

BGH: Kartellverbot berechtigt Letztabnehmer

Kapitalanlage-Rückabwicklung
Verteilung des Kursverlusts

Persönlichkeitsverletzung online
Gerichtsstand

Spielbankkonzessionen
Ausschreibung in Paketen

Unter Druck
Einheitswerte

Betriebsvereinbarung
Dynamische Verweisungen

Unlautere Fiktion der
Beliebtheit des Wettbewerbers

Das Fingieren von (größerer) Beliebtheit eines Unternehmens im Wettbewerbsrecht

Fingierte „Freunde“ in der Social-Media-Applikation Facebook sorgten im Hinblick auf ihren Einsatz in der Politik einige Zeit lang für Gesprächsstoff. Der Frage, wie solche und ähnliche Praktiken zu beurteilen sind, wenn sie von einem Unternehmen zur Förderung des eigenen Wettbewerbs eingesetzt werden, widmet sich dieser Beitrag.

ANDREAS KULKA

A. Marketing mit Täuschungseignung

Wie vor nicht allzu langer Zeit auch ein breiteres Publikum aus den Massenmedien erfuhr, ist das Internet um einen Geschäftszweig reicher: Es existieren Unternehmen, die „falsche“ Profile für die Social-Media-Plattform „Facebook“ einrichten und diese anderen Unternehmen gegen Entgelt als „Freunde“ anbieten. Eine ähnliche Praxis besteht darin, einem Unternehmen „Like“-Einträge für Facebook zu verschaffen. Und schon vor längerer Zeit sind Unternehmer auf die Idee gekommen, im Namen zufriedener Kunden fingierte Rezensionen über Produkte oder Leistungen im Internet zu verbreiten, um diese positiv herauszustreichen.

Mit all diesen Maßnahmen versuchen Unternehmen, ihren Ruf zu verbessern, um Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Denn Heerscharen zufriedener

Konsumenten erwecken den Eindruck besonderer Kompetenz und hoher Kreditibilität. Unternehmen versprechen sich also, mit solchen Praktiken Kunden zu gewinnen und an sich zu binden.

Dass dieses „Schummeln“ wettbewerbsrechtlich unzulässig sein könnte, liegt nahe. Die Frage ist allerdings, ob darin irreführende Handlungen iSd § 2 UWG oder aber unlautere Geschäftspraktiken iSd § 1 UWG zu sehen sind und wie eine Subsumtion zu begründen ist.

Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf die genannten Wettbewerbshandlungen und gehen von der Annahme aus, dass die in deren Rahmen verbreiteten Äußerungen keine konkreten – und allenfalls unrichtigen – Behauptungen über ein Unter-

Mag. *Andreas Kulka* ist Rechtsanwalt in Wien und befasst sich mit Themen des Unternehmens-, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts.

nehmen oder ein Produkt, sondern „nur“ unspezifische, bloße Wertungen enthaltende Anpreisungen sind.

B. Irreführende Geschäftspraktik?

Das UWG definiert eine „Geschäftspraktik“ in § 1 Abs 4 Z 2 als „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt“. Da das Kriterium der Unmittelbarkeit nicht allzu streng zu interpretieren ist,¹⁾ sind die untersuchten Verhaltensweisen, deren Zweck es immerhin ist, den Absatz der eigenen Leistungen zu fördern, ohne Zweifel Geschäftspraktiken.

Bei der Prüfung, ob ein Handeln im geschäftlichen Verkehr irreführend ist, ist zunächst der Anhang zum UWG, also die in der RL-UGP²⁾ festgelegte „Schwarze Liste“ nach Tatbeständen zu untersuchen, die auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden sein könnten.

1. Z 11 der Schwarzen Liste

In dieser Liste stößt man auf Z 11, die es verbietet, redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung einzusetzen.

Diese Bestimmung ist jedoch nicht anwendbar, weil im konkreten Fall redaktionelle Inhalte, also Texte, die die Redakteure eines Mediums nach den Kriterien der Objektivität verfassen, fehlen. Rezensionen oder wertende Äußerungen über ein Produkt oder Unternehmen bestehen nämlich geradezu begrifflich in der Mitteilung einer Meinung. Das spezifisch Verwerfliche an diesem Tatbestand, nämlich die Manipulation von Marktteilnehmern durch das Vermengen von redaktionellen Inhalten und Werbung, liegt also nicht vor.

2. Z 22 der Schwarzen Liste

Ein Per-se-Verbot der beschriebenen Praktiken könnte man aber möglicherweise aus Z 22 ableiten. Diese Bestimmung ist nicht besonders glücklich formuliert: „Die unrichtige Behauptung oder Erwecken des unrichtigen Eindrucks, dass der Händler nicht für die Zwecke seines Handels, Geschäfts, Gewerbes oder Berufs handelt, oder fälschliches Auftreten als Verbraucher.“

Während der Sinn des ersten Teils dieser aus zwei Tatbeständen bestehenden Regelung trotz sprachlicher Schwächen offenkundig ist – Marktteilnehmer sollen nicht darüber irreführt werden, dass der Unternehmer in der konkreten Situation für seine geschäftlichen Zwecke handelt –, taucht die Frage auf, was mit den Worten „Auftreten als Verbraucher“ gemeint ist. Denkbar wäre nämlich, dass damit nicht bloß das Erwecken des Eindrucks, der Unternehmer (warum lediglich vom „Händler“ die Rede ist, lässt sich nicht durchschauen) sei Verbraucher, also eine Täuschung der Verkehrskreise über seine Eigenschaft als Unternehmer, sondern jedes „Auftreten als Verbraucher“ an sich unzulässig ist. Nimmt man Letzte-

res an, wird man diese Bestimmung in den meisten Fällen auf das Verbreiten gefälschter Rezensionen oder „Like-Einträge“ und das Anheuern falscher Facebook-Freunde anzuwenden haben, weil ein Unternehmer, der sich dieser Praktiken bedient, häufig in die Rolle eines Verbrauchers schlüpfen wird, um Verbraucher zu beeinflussen.

Denkbar wäre aber auch, das „fälschliche Auftreten als Verbraucher“ iZm dem ersten Satzteil zu verstehen und die sehr verkürzte und daher intensiver Interpretation bedürftige Formulierung „oder fälschliches Auftreten als Verbraucher“ als „[d]ie unrichtige Behauptung oder das Erwecken des unrichtigen Eindrucks, dass der Unternehmer als Verbraucher und daher nicht zu Geschäftszwecken handelt“, zu lesen. Diese Lesart ließe ein einschränkendes Verständnis des Tatbestandselements „Auftreten“ zu, gemäß dem der unrichtige Eindruck einer Verbrauchereigenschaft nur in einem Kontext unzulässig ist, der erkennen lässt, dass es der Unternehmer ist, der handelt.

Diese einschränkende Interpretation hätte den Zweck der Regelung und den Grundsatz, dass die Bestimmungen der Schwarzen Liste eng auszulegen sind,³⁾ für sich: Denn die mit der Vorspiegelung der Verbrauchereigenschaft typischerweise einhergehende Gefahr besteht darin, dass der Kunde über die Anwendbarkeit gesetzlicher Bestimmungen (insb KSchG) oder über die Natur der Geschäftsgelegenheit⁴⁾ irrt. Dieser Irrtum ist freilich nur iZm dem Abschluss eines Geschäfts relevant. Wenn ein Unternehmer sich hingegen fälschlich als Verbraucher ausgibt, ohne den Zusammenhang mit dem Geschäftszweck preiszugeben – zB um als angeblicher Verbraucher über sein Unternehmen oder Produkt ausschließlich richtige Angaben zu machen –, besteht keine Gefahr eines Geschäftsabschlusses, bei dem der Kunde über die Natur des Geschäfts irrt. Denn wer sich zwar fälschlich als Verbraucher geriert, dabei jedoch weder falsche Angaben macht noch die Täuschung zu seinem Vorteil ausnützt, führt Kunden zumindest dann nicht in relevanter Weise in die Irre, wenn er spätestens beim Abschluss des Geschäfts seine Unternehmereigenschaft offenlegt. Nicht jedes „fälschliche Auftreten als Verbraucher“ birgt also die hiermit typischerweise einhergehende Gefahr, und nicht immer kommt es dadurch zu einer relevanten Irreführung.

Die Bestimmungen der Z 1–23 der „Schwarzen Liste“ zielen freilich auf Verhaltensweisen ab, die entweder jedenfalls irreführend sind oder von denen aufgrund ihrer abstrakten Eignung zur Irreführung eine besondere Gefahr ausgeht. Denn es sollten jene Verhaltensweisen erfasst werden, die unter allen Umständen unlauter sind.⁵⁾ Dass ein „Auftreten als Verbrau-

1) *Heidinger* in *Wiebel/G. Kodek*, Kommentar zum UWG (2009) § 1 Rz 35.

2) RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 2005/149, 22.

3) *Anderl/Appf* in *Wiebel/G. Kodek*, Kommentar zum UWG (2009) § 2 Rz 11 mwN.

4) *Anderl/Appf* in *Wiebel/G. Kodek*, UWG § 2 Rz 218 und 220; zB: Der Unternehmer täuscht eine private Geschäftsgelegenheit vor, von der man sich meist besonders günstige Konditionen verspricht.

5) *ErwGr* 17 der RL-UGP.

cher“ nicht immer die Gefahr einer Irreführung birgt, kann man also als Argument für das dargelegte einschränkende Verständnis des Tatbestandselements „Auftreten“ heranziehen.

Die Rsp hat sich mit diesen Fragen der Interpretation der Z 22 noch nicht auseinandersetzen müssen, sodass vorerst offen zu bleiben hat, ob sie die untersuchten Verhaltensweisen unter den Tatbestand „fälschliches Auftreten als Verbraucher“ subsumieren wird. Um zu zeigen, dass die untersuchten Verhaltensweisen auch dann als unlauter anzusehen sind, wenn man Z 22 nicht anwendet, wird in den folgenden Ausführungen ein Verstoß gegen §§ 2 und 1 UWG geprüft.

3. § 2 UWG

Die Schwarze Liste enthält keine weiteren Tatbestände, die für eine Subsumtion in Frage kommen. Daher ist anhand des § 2 UWG zu untersuchen, ob eine irreführende Geschäftspraktik vorliegt.

Gemäß dieser Bestimmung ist eine Geschäftspraktik irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer über bestimmte Umstände zu täuschen. Unter „Angaben“ sind Äußerungen mit objektiv feststellbarem und überprüfbarem Inhalt zu verstehen.⁶⁾ „Angaben“ sind von Werturteilen zu unterscheiden.

Enthalten also falsche Einträge lediglich fingierte Werturteile, kommt eine Qualifikation als falsche Angaben nicht in Betracht. Der Unternehmer täuscht also in sonstiger Weise über die Beliebtheit seines Unternehmens oder Produkts.

Eine sonstige Geschäftspraktik mit Täuschungseignung fällt nur dann unter § 2 UWG, wenn der Unternehmer über die in § 2 Abs 1 Z 1–7 UWG taxativ⁷⁾ aufgezählten Umstände irreführt. Täuscht eine Geschäftspraktik über andere Umstände als die genannten, liegt kein Verstoß gegen § 2 UWG vor.

Die folgenden Fallgruppen der in § 2 Abs 1 Z 1–7 UWG genannten Umstände könnten durch fingierte Werturteile über die Popularität eines Unternehmens oder Produkts betroffen sein:

- Täuschungen über die wesentlichen Merkmale eines Produkts
- Täuschungen über die Eigenschaften des Unternehmers

Gemäß Art 6 Abs 1 lit b RL-UGP zählen zu den wesentlichen Merkmalen insb Verfügbarkeit, Vorteile, Risiken, Ausführung, Zusammensetzung, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung, Zwecktauglichkeit, Verwendung, Menge, Beschaffenheit, geografische oder kommerzielle Herkunft sowie Ergebnisse und wesentliche Merkmale von Produkttests.

Die Aufzählung ist zwar nur demonstrativ, sie zeigt jedoch, dass in der Beliebtheit oder Verbreitung eines Produkts kein wesentliches Merkmal zu sehen ist. Diese ist nämlich regelmäßig die Folge des Hervorstechens eines Produkts in einem oder mehreren der genannten Punkte. Mit Ausnahme der Ergebnisse oder wesentlichen Merkmale eines Produkttests sind jedoch alle angeführten Merkmale mehr oder weniger unmittelbare Charakteristika eines Produkts, und

auch die Ergebnisse eines Produkttests sind nichts anderes als die Konsequenz dieser Merkmale. Die Beliebtheit eines Produkts hingegen ist ein abgeleitetes Merkmal, das nicht dem Produkt selbst anhaftet, sondern erst durch seine Rezeption, also durch die Verbreitung in den Verkehrskreisen entsteht. In der Auffassung der Verkehrskreise spiegeln sich gewissermaßen die wesentlichen Merkmale. In der Popularität eines Produkts selbst ist daher kein wesentliches Merkmal zu sehen.

Dies gilt auch für die Frage, ob die Beliebtheit eines Unternehmers als dessen Eigenschaft anzusehen ist. Tatsächlich ist auch diese nur Spiegel der Eigenschaften des Unternehmers in der Auffassung der Verkehrskreise. Sie lässt sich daher ebenfalls nicht iSd § 2 Abs 1 Z 6 UWG als „Eigenschaft des Unternehmers“ qualifizieren.

Falsche Facebook-Einträge, vorgetäuschte Facebook-Freunde und fingierte positive Kundenrezensionen sind daher keine irreführenden Geschäftspraktiken iSd § 2 UWG, wenn mit diesen lediglich ein bestimmter Grad an Popularität eines Produkts oder Unternehmens vorgetäuscht, nicht aber Unwahrheiten über relevante Umstände verbreitet werden.

C. Prüfung anhand des § 1 UWG

Es ist daher zu prüfen, ob die untersuchten Geschäftspraktiken iS der Generalklausel des § 1 UWG unlauter sind.

Die Unlauterkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und muss im Einzelfall konkretisiert werden.⁸⁾ Ein wichtiges Kriterium ist die Einhaltung der beruflichen Sorgfalt,⁹⁾ die in § 1 Abs 4 Z 8 UWG folgendermaßen definiert ist: „Der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Anhand dieser Definition und des in Art 2 lit h RL-UGP enthaltenen Hinweises auf den Grundsatz von „Treu und Glauben“ lassen sich also die anständigen Marktgepflogenheiten und der Grundsatz von „Treu und Glauben“ als zentraler Begriffsinhalt der beruflichen Sorgfaltspflichten feststellen. Eine Wettbewerbshandlung entspricht somit den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt, wenn sie mit den anständigen Marktgepflogenheiten und dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ in Einklang zu bringen ist.

Dass die untersuchten Verhaltensweisen diesen Grundsätzen allerdings widersprechen, dürfte auf der Hand liegen – immerhin existiert iZm solchen Wettbewerbshandlungen keine Marktgepflogenheit, geschweige denn eine anständige. Aber selbst wenn man dies bezweifelt, ergibt die im Hinblick auf die Einheitlichkeit der im UWG zum Ausdruck kommenden Wertungen gebotene Auslegung des Begriffs der beruflichen Sorgfalt anhand der Sondertatbe-

6) *Anderl/AppI* in *Wiebel/G. Kodek*, UWG § 2 Rz 114.

7) *Anderl/AppI* in *Wiebel/G. Kodek*, UWG § 2 Rz 168.

8) *Anderl/AppI* in *Wiebel/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 164.

9) *Anderl/AppI* in *Wiebel/G. Kodek*, UWG § 1 Rz 175.

stände des UWG,¹⁰⁾ dass diese Verhaltensweisen unzulässig sind. Denn sowohl § 2 UWG als auch § 1 a UWG lässt sich das Streben des Gesetzgebers, den Verkehrskreisen eine von unsachlichen Erwägungen freie, fundierte und von täuschenden Angaben unbeeinflusste Kaufentscheidung zu ermöglichen, entnehmen. Mit diesen Wertungen sind die untersuchten Handlungen nicht zu vereinbaren. Sowohl das Fingieren positiver Äußerungen über ein Produkt oder Unternehmen als auch das Vortäuschen von „Facebook-Freunden“ oder „Like-Einträgen“ können die Haltung der Verkehrskreise zu diesen beeinflussen. Allenfalls bisher gehegte Zweifel eines Marktteilnehmers an der Güte eines Produkts oder Unternehmens könnten durch fingierte positive Äußerungen beseitigt, bisher lediglich zaghafte Entschlüsse zum Kauf bestärkt werden. Sie üben daher wesentlichen Einfluss auf die Kaufentscheidung der Verkehrskreise aus und führen zu einer Verlagerung der Nachfrage.

Derartige Handlungen sind sowohl dem B2B-Bereich als auch dem B2C-Bereich zuzuordnen.¹¹⁾ Denn sie sind geeignet, nicht nur den Wettbewerb zum Nachteil anderer Unternehmer nicht nur unerheblich zu verlagern (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG), sondern auch, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG). Die untersuchten Geschäftspraktiken sind also auch dann unzulässig, wenn im Einzelfall die im B2B-Bereich zu berücksichtigende Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten wird (zB weil eine fingierte Äußerung nur geringe Verbreitung findet). Denn im B2C-Bereich ist die Spürbarkeitsgrenze schon dann überschritten, wenn eine Geschäftspraktik geeignet ist, das Verhalten auch nur eines einzigen Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.¹²⁾

1. Übereinstimmung mit bisheriger Rechtsprechung

Dieses Ergebnis lässt sich unschwer in die bestehende, von der Rsp entwickelte Systematik der im Lichte des § 1 UWG unzulässigen Handlungen einordnen: Solche Maßnahmen sind als Verstoß gegen das Transparenzgebot und als Verletzung des Wahrheitsgrundsatzes¹³⁾ zu qualifizieren. Letzten Endes sind sie dem Tarnen einer Werbemaßnahme gleichzuhalten, das in bestimmten spezifischen Ausprägungen bereits aufgrund ausdrücklicher Verbote unzulässig ist, wie ein

Blick auf die Bestimmungen der Z 11 der Schwarzen Liste und §§ 26 f MedG zeigt.

Für eine Zuordnung zu den in Lehre und Rsp zu § 1 UWG entwickelten Fallgruppen bietet sich die des „Kundenfangs“ an; denn durch den Einsatz leistungsfremder Mittel wird der freie Entschluss des Kunden in einer den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs widersprechenden Weise unsachlich beeinträchtigt.¹⁴⁾

Diese Auffassung steht mit der bisherigen Rsp des OGH in Einklang, der vergleichbare Wettbewerbs-handlungen als Verstoß gegen § 1 UWG erachtet hat: Ein Inserat, das als „offener Brief“ eines Konkurrenten, der die „ruinöse“ Preisbildung des Werben-den thematisierte, getarnt war,¹⁵⁾ und die Verwendung bezahlter Empfehlungen¹⁶⁾ – also ebenfalls Wettbewerbs-handlungen, die zwar nicht über bestimmte Eigenschaften eines Produkts oder Unternehmens täuschen, aber mit dem Wahrheitsgrundsatz dennoch nicht in Einklang zu bringen sind.

10) *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) § 32 Rz 15.

11) Dies ist ohne Weiteres denkbar: OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07b.

12) *Heidinger* in *WiebelG. Kodek*, UWG § 1 Rz 145.

13) Siehe dazu *Burgstaller* in *WiebelG. Kodek*, UWG § 1 Rz 919 ff.

14) Siehe dazu *Burgstaller* in *WiebelG. Kodek*, UWG § 1 Rz 803.

15) OGH 21. 11. 1995, 4 Ob 83/95.

16) OGH 21. 2. 1961, 4 Ob 312/61.

SCHLUSSSTRICH

Welche Norm des UWG ist auf

- *das Verbreiten fingierter positiver Rezensionen über ein Produkt oder ein Unternehmen,*
- *die Einrichtung falscher „Facebook-Accounts“ und*
- *das Fingieren von „Like-Einträgen“ anzuwenden?*

Die Interpretation

- *der Bestimmungen der „Schwarzen Liste“*
 - *des § 2 UWG und*
 - *des § 1 UWG*
- spricht für eine Anwendung von § 1 UWG auf derartige Geschäftspraktiken.*