuchen, seine bestehenden bzw bisherigen Kunden von seiner besseren Leistung zu überzeugen.

Festzuhalten ist, dass schon bisher Lehre und Rechtsprechung in Österreich und Deutschland wechselseitig regelmäßig den sprichwörtlichen Blick über die Grenze geworfen haben. Das ist im gemeinsamen freien Markt der EU und bei weitgehend harmonisiertem Recht auch richtig und notwendig. Wie bei beiden referierten Entscheidungen sichtbar, führt dies zu wechselseitig befruchtenden Impulsen – aber eben im Er-

gebnis auch zu einer für manche wohl überraschend liberalen Sicht, primär aus dem Blickwinkel eines in seiner Entscheidung sehr freien und zunehmend sehr wechselbereiten Kunden.

Weiters: Zunehmend in den Fokus gerät die Bedeutung von (wirksamen) AGB-Klauseln auch im Lauterkeitsrecht. Schon länger hat der OGH judiziert, dass Verstöße gegen vertragliche Regelungen, somit auch gegen AGB-Regelungen, unter der Fallgruppe „unlauterer Rechtsbruch“ des § 1 UWG geltend gemacht werden können<sup>10</sup>. Es ist daher nur konsequent, wenn eine zivilrechtliche als nichtig und unwirksam zu beurteilende Vertragsklausel dann aber auch nicht zur Grundlage eines Wettbewerbsvorwurfs gemacht werden kann bzw umgekehrt ein Beklagter im Wettbewerbsprozess den Einwand der Nichtigkeit der verfahrensrelevanten AGB-Bestimmung erheben kann. Das Risiko, dass eine Vertrags-Klausel, auf die man sich als Kläger in einem Wettbewerbsverfahren beruft, dann im Verfahren als nichtig beurteilt wird, trägt der Kläger. Eine im Ergebnis wettbewerbsbehindernde, kundennebelnde AGB-Klausel hatte im berichteten Fall nicht den gewünschten Abschottungseffekt.

Überlegungen zu einer vorangehenden Prüfung der Gültigkeit von AGB-Bestimmungen vor Einleitung von Lauterkeitsprozessen mögen in der Praxis in zukünftige Überlegungen einfließen und auch Unternehmen zu einer regelmäßigen Prüfung ihrer AGB motivieren.

Die weitere Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung zu Fragen der Kunden- oder Mitarbeiterabwerbung bleibt spannend. In der Praxis ist die Beweislage zu den besonderen Begleitumständen, die bei Kunden- oder Mitarbeiterabwerbung erst den Leistungswettbewerb verfälschen, insbesondere betreffend Anwendung verwerflicher Mittel herausfordernd und entscheidend. Neben rechtlichen Erwägungen sind letztlich oft die faktischen Beweisführungsmöglichkeiten (auch) ausschlaggebend.

- 1 Wie etwa durch das Beschaffen von Kundenlisten auf unlautere Weise, Irreführungspraktiken, das Anschwärzen von Mitbewerbern oder wenn die Schädigung der Mitbewerber das einzige Ziel ist, siehe dazu ÖBl 1993, 13 und 159 und viele andere, wie zB 4 Ob 81/12h und RS0116886, RS0078531.
- 2 RIS-Justiz RS0116886; 4 Ob 125/14g.
- 3 Verwerfliche Mittel könnten, so der OGH, zB dann vorliegen, wenn die Aktion nicht darauf ausgerichtet ist, neue Kunden zu gewinnen, sondern nur der Mitbewerber behindert werden soll. Ein solches Verhalten wird aber nur in Ausnahmefällen vorliegen, weil der Werbende regelmäßig anstrebt, neue Kunden zu gewinnen, wenn er bei der Kündigung eines Vertrages mit dem Mitbewerber behilflich ist – 4 Ob 242/02w.
- 4 Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 33 Rz 88; derselbe, Sittenwidrigkeit und Wettbewerbswidrigkeit, WBl 1995, 1; Gruber, Wettbewerbswidrigkeit der Abwerbung von Kunden und Arbeitnehmern, JBl 2002, 41; zur früher Rechtsprechung siehe etwa 4 Ob 336/86, 4 Ob 193/02i.
- 5 BGH I ZR 140/02.
- 6 Vgl RS0133291.
- 7 BGH I ZR 224/12, GRUR 2014, 785.
- 8 Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt.
- 9 Vgl 4 Ob 11/98s; 4 Ob 90/99k.
- 10 4 Ob 99/09a.





Foto: Laker | Pixels

## Umsetzung der Omnibus-Richtlinie im UWG

**Die bereits in Kraft getretene und bis 28.11.2021 von den Mitgliedstaaten umzusetzende Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (kurz Omnibus-RL) ist zentraler Bestandteil des von der EU-Kommission ausgerufenen „New Deal for Customers“. Eine Beschlussfassung in Deutschland ist schon erfolgt.**

Durch die sogenannte Omnibus-Richtlinie werden als Paket- bzw Omnibuslösung gleich vier bestehende EU-Richtlinien geändert: die Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU), die Richtlinie über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnissen – Preisangabenrichtlinie (98/6/EG), die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) und die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG).

### **Insbesondere für den Handel bedeutet diese EU-Richtlinie Änderungen vor allem in folgenden Punkten:**

- Die Verbraucherrechte-Richtlinie wird in ihrem Anwendungsbereich erweitert. So gelten die dortigen Regelungen künftig auch für Verträge rund um digitale Inhalte aus der Cloud und digitale Dienstleistungen.
- Die Widerrufsbelehrung ändert sich. Auch hier betreffen die Neuerungen unter anderem den Umgang mit digitalen Inhalten, die als Download zur Verfügung gestellt werden.
- Bei Fernabsatzverträgen müssen Online-Händler ab sofort mehr Kontaktinformationen bereitstellen.
- Wird dem Verbraucher ein personalisierter Preis angezeigt, der elektronisch bzw

automatisch ermittelt wurde, muss dieser darauf hingewiesen werden.

- Änderungen und strengere Regelungen bei Preissenkungen und beim Preisanlagenrecht: Bei jeder Preisermäßigung muss der vorherige Preis angegeben werden.
- Zur Echtheit von Kundenbewertungen muss der Unternehmer darüber informieren, wie er diese sicherstellt.
- Werden auf Marktplätzen Rankingmechanismen verwendet, muss der Verbraucher dazu umfassend informiert werden.
- Auf Marktplätzen besteht eine erweiterte Kennzeichnungspflicht darüber, ob der Anbieter privat oder gewerblich ist.
- Waren unterschiedlicher Qualität dürfen EU-weit nicht als identisch vermarktet werden.

In Deutschland ist diese Richtlinie bereits durch das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“ (vom 10.8.2021, dBGBI 2021 Teil I Nr. 53) umgesetzt worden. Dieses Gesetz verbessert laut dem zuständigen deutschen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen insbesondere im Kontext digitaler Geschäftsmodelle und ermöglicht eine wirksamere

Durchsetzung des Verbraucherrechts. Hierfür enthält der Entwurf Regelungen zur Verbesserung der Verbraucherinformation bei Rankings und Verbraucherbewertungen.

Verbraucher erhalten zudem einen Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaften Verstößen von Unternehmern gegen verbraucherschützende Vorschriften des UWG. Bei weitverbreiteten Verstößen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegen Vorschriften, die die Richtlinie 2005/29/EG umsetzen, erhalten die zuständigen Behörden die Möglichkeit, im Rahmen von gemeinsamen Durchsetzungsmaßnahmen ein umsatzabhängiges Bußgeld zu verhängen. Die neue Öffnungsklausel wird für Verschärfungen der für Kaffeefahrten geltenden Regelungen über Wanderlager (im Sinne der deutschen Gewerbeordnung) genutzt. Darüber hinaus sind Klarstellungen zum Anwendungsbereich des UWG vorgesehen, insbesondere zur Abgrenzung zwischen privater Meinungsäußerung und kommerzieller Kommunikation im Internet.

Über die zum Druckschluss von Recht und Wettbewerb noch nicht vorliegende österreichische Umsetzung werden wir in unserem Newsletter umfassend berichten. Die Umsetzung dieser Omnibus-Richtlinie wird in Österreich und Deutschland dann mit 28. Mai 2022 in Kraft treten.

# Irreführende Werbung mit langer Unternehmenstradition

Der OGH hatte zuletzt mehrere Fälle zu entscheiden, in denen Werbung mit dem langjährigen Bestehen eines Unternehmens als unlautere Täuschung im Sinne des § 2 UWG beanstandet worden war.

## Einleitung

Hinweise auf ein langes zurückliegendes Gründungsjahr („Seit 1873“) oder sonstige Bezugnahmen auf eine langjährige Tradition eines Unternehmens werden in der Werbung gerne eingesetzt, um dem Publikum den Eindruck einer besonderen Zuverlässigkeit und Erfahrung zu vermitteln. Da diese Angaben **in hohem Maße geeignet sind, die Kaufentscheidung zu beeinflussen**, sind hier unrichtige Angaben aus wettbewerbsrechtlicher Sicht von **erheblicher Relevanz**. Dementsprechend wird von der Rechtsprechung bei solchen Werbeaussagen durchwegs ein strenger Maßstab angelegt.

Als gesetzlicher Anknüpfungspunkt wird von der Judikatur meist der Tatbestand der **Irreführung über Eigenschaften und Identität eines Unternehmens** nach § 2 Abs 1 Z 6 UWG herangezogen. Unzutreffende Angaben über eine lange Unternehmenstradition können aber auch eine **unlautere Kundentäuschung** im Sinne des § 1 UWG sein. Darüber hinaus haben irreführende Traditionsangaben mitunter auch markenrechtliche Konsequenzen.

Die folgende Zusammenfassung der jüngsten Entscheidungen des OGH soll einen Überblick über die aktuelle Judikatur bieten.

## OGH 20.10.2020, 4 Ob 127/20k – Venezianische Glasbläser

Die Klägerin, ein Unternehmen mit langjähriger Weinglas-Produktion, wollte der Beklagten mittels UWG-Klage verbieten, in der Werbung und im Geschäftsverkehr zu behaupten, ihre Trinkgläser würden „im Stil

der Venezianischen Glasbläser der Renaissancezeit“ traditionell hergestellt, weil dies nicht der Wahrheit entspreche. Überdies sei es auch irreführend, wenn die Beklagte mit der Ankündigung werbe „Auf unserem Firmensitz in N\*\*\*\*\* wurde beginnend mit 1725 und ab 1847 unter der Führung der Familie S\*\*\*\*\* bis 2006 Glas von Weltruhm hergestellt. Anknüpfend an diese große Tradition haben wir ab 2014 unter der Marke S\*\*\*\*\* den historisch bedeutenden Standort N\*\*\*\*\* neu belebt“.

Dazu wurde im Verfahren festgestellt, dass die Beklagte die Gläser zwar nicht selbst produziert, sondern von anderen Unternehmen in Tschechien, Ungarn und Polen produzieren lässt. Sie vertreibe aber neben maschinengefertigten Gläsern auch mundgeblasene Gläser, die in Holzformen geblasen werden. Das entspreche durchaus der alten venezianischen Herstellungsart, weil auch die Venezianer glasklare filigrane Gläser in Holzformen mundgeblasen haben.

Der OGH bestätigte in diesem Fall daher (und auch aus anderen Gründen) die Abweisung der Klage. Eine nach § 2 UWG relevante Irreführung liege zwar auch vor, wenn eine **langjährige Tradition eines Unternehmens vorgetäuscht** werde, die jüngere Unternehmen nicht aufzuweisen hätten. Wie die angesprochenen Kreise eine Werbeaussage verstehen und ob sie demnach zur Irreführung geeignet ist, hänge aber von den Umständen des **Einzelfalls** ab. Im konkreten Fall habe die Beklagte ausreichend klargestellt, dass die Tradition, auf die sie sich beruft, nur den Standort betrifft und sie ein neues Unternehmen ohne eigene Glasproduktion führt.

Werbung mit langer Unternehmenstradition ist in hohem Maße geeignet, die Kaufentscheidung zu beeinflussen. Dementsprechend legt hier die Rechtsprechung zum Irreführungstatbestand einen strengen Maßstab an.

### OGH 10.12.2020, 4 Ob 108/20s – Josephinenhütte

Auch in diesem Fall war die Zulässigkeit bestimmter Werbeaussagen betreffend die Herstellung bzw die Herkunft traditioneller Trinkgläser zu beurteilen.

Der Kläger vertreibt im In- und Ausland hochwertige Weingläser. Die Beklagte, eine 2019 in Berlin gegründete GmbH ohne eigene Glaserzeugung, hatte vergleichbare Gläser auf ihrer Website (auch in Österreich) zum Verkauf angeboten und sich in der Werbung unter Verwendung ihrer Wort-Bild-Marke „Josephinenhütte“ an die historische, ehemals in Schlesien gelegene „Glashütte Josephinenglas von 1842“ angelehnt. Der OGH hatte hier insbesondere darüber zu entscheiden, ob auch die werbemäßige Bezugnahme auf ein früheres Traditionsunternehmen, dessen Geschäftswert (Goodwill) schon lange untergegangen war, eine irreführende Geschäftspraktik nach § 2 UWG darstellt. Darüber hinaus ging es in diesem Verfahren darum, ob durch die Verwendung von Wörtern wie *Glashütte* oder *Manufaktur* und entsprechender Videos und Fotos auf der Website eine eigene Glasproduktion oder Manufaktur vorgetäuscht wurde.

Der OGH hielt in seinem Beschluss fest, dass es nicht darauf ankomme, ob der Geschäftswert des historischen Unternehmens noch bestehe oder bereits untergegangen sei. Die beanstandete Irreführung beruhe vielmehr im Wesentlichen darauf, dass sich die Beklagte wahrheitswidrig einer langjährigen Tradition und einer unmittelbaren Verbindung mit einem historischen Unternehmen berühme. **Nach der Rechtsprechung falle das Vortäuschen einer langjährigen Tradition, aus welcher das Publikum besondere Erfahrungen, wirtschaftliche Leistungskraft, Qualität, Zuverlässigkeit, Solidität und eine langjährige Wertschätzung innerhalb des Kundenkreises ableite, unter den Tatbestand der unlauteren Irreführung nach § 2 UWG** (siehe dazu auch OGH 24.9.2019, 4 Ob 149/19v – *langjährige Tradition*, wo das Höchstgericht zusätzlich festge-



halten hat, dass dabei auf die Erfahrung des Unternehmens selber und nicht auf die der Mitarbeiter abzustellen sei).

Der OGH bestätigte die Einstweilige Verfügung gegen die Beklagte, *„es zu unterlassen, die Wein- und/oder Trinkgläser mit einer irreführenden alten Unternehmenstradition, insbesondere mit dem Hinweis auf ein Gründungsdatum im 19. Jahrhundert oder durch den Zusatz Gründung 1842 oder durch den Zusatz est 1842 oder mit sinngleichen irreführenden Angaben anzubieten und/oder zu vertreiben“*.

Die Tatsacheninstanzen nahmen im vorliegenden Fall als bescheinigt an, dass die Beklagte über keine eigene Werkstätte, keine Produktionsmittel und über keine Werkzeuge für eine Manufaktur von Glas verfüge und sie weder Rohmaterial für Glas einkaufe noch Glasbläser beschäftige. Demgegenüber lasse aber der Text auf ihrer Website unter dem Titel *Manufaktur*, wonach jedes Glas in einer Vielzahl von Arbeitsschritten entstehe, die lange Erfahrung, Geschick und höchste Konzentration erforderten, in Kombination mit den dort abrufbaren Videos und Fotos betreffend die Handfertigung von Weingläsern den unrichtigen Eindruck entstehen, die Beklagte betreibe eine eigene traditionelle Glasmanufaktur.

### OGH 15.3.2021, 4 Ob 221/20h – P\*\*\*\*\* Austria

Dieser Fall betrifft gleichsam eine „Vorstufe“ zu den Weingläsern, nämlich die Herstellung von Weinfässern „nach alter Familientradition“. Die Frage, ob eine Irreführung gegeben ist, wurde hier (auch) unter markenrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt.

Die Klägerin begehrte, die Unionsmarke der Beklagten „P\*\*\*\*\* Austria – since 1875“ (Wort-Bild-Marke) für verfallen zu erklären (nach Art 58 Abs 1 lit c UMV ist eine Uni-

---

**Das Vortäuschen einer langjährigen Tradition, aus der das Publikum besondere Erfahrungen, wirtschaftliche Leistungskraft, Qualität, Zuverlässigkeit, Solidität und eine langjährige Wertschätzung ableitet, fällt unter den Tatbestand der unlauteren Irreführung nach § 2 UWG.**

---



onsmarke für verfallen zu erklären, wenn die Marke infolge ihrer Benutzung geeignet ist, das Publikum insbesondere über die Art, Beschaffenheit oder Herkunft der Waren oder Dienstleistungen irrezuführen). Die Beklagte hatte auf ihrer Website – unter anderem – angegeben: *„Unser traditioneller Handwerksbetrieb, P\*\*\*\*\* Austria, stellt seit 1875 Barriques und Fässer für die Verfeinerung von Weinen und Destillaten her. Das Unternehmen P\*\*\*\*\* Austria – since 1875 führt die langjährige Tradition der Fassbinderei fort“.*

Nach Ansicht der Klägerin stünde es der Beklagten nicht zu, sich auf die Unternehmenstradition der Familie P\*\*\*\*\* zu berufen. Mit dem Ausscheiden des Gesellschafter-Geschäftsführers der Klägerin (ein Nachkomme des historischen Firmengründers) aus dem Unternehmen der Beklagten im Jahr 2011 sei diese Familientradition erloschen und wäre die Verwendung der Marke durch dieses Unternehmen irreführend. Die Beklagte entgegnete, Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Fassbinderei GmbH zu sein, in die der ursprüngliche Familienbetrieb P\*\*\*\*\* im Jahr 1998 eingebracht worden sei. Die Unionsmarke sei daher (im Jahr 2014) zu Recht angemeldet und eingetragen worden. Überdies sei der Verfallsgrund des Art 58 Abs 1 lit c UMV nicht verwirklicht, wenn sich die Irreführungseignung, so wie hier, nur auf das Unternehmen des Markeninhabers und nicht auch auf die Marke selbst beziehe.

Der OGH bestätigte die Entscheidung der unteren Instanzen, die Unionsmarke für verfallen zu erklären. Fehlvorstellungen des Publikums über die Unternehmenskontinuität könnten auch dann zum **Verfall einer Marke** führen, wenn das Publikum infolge deren Benutzung mit dem hinter der Marke vermuteten Unternehmen eine besondere Qualität und Güte verbindet, die

tatsächlich aber nicht mehr gegeben ist. Die hier zu beurteilende Unionsmarke verbinde den Familiennamen „P\*\*\*\*\*“ mit der Traditionsangabe „since 1875“ und nehme damit auf die rund 150-jährige Unternehmenstradition der Familie P\*\*\*\*\* Bezug, mit der das Publikum besondere Vorstellungen über die Qualität und Güte der Fässer verbindet. Diese Vorstellungen gründeten sich darauf, dass auf eine besonders große Erfahrung zurückgegriffen werden könne und sich der Produktionsprozess viele Jahrzehnte lang bewährt habe.

Die Traditionsangabe „since 1875“ in der zu beurteilenden Unionsmarke betreffe damit nicht nur die Unternehmenskontinuität, sondern vor allem auch die Herstellungs- bzw Handwerkstradition der Familie P\*\*\*\*\* bei der Herstellung der „P\*\*\*\*\*-Fässer“. Demgegenüber stelle die Beklagte keine P\*\*\*\*\*-Holzfässer her, sondern Fässer nach einer anderen Tradition und verwende dabei eine davon abweichende Herstellungsart und dickere Hölzer. Die **Irreführungseignung durch die Benutzung der in Rede stehenden Unionsmarke** betreffe somit die Art und Beschaffenheit der mit der Marke gekennzeichneten Produkte iSd Art 58 Abs 1 lit c UMV und sei daher dieser Verfallsgrund gegeben.

## Schluss

Hinweise auf eine lange Unternehmenstradition wie die Angabe eines historischen Gründungsdatums oder sonstige, auf eine traditionelle Unternehmenskultur bezugnehmende Ankündigungen werden von der Rechtsprechung insbesondere dann als unlautere Irreführung über die Eigenschaften und Identität des Unternehmens im Sinne des § 2 UWG angesehen, wenn keine entsprechende Unternehmenskontinuität nachgewiesen werden kann. Das Vortäuschen eines größeren Alters bzw einer langjährigen Tradition eines Unternehmens kann überdies eine unlautere Kundentäuschung gemäß § 1 UWG darstellen und auch markenrechtliche Folgen haben.

**Das Vortäuschen eines größeren Alters bzw einer langjährigen Tradition eines Unternehmens kann nicht nur ein Verstoß gegen § 2 UWG sein, sondern auch eine unlautere Kundentäuschung gemäß § 1 UWG. Überdies kann eine solche Werbung auch markenrechtliche Folgen haben.**



# Verkauf aller Waren im Lockdown durch Mischbetriebe – Klage nach dem UWG aus formalen Gründen abgewiesen

**Nach einer Entscheidung des OGH aufgrund eines Musterverfahrens des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb gegen einen großen Filialisten kann der mögliche Verstoß gegen Warenbeschränkungen in einem Lockdown nicht nach dem UWG verfolgt bzw. geklärt werden.**

Zu einer der heiß diskutierten Fragen der Corona-Regelungen hat das Höchstgericht in einem UWG-Prozess Stellung genommen, aber sich dabei auf eine formale Position zurückgezogen und somit inhaltlich keine Klärung herbeigeführt.

Zunächst löste es von Beginn der Pandemie an bei allen verordneten Lockdowns mit einer Sperre des Handels mit Ausnahme insbesondere des Lebensmittelbereichs größtes Unverständnis aus, dass vor allem große Mischbetriebe mit ihren vielen Filialen weiter auch Elektrogeräte, Modeartikel, Werkzeuge, Spielwaren oder alles für den Garten verkauften, obwohl nur der tägliche Bedarf gedeckt werden sollte.

Der Schutzverband brachte deshalb eine einstweilige Verfügung gegen einen Filialisten ein, welche aber von den Gerichten in allen Instanzen nicht erlassen wurde. So begründet der OGH letztendlich die Abweisung damit, dass die damalige Lockdown-Verordnung (welche immer neu für jeden Lockdown erlassen wird) schon zum Zeitpunkt der Entscheidung der ersten Instanz nicht mehr in Kraft war. An einem wettbewerbsrechtlichen Verbot bestehe deshalb kein Interesse mehr (OGH 28.9.2021, Geschäftszahl 4 Ob 147/21b). Die Tatsache, dass diese wiederholten Lockdownverordnungen inhaltlich gesehen sich im Grunde wiederholen, wurde vom Höchstgericht nicht aufgegriffen, sondern jeder Lockdown als eigenes separates Verbot eingestuft.

Konkret hatten einige große Lebensmittelhändler im Zeitraum von 1. April bis 2.

Mai 2021 nicht nur Lebensmittel und Drogeriewaren, sondern auch in dem vorhandenen, breiten Sortiment eines Mischbetriebes Waren fast aller anderen Handelsbetriebe verkauft, welche selber geschlos-

tierten Gründen ab. Ein solches für die Zukunft wirkendes Verbot könne laut dem Höchstgericht nur dann erlassen werden, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig sei. Das

sei hier aber nicht der Fall, denn die Lockdown-Verordnung vom Frühjahr 2021 sei schon vor der nach einigen Wochen erfolgten Entscheidung des Erstgerichts nicht mehr in Kraft gewesen. Ob dieser Mischbetrieb während des Lockdowns gegen die Rechtslage verstoßen hat, sei daher laut OGH nicht mehr entscheidend und damit auch im UWG-Verfahren nicht weiter zu prüfen.

„Unser Ziel war es, einen Präzedenzfall für mögliche künftige Lockdowns zu schaffen“, erklärt

Hannes Seidelberger als Geschäftsführer des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb auch zu Medienanfragen nach dieser Entscheidung. Wir hätten uns daher eine inhaltliche Klarstellung des Obersten Gerichtshofes gewünscht, müssen aber die Entscheidung so akzeptieren.“ Bei diesem geklagten Mischbetrieb sind die Leute teilweise auch Schlange gestanden, um zum Beispiel Gartenmöbel als Aktionsangebot zu kaufen. „Derartige Menschenansammlungen hätte der Lockdown gerade verhindern sollen“. Nun sind die an sich zuständigen Gesundheitsbehörden zusammen mit der Polizei noch mehr dazu berufen, zukünftige Einschränkungen wirklich fair und im Sinne einer Kontaktreduktion auch im Bereich des Handels durchzusetzen, nachdem sich die Zivilgerichte dafür nicht berufen sehen.



sen halten mussten. Laut der Begründung dieser Lockdown-Verordnung sollte das nicht zulässig sein. Aus Sicht des Schutzverbandes haben die Unternehmen damit gegen die Corona-Einschränkungen verstoßen und sich einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft. Es wurde deshalb auch zur Klärung für zukünftige Lockdowns eine Unterlassungsklage und ein Antrag auf einstweilige Verfügung gegen einen Lebensmitteldiskonter mit mehr als 400 Filialen österreichweit und besonders hohen Umsätzen auch im Non-Food-Bereich eingebracht. Dieser Händler sollte es damit künftig unterlassen, neben Lebensmitteln und Drogeriewaren auch andere Produkte anzubieten.

Der Oberste Gerichtshof lehnte diesen im UWG immer auf künftige Unterlassung gerichteten Antrag aus rein formal orien-



Foto: Joe Miletzki



## BGH: Grundsatzurteile zu Influencer-Werbung

Werbung muss als solche erkennbar sein. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) hat nun in drei mit Spannung erwarteten Entscheidungen näher konkretisiert, inwieweit dies auch für Werbung durch Influencer in den Sozialen Medien gilt.

Der nachstehende Überblick über die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zu diesem Thema in Deutschland schließt an den umfassenden Beitrag *Rechtliche Beurteilung von Influencer-Marketing* in Recht und Wettbewerb Nr. 189 vom Jänner 2021, Seite 36 ff, an. Aufgrund der weitgehend übereinstimmenden Rechtslage ist die deutsche Judikatur in diesem Bereich auch für Österreich relevant, wo es bis dato noch keine Rechtsprechung zu solchen Fällen gibt.

### Allgemeines

Als Influencer werden allgemein – laut Wikipedia – Personen bezeichnet, die „aufgrund ihrer starken Präsenz und ihres hohen Ansehens in sozialen Netzwerken als Träger für Werbung und Vermarktung in Frage kommen“. Influencer nehmen Einfluss auf das Verhalten von Konsumenten, indem sie im Internet in Postings, Blogs, Tweets, Videos etc neue Produkte, Marken oder Services

vorstellen und für diese mehr oder weniger offen werben. Influencer-Marketing ist eine Form des Online-Marketings, wo Auftraggeber (meist werbetreibende Unternehmen) bezahlte Werbung auf den Seiten/Kanälen dieser Meinungsbildner buchen (*Österreichischer Werberat*, 1.8. Influencer Marketing – werberat).

Das durchwegs auf jüngere Käufergruppen ausgerichtete Werbekonzept scheint sich zu bewähren: Nach aktuellen Untersuchungen haben 74 % der Generation Z – das sind die unter 20-jährigen – bereits Produkte gekauft, weil diese von Influencern in den Sozialen Medien beworben wurden (bei den über 40-jährigen sind es dagegen nur 16 %). Hauptgrund für den Kauf ist laut Befragung, Teil einer Community sein zu wollen (siehe *Wiener Wirtschaft* Nr. 23 vom 11.11.2021, Seite 3). Besonders in den Bereichen Bekleidung und Kosmetik bzw Make-Up hat sich Influencer-Marketing als erfolgreich erwiesen.

Bild oben: Deutscher Bundesgerichtshof (BGH) mit Sitz in Karlsruhe

In der Praxis des Influencer-Marketings spielt dabei die direkte oder indirekte Verlinkung von Abbildungen der Produkte mit der Website des werbenden Unternehmens durch „Tap Tags“ eine zentrale Rolle (siehe dazu weiter unten). Dem Kommunikationsstil entsprechend könnte hier eine Kennzeichnung mittels Hashtags (zB „#Werbung“) oder mit dem Hinweis „bezahlte Werbung“ an deutlich sichtbarer Stelle bzw am Beginn eines Beitrags adäquat sein. Wichtig ist, dass der Beitrag schon auf den ersten Blick als Werbung erkennbar ist.

### Grauzone

Die Popularität von Influencern wird mittlerweile von vielen Unternehmen eingesetzt, um neue Produkte vorzustellen und zu bewerben bzw auch ein Markenimage zu schaffen, das der Mediennutzung der angepeilten Käufergruppe entspricht. Da sich die Beiträge der Influencer meist unmittelbar auf ihre Person und ihren Lebensstil beziehen und Einblick in deren private, (all) tägliche Aktivitäten und Erlebnisse gewähren, können hier Konsumartikel dem Publikum in einer sehr authentisch wirkenden Weise nähergebracht werden. Nicht selten verschwimmen dabei die Grenzen zwischen persönlichem Austausch bzw unabhängigem Erfahrungsbericht und kommerzieller Kommunikation.

Sind Produktpräsentationen so in die „Erzählung“ eines Beitrags eingebettet, dass sie nicht mehr als Werbung erkennbar sind, stellt sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht die Frage, ob die fehlende Kennzeichnung als Werbung eine unlautere Geschäftspraktik nach dem UWG darstellt. Darüber hinaus sind auch andere Rechtsvorschriften aus dem Medien- und E-Commerce-Bereich relevant. Sowohl der Influencer selbst als auch das werbende Unternehmen haben hier für unlauteres oder sonst rechtswidriges Verhalten einzustehen. Insgesamt kommt es darauf an, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt, ob der/die Influencer(in) im konkreten Fall eine Gegenleistung bekommen

**74  
Prozent**

der Generation Z - das sind die unter 20-Jährigen - kauften bereits Produkte, die von Influencern in den Sozialen Medien beworben werden. Das zeigt eine neue MindTake Research-Untersuchung. Bei den über 40-Jährigen sind es dagegen nur 16 Prozent. Hauptgrund für den Kauf ist laut Befragung, Teil einer Community sein zu wollen.

hat, in welcher Art und Weise das Produkt vorgestellt wird bzw inwieweit der kommerzielle Charakter des Postings trotz fehlender Kennzeichnung als Werbung für das Publikum den Umständen nach ersichtlich sein konnte.

### Rechtliche Grundlagen

Die nachfolgende Übersicht fasst die wesentlichsten Aspekte der Entscheidungen des BGH in Bezug auf das Lauterkeitsrecht bzw das UWG zusammen (daneben gelangen hier sowohl in Deutschland als auch in Österreich noch weitere, spezifische Kennzeichnungsvorschriften zur Anwendung, die sich aus dem Medienrecht und dem E-Commerce-Bereich ergeben). Die entsprechenden Bestimmungen des deutschen UWG stimmen inhaltlich weitestgehend mit jenen des österreichischen UWG überein, da sie sich gleichermaßen an den Vorgaben des Art 7 der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, UGP-RL 2005/29/EG, orientieren.

So handelt in Deutschland nach § 5a Abs 6 dUWG unlauter, wer „den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. In Österreich begeht gemäß § 2 Abs 4 Z 2 UWG eine unlautere, irreführende Geschäftspraktik, wer *wesentliche Informationen ... verheimlicht, oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt oder ihren kommerziellen Zweck nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und somit geeig-*

**Werbung muss als solche erkennbar sein. Wird der kommerzielle Zweck einer Handlung nicht offengelegt und ist dieser aus den Umständen nicht ersichtlich, liegt eine unlautere Irreführung vor. Dies gilt auch für Produktpräsentationen durch Influencer in den Sozialen Medien.**



net ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (siehe auch Z 11 des Anhangs zum UWG, wonach in jeden Fall ein unlautere Irreführung gemäß § 2 UWG vorliegt, wenn redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und das Unternehmen hat diese Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde (als Information getarnte Werbung)).

## Die Entscheidungen des BGH

Kläger in den drei Verfahren war jeweils der (deutsche) Verband Sozialer Wettbewerb mit Sitz in Berlin. Die geklagten Influencerinnen hatten in ihren Instagram-Postings (Beiträge) diverse Fotos mit integrierten „Tap Tags“ hochgeladen. Diese „Tap Tags“ sind anklickbare Bereiche innerhalb eines Bildes, die entweder über ein Textfeld oder gleich direkt zum Instagram-Profil oder zur Website des werbenden Unternehmens führen. Die Klägerin sah darin mangels ausdrücklicher Werbe-Kennzeichnung der Postings bzw Bilder eine **unzulässige Schleichwerbung** und klagte die Influencerinnen auf Unterlassung.

Lediglich das erste der drei Verfahren (BGH I ZR 90/20 – **Influencer I**) – die alle am 9.9.2021 vom BGH entschieden wurden – führte zu einer Verurteilung der Influencerin. Diese hatte Bilder von Sportübungen sowie Fitness- und Ernährungstipps hochgeladen (mit denen sie auch ihre eigene gewerbliche Internetseite verlinkte). Auf einem der beanstandeten Instagram-Beiträge war das Bild einer „Rasperry Jam“ (Himbeermarmelade) zu sehen, das mit einem Tap Tag versehen war, der zu einem Textfeld mit dem Namen des Herstellers der Marmelade führte. Durch Anklicken des Textfeldes wurde man auf das Instagram-Profil des Herstellers weitergeleitet. Die Beklagte hatte hier vom Hersteller für dieses Posting **eine Gegenleistung** erhalten. Dieser Instagram-Beitrag sei laut BGH als geschäftliche Handlung der Beklagten zugunsten ihres eigenen Unternehmens anzusehen (weil der Werbewert des Influencers gesteigert wird), sowie jedenfalls auch zugunsten des fremden Unternehmens, von dem sie eine Gegenleistung erhielt. Der **Beitrag sei auch nicht klar als kommerzielle Kommunikation bzw Werbung erkennbar gewesen** und wäre daher deutlich als Werbung zu kennzeichnen gewesen. Für die Verbraucher müsse gerade der Zweck des Beitrags, ein fremdes Unternehmen zu fördern, erkennbar sein.

Der BGH hielt zu dieser Entscheidung zusammenfassend insbesondere Folgendes fest:

- Erhält eine Influencerin für einen in sozialen Medien veröffentlichten Beitrag mit Bezug zu einem Drittunternehmen keine Gegenleistung, stellt diese Veröffentlichung eine geschäftliche Handlung zugunsten des Drittunternehmens dar, wenn der Beitrag seinem Gesamteindruck nach übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt.
- Ob ein Beitrag einer Influencerin in sozialen Medien einen zur Annahme einer ge-



geschäftlichen Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens erforderlichen werblichen Überschuss enthält, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zusammenwirkens der Gestaltungsmerkmale (zB gepostete Produktfotos, redaktioneller Kontext, Verlinkung auf Internetseiten von Drittunternehmen) zu beurteilen. Der Umstand, dass die Influencerin Bilder mit „Tap Tags“ versehen hat, um die Hersteller der abgebildeten Waren zu bezeichnen, genügt als solcher nicht, um einen werblichen Überschuss der Instagram-Beiträge anzunehmen. Die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts beinhaltet hingegen regelmäßig einen werblichen Überschuss, auch wenn auf der verlinkten Seite des Herstellers der Erwerb von Produkten nicht unmittelbar möglich ist.

- Der nach § 5a Abs 6 dUWG erforderliche Hinweis auf den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung muss so deutlich erfolgen, dass er aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, der zur angesprochenen Gruppe gehört, auf den ersten Blick und zweifelsfrei hervortritt. Der im Textteil eines in sozialen Medien veröffentlichten Beitrags erscheinende Hinweis auf den kommerziellen Zweck reicht regelmäßig nicht aus, um den kommerziellen Zweck eines auf der neben dem Text angeordneten Abbildung erscheinenden „Tap Tags“ als Werbung zu kennzeichnen.
- Der kommerzielle Zweck eines in sozialen Medien veröffentlichten werblichen Beitrags einer Influencerin zugunsten eines Drittunternehmens ergibt sich nicht im Sinne des § 5a Abs 6 dUWG unmittelbar aus dem Umstand, dass die Influencerin nicht nur zu rein privaten Zwecken, sondern auch zugunsten ihres eigenen Unternehmens handelt. Es reicht nicht aus, dass sich für die Adressaten aus den

Umständen überhaupt eine kommerzielle Zweckverfolgung ergibt, sondern es muss jeder mit einem Kommunikationsakt verfolgte kommerzielle Zweck erkennbar sein.

- Das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks eines die Verlinkung auf die Internetseite eines Drittunternehmens enthaltenden „Tap Tags“ ist regelmäßig geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung – das Anklicken des Links – zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Im zweiten Verfahren (**IZR 125/20 – Influencer II**) wurde der Klage nur in erster Instanz stattgegeben. Das OLG Hamburg und der BGH gaben hingegen der beklagten Influencerin Recht. Diese hatte auf ihrem verifizierten, mit dem „Statussymbol“ eines blauen Hakens versehenen Instagram-Account (mit 1,7 Mio Follower) Bilder von sich selbst (samt kurzen Begleittexten) zu den Themen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen gepostet, ohne diese als Werbung zu kennzeichnen. Die Beiträge seien zwar, so der BGH, geschäftliche Handlungen (der Beklagten) im Sinne des dUWG, jedoch liege keine Wettbewerbswidrigkeit vor. Denn selbst wenn die Voraussetzungen des § 5a Abs 6 dUWG gegeben wären, sei das Verhalten nach den vorrangigen Spezialvorschriften des Telemediengesetzes, des Rundfunkstaatsvertrages und des Medienstaatsvertrages für Werbung in Medien nicht rechtswidrig gewesen. So hätten die beanstandeten Beiträge **mangels Gegenleistung** eines Dritten keine kommerziellen Inhalte oder Werbung im Sinne der telemedienrechtlichen Vorschriften enthalten und habe daher keine Kennzeichnungspflicht nach diesen Regelungen bestanden. Die in diesen Spezialvorschriften zum Ausdruck kommenden Wertungen dürften nicht durch die Anwendung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 5a Abs 6 dUWG unterlaufen werden. Im Übrigen **habe sich hier der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergeben**.

---

**Der Hinweis auf den kommerziellen Zweck einer Handlung muss so deutlich sein, dass er aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, der zur angesprochenen Gruppe gehört, auf den ersten Blick wahrzunehmen ist und zweifelsfrei hervortritt.**

---



Ungeachtet der Klagsabweisung hielt der BGH in diesem Urteil allerdings fest, dass selbst eine nach dem Telemediengesetz ordnungsgemäß gekennzeichnete kommerzielle Kommunikation **unter anderen lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als dem der Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation durchaus etwa als irreführend im Sinne des § 5 dUWG verboten werden kann** (Entscheidungs-Randziffer 61).

Im dritten Verfahren (**I ZR 126/20**) blieb die Klage in allen Instanzen erfolglos. Die Beklagte hatte auf Instagram regelmäßige Bilder von sich selbst (manchmal mit kurzen Begleittexten) veröffentlicht, wobei ihre Postings vor allem Themen wie Mode, Yoga, Reisen sowie ihrem Leben als Mutter eines Kleinkindes betrafen. Zwar kennzeichnete sie Beiträge, für die sie bezahlt wurde, grundsätzlich mit dem Hinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“, jedoch enthielten die konkreten, streitgegenständlichen Beiträge keine entsprechende Kennzeichnung. Ganz ähnlich wie in der bereits behandelten Entscheidung I ZR 125/20 – *Influencer II* stellten nach Ansicht des BGH die beanstandeten Beiträge zwar geschäftliche Handlungen der Beklagten zugunsten des eigenen Unternehmens im Sinne des dUWG dar und könne auch ein geschäftliches Handeln

zugunsten fremder Unternehmen nicht ausgeschlossen werden. Allerdings habe sich auch in diesem Fall der **kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergeben** und die Beklagte für die Beiträge **außerdem keine Gegenleistung** erhalten. Das Verhalten habe daher nicht gegen die telemedienrechtlichen Spezialvorschriften verstoßen.

## Novelle des deutschen UWG

Der Irreführungstatbestand des § 5a Abs 6 dUWG (Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung) wird mit Wirksamkeit ab dem 28. Mai 2022 wie folgt ergänzt (§ 5a Abs 4 Satz 2 und 3 dUWG neue Fassung): *Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmers nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmer erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.* Diese Ergänzung, die als Bestandteil des “Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht”, dBGBI I Nr. 53 vom 17.8.2021, schon vor den drei BGH-Urteilen beschlossen wurde, fügt somit der bestehenden, lauterkeitsrechtlichen Regelung im dUWG das Tatbestandsmerkmal der „Entgeltlichkeit“ bzw „Gegenleistung“ hinzu, das der BGH unter Verweis auf die vorrangig anzuwendenden, telemedienrechtlichen Bestimmungen als das wesentlichste Entscheidungskriterium erachtet hatte.

## Fazit

Die Entscheidungen des BGH zeigen, dass auch Werbung durch Influencer in den Sozialen Medien grundsätzlich als solche zu kennzeichnen ist. Im Einzelnen kommt es primär darauf an, ob der/die Influencer(in) eine Gegenleistung für das Posting erhalten hat. Darüber hinaus kann die Art der Ver-



linkung relevant sein sowie in welcher Art und Weise das Produkt präsentiert wurde („werblicher Überschuss“). Weiters ist bedeutsam, ob der kommerzielle Charakter des Beitrages trotz fehlender Werbe-Kennzeichnung für das Publikum den Umständen nach sofort und zweifelsfrei erkennbar war. Diese Grundsätze sind auch für die Beurteilung solcher Fälle nach dem österreichischen UWG richtungsweisend. Soweit der BGH in den Urteilen auf spezifische telemedienrechtliche Bestimmungen verweist, wird die Rechtsprechung in Österreich zu prüfen haben, ob auch den hierzulande bestehenden Vorschriften (die durchwegs ebenfalls auf den Erhalt einer Gegenleis-

tung abstellen, siehe zB § 26 Mediengesetz, § 31 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz und § 6 E-Commerce-Gesetz) ähnlich wie in Deutschland der Vorrang vor der lauterkeitsrechtlichen Regelung einzuräumen ist.

Die Urteile des BGH sind abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), Menüpunkt „Presse“ sowie „Pressemitteilungen“ Nummer 170/2021. Siehe zu diesen Entscheidungen insbesondere auch die aktuellen wissenschaftlichen Aufsätze von *Kuchar/Bernsteiner*, Update – Neue Regeln bei Influencer-Marketing?, ÖBl 2021, 255 und aus Deutschland *Lettl*, Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des sog. Influencer-Marketings, WRP 2021, 1384.

## Unlautere Irreführung durch „Made in Austria“ bei Schutzmasken

**Nach einem (Anerkenntnis-)Urteil des Handelsgerichts Wien aufgrund einer Klage des VKI ist die Werbung mit „Made in Austria“ bei Schutzmasken eine unlautere Irreführung, wenn die Masken teilweise auch außerhalb Österreichs angefertigt werden.**

Der Verein für Konsumenteninformation (VKI) brachte im März 2021 beim Handelsgericht Wien eine auf § 2 UWG (unlautere Irreführung) gestützte Unterlassungsklage gegen einen österreichischen Schutzmaskenhersteller ein. Dieser hatte Atemschutzmasken (insbesondere FFP2-Masken) mit „Made in Austria“ beworben, obwohl die Masken teilweise auch in China hergestellt wurden, nachdem die Nachfrage mit der österreichischen Produktion allein nicht gedeckt werden konnte.

Das beklagte Unternehmen gestand in diesem Sinne auch ein, dass die Masken nach einem von Österreich aus vorgegebenen „Baumuster“ tatsächlich zum Teil in chinesischer Lohnfabrikation hergestellt wurden. Dementsprechend wurde schon in der Klagebeantwortung das Klagebegehren vollinhaltlich anerkannt. Aufgrund dieses Anerkenntnisses hatte das Handelsgericht Wien in seinem Urteil vom 19.7.2021, 43 Cg 25/21f, nicht mehr inhaltlich über die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen die Werbung mit „Made in Austria“ für ein Produkt genau zulässig ist.

Der Fall zeigt jedoch klar auf, dass Täuschungen über die Herkunft eines Produkts tunlichst zu unterlassen sind, ansonsten gerichtliche Verfahren nach dem UWG drohen. So wurde die Beklagte im vorliegenden Fall nicht nur zur Unterlassung der irreführenden Ankündigung und zum Ersatz der Verfahrenskosten, sondern zusätzlich auch noch zur Urteilsveröffentlichung in einer großen Tageszeitung und zur Verlesung des Urteilspruches im Hauptabendprogramm von zwei Fernsehsendern verurteilt.

Siehe zu diesem Thema auch den Beitrag „Unlautere Irreführung durch „Made in Austria““ vom Jänner 2021 in Recht und Wettbewerb (RuW) Nr. 189, Seite 15 (abrufbar auch unter [www.schutzverband.at](http://www.schutzverband.at) unter dem Menüpunkt Recht und Wettbewerb rechts beim Anklicken von News).



# NEU: Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz

Die EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Verhandlungspartnern in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (UTP-Richtlinie) wurde in Österreich im „Nahversorgungsgesetz“ umgesetzt, welches nun Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG) heißt.

## Einleitung

Wie erwartet wurde die UTP-Richtlinie im Rahmen des „**Nahversorgungsgesetzes**“ umgesetzt. Das „Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen“ (das bisher keinen offiziellen Kurztitel hatte) wurde in „Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen“ mit dem Kurztitel „**Faire Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG)**“ umbenannt. Das Gesetz, dessen Bestimmungen in den §§ 1 ff des (bisherigen) Nahversorgungsgesetzes über das „Kaufmännische Wohlverhalten“ unberührt bleiben<sup>1</sup>, ist nun in einzelne Abschnitte gegliedert worden. Die inhaltlichen Regelungen über „**Unlautere Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen**“ wurden im 2. Abschnitt als §§ 5a bis h abgebildet.

Die Bestimmungen bedeuten eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des österreichischen Wettbewerbsrechts im Agrar- und Lebensmittelsektor, weil bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen auf der Nachfrageseite in diesem Bereich nun per se verboten sind, wenn ein bestimmtes Umsatz-Größenverhältnis zum Lieferanten besteht, ohne dass es auf eine Marktmacht ankommt. Die Regelungen sind mit 1. Jänner 2022 in Kraft getreten.

<sup>1</sup> Lediglich § 1 wurde folgender Absatz 3 hinzugefügt: „Verhaltensweisen von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten ... und Online-Suchmaschinen ..., welche gegen Verpflichtungen der [P2B-Verordnung, (EU) 2019/1150] verstoßen, sind jedenfalls geeignet, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden“.



## Allgemeines

Allgemein ist zunächst die bessere Übersichtlichkeit der neuen Bestimmungen im Vergleich zu den deutschen Regelungen und zur EU-Richtlinie zu begrüßen. So wurden hier insbesondere die einzelnen **verbotenen Praktiken** aus dem Gesetzes- bzw. Richtlinien text herausgelöst und in zwei Anhängen je nach „schwarzer“ bzw. „grauer“



Foto: ElasticComputeFarm | Pixabay



**Klausel getrennt** zusammengefasst. Im Unterschied dazu finden sich im deutschen „Gesetz zur Stärkung der Organisationen und Lieferketten im Agrarbereich (Agrarorganisationen- und Lieferketten-Gesetz – kurz AgrarOLkG)“ die Verbotsbestimmungen eher unübersichtlich in den §§ 11 ff dieses Gesetzes und sind dort die einzelnen Tatbestände als „Nichtwirksamkeits-Vereinbarung“ in Ver-

bindung mit einem eigenen Verbotstatbestand in § 23 („Ausnutzung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen dem Käufer und dem Lieferanten durch unlautere Handelspraktiken des Käufers“) formuliert, was auch von der EU-Vorlage weiter abweicht als die österreichischen Verbotsnormen.

Die in Österreich gewählten Formulierungen der Verbotsnormen lassen jeden-



falls die Auslegung zu, dass es sich dabei um rechtsverbindliche, unmittelbar zwischen den Streitparteien wirksame Normen handelt, die überdies auch **als gesetzliche Verbote gemäß der Judikatur zum unlauteren Rechtsbruch im Sinne des § 1 UWG anzusehen** sind. Anders als in Deutschland wurde in Österreich auch eine klare Nichtigkeitsbestimmung normiert (§ 5c Abs 5), welche die Regelung des Art 3 Abs 5 der UTP-RL sachgerechter umzusetzen scheint als die Regelung in § 22 AgrarOLkG, die auf das BGB verweist (siehe dazu auch den Überblick über die Umsetzung der UTP-Richtlinie in Deutschland im letzten Teil dieses Beitrags).

## Anwendungsbereich

Im Agrar- und Lebensmittelsektor sind auf den verschiedenen Stufen (Erzeugung, Verarbeitung, Vermarktung, Vertrieb, Agrar- und Lebensmitteleinzelhandel) unterschiedliche Marktteilnehmer tätig. Die Bestimmungen gelten für **alle Marktteilnehmer in diesem Bereich** (von den Landwirten über die Verarbeitungsbetriebe bis hin zu den Groß- und Einzelhändlern), die mit „Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen“ handeln. Die Regelungen sind **allerdings nur** dann anzuwenden, **wenn sich Lieferant und Käufer in einem bestimmten Umsatz-Größenverhältnis gegenüberstehen**, wobei jeweils der Käufer einen höheren Jahresumsatz haben muss als der Lieferant (siehe dazu bereits den Beitrag *Die EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken im Lebensmittelsektor*, RuW 2020, Nr. 188, Seite 18). So gelten die neuen Bestimmungen für Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen durch (siehe § 5a Abs 2 FWBG)

1. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von höchstens zwei Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro haben;
2. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro und höchstens zehn Millionen Euro haben, an Käufer,

die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro haben;

3. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro und höchstens 50 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro haben;
4. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro und höchstens 150 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro haben;
5. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro und höchstens 350 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 350 Millionen Euro haben;
6. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 350 Millionen Euro und höchstens 1 Milliarde Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 5 Milliarden Euro haben.

Ist der Käufer eine nationale, regionale oder lokale Behörde, eine Einrichtung des öffentlichen Rechts oder ein Verband, der aus einer oder mehreren dieser Behörden oder einer oder mehreren dieser Einrichtungen des öffentlichen Rechts besteht, so gelten gemäß § 5a Abs 4 FWBG die Vorschriften für alle Lieferanten mit einem Jahresumsatz bis 350 Millionen Euro.

## Unlautere Handelspraktiken

Inhaltlich wurde in Österreich die Liste der in jedem Fall unlauteren Handelspraktiken (Anhang I) durch **zwei Tatbestände ergänzt**, nämlich durch einen eigenen Diskriminierungstatbestand (Z 10) und das Verbot, einem Lieferanten von verderblichen Urprodukten ohne sachliche Rechtfertigung die Selbstvermarktung der Produkte zu verbieten (Z 11). Im Übrigen stimmen die Tatbestände inhaltlich weitestgehend mit Art 3 UTP-Richtlinie überein.

Liefervereinbarungen, die vor dem 1.1.2022 abgeschlossen wurden, müssen bis zum 1.5.2022 mit dem FWBG in Einklang gebracht werden

Die neuen Bestimmungen über unlautere Handelspraktiken beim Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen gelangen dann zur Anwendung, wenn sich Lieferant und Käufer in einem bestimmten Umsatz-Größenverhältnis gegenüberstehen.

**ANHANG I – Handelspraktiken, die unter allen Umständen verboten sind:**

1. Der Käufer bezahlt den Lieferanten,
  - a) wenn die Liefervereinbarung eine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,
    - für verderbliche Agrar- und Lebensmittelzeugnisse mehr als 30 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;
    - für andere Agrar- und Lebensmittelzeugnisse mehr als 60 Tage nach Ablauf des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, oder mehr als 60 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags für diesen Lieferzeitraum, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist. Für die Zwecke der in dieser Ziffer genannten Zahlungsfristen ist in jedem Fall anzunehmen, dass die vereinbarten Lieferzeiträume einen Monat nicht überschreiten;
  - b) wenn die Liefervereinbarung keine regelmäßige Lieferung von Erzeugnissen festlegt,
    - für verderbliche Agrar- und Lebensmittelzeugnisse mehr als 30 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 30 Tage nach dem Tag der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist;
    - für andere Agrar- und Lebensmittelzeugnisse mehr als 60 Tage nach dem Tag der Lieferung oder mehr als 60 Tage nach der Festlegung des zu zahlenden Betrags, je nachdem, welcher der beiden Zeitpunkte der spätere ist.

Legt der Käufer den zu zahlenden Betrag fest, so beginnt unbeschadet der Z 1 lit. a und 1 lit. b

  - die in lit. a genannte Zahlungsfrist mit dem Ende des vereinbarten Lieferzeitraums, in dem Lieferungen erfolgt sind, und
  - die in lit. b genannte Zahlungsfrist mit dem Tag der Lieferung.
2. Der Käufer storniert die Bestellung verderblicher Agrar- und Lebensmittelzeugnisse so kurzfristig, sodass von einem Lieferanten nach vernünftigem Ermessen nicht erwartet werden kann, dass er eine alternative Vermarktungs- oder Verwendungsmöglichkeit für diese Erzeugnisse findet; eine Stornierungsfrist von weniger als 30 Tagen vor Lieferung gilt in jedem Fall als kurzfristig.
3. Der Käufer ändert einseitig die Bedingungen einer Liefervereinbarung für Agrar- und Lebensmittelzeugnisse in Bezug auf Häufigkeit, Methode, Ort, Zeitpunkt oder Umfang der Lieferung von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen, Qualitätsstandards, Zahlungsbedingungen oder Preise oder im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen, soweit diese in Anhang II ausdrücklich genannt werden.
4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen des Lieferanten stehen.
5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für Qualitätsminderung oder Verlust von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen bezahlt, die in den Räumlichkeiten des Käufers auftreten oder nach Eigentumsübergang auf den Käufer, wenn die Qualitätsminderung oder der Verlust nicht durch Fahrlässigkeit oder Verschulden des Lieferanten verursacht wurden.
6. Der Käufer verweigert die schriftliche Bestätigung der Bedingungen einer Liefervereinbarung zwischen dem Käufer und dem Lieferanten, für die der Lieferant eine schriftliche Bestätigung verlangt hat. Dies gilt nicht, wenn die Liefervereinbarung sich auf Erzeugnisse bezieht, die von einem Mitglied einer Erzeugerorganisation einschließlich einer Genossenschaft an die Erzeugerorganisation,

der der Lieferant angehört, geliefert werden sollen, wenn die Satzung dieser Erzeugerorganisation oder die sich aus dieser Satzung ergebenden oder darin vorgesehenen Regeln und Beschlüsse Bestimmungen enthalten, mit denen eine ähnliche Wirkung erzielt wird wie mit den Bedingungen der Liefervereinbarung.

7. Der Käufer erwirbt oder nutzt Geschäftsgeheimnisse des Lieferanten rechtswidrig im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. 157 vom 15.6.2016 S. 1 oder legt diese rechtswidrig im Sinne der genannten Richtlinie offen.
8. Der Käufer droht dem Lieferanten Vergeltungsmaßnahmen kommerzieller Art an oder ergreift gegen ihn derartige Maßnahmen, wenn der Lieferant seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht, auch indem er bei der Ermittlungsbehörde Beschwerde einreicht oder bei einer Ermittlung mit dieser zusammenarbeitet.
9. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Entschädigung für die Kosten der Bearbeitung von Kundenbeschwerden im Zusammenhang mit dem Verkauf der Erzeugnisse des Lieferanten, obwohl weder fahrlässiges noch vorsätzliches Handeln des Lieferanten vorliegt.
10. Der Käufer gewährt dem Lieferanten bei Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts ohne sachliche Rechtfertigung bei gleichwertiger Leistung unterschiedliche Bedingungen im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, insbesondere im Hinblick auf die Höhe des Preises oder die Zahlungsbedingungen;
11. Der Käufer verlangt ohne sachliche Rechtfertigung vom Lieferanten verderblicher Urprodukte bei Sicherstellung der vereinbarten Liefermenge an den Käufer als Lieferbedingung, dass er seine Produkte nicht gleichzeitig in einem im Verhältnis zur Lieferung an den Käufer untergeordneten Ausmaß selbst vermarktet.

**ANHANG II – Handelspraktiken, die verboten sind, es sei denn, diese sind zuvor klar und eindeutig in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden:**

1. Der Käufer schickt nicht verkaufte Agrar- und Lebensmittelzeugnisse an den Lieferanten zurück, ohne für diese nicht verkauften Erzeugnisse oder für deren Beseitigung zu bezahlen.
2. Vom Lieferanten wird eine Zahlung dafür verlangt, dass seine Agrar- und Lebensmittelzeugnisse gelagert, zum Verkauf angeboten, gelistet oder auf dem Markt bereitgestellt werden.
3. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser die gesamten Kosten oder einen Teil davon für Preisnachlässe bei Agrar- und Lebensmittelzeugnissen, die der Käufer im Rahmen einer Verkaufsaktion verkauft, trägt. Diese Handelspraktik ist verboten, ausgenommen in den Fällen, in denen der Käufer eine Verkaufsaktion veranlasst, vor deren Beginn der Käufer mitteilt, in welchem Zeitraum die Aktion laufen wird und welche Menge an Agrar- und Lebensmittelzeugnissen voraussichtlich zu dem niedrigeren Preis bestellt wird.
4. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Werbung für Agrar- und Lebensmittelzeugnisse durch den Käufer zahlt.
5. Der Käufer verlangt vom Lieferanten, dass dieser für die Vermarktung von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen durch den Käufer zahlt.
6. Der Käufer verlangt vom Lieferanten eine Zahlung für das Personal für die Einrichtung der Räumlichkeiten, in denen die Erzeugnisse des Lieferanten verkauft werden.



## Verfahren und Behörden

Verfahrens- bzw organisationsrechtlich ist vor allem die Errichtung einer eigeneweisungsfreien „**Erstanlaufstelle**“ zu erwähnen, die beim Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus (BMLRT) eingerichtet wurde und deren Leistungen „anonym und vertraulich in Anspruch genommen“ werden können. Die Erstanlaufstelle kann auf Wunsch des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners mit Schlichtungen eine **Schlichtungsstelle** betrauen, wobei dafür nur eine von einer Körperschaft öffentlichen Rechts, insbesondere von einer Notariatskammer, einer Rechtsanwaltskammer, einer Landwirtschaftskammer oder der Wirtschaftskammer Österreichs, eingerichtete Schlichtungsstelle in Betracht kommen soll.

In § 5g des neuen FWBG ist das Verfahren vor der „**Ermittlungsbehörde**“ umfassend geregelt werden, ohne dass zunächst darüber Auskunft gegeben wird, wer eigentlich diese „Ermittlungsbehörde“ ist. Erst im nächsten Abschnitt des Gesetzes, versteckt in § 7 Abs 2b FWBG, findet sich der Hinweis, dass die Ermittlungsbehörde im Sinne des 2. Abschnitts die **Bundeswettbewerbsbehörde** ist. Bei dieser können neben den Lieferanten auch „andere Organisationen, die Lieferanten vertreten, auf Ersuchen eines Lieferanten und im Interesse dieses Lieferanten“ eine Beschwerde einbringen, vorausgesetzt, „diese Organisationen sind unabhängige juristische Personen, die mit ihrer Tätigkeit keinen Erwerbszweck verfolgen“. Darüber hinaus gibt es Antragsbefugnisse für zB *Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, wenn diese Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden* betreffend Anträge auf Unterlassung der Zuwiderhandlung beim Kartellgericht. Da die BWB keine Entscheidungsbefugnis in der Sache selbst hat (jedenfalls kann die BWB selbst keine Geldbußen verhängen – es sind Geldbußen bis EUR 500.000 vorgesehen), ist fraglich, inwieweit die BWB eine „Durchsetzungsbe-

hörde“ im Sinne des Art 4 der UTP-RL ist. So hat gemäß Art 6 Abs 1 lit d UTP-RL die Durchsetzungsbehörde die Befugnis zu haben, „Entscheidungen zu treffen, mit denen festgestellt wird, dass ein Verstoß gegen die in Artikel 3 festgelegten Verbote vorliegt, und vom Käufer verlangt wird, die verbotene Handelspraktik einzustellen“.

## Umsetzung der UTP-Richtlinie in Deutschland

In Deutschland wurde die UTP-Richtlinie im „**Agrar-Organisationen-und-Lieferketten-Gesetz (kurz AgrarOLkG)**“ umgesetzt. Die Bestimmungen sind am 9. 6. 2021 in Kraft getreten.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes deckt sich grundsätzlich mit jener der UTP-Richtlinie.

Darüber hinaus gilt in Deutschland befristet bis zum 1. 5. 2025 das Verbot unlauterer Handelspraktiken nach diesem Gesetz auch für den Verkauf von Milch- und Fleischprodukten sowie von Obst-, Gemüse- und Gartenbauprodukten einschließlich Kartoffeln durch Lieferanten, die einen Jahresumsatz im jeweiligen Verkaufssegment in Deutschland von höchstens 4 000 000 000 Euro (4 Mrd) haben, an Käufer, wenn der gesamte Jahresumsatz des Lieferanten nicht mehr als 20 Prozent des gesamten Jahresumsatzes des Käufers beträgt (§ 10 Abs 1 Z 2 AgrarOLkG).

Die §§ 11 bis 19 AgrarOLkG enthalten einen dem Art 3 Abs 1 UTP-Richtlinie und den Anhängen zum (österreichischen) FWBG im Wesentlichen entsprechenden **Katalog bestimmter Handelspraktiken bzw Vereinbarungen**, die im Verhältnis von großen bzw behördlichen Käufern zu umsatzmäßig kleineren Lieferanten im Sinne des § 10 AgrarOLkG (Anwendungsbereich, gegliedert nach Umsatzerlösen) **stets als unlauter gelten bzw nicht wirksam vereinbart werden können**. Diese betreffen

- Zahlungsfristen
- Vereinbarungen über das Zurückschicken nicht verkaufter Erzeugnisse
- Vereinbarungen über eine kurzfristige

---

Bei der Erstanlaufstelle des Landwirtschaftsministeriums können anonyme und vertrauliche Beschwerden eingebracht werden. Gegebenenfalls kann – auf Wunsch des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners – eine Schlichtungsstelle mit dem Fall betraut werden. Ermittlungsbehörde ist die Bundeswettbewerbsbehörde.

---

Beendigung des Vertrages über den Kauf von verderblichen Erzeugnissen

- Vereinbarungen von Zahlungen oder Preisnachlässen für die Lagerung von Erzeugnissen
- Vereinbarungen über einseitige Vertragsänderungen
- Vereinbarungen über die Kostenübernahme durch den Lieferanten
- Vereinbarungen über Zahlungen oder Preisnachlässe für die Listung von Erzeugnissen
- Androhung von Vergeltungsmaßnahmen und die
- schriftliche Bestätigung des Vertragsinhalts.

**§ 20 AgrarOLkG** zählt **mehrere, bei fehlender Vereinbarung unlautere Handelspraktiken** auf, und zwar betreffend Verlangen des Käufers nach Zahlungen oder Preisnachlässen vom Lieferanten für

- die Listung der gelieferten Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse bei deren Markteinführung,
- die Vermarktung der gelieferten Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse, einschließlich Verkaufsangeboten, der Werbung, Preisnachlässen im Rahmen von Verkaufsaktionen sowie der Bereitstellung auf dem Markt, oder
- das Einrichten der Räumlichkeiten, in denen die Erzeugnisse des Lieferanten verkauft werden.

Das eigentliche „**Verbot der unlauteren Handelspraktiken**“ im Sinne dieses Gesetzes ist in **§ 23 AgrarOLkG** normiert. Dort heißt es: *Die Ausnutzung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen dem Käufer und dem Lieferanten durch unlautere Handelspraktiken des Käufers ist verboten. Eine Ausnutzung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts nach Satz 1 liegt ausschließlich vor, wenn der Käufer ...* es folgt eine genaue Aufzählung der Verbotstatbestände anhand des „Verhaltenskatalogs“ der §§ 11 bis 21 AgrarOLkG (vgl Art 3 der UTP-Richtlinie).

Gemäß § 24 AgrarOLkG bleiben die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt.

Eine **Beschwerde** wegen einer verbotenen Handelspraktik kann erheben (vgl § 25 Abs 1 AgrarOLkG)

1. der Lieferant;
2. folgende wirtschaftliche Vereinigungen oder Zusammenschlüsse:
  - a) eine wirtschaftliche Vereinigung von Lieferanten, deren Mitglied der Lieferant ist, oder
  - b) ein Zusammenschluss von wirtschaftlichen Lieferantenvereinigungen,
    - aa) dessen Mitglied der Lieferant ist oder
    - bb) dessen Mitglied eine Lieferantenvereinigung ist, in der der Lieferant Mitglied ist,
 wenn der Lieferant diese Vereinigung oder den Zusammenschluss mit der Einlegung der Beschwerde beauftragt hat;
3. andere unabhängige juristische Personen, die mit ihrer Tätigkeit keinen Erwerbszweck verfolgen und die ein berechtigtes Interesse daran haben, Lieferanten zu vertreten, wenn sie der Lieferant mit der Einlegung der Beschwerde beauftragt hat.

Zuständige **Durchsetzungsbehörde** für Beschwerden im Sinne des Art 4 UTP-Richtlinie ist die **Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE)**, Bonn. Diese hat gemäß § 28 Abs 1 AgrarOLkG nicht nur die Befugnis, Untersuchungen auf Grund einer Beschwerde oder, auch aus Gründen der Vertraulichkeit, von Amts wegen einzuleiten und durchzuführen, sondern auch „nach Anhörung des Käufers einen Verstoß gegen eines der in § 23 Satz 2 in Verbindung mit den §§ 11 bis 21 und in Verbindung mit § 4 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen normierten Verbote festzustellen und die Anordnungen zu treffen, die zur Beseitigung des Verstoßes und zur Verhütung künftiger Verstöße notwendig sind“. Diese Entscheidungen hat die Durchsetzungsbehörde im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt zu treffen.

---

In Deutschland stellt das Verbot der unlauteren Handelspraktiken (gemäß UTP-Richtlinie) auf die „Ausnutzung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen dem Käufer und dem Lieferanten“ ab. Durchsetzungsbehörde ist die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) in Bonn.

---



Foto: Geralt / Pixabay

## Kartellrechtsnovelle 2021

Die Novelle des Kartellgesetzes brachte wichtige Änderungen in den Bereichen Marktbeherrschung und Zusammenschlusskontrolle. Zusätzlich wurde mit der Novelle des Wettbewerbsgesetzes die EU-Richtlinie zur Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden umgesetzt.

Durch die **Novelle (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – Ka-WeRÄG 2021, BGBl. I Nr. 176/2021), in Kraft seit 10. September 2021**, wurden im **Kartellgesetz (KartG)** insbesondere folgende Änderungen bzw. Ergänzungen vorgenommen:

➔ **Erweiterte Ausnahme vom Kartellverbot für ökologische Kooperationen** (§ 2 Abs 1 KartG): Schon bisher waren Kartelle vom Kartellverbot ausgenommen, *„die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten“*. Diese Ausnahmeregelung wurde dahingehend ergänzt, dass eine an-

gemessene Beteiligung der Verbraucher am Effizienzgewinn auch dann vorliegt, wenn dieser Gewinn zu *einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt*. Damit sind unternehmerische Kooperationen zum Zweck einer ökologisch nachhaltigen bzw. klimaneutralen Wirtschaft bei Vorliegen der genannten Grundvoraussetzungen nun auch dann vom Kartellverbot freigestellt, wenn sich deren (innovative) Vorteile nicht unmittelbar zugunsten der Verbraucher auswirken. Den Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts entsprechend gehe es – so die Materialien – beim Vollzug nicht nur um kurzfristig niedrige Preise, sondern ebenso um Qualität, Innovation und Vielfalt, die eine längerfristige Orientierung im Fokus hätten (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 9).

### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis<sup>1</sup>

Die stärkere Beachtung von Umweltschutzzielen im Rahmen des § 2 Abs 1 KartG kann in der Praxis

Fotostudio Fayer



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

<sup>1</sup> Die „Anmerkungen aus Sicht der Praxis“ in diesem Beitrag sind verkürzte Zusammenfassungen von Einschätzungen aus der anwaltlichen Beratungspraxis von RA Dr. Günter Bauer (Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG) im umfassenden Aufsatz „Neue Wege im Kartellrecht“ von Köller-Thier/Strasser/Bauer in ÖBl 2021/84, Seite 244. Dort findet sich folgender Hinweis dazu: „Die in diesem Beitrag geäußerten Auffassungen aus Anwaltsicht sind die persönlichen Auffassungen des Autors, die nicht notwendigerweise mit der Haltung anderer Anwälte oder der Interessenvertretung übereinstimmen müssen.“



Stolpersteinen begegnen. So besteht für den Rechtsanwender bei der Prüfung einer Vereinbarung ein Spannungsfeld mit den Unionsvorschriften. Bei Zwischenstaatlichkeit kommt vorrangig EU-Recht zur Anwendung und ist somit der Anwendungsbezug der neuen nationalen Freistellungsmöglichkeit eingeschränkt. Weiters ist zu erwarten, dass die offen formulierte Voraussetzung des „wesentlichen Beitrags zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft“ noch einige Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringen wird.

### → Zusätzliche Parameter für eine überragende Marktstellung eines Unternehmers

(§ 4 Abs 1 Z 2 KartG): Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager eine im Verhältnis zu den Mitbewerbern überragende Marktstellung hat, ist nun auch *die Bedeutung seiner Vermittlungsleistungen für den Zugang anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, der Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten und der aus Netzwerkeffekten gezogene Nutzen* zu berücksichtigen. Zwar konnten auch schon bisher die besonderen Verhältnisse auf den digitalen (Handels)Märkten in die Prüfung miteinbezogen werden, wie etwa die herausragende Stellung einiger weniger „global player“. Darüber hinaus soll jetzt aber durch diese zusätzlichen, demonstrativen Kriterien noch einmal deutlich hervorgehoben werden, dass solche Eigenschaften ganz wesentliche Parameter bei der Beurteilung der Marktbeherrschung darstellen. So ist mit der „Bedeutung der Vermittlungsleistungen“ eines Unternehmers die sogenannte Intermediationsmacht angesprochen, die sich aus der für digitale Plattformen typischen „Gatekeeper“-Funktion ergibt. Diese führt dazu, dass Anbieter von Waren oder Dienstleistungen in der Praxis auf die Vermittlung durch diese Plattformen angewiesen sind. Das neu eingefügte Kriterium des „Zugangs zu wettbewerblich relevanten Daten“ trägt dem Umstand Rechnung, dass die Wettbewerbsvorteile, die sich aus der Möglichkeit des Zugriffs zu großen Datenresourcen ergeben, häufig zu „Feedback-Lo-

ops“ führen und diese eine erneute Ausweitung des Datenzugriffs bringen können (die Erläuterungen verweisen hier auf den Bericht der – deutschen – Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 13). Prinzipiell können sowohl personenbezogene als auch nicht personenbezogene Nutzer- bzw Standortdaten wettbewerbsrelevant sein. Ergänzend dazu wurde mit dem „aus Netzwerkeffekten gezogenen Nutzen“ ein weiterer Parameter für eine überragende Marktstellung formuliert.

### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Die nun in den Gesetzestext ausdrücklich aufgenommenen Kriterien sind weit gefasst und unterliegen – wie stets – der Auslegung durch die Rechtsprechung. Damit ist die Flexibilität garantiert, die gerade in der sich schnell verändernden Digitalwirtschaft erforderlich sein wird, um als Normanwender auf neue Entwicklungen reagieren zu können.

### → Gesonderte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung digitaler Plattformen

Nach dem neuen § 28a KartG hat das Kartellgericht auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), des Bundeskartellamts oder einer zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichteten Behörde (Regulator) *festzustellen, dass ein Unternehmer auf einem mehrseitigen digitalen Markt marktbeherrschend (§ 4) ist, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht*. An eine solche Feststellung sind zwar unmittelbar keine Sanktionen geknüpft, weil die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens als solche nicht unzulässig ist. Auf Basis einer solchen Entscheidung soll jedoch ein allfälliges, späteres Verfahren wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung effizienter als bisher durchgeführt werden können (ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 2, 14). So haben sich Missbrauchsverfahren gerade im Bereich der „digitalen Plattformökonomie“ oft als zu schwerfällig erwiesen, weil nicht zuletzt aufgrund der Notwendigkeit, jeweils das Tatbestandsmerkmal der „marktbeherrschenden Stellung“ des Unternehmens festzustellen, keine rasche Rechtsdurchsetzung gewährleis-

---

**Das Kartellgericht kann nun unabhängig von einem Verfahren wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf Antrag feststellen, dass ein Unternehmen auf einem mehrseitigen digitalen Markt marktbeherrschend ist.**

---

tet war. Vor dem Hintergrund der Konzentrationstendenzen und der hohen Marktzutritts-schranken in diesem Bereich bezieht sich die Regelung auf „*Unternehmer auf einem mehr-seitigen digitalen Markt*“ und betrifft somit primär digitale Vermittlungs-Plattformen für Produkte und Dienstleistungen mit (mindestens) zwei unterschiedlichen Nutzergruppen. Die Feststellungsentscheidung soll nach Gesetzesmaterialien auch eine gewisse Warn- und Signalfunktion gegenüber dem betroffenen Unternehmer und dem wettbewerblichen Umfeld haben. Nicht zuletzt deshalb ist die Entscheidung gemäß § 37 Abs 1 KartG auch zu veröffentlichen.

## ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Das neu eingeführte Verfahren zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann für die betroffenen Unternehmen eine substantielle Belastung (Verfahrensaufwand und Kosten außerhalb von Rahmengebühren) bedeuten. Zudem ist fraglich, ob durch eine ex ante-Feststellung wirklich ein offenbar erhoffter Effizienzgewinn eintritt, denn ein solcher würde vor allem in einem nachfolgenden Missbrauchsverfahren erzielt werden müssen. Es ist aber keineswegs gesagt, dass ein betroffenes Unternehmen jemals Verhaltensweisen setzt, die zu einem Missbrauchsvorwurf führen. Auch kann die marktbeherrschende Stellung unbestritten nur für den Zeitpunkt der Entscheidung festgestellt werden. Ein Effizienzgewinn in einem Missbrauchsverfahren wird sich deshalb nur einstellen, wenn sich die Marktsituation seit der Feststellung nicht wesentlich verändert hat.

→ **Ausbau des Konzepts der relativen Marktmacht** (§ 4a KartG): Schon bisher galt ein Unternehmer auch dann als marktbeherrschend, wenn er eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hatte, wobei eine solche gemäß § 4 Abs 3 KartG (alte Fassung) insbesondere dann angenommen wurde, wenn *diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen*

waren. Diese Bestimmung wurde nun als eigenständiger Tatbestand in § 4a KartG neu gefasst, wodurch ausdrücklich klargestellt werden sollte, dass es sich bei der relativen Marktmacht um einen eigenen Tatbestand handelt. Nach den Materialien (ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 11 f) setzt eine marktbeherrschende Stellung nach § 4a KartG daher keine absolute Marktbeherrschung im Sinne des § 4 Abs 1 KartG voraus, sondern stellt auf die im Verhältnis zu den Vertragspartnern des Unternehmers bestehende Marktmacht ab. Weiters wurde die Bestimmung dahingehend erweitert, dass es im Bereich der digitalen Märkte nicht nur auf die Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung ankommt, sondern ein Unternehmer, der *als Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt tätig ist, auch als marktbeherrschend gilt, wenn die Nachfrager seiner Vermittlungsleistungen auf die Begründung einer Geschäftsbeziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile angewiesen sind*. Diese Ergänzung wird insbesondere in Fällen einer unsachlichen Verweigerung des Zugangs zu einer digitalen Plattform zum Tragen kommen, welche gemäß § 5 Abs 1 Z 3 KartG als „*Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen*“ den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.

## ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Die neue Bestimmung betreffend die Angewiesenheit auf eine Geschäftsbegründung mit Vermittlungsdiensten auf mehrseitigen digitalen Märkten dürfte Beweisschwierigkeiten mit sich bringen. Es wird mit Interesse zu verfolgen sein, welche praktische Bedeutung die Rechtsprechung dieser Bestimmung „einhauchen“ wird.

→ **Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle bei Zusammenschlüssen** (§ 9 Abs 1 Z 2 KartG): Zusammenschlüsse von Unternehmen, die im Inland im letzten Geschäftsjahr insgesamt mehr als 30 Millionen Euro an Umsatzerlösen

---

Eine „relative Marktmacht“ im Verhältnis zu Lieferanten oder Abnehmern gemäß dem neuen § 4a KartG setzt keine absolute Marktbeherrschung voraus.

---



erzielen, unterliegen nur mehr dann der Anmeldepflicht, wenn *davon mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als eine Million Euro* im Inland erzielt hatten. Damit sollen Zusammenschluss-Anmeldungen, die Österreich nur unwesentlich betreffen, künftig entfallen und die Bundeswettbewerbsbehörde und auch die entsprechenden Unternehmen entlasten. Nach den Berechnungen der BWB könnte sich dadurch die Anzahl der anzumeldenden Zusammenschlüsse um bis zu 44 % verringern.

#### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Mit Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle ist der Gesetzgeber einer langjährigen Forderung vieler Seiten nachgekommen. Das reduziert den Aufwand von Unternehmen in internationalen Zusammenschlüssen und erhöht die Rechtssicherheit in Bezug auf die Frage, ob aufgrund mangelnder Inlandsauswirkungen eine Anmeldepflicht trotz Erfüllens der Umsatzschwellen entfallen könnte. Die zweite Umsatzschwelle ist erst auf Zusammenschlussvorhaben anzuwenden, die ab dem 1.1.2022 angemeldet wurden.

➔ **Stärkere Berücksichtigung ökonomischer Aspekte bei der Fusionskontrolle** (§ 12 Abs 1 Z 2 lit b KartG): Ein Zusammenschluss ist künftig nicht nur dann zu untersagen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, sondern auch wenn *wirksamer Wettbewerb sonst erheblich behindert wird*. Dieses Kriterium entspricht grundsätzlich dem Prüfungsmaßstab der Europäischen FusionskontrollVO (und dem vieler anderer Mitgliedstaaten) nach dem sogenannten „SIEC-Test“ (*Significant Impediment to Effective Competition*). Der entscheidende Mehrwert dieses Maßstabes wird darin gesehen, dass der Marktbeherrschungstest (allein) nicht flexibel genug sei, um alle möglicherweise problematischen Zusammenschlüsse zu erfassen. Insbesondere im Bereich der Digitalökonomie ließen sich wettbewerbschädliche Zusammenschlüsse nicht nur nach Marktanteilskriterien beurteilen.

Nach den Materialien geht es vor allem darum, möglichen Lücken zu begegnen, die sich nach einer Prüfung rein nach dem Marktbeherrschungstest etwa in solchen Fällen ergeben könnten, wo sich auf einem Markt der zweit- und der drittstärkste Unternehmer zusammenschließen, ohne dass sie zusammen marktbeherrschend sind. Der Maßstab der Fusionskontrolle sei damit umfassender geworden, weil Fälle, die vom Marktbeherrschungskriterium bislang nicht erfasst wurden, nunmehr der Fallvariante der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs zugeordnet werden könnten (vgl ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 13). Grundsätzlich wird in Österreich allerdings am Marktbeherrschungskriterium festgehalten, sodass die bisherige Judikatur dazu weiterhin relevant ist. Sobald eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, bedarf es keines zusätzlichen Nachweises der konkreten Auswirkungen der Fusion auf den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt und ist der Zusammenschluss vom Kartellgericht zu untersagen.

#### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Aus Sicht der Beratungspraxis ist die Einführung des SIEC-Tests zu begrüßen. Ungünstig ist allerdings, dass der SIEC-Test nicht wie in der Fusionskontrollverordnung (FKVO) als Hauptprüfungsmaßstab formuliert ist, sondern die parallele Anwendung von Marktbeherrschungs- und SIEC-Test gleichwertig nebeneinander vorsieht. Dabei soll der SIEC-Test in der Prüfung als Alternativatbestand zum Marktbeherrschungstest stehen. In Österreich erfolgt somit eine „Doppelprüfung“. In Sonderkonstellationen könnten der Marktbeherrschungstest und der SIEC-Test zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies könnte bedeuten, dass ein Zusammenschluss nach der FKVO oder nach dem Test in Deutschland eine Genehmigung erhalten würde, während er in Österreich zu untersagen wäre.

➔ **Weitere Genehmigungsmöglichkeit von an sich zu untersagenden Fusionen:** Gemäß dem neuen § 12 Abs 2 Z 3 KartG sollen Zusammenschlüsse trotz an sich vorliegen-

---

Die zusätzliche Möglichkeit, einen Zusammenschluss nach den Kriterien eines „SIEC-Tests“ zu bewerten, soll dazu beitragen, problematische Fusionen insbesondere im Bereich der Digitalökonomie besser zu erfassen.

---

Durch die Ergänzung der Bestimmungen über Geldbußen soll insbesondere verhindert werden, dass Unternehmen versuchen, sich durch rechtliche oder organisatorische Umstrukturierungen der Verpflichtung zur Zahlung der Geldbuße zu entziehen.

der Untersagungsgründe auch dann vom Kartellgericht genehmigt werden können, wenn *die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen* (nach § 12 Abs 2 KartG hatte das Kartellgericht schon bisher auszusprechen, dass ein an sich zu untersagender Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn 1. zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen oder 2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist). Dabei können gemäß den Materialien zB „Wachstum, Innovation und Vollbeschäftigung als wesentliche Ziele der österreichischen Wirtschaftspolitik“ ebenso genannt werden wie „die nachhaltige Verbesserung der Lebensqualität durch Beschäftigungssicherung, Einkommenswachstum und faire Einkommensverteilung“ (ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 13).

#### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Dass bei erheblichem Überwiegen volkswirtschaftlicher Vorteile auch Zusammenschlüsse freigegeben werden können, die grundsätzlich zu einer marktbeherrschenden Stellung führen (oder eine solche verstärken) oder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ist wirtschaftspolitisch bedeutungsvoll. Wenn ein Zusammenschluss von den Wettbewerbsbehörden auf dieser Grundlage freigegeben werden sollte, würde dies allerdings sehr wahrscheinlich eine breitere öffentliche Diskussion auslösen.

→ **Geldbußen für „Unternehmen“ und Muttergesellschaften:** Im neuen § 29 Abs 2 KartG wird nun explizit ausgeführt, dass sich eine vom Kartellgericht verhängte Geldbuße gegen Zuwiderhandlungen richtet, die von „Unternehmen“ begangen wurden. Ergänzend und als Klarstellung dazu heißt es „*Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung*“. Diese

gesetzliche Definition des „Unternehmens“ entspricht den Vorgaben der EU-Richtlinie „ECN+“<sup>2</sup> und der Judikatur des EuGH. Da sich in der Praxis oft die Frage stellt, gegen welche Rechtsperson genau die Geldbuße zu verhängen ist und überdies verhindert werden soll, dass Unternehmen versuchen, sich durch rechtliche oder organisatorische Umstrukturierungen ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Geldbuße zu entziehen, wird nun in § 29 Abs 3 KartG bestimmt: „*Die Geldbuße ist gegen Unternehmer zu verhängen, die die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung betrieben haben, als rechtliche Nachfolger danach betreiben oder in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen. Sie kann auch gegen Muttergesellschaften verhängt werden, die zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehören wie ein an der Zuwiderhandlung beteiligtes Unternehmen*“.

#### ☛ Anmerkung aus Sicht der Praxis

Hervorzuheben ist auch die ausdrückliche Anerkennung der Anwendbarkeit der im Bußgeldrecht entwickelten Haftungsgrundsätze auf die Haftung für Kartellschadenersatzverpflichtungen durch den Gesetzgeber (ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 16). Offene Fragen bleiben bei der Formulierung des § 29 Abs 3 KartG hinsichtlich des „Betreibens“ eines Unternehmens im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung.

Die Änderungen im **Wettbewerbsgesetz (WettbG)**, das im Wesentlichen die Aufgaben und die Organisation der BWB regelt, betreffen insbesondere folgende Punkte:

→ **Auskunftsrecht des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort** gegenüber der BWB über alle Gegenstände der Geschäftsführung (§ 1 Abs 4 WettbG), soweit dies nicht laufende Ermittlungen gefährdet oder sonst der Unabhängigkeit der BWB widerspricht. Anfragen zu laufenden oder bevorstehenden Hausdurchsuchungen sind vom Auskunftsrecht nicht erfasst. Nach den Erläuterungen (ErlRv 951 BlgNR XXVII. GP, 26) trägt der neue Absatz

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/1 vom 14.01.2019 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts.

den Erfordernissen von Art 20 Abs 2 B-VG Rechnung, wonach unabhängige Behörden im österreichischen Verwaltungssystem nur dann eingerichtet werden können, wenn durch Gesetz ein angemessenes Aufsichtsrecht vorgesehen wird. Solche Aufsichts- und Auskunftsrechte bedeuteten jedoch nicht, dass die Unabhängigkeit der weisungsfreien Organe angegriffen werde.

→ **Ersuchen um informelle Einschätzung eines Sachverhalts an die BWB** (§ 2 Abs 5 WettbG): Es ist jetzt ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, dass Unternehmer und Unternehmervereinigungen die BWB um eine informelle Einschätzung von Kartell- und Zusammenschlussverhalten ersuchen können. In den Materialien dazu wird betont, dass eine solche informelle Beurteilung keinesfalls einer Freistellung des beabsichtigten Vorhabens gleichzusetzen ist und es auch trotz dieser Einschätzung der BWB zu einem Antrag an das Kartellgericht durch andere Antragsteller kommen kann.

→ **Neuformulierung der Bestimmungen betreffend Auskunftsverlangen der BWB** bzw Urkundenvorlage (§ 11a WettbG), wobei im Gesetz nun ausdrücklich angeordnet ist, dass Unternehmer und Unternehmervereinigungen dafür Sorge zu tragen haben, dass ihre Vertreter den Verpflichtungen zur Auskunft und den Ladungsbescheiden der BWB nachkommen. Die Pflicht zur Erteilung von Auskünften umfasst auch die Pflicht zur Vorlage von geschäftlichen Unterlagen (zB auf einem elektronischen Datenträger) und ist die Behörde befugt, Abschriften und Auszüge aus diesen Unterlagen anzufertigen.

→ **Adaptierung der Kronzeugenregelung** (§ 11b WettbG): In Anpassung an die EU-Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden (siehe Fußnote 2) wurde nun zB gesetzlich verankert, dass die BWB trotz Fortführung der Zuwiderhandlung von einem Antrag auf Verhängung einer Geldbuße gegen einen Kronzeugen Abstand

nehmen kann, wenn die Fortführung „nach vernünftigem Ermessen möglicherweise erforderlich ist, um die Integrität ihrer Untersuchung zu wahren“. Dadurch kann – nach den Gesetzesmaterialien – etwa sichergestellt werden, dass andere mutmaßlich an der Zuwiderhandlung Beteiligte nicht davon erfahren, dass die BWB bereits Kenntnis von der mutmaßlichen Zuwiderhandlung hat und so unangekündigte Hausdurchsuchungen nicht gefährdet werden.

#### ☛ **Anmerkung aus Sicht der Praxis**

Die Verschärfung des Schutzes von Kronzeugenklärungen und Vergleichsausführungen ist für die strategischen Überlegungen eines Unternehmens über ein Einlassen auf eine kooperative Verfahrensbeendigung (Kronzeuge, Settlement) und damit für die Effizienz dieser Möglichkeiten bedeutend. Diese im Vergleich zu den Vorschriften der Schadenersatzrichtlinie restriktiveren Regelungen garantieren und verstärken die Attraktivität einer kooperativen Verfahrensbeendigung.

→ **Wahrung der Grundrechte:** Gemäß dem neu formulierten § 13 Abs 1 WettbG ist die BWB verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Befugnisse – insbesondere bei Auskunftsverlangen und bei der Durchführung von Hausdurchsuchungen – zu gewährleisten, dass die in Österreich geltenden Grundrechte, einschließlich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts eingehalten werden. Dazu gehört insbesondere, dass die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie die Verteidigungsrechte der Unternehmen gewahrt werden, und dass Ermittlungen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens durchgeführt werden.

#### ☛ **Anmerkung aus Sicht der Praxis**

Für Unternehmen kann der nun explizit erwähnte Grundrechtsschutz im Rahmen der Rechtsdurchsetzung der BWB eine wichtige Ergänzung darstellen. Das bislang nicht allgemein anerkannte – aber im Vollzug zumindest teilweise bereits beachtete – Anwaltsprivileg ist damit wohl zu berücksichtigen.

---

**Es ist jetzt ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, dass Unternehmer und Unternehmervereinigungen die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) um eine informelle Einschätzung von Kartell- und Zusammenschlussverhalten ersuchen können.**

---

Foto: Sozavisimost | Pixaby



## Täuschen und Tarnen – Methoden von Schwindelfirmen im Überblick

Der Schutzverband ist regelmäßig im Bereich der Bekämpfung diverser Formen der Werbekriminalität für österreichische Unternehmen im Einsatz. Im Folgenden ein Überblick über die gängigsten Vorgangsweisen mit Beispielfällen des letzten Jahres.

Fotostudio Wilke



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

### Unerbetene Übermittlung

Im Allgemeinen werden Unternehmer unerbeten per E-Mail, Fax, Post oder ohne vorherige Zustimmung per Telefonanruf zu Werbezwecken kontaktiert, was an sich bereits (mit Ausnahme der postalischen Übermittlung) nach den Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes sowie nach § 1 UWG generell rechtlich unzulässig ist. Im Zuge dessen werden den Unternehmern unter irreführenden Angaben meist kostspielige und letztendlich wertlose Eintragungen in private Online-Branchenbücher untergejubelt oder gleich Rechnungen ohne Grundlage übermittelt.

Dem Schutzverband wurden in diesem Zusammenhang etwa Beschwerden über die *Firmenauuskunft P.U.R.* bzw *Firmenauuskunft 24* aus Deutschland gemeldet, wo beim unerbetenen Anruf fälschlich auf einen angeblich bereits bestehenden Vertrag mit einer notwendigen Aktualisierung verwiesen wird. Ähnliches gilt für unzulässige Telefonwerbung unter Bezeichnungen wie *Gewerberegister GRD*, *Gewerbebuch SGW*, *Online Firmenkatalog OFG* oder *Brandt Reklame*.

**Irreführende Anrufe und Korrekturabzüge**  
In zahlreichen Fällen zielt die unerbetene



Kontaktaufnahme auf den Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages für ein privates Verzeichnis ab.

Ebenfalls häufig werden Unternehmer am Telefon dazu gedrängt, ein anschließend zugesandtes Dokument unterschrieben zurückzusenden, damit ein angeblich bereits bestehender Vertrag beendet werden kann. Verstärkt wird dieser irreführende Eindruck mit hervorgehobenen Hinweisen wie „Läuft automatisch aus!“. Diesem Zeitdruck für eine Unterschrift sollten die kontaktierten Unternehmer bzw. deren Mitarbeiter keinesfalls entsprechen noch den telefonischen Angaben ohne nähere Prüfung vertrauen.

Oft wird auch unauffällig zur Korrektur oder Ergänzung der Unternehmensdaten aufgefordert. Wer übersieht, dass meist im Kleingedruckten eine Zahlungspflicht und allenfalls ein privater Anbieter eines Verzeichnisses dahintersteckt, wird womöglich erst bei Einlangen der entsprechenden Rechnung herausfinden, welche Firma tatsächlich hinter dem Angebot steckt.

Ein sogenannter *Branchen-Stadtplan* bzw. *Handel – Gewerbe – Industrie – Verein & Co* übermittelte zahlreichen Firmen, aber ebenso Kammern, Verbänden und anderen Einrichtungen mittels unzulässiger Faxwerbung ein Formular zur Datenregistrierung in einem Online-Branchenregister. Im Kleingedruckten befanden sich wesentliche Hinweise wie die Kostenpflicht bei Vertragsabschluss durch Unterschrift und der Preis in Höhe von 840 Euro für 24 Monate. Beachtlich ist, dass auf dem Angebot keinerlei nähere Angaben zum Firmenwortlaut des Branchen-Stadtplans, also dem eigentlichen Anbieter und Vertragspartner, ersichtlich waren. Die Adressaten sollten sich bloß mit einer Faxnummer für die Rücksendung begnügen.

Ebenso bemerkenswert sind Anbieter mit laufend wechselnden Bezeichnungen, allerdings beinahe identem Auftreten in den übermittelten Formularen. Exemplarisch genannt sei hier die unzulässige Faxwerbung einer Firma unter den Bezeichnungen

„Allgemeines Branchen & Daten Verzeichnis“ (noch dazu ohne Nennung der Website für die lukrierten Einträge sowie ohne Angabe zum Vertragspartner) oder „Gewerbe & Branchen-Register“ und schließlich „Aktuelles Daten-Verzeichnis“ einer „SolutionCom“ mit angeblichem Sitz in Graz. Wer die gewünschten Firmendaten aktualisiert bzw. korrigiert retournierte, erhielt eine Rechnung der Firma „SolutionCom S.L.“ mit Sitz in Spanien.

### Offizieller Eindruck, oder?

Besonders irreführend sind auch jene Fälle, in denen bereits der optische Eindruck und die Bezeichnung einen amtlichen Eindruck erwecken. Damit verbunden ist oft eine geforderte Datenkorrektur, -prüfung oder -ergänzung, welcher aufgrund des offiziellen

**Aktuelles Daten-Verzeichnis**  
www.adv24.info

Angebote: 01234-00104/00  
Abteilung: Erfassung/Registrierung  
Laufzeit/Preis: 24 Monate/840,-  
Erneuerungsfrequenz: Online-Registrierung  
Datum: 20.04.2021

Österreichische Post AG ist kein Einzelkäufer  
Bühnenstr. 24, 8030 Graz

Firma: \_\_\_\_\_  
Adresse: \_\_\_\_\_  
Ort: \_\_\_\_\_  
Land: \_\_\_\_\_

Siehe gefaltete Daten und Karten,  
zur Aufnahme in unser Online-Branchenregister bitten wir Sie, bei Annahme Ihre Firmendaten zu überprüfen und uns die Offerte zurück zu senden.  
Mit freundlichen Grüßen  
Ihr SolutionCom Team

**Aktualisieren bzw. korrigieren Sie fehlende/fahlerhafte Daten**

Bitte korrigieren Sie hier ggf. Ihre Daten...  
Bitte ergänzen Sie ggf. Ihre Daten...

Firma: \_\_\_\_\_  
Branchen: \_\_\_\_\_  
Telefon: \_\_\_\_\_  
Fax: \_\_\_\_\_  
E-Mail: \_\_\_\_\_  
Internet: \_\_\_\_\_  
Web: \_\_\_\_\_  
Sonstiges: \_\_\_\_\_

Bitte ergänzen Sie noch fehlende Daten  
Senden Sie uns anschließend das Formular  
gerne per Fax oder E-Mail zurück:  
☎ 0316/231123 6710  
✉ info@adv24.info

Geschäftsbedingungen: Der Unternehmer bestätigt mit seiner Unterschrift ausdrücklich, dass er zur Auftragsabwicklung berechtigt ist und die Geschäftsbedingungen anerkennt. Mit der Unterzeichnung dieses Anzeigenauftrags kommt der Vertrag zustande. Gegenstand des Vertrages ist die Veröffentlichung der oben angegebenen Firmendaten (ggf. auch Firmenlogo, Präsentationsadresse und Link zur Homepage) auf unserem online Branchen-/Firmenverzeichnis www.adv24.info. Der Unternehmer bestätigt, dass seine Daten gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung veröffentlicht werden dürfen. Die online Bereitstellung Ihrer Firmendaten beträgt 1104,-€ für 24 Monate und ist im Voraus, nach Rechnungsabfertigung innerhalb von 14 Tagen zur Zahlung fällig. Die Dienstleistung wird behördenunabhängig und ohne öffentliche Auftrag bereitgestellt. Die Laufzeit verlängert sich automatisch immer um ein weiteres Jahr, sofern dieser nicht mindestens 3 Monate vor Vertragsablauf schriftlich gekündigt wird. Der Vertrag kann innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsunterzeichnung, seine Angaben von Unkenntnis oder Irrtum her, aus dem Vertrag gezogen bis eine geordnete Auftragsabfertigung. Nähere Informationen zum Gerichtsstand finden Sie unter www.adv24.info. Sollte eine oder mehrere Bestimmungen nichtig oder unwirksam sein, bleibt die Verbindlichkeit der übrigen Bestimmungen dadurch unberührt.

Um Rücksendung bis spätestens zum 12.06.2021 wird gebeten:  
☎ info@adv24.info oder ☎ 0316/231123 6710

Antraggeber: \_\_\_\_\_ Ort, Datum: \_\_\_\_\_ Unterschrift: \_\_\_\_\_

SolutionCom, Bühnenstr. 24, 8030 Graz  
Handel - Gewerbe - Industrie - Verein & Co

Erscheinungsbildes irrtümlich entsprochen wird bzw bei manchen Unternehmern den Eindruck erweckt, zu einer Einschaltung verpflichtet zu sein.

Beispielsweise seien hier Datenregistrierungen der „BGA Branchen und Gewerbeauskunft“ (bei genauem Studium mit dem Hinweis „behördenunabhängige Datenbank für Österreich“) sowie die in der Formulargestaltung auffallend gleich anmutenden Angebote der „Handels & Gewerbeveröffentlichungen HGÖ“ oder irreführende Korrekturaussendungen der „Allgemeinen Wirtschaftsinformation“ genannt.

Ebenso offiziell wirken die Zahlungsaufforderungen von „Wirtschaftsdienst & Handelsveröffentlichungen“ für ein rein privates Angebot einer IHG-Eintragung (Industrie, Handel & Gewerbe Österreich). Die ange-

liche Adresse „Kohlmarkt 8-14, 1010 Wien“ kann so per se gar nicht zutreffend sein. Sehr ähnlich verhält es sich mit Zusendungen vom „Wirtschaftsdienst“, der als „Registrationsdatenbank Neugründungen“ für „Industrie, Handel & Gewerbe“ samt Rundstempel mit Bundesadler auftritt und zur Prüfung von Firmenbuchdaten auffordert. Auch hier ist die angegebene Adresse unrichtig, denn an der Wiener Innenstadtadresse Tuchlauben 117 existiert keine solch hohe Hausnummer. Die Eintragung soll angeblich in ein nicht näher bezeichnetes, privates Onlineportal führen.

Im Zusammenhang mit Schutzrechtsanmeldungen ist Vergleichbares festzustellen. Meist ausländische Anbieter – wie TRP Trademark Publication oder IRO International Registration Office Intellectual Property ver-

**Handels & Gewerbeveröffentlichungen Österreich**  
Verzeichnisse-Nr. 1 800-079-00318-6

**1. Angaben Firma**  
(Bitte ggf. korrigieren und ergänzen)

► Firma:

► Straße:

► Postleitzahl: ► Ort: Glemstetten

► Datum/ Meldungsart: ► Meldungsart: FD Neueintragung

► Geschäftsführer:

► (F.M.D.)

► FB-Nr.

Folgende Kontaktdaten bitte ergänzen.

► E-Mail:

► Telefon/ Handy:

**2. Bestätigung**  
Rücksendung bis spätestens 14.07.2021

E-Mail-Scan/ Foto an: info@register-eintrag.at

Ort, Datum: *Hustad, 12.07.2021*

**HGÖ**

2. Gewerbetreibende Richtungspraktiken  
HD Neuentwurf/ Datum: 11.11.2021, 10:00  
Jeder gewerbliche Name und Zeichen,  
das die Bezeichnung eines bestimmten  
Sachverhalts darstellt, ist nach dem  
Stand der Technik, nach Inhalt und  
Aussehen dieser Richtungspraktiken  
nach der Kennzeichnung eines bestimmten  
Sachverhalts zu beurteilen.

**3. Bestätigung**  
Rücksendung bis spätestens 14.07.2021

E-Mail-Scan/ Foto an: info@register-eintrag.at

Ort, Datum: *Hustad, 12.07.2021*

**HR**

VERBODEN  
NACHZUG

HR  
HARTW  
6 8

GO  
KLEINSTRICH  
1. VERBODEN

verbindlich bestätigen


**INTERNATIONAL REGISTRATION OFFICE INTELLECTUAL PROPERTY**

**REGISTRATION INTERNATIONAL MARK REMINDER**

**IMPORTANT NOTICE**  
STATUS: PAYMENT PENDING  
DATE: 03.03.2021  
ORDER: IT-223546  
CONTRACT: IC-321654

FISMA  
Adresse  
Austria

**REPRODUCTION OF THE INTERNATIONAL MARK**

  
**PLANET PURE**

Date of registration	Publication date	Intern. registration number
02.02.2020	02.02.2021	1234567

Basic registration : AT (Austria), 27.10.2011, 264517.

Item	Description	Currency	Amount
001	Registration fee Intern. registration number 1576850	EUR	2250,98
002	Processing fee	EUR	0,00
003	Value Added Tax	EUR	0,00
004	<b>REGISTRATION TOTAL FEE</b>	<b>EUR</b>	<b>2250,98</b>

**PAYMENT DETAILS:**  
Beneficiary: International Registration Office  
Bank: CREDIT AGRICOLE BANK  
IBAN: PL 49 1940 1076 3218 8323 0000 0000  
SWIFT/BIC: AGRIPPLR  
Order no: IT-676638

**STATUS: PAYMENT PENDING**  
Please pay **WITHIN 8 DAYS** using bank details listed  
Don't forget to quote your order number: IT-676638

**STATUS: PAYMENT PENDING**  
AMOUNT DUE: EUR 2250,98

Dear Madam/Sir,  
Your International Mark has been submitted to the WIPO-Gazette to be taken under legal protection on the territory of the edited by the World Intellectual Property Organization. The publication of your International Mark, which above lists the Reproduction of your International Mark, Date of Registration, Publication Date, Registration Number, basic registration are basis of our offer to register in our private database website. Please note, the publication is not affiliated with the official WIPO-Gazette and is not a publication by a government entity. Your payment confirms this offer herein. Entry is valid for one year. The contract period starts when your payment has been received. This offer is not an invoice. You are under no obligation to pay the amount unless you accept this offer. We also refer to our terms and conditions under www.iro-service.com. The contract will automatically be renewed, if you not terminate the contract three month prior to the contract expiration. European Office: IRO-International Registration Office-112 Rue des Colonies 9-1000 Brussels-Belgium. International office: IRO-International Registration Office-Mskotowska 15-50-540 Warsaw-Poland

Data publication from WIPO - WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION

wenden für irreführende Zahlungsaufforderungen Bezeichnungen, Abkürzungen und/oder Logos, die einen amtlichen Anschein erwecken bzw in ihrer Gestaltung amtlichen Formularen ähneln. Dabei wird versucht, bei den Schutzrechtsinhabern den Eindruck zu erwecken, aufgrund ihrer Markenrechts- oder Patentanmeldung bzw deren Verlängerung eine Zahlungsverpflichtung zu haben. Eine – unter Umständen optisch hervorgehobene – Erwähnung der tatsächlich offiziellen und öffentlichen Register WIPO, EUIPO oder dem österreichischen Patentamt sollte dennoch kritisch hinterfragt werden. Auch hier gilt besondere Vorsicht, insbesondere bei Überweisungen ins Ausland!

Sogar bei Zusendungen von scheinbar inländischen Behörden mit aufmerksamkeits-erregendem Titel empfiehlt sich eine nähere Prüfung. So versandten im vergangenen – für viele besonders herausfordernden – Jahr Internetbetrüger im Namen des Sozialministeriums gefälschte E-Mails mit dem Betreff „Überbrückungshilfe III – Information und Unterstützung für Unternehmen“. Wem würde so eine Unterstützung nicht ins Auge springen? Die Absenderadresse lautete „post@sozialministerium.com“, welche keine gültige, offizielle E-Mailadresse des Ministeriums ist. Solche Mails können schadhafte Anhang enthalten und sollten daher ungelesen gelöscht werden.

### Rechnungen ohne Grundlage

Ohne jegliche Bestellung bzw Beauftragung können Unternehmen ebenfalls Rechnungen erhalten, sei es für angeblich bestellte Produkte oder für irgendeine behauptete Registrierung einer Domain.

Letzteres fand sich als Betrugsversuch im vergangenen Jahr unter zahlreichen Namen, wie insbesondere „Austria IT“, „Vicca security“ und „Online Service Support“, wo für „kommerzielle Rechte an geistigem Eigentum“ in Verbindung mit einer firmenähnlichen Domain zur Überweisung von Beträgen auf ausländische Konten aufgefordert wurde. Weitere Fake-Namen, unter



denen Rechnungen ohne Rechtsgrundlage versandt wurden, lauteten: *BNP-Agency, Commercial Domain Agency, D.M.E., D.P.C., E.D.R., E.P.C., Europe I.T.O., German Domain & Trademark Office, Intellectual Property Bureau, Intellectual Rights Centre, I.P.A., IR-Centre, Netzwerk Support, Online Patent Agency, Patent Management Centre, T.M.M., TIS Kundenservice, Trademark E.D.C., Trademark Management Centre, TT-Center*. Alle genannten „Unternehmen“ wiesen eine von drei wiederkehrenden Postadressen in Deutschland auf, die Kontonummern waren aus Deutschland und den Niederlanden – somit auch ein klarer Fall für die Strafbehörden. Um sich unnötige Arbeit und Schaden zu ersparen, lohnt es sich trotz persönlicher Anrede und zutreffendem Fir-



menntamen bzw Domain und Adresse, derartige Zahlungsaufforderungen, die nicht klar zuzuordnen sind, routinemäßig zu hinterfragen.

### Täuschungen mit Domains

Die „TM Österreich“ agierte ähnlich, indem massenhaft E-Mails an Domaininhaber übermittelt wurden. Der Vorwand lautete, ein Dritter wolle eine Domain des Empfängers mit dem einzigen Unterschied einer anderen Endung – etwa .com anstelle von .net – registrieren. Für eine bestimmte Gebühr könne der Domaininhaber jene Domain für 10 Jahre registrieren und schützen lassen. Um Zeitdruck aufzubauen, wurden 48 Stunden für die Zustimmung der Domaininhaber gewährt. Die Website der TM Österreich erweckte dabei einen irreführenden, offiziellen Eindruck. Die mit dem Betreff „Ihre Website“ versehenen E-Mails der TM Österreich waren selbstverständlich ein Betrugsversuch, wobei die tatsächlichen Inhaber dieser Website vom Ausland aus tätig zu sein scheinen.

**Zusammenfassend** möchten wir alle Unternehmen und Institutionen für die dargestellten, seit Jahren üblichen Fällen sensibilisieren und geben noch folgende wichtige Empfehlung:

Bitte niemals ohne nähere bzw genaue Prüfung Unterschriften und vor allem Zahlungen leisten. Die Zeichnungsbefugnis ist hier im Außenverhältnis nicht relevant. Die Mitarbeiter sollten diesbezüglich ebenso unbedingt instruiert werden. Im Bedarfsfall kann sich jeder Betroffene an die Rechtsabteilung seiner Interessenvertretung oder – bei Mitgliedschaft der Kammer bzw Interessenvertretung im Schutzverband – auch direkt an uns unter [office@schutzverband.at](mailto:office@schutzverband.at) wenden.

### ☛ Extra-Tipp:

Der Schutzverband bietet auch in einem allgemeinen **Warnfolder** zum Thema **Schwindelfirmen** übersichtliche Informationen samt einer Checkliste. Diese Unterlagen finden Sie bei den aktuellen Meldungen auf [www.schutzverband.at](http://www.schutzverband.at)

## Unerbetene Nachrichten im neuen Telekommunikationsgesetz 2021

**Im neuen TKG 2021 werden unerbetene Nachrichten im Wortlaut beinahe unverändert unter Strafe gestellt, dies jedoch in einem neuen Paragraphen sowie mit unterschiedlichen und anderen Strafhöhen als bisher.**

Das neue Telekommunikationsgesetz trat am 1.11.2021 in Kraft. Der im Wettbewerbsrecht und damit für den Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb quasi zum Tagesgeschäft zählende Bereich der unerbetenen Kontaktaufnahme per Telefon, Fax, E-Mail oder SMS findet sich nunmehr im § 174 TKG 2021 betreffend „unerbetene Nachrichten“ (bisher § 107 TKG alt).

Im Vergleich zum bisherigen Wortlaut ist bloß eine minimale Formulierungsänderung festzustellen. Anstelle der Bezeichnung „Teilnehmer“ tritt nunmehr der Begriff „Nutzer“ („Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig.“).

Bei dieser Gesetzesnovelle wurden die Höhen der Verwaltungsstrafen im § 188 TKG 2021 unterschiedlich sowie mit anderen Beträgen geregelt. Als Verwaltungsübertretung mit bis zu 50.000 € wird gemäß § 188 Abs 4 Z 27 TKG ein Verstoß nach § 174 Abs 2 (Unterdrückung oder Verfälschung der Rufnummernanzeige des Anrufers oder Veranlassung dazu) sowie nach § 188 Abs 4 Z 28 TKG ein Verstoß gegen § 174 Abs 3 oder 5 (Zusendung elektronischer Post) bestraft. Als Verwaltungsübertretung mit bis zu 100.000 € wird gemäß § 188 Abs 6 Z 9 TKG ein Verstoß gegen § 174 Abs 1 (Anrufe zu Werbezwecken) bestraft.





## 27. ÖBI-Seminar vom 18. Juni 2021

Eine Institution – so kann das ÖBI-Seminar zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht bezeichnet werden, welches in Zeiten der Pandemie neuerlich hybrid, also online und in Präsenzveranstaltung abgehalten wurde.

Das vergangene ÖBI-Seminar, das genau neun Monate nach dem letzten, wegen der Corona-Pandemie vom Frühjahr auf den September 2020 verschobenen Seminar stattfand, gewährte wieder einen kompakten, praxisorientierten Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung im Wettbewerbsrecht, im gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht. Die Veranstaltung wurde wie jedes Jahr von der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) gemeinsam mit der RECHTSAKADEMIE MANZ organisiert.

### Alljährliches Highlight

Das heuer bereits zum 27. Mal durchgeführte ÖBI-Seminar wurde aufgrund der aktuellen Situation neuerlich im „Hybridmodus“ abgehalten. So konnte die auf eine bestimmte Personenanzahl beschränkte Präsenz-Veranstaltung im Julius-Raab-Saal der WKO, Wiedner Hauptstraße 63, 1040 Wien, via Live-Stream (mittels personalisiertem Zoom-Zugangslink) als zusätzliches Angebot auch von den zahlreichen externen Teilnehmern verfolgt werden, wobei für diese auch die Möglichkeit bestand, sich per Chat

an den Diskussionen zu beteiligen bzw. Fragen an die Vortragenden zu stellen.

Die Veranstaltung – schon seit vielen Jahren unter der Moderation von Rechtsanwalt **Hon.-Prof. Dr. Guido Kucsko** ein „Klassiker“ – war auch heuer wieder mit aktuellen Inhalten zum Lauterkeits-, Marken-, Muster-, Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) gut gefüllt. Einen Tag lang informierten und diskutierten Experten aus allen Bereichen (Wissenschaft, Wirtschaft, Gerichtsbarkeit, Ministerien, Patentanwaltschaft, Rechtsanwaltschaft) umfassend über die jüngsten Entwicklungen.

### Die Veranstaltung

Nach der Begrüßung der Referenten und Teilnehmer durch den Präsidenten der ÖV, **RA Dr. Michael Meyenburg**, stand am Beginn des Seminars ein kurzes einleitendes Referat von **Dr. Stefan Harasek**, Vorstand der Stabstelle Strategie und Datenanalyse des Österreichischen Patentamts (ÖPA). Dieser informierte über die aktuellen Anmeldezahlen beim Österreichischen Patentamt vor dem Hintergrund der Corona-Krise und gab dann einen praxisnahen Einblick in die Nutzung des IP-Informationsservices des ÖPA als Quelle strategischer Informationen für Unternehmen. Weiters berichtete Dr. Harasek über die für Patentanmeldungen relevanten Entwicklungen und Entscheidungen auf europäischer Ebene.

Anschließend daran gingen Patentanwalt **Dr. Rainer Beetz** und Patentanwalt **Dr. Daniel Alge** (Präsident der Österreichischen Patentanwaltskammer) auf die neuesten Entwicklungen und die jüngste Judikatur im Patentrecht ein. Einen Schwerpunkt bildete dabei die Analyse der aktuellen PatAnwG-Novelle vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 29. Juli 2019, C-209/18, und den damit einhergehenden Veränderungen im Bereich der Patentanwalts-Gesellschaften. In der darauffolgenden Besprechung der neuesten patentrechtlichen Entscheidungen des OLG Wien und des OGH wurden komplexe Fra-

gen der Patenfähigkeit ebenso anschaulich – auch mit Abbildungen der entsprechenden technischen Produkte – erörtert wie Fälle betreffend die Eintragungsvoraussetzungen für ergänzende Schutzzertifikate. Auch verfahrensrechtliche Aspekte, wie die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, kamen dabei zur Sprache. Die von den Referenten erläuterten Entscheidungen des EPA betrafen den Patentschutz von Simulationsprogrammen und den bemerkenswerten Fall einer Doppelpatentierung. Weiters wurde über den bereits auf das Jahr 1995 zurückgehenden Sortenschutzstreitfall „*Mandarinensorte Nadorcott*“ berichtet, wo der EuGH die Frage der Verjährung zu beurteilen hat. Nach einem kurzen Exkurs zu den WTO-Anträgen Indiens und Südafrikas auf Aussetzung von gewerblichen Schutzrechten im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Covid-19-Virus (Stichwort Patentfreigabe) wurden in der anschließenden Diskussion Probleme bei der digitalen Einbringung von Anträgen mittels Online-Formularen erörtert, wobei insbesondere das Software-System der EPA als verbesserungsfähig beschrieben wurde.

Im lauterkeitsrechtlichen Teil gab zunächst **MMag. Erika Ummenberger-Zierler**, Leiterin der Abteilung Wettbewerbspolitik und -recht des BMDW, einen Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung auf europäischer und nationaler Ebene. Ein zentraler Punkt war dabei die Umsetzung der UTP-Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, die ab November 2021 national anzuwenden war. Sinn und Zweck dieser RL ist die Unterstützung schwächerer Unternehmen gegenüber ihren oft wesentlich stärkeren Handelspartnern in diesem Bereich und sollen insbesondere abhängig vom Umsatz der jeweiligen Käufer und Verkäufer bestimmte Praktiken, wie zB zu lange Zahlungsfristen

Die Veranstaltung war auch heuer wieder mit aktuellen Inhalten zum Lauterkeits-, Marken-, Muster-, Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) gut gefüllt. Einen Tag lang informierten und diskutierten Experten aus allen Bereichen umfassend über die jüngsten Entwicklungen.



und kurzfristige Stornierungen, verboten sein. Weitere Vorgaben der UTP-RL betreffen anonyme Beschwerdemöglichkeiten und Geldbußen. Die Umsetzung dieser RL sollte, so die Vortragende, im Wesentlichen im Rahmen des NahversorgungsG erfolgen (Anmerkung: Die UTP-Richtlinie wurde tatsächlich mittlerweile im Nahversorgungsge-setz umgesetzt, das nun Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz heißt – siehe dazu den entsprechenden Beitrag in diesem Heft). Eine etwas längere Frist zur Anwendung im nationalen Recht, nämlich bis Ende Mai 2022, sieht die sog. Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 vor, durch die – im Rahmen des „New Deal for Consumers“ – gleich vier bestehende EU-Richtlinien geändert wurden. Hier sind unter anderem vorgesehen: Schadenersatzansprüche durch Verbraucher, das Verbot von Produkten zweierlei Qualität sowie verstärkte Kennzeichnungspflichten im digitalen Bereich. Auch die Einführung einer EU-Verbandsklage ist geplant. Die Änderung der PreisangabenRL wirft aufgrund der unklaren Formulierung der betreffenden RL-Bestimmung besondere Fragen auf. Weiters berichtete MMag. Ummenberger-Zierler von den Verhandlungen über die Vorschläge der EU-Kommission für einen speziell an große Online-Plattformen gerichteten „Digital Markets Act“ sowie über eine Verordnung gegen drittstaatliche Subventionen. Weiters seien aktuelle Konsultationen zur „vorzeitigen Obsoleszenz“ und zu „überzogenen Umweltinformationen“ („*greenwashing*“) im Gange.

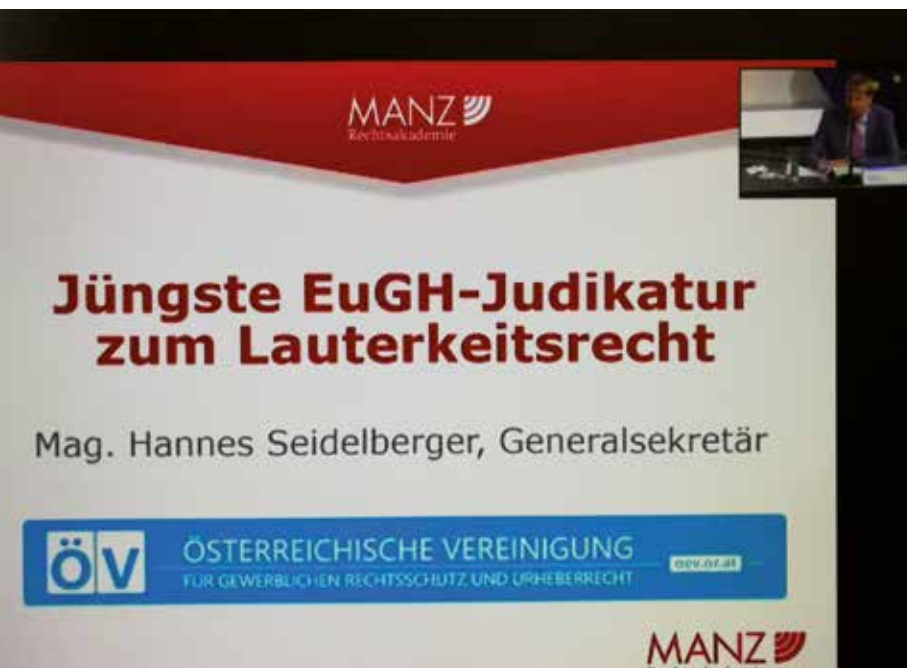
Anschließend informierte **Mag. Hannes Seidelberger**, Generalsekretär der ÖV und Geschäftsführer des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb, über die jüngste Judikatur des EuGH zum Lauterkeitsrecht. Wie ein Blick auf den Jahresbericht des EuGH für 2020 und die darin veröffentlichten Fallzahlen zeigt, liegt Österreich an zweiter Stelle der Mitgliedstaaten, aus denen im vorletzten Jahr Vorabentscheidungsersuchen eingelangt sind. Die erste der präsentierten

Entscheidungen betraf den Lebensmittelbereich, dem in der lauterkeitsrechtlichen Judikatur des EuGH schon seit langem eine besondere Bedeutung zukommt. So hielt der EuGH in der Entscheidung vom 10.9.2020 zu C-363/19 fest, dass gesundheitsbezogene Angaben wissenschaftlich objektiv nachweisbar sein müssen und allgemeine Volksweisheiten dafür nicht ausreichen. Bei laufender Übergangsfrist liege hier trotz eines Dossiers im Anmeldeverfahren die volle Beweislast beim Lebensmittelunternehmen und gehe hier die Health-Claims-Verordnung der UGP-Richtlinie vor. Die weiteren, wie immer sehr anschaulich erläuterten Entscheidungen betrafen den Begriff der „unbestellten Waren und Dienstleistungen“ in der UGP-RL (bei Aufrechterhaltung der Wasserversorgung für eine Wohnung liege keine unbestellte Dienstleistung vor, C-922/19), die Frage der Gewerblichkeit der Tätigkeit eines erfolgreichen Online-Pokerspielers (diese wurde vom EuGH verneint, C-774/19) sowie – als „sidestep“ zur E-Commerce-Richtlinie – die Qualifikation einer App zur Vermittlung von Taxifahrten als Dienst der Informationsgesellschaft (die Auftragserteilung und Abwicklung erfolgte hier im direkten Weg zwischen den Fahrten und den Kunden, C-62/19). Weiters berichtete Mag. Seidelberger von spannenden, beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahren wie etwa zur Definition der „Bezahlung einer Verkaufsförderung“ im Sinne des Anhangs der UGP-RL (wo sich die Frage stellt, ob bei redaktionellen Inhalten von Medien tatsächlich jede Art der Gegenleistung erfasst ist – Anmerkung: Hier liegt mittlerweile die Entscheidung des EuGH vor, siehe dazu den Beitrag Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht in diesem Heft) oder betreffend die Befugnis von Mitbewerbern oder Verbänden, unabhängig von der Verletzung konkreter Rechte einzelner Betroffener und ohne deren Auftrag gerichtlich gegen Datenschutzrechtsverstöße vorzugehen.

---

**Mag. Seidelberger informierte über die jüngste Judikatur des EuGH zum Lauterkeitsrecht und berichtete weiters von spannenden, beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahren.**

---



**Hofrat Dr. Manfred Vogel**, Präsident des 4. und 16. Senats des OGH, informierte zunächst über die Anzahl der neu beim Höchstgericht eingelangten, lauterkeitsrechtlichen Fälle, wobei er am Rande erwähnte, dass sich derzeit in mehreren Senaten des OGH ein Generationenwechsel vollziehe. Teil I der Fallbesprechungen betraf Sachverhalte, wo die Auslegung und Anwendung des § 1 UWG im Mittelpunkt stand. So wurde die Gutachter-Tätigkeit einer europäischen Normungsorganisation nicht als „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ angesehen, weil die Tätigkeit ausschließlich öffentliche Zielsetzungen verfolge (4 Ob 77/20g). Weiters wurden „Kündigungshilfen“ in Form von Musterschreiben (4 Ob 126/20p) sowie im Rahmen eines automatischen Energieanbieter-Wechselservices auf einer Website (4 Ob 102/20h) als zulässig beurteilt (siehe dazu auch den Wettbewerbskommentar in diesem Heft). Betreffend die Fallgruppe des unlauteren Rechtsbruchs hatte sich der OGH unter anderem mit einer standeswidrigen Preiswerbung für Zahnärzte (4 Ob 158/20v) und der Wirkung des CE-Kennzeichens auf die Anforderungen nach dem MPG zu befassen (4 Ob 135/20m). In Teil II seiner Fallübersicht

erläuterte Hofrat Dr. Vogel zunächst eine Entscheidung des 9. Senats (9 ObA 7/20z) zur Schlüssigkeit des Vorbringens gemäß § 26h Abs 1 UWG in Verfahren betreffend den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. In zwei weiteren Verfahren zum Geschäftsgeheimnisschutz war insbesondere zu prüfen, wer nach dem Kriterium der „rechtmäßigen Verfügungsgewalt“ als Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses in Betracht komme (4 Ob 182/20y) und inwieweit die Kenntniserlangung bzw Verwertung durch Dritte die kommerziellen Interessen des Inhabers in relevanter Weise beeinträchtigen könne (4 Ob 188/20f). Erläuterungen zu einigen verfahrensrechtlichen Entscheidungen, wie etwa zur Schlüssigkeit eines Rechnungslegungsbegehrens (4 Ob 32/21p), zur Unterscheidung zwischen Unterlassungsvergleich und Unterlassungserklärung in Bezug auf die Wiederholungsgefahr (4 Ob 156/20z) und zur Verwendung des Wortes „insbesondere“ im Unterlassungsbegehren (4 Ob 25/20k) rundeten den Vortrag ab. Die anschließenden Fragen aus dem Publikum bezogen sich vor allem auf die Geschäftsgeheimnis-Entscheidungen.

Der markenrechtliche Teil begann dieses Jahr wieder mit einem Referat von Rechtsanwalt **Dr. Christian Schumacher** zur jüngsten Rechtsprechung des EuGH, die im Berichtszeitraum insbesondere Fragen der Unterscheidungskraft (C-456/19), der rechtserhaltenden Benutzung von Marken (zB „*testarossa*“ C-720/18, 721/18) und den Schutz von Ursprungsbezeichnungen (C-490/19 – *Morbier*) betraf. Die Fälle wurden sowohl vor Ort als auch im Live-Stream durch Abbildungen plastisch veranschaulicht. Mehrere neu eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren, etwa zur Frage der Verwirkung, zur Haftung von Amazon für Angebote Dritter (Stichwort: Zurechnung der Zeichenbenutzung) sowie zur Darlegungslast für die rechtserhaltende Benutzung einer Marke lassen interessante Entscheidungen erwarten. Der nachfolgende Überblick über die markenrechtliche Judikatur des OLG Wien

durch Senatspräsident **Dr. Reinhard Hinger** war in drei Teile gegliedert: Verwechslungsgefahr, Unterscheidungskraft und Verfahrensrecht. Die grafische Darstellung der verfahrensgegenständlichen (Bild)Marken im ersten Teil und die Erläuterungen der Hintergründe für einzelne Fallentscheidungen zu – mehr oder weniger fantasievollen – Wortmarken im zweiten Teil boten dem Publikum einen kurzweiligen Einblick in die aktuelle Entscheidungspraxis des Oberlandesgerichts. Im Anschluss daran gab – erstmals am Podium des ÖBL-Seminars – **Dr. Erich Schwarzenbacher**, Hofrat des OGH, einen Überblick über die jüngste OGH-Judikatur im Markenrecht. Die ebenfalls mit Abbildungen illustrierten Entscheidungen betrafen sowohl Eintragungsstreitigkeiten, wie etwa betreffend eine konturlose Farbmarke Orange (4 Ob 101/20m) oder die Irreführungseignung einer Marke durch Traditionsangaben (4 Ob 221/20h) als auch Verletzungsstreitigkeiten, etwa über die Frage der Herkunftstäuschung bei Verwechslungsgefahr (4 Ob 27/20d), über den kennzeichenmäßigen Gebrauch bei Einbettung eines fremden Zeichens in ein Werbemittel (4 Ob 99/20t) oder über die Grenzen der Verwendung von „fremden“ Schlüsselwörtern im Rahmen des Keyword Advertising (4 Ob 30/20w; 4 Ob 152/20m). **Mag. Christoph Bartos**, Mitglied der Beschwerdekammern des EUIPO, der aufgrund der pandemiebedingten Reisebeschränkungen beim letzten Seminar noch aus Alicante zugeschaltet war, konnte diesmal wieder „physisch anwesend“ über die aktuellen Entscheidungen der Kammern berichten. Wie immer grafisch bestens aufbereitet – wobei stattgebende Entscheidungen zusätzlich mit grünen und ablehnende mit roten Balken gekennzeichnet waren – wurden hier Fälle betreffend absolute und/oder relative Eintragungshindernisse ebenso klar dargestellt wie Beschlüsse zum Lösungsgrund der „nicht ernsthaften Markenbenutzung“. Auch dieses Jahr steuerte Mag. Bartos für die Seminarunterlagen wieder eine umfas-



sende Aufstellung der wichtigsten Entscheidungen mit dem Titel „*Boards of Appeal – Important Decisions*“ bei. In der Diskussion wurde insbesondere die Frage des relevanten Publikumskreises in der Farbmarke Orange-Entscheidung erörtert.

Rechtsanwalt **Hon.-Prof. Dr. Guido Kucsko** eröffnete sein Referat über die jüngsten Entwicklungen im Musterrecht mit einem Blick auf die Bestrebungen der EU, den Schutz von Mustern zu vereinfachen. So soll etwa der Musterschutz für bestimmte Ökosysteme erleichtert werden und ist eine Klärung des Schutzes neuer Arten von Mustern (zB animierte Designs, grafische Benutzeroberflächen) angedacht. Ein weiteres Thema sei die Durchsetzung von Musterrechten gegenüber Waren, die auf der Durchfuhr durch die Europäische Union Rechte des geistigen Eigentums verletzen. Zudem will die EU speziell Maßnahmen gegen Wettbewerbsverzerrungen bei Bauteilen treffen, die für die Reparatur komplexer Produkte verwendet werden. Eine verfahrensrechtliche Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in einem Geschmacksmusterverfahren (T-382/20) bildete den Auftakt zu einem Überblick über



Die im urheberrechtlichen Teil präsentierten, aktuellen Fälle betrafen interessante Themen wie Öffentliche Wiedergabe, Datenbanken sowie Urhebervertragsrecht & freie Werknutzung.

die Rechtsprechung: Ein erfahrener juristischer Mitarbeiter hatte es verabsäumt, im Online-Anmeldeformular des EUIPO das Kästchen für die Prioritätserklärung anzukreuzen. Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (nach Art 67 GGMVO) wurde vom Gericht mit der Begründung abgelehnt, dass Wiedereinsetzungen geeignet wären, die Rechtssicherheit zu untergraben und daher restriktiv zu handhaben seien. Sie könnten nur bei außergewöhnlichen Ereignissen gewährt werden, nicht aber bei menschlichen Fehlern bei der Dateneingabe, weil diese keine außergewöhnlichen oder unvorhersehbare Ereignisse seien, die nicht aus Erfahrung vorhergesagt werden könnten. Die weiters – wie immer sehr anschaulich – besprochenen, materiellrechtlichen Entscheidungen des EuG betrafen die Eigenart der Form einer hantelähnlichen Flasche im Vergleich zu einem Konkurrenzprodukt (T-326/20) sowie die Frage der ausschließlich technisch-funktionellen Bedingtheit der Erscheinungsform eines LEGO-artigen Bausteines (T-515/19).

Der urheberrechtliche Teil des Seminars wurde von **Mag. Christian Auinger**, leitender Staatsanwalt im BMJ, eröffnet, der über die bevorstehende Urheberrechts-Novelle 2021 informierte. Hier betreffen die Vorgaben einer EU-Richtlinie Themen wie die Anpassung freier Werknutzungen an das digitale und grenzüberschreitende Umfeld sowie die Verbesserung der Lizenzierungspraxis und Gewährleistung eines breiteren Zugangs zu Inhalten. Weiters soll ein Beitrag zu einem modernen Urhebervertragsrecht geleistet werden, das unfaire Knebelverträge verhindert und Künstler gegenüber Produktions- und Vertriebsgesellschaften stärkt. Im Anschluss daran präsentierten **Assoz.-Prof. Dr. Manfred Büchele** vom Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und **Dr. Christian Handig** von der Wirtschaftskammer Österreich gemeinsam die neueste österreichische Judikatur und die europäische Recht-

sprechung. Die geschilderten Fälle betrafen die Themen Öffentliche Wiedergabe & Zurverfügungstellung, Verwertungsrechte, Verwertungsgesellschaften, Datenbanken sowie Urhebervertragsrecht & freie Werknutzung. Nach den Sachverhaltsschilderungen und Erörterungen der zentralen rechtlichen Aspekte wurden die wesentlichen Aussagen einer Entscheidung jeweils im Rahmen einer „Quintessenz“ zusammengefasst. Konkret ging es in den dargestellten Fällen etwa um das Framing von frei im Internet zugänglichen Werken (EuGH C-392/19), das Veröffentlichen eines Lichtbildes in einer geschlossenen Facebook-Gruppe ohne Zustimmung des Rechteinhabers (OGH 4 Ob 89/20x), um ungenehmigtes Livestreaming eines TV-Programms über OTT im Internet (4 Ob 149/20w ua), die Rechteverletzung durch eine auf Stellenanzeigen spezialisierte Suchmaschine, die auch Datenbanken anderer, gleicher Suchmaschinen abgreift und die Ergebnisse auf ihrer eigenen Website veröffentlicht (EuGH C-762/19) und die Unzulässigkeit eines Bildzitats ohne Zitat- und Belegfunktion bzw einer Parodie mit unwahren oder ehrenrührigen Angaben (4 Ob 3/21a). Die Vortragenden informierten die Teilnehmer zusätzlich über eine Reihe richtungsweisender, anhängiger Verfahren vor dem EuGH, deren Ergebnisse schon spannungsvoll erwartet werden.

Im letzten Teil des Seminars, das dem Wettbewerbs- bzw Kartellrecht gewidmet war, berichtete zunächst Frau **Dr. Anneliese Kodek**, Hofrätin des OGH, über die wenigen, aber spannenden Entscheidungen des Kartellobergerichts (KOG = 16. Senat des OGH). So war in einem Verfahren zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 5 KartG darüber zu entscheiden, ob die vertragliche Einräumung eines vorzeitigen Kündigungsrechts durch eine marktbeherrschende Gasvertriebsgesellschaft an nur einen von mehreren Abnehmern eine rechtswidrige Diskriminierung der anderen Unterneh-

men sei (16 Ok 3/20g). Das KOG verneinte dies, weil im Anlassfall die langfristige Bedarfsdeckung des bevorzugten Unternehmens erheblich höher war als die der anderen Abnehmer. Eine Gleichbehandlungspflicht bestehe nur gegenüber solchen Vertragspartnern, die sich gegenüber dem Marktbeherrscher in der gleichen Lage befänden und sei hier eine sachlich-objektive Differenzierung erlaubt. In einer weiteren, international vielbeachteten Entscheidung zum Marktmachtmissbrauch bestätigte das KOG die Wettbewerbswidrigkeit mehrerer Vertragsklauseln, die der Generalimporteur einer französischen Automarke seinen österreichischen Vertriebshändlern und Werkstätten auferlegt hatte (16 Ok 4/20d). So wurden hier die Koppelung von Prämienzahlungen mit Kundenzufriedenheitsumfragen ebenso als Konditionenmissbrauch angesehen wie die Spannenreduktion durch überhöhte Verkaufsziele. Die niedrigen Verkaufspreise der Tochtergesellschaft des Importeurs für Neuwagen wurden – insbesondere auch unter Hinweis auf die Judikatur zu Art 102 AEUV – als unzulässige Margenbeschneidung (Kosten-Preis-Schere, „margin squeeze“) beurteilt. Auch mehrere Bedingungen im Werkstättenbetrieb für den Ersatz von Garantie- und Gewährleistungsarbeiten wurden als marktmachtmissbräuchlich bewertet. Im Anschluss daran berichtet die Vortragende noch von der Zurückweisung eines Zusammenschluss-Prüfungsantrags mangels Anmeldefähigkeit des angemeldeten Vorgangs (16 Ok 5/20a) und einer Entscheidung des 9. Senats des OGH zu Schadenersatzansprüchen eines Bundeslandes gegen die ehemaligen Mitglieder eines Aufzugskartells (9 Ob 86/19s).

Gegenstand des darauffolgenden Referats von **RA Dr. Hanno Wollmann** war die jüngste EuGH-Judikatur sowie der aktuelle nationale und europäische Normenbestand im Wettbewerbsrecht. Von den 16 Urteilen des EuGH zu Art 101 und Art 102

AEUV im letzten Jahr (kein Urteil zur FKVO) ergingen sechs zu Verfahrensfragen, sechs zu Kartellen, eine zum Marktmachtmissbrauch und drei im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens. Von den näher erläuterten Entscheidungen (unter anderem zur Frage der Angemessenheit des Tarifes einer belgischen Verwertungsgesellschaft für die Aufführung von Musik, C-372/19, und zur Missbräuchlichkeit einer Margenbeschneidung durch einen slowakischen Telekomanbieter, wenn der Zugang zur fraglichen Infrastruktur für den betroffenen Mitbewerber nicht unentbehrlich im Sinne der essential facilities-Doktrin ist, C-165/19p) könne insbesondere das Urteil in der Rechtssache C-450/19 (*Eltel*) für Österreich relevant sein, wo es um die Frage der Verjährung von Kartellverstößen durch ein Bau-Submissionskartell ging. Im Mittelpunkt der anschließenden Erörterung des Normenbestandes stand die bevorstehende Novellierung des österreichischen Kartellrechts durch das „KaWeRÄG 2021“. Neben einzelnen Punkten betreffend die Umsetzung der ECN+ Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden wurden vom Vortragenden insbesondere die zu erwartenden Änderungen des KartG erläutert, wie die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Freistellung vom Kartellverbot, die bessere Erfassung vom Marktmacht in Bezug auf Online-Plattformen, die Verschärfung des Konzepts der relativen Marktmacht, die 2. Inlandsumsatzschwelle und die zusätzliche Einführung des SIEC-Tests im Rahmen der Fusionskontrolle bei gleichzeitiger Erweiterung der Rechtfertigungsgründe (siehe dazu den Beitrag zur Kartellrechtsnovelle 2021 in diesem Heft). Zum Schluss seines Vortrags informierte Dr. Wollmann noch über wichtige Vorhaben auf EU-Ebene, etwa über die bereits länger anhängige Überarbeitung der Bekanntmachung der Kommission zur Marktabgrenzung und die Erneuerung der Gruppenfreistellungsverordnung zu vertikalen Absprachen.

---

**Abschließend wurde über die jüngste Judikatur des OGH und EuGH sowie den aktuellen nationalen und europäischen Normenbestand im Wettbewerbs- bzw Kartellrecht referiert.**

---

# Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht

In dieser Rubrik werden verschiedene Entscheidungen nach dem UWG bzw der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken oder benachbarten Rechtsgebieten dargestellt, welche für die wirtschaftliche Praxis relevant sind.



### Unlauteres Koppelungsangebot bei marktbeherrschender Stellung

Bei Koppelung einer öffentlich-rechtlichen begründeten Überlassungsverpflichtung mit dem aufgedrängten Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags handelt es sich laut OGH bei Hinzutreten besonderer Umstände, im konkreten Fall aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, um eine unlautere Geschäftspraktik (**OGH 28.5.2019, 4 Ob 248/18a**).

In einem Rechtsstreit zwischen zwei Bestattungsunternehmen steht die beklagte Gesellschaft im Eigentum einer niederösterreichischen Stadt und betreibt dort ein Bestattungsunternehmen. Weiters verwaltet die Beklagte den städtischen Friedhof. Die einzige Aufbahrungshalle der Stadt, im Eigentum der Beklagten, befindet sich auf dem Friedhofsgelände. Die Klägerin ist ein Bestattungsunternehmen, das jährlich einen beträchtlichen Teil seiner Bestattungen auf dem von der Beklagten verwalteten Friedhof, teilweise unter Benützung der Aufbahrungshalle, durchführt.

Für Sargbestattungen ist gesetzlich vorgeschrieben, dass diese nur unter Benützung der Aufbahrungshalle zulässig sind. Beabsichtigt die Klägerin eine Bestattung unter Benützung der Aufbahrungshalle, muss sie diese Nutzung bei der Beklagten zu einem bestimmten Termin reservieren. Die Friedhofsverwaltung der Beklagten verlangt für die Benützung der Aufbahrungshalle die gesetzlich vorgesehenen Gebühren. Darüber hinaus verlangt die Beklagte einen Fixpreis für durch ihr Bestattungsunternehmen erbrachte Leistungen, und zwar für die „Aufbahrung“ (Bereitstellung der Halleneinrichtung) und für „Personal“ (Bereitstellung ei-

nes Mitarbeiters für das Öffnen und Schließen der Aufbahrungshalle und die Bedienung der Tonanlage). Diese beiden Positionen kann die Klägerin nicht abbestellen, weil sie ohne diese Leistungen des Bestattungsunternehmens der Beklagten die Aufbahrungshalle nicht reservieren und benützen darf.

Die Klägerin begehrte von der Beklagten, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Sonderstellung im Rahmen der Ausübung der Friedhofsverwaltung zur Förderung des eigenen Wettbewerbs dadurch zu missbrauchen, dass der Klägerin als Voraussetzung für die Terminfixierung für Bestattungen und die Benützung der Aufbahrungshalle die Bestellung von zusätzlichen Leistungen, nämlich die „Aufbahrung“ sowie „Personal“, abverlangt werde. Die Klägerin verfüge selbst über Personal und die notwendigen Aufbahrungsgegenstände. Die Beklagte zwingt ihren Mitbewerbern durch diese Vertragsgestaltung die Abnahme von unerwünschten Leistungen auf und verschaffe sich auf diese Weise einen unlauteren Wettbewerbsvorteil.

In Bestätigung der klagsstattgebenden Entscheidung des Berufungsgerichts führte der Oberste Gerichtshof Folgendes dazu aus: Eine privatwirtschaftlich tätig werdende öffentlich-rechtliche Körperschaft darf jene Machtmittel, die ihr die öffentlich-rechtliche Stellung gibt, zur Förderung ihres privaten Wettbewerbs nicht ausnützen. Unlauter ist insbesondere die Verquickung amtlicher Pflichten mit erwerbswirtschaftlichen Interessen (4 Ob 24/95; 4 Ob 21/04y). Das gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand – wie hier – nicht unmittelbar, sondern in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts tätig wird (4 Ob 72/02w).

Die Beklagte besorgt einerseits die dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnende Friedhofsverwaltung, andererseits betreibt sie im Rahmen einer privatwirtschaftlichen Betätigung ein Bestattungsunternehmen. Die Vertragsbedingungen über die verrechneten „Zusatzleistungen“ erfolgen im Rahmen ihrer Privatautonomie. Damit unterliegt die beanstandete Vertragsgestaltung mit ihren Kunden einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle. Der OGH hält in diesem Fall fest, dass die Beklagte als Eigentümerin der einzigen Aufbahrungshalle in der betreffenden Stadt eine Monopolstellung innehat und jedes Bestattungsunternehmen bei Durchführung einer Sargbestattung in dieser Stadt nach den gesetzlichen Vorschriften auf diese Halle angewiesen ist.

Die Beklagte macht die Überlassung der Aufbahrungshalle davon abhängig, dass die Klägerin gleichzeitig einen Vertrag über zusätzliche Leistungen schließt. Damit liegt die Koppelung einer öffentlich-rechtlich begründeten Überlassungsverpflichtung mit dem Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags vor. Koppelungsangebote sind nur bei Hinzutreten besonderer Umstände unlauter, so etwa bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (4 Ob 129/13v, Tonträger Edition; 4 Ob 84/12z, Hahnenkamm-Gewinnspiel). Das kann auch bei der öffentlichen Hand der Fall sein (vergleiche § 5 Abs 1 Z 4 KartG 2005; 4 Ob 41/08w, Wiener Zeitung II).

Die öffentliche Hand handelt dann unlauter, wenn sie die Einhaltung ihrer im öffentlichen Recht vorgesehenen Verpflichtungen davon abhängig macht, dass einem von ihr betriebenen Unternehmen zusätzliche Leistungen abgenommen wer-

den. Darin liegt ein Missbrauch ihrer öffentlich-rechtlichen Machtmittel und eine unzulässige Verquickung amtlicher Pflichten mit erwerbswirtschaftlichen Interessen. Ein solches unlauteres Verhalten (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) ist der Beklagten vorzuwerfen und als unlautere Geschäftspraktik im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu untersagen.

## Unlautere Herabsetzung auch bei wahren Behauptungen möglich

Auch eine wahre Behauptung, die geschäftsschädigend ist, kann eine unlautere Herabsetzung eines Mitbewerbers darstellen. Die Entscheidung enthält darüber hinaus wichtige Aussagen zum Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses und zur Wettbewerbsabsicht (**OGH 22.6.2021, 4 Ob 208/20x**).

Klägerin in diesem Verfahren war die Betreiberin eines österreichischen Kabelnetzes. Sie brachte gegen einen (privaten) Fernsehsender eine Unterlassungsklage nach dem UWG ein, weil dieser in diversen Medien negative Äußerungen über sie getätigt habe. In der Sache ging es darum, dass die beiden Streitparteien zuvor keine Einigung über die Einspeisung des Sendersignals der Beklagten in das Netz der Klägerin erzielen konnten, wobei die Verhandlungen über die Einspeisung von der Frage der Tarife mitbestimmt waren.

Die beanstandeten Äußerungen lauteten auszugsweise: „*Informationen für alle L-Kunden – der Kabelnetzbetreiber will P heute aus Ihrem Netz nehmen ... L hat P wegen des hohen Informationsbedürfnisses in der Coronakrise ins Netz aufgenommen, die Einspeisung läuft aber heute aus. Der Informationsbedarf endet aber natürlich nicht mit dem heuti-*

*gen Tag, im Gegenteil! Hier verhindert ein lokaler Monopolist die Verbreitung von Journalismus in Zeiten, in denen qualitativ hochwertige Berichterstattung dringend notwendig ist. Sollten Sie L-Kunde sein, können Sie sich direkt beim Kundendienst [Telefonnummer und mail-Adresse] beschweren“; „P ist frei empfangbar über Satellit, Antenne, in jedem guten Kabelnetz und via App. Alle Infos finden Sie hier [Link]. Vorausgesetzt man ist kein L-Kunde. Denn der österreichische Kabelnetzbetreiber hat angekündigt, P wieder abschalten zu wollen“; „Diese Eskalation hat keine sachlichen Gründe. Der Kabelnetzbetreiber L hat leider nicht das Interesse seiner Kunden im Fokus, er nimmt ihnen die Chance, einen kostenlosen österreichischen Nachrichtensender in HD-Qualität zu sehen. Viele L-Kunden sind verständlicherweise sehr verärgert. Die Thematik wird auf mehreren Ebenen ein juristisches Nachspiel haben. Da der Public-Value-Sender P unzweifelhaft Must-Carry-Status hat, wird die Einspeisung vermutlich ohnehin behördlich angeordnet werden. Allerdings überlegen wir, uns überhaupt aus einem veraltet agierenden Kabelnetz zurückzuziehen, weil die interessierten Seher all unsere Inhalte auch anders empfangen können ...“.*

Nach dem Vorbringen der Klägerin hätten diese Aussagen gegen die §§ 1 und 7 UWG verstoßen (Behinderung durch Boykott, Anschwärzung, pauschale Abwertung). Der OGH stellte mit Beschluss vom 22.6.2021, 4 Ob 208/20x, die einstweilige Verfügung des Erstgerichts (zugunsten der Klägerin) wieder her. Zunächst genüge es für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses im Sinne des UWG, dass die Waren oder Leistungen ihrer Art nach miteinander in Konkurrenz treten könnten. Es

bedürfe keiner eigenen Beeinträchtigung des klagenden Mitbewerbers durch den Wettbewerbsverstoß (kein konkretes Wettbewerbsverhältnis), sondern es reiche wegen des auch öffentlichen Interesses an der Ausschaltung unlauterer Wettbewerbs-handlungen aus, dass abstrakt eine Beeinträchtigung theoretisch möglich erscheint. Es genüge zur Begründung einer Mitbewerbereigenschaft, wenn sich der Kundenkreis auch nur zum Teil oder lediglich vorübergehend überschneidet. Ein Wettbewerb finde auch zwischen Marktteilnehmern unterschiedlicher Absatzstufen statt. Auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht komme es seit der UWG-Novelle 2007 nicht mehr an, sondern sei ausreichend, wenn das beanstandete Verhalten objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern, was hier schon deshalb bejaht werden könne, weil die Äußerungen der Beklagten geeignet seien, zu einem Abwandern von Kunden der Klägerin zu anderen Absatzmittlern für Fernsehprogramme zu führen, die bereits in Geschäftsbeziehung zur Beklagten stehen. Auf ein Motiv komme es nicht an.

Was den Vorwurf des unlauteren Boykotts betreffe, so sei dieser nicht berechtigt. Ein Boykott sei, so das Höchstgericht, die von einer oder mehreren Personen ausgehende, durch dritte Personen ausgeübte planmäßige Absperrung eines Gegners vom Geschäftsverkehr. Boykott verlange eine Willensbeeinflussung durch den Boykottierer. Eine reine Anregung, die keinerlei Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit nimmt, reiche nicht aus. Nach dem Wortlaut der beanstandeten Aussage seien die Kunden lediglich informiert worden, dass sie zukünftig im Kabelnetz der Klägerin den Sender der Beklag-

ten nicht mehr empfangen können, und wo sie sich darüber beschweren können. Die Mitteilung habe auch keinen Vorschlag enthalten, die Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin zu beenden. Das Rekursgericht habe daher zutreffend das Vorliegen eines Boykotts im oben dargestellten Sinn verneint.

Zur Frage der unlauteren Herabsetzung durch die von der Beklagten getätigten Aussagen hielt der OGH fest, dass auch dann, wenn eine geschäftsschädigende Behauptung wahr ist, ist der Wettbewerber nicht ohne weiteres berechtigt sei, seinen Mitbewerber herabzusetzen und ihn geschäftlich zu schädigen. Eine unnötige und unsachliche Herabsetzung, auch wenn sie einen wahren Kern enthalte, sei lauterkeitswidrig und könne eine solche Herabsetzung durch Tatsachenbehauptungen wie durch Werturteile erfolgen.

Im vorliegenden Fall habe die Beklagte die Kunden der Klägerin zwar richtig darüber informiert, dass die Einspeisung des Senders der Beklagten auslaufe. Auch mag die Klägerin „lokaler Monopolist“ hinsichtlich einer bestimmten Art von Dienstleistung sein. Allerdings sei die Aussage in ihrem Gesamtzusammenhang als Vorwurf an die Klägerin zu verstehen, dass diese mutwillig die Verbreitung von hochwertigem Journalismus verhindere. Diese Darstellung, verbunden mit der Einladung zur Beschwerde und dem Verschweigen des (finanziellen) Hintergrunds, nämlich der Uneinigkeit über die zu entrichtenden Einspeisungsgebühren, setze die Klägerin pauschal und unsachlich herab. Der Aspekt, dass die Diskussionen zwischen den Streitparteien über eine mögliche Einspeisung von der Frage der Tarife mitbestimmt wurde, habe die beanstandeten Aus-

sagen der Beklagten wegen Unvollständigkeit unlauter gemacht: Redlicherweise hätten die Beklagten auch den Grund für das Scheitern der Vertragsgespräche kommunizieren müssen, statt tatsachenwidrig zu verbreiten, „*diese Eskalation hat keine sachlichen Gründe*“. Ohne diese Zusatzinformation habe das Handeln der Klägerin willkürlich erscheinen müssen und diese in ein schlechtes Licht gesetzt. Die beanstandeten Äußerungen verstoßen daher als sonstige unlautere Handlung gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG.

Die Aussage, wonach die Programme der Beklagten „*in jedem guten Kabelnetz ...*“ empfangbar seien, vorausgesetzt man sei kein Kunde der Klägerin, könne im Umkehrschluss nur dahin verstanden werden, dass die Klägerin kein gutes Kabelnetz betreibe. Auch darin liege eine unsachliche Herabsetzung. Die Aussagen, dass die Klägerin nicht das Interesse seiner Kunden im Fokus habe, und dass sie „*veraltet agiere*“, seien ebenfalls herabsetzende und unsachliche Wertungen. Denn Preisverhandlungen der Klägerin mit den beklagten „Lieferanten“ seien durchaus im Interesse der Kunden. Es sei ausschließlich im Interesse der Beklagten, möglichst kostengünstigen Zutritt zum Kabelnetz der Klägerin zu erhalten. Auch sei ein kostenbewusstes Agieren der Klägerin nicht als veraltet anzusehen. Auch diesbezüglich bestehe der Sicherungsanspruch daher zu Recht.

#### **Kein Schutz für Geschäftsgeheimnisse ohne kommerziellen Wert nach dem UWG**

In einer aktuellen Entscheidung nimmt der OGH weitere Konkretisierungen der neuen Regelungen in §§ 26a ff UWG über den Schutz von

Geschäftsgeheimnissen vor (**OGH 26.1.2021, 4 Ob 188/20f**).

Die Klägerin entwickelt und produziert Maschinen und Fahrzeuge für den Bau und die Instandhaltung von Bahngleisen und Oberleitungen. Die Beklagten sind zwei ehemalige, hochqualifizierte Mitarbeiter der Klägerin, die nach ihrem Ausscheiden ein Konkurrenz-Unternehmen gegründet hatten. Die Klägerin begehrt von den Beklagten die Unterlassung der Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Beseitigung, Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Schadenersatz, weil sie noch während ihres Dienstverhältnisses bei der Klägerin Konstruktions- bzw Fertigungszeichnungen und andere geheime Unterlagen kopiert und später zur Entwicklung und zum Vertrieb ihres eigenen, konkurrenzierenden Produkts verwendet hätten. Die Beklagten bestritten den Vorwurf der unlauteren Entwendung von Unterlagen und der Ausbeutung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Ihr Produkt sei eine auf dem freien Stand der Technik aufbauende, forschungsintensive Eigen- und Weiterentwicklung. Das Produkt der Klägerin sei demgegenüber Jahrzehnte alt. Im Wege des Wettbewerbsrechts dürfe weder ein abgelaufener Patentschutz perpetuiert noch innovative Konkurrenz behindert werden. Da die Maße und Daten der betreffenden Bauteile allgemein bekannt bzw leicht ermittelbar seien und auch dritte Unternehmen über Originalpläne der Klägerin verfügten, handle es sich nicht um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse.

Das Erst- und auch das Berufungsgericht wiesen die Klage ab, und zwar im Wesentlichen deshalb, weil es an einem kommerziellen Wert im



Sinne des § 26b Abs 1 Z 2 UWG fehle. Der kommerzielle Wert der von den Beklagten verwendeten Konstruktionszeichnungen der Klägerin wurde verneint, weil die Wettbewerbsposition der Klägerin durch diese Verwendung gar nicht bedroht sei (sondern durch die für die Beklagten patentierte Weiterentwicklung der Antriebseinheit). Nach der RL (EU) 2016/943 müsse das Know-how einen realen oder potenziellen Handelswert verkörpern, dessen unbefugte Nutzung das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit des Geschädigten untergrabe. Auch wenn nicht nur auf die Arbeitsersparnis abzustellen sei, seien die hier festgestellten 25 Arbeitsstunden eines durchschnittlich begabten Konstrukteurs, die zusätzlich erforderlich gewesen wären, um Pläne ohne jede Zuhilfenahme von Vorlagen der Klägerin zu erstellen, kein Ausmaß, das die geschäftlichen Interessen oder die Wettbewerbsfähigkeit der Klägerin untergrabe.

Der OGH bestätigte die Klagsabweisung. Nach § 26b Abs 1 UWG sei ein Geschäftsgeheimnis eine Information, die (kumulativ) geheim ist, weil sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen zu tun haben, allgemein bekannt noch ohne weiteres zugänglich ist (Z 1), von kommerziellem Wert ist, weil sie geheim ist (Z 2), und Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person ist, welche die recht-

mäßige Verfügungsgewalt über diese Informationen ausübt (Z 3). Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale eines Geschäftsgeheimnisses nach dieser Bestimmung trifft den Kläger.

Die umfassenden Ausführungen des OGH in der ausführlichen Entscheidungs-Begründung lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

- Eine Information ist nicht nur dann geheim (§ 26b Abs 1 Z 1 UWG), wenn sie absolut neu ist; maßgeblich ist vielmehr die praktische Zugänglichkeit der Information für einen bestimmten Personenkreis.
- Ohne weiteres zugänglich ist eine Information, die zwar nicht allgemein bekannt ist, die sich eine Person des maßgeblichen Verkehrskreises aber ohne erheblichen Aufwand und Einsatz an Zeit, Mühe, Kosten und/oder Geschick mit ansonsten lauterer Mitteln verschaffen kann.
- Gehört eine Information zum „Stand der Technik“, so ist sie den maßgeblichen Fachkreisen und damit allgemein bekannt. Andererseits werden auch bestimmte Produkteigenschaften oder Herstellungsmethoden als zum „Stand der Technik“ gehörend bezeichnet. Das schließt aber nicht aus, dass die dafür notwendigen Informationen im Sinn von Anleitungen oder Plänen geheim sein können, wenn sie der Fachmann nur mit erheblichem Aufwand entwickeln kann.
- Auch solche Informationen sind daher als geheim anzusehen, die aus bekannten oder ohne weiteres zugänglichen Komponenten bestehen, solange die konkrete

Zusammenstellung und Anordnung dieser Komponenten noch nicht bekannt bzw leicht zugänglich sind, das heißt ohne großen Zeit- oder Kostenaufwand ermittelt werden können.

- Eine Information weist aufgrund der Geheimhaltung einen kommerziellen Wert (§ 26b Abs 1 Z 2 UWG) auf, wenn sie über einen tatsächlichen oder künftigen Handelswert verfügt oder wenn ihr Bekanntwerden für den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses wirtschaftliche Nachteile mit sich bringt. Belanglose Informationen sollen nicht erfasst werden. Ein bloß ideeller Wert reicht nicht aus.
- Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist zwar im UWG angesiedelt, er setzt aber weder ein Wettbewerbsverhältnis noch besondere Auswirkungen auf den Wettbewerb (etwa im Sinne des Spürbarkeitserfordernisses in § 1 Abs 1 UWG) voraus. Für das Vorliegen eines Handelswerts reicht es demnach aus, dass die finanziellen Interessen beeinträchtigt werden, ohne dass es zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses kommen muss.
- Trotz der neuen Sonderbestimmungen über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen bleiben andere Anspruchsgrundlagen – wie insbesondere der Schutz gemäß § 1 UWG grundsätzlich bestehen; die §§ 26a ff UWG sind insofern nicht abschließend. Allerdings fallen die bisher unter § 1 UWG subsumierten Fälle nun im Wesentlichen ohnehin unter die Tatbestände des § 26c UWG. Die subsidiäre Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG kommt generell aber immer dann in Betracht, wenn eines

der Tatbestandsmerkmale eines Spezialtatbestands nicht erfüllt ist, jedoch besondere Umstände hinzutreten, welche das Unwerturteil zu begründen vermögen.

Im Ergebnis bestätigte der OGH die Klagsabweisungen somit deshalb, weil die von der Klägerin stammenden und von den Beklagten verwerteten Informationen zwar geheim, aber nicht von kommerziellem Wert gewesen seien. Zum „inneren Frontwechsel“ der Beklagten noch während des Dienstverhältnisses hielt der OGH fest, dass dieser – wie von den Tatsacheninstanzen festgestellt – zwar stattgefunden habe und daher die Mitnahme der Konstruktionspläne unlauter gewesen sei. Allerdings sei nicht erkennbar, warum sich daraus ein spürbarer Wettbewerbsverstoß ergeben haben sollte.

### Konkretisierung des „Geschäftsgeheimnisses“ im UWG-Verfahren

In seiner ersten Entscheidung zu den Voraussetzungen für die Durchsetzung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach den neuen Bestimmungen in §§ 26a ff UWG stellt der OGH hier durch seinen arbeitsrechtlichen 9. Senat klar, dass es nicht genügt, abstrakt das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen zu behaupten, sondern konkret darzulegen ist, warum es sich um Geschäftsgeheimnisse des betroffenen Unternehmens handelt. Die Entscheidung erging in einem Provisorialverfahren, also in einem Verfahren, wo neben einer Klage die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (EV) beantragt worden war (**OGH 25.6.2020, 9 ObA 7/20z**).

Der klagende Unternehmer machte gegen den Beklagten (ein ehemaliger Arbeitnehmer des Klä-

gers) einen Anspruch nach § 26e UWG auf Unterlassung der rechtswidrigen Nutzung von Geschäftsgeheimnissen geltend. Dem Beklagten solle, nachdem er aus dem Unternehmen ausgeschieden sei, insbesondere verboten werden, Geschäftsgeheimnisse wie Kundenlisten, Pläne, Lieferantenkonditionen und Passwörter zu nutzen. Schon in erster und zweiter Instanz wurde der Antrag abgewiesen, weil vom Kläger lediglich Gattungsbezeichnungen zur Beschreibung des angeblich verletzten „Geschäftsgeheimnisses“ verwendet worden waren. Der zuständige arbeitsrechtliche Senat des OGH bestätigte diese Entscheidungen.

Der OGH weist zunächst grundsätzlich darauf hin, dass die Bestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im UWG auch besondere Vorschriften für den Geheimnisschutz im zivilgerichtlichen Verfahren enthalten. So sieht § 26h Abs 1 UWG vor, dass die Information, von der behauptet wird, dass sie ein Geschäftsgeheimnis sei, im Verfahren zunächst nur so weit offenzulegen ist, als es unumgänglich ist, um das Vorliegen der Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses sowie seiner Verletzung glaubhaft darzulegen. Es ist hinreichend, wenn im ersten Schriftsatz das Vorbringen zumindest so weit substantiiert ist, dass sich das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses und der geltend gemachte Anspruch daraus schlüssig ableiten lassen.

Diese Regelung ändert laut OGH allerdings nichts an der grundsätzlichen Behauptungs- und Bescheinigungslast der sich auf das Geschäftsgeheimnis berufenden Partei in Bezug auf die ihren Anspruch begründenden Tatsachen. Wieweit diese

Konkretisierung zu gehen hat, sei von den Umständen des konkreten Falles abhängig. Im vorliegenden Fall habe die klagende Partei eine Konkretisierung nicht einmal versucht, sondern sich damit begnügt, abstrakt auf das Vorliegen von „Geschäftsgeheimnissen“ zu verweisen. Die Aufzählung von Gattungsbezeichnungen („*Kundenlisten, Pläne, Lieferantenkonditionen sowie unternehmensinterne Passwörter, Lieferantenzugänge etc*“) reiche nicht aus, um beurteilen zu können, ob ein den Kriterien des Gesetzes entsprechendes Geschäftsgeheimnis vorliegt. Dem Vorbringen des Klägers, dass es „wohl evident“ sei, dass Kundendaten, Lieferkonditionen und Pläne Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, könne nicht gefolgt werden. Es sei zwar richtig, dass derartige Informationen Geschäftsgeheimnisse sein können, diese grundsätzliche Eignung sage aber nichts darüber aus, ob überhaupt und inwieweit sie es in dem konkreten Unternehmen tatsächlich sind.

Überdies lasse der Revisionsrekurs des Klägers offen, aus welchen Gründen ihm zur Wahrung seiner Interessen im Verfahren keine über diese Gattungsbezeichnungen hinausgehende Konkretisierung möglich sein sollte. Immerhin habe der Beklagte während des aufrechten Dienstverhältnisses offenbar unbeschränkten Zugang zu und Kenntnis von all diesen Informationen gehabt. Es gehe daher im Verfahren vor allem darum zu klären, ob er diese Informationen in unzulässiger Weise für sich nutzt und nicht darum, zu verhindern, dass sie ihm überhaupt bekannt werden.

Der Kläger habe schließlich, so der OGH, auch nicht dargelegt, welche Ergänzungen seines Vorbringens in

einem allfälligen Verbesserungsverfahren erfolgt wären. Die Frage, ob – anders als nach der ständigen Rechtsprechung zu einstweiligen Verfügungen nach der EO – im Hinblick auf das besondere Verfahren nach den §§ 26c ff UWG bei einem Antrag nach § 26i UWG im Fall eines nicht ausreichend konkreten Vorbringens im ersten Schriftsatz ein Verbesserungsverfahren in Betracht kommen könnte, sei daher nicht zu prüfen gewesen.

### Unternehmer haben für Gutscheine grundsätzlich eine Verfallsfrist von 30 Jahren zu beachten

Laut OGH verfallen von einem Verbraucher gekaufte Gutscheine erst nach der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren, nicht bereits nach 3 Jahren, wenn es für die Verkürzung keinen sachlich gerechtfertigten Grund gibt (OGH 25.2.2021, 3 Ob 179/20z).

Im konkreten Fall ging es um den Kauf von Erlebnisgutscheinen, wobei das beklagte Unternehmen die jeweiligen Erlebnisse bloß vermittelt. Bei einem ersatzlosen Verfall der Gutscheine würde das Unternehmen den gesamten bezahlten Betrag erhalten – sowohl das Entgelt für das Erlebnis als auch für die Vermittlungstätigkeit. Dies wurde vom OGH als Einnahme ohne Leistung qualifiziert. Ohne Rückzahlungsmöglichkeit des Gutscheins liegt eine gröbliche Benachteiligung vor. Diese und weitere AGB-Klauseln, etwa umfassende Leistungsänderungsvorbehalte für Erlebnisgutscheine und zu weit gefasste AGB-Änderungsmöglichkeiten, wurden vom Höchstgericht für rechtswidrig erklärt. In diesem gegenständlichen Fall klagte die Bundesarbeiterkammer einen Gutscheinanbieter auf Unterlassung

rechtswidriger AGB-Klauseln und Vertragsformblätter im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern.

Die Beklagte mit Sitz in Deutschland betreibt Online-Handelsplattformen und wendet sich über ihre deutschsprachige Website auch an Verbraucher in Österreich. Sie vertreibt ihre Waren und Dienstleistungen („*Erlebnis-Geschenkbboxen*“) in Österreich in den Filialen diverser Handelsketten. Sie schließt als Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG mit Verbrauchern Verträge über den Erwerb eines Gutscheins für Leistungen oder Waren, denen sie Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) – ua mit 19 von der Klägerin beanstandeten Klauseln – zugrunde legt. Die Beklagte ist allerdings nur Vermittlerin, sie selbst hat nicht die in den Gutscheinen angegebenen Leistungen oder Lieferungen von Waren zu erbringen, sondern nur dafür zu sorgen, dass der Gutschein einen Anspruch auf Leistungserbringung durch Partnerunternehmen – sogenannte „*Erlebnispartner*“ – gewährt. Herausgeber der Gutscheine und Schuldner der darin genannten Leistungen oder Waren sind allein die jeweils angegebenen Erlebnispartner, die diese Leistungen wiederum aufgrund ihrer eigenen AGB erbringen.

Betreffend der Rechtswahlklausel der AGB, über die Dissens zwischen den Streitparteien vorlag, entschied der OGH, dass eine mögliche Unwirksamkeit nicht näher zu untersuchen ist. Soweit das österreichische Recht strenger ist als das deutsche, ist die Zulässigkeit der betreffenden Klausel(n) unstrittig nur nach österreichischem Recht zu prüfen. Ist die österreichische und die deutsche Rechtslage hingegen deckungsgleich, ist eine Benachteiligung der Beklagten durch die Beurteilung

(nur) nach österreichischem Recht jedenfalls auszuschließen. Bezüglich der Verfallsfrist von Gutscheinen hielt der OGH fest, dass die Verjährungsregeln nach österreichischem Recht für Verbraucher günstiger sind als die (in der beanstandeten Klausel abgebildete) Verjährung nach deutschem Recht, sodass das österreichische Recht (unabhängig von der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel) jedenfalls vorrangig ist.

Der OGH bekräftigte, dass Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB unterliegen. Dies gilt insbesondere auch für eine in AGB enthaltene Verkürzung der Verjährungsfrist. Bei Nichteinlösung der Erlebnisgutscheine (innerhalb der in den AGB verankerten drei Jahren), erhält der beklagte Unternehmer bereits am Tag nach Ablauf der Einlösefrist den Gesamtbetrag, der sowohl das Entgelt für die verbrieftete Leistung (des Erlebnispartners) als auch die eigene Vermittlungstätigkeit umfasst. Dadurch ist der beklagte Unternehmer um das Entgelt für die verbrieftete Leistung des Erlebnispartners bereichert, ohne dass es dafür einen sachlich gerechtfertigten Grund gibt. Würde es eine Rückzahlungsmöglichkeit geben, könnte die gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers verhindert werden (vgl 7 Ob 22/12d zu einer vergleichbaren Klausel).

Weiters wurden vom OGH unzulässige, einseitige Leistungsänderungsrechte in den AGB festgestellt, weil sie im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zu umfassend und vage formuliert sowie intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG sind. Bei Erlebnisgeschenken mit mehreren Wahlmöglichkeiten habe kein Anspruch

auf ein bestimmtes Erlebnis oder ein Erlebnis an einem bestimmten Ort bestanden, sofern es für Verbraucher noch eine „angemessene Wahlmöglichkeit“ gab. Somit hätte das beklagte Unternehmen auch sämtliche angebotenen Erlebnisse gegen – eventuell unattraktivere Angebote – austauschen können.

Eine weitere rechtswidrige AGB-Klausel sollte das ständige Bemühen des Unternehmens bekräftigen, die präsentierten Erlebnisse korrekt und möglichst genau zu beschreiben; allerdings hätten die Inhalte der Erlebnisbeschreibungen und Abläufe eines Erlebnisses geändert werden können. Das Bemühen um fortlaufende Aktualisierung der Erlebnisbeschreibung auf der Website sei auch Teil der intransparenten Klausel gewesen. Das beklagte Unternehmen schulde jedoch die Vermittlung des Erlebnisparters auf Basis der Erlebnisbeschreibung und habe dafür einzustehen, dass der Erlebnispartner die Leistungen zu den im Gutschein verbrieften Bedingungen erbringt. Schließlich wurden vom OGH auch zu weit gefasste AGB-Änderungsmöglichkeiten als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG beurteilt.

### **Pfuscher trifft auch Deliktshaftung bei nicht fachgemäßer Ausführung**

Unbefugte Tätigkeiten können neben Wettbewerbsverstößen und Gewerberechtsübertretungen auch eine deliktische Haftung nach sich ziehen (eine vertragliche Haftung resultiert aus der Verletzung vertraglicher Pflichten, während bei einer deliktischen Haftung wegen Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften oder Sorgfaltspflichten Schadenersatz zu leisten ist). Laut OGH haf-

tet ein Nichtfachmann deliktisch für entstandene Schäden, wenn er ohne Not ein Geschäft übernimmt, dem er nicht gewachsen ist, weil es besondere Fachkenntnisse erfordert (**OGH 23.2.2021, 4 Ob 17/21k**).

Im gegenständlichen Fall ist die Klägerin ein Wasserleitungsversicherer des von einem Schadensfall betroffenen Gebäudes mit mehreren Wohnungseigentumsobjekten. Die Tochter des Beklagten hat dort eine Wohnung gemietet. Der Beklagte hat aus Gefälligkeit eine neue, jedoch unpassende Armatur bei der Küchenspüle montiert. Die Tochter des Beklagten vereinbarte mit der Hausverwaltung, dass sie sich eine neue Armatur in einem Baumarkt aussuche und die Vermieterin die Kosten übernehme. Auf Anfrage der Hausverwaltung, wer den Armatur-Einbau übernehme, erklärte die Mieterin, dass dies ihr Vater mache. Dessen Fähigkeiten und die Eignung der Armatur wurden nicht erörtert. Einige Zeit nach der Montage kam es zu einem Wasseraustritt, wodurch Schäden in mehreren Wohnungen des Hauses, darunter auch in der Wohnung der Tochter des Beklagten verursacht wurden.

Die Klägerin begehrte die Zahlung von rund 70.000 Euro. Dem Beklagten habe es an den nötigen Fachkenntnissen für die Montage der Armatur gefehlt. Der Beklagte entgegnete, dass er aus Gefälligkeit gehandelt habe. Mangels installations-technischer Ausbildung habe er die ungeeignete Armatur weder als solche erkannt noch erkennen müssen. Die Hausverwaltung habe es vorgezogen, eine in die Erhaltungspflicht der Vermieterin fallende Maßnahme der Mieterin bzw ihrem Vater zu überlassen.

Das Erstgericht entschied in einem Zwischenurteil, dass das Klage-

begehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten teilweise Folge und sprach aus, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu 50% zu Recht bestehe, soweit es sich auf Schäden der Vermieterin der Tochter des Beklagten beziehe, und im Übrigen zu 100% zu Recht bestehe.

Zu den geschädigten Wohnungseigentümern stand der Beklagte in keiner Vertragsbeziehung, daher hafte er nur deliktisch. Dafür sei vorausgesetzt, dass er die erforderliche und zumutbare Sorgfalt zur Vermeidung der Gefährdung fremder Güter außer Acht gelassen habe. Dies sei hier zu bejahen. Es sei allgemein bekannt, dass Arbeiten an Wasserleitungssystemen, wenn sie unfachmännisch erfolgen, zu Undichtheiten und damit zum Wasseraustritt führen könnten. Das Gleiche gelte für den Umstand, dass daraus erhebliche Schäden resultieren könnten. Der Beklagte hätte sich die Montage der neuen Armatur daher nicht zutrauen dürfen. Die Hausverwaltung treffe ein gleichteiliges Mitverschulden, weil sie der fachlichen Kompetenz des Vaters der Beklagten kein Augenmerk geschenkt und sich nicht darum gekümmert habe, ob dieser überhaupt die nötige fachliche Qualifikation aufweise. Das Tätigwerden der Hausverwaltung könne jedoch nur der Eigentümerin der von der Tochter des Beklagten gemieteten Wohnung zugerechnet werden, weil die Hausverwaltung im Anlassfall nur die Vermieterin vertreten habe.

Der OGH bestätigte die zweitinstanzliche Entscheidung. Zur Haftung des Beklagten führte der OGH aus: Die Grundsätze der deliktischen Haftung auf der Grundlage des § 1297 ABGB gelten allgemein für jeden Schädiger, der außerhalb eines Ver-



tragsverhältnisses Arbeiten ausführt, und daher auch für die Haftung des Beklagten im Anlassfall. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist für die Erwägungen zur deliktischen Haftung nach § 1297 ABGB keine „Sonderbeziehung“ zwischen Schädiger und Geschädigtem erforderlich. Im gegebenen Zusammenhang sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Der erste Fall bezieht sich auf die Haftung als Sachverständiger nach § 1299 ABGB. Sie trifft denjenigen, der eine Tätigkeit geschäftlich anbietet, die besondere Fachkenntnisse erfordert, oder der als ein solcher Sachverständiger auftritt, also denjenigen, der eine besondere Sachkunde nach außen hin für sich in Anspruch nimmt (vgl. 4 Ob 137/10s). Diese Haftung richtet sich nach einem objektiven Sorgfaltsmaßstab und macht daher grundsätzlich auch dann haftbar, wenn dem Sachverständigen gerade wegen seiner im konkreten Fall mangelnden Fähigkeiten kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann. Jeder, der eine solche besondere Tätigkeit, zum Beispiel als befugter Gewerbsmann ausübt, muss auch dafür einstehen, dass er die nötigen Fähigkeiten hat (vgl. 5 Ob 131/16z).

Zu dieser Sachverständigenhaftung hält der OGH zudem fest, dass nach herrschender Ansicht § 1299 ABGB nur das Verhältnis zwischen dem Sachverständigen und seinem „Auftraggeber“ (im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses bzw. einer Sonderbeziehung) regelt. Diese Einschränkung bezieht sich nur auf die Haftung nach dem besonderen Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB. Gegenüber Dritten bleibt es bei der Haftung nach den allgemeinen Regeln gemäß § 1297 ABGB.

Der zweite Fall betrifft die Haftung desjenigen, der ohne Not ein

Geschäft übernommen hat, dem er nicht gewachsen ist, weil das Geschäft besondere Fachkenntnisse erfordert. Hier haftet der Schädiger nicht deswegen, weil er bei der Ausführung etwas übersehen, sondern weil er das Geschäft übernommen hat. Bei dieser allgemeinen Haftung nach § 1297 ABGB richtet sich der Schuldvorwurf nach den allgemeinen Regeln, bei denen es auf die Einhaltung des gewöhnlichen Fleißes und der gebotenen Aufmerksamkeit nach den subjektiven Fähigkeiten und Kenntnissen ankommt. Es gelten daher laut OGH folgende Rechtsätze: Derjenige, der sich wissentlich oder fahrlässig an eine in der Regel von einem Fachmann durchzuführende, bei nicht fachgemäßer Ausführung erkennbar mit Gefahren verbundene Arbeit heranmacht, ohne über die erforderlichen Fachkenntnisse zu verfügen, die Arbeit also nicht unterlässt, handelt schuldhaft und haftet deliktisch.

Wer erkennbar gefährliche Arbeiten übernimmt, deren Konsequenzen er nicht abschätzen kann, verletzt im Allgemeinen die Verpflichtung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit im Sinne des § 1297 ABGB. Erfolgt eine solche schädigende Handlung in einem Haus, in dem Schäden in erkennbarer Weise auch in anderen Wohnungen (als der eigenen bzw. der gemieteten Wohnung) oder beim Hauseigentümer eintreten können, so befinden sich auch diese Personen im Kreis derjenigen, die durch das Gesetz geschützt werden sollen und sind daher ebenfalls unmittelbar Geschädigte.

### **EuGH: Zur Schleichwerbung durch „Bezahlung“ redaktioneller Inhalte in Medien**

Nach einem aktuellen EuGH-Urteil

liegt nicht nur dann eine unlautere, getarnte Werbung vor, wenn für den verkaufsfördernden, redaktionellen Beitrag ein Geldbetrag an das Medium geleistet wurde, sondern begründet auch „jede andere Form einer geldwerten Gegenleistung“ den Irreführungstatbestand (**EuGH 2.9.2021, C-371/20**).

Laut UGP-Richtlinie 2005/29 ist es unlauter, wenn (siehe Anhang Nr. 11) *„redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden und der Gewerbetreibende ... diese Verkaufsförderung bezahlt hat, ohne dass dies aus dem Inhalt ... klar hervorgeht (als Information getarnte Werbung)“*. Diese Bestimmung wurde in Österreich und Deutschland jeweils durch Z 11 Anhang zum UWG umgesetzt.

Der in Deutschland anhängige Rechtsstreit hatte die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Artikels in einer Modezeitschrift zum Gegenstand, wo im Rahmen einer „Leseraktion“ zu einem privaten Verkaufsabend eines großen Modehauses eingeladen wurde. In der Frage der Gegenleistung des Modehauses für den Artikel in der Zeitschrift ergab sich im Verfahren, dass dieses der Verlagsgesellschaft zwar kein Geld für den Beitrag gezahlt, aber die im Beitrag verwendeten, durch Nutzungsrechte geschützten Fotos (vom Bekleidungshaus und den am Verkaufsabend angebotenen Waren) kostenlos zur Verfügung gestellt hatte.

Der BGH nahm diesen Fall zum Anlass, dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob eine „Bezahlung“ einer Verkaufsförderung nur dann gegeben ist, wenn für den Einsatz redaktioneller Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eine Gegenleistung in Geld

erbracht wird, oder ob von dem Begriff der „Bezahlung“ jede Art der Gegenleistung umfasst ist, ohne dass es darauf ankommt, ob diese in Geld, Waren oder Dienstleistungen oder sonstigen Vermögenswerten besteht? Ergänzend fragte der BGH, ob von einer solchen Gegenleistung auch in dem Fall auszugehen sei, in dem der Medienunternehmer über eine gemeinsam mit einem Gewerbetreibenden veranstaltete Werbeaktion berichtet, wenn der Gewerbetreibende dem Medienunternehmer für den Bericht Bildrechte zur Verfügung gestellt hat, sich beide Unternehmen an Kosten und Aufwand der Werbeaktion beteiligt hatten und die Werbeaktion der Förderung des Verkaufs der Produkte beider Unternehmen dient?

Der EuGH hielt dazu in seiner Entscheidung vom 2.9.2021 zu C-371/20 – Peek & Cloppenburg fest, dass die entsprechende Bestimmung der Richtlinie 2005/29 sicherstellen soll, dass alle Veröffentlichungen, auf die der betreffende Gewerbetreibende in seinem wirtschaftlichen Interesse Einfluss genommen hat, eindeutig gekennzeichnet und als solche für den Verbraucher erkennbar sind. In diesem Zusammenhang komme es aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes und des Vertrauens der Leser in die Neutralität der Presse nicht auf die konkrete Form der Bezahlung – mittels der Zahlung eines Geldbetrags oder mittels einer anderen geldwerten Gegenleistung – an. Eine Auslegung des Begriffs „Bezahlung“ im Sinne dieser Bestimmung dahingehend, dass sie die Zahlung einer Geldsumme voraussetze, würde nicht der Realität der journalistischen und werblichen Praxis entsprechen und dieser Be-

stimmung weitgehend ihre praktische Wirksamkeit nehmen.

In diesem Zusammenhang könne die kostenlose Zurverfügungstellung von urheberrechtlich geschützten Fotografien durch den Gewerbetreibenden zugunsten des Medienunternehmens eine unmittelbare Bezahlung der Veröffentlichung darstellen, soweit auf den Bildern Ansichten der Räumlichkeiten und der von diesem Gewerbetreibenden im Rahmen der Werbeaktion angebotenen Produkte dargestellt sind. Diese Zurverfügungstellung habe nämlich

einen Geldwert und diene der Verkaufsförderung der Produkte. Ferner enthalte Nr. 11 Satz 1 Anhang I der Richtlinie 2005/29 keinerlei Regelung zu einem wertmäßigen Mindestbetrag der Bezahlung oder einem Anteil dieser Bezahlung an den Gesamtkosten der betreffenden Werbeaktion und schließe nicht aus, dass das Medienunternehmen im eigenen Interesse selbst einen Teil der Kosten der Veröffentlichung trägt.

Insgesamt sei daher, so der EuGH, diese Bestimmung dahin auszulegen, dass die Förderung des Verkaufs

**GRAZIA**  
*StyleNight*  
by Peek & Cloppenburg

**WIR LADEN EIN!**  
**ZUM EXKLUSIVEN**  
*Late-Night*

Die Nacht für alle GRAZIA-Girls: Stöbern Sie mit uns nach Feierabend im Fashion-Tempel! Samt Sekt und persönlichem Stylisten. Wie Sie zum V.I.S. (Very Important Shopper) werden? Ganz schnell anmelden!

Hört sich traumhaft an, oder? Feierabend-Shopping mit der besten Freundin, ganz ohne rumplende Schnell-Einkäufer, dafür mit 50 persönlichen Stylisten im Schlepptau! Außerdem sorgen Sekt, Häppchen und DJs für entspanntes Afterwork-Feeling und katapultieren Sie auf Wolke sieben. Oder besser gesagt: in eines von sieben Peek & Cloppenburg-Häusern in Deutschland und Österreich. Denn dort feiern wir ab März die GRAZIA StyleNight mit Ihnen! Schnell anmelden unter [www.grazia-magazin.de](http://www.grazia-magazin.de), denn die Einladungen sind limitiert – und heiß begehrt!

**TOURDATEN:** 16. 3. Berlin, 17. 3. Köln, 18. 3. Düsseldorf, 23. 3. Frankfurt, 24. 3. Mannheim, 25. 3. Stuttgart, 31. 3. Wien

**Peek & Cloppenburg**  
ES GIBT ZWEI UNABHÄNGIGE UNTERNEHMEN PEEK & CLOPPENBURG MIT IHREN HAUPTSITZEN IN DÜSSELDORF UND HAMBURG. DIES IST EINE INFORMATION DER PEEK & CLOPPENBURG KG DÜSSELDORF. STANDORTE FINDEN SIE UNTER [WWW.PEEK-CLOPPENBURG.DE](http://WWW.PEEK-CLOPPENBURG.DE)

Ein Modehaus öffnet exklusiv für Sie die Türen zum Shoppen, Stöbern und Späthausen

92 GRAZIA

Foto: BGH

eines Produkts durch die Veröffentlichung eines redaktionellen Inhalts von einem Gewerbetreibenden im Sinne dieser Bestimmung dann „bezahlt“ wird, wenn dieser für die Veröffentlichung eine geldwerte Gegenleistung erbringt, sei es in Form der Zahlung eines Geldbetrags oder jeder anderen Form, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in dieser Weise vom Gewerbetreibenden geleisteten Bezahlung und der Veröffentlichung besteht. Dies sei unter anderem dann der Fall, wenn der Gewerbetreibende durch Nutzungsrechte geschützte Bilder kostenlos zur Verfügung stellt, auf denen seine Geschäftsräume und die von ihm angebotenen Produkte zu sehen sind.

## EuGH verneint Produkthaftung einer Zeitung für falschen Gesundheitstipp

Der EuGH stellte klar, dass eine Zeitung bei Veröffentlichung eines unrichtigen Gesundheitstipps, dem ein Leser vertraut und dadurch Schaden an der Gesundheit erleidet, keine – verschuldensunabhängige – Produkthaftung trifft. Es handelt sich bei dieser Dienstleistung um kein fehlerhaftes Produkt im Sinne der einschlägigen Richtlinie (**EuGH 10.6.2021, C-65/20**).

Eine auflagenstarke österreichische Tageszeitung veröffentlichte 2016 den Gesundheitstipp eines Kräuterpfarrers. Darin wurde bei Rheuma empfohlen, die betroffenen Zonen zunächst mit Öl oder Schmalz einzureiben und danach geriebenem Kren für „zwei bis fünf Stunden“ – für eine gute ableitende Wirkung – aufzulegen. Diese Zeitangabe war jedoch unrichtig, tatsächlich hätten es „zwei bis fünf Minuten“ sein sollen. Die Klägerin des österreichischen



Ausgangsverfahrens, die auf die Richtigkeit der im Zeitungsartikel angeführten Behandlungsdauer vertraute, setzte den Gesundheitstipp wie abgedruckt zur Behandlung ihres Fußgelenks um. Nach etwa drei Stunden entfernte sie die Auflage, als es bereits zu starken Schmerzen aufgrund einer toxischen Hautreaktion gekommen war. Die Klägerin begehrte vom Zeitungsverlag Schadenersatz wegen der dadurch erlittenen Schmerzen.

Nach Abweisungen der Klage durch die Vorinstanzen legte der OGH dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

*Ist Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 und Art. 6 der Richtlinie 85/374 dahin auszulegen, dass als (fehlerhaftes) Produkt auch ein körperliches Exemplar einer Tageszeitung anzusehen ist, die einen fachlich unrichtigen Gesundheitstipp enthält, dessen Befolgung einen Schaden an der Gesundheit verursacht?*

Somit prüfte der EuGH, ob eine gedruckte Zeitung mit einem falschen Gesundheitstipp ein „fehlerhaftes“ Produkt im Sinne der Produkthaftungsrichtlinie sein kann.

Nach Art. 2 der Richtlinie ist ein „Produkt“ jede bewegliche Sache sowie auch Elektrizität. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich, dass Dienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen können.

Da es im vorliegenden Fall um die besondere Konstellation einer Dienstleistung (Gesundheitstipp) in einer körperlichen Sache (Printzeitung) ging, prüfte der EuGH daher weiters, ob ein Gesundheitstipp, der in eine bewegliche körperliche Sache aufgenommen wird, aufgrund der Tatsache, dass er sich als unrichtig erwiesen hat, dazu führen kann, dass die Zeitung selbst fehlerhaft wird.

Der EuGH verneinte dies mit folgenden Begründungen: Die Fehlerhaftigkeit eines Produkts wird anhand von Faktoren ermittelt, die dem Produkt selbst innewohnen und insbesondere mit seiner Darbietung, seinem Gebrauch und dem Zeitpunkt seines Inverkehrbringens. Im gegenständlichen Fall bezog sich die Dienstleistung (falscher Gesundheitstipp) nicht auf die gedruckte Zeitung. Daher gehört diese Dienstleistung nicht zu den der gedruckten Zeitung innewohnenden Faktoren, die als Einzige die Beurteilung ermöglichen, ob dieses Produkt fehlerhaft ist.

Es entspricht dem Willen des Unionsgesetzgebers eine bewusste Unterscheidung zwischen der Haftung von Dienstleistern und der Haftung von Herstellern körperliche Produkte zu machen. Somit fällt ein unrichtiger Gesundheitstipp, der in einer gedruckten Zeitung veröffentlicht wird und der den Gebrauch einer anderen körperlichen Sache betrifft, nicht in den Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie und vermag



keine verschuldensunabhängige Produkthaftung des „Herstellers“ auszulösen, egal, ob es sich um den Zeitungsverleger, die Druckerei oder den Autor des Artikels handelt.

Eine verschuldensunabhängige Haftung eines Zeitungsverlags, von der er sich nicht oder nur eingeschränkt befreien könnte, entspricht nicht dem Ziel der Produkthaftungsrichtlinie, die Risiken zwischen dem Geschädigten und dem Hersteller gerecht zu verteilen. Summa summarum ist daher laut EuGH festzuhalten, dass hier kein „fehlerhaftes Produkt“ im Sinne der Produkthaftungsrichtlinie vorliegt.

Der Urteilsspruch des EuGH lautete daher: Art. 2 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte in der durch die Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 1999 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 1 und 6 dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass ein Exemplar einer gedruckten Zeitung, die im Zuge der Behandlung eines Themas aus dem Umfeld der Medizin einen unrichtigen Gesundheitstipp zur Verwendung einer Pflanze erteilt, durch dessen Befolgung eine Leserin dieser Zeitung an der Gesundheit geschädigt wurde, kein „fehlerhaftes Produkt“ im Sinne dieser Bestimmungen ist.

#### **Verpflichtende Herkunftsangabe aus (im Anlassfall von Israel) besetzten Gebieten aufgrund eines hohen Verbraucherschutzniveaus**

Der EuGH (stellte in diesem Urteil klar, dass auf Lebensmitteln aus einem vom Staat Israel besetzten Gebiet nicht nur dieses Gebiet, son-

dern, falls diese Lebensmittel aus einer israelischen Siedlung im besetzten Gebiet stammen, auch diese Herkunft zur Verbraucherinformation angegeben werden muss (**EuGH 12.11.2019, C-363/18**).

Hintergrund dieser spannenden Entscheidung ist der hohe Verbraucherschutz bei Informationen über Lebensmittel durch Vermeidung einer Irreführung. Konsumenten sollen die Möglichkeit einer fundierten Wahl bei Lebensmitteln haben, wobei auch Erwägungen wie etwa solche betreffend die Wahrung des Völkerrechts relevant sein können, und alle Praktiken, die die Verbraucher irreführen können, sollen verhindert werden.

In einem Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der EU-Verordnung Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel war vom EuGH die Frage zu klären, ob das Recht der Europäischen Union, insbesondere die Verordnung Nr. 1169/2011, soweit die Angabe des Ursprungs einer Ware obligatorisch ist, für ein Produkt aus einem vom Staat Israel seit 1967 besetzten Gebiet die Angabe dieses Gebiets sowie gegebenenfalls eine Angabe zur Klarstellung, dass dieses Produkt aus einer israelischen Siedlung stammt, vorschreibt. Anders formuliert, ob bei der Lebensmittelkennzeichnung nicht nur das besetzte Gebiet, sondern – falls die Lebensmittel aus einer israelischen Siedlung in diesem Gebiet stammen – auch diese Herkunft angegeben werden muss.

Verpflichtend ist die Angabe des Ursprungslands oder des Herkunftsorts eines Lebensmittels nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe i der Verordnung Nr. 1169/2011, wenn sie nach Artikel 26 dieser Verordnung vorgese-

hen ist. Konkret legt Artikel 26 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung fest, dass die Angabe des Ursprungslands oder des Herkunftsorts verpflichtend ist, falls ohne diese Angabe eine Irreführung der Verbraucher über das tatsächliche Ursprungsland oder den tatsächlichen Herkunftsort des Lebensmittels möglich wäre, insbesondere wenn die dem Lebensmittel beigefügten Informationen oder das Etikett insgesamt sonst den Eindruck erwecken würden, das Lebensmittel komme aus einem anderen Ursprungsland oder Herkunftsort.

Auch aus dem 29. Erwägungsgrund dieser Verordnung ergibt sich für die Auslegung, dass die Angabe des Ursprungslands oder des Herkunftsorts in allen Fällen so gestaltet sein sollte, dass die Verbraucher nicht getäuscht werden. Daher ist einerseits das Ursprungsland oder der Herkunftsort eines Lebensmittels anzugeben, wenn ohne diese Angabe eine Irreführung der Verbraucher möglich wäre, weil bei ihnen der Eindruck erweckt würde, dass dieses Lebensmittel aus einem anderen als seinem tatsächlichen Ursprungsland oder Herkunftsort kommt; andererseits darf die Angabe des Ursprungslands oder des Herkunftsorts auf dem Lebensmittel nicht so gestaltet sein, dass der Verbraucher getäuscht wird.

Die verpflichtende Herkunftsbezeichnung von Lebensmitteln zur Vermeidung einer Irreführung der Verbraucher bezieht sich nicht nur auf ein „Land“ im Sinne eines souveränen Staates, sondern auch auf „Gebiete“, worunter laut früheren EuGH-Urteilen u.a. geografische Gebiete fallen, auf die sich zwar die Hoheitsgewalt oder internationale Verantwortung eines Staates erstreckt, die aber einen eigenen völkerrechtli-



chen Status haben, der sich von dem dieses Staates unterscheidet.

In dieser Causa ging es um das Westjordanland (einschließlich Ostjerusalem) und um die Golanhöhen. Nach den Regeln des humanitären Völkerrechts unterliegen diese Gebiete einer beschränkten Hoheitsgewalt des Staates Israel als Besatzungsmacht, verfügen aber jeweils über einen eigenen völkerrechtlichen Status, der sich von dem des Staates Israel unterscheidet. Beim Westjordanland handelt es sich um ein Gebiet, dessen Bevölkerung, das palästinensische Volk, das Recht auf Selbstbestimmung hat, wie der Internationale Gerichtshof in seinem Gutachten vom 9. Juli 2004 „Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory“ (Rechtsfolgen des Baues einer Mauer auf besetztem palästinensischem Gebiet, I.C.J. Reports 2004, S. 136, Rn. 118 und 149) festgestellt hat. Die Golanhöhen sind Teil des Hoheitsgebiets eines anderen Staates als des Staates Israel, nämlich der Arabischen Republik Syrien.

Somit könnten die Verbraucher getäuscht werden, wenn auf Lebensmitteln angegeben werden würde, ihr „Ursprungsland“ sei der Staat Israel, obwohl sie tatsächlich aus einem besetzten Gebiet stammen. Ebenso verhält es sich mit der Zusatzbezeichnung „israelische Siedlung“ bei Angaben über die Herkunft eines Lebensmittels aus einem besetzten Gebiet – ohne diese wäre eine Irreführung der Verbraucher möglich, und zwar insofern, dass Verbraucher zur Annahme verleitet werden, dass dieses Lebensmittel im Fall des Westjordanlands von einem palästinensischen oder im Fall der Golanhöhen von einem syrischen Lebensmittelunternehmen stammt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Siedlungen, die in bestimmten vom Staat Israel besetzten Gebieten errichtet wurden, dadurch gekennzeichnet sind, dass sich darin eine Umsiedlungspolitik manifestiert, die dieser Staat, wie vom Internationalen Gerichtshof in Bezug auf die besetzten palästinensischen Gebiete in seinem Gutachten vom 9. Juli 2004, „Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory“ (I.C.J. Reports 2004, S. 136, Rn. 120), festgestellt, außerhalb seines Hoheitsgebiets unter Verstoß gegen die in Art. 49 Abs. 6 des am 12. August 1949 in Genf unterzeichneten Abkommens über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (United Nations Treaty Series, Bd. 75, Nr. 973, S. 287) kodifizierten Regeln des allgemeinen humanitären Völkerrechts umsetzt. Diese Siedlungspolitik wurde außerdem wiederholt vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und von der Europäischen Union selbst verurteilt.

Von den Verbrauchern kann nicht erwartet werden, dass sie in Ermangelung jeglicher Information, die ihnen Aufschluss geben könnte, davon ausgehen, dass ein Lebensmittel aus einer Ortschaft oder einer Gesamtheit von Ortschaften kommt, die eine Siedlung bildet, die in einem dieser besetzten Gebiete unter Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts errichtet wurde.

Das Ziel der EU-Verordnung Nr. 1169/2011 ist es, ein hohes Verbraucherschutzniveau in Bezug auf Informationen über Lebensmittel unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Erwartungen der Verbraucher zu gewährleisten. Die bereitgestellten Informationen müssen es den Verbrauchern ermöglichen, unter

Berücksichtigung unter anderem von gesundheitsbezogenen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen und ethischen Erwägungen eine fundierte Wahl zu treffen. Da diese Aufzählung nicht abschließend ist, können in diesem Zusammenhang aber auch andere Erwägungen wie zB solche, die die Wahrung des Völkerrechts betreffen, relevant sein. Dass ein Lebensmittel aus einer unter Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts errichteten Siedlung kommt, kann auch Gegenstand ethischer Erwägungen sein, die die Kaufentscheidung der Verbraucher beeinflussen können.

Aus diesen Gründen entschied der EuGH konkret folgendes: Art. 9 Abs. 1 Buchst. i in Verbindung mit Art. 26 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission ist dahin auszulegen, dass auf Lebensmitteln aus einem vom Staat Israel besetzten Gebiet nicht nur dieses Gebiet, sondern, falls diese Lebensmittel aus einer Ortschaft oder einer Gesamtheit von Ortschaften kommen, die innerhalb dieses Gebiets eine israelische Siedlung bildet, auch diese Herkunft angegeben werden muss.

### Arzneimittelrecht: EuGH präzisiert Vorgaben für Verkauf von Arzneimitteln und Werbung im Arzneimittelversandhandel

Der EuGH hält fest, dass nach der EU-Arzneimittelrichtlinie der Vertrieb von Arzneimitteln nur mit Genehmigung im jeweiligen Mitgliedstaat erlaubt ist. In einem anderen Verfahren zu Gewinnspielen beim Verkauf von Arzneimitteln im Versandhandel stellte der EuGH fest, dass dieser Bereich unionsrechtlich auch nicht harmonisiert ist.

#### Ad 1) Pharma Expressz (EuGH 8.7.2021, C-178/20)

Das ungarische Unternehmen Pharma Expressz verkaufte in Ungarn ein Arzneimittel, das in anderen EU-Mitgliedstaaten rezeptfrei war. In Ungarn lag für das Arzneimittel keine Genehmigung für das Inverkehrbringen vor und wurde somit eine entsprechende ungarische Regelung missachtet. In anderen EU-Mitgliedstaaten lag eine solche Genehmigung vor und konnte es dort ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden.

Der EuGH stellte im Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der Arzneimittelrichtlinie Folgendes fest: Nach Art 6 Abs 1 Arzneimittelrichtlinie darf ein Arzneimittel in einem Mitgliedstaat erst dann in den Verkehr gebracht werden, wenn die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats oder die EU-Kommission eine Genehmigung erteilt hat. Fehlen diese Voraussetzungen, darf das Arzneimittel in diesem Mitgliedstaat nicht vertrieben werden. Diese Rechtslage wurde in den ungarischen Vorschriften umgesetzt. Unerheblich ist, ob das Arzneimittel in einem anderen Mitgliedstaat rezeptfrei verkauft werden darf.

Den Ausnahmefall der EU-Arznei-

mittelrichtlinie, wonach in besonderen medizinischen Bedarfsfällen das Inverkehrbringen von Arzneimitteln in einem anderen Mitgliedstaat ohne Genehmigung dieses Mitgliedstaates oder der EU-Kommission gestattet ist, wurde in den ungarischen Vorschriften auch umgesetzt.

Der EuGH sieht im gegenständlichen Fall keinen Bezug zum freien Warenverkehr (Art 34 ff AEUV). Laut EuGH wurde die Ausnahme der Arzneimittelrichtlinie ordnungsgemäß von Ungarn umgesetzt, weshalb es sich um keine mengenmäßige Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung handelt.

Zusammenfassend darf auch ein in einem Mitgliedstaat als rezeptfrei eingestuftes Arzneimittel nicht ohne Genehmigung der jeweiligen nationalen Behörden in einem anderen Mitgliedstaat vertrieben werden, wenn es keine EU-weite Genehmigung der Kommission gibt.

#### Ad 2) DocMorris (EuGH 15.7.2021, C-190/20)

In einem Rechtsstreit zwischen der DocMorris NV, einem in den Niederlanden ansässiges Unternehmen, das eine Versandapotheke betreibt, und der Apothekerkammer Nordrhein (Deutschland) ging es um von DocMorris an die Kunden in Deutschland verteilte Flyer, mit dem ein „Großes Gewinnspiel“ mit diversen Gegenständen des täglichen Gebrauchs als Preisen beworben wurde. Voraussetzung für die Teilnahme daran war die Einsendung eines ärztlichen Rezepts für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel.

Die Apothekerkammer Nordrhein bewertete diese Werbeaktion als Verstoß gegen das deutsche Heilmittelwerbegesetz – mit einem Zugabeverbot bei der Rezepteinlösung – und

klagte auf Unterlassung. Der EuGH prüfte in einem Vorabentscheidungsverfahren, ob das Unionsrecht (insbesondere Art 87 Abs 3 Arzneimittelrichtlinie *„Die Arzneimittelwerbung muss einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt; sie darf nicht irreführend sein“* bzw Art 34 AEUV betreffend Warenfreiheit und die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr) einer nationalen Regelung im Bereich Heilmittelwerbung entgegensteht, die es einer Apotheke verbietet, eine Werbeaktion in Form eines Gewinnspiels durchzuführen.

Der EuGH stellte dazu fest, dass das Unionsrecht dies nicht verbiete und führte diesbezüglich Folgendes aus: Die im gegenständlichen Streitfall beanstandete Werbeaktion mittels Gewinnspiel fällt nicht in den Anwendungsbereich der Arzneimittelrichtlinie (Richtlinie 2001/83). Im Titel VIII dieser Richtlinie wird zwar die Werbung für bestimmte Arzneimittel (Inhalt der Werbebotschaft, Ausgestaltung der Werbung), allerdings nicht die Werbung für Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln geregelt. Im konkreten Fall handelt es sich nicht um Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel, sondern um eine Werbung für das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von der betreffenden Apotheke angeboten wird. Daraus folgt, dass eine solche Werbeaktion wie im Ausgangsverfahren, nicht in den Anwendungsbereich der Arzneimittelrichtlinie fällt.

Weiters ist für den EuGH nicht ersichtlich, dass die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr im gegenständlichen Fall erheblich wäre, da die strittige Werbe-

aktion für Dienstleistungen des Arzneimittelverkaufs nicht elektronisch über eine Bestellung im Online-Shop, sondern im Versandhandel erbracht wurde. Für die Teilnahme am Werbegewinnspiel musste mit einem Freiumschlag ein Bestellschein zusammen mit einem Rezept übersandt werden.

Die gegenständliche Rechtssache ist insoweit von jener zu unterscheiden, in der das Urteil vom 1.10.2020, C-649/18, ergangen ist. In dieser Rechtssache ging es um eine Werbekampagne für Dienstleistungen des Online-Verkaufs nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel, die sowohl mit physischen Werbeträgern als auch über die Website der betreffenden Apotheke durchgeführt wurde.

Somit ist festzustellen, dass das Verbot der Veranstaltung von Gewinnspielen zur Werbung für Dienstleistungen des Verkaufs von Arzneimitteln im Versandhandel auf EU-Ebene nicht harmonisiert ist. Für die Regelung dieses Bereichs sind daher weiterhin die Mitgliedstaaten zuständig, die dabei insbesondere die im AEUV-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten zu beachten haben.

Schließlich stellte der EuGH fest, dass in dieser Causa der Aspekt des freien Warenverkehrs (Art 34 AEUV) gegenüber dem des freien Dienstleistungsverkehrs überwiege, da das Gewinnspiel auf die Förderung des Arzneimittelverkaufs abzielt. Nationale Verkaufsmodalitäten fallen nicht unter Art 34 AEUV, sofern sie für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die im Inland tätig sind und sofern sie den Absatz der inländischen Produkte sowie jenen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Anwendung derartiger

Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nämlich nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut (siehe in diesem Sinne das Urteil des EuGH vom 24.11.1993 – *Keck und Mithouard*, C-267/91 und C-268/91).

Die gegenständliche nationale (deutsche) Regelung stuft der EuGH als Verkaufsmodalität ein, die nicht in den Anwendungsbereich von Art 34 AEUV fällt. Summa summarum bleibt es mangels unionsrechtlicher Harmonisierung den EU-Mitgliedstaaten überlassen, bestimmte Werbeaktionen wie Gewinnspiele zur Werbung für den Arzneimittelverkauf im Versandhandel zu regeln.

## **„Black Friday“ laut BGH keine geschützte Bezeichnung für Rabattaktionen im Elektrohandel**

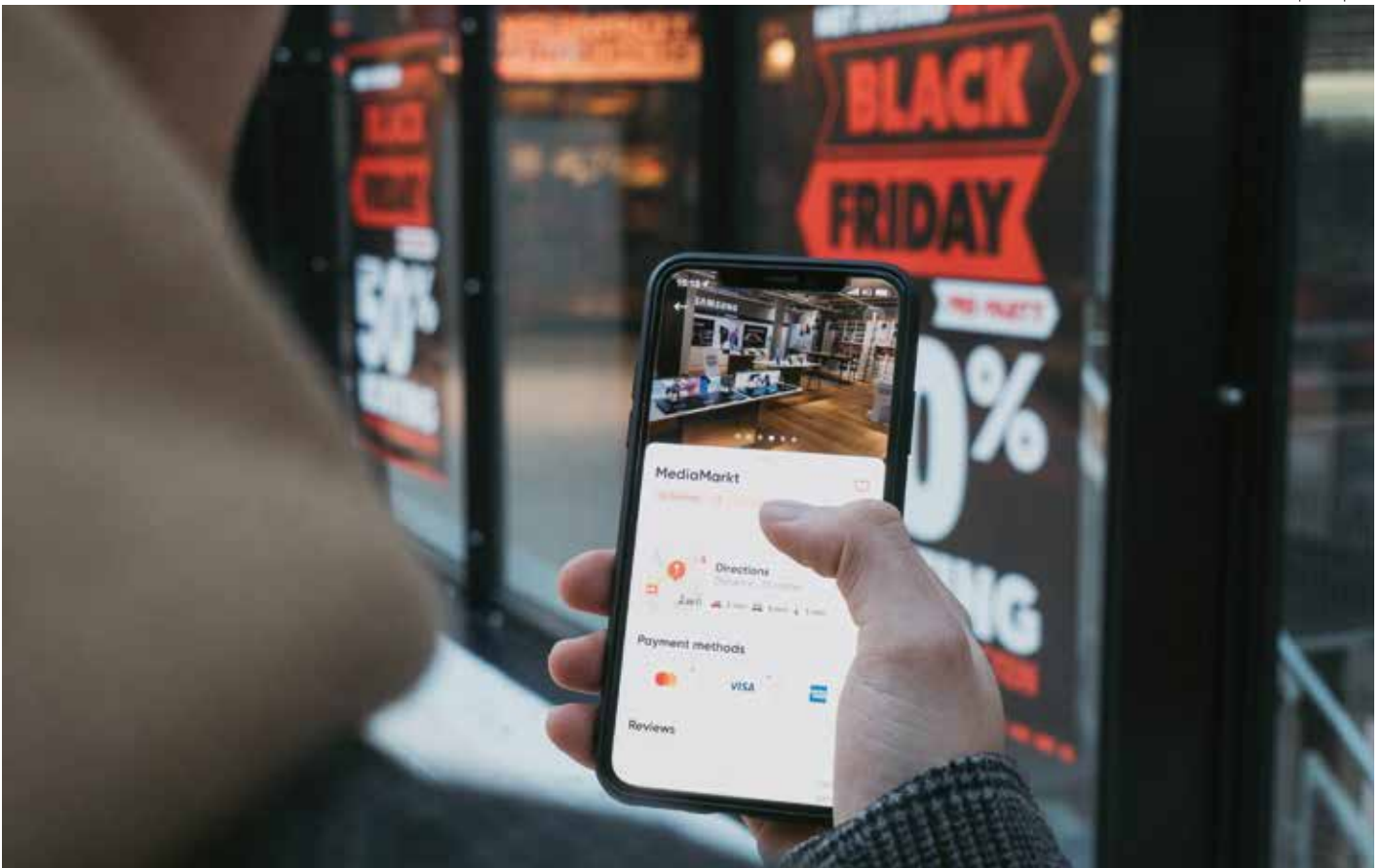
Nachdem in Österreich bereits im März 2019 vom OLG Wien der markenrechtliche Schutz für die Bezeichnung „Black Friday“ für Verkaufsaktionen abgelehnt wurde, hat nun auch der deutsche BGH die Löschung dieser Wortmarke für Handels- und Werbedienstleistungen im Elektro- und Elektronikbereich bestätigt (**BGH 27.5.2021, I ZB 21/20**).

Ein Unternehmen aus Hongkong hatte im Jahr 2013 die Wortmarke „Black Friday“ in Österreich und Deutschland (und anderen EU-Staaten) angemeldet und wurde diese Marke in den Markenregistern für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen eingetragen. Die Markeninhaberin mahnte in Folge zahlreiche Unternehmen, insbesondere im Bereich des Elektro- und Elektro-

nikhandels, wegen unbefugter Verwendung dieser Bezeichnung in der Werbung ab. So erhielten die Händler regelmäßig Ende November, wenn wieder mit umfangreichen Rabattaktionen geworben wurde, Abmahnschreiben mit der Forderung, es zu unterlassen, mit „Black Friday“ ohne Lizenz im geschäftlichen Verkehr zu werben. Die Verwirrung war verständlich, denn wie kann es sein, dass ein – für einen bestimmten, besonders umsatzstarken Einkaufstag verwendeter – weltweit bekannter Begriff nicht frei zugänglich für den gesamten Wettbewerb sein sollte? Dieser Vorgangsweise ist in Österreich mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien (OLG Wien vom 5.3.2019, 133 R 126/18d) ein Ende gesetzt worden und wurde die von mehreren Seiten beantragte Löschung dieser Marke für Verkaufsaktionen im Handel angeordnet.

In Deutschland hingegen war diese Marke weiterhin (auch) für diesen Bereich geschützt, bis der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluss vom 27.5.2021, I ZB 21/20 – *Black Friday* nun die Löschung der Marke für Handels- und Werbedienstleistungen betreffend Waren aus dem Elektro- und Elektronikbereich bestätigte. Der BGH begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass der Begriff „Black Friday“ eine Rabattaktion und damit eine Dienstleistung des Groß- und Einzelhandels in den Bereichen Elektro- und Elektronikwaren beschreibe und das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gelte (nach dieser Bestimmung, die § 4 Abs 1 Z 3 - 5 des öst. Markenschutzgesetzes, MSchG, entspricht, sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die „*ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeich-*

Foto: Cardmapr | Unsplash



nung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können“). Gehört die Durchführung einer Rabattaktion zu den Dienstleistungen des Groß- oder Einzelhandels, sei eine Bezeichnung, die eine solche Rabattaktion schlagwortartig benennt, nicht als Marke für diese Dienstleistungen schutzfähig.

Zum Einwand, dass die Wortkombination „Black Friday“ zum Zeitpunkt der Markenmeldung am 30. Oktober 2013 für die angesprochenen Verkehrskreise noch keine beschreibende Bedeutung gehabt habe, stellte der BGH fest, dass ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2

Nr. 2 MarkenG nicht voraussetze, dass die Zeichen und Angaben, aus denen die Marke besteht, zu diesem Zeitpunkt bereits tatsächlich beschreibend verwendet wurden. Wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung ergebe, genüge es, dass die Zeichen oder Angaben diesem Zweck dienen könnten. Ein Freihaltebedürfnis liege deshalb auch vor, wenn die Benutzung der angemeldeten Marke als Sachangabe noch nicht zu beobachten sei, eine solche Verwendung aber jederzeit in Zukunft erfolgen könne. Es genüge, wenn im Anmeldezeitpunkt bereits absehbar sei, dass die Angabe zukünftig eine beschreibende Bedeutung für die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen erlangen werde. Im konkreten Fall habe das Bundespatentgericht zutreffend festgestellt, dass bereits im Anmel-

dezeitpunkt hinreichende Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass sich die Bezeichnung „Black Friday“ zukünftig im Handel mit Elektro- und Elektronikwaren zu einem Schlagwort für eine Rabattaktion entwickeln werde.

Zu beachten ist, dass diese Entscheidung des BGH nur Handels- und Werbedienstleistungen im Elektro- und Elektronikbereich betrifft (die Entscheidung des OLG Wien bezog sich dagegen auf Werbung und Dienstleistungen im Handel generell, wie zB auch in den Bereichen Mode, Bekleidung, Sport, Einrichtung). Die Marke „Black Friday“ ist darüber hinaus nach wie vor für andere Produkte und Dienstleistungen im Markenregister angemeldet. Allerdings sind noch einige Verfahren anhängig, um die Löschung dieser Marke auch für weitere Bereiche von Waren und Dienstleistungen zu erwirken.



# WICHTIGE TERMINE 2022



**Mittwoch, 27. April 2022, 9.00 bis 18.30 Uhr**

## **28. ÖBGR-Seminar mit aktuellem Überblick zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in der Wirtschaftskammer Österreich**

Vielleicht wieder hybrid, also auch mit Livestream

Siehe [www.oev.or.at](http://www.oev.or.at) und [www.manz.at/rechtsakademie](http://www.manz.at/rechtsakademie)



**Mai 2022:**

## **16. Österreichischer IT-Rechtstag auf der WU**

Infolaw Forschungsverein für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht

Genauer Termin siehe dann [www.it-rechtstag.at](http://www.it-rechtstag.at) und [www.infolaw.at](http://www.infolaw.at)



**September/Oktober 2022:**

## **Jährlicher Kongress der LIGA für Wettbewerbsrecht**

Diesmal in Mailand

Genauer Termin und alle Infos über diese internationale Vereinigung unter [www.ligue.org](http://www.ligue.org)



**November 2022:**

## **Jährliches Forum Wettbewerbsrecht im OGH**

Infolaw Forschungsverein für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht

Genauer Termin siehe dann [www.forum-wettbewerbsrecht.at](http://www.forum-wettbewerbsrecht.at)