

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Helmut Gamerith,
Walter Holzer

Mai 2012

03

97 – 144

Beiträge

Die Aktivlegitimation des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht
Friedrich Harrer ➔ 100

**Absolutes Verbot des Internetvertriebs im selektiven Vertrieb
unzulässig** *Isabelle Innerhofer und Nathalie Maierhofer* ➔ 104

Leitsätze

Nr 22 – 28

Diensterfindung *Stefan Warbek* ➔ 109

Rechtsprechung

**Braun – Schutzgrenzen eines
Firmenschlagworts** *Helmut Gamerith* ➔ 124

**Brauereikartell – Zur Zulässigkeit
von Hausdurchsuchungsbefehlen
im Kartellverfahren** ➔ 139

**Gulliver's Reisen III – Zum Verhältnis zwischen § 9 Abs 3 und
§ 2 Abs 3 Z 1 UWG** *Katharina Majchrzak* ➔ 114

**Radiusklausel IV – Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung
einer Radiusklausel** *Johannes Barbist* ➔ 129

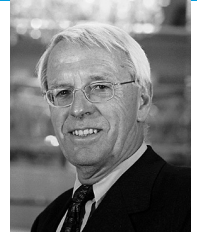
**UMTS-Mobilfunknetz III – Zur technologieneutralen Auslegung
des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG (Hauptverfahren)**
Manfred Büchele ➔ 143

ÖSTERREICHISCHE BLÄTTER FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

61. Jahrgang 2012

Medieninhaber und Verleger: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. Sitz der Gesellschaft: A-1014 Wien, Kohlmarkt 16, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. **Verlagsadresse:** A-1015 Wien, Johannesgasse 23 (verlag@manz.at). **Geschäftsführung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung). **Herausgeber:** Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, A-1040 Wien, Schwarzenbergplatz 14; www.oev.or.at **Redaktion:** Univ.-Prof. Dr. Helmut Gamerith, Präsident des OPM i.R., Vizepräsident des OGH i.R.; PatA Dipl.-Ing. Walter Holzer; RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek. **Schriftleiter:** RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek, Assistenz: Dr. Charlotte Radaszkiewicz. **Wissenschaftlicher Beirat:** o. Univ.-Prof. Dr. J. Aicher, Wien; o. Univ.-Prof. DDr. W. Barfuß, Präsident des Österr. Normungsinstituts, Wien; Univ.-Prof. Dr. C. Baudenbacher, Präsident des EFTA-Gerichtshofs, Universität St. Gallen; Hon.-Prof. DDr. R. Dittrich, Sektionschef im BMJ i.R.; Univ.-Prof. Dr. H. Krejci, Wien; Hon.-Prof. Dr. G. Kucsko, RA, Wien; Univ.-Prof. DDr. H. Wünsch, Graz. **Verlagsredaktion:** Mag. Olga Kaser, E-Mail: olga.kaser@manz.at **Druck:** Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn. **Verlags- und Herstellungs-ort:** Wien. **Grundlegende Richtung:** Laufende Information über die Rechtsprechung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sowie die Veröffentlichung einschlägiger Fachartikel und Buchbesprechungen. **Zitier-vorschlag:** ÖBI 2012/Artikelnummer (Seite). **Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at **Bezugsbedingungen:** Die Österreichischen Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖBI) erscheinen zweimonatlich. Der Bezugspreis für die ÖBI beträgt jährlich € 257,50, Einzelheft € 51,50. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich 6 Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden.

Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adresse: RA Mag. Dr. Lothar Wiltschek, A-1010 Wien, Rotenturmstraße 16–18; E-Mail: wiltschek@wip.at. Wir bitten Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum Download unter www.manz.at/formatvorlagen) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristentages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 6. Aufl. (Verlag MANZ, 2008), zu halten. **Urheberrechte:** Mit der Einreichung seines Manuskripts räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Verlagsrecht) sowie die Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (auch einschließlich CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an den Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG), ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs. Dies gilt für die Verwertung von Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen oder Beiträgen jedweder Art ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlags gestattet. **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Grafisches Konzept:** Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien (www.buero8.com). **Covergestaltung:** bauer – konzept & gestaltung, erwinbauer.com **Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.**



Weitere Individualansprüche gegen Kartellrechtsverstöße?

ÖBI 2012/27

Der von den Sozialpartnern eingerichtete Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen hat 2010 seine Studie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ der Öffentlichkeit präsentiert. Dieser Anstoß hat 2012 zu Min-Entw einer KartGNov (BMJ) und einer WettbGNov (BMWFJ) sowie zum Entw einer NahVersGNov geführt. Die geplanten Vorschriften sind zu umfangreich, um sie hier vorzustellen; auf eine Bestimmung, nämlich § 37 a KartG, möchte ich kurz eingehen, weil sie – ebenso wie das Weißbuch der EK, das Schadenersatzklagen wegen Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts vorschlägt –, dem derzeitigen Trend zur privaten Durchsetzung („private enforcement“) des nationalen Kartellrechts entspricht.

Wer schuldhaft eine Rechtsverletzung nach § 29 Z 1 KartG begeht, ist nach § 37 a Abs 1 Satz 1 KartG zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Angesprochen sind damit vorsätzliche und fahrlässige Übertretungen des Kartellverbots (§ 1 KartG; Art 101 AEUV), des Missbrauchsverbots (§ 5 KartG; Art 102 AEUV), des Verbots von Vergeltungsmaßnahmen (§ 7 KartG) und des Durchführungsverbots (§ 17 KartG). Diese Sanktionen sind nicht auf den Schutz von Mitbewerbern oder sonstigen Unternehmern beschränkt, sondern gewähren, wie sich aus der Bezugnahme auf die durch die 7. GWBNov geänderten §§ 33 ff dGWB und die Entscheidung des BGH v 28. 6. 2011¹⁾ ergibt, „jedermann“ Anspruch auf Schadenersatz, also nicht nur den unmittelbaren Abnehmern der Ware, sondern auch den weiteren (indirekten) Abnehmern in der Vertriebskette, sofern ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem entstandenen Vermögensnachteil besteht. § 37 a Abs 1 Z 1 KartG geht damit weit über den lauterkeitsrechtlichen Schutz nach § 1 UWG hinaus, der nur zwischen Mitbewerbern die Möglichkeit bietet, Kartellrechtsverstöße wegen unlauteren Rechtsbruchs anzugreifen.

Außerdem enthält § 37 a Abs 1 Satz 2 KartG ein Verbot der sog **Passing-on-Defence**, also des „Weiterreichens“ des Kartellschadens in nachfolgende Verkaufsvorgänge. Die Formulierung ist allerdings nicht sehr deutlich: „Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schadenersatz nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“ Gegenüber Konsumenten als Letzte in der Vertriebskette wird die Einwendung in aller Regel nicht tatbestandsmäßig sein, weil sie ihren Eigenbedarf decken, aber nicht weiterveräußern. Die indirekten geschäftlichen Abnehmer werden sich aber auf den Ausschluss der Einwendung berufen können. AM war der BGH in der zit E v 28. 6. 2011.²⁾ Aus den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung folge, dass der Kartellteilnehmer grds berechtigt sei, dem Schadenersatz begehrenden Abnehmer entgegenzuhalten, dass er die von ihm gezahlten überhöhten Preise an seine eigenen Kunden weitergegeben habe und daher letztlich keinen Schaden mehr hat. Sollte § 37 a KartG in Kraft treten, werden Probleme der Passing-on-Defence auch in Österreich zu klären sein.

Helmut Gamerith

1) eclex 2012/42, 108 (Auszug).

2) eclex 2012/42, 108 mit BesprAufsätzen von Weiland, Schadenersatzanspruch indirekter Abnehmer gegen Kartellanten, eclex 2012, 110; Wollmann, Europarechtliches zu BGH Selbstdurchschreibepapier, eclex 2012, 113; auch Wilhelm, Kartellverbot, kartellierte Preise: Schadenersatz und wenn ja, wie viele? eclex 2012, 105.

→ Editorial 97
Weitere Individualansprüche gegen Kartellrechtsverstöße?
Von Helmut Gamerith

Beiträge

→ Die Aktivlegitimation des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht 100
 Nach einem kürzlich veröffentlichten Beitrag kann der Verbraucher im Lauterkeitsrecht Schadenersatzansprüche gegen den Unternehmer erheben. Die argumentative Grundlage soll sich aus der UWGNov 2007 ergeben. Das lässt aufhorchen, denn die UWGNov 2007 hat die Thematik nicht aufgegriffen.
Von Friedrich Harrer

→ Absolutes Verbot des Internetvertriebs im selektiven Vertrieb unzulässig 104
 Im November 2011 hat der EuGH mit dem Vorabentscheidungsverfahren *Pierre Fabre C-439/09* erstmals grundlegende kartellrechtliche Fragen des Internetvertriebs beantwortet und ein Internetverbot in selektiven Vertriebsverträgen von der Freistellung der Vertikal-GVO ausgeschlossen. Diese Entscheidung ist nicht nur für die Kosmetikbranche, sondern für alle Branchen, insbesondere jene mit selektivem Vertriebssystem, richtungweisend. Besondere Aktualität hat diese Entscheidung nicht zuletzt für Österreich, wo die Zulassung des Internetvertriebs für rezeptfreie Medikamente ein derzeit zwischen den unterschiedlichen Interessenvertretern viel diskutiertes Thema ist.
Von Isabelle Innerhofer und Nathalie Maierhofer

ÖBL-Leitsätze

→ ÖBL-LS 2012/22 – 28. 109
 OGH 21. 12. 2011, 9 ObA 7/11 m, Diensterfindung 109
Mit Anmerkung von Stefan Warbek

Rechtsprechung

→ Aufkleber – Aggressive Werbung mit Hilfe von Aufklebern. 111
 OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 74/11 b

→ Gulliver’s Reisen III – Zum Verhältnis zwischen § 9 Abs 3 und § 2 Abs 3 Z 1 UWG 114
 OGH 18. 10. 2011, 17 Ob 26/11 i
Mit Anmerkung von Katharina Majchrzak

→ wetter.tv – Keine Haftung des Unternehmers für eine Google AdWords-Anzeige 119
 OGH 20. 12. 2011, 17 Ob 22/11 a
Mit Anmerkung von Alexander Schnider und Lukas Feiler

→ Braun – Schutzzgrenzen eines Firmenschlagworts 124
 OGH 19. 9. 2011, 17 Ob 23/11 y
Mit Anmerkung von Helmut Gamerith

- Radiusklausel IV – Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer Radiusklausel 129
 OGH als KOG 12. 12. 2011, 16 Ok 8/10
Mit Anmerkung von Johannes Barbist
- Brauereikartell – Zur Zulässigkeit von Hausdurchsuchungsbefehlen im Kartellverfahren 139
 OGH als KOG 9. 11. 2011, 16 Ok 5/11
- UMTS-Mobilfunknetz III – Zur technologieneutralen Auslegung des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG (Hauptverfahren) 143
 OGH 22. 11. 2011, 4 Ob 68/11 w
Mit Anmerkung von Manfred Büchele

Standards

- Impressum 97

[RECHT
 AKTUELL*news*

[STEUER
 RECHT*aktuell*

[BUCHHANDLUNG*aktuell*



MANZ Newsletter informieren Sie topaktuell über Neuerscheinungen, Veranstaltungen und vieles mehr!
www.manz.at/newsletter

MANZ