

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

März 2020

02

49 – 96

## Beiträge

Anwendung der Speichermedienvergütung auf Cloud Storages

Philipp Homar ↻ 52

Sukzessionsschutz bei Markenlizenzen Hans-Georg Koppensteiner ↻ 57

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 63

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 65

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 69

Rechtsprechung des OLG Wien im Markenregisterverfahren ↻ 69

## Rechtsprechung

Bestattungsunternehmen – Benutzung Aufbahrungshalle nur  
bei Abnahme zusätzlicher Leistungen Andreas Kulka ↻ 70

LASK Auswärtspaket – Match-Werbung mit Vereinslogo  
Wendelin Moritz ↻ 72

Red Bull Farbmarken – Eindeutigkeit und Klarheit einer Farbmarke  
Manuel Wegrostek ↻ 76

Luftsofas – Musterverletzung durch gelbe Luftsofas David Plasser ↻ 82

Einputzleiste II – Ausmaß der Plastifizierung und Reihenfolge  
der Prozessschritte Johannes Strobl ↻ 85

Bayer Pharma – Schadenersatz nach Aufhebung einstweiliger  
Maßnahmen Michael Horak ↻ 88

Maria J. – Fotozitat in der Medienkritik Lothar Wiltschek ↻ 92

# Rechtsprechung

Reinhard Hinger

ÖBI 2020/19

§ 1 Abs 1 Z 1  
UWG;  
NÖ Bestattungsg  
2007

OGH 28. 5. 2019,  
4 Ob 248/18 a,  
ECLI:AT:  
OGH0002:2019:  
00400B00248.  
18A.0528.000

Bestattungs-  
unternehmen

## → Benutzung der Aufbahrungshalle nur bei der Abnahme von zusätzlichen Leistungen

Wenn die öffentliche Hand die Einhaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen davon abhäng-

ig macht, dass zusätzliche entgeltliche Leistungen abgenommen werden, handelt sie unlauter.

### Sachverhalt:

Die Bekl, ein Bestattungsunternehmen, steht zu 99% im Eigentum der Holdinggesellschaft einer Stadt, die übrigen Anteile gehören dieser Stadt selbst. Die Bekl verwaltet auch den städtischen Friedhof, auf dem sich die einzige Aufbahrungshalle der Stadt befindet, deren Eigentümerin die Bekl ist und deren Instandhaltungskosten die Bekl trägt.

Auch die Kl betreibt ein Bestattungsunternehmen und nützt dazu den Friedhof und die Aufbahrungshalle, wofür die Bekl der Kl die gesetzlich vorgesehenen Gebühren vorschreibt. Zusätzlich knüpft die Bekl die Nutzung der Aufbahrungshalle auch daran, dass die Kl weitere Leistungen der Bekl in Anspruch nimmt, wie die Bereitstellung der Halleneinrichtung und eines Mitarbeiters, der die Tonanlage bedient und die Aufbahrungshalle öffnet und schließt. Für diese Leistungen ist ein separates Entgelt zu zahlen. Ist die Kl dazu nicht bereit, verweigert ihr die Bekl den Zugang zur Aufbahrungshalle.

Die Kl begehrt von der Bekl, es zu unterlassen, ihre Sonderstellung bei der Friedhofsverwaltung dadurch zur Förderung eigenen Wettbewerbs zu missbrauchen, dass der Kl für die Nutzung der Aufbahrungshalle die Bestellung von Leistungen abverlangt wird.

Der OGH bestätigte das stattgebende Urteil des BerG.<sup>1)</sup>

### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Während das hoheitliche Handeln der öffentlichen Hand einer lauterkeitsrechtlichen Nachprüfung entzogen ist, unterliegt ihre privatrechtliche unternehmerische Betätigung [...] den Regeln des Wettbewerbsrechts (RIS-Justiz RS0077512; RS0077443). Dabei ist den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich aus der Stellung der öffentlichen Hand ergeben. Eine privatwirtschaftlich tätig werdende öffentlich-rechtliche Körperschaft darf nicht jene Machtmittel, die ihr die

öffentlich-rechtliche Stellung gibt, zur Förderung ihres privaten Wettbewerbs ausnützen (RS0077430; RS0077436). Unlauter ist insb die Verquickung amtlicher Pflichten mit erwerbswirtschaftlichen Interessen (RS0053259; 4 Ob 24/95<sup>2)</sup>; 4 Ob 21/04 y). Das gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand – wie hier – nicht unmittelbar, sondern in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts tätig wird (4 Ob 72/02 w<sup>3)</sup>).

2.1. Die Bekl besorgt einerseits die dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnende Friedhofsverwaltung, andererseits betreibt sie im Rahmen privatwirtschaftlicher Betätigung ein Bestattungsunternehmen. Sie gesteht in ihrer Rev zu, die vertraglichen Bedingungen über die verrechneten „Zusatzleistungen“ im Rahmen ihrer Privatautonomie abzuschließen. Damit unterliegt die beanstandete Vertragsgestaltung mit ihren Kunden einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle.

2.2. Anderes gilt für den Betrieb und die Zurverfügungstellung der Aufbahrungshalle. Nach § 23 Abs 1 NÖ Bestattungsg sind Betreiber von Friedhöfen und Krematorien (von einer hier nicht vorliegenden Ausnahme abgesehen) verpflichtet, eine Aufbahrungshalle oder eine Leichenkammer zu betreiben. Bedient sich eine Gemeinde für den Betrieb einer Aufbahrungshalle oder Leichenkammer eines Dritten, ist dieser verpflichtet, die Nutzung für alle Berechtigten zur Aufbahrung von Leichen zuzulassen. Aufgrund dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ist die von der Bekl aufgeworfene Frage, ob sie auch nach der „essential facility doctrine“ (vgl RS0126128) zur Überlassung der Aufbahrungshalle verpflichtet wäre, ohne Relevanz.

### [Ausweichen in andere Gemeinden?]

Die Bekl bestreitet daher zu Unrecht ihre Monopolstellung mit dem untauglichen Argument, es sei dem Kl auch möglich, seine Leistungen „in anderen Gemeinden“ anzubieten: Als Eigentümerin der einzigen Auf-

1) OLG Wien 28. 9. 2018, 1 R 78/18 z.  
2) *Städtische Bestattung*, ÖBI 1996, 80.  
3) *Therme L*, ÖBI 2003/63.

Zwar durfte nicht nur das städtische Bestattungsunternehmen die städtische Aufbahrungshalle nutzen, sondern auch ein privates; jedoch war die Benutzung davon abhängig, dass auch zusätzliche entgeltliche Leistungen abgenommen werden.

bahrungshalle der Stadt ist jedes Bestattungsunternehmen bei einer Sargbestattung in dieser Stadt auf diese Halle angewiesen (§ 13 Abs 1 NÖ BestattungsgG). Ob es sich gegenüber der Kl um eine Leistung der „Daseinsvorsorge“ handelt, ist dafür nicht entscheidend. Ebenso wenig kann eine zumutbare Alternative bereits deswegen bejaht werden, weil die Kl ihre Tätigkeit in anderen Gemeinden ungehindert anbieten kann (vgl zu alldem jüngst 4 Ob 13/18 t, *Flughafentaxi*).

**2.3.** § 35 Abs 1 Z 3 iVm § 37 Abs 1 NÖ BestattungsgG bestimmen, dass Gemeinden berechtigt sind, für die Benützung der Aufbahrungshalle eine bescheidmäßig festzusetzende Gebühr vorzusehen. [...] Damit ist aber eine Einordnung der Überlassung der Halle als privatwirtschaftliche Tätigkeit ausgeschlossen (vgl VwGH 2006/15/0220). Ein dem Privatrecht unterliegendes Entgelt darf nur für darüber hinausgehende Leistungen eingehoben werden (§ 35 Abs 2 NÖ BestattungsgG).

**3.1.** Die Bekl macht die Überlassung der Aufbahrungshalle davon abhängig, dass die Kl gleichzeitig einen Vertrag über „zusätzliche“ Leistungen schließt. [...]

**3.2.** Koppelungsangebote sind nach neuerer Rsp des Senats nur bei Hinzutreten besonderer Umstände unlauter, so etwa bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (4 Ob 129/13 v, *Tonträger-Edition*<sup>4)</sup>; 4 Ob 84/12 z, *Hahnenkamm-Gewinnspiel*<sup>5)</sup>). Das kann auch bei der öffentlichen Hand der Fall sein (vgl § 5 Abs 1 Z 4 KartG 2005; 4 Ob 41/08 w, *Wiener Zeitung II*<sup>6)</sup>).

**3.3.** Die öffentliche Hand handelt dann unlauter, wenn sie die Einhaltung ihrer im öffentlichen Recht

vorgesehenen Verpflichtungen (hier: § 23 Abs 1 NÖ BestattungsgG) davon abhängig macht, dass bei einem von ihr betriebenen Unternehmen zusätzliche Leistungen abgenommen werden (vgl *Koos in Fezer/Büscher/Obergfell*, dt UWG<sup>3</sup>, Wettbewerb der öffentlichen Hand Rz 40; *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, dt UWG<sup>37</sup> § 3 a Rz 2.58; *Ohly in Ohly/Sosnitza*, dt UWG<sup>7</sup> Kapitel D Rz 46). Darin liegt ein Missbrauch ihrer öffentlich-rechtlichen Machtmittel und eine unzulässige Verquickung amtlicher Pflichten mit erwerbswirtschaftlichen Interessen. [...]

**3.5.** Die Bekl kann sich auch nicht auf § 35 Abs 2 NÖ BestattungsgG berufen. Diese Norm regelt die Zulässigkeit eines Entgelts für zusätzliche Leistungen, gibt der Bekl aber keine Handhabe, die Abnahme solcher Leistungen zur Bedingung für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten zu machen.

**3.6.** Offen bleiben kann, ob das Hinzutreten im öffentlichen Interesse gelegener besonderer Gründe eine derartige Praxis rechtfertigen oder zumindest vertretbar erscheinen lassen könnte (so etwa BGH KZR 30/00 MittBayNot 2003, 161), weil die Bekl nichts in diese Richtung vorgebracht hat. Sie steht vielmehr selbst auf dem Standpunkt, die von ihr verrechneten zusätzlichen Leistungen seien „keine Leistungen, die mit einer zweckbestimmten Benützung der Aufbahrungshalle verbunden sind“. Die von der Bekl allein ins Treffen geführte Privatautonomie ist jedenfalls keine sachliche Rechtfertigung für den ausgeübten Abnahmepressur.

4) ÖBl 2014/4 (*Witschek*).

5) ÖBl 2013/6.

6) ÖBl-LS 2008/156.

## Anmerkung:

Friedhöfe und das Bestattungswesen waren bereits einige Male Gegenstand lauterkeitsrechtlicher Auseinandersetzungen.<sup>7)</sup> In allen Fällen ging es dabei auch um die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Verhaltens der öffentlichen Hand.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass hoheitliches Handeln einer lauterkeitsrechtlichen Nachprüfung grundsätzlich entzogen ist. Nach der Rsp des OGH kann daher der Umstand, dass die (als Behörde agierende) Friedhofsverwaltung Bestattungstermine an Bestattungsunternehmen nicht immer gleich schnell vergibt – und dabei (wie beanstandet wurde) das gemeindeeigene Bestattungsunternehmen unter Umständen bevorzugt behandelt – nicht Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs nach dem UWG sein.<sup>8)</sup>

Die in den Formen des Privatrechts ausgeübte unternehmerische Tätigkeit öffentlicher Rechtsträger unterliegt jedoch den Regeln des Wettbewerbsrechts.<sup>9)</sup>

Dabei kann die öffentliche Hand im Rahmen ihrer privatwirtschaftlich ausgeübten Tätigkeit in angemessener Weise auf ihr zur Verfügung stehende spezifische Mittel zugreifen.<sup>10)</sup> Von unlauterem Verhalten der öffentlichen Hand ist erst auszugehen, wenn besondere Umstände hinzutreten. Dies ist insb regelmäßig der Fall, wenn die öffentlich-rechtliche Sonderstellung

zur Förderung des Absatzes eigener oder fremder Produkte missbraucht wird.<sup>11)</sup> Diese Sonderstellung kann ua darin liegen, dass das Gesetz der öffentlichen Hand besondere Befugnisse einräumt<sup>12)</sup> oder dass eine gesetzlich geregelte Sonderstellung der öffentlichen Hand mit besonderen wirtschaftlichen Möglichkeiten verbunden ist.<sup>13)</sup> Verallgemeinernd wird vom Bestehen

7) OGH 4 Ob 24/95, *Städtische Bestattung*, ÖBl 1996, 80; 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04 y. Auch die E OGH 27. 5. 1997, 4 Ob 79/97 i steht im Zusammenhang mit dem Friedhof: Bekl war in diesem Fall ein städtischer Friedhofsgärtnereibetrieb. Da sich jedoch der OGH aufgrund der Formulierung des Unterlassungsbegehrens nicht mit den spezifischen Fragen, die sich bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand stellen, beschäftigt hat, wird diese E an dieser Stelle nicht näher thematisiert.

8) Ua diese Frage war Gegenstand der E OGH 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04 y.

9) RIS-Justiz RS0077512.

10) OGH 4 Ob 124/99 k, *Forstpflanzen II*, ÖBl 2000, 28.

11) OGH 4 Ob 50/89, *PSK*, ÖBl 1990, 55 = *ecolex* 1990, 99 = GRUR Int 1991, 309 = ÖBA 1990, 129 = wbl 1990, 113.

12) Als Beispiel kann die Konstellation der vorliegenden E dienen: Die für die Berechtigten zu öffnende Aufbahrungshalle, für deren Nutzung überdies eine Gebühr vorgesehen ist, befindet sich im Eigentum einer von der öffentlichen Hand kontrollierten Gesellschaft.

13) Ein Beispiel ist der Sachverhalt, der der E OGH 4 Ob 124/99 k, *Forstpflanzen II*, ÖBl 2000, 28 zugrunde lag: In diesem Fall bediente sich das Land Kärnten der Bezirksforstinspektionen und der örtlichen Förster, um aus den von ihm betriebenen Landesforstgärten stammende Forstpflanzen zu vertreiben. Der OGH sah darin einen missbräuchlichen Wettbewerbsvorteil, weil privaten Anbietern ein derartiges Vertriebsnetz nicht zur Verfügung steht. Die Informationen, über die die Förster durch ihren regelmäßigen Kontakt mit



besonderer „Machtmittel“ der öffentlichen Hand gesprochen.<sup>14)</sup>

#### Einzelfallbezogene Abgrenzungen

Ein solcher Missbrauch hoheitlicher Machtstellung kann sich ua durch die Verknüpfung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen, durch das Herbeiführen einer psychischen Zwangslage oder durch die Ausübung sachwidrigen Drucks ergeben.<sup>15)</sup>

Keinen derartigen Missbrauch hoheitlicher Befugnisse bzw wirtschaftlicher Möglichkeiten hat der OGH bisher darin gesehen, dass eine öffentliche Aufgaben wahrnehmende Friedhofsverwaltung und ein sich in städtischer Hand befindendes Bestattungsunternehmen sowohl organisatorisch als auch personell miteinander verflochten sind.<sup>16)</sup> Der Umstand allein, dass das Personal der Friedhofsverwaltung auch die Geschäfte eines städtischen Bestattungsunternehmens führt und dass beide Einrichtungen die gleichen Büro- und Betriebsräume nützen, bildet somit nach Ansicht des OGH noch kein unlauteres Verhalten.

Ein städtisches Bestattungsunternehmen darf auch den Bediensteten der Gemeinde Sonderkonditionen ankündigen und gewähren. Damit nützt die öffentliche Hand nämlich noch nicht Machtmittel, die ihr nur aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen. Denn Preisnachlässe – auch solche für nach bestimmten Kriterien festgelegte Personengruppen – sind gerade für die Privatwirtschaft typische Mittel, um sich um die Nachfrage auf dem Markt zu bewerben.<sup>17)</sup>

Die Grenze zur Unterlauterkeit sah der OGH aber in Konstellationen als überschritten an, in denen in werblichen Ankündigungen der Anschein erweckt wurde, dass das städtische Bestattungsunternehmen in behördlicher Funktion handelt oder dass die Bestattung und die Friedhofsverwaltung eine Einheit bilden.<sup>18)</sup>

Diesen Sachverhalt hat der OGH in einer ersten Entscheidung jedoch zunächst nur unter dem Gesichtspunkt der Irreführung geprüft, sodass er nur einen Verstoß gegen § 2 UWG festgestellt<sup>19)</sup> hat. Demgegenüber scheint das HöchstG in einem späteren, ganz ähnlichen Fall (auch) von einem Missbrauch von Machtmitteln und somit von einem Verstoß gegen die Generalklausel des § 1 UWG auszugehen.<sup>20)</sup>

Bei der Beurteilung des vorliegenden Falls ist zunächst davon auszugehen, dass Betreiber von Friedhöfen gem § 23 NÖ Bestattungsg in Allgemeinen ver-

pflichtet sind, eine Aufbahrungshalle oder eine Leichenkammer zu betreiben. Bedient sich eine Gemeinde – wie hier – beim Betrieb der Aufbahrungshalle eines Dritten, ist dieser verpflichtet, die Nutzung für alle Berechtigten zur Aufbahrung von Leichen zuzulassen.

Da der Betrieb einer Aufbahrungshalle selbstverständlich auch Kosten verursacht, kann für die Benützung der Aufbahrungshalle eine nach begonnenen Tagen zu berechnende besondere Gebühr festgesetzt werden (§ 37 Abs 1 NÖ Bestattungsg).

Die Bekl habe, so der OGH, zu Unrecht ihre Monopolstellung bestritten, weil sie Eigentümerin der einzigen Aufbahrungshalle der Stadt ist, sodass alle anderen Bestattungsunternehmen auf sie angewiesen sind. Mit dem an dieser Stelle gewählten Begriff „Monopolstellung“ ist eben jene Machtstellung angesprochen, deren Missbrauch zu einem Unterlassungsanspruch führen kann.

Die Bekl hat dadurch, dass sie (über die der Kl ohnedies vorgeschriebene Gebühr hinaus) auch die Abnahme von Leistungen des städtischen Bestattungsunternehmens zu einer Bedingung für die Nutzung der Aufbahrungshalle machte,<sup>21)</sup> tatsächlich die ihr aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen zur Verfügung stehenden Mittel in einer den Wettbewerb für sie positiv beeinflussenden Weise eingesetzt.

Dass der OGH darin einen Missbrauch gesehen und diese Praxis als unlauter qualifiziert hat, stößt daher auf keine Bedenken.

*Andreas Kulka, Rechtsanwalt,  
Kulka.Law, Wien*

Waldbesitzern verfügen, können nach Ansicht des OGH diesen Wettbewerbsvorteil zusätzlich verstärken.

14) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 390.

15) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 390f.

16) OGH 4 Ob 24/95, *Städtische Bestattung*, ÖBl 1996, 80; 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04y.

17) OGH 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04y.

18) OGH 4 Ob 24/95, *Städtische Bestattung*, ÖBl 1996, 80; 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04y.

19) OGH 4 Ob 24/95, *Städtische Bestattung*, ÖBl 1996, 80.

20) OGH 16. 3. 2004, 4 Ob 21/04y. Der Verstoß gegen § 1 UWG wird in dieser E jedoch auch mit einem Verstoß gegen Landesregeln begründet, weil die Vermischung von hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit den Landesregeln der Bestattungsunternehmen widerspricht.

21) Der OGH verweist dazu auch auf die E des VwGH 4. 2. 2009, 2006/15/0220: Demnach ist es unzulässig, statt die gesetzlich vorgesehene Gebühr mit Bescheid vorzuschreiben, ein privatrechtliches Nutzungsentgelt zu verrechnen, und zwar auch dann, wenn dabei die Höhe der Gebühr nicht überschritten wird.

