

**Hannes SEIDELBERGER**

## **Die „unfreiwilligen“ UWG-Novellen 2013 durch die Judikatur des EuGH**

### **Inhaltsübersicht**

I.	Einleitung .....	263
II.	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) .....	264
	1. Zurückgezogene Verordnung über Verkaufsförderung .....	264
	2. UWG-Novelle 2007 .....	265
III.	Rechtsprechung des EuGH zur UGP-RL .....	265
	1. EuGH vRS C-261/07 und C-299/07 – VTB-VAB NV, Galatea BVBA ./ Total Belgium NV, Sanoma Magazines Belgium .....	265
	2. EuGH C-540/08 – Mediaprint .....	266
	3. EuGH C-206/11 – Köck .....	267
	4. EuGH C-428/11 – Purely Creative .....	268
	5. EuGH C-435/11 – CHS Tour Services .....	269
IV.	UWG-Novellen 2013 .....	270
	1. Aufhebung des § 9a UWG und nachfolgende Judikatur .....	271
	2. UWG-Novelle 2013 zum Ausverkaufsrecht .....	273
	3. UWG-Novelle 2013 zur Z 31 des Anhangs .....	274
V.	Fazit .....	274

### **I. Einleitung**

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>1</sup> wird wie kaum eine andere Rechtsmaterie durch die Entscheidungen der Gerichte konkretisiert, weil das Lauterkeitsrecht von Generalklauseln geprägt ist. Nur so können die vielfältigen und nicht durch Einzelschriften erfassbaren Wettbewerbsverstöße effektiv verfolgt und im einzelnen Fall durch die Rechtsprechung beurteilt werden.

Damit erfolgt die Rechtsfortbildung im Lauterkeitsrecht in der Regel nicht in Form laufender Gesetzesänderungen, sondern durch die Judikatur des OGH und vermehrt auch des EuGH. In diesem Sinne datierte die letzte Änderung des UWG vor den hier zu besprechenden Novellen aus dem Jahr 2007<sup>2</sup>, welche vor allem einer Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)<sup>3</sup> diene.

1 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG.

2 UWG-Novelle 2007, BGBl I 79/2007.

3 RL 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-

Gerade diese europäische Harmonisierung war in weiterer Folge ursächlich dafür, dass der österreichische Gesetzgeber das UWG im Jahr 2013 in mehrfacher Hinsicht „unfreiwillig“ ändern musste, weil durch den EuGH eine Unvereinbarkeit einzelner Bestimmungen mit der UGP-RL festgestellt wurde.<sup>4</sup>

Es erscheint zielführend, diese für das Lauterkeitsrecht entscheidende Entwicklung noch einmal rückblickend zu betrachten, damit nachvollziehbar wird, warum insbesondere das zum Urbestand des Lauterkeitsrechts gehörige Zugabenverbot des § 9a UWG zur Gänze aufgehoben wurde.<sup>5</sup>

## II. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)

Die von der Europäischen Union im Jahr 2005 beschlossene UGP-RL verfolgt das Ziel einer Angleichung der Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern (kurz B2C) in den Mitgliedstaaten. Der Bereich zwischen den Unternehmen (B2B) wird von der UGP-RL ausdrücklich nicht erfasst, womit die schon länger geltende Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung allein einschlägig bleibt, welche nur neu kodifiziert wurde.<sup>6</sup>

Entscheidender Unterschied zwischen diesen beiden Regelungen ist außerdem, dass die UGP-RL gemäß Art 4 eine vollständige Harmonisierung vorsieht, während die Irreführungsrichtlinie nach Art 7 Abs 1 (mit Ausnahme der vergleichenden Werbung gemäß Abs 2) nur einen Mindeststandard vorgibt.

### 1. Zurückgezogene Verordnung über Verkaufsförderung

Ein anderer das Lauterkeitsrecht betreffender Vorschlag der EU-Kommission hatte eine Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften bei der Verkaufsförderung zum Inhalt. Der Verordnungsvorschlag wurde allerdings von einer Mehrheit der Mitgliedstaaten abgelehnt.<sup>7</sup> Damit konnte der Eindruck entstehen, dass dieser

---

internen Geschäftsverkehr von Unternehmen gegenüber Verbrauchern, ABI L 2005/149, 22. Zum nachträglich berichtigten Titel siehe *Gamerith*, Die UGP-RL wurde berichtigt, ÖBl 2010/13, 58.

4 Auch der zwischenzeitlich verstorbene „Vater“ der UWG-Novelle 2007, dem dieser Beitrag gewidmet ist, kam noch zu dem Schluss, dass ein „per se“-Verbot von Zugaben außerhalb des Geltungsbereichs der UGP-RL liegen sollte: *Gamerith*, „Per se“-Verbot von Zugaben gemeinschaftsrechtlich unzulässig?, ÖBl 2009/19, 100. *W. Schuhmacher* hätte zumindest das Zugabenverbot für periodische Druckwerke von der UGP-RL unberührt gesehen: Anmerkung zu OGH 14.7.2009, 4 Ob 87/09m - Kinderskitageskarten, wbl 2009, 520. *Wittschek* führt aus, dass der EuGH durchsetzt, was der Gesetzgeber nicht geschafft hat, ohne dazu berufen zu sein: Der EuGH als Gesetzgeber, ÖBl 2008/64, 313.

5 Siehe auch *Lettner*, Die „anhängliche“ UWG-Novelle 2007-2013 in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013), 269.

6 RL 2006/114/EG vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABI L 2006 /376, 21.

7 Diesen Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlamentes und des Rates vom 2.10.2001 über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001) 546, zog die EK mangels Zustimmung endgültig wieder zurück (Mitteilung der Kommission vom 27.9.2005, KOM [2005] 462 endg).

Bereich der Verkaufsförderung und damit der Zugaben nicht von der UGP-RL erfasst wäre, weil auch das dieser RL vorangehende Grünbuch zum Verbraucherschutz<sup>8</sup> zeitgleich vorgelegt wurde. Dem ist allerdings nicht so, wie in weiterer Folge die Judikatur des EuGH zeigen sollte.

## 2. UWG-Novelle 2007

Die UGP-RL wurde mit einer umfassenden Novelle in das UWG eingearbeitet. Neben einer Neuregelung der unlauteren Geschäftspraktiken (vormals Handlungen wider die guten Sitten) in § 1 UWG und der irreführenden Geschäftspraktiken in § 2 UWG wurde ein neuer § 1a UWG für das Verbot der aggressiven Geschäftspraktiken geschaffen. Die vergleichende Werbung wurde in einen eigenen § 2a UWG transferiert und ein Anhang mit einer sog „schwarzen Liste“ von jedenfalls verbotenen konkreten Geschäftspraktiken entsprechend der UGP-RL aufgenommen.

Entscheidend für die weitere Entwicklung ist vor allem die Definition einer Geschäftspraktik, welche im § 1 Abs 4 Z 2 UWG wortgleich zur UGP-RL als „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder Lieferung eines Produkts zusammenhängt“ beschrieben wird.

In den erläuternden Bemerkungen zur Novelle 2007<sup>9</sup> wurde noch ausgeführt, dass diese Änderungen des UWG die österreichische Rechtsprechung nur unerheblich ändern dürften, was sich zumindest bezüglich der Sondertatbestände anders darstellen sollte.

## III. Rechtsprechung des EuGH zur UGP-RL

Dem EuGH kommt die Aufgabe zu, die unionsrechtskonforme Auslegung des Europarechts wie der UGP-RL vorzunehmen.<sup>10</sup> Entscheidend für diese RL ist, dass sie gemäß Art 4 auf eine Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken abzielt. Das hat zu zahlreichen Vorabentscheidungsersuchen aus mehreren Mitgliedsstaaten geführt. In weiterer Folge sollen lediglich jene Entscheidungen näher erörtert werden, welche die Grundlage bzw besser gesagt die Ursache für die UWG-Novellen 2013 darstellen oder sonst einen österreichischen Bezug haben.

### 1. EuGH vRS C-261/07 und C-299/07 – VTB-VAB NV, Galatea BVBA ./ Total Belgium NV, Sanoma Magazines Belgium

Die meisten Vorlageverfahren zu der UGP-RL neben Deutschland und Österreich kommen aus Belgien, was damit zusammenhängt, dass das belgische Lauterkeitsrecht als noch weitgehender anzusehen ist.<sup>11</sup> Hier gibt es neben den General-

---

8 Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union vom 2.10.2001, KOM (2001) 531.

9 EB zur RV 144 B1G NR 23.GP, Allgemeiner Teil, 2.

10 Art 267 AEUV (ex-Artikel 234 EGV).

11 Siehe näher dazu *Henning-Bodewig*, Lauterkeitsrecht in Belgien – Das Marktgesetz vom 06.04.2010, WRP 2013, 1266.

klauseln zahlreiche explizite Verbote, welche teilweise bereits auf ihre Vereinbarkeit mit dieser RL abgeklärt wurden. In dem richtungsweisenden ersten Verfahren vor dem EuGH zur UGP-RL ging es um ein Koppelungsverbot.<sup>12</sup>

Der EuGH führte in seiner Entscheidung insbesondere aus, dass Art 2 lit d UGP-RL den Begriff der Geschäftspraxis mit einer besonders weiten Formulierung definiert. Damit fallen auch Koppelungsangebote in den Geltungsbereich, weil sie solche geschäftlichen Handlungen darstellen. Er stellte abschließend fest, dass eine nationale Regelung, welche ein grundsätzliches Verbot von Koppelungsangeboten verhängt, ohne die Möglichkeit vorzusehen, die Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen, von ihrem Wesen her restriktiver und strenger als die Regelungen der UGP-RL ist.<sup>13</sup>

## 2. EuGH C-540/08 – Mediaprint

In weiterer Folge legte der OGH dem EuGH das österreichische Zugabenverbot des § 9a UWG mit der Frage vor, ob dieses mit der UGP-RL vereinbar wäre.<sup>14</sup> Zuvor war bereits vom BGH das Koppelungsverbot bei Gewinnspielen gemäß § 4 Nr 6 dUWG an den EuGH mit dem gleichen unionsrechtswidrigen Ergebnis wie im belgischen Fall herangetragen worden.<sup>15</sup>

Beim österreichischen Verfahren ging es um die von einer österreichischen Tageszeitung veranstaltete Wahl zum „Fußballer des Jahres“, wo das Publikum aufgefordert wurde, daran per Internet oder eines in der Zeitung abgedruckten Wahlcoupons teilzunehmen, wobei als Gewinn ein Abendessen mit dem gewählten Fußballer winkte. Interessant war hier die Stellungnahme der EK, wonach aufgrund des Schutzes der Medienvielfalt die UGP-RL dem österreichischen Zugabenverbot bei periodischen Druckwerken nicht entgegenstehen sollte. Der EuGH folgte dem aber nicht und begründete dies damit, dass die Medienvielfalt nicht zu den Ausnahmen zur Beibehaltung von Maßnahmen der Mitgliedsstaaten gehört und eine vollständige Harmonisierung auch in diesem Bereich stattgefunden hat.<sup>16</sup>

Das von der österreichischen und belgischen Regierung vorgebrachte Argument, wonach diese Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht von der UGP-RL erfasst wären, weil sie zeitgleich Gegenstand eines Vorschlags der Kommission für eine Verordnung gewesen waren, teilte der EuGH wie schon in den Vorverfahren nicht. Dazu stellte er fest, dass dieser Umstand es nicht ausschließt, auch solche Werbemaßnahmen als unlautere Geschäftspraktiken im Sinne der UGP-RL anzusehen, zumal dieser Verordnungsvorschlag im Jahr 2006 zurückgenommen wurde.

Überdies führte der EuGH aus, dass vom Anwendungsbereich der UGP-RL nur solche Geschäftspraktiken ausgenommen sind, welche „lediglich“<sup>17</sup> die wirt-

---

12 Damals noch Art 54 des belgischen Gesetzes über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher, Handelspraktikengesetz von 1991.

13 EuGH 23.4.2009, C-261/07 und C-299/07 (Total und Sanoma) Rz 62 f = ÖBI 2009/53, 276 (*Gamerith*).

14 OGH 18.11.2008, 4 Ob 154/08 (Fußballer des Jahres II) = ÖBI 2009/12, 77.

15 EuGH 14.1.2010, C-304/08 (Plus Warengesellschaft) = MR 2009, 378 (*Korn*).

16 EuGH 9.11.2010, C-540/08 (Mediaprint/Österreich, Fußballer des Jahres III) = ÖBI 2011/21, 91, wbl 2010, 612 (*W. Schuhmacher*), ecolex 2011/211, 540 (*Horak*) sowie vorab *Gamerith*, EuGH entscheidet über das österreichische Zugabenverbot, ÖBI 2010/45, 241.

17 Im Sinne von „ausschließlich“ bzw. keiner Verfolgung von Verbraucherschutzzielen, was das entscheidende Abgrenzungskriterium in den Vorlagen zur UGP-RL bezüg-

schaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Dies ist laut EuGH bei dem Zugabenverbot des § 9a UWG offensichtlich nicht der Fall.

Nachdem keine strengeren Regelungen als die in der UGP-RL festgelegten Maßnahmen erlassen werden dürfen, widerspricht das Verbot der Ankündigung von Zugaben dieser europäischen Regelung. Zugaben dürfen laut Ansicht des EuGH nicht unter allen Umständen, sondern nur nach einer konkreten Beurteilung untersagt werden. Diesen Schluss kann laut EuGH nicht in Frage stellen, dass § 9a Abs 2 UWG einige Ausnahmen vom Zugabenverbot vorsieht. Die UGP-RL ist dahingehend auszulegen, dass sie einer solchen nationalen Regelung entgegensteht, selbst wenn diese nicht nur auf den Schutz der Verbraucher abzielt, sondern auch andere Ziele verfolgt.

Schließlich antwortete der EuGH auf die zweite Frage des OGH, dass die mit dem Kauf einer Zeitung verbundene Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht allein deshalb eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne von Art 5 Abs 2 UGP-RL ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Verbraucher das ausschlaggebende Motiv für den Kauf dieser Zeitung bildet.<sup>18</sup>

Der OGH entschied in weiterer Folge<sup>19</sup>, dass ein richtlinienkonformer Zustand durch eine teleologisch reduzierende Auslegung von § 9a Abs 1 Z 1 UWG herzustellen ist. Das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von Zugaben gegenüber Verbrauchern ist aufgrund richtlinienkonformer Interpretation nur dann unzulässig, wenn es im Einzelfall irreführend, aggressiv oder sonst unlauter ist. § 9a UWG war somit uneingeschränkt nur mehr auf Zugaben gegenüber Mitbewerbern anzuwenden. Die Koppelung des Warenbezugs mit einem Gewinnspiel verstößt als solche nicht gegen das UWG. Damit verlor § 9a Abs 1 Z 1 UWG für Verbraucherzugaben seine eigenständige Bedeutung, da sich dasselbe Ergebnis auch unmittelbar auf die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen stützen ließe, und wurde in der Sache im B2C-Bereich „gegenstandslos“.

### 3. EuGH C-206/11 – Köck

Das nächste Vorabentscheidungsverfahren des EuGH aus Österreich betraf eine weitere seit vielen Jahrzehnte bestehende Regelung unseres Lauterkeitsrechts und zwar die Ausverkaufsvorschriften der §§ 33a ff UWG. Dieser Fall ist differenziert zu betrachten, weil die hier relevanten Bestimmungen an sich kein generelles Verbot der Ankündigungen von Ausverkäufen, sondern (nur) eine Bewilligungspflicht vorsehen.

Die Generalanwältin<sup>20</sup> hatte nach einer mündlichen Verhandlung in ihren Schlussanträgen dem EuGH vorgeschlagen, dass die in Frage stehende Regelung grundsätzlich im Einklang mit der UGP-RL stehe, sofern sichergestellt ist, dass eine an sich lautere Geschäftspraktik nicht endgültig verboten bleibt. Sie führte aus, dass die gerichtliche Untersagungsmöglichkeit nach § 34 UWG bei Fehlen

lich nationaler Verbote beim EuGH werden sollte.

18 Ausführlich zu dieser Entscheidung *Haberkamm/Kühne*, Zugabe, Zugabe! ist nach dem „Fußballer-des-Jahres“-Urteil bald alles erlaubt?, ÖBl 2011/14, 52.

19 OGH 15.2.2011, 4 Ob 208/10g (Fußballer des Jahres IV) = ÖBl 2011/26, 115 (*Gamerith*), wbl 2011/79, 221 (*W. Schuhmacher*), ecolex 2011/283, 727 (*Horak*).

20 *Trstenjak*, SA 6.9.2012, Rs C-C-206/11, ECLI:EU:C:2012:543.

der notwendigen Ausverkaufsbewilligung dazu diene, Unternehmer anzuhalten, sich an das nach der UGP-RL zulässige und auch sinnvolle ex-ante Bewilligungsverfahren nach § 33b UWG zu halten. Folgerichtig würde es die RL nach ihrer Ansicht grundsätzlich gestatten, gesetzlich vorzusehen, dass nationale Gerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen ihre Rechtskontrolle auf die Prüfung der Einhaltung der Bewilligungspflicht beschränken.

Der EuGH antwortete weniger differenzierend und stellte fest, dass die Auslegung der UGP-RL es einem nationalen Gericht verwehrt, das Abstellen einer nicht unter den Anhang I fallenden Geschäftspraxis nur deshalb anzuordnen, weil diese Praxis nicht vorab von der zuständigen Verwaltungsbehörde bewilligt wurde, ohne selbst diese Praxis anhand der in den Art 5 bis 9 genannten Kriterien auf ihre Unlauterkeit zu prüfen.<sup>21</sup> Zwar können die nationalen Maßnahmen insbesondere darin bestehen, ein sanktionsbewehrtes System der Vorweggenehmigung für bestimmte Praktiken vorzusehen, deren Charakter im Hinblick auf die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken eine solche Kontrolle erfordert. Das damit geschaffene System zur Umsetzung der UGP-RL darf jedoch nicht dazu führen, dass eine Geschäftspraxis – ohne dass sie auf ihre Unlauterkeit geprüft würde – allein deshalb verboten wird, weil sie nicht von der zuständigen Behörde vorab genehmigt wurde.<sup>22</sup>

Der OGH führte im weiteren Verfahren aus, dass eine solche Ausverkaufsankündigung ohne die entsprechende vorherige Bewilligung nicht unter allen Umständen als unlauter gelten kann, da sie nicht unter einen der per-se-Verbotstatbestände des Anhangs zum UWG fällt.<sup>23</sup> Die Bestimmung des § 34 Abs 3 UWG (Unterlassungsanspruch bei Fehlen einer erforderlichen Genehmigung) ist infolge der Vorgaben des EuGH in richtlinienkonformer Interpretation durch teleologische Reduktion dahin auszulegen, dass Ausverkaufsankündigungen nur unzulässig sind, wenn sie nach den Kriterien der Art 5 bis 9 UGP-RL irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter haben.

Daraus folgte, dass der Unterlassungsanspruch wegen fehlender Ausverkaufsbewilligung abzuweisen, aber auf den zusätzlichen Irreführungsaspekt des Eventualantrages einzugehen war. Die Werbung mit einem „Totalabverkauf“ und „Alles muss raus!“ sowie „Pro Stück nur mehr 3,50 Euro!!!“ wurde als irreführend beurteilt, weil die Firma nicht genannt wurde. Eine solche „anonyme“ Ausverkaufsankündigung verstößt gegen die Informationspflichten gemäß § 2 UWG für eine in diesem Fall vorliegende Aufforderung zum Kauf nach der UGP-RL.<sup>24</sup>

#### 4. EuGH C-428/11– Purely Creative

Laut eines weiteren Vorlageverfahrens beim EuGH, eingeleitet von der britischen Wettbewerbsbehörde, dürfen Verbrauchern, denen mitgeteilt wird, dass sie einen Preis gewonnen haben, für die Inanspruchnahme des Gewinns keinerlei Kosten

21 EuGH 17.1.2013, C-206/11 (Köck) Rz 35 = MR 2013, 30 (Korn).

22 Siehe näher Krutzler, Ausverkauf! Das UWG wird weiter geräumt, ÖBI 2013/24, 104.

23 OGH 19.3.2013, 4 Ob 15/13d (Köck) = ÖBI 2013/52, 214 – Alles muss raus (Gamerith).

24 Welche der EuGH wie die Geschäftspraktiken ebenfalls großzügig auslegt: EuGH 12.5.2011, C-122/10 (Sving Sverige); ausführlich dazu Thöni, Die lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten des § 2 Abs 6 UWG im Licht der Vorabentscheidung des EuGH vom 12.5.2011, C-122/10 in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2012 (2012), 197.

aufgelegt werden.<sup>25</sup> Die britische Wettbewerbsbehörde hatte im Ausgangsverfahren wegen mehrerer, individuell adressierter Werbesendungen geklagt, in denen den Empfängern mitgeteilt worden war, sie hätten einen Preis gewonnen. Um den Gewinn in Anspruch zu nehmen, war es erforderlich, entweder eine Mehrwertnummer zu wählen, eine Mehrwert-SMS zu senden oder einen Brief zu schicken. Über 99% derjenigen, die sich meldeten, hatten lediglich Anspruch auf den häufigsten, geringwertigen Gewinn, dessen Wert entweder ganz oder größtenteils dem Betrag entsprach, den sie an Telefon- oder SMS-Gebühren bzw auch Liefer- und Versicherungskosten aufzuwenden hatten.

Nach Z 31 des Anhangs I der UGP-RL ist es (unter anderem) unzulässig, wenn die Möglichkeit des Verbrauchers, Handlungen in Bezug auf die Inanspruchnahme eines mitgeteilten Gewinnes vorzunehmen, von der Zahlung eines Betrags oder der Übernahme von Kosten abhängig gemacht wird. Diese Bestimmung legt der EuGH streng aus: Es ist eine unlautere, aggressive Geschäftspraktik, wenn hier dem Verbraucher irgendwelche Kosten auferlegt werden.

Dabei ist es unerheblich, wenn die dem Verbraucher auferlegten Kosten, wie zB die Kosten einer Briefmarke, im Vergleich zum Wert des Preises geringfügig sind oder dem betreffenden Unternehmen keinen Vorteil bringen. Es ändert laut EuGH auch nichts an der Unlauterkeit solcher Praktiken, wenn dem Verbraucher für die Inanspruchnahme eines Preises mehrere Vorgehensweisen angeboten werden, von denen eine gratis ist, sofern einige dieser Möglichkeiten voraussetzen, dass er Kosten übernimmt, um sich über den Preis oder die Modalitäten seiner Entgegennahme zu informieren. Mit diesem generellen Verbot der Auferlegung jedweder Kosten war nach einhelliger Ansicht<sup>26</sup> auch die österreichische Einfügung „über Post- oder Telefongebühren zum Standardtarif“ als unionrechtswidrig anzusehen.<sup>27</sup>

## 5. EuGH C-435/11 – CHS Tour Services

Zuletzt ist die bislang dritte Vorlage des OGH zur UGP-RL an den EuGH zu nennen, welche allerdings mit dem Irreführungsverbot einen Kernbereich des UWG betraf und damit nicht zu einer überraschenden Antwort führte. Hier hat der EuGH wie allgemein erwartet festgestellt, dass bei irreführenden Geschäftspraktiken nicht geprüft werden muss, ob auch eine Verletzung beruflicher Sorgfaltspflicht vorliegt.<sup>28</sup>

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war ein Rechtsstreit zwischen zwei Reisebüros betreffend die Buchung von Winterurlauben und Skikursen für britische Schülergruppen. Eines der Reisebüros hatte in seiner (englischsprachigen) Broschüre zu einigen Hotels angegeben, dass diese zu bestimmten Terminen exklusiv nur über sie gebucht werden könnten. Tatsächlich hatte sich das Reisebüro diese Exklusivität von den Hotels vertraglich zusichern lassen. Die Hotels hielten sich

25 EuGH 18.10.2012, C-428/11 (Purely Creative) = MR 2012, 351 (Heidinger).

26 Vgl nunmehr EB RV 2338 GP XXIV zur UWG-Nov 2013.

27 Der Gesetzgeber wollte zum Ausdruck bringen, dass Mehrwertnummern und andere kostenpflichtige Dienste unzulässig sind. Der EuGH geht aber einen Schritt weiter und sieht auch normale Gebühren als unzulässig an, selbst wenn der Anbieter daran nichts verdient.

28 EuGH 19.9.2013, C-435/11 (CHS Tour Services) = ÖBI 2014/5, 19 – Schulschikurse II (Musger); siehe näher Heidinger, Aktuelles vom EuGH zur Dogmatik des Irreführungstatbestandes, MR 2013, 329.

in der Folge allerdings nicht an die Vereinbarungen und nahmen – was dem Reisebüro zum Zeitpunkt der Versendung der Broschüre nicht bekannt war – auch Buchungen des anderen Reisebüros entgegen. Die in der Broschüre enthaltene Exklusivitätsbehauptung war daher faktisch unwahr.

Die beiden ersten Instanzen wiesen das Begehren mit der Begründung ab, das Reisebüro hätte den in § 1 UWG und Art 5 der UGP-RL angesprochenen Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt entsprochen, weil es die beworbene exklusive Buchungsmöglichkeit bei den Hotels zuvor vertraglich abgesichert habe. Der OGH hatte allerdings Zweifel, ob es bei de facto objektiv falschen und irreführenden Angaben auf die Einhaltung beruflicher Sorgfalt ankommt und stellte im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens die Frage nach einer diesbezüglichen unionsrechtskonformen Auslegung.

Der EuGH antwortete darauf, dass die in Art 6 UGP-RL angeführten Tatbestandsmerkmale einer irreführenden Geschäftspraxis im Wesentlichen aus der Sicht des Verbrauchers als des Adressaten unlauterer Geschäftspraktiken konzipiert sind. Dass die Geschäftspraxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widersprechen müsse, was der Sphäre des Unternehmers zuzurechnen ist, wird in dieser Bestimmung nicht erwähnt.

Der irreführende Charakter einer Geschäftspraktik hängt allein davon ab, dass sie unwahr ist, weil sie falsche Angaben enthält, oder dass sie ganz allgemein den Durchschnittsverbraucher in Bezug etwa auf die Art oder die wesentlichen Merkmale eines Produkts oder einer Dienstleistung zu täuschen geeignet ist und ihn dadurch voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ohne diese Praxis nicht getroffen hätte. Liegen diese Merkmale vor, so ist die Geschäftspraxis als irreführend und somit als unlauter und verboten anzusehen, ohne dass zu prüfen wäre, ob sie auch gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt verstößt.<sup>29</sup>

#### IV. UWG-Novellen 2013

Die Spruchpraxis des EuGH und nachfolgend des OGH brachten zum Ausdruck, dass auch nach der Umsetzung der UGP-RL mit der UWG-Novelle 2007 weitere Änderungen im österreichischen Recht notwendig sind, um für eine europarechtskonforme Ausgestaltung zu sorgen. Der Gesetzgeber nahm zunächst beim Zugabeverbot eine gänzliche Aufhebung des § 9a UWG im Zuge der Kartellrechtsnovelle 2013<sup>30</sup> vor. Die Entscheidungen des EuGH zu den Ausverkaufsregelungen und zur Z 31 des Anhangs machten aber eine weitere, diesmal auch so bezeichnete UWG-Novelle 2013<sup>31</sup> erforderlich.

---

29 Ausführlich dazu *Prunbauer-Glaser*, Wichtige Klarstellung des EuGH zum Irreführungsverbot, Recht und Wettbewerb (RuW) Nr 182/2013, S 4, abrufbar unter [www.schutzverband.at](http://www.schutzverband.at).

30 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012), BGBl I 13/2013. Der Gesetzgeber nahm die Novelle dieses verwandten Rechtsgebiets zum Anlass, um die Aufhebung dort sozusagen „anzuhängen“ und in einem zu beschließen.

31 BGBl I 112/2013, in Kraft seit 12.07.2013.



## 1. Aufhebung des § 9a UWG und nachfolgende Judikatur

Der Gesetzgeber nahm die Judikatur des EuGH zum Anlass, die Zugabenregelung des § 9a UWG als punktuelle UWG-Novelle zur Gänze zu streichen. Mit 12.1.2013 ist das seit vielen Jahrzehnten geltende allgemeine Zugabenverbot endgültig außer Kraft getreten.<sup>32</sup> Aufgrund der erwähnten Entscheidungen hatte das Zugabenverbot des § 9a UWG nur mehr in dem von der UGP-RL nicht erfassten B2B-Bereich gegolten<sup>33</sup> und wurde im Sinne einer Rechtsbereinigung die vollständige Aufhebung beschlossen.<sup>34</sup>

Allerdings ist weiterhin eine Prüfung im Einzelfall erforderlich, ob durch die an einen Kauf gekoppelten Zugaben oder Gewinnspiele eine irreführende, aggressive oder sonst unlautere Geschäftspraktik verwirklicht wird.<sup>35</sup> Auch die Grenzen des Kartellrechts, wie das für marktbeherrschende Unternehmer geltende Verbot des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis, sind zu berücksichtigen. Im B2B-Bereich, wo das Zugabenverbot auch den Unternehmer schützen sollte, von dem Zugaben gefordert werden, gelangen nach den Erläuterungen zu dieser Novelle<sup>36</sup> weiterhin die Bestimmungen des Kartellgesetzes aber auch des Nahversorgungsgesetzes (über „Kaufmännisches Wohlverhalten“) zur Anwendung. Ergänzend wird hier ausgeführt, dass unzulässiges „Anzapfen“ auch nach der Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 1 UWG verfolgbar ist.

Die darauf folgende Rechtsprechung des OGH<sup>37</sup> hat solche nun an sich möglichen Zugabenangebote auch bei werthaften Waren wie einem Gratisauto<sup>38</sup>

32 Das Zugabenverbot wurde zunächst 1929 mit dem PrämienG in Kraft gesetzt, dann im ZugabenG geregelt und schließlich mit dem WettbewerbsderegulierungsG 1992 der viel diskutierte § 9a UWG geschaffen, welcher insbesondere mit seinem Ausnahmekatalog immer wieder den OGH beschäftigte.

33 OGH 22.11.2011, 4 Ob 162/11v – Schnellstarterprämien, ÖBI 2012/20, 71 (*Rungg/Walser*), wbl 2012/16, 54 (*W. Schuhmacher*), MR 2012, 39 (*Lettner*), wo eine weitere Anwendbarkeit des Zugabenverbots im B2B-Bereich festgehalten und keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser „Restbestimmung“ gesehen wurde.

34 In diesem Sinne auch von der Literatur empfohlen: *Wiltschek*, Verwirrung, ÖBI 2011/35 145; *Woller*, Zugabenverbot: Totgesagte leben länger, *ecolex* 2011, 435; *Heidinger*, Zugabenverbot quo vadis, MR 2009, 45, welcher zunächst eine Sonderbestimmung zur Erhaltung der Medienvielfalt im Bereich der periodischen Druckschriften angeregt hätte; *derselbe*, Das Zugabenverbot – eine unendliche Geschichte!, MR 2012, 3 und *Gamerith*, Künftige Auswirkungen der „Fußballer des Jahres“-Rechtsprechung?, ÖBI 2011/22, 97, welcher allerdings vorgeschlagen hatte, das Zugabenverbot zwischen Unternehmern allenfalls durch entsprechende kartellrechtliche Sanktionen zu ersetzen.

35 Wobei die Literatur in Richtung einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Zugaben nach dem Prinzip „in dubio pro libertate“ geht: siehe *Rungg/Walser*, Was bleibt vom Zugabenverbot, MR 2011, 90, sowie *Appl/Homar*, Zugabenverbot: Das letzte Kapitel einer unendlichen Geschichte, MR 2012, 349, was von der folgenden Rechtsprechung auch bestätigt worden ist. *Kruzler*, Grenzen der Liberalisierung des Zugabenverbots?, ÖBI 2012/48, 196 plädiert für strengere Maßstäbe, wenn sich das Zugabenangebot an eine Gruppe besonders schutzwürdiger Verbraucher richtet.

36 EB zur RV 1804 BlgNR 24.GP, Besonderer Teil zu Art 3.

37 Siehe zu der Entwicklung und den ersten Entscheidungen *Prunbauer-Glaser*, Zugaben und Koppelungsangebote – wie weit geht die Liberalisierung durch die Rechtsprechung?, RuW 177/2011, 4.

38 Listenpreis von € 11.800 zu einem Möbelkauf ab € 50.000: OGH 20.12.2011, OGH 4 Ob 121/11i (Sensationelle Geschenkkaktion) = ÖBI 2013/7, 25 (*Gamerith*) und *ecolex*

sowie einem qualitativ hochwertigen Gratis-Handy<sup>39</sup> als zulässig, weil weder aggressiv im Sinne des § 1a UWG noch unlauter im Sinne des § 1 UWG angesehen.<sup>40</sup> Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form eines Verkaufs unter dem Einstandspreis<sup>41</sup> liegt laut OGH bei solchen Angeboten nur vor, wenn die Unterdeckung bei der Nebenware (Zugabe) nicht durch die Gewinnspanne der Hauptware ausgeglichen wird.<sup>42</sup>

Zuletzt ist der OGH noch einen Schritt weiter gegangen und nimmt auch keine Unlauterkeit mehr einer solchen verkaufsfördernden Maßnahme an, wenn bei einem sog „Vorspannangebot“, hier einer verbilligten Tonträgeredition, die Ersparnis bei der Nebenware höher ist als der Preis der Hauptware.<sup>43</sup> Zugaben und Vorspannangebote sind laut OGH grundsätzlich gleich zu behandeln. Auch in diesem Fall kann die zu beurteilende Ankündigung als kopflastiges Vorspannangebot und aber auch als unentgeltliche Zugabe eines Gutscheins im Wert von € 3,- verstanden werden. Das Angebot, eine Nebenware mit einer über dem Preis der Hauptware liegenden Gesamtersparnis erwerben zu können, kann für sich allein keinesfalls als Ausnutzen einer gegenüber dem Verbraucher bestehenden Machtposition angesehen werden. Der OGH bezieht sich hier auf die Definition der „unzulässigen Beeinflussung eines Verbrauchers“ in § 1 Abs 4 Z 6 UWG als Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, wodurch die Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, wesentlich eingeschränkt wird.

Gleiches gilt für eine hochwertige Zugabe. Eine aggressive Geschäftspraktik ist laut OGH nicht anzunehmen, wenn nicht weitere Umstände vorlägen, die über die bloße Wertrelation hinausgehen. Belästigung oder Nötigung scheiden bei einem „nur“ überaus günstigen Vorspannangebot jedenfalls aus. Aber auch eine „unzulässige Beeinflussung“ ist in solchen Fällen nicht zu erkennen. Damit kann aber die (frühere) Auffassung, dass solche Zugaben ohne Hinzutreten weiterer Elemente der Druckausübung nun unter den Tatbestand der aggressiven Geschäftspraktik nach § 1a UWG fallen, nicht aufrechterhalten werden.

2012/104, 239 (Woller). Hier erging allerdings in den Unterinstanzen bereits eine einstweilige Verfügung bezüglich eines Verstoßes gegen § 2 UWG, weil einige Warengruppen ausgenommen waren und diese Ausnahmen in irreführender Weise kommuniziert wurden. Siehe dazu ausführlich *Prunbauer-Glaser*, Zugabenverbot – was gilt aktuell?, RuW 179/2012, 4.

39 Beim Abschluss einer Lebensversicherung: OGH 18.6.2013, 4 Ob 100/13d (iPhone) = wbl 2013/220, 598.

40 Ebenso zulässig war die Zugabe von zwei Gesundheitsbüchern zum Abo einer Tageszeitung, OGH 23.3.2011, 4 Ob 36/11i (Gesundheitsbibliothek) = ÖBl 2011/53, 224, oder eines KFZ-Sicherheits-Checks zu verkehrspsychologischen Nachschulungen, OGH 19.10.2011, 4 Ob 152/11y.

41 § 5 Abs 1 Z 5 KartellG 2005.

42 OGH 23.3.2011, 4 Ob 34/11w (Treuepunktaktion II) = ÖBl-LS 2011/57, 69. Auch bei einem Gewinnspiel eines Marktbeherrschers mit einem Preis, der nicht substituierbar ist („Begegnung mit unseren Schistars“) liegt keine unlautere Geschäftspraktik vor, weil das rechtliche Schicksal der Zugabe jenem des Sponsorvertrages folgt und gegen diesen keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen: OGH 18.9.2012, 4 Ob 84/12z (Hahnenkamm-Gewinnspiel) = ÖBl 2013/6, 22.

43 Bei diesem Verfahren als Zugabe zu einer Zeitung, OGH 22.10.2013, 4 Ob 129/13v (Tonträger-Edition) = ÖBl 2014/4, 14 (Wiltseck), wbl 2014/16, 49 (F. Schuhmacher).

Mit den beschriebenen Angeboten werden Verbraucher nach der aktuellen Rechtsprechung nicht zu irrationalen Verkaufsentscheidungen verleitet, was eine erhebliche Liberalisierung für diesen Bereich des Werberechts darstellt.

## 2. UWG-Novelle 2013 zum Ausverkaufsrecht

Beim Ausverkaufsrecht hat der Gesetzgeber einen anderen Weg beschritten und nach den Entscheidungen des EuGH und des OGH die Ausverkaufsregelungen nicht aufgehoben, sondern mit eingeschränktem Anwendungsbereich neu geregelt. Die zunächst bereits im Ausverkaufsgesetz von 1895 reglementierten Ausverkäufe sind seit dem Wettbewerbsderegulierungsg 1992 als §§ 33a ff im UWG 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.<sup>44</sup>

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 davon ausgenommen. Auch Sonderangebote und Sonderaktionen ohne Hinweis auf derartige Umstände waren genehmigungsfrei.

Nach der Neuregelung des § 33a UWG 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 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 wie alle Ankündigungen der Wahrheit entsprechen müssen.

Eine wesentliche Sanktion bleibt nach § 33b UWG, 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 nach Ende einer behaupteten Geschäftsschließung die Verkaufstätigkeit von dem gleichen Geschäftsinhaber fortgesetzt werden kann.

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

---

<sup>44</sup> Ausführlich zu der vorangegangenen Judikatur und dem unverändert beschlossenen Entwurf siehe *Prunbauer-Glaser*, Was bleibt von den Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff UWG nach dem Köck-Urteil des EuGH? – UWG-Novelle 2013!, RuW 181/2013, 4 und Heidinger, Neuregelung der Ausverkaufsbestimmungen durch die UWG-Novelle 2013, MR 2013, 135.

### 3. UWG-Novelle 2013 zur Z 31 des Anhangs

Ergänzt wird diese UWG-Novelle 2013 in der Z 31 des Anhangs zum UWG mit einer Streichung der Passage „über Post- und Telefongebühren zum Standardtarif hinaus“, weil nach einhelliger Auffassung diese nur im österreichischen UWG eingefügte Ergänzung aufgrund des Urteils des EuGH C-428/11 – Purely Creative nicht mehr als europarechtskonform anzusehen ist.

Schließlich nahm der Gesetzgeber zwei redaktionelle Klarstellungen vor, 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 wurde.

## V. Fazit

Das UWG hat im letzten Jahr eine erhebliche Liberalisierung im Bereich der Zugaben und Ausverkäufe erfahren. Diese Änderungen sind allein der UGP-RL geschuldet und in Bezugnahme auf den nationalen Gesetzgeber und vielleicht sogar den europäischen Gesetzgeber als „unfreiwillig“ zu bezeichnen.

Wie die zahlreichen Vorlageverfahren beim EuGH zeigen, hat diese RL einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich zugesprochen bekommen, als ursprünglich angenommen.<sup>45</sup> Es wird abzuwarten sein, ob das UWG bzw. allenfalls auch andere Bestimmungen noch anzupassen sein werden.<sup>46</sup> Allerdings ist festzuhalten, dass der EuGH bereits eine erste Grenze gezogen und ein Verbot des Offenhaltens an bestimmten Tagen als mit der UGP-RL vereinbar anerkannt hat.<sup>47</sup> Auch eine deutsche Bestimmung des Presserechts, welche für Veröffentlichungen gegen Entgelt in periodischen Druckwerken den Begriff Anzeige verlangt, widerspricht nicht dem Unionsrecht.<sup>48</sup>

Ungeachtet der erfolgten Liberalisierung bei Sonderregelungen darf schließlich nicht übersehen werden, dass der EuGH im Kernbereich des Lauterkeitsrechts, und zwar insbesondere beim aus dem Wahrheitsgrundsatz folgenden Irreführungsverbot, eine strenge Linie vorgibt.<sup>49</sup> Nicht zufällig wurde in einzelnen der erwähnten

---

45 Siehe zuletzt EuGH 3.10.2013, C-59/12 (BKK Mobil Oil) = MR 2013, 298 (*Heidinger*), wonach auch eine Körperschaft öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich der UGP-RL fallen kann.

46 So *W. Schuhmacher*, Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von „Geschäftspraktiken“ gegenüber Verbrauchern, wbl 2010, 612, welcher die Ansicht vertritt, dass die ursprünglich rein verbraucherschutzrechtlich angelegte UGP-RL qua Rechtsprechung des EuGH zu einem umfassenden Liberalisierungsinstrument wurde. *Gamerith*, Künftige Auswirkungen der „Fußballer des Jahres“-Rechtsprechung?, ÖBI 2011/22, 97, spricht auch konkret von § 9c, § 28 und § 30 UWG. *Handig*, Zahlreiche unzulässige „per se“-Verbote im Gefolge der UGP-RL, ÖBI 2011/47, 196, führt mögliche Beispiele außerhalb des UWG an.

47 EuGH 4.10.2012, C-559/11 (Pelckmans Turnhout), wonach eine belgische Regelung, die es verbietet, ein Geschäft an allen Wochentagen zu öffnen, mit der UGP-RL vereinbar ist, weil mit diesem Verbot keine Verbraucherschutzziele verfolgt werden.

48 EuGH 17.10.2013, C-391/12 (Stuttgarter Wochenblatt).

49 Siehe die erläuterten EuGH-Entscheidungen FN 23, 24 und 26 sowie EuGH 19.12.2013, C-281/12 (Trento Sviluppo), wonach der Begriff „geschäftliche Entscheidung“ weit definiert ist und nicht nur die Entscheidung über den Erwerb oder

Verfahren beim OGH zu den Sonderbestimmungen zwar die Zulässigkeit solcher Angebote im Grunde bejaht, aber in der konkreten Gestaltung als zur Irreführung geeignet angesehen. Das mit der UGP-RL verfolgte Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, sollte bei einer Beurteilung der irreführenden, aber auch aggressiven und sonst unlauteren Geschäftspraktiken keinesfalls aus den Augen verloren werden.

