

# Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

## **WETTBEWERBSKOMMENTAR**

Zur Bedeutung von CE-Kennzeichen für den Rechtsbruchtatbestand und der Vertretbarkeitsstandard zum § 1 UWG

## **WETTBEWERBSRECHT AKTUELL**

Platform-to-Business-Verordnung (P2B-VO) der EU in Kraft getreten

Aktuelle Rechtsprechung zu Uber, Airbnb und Viagogo

Mögliche Irreführung durch „Made in Austria“

Unzulässige Verwendung des „Austria-Zeichens“

Unlautere Geschäfte mit Corona

Neue Fälle von Schwindelaussendungen

Digitale Vignette: Verstöße gegen das FAGG als unlautere Geschäftspraktik

Rechtliche Beurteilung von Influencer-Werbung

ÖV-Experten-Scan zur „Omnibus“-Richtlinie der EU mit Auswirkung auf das Lauterkeitsrecht

Bericht über das ÖBI-Seminar zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht und verwandten Gebieten

**Nummer 189** Jänner 2021 66. Jahrgang

# Recht und Wettbewerb

## WETTBEWERBSKOMMENTAR

Zur Bedeutung von CE-Kennzeichen für den Rechtsbruch-  
tatbestand und der Vertretbarkeitsstandard zum § 1 UWG **SEITE 4**

## WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

Platform-to-Business-Verordnung (P2B-VO)  
der EU in Kraft getreten **SEITE 9**

Aktuelle Rechtsprechung zu Uber, Airbnb und Viagogo **SEITE 10**

Mögliche Irreführung durch „Made in Austria“ **SEITE 15**

Unzulässige Verwendung des „Austria-Zeichens“ **SEITE 20**

Unlautere Geschäfte mit Corona **SEITE 23**

Neue Fälle von Schwindelaussendungen **SEITE 29**

Digitale Vignette: Verstöße gegen das FAGG  
als unlautere Geschäftspraktik **SEITE 33**

Rechtliche Beurteilung von Influencer-Werbung **SEITE 36**

ÖV-Experten-Scan zur „Omnibus“-Richtlinie der EU  
mit Auswirkung auf das Lauterkeitsrecht **SEITE 43**

Bericht über das ÖBI-Seminar **SEITE 47**

Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht  
und verwandten Gebieten **SEITE 51**

„Recht und Wettbewerb“ ist die mindestens jährlich erscheinende Mitgliederzeitschrift des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb mit Informationen zu Themen und Fällen des Wettbewerbsrechts. Alle Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und dürfen grundsätzlich ohne Zustimmung des Medieninhabers weder vervielfältigt noch veröffentlicht werden.  
**Medieninhaber, Hersteller sowie Redaktion:** Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, 1030 Wien I Wien Mitte, Ditscheinergasse 4 (vormals 1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14), ZVR 473025626, gegründet 1954. **Vorstand:** Friedrich Ammaschell, KommR Herbert Gänsdorfer, Ing. Klaus Schmidtschläger, KommR Ing. Johann Klein, KommR Horst Szaal, KommR Karl Hofmann, KommR Gerhard Holub, KommR Ralph Plaichinger, Andreas Poeckh, Gerhard Steurer. **Für den Inhalt verantwortlich:** Mag. Hannes Seidelberger, Geschäftsführer  
**Layout:** Wolfgang Greiner e.U., 1200 Wien. **Druck:** Druckerei Robitschek & Co GmbH, 1050 Wien, Schlossgasse 10–12

# Liebe Mitglieder!

Das Jahr 2020 wird uns allen für immer in Erinnerung bleiben. Für die Wirtschaft und damit die Unternehmen war es ein sehr herausforderndes Jahr, was sich auch im Wettbewerb widerspiegelt hat. Der Schutzverband ist in dieser intensiven Zeit so oft wie noch nie in seiner Geschichte in Anspruch genommen worden.

Dabei hat es sich um unterschiedliche Themen gehandelt, wo wir uns als **Hüter des fairen Wettbewerbs** eingebracht und oft Interventionen sehr rasch via E-Mail abgefertigt haben. Vor allem sind es unseriöse Anbieter im Medizinproduktehandel (Thema Schutzmasken usw) und verwandten Bereichen gewesen, wo wir laufend eingeschritten sind.

Dazu kommen weitere Fälle, in denen mit der Sondersituation unsachlich und damit zum Nachteil der gesetzestreuen Mitbewerber umgegangen wurde. Erfreulicherweise konnte in der Regel ein Einlenken erreicht werden und wurden unsere Anforderungen ernst genommen. Bei besonders dreisten Fällen von Wucherpreisen und grob falschen Angaben zu Produkten sind noch Strafverfahren im Laufen, weil damit auch Kunden getäuscht und geschädigt wurden. Eine exemplarische Übersicht über einige Fälle haben wir als unlautere Geschäfte mit Corona näher dargestellt.

Aufgrund von Anfragen beschäftigen wir uns außerdem im Detail mit der Bezeichnung „**Made in Austria**“ bzw dem „**Austria-Zeichen**“ in zwei Beiträgen. Im Wettbewerbskommentar unserer Verbandsanwältin Dr. Prunbauer wird die Rechtsprechung zum **Vertretbarkeitsstandard beim Rechtsbruch im Zusammenhang mit dem CE-Kennzeichen** behandelt, wo der OGH eine lauterkeitsrechtliche Verfolgung zulässt, wenn die erfolgte Rechtsauslegung als unvertretbar anzusehen ist.

Interessant ist auch die Auswirkung der **Plattform-Verordnung der EU** auf die Praxis, welche vor allem kleinere Unternehmen schützen soll und die wir nach dem Inkrafttreten noch einmal kompakt wiedergeben. Hier ist der Schutzverband bereits in einer Arbeitsgruppe mit der BWB und der WKO aktiv. Zudem berichten wir in dieser Ausgabe von RuW, wie die Gerichte die Tätigkeit von großen Anbietern wie Uber, Airbnb und Viagogo im Online-Bereich aktuell beurteilt haben. Ebenso spannend ist die rechtliche Einschätzung von **Influencer-Werbung**, welche von uns erstmals rechtlich näher beleuchtet wird.

Weiters hat der Schutzverband seine Warnungen im **Bereich der Schwindelfirmen** immer mehr ausgebaut und bereits Anfang letzten Jahres einen ganz neuen Folder mit plakativen Beispielen und einer Checkliste erstellt, welcher auch von allen Mitgliedern online abrufbar gemacht werden kann. In dieser Ausgabe von RuW bringen wir wieder einen Überblick zu aktuellen Fällen.

**Interessante Rechtsprechung** des OGH und EuGH zum Lauterkeitsrecht und weitere Berichte zu zwei Tagungen der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) ergänzen den Inhalt. Der Wettbewerb bleibt intensiv, gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten. Umso mehr sind die Expertise sowie das besonders rasche sowie effiziente Handeln des Schutzverbandes gefragt.



Fotostudio Wilke

**„Der Schutzverband ist im Corona-jahr so oft wie noch nie tätig geworden, um sich auch in dieser Ausnahme-situation für Fairness im wirtschaftlichen Wettbewerb einzusetzen ...“**

**MAG. HANNES  
SEIDELBERGER**  
Geschäftsführer

# Aktuelle Rechtsprechung zu Uber, Airbnb und Viagogo

Sowohl der EuGH als auch der OGH haben sich in weiteren Entscheidungen mit den beiden großen Anbietern im Bereich der Durchführung von Personentransporten (Uber) und Vermietung von Wohnungen und Häusern (Airbnb) beschäftigt. Daneben war mit Viagogo auch eine große Ticketplattform Gegenstand eines Verfahrens.

In der letzten Ausgabe von Recht und Wettbewerb mit der Nummer 188 hat sich der Wettbewerbskommentar ausführlich mit der Tätigkeit von Uber als Verkehrsdienstleister beschäftigt. Mittlerweile haben die Verfahren auch des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb dazu geführt, dass die Dienstleistung von Uber in Österreich durch eine Uber Austria GmbH abgewickelt wird, welche hier nun Steuern bezahlt.

## AKTUELLE ENTSCHEIDUNG ZU UBER



In seiner jüngsten Entscheidung stellte der OGH erneut klar, dass die vom Anbieter Uber angebotene Vermittlung von Personenbeförderung wegen seines bestimmenden Einflusses auf Preis, Angebotsvolumen, unverzügliche Bereitstellung der Dienstleistung sowie Mindestqualität eine Verkehrsdienstleistung ist und keine rein elektronische Dienstleistung, womit auch das Herkunftslandprinzip nicht greift. **Es kommen damit jedenfalls die österreichischen Vorschriften zur Anwendung** (und nicht jene des Herkunftslandes Holland, wo die Uber B.V. in Europa ihren Sitz hat). Die von der Beklagten (Uber B.V.) vermittelten Personenbeförderungen (Uber-Fahrten) werden nach ihren strikten Vorgaben organisiert und von den Partnerunternehmen nach diesen Richtlinien durchgeführt. Die Vorgaben der Beklagten beziehen sich insbesondere auf die Kriterien der Preisbestimmung, der Einhebung des Preises und

der Qualitätskontrolle. Zudem gibt die Beklagte die Fahrzeugkategorien vor und nimmt auch auf die Auswahl der Uber-Fahrer einen bestimmenden Einfluss. Ohne das Vermittlungssystem der Beklagten könnten die Partnerunternehmen ihre Beförderungsdienstleistungen nicht oder jedenfalls nicht in rentabler Weise erbringen, weil für die Inanspruchnahme der Mietwagenfahrten entscheidend ist, dass sie von den Fahrgästen leicht ausgewählt und angefordert werden können. Ohne das leicht handhabbare Vermittlungssystem der Beklagten (Uber-App) würden die Kunden nicht auf andere Weise – etwa durch Abruf der individuellen Webseiten – das jeweilige Partnerunternehmen auswählen. Vielmehr würden sie ohne leichte Zugänglichkeit zum Uber-Fahrdienst auf andere Vermittlungssysteme (zB Taxizentralen) ausweichen.





Foto: freestocksorg | Pexels

Die Beklagte Uber B.V. führt allerdings laut erster Einschätzung des OGH selbst keine gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen durch und benötigt daher zumindest nach den Feststellungen in diesem Verfahren keine Konzession nach § 2 Abs 1 des Gelegenheitsverkehrsgesetzes. Vielmehr ist für die Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen nach § 126 Abs 1 Z 2 GewO eine Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe erforderlich. Ein Verstoß dagegen ist aufgrund der diesbezüglichen klaren Anordnungen der Gewerbeordnung auch nicht vertretbar (OGH 19.12.2019, Geschäftszahl 4 Ob 206/19a). Mittlerweile ist eine solche Gewerbebeantragung auch vorgenommen worden.

#### EUGH-ENTSCHEIDUNGEN ZU AIRBNB



Anders ist hingegen laut EuGH die Plattform Airbnb zu bewerten, welche die Vermietung von Wohnungen und Häusern als Vermittler ermöglicht. Dieses Angebot ist ein Dienst der Informationsgesellschaft und unterliegt damit dem Herkunftslandprinzip. Konkret erstattete die französische Vereinigung für Beherbergung und Tourismus Anzeige gegen Airbnb wegen Ausübung einer Immobilienmaklertätigkeit ohne Berechtigung in Frankreich. Laut dem EuGH sind die französischen Zugangsbeschränkungen allerdings nicht auf diesen Anbieter anzuwenden, weil er sich auf die Binnenmarktfreiheit der E-Commerce-RL (EC-RL) berufen kann. Der Ver-

mittlungsdienst stellt einen Dienst der Informationsgesellschaft als Instrument für die Präsentation zu mietender Unterkünfte dar, das den Abschluss von künftigen Mietverträgen erleichtert. Das französische Gesetz für Tätigkeiten im Immobilienbereich wurde zwar vor der EC-RL erlassen, aber nicht entsprechend notifiziert (EuGH 19.12.2019, C-390/18 – Airbnb Ireland).

Allerdings können von den Mitgliedstaaten Regelungen wie ein Verbot von Kurzzeitvermietungen über Plattformen wie Airbnb unter bestimmten Rahmenbedingungen erlassen werden. Der EuGH hat dazu entschieden, dass regelmäßige Kurzzeitvermietungen über Airbnb in Städten mit entsprechender Geneh-

Foto: InstagramFOTOGRAFIN from Pixabay



**Laut EuGH sind nationale Regelungen, die Kurzzeitvermietungen über Plattformen wie Airbnb einer Genehmigungspflicht unterwerfen, zur Bekämpfung des Wohnungsmangels zulässig. Hingegen unterliegt Airbnb als Plattform selber nicht dem jeweiligen nationalen Recht.**

Die Genehmigungspflicht verboten werden dürfen. Der Hintergrund bzw die Rechtfertigung dafür ist der Wohnungsmangel als zwingender Grund des Allgemeininteresses, wobei diese Maßnahmen in Bezug auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig sein müssen. Im konkreten Anlassfall vermieteten zwei Wohnungseigentümer in Paris möblierte Einzimmerwohnungen regelmäßig und kurzfristig über die Plattform Airbnb ohne die erforderliche behördliche Genehmigung. Eine solche ist bei Kurzzeitvermietungen in französischen Großstädten mit mehr als 200.000 Einwohnern und in der Nähe der dicht besiedelten Hauptstadt Paris vorgeschrieben, wenn die Wohnungseigentümer nicht selbst dort wohnen. Gegen die ihnen auferlegten Geldstrafen und die angeordneten Rückumwandlungen der betreffenden Räume in Wohnungen klagten die beiden Wohnungseigentümer vor einem Gericht in Frankreich. In einem Vorabentscheidungsverfahren legten die französischen Richter dem EuGH die Frage vor, ob diese Maßnahmen bzw Auflagen der EU-Dienstleistungsrichtlinie (2006/123) entsprechen, was vom EuGH in dieser Grundsatzentscheidung bejaht wurde. Ziel dieser Richtlinie ist ein gemeinsamer europäischer Markt mit grenzüberschreitenden Dienstleistungen. Nach Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie dürfen die

Mitgliedstaaten Dienstleistungen deswegen nur unter bestimmten Voraussetzungen von einer Genehmigung abhängig machen. Das ist der Fall, wenn wie hier zwingende Gründe des Allgemeininteresses diesen Schritt rechtfertigen und das angestrebte Ziel (Zugang zu Wohnraum in Großstädten) nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein (EuGH 22.9.2020, C-724/18 und C-727/18 – Cali Apartments).

Die generelle Abgrenzung zwischen Airbnb und Uber hinsichtlich des Herkunftslandprinzips im Online-Bereich liegt in der Beeinflussung der jeweils erbrachten Dienstleistung durch die Plattformbetreiber. Der von Airbnb angebotene Vermittlungsdienst ist vom eigentlichen Immobiliengeschäft trennbar und die Vermittlungsleistung für die Erbringung von Beherbergungsleistungen auch verzichtbar. Airbnb übt keine Kontrolle über den Mietpreis aus und auch nicht darüber, welche Mieter sich die Vermieter aussuchen. Hingegen nimmt Uber entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen bei der Personenbeförderung, und zwar durch die Festlegung des Preises einer Fahrt, die Einhebung und Überweisung des Fahrpreises, die Auswahl des Fahrers, die Qualitätskontrolle des Fahrzeuges und die



Qualitätskontrolle des Fahrers samt möglichem Ausschluss. Die Dienstleistung von Uber ist daher als integraler Bestandteil eines Gesamtangebots zu sehen, welche als Verkehrsdienstleistung einzustufen ist. Somit muss Uber die nationalen Vorschriften beachten und insbesondere auch eine Gewerbeberechtigung in einem Mitgliedstaat wie Österreich erlangen, während das bei Airbnb nicht der Fall ist (Zur Anwendung des Herkunftslandprinzips, Anmerkung von *Anderl* zu den EuGH-Entscheidungen zu Airbnb und Uber, *ecolex* 2020, 915).

#### OGH-ENTSCHEIDUNG ZU VIAGOGO

**viagogo** Eine ausländische Internetplattform zum An- und Verkauf von Tickets für diverse Veranstaltungen wie Viagogo bedarf laut OGH keiner Gewerbeberechtigung in Österreich. Die beklagte Viagogo AG, eine schweizerische Aktiengesellschaft, betreibt eine Website in Form eines Online-Marktplatzes für einen sekundären Ticketmarkt, wobei ihr Service weltweit abrufbar ist. Sie verfügt in Österreich über keine Niederlassung, keine Postanschrift, keine Büroräumlichkeiten und keine Postfächer. Sie hat auch keine österreichische Telefonnummer und keine auf Österreich bezogene E-Mail-Adresse. Die Beklagte verfügt über keine österreichische Gewerbeberechtigung und werden in Österreich keine Vermittlungshandlungen durchgeführt. Über die Plattform der Beklagten werden von registrierten (zum Teil auch gewerblichen) Usern Tickets für diverse Veranstaltungen an ebenfalls registrierte Interessenten (Kunden) verkauft. Die geschäftliche Abwicklung erfolgt zwischen den Verkäufern und den Käufern. Die Beklagte überprüft – ohne Hinweis auf konkrete Rechtsverstöße – nicht, ob die Verkäufer über die dafür allenfalls notwendige Gewerbeberechtigung verfügen. Für den Kunden ist nicht ersichtlich, von wem er das gewünschte Ticket kauft und ob es sich dabei allenfalls um ein personalisiertes Ticket handelt. Der ursprünglich vom Veranstalter festgelegte Kartenpreis ist ebenfalls nicht

ersichtlich. Die vom Kunden zu zahlenden Preise werden von den jeweiligen Verkäufern festgelegt. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte auf die Preisgestaltung Einfluss nimmt. Beim Ansehen eines konkreten Angebots wird der Ticketpreis (inklusive USt) ausgewiesen. Während des Bestellvorgangs wird zusätzlich zum Ticketpreis die Bearbeitungsgebühr ausgewiesen, in der Folge auch der Gesamtpreis samt den einzelnen Gesamtpreiskomponenten. Es kann nicht festgestellt werden, wie sich die Bearbeitungsgebühr der Beklagten errechnet und ob diese für die von der Beklagten erbrachten Leistungen angemessen ist.

Die Beklagte stellt damit einen Online-Marktplatz für einen sekundären Ticketmarkt zur Verfügung. Dies bedeutet, dass Tickets von registrierten Usern (als Verkäufer) an Kunden weiterverkauft werden. Sie betreibt daher einen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinn des § 3 Z 1 ECG. Hinsichtlich der gegenständlichen Vermittlungstätigkeit der Beklagten würde eine Tätigkeit nach der österreichischen Gewerbeordnung jedenfalls nur dann vorliegen, wenn der Eindruck erweckt wird, dass die gewerbliche Tätigkeit in Österreich entfaltet wird. Nach dem Standpunkt des Klägers kommt es in dieser Hinsicht darauf an, ob ein ausländischer Unternehmer, der keinen Sitz im EWR hat, seinen Internetauftritt (seine Tätigkeit) erkennbar auf den österreichischen Markt ausrichtet. In diesem Sinn führen *Traudtner/Höhne* – unter Hinweis auf die Auffassung der Gewerbebehörden – aus, dass keine Gewerbeausübung im Inland vorliege und die österreichische Gewerbeordnung daher nicht anzuwenden sei, wenn in Österreich kein wesentlicher Teilbereich des Gewerbes erbracht werde. Wenn lediglich die Leistung die Grenze überschreite, sei der ausländische Ort der Niederlassung des Gewerbetreibenden der Ort der Leistungserbringung. Dies gelte auch für die Leistungserbringung via Internet. Ausländische Internet-Gewerbetreibende entfalteten daher keine der Gewerbeordnung unterliegende

---

**Ein ausländischer Online-Marktplatz für sekundäre Veranstaltungstickets ist laut dem OGH als Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne des § 3 Z 1 ECG anzusehen. Werden in Österreich keine wesentlichen Teiltätigkeiten erbracht, ist keine inländische Gewerbeberechtigung erforderlich.**

---

**Beim Online-Verkauf von sekundären Veranstaltungstickets begründen fehlende Angaben über die Identität des jeweiligen Verkäufers sowie darüber, ob es sich um ein frei übertragbares oder ein personalisiertes Ticket handelt, eine irreführende Geschäftspraktik im Sinne des § 2 Abs 4 UWG.**

Tätigkeit. Auf ihre Tätigkeit seien allein die gewerblichen Vorschriften des Ansässigkeitsstaats (Niederlassungsstaats) anzuwenden. Ausgehend von diesen Überlegungen kann die Rechtsauffassung der Beklagten, für ihre Online-Vermittlungstätigkeit sei mangels wesentlicher Teiltätigkeiten in Österreich keine Gewerbeberechtigung nach der österreichischen Gewerbeordnung erforderlich, mit guten Gründen vertreten werden. Der vorgeworfene Rechtsbruch liegt damit nicht vor (OGH 30.3.2020, 4 Ob 32/20i, MR-Int 1/20, 34 mit Anmerkung von *Homar*).

Allerdings ist der Anbieter Viagogo in dem gleichen Verfahren verurteilt worden, weil nicht alle gesetzlich vorgeschriebenen Informationen verfügbar gewesen sind. Dabei hat der OGH grundsätzlich klargestellt, dass beim Fehlen einer wesentlichen Information im Sinne des § 2 Abs 4 bis 6 UWG eine gesonderte Prüfung der Irreführungseignung (Wesentlichkeit) der unterbliebenen Information und der Spürbarkeit (Relevanz) entfällt. Grundsätzlich muss eine solche Aufforderung zum Kauf – wie hier: von Tickets – eine Anzahl von Basisinformationen enthalten, die in Art 7 Abs 4 der RL-UGP angeführt sind und welche der Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können. Zu den erwähnten Basisinformationen zählen vor allem folgende Informationskategorien:

- ▶ Die wesentlichen Merkmale des beworbenen Produkts,
- ▶ die Identität (Name und Anschrift) des (gewerblichen) Anbieters des beworbenen Produkts, wobei diese Information unabhängig davon erteilt werden muss, ob der Anbieter selbst oder ein Dritter Verfasser der Aufforderung zum Kauf ist,
- ▶ der Bruttopreis des beworbenen Produkts.

Die Angabe, ob es sich um ein frei übertragbares oder personalisiertes Ticket handelt, ist demnach ein wesentliches Merkmal des beworbenen Produkts im Sinne des § 2 Abs 6 Z 1 UWG und damit eine wesentliche Informa-

tion. Auch gemäß § 2 Abs 6 Z 2 UWG (in Umsetzung der UGP-RL) muss die Identität des Anbieters des beworbenen Produkts angegeben werden. Die Anbieter sind im Anlassfall die einzelnen Verkäufer und nicht die beklagte Plattform. Bei der Identität des jeweiligen Verkäufers (nach Maßgabe der Registrierung bei der Beklagten) handelt es sich somit ebenfalls um eine wesentliche Information, welche hier gefehlt hat. Beim Online-Verkauf von Veranstaltungstickets begründen somit fehlende Angaben über die Identität des jeweiligen Verkäufers sowie darüber, ob es sich um ein frei übertragbares oder ein personalisiertes Ticket handelt, eine irreführende Geschäftspraktik im Sinne des § 2 Abs 4 UWG.

Da nach dem Inhalt der AGB der Kunde davon ausgehen kann, dass ein gewerblicher Verkäufer über die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügt und eine fehlende Gewerbeberechtigung die Wirksamkeit des Kaufgeschäfts unberührt lässt, ist die zusätzliche Angabe im Einzelfall, dass der jeweilige (gewerbliche) Verkäufer auch über die erforderliche (in- oder ausländische) Gewerbeberechtigung verfügt, hingegen nicht als wesentliche Information zu qualifizieren.

Nach § 2 Abs 6 Z 3 UWG (Art 7 Abs 4 lit c RL UGP) muss der Bruttopreis des beworbenen Produkts angegeben werden. Weitere Angaben zu zusätzlichen Preis-Unterkategorien sind in dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Die in der hier maßgebenden Bestimmung normierte Anforderung wird von der Beklagten erfüllt. Die von der Beklagten verlangte Bearbeitungsgebühr wird während des Bestellvorgangs gesondert ausgewiesen und ist dem Kunden daher bekannt. Die Art der Berechnung der Bearbeitungsgebühr ist nach § 2 Abs 6 Z 3 UWG keine wesentliche Information. Dies wird wiederum dadurch bestätigt, dass Faktoren für eine Angemessenheitskontrolle nach der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung nicht angegeben werden müssen (OGH 30.3.2020, 4 Ob 32/20i – Ticketmarkt, MR 2020, 230 mit Anmerkung von *Petermair*).



# Zur Bedeutung von CE-Kennzeichen für den Rechtsbruchtatbestand im UWG – Präzisierung des Vertretbarkeitsmaßstabes im Sinne des § 1 UWG

Grundsätzlich kann jeder Verstoß gegen eine Norm auch als unlauterer Rechtsbruch nach dem Lauterkeitsrecht verfolgt werden. Allerdings muss dabei laut der Rechtsprechung eine unvertretbare Auslegung bei der Verletzung der konkreten Regelungen vorliegen.

Foto: Markus Spiske | Unsplash



Fotostudio Huger



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

Hersteller, Vertriebskette und Verbraucher sind mittlerweile an das sogenannte „CE-Kennzeichen“ auf Produkten gewöhnt. Die CE-Kennzeichnung signalisiert, dass ein Produkt den jeweiligen grundlegenden rechtlichen und technischen Sicherheitsanforderungen an das spezifische Produkt unter Berücksichtigung der jeweiligen Zweckbestimmung bei ordnungsgemäßer Anwendung unter Berücksichtigung des üblichen Ausbildungs- und Kenntnisstandes des vorgesehenen Anwenderkreises entspricht und insoweit innerhalb der Europäischen Union eben als solchen grundlegenden gemeinsa-

men Standards entsprechend von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden kann. Man könnte das CE-Kennzeichen plakativ verkürzt als eine Art sicherheitstechnisch-rechtlichen „Reisepass“ für Produkte innerhalb der EU bezeichnen.

Zahlreiche Produkte unterliegen je nach ihrer Art vielfach verschiedenen spezifischen rechtlichen Einordnungen, oft Sondervorschriften auf unterschiedlichen Rechtsebenen, die vom Hersteller, Importeur und/oder gegebenenfalls auch Händler zu beachten sind. Das je nach Art des Produktes durchaus komplexe System der CE-Kennzeichnung

verbindet somit im Grunde Erfordernisse der Produktsicherheit im Interesse der Gesundheit der Anwender mit regulatorischen Zertifizierungs-, Beobachtungs- und Schutzverfahren und schließlich mit den Erfordernissen des freien Warenverkehrs im EU-Binnenmarkt. Die Bedeutung des CE-Kennzeichens für Wirtschaft wie Anwender liegt auf der Hand.

Unter der Fallgruppe „Rechtsbruch“ im Sinne des § 1 UWG wiederum können Verstöße gegen Rechtsnormen jeglicher Art (auch) unter dem UWG geltend gemacht werden, sofern solche Verstöße geeignet sind, zu einer spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs zum Nachteil der gesetzeskonform agierenden Mitbewerber zu führen. Insoweit überlappen einander die Regeln des UWG mit den produktbezogenen Normen und schließlich mit dem unionsrechtlichen System der CE-Kennzeichnung.

Der OGH<sup>1</sup> hat kürzlich in Bezug auf den weiten Bereich der Medizinprodukte<sup>2</sup> zum „Rechtsbruchtatbestand“ des UWG grundlegende Klarstellungen zum Vertrauen in ein CE-Kennzeichen im Wettbewerb vorgenommen und dabei seine bisherige Rechtsprechung zum Vertretbarkeitsstandard<sup>3</sup> bei anzuwendenden Normen des (sekundären) Unionsrechts präzisiert.

#### **DIE ENTSCHEIDUNGEN DES OGH 4 OB 135/20M UND 4 OB 157/20X**

##### **Zum Sachverhalt:**

Beklagt im ersten Verfahren war die (Schweizer) Herstellerin, im anderen Verfahren ein Drogeriefilialist, der unter anderem das mit einem CE-Kennzeichen (samt Nummer der benannten Zertifizierungsstelle) versehene Produkt der Herstellerin in Österreich vertreibt. Bei den in Streit gezogenen Produkten, welche dem Rechtsrahmen für Medizinprodukte unterliegen, handelt es sich um In-vitro-Diagnostiktests zur Eigenanwendung (Schwangerschafts- und Ovulationstests), welche in dieser Form als Markenprodukte EU-weit und auch am Weltmarkt vertrieben

werden. Die Produkte werden einem strengen internen und externen regulatorischen Prüfungsverfahren unterzogen und verfügen über eine aufrechte EG-Konformitätserklärung einer im Sinne der Richtlinie 98/79/EG über In-vitro-Diagnostika<sup>4</sup> benannten Stelle, die für die Durchführung der Zertifizierung der Konformitätsbewertung gemäß der genannten RL verantwortlich ist. Handelsbetriebe, auch Apotheken, erhalten diese Produkte verblistert vorverpackt und haben, wie auch sonst üblich, keine Einflussmöglichkeit auf die Gestaltung der Ausstattung oder auf die Informationsangaben auf der Verpackung oder die Inhalte der Gebrauchsanweisung, geschweige denn der Gestaltung einzelner verpackter Stücke innerhalb der Handelspackung.

Die Klägerin – mit der beklagten Herstellerin in einem Wettbewerbsverhältnis bei Herstellung und Vertrieb solcher Schnell-diagnostika in Österreich – beanstandete im Wesentlichen, dass angeblich eine „ausreichende Information“ im Sinne des §§ 9 MPG (Medizinproduktegesetz)<sup>5</sup> in Verbindung mit § 6 Z 1 MPG zu einzelnen von der Klägerin behaupteten Punkten über die sichere Anwendung des Produktes auf den (in der Handelsverpackung einliegenden, einzelnen) Stückpackungen und in der Gebrauchsinformation fehle; auf eine mögliche Verwechslungsgefahr mit ähnlichen Produkten sei nicht hingewiesen. Die Herstellerin habe auf außergerichtliche Schreiben der Klägerin nicht entsprechend reagiert. Unstrittig ist, dass die Produkte über eine aufrechte CE-Zertifizierung einer benannten Stelle im Sinne der Richtlinie 98/79/EG über In-vitro-Diagnostika verfügen.

##### **Einschätzung der Unterinstanzen:**

Alle Unterinstanzen in unterschiedlichen Gerichtssprengeln haben das Klagebegehren abgewiesen. Aufgrund des § 15 MPG dürfen Medizinprodukte nur in Verkehr gebracht und „in Betrieb“ genommen werden, wenn sie ein CE-Kennzeichen aufweisen. Dieses dürfe wegen der entscheidenden rechtlichen

---

**Der OGH hat in Bezug auf die CE-Kennzeichnung von Medizinprodukten grundlegende Klarstellungen zum „Rechtsbruchtatbestand“ des UWG getroffen, welcher neben einer Verletzung einer Norm laut der Rechtsprechung eine unvertretbare Rechtsansicht bei dieser Auslegung erfordert.**

---

Die Rechtsansicht eines Herstellers oder Händlers, er könne allein wegen der CE-Zertifizierung seines Produkts davon ausgehen, dass dieses den Anforderungen des Medizinproduktegesetzes (MPG) entspreche, ist in einem auf § 1 UWG (Rechtsbruchtatbestand) gestützten Verfahren jedenfalls vertretbar.

Bedeutung im Regelungssystem für Medizinprodukte nur von Personen angebracht werden, die zur Konformitätsbewertung autorisiert seien. Die CE-Kennzeichnung dürfe nur dann auf einem Medizinprodukt angebracht werden, wenn die notwendigen grundlegenden Anforderungen nachweisbar erfüllt seien und für die Produkte eine geeignete Konformitätsbewertung (hier: durch autorisierte, von den Mitgliedstaaten der EU jeweils „benannte Stellen“) vorliege. Bei Medizinprodukten, die mit einer CE-Kennzeichnung gemäß § 15 MPG versehen seien, gelte gemäß § 22 MPG bis zum Nachweis des Gegenteils die Annahme, dass das Produkt die geforderten Voraussetzungen erfüllt und die CE-Kennzeichnung rechtmäßig erfolgt ist.

Die Beklagten konnten daher berechtigt darauf vertrauen, dass ein Produkt, das eine CE-Kennzeichnung erhalten hat, nachdem eine autorisierte Stelle sämtliche Erfordernisse in deren Verantwortungsbereich in einem Zertifizierungsprozess überprüft hat, in Verkehr gebracht werden kann und den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, zumal auch Kennzeichnung und Gebrauchsanweisung Teil des Zertifizierungsverfahrens sind. Eine solche Auffassung ist jedenfalls mit guten Gründen vertretbar, sodass kein unlauteres Handeln im Sinne des § 1 UWG vorliege.

#### Begründung des OGH:

Der OGH hat die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt. Festzuhalten ist zunächst im Sinne der bisherigen ständigen Rechtsprechung, dass ein Verstoß gegen eine generelle Norm (hier: Medizinproduktegesetz) *nur dann als unlautere Geschäftspraktik* gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten ist, *wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht*. Das gilt grundsätzlich auch für Normen des (sekundären) Unionsrechts<sup>6</sup>. Die Rechtsansicht eines Herstellers oder Händlers eines aufrecht CE-zertifizierten Produktes, dass **er allein wegen der aufrechten CE-Zertifizierung davon ausgehen könne, dieses Pro-**

**dukt entspreche den Anforderungen des MPG, ist in einem auf § 1 UWG (Rechtsbruchtatbestand) gestützten Verfahren jedenfalls vertretbar.**

Der OGH verweist zunächst detailliert auf den relevanten **unionsrechtlichen Rechtsrahmen der RL 98/79/EG** über In-vitro-Diagnostika<sup>7</sup> und auch darauf, dass eine CE-Kennzeichnung wegen ihrer entscheidenden rechtlichen Bedeutung im Regelungssystem für Medizinprodukte nur von dazu autorisierten Personen vergeben werden kann<sup>8</sup>. Art 4 der RL 98/79/EG („Freier Verkehr“) hält fest:

*„Die Mitgliedstaaten behindern in ihrem Hoheitsgebiet nicht das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Produkten, die die CE-Kennzeichnung nach Art 16 tragen, wenn diese einer Konformitätsbewertung nach Art 9 unterzogen worden sind ...“*

Der OGH bezieht sich weiters auf **bisherige Judikatur des EuGH** zur (allgemeinen) Medizinprodukte-Richtlinie 93/42/EWG<sup>9</sup>, welche im Wesentlichen deckungsgleich zu den spezifischen Regeln für In-vitro-Diagnostika ist und zu denen der EuGH bereits ausgesprochen hat, dass davon auszugehen ist, dass Medizinprodukte, die harmonisierten Richtlinien entsprechen und gemäß den Verfahren der RL zertifiziert wurden, die grundlegenden Anforderungen erfüllen. Nach Auffassung des EuGH habe ein Mitgliedstaat, wenn sich herausstellt, dass ein Medizinprodukt trotz CE-Kennzeichnung nicht die grundlegenden Anforderungen erfüllt oder erhebliche Bedenken dazu bestehen, Maßnahmen im Sinne des sogenannten „Schutzverfahrens“ nach Art 8 der RL zu ergreifen und dieses unionsrechtlich vorgesehene, in den jeweiligen Mitgliedstaaten in deren jeweiliges Rechtssystem integrierte Verfahren einzuhalten, welches eine objektive und unabhängige Beurteilung und Kontrolle der geltend gemachten Risiken gewährleiste.

In einer weiteren Entscheidung zur spezifischen RL 98/79/EG über In-vitro-Diagnostika<sup>10</sup> hat der EuGH (wieder) bestätigt, dass zu vermuten ist, dass solche nach



den Vorgaben der RL zertifizierte Produkte die grundlegenden gesetzlichen Anforderungen erfüllen. In dem der Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Ausgangsfall war deshalb ein Parallelimporteur eines Produktes mit CE-Kennzeichnung nicht verpflichtet gewesen, selbst wieder eine neue Konformitätsbewertung vornehmen zu lassen. Die (gesetzliche) Vermutung der Richtlinie, dass ein Produkt mit CE-Kennzeichnung den normativen Anforderungen entspricht, ist im **österreichischen Recht** (spiegelbildlich) in § 22 MPG umgesetzt. Gleichzeitig ist in Österreich gemäß § 22 MPG in Verbindung mit § 68 MPG für den Fall eines „begründeten Verdachts“, dass ein Produkt trotz CE-Kennzeichnung nicht den grundlegenden Voraussetzungen entspricht, das Einschreiten des Bundesamtes für Sicherheit und Gesundheitswesen und die Einbeziehung der Europäischen Kommission im Sinne (der österreichischen Variante) des Schutzverfahrens nach Art 8 der RL vorgesehen.

Damit lässt sich ableiten, dass eine Konformitätsvermutung auch widerlegbar ist. Von der Thematik, dass die Konformitätsvermutung des CE-Kennzeichens grundsätzlich auch widerlegbar ist, ist jedoch zu trennen, auf welche Weise diese Widerlegung erfolgen kann. Die Frage ist, ob es dazu des geregelten „Schutzverfahrens“ nach Art 8 der RL 98/79/EG in dessen nationaler Ausprägung<sup>11</sup> bedarf oder ob die gesetzliche Vermutung auch außerhalb eines solchen vorgesehenen Verfahrens widerlegt werden kann (etwa nach Meinung der Klägerin: durch ein bloßes außergerichtliches Schreiben mit sehr subjektiver Meinung). Der OGH tendiert im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>12</sup> (und auch der klaren Regelung des § 22 MPG) zu ersterer Variante.<sup>13</sup>

Unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen und des innerstaatlichen Rechtsbestandes, der Meinung des (deutschen) Schrifttums und des Fehlens bisheriger österreichischer Rechtsprechung erweist sich freilich der Rechtsstandpunkt der Beklagten, man dürfe im Hinblick auf die aufrechte

CE-Kennzeichnung davon ausgehen, dass die Produkte den Anforderungen des MPG entsprechen, in einem auf § 1 UWG gestützten Verfahren als unter den Kriterien des Rechtsbruchtatbestandes als jedenfalls vertretbar. Insofern spricht unter diesen Umständen fehlende höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht gegen, sondern gerade für die Vertretbarkeit des Standpunktes der Beklagten.

**Ist aber ein Anspruch wegen behaupteten Rechtsbruchs im Sinne des § 1 UWG schon wegen jedenfalls lauterkeitsrechtlicher Vertretbarkeit des Vertrauens in die CE-Kennzeichnung zu verneinen, ist eine abschließende Klärung der Rechtslage und der Frage, ob der vorgeworfene Verstoß überhaupt begangen wurde, im UWG-Verfahren nicht erforderlich**<sup>14</sup>. Daher ist auch ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Auslegung bestimmter Bestimmungen der RL 98/79/EG bzw des Anhangs nicht erforderlich.

#### ANMERKUNG

Der OGH hat zu einem durchaus komplexen, nur vordergründig lediglich medizinprodukte-technischen Thema eine Entscheidung erstmals überhaupt zur Bedeutung von CE-Kennzeichen im UWG-Prozess getroffen – somit eine Entscheidung von ganz grundlegender Bedeutung, weit über den anlassgebenden Einzelfall der Schwangerschafts- und Ovulationsschnelltests für die Eigenanwendung zu Hause hinaus. Zweitens hat er eine Entscheidung **mit höchster praxis- und wirtschaftsrelevanter Wirkung** für den Vertrieb und Handel mit CE-gekennzeichneten Produkten getroffen, die das gesetzlich vorgegebene, notwendige Vertrauen der Wirtschaftskette in die CE-Kennzeichnung nach einem externen Zertifizierungsprozess zu Recht stärkt. Er hat dabei seine bisherige ständige Rechtsprechung zu den notwendigen Kriterien für eine (aus Sicht eines Klägers) erfolgreiche Geltendmachung des Rechtsbruchtatbestandes bestätigt und gleichzeitig seine Judikatur zu einem Regelungsumfeld, wo sich nationales Recht mit europäischem Richtlinienrecht überlappt, noch einmal präzisiert.

---

**Ist ein Rechtsbruch im Sinne des § 1 UWG schon wegen lauterkeitsrechtlicher Vertretbarkeit zu verneinen, wird von den Gerichten im UWG-Verfahren eine abschließende Klärung der Rechtslage und der Frage, ob der vorgeworfene Verstoß überhaupt begangen wurde, nicht mehr durchgeführt.**

---

Um einen Rechtsbruch unter § 1 UWG durchzusetzen, bedarf es bekanntlich des Vorliegens von drei Tatbestandsvoraussetzungen: a) der objektiven Verletzung einer generellen Norm, b) der lauterkeitsrechtlichen Spürbarkeit, das heißt Eignung zur spürbaren, nicht bloß unerheblichen Beeinflussung des Wettbewerbs durch den Verstoß und c) dem Erfordernis, dass die übertretene Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise so ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Denn gleiche Rahmenbedingungen für das wirtschaftliche Verhalten der Wettbewerber sind auch dann gegeben, wenn sich alle Marktteilnehmer an eine *vertretbare* Auslegung der für ihr Handeln maßgeblichen Rechtsnormen halten. Ist ein Verhalten in diesem lauterkeitsrechtlichen Sinn jedenfalls vertretbar, so müssen die anderen Voraussetzungen gar nicht mehr geprüft werden. Insofern musste auch nicht abschließend Stellung dazu genommen werden, ob im Falle der hier vorliegenden spezifischen CE-Zertifizierung auch nur eine erst sukzessive Kompetenz des Gerichts nach einem Verwaltungsverfahren vorliegt.

Dieser sogenannte lauterkeitsrechtliche Vertretbarkeitsstandard gilt, so nun eindeutig, jedenfalls auch für das (sekundäre) Unionsrecht und dessen Umsetzung im nationalen Recht und nicht nur für österreichische Rechtsnormen. Die Entscheidung zeigt deutlich auf, dass im UWG das Unionsrecht immer mitspielt. Dabei kommt der für Hersteller, Importeure oder Händler oft schwierig nachvollziehbaren, meist komplexen Überlappung von nationalem Recht mit der Unionsrechtsebene und den im Unionsrecht eingebauten Mechanismen zusätzliche Bedeutung für den Vertretbarkeitsstandard zu. Sieht das Unionsrecht einen je nach Produkt ohnedies sehr aufwändigen Mechanismus zur Prüfung für die dann gegenseitige Anerkennung von Produkten im freien Warenverkehr vor, wie ihn die externe CE-Zertifizierung durch besondere, in der EU autorisierte „benannte Stellen“ ermöglichen soll, kann sich

zuallererst der Hersteller, der sich diesem Prozedere unterzieht, aber umso mehr die nachfolgende Vertriebskette und ein Händler eines solchen CE-zertifizierten Produktes im Wettbewerb darauf verlassen, dass ein solcherart von autorisierter Stelle extern zertifiziertes Produkt den entsprechenden, in der EU harmonisierten Normen entspricht. Das schließt nicht aus, dass allfällige Fehler in einem Zertifizierungsprozess aufgegriffen werden können – aber unter Einhaltung besonderer Verfahren.

Die ausführlich begründete Entscheidung des OGH zeigt auch Grenzen zu in der Praxis manchmal zu beobachtenden Missbrauchstendenzen bei Geltendmachung des Rechtsbruchtatbestandes im Sinne des § 1 UWG auf: Das UWG kann, soll und muss zwar eine sehr scharfe Waffe gegen Wettbewerbsverzerrung durch Gesetzesübertretungen von Playern im Wettbewerb sein. Das UWG ist aber nicht dazu da, öffentlich-rechtliche Bestimmungen über den Umweg des UWG überhaupt erst auszulegen oder um ein unionsweit gesetzlich begründetes Vertrauens- und Anerkennungssystem der – durchaus kostspieligen – externen CE-Zertifizierung zu unterlaufen und somit auf nationaler Ebene für unionsweit vertriebene CE-zertifizierte Produkte mit der Behauptung eines (allgemeinen) Verstoßes gegen österreichisches Recht in Wahrheit ein Markthindernis aufzubauen und die Vertriebspartner zu verunsichern.

Für die Praxis sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Tatbestandskriterien des Rechtsbruchtatbestandes im Sinne des § 1 UWG ernst zu nehmen. Ist der (gegenläufige) Rechtsstandpunkt des Gegners in Bezug auf die auszulegende Norm jedenfalls vertretbar, wird das Gericht im Lauterkeitsprozess gar nicht erst auf die nähere Prüfung eingehen, ob eine Norm, wie behauptet, tatsächlich übertreten wurde. Der Vertretbarkeitsstandard bezieht zu Recht auch das Unionsrecht mit ein. Diese zusätzliche Rechtsebene sollte nicht außer Acht gelassen werden.

- 1 OGH vom 22.9.2020, 4 Ob 135/20m; 4 Ob 157/20x.
- 2 Zur sehr vielfältigen Einordnung als „Medizinprodukt“ und zum spezifischen Anwendungsbereich siehe Bundesgesetz betreffend Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG), BGBl. Nr. 657/1996 idGF.
- 3 Zu den Grundsätzen der Vertretbarkeit im Lauterkeitsrecht in der stRsp: RS0123239; M. Prunbauer-Glaser, in RuW Nr. 187, 4 und RuW Nr. 176, 4, jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 4 Richtlinie 98/79/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 1998 über In-vitro-Diagnostika; siehe insb deren Art 4 zum freien Warenverkehr; Art 8 und 9 zur Schutzklausel und Konformitätsbewertung, Art 16ff zur CE-Kennzeichnung sowie deren Anhänge I und III zur Konformitätserklärung.
- 5 Siehe FN2.
- 6 4 Ob 4/16s; 4 Ob 36/18z; RIS-Justiz RS0123239; RS0124004.
- 7 FN 4; Wiedergabe der wesentlichen Vorschriften in 4 Ob 135/20m.
- 8 Vgl § 15 Abs 3 MPG; ErläutRV 313 BlgNr 20. GP 78.
- 9 EuGH C-6/05 – Medipac-Kazantzidis.
- 10 EuGH C-277/15-Servoprx.
- 11 Hier: § 22 MPG iVm § 68 MPG.
- 12 Siehe FN 5; Entscheidung des EuGH C-6/05 – Medipac-Kazantzidis.
- 13 Vgl RN 52 der Entscheidung des EuGH C-6/05 – Medipac-Kazantzidis: „... verpflichten ihn dazu ein Verfahren, wie das Schutzverfahren nach Art 8 der Richtlinie 93/42/EWG einzuhalten“; 4 Ob 135/20m, Erwägungsgrund 7.
- 14 RIS-Justiz RS0077771.

# Platform-to-Business-Verordnung (P2B-VO) der EU in Kraft getreten

Seit 12.7.2020 gilt in allen Mitgliedstaaten eine EU-Verordnung, die Online-Plattformen zu mehr Fairness und Transparenz gegenüber Handelsunternehmen und anderen gewerblichen Nutzern verpflichtet.

Der Schutzverband hat in seiner letzten Ausgabe von Recht und Wettbewerb Nr. 188 ausführlich über diese – in den Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar anwendbare – Verordnung (kurz P2B-VO) und dessen Inhalt berichtet. Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art 15 Abs 2 der P2B-VO Vorschriften über wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Maßnahmen zu erlassen, welche bei Verstößen gegen die Verordnung anwendbar sind. Daraus ergibt sich ein Umsetzungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber. In Österreich ist bis dato noch keine ergänzende Regelung zu dieser VO erfolgt.

Der Verordnung vorangestellt sind 52 Erwägungsgründe, deren Umfang an eine amtliche Kommentierung des Textes denken lässt. Einige Regelungen dieser Verordnung, wie etwa die Vorgaben bei der Änderung von AGB, sind sehr detailliert ausgeführt, während andere, insbesondere vertragsrechtliche Fragen, wie zB die Einbeziehung von AGB bei Vertragsabschluss, unberücksichtigt bleiben und weiterhin nach nationalem Recht zu beurteilen sind. Abgesehen von verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffen fehlt eine mit Art 5 UGP-RL (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) vergleichbare Generalklausel. Teilweise sind Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Verordnungsvorschriften vorgesehen (so die Nichtigkeit von AGB), aber vielfach bleibt es Sache der Mitglied-

staaten, für eine angemessene und wirksame Durchsetzung der P2B-VO zu sorgen (mit einer ersten ausführlichen Bewertung dazu *Alexander*, Anwendungsbereich, Regelungstechnik und einzelne Transparenzvorgaben der P2B-VO, WRP 8/2020, 945).

Österreich hat bereits eine Notifikation (offizielle Benennung) der klagsbefugten Einrichtungen nach der P2B-Verordnung gegenüber der EU durchgeführt. Demnach sind die Bundeswettbewerbsbehörde, die Wirtschaftskammer Österreich und der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb berechtigt, die zuständigen nationalen Gerichte anzurufen, um die Nichteinhaltung der Bestimmungen der genannten Verordnung durch Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten oder Online-Suchmaschinen zu beenden oder zu untersagen (Amtsblatt der EU vom 10.9.2020, C 300/02). Die benannten Einrichtungen haben bereits eine Arbeitsgruppe gebildet, um sich bei aktuellen Fällen auszutauschen, zumal vor

allem marktstarke ausländische Plattformen ein Thema von Beschwerden sein werden (siehe den Kurzbericht der BWB in Recht und Wettbewerb Nr. 188 über die Beschwerden betreffend Geschäftspraktiken auf dem Amazon.de-Marktplatz).

Aus Sicht der Praxis folgt aus der Verordnung zunächst und vor allem die Notwendigkeit für Plattformbetreiber, ihre Vertragsbedingungen anzupassen. Die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten müssen die von ihnen verwendeten AGB überprüfen und auf die neuen gesetzlichen Anforderungen ausrichten. In gleicher Weise haben die Anbieter von Online-Suchmaschinen Lösungen zu entwickeln, um den Transparenzpflichten in Bezug auf die Bekanntgabe der Hauptparameter für ihr Ranking nachzukommen (mit weiterer Bewertung auch *Schneider/Kremer*, Ein zweiter, kritischer Blick auf die P2B-Verordnung: Nachhaltige Veränderung des Plattformökosystems?, WRP 2020, 1128).

## HIER NOCH EINMAL EIN PRAXISBEZOGENER ÜBERBLICK:

- Inhalt: Transparente und verständliche Gestaltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (zB Informationen zu Account-Suspendierung, Vertragskündigung, Hauptparameter für Ranking, differenzierte Behandlung plattformeigener Produkte, Datenzugang usw)
- (teilweiser) Kündigungsschutz für gewerbliche Nutzer
- Einrichtung von internen Beschwerdesystemen durch Plattformen für Händler etc
- Angabe von Mediatoren in den AGB für außergerichtliche Streitbeilegung
- Klagemöglichkeit von Organisationen, Verbänden und öffentlichen Stellen auf Einhaltung dieser Verordnung



# Unlautere Irreführung durch „Made in Austria“

Die Angabe „Made in Austria“ wird immer wieder leichtfertig in einer Weise verwendet, die eine wettbewerbswidrige Herkunftstäuschung im Sinne des § 2 UWG begründet.

## EINLEITUNG

Der Verweis auf die österreichische Herkunft eines Produkts geschieht häufig durch die Angabe „**Made in Austria**“. Dies bedeutet allerdings nicht immer, dass das Produkt tatsächlich zur Gänze in Österreich gefertigt wurde oder die Teile bzw Rohstoffe zu 100 % aus Österreich kommen. In vielen Produktbereichen stellt sich daher regelmäßig vor dem Hintergrund der großen ökonomischen Bedeutung einer solchen Kennzeichnung die Frage, ob ein Erzeugnis zu Recht als „Made in Austria“ bezeichnet wird oder nicht. Der Schutzverband ist regelmäßig mit diesem Thema konfrontiert und fordert bei einer entsprechenden Irreführungseignung die betreffenden Unternehmen zur Unterlassung dieser Angabe auf. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für eine rechtskonforme Verwendung dieser sowie anderer geografischer Herkunftsangaben.

## IRREFÜHRUNG DURCH GEOGRAFISCHE HERKUNFTSANGABEN

Das Irreführungsverbot des § 2 UWG verbietet grundsätzlich jede Art von unrichtigen Angaben als unlautere Geschäftspraktik. Täuschungen über die Herkunft eines Produkts spielen in der Praxis eine wichtige Rolle und werden insbesondere als **unlautere Irreführung über „die wesentlichen Merkmale des Produkts“** im Sinne des § 2 Abs 1 Z 2 UWG angesehen. So nennt auch der dieser Bestimmung zugrunde liegende Art 6 Abs 1 lit b RL-UGP als Beispiel für wesentliche Merkmale des Produkts unter anderem das „*Verfahren und den Zeitpunkt der Herstellung*“ sowie die „*geografische oder kommerzielle Herkunft*“. Weiters sind irreführende Angaben über Produkte häufig auch eine unlautere Kundentäuschung gemäß § 1 UWG.

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH zu § 2 UWG ist die unzutreffende Bezugnahme auf die Herkunft bzw den geografischen Ursprung einer Ware generell unzulässig, wenn sie *einen nicht unerheblichen Teil der Abnehmer bei seiner Auswahlüberlegung irgendwie beeinflussen kann*. Dabei sind neben ausdrücklichen, direkten Herkunftsangaben wie „Made in Austria“ auch „mittelbare Herkunftsangaben“ wie Landesfarben, Wappen, Bilder berühmter Bauten, die Abbildung von Trachten etc von entsprechender Bedeutung, weil sie vom Geschäftsverkehr auf einen bestimmten geografischen Raum bezogen werden (Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Wiltschek/Horak*, UWG<sup>8</sup>, E 783 ff zu § 2; *Görg*, Kommentar zum UWG, § 2 Rz 516). Eine Aufklärung über die wahre Herkunft des Produkts im weiteren Text auf der Verpackung ist nach Entscheidungen des OGH und des EuGH nicht ausreichend, wenn die optische Gestaltung selber einen anderen Eindruck vermittelt (siehe dazu bereits den Beitrag „Irreführung über die Herkunft von Lebensmitteln“, Recht und Wettbewerb Nr 186, Seite 9).

Aus prozessrechtlicher Sicht ist darauf hinzuweisen, dass der OGH in einem UWG-Verfahren, wo es um die Frage der Herkunft von Fleisch ging, festgehalten hat, dass nicht der Kläger, sondern der Beklagte, der die Herkunftsbezeichnung in der Werbung verwendet, den Beweis für die Richtigkeit seiner Ankündigung zu erbringen hat (Entscheidung vom 17.11.2015, 4 Ob 182/15s – *regionales Rindfleisch*).

## IRREFÜHRUNG DURCH DIE ANGABE „MADE IN AUSTRIA“

In der EU ist ein Hinweis auf das Herstellungsland eines Produkts grundsätzlich nicht zwingend erforderlich (in Drittstaaten, wie zB

---

Täuschungen über die Herkunft eines Produkts spielen in der Praxis eine wichtige Rolle und werden insbesondere als unlautere Irreführung über „die wesentlichen Merkmale des Produkts“ im Sinne des § 2 Abs 1 Z 2 UWG angesehen.

---

den USA, gelten teils andere Regelungen bzw wird hier das Madrider Herkunftsabkommen zu beachten sein; siehe auch die spezielle Regelung für Lebensmittel in Art 26 Abs 2 LMIV). **Die Angabe „Made in Austria“ ist daher allgemein eine freiwillige (unmittelbare) geografische Herkunftsangabe, für die es keine spezifischen gesetzlichen Regelungen gibt.** Sie ist auch kein Qualitäts- oder Gütezeichen. Anders als das markenrechtlich geschützte „Austria-Zeichen“ der WKO, das bestimmten Nutzungsbedingungen unterliegt und insbesondere nicht auf Produkten angebracht werden darf (siehe dazu den folgenden Beitrag), kann diese Wortfolge frei verwendet werden, wenn sie nicht irreführend im Sinne des § 2 UWG ist.



Der folgende Überblick über die Judikatur des OGH (und des deutschen BGH) zu solchen bzw ähnlichen Produktkennzeichnungen soll die maßgeblichsten Beurteilungskriterien für eine mögliche Irreführung durch die Angabe „Made in Austria“ sichtbar machen, wobei auch Entscheidungen zu mittelbaren Herkunftsangaben miteinzubeziehen sind (es gibt zwar

bis dato, soweit ersichtlich, noch keine ausdrückliche, höchstgerichtliche Feststellung, wonach die Abbildung der rot-weiß-roten, österreichischen Flagge auf einem Produkt mit der Wortangabe „Made in Austria“ auf diesem gleichzusetzen sei; jedoch lässt sich der Judikatur zumindest mittelbar doch recht eindeutig entnehmen, dass man davon ausgeht, dass die angesprochenen Verkehrskreise mit einer solchen Abbildung die geographische Herkunft des Produkts assoziieren und damit die wesentlichen Schritte in der Fertigung des Produkts in diesem Gebiet verorten).

Eine der wesentlichsten, einschlägigen Urteile ist zu einem Fall ergangen, wo ein traditioneller österreichischer Klavierhersteller ein **Klavier als von ihm „hergestellt“ und als „Eigenmarke“ bezeichnet** hatte, das von einem anderen Unternehmen in Auftragsproduktion in China gefertigt wurde (OGH 8.4.2008, 4 Ob 42/08t – *W.-Klaviere*). Das Höchstgericht stellte fest, dass ein durchschnittlicher Kaufinteressent aus der Behauptung der Eigenherstellung zwar nicht ableiten werde, dass diese Herstellung ausschließlich im Inland erfolge, dass die Behauptung aber wegen der besonderen Qualitätserwartung sehr wohl geeignet sei, seine Kaufentscheidung wesentlich zu beeinflussen. Der Unternehmer habe damit nämlich zum Ausdruck gebracht, nicht nur die Verantwortung für das Produkt zu übernehmen, sondern dafür aufgrund eigener Produktion in jeder Hinsicht verantwortlich zu sein. Im konkreten Fall sei die Behauptung der Eigenherstellung zudem von einem Unternehmen aufgestellt worden, das schon seit Jahrzehnten auf dem Markt tätig gewesen sei und habe man sich damit implizit auch auf die eigene langjährige Erfahrung im Instrumentenbau berufen. Die Behauptung der Eigenherstellung sei somit eine irreführende eine irreführende Geschäftspraktik im Sinne des § 2 Abs 1 Z 2 UWG.

Dass diese Entscheidung des OGH auch für die Angabe „Made in Austria“ unmittelbar relevant ist, obwohl diese Worte in diesem Fall nicht explizit verwendet wurden, zeigt sich auch an den Ausführungen des Höchstgerichts zum Begriff der „Herstellung“: So werde unter „Herstellung“ im allgemeinen Sprachgebrauch jedenfalls mehr verstanden als Planung und Kontrolle. Zwar werde es ein durchschnittlicher Kaufinteressent für möglich und wohl auch wahrscheinlich halten, dass der „Hersteller“ einzelne Bestandteile zukaufe. **Der Zusammenbau dieser Teile bilde aber geradezu den Kern des Begriffs „Herstellung“.** Das gelte auch unter der Prämisse, dass der europäische Durchschnittsverbraucher das Prinzip der Arbeitsteilung in der internationalen Wirtschaft kenne. Denn ge-

rade dann werde er – bei typischerweise hochwertigen Produkten – die Behauptung der Eigenherstellung als Ankündigung besonderer Qualität verstehen. Aus diesem Grund werde er diese Behauptung aber auch auf alle oder zumindest auf den Großteil jener Produktionsschritte beziehen, die für die Qualität des Produkts im konkreten Fall maßgebend sind. Bei der Herstellung eines Klaviers sei das – neben Planung und Materialauswahl – zweifellos auch der für den Klang entscheidende Zusammenbau der einzelnen Teile.

Weiters ist auf folgende Entscheidungen des OGH hinzuweisen (siehe auch Wettbewerbsfibel<sup>12</sup>, Seite 143):

- Für den Käufer von Schuhen ist es in der Regel wesentlich, wo die Ware erzeugt wird, und nicht, woher der Rohstoff stammt (*Wiltschek/Horak*, aaO, E 791 zu § 2);
- Irreführend ist die Bezeichnung „*Schweizer L-Produkt*“ in Verbindung mit der Verwendung des Schweizer Kreuzes für Waren, die nicht in der Schweiz hergestellt wurden (OGH 28.11.1978, 4 Ob 347/78, ÖBl 1979, 94 – *Guhl*);
- Die Bezeichnung „*Qualitätserzeugnis österreichischer Firmen*“ für einen Isolierkamin, bei dem nicht alle wertschöpfenden Bestandteile tatsächlich aus Österreich stammen, ist unzulässig (OGH 5.12.1978, 4 Ob 402/78, ÖBl 1979, 126 – *Isolierkamin*; der OGH hielt in dieser Entscheidung fest, dass es hier nicht auf die Zollvorschriften ankomme);
- die Verwendung von Einnähetiketten für italienische Lodenstoffe, die maßgeblich von Wappen österreichischer Gebietskörperschaften geprägt sind, weist unmittelbar auf einen österreichischen Ursprung hin, wobei die Irreführung durch den Zusatz „*Made for Austria*“ geradezu noch gefördert wird (OGH 19.10.1999, 4 Ob 272/99z, wbl 2000, 139 – *Tiroler Loden*).

Es ist zwar denkbar, dass die „*wesentlichen Merkmale eines Produkts*“ (§ 2 Abs 1 Z 2 UWG)



bei objektiver Betrachtung darin bestehen, dass die Produkte mit österreichischen Maschinen gefertigt wurden. Dieser Umstand kann es aber nicht rechtfertigen, im Ausland hergestellte Produkte als „Made in Austria“ zu etikettieren oder mit den österreichischen Landesfarben des Maschinenherstellers zu kennzeichnen, weil damit eben primär die Vorstellung verbunden ist, die Waren seien in Österreich gefertigt worden. Dies gilt wohl auch dann, wenn Österreich für diese Produkte gar kein „bevorzugtes Herkunftsland“ ist (wie zB die Schweiz für Uhren).

Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch wieder die Entscheidung des OGH vom 11.8.2015, 4 Ob 121/15w – *Forellenfilet geräuchert* (siehe dazu bereits Recht und Wettbewerb Nr. 184, Seite 11, und Nr. 186, Seite 9). Dort wurde die **Werbung für ein Fischfilet**, auf dessen Verpackungsfolie „*in Österreich über feinem Buchenrauch geräuchert*“ und „*österreichischer Familienbetrieb*“ angegeben war, als unlautere Irreführung beurteilt, weil (worüber lediglich auf der Rückseite der Verpackung informiert wurde) der Rohfisch aus einer Aquakultur in Italien stammte. Es reiche, so der OGH, für die Relevanz der Irreführung schon aus, dass die Bezugnahme auf die geographische Herkunft geeignet sei, einen nicht unerheblichen Teil der umworbenen Abnehmer bei seiner Auswahl-



überlegung irgendwie zu beeinflussen. Ob die Irreführung im Einzelfall tatsächlich bewirkt werde, sei dabei unerheblich; die bloße Gefahr einer Täuschung genüge. Diese strenge wettbewerbsrechtliche Beurteilung schon solcher „indirekter“ Herkunftshinweise lässt den Schluss zu, dass diese Maßstäbe bei einer ausdrücklichen Angabe wie „Made in Austria“ in jedem Fall zum Tragen kommen.



Nach Ansicht des BGH kommt es bei der Angabe „Made in Germany“ darauf an, dass diejenigen Leistungen in Deutschland erbracht werden, durch die das Erzeugnis seine aus Sicht des Verkehrs im Vordergrund stehenden, qualitätsrelevanten Bestandteile oder wesentlichen produktspezifischen Eigenschaften erhält.

### DEUTSCHE JUDIKATUR ZUR BEZEICHNUNG „MADE IN GERMANY“

In Deutschland ist die Judikatur ähnlich. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluss vom 27.11.2014, I ZR 16/14, zur Angabe „Made in Germany“ festgehalten, dass es für die Richtigkeit dieser Angabe notwendig, aber auch ausreichend sei, dass diejenigen Leistungen in Deutschland erbracht würden, durch die das zu produzierende Erzeugnis seine aus Sicht des Verkehrs im Vordergrund stehenden qualitätsrelevanten Bestandteile oder wesentlichen produktspezifischen Eigenschaften erhält. Es komme hingegen nicht auf den Zollkodex an, wonach Ursprungsland dasjenige Land sei, in dem die Ware der letzten wesentlichen und wirtschaftlich gerechtfertigten Be- oder Verarbeitung unterzogen wurde. Solchen zollrechtlichen Maßstäben könne keine entscheidende Bedeutung für den Irreführungscharakter der Angabe „Made in Germany“ zukommen, weil dafür auf das Begriffsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise und auf die mit der Warenfertigung zusammenhängenden Produktionsschritte abzustellen sei.

Im konkreten Verfahren ging es um die Herstellung von Kondomen mit der Angabe „Made in Germany“. Der Beklagte produ-

ziert und vertreibt Kondome, wobei die entsprechend geformten Erzeugnisse aus Naturkautschuklatex aus dem Ausland bezogen werden. In Deutschland wird bei den Produkten gegebenenfalls ein letzter Produktionsschritt vorgenommen und werden diese schließlich einzeln in Folien eingeschweißt, die Folien mit den vorgeschriebenen Kennzeichnungen versehen und die Siegelpackungen samt Gebrauchsanweisungen in Schachteln verpackt und versiegelt. Stichprobenartige Qualitätskontrollen erfolgen im deutschen Prüflabor nach deutschen DIN-Vorschriften. Die Klägerin sah in der Angabe „Kondome – Made in Germany“ eine Irreführung über den Produktionsort. Die Beklagte wendete ein, ihre Produkte würden erst durch die Siegelung und Qualitätskontrolle in Deutschland als Kondome verkehrsfähig.

Die Erst- und Zweitinstanzen bejahten die Irreführung über den Produktionsort der Erzeugnisse, denn die Verbraucher würden den unzutreffenden Eindruck vermittelt bekommen, die Produkte seien in Deutschland hergestellt worden. Jedoch würden die Kondome erst nach ihrer Fertigung im Ausland in das deutsche Werk der Beklagten geliefert, wo für die Produkte nur noch Verpackung, Versiegelung und schließlich die Kontrolle nach dem Medizinproduktegesetz stattfinde. Die rechtsgrundsätzliche Frage, nach welchen Kriterien die Zulässigkeit der Bezeichnung „Made in Germany“ für Erzeugnisse, die nicht ausschließlich in Deutschland hergestellt worden seien, zu beurteilen sei, insbesondere wenn wie bei Medizinprodukten die Erfüllung gesetzlicher Vorgaben für die Verkehrsfähigkeit erforderlich sei, wurde schließlich vom BGH nach folgenden Kriterien entschieden:

Der Verkehr kennt das Phänomen der internationalen Arbeitsteilung und erwartet daher im Allgemeinen nicht, dass alle Produktionsvorgänge am selben Ort stattfinden. Bekannt ist, dass industriell gefertigte Erzeugnisse ihre Qualität und charakteristischen Eigenschaften in aller Regel allein

oder jedenfalls ganz überwiegend der Güte und Art ihrer Verarbeitung verdanken. Bei einem Industrieprodukt bezieht der Verkehr daher eine Herkunftsangabe grundsätzlich auf denjenigen Ort der Warenherstellung, an dem das Industrieprodukt seine für die Verkehrsauffassung maßgebende Qualität und charakteristischen Eigenschaften erhält. Für die Richtigkeit der Angabe „Made in Germany“ ist es demnach notwendig, dass diejenigen Leistungen in Deutschland erbracht würden, durch die das Produkt seine aus Sicht des Verkehrs im Vordergrund stehenden qualitätsrelevanten Bestandteile oder wesentlichen produktspezifischen Eigenschaften erhält. Diese Kriterien werden auch im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum als maßgeblich angesehen, hielt der BGH fest.

Ausdrücklich beleuchtet wurde vom BGH im Jahr 2014 noch ein EU-zollrechtlicher Aspekt, da im Schrifttum für die Frage nach der Produktangabe „Made in Germany“ teilweise abweichend die Regelung in Art 24 der Verordnung (EWG) 2913/92 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften zum zollrechtlichen Ursprung einer in mehreren Ländern hergestellten Ware herangezogen wurde. Danach ist jenes Land das Ursprungsland, in dem die Ware der letzten wesentlichen und wirtschaftlich gerechtfertigten Be- oder Verarbeitung unterzogen worden ist. Laut BGH sind solche Maßstäbe aber nicht entscheidend für den Irreführungscharakter der Angabe „Made in Germany“, weil dafür auf das Begriffsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise abzustellen ist. Daher würden diese genannten Kriterien in der (deutschen) Rechtsprechung nicht als ausschlaggebend erachtet. Eine solche Deutung der Bezeichnung „Made in ...“ für Qualität und Zuverlässigkeit des beworbenen Produkts entfenne sich nach den regelmäßig damit verbundenen Verkehrserwartungen als Garantie der Einhaltung inländischer Qualitätsstandards vom Wortsinn der Wendung „Made in ...“, die vom Verkehr als geläufiger Anglizismus für „hergestellt in...“ verstanden würde. Die Bezeichnung „Made in Germany“ werde somit

als Hinweis auf die mit der Warenfertigung zusammenhängenden Produktionsschritte gesehen.

**Anmerkung:** Bei einem pflanzlichen Erzeugnis ist laut der Entscheidung des EuGH vom 4.9.2019, C-686/17 – *Kulturchampignons*, für die Ursprungsbezeichnung dagegen der Zeitpunkt der Ernte aufgrund des Zollkodex der Gemeinschaften maßgebend; Kulturchampignons können daher nach dieser Entscheidung mit „Ursprung Deutschland“ bezeichnet werden, auch wenn sie erst drei Tage vor der Ernte aus der Zucht in den Niederlanden importiert worden sind (siehe dazu Recht und Wettbewerb Nr. 188, Seite 34).

#### ZUSAMMENFASSUNG

Insbesondere vor dem Hintergrund der Ausführungen des OGH zur Irreführungseignung in der *Forellenfilet*-Entscheidung und der Entscheidung *Isolierkamin* ist davon auszugehen, dass auch in Österreich für die Frage der Zulässigkeit der Angabe „Made in Austria“ nicht zollrechtliche Parameter entscheidend sind. So können die zollrechtlichen Präferenzregelungen mit ihren Aufzählungen von „Minimalbehandlungen“ (das sind Bearbeitungen einer Ware, die in keiner Weise als ausreichend angesehen werden, um eine Ursprungseigenschaft zu begründen, wie zB ein einfaches Zusammenfügen von Teilen eines Erzeugnisses zu einem vollständigen Erzeugnis ohne besondere Kenntnisse oder Fertigkeiten) bestenfalls eine Grundorientierung bieten (vgl dazu auch [https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/Made\\_in\\_....html](https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/Made_in_....html)).

Entscheidend für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Angabe nach Maßgabe des Irreführungsverbots gemäß § 2 UWG wird jedoch vielmehr sein, **ob diejenigen Herstellungsschritte in Österreich erfolgt sind, welche die für die Wertschätzung der Abnehmer wesentlichen Eigenschaften des Produktes begründen und ob – gegebenenfalls – auch die wesentlichen Bestandteile des Produkts aus Österreich stammen.**

---

**Für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Angabe „Made in Austria“ ist entscheidend, ob diejenigen Herstellungsschritte in Österreich erfolgt sind, welche die für die Wertschätzung der Abnehmer wesentlichen Eigenschaften des Produktes begründen und ob insbesondere im Lebensmittelbereich auch die wesentlichen Bestandteile des Produkts aus Österreich stammen (sofern eine solche Herkunft erwartet werden kann).**

---

# Unzulässige Verwendung des „Austria-Zeichens“ der WKÖ bei Produkten

Das „Austria-Zeichen“ der WKÖ wird manchmal in einer Weise verwendet, die nicht nur markenrechtswidrig ist, sondern auch unlauter im Sinne des UWG.



## EINLEITUNG

Die Käufer verbinden mit „Österreich-Logos“ in der Regel bestimmte Qualitätserwartungen. So bevorzugen österreichische Kunden bei vielen Produktarten heimische Erzeugnisse, was bisweilen dazu führt, dass auch Produkte, die nicht bzw nicht zur Gänze aus Österreich stammen, als „inländisch“ etikettiert und beworben werden. Ähnliches gilt, wenn ausländische Unternehmen ohne Niederlassung und Gewerbeberechtigung in irreführender Weise als „österreichisch“ auftreten und auf ihrer Website typische Österreich-Motive abbilden. Wie in Recht und Wettbewerb Nr. 187 vom Jänner 2019 berichtet (ab Seite 20), interveniert der Schutzverband regelmäßig wegen unlauterer Verwendung der österreichischen rot-weiß-roten Flagge – sowohl als Produkt- und Unternehmenskennzeichnung. Nicht selten wird dabei auch das „Austria-Zeichen“ der WKÖ missbräuchlich verwendet.

## DAS „AUSTRIA-ZEICHEN“ DER WKÖ

Das „Austria-Zeichen“ der WKÖ ist eine spezielle Form eines Österreich-Sujets. Zum einen ist sie in ihrer farblichen Gestaltung wesentlich der österreichischen Nationalflagge nachgebildet und hat die Form eines „A“ für Austria, zum anderen trägt sie zusätzlich den Schriftzug „AUSTRIA“, welcher den unmittelbaren Bezug zu Österreich unterstreicht.

## NUTZUNGSBEDINGUNGEN

Das aktuelle „Austria-Zeichen“ ist eine zur Registernummer 1056469 des Österreichischen Patentamts eingetragene Wort-Bild-Marke der Wirtschaftskammer Österreich. Entsprechend den von der WKÖ veröffentlichten Nutzungsbedingungen (abrufbar unter <https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/austria-zeichen-nutzungsbedingungen-verwendung.html>) darf die Marke als „werbliches Orientierungszeichen“ von allen Mitgliedern der Wirtschaftskammer Österreich und von Ange-



hörigen der Freien Berufe, die im Interesse der österreichischen Wirtschaft im Ausland tätig sind, kostenlos verwendet werden.

Gemäß diesen Nutzungsbedingungen ist das Austria-Zeichen weder ein Herkunftszeichen noch ein Qualitäts- oder Gütezeichen. Jeder Hinweis „MADE IN ...“ in Verbindung mit dem Austria-Zeichen ist untersagt (siehe dazu auch den Beitrag auf Seite ...). **Um keine Missverständnisse über die Herkunft, den Ursprung oder die Qualität der Leistung hervorzurufen, darf das Austria-Zeichen gemäß den Nutzungsbedingungen (Punkt 4.) nicht direkt für Produkte/Waren oder diesen beigelegten Zertifikaten eingesetzt werden bzw auf diesen oder auf deren Verpackungen abgebildet werden.** Da das Austria-Zeichen als reines Orientierungszeichen dient, darf es grundsätzlich nur in Verbindung mit unternehmensbezogenen Kommunikationsmitteln wie insbesondere Drucksorten, Webseiten, Informationsunterlagen zum Unternehmen und bei Messeständen etc eingesetzt werden. **Jede Veränderung der Marke, auch durch Zusätze oder Ergänzungen, ist unzulässig (Punkt 5.). Ebenso ist die Einbindung bzw das Voran- oder Hintanstellen des Zeichens in Firmennamen, Logos oder Unternehmenskennzeichen untersagt.**

#### MARKENRECHTSWIDRIGE VERWENDUNG DES „AUSTRIA-ZEICHENS“

Da die (kostenlose) Verwendung dieses Zeichens nur Mitgliedern der Wirtschaftskammer(n) Österreich(s) und inländischen Angehörigen der Freien Berufe gestattet ist, setzt die zulässige Benutzung dieses Zeichens zunächst allgemein eine inländische Gewerbeberechtigung bzw die befugte Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit in Österreich voraus. Darüber hinaus muss der freiberuflich tätige Unternehmer im Interesse der österreichischen Wirtschaft im Ausland tätig sein. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, was etwa dann der Fall ist, wenn ein ausländischer Unternehmer ohne Mitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer dieses Zeichen be-



Unzulässige Verwendung für den Produktversand

nützt, so kann die WKO dagegen **markenrechtlich** vorgehen und insbesondere Unterlassungsansprüche geltend machen. In gleicher Weise kann die WKO als Markeninhaber bei Verstößen gegen die Nutzungsbedingungen durch Wirtschaftskammer-Mitglieder vorgehen (die an sich befugt sind, dieses Zeichen bei entsprechender auslandsbezogener Tätigkeit zu verwenden) und zB die Unterlassung der Abbildung des Zeichens auf den Produkten des Unternehmens fordern. In der Praxis anzutreffen sind häufig auch Abwandlungen dieses Zeichens bzw unmittelbare Kombinationen mit Unternehmenskennzeichen, was ebenfalls einen Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen und das Markenschutzgesetz (MSchG) darstellt.

#### VERSTOSS GEGEN § 1 UWG

Inwieweit bei einer unbefugten Verwendung des „Austria-Zeichens“ bzw bei einem Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen nicht nur die WKO selbst, sondern auch Mitbewerber und klagsbefugte Verbände (nach § 14 UWG) die Unterlassung dieses Verhaltens gerichtlich geltend machen können, weil nicht nur ein Verstoß gegen Markenrechte bzw § 9 UWG, sondern auch gegen § 1 UWG vorliegt, muss im Einzelfall entschieden werden. Nach der Judikatur des OGH kommt bei der Verletzung von Markenrechten eine Anwendung des § 1 UWG in Betracht, wenn das beanstandete Verhalten unabhängig von einem allfälligen Eingriff in die Kennzeichenrechte auch gegen spezifische Regelungszwecke des Lauterkeitsrechts verstößt (OGH 14.10.2008, 17 Ob 25/08p – *Red Bull/Wodka*, siehe *Wiltschek/Horak* UWG<sup>3</sup> E 120 zu § 1). In der juristischen Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die Missachtung von Ausschließlichkeitsrechten (wie Markenrechten) dort gegen § 1 UWG verstoße, wenn sich Wett-

**Das Austria-Zeichen darf nur in der unternehmensbezogenen Kommunikation abgebildet werden (zB auf Drucksorten oder der Website), nicht aber auf Produkten oder Verpackungen. Ebenso ist die Einbindung in Firmennamen, Logos oder Unternehmenskennzeichen untersagt.**

Foto: Devanath | Pixabay



**Unerlaubte Verwendung  
des Austria-Zeichens**

bewerber, die solche Rechte missachten, einen ungerechtfertigten Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen würden (*Frauenberger* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 978 f). In diesem Sinne hat auch das Oberlandesgericht Wien die Klageberechtigung eines Mitbewerbers nach § 14 UWG bejaht und entschieden (OLG Wien 17.11.2017, 133 R 98/17k, ÖBl 2019, 94 – *Terlitza*), dass die entgegen den Nutzungsbedingungen erfolgte Abbildung des Austria-Zeichens auf der Verpackung von Trinkgläsern einen **unlauteren Rechtsbruch gemäß § 1 UWG** darstellt, weil hier die Auflage missachtet wurde, das Zeichen nicht auf Verpackungen von Produkten/Waren abzubilden (siehe dazu auch *Görg*, Kommentar zum UWG, § 1 Rz 1675).

## **IRREFÜHRENDE VERWENDUNG IM SINNE DES § 2 UWG**

Bei einer unbefugten bzw den Nutzungsbedingungen widersprechenden Verwendung dieser Marke durch ein Unternehmen liegt in vielen Fällen auch eine **Irreführung im Sinne des § 2 UWG** vor, die dann auch von Mitbewerbern und anderen, nach § 14 UWG aktivlegitimierten Einrichtungen – gegebenenfalls

auch durch gerichtliche Klage – geltend gemacht werden kann. So gilt gemäß Z 2 Anhang zum UWG *die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung* in jedem Fall als irreführende Geschäftspraktik nach § 2 UWG. Das Austria-Zeichen soll gemäß den Nutzungsbedingungen zwar nicht als Qualitäts- oder Gütezeichen dienen, dennoch ist diese Bestimmung auch auf dieses Zeichen als ein „ähnliches“ Zeichen anzuwenden. Wird dieses Zeichen in einer Art und Weise benützt, die geeignet ist, die anderen Marktteilnehmer über die befugte Verwendung dieser Marke durch den Unternehmer zu täuschen, wird dies generell als eine Irreführung im Sinne des § 2 UWG anzusehen sein. Dies gilt etwa für die Verwendung des Zeichens (auch mit abgewandeltem Erscheinungsbild) durch Unternehmen, die nicht Mitglieder der Wirtschaftskammer(n) sind. Darüber hinaus wird grundsätzlich jede irreführende Benützung dieses Zeichens, insbesondere wenn dadurch über die Herkunft bzw den Ursprung von Produkten getäuscht wird, als unlautere Geschäftspraktik im Sinne des UWG zu betrachten sein.



Foto: Anna Shvets | Pexels

# Unlautere Geschäfte mit Corona

Der Schutzverband interveniert schon seit Beginn der Corona-Maßnahmen überall dort, wo versucht wird, auf unlautere Weise von dieser Sondersituation zu profitieren.

## EINLEITUNG

Schon kurz nach dem Lockdown im März langten beim Schutzverband erste Beschwerden ein, dass einzelne Firmen versuchen würden, **mit unlauteren Methoden von der Krise zu profitieren**. So wurden Schutzmasken zu wucherischen Preisen angeboten oder mit klar irreführenden Angaben beworben. Weiters traten Verkäufer „wie aus dem Nichts“ auf, ohne jegliche Gewerbeberechtigung bzw ohne Berechtigung für den Medizinproduktehandel. Zudem wurden die Produkte vielfach in unzulässigen E-Mails ohne vorherige Zustimmung der Empfänger angeboten und war darüber hinaus oft überhaupt nicht ersichtlich, wer eigentlich der Vertragspartner sein würde. Weiters wurde versucht, mit unsachlichen Ankündigungen bzw einer „Angst- und Panikmache“ in Zusammenhang mit den aktuellen Entwicklungen Geschäfte zu machen.

## WUCHER-PREISE

Die plötzlich steigende Nachfrage nach Schutzmasken und Desinfektionsmitteln wurde in dieser Zeit von einem Anbieter in Tirol, der bisher in keiner Weise mit solchen Produkten zu

tun gehabt hatte, dafür benutzt, diese Produkte als „sofort lieferbar“, zu erheblich überteuerten Preisen anzubieten (noch dazu mit irreführenden Angaben und ohne irgendeine Gewerbeberechtigung, siehe dazu unten). So wurden hier insbesondere **Händedesinfektionsmittel um ein Vielfaches des Apothekenpreises** verkauft.

Grundsätzlich ist die Preisgestaltung nach dem UWG zwar frei und gibt es selbst in Bezug auf erhebliche Preissteigerungen bei einzelnen Produkten noch keine Judikatur des OGH, welche das als unzulässig ansehen würde. **Allerdings sind weit überhöhte Preise für bestimmte, besonders notwendige Produkte in einer so angespannten Situation, wo jede Maske und jedes Desinfektionsmittel dringend gebraucht wird, als unzulässige Ausnutzung einer Zwangslage und damit als Wucher anzusehen.** Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen sind die vertraglichen Grundlagen solcher Geschäfte sowohl in Österreich nach dem ABGB als auch in Deutschland nach dem BGB nichtig (rechtsunwirksam). Konkret gibt es in Österreich

die Bestimmung des **§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB**, wonach ein Vertrag nichtig ist, *wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Un- erfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnisse steht* (siehe in Deutschland § 138 BGB). In diesem Fall liegt dann auch ein unlauterer Rechtsbruch im Sinne des § 1 UWG vor. Weiters ist es als unlauteres und aggressives Verhalten nach den §§ 1 und 1a UWG anzusehen, potenzielle Kunden mit Hinweisen auf eine Krise anzulocken und dann von Ihnen massiv überhöhte Preise zu verlangen.

Der betreffende Anbieter hat aufgrund der Intervention des Schutzverbandes sein unlauteres Angebot eingestellt. Zusätzlich hat auch der Verein für Konsumenteninformation (VKI) eine Klage gegen diese Firma unter anderem wegen Wucher eingebracht und vor dem LG Innsbruck am 20.8.2020, zu 69 Cg 32/20k, folgenden Unterlassungsvergleich erreicht: *Die beklagte Partei verpflichtet*



sich, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, in ihrem Webshop Waren, insbesondere Handdesinfektionsmittel, unter Ausnutzung der Lieferengpässe, die bedingt durch die COVID-19-Pandemie an Handdesinfektionsmitteln entstanden sind, und/oder unter Bezugnahme auf die COVID-19-Pandemie zu Preisen anzubieten, die im Vergleich zu deren wahren Wert in einem auffallenden Missverhältnis stehen, insbesondere, weil sie den Marktpreis um mehr als das Vierfache überschreiten.

Schließlich ist eine solche Vorgangsweise auch nach dem Strafrecht verfolgsbar und kann insbesondere als **Sachwucher gemäß § 155 StGB** angesehen werden: *Wer die Zwangslage, den Leichtsinnsinn, die Unerfahrenheit oder den Mangel an Urteilsvermögen eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Ware oder eine andere Leistung einen Vermögensvorteil versprechen*

*oder gewähren lässt, der in auffallendem Missverhältnis zum Wert der eigenen Leistung steht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wenn er jedoch durch die Tat eine größere Zahl von Menschen schwer geschädigt hat, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.*

## IRREFÜHRUNG

In den zahlreichen Angeboten für Schutzmasken, Desinfektionsmittel und Schnelltests finden sich **immer wieder irreführende Angaben über die Produkte**, was nicht nur wettbewerbswidrig im Sinne des Irreführungsverbots (§ 2 UWG) ist, sondern auch eine Gefährdung der Gesundheit bedeuten

kann. So waren in mehreren Fällen Interventionen des Schutzverbandes notwendig, in denen Masken falsch oder widersprüchlich gekennzeichnet waren bzw mit diversen Angaben über ihre angebliche Schutzwirkung angepriesen wurden, die in keiner Weise nachgewiesen war. Häufig wurden Masken auch unter Hinweis auf Zertifizierungen wie nach EN14683 oder nach EN149 bzw als „CE-produziert“ angeboten, obwohl diese Zertifizierungen gar nicht vorlagen.

Weiters wurde die wesentliche Differenzierung zwischen zertifizierten Medizinprodukten im Sinne des MPG sowie der RL 93/42/EWG bzw der künftigen VO (EU) 2017/745 und einer Persönlichen Schutzausrüstung (PSA) im Sinne der VO (EU) 2016/425 teilweise völlig missachtet. Da die Angaben und Ankündigungen, mit denen die Masken auf diversen Webseiten beworben wurden, mitunter weder eine klare Zweckbestimmung im Sinne des § 2 Abs 1 MPG waren noch eine eindeutige Zweckbeschreibung im Sinne des Anhang III zur VO (EU) 2016/425 darstellten, lag oft ein eindeutiger Widerspruch vor und war – insbesondere auch für die Käufer – völlig unklar, um welche Masken es sich hier handelt, zu welchem Zweck diese dienen und welche Eigenschaften diese tatsächlich haben. Auch auf den Abbildungen war nicht eindeutig zu erkennen, um welche Maskenart es sich handelt.

Generell gilt, dass, sollte es sich hier nicht um Medizinprodukte gemäß dem MPG bzw der RL 93/42/EWG handeln, Angaben wie „EN14683, Type 1“ oder „93/42/EEC Annex VII“ eine klare, **unlautere Irreführung über ein Produkt im Sinne des § 2 UWG** sind. Das Gleiche gilt, wenn die Masken entgegen der Angabe „EN 149“ keine persönliche Schutzausrüstung im Sinne der VO (EU) 2016/425 sind. Auch die Angabe „CE“ ist nur zulässig, wenn alle Voraussetzungen dafür vorliegen.

Sollte es sich um einfache Mund-Nasenschutzmasken handeln, dann muss sich aus den Angaben dazu schon laut Mitteilung des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vom 17.4.2020,



2020-0.244.033, Seite 5, **unzweifelhaft ergeben**, dass es sich weder um ein Medizinprodukt gemäß MPG (insbesondere OP-Masken) noch um ein Produkt im Sinne der Verordnung (EU) 2016/425 handelt und muss angegeben sein, dass das Produkt über keine nachgewiesene Schutzwirkung verfügt. Dies ist essenziell, weil sonst auch Fachkräfte im Gesundheitsbereich aufgrund unklarer Angaben irrtümlich auf einen Schutz durch die Masken vertrauen. Im Übrigen ist zu beachten, dass auch bei solchen einfachen Mund-Nasen-Schutzmasken, die keiner Zertifizierung nach dem Medizinproduktegesetz bedürfen, darauf hinzuweisen ist, dass die Masken nicht national zertifiziert und nicht medizinisch oder anderweitig geprüft sind. Das Fehlen von solchen wesentlichen Informationen zur Aufklärung der Kunden, insbesondere was diese gesundheitlichen Belange betrifft, ist nach ständiger Judikatur eine Irreführung gemäß § 2 UWG (siehe die Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Wiltchek/Horak*, UWG<sup>8</sup> E 1741 ff zu § 2).

In dem bereits erwähnten Wucher-Fall, wo die Waren per Postaussendung auch explizit Ärzten angeboten worden waren, wurde die medizinische Zweckbestimmung der Produkte durch den Hinweis unterstrichen, dass man (angeblich) *große Klinikbetreiber und Blaulichtorganisationen* beliefere. Darüber hinaus wurde behauptet, „in den letzten Wochen tausende Neukunden beliefert“ zu haben. Auf der Website fanden sich noch zahlreiche weitere Angaben, die diese Täuschung verstärkten, wie

- *Persönliche Beratung*
- *geprüfte und zertifizierte Qualität*
- *Alle unsere Masken sind konform mit der Maskenpflicht und -empfehlung in Österreich, Deutschland und der Schweiz.*
- *Krankenhäuser, Arztpraxen, Alten- und Pflegeheime, Behörden und Blaulicht-Organisationen können unseren 24/7-Notdienst in dringenden Fällen über unsere ... Rufnummer ... kontaktieren und Ihre Anfrage übermitteln ... Notdienst-Rufnummer für den vorgenannten Abnehmerkreis!*

Darüber hinaus täuschte dieser Anbieter eine geprüfte fachliche Befähigung zum Vertrieb solcher Produkte auch noch dadurch vor, dass er zu einzelnen Produkten ohne jegliche Quellenangaben oder Referenzverweise – und somit scheinbar aufgrund eigener Fachkenntnisse – medizinisch relevante Aussagen tätigte, wie

- *Die in diesem Set enthaltenen Mund-Nasen-Schutzmasken für Kinder ... weisen eine bakterielle Filterleistung (BFE) von mindestens 95% auf.*
- *Die Maske ... ist antiviral und staubdicht. Schützt vor Tröpfcheninfektion.*
- *Integrierte exklusive antibakterielle Nano ATB-UV+ Fasern. Die Silbernanotechnologie wirkt als Sicherheitsfilter und eliminiert kleine Bakterien, die durch die äußere Schicht der Maske gelangt sind.*
- *Die Bakterienkonzentration auf der Strickschicht ist 100-mal geringer als bei normalem Stoff.*
- *Unsere Nano-Silber Masken isolieren mehr als 650 Arten von Bakterien und 260 Arten schädlicher Mikroben.*

Diese Firma bzw deren verantwortlicher Geschäftsführer, der keinerlei Fachkenntnisse nachgewiesen hatte, traten damit als befugter, entsprechend ausgebildeter Medizinprodukte-Händler auf, was auch den strafrechtlichen Tatbestand des Betruges gemäß § 146 StGB erfüllen könnte. Abgesehen von der Täuschung über angeblich vorhandene Fachkenntnisse ist zu bedenken, dass es sich hier um medizinische Produkte handelt, die vielfach auch in Krankenhäusern und Altenpflegeheimen eingesetzt werden. Medizinisch relevante Angaben zu solchen Produkten sind daher ausschließlich Personen vorbehalten, die über eine entsprechende Ausbildung verfügen. Generell können in diesem Bereich Auskünfte durch Laien unter gleichzeitiger Vorspiegelung fachlicher Kenntnisse wegen des Vertrauens der Kunden auf die Eigenschaften der Produkte höchst gefährlich sein. Es geht hier somit nicht nur um das Fehlen einer nach der GewO vorge-

---

**Das irreführende Auftreten als befugter Medizinprodukte-Händler verstößt nicht nur gegen § 2 UWG, sondern kann, insbesondere wenn eigene Fachkenntnisse vorge-täuscht oder falsche medizinische Aussagen getätigt werden, auch den Straftatbestand des Betruges erfüllen.**

---

Handelt es sich bei den angebotenen Schutzmasken um Medizinprodukte im Sinne des MPG (Medizinproduktegesetz), so ist eine Gewerbeberechtigung für das (allgemeine) Handelsgewerbe nicht ausreichend, sondern eine Berechtigung für den reglementierten Handel mit Medizinprodukten gemäß § 94 Z 33 GewO erforderlich.

schriebenen Berechtigung, sondern um das bewusste Vortäuschen einer fachlichen Befähigung in einem hochsensiblen Bereich.

Aus strafrechtlicher Sicht wäre darüber hinaus zu prüfen, ob nicht auch das Delikt der vorsätzlichen (§ 177 StGB) oder fahrlässigen (§ 178 StGB) Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten vorliegt, wenn, wie hier, durch völlig sachunkundige Personen Angaben über medizinisch relevante Eigenschaften von Schutzmasken getätigt werden und damit offensichtlich in Kauf genommen wird, dass in Folge davon Menschen mit dem Virus infiziert werden und schwer erkranken bzw sogar daran sterben. Zu beachten ist auch, dass hier der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 88 StGB bzw der Gefährdung der körperlichen Sicherheit gemäß § 89 StGB vorliegen kann.

## FEHLENDE GEWERBEBERECHTIGUNG

Zahlreiche Interventionen des Schutzverbandes erfolgten in diesem Zusammenhang auch, weil entweder gar keine oder keine Gewerbeberechtigung für den Medizinproduktehandel vorlag. So sind insbesondere OP-Masken **Medizinprodukte** gemäß Medizinproduktegesetz (MPG), der RL 93/42/EWG sowie der künftigen VO (EU) 2017/745, und ist für den Verkauf solcher Produkte **eine Berechtigung für das reglementierte Gewerbe des Handels mit Medizinprodukten gemäß § 94 Z 33 GewO erforderlich**. Eine Gewerbeberechtigung für das (allgemeine) Handelsgewerbe ist dafür nicht ausreichend. Die Ausübung eines Gewerbes ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ist nicht nur als Verwaltungsübertretung strafbar, sondern auch unlauter im Sinne des § 1 UWG. Durch eine solche Übertretung wird ein sachlich nicht gerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern erreicht.

Für den Begriff „**Medizinprodukte**“ in dieser Bestimmung ist die Definition in § 2 Abs 1 MPG maßgeblich. Demnach sind unter Medizinprodukte – auch im Sinne der GewO (vgl § 94 Z 33 GewO) – zu verstehen: „alle einzeln oder miteinander verbunden

*verwendeten Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Software, Stoffe oder anderen Gegenstände, einschließlich der vom Hersteller speziell zur Anwendung für diagnostische oder therapeutische Zwecke bestimmten und für ein einwandfreies Funktionieren des Medizinprodukts eingesetzten Software, die vom Hersteller zur Anwendung für Menschen für folgende Zwecke bestimmt sind: 1. Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten, 2. Erkennung, Überwachung, Behandlung, Linderung oder Kompensierung von Verletzungen oder Behinderungen, 3. Untersuchung, Veränderung oder zum Ersatz des anatomischen Aufbaus oder physiologischer Vorgänge oder 4. Empfängnisregelung, und deren bestimmungsgemäße Hauptwirkung im oder am menschlichen Körper weder durch pharmakologische oder immunologische Mittel noch metabolisch erreicht wird, deren Wirkungsweise aber durch solche Mittel unterstützt werden kann“.*

Diese verbindliche, gesetzliche Begriffsdefinition der „Medizinprodukte“ stellt somit im Kern darauf ab, für welche Zwecke das Produkt vom Hersteller zur Anwendung für Menschen **bestimmt** ist. Gemäß § 2 Abs 8 Satz 1 MPG gilt als „Hersteller“ auch „jede natürliche oder juristische Person, die ein oder mehrere vorgefertigte Produkte ... kennzeichnet oder für die Festlegung der Zweckbestimmung als Medizinprodukt im Hinblick auf das Inverkehrbringen im eigenen Namen verantwortlich ist“. In vielen Fällen ist es somit der Händler (Anbieter) selbst, der für die Qualifikation des Produkts als „Medizinprodukt“ verantwortlich ist und eine entsprechende Gewerbeberechtigung haben muss, wenn er Produkte im eigenen Namen mit einer medizinischen „Zweckbestimmung“ in Verkehr bringt.

Bei Produkten, die ohne medizinische Zweckbestimmung angeboten werden und die eine Persönliche Schutzausrüstung (PSA) im Sinne der Verordnung für persönliche Schutzausrüstung (EU) 2016/425 darstellen, genügt das allgemeine Handelsgewerbe.



Fotos Erhebung  
Schutzverband

### INTERVENTION GEGEN MASKENSHOPS AUCH MIT BESCHLAGNAHMEN

Von einem früheren Handyshop-Betreiber in Wien wurden in großem Umfang ohne entsprechende Gewerbeberechtigung Masken und andere Corona-Artikel als Medizinprodukte angeboten, und zwar nicht nur im Internet sondern **auch in Geschäften in der Mariahilfer Straße und in der Kärntner Straße**. Noch dazu wurde hier in mehrfacher Weise und vorsätzlich irreführend als befugter Atemschutzmaskenhändler aufgetreten. Nach unserer ersten Intervention wurden auf der Website zwar neue Gesellschaften als angebliche Verkäufer angegeben, diese hatten aber ebenfalls keine Berechtigung für den reglementierten Medizinproduktehandel. Außerdem erfolgte die Rechnungslegung weiterhin über die ursprünglich auftretende GmbH, noch dazu mit einer Rechnungsadresse am Wiener Flughafen.

Dazu kamen weitere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken: So waren mehrere Unternehmen und Institutionen als „*Partner und Referenzen*“ auf der Website angeführt, die aber laut Nachfrage des Schutzverbandes mit diesem Anbieter nie etwas zu tun gehabt haben. Über Aufforderung der Rechtsanwälte dieser eigenmächtig auf der Website angeführten Firmen und Einrichtungen wurden die Einträge

schließlich entfernt. Außerdem gab es hier den Vorwurf, dass die angebotenen Masken nicht ausreichend zertifiziert bzw die entsprechenden Kriterien der Angaben „FFP2“ und „FFP3“ nicht erfüllt waren. So wurden qualitativ minderwertige und falsch als „FFP3“-Masken gekennzeichnete Produkte später einfach als „Atemschutzmaske Fashion MNS“ angeboten.

Aktuell wurden dann bei diesem Händler zur Sicherstellung zahlreiche Masken und andere Gegenstände **von der Polizei beschlagnahmt und der Fall bei der Staatsanwaltschaft Wien wegen Betrugs angezeigt**. Gerade in Zeiten wie diesen ist es im Sinne eines fairen Wettbewerbs in keiner Weise akzeptabel, wenn medizinische Schutzmasken oder ähnliche Produkte ohne fachliche Berechtigung angeboten werden und dann auch nicht der angebotenen Qualität entsprechen, obwohl die Preise dafür entsprechend hoch sind. Der Schutzverband hat sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligter angeschlossen, weil wir hier aufgrund der vorgenommenen Testkäufe bzw einer Nichtlieferung nach erfolgter Bezahlung auch selbst einen Schaden erlitten haben.

### SONSTIGE CORONA-INTERVENTIONEN

Wie schon eingangs erwähnt, ist bei manchen dieser „Corona-Angeboten“ überhaupt **nicht**

**ersichtlich, wer eigentlich der Vertragspartner ist.** Oft werden hier gar nicht existierende Firmen oder Scheinnamen auf den Webseiten oder in den E-Mails angeführt. Abgesehen von den Schwierigkeiten, bei einer mangelhaften Erfüllung bzw Lieferung die dafür Verantwortlichen zu belangen und entsprechende Rückforderungs- oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen, ist dieses „anonyme“ Auftreten im Geschäftsverkehr schon für sich ein unlauteres Verhalten im Sinne des § 1 UWG. Zudem liegt hier eine Irreführung gemäß § 2 UWG vor.

Der Schutzverband hatte auch gegen die **unlautere „Krisenwerbung“** eines Immobilienmaklers einzuschreiten, der in kurzen Inseraten blickfangartig unsachliche, angstmachende Aussagen über den Immobilienmarkt tätigte und auf diese Weise versuchte, mit einer „Panikmache“ Geschäfte zu machen. Konkret waren Behauptungen wie der bevorstehende „Zusammenbruch der Immobilienpreise in Ö!“ oder dass „die Preise ins fast Bodenlose bzw rapide fallen werden“ in keiner Weise sachlich belegt bzw wäre ein solche Entwicklung zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vorherzusehen gewesen. **Generell ist der Versuch, Kunden durch Angstmache zu verunsichern und mit nicht belegten Krisenaussagen Umsätze zu machen, als klar unlauter nach § 1 UWG und auch als unzulässige, aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG zu beurteilen.** Es ist ein (rechtlich) großer Unterschied, ob man etwa in einem längeren Kommentar in einer Zeitung oder einem Magazin als Experte sinkende Immobilienpreise in den Raum stellt bzw diese unter Druck sieht oder ob man, wie dieser Makler, unsachlich und vollkommen verkürzt in einem Inserat von einem „Zusammenbruch der Immobilienpreise“ und „Preisverfall (mit vier Rufzeichen!)“ spricht. Abgesehen von der generellen Unzulässigkeit dieser Panik-Aussagen war nach Mitteilung der Branchenkenner mit keinem solchen Preisverfall zu rechnen, was die Behauptungen auch objektiv unrichtig und irreführend nach § 2 UWG machte.

---

**Werbung mit angstmachenden Aussagen ist gerade in Krisenzeiten als unzulässige, aggressive Geschäftspraktik im Sinne der §§ 1 und 1a UWG zu beurteilen**

---

In der allgemeinen „Goldgräberstimmung“, von der viele der neuen Anbieter offensichtlich erfasst waren, wurde außerdem häufig übersehen, dass es unzulässig ist, unerbetene E-Mails ohne vorherige Zustimmung der Empfänger zu versenden. So wurden zahlreiche Angebote für „Corona-Produkte“ per E-Mail an Unternehmer, Ärzte, Krankenhäuser und sonstige gemeinnützige Institutionen versandt, die sich zuvor in keiner Weise mit dieser Kontaktaufnahme einverstanden erklärt hatten. Der Schutzverband wies die betreffenden Versender nachdrücklich darauf hin, dass das gesendete E-Mail eine **verbotene E-Mail-Werbung im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG)** darstellt. So ist gemäß § 107 TKG das Senden von E-Mails zu Zwecken der Direktwerbung ohne vorherige Einwilligung des Empfängers auch bei Unternehmern klar unzulässig. Verstöße gegen diese Bestimmung sind mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu EUR 37.000,- bedroht. Überdies ist unerbetene E-Mail-Werbung – ebenso wie Telefon- und Telefaxwerbung – nach ständiger Rechtsprechung wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG, sofern der Empfänger nicht zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat, solche E-Mails zu bekommen. Durch die Übertretung des § 107 TKG wird weiters ein unlauterer Rechtsbruch begangen, zumal dadurch ein sachlich nicht gerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung gegenüber anderen Mitbewerbern erzielt wird.

Der Schutzverband setzt seinen Einsatz für einen fairen Wettbewerb auch in der gegenwärtigen Sondersituation auf vielfältige Weise umfassend fort, sofern es allgemeine Regelungen des Wettbewerbs betrifft. Die Sonderbestimmungen als öffentlich-rechtliche „Notmaßnahmen“ insbesondere während der beiden Lockdowns sind aufgrund der großen Anzahl an offenen Fragen und auftretenden Grenzfällen von den Gesundheitsbehörden jeweils vor Ort zu klären und gemeinsam mit der Polizei zu kontrollieren gewesen.

# Aktuelle Beispielfälle von Schwindelfirmen

Weiterhin beschäftigen fragwürdige Werbemethoden bzw dubiose Anbieter aus dem Ausland österreichische Unternehmen regelmäßig mit dem Ziel, Verträge für zumeist wertlose Branchenverzeichnisse oder Werbeanzeigen zu lukrieren. Die gängigsten Praktiken und wichtigsten Fälle aus dem letzten Jahr werden hier im Überblick dargestellt.

## IRREFÜHRENDE RECHNUNGEN OHNE GRUNDLAGE

Scheinrechnungen für Produkte oder Leistungen ohne zugrundeliegende Aufträge kommen in regelmäßigen Abständen vor, wie beispielsweise zuletzt von einer *NECOM Agentur* und praktisch immer mit der Aufforderung zur Überweisung auf eine ausländische Kontonummer. In diesem Fall wurden die Gestaltung und Produktion von Werbemitteln in Rechnung gestellt, ohne dass hier irgendein Auftrag dafür vorlag. Diese Rechnungen aus den Niederlanden für angebliche Publikationen (im konkreten Fall für eine angebliche Aufklärungsbroschüre mit dem Titel „Kinder und Drogen – Kriterien der Sucht mit Tipps für Eltern und Erzieher“) sind bereits aus der Vergangenheit in dieser Aufmachung bekannt, wobei der Name der Agentur und die Kontonummer variieren. Derartige Zahlungsaufforderungen ohne jegliche Grundlage können einfach ignoriert werden. Auf mehrmalige Interventionen des Schutzverbandes an wechselnde Anschriften in den Niederlanden wurde bezeichnenderweise nie geantwortet. Die reale Existenz dieser Firmen darf auch hier bezweifelt werden.

Ähnlich aufgemacht sind englischsprachige Aussendungen unter wechselnden Namen wie zuletzt jene der *Sky Office World* mit Angabe einer Referenznummer und Beschreibung eines Softwareprodukts, welche grob täuschend als Rechnung für eine scheinbar erfolgte Bestellung gestaltet sind. Nur bei akribischer Durchsicht entdeckt der Unternehmer den wahren Angebotscharakter, und zwar in der unscheinbaren und ganz klein gedruckten Frage: „Do you have any questions regarding the product offered?“.

Weiters wurden vom (angeblichen) Betreiber der Website *hygienisch-frisch.de* für aktuell besonders nachgefragte Produkte wie Desinfektionsmittel ohne rechtliche Grundlage Zahlungsaufforderungen unter Angabe von Daten eines anderen Webshops ausgestellt. Hier wurden einfach ein fremdes Impressum sowie die Kontakt-E-Mailadresse aus Deutschland übernommen. Für angeblich bestellte Waren wurde hier ein Betrag von rund 150 EUR gefordert, welchen die Empfänger nach Spanien überweisen sollten. Auch diese Forderung war zur Gänze unberechtigt und in keiner Weise von den Empfängern zu bezahlen.

**Wichtiger Tipp:** Generell ist immer eine besonders genaue Prüfung von rechnungsartigen Zusendungen bisher im Unternehmen nicht bekannter Absender vorzunehmen, bevor etwas (vor allem an ausländische Kontonummern) überwiesen wird.

## UNERBETENE TELEFONWERBUNG SAMT E-MAIL UND AUFFORDERUNG ZUR RÜCKSENDUNG


Täuschende und unerbetene – und folglich unzulässige – telefonische Kontaktaufnahme ist Unternehmern aus ganz Österreich insbesondere von Anbietern wie der *MD Medien Design* oder dem *Gewerbedienst* widerfahren. Dabei wird im Telefonat unter anderem behauptet, dass der Unternehmer raschestmöglich ein nachfolgendes E-Mail mit einem Dokument (samt Werbeanzeige bzw Eintragung des Unternehmens, eventuell sogar mit hineinkopiertem Firmenlogo) unterzeichnen muss, damit ein angeblich bereits laufender Vertrag automatisch auslaufen kann bzw gekündigt wird.

---

**Fake-Rechnungen für angebliche Bestellungen oder Publikationen führen immer wieder zu irrtümlichen Überweisungen.**

---



 **HYGIENISCH FRISCH**  
BESCHWERTEN AUF HOCHSTEM NIVEAU

Hygienisch-frisch  
Markenhersteller für alle  
Arten von Saugern

Ein Markt-kontrollhygienisch-frisch

Rechnung Nr. 2020-01-1234  
Hocher Zeilwerke und Schichtwerke GmbH

Kunden Nr.: 0123

Datum: 01.01.2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

Vielen Dank für Ihren Auftrag vom 01.01.2020 mit dem Auftragswert von 2000,- € zzgl. Umsatzsteuern. Die Rechnung ist Ihnen hiermit folgenden Lieferungen:

St.Nr.	Produktbezeichnung	12er	20er	40er	60er	80er
1	100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
2	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
3	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
4	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
5	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
6	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
7	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
8	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
9	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
10	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
11	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
12	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
13	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
14	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
15	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
16	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
17	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
18	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
19	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk
20	100% Sterilgummi, 100cm Kontrollat für 100% Sterilgummi (Einwegsterilgummis, 100cm)	19 Stk	120 Stk	1 Stk	1 Stk	1 Stk

Bitte überprüfen Sie den Rechnungsbetrag innerhalb von 4 Tagen nach Erhalt der Waren auf Richtigkeit. Sollten Sie Fragen oder Änderungen haben, kontaktieren Sie uns bitte innerhalb von 4 Tagen nach Erhalt der Waren.

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre Team von HYGIENISCH FRISCH

Hygienisch Frisch  
Markenhersteller für alle  
Arten von Saugern

24h-Service  
Kundenservice: 0800 1234567  
E-Mail: info@hygienisch-frisch.de  
Webseite: www.hygienisch-frisch.de

Adresse: Hygienisch Frisch GmbH  
12345678901234567890  
12345678901234567890  
12345678901234567890

Hygienisch Frisch  
Markenhersteller für alle  
Arten von Saugern

24h-Service  
Kundenservice: 0800 1234567  
E-Mail: info@hygienisch-frisch.de  
Webseite: www.hygienisch-frisch.de

Beispielsweise wird dem telefonisch vorab getäuschten Unternehmer dann folgendes per E-Mail mitgeteilt: „*Wie telefonisch besprochen sende ich Ihnen Ihren Eintrag (im Anhang) nochmal als pdf-Datei zu. Bitte ergänzen oder korrigieren Sie Ihre Daten und schicken uns das Dokument bestätigt zurück. Mit freundlichen Grüßen*“

**Vorsicht:** Der künstlich erzeugte Zeitdruck bzw. die fälschlicherweise behauptete Notwendigkeit der Kündigung eines angeblich bereits laufenden Auftrages verleitet dazu, die Diskrepanz zwischen den mündlichen Behauptungen und dem schriftlich festgehaltenen Inhalt (neuer, kostenpflichtiger Vertragsabschluss) zu übersehen. Letztlich erweist sich der Vertrag als wertlos. Bei dem mitgeschickten Formular sind meist auch keine echten Vertragspartner ersichtlich, sondern werden bloß Fantasiebezeichnungen und Adressen im Ausland angegeben. Oft treten dann irgendwelche, deutsche Firmen bei der Rechnungslegung auf, welche diese Forderungen – so wird behauptet – „übernommen“ haben.

### COMPUTER-BETRUG MITTELS ANRUFES

Ein weiterer Fall von gefährlicher Täuschung ist der „*Tech-Support Scam*“ mit telefonischem Betrugsversuch durch angebliche Microsoft- oder Apple-Mitarbeiter, die Nutzer dazu bewegen wollen, eine Software zu installieren bzw. Daten herauszugeben. Die betrügerisch agierenden Personen geben sich als Service-Mitarbeiter im Auftrag dieser bekannten Softwarefirmen aus. Die Kontaktaufnahme erfolgt entweder durch einen überraschenden, unerbetenen Telefonanruf (wobei die Telefonnummer durch die illegale Technologie namens Call ID Spoofing verschleiert wird) oder der User wird durch einschüchternde Pop-ups im Webbrowser dazu gebracht, die Kriminellen unter einer meist kostenfreien Telefonnummer anzurufen.

Vorsicht daher bei gefälschten Warnhinweisen am PC oder Anrufen von vermeintlichen Service-Mitarbeitern, welche ein Computerproblem behaupten und dieses mithilfe einer

Fernwartung beheben wollen. Die falschen Support-Mitarbeiter behaupten am Telefon, das Betriebssystem vor Schäden schützen oder beim Umstieg auf neuere Versionen helfen zu wollen und bemühen sich mit beharrlichen Überredungsversuchen am Telefon, unter ihrer Anleitung bestimmte Schritte am PC auszuführen. Dabei wird versucht, eine Fernwartungssoftware zu installieren, um Zugangsdaten zu erspähen, Schadsoftware zu installieren oder Daten zu löschen oder zu stehlen bzw. fallweise auch die angeblich erforderliche Sicherheitssoftware bezahlen zu lassen.

### Wie können Sie sich vor

#### Tech Support Scam schützen:

- ▶ Werden Sie von einem angeblichen Mitarbeiter eines Ihnen bisher nicht bekannten Supports angerufen, beenden Sie das Gespräch sofort.
- ▶ Geben Sie in keinem Fall Ihre privaten Daten, Passwörter oder ähnliches heraus!
- ▶ Erwerben oder installieren Sie bei einem Telefonat keine Fremdsoftware auf Ihrem Computer, Tablet oder Smartphone.
- ▶ Haben Sie bereits mit einem falschen Microsoft-Mitarbeiter etc. länger gesprochen, trennen Sie Ihren PC vom Netz und ändern Sie Ihre Passwörter.
- ▶ Programme, die auf Anraten installiert wurden, sollten umgehend deinstalliert werden.
- ▶ Sind Sie betroffen bzw. geschädigt, melden Sie den Betrugsfall der Polizei (nächste Polizeiinspektion).
- ▶ Zusätzlich bietet Microsoft ein Formular an, um Betrugsversuche zu melden (<https://www.microsoft.com/de-DE/concern/scam>).

Bei konkreten technischen Problemen steht für Unternehmer die **Cyber-Security-Hotline der WKO** rund um die Uhr zur Verfügung: 0800 888 133.

### UNERBETENE FAXWERBUNG

Alternativ zum „Klassiker“ der unerbetenen Telefonwerbung samt anschließendem Fax, das Unternehmern mit der Aufforderung

---

**Teilweise geben sich Kriminelle bei Telefonanrufen als Microsoft- oder Apple-Mitarbeiter oder sonst unter falschen Angaben aus und versuchen unter dem Vorwand von Sicherheitsmaßnahmen Daten auszuforschen oder Schadsoftware zu installieren.**

---



Die Zusendungen erwecken in vielen Fällen den Eindruck einer behördlichen Aufforderung zur Bekanntgabe von Firmendaten für die unentgeltliche Eintragung in einem öffentlichen Register. Der Hinweis, dass es sich hier lediglich um ein privates und zudem kostenpflichtiges Offert handelt, ist praktisch immer im Kleingedruckten versteckt.

zur Datenergänzung bzw Bestätigung übermittelt wird, ist der Fall, dass derartige Korrekturabzüge gleich direkt, ohne vorherigen Anruf via Fax versendet werden. In keinem Fall sollten Unternehmer diese Formulare via Fax retournieren. Laut Kleingedrucktem führen diese Korrekturabzüge zu einem neuen, kostspieligen Vertrag für wertlose Verzeichnisse. Ein aktuelles Beispiel dafür sind etwa die Aussendungen eines Anbieters mit der Bezeichnung *Allgemeines Datenverzeichnis*. Hier entsteht der Eindruck einer unentgeltlichen Registereintragung und erst aus dem Kleingedruckten ergibt sich der Angebotscharakter für ein Online-Branchenverzeichnis zu einem beachtlichen Preis von EUR 1.224,-. Selbst die Angabe der Website, wo die Eintragung veröffentlicht werden soll, fehlt – von Informationen über den tatsächlichen Anbieter bzw Versender ganz zu schweigen.

Zahlreiche Fälle waren rund um die unerbetene Faxwerbung mit Korrekturabzügen auch bei der *Telefonbuch Marketing SL* aus Spanien zu verzeichnen. Auf dem entsprechenden Formular wie auch auf der Rechnung wurde dabei der Eindruck vermittelt, ein „offizieller“ österreichischer Telefonbuchanbieter zu sein.

### AMTLICHER EINDRUCK

In etlichen Fällen erweckt die Aufmachung der Korrekturabzüge und Rechnungen auch einen offiziellen Eindruck. Sehr anschaulich ist hier etwa die Aussendung der *EU Business Register*. In irreführenden, unerbetenen E-Mails werden Unternehmen dazu aufgefordert, ihre Firmendaten für das Register bekanntzugeben bzw zu aktualisieren. Auf dem Formular macht schon die Überschrift „Company Data Control“ einen amtlichen Eindruck, verstärkt durch die Kombination mit der Bezeichnung „EU Business Register“ und dem allgemein bekannten, blau-gelben EU-Logo. Optisch durch Fettdruck hervorgehoben ist der Hinweis „Updating is free of charge“, sodass der Eindruck entsteht, dass das Ausfüllen und Zurücksenden des Formulars keine Kosten verursachen würde.

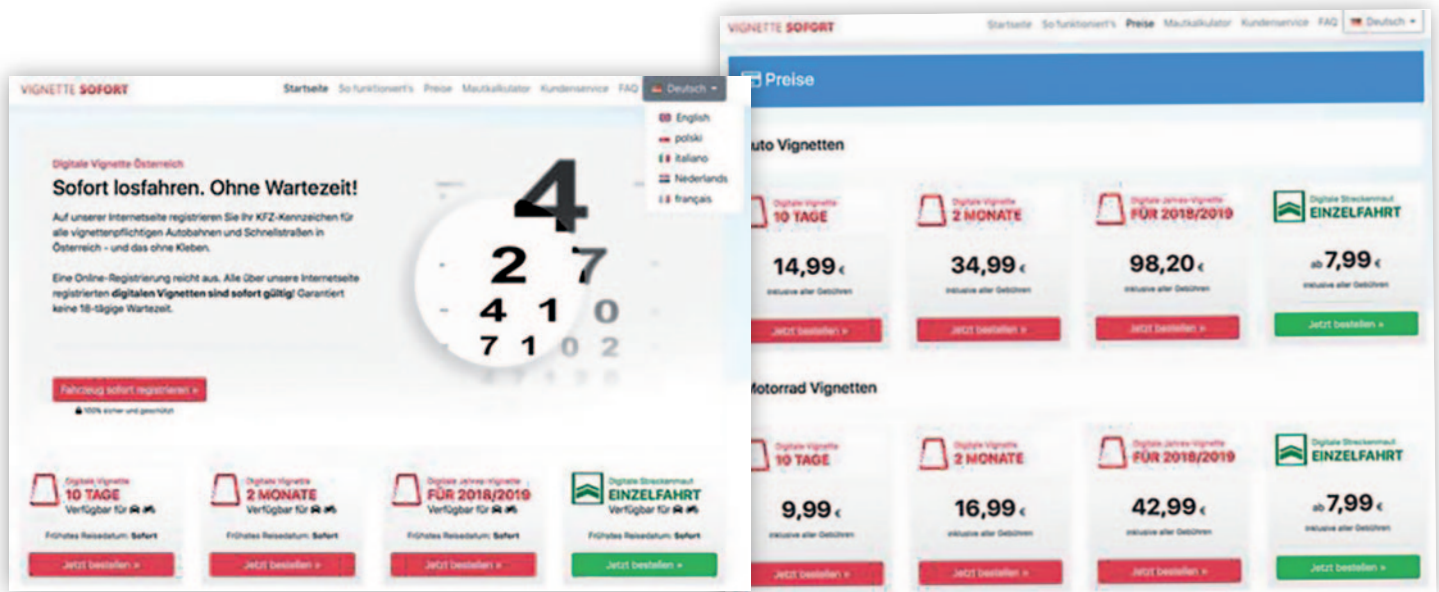
In Wahrheit handelt es sich hier ebenso um ein teures, privates Angebot für eine de facto wertlose Eintragung in ein unbekanntes Online-Firmenverzeichnis. Noch dazu liegt eine gemäß § 107 TKG unzulässige E-Mailwerbung ohne vorherige Zustimmung des Empfängers vor. Unternehmen, die dieses Formular ausgefüllt und zurückgesendet haben, erhielten kurze Zeit später eine Rechnung über EUR 995,- (zzgl. USt.) – allein für das erste Jahr! Der Hinweis, dass es sich hier um einen kostenpflichtigen Eintrag mit dreijähriger Bindung handelt und somit insgesamt EUR 3.600,- (inkl. USt.) zu bezahlen sind, findet sich nur bei genauer Durchsicht am Ende des Formulars im Kleingedruckten.

Ähnliche Fälle waren in letzter Zeit amtlich wirkende Zusendungen einer *Firmenbuch- und Gewerberegister Verwaltung*, wo man Zahlungen auf ein ausländisches Konto (in Rumänien) für einen Firmenbucheintrag lukrieren wollte. Weiters ist eine *WIHG – Wirtschaftsdienst für Industrie, Handel & Gewerbe* für eine angebliche Gewerbliche Datenbank bzw „Gewerbliche Registratur“ sehr aktiv. Damit gibt auch dieser Anbieter zusätzlich einen offiziellen Charakter vor, wobei er dazu auffordert, dringend Geschäftsdaten unentgeltlich zu korrigieren („Eilige Mitteilung – Betriebsdatenänderung“).

### PRAXIS-TIPPS ZUM ABSCHLUSS:

- ▶ Kritische Haltung, selbst wenn auf den ersten Blick ein offizielles Schreiben vorzuliegen scheint.
- ▶ Keine Bezahlung oder Unterschrift und Retournierung unter Zeitdruck.
- ▶ Im Falle wiederholter Kontaktaufnahme der Anbieter: Klare Aufforderung zur Datenlöschung nach der DSGVO.
- ▶ Falls doch irrtümlich eine Unterschrift geleistet wurde oder eine Rechnung einlangt: Kontakt mit dem Schutzverband unter **office@schutzverband.at** (falls man Mitglied insbesondere bei der Wirtschaftskammer ist) oder mit der eigenen Interessensvertretung zur weiteren Unterstützung aufnehmen.





## Digitale Vignette: Verstöße gegen das FAGG als unlautere Geschäftspraktik

Der OGH hat sich in einer ausführlich begründeten Entscheidung mit dem gleich mehrfach unzulässigen Vertrieb der Digitalen Vignette und der Digitalen Streckenmaut durch einen deutschen Online-Anbieter beschäftigt. Dieser hat das verpflichtende Rücktrittsrecht für Verbraucher nicht eingehalten. Außerdem hat er die Bildmarken unzulässigerweise verwendet und dabei auch die Kunden getäuscht, weil sie höhere Preise als bei der ASFINAG zahlten.

Das Höchstgericht hat im konkreten Fall eine Unzulässigkeit des Angebots digitaler Produkte bei unrichtiger Information und Vorenthaltung des Rücktrittsrechts der Verbraucher samt unberechtigter Kennzeichenverwendung festgestellt, welche auch wettbewerbsrechtlich verfolgt werden könnten. So sind die Verletzung von Informationspflichten und die Verweigerung von Rücktrittsrechten nach dem Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) ein unlauterer Rechtsbruch bzw ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt im Sinne des § 1 UWG. Zudem bedeuten unrichtige Informationen einen Verstoß gegen Z 18 des Anhangs zum UWG.

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft im Eigentum der öffentlichen Hand (die ASFINAG), besitzt das Fruchthgenussrecht an allen Autobahnen und Schnellstraßen Österreichs und hat das Recht, von sämtlichen Nutzern Maut einzuheben. Sie bietet unter anderem den Erwerb einer Digitalen Vignette bzw

Digitalen Streckenmaut an. Beim Online-Erwerb durch Verbraucher bei der Klägerin ist in der Mautordnung eine Wartefrist bis zur Gültigkeit der Vignette von 18 Tagen vorgesehen, um Missbrauch von Kunden im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Verbraucher zu verhindern.

Die Beklagte ist ein deutsches Unternehmen, das über seine Website die genannten digitalen Produkte (wie die bekannte „Autobahnvignette“) der Klägerin anbietet und vertreibt, und zwar auch für Verbraucher als „sofort gültig“. Sie gab die von ihren Kunden eingegebenen (Kennzeichen-)Daten und die Produktauswahl ihrerseits in den Webshop der Klägerin ein und wählte dabei stets – also unabhängig davon, ob ihre Kunden tatsächlich die entsprechenden Voraussetzungen erfüllten – die Option „Unternehmer“ aus. Die Preise der Beklagten sind deutlich höher als im Webshop der Klägerin. Die Beklagte erteilte ihren Kunden teilweise unzutreffende In-

**Die Nichtgewährung des Rücktrittsrechts nach dem Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) unter Verschleierung der wahren Rechtslage ist laut OGH ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 UWG.**

formationen und lehnte das Rücktrittsrecht der Verbraucher ab, indem sie ihre Kunden vorweg darauf verzichten ließ. Verbraucher, die feststellen, dass sie bei der Beklagten einen höheren Preis bezahlt hatten oder deren Rücktritt von der Beklagten nicht akzeptiert wurde, beschwerten sich bei der Klägerin. Auch verwechselten Verbraucher die Webseite der Beklagten – auf der auch die Kennzeichen der Klägerin aufscheinen – mit jener der Klägerin. So verwendete das deutsche Unternehmen Wort-Bild-Marken der ASFINAG ohne deren Zustimmung.

Das Erstgericht erließ auf Antrag der Klägerin eine einstweilige Verfügung, mit welcher der Beklagten untersagt wurde, die Digitale Vignette oder Digitale Streckenmaut ohne Zustimmung der Klägerin zu vertreiben, insbesondere wenn sie die Verbraucher nicht über ihr gesetzliches Widerrufsrecht informiert bzw es ihnen vorenthält oder ihre Dienstleistungen mit unrichtigen Informationen versieht, um die Verbraucher zu veranlassen, die Mautprodukte zu höheren Preisen zu erwerben. Auch wurde der Beklagten untersagt, ihre Dienstleistungen unter Verwendung der Marken der Klägerin zu bewerben. Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab, weil zwischen den Streitteilen kein Wettbewerbsverhältnis bestehe und die Marken der Klägerin beschreibend seien. Der Oberste Gerichtshof gab dagegen dem Revisionsrekurs der Klägerin Folge und stellte die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wieder her. Das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen ergibt sich, so der OGH, im Wesentlichen aus dem gleichen Abnehmerkreis. Bei Vorliegen eines Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnisses genüge es, wenn sich der Verletzer etwa durch die Übernahme eines fremden Zeichens oder durch eine sonstige Behinderung im Absatz in Wettbewerb zum Betroffenen stelle. Beide Voraussetzungen lägen hier vor, weil zum einen die Streitteile ihr Angebot an dieselben Nutzer richteten und zum anderen die Beklagte durch die Art ihres Vertriebs Kundenanfragen und -beschwerden bei der Klägerin verur-

sacht und derart den Wettbewerb der Klägerin beeinträchtigt habe.

Das FAGG gelte grundsätzlich für alle Arten von Verträgen und hätte die Beklagte demnach auch bei ihrem Vignetten-Vertrieb die Informationspflichten gemäß § 4 iVm §§ 7 ff FAGG zu erfüllen gehabt. Der Verlust des Rücktritts- bzw Widerrufsrechts gemäß §§ 11 ff FAGG sei nur nach Maßgabe des § 18 FGG möglich, was im vorliegenden Fall schon daran scheitere, dass hier eine Dauerleistung geschuldet werde, die erst nach Ablauf der Laufzeit der Vignette vollständig erbracht sei (vgl § 18 Abs 1 Z 1 FAGG). Entgegen dieser klaren Rechtslage hätten die Beklagten ihren Kunden kein Rücktrittsrecht gewährt und damit § 1 Abs 1 Z 2 UWG verletzt, der die Anwendung von unlauterer Geschäftspraktik verpöne, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspreche und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet sei, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreiche oder an den sie sich richte, wesentlich zu beeinflussen. Dass im konkreten Fall die Nichtgewährung des Widerrufsrechts unter Verschleierung der wahren Rechtslage nicht der beruflichen Sorgfalt entspreche, sei evident. Die Eignung der wesentlichen Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers sei schon dadurch bescheinigt, dass die Beklagte mit ihrem Geschäftsmodell „Digitale Vignette sofort“ (laut eigenen Angaben) einen durchschnittlichen Monatsgewinn von 33.000 EUR erzielt hätte.

Weiters bewertete das Höchstgericht das Verhalten der Beklagten als irreführend im Sinne des § 2 Abs 2 UWG, weil hier auch der in Z 18 des Anhangs zum UWG angeführte Tatbestand erfüllt sei, nämlich die unrichtigen Informationen über die Marktbedingungen oder die Möglichkeit, das Produkt zu finden, mit dem Ziel, den Umworbenen dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen zu kaufen. Soweit ersichtlich zum ersten Mal zieht hier das Höchstgericht diesen Tatbestand zur Beurteilung eines Verhaltens als unlautere Geschäftspraktik heran. Begründet

wird dies im konkreten Fall im Wesentlichen damit, dass § 4 Abs 1 FAGG den Unternehmer zur Aufklärung des Verbrauchers über die wesentlichen Eigenschaften der Ware bzw der Dienstleistung sowie über den Gesamtpreis und das Rücktrittsrecht verpflichtete. Da die Beklagte ihren Kunden gegenüber Pauschalpreise für die Vignette als vermittelte Fremdleistung und ihre eigenen Dienstleistungen nenne, habe dies zur Folge, dass die Kunden der Beklagten die höheren Preise für die digitalen Mautprodukte gegenüber einem Bezug im Webshop der Klägerin nicht unmittelbar und deutlich erkennen könnten. Zudem erläuterten die Beklagten das bei einem Fernabsatzvertrag zu gewährende Rücktrittsrecht nicht im Sinn des österreichischen FAGG, sondern würden sich stattdessen pauschal und irreführend auf die – zumindest für inländische Verbraucher nicht anwendbare – deutsche Rechtslage berufen, wonach allen Kunden der Erwerb einer digitalen Vignette ohne Wartezeit möglich sei.

Wenn die Beklagte weiters unzutreffend von der Zulässigkeit einer Ausnahme vom Rücktrittsrecht bei allen Arten von Vignetten ausgehe, so entspreche diese Information nicht dem Inhalt des § 18 FAGG (Ausnahmen vom Rücktrittsrecht), sondern erwecke den – unrichtigen – Eindruck, die Beklagten seien allein aufgrund ihres Sitzes in Deutschland in der Lage, den Verbrauchern (anders als die Klägerin) sofort gültige digitale Vignetten anzubieten. Diese Information sei aber unrichtig und verfolge das offensichtliche Ziel, inländische Verbraucher dazu zu bewegen, das Produkt teurer zu kaufen. Überdies verschweige die Beklagte ihren Kunden, dass sie diese in allen Fällen der Klägerin gegenüber ungeprüft als Unternehmer deklariert hätte, um die Wartezeit zu vermeiden. Dieses Verhalten erfülle den Tatbestand des UWG Anhang Z 18, wobei dieser Tatbestand Sachverhalte erfasse, bei denen ein Unternehmer durch unrichtige Informationen ein falsches Bild über die Marktverhältnisse oder die Verfügbarkeit eines Produkts zeichne, um es schließlich zu für den Kunden nachteiligen

Konditionen zu verkaufen. Unter den Begriff „Produkt“ fielen nicht nur Waren, sondern auch Dienstleistungen (§ 1 Abs 4 Z 1 UWG). Mit „Marktbedingungen“ sei alles gemeint, was für das betreffende Produkt charakteristisch oder für den Kunden relevant sei, hier also die unrichtigen und unvollständigen Informationen über den Inhalt und Geltungsbereich des gesetzlichen Rücktrittsrechts sowie den Umstand, dass die Beklagten die digitalen Produkte der Klägerin um einen Aufpreis verkauften und die sofortige „Freischaltung“ damit bewirkten, dass sie ihre Kunden der Klägerin gegenüber pauschal als Unternehmer ausgeben würde.

Der OGH bejahte auch die Verletzung von Markenrechten gemäß § 10 Abs 1 Z 1 MSchG, weil die Beklagte unterscheidungskräftige Marken der Klägerin zur Bewerbung ihrer eigenen Dienstleistung verwendet habe. Der Hinweis der Beklagten auf die Duldungspflicht des Markeninhabers gemäß § 10 Abs 3 MSchG sei nicht relevant, weil dort nur solche Benutzungshandlungen Dritter für zulässig erklärt würden, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel entsprechen und im Anlassfall aber die Beklagte mit ihrem Geschäftsmodell gegen das UWG verstoße.

Die Beklagten verstießen somit durch die Nichtgewährung des Rücktrittsrechts an Verbraucher gegen das Fern- und Auswärtsgeschäftsgesetz und damit gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Letzteres auch durch die unrichtigen Informationen an ihre Kunden, um sie zu veranlassen, die Mautprodukte zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen, nämlich zu höheren Preisen, zu erwerben. Die Wortbildmarken für die Digitale Vignette und die Digitale Streckenmaut sind unterscheidungskräftig und daher rechtsbeständig. Ihr unbefugter Gebrauch im Geschäftsverkehr durch die Beklagten verletzt die Klägerin damit auch in ihren Markenrechten und war der beantragten Unterlassung damit vollumfänglich stattzugeben (OGH 19.12.2019, 4 Ob 96/19z – *Digitale Vignette ASFINAG AG*).

---

**Der OGH stellte hier auch einen Verstoß gegen den Irreführungstatbestand in Z 18 Anhang zum UWG fest: „Unrichtige Informationen über die Marktbedingungen oder die Möglichkeit, das Produkt zu finden, mit dem Ziel, den Umworbenen dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen zu kaufen.“**

---



Illustration: venimo | Adobe Stock



## Rechtliche Beurteilung von Influencer-Marketing

Vor allem bei den jungen Verbrauchern spielen Influencer eine ganz große Rolle. Damit stellt sich die Frage, wie dieses Auftreten werbe- und damit auch wettbewerbsrechtlich zu beurteilen ist. Auch wenn noch keine Rechtsprechung dazu in Österreich vorliegt, soll hier einmal ein unverbindlicher Überblick zu diesem Thema geboten werden.

### EINLEITUNG

Ein wichtiges und immer mehr genutztes Angebot im Bereich der Online-Werbung durch Social Media sind Influencer (als **Influencer** werden allgemein – laut der Begriffsbestimmung auf Wikipedia – Personen bezeichnet, die aufgrund ihrer starken Präsenz und ihres hohen Ansehens in **sozialen Netzwerken** als Träger für **Werbung** und **Vermarktung** in Frage kommen). So gewinnt dieses Marketing über bekannte Personen im Online-Bereich zunehmend an Relevanz, was Unternehmen die Möglichkeit bietet, mit solchen Beeinflussern bzw Meinungs-

bildnern ihre Reichweite auszubauen und neue Kanäle zur Werbung für ihre Produkte zu erschließen. Es gibt bisher weder in Österreich noch in Deutschland höchstgerichtliche Entscheidungen zu diesem Phänomen. In Deutschland gibt es auch unterschiedliche Beurteilungen, ob unentgeltlich abgegebene Empfehlungen bzw Verlinkungen von Produkten und Dienstleistungen durch Influencer und Blogger eine geschäftliche Handlung darstellen. Das gilt auch für die Frage, ob die fehlende Kennzeichnung als Werbung unlauter ist oder sich der kommerzielle Zweck aus den Umständen ergibt.

**LEITFADEN DER WETTBEWERBSZENTRALE**

Die deutsche Wettbewerbszentrale hat dazu einen (unverbindlichen) Leitfaden veröffentlicht ([www.wettbewerbszentrale.de](http://www.wettbewerbszentrale.de)). Grundsätzlich bedeutet Influencer Marketing zwar nicht automatisch Schleichwerbung, aber der Social Media-Nutzer muss ausreichend darüber aufgeklärt werden, dass er es mit Werbung zu tun hat. So handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Unzulässig ist auch der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung). Wenn beispielsweise ein prominenter Koch in einem kurzen Video ein bestimmtes Haushaltsgerät empfiehlt, ist jedenfalls klar darüber zu informieren, wenn er vom Gerätehersteller für diese Empfehlung bezahlt wird.

Dabei sollte laut der Wettbewerbszentrale der Werbehinweis immer unmittelbar am Anfang eines Beitrages platziert werden, damit er noch vor dem Lesen des Beitrags wahrgenommen wird. Der Leser darf nicht im Unklaren über den kommerziellen Charakter des Postings gelassen werden. Werbung muss auf den ersten Blick zweifelsfrei erkennbar sein. Es reicht daher nicht aus, den Werbehinweis unterhalb des Lesebereiches nach Anklicken des Links „mehr“ zu positionieren. Dabei werden für Postings im deutschsprachigen Raum die eindeutige Kennzeichnung mit den Begriffen „Werbung“ oder „Anzeige“ empfohlen, wobei diese wohl auch als Hashtags (#Werbung oder #Anzeige) verwendet werden können. Hingegen sah der BGH für eine redaktionelle Presseveröffentlichung im Printbereich den Zusatz „sponsored by“ als nicht ausreichend an (BGH 6.2.2014, I ZR 2/11 – *Good News II*). Auch der Hashtag #ad als einer von vielen Hashtags unter einem Instagram-Beitrag wurde von deutschen Gerichten nicht als ausreichend an-

gesehen (OLG Celle 8.6.2017, 13 U 53/17, GRUR 2017, 1158).

**RECHTLICHE VORGABEN IN ÖSTERREICH**

Generell hat laut § 6 Abs 1 Z 1 E-Commerce-Gesetz (ECG, in Umsetzung der E-Commerce-RL) ein Diensteanbieter auch in Österreich dafür zu sorgen, dass „Werbung und andere Maßnahmen zur Absatzförderung, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind oder einen solchen Dienst darstellen, klar und eindeutig als solche erkennbar sind“. Dadurch wurde das Trennungs- oder Offenkundigkeitsprinzip für die Online-Werbung auch gesetzlich vorgeschrieben. Dabei ist in Österreich ebenfalls zumindest fraglich, ob englische Begriffe für eine Kennzeichnung von Werbung möglich sind, zumal der OGH zumindest zum § 26 Mediengesetz festgehalten hat, dass das Wort „Promotion“ als Hinweis für eine bezahlte Anzeige nicht ausreichend ist (OGH 14.7.2009, 4 Ob 62/09k – *Promotion II*).

Bei Influencer Marketing geht es in der Regel darum, wie man Blogger bzw Personen mit eigenen Social Media-Kanälen nutzen kann, um seine eigenen Produkte und Dienstleistungen zu bewerben, weil Menschen Empfehlungen mehr trauen als Werbebotschaften. Aber bezahlte Empfehlungen sind jedenfalls zu kennzeichnen, wobei diese Pflicht nur dann entfällt, wenn die Entgeltlichkeit zweifelsfrei erkennbar ist, was bei klassischen Influencer-Beiträgen meist nicht der Fall ist, weil diese in der Regel nicht offen als Testimonial (Werbebotschafter) auftreten, sondern die Werbung in ihre sonstigen Aktivitäten integrieren (siehe *Anderl/Seling*, Social Media – Rechtssicherheit im Unternehmen, *ecolex* 2018, 535). Bei Websites trifft die Verantwortung für die Kennzeichnung die Person, welche die inhaltliche Gestaltung und Abrufbarkeit der Website besorgt bzw die Letztverantwortung für die dort bereitgestellten Inhalte trägt. Das ist daher der Influencer selbst und unter Umständen auch das kooperierende Unternehmen, wenn es als Mittäter anzusehen ist.

---

**Werbung muss als solche erkennbar sein (Offenkundigkeitsprinzip). Das gilt insbesondere auch für Produktempfehlungen durch Influencer auf Social-Media-Kanälen.**

---

Erhält der Influencer bzw Blogger für seine Produktempfehlung ein Entgelt oder ein kostenloses Testprodukt und bekommt er Vorgaben für die Präsentation, so ist das betreffende Posting als bezahlte „Werbung“ zu kennzeichnen.

Die kostenlose Überlassung von Testprodukten verpflichtet den Influencer also grundsätzlich dazu, darauf hinzuweisen, dass das Produkt von einem Unternehmen gratis zur Verfügung gestellt wurde. Wenn er das Produkt ungefragt erhalten hat, liegt zwar keine Pflicht des Influencers vor, darüber zu berichten. Auch lösen nach der Rechtsprechung Beiträge, die zwar Äußerungen kommerziellen Charakters aufweisen, aber bloß aus Gefälligkeit veröffentlicht werden, noch keine Kennzeichnungspflicht aus. Hier werden aber die Produkte aus Sicht des Unternehmens nur deshalb verschenkt, um den Influencer zu einem positiven Beitrag zu motivieren, was diesem in der Regel auch bekannt sein wird. Ob dies als bloß mittelbare Entgeltlichkeit abzusehen ist, erscheint fraglich, und es wird daher eine Irreführung möglich sein, wenn über die kostenlose Bereitstellung auch ohne Kooperation nicht informiert wird (ausführlich mit weiteren Quellen dazu *Kucsko et al*, Ein sommerliches Gespräch über Marketingstrategien und deren rechtliches Korsett, *ipCompetence* Vol. 19 [2018] Seite 14 ff; siehe alle *ipCompetence*-Hefte unter [www.ip-competence.com](http://www.ip-competence.com)). Wenn der Blogger darüber hinaus auch noch generell gesponsert wird, ist wie ausgeführt jedenfalls von einer klaren Kennzeichnungspflicht als bezahlte Werbung für seinen Gesamtauftritt auszugehen. Dabei sind laut der Literatur vorsorglich lieber mehr als zu wenige Informationen leicht zugänglich bereitzuhalten. Weiters sollten Werbepartner in den entsprechenden Verträgen regeln, welche Kennzeichnungspflichten einzuhalten sind und wer die Verantwortung für allfällige Rechtsverstöße trägt (mit einem umfassenden Überblick zu diesen Rechtsfragen am Beispiel des „Influencer Marketing“ *Raffling und Wittmann*, Werbung in sozialen Netzwerken, MR 2017, 163).

#### ERSTE DEUTSCHE ENTSCHEIDUNGEN VON UNTERINSTANZLICHEN GERICHTEN

Zur Kennzeichnung von Werbung durch Blogger bzw Influencer hat beispielsweise das

Kammergericht (KG) Berlin zur deutschen Rechtslage ausgeführt, dass Beiträge mit Links zu den Seiten anderer Unternehmer nicht generell als kennzeichnungspflichtige Werbung anzusehen sind. Vielmehr muss der konkrete Inhalt und die besonderen Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- und Bezugsförderung stehen, sind keine Werbung und daher auch nicht als solche zu kennzeichnen. Wenn aber Links zu den Webseiten anderer Unternehmen keinen über das betreffende Unternehmen bzw deren Produkte hinausgehenden Informationsgehalt haben, sind sie als Werbung zu qualifizieren. Ist der Zweck der Posts die Neugier des Besuchers und die Erwartung zu wecken, durch einen Mausklick mehr erfahren zu können, liegt Werbung vor, die auch als solche zu kennzeichnen ist (KG Berlin 8.1.2019, 5 U 83/18 – *Kennzeichnung von Werbung durch Blogger/Influencer*). Das Gleiche wird hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht auch für bezahlte Links gelten.

In der Praxis werden mehrere Fallgruppen unterschieden, wie Blogger auftreten können.

- ▶ Ein unabhängiger Produkttest samt Präsentation wird dann vorliegen, wenn der Blogger sich das Produkt aus freien Stücken kauft und dieses in einem Video ohne Vorgaben eines Dritten objektiv-neutral unter Abwägung der Vor- und Nachteile auf seinem geschäftlichen Social Media-Kanal präsentiert. Hier ist keine Kennzeichnung erforderlich, da der Beitrag keine Werbung darstellt.
- ▶ Im Gegensatz dazu steht das entgeltliche Bloggen, wo der Blogger Geld oder eine sonstige Gegenleistung – wie das Testprodukt selbst, das er behalten darf – von einem Unternehmen erhält. Dazu macht das Unternehmen dem Blogger auch konkrete Vorgaben im Hinblick auf die Erwähnung des Unternehmens oder der Produkte, die er positiv zu präsentie-



ren hat. Dieser Beitrag ist grundsätzlich klar als Werbung erkennbar zu machen.

- Eine andere Variante ist das entgeltliche, aber unabhängige Bloggen. Hier erhält der Blogger zwar auch Geld oder zumindest kostenfrei das Produkt zum Testen, aber das Unternehmen macht ihm keine Vorgaben. Er darf umfassend testen und frei nach seiner Meinung rezensieren. Dabei wird es auf die Werbeabsicht und auf die Form der Präsentation ankommen. Über die Tatsache, dass das Produkt kostenlos übermittelt worden ist oder man dafür ein Entgelt erhält, sollte aber zur Vermeidung einer Irreführung jedenfalls aufgeklärt werden.
- Schließlich ist auch dann über die Werbeförderungsabsicht des Bloggers aufzuklären, wenn er ein Produkt werblich präsentiert, selbst wenn er es im Eigenkauf erworben hat. In diesem Fall kommt auch das Verbot der Schleichwerbung zu tragen, für die ein Entgelt keine Voraussetzung ist (hier gibt es auch noch die bereits vom Fernsehen bekannte Produktplatzierung). Dabei erhält der Blogger von einem Unternehmen kostenlos ein Produkt, das er auch behalten darf. Das Produkt ist in seinen redaktionellen Videobeitrag einzubinden, soll aber nicht im Vordergrund stehen oder aktiv beworben werden. Der Beitrag selbst ist nicht werblich. Hier empfiehlt es sich, zumindest darauf hinzuweisen, dass man das Produkt von dem Unternehmen kostenlos erhalten hat, um eine Schleichwerbung zu verhindern (ausführlich zu diesen Fallgruppen aus deutscher Sicht *Gerecke*, Kennzeichnung von werblichen Beiträgen im Online-Marketing, GRUR 2018, 153).

#### EINSCHÄTZUNG ZUR ÖSTERREICHISCHEN RECHTSLAGE

Auch in Österreich wird die Ansicht vertreten, dass Influencer als Werbetestimonials keineswegs im rechtsfreien Raum agieren und vor allem zahlreiche spezialgesetzliche Kennzeichnungspflichten in unterschiedlichen

Regelungen auch hier zu beachten sind. Dazu gehört die Kennzeichnungspflicht nach § 26 Mediengesetz, welche für entgeltliche Beiträge von Influencern ebenso gilt wie bei der Zusendung von Testprodukten als Überlassung eines Vermögensvorteils. Hingegen wird eine reine Gefälligkeitsberichterstattung ohne Leistung eines Entgelts in der Regel nicht darunterfallen, wobei allerdings Grenzfälle bestehen können.

Interessant ist dabei auch das Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G) mit seiner Kennzeichnungspflicht im § 31. Wenn ein solcher audiovisueller Mediendienst vorliegen sollte, knüpft der Entgeltbegriff wie beim ORF-G nicht bloß an einen unmittelbaren Leistungsaustausch an, sondern vielmehr ob für eine derartige Bewerbung nach der Verkehrsauffassung typischerweise Entgelt zu leisten wäre. Das trifft vor allem auf jene Fälle zu, wo die Produktbewertung die Grenze der Objektivität überschreitet und geradezu in eine euphorische Kaufaufforderung abgeleitet. Das gilt auch für Gewinnspiele, bei denen dem Influencer ein Produkt oder ein Gutschein zur Weitergabe zur Verfügung gestellt wird. Weiters ist die Transparenzpflicht nach § 6 ECG zu beachten, wonach kommerzielle Kommunikationen klar und eindeutig zu erkennen sein müssen. Auch hier wird das Element der Entgeltlichkeit weit verstanden, weshalb Eigenwerbung und Drittfinanzierung durch Werbemittel unter den Entgeltbegriff zu subsumieren sind. Praktisch hat der Influencer damit in seinen Beiträgen nicht nur eine adäquate Kennzeichnung zu wählen, sondern seinen Nutzern auch die Möglichkeit zu geben, sich über den Auftraggeber insbesondere in Form einer Verlinkung mit dessen Webauftritt zu informieren.

Zusätzlich zu diesen besonderen Kennzeichnungspflichten spielt das UWG in diesem Bereich eine ganz wesentliche Rolle. Für dessen Anwendbarkeit muss ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegen. Hier bleibt die nähere Abgrenzung noch den Höchstgerichten vorbehalten. So wurde teil-

---

**In Österreich sind hier mehrere spezialgesetzliche Kennzeichnungs- bzw. Transparenzpflichten zu beachten, insbesondere nach dem Mediengesetz, dem Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz und dem E-Commerce-Gesetz.**

---

**Influencer Werbung ohne entsprechende Kennzeichnung verstößt auch gegen das UWG. So ist es gemäß Z 11 des Anhangs zum UWG unlauter, Werbung als (unabhängige) Information zu tarnen. Weiters kann eine Irreführung durch unterlassene Aufklärung nach § 2 Abs 4 UWG vorliegen, wenn sich der werbliche Charakter nicht eindeutig ergibt.**

weise von deutschen Erstgerichten bereits die Verlinkung auf das Social-Media-Profil des Unternehmens als geschäftliche Tätigkeit angesehen. Das wird wohl vielmehr im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu bewerten sein, ob bei einer Rezension von Produkten samt Verlinkungen von einer reinen objektiven Bewertung (im Sinne eines Tests) oder schon von einer geschäftlichen Bewerbung auszugehen ist. Dabei können Aspekte wie regelmäßige Werbeeinschaltungen, eine sonstige Kooperation mit dem angezeigten Unternehmen oder beinahe marktschreierische Kaufaufforderungen ohne Zusammenhang mit einer sachlichen Berichterstattung eine Rolle spielen. Ein Hinweis kann auch sein, ob eine breite Palette von Produkten unterschiedlicher Anbieter zur Bewertung ausgewählt wird oder nur einseitig ein oder wenige Unternehmen für die Darstellung ausgesucht werden. Ein wichtiges Element ist auch die redaktionelle Qualität der Beiträge bzw ob sich die Werbewirksamkeit bloß als Reflexwirkung darstellt und das Informationsbedürfnis eindeutig im Vordergrund steht. Zu beachten ist überdies Z 11 der schwarzen Liste im Anhang zum UWG, wonach es unlauter ist, Werbung als Information zu tarnen. Auch kann eine Irreführung durch unterlassene Aufklärung nach § 2 Abs 4 UWG vorliegen, wenn sich der werbliche Charakter nicht unmittelbar bzw nicht eindeutig aus den Umständen ergibt.

Die Art und Weise der Kennzeichnung hat auch schon die Gerichte beschäftigt. Der OGH hat, wie ausgeführt, noch zum Offline-Bereich die Bezeichnung einer Einschaltung als „Promotion“ als unzureichend beurteilt. In Deutschland ist wie gesagt der Hashtag „#ad“ ebenso wie „#sponsoredby“ als nicht tauglich angesehen worden. Hier sind die im § 26 MedG angeführten Begriffe wie Anzeige, Werbung oder entgeltliche Einschaltung auch im Online-Bereich zu verwenden. Es sollte daher eine möglichst deutliche Form der Kenntlichmachung gewählt und sowohl von Influencern als auch von den werbetreibenden Unternehmen als ihren Kooperati-

onspartnern beachtet bzw in Vereinbarungen geregelt werden, wo und wie eine solche Kennzeichnung zu erfolgen hat (ausführlich auch mit Nachweisen zu den erwähnten Entscheidungen *Kubat*, Kennzeichnungspflicht im Influencer Marketing, ÖBl 2020/3, Seite 8).

### **EIGENE REGELUNGEN IM DEUTSCHEN UWG ZUM INFLUENCER-MARKETING?**

In Deutschland gibt es sogar Bestrebungen, eigene Regelungen für Influencer-Marketing zu schaffen. Der Entwurf trägt den Namen „Vorschlag zur Abgrenzung nichtkommerzieller Kommunikation zur Information und Meinungsbildung von geschäftlichen Handlungen“ als Ergänzung im § 5a Abs 6 dt UWG. Er wird allerdings in der deutschen Literatur kritisch gesehen. So wird unter anderem die grundsätzliche Ansicht vertreten, dass, wenn ein Influencer ein kommerzielles Interesse an der Beeinflussung einer Verbraucherentscheidung hat, seine Produktempfehlung nicht vorrangig der Information und Meinungsbildung dient. Sie stellt schon aus diesem Grund eine geschäftliche Handlung dar (*Köhler*, Rechtssicherheit für Influencer – eine Aufgabe für den deutschen Gesetzgeber?, WRP Editorial 4/2020 mit Hinweis auf BGH 31.3.2016, I ZR 160/14, WRP 2016, 843 – *Im Immobiliensumpf*). Aus den weiteren Beiträgen und bislang auch unterschiedlichen Entscheidungen der deutschen Fachgerichte ergibt sich für Deutschland bislang kein klares Bild, wie eine geschäftliche Handlung beim Influencer-Marketing abzugrenzen ist (*Timmermann* und *Berndt*, Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation, Politischer Handlungsbedarf und kritische Analyse des Regelungsvorschlags des BMJV, WRP 2020, 996).

### **KAPITEL IM ETHIK-KODEX DES WERBERATES FÜR INFLUENCER**

In Österreich widmet der Österreichische Werberat in seinem Ethik-Kodex der Werbewirtschaft dem Influencer-Marketing ein eigenes Kapitel (Punkt 1.8). Der Österreichische

Werberat richtet im Bereich des „Influencer Marketing (Werbung)“ den Fokus auf ethisch-moralische Spielregeln, um für seriöse Werbung bei Auftraggebern (Marken), Bloggern und Konsumenten einzutreten. Dabei sollen die allgemeinen Werberichtlinien der Werbewirtschaft und der Ethik-Kodex der Werbewirtschaft zur Anwendung kommen. Diese Erwägungen sind zwar wie der Leitfaden der Wettbewerbszentrale nur ein „soft law“, also nicht unmittelbar verbindlich, allerdings wird damit ein Branchenverständnis geschaffen, welches auch für die rechtliche Beurteilung nach dem UWG hilfreich sein kann.

Gerade Influencer haben laut dem Werberat eine Verantwortung und Vorbildwirkung insbesondere gegenüber den meist jungen KonsumentInnen bis 18 Jahre. Diesem Umstand Rechnung tragend wurden spezielle Verhaltensregeln geschaffen. Bei Werbung mit Kindern und Jugendlichen bzw bei Werbung, die sich direkt an Kinder und Jugendliche wendet, wird damit besonderes Augenmerk auf die Reife und die Lebenserfahrung der Kinder und Jugendlichen gelegt. Die Art und Weise, wie Kinder und Jugendliche Werbung wahrnehmen und auf Werbung reagieren, muss bei allen werblichen Maßnahmen berücksichtigt werden, besonders im Hinblick darauf, dass Kinder auch durch Nachahmung lernen (siehe dazu „2.2 Kinder und Jugendliche“).

Neben Influencern haben auch werbetreibende Unternehmen als Auftraggeber eine Verantwortung gegenüber Konsumenten, da sie bei einer beauftragten bzw bezahlten Werbung einen unmittelbaren Einfluss auf die Kommunikation in den Social Media-Kanälen ausüben.

Es muss das Anliegen einer verantwortungsvollen Werbewirtschaft sein, Werbemaßnahmen unter Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften (unter anderem Telekommunikations-Gesetz, Medien-Gesetz, E-Commerce-Gesetz, ORF-Gesetz, Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz, Privatradiogesetz, Urheberrechts-Gesetz, UWG) um-



zusetzen. Dies gilt insbesondere im Online-Bereich für „Influencer-Marketing“.

Influencer sind laut dem Werberat Personen, die Einfluss auf das Verhalten von Konsumenten nehmen, indem sie über Blogs, Posts, Tweets, Videos und andere Soziale Medien über Marken, Services oder Produkte berichten oder sonstige Marketing- und Promotion-Tätigkeiten vornehmen. Influencer kommunizieren über verschiedene Kanäle, sind jedoch vor allem in den sozialen Netzwerken aktiv. Influencer Marketing findet im Interesse einer dritten Partei, in den meisten Fällen einem werbetreibenden Unternehmen, statt. Es ist eine Form des Online Marketings, bei der Auftraggeber (in der Regel werbetreibende Unternehmen) bezahlte Werbung auf den Kanälen (wie etwa auf Social Media/Webseite/Blog/Video oder ähnlichen) von Meinungsbildnern buchen. Die mediale Präsenz, die Bekanntheit und die Reputation von Influencern unterstützen die Unternehmen dabei, ihre Marken bekannt zu machen, Images einer Marke zu verbessern oder den Verkauf von Produkten oder Dienstleistungen zu stimulieren. Influencer machen eine Marke zum Gesprächsgegenstand und empfehlen diese über Blogs, in Foren und



Der Österreichische Werberat legt bei Influencer-Marketing sein Augenmerk neben der Transparenz auch auf die Einhaltung der sonstigen allgemeinen Werberichtlinien sowie den Ethik-Kodex der Werbewirtschaft.

Social Media sowie offline auf Events und im privaten Umfeld. Für den Influencer stellen die Produktsamples, die sie erhalten, eine darüber hinaus gehende, finanzielle Abgeltung oder sonstige Vorteile unternehmerische oder private Werte dar, die als Einkommen anzusehen sind.

Im Wesentlichen kennzeichnen nach der Einschätzung des Werberates zwei Voraussetzungen Influencer Aktivitäten als Marketing-Kommunikation: **Kompensation und inhaltliche Kontrolle.**

*Inhaltliche Kontrolle* liegt dann vor, wenn das werbetreibende Unternehmen Vorgaben oder Vorschläge zu Texten, Struktur oder zur Gestaltung eines Beitrags macht, wie zB die Anfrage für eine positive Bewertung, eine gewisse Anzahl von Posts oder die Nutzung spezifischer Social Media-Kanäle anregt. Klarer sichtbar wird inhaltliche Kontrolle dann, wenn Skripts oder Texte vom Werbetreibenden vorgegeben werden und vom Influencer vor der Veröffentlichung validiert werden.

*Kompensation* meint neben einer allfälligen Bezahlung auch die Entlohnung durch provisionsfreie Services und Produkte, die eine „Incentivierung“ des Influencers darstellen. Dies inkludiert auch Gratis-Produktproben von geringem Wert.

Kennzeichnung: Influencer Marketing-Kommunikation soll wie jede werbliche Kommunikation so umgesetzt und gekennzeichnet sein, dass der Konsument diese unmittelbar als Werbung erkennt. Influencer Werbung muss für Dritte klar erkennbar und als Werbung gekennzeichnet sein, zB mit der Bezeichnung *#Werbung* (zu Beginn des Beitrages auf Social Media-Kanälen und deren Plattformen wie Website/Blogs oder adäquat als Header in der Caption). Auch Produktplatzierungen und geringfügige Sachleistungen (zB Samplings) sind zum Schutz der Konsumenten ebenfalls mit *#Werbung* zu kennzeichnen.

Bei Verstößen gegen die Kennzeichnungspflicht versteht sich der Österreichische Werberat als Ansprechpartner, ist je-

doch nicht handlungsbefugt. Der Österreichische Werberat behält sich vor, Beschwerden dieser Art an die zuständigen Stellen weiterzuleiten. Im Sinne von ethischen und moralischen Richtlinien für Influencer-Marketing kommt hingegen der Ethik-Kodex der Österreichischen Werbewirtschaft zur Anwendung. Besonderes Augenmerk wird auf nachstehend angeführte Kodex-Punkte gelegt:

- ▶ 1.8.1. Insbesondere bei Werbung, die sich direkt an Kinder und Jugendliche richtet (2.2.) darf keine offensichtliche oder versteckte Aufforderung zum Kauf des beworbenen Produktes erfolgen.
- ▶ 1.8.2. Gesunde Körperformen: Es muss bei der Werbemaßnahme darauf geachtet werden, dass keine Abbildungen (Selfies, Bilder usw.) von Influencern eingesetzt werden, die ein gesundheitsschädigendes Verhalten oder gesundheitsschädigende Körperformen (zB Bulimie, Anorexie, Adipositas etc) insbesondere in Bezug auf das Körpergewicht propagieren – siehe dazu im Speziellen „1.4 Gesundheit (1.1.2)“).
- ▶ 1.8.3. Diskriminierung und Ausgrenzung im Zusammenhang mit psychischer und sozialer Gewalt (siehe „1.3 Gewalt (1.1.3)“). Es ist darauf zu achten, dass Influencer keine psychische und verbale Gewalt anwenden. Dazu gehört insbesondere das Verächtlichmachen Einzelner oder von Gruppen, Beschimpfungen und Drohungen sowie das Erzeugen von Angst, etwa in Form von Praktiken wie dem „Pranking“.

## ZUSAMMENFASSUNG

Influencer-Marketing ist eine der Werbeformen der Zukunft, gerade was die junge Bevölkerung betrifft. Auch hier gelten die allgemeinen Grundsätze wie Transparenz und Verbot der Schleichwerbung. Ein offener Umgang damit, wie der Influencer bei seinen Produktbewertungen finanziert wird, ist daher jedenfalls angebracht. Mit Spannung werden die ersten höchstgerichtlichen Entscheidungen dazu erwartet.

# Experten-Gespräch zur „Omnibus-Richtlinie“ der EU

Die bereits in Kraft getretene Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union ist zentraler Bestandteil des von der EU-Kommission ausgerufenen „New Deal for Customers“. Die möglichen Auswirkungen dieser noch in das nationale Recht umzusetzenden Richtlinie auf das Lauterkeitsrecht und die unternehmerische Praxis bildeten den Gegenstand eines hochkarätigen ÖV-Experten-Scan, der die Fahrtrichtung dieser „Omnibus-Richtlinie“ einer kritischen Prüfung unterzog.

## DIE „OMNIBUS-RICHTLINIE“

Die im Jänner 2020 in Kraft getretene und bis 28.11.2021 von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union umzusetzende **Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union** (kurz **Omnibus-Richtlinie**) enthält zahlreiche unterschiedliche Regelungsansätze. Diese Vorgaben sind spätestens ab 25. Mai 2022 in allen Mitgliedstaaten anzuwenden. Die „Omnibus-Richtlinie“ hat nichts mit der öffentlichen Personenbeförderung zu tun, sondern wird

so genannt, weil mit ihr vier andere Richtlinien quasi „transportiert“ und einer Modernisierung zugeführt werden. Es sind dies

- die Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU),
- die Richtlinie über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (98/6/EG),
- die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) und
- die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG).



Das Podium des  
ÖV-Experten-Scan  
Foto: IV



Der Text der „Omnibus-Richtlinie“ ist abrufbar unter:  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2161&from=DE>.

## DIE VERANSTALTUNG DER ÖV VOM 25. FEBRUAR 2020

Die Auswirkungen dieser Richtlinie auf das Lauterkeitsrecht und die unternehmerische Praxis waren Gegenstand einer informativen Veranstaltung der **ÖV (Österreichische Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht)**, in welcher die Fahrtrichtung der „Omnibus-Richtlinie“ veranschaulicht und zugleich einer kritischen Prüfung unterzogen wurde. Das in Kooperation mit der **Industriellenvereinigung (IV)** organisierte Treffen aus der Reihe „**Experten-Scan**“ stieß auf großes Interesse. Mehr als 70 Teilnehmer aus Wirtschaft, Rechtsanwaltschaft, Wissenschaft, Kammern und Verbänden kamen am 25.2.2020 im Haus der Industrie am Wiener Schwarzenbergplatz zusammen, um eine Einschätzung dieser Richtlinie vorzunehmen.

Im Mittelpunkt der von **Mag. Hannes Seidelberger** als Generalsekretär der ÖV moderierten Veranstaltung standen die Referate von vier Experten, die jeweils in einem kompakten Überblick die wesentlichsten Punkte der Richtlinie darlegten und deren mögliche Auswirkungen auf die unternehmerische Praxis skizzierten.

## DIE REFERATE

**Prof. Dr. Christian Alexander** (Friedrich Schiller Universität Jena) erläuterte in seinem Vortrag mit dem Titel „*Neue Informationspflichten für Online Marktplätze*“ die maßgeblichen Änderungen der UGP-Richtlinie, insbesondere durch zusätzliche Transparenzanforderungen für Plattformbetreiber. So werden in Art 7 UGP-RL (Irreführende Unterlassungen) neue Fälle von „wesentlichen Informationen“ definiert, und zwar die Angabe über die Gewerbetätigkeit des Anbieters auf dem Online Marktplatz, die Hauptparameter von Rankings und die Authentizität von Verbraucherbewertungen. Die Ergänzungen der „Schwarzen Liste“ (Anhang I UGP-RL) betreffen „erkaufte“ Sucheinträge (Nr. 11a), falsche Erklärungen zur Prüfung von Verbraucherbewertungen

(Nr. 23b) und „Fake“-Bewertungen (Nr. 23c). Eine Bewertung der „Omnibus-RL“ müsse diesbezüglich nach Ansicht von Prof. Alexander trotz des grundsätzlich positiven, richtlinienübergreifenden Regelungsansatzes und der ausdrücklichen Einbeziehung des Online-Sektors in die UGP-RL durchaus kritisch ausfallen. So habe keine Überprüfung der Bestandsregelungen der UGP-RL stattgefunden und bringe diese RL mehr Detailvorschriften anstelle von Offenheit und Flexibilität, was in Verbindung mit der wachsenden Komplexität der rechtlichen Vorgaben zu einer Zunahme von Informationspflichten und zu einer Mehrbelastung der Unternehmen führe, ohne dass ein tatsächlicher Nutzen für die Verbraucher belegt sei. In der anschließenden Diskussion wurden noch weitere offene Fragen angesprochen, wie zB das häufige Problem des „unbekannten“ Vertragspartners und die zivil- bzw. lauterkeitsrechtlichen Haftungsfolgen für die falsch bzw. unzureichend informierenden Marktplatzbetreiber.

**RA Dr. Michael Woller** (Schönherr Rechtsanwälte GmbH) behandelte in seinem Vortrag „*Dual Quality aus Industriesicht*“ ein Thema, das vorwiegend auf Betreiben osteuropäischer Staaten Eingang in die „Omnibus-Richtlinie“ gefunden hat. Ausgehend von der Annahme, dass (vor allem Lebensmittel-) Produkte derselben Marke ohne entsprechende Aufklärung in Osteuropa in minderer Qualität angeboten würden als in Westeuropa (zB Fischstäbchen in Tschechien weniger Fisch als in Deutschland enthielten, Haselnusscreme in Ungarn weniger cremig sei als in Deutschland und etwa Schokolade in Slowenien Zusatzstoffe enthalte, die in Österreich nicht enthalten seien), wurde in Art 6 Abs 2 UGP-RL folgender Irreführungstatbestand eingefügt: „*jegliche Art der Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware, obgleich sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden,*

Die „Omnibus-Richtlinie“ bringt neue Informationspflichten für Online-Marktplätze sowie das Verbot eines irreführenden Dual (Food) Quality-Marketings.



Foto: ÖV



sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist“. Dr. Woller berichtete, dass in einzelnen Mitgliedstaaten durchgeführte Tests zwar tatsächlich Unterschiede aufgezeigt hätten, allerdings seien keine einheitlichen Testmethoden angewandt worden und habe weder eine Einbindung der Hersteller noch eine Auseinandersetzung mit den Gründen für allfällige Unterschiede stattgefunden. Auch die betreffende EU-Studie sei zu dem Ergebnis gelangt, dass Unterschiede in der Zusammensetzung nicht zwingend Qualitätsunterschiede seien und kein generelles Muster nach Regionen festgestellt werden könne. Angesichts der unbestimmten Begriffe „Vermarktung als identisch“, „wesentlich unterscheiden“ und „objektive und legitime Faktoren“ sei diese Regelung jedenfalls problematisch, auch im Hinblick auf die künftigen Sanktionsmöglichkeiten durch Bußgeld. Die skeptische Beurteilung dieser neuen Bestimmung durch Dr. Woller, bei deren Umsetzung den Mitgliedstaaten aufgrund des Konzepts der Vollharmonisierung nur ein geringer Spielraum zur Verfügung steht, wurde von den Teilnehmern durchwegs geteilt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass aufgrund der Reichweite des allgemei-

nen Irreführungstatbestands der UGP-RL hier entgegen den Intentionen der EU sogar eine Liberalisierung stattgefunden haben könnte.

Im Mittelpunkt des Vortrages von **Mag. Hannes Seidelberger** (Generalsekretär der ÖV; Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb) mit dem Titel „*Änderung zu Preisherabsetzungen und Erweiterung der per-se-Verbote sowie mögliche Ausnahmen der UGP-RL*“ stand die neue Regelung des Art 6a der Preisangaben-RL 98/6. Danach ist nun *bei jeder Bekanntgabe einer Preisermäßigung der vorherige Preis anzugeben, den der Händler vor der Preisermäßigung über einen bestimmten Zeitraum angewandt hat* (Abs 1), wobei – gemäß Abs 2 – *der vorherige Preis der niedrigste Preis ist, den der Händler innerhalb eines Zeitraums von mindestens 30 Tagen vor der Anwendung der Preisermäßigung angewandt hat*. In Abs 5 heißt es nun, dass *die Mitgliedstaaten festlegen können, dass im Falle einer schrittweise ansteigenden Preisermäßigung der vorherige Preis der nicht ermäßigte Preis vor der ersten Anwendung der Preisermäßigung ist*. Die Regelung war im ursprünglichen Kommissionsvorschlag nicht vorgesehen

---

**Mag. Seidelberger** erläuterte die neue Regelung betreffend Preisherabsetzungen in der Preisangaben-Richtlinie

---

Weitere Neuregelungen betreffen den Eintrittskartenhandel, den Bereich der Haustürbesuche und Werbefahrten sowie die Rechtsbehelfe und Sanktionen bei unlauteren Geschäftspraktiken.

und es gibt auch keinen Erwägungsgrund, mit Hilfe dessen der Inhalt dieser recht unklar erscheinenden Formulierung zweifelsfrei interpretiert werden könnte. Wie Mag. Seidelberger anschaulich anhand konkreter Beispiele darlegte, wirft diese Bestimmung eine Reihe von Fragen auf, zB: Welche Preiserhöhungen fallen unter diese Regelung? Was ist tatsächlich nun der „vorige Preis“? Was ist der „bestimmte Zeitraum“? Geht es hier um den niedrigsten Preis der letzten 30 Tage oder um den niedrigsten Preis, der mindestens 30 Tage gegolten hat? (im Schrifttum gibt es dazu bereits unterschiedliche Antworten) und: Fällt nur eine Ermäßigung vom (eigenen) Verkaufspreis darunter oder auch UVP/sonstiger Stapppreis? Fällt auch ein genereller Rabatt darunter (für alle Produkte oder einer Produktgruppe) oder nicht? Was ist mit Aktionen über Gutscheine, Mehrmengeangebote und Kundenkarten? Eine sachgerechte Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung in das nationale Recht könnte eine Herausforderung werden, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, Verstöße behördlich zu kontrollieren bzw nachzuweisen. Weiters informierte Mag. Seidelberger darüber, dass es neben den von Prof. Alexander dargestellten, neuen Per-se-Verboten betreffend die Transparenz in der UGP-Richtlinie nun auch ein Per-se-Verbot im Bereich des Eintrittskartenhandels geben wird. So verbietet Nr. 23a des Anhangs zur UGP-RL den Wiederverkauf von Eintrittskarten für Veranstaltungen an Verbraucher, wenn diese durch den Einsatz von Software erworben werden, mit welchen Beschränkungen der Kartenanzahl pro Person oder andere Regelungen umgangen werden sollen. Eine weitere, lauterkeitsrechtliche Neuregelung betrifft den Bereich der Haustürbesuche und Werbefahrten: Laut Art 3 Abs 5 UGP-RL sind Mitgliedstaaten nicht (mehr) daran gehindert, aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken im Zusammenhang mit unerbetenen Besuchen eines Gewerbetreibenden in der Wohnung eines Verbrauchers oder bei „Werbeausflügen“ zu verbie-

ten – was das Prinzip der Vollharmonisierung durchbricht.

Von maßgeblicher Bedeutung sind schließlich die in der Richtlinie vorgesehenen „Rechtsbehelfe und Sanktionen im Falle unlauterer Geschäftspraktiken“, von denen **MMag. Erika Ummenberger-Zierler** (Bundesministerium für Digitalisierung und Wettbewerb) berichtete. So haben die Mitgliedstaaten gemäß dem neuen Art 13 Abs 3 UGP-RL bei der Verhängung von Sanktionen „bei weitverbreiteten Verstößen“ (siehe dazu die Begriffsbestimmung in Art 3 Z 3 der Verordnung 2017/2394) grundsätzlich sicherzustellen, dass entweder Geldbußen in Verwaltungsverfahren verhängt oder gerichtliche Verfahren zur Verhängung von Geldbußen eingeleitet werden können oder beides erfolgen kann, wobei sich der Höchstbetrag solcher Geldbußen auf mindestens 4 % des Jahresumsatzes des Gewerbetreibenden in dem (den) betreffenden Mitgliedstaat(en) belaufen soll. Für den Fall, dass eine solche Geldbuße zu verhängen sei, jedoch keine Information über den Jahresumsatz des Gewerbetreibenden verfügbar wäre, müsse die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen mit einem Höchstbetrag von mindestens 2 Mio. EUR vorgesehen sein. Auch für die anderen, von der „Omnibus-Richtlinie“ „mitchauffierten“ Richtlinien sind Erweiterungen der Sanktionsmöglichkeiten bzw Kriterienkataloge vorgesehen. Generell wird auch die Umsetzung dieser Bestimmungen als große Herausforderung angesehen und muss hier in Österreich eine Einpassung in ein anerkannt gut funktionierendes System erfolgen.

## AUSBLICK

Die Omnibus-Richtlinie ist bis zum Herbst 2021 in nationales Recht umzusetzen. Es wird mit Spannung zu erwarten sein, in welcher Weise die unterschiedlichen Ansätze dieser Richtlinie Eingang in das UWG und andere Regelungen finden. Der Schutzverband wird sich auch hier wiederum mit seiner Expertise in der nationalen Arbeitsgruppe UWG einbringen.

# Bericht über das ÖBI-Seminar

Seit 1995 wird begleitend zur Fachzeitschrift ÖBI (Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht) ein gleichnamiges Seminar angeboten, das längst zu einer fixen Institution für dieses Fachgebiet geworden ist. Auch im Jahr 2020 konnte es im Herbst unter Einhaltung aller Corona-Vorschriften in der Wirtschaftskammer Österreich abgehalten werden.

Das ÖBI-Seminar gewährt jedes Jahr einen kompakten und praxisorientierten Überblick über die aktuelle Rechtsentwicklung im Wettbewerbsrecht sowie gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Dieses alljährliche Highlight wird von der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) gemeinsam mit der Rechtsakademie Manz organisiert. Experten aus allen Bereichen dieses Rechtsbereichs geben in ihren Vorträgen einen aktuellen und spannenden Einblick in die einzelnen Rechtsgebiete. Das Seminar ist mit Inhalten zur aktuellen Rechtsentwicklung im Lauterkeits-, Marken-, Muster-, Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht immer randvoll gefüllt. Einen Tag lang referieren, diskutieren und informieren hier Vortragende aus den Kreisen der Gerichtsbarkeit, des Patentamts, der Wissenschaft, der zuständigen Ministerien sowie der Patentanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft über die jüngste Rechtsentwicklung. In diesem Jahr wurde die Veranstaltung aufgrund der aktuellen Situation hybrid durchgeführt, also als Präsenzveranstaltung mit einem gleichzeitigen Livestream als alternatives Angebot.

## VON DER ÖV IST EIN BERICHT VON DER VERANSTALTUNG AM 18.9.2020 IN DER WIRTSCHAFTSKAMMER ÖSTERREICH ZUR VERFÜGUNG GESTELLT WORDEN:

Das 26. ÖBI-Seminar wurde von **Herrn Dr. Stefan Harasek, Vorstand der Stabsstelle Strategie des Österreichischen Patentamts (ÖPA)**, eröffnet. In seinem Vortrag gab er einen Überblick über die Entwicklung der Anmeldezahlen beim Österreichischen Patentamt, welche trotz Covid-19-Wirtschaftskrise im

Vergleich zum Vorjahr im Wesentlichen konstant blieben. Zudem verwies er auf die Entscheidung G 3/19 der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts, in welcher erkannt wurde, dass – in ausdrücklicher Abkehr von ihrer bisherigen Rechtsprechung – Pflanzen und Tiere, die ausschließlich durch biologische Prozesse hergestellt werden, nicht patentfähig sind. In Anbetracht dieser Entscheidung sei nun auch die EPÜ-Konformität von § 2 Abs 2 PatG eindeutig geklärt. Weiters verwies er auf den von der Kommission neu gestarteten „IP Action Plan“ und die neuesten Entwicklungen bei der Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts. Hier sei derzeit aufgrund des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs angedacht, die Zuständigkeiten der geplanten Zentralkammer in London auf die Zentralkammern in Paris und München aufzuteilen, bis eine Vertragsänderung zwecks Errichtung einer Zentralkammer in Mailand wirksam ist. Auf Nachfrage erläuterte er, dass dieses Vorhaben derzeit aber erst auf seine Verfassungskonformität geprüft werde.

Anschließend berichteten **Patentanwalt Dr. Daniel Alge** und **Patentanwalt Dr. Rainer Beetz** über die neuesten Entwicklungen im Patentrecht sowie die jüngste patentrechtliche Judikatur. Hierbei vertieften sie die Ausführungen von Dr. Harasek zur Entscheidung G 3/19 und sparten nicht mit Kritik daran, dass die Entscheidung einer gewissen politische Einflussnahme ausgesetzt gewesen zu sein scheint. Darauf folgte eine Besprechung der wesentlichsten patentrechtlichen Entscheidungen des OGH und des OLG Wien, die ein buntes Spektrum an verschiedensten materiell- und prozessrechtlichen

---

**Das ÖBI-Seminar wurde auch in diesem Jahr wieder mit informativen Referaten zu den neuesten Entwicklungen im Patentrecht eröffnet**

---



Foto: MANZ-Verlag



Aspekten abdecken. Näher besprochen wurde zB anhand der Entscheidung des OLG Wien zu 133 R 138/19w, *Bekämpfung von bienenschädlichen Milben*, inwiefern Verfahrensmerkmale zur Schutzfähigkeit von Vorrichtungsansprüchen beitragen können, oder, unter Bezugnahme auf die OGH-Entscheidung 4 Ob 71/19y, *Einputzleiste II*, ob die semantische Reihenfolge der beanspruchten Verfahrensmerkmale tatsächlich einer beanspruchten Chronologie der Verfahrensschritte entspricht. Die Vortragenden beendeten ihre Referate mit der jüngsten EuGH-Judikatur zu ergänzenden Schutzzertifikaten.

Im lauterkeitsrechtlichen Teil gab zunächst **MMag. Erika Ummenberger-Zierler, Leiterin der Abteilung Wettbewerbspolitik und -recht des BMDW**, einen Überblick über den aktuellen nationalen und europäischen Normenbestand. So ist mit 12. Juli 2020 die Plattform-to-Business-VO (2019/1150) in Kraft getreten, welche der Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten dient. Die UTP-Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette trat bereits am 30.4.2019 in Kraft und ist bis zum 1.5.2021 in das nationale Recht umzusetzen. Durch das Verbot bestimmter Handelspraktiken, wie zB zu langen Zahlungsfristen oder kurzfristigen Stornierungen, sollen KMU in der Lebensmittelkette gestärkt werden. Durch die sog. Omnibus-RL (EU) 2019/2161 werden im Rahmen des „New Deal for Consumers“ die Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in AGB, über Preisangaben, über unlautere Geschäftspraktiken sowie die Verbraucherrechte-RL geändert. Auch die Einführung einer EU-Verbandsklage ist geplant. Weiters würden Themen wie Subventionen aus dem EU-Ausland, „New Competition Tool“, Digital Service Acts sowie Influencer-Marketing in der Zukunft eine Rolle spielen.

Danach informierte **Mag. Hannes Seidelberger, Generalsekretär der ÖV und Ge-**

**schäftsführer des Schutzverbands gegen unlauteren Wettbewerb**, über die jüngste EuGH-Judikatur zum Lauterkeitsrecht und berichtete, dass bereits rund 60 Rechtssachen zur UGP-Richtlinie entschieden worden sind. Grund dafür ist die Maximalharmonisierung durch die UGP-RL und die weite Auslegung des Begriffs „Geschäftspraktik“ durch den EuGH. Die Entscheidungen des Gerichtshofs im letzten Jahr betrafen etwa die unzulässige Druckausübung durch einen Kurier bei Vertragsunterzeichnung (C-628/17 – *Orange Polska*), die Aktivlegitimation einer Behörde für eine Klage auf Einstellung unlauterer Geschäftspraktiken (C-73/18 – *Movic*), Vermittlungsdienste für Wohnungen wie Airbnb (C-390/18 – *Airbnb Ireland*; C-434/15) sowie Herkunftsangaben für Kulturchampignons (C-686/17 – *Prime Champ Deutschland*). Aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen anhängig sind insbesondere Verfahren über „Inboxwerbung“, bei welcher in der E-Mail-Liste im Posteingang Werbung eingeblendet wird (C-102/20) oder – auf Ersuchen des OGH – die Frage, ob eine Tageszeitung, die einen schädlichen Gesundheitstipp enthält, als fehlerhaftes Produkt im Sinne der Produkthaftungsrichtlinie anzusehen ist (OGH 1 Ob 163/19f – *Schmerzfrei ausklingen lassen*).

**Hofrat Dr. Manfred Vogel, zuständiger Senatspräsident des OGH**, gab wie jedes Jahr einen informativen und umfassenden Überblick über die jüngste lauterkeitsrechtliche Judikatur des Höchstgerichts. Zwei der Entscheidungen betrafen den Wettbewerb der öffentlichen Hand, wo in einem Fall ein unlauteres Koppelungsangebot eines städtischen Bestattungsunternehmens festgestellt wurde (4 Ob 248/18a), während im anderen Fall das Verlangen eines Mindest-Ausbildungsstandards für Supervisoren durch ein Bundesland nicht als diskriminierend angesehen wurde (4 Ob 59/19h). In der Fallgruppe des unlauteren Rechtsbruchs gemäß § 1 UWG verneinte der OGH (in 4 Ob 84/19k) die Aktivlegitimation des klagenden Psychotherapeuten-Verbandes, weil Verstöße



gegen die DSGVO nur persönlich geltend gemacht werden könnten. In einer Entscheidung zum Irreführungsverbot nach § 2 UWG (4 Ob 80/19x) verneinte das Höchstgericht die Herkunftstäuschung eines „MAGNUM“-ähnlichen Stieleises, weil im Interesse der Wettbewerbsfreiheit vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit auszugehen sei. Erläuterungen zu einigen verfahrensrechtlichen Entscheidungen und zur Urteilsveröffentlichung in Printmedien rundeten den Vortrag ab.

Im markenrechtlichen Teil referierte **Rechtsanwalt Dr. Christian Schumacher** zur Rechtsprechung des EuGH, welche im Berichtszeitraum insbesondere einige Fragen zum Eintragungsverfahren und zu Schutzhindernissen betraf. Mit der Rechtsprechung des OLG Wien zu Verfahrensfragen und Schutzhindernissen leitete auch **Senatspräsident Dr. Reinhard Hinger** seinen Vortrag ein und setzte mit Schlaglichtern aus der Entscheidungspraxis zu Kollisionen mit älteren Rechten und zur Nichtbenutzung fort. Auch **Dr. Gottfried Musger, Hofrat des OGH**, konnte dieses Jahr wieder von mehreren Entscheidungen des OGH im Markenrecht berichten. In weiterer Folge befasste sich Hofrat Dr. Musger aus Anlass insb der aktuellen Entscheidung 4 Ob 151/19p, *KTM*, eingehender mit den Konsequenzen der EuGH-Entscheidung *Martin Y Paz* (C-661/11) für die Beendigung markenrechtlicher Verträge

**Wie jedes Jahr wurden im lauterkeitsrechtlichen und im markenrechtlichen Teil zahlreiche Sachverhalte sehr anschaulich dargeboten.**

Nach einem Überblick über die aktuelle Entwicklung und Judikatur im Musterrecht mit illustrativen Beispielen folgten umfassende Ausführungen zum Bereich des Urheberrechts. Der kartellrechtliche Teil mit vielen interessanten Informationen zu wichtigen Entscheidungen rundete das Seminar ab.

durch den Markeninhaber. **Mag. Christoph Bartos, Mitglied der Beschwerdekammern beim EUIPO in Alicante**, musste aufgrund der pandemiebedingten Reisebeschränkungen aus Alicante zugeschaltet werden. Wie immer steuerte er für die Seminarunterlagen eine sehr ausführliche Aufstellung der wichtigsten Entscheidungen der EUIPO Beschwerdekammern bei und wählte einige besonders nennenswerte und plakative Entscheidungen für seinen Vortrag.

**Rechtsanwalt Hon.-Prof. Dr. Guido Kucsko** berichtete wieder über die jüngste Entwicklung im Musterrecht. Wer einen „Klassiker“ zur Beurteilung der Eigenart bzw der Verletzung eines Musters, auch unter Berücksichtigung der Funktion eines Gegenstands, sucht, sollte zur Entscheidung OGH 28.01.2020, 4 Ob 239/19d, *Einkaufswagenlöser I* oder OGH 24.10.2019, 4 Ob 168/19p, *Zirbenwürfel*, greifen, die diese Themen fast lehrbuchartig durchdeklinieren. Dass gemäß Art 82 Abs 5 GGV (Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Verordnung) Eingriffsverfahren auch bei den Gerichten des Mitgliedstaats anhängig gemacht werden können, in welchem eine Verletzungshandlung begangen worden ist oder droht, wie etwa durch das bloße Angebot der Lieferung an eine bestimmte Person in Österreich, belegen die Ausführungen zur Entscheidung OGH 24.09.2019, 4 Ob 138/19a, *Caddy Keys*.

**Mag. Christian Auinger, leitender Staatsanwalt im BMJ**, referierte über die beiden Urheberrichtlinien, die nächstes Jahr umsetzen sind, einschließlich des dafür vorgesehenen Zeitplans. **Assoz.-Prof. Priv.-Doz. Dr. Manfred Büchele vom Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck** und **Dr. Christian Handig von der Wirtschaftskammer Österreich** präsentierten gemeinsam die jüngste österreichische Judikatur und europäische Rechtsprechung. Der Schwerpunkt lag auf dem urheberrechtlichen Werkbegriff und dem Verhältnis zwischen den Ausnahmen der InfoRL und den Grundrechten der Charta der Grundrechte der EU.

Im Block „Wettbewerbsrecht“ berichtete zunächst **Frau Hofrätin Dr. Anneliese Kodek, OGH**, über die wenigen, aber spannenden Entscheidungen des OGH als KOG (Kartellobergericht). Im Beschluss 16 Ok 1/20p befasste sich der OGH mit der Frage, inwieweit die Führung eines Rechtsstreits zur Bestimmung der Höhe des „angemessenen Entgelts“ im Sinne des § 354 UGB missbräuchlich gemäß § 5 KartG sein kann. In 16 Ok 2/20k bestätigte das Höchstgericht seine restriktive Judikatur zur Parteistellung von Dritten in Fusionskontrollverfahren. Zudem schilderte Frau Dr. Kodek die zivilrechtliche Entscheidung zu 6 Ob 105/19p, in der sich der OGH eingehend mit der Reichweite des Konzernprivilegs im Verhältnis eines Gemeinschaftsunternehmens zu seinen Muttergesellschaften auseinandergesetzt hat.

Im Anschluss daran ging **Herr RA Dr. Hanno Wollmann** auf die jüngste EuGH-Judikatur ein. Dazu zählt der österreichische Fall OTIS (C-435/18), in dem es um die Frage ging, ob eine Begrenzung des Kreises der Anspruchsberechtigten in einem Schadenersatzprozess wegen eines Wettbewerbsverstosses unter Bedachtnahme auf den Schutzzweck von Art 101 AEUV mit dem unionsrechtlichen Effizienzgebot vereinbar ist (was vom EuGH verneint wurde). Ausführlich befasste sich Wollmann mit dem Urteil *Generics* (C-307/18), der ersten Entscheidung des EuGH zu Pay-for-Delay Vereinbarungen in der Pharmaindustrie. Seinen Vortrag und das diesjährige ÖBl-Seminar insgesamt rundete ein Blick auf zu erwartende Entwicklungen im wettbewerbsrechtlichen Normenbestand im kommenden Jahr ab. Beim ÖBl-Seminar 2021 sollte insbesondere bereits absehbar sein, in welche Richtung die angekündigte Neufassung der Kommissionsbekanntmachung zur Marktabgrenzung gehen wird, und wie es mit der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Absprachen und mit den Leitlinien der Kommission zur Beurteilung horizontaler Vereinbarungen weitergehen wird.



Foto: sprklg | Wikicommons



EuGH in Luxemburg

## Aktuelle Judikatur zum Wettbewerbsrecht

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

### BEI DER VERBRAUCHERERWARTUNG SIND LAUT EUGH AUCH ERWÄGUNGEN ZUM VÖLKERRECHT ZU BERÜCKSICHTIGEN

Generell müssen laut dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die bereitgestellten Informationen den Verbrauchern ermöglichen, unter Berücksichtigung unter anderem von gesundheitsbezogenen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen und ethischen Erwägungen eine fundierte Wahl zu treffen. Da es sich dabei um eine nicht abschließende Aufzählung handelt, können in diesem Zusammenhang aber auch andere Erwägungen wie zB solche, die die Wahrung des Völkerrechts betreffen, relevant sein.

Konkret hatte sich der EuGH mit der Herkunft von Lebensmitteln aus besetzten Gebieten zu beschäftigen. Dabei kam er zu dem Schluss, dass bei einem vom Staat Israel besetzten Gebiet auch anzugeben ist, wenn es dort von einer israelischen Siedlung kommt. Die Angabe des Herkunftsorts ist laut der VO Nr. 1169/2011 verpflichtend, falls sonst eine Irreführung über den Ursprung des Lebensmittels möglich wäre, insbesondere wenn die beigefügten Informationen oder das Etikett insgesamt den Eindruck erwecken, das Lebensmittel komme aus einem anderen Herkunftsort.

Die Europäische Union anerkennt nicht die Souveränität Israels über die seit Juni 1967

besetzten Gebiete. Bei Erzeugnissen aus dem Westjordanland oder von den Golanhöhen, die ihren Ursprung in israelischen Siedlungen haben, ist eine Angabe wie zB „Erzeugnis von den Golanhöhen“ nicht zulässig. In derartigen Fällen ist beispielsweise der Klammerzusatz „israelische Siedlung“ oder ein gleichwertiger Ausdruck erforderlich. Die Verbraucher berücksichtigen bei ihren Kaufentscheidungen möglicherweise Erwägungen im Zusammenhang damit, dass die in Rede stehenden Lebensmittel aus Siedlungen kommen, die unter Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts errichtet wurden. Wenn lediglich das (besetzte) Ursprungsgebiet angegeben wird, ist somit eine Irreführung möglich (EuGH 12.11.2019, C-363/18 - *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot*).

### **NAHRUNGSERGÄNZUNGSMITTEL KANN HERZLEISTUNG STEIGERN?– MIT GESUNDHEITSBEZOGENEN ANGABEN DARF NUR DANN GEWORBEN WERDEN, WENN SIE EINDEUTIG BELEGT SIND**

Der Beklagte bewarb seine als Nahrungsergänzungsmittel bezeichneten Produkte „Coenzym Q10 Kapseln“, „L-Carnitin Tartrat (Lonza)“ und „L-Carnosin Kapseln“ mit gesundheitsbezogenen Werbeaussagen. Bei-

spielsweise auf seinem eigenen YouTube-Kanal behauptete er, dass diese Produkte bzw deren Inhaltsstoffe die Herzleistung von 8 % auf 33 % steigern könnten. In seinem Revisionsrekurs machte der Beklagte geltend, dass seine Werbeaussagen Wertungen und keine Tatsachenbehauptungen seien und dass sie keinen werblichen Charakter hätten. Der OGH führte dazu aus, dass Werturteile aufgrund einer gedanklichen Reflexion gewonnen und die rein subjektive Meinung des Erklärenden wiedergeben würden. Sie seien daher einer objektiven Nachprüfbarkeit nicht zugänglich. Bei der Prüfung, ob eine objektiv überprüfba-

re Tatsachenbehauptung oder nur eine rein subjektive Meinungskundgebung vorliege, sei anhand des Gesamteindrucks der Ankündigung vorzugehen.

Der Begriff der Tatsachenbehauptung sei weit auszulegen und selbst Urteile, die nur auf entsprechende Tatsachen schließen lassen, gelten als Tatsachenmitteilung („konkludente Tatsachenbehauptung“). Eine konkludente Tatsachenbehauptung liegt immer dann vor, wenn der Äußerung entnommen werden kann, dass sie von bestimmten Tatsachen ausgeht, ihr Inhalt demnach objektiv auf seine Richtigkeit überprüft werden kann. Die Äußerung, dass ein bestimmtes Produkt bzw dessen Inhaltsstoffe die Wirkung entfalten, dass sich die Herzleistung um eine bestimmte Prozentzahl steigern lasse, vermittelt jedenfalls den Eindruck, dass sie von bestimmten Tatsachen ausgeht, deren Inhalt objektiv auf seine Richtigkeit überprüft werden kann. Demnach liegt kein (bloßes) Werturteil vor, sondern eine Tatsachenbehauptung.

Ebenso bejahte der OGH das Vorliegen einer Irreführung im Sinne von § 2 UWG bzw § 6 Abs 3 AMG (Arzneimittelgesetz): Mit gesundheitsbezogenen Angaben darf grundsätzlich nur geworben werden, wenn sie eindeutig belegt sind und eine Irreführung für die umworbenen Verbraucher ausgeschlossen ist. Gesundheitsbezogene Angaben sind dann irreführend, wenn Wirkungen behauptet werden, die nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis nicht hinreichend belegt sind. Bei gesundheitsbezogener Werbung sind grundsätzlich besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit von Werbeaussagen zu stellen, da mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut der Gesundheit des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können. Der Beklagte konnte nicht bescheinigen, dass seine Produkte die Herzleistung von 8 % auf 33 % steigern. Daher waren seine Werbeaussagen zur Irreführung geeignet (OGH vom 30.3.2020, 4 Ob 200/19v).





## AUSBEUTUNG DURCH ÜBERNAHME FREMDER ALLGEMEINER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Bei nahezu unveränderter Übernahme fremder Allgemeiner Lieferbedingungen handelt es sich laut OGH um einen Fall von unlauterer schmarotzerischer Ausbeutung nach § 1 UWG und damit um einen klaren Wettbewerbsverstoß. In einem Rechtsstreit zwischen zwei Unternehmen für Energielösungen im Business- und Großkundenbereich in Österreich ging es um Energielieferverträge für Strom und Gas sowie insbesondere den diesen zugrundeliegenden Allgemeinen Lieferbedingungen. 2018 wurde der Klägerin bekannt, dass die Beklagte ihre Vertragstexte nahezu unverändert übernahm. Daraufhin gab die Beklagte nach Aufforderung der Klägerin eine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung betreffend die Energielieferverträge der Klägerin ab. Im Folgejahr 2019 entdeckte die Klägerin, dass auch die Allgemeinen Lieferbedingungen weitgehend unverändert von der Beklagten übernommen worden waren. Die Überarbeitung seitens der Beklagten bestand im Wesentlichen darin, dass teilweise die Satzstellung verändert wurde und teils Synonyme verwendet wurden. Die Allgemeinen Lieferbedingungen der Klägerin enthielten unter anderem eine Preiszonenklausel und eine Energieeffizienzklause, die von der Rechtsabteilung der Klägerseite speziell für das Businesskundensegment ausgearbeitet worden war. Die Klägerin begehrte Unterlassungsansprüche gemäß § 2 Z 1 UrhG (als Hauptbegehren) und gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG (als Eventualbegehren) sowie eine entsprechende einstweilige Verfügung.

Die Klägerin brachte vor, speziell für ihre Angebote im Businesskundensegment maßgeschneiderte Allgemeine Lieferbedingungen entworfen zu haben. Insbesondere seien die Preiszonenklausel und die Energieeffizienzklause originär ausgearbeitet worden. Dabei handle es sich um Sprachwerke im Sinne des § 2 Z 1 UrhG. Diese glatte Übernahme der Allgemeinen Lieferbedingungen der Klägerin zur Gänze oder zu erheblichen Teilen in den



Foto: Hubertl | Wikimedia Commons

Foto OGH

entsprechenden Geschäftsbedingungen der Beklagten verstoße außerdem gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG, weil diese die Leistungen der Klägerin unlauter ausbeute. Die Beklagte brachte dagegen vor, dass keine Urheberrechtsverletzung vorliege, weil die Allgemeinen Lieferbedingungen standardmäßig aufgebaut seien. Die speziell ausgearbeiteten Klauseln seien aus Beklagtensicht rein technischer Natur und beträfen betriebswirtschaftliche Vorgänge. Eine UWG-Verletzung sei mangels Spürbarkeit der Rechtsverletzung aus Sicht der Beklagten nicht gegeben. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung im Sinne des Hauptsicherungsbegehrens. Auch Allgemeinen Geschäftsbedingungen könne der Schutz als Sprachwerk zukommen. Im Anlassfall liege in Bezug auf die Preiszonenklausel und die Energieeffizienzklause ein hoher Grad an Individualität vor.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Beklagten teilweise Folge und schränkte das Unterlassungsgebot ein, da es bloß zwei Klauseln (Preiszonenklausel und Energieeffizienz-



**Die glatte Übernahme (eigene Verwendung) von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines anderen Unternehmens mit nur geringfügigen Änderungen ist eine unlautere, schmarotzerische Ausbeutung einer fremden Leistung, die gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG verstößt.**

klausel) als Sprachwerke qualifizierte und nur betreffend dieser beiden Klauseln eine Urheberrechtsverletzung bejahte. Das darüberhinausgehende Mehrbegehren zum Hauptsicherungsbegehren wurde vom Rekursgericht ebenso abgewiesen wie das Eventualsicherungsbegehren betreffend § 1 UWG (unlautere Ausbeutung). Die glatte Leistungsübernahme der Allgemeinen Lieferbedingungen durch die Beklagte sei lauterkeitswidrig. Allerdings gelte dies nur für die beiden Klauseln.

Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Klägerin teilweise statt und stellte in diesem Rechtsstreit zweierlei klar. Hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens aufgrund des Urheberrechtsgesetzes hält der OGH fest, dass der urheberrechtliche Schutzgegenstand „Werk“ (§ 1 Abs 1 UrhG) die unterschiedlichsten Werkkategorien umfasst. Deshalb bedarf es bei Fassung des Unterlassungsgebots einer einschränkenden Präzisierung auf den Kern der begangenen Rechtsverletzung. Die Ansicht der Klägerin, dass der Beklagten mit dem Unterlassungsgebot allgemein untersagt werden könne, den Text Allgemeinen Lieferbedingungen, insbesondere solcher für die Lieferung von Energie, zu verwenden, soweit es sich dabei um Sprachwerke handle, kommt dem Bedarf einer einschränkenden Präzisierung der begangenen Rechtsverletzung im Unterlassungsbegehren nicht nach. Aufgrund des zu weit formulierten Hauptsicherungsbegehrens, konnte das beantragte (umfassende) Unterlassungsgebot auf der Grundlage des Urheberrechtsgesetzes nicht erlassen werden.

Hinsichtlich des Eventualbegehrens auf der Grundlage des UWG führte die Klägerin aus, dass sich der Übernehmer eines Arbeitsergebnisses einer schmarotzerischen Ausbeutung fremder Leistung schuldig mache. Bei ihren Allgemeinen Lieferbedingungen handle es sich um ein derartiges Arbeitsergebnis, das von der Beklagten glatt übernommen worden sei, zumal diese nur geringfügig Umformulierungen vorgenommen habe. Bei der Beurteilung einer lauterkeits-

rechtlichen Leistungsübernahme komme es nicht darauf an, ob die Arbeitsergebnisse sonderrechtlich geschützt seien oder nicht. Unlauter im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 UWG wegen schmarotzerischer Ausbeutung einer fremden Leistung bzw einer sklavischen Nachahmung oder glatten Leistungsübernahme handle, wer ohne jede eigene Leistung bzw ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang das – auch ungeschützte – Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder doch in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um dem Geschädigten quasi mit dessen eigener Mühe Konkurrenz zu machen. Dies gilt auch für die glatte Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn diese mit einem gewissen Arbeitsaufwand eigens für die Bedürfnisse des Anwenders erstellt wurden und wenn sie ohne nennenswerte Änderungen abgeschrieben bzw der Text und die Gestaltung nahezu unverändert übernommen wurden. Dabei ist das mit der Übernahme verbundene Unwerturteil umso größer, je individueller und eigenartiger das Arbeitsergebnis ist.

Die Beklagte hatte die Allgemeinen Lieferbedingungen der Klägerin nahezu unverändert übernommen. Die teilweisen und nur geringfügigen Änderungen (zum Teil geänderte Satzstellung und Verwendung von Synonymen) dienten nur der Kosmetik und bewirkten keine nennenswerten Abweichungen. Damit liegt eine schmarotzerische Ausbeutung fremder Leistungen vor, die gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG verstößt. Der Einwand der Beklagten, dass es am Tatbestandsmerkmal der spürbaren Beeinflussung mangle, weil die „Vertragsformblätter“ nur jenen Kunden übermittelt worden seien, die sich bereits zu einem Vertragswechsel (von der Klägerin hin zur Beklagten) entschieden hätten, ist laut OGH nicht überzeugend.

Bei der vorliegenden Entscheidung geht es nicht um die Energielieferverträge, sondern um die Allgemeinen Liefer- bzw Geschäftsbedingungen eines Unternehmens. Damit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Liefervertrag einbezogen werden können,

muss der Vertragspartner vor Vertragsabschluss die Möglichkeit haben, vom Inhalt dieser Kenntnis zu nehmen. Aus diesem Grund liegt es auch nahe, dass sich potenzielle Neukunden mit den Allgemeinen Lieferbedingungen beschäftigen, durch branchenorientierte und sachkundig ausgearbeitete Allgemeine Geschäftsbedingungen angezogen werden können und dem zugrunde liegenden Leistungsangebot näher treten, was zu einer Nachfrageverlagerung zum Nachteil von Mitbewerbern führen kann. Der OGH gab daher der beantragten einstweiligen Verfügung im Sinne des Eventualbegehrens nach dem UWG statt (OGH 24.10.2019, 4 Ob 166/10v und 4 Ob 187/19).

#### **ÜBER SUCHMASCHINEN GEBUCHTE, IRREFÜHRENDE META-KEYWORDS KÖNNEN LAUTERKEITSWIDRIG SEIN**

Der OGH hat in einem Verfahren im Taxibereich klargestellt, dass über Suchmaschinen gebuchte, irreführende Meta-Keywords lauterkeitswidrig sein können. Es handle sich um eine unlautere Täuschung nach § 2 UWG, wenn ein Unternehmer in verwechselbarer Weise die Firmenbezeichnung eines Mitbewerbers über Google Ads für sich als Meta-Keyword buche.

Laut dem Sachverhalt in diesem Verfahren betreiben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Taxiunternehmen an zum Teil gleichen Standorten in Oberösterreich. Die Klägerin ist Inhaberin der Wort-Bild-Marke TAXICOMPANY - DRIVING YOUR BUSINESS und tritt bei Ausübung des Gewerbes unter dem Markenbestandteil bzw. dem Firmenschlagwort „Taxicompany“ auf. Die erstbeklagte Mitbewerberin hatte auf [www.google.at](http://www.google.at) die Meta-Keywords „Vöcklabruck“, „Taxi“, „Taxi Vöcklabruck“ sowie „Taxicompany“ bzw. „Taxicompany Vöcklabruck“ gebucht. Meta-Keywords sind im Hintergrund laufende, für die User der Suchmaschine nicht ersichtliche Worte bzw. Wortfolgen in einer Online-Werbearbeit, mit denen die Suchergebnisse auf Google und insbesondere die Reihenfolge der angezeigten Treffer beeinflusst werden



können. Aufgrund der Buchung dieser Meta-Keywords durch die Beklagte wurde bei einer Google-Suche nach „Taxicompany“ bzw. „Taxicompany Vöcklabruck“ oder ähnlichen Bezeichnungen die Webseite der Beklagten noch vor der Website der Klägerin an erster Stelle in der Trefferliste angezeigt, und zwar ohne einen aufklärenden Hinweis, dass diese Anzeige bzw. die Website mit der Klägerin nichts zu tun hat.

Das Berufungsgericht habe, so der OGH, mit ausführlicher Begründung den Firmen- und Markenbestandteil „Taxicompany“ für sich allein als unterscheidungskräftig und damit schutzfähig beurteilt und sei gegen dieses Ergebnis im Rechtsmittel auch nicht näher argumentiert worden. Nach der Rechtsprechung greife die durch die Verwendung einer Marke (eines Markenbestandteils) als Schlüsselwort generierte Werbung eines Dritten in die Rechte des Markeninhabers nur dann nicht ein, wenn aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer leicht zu erkennen sei, dass die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen weder vom Inhaber der Marke noch von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammten. Das Berufungsgericht habe im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zutreffend diese leichte Erkennbarkeit verneint bzw. damit die Irreführungseignung der angegriffenen Werbemethode bejaht.

Auch der Hinweis auf die Entscheidung des BGH I ZR 125/07 – *Bananabay II* konnte nach Ansicht des OGH die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht stützen. In dieser Entscheidung habe der BGH die Verwendung einer fremden Marke als Schlüsselwort nämlich (nur) dann als zulässig betrachtet, wenn die Marke nicht im Text der Anzeige aufscheine. Der vom BGH zu beurteilende Fall sei davon geprägt gewesen, dass Google die von dem beklagten Werbenden vorgegebene Adwords-

Anzeige auf der Internetseite rechts neben der Trefferliste in einem gesonderten Bereich angezeigt habe, der mit „Anzeigen“ überschrieben war. Damit sei diese Entscheidung des BGH hier nicht einschlägig. Zum einen sei die Werbung der Beklagten im vorliegenden Fall nämlich nicht in einem von der Trefferliste räumlich getrennten, entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erschienen und sei es hier (nur) um die eigentliche Trefferliste gegangen. Zum anderen sei im konkreten Fall der klägerische Markenbestandteil „Taxicompany“ auch direkt bei jenem Treffer aufgeschienen, wo die Webseite der Erstbeklagten angezeigt wurde (OGH 21.2.2020, 4 Ob 30/20w).

### **UNERBETENER WERBEANRUF NICHT NUR ALS VERSTOSS GEGEN § 107 TKG, SONDERN AUCH VERLETZUNG DER DSGVO MÖGLICH – UNERBETENE MAIL-WERBUNG LIEGT AUCH BEI WERBUNG ÜBER FACEBOOK UND WHATSAPP VOR**

Der OGH hat erneut klargestellt, dass § 107 TKG wie bisher uneingeschränkt auch gegenüber Verbrauchern zur Anwendung kommt (OGH 29.1.2019, 4 Ob 237/18h mit zustimmender Anmerkung von *Plasser*). Weiters ist auch nach Inkrafttreten der DSGVO die Zulässigkeit der Zusendung von elektronischer Post zu Werbezwecken gemäß der Bestimmung des § 107 Abs 1 TKG, die Art 13 Abs 1 der e-Datenschutz-RL umsetzt, zu beurteilen. Durch einen Verstoß gegen das TKG bzw die e-Datenschutz-RL kann allerdings gleichzeitig eine Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG und auch eine Verletzung von Bestimmungen der DSGVO vorliegen (Datenschutzbehörde 7.3.2019, DSB-D130.033/0003-DSB/2019 rkr, MR 2019, 250).

Die Verwendung einer im Internet veröffentlichten Mobilfunknummer für einen unaufgeforderten Telefonanruf zu Werbezwecken kann außerdem einen Verstoß gegen die DSGVO darstellen, weil sie eine Informationspflicht nach Art 14 dieser EU-Verordnung auslöst. Der unerwünschte Werbeanruf (sog

Cold Calling) im Sinne von § 107 Abs 1 TKG selbst ist nicht von der Datenschutzbehörde zu beurteilen, sondern von der zuständigen Fernmeldebehörde. Für eine damit im konkreten Fall zugleich begangene Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung gemäß § 1 Abs 1 DSG 2018 ist wiederum die Datenschutzbehörde zuständig. Im konkreten Fall hatte der Beschwerdeführer (ein Unternehmer) auf seine Frage, woher die anrufende Person seine Telefonnummer habe, keine Antwort erhalten und sich daraufhin an die Datenschutzbehörde gewandt. Damit ist bei Werbeanrufen nicht nur auf die vorher erteilte Einwilligung der angerufenen Person gegenüber dem Anrufer zu achten, sondern sind auch die datenschutzrechtlichen Informationspflichten nach Art 13 und 14 DSGVO zu erfüllen (DSB Bescheid vom 31.10.2018, DSB-D123.076/0003.DSB/2018 – Datenschutzrechtliche Informationspflichtverletzung bei Cold Calling, ZIIR 2019, 44 mit Anmerkung von *Thiele*).

Der OGH hat festgehalten, dass Nachrichten, die über Facebook und WhatsApp verbreitet werden, vom Verbot der Direktwerbung mittels elektronischer Post nach § 7 ECG iVm § 107 TKG 2003 umfasst sind. Solche Zusendungen bedürfen daher ebenso der vorherigen und widerrufbaren Einwilligung des Empfängers wie eine Werbung via E-Mail. Im konkreten Fall hatte der Verein für Konsumenteninformation (VKI) eine Unterlassungsklage gegen einen Anbieter für Maturareisen eingebracht. Der Veranstalter hatte sehr direkte Wege gewählt, um sein Produkt an die Teenager zu bringen. So kamen Mitarbeiter in die Schulen und suchten dort Maturaklassen sowie Jugendliche der vorletzten Schulstufe auf. Auch über soziale Netzwerke wie Facebook und WhatsApp wurden die Jugendlichen gedrängt, den Reisevertrag abzuschließen. „Die Beklagte geht äußerst hartnäckig vor und erzeugt über ihre Mitarbeiter einen Gruppendruck, um die Schüler zu einer Buchung zu bewegen“, stellte das Höchstgericht fest. Im konkreten Fall fehlte allerdings ein geeignetes konkretes Vorbringen über die fehlende Einwilligung der Schüler zu den Nachrichten

Telefonanrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers verstoßen nicht nur gegen § 107 TKG, sondern können auch ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht sein. Weiters sind auch Nachrichten via Facebook und WhatsApp vom Verbot der Direktwerbung mittels elektronischer Post umfasst.



und damit wurde hier nur die Werbung an den Schulen selbst verurteilt (OGH 29.1.2019, 4 Ob 237/18h mit Anmerkung von *Plasser*). Jedenfalls ist damit klargestellt, dass auch Nachrichten auf Facebook und WhatsApp am Maßstab des § 107 TKG im Sinne eines Opt-in-Systems zu messen sind.

#### **TELEFONNUMMER AUF DER WEBSITE EINES ONLINEHÄNDLERS IM FERNABSATZ NICHT IN JEDEM FALL VERPFLICHTEND**

Zu den allgemeinen Informationspflichten hat der EuGH festgehalten, dass die RL 2011/83 über die Rechte der Verbraucher (kurz VRRRL) einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Unternehmer grundsätzlich verpflichtet ist, vor Abschluss eines Vertrages im Fernabsatz stets seine Telefonnummer anzugeben. So impliziert Art 2 Nr 7 und 8 dieser RL keine Verpflichtung des Unternehmens, einen Telefon- oder Telefaxanschluss bzw ein E-Mail-Konto neu einzurichten, damit die Verbraucher mit ihm in Kontakt treten können. Sie verpflichtet den Unternehmen nur dann zur Übermittlung dieser Kommunikationsmittel, wenn er über diese bereits verfügt. Art 6 Abs 1 lit c der RL 2011/83 ist laut EuGH dahin auszulegen, dass diese Bestimmung zwar den Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher ein Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen, das geeignet ist, die Kriterien einer direkten und effizienten Kommunikation zu erfüllen. Doch steht diese Bestimmung dem nicht entgegen, dass der Unternehmer andere Kommunikationsmittel als die in ihr genannten zur Verfügung stellt, um diese Kriterien zu erfüllen. Konkret ging es hier eine Klage der deutschen Verbraucherzentrale gegen Amazon EU, weil aus Sicht der Klägerin unzureichend nur ein Rückrufsystem und die Ermöglichung der Kontaktaufnahme durch Chat oder E-Mail angeboten würde. Wenn damit eine schnelle und effiziente Kommunikation sichergestellt ist, erfüllt das laut dem EuGH die Vorgaben der europäischen Verbraucherschutzvorschriften (EuGH 10.7.2019, C-649/17 - *Verbraucherzentrale/Amazon*).

Die genauen Kommunikationsmittel werden durch die VRRRL nicht vorgegeben. Wenn allerdings eine Telefonnummer auf der Website genannt wird und damit den Verbrauchern suggeriert, diese werde für Kontakte angeboten, muss man die Telefonnummer laut einer weiteren Entscheidung des EuGH auch in der Widerrufsbelehrung nennen. Dies gilt aber auch nur dann, wenn sich das Unternehmen dazu entscheidet, die gesetzliche Muster-Widerrufsbelehrung zu verwenden. Schließlich ist überdies in der zweiten Vorlagefrage durch den EuGH klargestellt worden, dass ein Unternehmen, welches den geschäftlichen Telefonanschluss nicht für Verbraucherkontakte nutzt und das auch klar kommuniziert (zB Hinweis bei der Telefonnummer „nur für Lieferanten“), die Nummer auch nicht im Rahmen einer Widerrufsbelehrung angeben muss (EuGH 14.5.2020, C-266/19 – *EIS*, WRP 2020, 843 mit einer Anmerkung von *Rätze*).

#### **AUSKUNFTSPFLICHT EINES WEBMAIL- DIENSTEANBIETERS NACH DEM ECG**

Ein Anbieter von Webmail-Diensten ist zur Herausgabe von Daten des Nutzers einer von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Adresse verpflichtet. Damit ist ein Auskunftsbegehren nach § 18 Abs 4 ECG entgegen dem Wortlaut der Bestimmung nicht nur gegenüber Host-Providern gemäß § 16 ECG möglich, sondern analog auch gegenüber Access-Providern nach § 13 ECG. Der OGH sieht hier eine Lücke im Rechtssinn, weil ohne einer analogen Anwendung des § 18 Abs 4 ECG auf Access-Provider für den Verletzten ein Rechtsschutzdefizit bestehe. Nachdem immer mehr Rechtsverletzungen anonym über das Internet erfolgen und die Abgrenzung zwischen den einzelnen Typen von Internet-Providern nicht immer einfach ist, stellt diese Erweiterung des Auskunftsanspruchs eine wichtige Grundlage für eine effiziente Rechtsverfolgung dar. Auch hier sind die Anforderungen an das Auskunftsbegehren zu erfüllen, *also ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität*

---

**Laut OGH gilt die  
Auskunftspflicht gemäß  
§ 18 Abs 4 ECG zur  
Rechtsverfolgung  
anonymer Rechtsver-  
letzungen im Internet  
nicht nur für Host-  
Provider, sondern auch  
für Access-Provider.**

---

Foto: Gerd Altmann | Pixabay



*eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft zu machen ist, dass die Kenntnis dieser Information eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet* (Wortlaut des § 18 Abs 4 ECG). Das ist laut der Judikatur so auszulegen, dass für einen juristischen Laien und damit dem Provider der Anspruch klar nachvollziehbar sein muss.

Anlass des konkreten Verfahrens war, dass von einer bei der Beklagten registrierten E-Mail-Adresse eine Nachricht mit ehrenrührigen und herabsetzenden Äußerungen gegenüber der späteren klagenden Partei – wie beispielsweise „hochgradig gestört“ – an diverse Empfänger und insbesondere berufliche Kontakte gesendet worden war. Da der Absender unklar war, machte die betroffene Person, eine Buchautorin, Historikerin und freie Journalistin, den Auskunftsanspruch gegenüber dem Anbieter, der die E-Mail-Adresse zur Verfügung gestellt hatte, geltend. Dieser weigerte sich jedoch, die Nutzerdaten (die Bekanntgabe von Vor- und Zunamen sowie Anschrift des Inhabers) herauszugeben. Behauptet wurde dabei unter

anderem, dass der Anbieter Access-Provider, nicht jedoch Host-Provider sei und ihn daher keine Auskunftspflicht treffe.

Der OGH widmete sich hier zunächst der Differenzierung zwischen den beiden Arten von Diensteanbietern im Zusammenhang mit deren Haftungsbefreiungen. Im vorliegenden Fall sei aber nicht die Haftung des Anbieters zu beurteilen, sondern das Bestehen eines Auskunftsanspruchs gegen diesen. Dabei bedürfe es keiner abschließenden Beurteilung, ob der Anbieter den Voraussetzungen der Haftungsbefreiung des § 13 oder jenen des § 16 ECG entspreche. Selbst wenn dieser nämlich dem Haftungsregime des § 13 ECG (für Access-Provider) unterworfen wäre, sei jedenfalls eine analoge Anwendung des Auskunftsanspruchs gemäß § 18 Abs 4 ECG geboten. Auch Telekommunikationsunternehmen treffe nach der Judikatur eine analoge Auskunftspflicht, weil die durch rechtswidrige Inhalte Verletzten sonst schutzlos blieben.

Nach § 18 Abs 4 ECG haben die in § 16 genannten Diensteanbieter den Namen und die Adresse eines Nutzers ihres Dienstes, mit dem sie Vereinbarungen über die Speicherung

von Informationen abgeschlossen haben, auf Verlangen dritten Personen zu übermitteln, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

Zweck des Auskunftsanspruchs gemäß § 18 Abs 4 ECG sei es, Personen, die durch rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen eines ihnen nicht bekannten Nutzers in ihren Rechten verletzt werden, die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Es liegt auf der Hand, dass hinsichtlich des Diensteanbieters, der dem Nutzer bloß im Sinn des § 13 ECG den Zugang zu einem Kommunikationsnetzwerk eröffnet, keine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Soweit aber der Anbieter eines Webmail-Dienstes hinsichtlich der auf ihn anwendbaren Haftungsbeschränkungen § 13 ECG unterliegt – sei es, weil er keine über die Zwischenspeicherung gemäß § 13 Abs 2 ECG hinausgehende Speichermöglichkeit anbietet, sei es, weil dem Tatbestand des § 16 ECG das ungeschriebene Erfordernis entnommen wird, die vom Nutzer eingegebenen Informationen Dritten zugänglich zu machen – erweist sich das ECG gemessen an seiner eigenen Zielsetzung als lückenhaft.

Denn auch die Bereitstellung eines Webmail-Dienstes zielt darauf ab, Dritten (den Empfängern) die vom Nutzer eingegebenen Inhalte zugänglich zu machen, wodurch es zu Rechtsverletzungen kommen kann. Auch in einem solchen Fall bestünde, da der Webmail-Anbieter selbst aufgrund des Kommunikationsgeheimnisses (§ 93 TKG) keine Kenntnis der versendeten Informationen hat und für deren Inhalt daher nicht haftet, ohne einen Auskunftsanspruch ein Rechtsschutzdefizit des Verletzten. Der von der Beklagten erhobene Einwand, wonach die Beklagte auch als Telekommunikationsunternehmen zu qualifizieren sei und nur im Wege der zentralen Durchlaufstelle gemäß § 102a TKG 2003 zur Übermittlung verpflichtet

werden könnte, lässt außer Acht, dass diese Bestimmung nicht die Übermittlung von Stammdaten (dazu gehören gemäß § 92 Abs 1 Z 3 lit a und c TKG 2003 Name und Anschrift einer Person), sondern die Datensicherheit bei der Übermittlung von Verkehrs- und Standortdaten regelt.

Die Herausgabepflicht nach § 18 Abs 4 ECG setzt voraus, dass die Rechtsverfolgung aufgrund einer groben Prüfung der vom Kläger geltend gemachten Verletzungen eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat. Dass die Verfolgung der beanstandeten Äußerungen nach § 1330 ABGB, §§ 11, 115 StGB nach der gebotenen Grobprüfung die erforderliche Erfolgsaussicht aufweist, zieht die Beklagte nicht in Zweifel. Die Klägerin hat darüber hinaus glaubhaft gemacht, dass die begehrte Auskunft eine wesentliche Voraussetzung für die in Aussicht genommene Rechtsverfolgung bildet, weil die Existenz von Personen eines bestimmten Namens keinen verlässlichen Schluss darauf zulässt, ob diese hinsichtlich des konkreten Webmailzugangs verfassungsberechtigt waren (OGH 20.5.2020, 6 Ob 226/19g).

Weiters hat der OGH festgehalten, dass Klagen auf Auskunft nach § 18 Abs 4 ECG vor dem Wohnsitzgericht des Geschädigten auch gegen ein im Nicht-EU-Ausland ansässiges Unternehmen als Portalbetreiber wie hier Google-USA geltend gemacht werden können. Konkret ging es um eine Bewertung eines unbekannten Nutzers zu einem Google Business Eintrag, wo sich der Kläger in seiner Reputation entgegen § 1330 ABGB geschädigt sieht. Dabei nimmt das Höchstgericht eine zweistufige Prüfung der internationalen Zuständigkeit für den Auskunftsanspruch gemäß § 18 Abs 4 ECG in Verbindung mit § 83 Abs 3 JN vor. Neben der Abrufbarkeit und damit der Verbreitungsmöglichkeit im Inland ist zumindest als zweiten Schritt auch eine inhaltliche Grobprüfung des materiellen Anspruchs erforderlich (OGH 27.11.2019, 6 Ob 137/19v – *Negativer Google Business Eintrag*, mit Anmerkung und Darstellung der bisher entschiedenen Fälle von Thiele, ZIIR 2020, 169).

---

**Die Pflicht zur Herausgabe von Namen und Adresse eines Nutzers nach § 18 Abs 4 ECG setzt voraus, dass die Rechtsverfolgung nach grober Prüfung der geltend gemachten Verletzungen eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat.**

---



# WICHTIGE TERMINE 2021



**13. 4. 2021, 9.00 bis 18.30 Uhr**

## **Jährliches ÖBI-Seminar mit aktuellem Überblick zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in der Wirtschaftskammer Österreich**

Wahrscheinlich wieder hybrid, also auch mit Livestream

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



**23. 9. bis 25. 9. 2021**

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

Vorbehaltlich der aktuellen Lage

Alle Infos über diese internationale Vereinigung unter [www.ligue.org](http://www.ligue.org)



**November 2021**

## **Jährliches Forum Wettbewerbsrecht im OGH**

Infolaw Forschungsverein für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht

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

**Herbst 2021**

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

Infolaw Forschungsverein für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht

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