

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

Jänner 2020

01

1 – 48

## Beiträge

MedKF-TG: „Konkretes Informationsbedürfnis“ und  
mögliche Sanktionen *Andreas Kulka* ↻ 4

Kennzeichnungspflicht im Influencer-Marketing *Adrian Kubat* ↻ 8

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 17

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 19

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 26

Rechtsprechung des OLG Wien im Markenregisterverfahren ↻ 27

## Leitsätze

Nr 1 – 5 ↻ 28

## Rechtsprechung

Magnum Double – Neue Judikatur zum Eis am Stiel

*Thomas Rauch* ↻ 32

Shop Apotheke – Mindestbreite 90 Pixel *Veronika Appl* ↻ 38

Draußen bleiben – Politische Collage mit ausgeschnittenen

Zeitungsfotos *Johann Guggenbichler* ↻ 41

## Bericht

Streit um Geheimnisse *Mary-Rose McGuire und Alexander Zojer* ↻ 44

Mit Jahres-  
register 2019!

# MedKF-TG: „Konkretes Informationsbedürfnis“ und mögliche Sanktionen

ÖBI 2020/2

§ 3 a MedKF-TG;  
§ 1 UWG;  
§ 153 StGB

Medientransparenz;  
Medienkooperationen;  
Rechtsbruch

Welche finanziellen Mittel öffentliche Rechtsträger für werbliche Maßnahmen aufwenden, ist immer wieder Gegenstand medialen Interesses und nicht selten auch von Kritik. Obwohl das Medienkooperations- und -förderungs-Transparenzgesetz (MedKF-TG) selbst für Verstöße gegen inhaltliche Regelungen keine Sanktionen vorsieht, hält die Rechtsordnung dennoch Sanktionsmöglichkeiten bereit.

Von **Andreas Kulka**

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zulässigkeit von Medienkooperationen
  - 1. Konkretes Informationsbedürfnis
  - 2. Begründung für eine restriktive Auslegung; Orientierung am Verständnis durchschnittlicher Rezipienten
  - 3. Richtlinien gem § 3 a Abs 2 MedKF-TG
  - 4. Schlussfolgerungen für den Begriff des konkreten Informationsbedürfnisses
- C. Sanktionierung außerhalb des MedKF-TG?
  - 1. Beurteilung anhand wettbewerbsrechtlicher Normen und Einwände dagegen
  - 2. Handeln im geschäftlichen Verkehr?
  - 3. Subsumtion unter § 1 UWG, Prüfung der Passivlegitimation
  - 4. Spürbarer Gesetzesverstoß und möglicher Einwand einer vertretbaren Rechtsansicht
  - 5. Wertungswiderspruch mangels spezifischer Sanktionierung im MedKF-TG?
  - 6. Strafrechtliche Aspekte
- D. Zusammenfassung

## A. Einleitung

Mit dem MedKF-TG hat der Gesetzgeber ab 1. 7. 2012 geltende Regeln erlassen, nach denen „Medienkooperationen“ zwischen bestimmten Rechtsträgern, die der Rechnungshofkontrolle unterliegen<sup>1)</sup> (im Folgenden der Kürze wegen nur „Rechtsträger“ genannt), und Medienunternehmen zu gestalten sind.<sup>2)</sup> Der Gesetzgeber versteht idZ unter Medienkooperationen insb audiovisuelle Kommunikation und entgeltliche Veröffentlichungen (also va Inserate in Tageszeitungen<sup>3)</sup>). Immer wieder – insb nach Veröffentlichung der Berichte der gem §§ 2–5 MedKF-TG zuständigen KommAustria bzw nach medialer Berichterstattung über den Inhalt dieser Berichte – lösen derartige Medienkooperationen auch öffentliche Diskussionen über den Sinn und den Missbrauch insb von „Regierungsinseraten“ aus.

Das MedKF-TG enthält zwar (durchaus strenge) Regeln, nach denen sich der Inhalt von Medienkooperationen zu richten hat. Sanktionen für Verstöße gegen

diese Regeln sind im MedKF-TG selbst jedoch nicht vorgesehen. Die im MedKF-TG genannten Strafen betreffen vielmehr nur Verstöße gegen die im Gesetz ebenfalls vorgesehenen Bekanntgabepflichten, auf die hier nicht eingegangen wird.

Im Folgenden soll – auf bestehende Veröffentlichungen zu diesem Thema zurückgreifend – zunächst versucht werden, dem in § 3 a des MedKF-TG erwähnten Begriff des „konkreten Informationsbedürfnisses der Allgemeinheit“ einen spezifischen Inhalt zu geben. Auf das aus Sicht des Verfassers weniger praktische Hürden schaffende weitere Kriterium für die Zulässigkeit, das des inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Wirkungsbereich des jeweiligen Rechtsträgers, wird nicht speziell eingegangen. Sodann soll untersucht werden, ob unsere Rechtsordnung für gesetzwidrige Veröffentlichungen Sanktionen vorsieht, obwohl solche im MedKF-TG nicht explizit genannt sind.

## B. Zulässigkeit von Medienkooperationen

### 1. Konkretes Informationsbedürfnis

Gem § 3 a Abs 1 MedKF-TG sind Inserate von Rechtsträgern nur zulässig, wenn sie der Deckung eines konkreten Informationsbedürfnisses der Allgemeinheit dienen, das in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Wirkungsbereich des jeweiligen Rechtsträgers steht.<sup>4)</sup> Das Gesetz nennt als Beispiele für die Deckung

1) Der für die inhaltliche Gestaltung von Medienkooperationen maßgebende § 3 a MedKF-TG gilt für Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden mit mind 10.000 Einwohnern), deren Stiftungen, Fonds und öffentlich-rechtliche Körperschaften, für Sozialversicherungsträger und für Unternehmen, soweit diese „weit überwiegend Leistungen für die Verwaltung des Bundes, der Länder, der Gemeinden oder Gemeindeverbände erbringen“.

2) Medienkooperations- und -förderungs-Transparenzgesetz (MedKF-TG) BGBl I 2011/125 idF BGBl I 2018/32.

3) Im Folgenden wird der Oberbegriff „Medienkooperationen“ verwendet.

4) § 3 a Abs 1 MedKF-TG lautet: „Audiovisuelle Kommunikation und entgeltliche Veröffentlichungen von in Art 126 b Abs 1 und 3, Art 126 c, Art 127 Abs 1 und 4 und Art 127 a Abs 1 und 4 B-VG angeführten Rechtsträgern haben ausschließlich der Deckung eines konkreten Informationsbedürfnisses der Allgemeinheit zu dienen, das in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Wirkungsbereich des jeweiligen Rechtsträgers steht. Darunter fallen insb Informationen zur Rechtslage sowie Handlungs- oder Verhaltensempfehlungen und Sachinformationen. Audiovisuelle Kommunikation oder entgeltliche Veröffentlichungen, die keinen konkreten Bezug zur De-

des konkreten Informationsbedürfnisses „*Informationen zur Rechtslage*“ und „*Handlungs- oder Verhaltensempfehlungen und Sachinformationen*“ (§ 3 a Abs 1 MedKF-TG).

Diese Beispiele helfen zwar bei der Interpretation des Begriffs des konkreten Informationsbedürfnisses, reichen allein aber noch nicht aus, um hieraus verallgemeinerbare Schlussfolgerungen für den Begriffsinhalt zu ziehen.

## 2. Begründung für eine restriktive Auslegung; Orientierung am Verständnis durchschnittlicher Rezipienten

Bei der Anwendung des § 3 a Abs 1 MedKF-TG ist aus Sicht des Verfassers jedenfalls ein strenger Maßstab anzusetzen, weil schon die sprachliche Struktur der Norm dies nahelegt.<sup>5)</sup> Auch der Normzweck spricht für ein sehr **enges Verständnis**, geht es doch bei den Regelungen des MedKF-TG letztlich um die Gebarung von Verwaltungsorganen, sodass insb die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit<sup>6)</sup> zu berücksichtigen sind. Und schließlich ist ein restriktives Verständnis auch deshalb angezeigt, weil die im MedKF-TG nun geregelten Medienkooperationen vor Inkrafttreten des MedKF-TG gesetzlich nicht geregelt waren. Die Zulässigkeit derartiger Medienkooperationen war also bis zu ihrer ausdrücklichen Regelung im MedKF-TG zumindest fraglich.<sup>7)</sup> Vor diesem Hintergrund muss man dem Gesetzgeber unterstellen, dass er keinen großen Anwendungsbereich für Medienkooperationen, sondern vielmehr ein mit den Grundsätzen der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit vereinbares Regime schaffen wollte.

Ob ein konkretes Informationsbedürfnis durch eine Medienkooperation gestillt wird, ist wohl aus Sicht eines **durchschnittlichen Rezipienten** zu beurteilen.<sup>8)</sup> Es sind also kein spezielles Wissen der Adressaten, aber auch keine spezifischen (Informations)Bedürfnisse zugrunde zu legen, Letzteres freilich mit der Einschränkung, dass auch das Informationsbedürfnis einer anhand genereller Kriterien bestimmbarer Personengruppe – also auch eines bestimmten, näher umschriebenen, Teils der Allgemeinheit – genügt.<sup>9)</sup>

## 3. Richtlinien gem § 3 a Abs 2 MedKF-TG

Da sowohl der Ausdruck „*konkretes Informationsbedürfnis der Allgemeinheit*“ als auch die Begriffe „*Sachinformationen*“ und „*Handlungs- oder Verhaltensempfehlungen*“ einen interpretatorischen Spielraum ermöglichen, hat der Gesetzgeber in § 3 a Abs 2 MedKF-TG die BReg und die LReg ermächtigt, Richtlinien über die inhaltliche Gestaltung von Medienkooperationen zu erlassen. Aus den für derartige Richtlinien in § 3 a Abs 2 weiters aufgestellten Kriterien lässt sich zusätzliches Material für die Interpretation der in Abs 1 genannten Begriffe gewinnen.

Gem § 3 a Abs 2 MedKF-TG haben diese Richtlinien ua Kriterien zur Beurteilung zu enthalten, ob durch die Medienkooperation **Sachinformationen** bereitgestellt werden, aus denen die Adressaten „*einen gewissen Vorteil*“ ziehen können. Dieser **Vorteil** kann

sich nach dem Gesetzeswortlaut insb daraus ergeben, dass auf bestimmte gemeinnützige Angebote hingewiesen oder Verhaltensweisen nahe gelegt werden, die mittelbar und unmittelbar Vorteile bringen.

## 4. Schlussfolgerungen für den Begriff des konkreten Informationsbedürfnisses

Aus diesem Gesetzeswortlaut schließt *Kogler* zu Recht, dass Informationen, die für den Durchschnittsadressaten zwar neu, interessant oder gar belustigend sein mögen, aber keinen zumindest mittelbaren Vorteil bringen, indem sie zB zur Bewältigung, Vereinfachung oder Unterstützung im täglichen Leben beitragen, nicht ausreichen, um einem Informationsbedürfnis der Allgemeinheit zu dienen.<sup>10)</sup> Es kommt vielmehr auf die – aus objektiver Sicht zu beurteilende – **Verwertbarkeit der Information** zu den im Gesetz genannten oder diesen auf der Basis einer wertenden Betrachtung äquivalenten Zwecken an. In diesem Sinne als unzulässig sind daher Inserate anzusehen, deren Inhalt sich darauf beschränkt, die Tätigkeit eines Organs oder einer Verwaltungseinheit mehr oder weniger allgemein darzustellen.<sup>11)</sup>

Der Gesetzgeber dürfte nämlich (mit Recht) davon ausgehen, dass Rechtsträger iSd MedKF-TG in der Lage sind, der Bevölkerung mit Hilfe der Massenmedien zumindest einen allgemeinen Überblick über ihre Tätigkeit zu verschaffen, ohne dabei entgeltliche Medienkooperationen eingehen zu müssen. Somit decken insb bloß allgemein gehaltene oder gar emotional aufgeladene, plakative **Aussagen über die Tätigkeit** von Rechtsträgern kein Informationsinteresse, zumal in derartigen Fällen idR ein unmittelbarer oder mittelbarer Vorteil für den Adressaten fehlen wird.<sup>12)</sup> →

*ckung eines Informationsbedürfnisses aufweisen und ausschließlich oder teilweise lediglich der Vermarktung der Tätigkeit des Rechtsträgers dienen, sind unzulässig.“*

- 5) Dieser Schluss lässt sich daraus ziehen, dass der Gesetzgeber den Ausdruck „ausschließlich“ verwendet, offenbar um nachdrücklich klarzustellen, dass die Norm – die ja semantisch gesehen auch ohne dieses Wort auskäme – restriktiv zu verstehen ist. Der normative Inhalt wäre ohne das Wort „ausschließlich“ der gleiche; somit ist dieses ein Signal für den Rechtsanwender, die Norm besonders eng auszulegen. Auch dass im letzten Satz des § 3 a Abs 1 der Sinngehalt der Norm – ex negativo – mehr oder weniger wiederholt und damit noch einmal zusätzlich betont wird, spricht dafür. Für einen strengen Maßstab auch *Gerhartl*, Inhaltliche Vorgaben im Medientransparenzgesetz, *ecolex* 2013, 568 (570).
- 6) Vgl va Art 119 a, 120 c, 126 b, 127 und 127 a B-VG.
- 7) Mangels spezieller gesetzlicher Grundlage war vor Inkrafttreten des MedKF-TG für die Frage der Zulässigkeit von Medienkooperationen entscheidend, ob diese für die Tätigkeit des betreffenden Rechtsträgers erforderlich waren und daher (noch) als Vollziehung der Gesetze im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit angesehen werden konnten. Aus Sicht des Verfassers könnte die Einführung des MedKF-TG daher durchaus zu einer Liberalisierung und nicht zu einer restriktiveren Rechtslage geführt haben.
- 8) *Kogler*, Werbebeschränkungen für öffentliche Einrichtungen. Ist § 3 a MedKF-TG totes oder gelebtes Recht? *ÖJZ* 2014, 533.
- 9) Vgl § 3 a Abs 2 MedKF-TG. So wären bspw Informationen über Förderungen oder Sozialleistungen, die definitionsgemäß nur einer (nach allgemeinen Kriterien bestimmbarer) Personengruppe, aber nicht der Allgemeinheit als solcher, zustehen, zweifellos zulässig.
- 10) *Kogler*, Wussten Sie (trotz § 3 a MedKF-TG) schon, dass ..., *ZIIR* 2016, 265 („Die bloße Wissensvermehrung hingegen [...] reicht [...] nicht aus.“).
- 11) Beispiele für solche Inserate sind häufig, und viele davon finden sich bei *Kogler*, *ZIIR* 2016, 265 und *Kogler*, (Unnütze und nützliche) Sachinformation oder (untersagte) Imagepflege, *ZIIR* 2019, 17.
- 12) Man denke etwa an Aussagen wie „Wir schützen Österreich“, „Die Soldatinnen und Soldaten gehen bis an ihre Grenzen. [...] Bei jedem Wetter, Rund um die Uhr, 365 Tage im Jahr“ über die Tätigkeit

Umgekehrt ist aber das konkrete Informationsbedürfnis nach Ansicht des Verfassers nicht per se schon dann zu bejahen, wenn der Inhalt von Medienkooperationen einen gewissen Vorteil für die Adressaten zu bringen geeignet ist. Es ist nämlich stets im Einzelfall zu prüfen, ob ein **nachvollziehbares Bedürfnis** der Adressaten nach **Information** besteht, was aber zB dann zu verneinen ist, wenn die betreffenden Informationen bereits über andere allgemein verfügbare Quellen zugänglich sind und der Durchschnittsadressat bzw der durchschnittliche Vertreter der spezifisch angesprochenen Adressatengruppe zu diesen Quellen idR Zugang hat.

Ein **konkretes Informationsbedürfnis** fehlt mit anderen Worten also auch dann, wenn die Information bereits ausreichend bekannt ist. Zu fragen ist also immer zunächst, ob ein Informationsbedürfnis besteht, weil die Allgemeinheit (oder eine spezifische Gruppe) über die Inhalte einer Medienkooperation ansonsten nicht oder nicht ausreichend informiert würde. Ist dies zu bejahen, ist – was mit dem semantisch nicht unbedingt erforderlichen Wort „konkret“ in dem Begriff des „konkreten Informationsbedürfnisses“ gewissermaßen Anklang zu finden scheint – zu prüfen, ob die Information auch mit einem gewissen Vorteil für die Adressaten verbunden ist.

Ausgehend von dem hier vertretenen restriktiven Begriffsverständnis ist daher eine Medienkooperation nur dann zulässig, wenn sie eine ansonsten wohl weiter bestehende **Informationslücke** füllt und für Adressaten mit einem gewissen Vorteil verbunden ist, der sich daraus ergibt, dass er Informationen zu den im Gesetz genannten oder diesen auf der Basis einer wertenden Betrachtung äquivalenten Zwecken erhält.

Nicht wenige der Medienkooperationen, die uns regelmäßig in Printmedien begegnen, dürften daher im Lichte des § 3 a MedKF-TG bedenklich sein.<sup>13)</sup>

### C. Sanktionierung außerhalb des MedKF-TG?

#### 1. Beurteilung anhand wettbewerbsrechtlicher Normen und Einwände dagegen

Daher stellt sich die Frage, ob außer möglichen politischen Konsequenzen auch juristische Folgen eines Verstoßes gegen § 3 a MedKF-TG in Betracht kommen.

Da das MedKF-TG **keine Sanktionen** für Verstöße gegen das beschriebene Sachinformationsgebot vorsieht, ist dabei zunächst zu fragen, ob der Gesetzgeber tatsächlich eine *lex imperfecta* erlassen wollte oder ob nicht vielmehr ohnedies bereits in der Rechtsordnung vorgegebene Sanktionssysteme bestehen.

Etwas überraschend ist, dass es dazu, soweit ersichtlich, noch keine näher begründeten literarischen Stellungnahmen gibt. Denn immerhin wird die Möglichkeit von wettbewerbsrechtlichen (Unterlassungs- und Schadenersatz) Ansprüchen von einigen Autoren kurz in Betracht gezogen.<sup>14)</sup> Das Bestehen solcher **lauterkeitsrechtlichen Ansprüche** schließt demgegenüber **Zöchbauer** dezidiert aus, mit dem Hinweis, dass es einerseits an einem aktivlegitimierten Mitbewerber eines Rechtsträgers mangle und andererseits einen Wer-

tungswiderspruch bilde, einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch anzunehmen, obwohl das MedKF-TG selbst keine Sanktionen vorsieht.<sup>15)</sup>

Im Folgenden sollen diese Einwände daher untersucht und geprüft werden, ob wettbewerbsrechtliche Ansprüche bei Verstößen gegen § 3 MedKF-TG nicht doch zu bejahen sind.

#### 2. Handeln im geschäftlichen Verkehr?

Dass die vom MedKF-TG erfassten Rechtsträger häufig keinen Mitbewerber im engen Sinn haben werden – die Existenz einer mit einer Gebietskörperschaft konkurrierenden Entität ist tatsächlich schwer vorstellbar –, ist zwar richtig. Allerdings ist ein solcher „direkter Mitbewerb“ gar nicht Voraussetzung für wettbewerbsrechtliche Ansprüche. Maßgebend ist vielmehr zunächst, ob die Vergabe von Inseraten durch Rechtsträger iSd MedKF-TG als Handeln im geschäftlichen Verkehr anzusehen ist. Das ist zu bejahen: Solange Körperschaften öffentlichen Rechts nicht hoheitliche Befugnisse ausüben, sondern sich privatrechtlicher Rechtsformen bedienen (also insb Verträge abschließen), ist von **Handeln im geschäftlichen Verkehr** auszugehen.<sup>16)</sup>

Das von **Zöchbauer** vermisste Wettbewerbsverhältnis wird dabei dadurch substituiert, dass Medienkooperationen zwischen Rechtsträgern und den von ihnen gewählten Medienpartnern zweifellos geeignet sind, den **Wettbewerb** dieser **Medienunternehmen** zu fördern. Nach der Rsp könnte daher die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften nur noch vermieden werden, wenn in diesem Zusammenhang bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegen sollte.<sup>17)</sup> Ein Überwiegen anderer Zielsetzungen ist freilich nur dann anzunehmen, wenn die Person, die objektiv fremden Wettbewerb fördert, kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Handlung hat.<sup>18)</sup> Dies ist jedoch nicht der Fall, denn selbstverständlich haben Rechtsträger iSd MedKF-TG ein wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung der von ihnen abgeschlossenen Verträge, also insb am Erscheinen der in Auftrag gegebenen Veröffentlichungen.

#### 3. Subsumtion unter § 1 UWG, Prüfung der Passivlegitimation

Im Folgenden wird daher geprüft, ob derartige Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG unter § 1 UWG subsumiert und dabei der **Fallgruppe „Rechtsbruch“** zugeordnet werden können. Außerdem wird untersucht,

des österr Bundesheers oder „Nur wer bei den Menschen ist, weiß, was sie wirklich brauchen: Leistbares Wohnen braucht Unterstützung. Dafür tut Niederösterreich viel [...]“ (Beispiele entnommen aus *Kogler*, ZIIR 2019, 17).

13) Vgl *Kogler*, ZIIR 2016, 265 und *Kogler*, ZIIR 2019, 17.  
 14) *Gerhartl*, *ecolex* 2013, 568 (FN 2); *Schörg*, Das Medientransparenzgesetz: Anspruch und Wirklichkeit, MR 2016, 59 (65); *Fehrer/Otto/Steindl*, Medientransparenzgesetz<sup>2</sup> (2013) 65.  
 15) *Zöchbauer*, MR 2012, 315; Rezension von *Fehrer/Otto/Steindl*, Medientransparenzgesetz (2012).  
 16) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 105; OGH 13. 7. 1993, 4 Ob 82/93.  
 17) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 91 mit Nachweisen von Judikaten.  
 18) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 91.



wer als Verpflichteter in Betracht kommt und damit für einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch passiv legitimiert ist. Auf die Frage des von *Zöchbauer* angesprochenen Wertungswiderspruchs wird an späterer Stelle noch eingegangen.

Wettbewerbsrechtlich relevanter Rechtsbruch liegt bei Verstößen gegen nationales Recht unabhängig davon vor, ob die übertretene Norm wettbewerbsregulativen Charakter hat.<sup>19)</sup> Maßgeblich ist nur, dass die verletzte generelle Norm für den Handelnden verbindliches Recht bildet.<sup>20)</sup>

Dies gilt im Falle von Verstößen gegen das MedKF-TG für Rechtsträger zweifellos. Fraglich ist, ob die Vorschrift des § 3 a MedKF-TG auch für **Medienunternehmen verbindliches Recht** bildet. Das MedKF-TG enthält keinen Hinweis darauf, dass § 3 a MedKF-TG nur an Rechtsträger gerichtet wäre bzw nur Verhaltenspflichten von Rechtsträgern statuiert. Anders als der die Bekanntgabepflicht regelnde § 2 ist § 3 a MedKF-TG neutral formuliert, indem er – ohne einen bestimmten Normadressaten zu nennen – die Unzulässigkeit von Medienkooperationen festlegt, die keinen konkreten Bezug zur Deckung eines Informationsbedürfnisses aufweisen. Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen, nicht auf Rechtsträger beschränkten, Formulierung ist daher davon auszugehen, dass auch Medienunternehmen unmittelbar aufgrund von § 3 a MedKF-TG verpflichtet werden. Bei einem Verstoß gegen diese Norm sind daher sowohl der Rechtsträger als auch das betreffende Medienunternehmen potentiell wettbewerbsrechtlich haftbar.

Selbst wenn man jedoch eine eigenständige Handlungspflicht von Medienunternehmen ablehnt, folgt daraus nicht, dass diese von den Wirkungen des Wettbewerbsrechts ausgenommen wären. Auch in diesem Fall ist vielmehr eine wettbewerbsrechtliche Haftung denkbar, wenn Medienunternehmen den Rechtsbruch bewusst als Gehilfen fördern. Da **bewusste Förderung fremden Rechtsbruchs** bereits dann vorliegt, wenn ein Tatbeitrag in Kenntnis der die Rechtswidrigkeit begründenden Tatumstände geleistet wird<sup>21)</sup>, bestehen für eine wettbewerbsrechtliche Haftung des Medienunternehmens keine speziellen subjektiven Voraussetzungen. Das bewusste Fördern genügt also, ohne dass es zB auf die Kenntnis der Rechtswidrigkeit ankommt.

Gegen das Medienunternehmen besteht daher (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) zumindest ein Anspruch auf Unterlassung eines Tatbeitrags, wenn nicht ohnedies der Anspruch auf Unterlassung des Rechtsbruchs zu bejahen ist.

#### 4. Spürbarer Gesetzesverstoß und möglicher Einwand einer vertretbaren Rechtsansicht

Das für einen auf dem UWG fußenden Unterlassungsanspruch überdies noch notwendige Kriterium der **Spürbarkeit des Rechtsbruchs** dürfte dabei keine Probleme bereiten: Dass ein verbotener Auftrag über entgeltliche Medienkooperationen zugunsten des beauftragten Medienunternehmens spürbar in den Wettbewerb eingreift, dürfte einleuchten.

Zu prüfen ist somit nur noch der mögliche Einwand der Beteiligten, sie seien aufgrund **vertretbarer**

**Rechtsauffassung** davon ausgegangen, dass die beanstandete Medienkooperation iSd MedKF-TG zulässig sei.<sup>22)</sup> Dabei ist nach der Judikatur des OGH von einem objektiven Maßstab auszugehen. Unterstellt man daher zugunsten eines Rechtsträgers bzw eines Medienunternehmens, dass die übertretene Norm des § 3 a MedKF-TG für die Beurteilung der konkret beanstandeten Medienkooperation nicht ohnedies einen klaren und eindeutigen Gesetzeswortlaut bereithält,<sup>23)</sup> kommt es darauf an, ob mit gutem Grund vertreten werden kann, dass die beanstandete Medienkooperation (noch) vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist.<sup>24)</sup>

Dies ist stets im Einzelfall zu beurteilen, sodass an dieser Stelle keine allgemeine Bewertung möglich ist. Dass Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG nach den dem Verfasser vorliegenden Informationen in der wettbewerbsrechtlichen Praxis bisher niemals Gegenstand von prozessualen Auseinandersetzungen gewesen sind, spielt dabei jedoch keine Rolle. Denn die **Duldung** gesetzwidriger Handlungen durch Mitbewerber macht eine als Rechtsbruch zu qualifizierende Praxis selbstverständlich nicht per se vertretbar, geschweige denn rechtskonform.

#### 5. Wertungswiderspruch mangels spezifischer Sanktionierung im MedKF-TG?

Schließlich ist noch auf den Einwand *Zöchbauers* einzugehen, dass eine wettbewerbsrechtliche Sanktionierung nicht in Betracht komme, weil die Bestimmungen des MedKF-TG selbst **keine Sanktion** für Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG vorsehen.

Der von *Zöchbauer* ins Treffen geführte Wertungswiderspruch besteht jedoch nicht. Ein Rechtsbruch iSd § 1 UWG muss keineswegs gesetzlich explizit sanktioniert sein, um den Anwendungsbereich für das Wettbewerbsrecht zu eröffnen. Da dem Gesetzgeber bei Erlassung des MedKF-TG die Existenz der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und das Bestehen daraus resultierender Unterlassungsansprüche bekannt waren, wäre ein **expliziter Ausschluss** ihrer Anwendbarkeit auf Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG notwendig, um sie abzuwenden. Denn selbstverständlich gilt auch in diesem Fall, dass bestehendes Recht anzuwenden ist, soweit gesetzlich nichts Gegenteiliges vorgeschrieben ist. Für eine **planwidrige Gesetzeslücke**<sup>25)</sup>, die eine teleologische Reduktion rechtfertigte, ist kein Indiz zu erkennen. Der Gesetzgeber könnte auch gerade deshalb auf eine spezielle Sanktion verzichtet haben, weil

19) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 865.

20) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 867.

21) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 14 Rz 128.

22) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 871.

23) Dies ist durchaus denkbar: Selbstverständlich kann es Fälle geben, in denen die Medienkooperation so eindeutig das erforderliche Informationsbedürfnis verfehlt; die in diesem Aufsatz genannten Beispiele dürften darunter fallen.

24) *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 874.

25) Also hier das unbeabsichtigte Fehlen einer Norm, die die Anwendung des UWG ausschließt.

ohnedies das Wettbewerbsrecht zur Verfügung steht, um inter privatos für Gesetzestreue zu sorgen.

## 6. Strafrechtliche Aspekte

Aus Sicht des Verfassers ist im Übrigen neben der wettbewerbsrechtlichen eine weitere, ebenfalls außerhalb des MedKF-TG stehende Sanktionierung für Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG denkbar: Die Zahlung eines Entgelts für eine verbotene Medienkooperation durch einen Rechtsträger erfüllt wohl den objektiven **Tatbestand der Untreue**, weil die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht wird. Bei Vorliegen der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen – deren Nachweis freilich in derartigen Fällen mitunter Schwierigkeiten bereiten könnte – wäre somit von einer Strafbarkeit gem § 153 StGB auszugehen.<sup>26)</sup> Die Strafbarkeit kann sich dabei auch auf die auf der Seite des Medienunternehmens beteiligten Personen erstrecken.

Wäre aus dem Fehlen einer spezifischen, im MedKF-TG festgelegten (wohl verwaltungsstrafrechtlichen) Sanktion für Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG tatsächlich auf den von *Zöchbauer* angesprochenen Wertungswiderspruch und damit auf die Nichtan-

wendbarkeit bereits bestehender (außerhalb des MedKF-TG normierter) Sanktionssysteme zu schließen, müsste somit auch eine Beurteilung nach dem StGB ausscheiden. Dass dies der Gesetzgeber gewollt habe, ist freilich auszuschließen.

Auch aus diesem Grund erscheint es wenig plausibel, die Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Regeln auf Verstöße gegen das MedKF-TG mit einem Wertungswiderspruch zu begründen.

## D. Zusammenfassung

Verstöße gegen § 3 a MedKF-TG können Unterlassungsansprüche sowohl gegenüber dem Rechtsträger als auch gegenüber dem involvierten Medienunternehmen begründen. Diesen steht der Einwand offen, ihre Gesetzesauslegung sei vertretbar gewesen und die Medienkooperation daher zulässig. Dabei ist jedoch – wie bei der Anwendung des MedKF-TG – ein strenger Maßstab anzulegen. Auch strafrechtliche Konsequenzen von Verstößen gegen § 3 a MedKF-TG sind im Hinblick auf § 153 StGB (Untreue) denkbar.

26) Durch Bezahlung einer verbotenen Medienkooperation wird der Rechtsträger am Vermögen geschädigt.

### → In Kürze

Verstöße gegen die im MedKF-TG vorgesehenen inhaltlichen Anforderungen an Inserate öffentlicher Rechtsträger können sowohl gegen den Rechtsträger als auch gegen das beteiligte Medienunternehmen wettbewerbsrechtliche (Unterlassungs-)Ansprüche begründen und strafrechtlich sanktioniert sein.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Mag. Andreas Kulka ist Rechtsanwalt in Wien.  
 Kontaktadresse: Museumsstraße 4/3, 1010 Wien  
 Tel: +43 (0)1 523 22 70  
 Fax: +43 (0)1 523 17 71  
 E-Mail: office-wien@kulka.at  
 Internet: www.kulka.at

