

medienrecht

Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht

2/11

AKTUELL **Ist der Auskunftsanspruch gegenüber Providern nach § 87b Abs 3 UrhG tot?**

Stephan Briem

MEDIENRECHT **Peter Alexander:** Tod des Antragstellers – zurückgezogen lebender Entertainer – Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs

Überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Identitätsbekanntgabe

Erneuerungsantrag – Kosten

PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ **Festspielsteuerberaterin:** Kreditschädigungsklage gegen Landeshauptfrau – Interview – Rechtsweg

Behandlungsfehler: Behauptung eines ärztlichen Behandlungsfehlers

URHEBERRECHT **Dienstleistungsrichtlinie und Verwertungsgesellschaften** – Kann die Dienstleistungsrichtlinie das nationale Monopol der Verwertungsgesellschaften aushebeln?

Marisa Pia Scholz

Bundeshymne II/Rock me Paula: Geschlechtsneutrale Pop-Version der österreichischen Bundeshymne

Salzweiten/Cor montis: Multimediales Gesamtkunstwerk

WETTBEWERBSRECHT **Was bleibt vom Zugabenverbot?** Überlegungen zur künftigen rechtlichen Beurteilung von Zugaben nach der E „Fußballer des Jahres IV“

Ivo Rungg/Martin Walser

Frauenmagazin D.O.: market-Studie – Gehilfenhaftung im Auftragsverhältnis – Marktforschungsinstitut – Beweislast

Rauchverbot: vertretbare Rechtsauffassung

Musiktruch'n: Titel einer Radiosendung

DOMAINRECHT **Abgereift – Europäisches Domainrecht unter „dot eu“** – Domainjudikatur des Jahres 2010

Clemens Thiele

BEILAGE **Rechtsfragen der Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG**
Christian Zib / Stephanie Nitsch



Was bleibt vom Zugabenverbot?

von Ivo Rungg und
Martin Walser

Überlegungen zur künftigen rechtlichen Beurteilung
von Zugaben nach der E „Fußballer des Jahres IV“

1. Hintergrund

Wie kaum eine andere Verkaufsförderungsmaßnahme hat die „Zugabe“ in den vergangenen Jahren die lauterkeitsrechtliche Diskussion in Österreich geprägt. Nachdem der EuGH bereits das belgische Koppelungsverbot¹⁾ und die deutsche Regelung akzessorischer Preisausschreiben und Gewinnspiele²⁾ als mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG, idF „RL-UGP“) unvereinbar qualifiziert hatte, folgte am 09.11.2010 seine lange erwartete Vorabentscheidung³⁾ über die österr Vorlage.⁴⁾ Wie bekannt veranstaltete ein österr Presseunternehmen eine Wahl zum „Fußballer des Jahres“, an der man mittels eines in seiner Tageszeitung abgedruckten Coupons oder im Internet teilnehmen und ein Abendessen mit jenem Sportler gewinnen konnte, der als Sieger der Wahl hervorging.

Der EuGH kam im Vorabentscheidungsverfahren zum Schluss, dass das in § 9a Abs 1 Z 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 idGF (idF „UWG“) im B2C-Verhältnis angeordnete Zugabenverbot gegen den abschließenden Charakter der „Schwarzen Liste“ jedenfalls unzulässiger Geschäftspraktiken in Anhang I der RL-UGP verstößt, weil es unabhängig von den Umständen des Einzelfalls gilt.⁵⁾ Es ist dabei unerheblich, dass das österr Zugabenverbot auch anderen als Verbraucherschützenden Zwecken dient. Insb kann das Verbot auch nicht mit der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt gerechtfertigt werden.⁶⁾ Demnach sind vom Anwendungsbereich der RL-UGP nur solche nationalen Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken ausgenommen, die „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen.⁷⁾

Auf Grundlage dieser Vorabentscheidung verwarf der OGH am 15.02.2011 im Anlassfall „Fußballer des Jahres“ den Revisionsrekurs der Klägerin.⁸⁾ Vor dem Hintergrund, dass § 9a UWG nach wie vor dem österr Rechtsbestand angehört, reduzierte der OGH dessen Abs 1 Z 1 teleologisch auf seinen richtlinienkonformen Teil und hielt fest, dass das dort normierte B2C-Zugabenverbot nur mehr dann anwendbar ist, wenn die beanstandete Geschäftspraktik im Einzelfall auch nach § 1 Abs 3 Z 1 (als aggressiv) oder Z 2 UWG (als irreführend) oder nach § 1 Abs 1 leg cit (als „sonst unlauter“) untersagt werden könnte.⁹⁾ Der OGH verneinte im Anlassfall eine Irreführung und schloss unter Verweis auf die Vorabentscheidung des EuGH auch aus, dass die Koppelung des Kaufs einer Ware mit einem Gewinnspiel (somit das Ausnutzen des Spieltriebs der Verbraucher) per se un-

lauter iSd der Generalklausel des UWG ist.¹⁰⁾ Schließlich fasst der OGH die gegenwärtige Rechtslage abstrakt folgendermaßen zusammen: „Das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von Zugaben gegenüber Verbrauchern ist aufgrund richtlinienkonformer Auslegung von § 9a Abs 1 Z 1 UWG nur dann unzulässig, wenn es im Einzelfall irreführend, aggressiv oder sonst unlauter ist.“ Für die Praxis stellt sich somit die Frage, was konkret hinter diesen Fallgruppen steht, solange es dazu keine detaillierteren Aussagen des OGH gibt.

| Dr. Ivo Rungg ist Rechtsanwalt und Partner bei der BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH, Wien-Innsbruck;

Mag. Martin Walser ist Rechtsanwaltsanwärter bei der BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH, Wien-Innsbruck.

- 1) EuGH 23.04.2009, verb Rs C-261/07 und C-299/07 – *VTB-VAB NV / Total Belgium NV und Galatea BVBA / Sanoma Magazines Belgium NV*, Slg 2009, I-02949 = MR 2009, 103 (*Korn*) = ÖBl 2009/53, 276 (*Gamerith*).
- 2) EuGH 14.01.2010, C-304/08 – *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. / Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, MR 2009, 378 (*Korn*) = ÖBl-LS 2010/65, 62, *Millionen-Chance (Gamerith)*.
- 3) EuGH 09.11.2010, C-540/08 – *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / „Österreich“-Zeitung-verlag GmbH*, MR 2010, 347 – *Fußballer des Jahres III (Heidinger)*, vgl auch *Gamerith*, EuGH entscheidet über das österreichische Zugabenverbot, ÖBl 2010/45, 241 und *Haberkamm/Kühne*, Zugabe! Zugabe! Ist nach dem „Fußballer-des-Jahres“-Urteil bald alles erlaubt?, ÖBl 2011/14, 52 (nach Fertigstellung des Manuskripts dieses Beitrags erschienen).
- 4) OGH 18.11.2008, 4 Ob 154/08p – *Fußballer des Jahres II*, MR 2008, 315 = ÖBl 2009/12, 77; vgl dazu *Gamerith*, „Per se“-Verbot von Zugaben gemeinschaftsrechtliche unzulässig?, ÖBl 2009/19, 100 (101).
- 5) *Fußballer des Jahres III* (FN 3) Rn 34 ff.
- 6) *Fußballer des Jahres III* (FN 3) Rn 25 ff.
- 7) *Fußballer des Jahres III* (FN 3) Rn 21.
- 8) OGH 15.02.2011, 4 Ob 208/10g – *Fußballer des Jahres IV*, MR 2011, 41 (*Plasser*).
- 9) Damit wird die formal weiterhin anwendbare Bestimmung für den OGH de facto „gegenstandslos“. Vgl dazu bereits den Vorlagebeschluss des OGH vom 18.11.2008 – *Fußballer des Jahres II*, die krit Anm von *Heidinger*, Zugabenverbot gemäß § 9a UWG unvereinbar mit der UGP-Richtlinie, MR 2010, 347, den Schlussantrag der GA *Trstenjak* vom 24.03.2010 zu *Fußballer des Jahres III*, C-540/08 – *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / „Österreich“-Zeitung-verlag GmbH*, Rn 129 und die Anm von *Plasser* zu *Fußballer des Jahres IV* (FN 8) 44.
- 10) *Fußballer des Jahres III* (FN 3) Rn 46 f.