



Zur Werbebehinderung im österreichischen UWG

Dr. Roman Heidinger, M.A.

(Universität Göttingen – Forschungsverein Infolaw)

Einleitung

- Unter Werbebehinderung versteht man alle Handlungen, die bewirken, dass der Werbeauftritt eines Unternehmens nicht mehr voll zur Geltung gelangen kann (weites Verständnis)
 - Begriff der Werbebehinderung ist nicht klar umgrenzt.
 - Keine Definition in der Rechtsprechung

Werbebehinderung - Einordnung

- Werbebehinderung ist im Rahmen von § 1 Abs 1 Z 2 UWG zu beurteilen.
 - Die Handlungen werden zum Nachteil anderer Unternehmen begangen.
 - Keine übergeordneten Leitlinien der Rechtsprechung
 - Eigener Behinderungstatbestand?
 - Jedenfalls: Oftmals Überschneidungen mit anderen Behinderungstatbeständen (zB Eindringen in Kundenkreise von Mitbewerbern)
- IdR keine Einordnung unter § 1a UWG, da keine Geschäftspraktik vorliegt
 - Aber dann möglich, wenn Behinderung mit eigener aggressiver/irreführender Werbung verbunden ist
- B2B-Bereich, daher keine Harmonisierung durch RL-UGP
- In besonderen Fallkonstellationen kann auch eine Urheberrechts- oder Markenverletzung vorliegen.

Werbebehinderung – Erscheinungsformen

- Unmittelbare Ausschaltung fremder Werbung
 - Unmittelbare physische Einwirkung auf fremde Werbeträger
 - Zerstörung von Werbeplakaten
- Beeinträchtigung fremder Werbung durch eigene Wettbewerbsmaßnahmen
 - Eigene Werbung im räumlichen Umfeld der Konkurrenz, „Ambush-Marketing“
- Sonstige Beeinträchtigungen der Effizienz fremder Werbung
 - Entfernung von Werbung auf Lichtbildern
 - Beeinträchtigung elektronischer Werbung
 - Werbebehinderung durch Domains

Beurteilungsgrundsatz

- Unlauterer Behinderungswettbewerb liegt erst dann vor, wenn ein Unternehmer durch das Mittel der Behinderung des Konkurrenten zu erreichen sucht, dass dieser Mitbewerber seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann; hier ist die Verdrängung des Mitbewerbers vom Markt nicht eine unvermeidliche, begriffswesentliche Folge des Wettbewerbs, sondern im Gegenteil die Folge der Ausschaltung des Mitbewerbers vom Leistungswettbewerb.
 - OGH ÖBI 1977, 93 – *Umsatzbonus*
- Ein Wettbewerber muss es daher grds hinnehmen, dass Handlungen eines Konkurrenten die eigene Werbung und ihre Wirkung beeinträchtigen.
- Vgl § 4 dUWG „Unlauter handelt, wer Mitbewerber gezielt behindert“.

Subjektive Voraussetzungen?

- Die Rechtsprechung wendet auch nach der UWG-Novelle 2007 subjektive Kriterien in der Fallgruppe Behinderung an.
 - zB Verdrängungsabsicht beim Preiskampf
- Subjektive Maßstäbe spielen aber eine immer geringere Rolle
- Objektivierung durch Abstellen auf den typischen Zweck einer Maßnahme
 - „Maßnahmen, die ihrer Natur nach allein der Behinderung des Mitbewerbers dienen, sind regelmäßig wettbewerbswidrig; typische Mittel des Leistungswettbewerbs sind dagegen grundsätzlich erlaubt ...“ (zuletzt OGH 4 Ob 85/17d, ÖBl 2018/19 - *Wiesenfest*)

Unmittelbare Ausschaltung fremder Werbung

- Unlauter ist die (gezielte) **Sabotage** (Vernichtung, Beschädigung, Überdeckung) fremder Werbung.
 - Das Verdecken fremder Werbeständer ist unlauter (OGH 11.01.1994, 4 Ob 1130/93).
- Behinderung steht im Vordergrund
- Auch kein Recht zur Selbsthilfe gegen unlautere/gesetzwidrige Werbung.
- Zu unterscheiden von eigener Werbung, die fremde Werbung als Nebeneffekt beeinträchtigt.

Beeinträchtigung fremder Werbung durch eigene Wettbewerbsmaßnahmen

- In Abgrenzung zur Zerstörung fremder Werbung muss es ein Wettbewerber hinnehmen, dass die Werbung eines Konkurrenten die eigene Werbung und ihre Wirkung beeinträchtigt.
- Dass die eigene Werbung durch die Werbung von Mitbewerbern in den Hintergrund gedrängt oder in der Wahrnehmung des Publikums sogar verdrängt und damit behindert wird, ist wettbewerbsimmanent und daher lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden.

Beeinträchtigung fremder Werbung durch eigene Wettbewerbsmaßnahmen (2)

- Mitbewerber dürfen ihre Werbung daher im gleichen zeitlichen, räumlichen und medialen Umfeld eines Wettbewerbers platzieren.
 - Schaltung von Anzeigen in der gleichen Rubrik
 - Werbung in der Nähe eines Plakats des Mitbewerbers.
 - Werbefahne in unmittelbarer Nähe des Betriebsstandorts eines Mitbewerbers (OGH 4 Ob 42/14a, ÖBI 2014/45 – *Fahnenmast*)
 - Das Aufstellen einer Plakatwand auf dem eigenen Grundstück, wird selbst dann als lauter zu beurteilen sein, wenn dadurch die Sicht auf die Werbung des Konkurrenten behindert wird.
 - Verteilen von Handzetteln in der Nähe von Mitbewerbern
- Grenzen:
 - Hausrecht (OGH 4 Ob 1/13w, ÖBI 2013, 161 – *Feier der Westbahn*)
 - Entscheidungsfreiheit der Kunden

Beeinträchtigungen der Effizienz fremder Werbung

- Diese Fallkonstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Beeinträchtigung nicht am Ursprung der Werbung – wie der Zerstörung eines Plakates – ansetzt, sondern die Werbung erst in der Folge beeinträchtigt wird.
 - Entfernung von Werbung auf Lichtbildern
 - Beeinträchtigung elektronischer Werbung (Werbeblocker)

OGH 4 Ob 88/90, MR 1991, 73 – *Gerhard Berger*

- Streitgegenständlich war die Bewerbung der "Gerhard Bergers PS-Party 1989" mit Plakaten und mit Einschaltungen in Zeitschriften.
- Zur Bewerbung der Party wurde ein Lichtbild, das vom Management des Rennfahrers zur Verfügung gestellt wird verwendet.
- Mit Zustimmung des Managements wurde das Lichtbild verändert und dabei insbesondere die Aufschrift „C Carrera“ wegretuschiert und an ihre Stelle die Aufschrift „Raiffeisen Club“ einsetzen.

OGH 4 Ob 88/90, MR 1991, 73 – *Gerhard Berger*

- Sinn der vertraglich übernommenen Gegenverpflichtung des Rennfahrers zum Tragen eines Helms mit dem Warenzeichen der Klägerin bei sämtlichen Formel I-Rennen konnte - unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Publikum bei solchen Rennen von den Rennfahrern in der Regel weit entfernt ist und schon deshalb Helmaufschriften kaum wahrnehmen kann - nur der sein, dass erst bei Filmberichten über das Rennen - vor allem bei Großaufnahmen - oder auf Lichtbildern der Rennfahrer die entsprechenden Aufschriften ihre volle Werbewirksamkeit entfalten.
- Wird daher von einem derartigen Bild des Rennfahrers eine solche Werbeaufschrift entfernt und vielleicht sogar - wie hier - durch eine andere Aufschrift ersetzt, dann wird damit die Werbung des betroffenen Unternehmens vereitelt.
- Darin liegt aber zugleich auch eine **Irreführung** des Verkehrs, der jetzt annehmen muss, dass der Rennfahrer bei seiner Berufsausübung für ein anderes Unternehmen werben will.

OGH 4 Ob 185/08x, ÖBl 2009/31 – *Logoretusche*

- Die Klägerin hat mit dem Österreichischen Skiverband (ÖSV) einen Sponsorvertrag geschlossen. Danach hat erhebliche Zahlungen zu leisten, wenn die Rennläufer bei allen öffentlichen Auftritten Kleidung tragen, die mit dem Logo der von ihr herausgegebenen Zeitung bedruckt ist.
- Im März 2008 stürzte ein Rennläufer schwer. Nach der Operation gab er eine Pressekonferenz, bei der er einen Pullover trug, auf dem das Logo der Klägerin aufgedruckt war. Auf den aus diesem Anlass angefertigten Lichtbildern war dieses Logo deutlich zu erkennen.
- Die Beklagte veröffentlichte eines dieser Lichtbilder auf der Titelseite der von ihr herausgegebenen Tageszeitung. Sie hatte es jedoch vorher so bearbeitet (retuschiert), dass das Logo der Klägerin nicht mehr aufschien. Im Blattinneren druckte sie die Lichtbilder hingegen unretuschiert ab.

OGH 4 Ob 185/08x, ÖBl 2009/31 – *Logoretusche*

- Fremde Werbung wird auch dann in unlauterer Weise behindert, wenn ein Medienunternehmen in einem Lichtbild, das im Rahmen eines redaktionellen Beitrags abgedruckt wird, Werbeaufschriften eines Mitbewerbers entfernt oder überdeckt, zu deren Zeigen der Abgebildete aufgrund eines Sponsorvertrags verpflichtet war.
- Könnte die Wirkung des Sponsorings durch eine – technisch immer einfacher mögliche – Bearbeitung beseitigt werden, verlöre die Werbemaßnahme der Klägerin einen Großteil ihrer praktischen Bedeutung. Insbesondere könnte jedes Medium, das aus redaktionellen Erwägungen Lichtbilder von Rennläufern veröffentlicht, von der Klägerin faktisch ein weiteres Entgelt für das Zeigen der Werbebotschaften verlangen.

OGH 4 Ob 185/08x, ÖBl 2009/31 – *Logoretusche*

- Es läge dann an den Rennläufern, ihr (mittelbares) Interesse an der praktischen Wirksamkeit des Sponsorvertrags durch Geltendmachen ihres Rechts am eigenen Bild – insb an dessen unverändertem Abdruck – zu wahren. Es ist nicht zu erkennen, warum die Klägerin zu diesem Umweg gezwungen werden sollte.
- Das gezielte Ausschalten der Werbung von Mitbewerbern verliert nicht dadurch den Charakter einer unlauteren Handlung, dass es für die Beklagte eine rechtmäßige Alternative – nämlich das gänzliche Absehen von der Veröffentlichung – gab.

OGH 4 Ob 172/14v, MR 2014, 373 – *Arena Linz*

- Die journalistische Gestaltungsfreiheit umfasst auch die **autonome Namenswahl für einen Veranstaltungsort** im Rahmen eines redaktionellen Artikels.
- Das wirtschaftliche Recht eines Sponsors, dass in Medien der Gegenstand eines von ihm geschlossenen Sponsorvertrages (Sporthalle) mit dem darin festgelegten und „offiziellen“ Namen bezeichnet wird, ist in der Abwägung gegenüber der journalistischen Gestaltungsfreiheit, die auch die Medien vor staatlichen Eingriffen schützt, nicht das höhere Rechtsgut.

Offene Fragen

- Welchen Einfluss hat die Sponsoringvereinbarung?
 - In Konstellationen wie der *Gerhard Berger*-Entscheidung hätte sich das Management die Veränderung von Lichtbildern in der Vereinbarung mit dem Sponsor wohl vorbehalten können.
- Liegt UWG-Verstoß auch dann vor, wenn nur ein Ausschnitt des strittigen Bildes veröffentlicht wird, sodass das Logo nicht sichtbar ist?
 - Es liegt wohl am Sponsor den Vertrag mit dem Sportler so zu gestalten, dass die Logos so angebracht werden, dass sie einen möglichst hohen Werbewert erzielen.
- Genaue Abgrenzung zwischen (journalistischer) Gestaltungsfreiheit und unzulässiger Manipulation?

Domainspezifische Fallkonstellationen

- Domain-Grabbing
 - Domain-Blockade / Domain-Vermarkung
 - Vermarktungs- bzw. Behinderungsabsicht, dh kein nachvollziehbares Eigeninteresse.
- Unzulässigkeit der „catch-all“-Funktion
 - *.*whirlpools.at* umfasst auch *xyz.whirlpools.at* und den Namen des Konkurrenten *armstark.whirlpools.at*
 - OGH: Unlautere Kanalisierung von Kundenströmen (OGH 4 Ob 131/05a, ÖBI 2006/31 – *Whirlpools*)
 - Kritik: unüberschaubare Vielfalt an zumeist unsinnigen Kombinationen
 - Strenger Beurteilungsmaßstab, aber vereinzelt gebliebene Entscheidung

Exkurs: Markenrechtliche Aspekte

- Das **Entfernen** von Wort- und Bildmarken von einer Ware und das Anbringen anderer Kennzeichen auf dieser Ware vor deren erstmaliger Einfuhr in den EWR ist eine Benutzung der entfernten Marken und verletzt deren Funktionen.
 - EuGH 25.7.2018, C-129/17 – *Mitsubishi*.
 - Anders der GA, der eine Beurteilung nach (autonomen) nationalem Lauterkeitsrecht empfahl.
- Einfallstor für eine **„markenrechtliche Werbebehinderung“**?
- (Wohl) keine Markenverletzung bei den dargestellten Sportlerbilder-Entscheidungen, da keine Benutzung für Waren und Dienstleistung und keine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion.
 - Bei Entfernung von Kennzeichen auf Produktabbildungen ist das Vorliegen einer Markenverletzung denkbar.

Exkurs: urheberrechtliche Aspekte

- Ist ein Stream erst nach Abspielen einer "Preroll-Werbung" zugänglich, so ist ein Link direkt auf den jeweiligen Stream – unter Umgehung der Werbung – unzulässig.
 - OGH , 23.2.2016, 4 Ob 249/15v – *Preroll-Werbung*
- Im Einzelfall ist die konkrete technische Umsetzung maßgeblich.
- Kann die Werbung aber durch einen einfachen Deep-Link umgangen werden kann, spricht vieles dafür, dass überhaupt keine Beschränkungen des direkten Zugangs zum Stream (ohne vorgeschaltete Werbung) vorgenommen wurden.

Zusammenfassung

- Unternehmer müssen die die Verminderung der Wirkung ihrer Werbung grundsätzlich in Kauf nehmen, sofern die Natur der beanstandeten Maßnahme nicht allein in der Behinderung der Werbewirkung liegt.
- Tendenzielle Liberalisierung der Rechtsprechung
 - Werbung im Umfeld der Konkurrenz im wesentlichen zulässig (keine „Bannmeile“)
- Bei bestimmten Konstellationen der Werbebehinderung sind auch urheberrechtliche und markenrechtliche Ansprüche möglich.



Danke für Ihre Aufmerksamkeit !

Dr. Roman Heidinger, M.A.

roman.heidinger@jura.uni-goettingen.de

www.infolaw.at