

Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Wichtige Klarstellung des EuGH
zum Irreführungsverbot

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Wettbewerbsrechtliche Haftung
für Handlungen Dritter

UWG-Novelle 2013 mit Neuregelung der
Ausverkaufsvorschriften in Kraft getreten

Aktuelle Rechtsprechung zu unerbetener
Telefon-, SMS- und E-Mail Werbung

Bericht von der LIGA-Tagung in Kiew

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Nummer 182 November 2013 59. Jahrgang

Recht und Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Wichtige Klarstellung des EuGH
zum Irreführungsverbot

SEITE 4

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Wettbewerbsrechtliche Haftung
für Handlungen Dritter

SEITE 8

Aktuelle Rechtsprechung zu unerbetener
Telefon-, SMS- und E-Mail Werbung

SEITE 12

UWG-Novelle 2013 mit Neuregelung der
Ausverkaufsvorschriften in Kraft getreten

SEITE 15

Neuaufgabe der Wettbewerbsfibel

SEITE 17

Bericht von der LIGA-Tagung in Kiew

SEITE 18

Die ausgewählte OGH-Entscheidung

SEITE 20

Verletzung von Standesregeln
als UWG-Verstoß

SEITE 22

Unser juristischer Linktipp

SEITE 23

„Recht und Wettbewerb“ ist die zweimal jährlich erscheinende Mitgliederzeitschrift des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb zu Themen und Fällen des Wettbewerbsrechts. Alle Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und dürfen grundsätzlich ohne Zustimmung des Medieninhabers weder vervielfältigt noch veröffentlicht werden. **Medieninhaber, Hersteller sowie Redaktion:** Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, 1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14, ZVR 473025626. **Vorstand:** KommR Karl Novak, KommR Helmut Schramm, KommR Hans Seemann, KommR Dr. Haidemarie Heinz, KommR Herbert Gänsdorfer, KommR Karl Hofmann, KommR Gerhard Holub, KommR Ing. Johann Klein, KommR Ralph Plaichinger, Gerhard Steurer. **Für den Inhalt verantwortlich:** Mag. Hannes Seidelberger, Geschäftsführer. **Layout:** Greiner & Greiner GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10-12. **Druck:** Druckerei Robitschek & Co GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10-1

Liebe Mitglieder!

Die Frage, wie Unternehmer neue Kunden rechtlich zulässig kontaktieren dürfen, ist von großer Bedeutung für tägliche Praxis. In gleicher Weise sind aber auch Unternehmer immer mehr dubiosen Anbietern ausgesetzt, welche gerade über unerbetene Telefonwerbung (Cold Calling) versuchen, Aufträge zu „erschwindeln“. Aus diesem Grund haben wir einige Entscheidungen der Höchstgerichte zum Anlass genommen, hier einen aktuellen Überblick auf Seite 12 zu bieten.

Ebenso wichtig ist die Frage, in welchem Umfang Unternehmer wie z. B. Provider oder Werbeagenturen im Rahmen ihrer Aufträge oder für das Verhalten Dritter haften bzw. wann allgemein eine Passivlegitimation gegeben ist. Hier hat unser juristischer Mitarbeiter Dr. Rainer Tahedl anlässlich eines aktuellen Erkenntnisses zur Haftung für Laienwerber (siehe die ausgewählte OGH-Entscheidung) eine umfassende Beleuchtung dieser Thematik auf Seite 8 aufbereitet.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat wie bei den Zugaben und den Ausverkäufen wiederum über eine Vorlage des OGH zur Anwendung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken entschieden, und zwar mit der Klarstellung, dass bei einer irreführenden Geschäftspraktik als Sondertatbestand eine Prüfung der beruflichen Sorgfalt nicht mehr notwendig bzw. zulässig ist. Unsere Verbandsanwältin Dr. Marcella Prunbauer beschäftigt sich in ihrem Wettbewerbskommentar auf Seite 4 ausführlich mit diesem wichtigen Urteil des EuGH zum Irreführungsverbot.

Der schon in der letzten Ausgabe kommentierte Entwurf einer UWG-Novelle 2013 mit der Neuregelung der Ausverkaufsvorschriften ist wie vorgeschlagen in Kraft getreten, was auf Seite 15 zusammengefasst wird. Wir halten diese umfangreichsten Änderungen des Lauterkeitsrechts seit 2007 auch mit dem Wegfall des Zugabenverbotes Anfang dieses Jahres für einen guten Zeitpunkt, unsere Wettbewerbsfibel zur Gänze zu überarbeiten und um einen Kartellrechtsteil sowie Bildbeispiele zu ergänzen. Nähere Informationen über zusätzliche Bestellmöglichkeiten finden Sie auf Seite 17, wobei wir die Frist für zusätzliche Exemplare bis Ende dieses Jahres erstrecken können. Mit der Fertigstellung ist Mitte 2014 zu rechnen.

Als Gastbeitrag berichtet Rechtsanwalt Dr. Max W. Mosing über den Kongress der LIGA für Wettbewerbsrecht in Kiew. Schließlich haben wir eine interessante Entscheidung über die Verletzung von Standesregeln bei der Nichtbeachtung einer verbindlich vorgesehenen Schlichtungsklausel aufgenommen. Für Fragen oder konkrete Anliegen zu allen diesen Themen stehen wir gerne zur Verfügung.



Fotostudio Wilke

„Die Frage der Kontaktaufnahme mit Kunden ist rechtlich ebenso spannend wie jene der Haftung für das wettbewerbswidrige Verhalten Dritter ...“

**MAG. HANNES
SEIDELBERGER**
Geschäftsführer

Wichtige Klarstellung des EuGH zum Irreführungsverbot

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat zu einer Vorlagefrage des OGH aus Österreich festgehalten, dass bei irreführenden Geschäftspraktiken nicht geprüft werden muss, ob auch eine Verletzung beruflicher Sorgfalt vorliegt.



Fotostudio Huger

DR. MARCELLA
PRUNBAUER-GLASER
Rechtsanwältin in Wien

I. EINLEITEND:

Der durch das Irreführungsverbot des § 2 UWG abgesicherte **Wahrheitsgrundsatz** ist unbestritten einer der tragenden und fundamentalen Grundsätze des Lauterkeitsrechtes. In § 2 UWG wird in seiner derzeitigen Fassung das Irreführungsverbot des Art 6 der RL-UGP¹ umgesetzt, welches – wiederum nach allgemeiner Auffassung – in seinem wesentlichen Gehalt ohnedies bereits in § 2 öUWG in seiner Fassung vor der UWG-Umsetzungsnovelle 2007 erfasst war².

Allerdings hat die RL-UGP, welche nur im verbraucherbezogenen, dem sogenannten B2C-Bereich, zu einer EU-weiten Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechtes führt, infolge des spezifischen und besonderen Aufbaues der RL-UGP und der – sehr weiten – Legaldefinition einer „unlauteren Geschäftspraktik“ auch zu einem Systemwandel im Aufbau des UWG und zu einem Wandel des gewohnten lauterkeitsrechtlichen Prüfungsschemas geführt.

Art 5 RL-UGP – und ihm folgend wortgleich § 1 Abs 1 Z 2 UWG – definiert als Generalklausel eine Geschäftspraktik als unlauter, wenn

sie den Erfordernissen der „**beruflichen Sorgfalt**“ widerspricht, und

sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

Was unter der „**beruflichen Sorgfalt**“ im Sinne der RL-UGP zu verstehen ist, gibt – zumindest in abstracto – die wörtlich aus der RL-UGP übernommene Legaldefinition des

§ 1 Abs 4 Z 8 UWG wieder: Unter „beruflicher Sorgfalt“ ist der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt zu verstehen, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet³. Der somit europarechtliche Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ ist letztlich durch den EuGH bindend für die nationalen Gerichte auszulegen.

Gleichzeitig spielt das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot mit seinen Beurteilungskriterien naturgemäß eine sehr wesentliche Rolle in der praktischen Gesetzesanwendung – für die werbenden Unternehmen ebenso wie die beigezogenen Rechtsberater.

Bislang war unstrittig und in ständiger Rechtsprechung bestätigt, dass der **lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch verschuldensunabhängig** ist und dies im Interesse einer effektiven Rechtsdurchsetzung zur Vermeidung einer von beliebigen individuellen Umständen des Werbenden abhängigen Beurteilung im Interesse des Schutzzweckes des Verbotes auch sein muss. Ein Unterlassungsanspruch abhängig von einer jeweils subjektiven Einschätzung, welcher Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist, wäre nur ein äußerst stumpfes Mittel der Rechtsdurchsetzung. Im Falle einer im Sinne des § 2 UWG irreführungsgerechten Werbebehauptung begründete daher bereits die objektive Unrichtigkeit einer für die geschäftliche Entscheidung relevanten Angabe den Unterlassungsanspruch. Ob der Ankündigende die Unrichtigkeit kannte oder kennen musste, war ebenso unmaßgeblich wie ein Verschulden⁴.

Infolge der oben wiedergegebenen Legaldefinition der RL-UGP, welche ins UWG übernommen wurde, wonach eine unlautere Geschäftspraktik den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfalt“ widersprechen muss, war mit Inkrafttreten der RL-UGP fraglich geworden, was gilt, wenn eine Werbeaussage zwar objektiv unrichtig ist, aber dem Werbenden diesbezüglich kein Verstoß gegen die „berufliche Sorgfalt“ vorgeworfen werden kann. Kürzlich hatte der EuGH infolge eines Vorabentscheidungsersuchens des OGH⁵ zur Frage Stellung zu nehmen, ob sich ein Mitbewerber bei einer (ohne sein Verschulden) irreführenden Geschäftspraktik entschuldigend auf die Einhaltung der „beruflichen Sorgfalt“ berufen kann. Der EuGH hat eine grundlegende Klarstellung im Sinne der bisherigen österreichischen ständigen Rechtsprechung vorgenommen.

II. SACHVERHALT DER ENTSCHEIDUNG DES EUGH:

2.1. Der Ausgangssachverhalt betraf zwei miteinander konkurrierende Reisebüros, welche Skikurse und Winterurlaube für Schülergruppen aus UK in Österreich anbieten. In einer englischsprachigen Verkaufsbroschüre der Beklagten waren bestimmte Beherbergungsbetriebe für bestimmte Ferien-Perioden als „exklusiv“ für die Beklagte bezeichnet; diese Exklusivität wurde noch ergänzend dahingehend erläutert, dass die Unterkunft nur der Beklagten bzw. deren Partnern zur Verfügung stehe, daher zu den angegebenen Terminen nicht von einem anderen Reiseveranstalter angeboten werde.

Das solcherart mit der Exklusivität seines Angebotes werbende beklagte Reisebüro hatte in der Tat mit bestimmten Beherbergungsbetrieben solche Exklusivitätsvereinbarungen über Bettenkontingente abgeschlossen und unter anderem zur Absicherung derselben in der Vereinbarung mit dem Beherbergungsbetrieb Unkündbarkeit und auch eine Vertragsstrafe vereinbart. Allerdings stellte sich im Prozess heraus, dass trotz dieser Exklusivitätsvereinbarung und nach deren

Abschluss auch die klagende Mitbewerberin für denselben Zeitraum bei solchen „exklusiv“ angebotenen Beherbergungsunternehmen ebenfalls Bettenkontingente buchen konnte und somit die in den Verkaufsbroschüren enthaltene Exklusivitäts-Auslobung der Beklagten für bestimmte Hotels zu bestimmten interessanten Anreiseterminen – infolge eines dem beklagten Reisebüro nicht bekannten Vertragsbruches seiner Beherbergungsbetriebsvertragspartner – objektiv falsch war.

Die Unterinstanzen wiesen den Verfügungsantrag ab. Die Exklusivitätsbehauptung sei im Hinblick auf die geschlossenen unkündbaren exklusiven Reservierungsverträge der Beklagten mit den Hotels zutreffend; die Beklagte sei den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfalt“ nachgekommen und konnte erwarten, dass ihre Vertragspartner ihrerseits ihre vertraglichen Verpflichtungen einhalten würden.

2.2. Der OGH legte – konsequent – die Frage der Auslegung des Art 5 RL-UGP = § 1 Abs 1 Z 2 UWG in Bezug auf die Anforderungen an die „berufliche Sorgfalt“ dem EuGH vor, da der Ausgang des Verfahrens die Auslegung der Generalklausel des Art 5 RL-UGP im Lichte des Irreführungsverbotes des Art 6 RL-UGP erforderte. Der Revisionsrekurs des klagenden Reisebüros wäre nämlich erfolglos geblieben, wenn sich das beklagte Reisebüro darauf berufen konnte, nicht den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfalt“ zuwider gehandelt zu haben.

Infolge der Systematik und der Formulierungen in der RL-UGP sei zu prüfen, ob die spezielleren Tatbestände irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken (Art 6 bis 9 der RL-UGP) *per se* mit der „beruflichen Sorgfalt“ unvereinbar seien oder ob bei einer irreführenden Geschäftspraktik aufgrund der allgemeinen Begriffsbestimmung der unlauteren Geschäftspraktik in der Generalklausel *zusätzlich* ein Verstoß gegen die „berufliche Sorgfalt“ erforderlich sei.

Der OGH führte in seinem **Vorlagebeschluss 4 Ob 27/11s** unter anderem aus:

Der OGH stellte im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens dem EuGH die Frage, ob sich ein Mitbewerber bei einer (ohne sein Verschulden) irreführenden Geschäftspraktik entschuldigend auf die Einhaltung der „beruflichen Sorgfalt“ berufen kann.

Der EuGH antwortete, dass eine Geschäftspraktik, die objektiv alle Tatbestandsmerkmale einer Irreführung aufweist, unlauter ist, ohne dass zusätzlich geprüft werden muss, ob auch eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt vorgelegen hat.

„Einerseits könnte angenommen werden, dass ein unter Art 6 bis 9 RL-UGP (§ 2 UWG) fallendes Verhalten... auch immer gegen die berufliche Sorgfalt verstößt. Nach diesem Verständnis wäre die Geschäftspraktik schon dann unlauter, wenn das beanstandete Verhalten aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers irreführenden Charakter hat...; ob es auch im Widerspruch zu den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt steht, wäre nicht gesondert zu prüfen. Andererseits könnte aber auch die Auffassung vertreten werden, dass bei Vorliegen einer aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers irreführenden... Geschäftspraktik grundsätzlich zu prüfen ist, ob das beanstandete Verhalten den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht. Nach diesem Verständnis müsste es dem Unternehmer möglich sein, aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu beweisen, dass er die berufliche Sorgfalt eingehalten hat...“.

2.3. Entscheidung des EuGH vom 19.9.2013, C-435/11

Der EuGH urteilte, dass im Fall einer Geschäftspraktik, die alle in Art 6 dieser RL genannten Voraussetzungen für eine Einstufung als eine den Verbraucher irreführende Praxis erfüllt, **nicht gesondert zusätzlich geprüft zu werden braucht**, ob eine solche Praxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt im Sinne des Art 5 der RL widerspricht, um sie als unlauter und mithin als verboten im Sinne der RL-UGP ansehen zu können.

In Erwägungsgrund [42] des Erkenntnisses wird hervorgehoben, dass speziell in Bezug auf den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art 6 der RL-UGP *„im Einklang mit dem Wortlaut dieser Bestimmung der irreführende Charakter einer Geschäftspraxis allein davon abhängt, dass sie unwahr ist, weil sie falsche Angaben enthält, oder dass sie ganz allgemein den Durchschnittsverbraucher in Bezug auf unter anderem die Art oder die wesentlichen Merkmale eines Produktes ... zu täuschen geeignet ist. ... Liegen diese Merkmale vor, „gilt“ die Praxis als irreführend*

und mithin nach Art 5 Abs 4 der RL als unlauter und ist nach Art 5 Abs 1 der RL zu verbieten.“

Laut EuGH ist daher eine Geschäftspraktik als irreführend anzusehen, wenn die in Art 6 der RL genannten Kriterien erfüllt sind, ohne dass zu prüfen wäre, ob auch noch die weitere Voraussetzung erfüllt ist, dass diese Praxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht⁶. Nur eine solche Auslegung sei geeignet, die **praktische Wirksamkeit** der spezielleren Regelungen irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken in den Art 6 bis 9 der RL-UGP zu wahren⁷. Für diese Auslegung spräche zudem das mit der RL-UGP verfolgte **Ziel**, ein **hohes Verbraucherschutzniveau** zu erreichen, da diese Auslegung geeignet ist, die effektive Anwendung in einem günstigsten Sinn für die Interessen der Verbraucher, an die sich die falsche Information richtet, zu erleichtern.

III. ANMERKUNG UND FOLGERUNGEN:

Wohl kaum eine Richtlinie hat in vergleichbar so kurzer Zeit seit ihrem Inkrafttreten so oft zu einer Anrufung des EuGH aus so vielen Mitgliedsstaaten geführt, wie die RL-UGP. Die Urteile des EuGH waren in vielen praxisbedeutsamen Bereichen überaus überraschend, gerade auch für die Mitgliedsstaaten, welche die RL ja gemeinsam mit der Europäische Kommission zunächst als „europäischer Gesetzgeber“ verhandelt und sodann gutgläubig umgesetzt hatten⁸. Die Urteile des EuGH haben letztlich, insbesondere im Zugabenrecht einschließlich des Rechts der Koppelungsangebote sowie im Ausverkaufsrecht, zu massiven Änderungen und – schließlich unumgänglich – zu Korrekturen im UWG durch den österreichischen Gesetzgeber geführt⁹. Zutreffend wurde angemerkt, dass den Mitgliedsstaaten bei der Verfassung der RL-UGP offenbar nicht bewusst gewesen sein dürfte, mit welchen potentiell weitreichenden Konsequenzen und Eingriffen in die nationale Rechtsordnung der Vollharmonisierungsansatz der RL verbunden mit der besonderen struktu-

rellen Gestaltung der RL („Top-down“-Ansatz mit abschließender „schwarze Liste“ von per-se Verboten) verbunden sein würde. Bald stellte sich nämlich heraus, dass bereits hinsichtlich des grundsätzlichen Anwendungsbereiches unterschiedliche Auffassungen zwischen den Mitgliedsstaaten und dem EuGH bestanden und dass der EuGH die RL-UGP im Wesentlichen als Marktliberalisierungsinstrument auslegt¹⁰.

Diesmal jedoch bringt die Entscheidung des EuGH ohne jegliche Erschütterung der gewohnten österreichischen Praxis die für die Praxis freilich wichtige Klarstellung, dass selbst das Einhalten „beruflicher Sorgfalt“ objektiv irreführungsgeeignete Angaben im Wettbewerbsverfahren nicht entschuldigt. Damit bleibt aus österreichischer Sicht sozusagen alles beim Alten und dies ist im Bereich des lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbotes gut so. Ein Klagebefugter muss weiterhin „nur“ die Unrichtigkeit der Angabe beweisen und darlegen, dass die Unrichtigkeit von Relevanz für eine potentielle Kaufentscheidung war. Damit wird in der Tat und insoweit angesichts der ohnedies zu jedem Einzelfall gegebenen Beweislast eines Klägers begrüßenswert die effektive Verfolgung irreführender Werbung erleichtert, weil das im Raume gestandene Risiko einer Klageabweisung wegen unvorhersehbarer interner, subjektiver, schwer widerlegbarer Entschuldigungsgründe, die ein Beklagter aus dem Hut ziehen könnte, wegfällt.

Auf der Hand liegend war dieses Ergebnis nach der Struktur der RL-UGP freilich nicht. Wie der OGH ausführte, ist nämlich – zumindest für jemanden, der die Systematik des österreichischen oder deutschen Rechts gewohnt ist – nicht ohne weiteres anzunehmen, dass für den Fall, dass der Gesetzgeber in der alles beherrschenden „großen“ Generalklausel des Verbotes unlauterer Geschäftspraktiken zwei wesentliche Elemente festlegt, dann plötzlich in der die große Generalklausel näher konkretisierenden „kleinen“ Generalklausel eines der beiden wesentlichen Elemente ohne förmliche Aus-

nahmeregel keine Rolle mehr spielt. Bedauerlich ist, dass der EuGH es wieder einmal vermieden hat, obwohl es nahe lag, sich mit dem Tatbestandsmerkmal der „beruflichen Sorgfalt“, welches doch den Begriff der unlauteren Geschäftspraktik wesentlich mitbestimmt, inhaltlich auseinander zu setzen. Er hat dieses Tatbestandsmerkmal für irreführende Geschäftspraktiken schlicht und einfach hinweg interpretiert.

Der EuGH geht unter Hinweis auf sein Urteil in der Rechtssache Ving Sverige¹¹ davon aus, dass das Irreführungsverbot der RL-UGP im Wesentlichen *aus der Sicht des Verbrauchers als Adressaten der Werbebotschaft* konzipiert ist. Würde man neben der Irreführungseignung noch *zusätzlich* den Einwand der Einhaltung beruflicher Sorgfalt prüfen und als Entschuldigungsgrund erlauben, würde das von der RL-UGP angestrebte Ziel eines in der gesamten EU vollständig harmonisierten hohen Verbraucherschutzniveaus nicht erreicht; das Verbraucherschutzniveau eher tendenziell gesenkt, denn angehoben¹². Der Botschaft, dass irreführende Geschäftspraktiken auch unter der RL-UGP weiterhin verschuldensunabhängig zu verfolgen sind, kann nur beigegeben werden.

Im konkreten Fall – sicher nicht eine alltägliche Konstellation – wurde im Ergebnis dem allgemeinen Interesse am Schutz einer korrekten Verbraucherinformation der Vorrang gegenüber der sich im individuellen Bereich abspielenden Vertragsverletzung als Entschuldigungsgrund eingeräumt. Dem infolge des Vertragsbruches seines Hotelpartnerunternehmens der strengen lauterkeitsrechtlichen Haftung (und den Prozesskosten des Wettbewerbsprozesses mit einem Mitbewerber) ausgelieferten beklagten Reisebüro steht im Innenverhältnis der Schadenersatzanspruch gegen seinen vertragsbrüchigen Partner als Ausgleich offen. Die RL-UGP wiederum harrt noch zu einigen weiteren Fragen der Auslegung durch den EuGH. Auf diese, einschließlich einer Klarlegung des Konzepts der „beruflichen Sorgfalt“, darf weiter gespannt gewartet werden.

¹ RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl 2005 L 149/22.

² BGBl I 2007/79.

³ Dabei geht es nicht um individuelle Kenntnisse und eine damit verbundene individuelle Haftung, sondern ist der Standard für den jeweiligen Berufsstand für den für diesen besonders geltenden Gesetze und Verordnungen zu erschließen, wobei auf die „allgemeinen Marktepflogenheiten“ Bedacht zu nehmen ist (vgl. *Wiltshchek*, UWG³, FN 8 zu § 1 UWG).

⁴ StRspr, vgl. ÖBl 1980,128; *ecolex* 1996,553; *Wiltshchek*, UWG⁷, E 29 ff zu § 2 UWG.

⁵ 4 Ob 27/11s = ÖBl 2012,61 = *Schulskurserie*.

⁶ Erwägungsgrund 45 im Urteil vom 19.9.2013 C-435/11.

⁷ Erwägungsgrund 46, aaO.

⁸ Vgl nur beispielhaft für viele Literaturmeinungen mit den darin jeweils zitierten Nachweisen: *Wiltshchek*, UWG, FN 2; *Schuhmacher*, Das Ende der österreichischen per-se Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, WBl 2010, 612; *Prunbauer*, Zugaben und Koppelungsangebote – wie weit geht die Liberalisierung durch die Rechtsprechung? RuW 2011/177; *Prunbauer*, Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff UWG nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Nov 2013, RuW 2013/181;

⁹ Vgl nur *Prunbauer*, a.a.O. RuW 2013/181; siehe Aufhebung des § 9a UWG durch Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – *KaWeRÄG* 2012, BGBl I 2013/13; UWG-Novelle 2013, BGBl I 112/2013.

¹⁰ Siehe FN 8; vgl. Schlussanträge Generalanwältin *Trstenjak* vom 6.9.2012 zu C-206/11 mwN.

¹¹ Urteil vom 12.5.2011, C-122/10-Ving Sverige.

¹² So sehr deutlich Generalanwält Nils Wahl in seinen Schlussanträgen vom 13.6.2013, C-435/11.

Wettbewerbsrechtliche Haftung für Handlungen Dritter

Die Feststellungen des OGH zur Haftung für unlautere Handlungen Dritter in „Feier der Westbahn“ sollen Anlass sein, einen Blick auf die Judikatur zur Unternehmerhaftung nach § 18 UWG und zur Passivlegitimation bei Wettbewerbsverstößen zu werfen.



Foto Fayer

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

1. UNTERNEHMERHAFTUNG NACH § 18 UWG

Der Inhaber eines Unternehmens kann nach dieser Bestimmung wegen einer unlauteren Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Damit wird eine Erfolgshaftung für das wettbewerbswidrige Verhalten Dritter begründet (OGH 12.2.1013, 4 Ob 1/13w – *Feier der Westbahn*, siehe die ausgewählte OGH-Entscheidung auf Seite 20): Sie setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus. Es ist auch nicht relevant, ob der unmittelbar Handelnde (die „andere Person“) selbst auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Es genügt, dass der Dritte objektiv wettbewerbswidrig gehandelt hat. Der Unternehmer haftet in diesen Fällen darüber hinaus für Schadenersatz, wenn ihm die Handlung bekannt war oder bekannt sein musste, also bei zumindest fahrlässiger Unkenntnis des Verhaltens.

Mit diesem eigenständigen gesetzlichen Anspruch des Verletzten gegen den Inhaber eines Unternehmens sollen grundsätzlich Wettbewerbsverstöße von allen Personen erfasst werden, die dem Unternehmen zugute kommen, unabhängig von deren rechtlicher Stellung und ob sie selbständig tätig oder unselbständig beschäftigt sind, wenn er für ihre Abstellung sorgen kann. Die Regelung beruht auf der Erwägung, dass der angestrebte Zweck der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken nicht allein dadurch erreicht werden kann, den beeinträchtigten Mitbewerbern wirksame Mittel

der Abwehr zu bieten. Die Unternehmer sollen vielmehr zur vorbeugenden Mitwirkung angehalten werden um im Bewusstsein gesteigerter Verantwortlichkeit für die Vorgänge in ihrem Betrieb mit Nachdruck auf die Einhaltung der gebotenen Grenzen hinzuwirken. Ein Unternehmer soll sich nicht darauf berufen können, er habe diesen oder jenen Auftrag erteilt oder eine Wettbewerbsverletzung sei ohne seinen Willen oder ohne sein Wissen geschehen.

Eine Beschränkung dieser Haftung für das Handeln Dritter ergibt sich daraus, dass die Handlung der anderen Person „im Betrieb des Unternehmens“ begangen worden sein muss. Dieses Tatbestandselement ist – wie der OGH nun neuerlich bekräftigt hat – weit auszulegen und primär im organisatorischen Sinn zu verstehen. Soweit die beanstandete Handlung im Zusammenhang mit einem geschäftlichen Interesse des Unternehmers steht, genügt bereits eine lockere Eingliederung in den Betrieb des Unternehmens. Der OGH hat etwa im Zusammenhang mit der wettbewerbsrechtlichen Haftung einer Zeitung für das Verhalten eines Journalisten festgestellt, dass der Unternehmer auch dann haftet, wenn der betreffende Mitarbeiter zu jener Tätigkeit, in deren Verlauf sich der Wettbewerbsverstoß ereignet, an sich gar nicht befugt war (OGH 09.06.2009, 4 Ob 47/09d – 20 *Seiten Differenz*; vergleiche allerdings OGH 15.12.2008, 4 Ob 187/08s: Keine Haftung eines Zeitungsverlegers für einen wettbewerbswidrigen Beitrag, wenn keine rechtliche Möglichkeit bestanden hat, auf die inhaltliche Ge-

staltung des redaktionellen Teils einzuwirken).

Entscheidend ist, dass der Unternehmensinhaber aufgrund seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit hat, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Diese Möglichkeit besteht nach Auffassung des Höchstgerichts jedenfalls dann, wenn der Unternehmer dem Handelnden Weisungen erteilen kann, und zwar auch, wenn er – etwa bei weisungswidrigen Verhalten des Handelnden – faktisch nicht in der Lage war, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern (so bereits OGH 21.10.2003, 4 Ob 156/03z – *Magnetfeldtherapie IV*). Im Fall „*Feier der Westbahn*“ wurde eine solche rechtliche Einflussnahmemöglichkeit darin gesehen, dass man die Übergabe der Werbekleidung und die Verköstigung von der Bedingung abhängig machen hätte können, die fremden Züge nicht zu betreten. Zwar ist ein Unternehmer im Allgemeinen nicht verpflichtet, seine Beziehungen zu Dritten so zu gestalten, dass er auf deren Verhalten rechtlich Einfluss nehmen kann (so der OGH unter Hinweis auf seine früheren Entscheidungen 4 Ob 83/93 – *Vorsicht bei Lockvogelangeboten II* und 4 Ob 153/08s – *Fußball-Lieblinge*); das gelte aber nicht, wenn er diese Dritten in einer von ihm veranstalteten Werbeaktion als Werbeträger nutzt und sie so in seine Interessenverfolgung eingliedert.

In einer anderen Entscheidung wurde die Haftung eines Unternehmers für unlautere Werbemaßnahmen der von ihm beauftragten Werbeagentur bejaht: Die Beziehung zwischen Auftraggeber und Werbeagentur ermögliche regelmäßig eine rechtliche Möglichkeit hat, einen Wettbewerbsverstoß zu verhindern, weil die Agentur aufgrund eines Auftrags tätig werde, Werbemaßnahmen zu gestalten. Für im Zusammenhang damit begangene unzulässige Handlungen hat der Auftraggeber auch dann einzustehen, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlegt oder sogar ausdrücklich auf inhaltliche Vorgaben verzichtet. Auch wenn der Auftraggeber damit dem Werbe-

unternehmer freie Hand lässt, hat er die rechtliche Möglichkeit, unzulässige Handlungen abzustellen und zwar jedenfalls dadurch, dass er den Auftrag entzieht (OGH 20.12.2011, 17 Ob 22/11a – *wetter.tv*). Ebenso wurde die Haftung eines Unternehmers für eine wettbewerbswidrige Handlung seines Internet-Providers bejaht, weil er die rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, diesem die Deaktivierung der beanstandeten Funktion aufzutragen (OGH 12.7.2005, 4 Ob 131/05a – *Whirlpool*).

Ein Unternehmensinhaber haftet demnach unter den entsprechenden Voraussetzungen (rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme) für unlautere Handlungen von allen Personen, die in seinem Auftrag aufgrund einer vertraglichen Beziehung, etwa in Form eines Werkvertrags, eines freien Arbeitsvertrags oder dergleichen im geschäftlichen Interesse und im Zusammenhang mit dem Betrieb des Unternehmens tätig werden; auch für die Handlungen sonstiger Geschäftspartner, wie z.B. Handelsvertreter wird gehaftet (siehe dazu *Herzig* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 18 Rz 13ff, sowie *Wiltshcek*, UWG⁷ § 18 E 38ff mit zahlreichen Nachweisen aus der Judikatur).

2. PASSIVLEGITIMATION NACH § 14 UWG

Von der in § 18 UWG gesetzlich normierten Haftung eines Unternehmensinhabers für unlauteres Handeln Dritter ist die im Rahmen der Rechtsprechung zu § 14 UWG (Anspruch auf Unterlassung) entwickelte „Haftung“ für eine Beteiligung an Wettbewerbsverstößen Dritter zu unterscheiden. Nach ständiger Judikatur richtet sich der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch nicht nur gegen den unmittelbaren Täter (Störer) bzw. gegen (unmittelbar) tatbestandsmäßig handelnde Mittäter, sondern auch gegen Anstifter und Gehilfen. Ob es sich hier um selbständige Dritte handelt, die für den Unternehmer tätig geworden sind und einen Tatbeitrag geleistet haben oder um unselbständig tätige Personen, ist nicht von Belang.

Der Inhaber eines Unternehmens haftet für Wettbewerbsverstöße aller Personen, die ihm zugutekommen, wenn er die rechtliche Möglichkeit hat, diese Verstöße abzustellen.

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch richtet sich nicht nur gegen den unmittelbaren Täter sondern auch gegen Anstifter und Gehilfen, wenn diese den Wettbewerbsverstoß bewusst gefördert oder eine sie treffende Prüfungspflicht verletzt haben.

Auch Dienstnehmer und sonstige Betriebsangehörige können persönlich wettbewerbsrechtlich belangt werden, wenn ihre Handlung zu Lasten anderer Wirtschaftstreibender in den Marktablauf eingegriffen hat und „unternehmensbezogen“ war (OGH 13.3.2002, 4 Ob 12/02x – *Internationales Kultur- und Filmfestival*). Bei juristischen Personen können auch deren Organe (z.B. Geschäftsführer einer GmbH) wegen eines Wettbewerbsverstößes in Anspruch genommen werden, wenn sie den Wettbewerbsverstoß selbst begangen haben, daran beteiligt waren oder sie trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis nicht dagegen eingeschritten sind (OGH 24.1.2006, 4 Ob 203/05i – *Fahrschulleiter*). Es kann daher auch gegen diese, am Wettbewerbsverstoß beteiligten Dritten eine Unterlassungsklage nach § 14 UWG erhoben werden.

Es haftet somit nicht nur der unmittelbare unlauter Handelnde sondern auch jeder, der am wettbewerbswidrigen Verhalten des unmittelbaren Täters mitwirkt, indem er durch eigenes Verhalten den Verstoß des anderen – auch eines selbständig handelnden Dritten – fördert oder überhaupt erst möglich macht (z.B. OGH 10.07.2012, 4 Ob 117/12b – *Mustersammlung für Wirtschaftstreuhänder*; 05.10.2010, 4 Ob 159/10a – *Camelbase II*). Der Unterlassungsanspruch richtet sich auch gegen denjenigen, der einen anderen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten veranlasst oder dieses für sich ausnützt (OGH 04.10.2005, 4 Ob 148/05a; 24.10.2000, 4 Ob 232/00x – *cook & chill-Produktion*).

Diese „Haftung“ für eine Beteiligung an Wettbewerbsverstößen Dritter ist allerdings nach der Rechtsprechung insofern beschränkt, als eine bloß irgendwie adäquate Mitwirkung nicht genügt. Die Haftung der Anstifter und Gehilfen setzt vielmehr eine bewusste Förderung der Störungshandlung des unmittelbaren Täters voraus (ständige Rechtsprechung, vgl etwa OGH 10.07.2012, 4 Ob 117/12b – *Mustersammlung für Wirtschaftstreuhänder*). Diese fehlt, wenn der

Dritte zwar in irgendeiner Weise an der betreffenden Handlung beteiligt war, ihm aber etwa die konkrete Werbemaßnahme gar nicht bekannt war und er auch sonst keine Pflicht verletzt hat, die Handlung auf mögliche Rechtsverletzungen hin zu prüfen. So ist ein reines Zeitungsvertriebsunternehmen nicht verpflichtet, die ihm verpackt zum Vertrieb übergebenen Zeitungen gleich einem Zensor auf Wettbewerbsverstöße zu prüfen. Eine solche Prüfungspflicht ist mit dem Wesen des Zeitungsvertriebs nicht vereinbar und kann dem dafür zuständigen Unternehmen daher nicht zugemutet werden (OGH 12.2.1991, 4 Ob 1/91 – *Einstandsgeschenk*; 18.01.2000, 4 Ob 316/99w – *Format Schecks*).

Der Gehilfe muss den Sachverhalt also kennen, der den Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens begründet oder zumindest eine diesbezügliche Prüfpflicht verletzt haben (hingegen ist seine Kenntnis, dass das Verhalten gesetzwidrig ist, keine Voraussetzung wettbewerbswidrigen Handelns, OGH 05.10.2010, 4 Ob 159/10a – *Camelbase II*). Wer durch den Einsatz organisatorischer oder technischer Mittel an einem Wettbewerbsverstoß beteiligt war, haftet also nur dann, wenn ihn selbst im konkreten Fall eine Prüfpflicht getroffen hat und ihm eine Prüfung nach den Umständen auch zumutbar war, wobei diese Prüfpflicht auf grobe und auffallende Verstöße beschränkt ist (OGH 24.02.2009, 17 Ob 34/08m – *Tonerkartuschen*). Das Vertrauen auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands ohne konkrete Anhaltspunkte genügt allerdings nicht (so der OGH in der angeführten Entscheidung *Camelbase II* zur Haftung eines Internet-Unternehmens, das die rechtsverletzende Website des unmittelbaren Täters erstellt und betreut hatte).

Eine Werbeagentur, die ein irreführendes Inserat grafisch gestaltet und in Zeitschriften platziert, haftet nach der Judikatur wettbewerbsrechtlich unabhängig davon, ob sie die Wahrheitswidrigkeit oder Irreführungseignung der betreffenden Behauptung

kannte oder kennen musste, insbesondere wenn auch ihr Firmenschlagwort bei der Werbung aufscheint (OGH 17.4.1984, 4 Ob 322/84 – *Superaktionsspanne*; davon zu unterscheiden ist die jüngst vom OGH geprüfte schadenersatzrechtliche Haftung einer Werbeagentur gegenüber ihrem Kunden bei Wettbewerbsverstößen, wenn diese ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht nicht nachgekommen ist, vergleiche dazu OGH 12.2.2013, 4 Ob 174/12k – *WK-Design*).

Die Grundsätze der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung sind auch für Wettbewerbsverstöße im Internet heranzuziehen: So kann das Setzen eines Links zu einer fremden Website mit unlauterem Inhalt einen Unterlassungsanspruch begründen, wenn dadurch das eigene Angebot erweitert werden soll und nicht bloß ein Fundstellennachweis zur Serviceorientierung vorliegt (OGH 19.12.2000, 4 Ob 225/00t – *Online Stellenmarkt*; 19.12.2000, 4 Ob 274/00y – *Jobmonitor*). Die bloße Anbringung einer Internetadresse auf einem Taxifahrzeug begründet laut OGH keine Gehilfenhaftung des Taxiunternehmers für Wettbewerbsverstöße, die unter dieser Domain in einem Internetauftritt eines Dritten enthalten sind, wenn er sonst mit diesem Internetauftritt nicht befasst ist und darauf keinen Einfluss hat (OGH 18.8.2004, 4 Ob 122/04a – *www.zahntaxi.at*).

Diensteanbieter im Internet können für Rechtsverletzungen ihrer Kunden nur in Anspruch genommen werden, wenn die Rechtsverletzungen auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind und der Verletzte unter Darlegung des entsprechenden Sachverhalts entsprechende Maßnahmen verlangt. Das Gleiche gilt mangels bewusster Förderung für die Haftung der Domainvergabe-stelle für rechtswidrige Domains, die Haftung eines Suchmaschinenbetreibers für angebliche Rechtsverletzungen durch Keyword-Advertising und die Haftung eines Telefondienstleistungsunternehmens für Rechtsverletzungen unter den Mehrwertnummern (OGH 13.9.2000, 4 Ob 166/00s –

fpo.at; 12.9.2001, 4 Ob 134/01m – *Das versteckte Mikrofon*; 24.1.2006, 4 Ob 226/05x – *Nacht der 1000 Rosen*; 19.12.2005, 4 Ob 194/05s – *Google*).

In diesem Sinne wird auch vom (deutschen) BGH eine generelle Prüfpflicht betreffend Angebote Dritter im Online-Bereich verneint: So ist laut einer Entscheidung der Betreiber eines Informationsportals, welcher in erkennbarer Art und Weise fremde Nachrichten anderer Medien ins Internet stellt, grundsätzlich nicht verpflichtet, die Beiträge vor Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Eine Verantwortlichkeit tritt erst bei Kenntnis einer Rechtsverletzung und Unterlassen geeigneter Maßnahmen zur Beendigung der Rechtsverletzung ein (BGH 8.5.2012, VI ZR 144/11).

Auch bei Online-Marktplätzen bestehe unter gewissen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit für rechtswidrig gehandelte Waren: So sei dem Internet-Auktionenhaus zwar nicht zuzumuten, jedes Angebot vor der Veröffentlichung auf der Website auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu überprüfen. Allerdings ist es immer dann, wenn es auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen wird, verpflichtet, das Angebot unverzüglich zu sperren. Dabei kann es unter Umständen auch notwendig sein, hier bei mehreren klar erkennbaren Markenverletzungen eine Prüfung aller neuen Angebote z.B. mit Hilfe einer entsprechenden Software, die niedrige Preise und Hinweise auf Nachbildungen aufdeckt, vorzusehen (BGH 11.3.2004, I ZR 304/01 – *Rolex*; siehe dazu auch die Entscheidung des EuGH vom 12.7.2011, C-324/09, zu Markenrechtsverletzungen auf eBay).

Inwieweit ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nicht nur gegen den unmittelbar handelnden Täter gerichtet werden kann, sondern auch gegen weitere Beteiligte, bestimmt sich somit ganz wesentlich danach, ob diesen die (fahrlässige) Verletzung einer Prüfpflicht vorgeworfen werden kann.

Aktuelle Rechtsprechung zu unerbetener Telefon- und E-Mail-Werbung

In aktuellen Entscheidungen haben mehrere Höchstgerichte zu Fragen der Zulässigkeit von Werbeanrufen und elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung Stellung genommen und die strenge Beurteilung auch im B2B-Bereich zu dieser Form der Kontaktaufnahme bestätigt.



Die Frage der Kontaktaufnahme mit Kunden ist im Wettbewerbsrecht von zentraler Bedeutung. Dazu ist unter der Überschrift „Unerbetene Nachrichten“ im § 107 Telekommunikationsgesetz geregelt, dass Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig sind. Weiters ist auch die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist. Hier

gibt es keine Unterscheidung zwischen B2C und B2B und es ist damit nicht relevant, ob Verbraucher oder Unternehmer kontaktiert werden.

1. ENTSCHEIDUNG DES OGH

Der OGH hat dazu in seiner Entscheidung vom 19.3.2013 (4 Ob 13/13k – *Elektronische Post*) festgehalten, dass wie schon zuvor ausgesprochen der Begriff „zu Zwecken der Direktwerbung“ weit auszulegen ist, was sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt. Konkret umfasst das jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert. Darunter fällt auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann.

Eine (wirksame) Einwilligung im Sinne des § 107 TKG kann laut OGH nur dann vorliegen, wenn der Betroffene im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung weiß, von welchen Unternehmen er Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden. Im konkreten Fall darf allein, dass jemand auf einer Immobilienplattform als Vermieter Angebote unter Bekanntgabe von Kontaktdaten einstellt, noch nicht auf eine – auch nur konkludente – Zustimmung des Vermieters geschlossen werden, von einem Mitbewerber des Plattformbetreibers in der Absicht kontaktiert zu wer-

den, das Angebot auch auf dessen Immobilienplattform einzustellen.

2. ENTSCHEIDUNG DES DEUTSCHEN BGH

In ähnlicher Weise sieht das auch für Deutschland der BGH in seinem Urteil vom 25.10.2012 (*I ZR 169/10 – Werbeanrufe*), wenn auch die deutsche Rechtslage nicht ganz gleich ist. Gesetzlich ist die Telefonakquise hier im Wesentlichen in § 7 Abs. 2 Nr. 2 deutsches UWG (unter dem Titel unzumutbare Belästigung) geregelt. Es gibt ein abgestuftes System von Einwilligungen: Gegenüber Gewerbetreibenden muss eine „mutmaßliche Einwilligung“ vorliegen. Letztendlich entscheidet der Richter, ob der Anrufer eine Einwilligung des Gewerbetreibenden vermuten konnte. Hingegen muss von Verbrauchern vorher „ausdrücklich“ eingewilligt worden sein.

Der BGH hat dazu ausgeführt, dass die Einwilligung dabei auch in vorformulierten Erklärungen erfolgen kann, die Verbraucher z.B. im Rahmen von Gewinnspielen abgeben. Entscheidend ist nicht die Form der Einwilligung, sondern vielmehr der Umstand, dass die Einwilligung in Kenntnis der Sachlage und für einen konkreten Fall gegeben wird. Dies erfordert, dass der Angerufene hinreichend auf die Möglichkeit der Werbeanrufe hingewiesen wird und auch um die Art der Werbemaßnahme sowie das werbende Unternehmen Bescheid weiß.

3. ENTSCHEIDUNGEN DES VWGH

In Österreich gibt es wie gesagt diese Abstufung nicht, und so hat auch der VwGH vor kurzem in seiner Entscheidung vom 26.6.2013 (2013/03/0048) festgehalten, dass das Verbot unerbetener Anrufe nach § 107 TKG bezüglich der geschützten Teilnehmer keine Unterscheidung bezüglich Konsumenten, Unternehmer oder Gewerbetreibende enthält. Vielmehr lässt sich diese Bestimmung davon leiten, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt. Der Zweck dieses Schutzes der Privatsphäre ist bei der Auslegung des Begriffs „zu Werbe-

zwecken“ zu berücksichtigen, sodass der Begriff „zu Werbezwecken“ in § 107 Abs 1 TKG jedenfalls auch die Anbahnung des Abschlusses eines Vertrags mit dem Unternehmen des Beschwerdeführers im Rahmen der Anpreisung eines Produkts bzw. eines Verkaufsgesprächs erfasst.

In diesem konkreten Fall war die Tatsache, dass der gegenständliche Teilnehmer im Internet (oder in einem Telefon-Teilnehmerverzeichnis) insbesondere seine Kontaktdaten und seinen Unternehmensgegenstand veröffentlichte, nicht als vorherige Zustimmung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken zu werten. Selbst wenn nämlich angesichts der Gestaltung dieser Hinweise des Teilnehmers kein Zweifel daran bestünde, dass der Teilnehmer werbend auf seine gewerbliche Tätigkeit hinweist, rechtfertigt das nicht die Annahme, dass damit schlechthin die Zustimmung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken gegeben werde. Eine konkludente Erklärung kann laut VwGH nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in eine Richtung zu verstehen ist. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt, dass also – bezogen auf den Beschwerdefall – ein bestimmtes Verhalten nur als Einwilligung zum Erhalt eines Anrufs zu Werbezwecken verstanden werden kann.

In einem weiteren Erkenntnis ebenfalls vom 26.6.2013 (2012/03/0089 bzw. *miterlegt 2012/03/0090*) hat der VwGH den Begriff der Direktwerbung wie der OGH ebenfalls weit interpretiert und ausgeführt, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch alle Formen der individuellen werblichen Kommunikation zwischen Anbietern und ausgewählten (potentiellen) Nachfragern umfasst sind, die nicht persönlich, sondern durch ein Medium erfolgen. Daher hindert insbesondere auch die Gestaltung als Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht.

Im konkreten Fall ist von dem Versender vorgebracht worden, dass die Zusendung einer Kurznachricht wie hier im sogenannten „Double-Opt-In“ Verfahren keinen Werbezweck verfolge und daher nicht als „Direktwerbung“ angesehen werden könne. Unter dem „Double-Opt-In“ Verfahren wird laut VwGH im Allgemeinen die Einholung der Zustimmungserklärung der Teilnehmers in einem zweistufigen System verstanden, das eine Anmeldung zum Bezug elektronischer Informationen etwa auf der Webseite des Anbieters vorsieht, der in einem ersten Schritt die individuelle Nachricht an die angegebene Mailadresse oder den angegebenen Telefonanschluss folgt, dass für diese Adresse bzw. diesen Anschluss eine Anmeldung erfolgt ist. Erst nach einer auf dieses (individuelle) Mail bzw. die Kurznachricht gegebenen, die Anmeldung bestätigenden Antwort oder vergleichbaren Reaktion (z.B. Anklicken eines Links) erfolgt die Zusendung von Werbenachrichten.

Laut VwGH braucht im gegebenen Zusammenhang nicht abschließend beurteilt werden, ob die Zusendung einer Kurznachricht zur Authentifizierung des Teilnehmers im Rahmen des oben geschilderten Systems bereits als „Direktwerbung“ anzusehen ist (bejahend etwa OLG München vom 27. September 2012, 20 U 1682/12, MultiMedia und Recht 2013, 38 ff = Wettbewerb in Recht und Praxis 2013, 111 ff, mit allerdings jeweils kritischen literarischen Anmerkungen). Im vorliegenden Fall wurde an die Empfängerin nämlich nicht bloß eine Kurznachricht übersandt, mit der geklärt werden sollte, ob sie sich zuvor mit ihrer Telefonnummer auf einer Webseite angemeldet hatte (laut den Feststellungen der unterinstanzlichen Behörde hätten die beiden Teilnehmer sich auf keiner Webseite angemeldet und keine Zustimmung zur Zusendung von elektronischer Post erteilt. Auch hätten sie eine Fremdnutzung ihrer Mobiltelefone ausgeschlossen, sodass eine allfällige missbräuchliche Verwendung durch andere Personen nicht verifizierbar sei).

An die Empfängerin wurde vielmehr ein Passwort versendet, das es ihr bei Eingabe

auf der Webseite erlaubt hätte, direkt Leistungen der Anbieterin zu beziehen. Die gegenständliche Kurznachricht diene daher nicht bloß der Authentifizierung des bekannt gegebenen Anschlusses, sondern sie war unmittelbar auf den Absatz von Leistungen der Anbieterin gerichtet. In dieser Konstellation kann der Werbezweck der strittigen Kurznachricht jedenfalls nicht verneint werden.

Anders ist hingegen die weitere in Beschwerde gezogene Kurznachricht mit dem Inhalt „Entschuldige die kurze Störung. Du hast bis jetzt XX EUR verbraucht. Viel Spaß weiterhin. Bei Fragen rufe YY oder E-Mail: ZZ“ zu beurteilen. Eine solche Nachricht ist laut VwGH nicht als „zu Zwecken der Direktwerbung“ einzustufen. In der Rechtsprechung wurde zwar erkannt, dass auch die Gestaltung als Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht hindert. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass damit – ungeachtet der Bezeichnung und Gestaltung der Nachricht – Absatzförderung betrieben wird. Derartiges kann bei der oben angeführten SMS-Nachricht, die sich neben der Angabe einer Kontaktmöglichkeit auf die Bekanntgabe des Entgeltbetrages von (nach Ansicht des Anbieters) bereits bezogenen Leistungen beschränkte und der Warnung des Kunden dienen sollte, nicht erkannt werden.

Da die Nachricht somit ohnedies nicht als eine solche zu Zwecken der Direktwerbung anzusehen ist, erübrigt sich das Eingehen auf das weitere Beschwerdevorbringen, mit dem die Schlüssigkeit und Vollständigkeit der Beweiswürdigung der belangten Behörde betreffend die Feststellungen zu diesem Faktum in Zweifel gezogen werden.

4. ZUSAMMENFASSUNG

Bei Durchführung von Werbemaßnahmen mittels Telefon, Fax, E-Mail oder SMS muss jeder Unternehmer nachweisen können, dass der Empfänger, egal ob Verbraucher oder Unternehmer, einer Kontaktaufnahme auf diesem Weg von seinem Unternehmen auch zuvor zweifelsfrei zugestimmt hat. Der

Rechtsbegriff Direktwerbung ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers und der Auslegung der Gerichte weit zu interpretieren und erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert.

Nur reine Informationen im Rahmen von bestehenden Vertragsverhältnissen z.B. bei der Bekanntgabe des Entgeltbetrags von be-

reits bezogenen Leistungen mit der Angabe einer Kontaktmöglichkeit sind davon nicht umfasst, wenn diese nur der Warnung des Kunden und nicht der (weiteren) Absatzförderung dienen sollen. Das gilt insbesondere im Rahmen der Pflicht von Roaminganbietern, eine geeignete Meldung an das mobile Gerät des Roamingkunden zu senden, falls der Höchstbetrag überschritten zu werden droht (im Detail dazu VwGH vom 26.6.2013, 2013/03/0065).

UWG-Novelle 2013 in Kraft getreten

Mit der UWG-Novelle 2013 wurde eine Neuregelung der Ausverkäufe durchgeführt, wobei Anlassfall dafür ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) war, welches die ursprüngliche Regelung als mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) unvereinbar angesehen hat.

Die zunächst bereits im Ausverkaufsgesetz von 1895 geregelten Ausverkäufe sind seit dem Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz (WettDerG) aus dem Jahr 1992 als §§ 33a ff im UWG selber zu finden. Während in Deutschland die Ausverkaufsregelungen im Jahr 2004 zur Gänze aufgehoben wurden, waren und sind Ausverkäufe in Österreich unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin bewilligungspflichtig. Eine ähnliche Regelung findet sich auch in Belgien.

Auslöser für die nun erfolgte Liberalisierung war ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 17.1.2013 (Rechtssache C-206/11 – Köck). Die Umsetzung erfolgte durch die UWG-Novelle 2013 (BGBl. I Nr. 112/2013) mit einem Inkrafttreten am 12.7.2013. Eine ausführliche Behandlung des unverändert beschlossenen Entwurfs finden Sie in dem Wettbewerbskommentar von Marcella Prunbauer, Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff UWG nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Novelle 2013!, RuW Nr. 181, S 4.

Kurz gefasst ist mit dieser Novelle die Genehmigungspflicht für Ausverkäufe auf die Geschäftsaufgabe und die Standortverlegung beschränkt und mit einer Anzeigepflicht bei Elementarereignissen ergänzt worden. Die Sperrfristen sind zur Gänze entfallen.

Bisher waren Ausverkäufe genehmigungspflichtig, wenn einerseits Waren beschleunigt abverkauft und andererseits auf die Gründe dafür hingewiesen wurde, wie etwa Geschäftsschließung, Umbau, Elementarereignisse und dergleichen. Die Saisonräumungsverkäufe waren von dieser Genehmigungspflicht ausgenommen. Auch Sonderangebote und Sonderaktionen ohne Hinweis auf derartige Umstände waren nicht genehmigungspflichtig.

Nach der Neuregelung besteht eine Bewilligungspflicht überhaupt nur mehr für die Ankündigung der Geschäftsaufgabe sowie der Verlegung der Geschäftsräume. Wie bisher sind im Antrag die Angabe des Standortes, des Zeitraumes sowie der Gründe des

Di.	Mi.	Do.	Fr.	Sa.
23.3.	24.3.	25.3.	26.3.	27.3.
9 ³⁰ - 19 ⁰⁰	9 ³⁰ - 19 ⁰⁰	9 ³⁰ - 19 ⁰⁰	9 ³⁰ - 19 ⁰⁰	9 ³⁰ - 16 ⁰⁰

Solche Ankündigungen wegen Geschäftsschließung sind weiterhin bewilligungspflichtig.

Ausverkaufes sowie der Anschluss einer Warenliste nach Menge, Beschaffenheit und Verkaufswert erforderlich.

Die Sperrfristen wie in der alten Rechtslage vor Pfingsten und Weihnachten gibt es zur Gänze nicht mehr. Bei Ausverkäufen unter Angabe von Elementarereignissen ist nur mehr eine Anzeigepflicht vor Beginn des beabsichtigten Ausverkaufes unter Anschluss von Unterlagen über das konkrete Elementarereignis vorgesehen.

Gänzlich nicht mehr umfasst werden von der Neuregelung Ausverkäufe wegen Umbaus, welche damit bewilligungs- und anzeigefrei werden, aber selbstverständlich wie alle Ankündigungen der Wahrheit entsprechen müssen.

Eine wesentliche Sanktion bleibt weiterhin, dass bei einem Ausverkauf wegen gänzlicher Auflassung des Geschäftes mit der Beendigung der Bewilligung oder einer Ankündigung bei fehlender Bewilligung die Gewerbeberechtigung endet. Damit ist sichergestellt, dass nicht einfach nach Ende einer behaupteten Geschäftsschließung die Verkaufstätigkeit von dem gleichen Geschäftsinhaber fortgesetzt werden kann.

Trotz Wegfalls der Genehmigungspflicht in manchen Fällen stellen jedenfalls irreführende Angaben oder sonstige unlautere bzw. aggressive Geschäftspraktiken in Zusammenhang mit Ausverkäufen nach wie vor eine Übertretung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb dar.

Ergänzt wird diese UWG-Novelle 2013 in der Z 31 des Anhangs mit einer Streichung der Passage „über Post- und Telefongebühren zum Standardtarif hinaus“, weil nach einhelliger Auffassung diese nur im österreichischen UWG eingefügte Ergänzung aufgrund eines weiteren Urteils des EuGH vom 18.10.2012

(Rechtssache C-428/11 – Purely Creative) nicht mehr als europarechtskonform anzusehen ist. Schließlich werden zwei redaktionelle Klarstellungen vorgenommen, indem beim Anhang die Überschrift „Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten“ eingefügt und in Z 14 der nicht passende Verweis auf § 27 gestrichen wird.

Mit dieser UWG-Novelle 2013 und der schon erfolgten Aufhebung des § 9a UWG mit dem Kartellrechtsänderungsgesetz im Jänner dieses Jahres ist den bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH zu der mit der UWG-Novelle 2007 umgesetzten Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der Europäischen Union Rechnung getragen worden.

Weitere Änderungen des UWG sind aktuell laut unserer Information nicht geplant und daher wird der Schutzverband auch diese geänderte Rechtslage samt den seit 2007 ergangenen Entscheidungen des OGH zum Anlass nehmen, eine Überarbeitung seiner Wettbewerbsfibel vorzunehmen, damit diese im Laufe des Jahres 2014 neu erscheinen kann (siehe dazu näher Seite 17).

Wettbewerbsfibel 2014

Die letzte Auflage der Wettbewerbsfibel des Schutzverbandes wurde anlässlich der UWG-Novelle 2007 erstellt, welche die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zum Inhalt hatte. Die ersten Entscheidungen des EuGH zu dieser Richtlinie haben nun zu der UWG-Novelle 2013 und der Aufhebung des § 9a UWG geführt, welche wie die seither ergangene Judikatur Anlass dafür geben, die Wettbewerbsfibel im kommenden Jahr 2014 neu aufzulegen.

Jede Werbung oder andere geschäftliche Handlung kann in Konflikt mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb kommen. Eine rechtliche Abklärung vor einer entsprechenden Aktion hilft, Schaden zu vermeiden. Aber auch das Wissen, was die Konkurrenten dürfen, ist für jeden Wirtschaftstreibenden von großer Bedeutung. Nur so kann er sich gegen unlautere Geschäftspraktiken erfolgreich zur Wehr setzen. Das Lauterkeitsrecht dient dazu, für einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmern zu sorgen.

Die Wettbewerbsfibel gibt eine praxisorientierte Übersicht über das UWG und die dazu ergangene Rechtsprechung. Die einzelnen Fallgruppen zu den wichtigsten Bestimmungen werden ausführlich erläutert und mit zahlreichen Beispielen veranschaulicht. Gerade das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb wird durch die Notwendigkeit der Konkretisierung von Generalklauseln weitgehend durch die Judikatur geprägt.

Marginalien auf jeder Seite ermöglichen einen schnellen Überblick. Ergänzend beinhaltet diese Publikation das UWG im Volltext sowie ein Stichwortverzeichnis. Herausgegeben von der seit vielen Jahren im Wettbewerbsrecht tätigen Rechtsanwältin Dr. Marcella Prunbauer und dem Geschäftsführer des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb Mag. Hannes Seidelberger stellt diese schon in zahlreichen Auflagen erschienene Wettbewerbsfibel einen wichtigen Beitrag zur Information über das Lauterkeitsrecht dar.

Die Wettbewerbsfibel (letzte Ausgabe mit 264 Seiten, Stand November 2007) gibt eine praxisorientierte Übersicht über das UWG und die dazu ergangene Rechtsprechung. Sie wird Mitte 2014 neu erscheinen und nicht nur auf dem letzten Stand der Rechtsprechung sein, sondern auch alle Neuerungen der UWG-Novelle 2013 (insbesondere Ausverkaufsneuregelung) und der Abschaffung des Zugabensverbotes (§ 9a UWG) beinhalten, welche beide im Jahr 2013 in Kraft getreten sind.

Außerdem wird ganz neu in einem eigenen Teil das Kartellrecht mit der ebenfalls umfassenden Novelle 2013 in den wesentlichen Punkten dargestellt, wobei Dr. Rainer Tahedl als juristischer Mitarbeiter und Kartellrechtsexperte im Schutzverband das Herausgeberteam verstärken wird. Dazu wollen wir auch einzelne Bildbeispiele aufnehmen und peilen nach Möglichkeit einen farbigen Druck an.

Jedes Mitglied des Schutzverbandes erhält zwei Exemplare kostenfrei. Weitere Bücher können für Mitglieder vorab zu dem Vorzugspreis von € 2,- pro Stück + Versandkosten als Gesamtlieferung bestellt werden. Wir ersuchen um Rückmeldung via E-Mail bis spätestens Ende 2013, wenn Sie als Mitglied mehr als zwei Stück erhalten wollen. Nach dem Druck können nur einzelne Exemplare zum Selbstkostenpreis nachbestellt werden, wobei dieser inklusive der gesamten Arbeitszeit bei rund € 10,- liegt. Für konkrete Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.



Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht 2013

Auf dem diesjährigen Kongress der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht (LIDC) von 19. bis 22 September in Kiew erörterten Juristen aus Europa, Nord- und Südamerika, Asien und Australien aktuelle Fragen des Wettbewerbs- und Kartellrechts.



DR. MAX W. MOSING,
Rechtsanwalt in Wien

„Where competition and IP meet“, dem Selbstverständnis der LIGA, wurde der Jahreskongress, der diesmal von 19. bis 22. September 2013 in Kiew, Ukraine, stattfand, wieder voll gerecht. Die Association for Resistance to Unfair Competition, die ukrainische Gruppe der LIGA, organisierte in der Stadt der goldenen Dächer eine hochkarätige Tagung, welche ca. 150 Teilnehmer aus nahezu allen europäischen Ländern, Russland und sogar Australien, Brasilien, China, Japan und den USA anzog.

Ähnlich der geografischen Breite war wieder die Fächerung der beruflichen Hintergründe der Teilnehmer: Führende Wissenschaftler, Behörden- und Verbandsvertreter, Richter und Rechtsanwälte, Vertreter von Unternehmen und EU-Kommissionsmitarbeiter diskutierten Themen des IP- und Wettbewerbsrechts und insbesondere deren Schnitt- und Konfliktstellen:

Das von Prof. Sanders geleitete Panel mit Dr. Tapia (BlackBerry), Dr. Szekely (EU-Kommission), Wolfram (Esq) and Loyau (ETSI) diskutierte zur Rolle von FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) Lizenzversprechen in Standardisierungsverfahren und deren mögliche Auswirkungen auf patentrechtliche Unterlassungsbegehren des Versprechenden. Es zeigte sich, dass die zunehmende Patendichte im Zusammenhang mit Standards und Normen „Sektoreinigungen“ notwendig macht, welche nicht durch Unterlassungsbegehren – schon gar nicht mittels Eilverfahren – „torpediert“ bzw. erzwungen werden sollen, noch dazu da ohnedies meist bereits zwischen den gleichen

Beteiligten wechselseitige Milliardenzahlungen für Lizenzen erfolgen.

Die EU-Kommission zeigte anhand einer grafischen Übersicht die Patentstreitigkeiten im Zusammenhang mit Standards und Normen im Mobilfunkbereich – ein „echtes Schlachtfeld“. So kündigte die Vertreterin der EU-Kommission an, dass in Kürze Entscheidungen zu Fragen des Missbrauchs durch Unterlassungsbegehren von FRAND-Versprechenden gefällt werden. Da die Standardisierungsdichte in nahezu allen Industriebereichen immer höher wird, werden diese Entscheidungen unter Umständen weitreichende Auswirkungen haben: Kartellrecht könnte – wenn auch nur im Fall von FRAND-Versprechen und entsprechenden Angeboten des Nutzenden – IP-Durchset-



zung verhindern. Das Dogma, dass „IP (Intellectual Property) im Kernbereich kartellrechtsfrei“ sei, wankt!

Dr. Bettinger gab in einer Keynote eine umfassende Präsentation zum Verfahren rund um die neuen, offenen generischen Top-Level-Domains. Es zeigte sich in der kompetenten Vorstellung und Diskussion, dass die LIGA auch der Ort ist, wo man IT-Recht trifft.

Wie jährlich, wurden von nationalen Berichterstattern die nationalen Berichte zu den wissenschaftlichen Fragen erarbeitet. Prof. Jenny präsentierte den Internationalen Report zur Frage A, nämlich zu kartellrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Lebensmittelhandel, der auf 18 (!) nationalen Berichten aufbaute (<http://www.ligue.org/congres.php?txtt=17>).

Guy Tritton präsentierte den Internationalen Report zur Frage B, nämlich zu lauterkeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Corporate Social Responsibility Policies bzw. freiwilligen Verhaltenscodizes (<http://www.ligue.org/congres.php?txtt=17>). Auf Basis beider Reporte wurden Resolutionen erarbeitet und von der LIGA-Generalversammlung beschlossen. Dort wurde auch der verstorbenen LIGA-Mitglieder gedacht.

Besonders spannend war die Diskussionsrunde mit den Leitern der Wettbewerbsbehörden der Ukraine und Russlands: Diese „Superbehörden“, die sowohl für Kartell-, Lauterkeits-, als auch IP-Rechtsdurchset-



zung Kompetenzen besitzen, haben von den Erfolgen und Problemen berichtet, lauterer Wettbewerb herzustellen: In Russland arbeiten mehr als 3.000 (!) Beamte für die Wettbewerbsbehörde, welche auch die jeweiligen Sektorregulatoren überprüft. Die ukrainische Behörde hat im Jahr 2012 mehr als 1.000 Verfahren eingeleitet – gut die Hälfte davon auf Basis kartellrechtlichen Bestimmungen.

Das Rahmen- und Begleitprogramm war – wie immer bei der LIGA – wieder exquisit.

Wir freuen uns daher schon auf den Kongress kommenden Jahr in Turin vom **18.9.2014 bis 21.9.2014** mit den spannenden Fragen

A: “Are settlement processes, leniency, transactions, commitments and other type of transactional resolution of antitrust proceedings, consistent and compatible with due process and fundamental rights of the parties?” *Internationale Berichterstatterin: Dr. Pranvera Kellezi*

B: “To what extent does the principle of exhaustion of IP rights apply to the on-line industry?” *Internationaler Berichterstatter: Professor Vincenzo Franceschelli, Universität Mailand*

- und hoffentlich wieder mit einer starken österreichischen Beteiligung!



Die ausgewählte OGH-Entscheidung

Die Entscheidung „Feier der Westbahn“ enthält wesentliche Aussagen des OGH zur Unlauterkeit von Werbung im Geschäftslokal eines Mitbewerbers und zur wettbewerbsrechtlichen Haftung für das Verhalten dritter Personen.

Im konkreten Fall ging es um Werbung in Personenzügen der ÖBB durch einen neuen Mitbewerber auf der Westbahnstrecke. Ein Mitarbeiter dieses Unternehmens hatte im Internet zu einer „Feier“ am Westbahnhof eingeladen und den ersten 100 Erscheinenden eine Belohnung in Aussicht gestellt. Diese erhielten vor Ort Werbemittel, die sie nach Art einer Startnummer über die Oberbekleidung hängen mussten. Sie wurden durch den Westbahnhof geführt, mit Krapfen und Salzgebäck verköstigt und anschließend zu einem Bahnsteig gebracht, um einen „Westbahn-Zug“ zu erwarten. Vor Eintreffen dieses Zuges bestiegen dann mehrere Teilnehmer in ihrer werbemäßigen Aufmachung einen zur Abfahrt bereitgestellten Zug der ÖBB und gingen durch die Waggonen. Sie sprachen zwar keine Fahrgäste an, hinterließen jedoch Werbefolder.

Die ÖBB brachten daraufhin eine Unterlassungsklage samt Sicherungsantrag ein: Die Mitbewerberin habe durch die Werbung in den Zügen das Hausrecht verletzt und daher unlauteren Wettbewerb begangen. Nach der Rechtsprechung seien schon Werbemaßnahmen vor dem Geschäft eines Mitbewerbers unlauter; umso mehr müsse das für Werbung direkt in den Zügen der Klägerin gelten.

Die beklagte Partei berief sich auf ihre „Meinungsäußerungs- und Bekleidungsfreiheit“ und brachte vor, dass sie nicht für das eigenmächtige Verhalten privater Teilnehmer an dieser Veranstaltung einzustehen habe. Ein allenfalls unlauteres Verhalten habe keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt.

Der OGH gab in seiner Entscheidung – wie schon zuvor das Erstgericht und das Re-

kursgericht – dem Sicherungsbegehren der ÖBB statt (4 Ob 1/13w vom 12.2.2013 – *Feier der Westbahn*):

Was die Unlauterkeit des Verhaltens betreffe, so sei Werbung in unmittelbarer Nähe des Geschäfts eines Mitbewerbers zwar zulässig, soweit kein gezieltes Abfangen von Kunden vorliege. Davon zu unterscheiden ist aber die Werbung im Geschäftslokal eines Mitbewerbers selber, wie im vorliegenden Fall in den Zugwaggonen der Klägerin. Einer solchen Werbung kann sich der Geschäftsinhaber schon aufgrund seiner dinglichen Rechtsstellung (insb nach dem ABGB) widersetzen und geht hier der zivilrechtlich gewährleistete Schutz des Hausrechts der Meinungsäußerungsfreiheit vor. Eine konkludente Zustimmung zu einem solchen Verhalten wird der Mitbewerber regelmäßig nicht annehmen können; auch ein tauglicher Rechtfertigungsgrund ist nicht zu erkennen. Wegen dieses Verstoßes gegen das Hausrecht ist das Verhalten der Beklagten der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ zuzuordnen und unlauter nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Es könne auch kein Zweifel daran bestehen, dass die unübliche Werbemethode geeignet war, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin nicht nur unerheblich zu beeinflussen, weil sie für die Kunden der Klägerin im Zug unerwartet war und hohe Aufmerksamkeit erregte.

Von besonderem Interesse sind die anschließenden Feststellungen des OGH in dieser Entscheidung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung für das Verhalten dritter Personen:

Nach § 18 UWG kann der Inhaber eines Unternehmens wegen einer unlauteren



Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Es handelt sich hierbei, so der OGH, um eine Erfolgshaftung, wobei „im Betrieb seines Unternehmens“ weit auszulegen sei und primär im organisatorischen Sinn zu verstehen sei. Es genügt bereits eine lockere Eingliederung. Entscheidend ist, dass der Unternehmensinhaber aufgrund seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit hat, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern, wobei diese jedenfalls dann besteht, wenn er Weisungen erteilen kann; demgegenüber ist es unerheblich, ob der Unternehmer faktisch in der Lage ist, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern.

Auch wenn im vorliegenden Fall die Teilnehmer ganz von sich aus den ÖBB-Zug betreten hätten, hätte nach Ansicht des OGH eine rechtliche Einflussnahmemöglichkeit bestanden, weil man die Übergabe der Werbebekleidung und die Verköstigung von der Bedingung abhängig machen hätte können,

die Züge der Klägerin nicht zu betreten. Wesentlich war hier dem OGH die Eingliederung der Dritten als Werbeträger in das Unternehmen: Es mache für die Anwendung des § 18 UWG keinen Unterschied, ob der Werbende mit solchen „Laienwerbern“ formell Verträge schließt oder ob er sie nur durch faktische Gegenleistungen, wie einer Bewirtung, zu einem werbemäßigen Verhalten bewegt. Das Durchgehen durch den Zug stand in einem engen zeitlichen, räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit der betreffenden Werbeaktion, sodass die Eingliederung der Werbeträger in das Unternehmen der Beklagten daher noch aufrecht war.

Die Entscheidung zeigt, dass bei der Einbindung von dritten Personen in Werbeaktionen, insbesondere von „Laienwerbern“, eine verschuldensunabhängige Haftung für deren unlauteres Verhalten besteht und darauf geachtet werden sollte, diese vor Beginn zur Einhaltung der möglichst genau definierten Grenzen der Werbeaktion zu verpflichten.

Verletzung von Standesregeln als UWG-Verstoß

Die Nichtbeachtung einer in Berufs- und Standesregeln verbindlich vorgesehenen Schlichtungsklausel begründet mangels klagbaren Anspruchs die Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Grundsätzlich kann laut Rechtsprechung auch die Missachtung einer branchenspezifischen Standesregel im Rahmen einer gesetzlich geregelten Interessensvertretung als Selbstverwaltungskörper unlauter sein. Der OGH hat dies in einem aktuellen Fall bestätigt.

In einem Streit zwischen Immobilienverwaltern über den Wechsel einer Hausver-

waltung brachte eine der Parteien eine U W G - K l a g e samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Die Beklagte wandte ein,

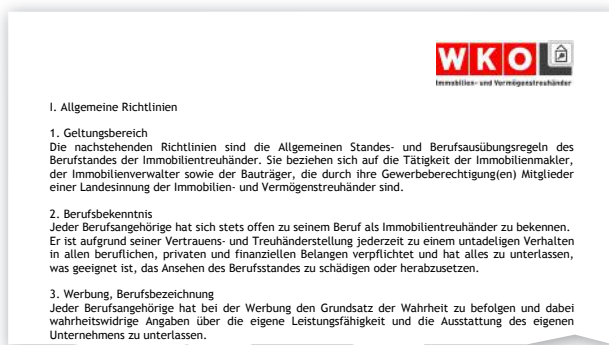
Klage und Sicherungsantrag seien nicht zulässig, weil kein vorheriger Schlichtungsversuch unternommen worden sei. Ein solcher sei aber in den vom Fachverband der Immobilien- und Vermögenstreuhänder der Wirtschaftskammer Österreich erlassenen Richtlinien für diese Berufsgruppen vor einer Klagseinbringung zwingend vorgesehen. Die klagende Partei entgegnete, diese Bestimmungen seien nicht obligatorisch sondern nur Disziplinarrecht, das die materielle Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nicht verhindern könne.

Sowohl das Erstgericht als auch das Rekursgericht wiesen den Sicherungsantrag wegen Fehlens eines Schlichtungsversuchs ab, weil der Kläger auch künftig nicht beabsichtige, einen solchen zu unternehmen. Der OGH bestätigte mit Beschluss vom 15.1.2013, 4 Ob 203/12z, diese Entscheidungen:

Die in diesen Richtlinien vorgesehene standesrechtliche Verpflichtung, sich bei Streitfällen mit Kollegen zunächst an den zuständigen Fachverband zu wenden, der unter Zuziehung aller Beteiligten einen außergerichtlichen Schlichtungsversuch zu unternehmen hat, ist obligatorisch und kann vom Gericht auch von Amts wegen aufgegriffen werden. Die gesetzliche Ermächtigung für die Fachverbände der Wirtschaftskammer Österreich, ihren Mitgliedern solche verbindlichen Schlichtungsklauseln vorzuschreiben, ergibt sich unmittelbar aus Art 120b Abs 1 B-VG.

Danach haben Selbstverwaltungskörper das Recht, ihre Aufgaben in eigener Verantwortung frei von Weisungen zu besorgen und im Rahmen der Gesetze Satzungen zu erlassen. Sie dürfen auf diese Weise Rechtsverhältnisse von Verbandsangehörigen nach eigenen rechtspolitischen Vorstellungen hoheitlich gestalten. Auch der Zweck dieser als Muss-Bestimmung formulierten Schlichtungs-Regelung gebiete es, darin einen zwingenden Streitschlichtungsmechanismus zu sehen, weil hier im Interesse der Wirtschaftskammer und im Interesse der Mitglieder vor einem gerichtlichen Verfahren ein gütliche Einigung versucht und damit vermieden werden soll, dass interne Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit bekannt werden.

Aufgrund des Umstandes, dass der Kläger vor Einbringung der Klage keinen vorherigen Schlichtungsversuch unternommen hat und er einen solchen auch künftig nicht beabsichtigt, liegt kein in überschaubarer Zeit klagbarer Anspruch vor, der durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden könnte.



UNSER JURISTISCHER LINKTIPP

Das Lauterkeitsrecht ist maßgeblich von den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs (OGH) geprägt. Er ist letzte Instanz in Zivil- und in Strafsachen und überprüft als oberstes Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Entscheidungen von Oberlandesgerichten und Landesgerichten. Zuständig für Rechtssachen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist der 4. Senat des Höchstgerichts.

Der OGH hat eine eigene, unter www.ogh.gv.at/de abrufbare Website, die viele interessante Informationen über die Tätigkeit und Aufgaben des Gerichtshofs bereithält:

Auf der Startseite finden sich zunächst „Medieninformationen“ zu diversen Themen sowie Veranstaltungshinweise. Daran anschließend gibt der Gerichtshof einen Überblick über interessante, aktuelle Entscheidungen, sowohl aus dem Zivil- als auch dem Strafrecht. Mit einem Klick auf die Überschriften der angeführten Erkenntnisse und Beschlüsse gelangt man zu einer kurzen Zusammenfassung der einzelnen Entscheidungen samt Leitsatz. Für nähere Informationen ist am Ende der Zusammenfassung jeweils ein Link zur RIS (Rechtsinformationssystem)-Seite des Bundes gesetzt, auf der die Entscheidungen im Volltext wiedergegeben sind. Zu zahlreichen weiteren Entscheidungen gelangt man auf der gleichnamigen Rubrik links oben im Hauptmenü, wo auch über Vorlageanträge an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) und über Anträge des Gerichts an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) berichtet wird.

Im Menüpunkt „Der Oberste Gerichtshof“ beschreibt der OGH zunächst unter „Aufgaben“ seine Rolle im Rahmen der Justiz und betont seine Leitfunktion, die in der Wahrung der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit und der Rechtsentwicklung besteht. Hier und im Punkt „Geschäftsverteilung“ wird auch die Zusammensetzung der einzelnen Senate (derzeit 17) dargestellt. Die Zuständigkeit dieser Senate zeigt, dass zur Zeit 11 Zivilrechts- und 6 Strafrechtssenate bestehen. Übersichtlich gestaltet ist auch der nächste Bereich „Verfahren“, der ausführliche Angaben zu den formalen Grundlagen der Entscheidungsfindung beinhaltet und – nicht nur für Juristen interessant – unter welchen Voraussetzungen bzw mit welchen Rechtsmitteln eine Anrufung des Gerichtshofs möglich ist.

Der OGH informiert in weiteren, eigenen Menüpunkten über seine Organisation, über seine Rechtsgrundlagen und seine Geschichte. Ebenso wird die Tätigkeit des Evidenzbüros erläutert, dem insbesondere die Erfassung und Aufbereitung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs sowie der für den Gerichtshof allenfalls bedeutsamen Entscheidungen anderer Gerichte im Rahmen der RIS-Datenbank obliegt. Wie dem Menüpunkt „Zentralbibliothek“ entnommen

werden kann, beträgt der Buchbestand dieser ältesten Gerichtsbibliothek Österreichs rund 135.000 Werke, daneben werden regelmäßig ca 200 Fachzeitschriften bezogen. Über einen Link auf dieser Seite ist der Bibliothekskatalog online erreichbar.

Interessant sind auch die optisch ansprechend gestalteten und nun auch mit diversen Bildern und Grafiken versehenen „Tätigkeitsberichte“, die der OGH auf seiner Website unter dem betreffenden Menüpunkt veröffentlicht. Sie enthalten unter anderem Berichte über den Geschäftsgang und die Erledigungen in den einzelnen Rechtsbereichen und informieren über Begutachtungen und Anregungen an den Gesetzgeber. Besonders informativ ist schließlich der Menüpunkt „FAQ“ (Frequently Asked Questions), wo zahlreiche Fragen, vor allem des Verfahrensablaufs in praxisnaher und verständlicher Weise beantwortet werden. Dieser Punkt enthält weitere, nützliche Informationen über die Tätigkeit des Höchstgerichts und ergänzt sinnvoll diese transparent gestaltete, umfangreiche Website.



20. ÖBI-SEMINAR 2014

Dienstag, 6. Mai 2014, 9.00 – 18.30 Uhr
Wirtschaftskammer Österreich, Rudolf-Sallinger-Saal
Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien

Die aktuelle Rechtsentwicklung im

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



Infos und Anmeldung:

Barbara Krenn, Telefon: (01) 531 61 – 442, E-Mail: bkr@manz.at
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH,
Kohlmarkt 16, 1014 Wien
Online-Anmeldung unter: www.manz.at/seminar-oebl