

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!

ÖBI-Leitsätze

Reinhard Hinger

Nr 1 – 5

→ Lauterkeitsrecht

§ 1 Abs 1 Z 1 UWG (Art 7 B-VG)

ÖBI-LS 2020/1

Die Tätigkeit der öffentlichen Hand lässt sich grundsätzlich in drei Fallgruppen einteilen:

- hoheitliches Handeln (das dem Lauterkeits- und Kartellrecht entzogen ist);
- privatrechtliches Handeln mit unternehmerischem Charakter (bei Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit);
- privatrechtliches Handeln ohne unternehmerischen Charakter (das nicht als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr qualifiziert werden kann).

Bei Leistungen der öffentlichen Hand, die im überwiegenden öffentlichen Interesse erbracht werden, sind der unternehmerische Charakter und damit ein Handeln im geschäftlichen Verkehr im Allgemeinen zu verneinen.

Die Grundrechte und der Gleichheitssatz binden die öffentliche Hand auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, insb auch bei der Vergabe von Subventionen. Wegen dieser Bindung greift auch die lauterkeitsrechtliche Kontrolle.

Zur Qualitätssicherung ist es grundsätzlich sachgerecht, für die Supervisorentätigkeit geeignete Mindestanforderungen an die Ausbildung zu stellen, die nicht in jedem Einzelfall überprüft werden, sondern für die eine Zertifizierung durch die Eintragung in eine geeignete Liste – vergleichbar einer Sachverständigenliste – verlangt wird.

OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 59/19h, ÖVS-Liste, ECLI:AT:OGH0002:2019:00400B00059.19H.0613.000

Anmerkung: Die vorliegende E befasst sich mit der lauterkeitsrechtlichen Relevanz der Tätigkeit der öffentlichen Hand. Die bei diesem Thema immer wieder auftretenden Abgrenzungsfragen waren schon öfter Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen, und im Hinblick auf einige zT strittige Aspekte ist auch weiterhin mit höchstgerichtlicher Judikatur zu diesem Thema zu rechnen.

Die ErstKl ist die Fachgruppe der Personenbetreuer der WK Stmk, die ZweitKl ist eine Lebens- und Sozialberaterin mit Gewerbeberechtigung. Das bekl Land Stmk ist auf Basis des Stmk Behindertengesetzes (StBHG) verpflichtet, Menschen mit Behinderung verschiedene (Sach-)Leistungen zu gewähren. Zu diesem Zweck schließt das Land Verträge mit privaten Trägerorganisationen ab. Für das Fachpersonal der Behindertenhilfe schreibt das Land die Supervision vor. Dafür verlangt das Land, dass die Supervisoren entweder in die Liste der österr Vereinigung für Supervision und Coaching (ÖVS) oder in die Liste beim zuständigen Bundesministerium als klinische Psychologen, Gesundheitspsychologen oder Psychotherapeuten eingetragen sind. Die – von den Kl ins Treffen geführte – Kurzausbildung zum Supervisor nach der Ausbildung zum Lebens- und Sozialberater reicht für diese Supervision nicht aus.

Mit dem va auf § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Rechtsbruch) gestützten Sicherungsantrag beantragten die Kl, dem Land zu verbieten, als Mindeststandard für die Durchführung dieser Supervision die Eintragung in die Liste der ÖVS oder in die Liste der Psychologen beim BMG oder ähnliche Voraussetzungen zu fordern und/oder vorzugeben.

Die Kl machen Diskriminierung geltend; Lebens- und Sozialberater dürften nicht von der Supervision ausgeschlossen werden.

Das Land sei an den Gleichheitsgrundsatz gebunden. Die Subventionsvergabe sei eine Wettbewerbshandlung, weil sie die wettbewerbliche Position der Geförderten stärke. Für den Ausschluss der Lebens- und Sozialberater von der Supervision genüge der Hinweis auf einen Mindeststandard zur Qualitätssicherung nicht.

Der OGH bestätigte in dieser E die den Sicherungsantrag abweisende E des RekG. Das Erfordernis einer Ausbildung ist demnach im Bereich der Behindertenhilfe grundsätzlich sachgerecht, sodass auch bestimmte Voraussetzungen an die Tätigkeit als Supervisor gestellt werden dürfen. Diese Voraussetzungen muss das Land nicht in jedem Einzelfall überprüfen, sondern dies kann auch dadurch geschehen, dass für Supervisoren eine zertifizierte – und im konkreten Fall eben in bestimmte Listen eingetragene – Ausbildung gefordert wird. Ein Unterlassungsanspruch kann daher nur dann in Frage kommen, wenn eine in eine Zertifizierungsliste eingetragene Ausbildung abgelehnt wird und diese Zertifizierungsliste den tatsächlich berücksichtigten Listen gleichwertig ist. Dies habe aber im Sicherungsverfahren nicht bescheinigt werden können, sodass der Sicherungsantrag abzuweisen war.

Im Ergebnis ist dieser E zuzustimmen. Nähere Betrachtung verdienen jedoch die vom OGH angestellten lauterkeitsrechtlichen Erwägungen.

Der OGH greift erneut auf eine Einteilung zurück, die er bereits in der E zu 4 Ob 267/16 t, *Gratisbuslinie*,¹⁾ dargelegt hat. Demnach ist die Tätigkeit der öffentlichen Hand in drei Fallgruppen einzuteilen:

- Hoheitliches Handeln, das dem Lauterkeits- und Kartellrecht entzogen ist, bildet die erste Fallgruppe, die im vorliegenden Zusammenhang nicht von näherem Interesse ist.
- Die zweite Gruppe bildet privatrechtliches Handeln mit unternehmerischem Charakter,
- die dritte Fallgruppe schließlich privatrechtliches Handeln ohne unternehmerischen Charakter, das nicht als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr qualifiziert werden könne.²⁾

Im geschäftlichen Verkehr – und damit lauterkeitsrechtlich relevant – trete die öffentliche Hand nur auf, wenn sie sich am Erwerbsleben beteilige, also Güter zum Zweck des weiteren Umsatzes beschaffe.

Reine Beschaffungstätigkeit sei demgegenüber kein Handeln im geschäftlichen Verkehr.

Bei der bloßen Beschaffungstätigkeit stehe das öffentliche Interesse an der Erfüllung typischer öffentlicher Aufgaben so eindeutig im Vordergrund, dass eine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs auszuschließen sei – die gezielte Förderung fremden Wettbewerbs ausgenommen.

Mit dem Aspekt des überwiegenden öffentlichen Interesses spielt dabei also ein von der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise verschiedenes Kriterium, das bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung auch schon in der bisherigen Judikatur große Bedeutung hatte,³⁾ offenbar eine gewisse Rolle bei der dogmatischen Absicherung der erwähnten Dreiteilung.

Auch nach der vom OGH wiedergegebenen Auffassung ist jedoch bei der zweiten Fallgruppe – privatrechtliches Handeln ohne

1) ÖBI 2017/75, 282 (*Tahedl*).

2) Zu dieser Einteilung in drei Fallgruppen auch *Thiele*, UWG als Rettungsanker gegen Willkür, RPA 2018, 7.

3) ZB OGH 4 Ob 40/11 b, *Murpark*, ÖBI 2012/16.

unternehmerischen Charakter – nicht grundsätzlich jede lauterkeitsrechtliche Relevanz ausgeschlossen.

Auch in jenen Bereichen, in denen die öffentliche Hand im überwiegenden öffentlichen Interesse tätig wird, gebe es Schranken, die aus dem grundrechtlich normierten Gleichbehandlungsgebot resultieren. Die öffentliche Hand dürfe die ihr zur Verfügung stehenden Machtmittel nicht missbrauchen und bestimmte Wirtschaftsteilnehmer unsachlich bevorzugen oder benachteiligen. Somit unterliege die öffentliche Hand auch als reine Nachfragerin letztlich einer gewissen lauterkeitsrechtlichen Kontrolle, da sie die Grenze des Gleichbehandlungsgebots nicht überschreiten dürfe.

An der erwähnten Einteilung des Handelns der öffentlichen Hand in drei Fallgruppen gibt es mE berechtigte Kritik.⁴⁾ Dabei kann zwar zunächst kein Zweifel bestehen, dass rein hoheitliches Handeln außerhalb privatrechtlicher Rechtsformen dem Lauterkeitsrecht entzogen ist. Dass jedoch das lauterkeitsrechtlich relevante Handeln der öffentlichen Hand daran bestimmt werden muss, ob es sich um Handeln unternehmerischen Charakters handelt, überzeugt mE nicht.

Zunächst fällt auf, dass die vorliegende E die zweite Fallgruppe und darin insb die reine Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand letztlich jenem Bereich gleichsetzt, in dem die öffentliche Hand im überwiegenden öffentlichen Interesse tätig ist.⁵⁾

Zweifel an dieser Gleichsetzung sind schon deshalb berechtigt, weil auf diese Weise jede Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand lauterkeitsrechtlich privilegiert wird, also auch eine solche, die im Einzelfall gegen bestimmte gesetzliche Vorschriften verstößt. Ja selbst per se gesetzwidrige Beschaffungstätigkeiten wären auf diese Weise gegen das Lauterkeitsrecht immun.

Auf einen weiteren problematischen Aspekt weist *Schuhmacher* hin:

Seiner Ansicht nach eignet sich der subjektive Beschaffungszweck (also die Absicht, angeschaffte Waren entweder für eigene Zwecke oder zum Zweck der Weiterveräußerung zu verwenden) nicht als normatives Kriterium für die Beurteilung als Wettbewerbshandlung.⁶⁾ Er weist zu Recht darauf hin, dass sich bei „bloßer Beschaffungstätigkeit“ die Interessen der öffentlichen Hand nicht vom rein wirtschaftlichen Interesse der Beschaffung auf dem Markt im Wettbewerb trennen lassen. Die Beschaffung enthält also bei objektiver Betrachtung gerade kein über das wirtschaftliche Interesse hinausgehendes Element.⁷⁾ Oder mit anderen Worten: Das auch in der vorliegenden E zur Sprache gekommene Kriterium des überwiegenden öffentlichen Interesses ist bei der bloßen Beschaffung eben gerade nicht zu erkennen, weil es sich im rein wirtschaftlichen Interesse an der Beschaffungstätigkeit erschöpft.

Teleologisch betrachtet begründet schließlich auch die Existenz der Vergaberechtsnormen gewisse Zweifel an der Auffassung, dass bloße Beschaffungstätigkeit per se im überwiegenden öffentlichen Interesse steht und daher privilegiert sein muss, liegt doch deren Zweck ua gerade darin, den freien und lautereren Wettbewerb zu sichern (zB § 20 BVergG).

Festzuhalten ist allerdings an der Auffassung, dass das Handeln der öffentlichen Hand bei Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts herausfällt. Diese öffentlichen Interessen müssen jedoch mE über das bloße wirtschaftliche Interesse an der jeweiligen Tätigkeit hinausgehen und damit mehr als nur wettbewerblicher Natur sein. Oder von der anderen Seite aus betrachtet: Wäre der politische Gestaltungsspielraum durch einen Unterlassungsanspruch ernsthaft beschränkt, wird in der Regel davon auszugehen sein, dass die betreffende Tätigkeit nicht als Handeln im geschäftlichen Verkehr anzusehen ist, weil öffentliche Interessen überwiegen.⁸⁾

Da diese Abgrenzungsfragen im Einzelfall meist schwer zu entscheiden sind, wird das Thema der lauterkeitsrechtlichen Relevanz

der Tätigkeit der öffentlichen Hand freilich auch weiterhin hie und da die Gerichte beschäftigen.

Andreas Kulka,
Rechtsanwalt, Kulka.Law, Wien

4) ZB OGH 4 Ob 63/18 w, *Hygienepapierspender*, ÖBl 2019/23 (*Hofmarcher*); 4 Ob 267/26 t, *Gratisbuslinie*, ÖBl 2017/75, 282 (*Tahedl*); zur E 4 Ob 267/16 t im Ergebnis wohl ähnlich *Thiele*, UWG als Rettungsanker gegen Willkür, RPA 2018, 7 (10).

5) Krit *Kraus/Trischler*, Kritik der lauterkeitsrechtlichen Schutzzone für die öffentliche Hand? – Wettbewerbsrechtliche Auswirkung der Nichtigkeitsklärung einer laufenden Rahmenvereinbarung, *ecolox* 2016, 802.

6) *F. Schuhmacher*, Überlegungen zum Handeln im geschäftlichen Verkehr und zur Förderung fremden Wettbewerbs, wbl 2016, 601 (607); *Schuhmacher* befasst sich dabei insb mit den beiden E des OGH 4 Ob 247/14 y, *Universität für Bodenkultur* und 4 Ob 2/15 w, *Hygienepapier II*.

7) *F. Schuhmacher*, wbl 2016, 601 (608).

8) Siehe dazu auch *F. Schuhmacher*, wbl 2016, 601 (609).