

# Die berufliche Sorgfalt bei irreführenden Geschäftspraktiken

## Anmerkung zu OGH 4 Ob 27/11s

Die Qualifikation einer Werbeaussage als irreführend veranlasste den OGH, dem EuGH eine Frage zur Interpretation von Art 5 RL-UGP vorzulegen. Im Folgenden wird untersucht, ob die Aussage tatsächlich irreführend und die Vorlage an den EuGH notwendig war.

### Die Vorlagefrage

Der OGH hat mit einem am 5. 7. 2011 gefassten Beschluss<sup>1)</sup> dem EuGH folgende – vom Autor in eigenen Worten wiedergegebene – Frage vorgelegt: Ist bei Vorliegen einer aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers irreführenden oder aggressiven Geschäftspraktik auch zu prüfen, ob das beanstandete Verhalten den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht oder ist die Prüfung dieses Tatbestandselements in diesem Falle unzulässig?

### Anlassfall

Die geklagte Partei, ein Schulschikurse organisierendes und vermittelndes Reisebüro, kündigte in einer Verkaufsbroschüre bestimmte Unterkünfte als „exklusiv“ an und erläuterte dies mit dem Hinweis, die betreffenden Hotels stünden in einem fixen Vertragsverhältnis zu ihr; kein anderer Reiseveranstalter biete in den genannten Zeiträumen Unterkunft in diesen Hotels an.

Die Richtigkeit dieser Zusagen suchte sie mit umfangreichem vertraglichem Instrumentarium abzusichern: Die Beherbergungsbetriebe waren verpflichtet, die vereinbarten Kontingente zur uneingeschränkten Verfügung der geklagten Partei zu halten. Ein Rücktrittsrecht und eine Vertragsstrafe sollten die Position der geklagten Partei festigen. Die geklagte Partei wählte die von ihr gebuchten Kontingente so, dass andere Reisegruppen in den Beherbergungsbetrieben keinen Platz finden würden.

Die klagende Partei – ebenfalls Betreiberin eines Reisebüros – reservierte zu einem späteren Zeitpunkt als ihre Kontrahentin in eben jenen Hotels Betten für dieselben Zeiträume. Kunden der klagenden Partei konnten daher Nächtigungen in diesen Beherbergungsbetrieben buchen.

Von dem damit verbundenen Vertragsbruch der Hotelbetriebe erfuhr die geklagte Partei freilich erst zu Beginn des Gerichtsverfahrens. Die klagende Partei beantragte, der geklagten Partei die Behauptung, bestimmte Unterkünfte würden von ihr exklusiv angeboten, zu verbieten.

### Gründe für die Vorlage

Der OGH war der Ansicht, dass die Behauptung der geklagten Partei objektiv falsch gewesen sei, weil Kunden der klagenden Partei Nächtigungen in denselben Hotels buchen konnten. Mit diesem falschen Hinweis zu werben sei eine aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers irreführende Geschäftspraktik.

Daher müsse geklärt werden, ob bei Vorliegen einer irreführenden Geschäftspraktik darauf einzugehen sei, ob das Verhalten den Erfordernissen der geschäftlichen Sorgfalt widerspricht.

### Verständnis der Verkehrskreise

Eine Antwort des EuGH auf die vom OGH gestellte Frage ist gewiss nicht uninteressant und wird vielleicht auch zur Lösung des einen oder anderen in der Zukunft auftauchenden Rechtsproblems beitragen.<sup>2)</sup> Zur Klärung des referierten Falles hätte man sie freilich nicht stellen müssen.

Berücksichtigt man nämlich, wie ein durchschnittlicher Vertreter der von der Werbeaussage betroffenen Verkehrskreise deren Inhalt versteht, gelangt man zu der Einsicht, dass dieser nicht irreführend ist. Da es keine Hinweise gibt, dass die Verkehrskreise über besondere Fähigkeiten oder außergewöhnliche Kenntnisse der für das Verständnis der Aussagen entscheidenden Fragen verfügten, wird man sich bei der Interpretation am Verständnis des durchschnittlichen Verbrauchers zu orientieren haben.

Der Durchschnittsverbraucher weiß, dass Reisebüros in der Regel keine Beherbergungsunternehmen betreiben. Jedenfalls aber rechnet er damit, dass ein Unternehmen, das sowohl eine angebotene Reise organisiert als auch die Unterkunft selbst betreibt, auf diese vertikale Integration besonders hinweist, weil sie nicht selbstverständlich und daher ein Alleinstellungsmerkmal des Anbieters ist. Verbraucher werden außerdem erwarten, dass eine Identität zwischen Reiseveranstalter und Betreiber des Beherbergungsunternehmens anhand gleicher oder ähnlicher Unternehmenskennzeichen erkennbar ist.

Aus diesen Gründen hält der Durchschnittsverbraucher aber die Ankündigung, der Aufenthalt in einem bestimmten Beherbergungsbetrieb sei „exklusiv“ bei einem bestimmten Anbieter zu buchen, nicht deshalb für richtig, weil der Reiseveranstalter das Beherbergungsunternehmen selbst betreibt, sondern vielmehr weil mit dem Beherbergungsunternehmen abgeschlossene Vereinbarungen den Reiseveranstalter zu diesen Behauptungen berechtigen. Dass der Durchschnittsverbraucher den Inhalt dieser Verträge nicht kennt und über deren Bedeutung keine genauen Vorstellungen haben wird, ändert nichts daran, dass er zumindest in laienhafter Weise erkennt, dass die beworbene „Exklusivität“ auch vom Verhalten eines Dritten, also des Beherbergungsunternehmens, abhängt.

2) Meistens widersprechen irreführende Geschäftspraktiken der beruflichen Sorgfalt. Darum ist die in dem geschilderten Verfahren aufgetauchte Rechtsfrage, wie ein Gericht vorzugehen hat, wenn es dies nicht ohne Weiteres annehmen kann, bisher unbeantwortet geblieben.

1) OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 27/11s.

Man darf zwar nicht unterstellen, dass der Durchschnittsverbraucher auf Werbung mit komplexen Gedankenoperationen reagiert. Das geschilderte Verständnis der untersuchten Werbebehauptung ergibt sich aber schon aufgrund einer eher oberflächlichen Einordnung des darin zum Ausdruck kommenden Sachverhalts. Die Schlussfolgerung, dass jemand, der sich auf die „Exklusivität“ der von ihm vermittelten Beherbergungsbetriebe beruft, dieses Angebot aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit diesen Beherbergungsbetrieben unterbreitet, liegt aus den genannten Gründen nahe.

Im konkreten Fall hatte die geklagte Partei ihre Ankündigung außerdem durch den Hinweis auf eben solche „fixen Vertragsverhältnisse“ mit den Hotelbetrieben erläutert.

Somit verstehen Durchschnittsverbraucher die Behauptung der „Exklusivität“ als Hinweis, dass die Kontingente der beworbenen Beherbergungsbetriebe den Kunden des Werbenden aufgrund eines Vertrages vorbehalten sind. Dieser Hinweis war aber zweifellos richtig.

### Schlussfolgerung

Die Werbebehauptung der geklagten Partei war daher nicht unwahr und erst recht nicht irreführend.

Die Gerichte hätten sich damit begnügen können, den Antrag der Klägerin aus diesem Grunde abzuweisen.

Da der EuGH die vom OGH gestellte Frage nun aber beantworten muss,<sup>3)</sup> werden wir immerhin erfahren, ob es irre-

3) Das im Vorabentscheidungsverfahren vorlegende Gericht allein hat zu prüfen, ob die Vorabentscheidung erforderlich und die vorgelegte Frage

führende Geschäftspraktiken gibt, die den Erfordernissen der geschäftlichen Sorgfalt entsprechen.

### Zusammenfassung

Der OGH hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob bei Vorliegen einer irreführenden Geschäftspraktik die Einhaltung der Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt zu prüfen ist. Zur Beurteilung des Anlassfalles hätte diese Frage jedoch nicht gestellt werden müssen, weil dieser ohne die Hilfe des EuGH zu lösen war. Der OGH hat nämlich die den Gegenstand des Verfahrens bildende Werbeaussage zu Unrecht als irreführend qualifiziert, wie eine Interpretation dieser Aussage anhand des Verständnisses der Verkehrskreise ergibt.

erheblich ist. Der Gerichtshof ist daher im Allgemeinen gehalten, zu antworten, zB EuGH 22. 6. 2006, C-419/04 RN 19, EuGH 18. 7. 2007, C-119/05 RN 43.



Foto: Fayer

#### Der Autor:

Mag. Andreas Kulka ist Rechtsanwalt in Wien. Er berät unter anderem Unternehmen in Fragen des Zivil-, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts.