

## → Keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 9a Abs 1 Z 2 UWG

→ Dass das im Verhältnis zu Verbrauchern normierte Zugabeverbot des § 9a Abs 1 Z 1 UWG zufolge richtlinienkonformer Auslegung auf die Fälle konkret irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken eingeschränkt ist, gegenüber Unternehmen nach § 9a Abs 1 Z 2 UWG jedoch allgemein gilt, begründet keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung.

→ Der VfGH erachtete das Zugabeverbot auch gegenüber Unternehmern als im öffentlichen Interesse gelegenen, gerechtfertigten und daher zulässigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit, der überdies weder gleichheitswidrig noch unverhältnismäßig sei. Dass der Gesetzgeber nur bestimmte Zugabenformen zulasse und andere nicht, sei innerhalb seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums gelegen. Auch der Vorwurf, die bekämpfte Regelung sei deshalb gleichheitswidrig, weil sie zwischen Verbrauchern und Unternehmern differenziere, trifft nicht zu. Es liegt keine unsachliche und daher verfassungswidrige Ungleichbehandlung vor. Die bekämpfte Regelung ist auch nicht von vornherein zur Zielerreichung ungeeignet.

### Sachverhalt:

Beide Streitparteien vertreiben in Österreich ua kosmetische Produkte, Parfums, Nahrungsergänzungsmittel und Aloe-Vera-Produkte.

Die Bekl präsentiert sich und ihre Waren ua im Internet. Sie vertreibt ihre Produkte über „Partner“. Sie wirbt ua mit „Schnellstarterprämien“, die die als „Partner“ bezeichneten, im Rahmen des Direktvertriebs angeworbenen selbständigen Handelsvertreter erlangen können, wenn sie innerhalb eines Monats bestimmte Umsatzziele erreichen. Die anzuwerbenden Geschäftspartner könnten bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung zur Bekl die bei Erreichen der genannten Umsatzziele gratis zu erlangenden Gegenstände wählen (Navigationsgerät, DVD-Player, Parfumprobenset, Digitalkamera oder Camcorder).

Darüber hinaus erläutert die Bekl in ihrem Internetauftritt die Vertragsgestaltung zu den anzuwerbenden Handelsvertretern sowie die Geschäftsabwicklung und bewirbt die von ihr angestrebte Partnerschaft mit „grenzenlosen Möglichkeiten ohne Risiko“, „keine monatlichen Mindestumsätze“ und „Beendigung der Partnerschaft jederzeit möglich“.

Die Kl beehrte, die Bekl im geschäftlichen Verkehr in Österreich zur Unterlassung zu verpflichten, in Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, insb in ihren Partneranträgen mit freier Produktwahl und/oder mit Aloe-Vera- und Colostrom-Abo, anzukündigen, dass sie Verbrauchern und/oder Unternehmern neben Waren, insb neben bestimmten näher genannten Produkten, unentgeltliche Prämien, insb bestimmte Elektrogeräte gewähre, in eventu eine Schnellstarterprämie mit der Angabe zu bewerben, dass ein bestimmtes Elektrogerät bereits gratis für den Verbraucher reserviert sei; ihre Abos mit einjähriger Laufzeit und vierteljährlicher Lieferung in einer be-

→ Das Zugabeverbot nach § 9a Abs 1 Z 2 UWG soll nach dem Willen des Gesetzgebers insb dem Schutz jener Unternehmen dienen, von denen Zugaben gefordert werden. Es richtet sich gegen (starke) Unternehmen der Marktgegenseite. Die Regelung soll es den Adressaten des Verbots ermöglichen, sich Zugabenwünschen der Marktgegenseite durch den Hinweis auf das Verbot entgegenzustellen. Überdies könnten Unternehmen, die Zugaben verlangen, als Anstifter betrachtet und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Für das Erreichen dieses Ziels hat der Gesetzgeber eine – zur Vermeidung von Anwendungsschwierigkeiten generell zulässige – typisierende Betrachtungsweise gewählt; es kommt also nicht darauf an, ob im Einzelfall tatsächlich ein Marktmachtmissbrauch der Marktgegenseite vorliegt. Im Hinblick auf die typisierende Betrachtungsweise des Gesetzgebers sind die tatsächlichen Marktverhältnisse im Einzelfall nicht zu prüfen.

→ Das gegenüber Unternehmen in § 9a Abs 1 Z 2 UWG geregelte Zugabeverbot wird durch die gegenüber Verbrauchern anzuwendenden Einschränkungen nicht berührt.

stimmt Gestaltung der Preisinformation zu bewerben, in eventu ihre Abos mit einjähriger Laufzeit und vierteljährlicher Lieferung mit der Angabe „pro Quartal“ Verbrauchern gegenüber zu bewerben, ohne unmissverständlich darauf hinzuweisen, worauf sich die Angabe „pro Quartal“ bezieht, in eventu ihre Abos mit einjähriger Laufzeit und vierteljährlicher Lieferung ohne Angabe des (Gesamt-)Preises Verbrauchern gegenüber zu bewerben, und eine Partnerschaft mit der Bekl mit der Angabe zu bewerben, dass keine monatlichen Mindestumsätze erforderlich seien und/oder eine Beendigung der Partnerschaft jederzeit möglich sei. Weiters erhob die Kl ein Beseitigungsbegehren, bezogen auf die unter die Unterlassungsgebote fallenden Partneranträge und Broschüren, und ein Veröffentlichungsbegehren. Die Bekl wende sich sowohl an Verbraucher, weil sie auch den Warenbezug für den Eigenbedarf ermögliche, als auch an Unternehmer (selbständige Handelsvertreter). Die angebotenen Elektronikgeräte seien unzulässige Zugaben iSd § 9a Abs 1 UWG. Die Ankündigung sei auch irreführend, weil die nähere Aufklärung nicht ausreiche, die durch die blickfangartige Ankündigung hervorgerufenen Erwartungen zu berichtigen. Darüber hinaus werde ein falscher Eindruck vom Umfang des Warenangebots und des hierfür zu leistenden Gesamtpreises vermittelt; das PrAG und das KSchG würden verletzt. Darüber hinaus informiere die Bekl irreführend über monatliche Mindestumsätze und die Kündigungsmöglichkeit (sofortige Beendigung möglich).

Die Bekl wendete ein, die Kl sei mangels nachgewiesener Vertriebstätigkeit nicht aktiv legitimiert; die Bekl

ÖBl 2012/20

Art 6 StGG;  
§ 9a Abs 1  
Z 1 und 2 UWG

OGH 22. 11. 2011,  
4 Ob 162/11 v  
(OLG Innsbruck  
2 R 134/11 i;  
LG Innsbruck  
59 Cg 185/10 x)

Schnellstarter-  
prämien

Der OGH hat den (erfolgreichen) Aufhebungsantrag an den VfGH v 12. 7. 1994 insb darauf gestützt, dass sich die Sanktion des Gesetzgebers beim Gewähren von Zugaben an Unternehmer nicht gegen denjenigen richtet, der die Zugabe erzwingt, sondern gegen dessen Vertragspartner, der aufgrund seiner Marktposition zu schwach ist, der Forderung zu widerstehen. Mit der Liberalisierung der Zugabengewährung an Verbraucher müsste wohl auch jene an Unternehmer neu bewertet werden. Mit einem solchen Vorhaben ist aber der nationale Gesetzgeber nach wie vor säumig.

werbe nur um neue Vertriebspartner, richte sich also nicht an Verbraucher, sondern nur an Wiederverkäufer. Die Information der angesprochenen Partner sei ausreichend und nicht irreführend. Die ausgelobten Elektrogeräte seien Erfolgsprämien, es liege keine unzulässige Zugabe vor. Überdies sei eine Differenzierung der Zugaberegeln gegenüber Verbrauchern und Unternehmern unzulässig, der umfassendere Schutz für Unternehmer sei gleichheitswidrig.

Das ErstG gab dem Unterlassungsbegehren in Ansehung gegenüber Unternehmern angekündigter Prämien, des gegenüber Verbrauchern verschleierte Gesamtkaufpreises und insofern statt, als eine Beendigung der Partnerschaft als jederzeit möglich angekündigt werde, und ebenso den bezüglichen Beseitigungsbegehren. Das darüber hinausgehende Unterlassungsbegehren der Kl und die dazu gestellten Beseitigungs- und Veröffentlichungsbegehren wies das ErstG hingegen ab. Es bejahte das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses und beurteilte die angekündigten Sachprämien als gegenüber Unternehmern gem § 9a Abs 1 Z 2 UWG unzulässige Zugaben. Soweit diese Ankündigungen Verbraucher betreffen, seien sie hingegen mangels Irreführung nach § 2 Abs 1 UWG zulässig. Zwar sei der Hinweis „pro Quartal“ keine Irreführung nach § 2 Abs 1 Z 4 UWG, soweit er aber Verbraucher betreffe, was für Abo-Bestellungen anzunehmen sei, liege mangels Angabe eines Gesamtpreises ein Verstoß gegen §§ 9f PRAG vor. Nach den AGB der Bekl sei zwar kein Mindestumsatz erforderlich, § 21 Abs 1 HVG sehe aber – je nach Vertragsdauer – eine ein- oder zweimonatige Kündigungsfrist vor, sodass die Verträge entgegen der Werbeaussage nicht jederzeit kündbar seien. Das Veröffentlichungsbegehren sei mangels Aufklärungseignung nicht berechtigt.

Das BerG gab weder der Ber der Kl, die das Veröffentlichungsbegehren weiter verfolgte, noch jener der Bekl, die die gänzliche Klageabweisung anstrebte, Folge und sprach aus, dass der Wert des EGgegenstands € 30.000,- übersteige, die oRev aber mangels über den Einzelfall hinausgehender Rechtsfragen nicht zulässig sei. Die Bekl habe sich in ihrem Internetauftritt sowohl an Wiederverkäufer als auch an Verbraucher gerichtet. Dass die beworbenen „Schnellstarterprämien“ keine Erfolgsprämien, sondern unzulässige Zugaben nach § 9a Abs 1 Z 2 UWG seien, habe die Bekl unbekämpft gelassen. Im Übrigen gehe die Ber der Bekl nicht vom erstgerichtlich festgestellten Sachverhalt aus.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

Die Rev der Bekl, mit der sie (weiterhin) die gänzliche Klageabweisung anstrebt, ist mangels Rsp zu an Unternehmer gerichteten Zugabenankündigungen nach der UWGNov 2007 zulässig, aber nicht berechtigt.

Zwar beantragt die Bekl in ihrer Rev die Abänderung der Urteile der Vorinstanzen dahin, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde, inhaltlich richtet sie sich jedoch ausschließlich gegen das auf § 9a Abs 1 Z 2 UWG gestützte, ausschließlich Unternehmer betreffende Unterlassungsgebot (und den damit im Zusammenhang stehenden Beseiti-

gungsanspruch). Es ist daher nur mehr dazu Stellung zu nehmen.

Die Bekl vertritt den Standpunkt, das Unternehmer schützende Zugabenverbot des § 9a Abs 1 Z 2 UWG sei nach Inkrafttreten der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) europarechtswidrig und darüber hinaus mangels sachlicher Rechtfertigung eines gegenüber Verbrauchern weitergehenden Schutzes von Unternehmern verfassungswidrig, weshalb eine Anfechtung dieser Bestimmung beim VfGH angeregt werde. Darüber hinaus dürfe sie nicht angewendet werden, wenn ein Großunternehmen seinen Handelsvertretern umsatzabhängige Erfolgsprämien oder Zugaben gewähre, weil hier nicht der Zweck zu verfolgen sei, Großunternehmen davon abzuhalten, ihre Marktmacht zur Erlangung von Zugaben zu missbrauchen.

**[Unzulässigkeit des Zugabenverbots gegenüber Verbrauchern]**

Das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von Zugaben gegenüber Verbrauchern ist aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des § 9a Abs 1 Z 1 UWG nur dann unzulässig, wenn es im Einzelfall irreführend, aggressiv oder sonst unlauter ist (4 Ob 208/10 g,<sup>1)</sup> *Fußballer des Jahres IV* ua; RIS-Justiz RS0126589). Die das Verhältnis Unternehmer – Verbraucher abschließend regelnde RL-UGP erfasst das gegenüber Unternehmern geltende Zugabenverbot des § 9a Abs 1 Z 2 UWG, wonach das Anbieten, Ankündigen oder Gewähren unentgeltlicher Zugaben (Prämien) generell untersagt wird, nicht. Entgegen der in der Rev vertretenen Auffassung widerspricht das Zugabenverbot gegenüber Unternehmern der europarechtlichen Regelung unlauterer Geschäftspraktiken nicht (*Haberkamm/Kühne*, Zugabe, Zugabe! Ist nach dem „Fußballer des Jahres“-Urteil bald alles erlaubt? ÖB1 2011, 52 ff [55]; *Heidinger*, Zugabenverbot, quo vadis, MR 2009, 45).

**[Keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 9a Abs 1 Z 2 UWG]**

Dass das im Verhältnis zu Verbrauchern normierte Zugabenverbot des § 9a Abs 1 Z 1 UWG zufolge richtlinienkonformer Auslegung auf die Fälle konkret irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken eingeschränkt ist, gegenüber Unternehmern nach § 9a Abs 1 Z 2 UWG jedoch allgemein gilt, begründet nach Auffassung des erkennenden Senats keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung, weshalb kein Anlass zu der von der Bekl angeregten Anfechtung besteht.

Mit Erk v 28. 9. 1995, G 208/94, G 14/95<sup>2)</sup> wies der VfGH Anträge des OGH und des OLG Linz auf Aufhebung des § 9a Abs 1 Z 2 UWG wegen Verstoßes gegen die durch Art 6 StGG gewährleistete Erwerbsausübungsfreiheit sowie gegen den Gleichheitsgrundsatz als verfassungswidrig ab. Entgegen den damals vorgebrachten Bedenken erachtete der VfGH das Zugabenverbot auch gegenüber Unternehmern als im öffentlichen Interesse gelegenen, gerechtfertigten und daher

1) ÖB1 2011/26, 115 (*Gamerith*); s auch Editorial ÖB1 2011/22, 97.  
2) ÖB1 1996, 19 (*Wilttschek*); dazu Antrag des OGH v 12. 7. 1994, 4 Ob 81/94 ÖB1 1994, 171.

zulässigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit, der überdies weder gleichheitswidrig noch unverhältnismäßig sei. Dass der Gesetzgeber nur bestimmte Zugabensformen zulasse und andere nicht, sei innerhalb seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums gelegen. Auch der Vorwurf, die bekämpfte Regelung sei deshalb gleichheitswidrig, weil sie zwischen Verbrauchern und Unternehmern differenziere, treffe nicht zu. Es liege keine unsachliche und daher verfassungswidrige Ungleichbehandlung vor. Der VfGH erachtete auch die Bedenken, die bekämpfte Regelung sei zur Zielerreichung von vornherein ungeeignet, als nicht zutreffend.

### [Zweck des Verbots des Gewährens von Zugaben an Unternehmer?]

Das Zugabensverbot nach § 9a Abs 1 Z 2 UWG soll nach dem Willen des Gesetzgebers (Erläut 338 BlgNR 18. GP 6) insb dem Schutz jener Unternehmen dienen, von denen Zugaben gefordert werden (nicht wie im Fall der Z 1 dem Verbraucher- und Mitbewerberschutz). Es richtet sich gegen (starke) Unternehmen der Marktgegenseite. Die Regelung soll es den Adressaten des Verbots ermöglichen, sich Zugabenswünschen der Marktgegenseite durch den Hinweis auf das Verbot entgegenzustellen. Überdies könnten Unternehmen, die Zugaben verlangen, als Anstifter betrachtet und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Für das Erreichen dieses Ziels hat der Gesetzgeber eine – zur Vermeidung

von Anwendungsschwierigkeiten generell zulässige – typisierende Betrachtungsweise gewählt; es kommt also nicht darauf an, ob im Einzelfall tatsächlich ein Marktmissbrauch der Marktgegenseite vorliegt. Die Aufklärung der tatsächlichen Marktverhältnisse könnte großen Schwierigkeiten begegnen. Damit versagt aber auch das Argument der Bekl, in diesem Fall fehle den angesprochenen Unternehmen (Handelsvertreter für die Produkte der Bekl) Marktmacht. Im Hinblick auf die typisierende Betrachtungsweise des Gesetzgebers sind die tatsächlichen Marktverhältnisse im Einzelfall nicht zu prüfen.

Da die Rechtfertigung des Zugabensverbots gegenüber Unternehmern – zumindest vorwiegend – nicht in der Verhinderung von Preisverschleierungen oder unsachlicher Beeinflussung der Kaufentscheidung liegt, ändert die Einschränkung des Zugabensverbots gegenüber Verbrauchern (auf konkrete Irreführungseignung und aggressive Praktiken) nichts an der sachlichen Rechtfertigung der Regelung gegenüber Unternehmern.

Das gegenüber Unternehmern in § 9a Abs 1 Z 2 UWG geregelte Zugabensverbot wird durch die gegenüber Verbrauchern anzuwendenden Einschränkungen nicht berührt.

Der unberechtigten Rev musste daher ein Erfolg versagt bleiben.

[...]

### Anmerkung:

Der König ist tot, lang lebe der König? Nachdem das Per-se-Verbot von Zugaben im B2C-Bereich im Ergebnis „gegenstandslos“<sup>3)</sup> ist, tritt dessen fast vergessenes B2B-Pendant mit der vorliegenden Entscheidung wieder ins höchstgerichtliche Rampenlicht. Seit der Einführung der Bestimmung vor gut zwei Jahrzehnten<sup>4)</sup> gab es dazu ja nicht einmal eine Handvoll Gelegenheiten. Kommt jetzt das große Revival oder ist es nur ein letztes Aufbäumen, bevor der Gesetzgeber tätig wird?

Im Anlassfall hatte die Bekl ua gegenüber ihren (potentiellen) „Partnern“ – selbständigen Handelsvertretern – mit gratis zu erlangenden „Schnellstarterprämien“ (Navigationsgeräte, DVD-Player, Parfumprobensets, Digitalkameras oder Camcorder) erworben, die diese bei Erreichen bestimmter Umsatzziele erhalten sollten (und offenbar auch erhalten haben).

Wie die vorliegende Entscheidung zeigt, kann das **Anbieten, Ankündigen oder Gewähren** von Zugaben an **Unternehmer** nach dem von Anfang an<sup>5)</sup> strengeren § 9a Abs 1 Z 2 UWG nach wie vor lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden. Das mag zwar auf den ersten Blick verwundern, ergibt sich aber aus dem Umstand, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) „nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken [erfasst und berührt], die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen“.<sup>6)</sup> Damit ist der Fall eingetreten, dass gegenüber Verbrauchern kein Per-se-Verbot mehr besteht,<sup>7)</sup> aber die bisher eher wenig judi-

zierte B2B-Zugabenregelung als Per-se-Verbot nach wie vor anwendbar ist.

Diese Regelung wurde bereits bei ihrer seinerzeitigen Einführung von der Lit scharf kritisiert: § 9a Abs 1 Z 2 UWG sei eine „völlige Fehlleistung des Gesetzgebers“, die auf „einer völlig verdrehten Rechtsauffassung“ beruhe, da sich die Norm gegen das Opfer, nicht aber gegen den Täter richte.<sup>8)</sup> Zudem wurde die Regelung als „ineffizient“<sup>9)</sup> und „verfassungsrechtlich bedenklich“<sup>10)</sup> bezeichnet.

Unter ausgiebiger Zitierung dieser ablehnenden Haltung der Lit sowie aufgrund systematischer, mit dem

3) OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 154/08 p, *Fußballer des Jahres II*, ÖBl 2009/12, 77 (s BesprAufsatz *Gamerith*, „Per se“-Verbot von Zugaben gemeinschaftsrechtlich unzulässig? ÖBl 2009/19, 100); OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 208/10 g, *Fußballer des Jahres IV*, ÖBl 2011/26, 115 (*Gamerith*).

4) Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz BGBl 1992/147.

5) FN 4.

6) 6. ErwGr S 3 RL-UGP.

7) Mittlerweile stRsp, vgl RIS-Justiz RS0126589.

8) *Schuhmacher*, Anmerkungen zum „Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz“, wbl 1992, 114 (115); *ders* spricht noch in der Anm zu OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 87/09 m, *Kinderskitageskarte*, wbl 2009, 520 (522) davon, es liege ein „völliger Fehlgriff des Gesetzgebers“ vor.

9) *Schuhmacher*, wbl 1992, 115; *Karsch*, Zum Entwurf eines Wettbewerbs-Deregulierungsgesetzes, WiPolBl 1992, 19 (20f); *Wlitschek*, Die geplante Wettbewerbsrechts-Novelle: Ein „Deregulierungsgesetz“? *ecolex* 1991, 627 (628) und *ders*, Neues von der Deregulierungs-Front, *ecolex* 1992, 32 (33).

10) *Hanreich*, Das neue österreichische Wettbewerbs- und Preisrecht (Teil I) – Das Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz, ÖZW 1992, 33 (36); ebenso *Kucsko*, Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabensverbots, *ecolex* 1992, 709 (711); vgl auch *Barfuß*, Deregulierung durch ein neues „Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz“? ÖBl 1991, 54 (55).





kartellrechtlichen Missbrauchsverbot und dem Nahversorgungsgesetz („NahVersG“)<sup>11)</sup> zusammenhängender Bedenken stellte der OGH bei der ersten Gelegenheit (1994) beim VfGH den Antrag, § 9a Abs 1 Z 2 UWG als verfassungswidrig aufzuheben.<sup>12)</sup> Die damalige Begründung des OGH, dass die Regelung in das Grundrecht der Erwerbsfreiheit eingreife und den Gleichheitssatz verletze, überzeugte den VfGH aber nicht.<sup>13)</sup>

Gestützt auf dieses Erk des VfGH sah der OGH im Anlassfall keine Notwendigkeit mehr, das B2B-Zugabenverbot erneut dem VfGH zur Prüfung vorzulegen. Die wesentliche Rechtfertigung des B2B-Zugabenverbots sieht der OGH offenbar nach wie vor in dem bereits in den Mat<sup>14)</sup> genannten Zweck. Demnach soll die gegenüber § 9a Abs 1 Z 1 UWG schärfere Regelung „insbesondere“ „verhindern, dass Großunternehmen ihre Marktmacht zur Erzwingung von Zugaben missbrauchen“; oder, wie es der OGH hier formuliert, „insbesondere dem Schutz jener Unternehmen [...], von denen Zugaben gefordert werden“, dienen. Der OGH ist auch der Ansicht, dass die Rechtfertigung des B2B-Zugabenverbots „zumindest vorwiegend“ nicht in der Verhinderung von Preisverschleierungen oder unsachlicher Beeinflussung der Kaufentscheidung liege.

Noch im Vorlagebeschluss an den EuGH im Fall *Fußballer des Jahres II*<sup>15)</sup> hatte der OGH aus § 9a Abs 1 Z 2 UWG weitergehende Schlussfolgerungen gezogen. Demnach solle die Norm „auch das gegenseitige Übersteigern von Mitbewerbern mit (weiteren) Nebenleistungen verhindern [...] und dadurch vor allem solche Mitbewerber schützen, die aufgrund ihrer geringeren wirtschaftlichen Mittel nicht in der Lage sind, den Absatz ihrer Produkte durch unentgeltliche Zugaben zu fördern“. Ob der OGH auch diese, in der Lit prompt kritisierte,<sup>16)</sup> Auslegung des B2B-Zugabenverbots weiterverfolgt, blieb in der vorliegenden Entscheidung offen. Im Vordergrund soll jedenfalls die Verhinderung des Missbrauchs von Marktmacht stehen.

Allerdings wird dieser „insbesondere“ und „vorwiegend“ verfolgte Zweck in der Praxis durch den weiten Ausnahmekatalog des § 9a Abs 2 UWG in aller Regel vereitelt. Marktmächtige Unternehmen werden meistens Preiskonzessionen oder Warenrabatte verlangen. Gerade diese fallen aber unter die Ausnahmetatbestände der § 9a Abs 2 Z 5 und Z 6 UWG und sind mit dem B2B-Zugabenverbot nicht sanktionierbar.

Außerdem stellt der OGH in der vorliegenden Entscheidung selbst auf eine „typisierende Betrachtungsweise“ ab; also nicht auf das tatsächliche Vorliegen eines Missbrauchs von Marktmacht. Vielmehr komme es „zur Vermeidung von Anwendungsschwierigkeiten“ lediglich darauf an, ob der Tatbestand des B2B-Zugabenverbots erfüllt ist.

§ 9a Abs 1 Z 2 UWG sanktioniert nicht allein das verpönte „Erzwingen von Zugaben“ durch marktmächtige Unternehmen, sondern ausnahmslos jegliches Anbieten, Anbieten oder Gewähren von Zugaben an Unternehmer. Damit ist es auch bedeutungslos, ob der Empfänger der Zugabe tatsächlich Marktmacht ausgeübt oder die Zugabe überhaupt verlangt hat. Damit geht diese

Auslegung weit über den vom Gesetzgeber offensichtlich beabsichtigten Zweck hinaus, unterlegene Unternehmer vor den Begehrlichkeiten großer Abnehmer zu schützen. Im Ergebnis wird vielmehr jedem Unternehmer verwehrt, was gegenüber Verbrauchern grds zulässig ist.

In diesem Zusammenhang ist auch das obiter dictum der Entscheidung bemerkenswert, dass „Unternehmen, die Zugaben verlangen, als Anstifter betrachtet und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden“ könnten. Zu solchen Konstellationen hatte der OGH in seiner bisherigen Rsp<sup>17)</sup> die Ansicht vertreten, dass ein Verhalten, das sich darauf beschränkt, gesetzwidrige Zugaben zu fordern oder entgegenzunehmen, grds nicht gerichtlich untersagt werden kann. Nunmehr soll das anders sein. Allerdings bleibt offen, ob dadurch tatsächlich eine Änderung dieser Rsp eingeleitet wird oder ob sich eine Sanktionierung der Anstiftung auf krasse Einzelfälle beschränken soll. Bei konsequenter Anwendung einer „typisierenden Betrachtungsweise“ „zur Vermeidung von Anwendungsschwierigkeiten“ wäre eine sanktionierbare Anstiftung vom Vorliegen von Marktmacht nicht abhängig.

Vor diesem Hintergrund ist die Sinnhaftigkeit eines Per-se-Verbots von Zugaben im B2B-Bereich generell in Frage zu stellen. Es ist nicht erforderlich. Für konkrete Einzelfälle bietet die lauterkeitsrechtliche Fallgruppe des „Anzapfens von Lieferanten“ durchaus plausible Argumente, ein Vorgehen gegen marktmächtige Zugabennachfrager (und nicht gegen deren Opfer) zu rechtfertigen. Zudem – und darauf hat *Schuhmacher* bereits mehrmals<sup>18)</sup> hingewiesen – ist das Problem, um das es dem Gesetzgeber geht, bereits im NahVersG geregelt. Nach § 1 Abs 1 NahVersG können Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untereinander untersagt werden, soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden. Solche Verhaltensweisen sind nach § 1 Abs 2 NahVersG insb das „Anbieten oder Fordern, Gewähren oder Annehmen von Geld oder sonstiger Leistungen, auch Rabatten oder Sonderkonditionen, zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind, vor allem, wenn zusätzlichen Leistungen keine entsprechenden Gegenleistungen gegenüberstehen“.

Schließlich wird die unterschiedliche Behandlung von B2C- und B2B-Zugaben im Einzelfall praktische Schwierigkeiten bei der Durchführung von Zugabenaktionen hervorrufen; dies insb deshalb, weil im B2B-Bereich auch das bloße Gewähren verboten ist.<sup>19)</sup> Auf-

11) BG v 29. 6. 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl 1977/392, dzt idF BGBl I 2005/62.

12) OGH 12. 7. 1994, 4 Ob 81/94 ÖBl 1994, 171.

13) VfGH 28. 9. 1995, G 208/94, G 14/95 VfSlg 14259 = ÖBl 1996, 19 (abl *Wittschek*).

14) ErläutRV 338 BlgNR 18. GP 6.

15) OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 154/08p ÖBl 2009/12, 77.

16) Von *Schuhmacher*, wbl 2009, 522 unter Hinweis darauf, dass das B2B-Zugabenverbot nicht das Horizontalverhältnis zwischen Mitbewerbern betrifft, sondern Lieferanten im Vertikalverhältnis schützen soll.

17) Vgl RIS-Justiz RS0071474, insb OGH 13. 9. 1988, 4 Ob 56/88, *Notwehrgemeinschaft der Bauern*, SZ 61/194.

18) FN 8.

19) Dazu *Heidinger*, Anm zu EuGH 9. 11. 2010, C-540/08, *Fußballer des Jahres III*, MR 2010, 347 (351 f) und *Woller*, Zugabenverbot: Totgesagte leben länger, *ecolex* 2011, 435 (436) mwN.



grund der Entwicklungen im B2C-Bereich und der aufgezeigten Schwachstellen des § 9 a Abs 1 Z 2 UWG liegt es am Gesetzgeber, die Relikte des österr Zugabenrechts entweder ersatzlos aufzuheben oder wenigstens durch

eine Novelle mit der gebotenen Klarheit für Rechtssicherheit zu sorgen.

*Ivo Rungg/Martin Walser*

*BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH,*

*Wien – Innsbruck*



## → Kollisionsrechtliche Beurteilung eines Kennzeichenstreits mit Auslandsberührung

1. Art 8 Abs 1, Art 31, 32 Rom II-VO; Art 297 Abs 1 AEUV; Art 1 Abs 2 PVÜ; Art 3 Abs 1 – 3 RL 2000/31/EG

→ Rechtsgrundlage für die kollisionsrechtliche Beurteilung ist die VO (EG) 2007/864 des EP und des Rates v 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom II“). Sie wird nach ihrem Art 31 auf schadensbegründende Ereignisse angewendet, die „nach ihrem Inkrafttreten eintreten“.

→ Der auf die Firma der KI gestützte Anspruch fällt unter Art 8 Abs 1 Rom II-VO. Der dort verwendete Begriff des „geistigen Eigentums“ („intellectual property“, „propriété intellectuelle“) erfasst nach den ErwGr der Rom II-VO auch „gewerbliche Schutzrechte“ („industrial property rights“, „droits de propriété industrielle“). Dazu gehören bei der gebotenen autonomen Auslegung, die sich insb auf Art 1 Abs 2 PVÜ stützen kann, Unternehmenskennzeichen jeder Art, also auch der Handelsname (die Firma) des Unternehmens.

→ Das Herkunftslandprinzip nach Art 3 Abs 1 und 2 RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr ist nach Art 3 Abs 3 iVm dem Anhang dieser RL auf gewerbliche Schutzrechte nicht anzuwenden; es führt daher zu keiner Korrektur der Anknüpfung nach der Rom II-VO.

→ Anzuwenden ist somit das Recht jenes Staats, für den der KI den Schutz „beansprucht“. Diese Frage ist nach dem Begehren des KI zu beurteilen. Dabei ist es – zumindest im Sicherungsverfahren – Sache des KI, deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass er den Schutz nicht nur für das Inland, sondern auch für andere Staaten begehrt; im Zweifel ist eine Beschränkung auf das Inland anzunehmen.

2. § 9 Abs 1 UWG; § 18 Abs 1 UGB; Art 2 PVÜ

→ Die Firma der KI ist originär kennzeichnungskräftig. Die Kennzeichnungskraft fehlt nur bei solchen Zeichen, deren Begriffsinhalt von den beteiligten Verkehrskreisen zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschlossen werden kann und die als beschreibender Hinweis auf die Art der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens verstanden werden. Wenn auch dem Firmenbestandteil „international“ die Kennzeichnungskraft fehlt, kann aus dem weiteren Firmenbestandteil „alcom“ keinesfalls zwanglos auf den Gegenstand dieser Tätigkeit (Handel mit Aluminium) geschlossen werden.

→ Für die Priorität des angegriffenen Zeichens ist wegen der in Art 2 PVÜ angeordneten Inländergleichbehandlung maßgebend, ob und wann die KI diese Firma hier so in Gebrauch genommen hat, dass daraus auf den Beginn einer dauernden

wirtschaftlichen Betätigung im Inland geschlossen werden konnte; auf den Erwerb einer gewissen Verkehrsbekanntheit kommt es entgegen älterer Rsp nicht an. Eine Niederlassung ist nicht erforderlich; es genügt auch der Vertrieb von Waren über ein anderes Unternehmen oder jede andere wirtschaftliche Tätigkeit, die sich gezielt an inländische Kunden richtet.

3. § 1 UWG; Art 4 Abs 1 – 3, Art 6 Abs 1 Rom II-VO; Art 5 Nr 3 EuGVVO

→ Nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO ist auf Ansprüche, mit denen geltend gemacht wird, dass die Bekl die KI durch die Registrierung der strittigen Domains gezielt behindern (Domaingrabbing) und durch deren Verwendung das Publikum in die Irre führen will, Marktortrecht anzuwenden. Bei Handlungen, die sich auf den Markt mehrerer Staaten auswirken, kann dies zu einer Beurteilung nach mehreren Rechten führen („Mosaikbetrachtung“). Faktisch setzt sich in einem solchen Fall bei unteilbaren Wettbewerbsverstößen das strengste Recht durch. Eine Ausweichklausel, die eine einheitliche Beurteilung ermöglichte, ist hier abweichend von Art 4 Abs 2 und 3 Rom II-VO nicht vorgesehen.

→ Anderes gilt dann, wenn die Wettbewerbshandlung „ausschließlich“ die Interessen eines bestimmten Mitbewerbers beeinträchtigt. Für diesen Fall verweist Art 6 Abs 2 Rom II-VO auf Art 4 Rom II-VO. Damit sind jedenfalls die dort vorgesehenen Ausweichklauseln (Abs 2 und 3) anwendbar. Nicht ganz klar ist demgegenüber, ob die Regelanknüpfung an den Erfolgsort (Art 6 Abs 2 iVm Art 4 Abs 1 Rom II-VO) im Ergebnis ohnehin dem Marktortprinzip iSd Art 6 Abs 1 Rom II-VO entspricht oder aber auf die (Haupt-)Niederlassung des beeinträchtigten Mitbewerbers verweist. Damit übereinstimmend hat der Senat den Sitz des behinderten Mitbewerbers als Erfolgsort iSd Art 5 Nr 3 EuGVVO gewertet.

→ Der auf Irreführung der Marktgegenseite gestützte Anspruch fällt jedenfalls unter Art 6 Abs 1 Rom II-VO. Er ist daher nach dem Recht jenes Staats zu beurteilen, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden. Wie beim Eingriff in ein Immaterialgüterrecht müsste der KI zumindest im Sicherungsverfahren deutlich zum Ausdruck bringen, dass er eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht nur für das Inland, sondern auch für andere Staaten geltend macht.

4. § 2 Abs 3 Z 1 UWG

→ Der lauterkeitsrechtliche Anspruch nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG (imitationsmarketing) setzt voraus,

ÖBl 2012/21

§§ 1, 2 Abs 3 Z 1, § 9 Abs 1 UWG; § 18 Abs 1 UGB; Art 4 Abs 1, Art 6, Art 8 Abs 1, Art 31 ff Rom II-VO; Art 1 Abs 2, Art 2 PVÜ; Art 5 Nr 3 EuGVVO; Art 297 Abs 1 AEUV; Art 3 Abs 3 RL 2000/31/EG

OGH 9. 8. 2011, 17 Ob 6/11 y (OLG Innsbruck 2 R 230/10 f; LG Feldkirch 6 Cg 188/10 z)

alcom-international.at