

Recht und Wettbewerb

Mitgliederzeitschrift

Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Verkehrsdienstleistung in Abgrenzung zur rein elektronischen Dienstleistung (Fall Uber App)

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

UWG-Novelle 2018 – Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Verbot von Geoblocking

Platform-to-Business Verordnung (P2B-VO) der Europäischen Union (EU)

EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken im Lebensmittelsektor

Fallbericht der BWB zum Marktplatz Amazon.de

Allgemeine Warnung des Schutzverbandes vor Schwindelformen mit plakativen Beispielen

„Black Friday“ als beschreibende Bezeichnung nicht monopolisierbar

Neue Regelungen und Judikatur zur Lebensmittelkennzeichnung

Tagung der LIGA für Wettbewerbsrecht in Paris

Aktuelle Judikatur des OGH und EuGH zum Lauterkeitsrecht und verwandten Gebieten

Nummer 188 Jänner 2020 65. Jahrgang

Recht und Wettbewerb

WETTBEWERBSKOMMENTAR

Verkehrsdienstleistung in Abgrenzung zur rein elektronischen Dienstleistung (Fall Uber App) **SEITE 4**

WETTBEWERBSRECHT AKTUELL

UWG-Novelle 2018 – Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Verbot von Geoblocking **SEITE 8**

Platform-to-Business Verordnung (P2B-VO) der Europäischen Union (EU) **SEITE 14**

EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken im Lebensmittelsektor **SEITE 18**

Fallbericht der BWB zum Marktplatz Amazon.de **SEITE 22**

Allgemeine Warnung des Schutzverbandes vor Schwindelformen mit plakativen Beispielen **SEITE 26**

„Black Friday“ als beschreibende Bezeichnung nicht als Marke monopolisierbar **SEITE 30**

Neue Regelungen und Judikatur zur Lebensmittelkennzeichnung **SEITE 32**

Tagung der LIGA für Wettbewerbsrecht in Paris **SEITE 40**

Aktuelle Judikatur zum Lauterkeitsrecht und verwandten Gebieten **SEITE 43**

„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 bringt auch für das Wettbewerbsrecht spannende Entwicklungen mit sich. So stehen gleich mehrere Regelungen der Europäischen Union an, welche in Österreich umzusetzen sind. Das betrifft Themen wie **Plattformen im Internet** und **unlautere Handelspraktiken im Lebensmittelsektor**.

Bereits umgesetzt ist die EU-Richtlinie zum **Schutz von Geschäftsgeheimnissen**, welche als UWG-Novelle 2018 letztes Jahr in Kraft getreten ist. Einen abschließenden Überblick dazu finden Sie unter Wettbewerbsrecht aktuell.

Der Wettbewerbskommentar beschäftigt sich mit einem anderen „europäischen“ Fall – dem weltweit tätigen **Anbieter Uber mit seiner App** und den zahlreichen Verfahren sowie bereits ergangenen Entscheidungen des EuGH und auch nationaler Höchstgerichte dazu. In Österreich konnte im Sinne der Gleichbehandlung erreicht werden, dass das Angebot nun über eine Uber Austria GmbH mit Sitz und Steuerpflicht in Österreich abgewickelt wird. Die nationalen Regelungen zur Personenbeförderung werden allerdings bis dato noch nicht erfüllt. Ebenso weitreichend ist der Fallbericht der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zu **Amazon als der marktbeherrschenden Plattform im Online-Handel**.

Der Schutzverband führt aber nicht nur Musterverfahren auch gegen große ausländische Anbieter, sondern hat seinen **Rekordwert an Abmahnungen** ausgebaut. Dabei sind wir in allen Branchen und Bereichen aktiv, wobei **einige Highlights aus dem letzten Jahr** zu nennen sind, wo wir zum Schutz der gesetzestreuen österreichischen Unternehmen eingeschritten sind:

- ▶ Gesamter Bau- und Hausbetreuungsbereich (unbefugte Gewerbeausübung)
- ▶ Metall- und Sanitärtechnik sowie Schädlingsbekämpfung (Schwerpunkt unseriöse Notdienste im Internet)
- ▶ Kosmetik und Massage (Schwerpunkt unbefugte Social-Media Angebote)
- ▶ Lebensmittel-, Mode-, Einrichtungs- und Elektrohandel (irreführende Werbung, Preisauszeichnungs- sowie Öffnungszeitenverstöße)
- ▶ Fahrzeughandel (Schwerpunkt Karterlverteiler auf Windschutzscheiben)
- ▶ Internethandel (Schwerpunkt unseriöse Angebote im Netz)
- ▶ Personenbeförderung und Güterbeförderung (unbefugte und rechtswidrige Angebote)
- ▶ Freizeitbetriebe (Schwerpunkt unbefugte Fremdenführer)
- ▶ Hotellerie (irreführende Werbung mit Sternen bzw Superior)
- ▶ Dienstleister, Vermittler und Berater aller Branchen (unbefugte bzw irreführende Beratungs- und Vermittlungsangebote)
- ▶ Werbe- und Informationsbereich (Bekämpfung von Werbekriminalität und täuschender Erlagscheinwerbung)

Zum letzten Punkt bauen wir unsere Warnungen im **Bereich der Schwindelfirmen** immer mehr aus und haben einen ganz neuen **Folder mit plakativen Beispielen und einer Checkliste** erstellt, welcher auch in dieser Ausgabe abgedruckt ist. Außerdem werden aktuelle Fälle und Warnungen nicht nur auf unserer Website unter News veröffentlicht, sondern wir wollen demnächst auch in den Social Media laufend darüber informieren.

Interessante Rechtsprechung des OGH und EuGH zum Lauterkeitsrecht und weitere Berichte ergänzen diese Ausgabe. Das Wettbewerbsrecht bleibt nicht nur spannend, sondern wird auch immer komplexer. Umso mehr ist die Expertise des Schutzverbandes gefragt. Wir sind jedenfalls seit 65 Jahren stets für unsere Mitglieder da, wenn es um Beurteilungen oder Interventionen beim unlauteren Wettbewerb geht.



Fotostudio Prummer

„Der Schutzverband ist als Hüter des fairen Wettbewerbs gefragt denn je und bringt sich hier umfassend für die österreichischen Unternehmen ein ...“

MAG. HANNES SEIDELBERGER
Geschäftsführer

Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL als versuchtes Umgehungs-Schlupfloch im Falle einer Plattformvermittlung?

Zur Diskussion über Uber als Verkehrsdienstleister versus österreichische Regulierung

Fotostudio Huger



DR. MARCELLA
PRUNBAUER-GLASER
Rechtsanwältin in Wien

Große Plattformen im Internet versuchen, in möglichst vielen Ländern Geschäfte zu machen, aber eine Anwendung der jeweiligen nationalen Normen auf ihr Angebot dabei immer wieder zu verhindern. Zu dem weltweit tätigen Anbieter Uber, welcher mittels einer App die Vermittlung von Personenbeförderung anbietet, gibt es bereits eine Reihe von Verfahren und gerichtlichen Entscheidungen.

I) EINLEITEND

Als äußerst effektive „Waffe“ des Lauterkeitsrechts gegen Normverstöße im Wettbewerb in Österreich gilt der sogenannte Rechtsbruchtatbestand:

Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im eigentlichen Sinne zuzuordnende generelle Norm ist regelmäßig auch eine unlautere Geschäftspraktik oder sonst unlautere Handlung im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG, wenn die übertretene Norm nicht mit guten Gründen in einer Weise so ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht¹. Nach der Rechtsprechung ist eine Rechtsauffassung dann unvertretbar, wenn ihr ein klarer Gesetzeswortlaut, die offenkundige Absicht des Gesetzgebers, die Rechtsprechung der zuständigen Höchstgerichte oder die einschlägige Spruchpraxis der zuständigen Behörden entgegensteht². Der **Rechtsbruch-Tatbestand** spielt in der lauterkeitsrechtlichen Praxis eine besonders gewichtige Rolle – ist er doch Ansatz und Hebel dafür, den **wettbewerbsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz** zu sichern und dafür zu sorgen, dass niemand im Wettbewerb unlauter einen Vorteil ge-

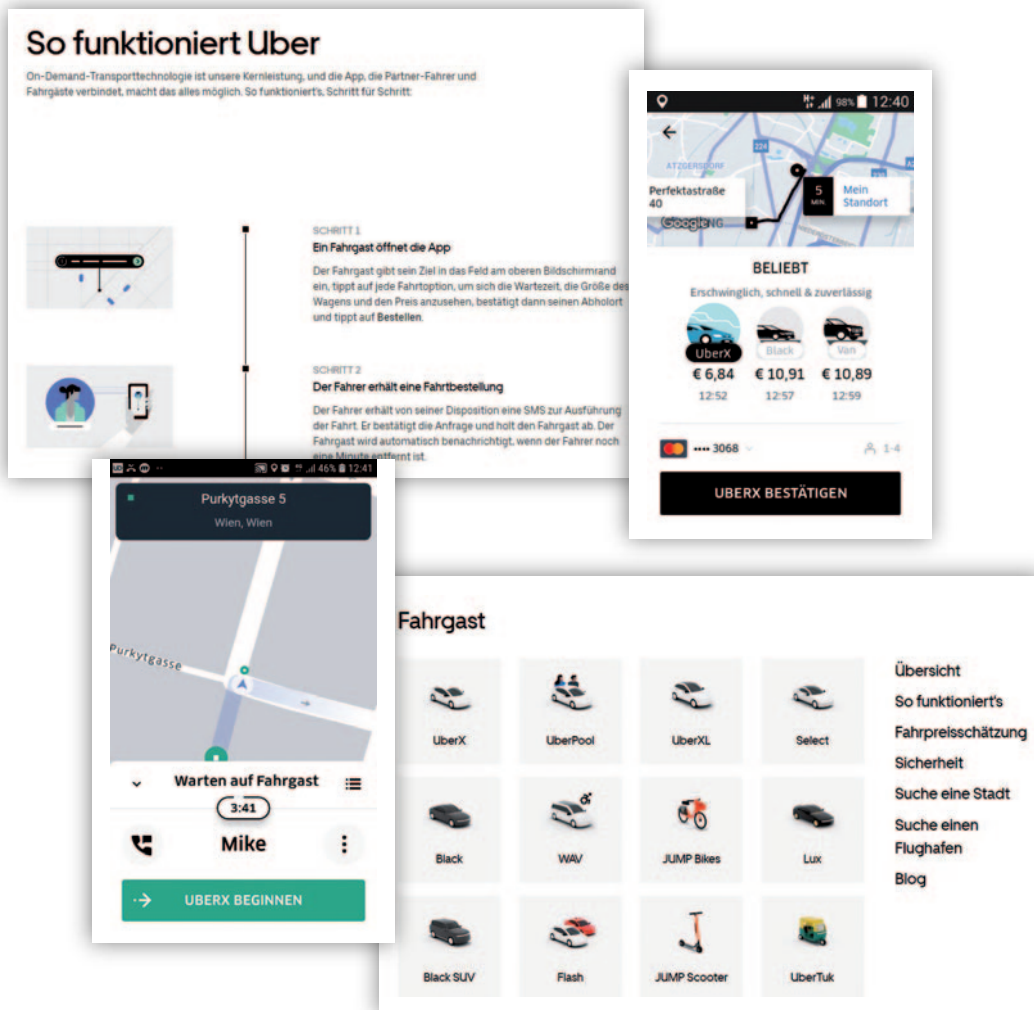
genüber den gesetzestreuen Mitbewerbern dadurch erlangt, dass er sich nicht an die für alle anderen Mitbewerber geltenden Vorschriften hält (sogenannte *par conditio concurrentium*).

Dieser wettbewerbsrechtliche Gleichheitsgrundsatz wird aus Sicht österreichischer Marktteilnehmer auf eine schwere Probe gestellt, wenn in einem Unternehmensbereich, welcher in Österreich reguliert ist (wie etwa die gewerbliche Personenbeförderung), die Anwendung österreichischer Vorschriften auf algorithmusgestützte Plattformdienste, die aus dem EU-Ausland bzw überhaupt aus Drittstaaten organisiert werden, sich aber in Österreich auswirken, unter Berufung auf das „Herkunftslandprinzip“ der E-Commerce-RL³ auszuhebeln versucht wird.

II) ZUM VERHÄLTNIS UNIONSRECHT VERSUS NATIONALE REGULIERUNGEN ALLGEMEIN

Das Gemeinschaftsrecht wirkt auf das österreichische Lauterkeitsrecht einschließlich der Auslegung des UWG nicht nur über das Prinzip des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts und des Einflusses der Rechtsprechung des EuGH (welche objektives Recht in den Mitgliedstaaten schafft), sondern auch durch die Harmonisierungswirkung von Richtlinien und Verordnungen („Sekundärrecht“).

Liegt manchen (älteren) europäischen Richtlinien ein **Harmonisierungsprinzip**, besser gesagt wohl: eine Liberalisierung über das Herkunftslandprinzip wie zB im Fall der E-Commerce-RL zugrunde, stellt sich das Problem, ob über den „Umweg“ eines mit keinen oder niedrigeren Anforderungsschwellen



Nach dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie der EU gilt für elektronische Dienste der Informationsgesellschaft grundsätzlich das Recht des Sitzstaates des Diensteanbieters.

versehenen Herkunftslandrechts wesentliche Bestimmungen des österreichischen Rechts für Anbieter aus dem EU-Ausland bloße Makulatur werden können, während österreichische Unternehmer die Regulierungsvorgaben einhalten müssen.

III) E-COMMERCE VERSUS VERKEHRSDIENSTLEISTUNG?

Das Spannungsfeld der **Reichweitenwirkung des europarechtlichen Herkunftslandprinzips im Gegensatz zu strengeren nationalen Regulierungen** zeigt sich trefflich anhand der in mehreren Mitgliedstaaten der EU durchaus hitzig geführten Diskussion über die Zulässigkeit bzw Unzulässigkeit der plattformgestützten Fahrdienstvermittlung, die Uber mittels einer Smartphone-Applikation (Uber App) bzw über eine Website anbietet.

Uber übte in Österreich seine Vermittlungstätigkeit zunächst über eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft mit einem Stammkapital von nur EUR 1,00 (!) aus, ohne über eine Niederlassung in Österreich zu verfügen. Eine in Österreich für gewerbliche Beförderungsdienstleistungen nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz⁴ erforderliche Konzession liegt nach dem Informationsstand der Artikelverfasserin aktuell noch immer nicht vor (und sei nach Auffassung von Uber nicht erforderlich, was die Gerichte in einem derzeit noch laufenden Verfahren bisher anders gesehen haben).

Das Argument von Uber: es handle sich bei der App um einen reinen „Dienst der Informationsgesellschaft“ im Sinne der E-Commerce-RL⁵, auf welchen infolge des Herkunftslandprinzips lediglich die (dazu nichts regelnden) niederländischen, nicht aber die

Der EuGH hat wiederholt festgestellt, dass der Vermittlungsdienst von Uber nicht als Dienst der Informationsgesellschaft, sondern als Verkehrsdienstleistung einzustufen ist, auf den die nationalen Rechtsvorschriften anwendbar sind.

österreichischen Vorschriften der GewO und schon gar nicht die österreichischen Vorschriften für das Taxi- oder Mietwagenge-
werbe anzuwenden wären. Es handle sich **bloß** um eine „elektronische Vermittlung“ von Beförderungsleistungen, wobei die tatsächliche Beförderung durch Dritte, das heißt selbständige (Mietwagen)Unternehmer (Uber-Fahrer), erbracht wird, die selbst im jeweiligen Land die Voraussetzungen für die entgeltliche Personenbeförderung erfüllen müssten und dafür verantwortlich seien; die Vermittlungsplattform selbst betreibe keine Verkehrsdienstleistung; sie könne sich daher auf das Herkunftslandprinzip (Recht der Niederlande) zurückziehen.

Es sind diverse Verfahren in Österreich anhängig; einige Rechtsfragen harren noch abschließender gerichtlicher Entscheidung. Zum Spannungsfeld zwischen einem versuchten „Ausweichen“ auf das Herkunftslandprinzip im Gegensatz zu den in Österreich wie auch in vielen anderen Ländern der EU im Interesse des Schutzes der Fahrgäste und des öffentlichen Interesses an der Sicherheit des Verkehrs sehr strikten Regulierungen für die gewerbsmäßige Personenbeförderung kann freilich ein **Zwischenbefund** gegeben werden:

IV) BISHERIGE GERICHTLICHE LEITENTSCHEIDUNGEN

1) EuGH: In seiner Entscheidung *Asociacion Profesional Elite Taxi*⁶ hat der Gerichtshof der Europäischen Union in einem Fall zum Angebot in Spanien ganz grundlegend ausgesprochen, dass Uber zwar einen Vermittlungsdienst erbringt, dieser **Vermittlungsdienst aber mit einer Verkehrsdienstleistung (Personenbeförderungsdienst als Gesamtleistung) derart verbunden** ist, dass der Vermittlungsdienst nur ein integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die **hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht** und daher als Verkehrsdienstleistung einzustufen ist. Ein solcher Vermittlungsdienst, der *hauptsächlich* aus einer Ver-

kehrsdienstleistung besteht, ist kein „Dienst der Informationsgesellschaft“ im Sinne der E-Commerce-RL und daher von deren Anwendungsbereich auszuschließen⁷.

In dem dieser EuGH-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt aus Spanien wurden über die App – anders als bei dem österreichischen Uber-Angebot – die Beförderungsaufträge zu *nicht berufsmäßigen Fahrern, die ihr eigenes Privatfahrzeug benutzten*, vermittelt.

In einer weiteren Folgeentscheidung des EuGH⁸ ging es in einem von Frankreich ausgehenden Fall betreffend den dort angebotenen, spezifischen Service „Uber Pop“ um die weitere, zunächst primär unionsrechtlich-technische Frage, ob die anzuwendenden französischen Regelungen als neue technische Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft der Kommission hätten notifiziert werden müssen oder als Verkehrsdienstleistungen davon ausgenommen sind. Der EuGH hat für die hier relevante Frage auch in diesem Fall die in Frankreich angebotene plattformgestützte Fahrdienstvermittlung konsequent als Verkehrsdienstleistung eingestuft.

Dabei war unter anderem entscheidend, dass Uber – so wie bei dem Angebot in Österreich – entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen der Leistungserbringung durch die eigentlichen Uber Fahrer ausübte, indem es insbesondere den Höchstpreis für die Fahrt festsetzte, den Preis beim Kunden erhob und erst danach einen Teil davon an den Fahrer des Fahrzeugs überwies, dabei eine gewisse Kontrolle über Qualität der Fahrzeuge und der Fahrer, sowie über deren Verhalten ausübte, was gegebenenfalls zu einem Ausschluss der Fahrer aus dem System führen konnte.

2) Der deutsche BGH⁹ ging im Rahmen seines Vorab-Entscheidungsersuchens an den EuGH wegen des an ihn herangetragenen, deutschen Sachverhalts ebenfalls davon aus, dass Uber *selbst* eine Verkehrsdienstleistung erbringt und dass eine Beförderungsdienstleistung nicht dadurch zu einem bloßen Dienst der In-

formationsgesellschaft wird, dass sie auf elektronischem Wege über eine App vermittelt wird. Aus Sicht des BGH verstieß die App in der im deutschen Verfahren beanstandeten Version „Uber Black“ mit Mietwagenunternehmen gegen das deutsche Personenbeförderungsgesetz. Der BGH hat sein Vorab-Entscheidungsersuchen nach Vorliegen des Urteiles des EuGH im spanischen *ELITE-Taxi-Fall*¹⁰ über Anregung des EuGH zurückgezogen und gleich selber entschieden.

3) Auch der OGH hat sich bereits mit der österreichischen Form der Uber App befasst¹¹. Darin wurde im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH *Elite Taxi* ausgesprochen, dass der Unterschied zwischen dem spanischen Ausgangssachverhalt (Vermittlung an nicht berufsmäßige Fahrer, die das eigene Fahrzeug benutzen) und dem österreichischen System (Vermittlung gegenüber selbständigen Mietwagenunternehmen, die ihrerseits die Fahrer beschäftigen), somit die Frage wer fährt, für die Qualifikation und Einstufung des Uber-Angebots als Verkehrsdienstleistung nach den vom EuGH vorgegebenen Kriterien ohne Belang ist.

Beim österreichischen Uber-System handelt es sich ebenfalls um eine Verkehrsdienstleistung mit der Konsequenz der Anwendbarkeit der für Verkehrsdienstleistungen geltenden Regelungen und nicht um einen bloßen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, sodass die Argumentation betreffend das Herkunftslandprinzip nach der E-Commerce-Richtlinie bzw § 20 ECG keine Bedeutung habe.

V) ANMERKUNG

Zusammenfassend ist es somit spätestens seit der (ersten) Entscheidung des EuGH, aber auch als Konsequenz der weiteren, oben angeführten nachfolgenden Urteile wohl unzweifelhaft, dass die plattformgestützte Fahrdienstvermittlung durch Uber als Verkehrsdienstleistung im Sinne des europäischen Rechts zu beurteilen ist und nicht als bloßer

„Dienst der Informationsgesellschaft“ nach der E-Commerce-RL. Der Einwand einer anderen vertretbaren Rechtsauffassung sollte daher bei der Beurteilung unter dem Aspekt des lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestandes des § 1 UWG im Sinne der bisherigen ständigen Rechtsprechung nicht mehr greifen.

Weiters folgt daraus, dass das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL mit der diesem Prinzip innewohnenden Tendenz zu einem „race to the bottom“ in Richtung jener Rechtsordnung, die am wenigsten regelt bzw die geringsten Anforderungen stellt, keine Grundlage dafür bietet, sich den auf Verkehrsdienstleistungen anwendbaren nationalen Vorschriften zu entziehen. Österreichisches Recht gilt in *diesem* Bereich auch für ein Unternehmen, das in den Niederlanden seinen Sitz hat. Der EuGH hat erfreulich den für Verkehrsdienstleistungen in den jeweiligen Mitgliedsstaaten bestehenden Regulierungsrahmen für die gewerbliche Personenbeförderung gestärkt und dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL sachlich begründet gewisse Giftzähne gezogen. Nicht jede Tätigkeit, die über eine Plattform elektronisch abgewickelt wird, fällt schon deshalb in den Anwendungsbereich der E-Commerce-RL, sondern es ist die jeweilige Leistung in ihrem Gesamtgehalt zu beurteilen.

In der Praxis hat dies immerhin bereits dazu geführt, dass Uber seine plattformgestützte Fahrdienstvermittlung in Österreich mittlerweile über eine österreichische Gesellschaft (GmbH) ausübt. Ob dafür die nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz für das Mietwagen- oder Taxigewerbe erforderlichen Konzessionen zu erlangen sind, ist noch Gegenstand offener Verfahren, aber meiner Einschätzung nach eine weitere, auch sachlich gebotene Konsequenz der bisherigen Entscheidungskette und der Einstufung als Verkehrsdienstleistung. Das Gleiche gilt für weitere Regelungen bei der Personenbeförderung¹². Es bleibt jedenfalls spannend, zumal auch jüngst der nationale Gesetzgeber auf den Plan getreten ist und nur mehr Konzessionen für das Taxigewerbe ausgegeben werden.

- 1 Ständige Rechtsprechung; RIS-Justiz RS 0123239.
- 2 Vgl 4 Ob 47/16i; 4 Ob 230/17b, ua.
- 3 RL 2003/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; E-Commerce-Gesetz BGBl I Nr 152/2001, insb § 20 ECG.
- 4 Bundesgesetz über die nichtlinienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996, BGBl I Nr 112/1996), siehe insb §§ 5 ff zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession, worunter neben Befähigungsnachweis und einer tatsächlichen und dauerhaften Niederlassung in Österreich ua auch die finanzielle Leistungsfähigkeit zählt.
- 5 Siehe FN 3.
- 6 EuGH vom 20.12.2017, C-434/15; EuZW 2018, 131; König, EuZW 2018, 379 ff.
- 7 Vgl vor allem Erwägungsgründe 38 ff im Urteil EuGH 20.12.2017, C-434/15.
- 8 EuGH-Urteil 10.4.2018, C-320/16 – Uber France SAS, EuZW 2018, 379 ff mit Anmerkung König in EuZW 2018, 381.
- 9 Vorlagebeschluss BGH vom 18.5.2017, I ZR 3/16.
- 10 Siehe FN 6.
- 11 4 Ob 162/18d: diesem Fall lag der – bejahte – Vorwurf einer lauterkeitsrechtlichen Mittäterhaftung zu Verstößen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG von Uber-Fahrern gegen Vorschriften der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung zugrunde.
- 12 Siehe auch Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecoloex 2018, 284.

UWG-Novelle 2018 – Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Mit der letzten Novelle zum UWG wurde die EU-Richtlinie 2016/943 über den Schutz von Know-How umgesetzt. Die bisherigen §§ 11 und 12 UWG bleiben als Strafbestimmungen erhalten, werden aber durch umfassende zivilrechtliche Sonderbestimmungen und Verfahrensregeln als eigener Unterabschnitt im UWG (§§ 26a bis 26j) ergänzt.



Fotostudio Wilke

MAG. HANNES SEIDELBERGER
Geschäftsführer
Schutzverband gegen
unlauteren Wettbewerb

VORGESCHICHTE UND DARSTELLUNG DER KNOW-HOW-RICHTLINIE

Hintergrund des Vorschlags der EU-Kommission zum besseren Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom November 2013 war das erhöhte Risiko des Schutzes von Know-how und Geschäftsgeheimnissen infolge vermehrten Outsourcings und längerer Lieferketten. Auch wird das Ziel der Erleichterung des Zugangs zu Risikokapital und Finanzierung genannt, da es sich lohnen soll, innovativ zu sein. Dieser Schutz ist dort erforderlich, wo kein formaler Rechtsschutz (insbesondere kein Patent oder Gebrauchsmuster) zur Verfügung steht.

Geschäftsgeheimnisse sind Informationen, welche folgende Kriterien erfüllen:

- ▶ Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sind
- ▶ Sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind
- ▶ Sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden, angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Information besitzt

Es muss dabei kein „absolutes“ Geheimnis vorliegen, damit ein Geschäftsgeheimnis geschützt ist. Neu ist das Erfordernis der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme. Damit müssen Unternehmen Geschäftsgeheimnisse aktiv schützen und das im Streitfall nachweisen. Es ist daher jedenfalls emp-

fehlenswert, in diesem Sinne entsprechende Maßnahmen zu setzen, Mitarbeiter zu schulen, interne Richtlinien zu erarbeiten und Verträge angemessen zu gestalten.

Wie schon bisher in Österreich sind sowohl technische als auch kommerzielle Geschäftsgeheimnisse umfasst. Ein weitergehender Schutz wird in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Die Richtlinie führt außerdem aus, dass Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben, von ihnen weiterhin genutzt werden dürfen, soweit es sich dabei nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt.

Rechtswidriger Erwerb liegt nach der Richtlinie bei unbefugtem Zugang, unbefugter Aneignung sowie unbefugtem Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien vor, die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder aus denen es sich ableiten lässt. Weiters besteht ein Schutz auch von „nur“ ableitbaren Geschäftsgeheimnissen. Dabei ist anders als nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag nicht nur die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung von Geschäftsgeheimnissen geschützt.

Neben einer Beschreibung der Tatbestände der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung sieht die Richtlinie vor, dass auch Erwerb, Nutzung und Offenlegung bei Wissen oder Wissenmüssen der unmittelbaren oder mittelbaren rechtswidrigen Besitzerlangung durch den Vormann nicht erlaubt sind. Dasselbe gilt für das Herstellen, Anbieten und Inverkehrbringen von rechtsverletzenden Produkten.

Die Richtlinie enthält als zweiten wichtigen Bereich auch Bestimmungen über die Rechtsdurchsetzung im Fall der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen. Aus dem Erwägungsgrund 6 der Richtlinie folgt, dass für die Geltendmachung von Ansprüchen kein Wettbewerbsverhältnis vorausgesetzt wird. Vorgesehen ist, dass die im Fall der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig sein müssen. Dabei ist auf den Wert des Geschäftsgeheimnisses, die Schwere und die Auswirkungen des Verhaltens sowie auf die Interessen Beteiligter und Dritter sowie gegebenenfalls der Verbraucher Rücksicht zu nehmen.

Ein gewisses natürliches Spannungsverhältnis bringt diese Richtlinie im Verhältnis zur Meinungsäußerungsfreiheit, zur Medienfreiheit und betreffend den Schutz von Whistleblowern (also Hinweisgebern bzw in weiterer Folge Kronzeugen), was auch in Stellungnahmen in Österreich und Deutschland bei der Umsetzung vorgebracht wurde. Laut der Richtlinie darf jemandem, der ein Fehlverhalten aufdeckt, ein allfälliger Geheimnisverrat nicht zum Verhängnis werden, wenn er in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Auch dürfen Arbeitnehmer ihre ehrlich erworbenen Erfahrungen und Fähigkeiten weiterhin ungehindert nutzen und ihre Mobilität darf nicht beschränkt werden. Hier ist wie so oft ein angemessener und sachgerechter Interessensausgleich zielführend.

Die Richtlinie ist außerdem ein Beispiel dafür, dass die österreichische Rechtslage im Bereich des Immaterialgüterrechts und des Lauterkeitsrechts einen hohen Standard besitzt. Manche Vorschriften gibt es ohnedies schon im österreichischen Recht. Dessen ungeachtet ist durch die Umsetzung eine weitere Verbesserung des Rechtsschutzes von Geschäftsgeheimnissen zu erwarten (ausführlich dazu *Gassauer-Fleissner*, Neue Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, *ecolex* 2016, 707).

BISHERIGE RECHTSLAGE UND UMSETZUNG IN ÖSTERREICH

Der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutz war bisher in Österreich primär in den §§ 11 und 12 UWG geregelt, und zwar jeweils als Privatanklagedelikt verbunden mit auch einem zivilrechtlichen Anspruch gemäß § 13 UWG auf Unterlassung und Schadenersatz bei Verwirklichung der spezifischen Tatbestände. Subsidiär kann und wird je nach Sachverhalt auch die Generalklausel des § 1 UWG als Auffangtatbestand greifen. Die Bestimmungen im UWG beinhalten Einschränkungen, weshalb ein Rechtsschutzdefizit bestanden hat. Weiters gibt es in einzelnen spezifischen Materien Gesetzen noch zusätzliche Strafbestimmungen.

Die Umsetzung dieser Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Österreich erfolgte mit der UWG-Novelle 2018 (Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, die Zivilprozessordnung und das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz geändert werden), welche am 28.12.2018 im BGBl Teil I Nr 109 veröffentlicht worden und ein Monat später Anfang 2019 in Kraft getreten ist.

Im Gegensatz zu Deutschland, wo ein eigenes „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ erarbeitet und in Kraft gesetzt wurde, fand die Einbettung in Österreich als eigener Unterabschnitt im UWG statt. Die §§ 11 und 12 UWG („Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen. Missbrauch anvertrauter Vorlagen“) werden als reine Strafbestimmungen weitergeführt. Als Kernstück der UWG-Novelle 2018 sind nach dem § 26 UWG neue „Zivilrechtliche Sonderbestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ eingefügt worden, und zwar als §§ 26a bis 26j UWG.

Gleich zu Beginn findet man im § 26b Abs 1 UWG eine gesetzliche Begriffsdefinition des Geschäftsgeheimnisses gemäß der Richtlinie. Nach den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf sind damit sowohl technische als auch kaufmännische Informationen ge-

Die EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurde in Österreich durch die Einfügung eines eigenen Unterabschnittes in das UWG umgesetzt.



Eine ausführliche Erörterung der einzelnen Rechtsbereiche dieser Querschnittsmaterie findet sich in der ipCompetence Vol. 21 (2019) – eine halbjährliche Beilage zur ÖBI (online abrufbar unter http://www.ipcompetence.com/jart/prj3/geistiges_eigentum/main.jart?rel=de2&content-id=1204882312307).

meint. Dazu werden etwa Kundenlisten, Musterkollektionen, Lieferangebote und Einkaufskonditionen als Beispiele genannt. Die Reichweite des gesetzlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen wird weiters dadurch konkretisiert, dass jeweils in eigenen, dafür konzipierten Bestimmungen festgelegt ist, wann der Erwerb, die Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen rechtswidrig und wann rechtmäßig ist. So liegt etwa kein Rechtsverstoß vor, wenn dies zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung in Verbindung mit einem beruflichen Fehlverhalten oder einer illegalen Tätigkeit in der Absicht geschieht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.

Im Anschluss an diese Bestimmungen werden die Voraussetzungen für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche genannt (auch durch den Rechtsverletzer erzielte Gewinne können gefordert werden), wobei die Ansprüche grundsätzlich in drei Jahren ab Kenntnis der Gesetzesverletzung und der Person des Rechtsverletzers verjähren, längstens aber nach sechs Jahren. Anders als in der EU-Richtlinie ist ein Anspruch auf Unterlassung schon bei einer „drohenden“ Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses vorgesehen. Auch einstweilige Verfügungen zur Sicherung vor Eingriffen in Geschäftsgeheimnisse sind möglich.

NEUE VERFAHRENSVORSCHRIFTEN MIT WAHRUNG DER VERTRAULICHKEIT

Von besonderer Bedeutung sind die Regelungen zur „Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren“ im neuen § 26h UWG, die – ursprünglich in zwei optionalen Varianten zur Begutachtung gestellt – sicherstellen sollen, dass das betreffende Geschäftsgeheimnis auch im Rahmen eines Prozesses soweit wie möglich gewahrt werden kann. So ist die Information, von welcher der Inhaber behauptet, dass sie ein Geschäftsgeheimnis ist, im Verfahren zunächst nur so weit offenzulegen, als es unumgänglich ist, um das Vor-

liegen der Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses sowie seiner Verletzung glaubhaft darzulegen. Es soll zunächst hinreichend sein, wenn das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses von der Partei vorgebracht wird und das Vorbringen zumindest soweit substantiiert ist, dass sich das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses und der geltend gemachte Anspruch daraus schlüssig ableiten lassen (vgl § 26h Abs 1 UWG).

Das Gericht hat auf Antrag oder von Amts wegen Maßnahmen zu treffen, dass der Verfahrensgegner und Dritte keine Informationen über das Geschäftsgeheimnis erhalten, welche über ihren bisherigen diesbezüglichen Wissensstand hinausgehen, wobei angeordnet werden kann, dass die Offenlegung des behaupteten Geschäftsgeheimnisses nur gegenüber einem vom Gericht bestellten Sachverständigen erfolgt. Aktenbestandteile, welche das Geschäftsgeheimnis beinhalten, sind vom Recht auf Akteneinsicht ausgenommen. Alle Personen, die aufgrund ihrer Verfahrensteilnahme vom (behaupteten) Geschäftsgeheimnis Kenntnis erlangen, sind verpflichtet, das Geschäftsgeheimnis auch über den Abschluss des Gerichtsverfahrens hinaus geheim zu halten. Diese Verpflichtung endet erst, wenn rechtskräftig festgestellt wird, dass kein Geschäftsgeheimnis vorliegt oder die Informationen im Laufe der Zeit in den Fachkreisen allgemein bekannt geworden sind (siehe dazu im Einzelnen § 26h Abs 2 ff UWG).

Die Umsetzung hält sich damit grundsätzlich eng an die Know-How-Richtlinie und geht beim Schutz in Gerichtsverfahren auch aufgrund der Zustimmung der Praxis darüber hinaus (mit ausführlicher Darstellung des ersten Vorschlags noch mit zwei Optionen bei den Verfahrensregelungen *Gassauer-Fleissner*, Der Entwurf für eine UWG-Novelle zur Umsetzung der RL zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, ÖBl 2018/79, Seite 256, sowie auch mit einer näheren Bewertung *Hofmarcher*, Entwurf zur Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL, *ecollex* 2018, Seite 783).



Verbot von Geoblocking im UWG

Neben der Neuregelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen ergänzt die UWG-Novelle 2018 das Gesetz auch durch ein Verbot des Geoblocking. Die Aufnahme der neuen Verwaltungsstrafbestimmung in das UWG (§ 33d; Geldstrafe bis zu € 2900,-) erfolgt in Umsetzung der EU-Geoblocking-Verordnung.

Mit dieser Verordnung (EU) 2018/302, die seit 3.12.2018 in allen Mitgliedstaaten direkt anwendbar ist, sollen Benachteiligungen von Endkunden im Internet aufgrund regionaler Sperren oder aufgrund von Diskriminierungen verhindert werden. So ist es einem Online-Anbieter etwa untersagt, den Zugang von Kunden zu einer Website bzw einem Webshop

aus bestimmten Gründen zu verhindern oder diese ohne Zustimmung auf eine andere, speziell dafür eingerichtete Website weiterzuleiten. Weiters ist es grundsätzlich unzulässig, hier unterschiedliche AGBs oder Zahlungsbedingungen anzuwenden.

Zu den wichtigsten Verbotsbestimmungen der Geoblocking-Verordnung zählt es nach

Mit dem Verbot von Geoblocking sollen Benachteiligungen von Endkunden im Internet aufgrund deren Wohnsitzes oder Staatsangehörigkeit verhindert werden.

Art 3 Abs 1, den Zugang von Kunden zu einer Online-Benutzeroberfläche aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden durch technische Mittel oder auf anderem Wege zu sperren oder zu beschränken. Weiters ist es nach Art 3 Abs 2 untersagt, Kunden aus diesen Gründen zu einer anderen Version der Online-Benutzeroberfläche in Layout, Sprache oder anderen relevanten Merkmalen weiterzuleiten, es sei denn, der Kunde hat ausdrücklich zugestimmt. Nach Art 4 Abs 1 darf ein Anbieter keine unterschiedlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aus den erwähnten Gründen anwenden. Schließlich dürfen nach Art 5 Abs 1 auch keine unterschiedlichen Bedingungen für einen Zahlungsvorgang aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes bzw Niederlassung, des Standorts des Zahlungskontos usw Anwendung finden.

Auch vertragliche Bestimmungen in Vertriebsvereinbarungen, welche der Geoblocking-Verordnung zuwiderlaufen, sind mit Nichtigkeit und weiteren Rechtsfolgen bedroht. Der Vertriebsvertrag darf daher im Zusammenhang mit passiven Rechtsgeschäften (also wenn der Kunde von sich aus einen Händler in einem anderen Land kontaktiert) aus den oben genannten Gründen dem Händler keine Beschränkungen im Sinne der bereits erwähnten, verbotenen Tatbestände auferlegen. Die Diskriminierungsverbote der Art 3 bis 5 der Geoblocking-Verordnung müssen daher auch bei der Gestaltung von Vertriebsverträgen berücksichtigt werden, wobei Geoblocking-Praktiken zuvor bereits kartellrechtlich von den Bestimmungen für vertikale Beschränkungen erfasst waren (ausführlich *Lettnner*, Die Geoblocking-Verordnung, Diskriminierung = Kernbeschränkung + Verwaltungsstrafe, wbl 2019, 241).

Die Verordnung erfasst neben Warenlieferungen auch uneingeschränkt elektronische Dienstleistungen wie Cloud Services oder Data Warehousing. Aber auch Dienstleistungen, welche üblicherweise im Bereich

Gastronomie, Hotellerie oder Transport auch online gebucht werden, sind betroffen. Hier ist die Anwendung unterschiedlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Zugang aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden ebenfalls nicht gerechtfertigt. Ausgenommen sind urheberrechtlich geschützte Medien wie E-Books, Musik oder Online-Computerspiele. Jeder Anbieter kann aber weiterhin sein Liefergebiet frei bestimmen. So gilt grundsätzlich, dass nicht an jeden Verbraucher grenzüberschreitend geliefert werden muss.

Wenn beispielsweise ein Händler in Österreich seine Waren nicht in ein bestimmtes Land zustellen will, so ist er zwar verpflichtet, den Kaufvertrag zu den gleichen Bedingungen wie gegenüber seinen österreichischen Kunden abzuschließen, doch muss der Kunde aus diesem Land die gekaufte Ware beim Sitz des Händlers abholen oder die Abholung durch Dritte auf eigene Kosten organisieren. Der Händler kann daher selber festlegen, seinen Onlineshop entweder auf alle oder nur auf bestimmte Länder der Europäischen Union oder auf gar keine anderen Staaten als Österreich auszurichten. Wenn ein Onlinehändler die Lieferung seiner Waren in einem anderen Mitgliedstaat anbietet, so richtet er seinen Shop jedenfalls in dieses Land aus. Wenn er seine Waren nur innerhalb Österreichs oder nur in bestimmte andere Länder liefert, muss er das auf der Website klar zum Ausdruck bringen (wie mit „Wir liefern nur innerhalb Österreichs.“). Die klare Information darüber, in welche Länder geliefert wird und in welche nicht, ist deshalb wichtig, weil sich das Liefergebiet ohne eine solche Information auf alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union bezieht, der Webshop also auf alle Mitgliedstaaten ausgerichtet ist. Im Streitfall mit dem Verbraucher gelten im Falle des Ausrichtens das Recht und der Gerichtsstand des Zielstaates. Ohne Ausrichtung bleiben das österreichische Recht und der österreichische Gerichtsstand erhalten.

Weitere Faktoren, die neben der Angabe des Liefergebiets einzeln oder in einer Gesamtschau eine Rolle spielen können, ob auf einen bestimmten Staat ausgerichtet wird oder nicht, ist die Sprache im Internet-auftritt und in den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch die Wahl von länderspezifischen (zB: „.at“) oder neutralen (zB: „.eu“) Domains spielen eine Rolle, wobei länderspezifische Domains im Zweifelsfall für das Nichtausrichten auf einen anderen Mitgliedstaat sprechen. Mehrere tatsächliche Lieferungen ins Ausland (dokumentiert zB durch Kundenbewertungen) trotz erklärter Lieferbeschränkung auf der Website und die Sprache der Kundenhotline können ein Hinweis auf eine Lieferbereitschaft sein. **Am besten ist es, schon auf der Startseite anzugeben, wohin geliefert wird.**

Da keine Diskriminierung aufgrund von Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt erlaubt ist, dürfen Preise nur dann differenziert werden, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist. Das ist beispielsweise der Fall bei unterschiedlichen Umsatzsteuersätzen oder unterschiedlichen Lieferkosten im Falle der Ausrichtung. Dem Onlineanbieter ist es weiters nicht gestattet, die Zahlungsmittel nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt zu differenzieren (Diskriminierungsverbot). Sprechen hingegen sachliche Gründe dafür, manchen Kunden gewisse Zahlungsmittel nicht anzubieten, so ist dies erlaubt. Die Geoblocking-Verordnung gilt schließlich im B2B-Bereich nur dann, wenn der Käufer kein Wiederverkäufer ist (näher dazu auch *Riedel/Hofer*, Der Vorschlag der Geoblocking-Verordnung, MR-Int 1/17, 14 sowie *Wagner*, Auswirkungen der Geoblocking-Verordnung auf Online-Benutzeroberflächen, ZIIR 2019, 25).

Auf europäischer Ebene fand die Geoblocking-Verordnung bereits Anwendung. Die europäische Kommission eröffnete ein förmliches Kartellverfahren über die zweiseitigen Vereinbarungen zwischen der *Valve Corporation* und fünf Verlegern von Videospielen.

Sie ist der Meinung, dass die Unternehmen Verbraucher unter Verstoß gegen die EU-Wettbewerbsregeln daran gehindert haben, Videospiele grenzüberschreitend in anderen Mitgliedstaaten zu erwerben. *Valve* vertreibt über Steam Videospiele aller von der Untersuchung betroffenen Verleger auf elektronischem Weg. Zugleich stellt *Valve* den genannten Verlegern „Produktschlüssel“ zur Verfügung. Diesen benötigen Verbraucher, um eine Reihe von Spielen nutzen zu können, die über andere Kanäle als Steam erworben, das heißt heruntergeladen oder auf physischen Medien wie Festplatten mit hoher Speichermöglichkeit (DVD) geliefert wurden. Nach dem Kauf bestimmter Videospiele müssen die Nutzer ihren „Produktschlüssel“ bei Steam bestätigen. Dieses Verfahren wird für einen breite Palette von Spielen verwendet.

Nach der vorläufigen Auffassung der Kommission haben *Valve* und die fünf PC-Videospielverleger bilaterale Absprachen getroffen, um Verbraucher daran zu hindern, PC-Videospiele, die nicht in ihrem Wohnsitzland erworben wurden, zu nutzen, indem sie vereinbarten, grenzüberschreitende Verkäufe durch Einsatz von Produktschlüsseln mit räumlichen Sperren zu verhindern, und zwar auch als Antwort auf unaufgeforderte Bestellungen (sogenannte passive Käufe) von Videospielen aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Dadurch wurden die Verbraucher möglicherweise daran gehindert, Spiele in anderen Mitgliedstaaten zu günstigeren Preisen zu erwerben. Außerdem wird bestanden, dass vier der fünf Verleger Vertragsbestimmungen zur Beschränkung von Ausfuhren in ihre Vereinbarungen mit einer Reihe von Vertriebsunternehmen außer *Valve* aufgenommen haben. Den Vertriebsunternehmen war es nicht gestattet, die betreffenden Videospiele außerhalb der ihnen zugewiesenen Gebiete zu verkaufen. Hier ist zwar noch keine Entscheidung über die Rechtswidrigkeit eines solchen Verhaltens gefallen, aber zumindest wird einmal aufgezeigt, was konkrete Fälle der Geoblocking-Verordnung sein können.

Nach dem Diskriminierungsverbot der EU-Geoblocking-Verordnung dürfen insbesondere bei Preisen und Zahlungsmitteln keine Differenzierungen vorgenommen werden, wenn dies sachlich nicht gerechtfertigt ist.



Neue EU-Verordnung: Mehr Fairness für gewerbliche Nutzer von Online-Plattformen

Ab 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.

GEGENSTAND UND ANWENDUNGSBEREICH

Die Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (in dem Beitrag kurz „VO“; abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32019R1150>) wird ab 12.7.2020 in jedem Mitgliedstaat unmittelbar gelten, ohne dass es grundsätzlich einer Umsetzung in nationales Recht bedarf. Die Mitgliedstaaten haben allerdings gemäß Art 15 Abs 2 der Verordnung Vorschriften über *wirksame, verhältnismäßige und abschreckende*

Maßnahmen zu erlassen, die bei Verstößen gegen die Verordnung anwendbar sind. Daraus ergibt sich ein Umsetzungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber.

Ziel und Zweck der Verordnung ist die Schaffung einer angemessenen Transparenz und Fairness zugunsten aller Unternehmer, die Verbrauchern in der EU über Online-Vermittlungsdienste Waren oder Dienstleistungen anbieten. Dadurch soll ein *faïres, vorhersehbares, tragfähiges und vertrauenswürdiges* Online-Geschäftsumfeld in der EU gewährleistet werden (siehe ErwGr 51 VO). Weiters sollen wirksame Abhilfemöglichkeiten

ten geschaffen werden. Nationale Regelungen des Zivil- und Wettbewerbsrechts bleiben unberührt, *soweit sie im Einklang mit dem Unionsrecht stehen und die relevanten Aspekte nicht durch diese Verordnung geregelt werden* (siehe Art 1 Abs 4 VO). Die VO gilt unbeschadet der EU-Rechtsvorschriften, insbesondere jener für die Bereiche justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, Wettbewerb, Datenschutz, Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Verbraucherschutz, elektronischer Geschäftsverkehr und Finanzdienstleistungen.

Die Verordnung ist als Plattform-to-Business-Verordnung (P2B-VO) konzipiert, die nur zwischen Online-Plattformen und Unternehmern gilt, nicht aber im Verhältnis zu Verbrauchern. Als „gewerbliche Nutzer“, die sich auf die Verordnung berufen können, definiert Art 2 Z 1 VO *jede im Rahmen einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit handelnde Privatperson oder jede juristische Person, die über Online-Vermittlungsdienste und für Zwecke im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbietet*. Weiters gilt die VO auch für „Nutzer mit Unternehmenswebsite“ (siehe die Definition in Art 2 Z 7 VO). Ebenfalls darunter fallen Online-Verkaufsplattformen (wie *Amazon* und *Ebay*) sowie Plattformen aus den verschiedensten Lebensbereichen, wie Hotelbuchungsportale, Jobvermittlungen, Immobilien- und Autoportale und App Stores. Auch Preisvergleichsdienste, Online-Suchmaschinen (wie *Google*) und soziale Medien (wie *Facebook*), soweit sie eine gewerbliche Nutzung ermöglichen, unterliegen den Bestimmungen dieser VO. Die Verordnung gilt für die Online-Vermittlungsdienste unabhängig von ihrer Niederlassung oder ihrem Sitz.

DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTS-BEDINGUNGEN DER PLATTFORMEN

Den Schwerpunkt der Verordnung bilden die Gestaltung und der Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Online-Vermittlungsdienste.

Transparente Gestaltung

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) der Online-Vermittlungsdienste müssen

- a) klar und verständlich formuliert sein;
- b) zu jedem Zeitpunkt leicht verfügbar sein;
- c) die Gründe benennen, weshalb der Online-Vermittlungsdienst für den gewerblichen Nutzer eingeschränkt, ausgesetzt oder beendet werden kann;
- d) Informationen über zusätzliche Vertriebskanäle oder etwaige Partnerprogramme des Online-Vermittlers sowie
- e) allgemeine Informationen zu den Auswirkungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Rechte des geistigen Eigentums der gewerblichen Nutzer enthalten.

Auch Änderungen der AGBs sind formellen Beschränkungen unterworfen und dürfen etwa erst 15 Tage nach der Mitteilung an den Nutzer umgesetzt werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die diesen Vorschriften widersprechen, sind nichtig (Art 3 Z 3 VO).

Ranking

Mit „Ranking“ (Produktreihung) ist laut Begriffsdefinition in Art 2 Z 8 VO *die relative Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, die über Online-Vermittlungsdienste angeboten werden* bzw die Relevanz, die Suchergebnissen von Online-Suchmaschinen zugemessen wird, gemeint. Die Portale und Suchmaschinen müssen künftig in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen *die das Ranking bestimmenden Hauptparameter und die Gründe für die relative Gewichtung dieser Hauptparameter gegenüber anderen Parametern* darstellen. Das könnte vor allem bei Online-Vermittlungsdiensten, die selbst als Händler tätig sind, durchaus aufschlussreich sein – allerdings kann daraus kein Verbot der Selbstbevorzugung abgeleitet werden. Besteht die Möglichkeit, das Ranking durch Entgelt zu beeinflussen, ist dies klar und verständlich zu erläutern. Wurde die Reihenfolge des Rankings in einem konkreten Fall geändert oder

Die EU-Online-Plattform-Verordnung enthält verbindliche Vorgaben für die Gestaltung und den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Online-Vermittlungsdienste zugunsten der gewerblichen Nutzer.

eine Website infolge der Mitteilung eines Dritten auselistet, hat der Anbieter dem Nutzer die Möglichkeit zu geben, den Inhalt der Mitteilung einzusehen.

Nebenwaren und -dienstleistungen

Unter „Nebenwaren und -dienstleistungen“ sind gemäß Art 2 Z 11 VO Waren und Dienstleistungen zu verstehen, die dem Verbraucher vor Abschluss der Transaktion zusätzlich und ergänzend zu der vom gewerblichen Nutzer angebotenen Hauptware oder -leistung angeboten werden. Beispiele dafür sind Reparaturdienstleistungen, Upgrades, Finanzprodukte oder etwa eine Versicherung für einen Leihwagen. Werden Verbrauchern solche Nebenwaren und -dienstleistungen vom Online-Vermittlungsdienst oder durch Dritte angeboten, muss künftig darüber in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen informiert werden. Zudem muss angegeben werden, ob und unter welchen Bedingungen der gewerbliche Nutzer ebenfalls berechtigt ist, seine eigenen Nebenwaren und -dienstleistungen über den Online-Vermittlungsdienst anzubieten.

Differenzierte Behandlung von eigenen Produkten

Werden Waren und Dienstleistungen des gewerblichen Nutzers anders (schlechter) behandelt als die des (selbst als Händler tätigen) Vermittlungsdiensteanbieters, so ist diese differenzierte Behandlung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen anhand der *wichtigsten wirtschaftlichen, geschäftlichen und rechtlichen Erwägungen dafür* zu erläutern. Diese Ausführungen haben insbesondere Angaben zum Datenzugang, zum Ranking und zu anderen verbraucherbeeinflussenden Einstellungen, zu allfälligen Nutzungsentgelten sowie zu Funktionen und technischen Schnittstellen zu enthalten. Die Verordnung begnügt sich also auch hier damit, den Diensteanbieter zu verpflichten, sein Verhalten zu erläutern, ohne von ihm ein anderes Verhalten – wie hier: die Gleichbehandlung des Nutzers – zu fordern.

Datenzugang

Weiters haben die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen den technischen und vertraglichen Zugang oder das Fehlen eines solchen Zugangs für gewerbliche Nutzer zu personenbezogenen oder sonstigen Daten zu erläutern, die gewerbliche Nutzer oder Verbraucher für die Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste zur Verfügung stellen oder die im Zuge dieser Dienste generiert werden. Diese Regelung, die in Art 9 Abs 2 VO im Detail ausgeführt wird, verbessert zwar nicht den Zugang der User zu diesen Daten, gewährt aber zumindest einen gewissen Einblick in die „Datenpolitik“ der betreffenden Plattform.

Bestpreisklauseln

Schränken die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten die Unternehmer in ihrer Möglichkeit ein, ihre Produkte oder Leistungen anderswo zu attraktiveren Bedingungen als über ihre Dienste anzubieten, müssen sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die wichtigsten wirtschaftlichen, geschäftlichen oder rechtlichen Gründe für diese Einschränkung angeben. Von dieser Verpflichtung unberührt bleiben nationale Verbote oder Beschränkungen in Bezug auf die Auferlegung solcher Einschränkungen, wie zB das in Z 32 des Anhangs zum UWG enthaltene Verbot für die Betreiber einer Buchungsplattform, von einem Beherbergungsunternehmen zu verlangen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen als auf der Buchungsplattform anbieten darf.

Zusätzliche Transparenz- und Fairness-Regeln

Um sicherzustellen, dass die Vertragsbeziehungen zwischen den Online-Vermittlungsdiensten und den Nutzern *nach Treu und Glauben* und *auf der Grundlage des redlichen Geschäftsverkehrs* gestaltet werden, sieht Art 8 VO vor, dass

Die EU-Verordnung lässt das in Z 32 des Anhangs zum österreichischen UWG enthaltene Verbot von Bestpreisklauseln für Buchungsplattformen unberührt.

- a) dem gewerblichen Nutzer keine rückwirkenden Änderungen in den AGBs auferlegt werden dürfen,
- b) die AGBs Informationen über die Bedingungen für eine Vertragsbeendigung durch den gewerblichen Nutzer enthalten müssen und
- c) in den AGBs beschrieben sein muss, inwieweit die Vermittlungsdienste auch noch nach Vertragsbeendigung einen Zugang zu den vom gewerblichen Nutzer bereitgestellten oder generierten Informationen haben.

BEGRÜNDUNGSPFLICHT FÜR BESCHRÄNKUNGEN EINES NUTZERS

Nach Art 4 VO sind Einschränkungen, Aussetzungen bzw die Beendigung der Bereitstellung des Online-Vermittlungsdienstes gegenüber dem gewerblichen Nutzer zu begründen. So hat der Anbieter, der seinen Dienst für einen bestimmten Nutzer in Bezug auf einzelne von diesem angebotene Waren oder Dienstleistungen einschränkt oder aussetzt, diesem vor oder gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Beschränkung auf einem *dauerhaften Datenträger* eine Begründung dieser Entscheidung zu übermitteln. Beschließt der Anbieter, die Bereitstellung seiner Dienste für einen bestimmten Nutzer vollständig zu beenden, so hat er dem Nutzer die Begründung dieser Entscheidung mindestens 30 Tage vor dem Wirksamwerden der Beendigung zu übermitteln. Von dieser Frist gibt es Ausnahmen und ist die Begründung unverzüglich zur Verfügung zu stellen, wenn etwa die Beendigung behördlich angeordnet wurde, ein zwingender Grund nach nationalem Recht besteht oder der Anbieter nachweist, dass der Nutzer wiederholt gegen die AGB verstoßen hat. Betreffend den Inhalt der Begründung ordnet Art 4 Abs 5 VO an, dass *die konkreten Tatsachen oder Umstände, einschließlich des Inhalts der Mitteilungen Dritter, die ihn zu seiner Entscheidung bewogen haben*, anzugeben sind.

BESONDERE ABHILFEMÖGLICHKEITEN

Internes Beschwerdemanagementsystem

Die Verordnung verpflichtet die Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten zur Einrichtung eines internen Systems für die Bearbeitung von Beschwerden gewerblicher Nutzer (siehe Art 11 VO). Dieses System muss laut Richtlinie für die Nutzer nicht nur leicht zugänglich und kostenfrei sein, sondern muss auch die Bearbeitung einer Beschwerde innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens gewährleistet sein.

Mediation

Die Anbieter haben in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwei oder mehr Mediatoren anzugeben, mit denen sie bereit sind zusammenzuarbeiten, um mit gewerblichen Nutzern eine außergerichtliche Beilegung etwaiger Streitigkeiten zu erzielen (siehe Art 12 VO). Ein Mediationsverfahren ist allerdings freiwillig und berührt nicht das Recht der Vertragsparteien, zu jedem Zeitpunkt vor, während oder nach der Mediation Klage vor Gericht zu erheben.

Verbandsklage

Gemäß Art 14 Abs 1 VO sind ausdrücklich auch *Organisationen und Verbände, die ein berechtigtes Interesse an der Vertretung gewerblicher Nutzer oder von Nutzern mit Unternehmenswebsite haben*, berechtigt, bei Verstößen gegen die Verordnung die nationalen Gerichte anzurufen, wenn sie folgende Bedingungen erfüllen:

- a) sie sind nach dem Recht eines Mitgliedsstaats ordnungsgemäß errichtet;
- b) sie verfolgen Ziele, die im kollektiven Interesse der Gruppe gewerblicher Nutzer oder der Nutzer mit Unternehmenswebsite sind, die sie dauerhaft vertreten;
- c) sie verfolgen keine Gewinnerzielungsabsicht und
- d) ihre Entscheidungsfindung wird nicht unangemessen durch Drittgeldgeber, insbesondere durch Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten oder Online-Suchmaschinen, beeinflusst.

Bei der Beschränkung oder Kündigung eines Nutzers gelten besondere, fristgebundene Begründungspflichten.

Die EU-Richtlinie über unlautere Handelspraktiken im Lebensmittelsektor

Diese neuen Regelungen sollen die Position der Lieferanten im Agrar- und Lebensmittelsektor als meist schwächere Vertragspartner gegenüber den Abnehmern stärken.

Fotostudio Fayer



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

EINLEITUNG

Die Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (= UTP-Richtlinie, „unfair trading practices“) wurde am 25.4.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht (L 111/59; abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu). Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Bestimmungen der Richtlinie bis spätestens 1. Mai 2021 in nationales Recht umzusetzen und die entsprechenden Regelungen spätestens ab 1. November 2021 anzuwenden.

Zur Bekämpfung von Praktiken, die erheblich von der guten Handelspraxis abweichen, gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verstoßen und einem Handelspartner einseitig von einem anderen aufgezwungen werden, enthält diese Richtlinie eine „Mindestliste“ verbotener unlauterer Handelspraktiken im Agrar- und Lebensmittelbereich. Darüber hinaus werden Mindestvorschriften für die Durchsetzung dieser Verbote festgelegt. Den einzelnen Mitgliedstaaten bleibt es somit unbenommen, strengere Verhaltensregeln zu erlassen bzw. aufrechtzuerhalten und/oder bei Verstößen strengere Sanktionen vorzusehen.

Die UTP-Richtlinie ist das Ergebnis umfassender Studien der EU-Kommission über die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette, wo vielfach erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht der beteiligten Akteure ausgemacht wurden. So stehen in diesem Bereich häufig kleineren und mittleren Unternehmen auf Lieferantenseite große Unternehmen als Abnehmer der Waren gegenüber. Dies führt

nicht selten dazu, dass die landwirtschaftlichen Erzeuger und andere Lieferanten von Lebensmittelprodukten mit unfairen Vertragsbedingungen und Praktiken ihrer Großkunden konfrontiert sind. Die Richtlinie will hier einen Interessensausgleich schaffen und sollen den Käufern von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen ab einer gewissen Umsatzhöhe bzw. in einem bestimmten Umsatz-Größenverhältnis zum Lieferanten bestimmte, als besonders schädlich eingestufte Verhaltensweisen ausdrücklich untersagt sein.

GELTUNGSBEREICH

Im Agrar- und Lebensmittelsektor sind auf den verschiedenen Stufen Erzeugung, Verarbeitung, Vermarktung und Vertrieb sowie im Agrar- und Lebensmitteleinzelhandel unterschiedliche Marktteilnehmer tätig. Die Richtlinie gilt für alle Marktteilnehmer in diesem Bereich – von den Landwirten über die Verarbeitungsbetriebe bis hin zu den Groß- und Einzelhändlern, die mit „Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen“ handeln. Die RL verweist zu diesem Begriff auf die *in Anhang I des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aufgeführten landwirtschaftlichen Primärerzeugnisse, einschließlich Fischereierzeugnisse und Erzeugnisse der Aquakultur, sowie nicht in diesem Anhang aufgeführte Erzeugnisse, die jedoch aus in diesem Anhang aufgeführten Erzeugnissen für die Verwendung als Lebensmittel verarbeitet wurden*. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst damit ein überaus breites Produktspektrum.

Die Bestimmungen der UTP-Richtlinie sind (nur) dann anzuwenden, wenn sich Lieferant und Käufer in einem bestimmten



Foto: Wyrabella / Wikimedia Commons

Umsatz-Größenverhältnis gegenüberstehen, wobei jeweils der Käufer einen höheren Jahresumsatz haben muss als der Lieferant. So muss zB einem Lieferanten mit einem Jahresumsatz zwischen 2 Mio und 10 Mio EUR ein Käufer mit mehr als 10 Mio EUR Jahresumsatz gegenüberstehen, und einem Lieferanten mit einem Jahresumsatz zwischen 10 Mio bis 50 Mio EUR ein Käufer, der mehr als 50 Mio EUR Jahresumsatz hat. Die Richtlinie gilt damit zB nicht für Vertragsverhältnisse zwischen einem Lieferanten mit 12 Mio EUR und einem Käufer mit 48 Mio EUR Jahresumsatz (es sei denn, der Käufer ist eine Behörde, weil sich der Lieferant dann in jedem Fall auf die RL berufen kann). Da die RL bereits Anwendung findet, wenn einem Lieferanten mit einem Jahresumsatz von maximal 2 Mio EUR ein Käufer mit Jahresumsatz von mehr als 2 Mio EUR gegenübersteht, ist der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie und damit auch deren

Schutzbereich durchaus weitgefasst (es kommt auch nicht auf die Höhe des Umsatzes beim konkreten Verkauf an, sodass die RL auch bei kleinen Warenlieferungen gilt). Allerdings gibt es eine absolute Obergrenze, weil sich Lieferanten mit mehr als EUR 350 Mio Jahresumsatz nicht mehr auf die Richtlinie berufen können. Für die Berechnung der Umsatzerlöse des Lieferanten und des Käufers gelten im Übrigen nicht nur deren Umsätze im Agrar- und Lebensmittelbereich, sondern es zählt der gesamte Umsatz des Unternehmens, wobei bei entsprechend verbundenen Unternehmen sogar der gesamte Konzernumsatz maßgebend ist (siehe dazu im Einzelnen Art 1 Abs 2 UTP-RL).

VERBOT UNLAUTERER HANDELSPRAKTIKEN

Gemäß Artikel 3 Abs 1 der Richtlinie sind dem Käufer insbesondere folgende Verhaltensweisen jedenfalls verboten:

- ▶ (zu) späte Bezahlung von Lieferungen, und zwar später als 30 Tage nach der Lieferung bei verderblichen Erzeugnissen bzw später als 60 Tage nach der Lieferung bei anderen Produkten;
- ▶ kurzfristige Stornierung von Bestellungen verderblicher Nahrungsmittel, insbesondere wenn nach vernünftiger Ermessen nicht erwartet werden kann, dass der Lieferant alternative Vermarktungs- oder Verwendungsmöglichkeiten für diese Erzeugnisse findet;
- ▶ einseitige Änderung von Liefervereinbarungen in Bezug auf Häufigkeit, Methode, Ort, Zeitpunkt, Umfang der Lieferung, Qualitätsstandards, Zahlungsbedingungen oder Preise;
- ▶ das Verlangen von Zahlungen vom Lieferanten, die nicht im Zusammenhang mit dessen Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen stehen;

- ▶ vom Lieferanten zu verlangen, dass dieser generell auch für Qualitätsminderungen der Ware einzustehen hat, die nach Übergabe an den Käufer auftreten;
- ▶ die Verweigerung einer schriftlichen Bestätigung der Bedingungen einer Liefervereinbarung;
- ▶ rechtswidriger Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen des Lieferanten im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/943;
- ▶ Vergeltungsmaßnahmen gegen den Lieferanten, wenn dieser seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte vor einer Behörde geltend macht.

Artikel 3 Abs 2 der Richtlinie zählt Handelspraktiken auf, die dem Käufer (nur) dann erlaubt sind, wenn sie zuvor klar und eindeutig mit dem Lieferanten vereinbart wurden:

- ▶ das Zurückschicken nicht verkaufter Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse an den Lieferanten, ohne für diese Erzeugnisse bzw für deren Beseitigung zu bezahlen;
- ▶ das Verlangen einer Zahlung vom Lieferanten dafür, dass die Erzeugnisse gelagert, zum Verkauf angeboten, gelistet oder auf dem Markt bereitgestellt werden;
- ▶ vom Lieferanten zu verlangen, ganz oder teilweise für die bei einer Verkaufsaktion des Käufers gewährten Preisnachlässe bei den Waren aufzukommen, ohne ihn vorher über den Zeitraum und die Aktionsmenge informiert zu haben;
- ▶ vom Lieferanten zu verlangen, dass dieser für die Bewerbung und Vermarktung der Erzeugnisse durch den Käufer zahlt;
- ▶ vom Lieferanten zu verlangen, Kostenzuschüsse für das Verkaufspersonal des Käufers zu leisten.

Werden Vereinbarungen wie in den letzten vier Punkten getroffen, hat der Käufer dem Lieferanten auf Verlangen eine schriftliche Kostenschätzung samt Berechnungsgrundlagen vorzulegen.

Zu allen in Artikel 3 der Richtlinie aufgezählten Verhaltensweisen ist festzuhalten,

dass es sich dabei ausdrücklich (siehe Artikel 9 Abs 1 UTP-RL) um eine Mindestharmonisierung der EU handelt und strengere nationale Regelungen zulässig sind. Es können daher von den einzelnen Mitgliedstaaten noch weitere Handelspraktiken für unlauter im Sinne dieser Richtlinie erklärt und verboten werden. Zudem bleiben auch andere nationale Vorschriften zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, unberührt.

DURCHSETZUNGSBEHÖRDEN

Für die Durchsetzung der Verbote haben die Mitgliedstaaten eine oder mehrere nationale Behörden („Durchsetzungsbehörden“) zu bestimmen, bei denen die betroffenen Lieferanten Beschwerden einbringen können (darüber hinaus werden auch bestimmte Organisationen im Interesse und auf Ersuchen des Lieferanten zur Einbringung einer Beschwerde berechtigt sein, siehe näher dazu Art 5 Abs 2 UTP-RL). Die Behörde hat auf Antrag des Beschwerdeführers die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um dessen Identität zu schützen.

Die nationalen Durchsetzungsbehörden sollen nach den Vorgaben der Richtlinie jeweils mit umfassenden Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sein. So ist von den Mitgliedstaaten unter anderem sicherzustellen, dass jede Durchsetzungsbehörde befugt ist, Untersuchungen auf eigene Initiative oder aufgrund einer Beschwerde einzuleiten und durchzuführen sowie *Entscheidungen zu treffen, mit denen festgestellt wird, dass ein Verstoß gegen die in Artikel 3 festgelegten Verbote vorliegt, und vom Käufer verlangt wird, die verbotene Handelspraktik einzustellen*. Weiters sollen die Durchsetzungsbehörden die Befugnis haben, *im Einklang mit den nationalen Vorschriften und Verfahren gegen den Urheber des Verstosses Maßnahmen zur Verhängung von Geldbußen und anderen ebenso wirksamen Sanktionen, einschließlich einstweiliger Verfügungen, zu verhängen oder diesbezügliche Verfahren zu veranlassen*, wobei die Sanktionen unter Be-

Die EU-Richtlinie ist als Mindestharmonisierung gedacht. Den Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen, strengere Regelungen vorzusehen und noch weitere Handelspraktiken als unlauter zu verbieten.

rücksichtigung von Art, Dauer, wiederholtem Auftreten und Schwere des Verstoßes *wirksam, verhältnismäßig und abschreckend* sein müssen.

RECHTSUMSETZUNG IN ÖSTERREICH

Auf welche Weise die (zwingende) Umsetzung dieser umfassenden materiell- und verfahrensrechtlichen Vorgaben der Richtlinie in das österreichische, nationale Recht erfolgen wird, bleibt abzuwarten und könnte durchaus eine Herausforderung sein. So würde sich thematisch eine Eingliederung der Bestimmungen in das Nahversorgungsgesetz (NVG) empfehlen (siehe *Wollmann*, Die UTP-Richtlinie – Unterstützung für David gegen Goliath in der Lebensmittelbranche, *ecolex* 2019, 887). Dieses Gesetz wurde in den 70er-Jahren vor dem Hintergrund der damals schon kritisch gesehenen Nachfragemacht der großen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels geschaffen. Das NVG enthält eine Generalklausel für „Kaufmännisches Wohlverhalten“ (§ 1 Abs 1 NVG: *Verhaltensweisen von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr untereinander können untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden*), einen Beispielstatbestand (§ 1 Abs 2 NVG: *... das Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch von Rabatten, Sonderkonditionen, besonderen Ausstattungen, Rücknahmeverpflichtungen oder Haftungsübernahmen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind ...*) sowie die Regelung des § 2 Abs 2 NVG, wonach ein Wiederverkäufer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, der von Lieferanten sachlich nicht gerechtfertigte Bedingungen fordert oder annimmt.

Die Verbote in Art 3 UTP-Richtlinie können insoweit als Ergänzung bzw Konkretisierung der Bestimmungen des Nahversorgungsgesetzes angesehen werden – siehe in diesem Zusammenhang auch den von der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) am 22.10.2018 veröffentlichten „Standpunkt für unternehmerisches Wohlverhalten“ (abrufbar unter

www.bwb.gv.at), der einen Katalog häufig anzutreffender, unzulässiger Geschäftspraktiken bzw Vertragsklauseln enthält. Auch dort geht es um unfaire Verhaltensweisen und Vereinbarungen, insbesondere zwischen Herstellern und Händlern, die das Resultat eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts innerhalb einer Lieferkette sind, ohne dass die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 5 Kartellgesetz (KartG) immer erfüllt sein müssten.

Allerdings knüpfen die Verbote der Richtlinie konkret an bestimmte Umsatz-Größenverhältnisse an (siehe oben) bzw sind die in Art 3 Abs 2 UTP-RL genannten Handelspraktiken zulässig, wenn sie vorher vereinbart wurden, was ebenso entsprechend zu berücksichtigen sein wird. Weiters sind im NVG bei Verstößen gegen das „Kaufmännische Wohlverhalten“ nur Untersagungsanordnungen (des Kartellgerichts) und keine Geldbußen vorgesehen, wohingegen nach der UTP-Richtlinie bei verbotswidrigem Verhalten ausdrücklich die Möglichkeit zur Verhängung einer Geldbuße gegeben sein muss (auch bei Verstößen gegen § 5 KartG sind Geldbußen zu verhängen). Schließlich wird es auch darauf ankommen, wie den verbindlichen Vorgaben der Richtlinie in Bezug auf die umfassenden Befugnisse der Durchsetzungsbehörde(n) entsprochen wird, weil nach gegenwärtiger Gesetzeslage weder das Kartellgericht noch die Bundeswettbewerbsbehörde alle in Art 6 Abs 1 UTP-RL für „jede Durchsetzungsbehörde“ geforderten Befugnisse haben.

SCHLUSS

Die UTP-Richtlinie bringt – nach entsprechender Umsetzung – eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des österreichischen Wettbewerbsrechts im Agrar- und Lebensmittelsektor, weil gewisse Verhaltensweisen von Unternehmen auf der Nachfrageseite in diesem Bereich per se verboten sein werden, wenn ein bestimmtes Umsatz-Größenverhältnis zum Lieferanten besteht, ohne dass es auf eine Marktmacht ankommt.

Es bleibt abzuwarten, wie die Richtlinie in österreichisches, nationales Recht umgesetzt wird. Thematisch könnte sich eine Eingliederung in das Nahversorgungsgesetz empfehlen.

Foto: Christian Wiediger on Unsplash



Amazon ändert Geschäftsbedingungen

Amazon hat aufgrund der Ermittlungen der BWB die Geschäftsbedingungen geändert:
Die Änderungen sind mit 16.8.2019 in Kraft getreten.

Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) erhielt bereits in den Jahren 2017 und 2018 einzelne Beschwerden betreffend Geschäftspraktiken auf dem Amazon.de Marktplatz.

Im Dezember 2018 brachte der Österreichische Handelsverband, eine freiwillige Interessenvertretung von Handelsunternehmen, eine Beschwerde gegen Amazon Services Europe S.à.r.l. (Amazon) ein, die sich auf Geschäftspraktiken und Verhaltensweisen gegenüber österreichischen Händlern beziehen, welche am Amazon-Marktplatz ihre Waren anbieten.

„Es ist wichtig zwischen Unternehmen mit Marktmacht und kleinen Händlern in der digitalen Welt "Fairplay" zu schaffen. Die Änderungen der Geschäftsbedingungen durch Amazon sind zu begrüßen. Ein bspw. plötzliches und unbegründetes Kontosperren sollte nicht mehr möglich sein. Die BWB wird die Umsetzung der neuen Geschäftsbedingungen einem Monitoring unterziehen.“, erklärt Dr. Theodor Thanner, Generaldirektor der BWB.

AMAZON ERKLÄRT SICH BEREIT, SEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN ZU ÄNDERN:

- Keine jederzeitige Kündigung oder Aussetzung des Vertrages mit sofortiger Wirkung, ohne Angabe von Gründen:

Eine ordentliche Kündigung erfolgt unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen.

Eine Kündigung bzw Aussetzung mit sofortiger Wirkung ist nur mehr unter folgenden Voraussetzungen möglich:

(a) Der Marktplatzhändler hat einen wesentlichen Verstoß gegen die Vereinbarung begangen und diesen nicht innerhalb einer Frist von sieben Tagen nach einer entsprechenden Mitteilung behoben;

(b) das Konto des Händlers wurde für täuschende oder betrügerische oder unrechtmäßige Aktivitäten verwendet oder

(c) die Nutzung von Programmen hat andere Verkäufer, Kunden oder Amazons berechnigte Interessen geschädigt hat oder Überprüfungen zeigen auf, dass die Nutzung von Programmen zu einer solche Schädigung führen könnte.

- Kein unentgeltliches, unwiderrufliches, unbefristetes, weltweites Nutzungsrecht durch Amazon an den von Sellern bereitgestellten Materialien sowie eine Lizenz zur Verwendung, Vervielfältigung, Vorführung usw:

Der Umfang der Lizenz, die Marktplatzhändler Amazon gewähren müssen wird reduziert. Das unentgeltliche, nicht ausschließliche, weltweite Nutzungsrecht bzw die Lizenz erfassen zukünftig nicht mehr jede kommerzielle und nichtkommerzielle Nutzung, sondern sind auf den Betrieb der Programme bzw andere Produkte oder Dienstleistungen von Amazon beschränkt. In zeitlicher Hinsicht sind Nutzungsrecht bzw Lizenz auf die Dauer der originären und abgeleiteten geistigen Eigentumsrechte der Händler beschränkt.

- Freistellung/Entschädigung von Amazon durch Händler nur bei Gesetzesverletzungen:

Amazon wird die Verpflichtung der Marktplatzhändler, Amazon und dessen leitende Angestellte, Vorstandsmitglieder, Mit-

arbeiter und Vertreter von Ansprüchen Dritter freizustellen, die auf der nur behaupteten Verletzung der Pflichten aus dem BSA bzw der Zusicherungen der Dritthändler beruhen, streichen. Die Verpflichtung der Händler zur Freistellung von Amazon wird sich in diesem Zusammenhang ua auf die Freistellung im Fall der Verletzung geltender Rechtsvorschriften und die tatsächliche oder aufgrund konkreter Anhaltspunkte behauptete Verletzung abgegebener Zusicherungen richten.

- ▶ Beschränkung des Haftungsausschlusses: Die Klausel wird neu gefasst, womit beide Parteien auf Schadenersatz grundsätzlich nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haften. Eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist für Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und für vorhersehbare, typischerweise eintretende Schäden aus der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten vorgesehen.
- ▶ Änderung der Bedingungen und Bestimmungen des BSA durch Amazon nach freiem Ermessen nur nach Ankündigung: Die Neufassung der Bestimmung sieht vor, dass mindestens 15 Tage vor einer Änderung eine Ankündigung zu erfolgen hat.
- ▶ Auch andere Gerichtsstände als Gerichtsstand Luxemburg Stadt möglich: Die Neuregelung dieser Bestimmung sieht grundsätzlich Luxemburg Stadt als nicht ausschließlichen Gerichtsstand vor. Das bedeutet für Marktplatzhändler eine wesentliche Erleichterung bei der Rechtsverfolgung.
- ▶ Streichung des weitgehenden Haftungsausschlusses bzw. der Haftungsfreistellung betreffend die Lagerhaltung im Programm „Versand durch Amazon“: Ein Haftungsausschluss betreffend das Programm „Versand durch Amazon“, mit dem Amazon alle Pflichten eines Verwahrers oder Lagerhalters ausgeschlossen hatte und mit dem die Händler, die dieses Programm nutzen, auf alle Rechte eines Hinterlegers verzichteten, wurde – ebenso wie die Freistellungsverpflichtung iZm diesem Programm ersatzlos gestrichen.

- ▶ Verlängerung der dreitägigen Widerspruchsfrist für Marktplatzhändler bei durch Amazon gewährten Erstattungen im Rahmen der A-bis-Z Garantie:

Die Neufassung der Bestimmung sieht eine Verlängerung der Widerspruchsfrist von 3 auf 30 Tagen vor.

ERGEBNIS DER ERMITTLUNGEN DER BWB

Die BWB wurde im Rahmen des Verfahrens mit einer Vielzahl von Einzelbeschwerden von Marktplatzhändlern sowie mit Bedenken zu Bestimmungen der Geschäftsbedingungen von Amazon befasst.

Im Zuge der Auswertung der Händlerbefragung wurden diese Einzelbeschwerden zu Fallgruppen zusammengefasst. Dabei zeigte sich, dass die Beschwerden zumeist in Zusammenhang mit beanstandeten Bestimmungen der Geschäftsbedingungen stehen.

Die BWB hat Amazon daraufhin mit den Vorwürfen konfrontiert und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Amazon legt darin einerseits dar, welche Verbesserungen (etwa im Zusammenhang mit der Kommunikation) bereits veranlasst wurden, weist aber auch darauf hin, dass gewisse Praktiken bzw Regelungen zum Schutz der Kunden bzw zur Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards, aus Effizienzgründen und zur Wahrung des Rufs von Amazon erforderlich seien.

Weiters hat Amazon im Zuge des Verfahrens eine Überarbeitung seiner Geschäftsbedingungen vorgelegt.

Die BWB hat die vorgelegten Änderungen der Geschäftsbedingungen geprüft. Die überarbeiteten Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich geeignet, sowohl dargelegte Bedenken bei einzelnen Bestimmungen im Wesentlichen auszuräumen, als auch dazu beizutragen, den Großteil der beanstandeten Geschäftsbedingungen künftig hintanzuhalten. Amazon bestätigte, dass die Vertragsänderungen am 16.8.2019 in Kraft treten.

Mit den zugesagten Anpassungen der Geschäftsbedingungen wird die BWB die betreffenden Beschwerdepunkte daher vorerst nicht weiterverfolgen. Einzelne Aspekte wer-

Der nebenstehende Kurzbericht der BWB (Quelle: www.bwb.gv.at) gibt einen unmittelbaren Überblick über die von der BWB erreichten Änderungen der Amazon-Geschäftsbedingungen zugunsten der Händler.

den jedoch weiterhin beobachtet. Dies betrifft insbesondere die Punkte Kommunikation und Logistik. Sollte sich anhand qualifizierter Beschwerden zeigen, dass einzelne im Vorbringen von Amazon angeführte Maßnahmen oder Änderungen des BSA nicht den gewünschten Erfolg haben, behält sich die BWB weitere Ermittlungen vor.

Ebenso besteht beim Bekanntwerden neuer, bislang nicht berücksichtigter Sachverhalte die Möglichkeit der Einleitung eines neuen Verfahrens, wobei auch die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung Verwendung finden könnten.

Da die Händlerbefragung ergeben hat, dass ein zentrales Problem die Kommunikation mit Amazon ist, hat die BWB Amazon empfohlen, in seinen Geschäftsbedingungen (zumindest) einen Ansprechpartner zu benennen, an den sich die Händler unmittelbar wenden können. Diese Empfehlung hält die BWB ausdrücklich aufrecht, da sie darin eine Maßnahme zur nachhaltigen Beseitigung dieses Problems sieht.

Derzeit ist nicht beabsichtigt einen Antrag an das Kartellgericht zu stellen.

Auf den Fairnesskatalog der BWB wird verwiesen.

Abschließend wird noch auf die jüngst veröffentlichte Europäische Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten hingewiesen. Der österreichische Gesetzgeber ist gefragt diese VO in Österreich zu implementieren. Dabei sollten auch aufbauend auf den Erfahrungen in der Praxis Überlegungen zu einer darüberhinausgehenden Regelung verschiedener Themen angestellt werden.

Insbesondere schafft die VO (Art 17) eine Grundlage branchenspezifische Verhaltenskodizes anzunehmen und umzusetzen. Die BWB kann ihr Wissen hierbei zur Verfügung stellen.

ZUM HINTERGRUND DES VERFAHRENS: ERMITTLUNGSVERFAHREN EINGELEITET WEGEN DES VERDACHTS VON VERSTÖßEN GEGEN KARTELLRECHT

Nach einer ersten Analyse des Sachverhaltes, Gesprächen mit der Europäischen Kommis-

sion und dem deutschen Bundeskartellamt, eröffnete die BWB im Februar 2019 ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Verstößen gegen österreichisches und europäisches Kartellrecht.

Zum Zeitpunkt der Einleitung der Ermittlungen durch die BWB führten bereits das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission Verfahren gegen Amazon, wobei die Beschwerdepunkte und somit der Untersuchungsgegenstand der Verfahren von BWB und Bundeskartellamt im Wesentlichen deckungsgleich waren.

Die BWB hat sich in ihren Ermittlungen mit beiden Behörden abgestimmt und insbesondere mit dem Bundeskartellamt auch eng kooperiert.

BESCHWERDEN ÜBER GESCHÄFTS- BEDINGUNGEN UND VERHALTENSWEISEN UND MARKTBEFragung

Die Beschwerden gründeten sich auf zahlreiche dem Handelsverband übermittelte Sachverhaltsdarstellungen von Marktplatzhändlern.

In weiterer Folge gingen bei der BWB und beim Handelsverband bei der BWB selbst zahlreiche weitere Beschwerden von Marktplatzhändlern ein.

Im Zuge einer umfassenden Marktbefragung durch die BWB vertieften sich die vom Handelsverband vorgebrachten Punkte, weitere kamen neu hinzu.

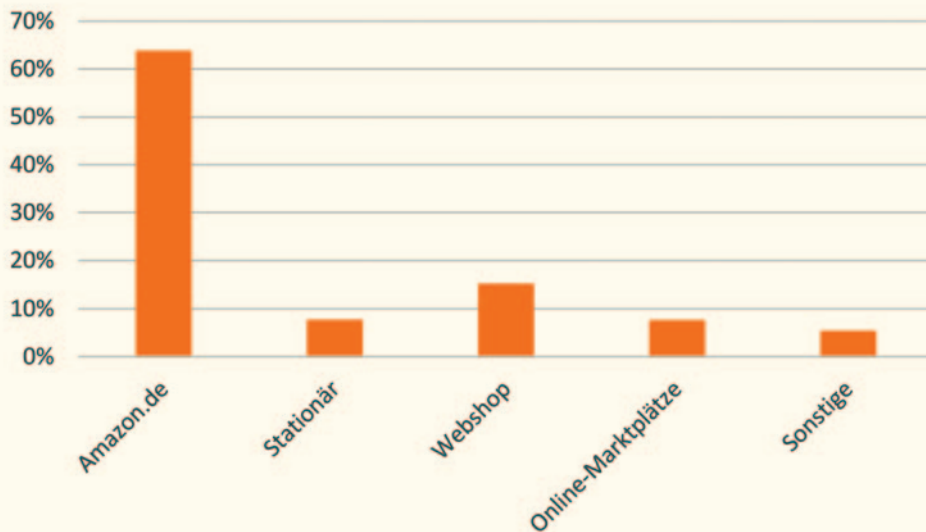
In den Beschwerden wurden insbesondere folgende Verhaltensweisen vorgebracht:

- ▶ Ungerechtfertigte Sperrungen und Schließungen von Marktplatzhändlerkonten,
- ▶ Einbehalten von Guthaben gesperrter Marktplatzhändler,
- ▶ mangelhafte Kommunikationsmöglichkeiten für Marktplatzhändler (insb zur Problemausräumung),
- ▶ weitreichende Nutzungsrechte an Materialien der Marktplatzhändler (Lizenzen),
- ▶ weitreichende Haftungsausschlüsse und Freistellungsvereinbarungen,
- ▶ willkürliches Hinaufsetzen von Lieferzeiten durch Amazon,

Zum Zeitpunkt der Einleitung der Ermittlungen durch die BWB im Februar 2019 führten bereits das deutsche Bundeskartellamt und die Europäische Kommission Verfahren gegen Amazon.

UMSÄTZE IN DEN VERTRIEBSKANÄLEN

Quelle: Marktplatzhändlerbefragung BWB



- ▶ Ungleichbehandlung von Marktplatzhändlern, welche nicht den Amazon-Logistik-Service nutzen,
- ▶ die Offenlegung von Einkaufspreisen der Marktplatzhändler gegenüber Amazon,
- ▶ Beschränkungen beim Produktvertrieb für Marktplatzhändler,
- ▶ Erstattungen im Zusammenhang mit ungerechtfertigten Kundenrücksendungen,
- ▶ Intransparenz bei Rankings von Produkten und Marktplatzhändlern,
- ▶ und den Druck, weitere Amazon Services zu nutzen.

MARKTBEFRAGUNG BESTÄTIGT ABHÄNGIGKEIT DER MARKTPLATZHÄNDLER VON AMAZON

Die BWB hat eine umfangreiche Marktbefragung durchgeführt, bei der rund 400 der umsatzstärksten österreichischen Marktplatzhändler am Amazon.de Marktplatz schriftlich als auch in einer Vielzahl von Telefonaten befragt wurden. Mehr als 80% der adressierten Händler retournierten die erforderlichen Unterlagen an die BWB.

Die Ergebnisse der Befragung zeigen dass Amazon für eine repräsentative Auswahl

größerer österreichischer Marktplatzhändler über Marktmacht verfügt:

- ▶ Die befragten Marktplatzhändler sehen kaum relevante Alternativen um ihre Kunden zu erreichen.
- ▶ Die befragten Marktplatzhändler würden auch bei spürbaren Gebührenerhöhungen durch Amazon den Marktplatz großteils nicht verlassen oder wechseln.
- ▶ Jene Marktplatzhändler, die nach ihren Angaben über Alternativen verfügen, erwirtschaften den weitaus größten Teil ihres Umsatzes auf Amazon.de.
- ▶ Ein signifikanter Teil der befragten Marktplatzhändler verkauft (fast) ausschließlich auf Amazon.
- ▶ Der eigene Webshop, der stationäre Handel und sonstige Onlinehandelsplattformen werden selten als relevante Alternativen genannt.

FALLBERICHT

Die BWB hat in gegenständlichem Fall einen umfassenden Fallbericht ausgearbeitet, der als Download unter folgendem Link bereitsteht: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/BWB_Amazon-Fallbericht_20190717.pdf

Die BWB hat eine umfangreiche Marktbefragung durchgeführt, welche zeigt, dass Amazon für eine repräsentative Auswahl größerer österreichischer Marktplatzhändler über Marktmacht verfügt.

ACHTUNG SCHWINDELFIRMEN AKTIV!



Im Zuge der Unternehmensgründung sowie im normalen Geschäftsbetrieb erhalten UnternehmerInnen regelmäßig irreführend gestaltete Aussendungen und unerbetene Anrufe von diversen Branchenverzeichnissen. Teilweise wird auch gleich zur Zahlung einer bestimmten Summe aufgefordert.

VORSICHT bei dubiosen und geschickt getarnten Angeboten per Anruf, Mail, Post oder Fax!



Täuschende, oft hartnäckige Werbeanrufe

- Es wird ein bestehender Eintrag vorgetäuscht
- Eine bloße Datenkorrektur wird vorgegaukelt
- Eine falsche Verbindung mit den Gelben Seiten oder Google wird hergestellt
- Letztendlich will der Anrufer einen ganz neuen und meist wertlosen Auftrag erschleichen



Korrekturabzüge via Fax oder Mail

- Es wird der Eindruck einer bloßen Daten-ergänzung oder -korrektur erweckt
- Die Angaben des Empfängers sind angeblich falsch und deshalb zu korrigieren
- In Wahrheit soll mit einer Unterschrift ein neuer Auftrag erlangt werden
- Kostenpflicht und längere Bindung sind in der Regel nur im Kleingedruckten ersichtlich

Branchen & Stadtplanregister 2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

IHR FIRMENNAME
Ihre Adresse
Ort

Bitte die Datenregistrierung in unserem Online Branchenverzeichnis bitten wie Sie Ihre Daten aufgeführten Firmendaten zu überprüfen/ergänzen und uns die Offerte bei Annahme zurück zu senden.

Abrechnung	10.10.2019	10.10.2019
Abrechnung	10.10.2019	10.10.2019

Nachfolgende Firmendaten bitte prüfen und ggf. ergänzen oder korrigieren:

Branche:		Bitte zutreffendes ankreuzen:
Firma:	MUSTERFIRMA	<input type="checkbox"/> Dienstleistung
Straße/Nr.:	Adresse 1	<input type="checkbox"/> Industrie
PLZ/Ort:	0000 ORT	<input type="checkbox"/> Handwerk
Telefon:	01 234 567	<input type="checkbox"/> Gesundheit/Medizin
Fax:	01 345 5678	<input type="checkbox"/> Groß-/Einzelhandel
E-Mail:		<input type="checkbox"/> Vereine
Homepage:	http://www.muster.at	<input type="checkbox"/> Sonstiges:

Geschäftsbedingungen: Der Unterzeichner bestätigt mit seiner Unterschrift ausdrücklich, dass er nur Auftragsentgelt berechtigt ist und die Geschäftsbedingungen anerkennt. Mit der Unterzeichnung dieser Auftragsauftrag kommt der Vertrag zustande. Gegenstand des Vertrages ist die Veröffentlichung der oben angegebenen Firmendaten (ggf. auch Firmenslogan, Präsentationsvideo und Link zur Homepage) auf unserem online Branchen/Firmenverzeichnis. Der Unterzeichner bestätigt, dass seine Daten gemäß der H4-Datenschutz-Grundverordnung veröffentlicht werden dürfen. Die online Registrierung Ihrer Firmendaten beträgt *1176,- für 24 Monate und ist im Voraus, nach Rechnungsabgabe innerhalb von 14 Tagen zur Zahlung fällig. Die Dienstleistung wird bedienungsabhängig und ohne öffentlichen Auftrag bereitgestellt. Die 1. aufrecht verlagert sich automatisch immer um ein weiteres Jahr, sofern dieser nicht mindestens 3 Monate vor Vertragsablauf schriftlich gekündigt wird. Der Vertrag kann innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsunterzeichnung, ohne Angaben von Gründen widerrufen/erstattet werden. Auf Wunsch erhalten Sie eine gesonderte Auftragsbestätigung. Sollte eine oder mehrere Bestimmungen nicht oder unvollständig sein, bleibt die Verbindlichkeit der obigen Bestimmungen dadurch unberührt.

Für eine schnelle Bearbeitung, nutzen Sie unseren kostenfreie Faxnummer und senden Sie uns bitte das Formular bis zum 11.10.2019 zurück!



RECHTSINFO

Eine telefonische Kontaktaufnahme oder die Übersendung via Mail sowie Fax ist ohne vorherige Zustimmung auch bei Unternehmen nach § 107 TKG verboten und daher wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG.



- ## **Vorschreibung mit amtlichem Charakter**
- Eine Zahlungspflicht für ein offizielles Verzeichnis wird vorgetäuscht
 - Oft werden amtliche Wörter wie Handels- oder Firmenregister verwendet
 - Auch bei Markeneintragungen gibt es viele falsche Zahlungsaufforderungen
 - In der Regel ist fast immer ein ausländisches Konto angegeben
 - Letztendlich zahlt man für eine wertlose private Veröffentlichung auf irgendeiner Webseite



- ## **RECHTSINFO**

[illegible]

GDPR ORGANISATION **NOTIFICATION**

COMPANY
Address
Austria

Reference and information about your access
Your reference number: 72027116
Period: May 2019 - April 2020
Total fee: €479

Offer expires: 30/05/2019
Latest payment date: 30/05/2019

Terms & conditions for this offer are available on the reverse side of this document

Description	Price	Total
GDPR Information Access	479 EUR	479 EUR

As of May 25th, 2018 you are obliged by law to comply with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679.

The General Data Protection Regulation (GDPR) standardizes data protection law across all EU countries and imposes strict new rules on controlling and processing personally identifiable information (PII). It came into force on May 25, 2018. It also supersedes the 1995 UK Data Protection Act. As a member of GDPR Organisation, you will have access to our complete database, with step-by-step guidelines on how to comply with the regulation. By accepting this offer you gain access to our website, and can log in to collect important information for your company. You will also have access to our telephone support and our chat support.

Once GDPR Organisation has received your payment, your pin will be active and you will have full access to the website and the services. Your membership also includes access and entry to our information seminar about GDPR. Invitation with date/location will be sent out by post. The seminar will also be broadcasted online. The offer is accepted by paying the amount stated on this voluntary offer. This is not a bill and there are no obligation to pay. You can disregard from this offer at any time. If you have any questions please contact our customer support on +322808619 or email support@gdprorg.eu.

Online Payment www.gdprorg.eu
Online payments can be made securely with VISA or Mastercard by using your personal PIN. Visit www.gdprorg.eu and follow the simple instructions
Login PIN: 456789

ADDRESS: 14 Rue de Grand Bazar, 1050 Brussels, Belgium
CONTACT: +322808619, info@gdprorg.eu, www.gdprorg.eu, VAT number: PT51519343

Bank Payment (IBAN)
Bank: 2019-05-30
IBAN: 2019-05-30
BIC: PFSRIE21
Amount: 479 EUR
IBAN: E04 PFSR 9910 7005 7658 57
Bank: PREPAID

Offiziell wirkende Aussendung



- Es werden in irreführender Weise fremde Hoheitszeichen oder Logos verwendet
- Der scheinbar offizielle Charakter soll zur Zahlung verleiten
- Auch falsche Vorschriften für Domains werden verschickt
- Fast immer ist eine Zahlung ins Ausland vorgesehen

Scheinrechnung zu einer Bestellung



- Aufgrund der Gestaltung wird der Eindruck eines Auftrages erweckt
- In Wahrheit gibt es gar keine Bestellung des Empfängers
- Die „Rechnung“ ist daher ein bloßes Angebot (in Englisch „product offered“)
- Die Leistung selber ist oft praktisch wertlos oder gar nicht ersichtlich

Arena Office Store
Leading online supplier of office supplies

BUSINESS/OFFICE OFFER: 52001

Reference Number: 18233906
Date: 2019-05-20
Terms of Payment: 2019-06-03
Total Payable: € 925,00

the FIRMA
Vor- Nachname
Adresse
Ort

Date: 2019-05-20
Reference Number: 18233906
Company Name: the FIRMA
Contact Person: Vor- Nachname

Description	Article No.	Quantity	Amount
Interactive Business Data Suite (IBD)	52001	1	925,00

Inter: Data Analysis Package, Business Modeling Tool
Auto: Analytics Func., Win & Mac, Office Vers 10.1
Product ID: 18233906
Product Download: <http://www.arenaofficestore.com/product-offer/52001/>

Amount excl. VAT	€ 925,00
VAT	€ 0,00
Total Amount Payable	€ 925,00
Terms of Payment (14 days net)	2019-06-03

Payment Instructions:
Please make your payment in favor of our payment processor Gemex Direct S.L.
Please remember to attach the reference number to your payment.

Account Name: GEMEX DIRECT S.L.
Bank: CAIXABANK
Reference No.: 18233906
IBAN: E552 2100 0056 1002 0152 6752
BIC/SWIFT: CAIXESBBXXX
Amount Payable: € 925,00

Do you have any questions regarding your payment? Send us an email to info@arenaofficestore.com

Arena Office Store
Email: info@arenaofficestore.com
Web: www.arenaofficestore.com
Payment Processor: Gemex Direct S.L. - Plaza Castellana 40, Planta 8, 28046 Madrid, España - Cx. Reg. 888346116
VAT No. E388346116 - CAIXABANK BIC/SWIFT: CAIXESBBXXX - IBAN: E552 2100 0056 1002 0152 6752

RECHTSINFO



Nach § 2 UWG ist jede Irreführung über einen amtlichen bzw. offiziellen Charakter unzulässig und gemäß Z 2 Anhang zum UWG ist die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung jedenfalls verboten.

BEACHTEN ■ PRÜFEN ■ INFORMIEREN



CHECKLISTE

GENERELL WIRD FOLGENDES EMPFOHLEN:

- ☑ Bei unerbetenen Werbeanrufen grundsätzlich immer gleich auflegen und sich nicht auf ein Gespräch einlassen. Sollte wiederholt angerufen werden, klar auf die Unzulässigkeit dieser Telefonate in Österreich hinweisen und mit einer Anzeige drohen.
- ☑ Nichts unterschreiben oder zur Einzahlung bringen, was nicht eindeutig zugeordnet werden kann, vor allem nicht auf ein ausländisches Konto.
- ☑ Unbekannten Werbe- oder Eintragungsangeboten von vornherein sehr kritisch gegenüberstehen, auch wenn mit angeblich karitativen oder im öffentlichen Interesse liegenden Anliegen geworben oder von einem aktuellen Angebot gesprochen wird. Am besten auch keine Termine vereinbaren, sondern sich ein Angebot schriftlich zusenden lassen.
- ☑ Im Zweifelsfall nie gleich ein Angebot unterschreiben, sondern sich eine Bedenkzeit erbitten, weil Unternehmer auch bei Haustür- und Auswärtsgeschäften kein Rücktrittsrecht haben.
- ☑ Grundsätzlich nie auf mündliche Aussagen vertrauen, sondern immer den schriftlichen Vertragstext lesen, weil mündliche Zusagen später schwer beweisbar sind.
- ☑ Kostenpflichtige und verbindliche Einschaltungen, also sogenannte „Pflichteinschaltungen“, die das Firmenbuch (früher: Handelsregister) betreffen, gibt es nur mehr im Amtsblatt zur Wiener Zeitung.
- ☑ Für nicht im Firmenbuch eingetragene Unternehmen gibt es im Allgemeinen gar keine entgeltlichen Pflichteintragungen und dergleichen, vor allem nicht für Neugründer.
- ☑ Dienstnehmer laufend anweisen, keine Überweisungen oder Unterschriften zu tätigen, wenn sie den Geschäftsfall nicht eindeutig zuordnen können, weil jedes Handeln dem Unternehmen voll zuzurechnen ist.
- ☑ Bei der Rechtsabteilung der Wirtschaftskammer oder dem Schutzverband (office@schutzverband.at) in Zweifelsfällen anfragen.
- ☑ **Jedenfalls nie ohne vorhergehende Abklärung zahlen oder unterschreiben!**

WEITERE INFORMATIONEN ZU DIESEM THEMA FINDEN SIE AUF FOLGENDEN WEBSEITEN:

- 📌 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb www.schutzverband.at
- 📌 Österreichischer Adressbuchverlegerverband ÖAVV www.oavv.at
- 📌 Watchlist Internet des Internet Ombudsmann www.watchlist-internet.at
- 📌 Übersicht mit Warnung vor Zahlungsaufforderungen, welche nicht mit dem Österreichischen Patentamt in Verbindung stehen und daher nicht bezahlt werden müssen www.patentamt.at/Das_Oesterreichische_Patentamt/News/Warnung_vor_Zahlungsaufforderungen

IMPRESSUM

Medieninhaber, Hersteller sowie Redaktion: Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb | Ditscheinergasse 4, 1030 Wien | Für den Inhalt verantwortlich: Mag. Hannes Seidelberger, Geschäftsführer | Layout: Sabine Goriany, Projektmanagement | Foto: © Arek Socha-, Pixaline-, OpenClipart-Vectors auf Pixabay



„Black Friday“ kann nicht als Marke monopolisiert werden

Eine beschreibende Bezeichnung wie der sogenannte „schwarze Freitag“ als jährlich wiederkehrender Einkaufstag mit Rabatten insbesondere im Handel ist für alle Anbieter frei zugänglich, wie die Rechtsprechung zumindest für Österreich klargestellt hat.

Bei der Bewerbung einer aus den USA kommenden Rabattaktion hat sich ein Rechtskonflikt ergeben, weil ein Anbieter unter anderem in Österreich versucht hat, die Gattungsbezeichnung „Black Friday“ für sich zu monopolisieren. Ende November eines jeden Jahres, wenn wieder mit umfangreichen Rabattaktionen geworben wurde, erhielten zahlreiche Händler auch in Österreich Abmahnschreiben. Darin war die Forderung enthalten, es zu unterlassen, mit „Black Friday“ ohne Lizenz im geschäftlichen Verkehr aufzutreten. Hintergrund war, dass es in der Vergangenheit – etwa in Deutschland – Unternehmen gelungen ist, Marken mit dem Bestandteil „Black Friday“ einmal erfolgreich zu registrieren und diese Ausschließungsrechte an dem Begriff durchzusetzen. Das Resultat waren verunsicherte Unternehmer auch in Österreich, weil diese davon ausgegangen sind, dass Black Friday eine nicht monopolisierbare Gattungsbezeichnung ist.

Die Verwirrung ist verständlich, denn wie kann es sein, dass ein – für einen bestimmten, besonders umsatzstarken Einkaufstag verwendeter – weltweit bekannter Begriff nicht frei zugänglich für den gesamten Wettbewerb ist? Dieser Vorgangsweise ist in Österreich mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien (OLG Wien vom 5.3.2019, 133 R 126/18d, ecolex 2019/311, 700 – Black Friday mit Anmerkung von *Hornyik*) ein Ende gesetzt worden. Schon das österreichische Patentamt verweigerte der Antragstellerin aus Hongkong (!) vorläufig den Schutz. Das wurde auch vom OLG Wien mittlerweile rechtskräftig bestätigt. Grundsätzlich sind nach § 4 Abs 1 Z 3 Marken-

schutzgesetz (MSchG) Zeichen von der Registrierung ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben. Abzustellen ist dabei auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise, also auf den Handel und/oder den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher dieser Waren und Dienstleistungen. Für fremdsprachige Wortzeichen gilt grundsätzlich nichts anderes als für deutschsprachige Kennzeichen.

„Black Friday“ („Schwarzer Freitag“) wird in den Vereinigten Staaten der Freitag nach Thanksgiving genannt. Da Thanksgiving immer auf den vierten Donnerstag im November fällt, gilt der darauffolgende Black Friday als Start in ein traditionelles Familienwochenende und als Beginn der Weihnachtseinkaufssaison. Die erste bekannte Verwendung des Ausdrucks „Black Friday“ (in diesem Sinne) wurde durch Bonnie Taylor-Blake von der American Dialect Society recherchiert und eine Herkunft aus Philadelphia belegt: „Black Friday“ ist der Name, den die Polizei von Philadelphia dem Freitag nach dem Erntedankfest gegeben hat. Der „schwarze Freitag“ eröffnet offiziell die Weihnachtseinkaufszeit in der Innenstadt und er bringt normalerweise Staus und überfüllte Bürgersteige, während die Geschäfte in der Innenstadt von Öffnung bis Schließung belagert werden.

Während der Black Friday in den USA hauptsächlich vor Ort in den Geschäften und Filialen der Einzelhändler stattfindet, werden im deutschsprachigen Raum auch online Rabatte angeboten. Apple war 2006 das erste Unternehmen, das am Black Friday mit Rabatten geworben hat. Die beteiligten

Verkehrskreise in Österreich werden unter dem Begriff „Black Friday“ daher den Tag des Shoppings Ende November jeden Jahres verstehen, an welchem Händler besondere Rabattangebote veröffentlichen. Gerade der Handel im Internet ist bekanntermaßen nicht ausschließlich auf den österreichischen Markt beschränkt, und Bestellungen erfolgen sowohl bei Händlern im In- als auch im (angloamerikanischen) Ausland, sodass der Begriff den beteiligten Verkehrskreisen geläufig ist und sie damit den in der Vorweihnachtszeit stattfindenden Einkaufstag verbinden.

Da „Black Friday“ überwiegend beschreibend und/oder werbend ist und keine interpretationsbedürftige Aussage enthält, fehlt dem Zeichen die Unterscheidungskraft nach § 4 Abs 1 Z 3 MSchG. Zum noch vorgebrachten Argument des Anmelders, dass die Bedeutung von „Black Friday“ nicht allgemein bekannt ist und es größere Bevölkerungsgruppen gibt, die diese Bedeutung nicht kennen, ist darauf hinzuweisen, dass es genügt, wenn diese Kenntnis nur bei einem Teil des Verkehrskreises besteht. Im Zusammenhang mit den von der Antragstellerin beanspruchten zahlreichen Waren und Dienstleistungen kann damit nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen werden, dass die beteiligten Verkehrskreise bei einer Verwendung der Bezeichnung Black Friday einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen sehen könnten. Es liegt somit eine klassisch beschreibende Bezeichnung vor, welche von keinem Unternehmen allein für sich in Anspruch genommen werden kann.

Das ist eine wirkliche erfreuliche Klarstellung durch die österreichische Judikatur, weil die Wortmarke „Black Friday“ zuvor in Deutschland vorläufig zugelassen wurde. Dort ist allerdings auch ein Verfahren auf Löschung der Wortmarke „Black Friday“ beim Bundespatentgericht anhängig. Zumindest für den Handel in Österreich ist endgültig Rechtssicherheit bzw Werbefreiheit für den „Schwarzen Freitag“ gegeben, nur bei einer



Werbung (auch) für Kunden in Deutschland oder anderen Ländern ist noch Vorsicht bzw eine vorherige rechtliche Abklärung geboten.

Die Bundessparte Handel der Wirtschaftskammer Österreich bietet den österreichischen Händlern nun auch entsprechende Black-Friday-Logos zur Verwendung an diesem besonderen Einkaufstag unter www.wko.at/branchen/sbg/handel/black-friday-logos.html an.

Neue Regelungen und Judikatur zur Lebensmittelkennzeichnung

Auf europäischer Ebene treten im Jahr 2020 neue Durchführungsbestimmungen zur Kennzeichnung der Herkunft von Lebensmitteln in Kraft. Außerdem sind wieder interessante Entscheidungen zu aktuellen Fragen bei der Werbung für Lebensmittel ergangen.

EUROPÄISCHER RAHMEN

Die Beurteilung der Werbung für Lebensmittel gehört zu den spannendsten Bereichen des Lauterkeitsrechts. Das Lebensmittel-Kennzeichnungsrecht ist dabei zur Gänze EU-Kompetenz, welches die Mitgliedstaaten lediglich vollziehen. Das Thema Verbrauchertäuschung ist im Artikel 7, das Herkunftsthema ist im Artikel 26 der EU-LMIV (**Lebensmittelinformationsverordnung** 1169/2011) geregelt.

Dazu gibt es eine **Durchführungsverordnung der EU-Kommission**, und zwar die EK-VO 2018/775 vom 28.5.2018, welche ab dem 1. April 2020 gilt und im Amtsblatt am 29.5.2018 unter L 131/11 veröffentlicht worden ist. In dieser Verordnung werden die Modalitäten für die Anwendung von Artikel 26 Absatz 3 der Lebensmittelinformationsverordnung in Fällen festgelegt, in denen das Ursprungsland oder der Herkunftsort eines Lebensmittels durch Angaben wie Erklärungen, Piktogramme, Symbole oder Begriffe erfolgt, die sich auf Orte oder geografische Gebiete beziehen, ausgenommen geografische Begriffe, die in verkehrsübli-

chen Bezeichnungen und Gattungsbezeichnungen enthalten sind, sofern diese Begriffe den Ursprung wortwörtlich angeben, sie jedoch allgemein nicht als Angabe des Ursprungslandes oder Herkunftsortes des Lebensmittels verstanden werden.

Ergänzend zu diesen speziellen rechtlichen Beschränkungen wurde (wie bereits in RuW berichtet) in einer Entscheidung des EuGH eine Lebensmittelverpackung mit mehrdeutigen Angaben wegen Irreführung der Verbraucher als unlauter beurteilt. Dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 4.6.2015, C-195/14, *Verbraucherzentrale Bundesverband/Teekanne KG*, ZIIR 2015, 455) lag ein Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) zugrunde und betraf die Etikettierung eines Früchtetees. Ein deutscher Verbraucherschutzverband hatte das Unternehmen *Teekanne* wegen irreführender Werbung geklagt, weil auf der Verpackung von Teebeuteln mit der Bezeichnung „Felix Himbeer-Vanille Abenteuer“ Himbeeren und Vanilleblüten abgebildet waren und sich überdies Angaben wie „Früchtetee mit natürlichen Aromen“ und „nur natürliche Zutaten“ fanden, ohne dass der Tee irgendwelche Bestandteile oder Aromen von Himbeeren oder Vanille enthielt. Das insoweit richtige Verzeichnis der Zutaten auf der Rückseite der Verpackung lautete: „Hibiskus, Apfel, süße Brombeerblätter, Orangenschalen, Hagbutten, natürliches Aroma mit Vanillegeschmack, Zitronenschalen, natürliches Aroma mit Himbeergeschmack, Brombeeren, Erdbeeren, Heidelbeeren, Holunderbeeren“.





Die Frage des BGH an den EuGH – bei der es auch um die Auslegung von Lebensmittelkennzeichnungsvorschriften ging – war nun, ob die Verpackung von Lebensmitteln und die Werbung den Eindruck erwecken darf, dass bestimmte Zutaten enthalten seien, obwohl sie tatsächlich nicht vorhanden sind und sich das allein aus dem Verzeichnis der Zutaten ergibt. Diese Ansicht des deutschen Höchstgerichts wurde vom EuGH bestätigt, der in seiner Entscheidung klar festhält, dass die Etikettierung von Lebensmitteln nicht geeignet sein darf, den Käufer irreführen, und zwar insbesondere nicht über die Eigenschaften des Lebensmittels, namentlich über seine Art, Identität, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung oder Herkunft und Herstellungs- oder Gewinnungsart. Ein Verzeichnis der Zutaten, auch wenn es richtig und vollständig ist, kann laut EuGH in bestimmten Fällen gleichwohl nicht geeignet sein, einen falschen oder missverständlichen Eindruck des Verbrauchers bezüglich der Eigenschaften eines Lebensmittels zu berichtigen, der sich aus den anderen Elementen der Etikettierung dieses Lebensmittels ergibt. In weiterer Folge hat dann im fortgesetzten Verfahren der deutsche Bundesgerichtshof entschieden (BGH 2.12.2015, I ZR 45/13 – *Himbeer-Vanille Abenteuer*), dass Verpackungen nicht den Eindruck erwecken dürfen, wonach ein Lebensmittel eine Zutat hat, die gar nicht enthalten ist. Es reiche nicht aus, wenn die Zutaten zwar genau aufgeführt seien, die Aufmachung der

Verpackung aber den Käufer irreführen könne. Das sei vorliegend aufgrund der in den Vordergrund gestellten Angaben auf der Verpackung der Fall, die auf das Vorhandensein von Vanille- und Himbeerbestandteilen im Tee hinwiesen. Entscheidend sei der gesamte Eindruck der Verpackung. Hersteller dürfen demnach auf der Verpackung nicht mit Bildern von Zutaten werben, die nicht im Produkt enthalten sind.

Weiters kann laut der österreichischen Rechtsprechung auch ein sehr geringer Anteil der abgebildeten Lebensmittel eine Irreführung hervorrufen, wie das Oberlandesgericht Wien in einem Urteil festgestellt hat (OLG Wien 31.8.2017, 4 R 50/17b – eine Befassung des OGH ist hier nicht mehr erfolgt). Danach ist es zur Täuschung geeignet, Milchprodukte als Erdbeermilch, Bananmilch und Vanillemilch „to go“ zu bezeichnen, wenn dann nur 0,3% Erdbeersaft aus Konzentrat, 0,5% Bananenmark und gar keine Anteile natürlicher Vanille zugesetzt sind sowie der Geschmack nur auf künstlichen Aromen beruht. Die Grenze zu einem nennenswerten Fruchtanteil ist zwar schwer zu ziehen, aber bei den hier vorliegenden geringfügigen Mengen aber jedenfalls bei weitem nicht erreicht. Auch der geringe Preis dieses Milchgetränks vermag die Irreführungseignung laut dem OLG Wien nicht zu beseitigen und ist diese hervorgehobene Etikettierung auf der Vorderseite daher trotz aufklärender Hinweise in der Zutatenliste auf der Rückseite damit nicht rechtskonform gewesen.

Im Sinne der strengen Rechtsprechung zur Irreführung bei Lebensmitteln kann selbst bei einem korrekten Zutatenverzeichnis ein Wettbewerbsverstoß vorliegen, wenn die Verpackung eine Zutat suggeriert, die nicht oder nicht in adäquater Menge vorhanden ist.

LEBENSMITTELKENNZEICHNUNG IN ÖSTERREICH

Die österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) beschreibt das Thema treffend auf ihrer Website anschaulich wie folgt:

„Angaben und Illustrationen auf der Hauptschausseite haben nicht immer einen ausreichenden Informationsgehalt, um Verbraucherinnen und Verbraucher über den Charakter einer Ware ausreichend in Kenntnis zu setzen. Auf der Vorderseite eines Produkts (Hauptschausseite) befinden sich oft Phantasiebezeichnungen und es werden manche Aspekte besonders hervorgehoben, während für das Verständnis wichtige Angaben mit geringem Auffälligkeitswert auf der Rückseite angebracht sind.“

Bei Lebensmitteln ist eine Täuschung denkbar über:

- ▶ Herkunft (Ursprungsland bzw Herkunfts-ort)
- ▶ Inhalt (Art, Identität und Zusammensetzung)
- ▶ Menge (Verpackungsgestaltung)
- ▶ Herstellung (Erzeugung und Rohstoffverarbeitung)
- ▶ Wirkung des Lebensmittels (Sonderpunkt Abgrenzung zu Präsentationsarzneimittel)
- ▶ Andere Aspekte wie Zertifizierung, Haltbarkeit etc

Für die Beurteilung der Verkehrserwartung ist in Österreich der **Codex Alimentarius Austriacus** („CAA“, **Österreichisches Lebensmittelbuch**) als Quelle heranzuziehen. Dort wird die allgemeine Verkehrsauffassung zur Beschaffenheit von Lebensmitteln

dokumentiert. Dem CAA kommt allerdings weder Gesetzes- noch Verordnungskraft zu, sondern er ist als qualifiziertes (aber widerlegbares) Sachverständigengutachten anzusehen.

Zum UWG hat der OGH (wie bereits in RuW dargestellt) den blickfangartigen Hinweis „österreichischer Familienbetrieb“ bei italienischer Herkunft aus Aquakultur von (geräucherten) Fischen als irreführend angesehen, auch wenn es auf der Verpackungsrückseite ersichtlich ist (OGH 11.8.2015, 4 Ob 121/15w). Auch die Abbildung von einem Hirten über „griechischem“ Bauernsalat mit der Bezeichnung Patros in Öl samt blauer Umrandung für deutschen Kuhmilchkäse ist täuschend über Herkunft und auch Inhaltsstoff (OLG Wien 29.4.2016, 1 R 58/16f – rechtskräftig). Das Gleiche gilt für ein Joghurt mit der Bezeichnung „Oikos“ sowie „Greek“, was den Eindruck eines „griechischen Joghurts“ namens Oikos erweckt. Ein unverhältnismäßig unauffälliger Hinweis wie „Joghurt nach griechischer Art“ in schwer lesbarer kleiner Schrift kann die Irreführungseignung darüber nicht beseitigen, dass es sich in Wahrheit um ein Joghurt aus Deutschland und nicht aus Griechenland gehandelt hat (OLG Wien 30.6.2016, 2 R 58/16p – auch hier wurde der OGH nicht mehr angerufen und das Urteil ist rechtskräftig geworden).

EUGH ZU URSPRUNG BEI GEMÜSE

Ganz aktuell hat sich der EuGH nun mit der Frage beschäftigt, wie es sich bei der Werbung für Kulturchampignons mit einer Her-

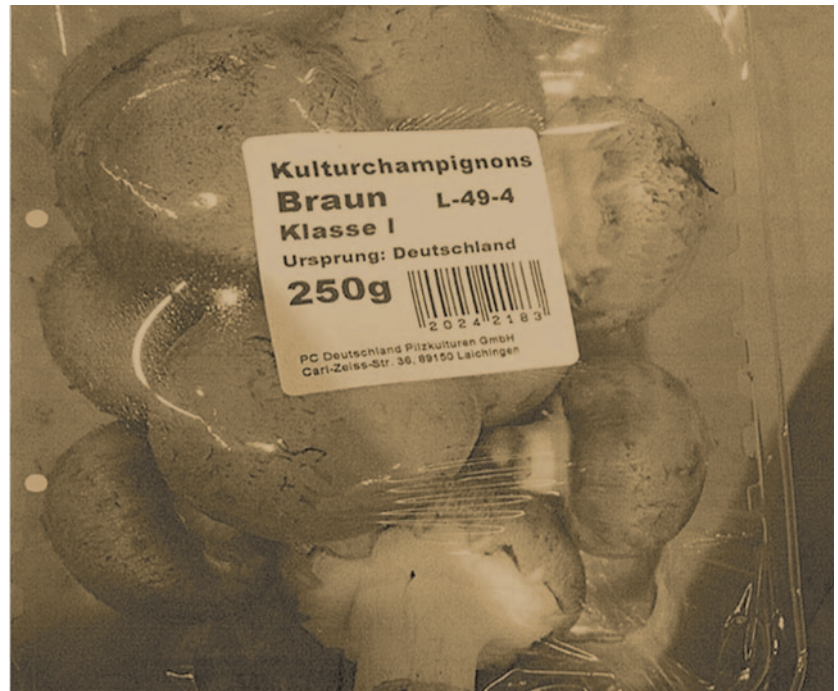
Die Irreführungseignung einer blickfangartigen Werbeaussage auf der Hauptschausseite kann durch aufklärende Angaben auf der Rückseite oder in kleiner Schrift nicht beseitigt werden.



kunft aus Deutschland verhält, welche in Holland gezüchtet werden und dann erst kurz vor der Ernte nach Deutschland kommen. Bei einem pflanzlichen Erzeugnis wie Gemüse ist laut der Entscheidung des EuGH allein der Zeitpunkt der Ernte aufgrund des Zollkodex der Gemeinschaften für die Herkunft maßgebend (EuGH 4.9.2019, C-686/17).

Die deutsche Wettbewerbszentrale klagte hier die Firma *Prime Champ Pilzkulturen GmbH* wegen Irreführung der Verbraucher, da sie Kulturchampignons mit der bloßen Angabe „Ursprung: Deutschland“ herstellt und in Verkehr bringt, obwohl nur die Ernte in Deutschland erfolgt, alle wesentlichen Produktions- und Wachstumsschritte jedoch nicht in Deutschland stattfinden. Die Wettbewerbszentrale bemängelte, dass diese Ursprungsangabe ohne weitere Hinweise für Verbraucher irreführend sei. Konkret stellt sich der Prozess von Anbau bis Ernte der Kulturchampignons folgendermaßen dar: In einem ersten Schritt werden für die Dauer von sieben bis elf Tagen die Rohsubstanzen für den Kompost in Belgien und den Niederlanden verschnitten und vermischt. Zweiter Herstellungsschritt ist die über fünf bis sechs Tage andauernde Pasteurisierung und Aufbereitung des Komposts in den Niederlanden. Im dritten Herstellungsschritt wird über die Dauer von 15 Tagen das Myzel (Pilzsporen) in den Kompost injiziert. Im vierten Schritt wird in den Niederlanden die Fruchtkörperbildung auf einer Torf- und Kalkschicht in Kulturkisten initiiert, wobei die Pilze nach zehn bis elf Tagen bis zu 3 mm gewachsen sind. Die Kulturkisten werden nach etwa 15 Tagen nach Deutschland transportiert, wo im Betrieb von *Prime Champ* nach etwa ein bis fünf Tagen die erste Ernte und nach etwa zehn bis 15 Tagen die zweite Ernte der Champignons erfolgt.

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. Außerdem ist keine Aufklärung darüber erforderlich, dass wesentliche Produktionsschritte woanders erfolgen, weil die gesetzliche Grundlage hier die Herkunft klar regelt. Das in der Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür und in der Verordnung betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel allgemeine Verbot, den Verbraucher über das Ursprungsland von Lebensmitteln zu täuschen, ist laut EuGH bei frischem Obst und Gemüse nicht auf die Ursprungsangabe anzuwenden. Das Unionsrecht sei auch dahin auszulegen, dass keine aufklärenden Zusätze als Ergänzung der vorgeschriebenen Angabe des Ursprungslands vorgeschrieben werden dürfen, um einer Irreführung des Verbrauchers entgegenzuwirken.

OGH ZU MÖGLICHER MOGELPACKUNG

Eine Irreführung kann neben der Herkunft und den Inhaltsstoffen auch über die Menge des Lebensmittels entstehen. Der OGH hält nun in einer aktuellen Entscheidung fest, dass es für die Beurteilung einer Mogelpackung entscheidend auf das exakte Verhält-



nis zwischen dem Fassungsvermögen der Außenverpackung und der Füllmenge ankommt, weil hier ein gewisser Spielraum für den Produzenten besteht (Datum 29.1.2019, 4 Ob 150/18i).

Unter dem Begriff „Mogelpackung“ wird eine Fertigverpackung verstanden, die durch ihre äußere Aufmachung über Anzahl, Maß, Volumen oder Gewicht der tatsächlich darin enthaltenen Waren irreführt. Ein ausdrückliches Verbot von Mogelpackungen war in § 6a UWG normiert. Der Wortlaut dieser Bestimmung deutete zunächst auf ein per-se-Verbot von Verpackungen hin, deren tatsächliche Füllmenge ohne Rechtfertigung dem äußeren Volumen widersprach. Daher wurde § 6a UWG mit der UWG-Novelle 2007 (als über die „Schwarze Liste“ des Anhangs zum UWG hinausgehend) aufgehoben. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Lehre (Schmelz, Zum Verbot von Mogelpackungen, ÖBl 1985, 33) reduzierten die Bedeutung dieser Norm aber bereits zuvor auf Fälle der Irreführung von Verbrauchern. Insofern ist durch die Aufhebung von § 6a UWG keine Änderung bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Mogelpackungen eingetreten.

Auch die Produktverpackung selbst kann als Form der kommerziellen Kommunikation über die wesentlichen Merkmale eines Produkts (§ 2 Abs 1 Z 2 UWG) täuschen, zu denen die genannten Kriterien (Anzahl, Maß, Volumen und Gewicht) zweifelsfrei zählen. Eine derartige Irreführung kann insbesondere durch die Überdimensionierung der Verpackung erzielt werden. Maßgebend

ist, ob ein angemessen gut unterrichteter und kritischer Durchschnittsverbraucher, der eine der Bedeutung der Ware angemessene Aufmerksamkeit an den Tag legt, einen Eindruck vom Packungsinhalt gewinnt, der nicht den Tatsachen entspricht und geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

Macht sich ein derartiger Adressat über bestimmte Beschaffenheiten eines Produkts allerdings ohnehin keine Vorstellungen, kann er auch insoweit nicht in die Irre geführt werden (4 Ob 228/10y – *Waldbeeren Fruchtschnitte*). Ein unrichtiger Eindruck bewirkt nach ständiger Rechtsprechung zudem dann keine Irreführung, wenn er noch rechtzeitig durch einen ausreichend deutlichen und gut sichtbaren Hinweis beseitigt wird. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird dies in Mogelpackungsfällen in der Regel abgelehnt. Danach könne auch eine normal kennzeichnungskräftige Angabe des Füllgewichts oder der Anzahl der enthaltenen Einzelwaren eine durch die überdimensionierte Verpackung bewirkte Irreführung in der Regel nicht beseitigen. Deren Verbot beruhe gerade auf der Erfahrung, dass Mengenangaben übersehen würden. Diese Ansicht gründet sich auf die Erwägungen von EuGH C-195/14, *Teekanne (Himbeer-Vanille-Abenteuer)*, Darstellung siehe oberhalb), wonach „in bestimmten Fällen“ eine Irreführung über die Inhaltsstoffe eines Lebensmittels nicht durch ein wahrheitsgemäßes Zutatenverzeichnis beseitigt werden könne.

Der Kernvorwurf der Klägerin im hier vor dem OGH anhängigen Verfahren („weit unter dem Fassungsvermögen der Verpackung“, „Karton nur zu 50 bis 60% mit Kuchen befüllt“) gründet auf einer Irreführung über das Volumen der enthaltenen Ware. Da dieses mit dem Gewicht der Ware nicht in einem für den durchschnittlichen Verbraucher erkennbaren Verhältnis korreliert, wird eine allfällige durch die Packungsgröße bewirkte Irreführung über diesen Umstand auch nicht durch die Angabe des Füllgewichts beseitigt. Die Beklagte kann es auch nicht entlasten, dass eine derartige Volumenangabe gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Die Bedeutung eines aufklärenden Hinweises liegt in der Beseitigung einer selbst geschaffenen Irreführungsgefahr. Sein Fehlen wird der Beklagten nicht als Rechtsbruch angelastet, sondern eine allfällige Aufklärung steht ihr als Möglichkeit frei. Macht sie von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch, geht dies beim Irreführungstatbestand zu ihren Lasten.

Ein verständiger Verbraucher wird bei einer rechteckigen Verpackung für Kuchen annehmen, deren Volumen sei insoweit befüllt, als sich dies aufgrund der Form der Ware sinnvoll bewerkstelligen lässt. In Deutschland wird bei luftbedingten Hohlräumen durch eine Innenverpackung eine lauterkeitsrechtlich unbedenkliche Grenze von 30 bis 50% angenommen. Auch der Oberste Gerichtshof erkannte die Annahme eines derartigen Spielraums bereits für nicht korrekturbedürftig: In der Entscheidung 4 Ob 220/02k wurde vom OGH zu einer Verpackung von „WC-Tabs“, die auch mit zehn Stück befüllt hätte werden können, tatsächlich aber nur mit sechs Stück befüllt war, die Ansicht der Vorinstanzen, der Verbraucher erwarte „eine annähernd komplette Befüllung“ solcher Packungen gar nicht, für vertretbar erachtet. Das festgestellte Missverhältnis betrug dort also 40%.

Im vorliegenden Fall ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, dass eine Täuschung über das Volumen von 40 bis 50% bei

Kuchen grundsätzlich eine relevante Irreführung bewirken kann. Dass das Kuchen-volumen für einen Verbraucher für seine Kaufentscheidung gänzlich ohne Bedeutung sei, trifft nicht zu. Dass hier das Volumen der Einzelverpackungen durch den Einschluss von erst langsam entweichender Luft ursprünglich größer war, kann die Beklagte nicht entlasten. Denn dass dafür eine technisch zwingende Notwendigkeit ist durch die Feststellungen des Erstgerichts widerlegt. Die dagegen von der Rekurswerberin zitierte Entscheidung 4 Ob 330/84 betraf eine unvermeidbare Verringerung des Füllguts selbst und keine vermeidbare Überdimensionierung der Einzelverpackung.

Das exakte Verhältnis zwischen Ware (einschließlich [nicht aufgeblähter] Einzelverpackung) und Außenverpackung steht bisher nicht fest. Das Erstgericht hat zwar (vom Vorbringen des Klägers abweichende) Maße der Außenverpackung festgestellt, nicht aber das Verhältnis zwischen dem Fassungsvermögen der Außenverpackung und der Füllmenge, das für die Beurteilung der Unlauterkeit wesentlich ist. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen der Ansicht ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, dann kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem aus den aufgezeigten rechtlichen Gründen nicht entgegenreten.

OGH ZU IRREFÜHRUNG DURCH VORTÄUSCHEN EINES ARZNEIMITTELS

Immer wieder kommt das UWG auch zum Tragen, wenn Lebensmitteln „heilende“ Wirkungen zugeschrieben werden. Dabei ist zu beachten, dass gesundheitsbezogene Werbung von der Judikatur besonders streng beurteilt wird (gilt auch für Lebensmittel). Weiters enthält die Health-Claims-Verordnung der EU für den Bereich der Lebensmittelwerbung ein weitgehendes Irreführungsverbot (VO über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben der EU). Schließlich regelt die Z 16 der schwarzen

Wesentlich für die Beurteilung, ob eine irreführende „Mogelpackung“ vorliegt, ist laut OGH das Verhältnis zwischen dem Fassungsvermögen der Außenverpackung und der Füllmenge.

Ein Produkt, das als Lebensmittel vertrieben wird, darf nicht so bezeichnet sein, dass der Eindruck entsteht, es würde sich um ein Homöopathikum handeln. Außerdem unterliegt ein so bezeichnetes Produkt auch ohne Angabe einer therapeutischen Indikation als „Präsentationsarzneimittel“ den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes.



Liste als Anhang zum UWG: *Unzulässig ist die unrichtige Behauptung, ein Produkt könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen.*

Ein Lebensmittel wird daher nach dem Arzneimittelgesetz zum (Präsentations)Arzneimittel, wenn der Eindruck erweckt wird, dass es durch Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt ist, bei Anwendung am Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen. Unzulässig ist zB die angepriesene Wirkung von „Relaxx Pastillen“ als Nahrungsergänzungsmittel (und damit Lebensmittel), den Blutdruck und gefährliche Blutfette zu senken (OGH 16.2.2011, 17 Ob 14/10y). Diese Rechtsprechung hat der OGH in einer ganz aktuellen Entscheidung wieder einmal in einer strengen Linie bestätigt. Ein Produkt, das als Lebensmittel vertrieben wird, darf nicht so bezeichnet sein, dass der Eindruck entsteht, es würde sich um ein Homöopathikum handeln. Außerdem unter-

liegt ein so bezeichnetes Produkt auch ohne Angabe einer therapeutischen Indikation als „Präsentationsarzneimittel“ den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes.

Diese Entscheidung des OGH vom 5.7.2019 zur Geschäftszahl 4 Ob 30/19v enthält interessante Aussagen zur unlauteren Irreführung durch homöopathische Angaben. Das streitgegenständliche Produkt hatte die Bezeichnung „HCG C30 GALL Globuli“ und wurde in kleinen Fläschchen als Lebensmittel (ohne Registrierung oder Zulassung als Arzneimittel) in Form von kleinen Kügelchen vertrieben, die nur aus Saccharose (Haushaltszucker) bestanden. Die klagende Apothekerkammer begehrte die Unterlassung dieser Bezeichnung wegen Irreführung nach § 2 UWG und § 5 LMSVG (Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz), weil hier der Eindruck entstehe, dass es sich um ein homöopathisches Arzneimittel handle. So würde ein Verbraucher mit Interesse an Homöopathie bzw „energetisierten Lebensmitteln“ die Bezeichnung „C30“ als Hinweis auf die in der Homöopathie gebräuchliche „(Hoch-)Potenzierung“ verstehen und werde der Begriff „Globuli“ ebenfalls eindeutig mit der für Homöopathika typischen Darreichungsform in Verbindung gebracht. Überdies würde der informierte Verbraucher „HCG“ als Abkürzung für ein Schwangerschaftshormon mit gewichtsreduzierender Wirkung ansehen.

Der OGH gab dem Unterlassungsbegehren statt und hielt – zusammengefasst – Folgendes fest: Auch Homöopathika sind Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes (AMG). Daher ist auch hinsichtlich dieser Arzneimittelgruppe die Unterscheidung zwischen Funktions- und Präsentationsarzneimitteln zu beachten (*Anmerkung: Man unterscheidet entsprechend der Begriffsdefinition des „Arzneimittels“ in § 1 Abs 1 AMG zwei Gruppen von Arzneimitteln, nämlich jene, die wegen ihrer tatsächlichen Funktion Arzneimittel sind, und solche, die so eine Funktion zwar nicht haben, nach der Aufmachung des Produkts aber zu haben*

vorgeben – letztere werden als „Präsentationsarzneimittel“ bezeichnet; somit können auch pharmakologisch wirkungslose Produkte bei entsprechender Produktaufmachung unter den Arzneimittelbegriff fallen und sind dann – im Sinne des Verbraucherschutzes – als „Präsentationsarzneimittel“ grundsätzlich den Bestimmungen des AMG zur Gänze unterworfen, siehe zB OGH 4 Ob 190/17w). Für ein „Präsentationsarzneimittel“ reicht schon die subjektive Zweckbestimmung. Maßgeblich ist, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt auffassen, nicht dagegen, wie sie der Werbende verstanden wissen wollte. Es sind die zur Beurteilung von Werbeanmeldungen nach § 2 UWG entwickelten Grundsätze heranzuziehen.

Durch den konkreten Produktnamen in Zusammenhang mit der Vertriebs- und Darreichungsform entsteht bei einem durchschnittlich informierten und aufmerksamen Verbraucher der Eindruck eines im Sinne homöopathischer Verfahren „potenzierten“ Arzneimittels. Auch die von der Beklagten relevierte Entscheidung des EuGH vom 4.6.2015 zu C-195/14 – *Teekanne* führt zu keinem anderen Ergebnis. Darin hielt der EuGH fest, dass ein dem europäischen Leitbild entsprechender Verbraucher das Zutatenverzeichnis eines Lebensmittels lesen wird, wenn sich seine Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Erzeugnisses richtet. Gleichwohl könne auch ein richtiges und vollständiges Verzeichnis in bestimmten Fällen eine Irreführung über die Inhaltsstoffe eines Lebensmittels nicht verhindern. Diese Judikatur bezieht sich insoweit auf Lebensmittel, die eindeutig als solche erkennbar sind. Wird hingegen, so der OGH, schon der Eindruck hervorgerufen, es handle sich um ein Arzneimittel, ist von einem Verbraucher nicht zu erwarten, das „Zutatenverzeichnis“ zu lesen. Die Beklagte selbst gesteht zu, dass in den Kugeln aufgrund der „Potenzierung“ (ein „Zuckerstückchen in Milliarden von Galaxien“) nur Saccharose enthalten ist. Da es sich bei ech-

ten Homoöpathika ähnlich verhält, ist nicht nachvollziehbar, welche Aufklärung der Verbraucher durch dieses Verzeichnis erfahren würde. Bereits aus dem Namen ergeben sich für ihn alle Informationen vermeintlich vollständig und ohne Bedarf weiterer Aufklärung.

Dass kein Krankheitsbild genannt wird, ist laut OGH nicht geeignet, die Irreführung zu beseitigen, zumal gemäß dem AMG für (registrierte) homöopathische Arzneimittel ohnehin kein genehmigtes therapeutisches Anwendungsgebiet beworben werden darf. Verbraucher sind folglich daran gewöhnt, für Homoöpathika keine Indikation angegeben zu erhalten. Auch die Annahme des Rekursgerichts, beim (überwiegenden) Verkauf des Produkts in der Apotheke würden die Kunden nicht zwingend über die wahre Beschaffenheit des Präparats und darüber aufgeklärt, dass tatsächlich kein homöopathisches Mittel vorliege, ist zutreffend. Die Aufklärungs- und Beratungspflicht des Apothekers greift erst dann ein, wenn er Grund zur Annahme hat, der Verbraucher unterliege einem Irrtum. Es ist weder anzunehmen, dass ein solcher Irrtum bei jedem Käufer des Präparats erkennbar sei, noch ist Sinn und Zweck dieser Pflicht, die Hersteller von Präsentationsarzneimitteln aus ihrer Verantwortung zu entlassen. Die Irreführung ist daher zu bejahen.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Werbung für Lebensmittel hat viele Aspekte und ist auch durch ausführliche Regelungen auf europäischer Ebene geprägt. Neben gesundheits- und krankheitsbezogenen Angaben ist insbesondere das grundlegende Irreführungsverbot relevant, wobei dazu insbesondere täuschende Informationen über Art, Identität, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprungsland oder Herkunftsort sowie die Herstellung oder Erzeugung oder sonstige Eigenschaften eines Lebensmittels gehören. Die strenge Rechtsprechung der Höchstgerichte zum Gesundheitsbereich kommt auch hier zum Tragen.

Maßgeblich ist, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt auffassen, nicht dagegen, wie sie der Werbende verstanden wissen wollte.



Bericht LIDC Kongress 2019 in Paris

Die Internationale Liga für Wettbewerbsrecht LIDC (www.ligue.org) befasst sich mit aktuellen Fragen des Wettbewerbsrechts und Kartellrechts sowie des geistigen Eigentums. Deren jährlicher internationaler Kongress fand zuletzt vom 7. bis 10. November 2019 in Paris statt und die österreichische Landesgruppe der LIGA war dabei wiederum vertreten.



Mehr als 200 Teilnehmer der nationalen Landesgruppen aus Europa, Brasilien, den USA, Japan, Ukraine sowie eine starke Delegation aus Hong Kong, Indien usw. kamen zusammen um aktuelle Fragen rund um diese Themenkreise zu diskutieren. Ergänzt wurde das Programm um Vorträge von externen Experten aus der Wirtschaft, der Europäischen Kommission sowie des Europäischen Gerichtshofes und nationaler Wettbewerbsbehörden.

Der Kongress hatte sich auch ein Generalthema „*Innovation and Modernisation*“ gegeben, in dem sich die Beiträge sehr gut einfügen konnten. In ihrem ausgezeichneten Vortrag erörterte die Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof Prof. **Juliane Kokott** ihre Auslegung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu diesen „Innovationen im Wettbewerbsrecht“. Anschließend referierte dazu der geschäftsführende Generaldirektor der DG Competition der Europäischen Kommission, **Cecilio Madero Villarejo** und legte anhand der bekannten Entscheidungen *Google Android*, *Broadcom* u.a. seine Überlegungen dar.

Danach wurde dieses Thema und die Konsequenzen auf nationaler Ebene unter Leitung von Prof. **Frédéric Jenny** in einem sehr spannenden Panel von hochrangigen Präsidenten und Mitgliedern der französischen,



spanischen, belgischen, britischen und Schweizer Wettbewerbsbehörden erörtert. Hier wurde insbesondere über neue „Screening Tools“ und die Zusammenarbeit auf internationaler Ebene der Wettbewerbsbehörden sowie mit den jeweiligen Regulatoren hingewiesen.

Am Nachmittag wurde dazu ein weiteres Panel mit Experten des Wettbewerbsrechts aber auch des gewerblichen Rechtsschutzes sowie gleichzeitig eine sehr interessante Gesprächsrunde über die Schnittpunkte zwischen Senderechten, IP und Wettbewerbsrecht abgehalten.

Danach wurden anhand der beiden internationalen Berichte, die aufgrund der jeweiligen Länder-Berichte erstellt worden waren, die zentralen Fragestemen erörtert. Dabei ist zu erwähnen, dass sowohl die einzelnen Länderberichte als auch die internationalen Berichte und die Resolutionen jährlich in einer Publikation des Springer Verlages veröffentlicht werden. Diese unter dem Titel „LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition“ seit nunmehr sieben Jahren erscheinende Serie gibt einen umfassenden Überblick und stellt eine wertvolle Informationsquelle



Der österreichische
LIGA-Präsident
Michael Meyenburg
und seine Frau

für Recherchen dar. Die Zusammenfassung des vorjährigen Kongresses in Budapest zu „Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution“ ist übrigens soeben erschienen.

Unter dem Vorsitz von Univ. Prof. **Thomas Hoeren** wurden mit den beiden internationalen Berichterstatern **Christophe Lemaire** und **David Sevy** zur Frage A („*To what extent should competition law be concerned with differences in prices, terms and conditions, or quality offered by suppliers to different purchasers*“) sogenannte Conclusions erarbeitet.

Unter der Leitung von **George Peretz** Q.C. und mit dem internationalen Berichterstatler Prof. **Mark Anderson** wurde zur Frage B im gewerblichen Rechtsschutz („*Should there be legal restrictions on the ability of persons*

who claim, without sufficient justification, to hold IP rights that have been infringed to bring, or to threaten to bring, legal proceedings based on such claims against their competitors or others“) nach lebhafter Diskussion der Teilnehmer am Samstag in der Generalversammlung der LIDC sogar eine „Resolution“ verabschiedet.

Die Veranstaltung wurde mit einer Gesprächsrunde am Samstag zur Frage der Umsetzung der „Unfair Trade Practice“-Richtlinie und der traditionellen Generalversammlung abgeschlossen. Die Teilnehmer konnten am Freitagabend auf Einladung des Abgeordneten und langjährigen Mitglieds der französischen Landesgruppe **Daniel Fasquelle** auch die beeindruckende „Assemblée Nationale“ samt renovierten Delacroix Deckengemälden im „Salon du Roi“ eingehend besichtigen.

Als Abschluss des von der französischen Landesgruppe perfekt organisierten Kongresses fand am Samstagabend dann noch ein Gala-Diner im wunderschönen „Hotel d’Evreux“ am Place Vendome statt. Als Gastredner konnte der frühere Wettbewerbs-Kommissar **Mario Monti** gewonnen werden, der in seiner Rede unter dem Titel „Innovation and Competition Policy: Reflections on Europe and beyond“ zu Recht in sehr klaren Worten die Erfolgs-Story des EU-Wettbewerbsrechts als Markstein eines einheitlichen Europas unter der Maxime des „Rule of Law“ hervorhob und vor einer „Verwässerung“ und einen Rückfall in nationale Denkweisen warnte.

Für den nächsten Kongress der LIDC vom 15. bis 18. Oktober 2020 in Brüssel wurden bereits die beiden Fragen festgelegt und bald veröffentlicht. Auch diese Themen aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts und des Geistigen Eigentums versprechen wiederum spannende Einblicke in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen und die unterschiedlichen Erfahrungen der Mitglieder der LIDC. Weitere Informationen zum Kongress in Paris finden sich unter www.congress-lidc.com und zur LIGA allgemein unter www.ligue.org.

Aus der aktuellen UWG-Judikatur

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.

EUGH ZUR ABGRENZUNG EINES PRIVATEN VON EINEM KOMMERZIELLEN ANGEBOT AUF EINER ONLINE-PLATTFORM

Bei einem Verkauf von mehreren Waren über eine Online-Plattform kommt es laut einer ersten Leitscheidung des EuGH vor allem darauf an, ob dies planmäßig erfolgt und damit Erwerbszwecke verfolgt werden, wobei sich im Einzelfall noch weitere Abgrenzungskriterien ergeben. In dem aus Bulgarien stammenden Ausgangsfall ging es um vorgebrachte Verstöße gegen Verbraucherschutzrecht beim Verkauf einer gebrauchten Armbanduhr über eine Online-Plattform. Die Verkäuferin wehrte sich gegen die Geldbußen der bulgarischen Kommission für Verbraucherschutz mit dem Hinweis, dass sie keine Gewerbetreibende sei, worauf der EuGH angerufen wurde.

Das europäische Höchstgericht hielt dazu fest, dass die Eigenschaft als Gewerbetreibender im Sinne der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) voraussetzt, dass die Person im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit oder im Namen oder mit Auftrag eines entsprechenden Gewerbebetreibenden handelt. Dabei ist der Begriff „Gewerbetreibender“ in Abgrenzung zum Begriff „Verbraucher“ zu beurteilen (EuGH 4.10.2018, C-105/17 - *Kamenova*).

Allein die Tatsache, dass eine Person auf einer Online-Plattform wie im konkreten Fall acht neue und gebrauchte Waren zum Verkauf anbietet, kann für sich genommen noch nicht ausreichen, um den Anbieter jedenfalls als Gewerbetreibenden einzustufen. Ein solches Angebot stellt nur dann eine Geschäftspraktik dar, wenn im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit gehandelt wird, was

Foto: Hubert | Wikimedia Commons



Foto: OGH

anhand aller relevanten Umstände im Einzelfall zu prüfen ist.

Im Einzelnen ergeben sich laut EuGH folgende Abgrenzungskriterien zwischen Unternehmer und Verbraucher:

- ▶ Erfolgt der Verkauf über die Online-Plattform planmäßig?
- ▶ Werden mit diesem Verkauf Erwerbszwecke verfolgt?
- ▶ Verfügt der Verkäufer über Informationen oder technische Fähigkeiten hinsichtlich der zum Verkauf angebotenen Waren, über die der Verbraucher nicht notwendigerweise verfügt?
- ▶ Hat der Verkäufer eine Rechtsform, die ihm die Vornahme von Handelsgeschäften erlaubt?
- ▶ In welchem Ausmaß hängt der Online-Verkauf mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verkäufers zusammen?

Der EuGH hat zur Frage, ab wann bzw unter welchen Umständen das Anbieten von Waren auf Online-Plattformen durch Privatpersonen als eine gewerbliche Tätigkeit anzusehen ist, eine Reihe von Abgrenzungskriterien formuliert, die im Rahmen einer Einzelfallprüfung heranzuziehen sind.

- Ist der Verkäufer mehrwertsteuerpflichtig?
- Erhält der Verkäufer, wenn er im Auftrag eines anderen Gewerbetreibenden oder über Dritte auftritt, eine Vergütung oder Erfolgsbeteiligung?
- Erwirbt der Verkäufer neue oder gebrauchte Waren zum Zweck des Wiederverkaufs?
- Verleiht der Verkäufer auf dieser Weise seiner Tätigkeit eine gewisse Regelmäßigkeit, Häufigkeit und/oder Gleichzeitigkeit?
- Sind die zum Verkauf gestellten Waren alle gleichartig oder haben sie denselben Wert?
- Konzentriert sich das Angebot auf eine begrenzte Anzahl von Waren?

Dabei sind diese angeführten Kriterien nach der Aussage des EuGH weder abschließend noch ausschließlich. Der Umstand, dass eines oder mehrere von ihnen erfüllt sind, reicht für sich genommen noch nicht aus, um allein dadurch die Eigenschaft als Gewerbetreibender zu begründen. Zusammenfassend ist damit entschieden worden, dass der Verkauf mehrerer Artikel auf einer Online-Plattform nicht automatisch ein Handeln als Gewerbetreibender mit den dadurch verbundenen Pflichten bedeutet. Vielmehr ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, die anhand von objektiven Kriterien vorzunehmen ist.

IRREFÜHRUNG DURCH ANGEBOT EINER AUSBILDUNG OHNE GEWERBEZUGANG

Kursanbieter haften, wenn die von ihnen angebotene Ausbildung in Form von Kursen entgegen den Erwartungen für die Absolventen wertlos sein könnte und es sich nicht um freie Gewerbe handelt, sondern um solche, wo ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist. Ein Verein, dessen Zweck die Vertretung der Ernährungswissenschaftler in Österreich ist, veröffentlichte eine Presseaussendung auf seiner Vereinswebsite mit dem Titel „OGH verbietet Ernährungstraining“ und der Überschrift „Ernährungswissenschaftler für Ernährungsberatung qualifiziert“ mit

entsprechenden Erläuterungen, was zu einer Klage gegen einen Teil der geäußerten Inhalte führte (OGH vom 23.10.2018, 4 Ob 177/18k).

Hintergrund war ein lauterkeitsrechtliches Vorverfahren (4 Ob 222/17a), in welchem der Absolventin eines Erwachsenen-Ausbildungskurses zum „diplomierten Ernährungstrainer“ auf Klage eines Wettbewerbschutzverbandes verboten worden war, Dienstleistungen anzubieten, die dem Gewerbe der Ernährungsberatung vorbehalten sind, beispielsweise Training, Coaching, Schulung unter anderem zu den Themen Abnehmen, Ernährung bei Unverträglichkeiten, Kinderernährung oder Ernährung im Alter, ohne dass sie über die notwendigen Berechtigungen verfügte. Diese Absolventin und nunmehrige Klägerin begehrte, dem erstbeklagten Verein, seiner Vorstandsvorsitzenden (der Zweitbeklagten) und seinen Funktionären (der Dritt- und dem Viertbeklagten) zu verbieten, auf der Website des Vereins, in sozialen Medien und auf jede andere Art und Weise die Öffentlichkeit unrichtig zu informieren, indem sie insbesondere Äußerungen bzw Behauptungen folgenden Inhalts oder ähnliche sinnngemäße Behauptungen, in welcher Form auch immer, verbreiten:

- der Oberste Gerichtshof habe die freie Tätigkeit des „Ernährungstrainings“ verboten;
- Ernährungsberater als Gesundheitsgewerbetreibende iSd § 119 GewO seien in der Lage, Krankheiten im Vorfeld zu erkennen, die einer Beratung entgegenstünden bzw abgeklärt werden müssten;
- der Oberste Gerichtshof habe bereits in der Entscheidung 9 Ob 64/04h gegen Ausbildungsinstitute, die nicht selten zu hohen Preisen ernährungsbezogene Kurse mit der verschleierte Hoffnung auf eine künftige Tätigkeit als Ernährungsberater anböten, eine umfassende Haftung ausgesprochen, [...],
- ein Verbraucher verstehe unter Ernährungstraining zweifellos das Anbieten einer Ernährungsberatung, weshalb dieser Begriff per se irreführend bzw der Begriff

des diplomierten Ernährungstrainers der österreichischen Rechtsordnung nicht bekannt sei.

Der OGH sah im gegenständlichen Fall keinen Korrekturbedarf der vorinstanzlichen Entscheidung und hielt fest, dass § 2 UWG Aussagen über das eigene Produkt oder Unternehmen erfasse und in diesem Fall daher zu prüfen gewesen sei, ob die vorgebrachte Irreführung über die Rechtslage eine unlautere Geschäftspraktik darstelle.

Weiters ist jede Äußerung nach dem Gesamtzusammenhang zu beurteilen und eine Schlagzeile (Überschrift, Titel) oder ähnliche Hervorhebung grundsätzlich nicht isoliert zu beurteilen, außer sie würde eine vollständige Tatsachenbehauptung enthalten oder die Tatsachenbehauptungen widersprüchen dem Folgetext. Die Beurteilung der Vorinstanzen, die Überschrift der Presseaussendung („OGH verbietet Ernährungstraining“) bedürfe insbesondere im Hinblick auf das Verständnis des Begriffs „Ernährungstraining“ auch der Betrachtung des Fließtextes, sei im Einzelfall nicht korrekturbedürftig. Die vorinstanzliche Beurteilung der Bezeichnung „Ernährungstraining“ in der Überschrift wurde vom OGH im Sinne von „individueller und nach § 119 GewO qualifizierten Personen vorbehaltener Ernährungsberatung“ bestätigt.

Der OGH bekräftigte, dass auch ein Laie „Hinweise“ auf eine allfällige Krankheit eines anderen Menschen wahrnehmen kann, ohne dass er mit der bloßen Betrachtung dieses Menschen schon in die Vorbehaltsaufgaben der Ärzte eingreife. Die Einschätzung, dass auch ein Ernährungsberater aufgrund seiner besonderen Ausbildung und Erfahrung (nach § 119 Abs 1 GewO die erfolgreiche Absolvierung der Studienrichtung Ernährungswissenschaften an einer inländischen Universität oder die erfolgreiche Ausbildung zum Diätassistenten) befähigt ist, Hinweise auf Krankheit oder Gebrechen, die einer Beratung entgegenstehen, zu erkennen, sei von der Rechtsprechung gedeckt. Außerdem stehe sie im Einklang mit der Judikatur, dass § 1299 ABGB für alle Berufe gilt, die eine besonde-

re Sachkenntnis erfordern, ein Berufsvertreter für die typischen Fähigkeiten seines Berufsstandes haftet und er daher auch in der Lage sein muss, über ein typisches (gesundheitliches) Risiko aufzuklären.

Als nicht irreführend wurde die Aussage der Aussendung bewertet, der OGH habe in der Entscheidung 9 Ob 64/04h eine darin angeblich ausgesprochene „umfassende Haftung“ festgestellt, und zwar hinsichtlich der in der Aussendung erwähnten Ausbildung „nicht selten zu hohen Preisen“, durch die in den Auszubildenden eine „verschleierte Hoffnung auf künftige Tätigkeit als Ernährungsberater“ erweckt werde. Damit werde nämlich erkennbar auf den Umstand Bezug genommen, dass Kursanbieter ihren Kunden gegenüber haftbar gemacht werden könnten, falls ihre Ausbildungen entgegen erweckten Erwartungen nicht auf die Ausübung einer Tätigkeit abzielen, die (bloß) als freies Gewerbe anzusehen wäre, und die daher für die Kunden auch wertlos sein könnten.

Dass sich jedermann „Trainer“ oder „Coach“ nennen dürfe oder hinsichtlich eines bestimmten Begriffs – hier Ernährungstraining – kein Sonderrechtsschutz bestehen mag, mache die Ansicht, der Begriff könne trotzdem irreführend – über die Verknüpfung der Wortteile „-trainer“ oder „-coach“ mit „Ernährung“ sowie „über die damit verbundene Verbrauchererwartung“ – gebraucht werden, nicht sorgfaltswidrig und damit nicht unvertretbar.

Anmerkung des Schutzverbandes: Die Bezeichnung als „Trainer“ oder „Coach“ ändert außerdem nichts daran, dass man für diese Tätigkeit jedenfalls eine entsprechende Gewerbeberechtigung nach der Gewerbeordnung benötigt. Das gilt insbesondere für die Lebens- und Sozialberatung, die Unternehmensberatung, die sportwissenschaftliche Beratung oder die Ernährungsberatung als reglementierte Gewerbe. Nur Vorträge oder Seminare als reine Wissensvermittlung ohne individuelle Beratung/Coaching/Training sind als Privatunterricht von der Gewerbeordnung ausgenommen.

Wer unter der Bezeichnung „Trainer“ oder „Coach“ gewerbliche Leistungen anbietet, benötigt eine entsprechende Gewerbeberechtigung. Ausgenommen davon ist lediglich reine Wissensvermittlung ohne individuelle Beratung.

OGH ZUR IRREFÜHRUNG EINER VERWENDUNG DES ZEICHENS „®“ BEI UNRICHTIGEM EINDRUCK VON EXKLUSIVITÄT

Die Streitteile in diesem Verfahren bieten ein spezielles Niederdruck-Injektionsverfahren für Mauertrockenlegungen in unmittelbarem Konkurrenzverhältnis an, wobei der Beklagte bis 2017 als Handelsvertreter für die Klägerin tätig war. Dem Beklagten wurden nach Gründung seines eigenen Unternehmens vom deutschen Erfinder des Verfahrens (der Patentschutz war bereits erloschen) die ausschließlichen Nutzungsrechte für die Marke „A*****“ (Methode der Mauertrockenlegung) für Österreich übertragen, nachdem er zuvor den Lizenzvertrag mit der Klägerin gekündigt hatte. Die Lizenzrechte des Beklagten galten allerdings nur für die Wortbildmarke „A*****“, weil die Registrierung der reinen Wortmarke „A*****“ vom Erfinder zurückgenommen worden war. Somit konnte auch die Klägerin weiterhin die Methode unter der Bezeichnung „A*****“ anbieten.

Der Beklagte warb in Printmedien sowie auf seiner Website mit den Aussagen „Die Original A*****® in AUSTRIA“, „Wir erstellen Ihnen kurzfristig ein kostenloses, optimales Sanierungspaket nach der original A*****®-Methode ... Sie erhalten ... unsere Original A*****® 10 Jahresgarantie“ und „Ihr einziger Mauertrockenleger in Austria mit der Original A*****® Methode und dem hochwertigen Super [...]® Material (eingetragenes Warenzeichen). Achten Sie auf das Original A*****® Markenzeichen, dann ist der langfristige Erfolg ihrer Trockenlegung am Haus auch ganz sicher und wirklich garantiert mit der 10 Jahres Original A*****® Garantie.“ Die Klägerin begehrte vom Beklagten die Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „A*****“ zusammen mit dem Registrierungszeichen „®“, soweit es sich nicht um die eingetragene Wortbildmarke handle, weil der Wortlaut der Marke allein nicht geschützt sei. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, das Berufungsgericht hob die Entscheidung wieder auf, ließ allerdings die Revision betreffend die Verwendung des ®-Zeichens zu.

Der OGH hält fest, dass ein „R im Kreis“ allgemein als Hinweis auf eine registrierte Marke verstanden wird. Ein derartiger Schutzrechtshinweis richtet sich sowohl an Mitbewerber, um sie auf das Bestehen des Markenrechts aufmerksam zu machen als auch an die potenziellen Kunden des Werbenden. In der Literatur (*Thiele*, Rechtssichere Verwendung von Schutzzeichen, RdW 2010, 557) wird unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH die Ansicht vertreten, die angesprochenen Verkehrskreise erwarteten bei Verwendung des ®-Zeichens, dass es eine exakt so registrierte Marke gibt (erwähnt wird hier die BGH-Entscheidung I ZR 219/06, wo Bezeichnung „Thermoroll®“ gegenüber dem tatsächlich registrierten Zeichen „Termorol“ als relevante Irreführung angesehen wurde, weil dieser Unterschied gerade zwischen den Streitteilen für die Abgrenzung zum Wettbewerber eine erhebliche Rolle spielte).

Im konkreten Fall ist, so der OGH, der Registrierungs hinweis „®“ derart eingesetzt worden, dass der Beklagte seine „A*****® Methode“ im Vergleich zur Tätigkeit der Klägerin beworben hat. Weiters hat er Begriffe wie „original“ und „patentiert“ beigefügt, was ihm bereits rechtskräftig verboten worden ist, weil die Klägerin dieselbe Methode zuvor schon länger auf dem Markt angeboten hat. Auch der Registrierungs hinweis hat denselben verpönten Zweck verfolgt. Der Beklagte hat ihn bewusst wahrheitswidrig eingesetzt, um eine Exklusivität seiner Leistungen anzudeuten, die ihm jedoch nicht zukommt. Die Verwendung der Bezeichnung „A*****®“ suggeriert im vorliegenden Kontext, dass der Beklagte der einzige autorisierte Anbieter der Methode ist, was nicht den Tatsachen entspricht. Dieser unrichtig erweckte Eindruck von Exklusivität kann einen Verbraucher jedenfalls dazu bewegen, sich näher mit dem Angebot des Beklagten zu befassen und ist die Relevanz der Irreführungshandlung daher zu bejahen (OGH 29.1.2019, 4 Ob 118/18h).

Die Verwendung des Registrierungszeichens „®“ ist laut OGH vor allem dann irreführend im Sinne des § 2 UWG, wenn damit der unrichtige Eindruck von Exklusivität erweckt wird.

**(WEITERHIN) STRENGER
MASSSTAB BEI DER WERBUNG MIT
UMWELTSCHUTZBEGRIFFEN**

Bei Werbeaussagen, die an das Umweltbewusstsein appellieren, ist laut dem österreichischen Höchstgericht besonders genau zu prüfen, ob nicht eine unlautere Irreführung nach § 2 UWG vorliegt. Im konkreten Verfahren war das in einer Plastikflasche abgefüllte Geschirrspülmittel mit der Aussage „Ocean Bottle – Hergestellt mit 50% Plastikmüll aus dem Meer“ bzw. „Mach mit, unsere Meere vom Plastikmüll zu befreien: Diese Flasche wurde mit 50% Plastikmüll aus dem Meer hergestellt, welcher an die Küste gespült wurde“ beworben worden. Dazu war eine auf dem Meer schwimmende Plastikflasche abgebildet.

Ein Mitbewerber bezweifelte die Richtigkeit dieser Werbeaussage und brachte eine Klage wegen Irreführung ein, weil das verwendete Recycling-Plastik nur an Stränden, Flussufern und Wasserläufen einer Bucht in Rio de Janeiro nach der Fußball-WM 2014 gesammelt worden sei, jedoch nicht feststehe, ob das Plastik tatsächlich aus dem Meer stamme. Es mache einen Unterschied, ob es sich hier um echtes „Meeresplastik“ handle, welches sich über die Ozeane verteile, sich zersetze und praktisch kaum mehr eingesammelt werden könne oder nur um „Strandplastik“, das nicht im Meer gewesen sei. „Meeresplastik“ einzusammeln und zu verarbeiten sei wesentlich schwieriger, auch weil es durch Sonne und Salzwasser stärker angegriffen werde als herkömmliches Recycling-Plastik, und hätte ein solches Unterfangen auch deutlich positivere Auswirkungen auf die Umwelt (siehe dazu auch die Entscheidungsanmerkung von Horak, *ecolex* 2018, 1010).

Nachdem im gerichtlichen Verfahren (Sicherungsverfahren) nicht festgestellt werden konnte, dass das für die Herstellung der Flaschen verwendete Plastik aus dem Meer stammte (die Beweislast dafür wurde den beklagten Parteien auferlegt), untersagten schon die Vorinstanzen den Beklagten mit einstweiliger Verfügung, „im geschäftlichen Verkehr in Österreich den Eindruck zu erwecken

und/oder inhaltsgleiche Behauptungen zu kommunizieren, dass die Flaschen aus 50% Plastikmüll aus dem Meer hergestellt werden, wenn dies tatsächlich nicht zutrifft“. Ein Verbraucher, der eine dem Kauf eines Handspülmittels angemessene Aufmerksamkeit aufwende, verstehe die Werbung dahingehend, dass es sich um aus dem Meer angespülten Plastikmüll handle. Die wettbewerbliche Relevanz sei zu bejahen, weil gerade die Verschmutzung der Meere mit Plastik ein Thema sei, dem an Umweltschutz interessierte Personen besondere Bedeutung zumäßen.

Der OGH bestätigte diese Ausführungen und hielt fest, dass diese insbesondere in Einklang mit der gesicherten Rechtsprechung stehen, wonach Werbung mit Umweltschutzbegriffen in hohem Maße geeignet ist, den Kaufentschluss zu beeinflussen und daher nach strengen Maßstäben zu beurteilen ist. Aufgrund der mehrfachen Aussagen, dass die Flasche mit 50% Plastikmüll „aus dem Meer“ hergestellt worden sei bzw. des Hinweises, dass der gesammelte Müll „an die Küste gespült wurde“, ist bei den angesprochenen Verkehrskreisen der irreführende Eindruck erweckt worden, es ist Plastikmüll verwendet worden, der bereits im Meer war. Es ist auch korrekt gewesen, den Beklagten gemäß § 1 Abs 5 UWG die Beweislast dafür aufzubürden, ob bzw. in welchem Ausmaß der verwendete Plastikmüll tatsächlich aus dem Meer stammte, weil diese im Gegensatz zur Klägerin Zugang zu den Informationen über den Produktionsprozess und die Herkunft der verwendeten Rohstoffe hätten. Der OGH verweist dabei auf seine Entscheidung vom 17.11.2015 (4 Ob 182/15s – *regionales Rindfleisch*), wo zur Aufklärung der Frage, ob bestimmte angebotene Fleischprodukte tatsächlich aus einer bestimmten Region stammten, ebenfalls der beklagte Unternehmer mit dem Herkunftsnachweis belastet wurde, weil dieser über seine eigene unternehmerische Tätigkeit Bescheid wissen müsse (OGH 23.8.2018, 4 Ob 144/18g – *Ocean Bottle II*).



IRREFÜHRENDE ANGABEN VON PREISEN MIT DEUTSCHER UMSATZSTEUER AUF WWW.AMAZON.AT

Es stellt eine Täuschung der Internetnutzer dar, wenn Amazon auch unter der at.-Domain Preise mit Berechnung der (im Verhältnis zu Österreich etwas günstigeren) deutschen Umsatzsteuer anbietet, ohne darauf hinweisen, dass es sich um den deutschen Umsatzsteuersatz handelt. Die BAK (Bundesarbeiterkammer) hat dazu eine Verbandsklage unter anderem wegen irreführender Preisangabe nach § 2 UWG eingebracht. Was die irreführende Preisinformation betrifft, hat das Oberlandesgericht Wien nicht dem Hauptbegehren, sondern dem Eventualbegehren stattgegeben. Es beurteilte die Angabe des Gesamtpreises mit der niedrigeren deutschen Umsatzsteuer dann als irreführend, wenn nicht bei Angabe des Preises klar und deutlich darauf hingewiesen werde, dass der Preis mit dem deutschen Umsatzsteuersatz kalkuliert ist. Amazon hat schon während des Verfahrens darauf reagiert und weist nunmehr darauf hin, dass der zunächst ausgewiesene Preis die deutsche USt enthält. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Auch unvollständige Angaben, so das Gericht, verstoßen gegen das Verbot irreführender Geschäftspraktiken, wenn durch das Verschweigen wesentlicher Umstände ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen wird, der geeignet ist, die Adressaten der Werbung zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Das gilt auch dann, wenn die beanstandete Aussage bei isolierter Betrachtung wahr ist. Der beim Gesamtpreis enthaltene Hinweis „Alle Preisangaben inkl Ust“ ist zwar zutreffend, lässt aber offen, ob damit bereits die für den jeweiligen Kunden maßgebliche Umsatzsteuer oder aber – wie dies tatsächlich der Fall ist – lediglich die für Deutschland geltende Umsatzsteuer gemeint ist. Aus der bloßen Tatsache, dass Verbraucher bewusst eine grenzüberschreitende Webseite aufsuchen und die Umsatzsteuersätze nicht vereinheitlicht sind, kann

– bedenkt man auch die bestehenden technischen Möglichkeiten (zB „Geotargeting“ im E-Commerce), deren Einsatz jedoch für Kunden nicht nachvollziehbar ist – noch nicht darauf geschlossen werden, dass einem durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher ohne jeglichen Hinweis bewusst wäre, dass der angegebene Preis für ihn nicht (end)gültig ist. Die Preisangabe ist daher unvollständig und auch geeignet, die Kaufentscheidung von Verbrauchern zu beeinflussen.

Der zu zahlende Preis für ein Produkt ist eines der wesentlichsten Kriterien für die Auswahlentscheidung des Verbrauchers. Eine Preiswerbung darf daher dem Kunden nicht über das Ausmaß des zu zahlenden Entgelts täuschen. Der Werbende hat gegenüber dem Verbraucher den Preis einschließlich aller (tatsächlich auch anfallenden) Steuern und Abgaben anzugeben. Ist die Bekanntgabe des Preises vernünftigerweise nicht im Voraus möglich, hat der Werbende über die Art seiner Preisberechnung zu informieren.

Amazon ist daher verpflichtet, die beworbenen Produkte für einen durchschnittlich aufmerksamen Betrachter derart zu kennzeichnen, dass dieser entweder den für ihn tatsächlich maßgeblichen Bruttogesamtpreis oder – sollte dies im Voraus nicht möglich sein – die Art der Preisberechnung klar und deutlich entnehmen kann. Diesen Anforderungen wird die Preisangabe der Beklagten nicht gerecht. Vielmehr ändert sich der ursprünglich angegebene (Brutto-)Gesamtpreis nach Eingabe der Lieferadresse – wenn auch noch vor dem Bestellvorgang – ohne dass der Verbraucher auf die Tatsache der Änderung des Preises oder den Grund dafür gesondert hingewiesen oder aufgeklärt wird. Damit ist aber die Preisgestaltung nicht ohne weiters nachvollziehbar. Überdies ist davon auszugehen, dass bereits durch die Angabe des ersten Preises das Interesse der Kunden geweckt wird und dieser auch zumindest eine erste Grundlage für allfällige Preisvergleiche bildet, auch wenn die

Der Werbende hat gegenüber dem Verbraucher den Preis einschließlich aller (tatsächlich auch anfallenden) Steuern und Abgaben anzugeben. Ist die Bekanntgabe des Preises vernünftigerweise nicht im Voraus möglich, hat der Werbende über die Art seiner Preisberechnung zu informieren.

tatsächliche, rechtsverbindliche Kaufentscheidung erst später, zu einem Zeitpunkt, zu dem der aufgrund der eingegebenen Lieferadresse richtige Bruttopreis angegeben ist, erfolgt. Mag auch die Preisabweichung – bedingt durch den in der Regel geringen Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Umsatzsteuer – lediglich geringfügig sein, so kommt gerade der Preisgestaltung im Onlineversandhandel aufgrund des breiten Angebotes sowie der guten Vergleichbarkeit eine ganz wesentliche Bedeutung zu, sodass auch bereits bloß geringfügige Preisunterschiede entscheidend und maßgeblich sein können.

Soweit Amazon argumentiert, dass sich das Unterlassungsbegehren zu Unrecht auch auf die Website www.amazon.de beziehe, weil sich diese Seite an deutsche Verbraucher richte und jedem Verbraucher, der eine ausländische Seite aufrufe, klar sein müsse, dass dort primär deutsche Preise angezeigt werden, kann diesen Ausführungen nicht näher getreten werden. Das Klagebegehren ist ohnehin lediglich insoweit auf die Webseite www.amazon.de bezogen, als Verbraucher diese über die österreichische Homepage www.amazon.at oder eine an deren Stelle tretende Adresse und nicht direkt aufsuchen. Im Übrigen richtet sich die Beklagte auch mit ihrer Website www.amazon.de an Kunden in Österreich und erfolgt bei einem Einstieg über die Website www.amazon.at lediglich eine sofortige Weiterleitung auf die deutsche Homepage. Allerdings verweist Amazon zu Recht darauf, dass das Hauptbegehren zu weit gefasst ist, weil ihr die Angabe eines Gesamtpreises auf Basis der deutschen Umsatzsteuer auch dann untersagt wird, wenn sie – wie im Rahmen ihres nun geänderten Internetauftrittes – auf diesen Umstand sowie die für den endgültigen Preis maßgeblichen Kriterien hinweist und daher nicht gegen § 2 UWG verstößt. Es war daher das Hauptbegehren abzuweisen und dem diesem Umstand Rechnung tragenden Eventualbegehren statt zu geben (OLG Wien 28.11.2018, GZ 2 R 145/18k).

ABGRENZUNG DER UNLAUTEREN BESTECHUNG NACH § 10 UWG

Für den Tatbestand der Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten gemäß § 10 UWG kommt es laut einer aktuellen Entscheidung des OGH maßgeblich darauf an, ob die Bevorzugung durch ein unlauteres Verhalten des Begünstigten erreicht werden soll. Das Privatanklagedelikt des § 10 UWG (Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten) hat bislang nur in einzelnen Fällen Bedeutung in der Praxis erlangt (zumindest als eigenständige Strafbestimmung – vergleiche dazu den Straftatbestand des § 309 StGB; gemäß § 13 UWG kann außerdem auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen, wer dem § 10 UWG zuwiderhandelt). Dementsprechend „überschaubar“ ist auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Norm. So gibt es nur einige wenige Entscheidungen des OGH, in denen die Reichweite dieser Bestimmung näher konkretisiert wird.

Eine dieser Entscheidungen ist der Beschluss des OGH vom 29.1.2019 (4 Ob 252/18i – *P-Verkaufswettbewerb*), in welchem das Höchstgericht insbesondere das Tatbestandsmerkmal des „unlauteren Verhaltens des Bediensteten“ erörtert. Im Ergebnis sieht hier der OGH keinen Verstoß gegen § 10 UWG und bestätigt die Abweisung des Sicherungsantrags. Das auf einen Verstoß gegen § 1 und § 10 UWG gestützte Unterlassungsbegehren richtete sich gegen einen Verkaufswettbewerb für Reisebüromitarbeiter durch einen Reiseveranstalter. Dieser hatte im Online-Auftritt einer touristischen Fachzeitschrift eine Belohnung (zwei Flugtickets nach Irland) für jenen Reisebüro-Agenten ausgelobt, der bis Ende des Monats die meisten Buchungsabschlüsse für bestimmte, von diesem Reiseveranstalter bediente Destinationen vorweisen könne. Der Kläger sah darin eine unlautere Verkaufsförderung und außerdem einen Verstoß gegen das Bestechungsverbot. Der Beklagte hielt entgegen, dass den Verträgen mit den Reisebüros jeweils ein Agenturvertrag zu Grunde liege, der Ver-

Mag auch die Preisabweichung zwischen der deutschen und der österreichischen Umsatzsteuer lediglich geringfügig sein, so kommt gerade der Preisgestaltung im Onlineversandhandel eine ganz wesentliche Bedeutung zu, sodass auch geringfügige Preisunterschiede entscheidend und maßgeblich sein können.

Für den Tatbestand der Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten gemäß § 10 UWG kommt es laut OGH entscheidend darauf an, ob die Bevorzugung durch ein unlauteres Verhalten des Begünstigten erreicht werden soll.

mittlungsprovisionen vorsehe. Sonderprovisionen seien branchenüblich und auch nach dem Vertrag zulässig.

Nach Ansicht des OGH sei in Bezug auf § 10 UWG entscheidend, dass der Begünstigte eine Bevorzugung durch unlauteres Verhalten des Begünstigten erreichen will. Ziel der Vorteilszuwendung müsse daher die unlautere Bevorzugung sein. Der Senat schließe sich zwar der Rechtsansicht des Rekursgerichts an, dass übliche Vorteilsbewehrungen geringen Umfangs („sozialadäquate Zuwendungen“) die Voraussetzungen des § 10 UWG nicht erfüllten. Ein Verstoß gegen § 10 UWG hänge jedoch auch bei einer nicht geringfügigen Zuwendung davon ab, dass der Begünstigte eine unlautere Bevorzugung anstrebe. Die Bezugnahme auf unlauteres Verhalten des Begünstigten trenne die lauterkeitsrechtlich unbedenklichen Leistungsanreize von der Bestechung und sei daher ein notwendiges Tatbestandselement.

Mit ihrem Verkaufswettbewerb spreche die Beklagte nicht beliebige Dritte an, sondern allein ihre Vertragspartner und deren Erfüllungsgehilfen, die auch ohne Verkaufswettbewerb vertraglich dazu verpflichtet sind, sich um den Abschluss von Reisen der Beklagten zu bemühen. Während § 10 UWG auf eine Bevorzugung abstelle, auf die kein Anspruch besteht, seien die mit dem Verkaufswettbewerb angesprochenen Personen auch ohne einen solchen verpflichtet, die Interessen der Erstbeklagten bestmöglich zu fördern. Diesen Personen könne damit nicht ohne weiters unterstellt werden, dass sie bei ihrer Vermittlungstätigkeit statt der Anwendung von sachlichen Kriterien bei der Beratung (zB Bezugnahme auf Leistung, Preis, Konditionen des Reisevertrags, besondere Kundenwünsche etc) allein wegen einer in Aussicht gestellten Gewinnchance dazu übergehen würden, die Erstbeklagte unlauter zu bevorzugen und die Kunden unsachlich (irreführend, falsch, selektiv etc) zu beraten. Kunden eines Reisebüros würden damit rechnen, dass dieses für den Abschluss eines vermittelten Reisevertrags mit einem

dritten Unternehmer (Reiseveranstalter) von diesem entsprechend bezahlt werde.

Auch dem Vorbringen des Klägers, dass „Schmierer“ ganz allgemein unlauter nach § 1 UWG sei, wollte das Höchstgericht nicht folgen. Diesem Rechtssatz liege die Entscheidung 4 Ob 384/87 zugrunde, wo die Werbung eines Gastwirts, der ihm unbekannte Busfahrer und Reiseleiter neben einer Gratis-Mahlzeit einen Geldbetrag dafür angeboten hatte, dass sein Gasthaus von den Reisegästen besucht werde, als unlauter beurteilt wurde. Dort seien aber die angesprochenen Busfahrer und Reiseleiter in keiner rechtlichen Beziehung zum Gastwirt gestanden und sei somit diese Konstellation mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, weil die vom verfahrensgegenständlichen Verkaufswettbewerb angesprochenen potentiellen Teilnehmer ohnedies bereits (vertraglich) verpflichtet gewesen seien, sich zugunsten des Veranstalters des Verkaufswettbewerbs um einen Vermittlungserfolg zu bemühen.

EUGH ZUM LIKE-BUTTON

Die Platzierung eines „Like“-Buttons auf einer Website führte bisher automatisch dazu, dass Facebook über die Besucher dieser Seiten Informationen erhält. Die IP-Adresse wird dabei ebenso übertragen wie Details zum Browser. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) befasste sich mit dem „Like“-Button wegen eines Streits zwischen der deutschen Verbraucherzentrale in Nordrhein-Westfalen und dem Onlinemodehändler *Fashion ID*, der zu *Peek & Cloppenburg* gehört. Die Verbraucherzentrale hatte bei ihrer Klage argumentiert, die Verwendung des „Gefällt mir“-Buttons verstoße gegen Datenschutzrecht. Das zuständige deutsche Oberlandesgericht Düsseldorf legte deshalb den EuGH diesen Fall zur Auslegung mehrerer Datenschutzbestimmungen vor. Der EuGH entschied am 29.7.2019 (C-40/17), dass der Websitebetreiber mitverantwortlich für die Erhebung und Übermittlung von Daten durch Facebooks „Like“-Button ist. Im Urteil heißt es, dass die Einbindung des Buttons der Firma ermögli-

che, „die Werbung für ihre Produkte zu optimieren, indem diese im Sozialen Netzwerk Facebook sichtbarer gemacht werden“. Um „in den Genuss dieses wirtschaftlichen Vorteils“ zu kommen, scheine man „zumindest stillschweigend“ der Erhebung von Daten und deren Weitergabe zugestimmt zu haben, heißt es. Diese Entscheidung betrifft auch ähnliche Social PlugIns. Der EuGH schränkte diese Verantwortung jedoch ein: Es gehe nur um die Erhebung und Weitergabe der Daten. Für die anschließende Verarbeitung der Informationen ist Facebook allein zuständig. In der Praxis sollte in der Datenschutzerklärung auf die Funktionsweise des PlugIns und die Widerspruchsmöglichkeit hingewiesen werden. Außerdem ist für die vom Websitebetreiber vorgenommene Datenverarbeitung durch Social PlugIns eine Einwilligung des Nutzers einzuholen und am besten auch mit dem Betreiber der Social Media Plattform eine Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit abzuschließen. Die Pressemeldung des EuGH zu dieser Entscheidung ist online unter <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190099de.pdf> nachzulesen.

VERWENDUNG VON TRACKING COOKIES GEMÄSS DEM EUGH

Eine voreingestellte Zustimmung zu Cookies ist unzulässig. Die Einwilligung muss aktiv und freiwillig durch den Internetnutzer erfolgen. Die bloße Information bzw. ein Hinweissfeld, dass Cookies gesetzt werden, reicht nicht mehr aus. Diese Entscheidung des EuGH vom 1.10.2019 (C-673/17) gründet sich auf eine Auseinandersetzung in Deutschland, bei der Anbieter *Planet49* bei Online-Gewinnspielen zu Werbezwecken eine Checkbox mit einem voreingestellten Häkchen verwendet hatte und deshalb von der Verbraucherzentrale geklagt wurde. In seiner Begründung zu dieser Vorlage wird vom EuGH dargelegt, dass die (für die Speicherung und den Abruf von Cookies auf dem Gerät des Besuchers einer Website erforderliche) Einwilligung durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen, das der Nutzer

zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss, nicht wirksam erteilt wird. Die Pressemeldung des EuGH dazu ist unter <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125de.pdf> abrufbar.

LÖSCHUNGSVERPFLICHTUNG LAUT EUGH AUF SOCIAL MEDIA

Ein soziales Netzwerk wie Facebook kann nach einem Urteil des EuGH vom 3.10.2019 (C-18/18) verpflichtet werden, Hasspostings und für rechtswidrig erklärte, wort- und sinn- gleiche Kommentare zu entfernen. Das europäische Recht erlaubt es auch, dass eine solche Verfügung weltweit zur Wirkung gelangt, wie nach einer Klage einer Politikerin gegen Facebook entschieden wurde. Es genügt damit nicht, solche herabsetzenden bzw. beleidigenden Postings nur im betroffenen Land zu blockieren. In dem EuGH-Verfahren ging es um einen Artikel auf einer Facebook-Seite, auf der neben einem Foto einer österreichischen Politikerin ein Begleittext veröffentlicht wurde. Auf dieser Facebook-Seite wurden beleidigende Äußerungen gepostet, unter anderem wurde sie als „miese Volksverräterin“ bezeichnet. Der Beitrag konnte von jedem Facebook-Nutzer abgerufen werden. Der OGH hatte die Causa an den EuGH zur Auslegung der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr weitergeleitet. Laut EuGH hat Facebook auch wortgleichen Inhalt zu entfernen oder den Zugang zu sperren, unabhängig davon, wer den Auftrag für die Speicherung gegeben habe. Voraussetzung ist aber, dass die Informationen zuvor für rechtswidrig erklärt werden. Auch sinn- gleiche Beleidigungen muss Facebook demnach entfernen oder sperren. Die zu löschenden sinn- gleichen Kommentare müssen in ihren Einzelheiten genau beschrieben sein und es muss dem Hosting-Anbieter möglich bleiben, sie anhand automatisierter Techniken ausfindig zu machen. Die Pressemeldung des EuGH <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190128de.pdf> dazu ist unter zu finden.

Laut EuGH kann ein soziales Netzwerk wie Facebook verpflichtet werden, Hasspostings und für rechtswidrig erklärte, wort- und sinn- gleiche Kommentare zu entfernen bzw. den Zugang zu ihnen zu sperren, und zwar weltweit und unabhängig davon, wer den Auftrag für die Speicherung gegeben hat.

WICHTIGE TERMINE 2020



25. 2. 2020 ab 17.00 Uhr

**ÖV-Experten Scan zur Omnibus-RL
der EU mit zahlreichen
Änderungen für das Wettbewerbsrecht
im Haus der Industrie**

Weitere Informationen unter www.oev.or.at



21. 4. 2020, 9.00 bis 18.30 Uhr

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

Siehe www.oev.or.at und www.manz.at/rechtsakademie



15. 10. bis 18. 10. 2020

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

Alle Infos über diese internationale Vereinigung unter www.ligue.org



Termin im November 2020

Jährliches Forum Wettbewerbsrecht im OGH

INFOLAW Forschungsverein für Informationsrecht und Immaterialgüterrecht
siehe www.forum-wbr.at und www.infolaw.at