

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖBl

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

September 2020

05

193 – 240

## Beitrag

### **Handel mit gebrauchten digitalen Gütern**

Axel Anderl und Bernhard Heinzl  196

## Aktuelle Entwicklungen

### **EU-Rechtsentwicklung** 201

### **Nationale und internationale Rechtsentwicklung** 203

### **Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren** 204

### **Rechtsprechung des Europäischen Patentamts** 209

### **Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen** 210

### **Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen Registerverfahren** 212

## Rechtsprechung

**Digitale Vignette – Preis für den Wegfall der 18-Tage-Wartefrist bei der Autobahnmaut** Andreas Kulka und Reinhard Hinger  213

**Gemeinsamer Geschäftsführer – Keine gemeinsame Haftung wegen gemeinsamer Beschäftigung derselben Person als Geschäftsführer** Reinhard Hinger  221

**T-Bücher – Verbilligte Abgabe von Büchergutscheinen durch Zwischenhändler** Katharina Majchrzak  223

**Skihelm – Giebelkreuz auf dem Skihelm des zurückgetretenen Rennläufers** Bernd Terlitzka  226

**Stim und SAMI – Mitvermietete Autoradios und öffentliche Wiedergabe** Christian Handig  234

**IT Development – Wahl des Berechtigten zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung** Alexander Koller  236

# Rechtsprechung

Reinhard Hinger

## → Der Preis für den Wegfall der 18-Tage-Wartefrist bei der Autobahnmaut

- Wenn sich Unternehmer an einen iW gleichartigen Abnehmerkreis wenden, liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor.  
 → Unlauter handelt, wer das Rücktrittsrecht nach dem FAGG in Bezug auf eine länger währende Dauerleistung mit der unrichtigen Behauptung abzubedingen versucht, die Dienstleistung werde noch vor dem Ablauf der Rücktrittsfrist vollständig erbracht.

→ Unlauter iSe unrichtigen Information über die Marktbedingungen handelt, wer über den Inhalt und den Geltungsbereich des gesetzlichen Rücktrittsrechts sowie über den Umstand unrichtig informiert, dass die (digitalen) Produkte um einen Aufpreis verkauft werden und dass die sofortige „Freischaltung“ dadurch bewirkt wird, dass die Kunden gegenüber dem Lieferanten des Produkts pauschal als Unternehmer ausgegeben werden.

ÖBI 2020/64

§§ 1, 2,  
 Anh Z 18 UWG;  
 § 18 FAGG;  
 § 10 Abs 3 Z 3  
 MSchG;  
 § 11 BStMG  
 OGH 19. 12. 2019,  
 4 Ob 96/19z  
 (OLG Wien  
 5 R 34/19 k;  
 HG Wien  
 30 Cg 57/18 m),  
 ECLI:AT:  
 OGH0002:2019:  
 0040OB00096.  
 19Z.1219.000

Digitale Vignette



Beim Erwerb der Digitalen Vignette durch Verbraucher ist seitens der Kl eine Wartefrist von 18 Tagen vorgesehen, um Missbrauch von Kunden iZm dem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Verbraucher zu verhindern.<sup>3)</sup>

Die ErstBekl betreibt die Website <https://vignette-sofort.at/>. Die ZweitBekl ist ihre persönlich haftende Gesellschafterin. Die Dritt- und ViertBekl sind die alleinigen Gf der ZweitBekl.

Unter [www.vignette-sofort.at](http://www.vignette-sofort.at) bewerben die Bekl folgendes Angebot auf dem österr Markt: →

Mit dem Argument, sofort (und nicht erst nach 18 Tagen) auf der Autobahn fahren zu dürfen, besorgte ein in Deutschland ansässiges Unternehmen die „Digitale Vignette“ um einen etwas höheren Preis. Im Gemenge des Verbraucher-, Lauterkeits- und Markenrechts kam es zu divergierenden Entscheidungen der Instanzen.

### Sachverhalt:

Die Kl<sup>1)</sup> ist eine Aktiengesellschaft, deren Aktien zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich stehen. Ihr Unternehmensgegenstand ist insb die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern der Autobahnen. Dem liegt – neben den gesetzlichen Grundlagen – die jeweils gültige Mautordnung und VignettenpreisV zugrunde. Das Bundesstraßen-MautG (BStMG) regelt die Entrichtung der zeitabhängigen Maut.<sup>2)</sup>

Seit dem Jahr 2018 bietet die Kl auch die Digitale Vignette an, indem das Kennzeichen in ihrem Mautsystem elektronisch registriert wird. Um dies zu ermöglichen, betreibt sie einen Webshop.

Die Allgemeinen Nutzungsbedingungen der Kl (ANB) regeln ua Folgendes:

„1.6 Der Bezug der Digitalen Vignette bzw der Digitalen Streckenmaut ist ein gesetzliches Schuldverhältnis. Der Online-Bezug darf ausschließlich über den Webshop [der Kl] innerhalb des EWR und der Schweiz erfolgen. Der Bezug erfolgt ausschließlich auf Basis dieser ANB, der per Verweis integralen Dokumente und der gesetzlichen Bestimmungen. [...]“

#### 14. Verbot der Weiterveräußerung

14.1 Die gewerbliche Weiterveräußerung von bezogenen Produkten der Digitalen Vignetten und der Digitalen Streckenmaut ohne schriftlicher Zustimmung seitens der [Kl] wird untersagt.“

Eine Konzerngesellschaft der Kl hat (ua) nachfolgend abgebildete Marken registriert; die Kl besitzt daran eine Lizenz und ist zur Rechtsdurchsetzung ermächtigt:

- ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft.
- Die Kernbestimmung im hier interessierenden Zusammenhang ist § 11 Abs 1 BStMG: „Die zeitabhängige Maut ist vor der Benützung von Mautstrecken durch Anbringen einer Klebevignette am Fahrzeug oder durch **Registrierung des Kennzeichens des Fahrzeugs im Mautsystem** der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (digitale Vignette) zu entrichten.“
- Plastisch formuliert: Ich kaufe heute die Vignette, mit der ich – sollte sie sofort gültig sein – gleich auf die Autobahn auffahren kann, und trete dann fristgerecht zurück; ich hätte dann bis zu zwei Wochen lang die Autobahn gratis benutzt.



Im Gegensatz zum Webshop der Kl werden dabei sämtliche Produkte auch für Verbraucher als „sofort gültig“ beworben und veräußert:

*[...] Wir bieten Ihnen eine digitale Vignette an, die sofort gültig ist. Und zwar ohne 18-tägige Wartezeit. Wie das funktioniert? Unser Unternehmen hat seinen Sitz nicht in Österreich, sondern in Deutschland. Wir können die digitale Vignette daher nach Maßgabe des Deutschen Verbraucherschutzes ohne Widerrufsrecht anbieten. Unsere digitalen Vignetten sind dabei in Österreich vollständig verkehrsfähig und anerkannt. Kein Risiko!“*

Hinsichtlich des Widerrufsrechts der Verbraucher informieren die Bekl unter <https://vignette-sofort.at/> in ihren AGB wie folgt:

*[...] Haben Sie verlangt, dass die Dienstleistungen während der Widerrufsfrist beginnen soll, so haben Sie uns einen angemessenen Betrag zu zahlen, der dem Anteil der bis zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie uns von der Ausübung des Widerrufsrechts hinsichtlich dieses Vertrags unterrichten, bereits erbrachten Dienstleistungen im Vergleich zum Gesamtumfang der im Vertrag vorgeesehenen Dienstleistungen entspricht.*

*[...] Hinweis zum vorzeitigen Erlöschen des Widerrufsrechts:*

*Das Widerrufsrecht erlischt bei einem Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen auch dann, wenn wir die Dienstleistung vollständig erbracht haben und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen haben, nachdem Sie dazu Ihre ausdrückliche Zustimmung gegeben haben und gleichzeitig Ihre Kenntnis davon bestätigt haben, dass Sie Ihr Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch uns verlieren.“*

Im Bestellvorgang von <https://vignette-sofort.at/> wird dementsprechend von Kunden folgende Erklärung abverlangt:

*„Ich möchte die Vignette sofort erhalten. Ich erteile deshalb meine ausdrückliche Zustimmung, dass die Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch meine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrags mein Widerrufsrecht verliere.“*

Die Preise auf <https://vignette-sofort.at/> sind deutlich höher als im Webshop der Kl, wobei von <https://vignette-sofort.at/> stets (also auch im Rahmen der Abwicklung) ausschließlich ein Pauschalpreis angegeben ist, sodass für den Erwerber dieser höhere Preis nicht deutlich erkennbar ist.

Die Abwicklung des „Erwerbs“ der Digitalen Vignette über <https://vignette-sofort.at/> erfolgt derart, dass die Bekl die von den Erwerbern eingegebenen (Kennzeichen-)Daten und Produktwahl auswahl ihrerseits in den Webshop der Kl eingeben, dabei aber stets – also unabhängig davon, ob der Erwerber über <https://vignette-sofort.at/> tatsächlich die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt – die Option „Ich bin Unternehmer“ wählen.

Die Bekl stellen Rechnungen auf (angeblich bestehende) Firmen aus, dabei wird ein Pauschalbetrag verrechnet (Mautprodukt und „Dienstleistungsentgelt“). Die Nutzer des Dienstes der Bekl erklären vor Abschluss des Bestellvorgangs hinsichtlich des Erlöschens des Rücktrittsrechts Folgendes:

*„Ich möchte, dass die Vignette sofort registriert wird. Ich verlange deshalb, dass vignette-sofort.at sofort mit der Vertragserfüllung beginnt und die Registrierung meines Kfz-Kennzeichens im Mautsystem der [Kl] durchführt und erteile meine ausdrückliche Zustimmung dazu. Mir ist bekannt, dass ich mein gesetzliches Widerrufs- bzw Rücktrittsrecht mit der vollständigen Vertragserfüllung (dh mit Übermittlung der Registrierungsbestätigung) verliere, wenn vignette-sofort.at aufgrund meines Verlangens unmittelbar nach der Auftragserteilung noch vor Ablauf der 14-tägigen Widerrufsfrist bzw Rücktrittsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung (Vornahme der Registrierung) beginnt.“*

Die davor, bis zum 14. 1. 2019 verwendete Fassung des Textes hatte folgenden Wortlaut:

*„Ich möchte die Vignette sofort erhalten. Ich erteile deshalb meine ausdrückliche Zustimmung und verlange, dass die Ausführung des Vertrags sofort beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch mein Verlangen mein Rücktrittsrecht verliere, wenn vignette-sofort.at noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hatte und die Dienstleistung sodann vollständig erbracht wurde.“*

Die Bekl lehnen das Rücktritts- und Widerrufsrecht österr Verbraucher ab. Bei der Kl beschwerten sich Verbraucher, die feststellten, dass sie bei [www.vignette-sofort.at](http://www.vignette-sofort.at) einen höheren Preis bezahlt hatten oder deren Rücktritt von den Bekl nicht akzeptiert worden war. Verbraucher hatten den Eindruck, die Website der Bekl sei jene der Kl und verwechselten diese mit der offiziellen Website der Kl. Die Kl erklärte im November 2018 im Community Forum auf ihrer Facebook-Seite, dass ihr das Angebot auf [www.vignette-sofort.at](http://www.vignette-sofort.at) bekannt sei und es nicht verboten sei. Im Blog „Seitenblicke zur digitalen Vignette“ erklärte die Kl zum Dienst der ErstBekl: „Wir haben uns erkundigt, der Betreiber darf das.“ Die Bekl wurden mit Schreiben vom 7. 12. 2018 abgemahnt. Im Antwortschreiben behaupteten sie, zur Benutzung der Marken der Kl berechtigt zu sein. Die geforderte Unterlassungserklärung gaben die Bekl nicht ab.

Die Kl beantragte, den Bekl mittels EV zu verbieten, → 1) Digitale Vignetten [...] ohne Zustimmung der Kl gewerbsmäßig anzubieten, insb unter der Domain <https://vignette-sofort.at/>. Dies insb, wenn die beklagten Parteien

- a. die Verbraucher nicht ordnungsgemäß über ihr gesetzliches Widerrufsrecht informieren; und/oder
  - b. den Verbrauchern ihr gesetzlich zustehendes Widerrufsrecht nicht gewähren; und/oder
  - c. ihre Dienstleistungen, insb auf <https://vignettesofort.at>, unter unrichtiger Information über die Markt- bzw Preisbedingungen bewerben, mit dem Ziel, den umworbenen Verbraucher dazu zu bewegen, die Mautprodukte zu höheren Preisen, insb als den Mauttarifen im Webshop der Kl, zu erwerben.
- 2) im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung der Kl unter den Zeichen der [dargestellten] Marken oder unter verwechselbar ähnlichen Zeichen Dienstleistungen iZm der Entrichtung von Mautgebühren für Autobahnen in Österreich, wie insb Digitale Vignetten [...] und/oder ähnliche Leistungen zu bewerben, anzubieten, zu vertreiben und/oder Dritte dazu zu veranlassen, wie insb [laut Darstellung] zu bestellen.

Die Bekl wendeten ein,<sup>4)</sup> die Entrichtung der Maut bei der Digitalen Vignette erfolge durch Registrierung des Kennzeichens im Mautsystem der Kl. Die Digitale Vignette sei daher nur ein Eintrag in einer Datenbank, aber kein Vertrag über die Benützung der Autobahnen und Schnellstraßen, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis. Über den Onlinedienst könne man die ErstBekl nur damit beauftragen, die Registrierung des Kfz-Kennzeichens im Mautsystem vorzunehmen. Die ErstBekl erbringe daher eine Dienstleistung. Sie biete die Digitale Vignette nicht zum Erwerb an und vertreibe oder veräußere sie nicht weiter. Eine Bestimmung in den ANB, die dies untersage, existiere nicht. Den ANB komme weder Gesetzes- noch Verordnungscharakter zu.

Das in den ANB enthaltene Verbot der Weiterveräußerung – sollte es überhaupt anwendbar sein – verstöße wegen der Monopolstellung der Kl gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot und sei mangels sachlicher Rechtfertigung nichtig. Auch wenn man von der Gültigkeit der Klausel ausgeinge, liege kein Vertragsbruch vor, weil die Registrierung keine Weiterveräußerung sei. Auch gegen die gesetzlichen Widerrufs- und Rücktrittsrechte des FAGG werde nicht verstoßen. Der Nutzer erkläre vor dem Abschluss des Dienstleistungsvertrags über die Registrierung ausdrücklich, er wolle, dass die ErstBekl sofort (noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist) mit der Ausführung der Dienstleistung beginne, und er wisse, dass ein Rücktrittsrecht mit der Vertragserfüllung erlösche. Die Registrierung sei regelmäßig in zehn Minuten abgeschlossen, sodass das Recht des Nutzers auf Rücktritt vom Vertrag nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG erlösche. Die Belehrungen über das Rücktrittsrecht seien daher rechtsrichtig. Jedenfalls sei auch die Rechtsansicht der Bekl iZm den Widerrufsrechten vertretbar.

Es werde kein Eindruck einer wirtschaftlichen Verbindung zur Kl erweckt. Die Webseiten der Parteien seien gänzlich unterschiedlich. Der von der ErstBekl angebotene Dienst bewirke keine Nachfrageverlagerung zu Lasten der Kl, weil die Registrierung infolge des gesetzlich abgesicherten Monopols nur bei der Kl

vorgenommen werden könne. Ein Aufwand der Kl iZm Beschwerdebearbeitung bestehe nicht, falls doch, sei er überschaubar.

Der Vorwurf einer irreführenden Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 4 UWG durch Vorenthalten wesentlicher Informationen sei unbegründet. Die ErstBekl weise darauf hin, dass sich der Preis inklusive aller Gebühren verstehe. Ein Verstoß gegen die per se-Verbote gem UWG Anh Z 9 und 18 liege nicht vor.

Die von der Kl registrierten Marken seien nicht unterscheidungskräftig und daher nicht eintragungsfähig. Die Begriffe „Digitale Vignette“ und „Digitale Streckenmaut“ seien Rechtsbegriffe. Die geometrische Form eines Trapezes repräsentiere offenbar die Silhouette einer klassischen Vignette. Die Verkehrskreise verständen die Bildbestandteile lediglich als Hervorhebung oder Bestätigung der Bedeutung der nach § 1 Abs 1 MSchG per se nicht schutzfähigen verbalen Elemente der Zeichen. Jedenfalls mangle es an der konkreten Unterscheidungskraft gem § 4 Abs 1 Z 3 MSchG. Auch benutze die ErstBekl die Zeichen gem § 10 Abs 3 MSchG ausschließlich dazu, um auf die Bestimmung der von ihr erbrachten Dienstleistung hinzuweisen. Die Verwendung sei objektiv erforderlich, um für ihre Nutzer klar darzustellen, dass sich die Dienstleistung auf die Vornahme der Registrierung von Kfz-Kennzeichen im Mautsystem der Kl beziehe. Eine Haftung des Dritt- und ViertBekl als Gf der alleinigen geschäftsführenden und vertretungsbefugten Gesellschafterin der ErstBekl komme nicht in Betracht.

Das ErstG gab dem Sicherungsantrag statt und wies ein geringfügiges Mehrbegehren (unbekämpft) ab.

Das RekG wies den Sicherungsantrag ab.

Der OGH gab dem RevRek Folge und stellte die EV des ErstG unter Beifügung von „bis zur Rechtskraft des [...] Urteils“ und „mit Wirkung für Österreich“ wieder her.

## Aus der Begründung:

### [Verstoß gegen Lauterkeitsrecht]

#### [1.1. Aktivlegitimation]

[...] 1.1.3. Ein Wettbewerbsverhältnis ist immer dann anzunehmen, wenn sich die beteiligten Unternehmer an einen im Wesentlichen gleichartigen Abnehmerkreis wenden, also um denselben Kundenkreis bemühen (RS0077719). Gewerbetreibende verschiedener Branchen können auch durch eine Wettbewerbshandlung in eine wettbewerbliche Beziehung zueinander treten; in einem solchen Fall wird zugleich mit der Wettbewerbshandlung ein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründet (Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis; RS0077712 [T 2]; RS0077715). Dafür genügt es, dass sich der Verletzter etwa durch die Übernahme eines fremden Zeichens (vgl 4 Ob 113/05 d<sup>5)</sup>) oder eine sonstige Behinderung im Absatz (4 Ob 20/02 y<sup>6)</sup>) in Wettbewerb zum Betroffenen stellt.

1.1.4. Im Anlassfall liegen beide Voraussetzungen vor: Die Streitteile richten ihr Angebot an den gleichen

4) Gekürzt wiedergegeben.

5) Friendfinder, ÖBI 2006/26 (Gamerith).

6) Chipcard II, ÖBI-LS 2002/78 und 79.

Abnehmerkreis. Darüber hinaus verursachen die Bekl durch die Art ihres Vertriebs Kundenanfragen und -beschwerden bei der Kl und beeinträchtigen derart den Wettbewerb der Kl. Überdies nutzen die Bekl durch Verwendung der Marken der Kl deren Ruf für den Absatz ihrer eigenen Dienstleistungen. Damit ist ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen jedenfalls zu bejahen. Die Aktivlegitimation der Kl zur Geltendmachung unlauterer Geschäftspraktiken der Bekl ist daher gegeben.

### [1.2. Verstoß gegen das Fern- und AuswärtsgeschäfteG (FAGG) als Rechtsbruch nach § 1 UWG]

**1.2.1.** Das FAGG gilt laut § 1 Abs 1 leg cit für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Abs 2 dieser Bestimmung nennt Verträge, für die das Gesetz nicht gilt. Die Anknüpfung der gesetzlichen Tatbestände bloß an Fernabsatz- und Auswärtsgeschäfte oder an „Verträge“ spricht dafür, dass sich die Geltung des FAGG – vorbehaltlich der in Abs 2 genannten Ausnahmen – auf alle Arten von Verträgen erstreckt (vgl Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 1 FAGG Rz 33).

**1.2.2.** Das FAGG ist daher auch auf den von den Bekl praktizierten Vertrieb der Digitalen Vignette [...] anzuwenden, zumal derartige Verträge nicht in der Ausschlussliste des § 1 Abs 2 FAGG genannt sind.

**1.2.3.** Dem Argument der Bekl, dass aufgrund des Gemeingebräuchs an Bundesstraßen (§ 28 BStG<sup>7)</sup>) gar kein Vertrieb einer Dienstleistung oder eines anders gearteten „Produkts“ vorliege und somit das FAGG nicht zur Anwendung gelange, ist nicht beizutreten. Aus § 28 BStG ergibt sich (iZm § 1 BStMG) lediglich, dass niemand von der Benützung der Straße ausgeschlossen werden darf, der gewillt ist, die Maut zu entrichten. Der Vertrieb der digitalen Mautprodukte ist daher als Vertrag iVm § 1 Abs 1 FAGG zu qualifizieren (zum vertraglichen Schuldverhältnis vgl auch RS0114743).

**1.2.4.** Somit hat die Bekl die Informationspflichten gem § 4 iVm §§ 7ff FAGG zu erfüllen und das Rücktritts- bzw Widerrufsrecht gem §§ 11ff FAGG zu gewähren, dessen Verlust nur nach Maßgabe des § 18 FAGG möglich wäre.

**1.2.5.** Nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG verliert der Verbraucher sein Rücktrittsrecht, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: **Erstens** muss es sich um einen Vertrag über Dienstleistungen handeln, **zweitens** muss der Vertrag vollständig erfüllt worden sein, und **drittens** muss der Verbraucher vor Leistungsbeginn das Begehren nach § 10 FAGG stellen und dem Unternehmer bestätigen, zu wissen, dass er nach vollständiger Erfüllung sein Rücktrittsrecht verliert (vgl Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 18 FAGG Rz 4). Da die Kl eine Dauerleistung (nämlich die Bereitstellung der vom Erwerber benützbaren Straßen) schuldet, ist ihre Dienstleistung erst nach Ablauf der Laufzeit der Vignette vollständig erbracht. Eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG kommt daher nur bei der 10-Tage-Vignette in Betracht.

**1.2.6.** Die Ausnahmebestimmung nach § 18 Abs 1 Z 11 FAGG, die sich auf die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeicherten digitalen Inhalten bezieht und die das Rücktrittsrecht schon dann erlöschen lässt, wenn mit der Leistung begonnen wurde und keine vollständige Leistung verlangt, ist im konkreten Fall nicht anwendbar, weil es sich bei den Leistungen der Kl (Bereitstellung der vom Erwerber benützbaren Straßen) und der Bekl (Vermittlung der Leistungen der Kl an ihre Kunden) nicht um unkörperliche Leistungen digitaler Inhalte handelt.

**1.2.7.** Entgegen dieser klaren Rechtslage gewähren die Bekl ihren Kunden kein Rücktrittsrecht nach Abschluss der Registrierung des Kfz-Kennzeichens bei der Kl. Damit verletzen sie § 1 Abs 1 Z 2 UWG, der die Anwendung von unlauterer Geschäftspraktik verpönt, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen. Dass im konkreten Fall die Nichtgewährung des Widerrufsrechts unter Verschleierung der wahren Rechtslage nicht der beruflichen Sorgfalt entspricht, ist evident, und die Eignung der wesentlichen Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers ist schon dadurch bescheinigt, dass die Bekl mit ihrem Geschäftsmodell „Digitale Vignette sofort“ (laut eigenen Angaben) einen durchschnittlichen Monatsgewinn von € 33.000,- erzielen.

**1.2.8.** Die Auffassung der Bekl, sie hätten ihre Leistung gegenüber ihren Kunden schon mit der Registrierung der jeweiligen Kfz-Kennzeichen bei der Kl erbracht, ist angesichts der klaren Gesetzeslage und der Aufmachung ihrer Online-Angebote, wonach sie eine einheitliche Gesamtdienstleistung anbieten, unvertretbar, da auch ihre Leistung erst mit Ablauf der Laufzeit der Vignette vollständig erbracht ist. Aus einer in einem Facebook-Eintrag geäußerten Rechtsmeinung der Kl ist für die Frage der Vertretbarkeit des Standpunkts der Bekl nichts zu gewinnen.

### [1.3. Unrichtige Informationen über die Marktbedingungen iSd UWG Anh Z 18]

**1.3.1.** UWG Anh Z 18 verpönt als Geschäftspraktik, die unter allen Umständen als unlauter gilt, unrichtige Informationen über die Marktbedingungen oder die Möglichkeit, das Produkt zu finden, mit dem Ziel, den Umworbenen dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen zu kaufen.

**1.3.2.** § 4 Abs 1 FAGG verpflichtet den Unternehmer zur Aufklärung des Verbrauchers ua über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung in dem für das Kommunikationsmittel und die Ware oder Dienstleistung angemessenen Umfang, über den Gesamtpreis und über das Rücktrittsrecht.

**1.3.3.** Die Bekl nennen ihren Kunden gegenüber Pauschalpreise für die Vignette als vermittelte Fremdleistung und ihre eigenen Dienstleistungen. Dies hat zur Folge, dass die Kunden der Bekl die höheren Preise

7) BG betreffend die Bundesstraßen (BundesstraßenG 1971 – BStG 1971), BGBl 1971/286 idG.

für die digitalen Mautprodukte gegenüber einem Bezug im Webshop der Bekl nicht unmittelbar und deutlich erkennen können.

Zudem erläutern die Bekl das bei einem Fernabsatzvertrag zu gewährende Rücktrittsrecht nicht iSd österr FAGG, sondern berufen sich stattdessen pauschal und irreführend auf die – zumindest für inländische Verbraucher nicht anwendbare – dt Rechtslage, wonach allen Kunden der Erwerb einer digitalen Vignette ohne Wartezeit möglich sei.

Weiters gehen die Bekl unzutreffend von der Zulässigkeit einer Ausnahme vom Rücktrittsrecht bei allen Arten von Vignetten aus. Diese Information entspricht nicht dem Inhalt des § 18 FAGG (Ausnahmen vom Rücktrittsrecht), sondern erweckt den – unrichtigen – Eindruck, die Bekl seien allein aufgrund ihres Sitzes in Deutschland in der Lage, den Verbrauchern (anders als die Kl) sofort gültige digitale Vignetten anzubieten. Diese Information ist – wie dargelegt – unrichtig und verfolgt das offensichtliche Ziel, inländische Verbraucher dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen (nämlich teurer) zu kaufen.

Überdies verschweigen die Bekl ihren Kunden, dass sie diese in allen Fällen ungeprüft der Kl gegenüber als Unternehmer deklarieren, um die von der Kl vorgesehene Wartezeit zu vermeiden.

**1.3.4.** Dieses Verhalten erfüllt den Tatbestand des UWG Anh Z 18. Dieser Tatbestand erfasst Sachverhalte, bei denen ein Unternehmer durch unrichtige Informationen ein falsches Bild über die Marktverhältnisse oder die Verfügbarkeit eines Produkts zeichnet, um es schließlich zu für den Kunden nachteiligen Konditionen zu verkaufen (*Anderl/Appel in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 2 Anh Rn 188*). Unter den Begriff „Produkt“ fallen nicht nur Waren, sondern auch Dienstleistungen (§ 1 Abs 4 Z 1 UWG). „Marktbedingungen“ meint alles, was für das betreffende Produkt charakteristisch oder für den Kunden relevant ist (so auch *Anderl/Appel in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 2 Anh Rn 193*), hier also die unrichtigen und unvollständigen Informationen über den Inhalt und Geltungsbereich des gesetzlichen Rücktrittsrechts sowie den Umstand, dass die Bekl die digitalen Produkte der Kl um einen Aufpreis verkaufen und die sofortige „Freischaltung“ damit bewirken, dass sie ihre Kunden der Kl gegenüber pauschal als Unternehmer ausgeben.

**1.4.** Die Sicherungsverfügung des ErstG zu Spruchpunkt 1) ist daher wiederherzustellen, allerdings – dies gilt auch für Spruchpunkt 2) – mit der im Sicherungsantrag enthaltenen Einschränkung „mit Wirkung für Österreich“.

## [2. Verstoß gegen Markenrecht]

Die Kl macht geltend, dass ihre beiden Marken unterscheidungskräftig seien. Die gegenständlichen Dienstleistungen hätten kein physisches Aussehen, sodass die Bildelemente der beiden Marken schon aus diesem Grund nicht beschreibend sein könnten.

**2.1.** Nach § 4 Abs 1 Z 3 MSchG sind Zeichen von der Registrierung ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben.

[...] Ob eine Marke unterscheidungskräftig ist, ist gem § 1 Abs 2 MSchG unter Berücksichtigung aller Tatumstände nach Maßgabe der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen. Entscheidend ist daher nicht so sehr, ob die Marke an sich Unterscheidungskraft besitzt, sondern va, ob sie im Geschäftsverkehr als Zeichen der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aufgefasst werden kann (RS0079038) und geeignet ist, diese Ware oder Dienstleistung von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Nur unter dieser Bedingung kann eine Marke ihre Hauptfunktion als betrieblicher Herkunftshinweis erfüllen (4 Ob 46/18 w<sup>8)</sup> mwN; vgl auch RS0118396).

**2.2.** Die Gründe nach § 4 Abs 1 Z 3 – 5 MSchG (Art 3 Abs 1 lit b – d MarkenRL) sind zwar nach der Rsp des EuGH gesondert zu prüfen (EuGH C-304/06, *Eurohypoth*). Unterscheidungskraft fehlt bei einer Marke aber jedenfalls dann, wenn die maßgebenden Verkehrskreise sie als Information über die Art der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen verstehen, nicht aber als Hinweis auf deren Herkunft; eine beschreibende Marke iSv § 4 Abs 1 Z 4 MSchG und Art 3 Abs 1 lit c MarkenRL ist daher auch nicht unterscheidungskräftig iSv § 4 Abs 1 Z 3 MSchG und Art 3 Abs 1 lit b MarkenRL. Insofern überschneiden sich daher die Anwendungsbereiche von § 4 Abs 1 Z 3 und 4 MSchG (4 Ob 11/14 t<sup>9)</sup>).

**2.3.** Eine Marke ist beschreibend, wenn die beteiligten Verkehrskreise den Begriffsinhalt zwangslös und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschließen können und sie daher als Hinweis auf die damit bezeichnete Ware oder Dienstleistung, nicht jedoch als Herkunftsangabe verstehen (RS0109431). Dabei müssen die beteiligten Verkehrskreise „sofort und ohne weiteres Nachdenken einen konkreten und direkten Bezug zwischen dem fraglichen Zeichen und den von den Anmeldungen erfassten Waren und Dienstleistungen“ herstellen können (EuGH C-494/08 P, *Pranahaus*). Enthält das Zeichen demgegenüber nur Andeutungen, ohne die damit bezeichnete Ware oder Dienstleistung konkret oder umfassend zu beschreiben, ist es nicht rein beschreibend und daher auch ohne Verkehrsgeltung geschützt (RS0109431 [T 3]; RS0090799; RS0066456).

**2.4.** In der Rsp des OGH wird bei Prüfung des Eintragungshindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft ein großzügiger Maßstab angelegt: Jede noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (4 Ob 46/18 w, *Stimmung hoch zwei* mwN).

**2.5.** Bei einem aus Wort und Bild zusammengesetzten Zeichen ist für den Gesamteindruck in der Regel der Wortbestandteil maßgebend, weil der Geschäftsverkehr sich meist an diesem Kennwort – sofern es unterscheidungskräftig ist – zu orientieren pflegt und va dieses Wort im Gedächtnis behalten wird (RS0066779).

Anderes gilt dann, wenn der Wortbestandteil weder unterscheidungskräftig/prägend noch im Vergleich zum Bildbestandteil auffälliger ist (RS0066779).

8) *Stimmung hoch zwei*, ÖBI 2019/11 (Schumacher).

9) *Expressglass*, ÖBI-LS 2014/37 (Musger).

[T 17]). Ist der charakteristische und allein kennzeichnende Bestandteil einer Wortbildmarke die besondere grafische Gestaltung der Buchstaben und der Umrahmung, kommt es auf die Schutzhörigkeit des Wortbestandteils nicht an (RS0066779 [T 16]).

**2.6.** Bei Anwendung dieser Grundsätze kann den beiden Wortbildmarken der Kl Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden. Ihre Wortelemente „Digitale Vignette“ und „Digitale Streckenmaut“ treten als beschreibend in den Hintergrund, sodass die jeweiligen Bildelemente als prägend anzusehen sind. Diese gehen bei beiden Marken über die bloße Verwendung einfacher geometrischer Formen hinaus: Das rote Trapez ist im unteren Bereich des linken Schenkels schachbrettartig gemustert, das grüne Rechteck wird durch zwei unterschiedlich breite spitzdachförmige Linien in seinem Inneren ergänzt. Entgegen der Auffassung der Bekl in ihrer Äußerung zum Sicherungsantrag gibt es auch keine „klassische“ Vignettenform, wie bereits der Vergleich mit äußerst unterschiedlich gestalteten Mautviga-

netten aus anderen europäischen Ländern zeigt. Bei beiden Marken der Kl sind die grafischen Elemente daher ausreichend phantasievoll gestaltet, um es den maßgeblichen Verkehrskreisen zu ermöglichen, die Marken als Herkunftszeichen zu erkennen.

**2.7.** Wenn daher die Bekl die unterscheidungskräftigen Marken der Kl zur Bewerbung ihrer eigenen Dienstleistung verwenden, liegt darin eine Verletzungshandlung iSv § 10 Abs 1 Z 1 MSchG.

**2.8.** Der Hinweis der Bekl auf die Duldungspflicht des Markeninhabers gem § 10 Abs 3 MSchG (der Art 6 MarkenRL umsetzt) geht hier schon deshalb ins Leere, weil dort nur solche Benutzungshandlungen Dritter für zulässig erklärt werden, die den anständigen Ge pflogenheiten in Gewerbe und Handel entsprechen. Im Anlassfall verstoßen die Bekl mit ihrem Geschäftsmodell – wie aufgezeigt – gegen das UWG, weshalb schon aus diesem Grund die beanstandete Markenverwendung nicht durch den genannten Ausnahmetatbestand freigestellt ist. [...]

### Anmerkung:

#### Was ist eine „digitale Vignette“?

Bei dieser Frage landet man beim Studium dieser Entscheidung immer wieder. Dahinter steht das Recht, Autobahnen zu befahren. Auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen ist dies gratis nicht möglich. Entweder ist (hier nicht relevant) eine fahrleistungsabhängige Maut zu zahlen, die von der zurückgelegten Strecke abhängt, oder es ist die Maut für bestimmte Zeiträume zu zahlen (§ 2 BStMG<sup>10)</sup>). Jahrelang war es nur möglich, diese zeitabhängige Maut dadurch zu zahlen, dass man eine Vignette kaufte, die man ans Fahrzeug klebte. Das Recht, die Autobahn zu benützen, ging dadurch nicht (nur) auf den Käufer der Vignette über, auch nicht auf jene Person, die die Vignette ans Auto geklebt hatte, auch nicht (nur) auf den Eigentümer oder den Halter des Fahrzeugs, sondern auf jene Person, die dieses Fahrzeug auf der Autobahn lenkte (und natürlich auch auf die mitfahrenden Personen). Wäre es nicht juristisch fragwürdig (nämlich mangels Rechtsfähigkeit), ließe sich formulieren, dass das Fahrzeug Träger des Rechts wurde, auf der Autobahn gefahren zu werden.<sup>11)</sup> Die Berechtigung, die Autobahn zu benützen, wurde nur durch die Kontrolle festgestellt, ob eine gültige Vignette an das Fahrzeug geklebt worden ist.

Diese Erkenntnis steht mit der stRsp des OGH, wonach mit der Entrichtung der Maut ein entgeltlicher Benützungsvertrag mit dem Straßenerhalter zustande kommt,<sup>12)</sup> in einem gewissen Spannungsverhältnis. Denn die Abgabe einer Vertragserklärung und damit die Einbeziehung in das genannte Vertragsverhältnis wird man zunächst nur bei jener Person annehmen können, die die Vignette oder die „digitale Vignette“ selbst erwirbt. Andere Personen, die die Autobahn rechtmäßig benützen (weil sie zB ein gemietetes oder geliehenes Fahrzeug oder ein Dienstfahrzeug benutzen, dem eine Vignette aufgeklebt wurde), werden somit nicht unmittelbar Vertragspartner. Zu prüfen ist daher, ob die Einbeziehung dieser Personen in die Schutzwirkungen eines solchen Vertragsverhältnisses in Frage kommt.

Verträge entfalten Schutzwirkungen zugunsten Dritter, wenn bei objektiver Auslegung des Vertrags anzunehmen ist, dass eine Sorgfaltspflicht auch gegenüber dritten Personen übernommen wurde.<sup>13)</sup> Dies wird im Falle der Benützung mautpflichtiger Straßen va auch deshalb zu bejahen sein, weil die Form der Mautentrichtung es gerade ermöglicht, dass auch Dritte die mautpflichtigen Straßen berechtigt benützen. Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter wird somit in der Regel die notwendige juristische Krücke dafür bilden, dass Personen, die ein Fahrzeug mit („digitaler“) Vignette auf der Autobahn lenken, von den Schutzwirkungen des Vertrags mit der ASFINAG umfasst sind, mögen sie die Maut selbst entrichtet haben oder nicht.

Die vom OGH der vorliegenden Entscheidung zu grunde gelegte Auffassung, dass durch die Entrichtung der Maut ein Dauerschuldverhältnis zwischen der ASFINAG und dem Straßenbenutzer entsteht (oder zumindest Schutzwirkungen entfaltet), entspricht somit der seit Langem bestehenden Rsp. Nicht überzeugend erscheint jedoch die Annahme des OGH, dass im Falle eines Vertragsabschlusses mit der Bekl gerade dieser Benützungsvertrag zustande kommen soll (dazu im Folgenden noch Näheres).

Um die Entrichtung der Maut zu erleichtern, wurde 2018 die Möglichkeit geschaffen, auf digitalem Weg die Eintragung des Fahrzeugs (inkl des amtlichen Kennzeichens als Erkennungsmerkmal) in die Datenbank der ASFINAG zu bewirken. Dies war davon abhängig, dass die Maut eingezahlt wurde. Die Berechtigung zur

10) BG über die Mauteinhebung auf Bundesstraßen (Bundesstraßen-MautG 2002 – BStMG), BGBl I 2002/109 idGf.

11) Adressat der Strafbestimmung (§ 20 BStMG) ist der Kraftfahrzeuglenker; es besteht eine grundsätzliche Mithaftung des Zulassungsbesitzers (§ 23 BStMG).

12) OGH 22. 2. 2001, 2 Ob 33/01 v; die Annahme eines solchen Vertragsverhältnisses ermöglicht es, im Falle von Unfällen dem Geschädigten gegenüber der ASFINAG als Straßenerhalter Schadensersatzansprüche aus Vertrag geltend zu machen.

13) RIS-Justiz RS0017195.

Benützung der Autobahn wird für diese Fahrzeuge dadurch kontrolliert, dass die Eintragung des Kennzeichens in der Datenbank geprüft wird. Wer diese Maut gezahlt hat, ist dabei gleichgültig. Gem § 11 Abs 7 BStMG bedarf der Bezug der „digitalen Vignette“ im Fernabsatz der Bekanntgabe nur des Kennzeichens und einer E-Mail-Adresse (und natürlich der Daten, die zur Abwicklung des unbaren Zahlungsverkehrs nötig sind).

Weggefallen ist das Erfordernis, etwas ans Auto zu kleben; weggefallen ist somit bei dieser Abwicklung die Existenz einer „Vignette“. Hier von einer „digitalen Vignette“ zu sprechen, mutet somit eher umgangssprachlich und nicht juristisch an. Was unter einer „Weiterveräußerung von Produkten der digitalen Vignette“ (Punkt 14.1 der AMG) zu verstehen ist, lässt sich nicht einfach deuten. Die Tatsache, dass in der Datenbank der ASFINAG ein Kennzeichen registriert ist, lässt sich genauso schwer „weiterveräußern“ wie der Umstand, dass die Maut gezahlt worden ist. (Nicht ganz klar ist übrigens auch der Satz „Der Bezug der Digitalen Vignette bzw der Digitalen Streckenmaut ist ein gesetzliches Schuldverhältnis“, Punkt 1.6 der AMG.)

#### Die Vertriebsidee

Die in Deutschland ansässige Erstbekl (im Folgenden ist immer nur kurz von der Bekl die Rede) hatte dazu einen interessanten Einfall:

Die ASFINAG hat beim Vertrieb der „digitalen Vignette“ über ihren Webshop gegenüber Konsumenten die Bestimmungen des FAGG und das diesen zwingend zustehende 14-tägige Rücktrittsrecht zu beachten. Die Regelungen über den Verzicht des Kunden auf das Rücktrittsrecht, die den Unternehmer (unter Wahrung bestimmter Formalia) von der Last des Rücktrittsrechts befreien, sind im Falle des Vertriebs der „digitalen Vignette“ keine Hilfe: Denn dazu müsste der Konsument nicht nur explizit den sofortigen Beginn der Dienstleistung des Unternehmers<sup>14)</sup> verlangen und das Erlöschen des Rücktrittsrechts zur Kenntnis nehmen. Das Rücktrittsrecht entfällt darüber hinaus erst bei vollständiger Erbringung der Dienstleistung (§ 18 FAGG), die im Falle der ASFINAG in der Bereitstellung mautpflichtiger Straßen über einen längeren Zeitraum besteht. (Eine vollständige Erbringung der Dienstleistung innerhalb der Rücktrittsfrist kommt daher bestenfalls im Falle einer 10-Tages-Vignette in Betracht.)

Die Vertragsbedingungen der ASFINAG sehen aus diesem Grund vor, dass die von einem Konsumenten erworbene „digitale Vignette“ erst 18 Tage ab Vertragsabschluss gilt. Damit wartet die ASFINAG die gesamte Dauer der Rücktrittsfrist sowie einige Tage zusätzlich, um den Postlauf einer brieflich abgegebenen Rücktrittserklärung zu berücksichtigen.

Dass das Rücktrittsrecht nur Verbrauchern zusteht, nutzte die Bekl, um auf folgende Weise auch Verbrauchern eine sofort gültige Vignette zu verschaffen: Sie selbst erwarb bei der ASFINAG „digitale Vignetten“ für das jeweils von ihren Kunden angegebene Kfz und den jeweils gewünschten Zeitraum und gab dabei

an, dass es ein **Unternehmer** sei, der die Vignette erwerbe.<sup>15)</sup> Damit erreichte sie, dass die ASFINAG die Vignette – mangels Rücktrittsrechts – als sofort gültig behandelte, und dass sie selbst an einem Zuschlag zu dem von der ASFINAG verrechneten Preis verdiente.

Mit dem auf das UWG gestützten Teil ihres Sicherungsantrags begehrte die ASFINAG das Verbot, „digitale Vignetten“ zu vertreiben,

- ohne Konsumenten ihr gesetzliches Rücktrittsrecht zu gewähren, und/oder
- ohne Konsumenten ordnungsgemäß über das Bestehen dieses Rücktrittsrechts aufzuklären, und/oder
- ohne bei der Bewerbung ihrer Leistung richtige Informationen über die Markt- und Preisbedingungen zu erteilen.

Der Sicherungsantrag stützte sich dabei in den Punkten I und II auf § 1 UWG (Fallgruppe Rechtsbruch) und in Punkt III auf § 2 iVm Anh Z 18 UWG.

Die Entscheidung des OGH, der die beantragte EV (weitgehend antragsgemäß) nach der Abweisung des Sicherungsantrags durch das RekG wiederherstellte, bietet reichen Diskussionsstoff, der hier va in seinen lauterkeitsrechtlichen Aspekten verarbeitet werden kann.

#### Lauterkeitsrecht – Wettbewerbsverhältnis/ Beeinträchtigung

Der OGH prüfte das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der ASFINAG und der Bekl, weil er bestimmte von dieser erhobene Einwände als zumindest implizite Bestreitung der Aktivlegitimation nach § 14 UWG interpretierte.

Dabei bejahte er das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses und davon abhängig die Aktivlegitimation der Kl. Als Begründung führte er an, dass die Bekl denselben Kundenkreis anspreche und dass ihre Art des Vertriebs Kundenanfragen und -beschwerden bei der Kl verursacht habe. Damit zielt der OGH uE aber nicht auf die Frage des Wettbewerbsverhältnisses, sondern auf das in § 1 UWG genannte Tatbestandselement der Beeinflussung des Wettbewerbs zum Nachteil von Unternehmen ab.

Auch das idZ vom OGH wiedergegebene Vorbringen der Bekl – nämlich dass sie nur „digitale Vignetten“ der ASFINAG weiterverkaufe (und somit keine Verschiebung von Marktanteilen verursache) – scheint eher als Argument gegen eine Beeinflussung des Wettbewerbs als gegen das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses gerichtet.

Die Frage der Erheblichkeit wurde vom OGH allerdings nicht weiter thematisiert.

14) Was genau im vorliegenden Fall die „Dienstleistung des Unternehmers“ (der ASFINAG) ist und welche Dienstleistung die Bekl anbot und erbrachte, ist eines der Kernthemen dieses Falls – s dazu unten.

15) Aus den Sachverhaltsfeststellungen geht nicht ganz zweifelsfrei hervor, ob die Bekl im eigenen Namen fremde Kfz bzw deren Kennzeichen bei der ASFINAG registrierte oder ob sie jeweils ihre Kunden als Käufer der Vignette angab und selbst nur für die Zahlung sorgte. Einige Rechtsausführungen des OGH dürften eher für letzteren Umstand sprechen.

Wenn man das wirtschaftliche Interesse der ASFINAG (deren Position hier jener eines Monopolisten gleicht) nur darin sehen würde, dass jeder, der die Autobahn benützen will, die Maut zahlt, lässt sich die Wettbewerbsbeeinflussung auf den ersten Blick nicht erkennen, da ja auch in jenen Fällen, in denen die Kunden die Dienste der Bekl in Anspruch nehmen, die Maut ungeteilt bei der ASFINAG eintrifft. Mangels entsprechender Feststellungen ist nicht zu vermuten, dass das Agieren der Bekl die Zahl der Autobahnbenützer verringert hat.

Sähe man die „Produkte“ der Streitteile als verschiedene an (Kl: Bereitstellung der Autobahnen gegen Entgeltannahme der ungeschmälerten Maut; Bekl: Beseitigung der 18-tägigen Wartepflicht), blieben zwar die angesprochenen Abnehmerkreise ident, doch wären die ihnen angebotenen Produkte verschieden. Es bliebe zur Fundierung des Wettbewerbsverhältnisses nur die Verursachung von Anfragen und Beschwerden bei der Kl.

#### Lauterkeitsrecht – Rechtsbruch (Rücktrittsrecht nach FAGG)

Nach Ansicht des OGH handelte die Bekl unlauter, weil sie ihren Kunden mit Konsumenteneigenschaft nicht ihrerseits ein Rücktrittsrecht einräumte. Die Bekl gab vielmehr ihren Kunden beim Vertragsabschluss Gelegenheit, gem § 18 FAGG den sofortigen Beginn mit der Dienstleistung zu verlangen und das verbundene Erlöschen des Rücktrittsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung zur Kenntnis zu nehmen. Dies verstößt nach Auffassung des OGH gegen das Gesetz.

Die Leistung der ASFINAG bestehe in der Bereitstellung mautpflichtiger Straßen und sei erst am Ende der Laufzeit der Vignette vollständig erbracht. Eine derartige Ausnahme vom Rücktrittsrecht komme daher nur bei einer 10-Tages-Vignette in Betracht. Auch der Ausnahmetatbestand des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG, der die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeicherten digitalen Inhalten betrifft, sei somit nicht anzuwenden. Darum könne die Bekl das Rücktrittsrecht nicht auf die beschriebene Art ausschließen.

Der OGH geht also davon aus, dass die Leistung der Bekl mit der Leistung der ASFINAG gleichzusetzen sei und daher ebenfalls in der Bereitstellung von Mautstraßen bestehen.

Aus unserer Sicht ist diese Deutung der tatsächlichen Verhältnisse durch den OGH jedoch nicht zwingend. Die Leistung der Bekl bestand in der Verschaffung einer sofort von der ASFINAG als gültig akzeptierten „digitalen Vignette“, worin die Registrierung des Kennzeichens in der Datenbank und die Zusage zu verstehen sind, infolge dieser Registrierung die Benutzung der Autobahnen ohne zusätzliche Sanktionen (dh „unbestraft“) zu dulden. Dass auch die zwölf Monate<sup>16)</sup> währende Pflicht zur Bereitstellung von Autobahnen zum Inhalt einer dermaßen als synallagmatisches Dauerschuldverhältnis verstandenen Rechtsbeziehung zwischen der Bekl und ihren Kunden gehört, ist – wie schon gesagt – nicht zwingend.<sup>17)</sup> Dem Sachverhalt lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass die Bekl sich als die Erhalterin der österr Mautstraßen de-

klarierte oder die Bereitstellung dieser Straßen in sonstiger Weise anbot.

Der OGH verweist idZ auf „die Aufmachung der Online-Angebote [der Bekl], wonach sie eine einheitliche Gesamtdienstleistung anbiete[n]“. Es erscheint jedoch nicht ganz klar, was damit gemeint ist, da diese Beurteilung sich in dieser Weise eher nicht aus dem festgestellten Sachverhalt ableiten lässt. Schon mit dem Hinweis der Bekl auf ihren Sitz in Deutschland müsste wohl ausreichend deutlich klar gewesen sein, dass selbstverständlich nicht die Bekl selbst die österr Mautstraßen zur Verfügung stellt.

Da die Gleichsetzung der angebotenen Leistungen der ASFINAG und der Bekl somit wenig nachvollziehbar erscheint, dürfte auch die Schlussfolgerung nicht zutreffen, dass die Leistung der Bekl nicht innerhalb von 14 Tagen vollständig erbracht werden könnte. Diese Leistung war vielmehr erbracht, sobald die ASFINAG die von der Bekl für ihren Kunden erworbene „digitale Vignette“ in ihrem System erfasst hat; genauer formuliert: sobald sie das mitgeteilte Kennzeichen in der Datenbank registriert und „zum sofortigen Gebrauch freigeschaltet“ hat.

Die Bekl konnte daher aus unserer Sicht wirksam mit ihren Kunden das Entfallen des Rücktrittsrechts gem FAGG vereinbaren. In diesem Punkt war das Verhalten der Bekl folglich nicht grundsätzlich unlauter.

Fraglich ist auch, ob es rechtswidrig ist, den Interessenten anzubieten, ihnen die mit der Registrierung eines Kennzeichens verbundenen Schritte abzunehmen, selbst wenn dies gegen Entgelt geschieht und mit dem „Bonus“ verbunden wird, sofort zur Benützung der Autobahn berechtigt zu sein.

Ob die Bekl diese ihre Leistung auf unlautere Weise bewirbt (zB durch irreführende Bewerbung) und somit auf unlautere Weise Kunden akquiriert (aber dadurch nicht der ASFINAG entzieht), ist natürlich eine andere Frage.

#### Lauterkeitsrecht – unrichtige Information über Marktbedingungen

Einen weiteren Lauterkeitsverstoß der Bekl erkannte der OGH darin, dass sie unrichtige Informationen über die Marktbedingungen iSd UWG Anh Z 18 erteilte.

Dies stützte er zunächst darauf, dass die Bekl einen Pauschalpreis für die vermittelte Vignette und die eigene Dienstleistung verlangte, sodass der Kunde nicht oder nicht ausreichend deutlich erkennen konnte, dass er einen höheren Preis als den von der ASFINAG verlangten zu zahlen hat. Außerdem, so der OGH, hätte die Bekl das bei einem Fernabsatz zu gewährende

16) Durch die Geltung der „digitalen Vignette“ während des vorherigen Dezembers und des nachfolgenden Jänners eigentlich: 14 Monate.

17) Relevant ist hier allerdings die Rsp (RIS-Justiz RS0114743), wonach – primär mit Blick auf den Ausschluss der Haftungsbeschränkung des § 1319a ABGB – die Zahlung der Maut eine Vertragsbeziehung schafft. Dass diese Vertragsbeziehung aber nur mit der ASFINAG und nicht mit der Bekl bestehen kann, zeigt auch die Überlegung, dass man im Falle eines Unfalls auf der Autobahn, der auf sorgfaltswidrige Erhaltung der Straße zurückgeht, kaum auf die Idee käme, Schadenersatzansprüche statt gegenüber der ASFINAG gegenüber der Bekl geltend zu machen. Dabei spielt gewiss auch der Umstand eine Rolle, dass die Erhaltungspflicht der ASFINAG in § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz gesetzlich geregelt ist.



Rücktrittsrecht nicht erläutert, sondern sich stattdessen irreführend auf die dt Rechtslage berufen, wonach allen Kunden der Erwerb einer „digitalen Vignette“ ohne Wartezeit möglich sei. Und schließlich, so der OGH, hätte die Bekl ihren Kunden verschwiegen, dass sie diese gegenüber der ASFINAG als Unternehmer deklariert, um die für Verbraucher vorgesehene Wartezeit zu vermeiden.

Der OGH sah in diesen Verhaltensweisen den Tatbestand des UWG Anh Z 18 verwirklicht, weil die Bekl ein falsches Bild über die Marktverhältnisse schaffe.

Aus unserer Sicht hätte § 2 Abs 1 UWG selbst durchaus das Instrumentarium geliefert, die festgestellte Geschäftspraktik der Bekl zu untersagen. Eines Rückgriffs auf die aufgrund des eher geringen Determinierungsgrads nicht ganz unbedenkliche Z 18 des Anh<sup>18)</sup> hätte es vielleicht nicht bedurft.

Denn nach § 2 Abs 1 lit 2 UWG hat der Unternehmer über die wesentlichen Merkmale des Produkts und gem § 2 Abs 1 lit 4 UWG über den Preis zu informieren. Die Bekl hätte daher schon aufgrund dieser Bestimmungen darüber aufzuklären gehabt, dass sie die „digitale Vignette“ nicht selbst zur Verfügung stellt, sondern (nur) eine Dienstleistung zum Zweck der Kennzeichen-Registrierung bei der ASFINAG erbringt (wesentliches Merkmal des Produkts), und welches – den Betrag der Maut übersteigende – Entgelt sie für diese Leistung verlangt (Preis).

Dass die Bekl ihre Kunden der ASFINAG gegenüber als Unternehmer deklarierte, ist lauterkeitsrechtlich gewiss auch höchst bedenklich, wird aber wohl eher nicht gegen Z 18 des Anhangs (Fehlinformation über Marktbedingungen) verstößen. Abhilfe dürfte hier § 2 Abs 4 UWG schaffen, wonach Geschäftspraktiken irreführend sind, die für eine informierte geschäftliche Entscheidung wesentliche Informationen vorenthalten.

## Markenrecht

Gestützt auf das Markenrecht begehrte die Kl auch, der Bekl zu verbieten, ohne ihre Zustimmung unter den Zeichen der Marken der Kl oder unter verwechselbar ähnlichen Zeichen Dienstleistungen iZm der Entrichtung von Mautgebühren zu bewerben, anzubieten, zu vertreiben und/oder Dritte dazu zu veranlassen, solche Leistungen zu bestellen.

Dagegen hatte sich die Bekl damit verteidigt, dass den Zeichen keine Unterscheidungskraft zukomme. Mit einer griffigen Argumentation hat der OGH diese Überlegung erledigt und ua darauf hingewiesen, dass es eine „klassische“ Form von Autobahnvignetten nicht gibt, weil diese Vignetten schließlich in verschiedenen Ländern verschieden aussehen.

Gut nachvollziehbar ist auch die Argumentation, dass es nicht den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel entspricht, dass die Bekl die Marke der Kl verwendet (und zwar unter Berufung auf § 10 Abs 3 Z 3 MSchG), weil dies durchaus suggerieren kann, das Angebot der Bekl stamme unmittelbar von der Kl.<sup>19)</sup>

Andreas Kulka, Rechtsanwalt,  
Kulka.Law, Wien;  
Reinhard Hinger

18) Was unter den in Z 18 genannten „Marktbedingungen“ eigentlich zu verstehen ist, ließ der Gesetzgeber unerläutert. Die hA versteht darunter alles, was für das betreffende Produkt charakteristisch oder für den Kunden relevant ist (Anderl/Appel in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> Anhang zu § 2 Rz 193; ebenso der OGH in der vorliegenden E). Abgesehen davon, dass somit von Z 18 stets auch all jene Angaben umfasst sind, die der Gesetzgeber in dem Versuch, den Begriff der unlauteren Irreführung näher zu determinieren, explizit aufgezählt hat, steht man bei der Anwendung der Z 18 immer auch vor dem Problem der Beurteilung, welche Marktbedingungen als normal anzusehen sind.

19) Zur Benutzung einer fremden Marke zu Werbezwecken vgl jüngst OLG Wien 133 R 132/19 p, *Skihelm*, ECLI:AT:OLG0009:2020:133 00R00132.19P.0121.000, veröffentlicht in diesem Heft ÖBl 2020/67, 226 (*Terlitzia*).