

TE OGH 2013/5/23 4Ob29/13p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische Apothekerkammer, *****, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei V***** s.r.o., *****, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 34.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 21. Dezember 2012, GZ 2 R 123/12s, mit welchem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 9. Mai 2012, GZ 39 Cg 60/11h-7, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss dahin abgeändert, dass die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei hat ihre Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen. Die beklagte Partei hat ihre Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die Klägerin nimmt als Körperschaft öffentlichen Rechts die wirtschaftlichen Interessen der österreichischen Apotheker wahr und ist nach § 2 Abs 4 Z 14 ApothekerkammerG befugt, Verfahren aufgrund von § 14 UWG zu führen. Die beklagte Gesellschaft hat ihren Sitz in Tschechien und betreibt eine Versandapotheke. Dafür richtete sie unter den Domain-Namen www.vfg-apotheke.at und www.zurrose.at deutschsprachige Internetseiten ein, auf denen Arzneimittel online bestellt werden konnten. Die Klägerin nimmt als Körperschaft öffentlichen Rechts die wirtschaftlichen Interessen der österreichischen Apotheker wahr und ist nach Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 14, ApothekerkammerG befugt, Verfahren aufgrund von Paragraph 14, UWG zu führen. Die beklagte Gesellschaft hat ihren Sitz in Tschechien und betreibt eine Versandapotheke. Dafür richtete sie unter den Domain-Namen www.vfg-apotheke.at und www.zurrose.at deutschsprachige Internetseiten ein, auf denen Arzneimittel online bestellt werden konnten.

Auf der Startseite des unter www.vfg-apotheke.at betriebenen Internetauftritts befand sich die farblich und im Verhältnis zum übrigen Text durch größere Druckschrift hervorgehobene Überschrift „VfG Versandapotheke für Österreich“. Gleich darunter wurde ausgeführt:

„Ihre Versandapotheke für Österreich bietet Qualität zu günstigen Preisen. Positive Testberichte von unabhängigen Instituten, bequeme Bezahlung und schneller Versand.“

Der Link „Versandkosten“ enthielt folgende Hinweise:

„Die Lieferung erfolgt ausschließlich innerhalb Österreichs, da die Lieferung von in Österreich zugelassenen Präparaten ins Ausland rechtlich nicht zulässig ist.“

„Schneller Versand mit österreichischer Post AG.“

Unter dem Menüpunkt „So bestellen Sie“ wurden eine österreichische Telefonnummer und eine österreichische Faxnummer angeführt; als Postadresse für schriftliche Bestellungen wurde „VfG Versandapotheke, Postfach 151, 1014 Wien“ genannt. Unter dem Menüpunkt „Über VfG“ fasste die Beklagte einen Testbericht des Vereins für Konsumenteninformation zusammen. Darunter befand sich folgender Hinweis:

„Liebe Kundinnen, liebe Kunden, wir bieten Ihnen über 400 originale, frei verkäufliche Heil- und Arzneimittel zu günstigen Preisen. Seit mehr als 5 Jahren profitieren unsere zufriedenen Kunden von unserer Arbeit als einem der größten Versender der Versandapotheken-Branche auf dem österreichischen und deutschen Markt. Unsere günstigen Preise erzielen wir durch den Großeinkauf von original österreichischen Markenartikeln und sichern unseren Kunden somit bis zu 40 % Preisvorteil.“

Über den Link „Partnerprogramm“ öffnete sich eine Seite unter anderem mit folgendem Text:

„VfG Österreich ist eine der ersten Versandapotheken für die Region Österreich im Internet.“

Unter dem Menüpunkt „News“ öffnete sich eine Seite, deren farblich unterlegte Kopfzeile wie folgt lautete:

„www.vfg-apotheke.at · Versandapotheke für Gesundheit · Österreich.“

Auf dem unter www.zurrose.at betriebenen Internetauftritt bot die Beklagte unter den Links „Hilfe“ und „Kontakt“ ebenfalls ausschließlich österreichische Telefon- und Faxnummern sowie Email- und Postadressen an. Unter dem Link „Versandkosten“ führte sie aus:

„Ihre Lieferung erfolgt durch die Österreichische Post AG und ausschließlich innerhalb Österreichs. Die Lieferung von in Österreich zugelassenen Präparaten ins Ausland ist rechtlich nicht zulässig.“

Dass der Versender tatsächlich eine tschechische Apotheke ist, ergab sich in beiden Internetauftritten nur aus den über einen Link erreichbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und aus dem Impressum. Dort wird auch eine „verantwortliche Apothekerin“ namentlich genannt und ausgeführt, dass deren „gesetzliche Berufsbezeichnung“ „Apothekerin (verliehen in Tschechien)“ sei.

Die Beklagte warb für ihren Versandhandel auch in einem Katalog und einem Werbefolder. Bei den Bestellinformationen verwies sie dort ebenfalls auf eine österreichische Postfachadresse, österreichische Telefon- und Faxnummern sowie auf die unter www.zurrose.at betriebene Website. In einer ganzseitigen Anzeige in einem Printmedium wurden Interessenten eingeladen, die Vorteile von „Zur Rose“ zu „entdecken“, unter einer österreichischen Telefonnummer einen aktuellen Katalog anzufordern oder die Website www.zurrose.at zu besuchen. Der Hintergrund dieser Anzeige war im oberen Drittel rot, im mittleren weiß und im unteren wieder rot gehalten.

Die Klägerin beantragt, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr, insbesondere durch die Gestaltung der von ihr betriebenen Websites www.vfg-apotheke.at und www.zurrose.at sowie ihrer in Österreich verteilten Kaufkataloge und Werbefolders sowie ihrer in österreichischen Magazinen abgedruckten Werbeschaltungen, den Eindruck zu erwecken, die von ihr betriebene Versandapotheke und/oder jene Apotheke, durch die der Versand über die unter den Websites www.vfg-apotheke.at und/oder www.zurrose.at betriebenen Online-Shops der Beklagten erfolge, habe ihren Sitz in Österreich, soweit dies nicht tatsächlich der Fall sei.

Die Beklagte erwecke durch die Gestaltung ihrer Werbung den unzutreffenden Eindruck, es handle sich bei ihr um eine Apotheke mit Standort in Österreich. Dieses Verhalten falle unter § 2 Abs 1 Z 6 UWG. Danach sei auch die unzutreffende Bezugnahme auf die geografische Herkunft einer Ware unzulässig, wenn sie einen nicht unerheblichen Teil der Abnehmer bei einer Auswahlüberlegung beeinflussen könne. Die Relevanz der Irreführung liege auf der Hand. Die Beklagte werbe nämlich ausdrücklich mit der fachlichen Beratung. Ein österreichischer Konsument erwarte daher,

dass ein nach österreichischen Qualitätsstandards ausgebildeter Apotheker die Beratung übernehme. Außerdem sei es vielen österreichischen Konsumenten aufgrund der bekannten Probleme im Zusammenhang mit Auslandsbestellungen wichtig, Arzneimittel bei einer in Österreich ansässigen Apotheke zu erwerben, zumal in diesem Fall auch mit einer kürzeren Versanddauer zu rechnen sei. Die Beklagte erwecke durch die Gestaltung ihrer Werbung den unzutreffenden Eindruck, es handle sich bei ihr um eine Apotheke mit Standort in Österreich. Dieses Verhalten falle unter Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 6, UWG. Danach sei auch die unzutreffende Bezugnahme auf die geografische Herkunft einer Ware unzulässig, wenn sie einen nicht unerheblichen Teil der Abnehmer bei einer Auswahlüberlegung beeinflussen könne. Die Relevanz der Irreführung liege auf der Hand. Die Beklagte werbe nämlich ausdrücklich mit der fachlichen Beratung. Ein österreichischer Konsument erwarte daher, dass ein nach österreichischen Qualitätsstandards ausgebildeter Apotheker die Beratung übernehme. Außerdem sei es vielen österreichischen Konsumenten aufgrund der bekannten Probleme im Zusammenhang mit Auslandsbestellungen wichtig, Arzneimittel bei einer in Österreich ansässigen Apotheke zu erwerben, zumal in diesem Fall auch mit einer kürzeren Versanddauer zu rechnen sei.

Die Beklagte wendet ein, dass in Österreich wegen des nationalen Versandhandelsverbots nur ein grenzüberschreitender Arzneimittel-Versandhandel zulässig sei. Daraus folge dennotwendig, dass eine Versandhandel betreibende Apotheke keine österreichische Apotheke sein könne. Dieser Umstand sei den angesprochenen Verkehrskreisen unter anderem aufgrund einer Kampagne der Apothekerkammer und des Bundesministeriums für Finanzen gegen Internetapotheken bekannt. Vor diesem Hintergrund scheide eine Irreführung aus. Zudem werde im Impressum der Sitz der Gesellschaft und die verantwortliche Apothekerin genannt, wobei auch klargestellt werde, dass dieser die Berufsbezeichnung „Apothekerin“ in Tschechien verliehen worden sei. Ein österreichischer Verbraucher könne sich daher im Impressum vollständig über diese Umstände informieren, wodurch ihm klar sei, dass er Arzneimittel im Wege des Versandes bei einer tschechischen Apotheke beziehe. Auch in den AGB werde auf den Sitz der Beklagten hingewiesen. Die Beklagte bezeichne sich nicht als Versandapotheke „in“, sondern „für“ Österreich. Aus dem Hinweis, dass die Lieferung ausschließlich innerhalb Österreichs erfolge, da die Lieferung von in Österreich zugelassenen Präparaten ins Ausland rechtlich unzulässig sei, leite der Adressat nicht ab, dass sich der Sitz der Versandapotheke in Österreich befinde.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Eine irreführende Geschäftspraktik könne auch in unzutreffenden geografischen Angaben liegen, die geeignet seien, einen nicht unerheblichen Teil der umworbenen Abnehmer bei deren Auswahlüberlegung zu beeinflussen. Durch die zahlreichen Verweise auf ausschließlich österreichische Telefon- und Faxnummern sowie Postadressen erwecke die Beklagte den unrichtigen Eindruck, dass sich die von ihr beworbenen Versandapotheken ihren Standort in Österreich hätten. Dieser Eindruck werde durch die Verwendung der deutschen Sprache und der Top-Level-Domain „at“ sowie die auf der Startseite drucktechnisch hervorgehobene Überschrift „VfG Versandapotheke für Österreich“ verstärkt. Ihren tatsächlichen Sitz führe die Beklagte nur im Impressum und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen an, die aber vom Durchschnittskunden nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht genauer studiert würden. Diese Hinweise seien daher nicht geeignet, die Irreführung durch die übrigen Angaben der Beklagten zu beseitigen. Dadurch, dass die Beklagte dem durchschnittlichen Kunden den Eindruck vermittle, sie sei eine österreichische Versandapotheke, verleite sie ihn dazu, bei der Bestellung von einem österreichischen Qualitätsstandard, einer unkomplizierten Abwicklung und einer kürzeren Versanddauer auszugehen und auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen, die er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht getroffen hätte.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs wegen der Einzelfallbezogenheit nicht zulässig sei.

Auf marktbezogene Wettbewerbsverstöße sei nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO das Recht jenes Ortes anzuwenden, an dem die wettbewerbsrechtlichen Interessen aufeinander stießen und sich das beanstandete Verhalten auswirke. Dies führe hier zur Anwendung österreichischen Rechts. Anders als vom Erstgericht angenommen vermittelten die Angaben der Beklagten nicht den Eindruck, die von ihr betriebene Versandapotheke sei in Österreich niedergelassen. Es sei nicht ungewöhnlich, dass sich ein in mehreren Staaten tätiges Versandunternehmen in der jeweiligen Landessprache an seine Kunden wende. Der Durchschnittsadressat ziehe daher aus der Verwendung der deutschen Sprache, aus den Hinweisen auf ausschließlich österreichische Telefon- und Faxnummern sowie Postadressen sowie aus der Verwendung der Top-Level-Domain „at“ nicht den Schluss, dass die beworbene Versandapotheke ihren Standort in Österreich habe. Auch die Formulierungen auf den Startseiten der Internetauftritte legten das nicht nahe, da dort

jeweils von einer Versandapotheke „für“ (und nicht „in“) Österreich die Rede sei. Das weise ganz im Gegenteil auf einen Sitz außerhalb Österreichs hin. Missverständlich könnten einzig jene Aussagen sein, wonach „innerhalb von Österreich“ nur rezeptfreie Arzneimittel versandt würden. Doch kläre die Beklagte sowohl im Impressum als auch in ihren AGB deutlich darüber auf, dass sich ihr Sitz in Tschechien befinde. Ein an dieser Information interessierter Verbraucher würde dort danach suchen. Zudem fehle es an der Täuschungseignung. Eine solche liege nämlich nur dann vor, wenn die subjektiven, aus dem Inhalt einer Geschäftspraktik abgeleiteten Vorstellungen des Durchschnittsverbrauchers nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen korrespondierten. Es sei aber nicht bescheinigt, dass die Beklagte den österreichischen Qualitätsstandards in Bezug auf die fachliche Beratung und die unkomplizierte Abwicklung nicht entspreche. Im Gegenteil habe der Verein für Konsumenteninformation - unbestritten - festgestellt, dass die Beklagte diese Standards erfülle. Auf marktbezogene Wettbewerbsverstöße sei nach Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO das Recht jenes Ortes anzuwenden, an dem die wettbewerbsrechtlichen Interessen aufeinander stießen und sich das beanstandete Verhalten auswirke. Dies führe hier zur Anwendung österreichischen Rechts. Anders als vom Erstgericht angenommen vermittelten die Angaben der Beklagten nicht den Eindruck, die von ihr betriebene Versandapotheke sei in Österreich niedergelassen. Es sei nicht ungewöhnlich, dass sich ein in mehreren Staaten tätiges Versandunternehmen in der jeweiligen Landessprache an seine Kunden wende. Der Durchschnittsadressat ziehe daher aus der Verwendung der deutschen Sprache, aus den Hinweisen auf ausschließlich österreichische Telefon- und Faxnummern sowie Postadressen sowie aus der Verwendung der Top-Level-Domain „at“ nicht den Schluss, dass die beworbene Versandapotheke ihren Standort in Österreich habe. Auch die Formulierungen auf den Startseiten der Internetauftritte legten das nicht nahe, da dort jeweils von einer Versandapotheke „für“ (und nicht „in“) Österreich die Rede sei. Das weise ganz im Gegenteil auf einen Sitz außerhalb Österreichs hin. Missverständlich könnten einzig jene Aussagen sein, wonach „innerhalb von Österreich“ nur rezeptfreie Arzneimittel versandt würden. Doch kläre die Beklagte sowohl im Impressum als auch in ihren AGB deutlich darüber auf, dass sich ihr Sitz in Tschechien befinde. Ein an dieser Information interessierter Verbraucher würde dort danach suchen. Zudem fehle es an der Täuschungseignung. Eine solche liege nämlich nur dann vor, wenn die subjektiven, aus dem Inhalt einer Geschäftspraktik abgeleiteten Vorstellungen des Durchschnittsverbrauchers nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen korrespondierten. Es sei aber nicht bescheinigt, dass die Beklagte den österreichischen Qualitätsstandards in Bezug auf die fachliche Beratung und die unkomplizierte Abwicklung nicht entspreche. Im Gegenteil habe der Verein für Konsumenteninformation - unbestritten - festgestellt, dass die Beklagte diese Standards erfülle.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diese Entscheidung gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil das Rekursgericht in der Frage, welchen Eindruck der Geschäftsauftritt der Beklagten beim Durchschnittsverbraucher erweckt, die Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten hat. Er ist aus diesem Grund auch berechtigt.

1. Die Vorinstanzen haben zutreffend österreichisches Recht angewendet.

1.1. Nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO (VO [EG] 864/2007) ist auf Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb das Recht jenes Staats anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Maßgebend ist daher, auf welchem Markt sich das beanstandete Verhalten auswirkt. Bei Werbemaßnahmen kommt es dabei auf den (tatsächlichen oder wahrscheinlichen) Ort des Einwirkens auf die Marktgegenseite an (4 Ob 12/11k = ÖBl 2012, 183 - Rohrprodukte; 4 Ob 202/12b - Erster klimaneutraler Stempel; beide mwN). Da im vorliegenden Fall nur eine auf Österreich gerichtete Werbung der Beklagten strittig ist, weist Art 6 Abs 1 Rom II-VO ausschließlich auf österreichisches Recht. Das Problem einer sonst allenfalls erforderlichen „Mosaikbetrachtung“ nach mehreren Rechtsordnungen (17 Ob 6/11y = *ius IT* 2011, 171 [Thiele] = ÖBl 2012, 75 [Gamerith] - *alcom-international.at*) stellt sich daher nicht. Eine ausschließlich auf einen bestimmten Mitbewerber bezogene Wettbewerbsbeeinträchtigung iSv Art 6 Abs 2 Rom II-VO liegt nicht vor. 1.1. Nach Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO (VO [EG] 864 aus 2007,) ist auf Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb das Recht jenes Staats anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Maßgebend ist daher, auf welchem Markt sich das beanstandete Verhalten auswirkt. Bei Werbemaßnahmen kommt es dabei auf den (tatsächlichen oder wahrscheinlichen) Ort des Einwirkens auf die Marktgegenseite an (4 Ob 12/11k = ÖBl 2012, 183 - Rohrprodukte; 4 Ob 202/12b - Erster klimaneutraler Stempel; beide mwN). Da im vorliegenden Fall nur eine auf Österreich gerichtete Werbung der Beklagten strittig ist, weist Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO ausschließlich auf

österreichisches Recht. Das Problem einer sonst allenfalls erforderlichen „Mosaikbetrachtung“ nach mehreren Rechtsordnungen (17 Ob 6/11y = *jusIT* 2011, 171 [Thiele] = *ÖBl* 2012, 75 [Gamerith] - *alcom-international.at*) stellt sich daher nicht. Eine ausschließlich auf einen bestimmten Mitbewerber bezogene Wettbewerbsbeeinträchtigung iSv Artikel 6, Absatz 2, Rom II-VO liegt nicht vor.

1.2. Dieses Ergebnis gilt uneingeschränkt für die Werbung der Beklagten in Katalogen, Werbefoldern und Zeitungsanzeigen. In Bezug auf die Gestaltung der Internetauftritte ist allerdings zu prüfen, ob sich aus dem Recht des elektronischen Handels (E-Commerce) etwas anderes ergibt.

(a) Nach § 20 ECG richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter im koordinierten Bereich (§ 3 Z 8 ECG) nach dem Recht dieses Staats. Der 7. Senat des Obersten Gerichtshofs sieht darin eine Kollisionsnorm, die eine Sachnormverweisung auf das Recht des Niederlassungsstaats enthält (7 Ob 189/11m = *jusIT* 2012, 133 [Mader] = *MR* 2012, 207 [Burgstaller/Kolmhofer]). Dies stehe mit dem Herkunftslandprinzip in Art 3 der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG) im Einklang. Diese Bestimmung verlange zwar nach der Rechtsprechung des EuGH (verb Rs C-509/09, *eDate Advertising*, und C-161/10, *Martinez*, wbl 2012, 27) keine Umsetzung als Kollisionsnorm, sie solle aber sicherstellen, dass ein Diensteanbieter jedenfalls keinen strengeren Regelungen unterliege als jenen in seinem Niederlassungsstaat. Das sei durch die in § 20 ECG angeordnete Sachnormverweisung auf das Recht dieses Staats gewährleistet. Diese Bestimmung sei daher weiterhin anzuwenden.(a) Nach Paragraph 20, ECG richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter im koordinierten Bereich (Paragraph 3, Ziffer 8, ECG) nach dem Recht dieses Staats. Der 7. Senat des Obersten Gerichtshofs sieht darin eine Kollisionsnorm, die eine Sachnormverweisung auf das Recht des Niederlassungsstaats enthält (7 Ob 189/11m = *jusIT* 2012, 133 [Mader] = *MR* 2012, 207 [Burgstaller/Kolmhofer]). Dies stehe mit dem Herkunftslandprinzip in Artikel 3, der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG) im Einklang. Diese Bestimmung verlange zwar nach der Rechtsprechung des EuGH (verb Rs C-509/09, *eDate Advertising*, und C-161/10, *Martinez*, wbl 2012, 27) keine Umsetzung als Kollisionsnorm, sie solle aber sicherstellen, dass ein Diensteanbieter jedenfalls keinen strengeren Regelungen unterliege als jenen in seinem Niederlassungsstaat. Das sei durch die in Paragraph 20, ECG angeordnete Sachnormverweisung auf das Recht dieses Staats gewährleistet. Diese Bestimmung sei daher weiterhin anzuwenden.

(b) Auch Brenn (Rechtsverletzung im Internet. Zur internationalen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet und zur kollisionsrechtlichen Bedeutung des Herkunftslandprinzips der EC-RL, *ÖJZ* 2012, 494 [498]) vertritt die Auffassung, dass die Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *eDate Advertising* und *Martinez* der Anwendung des als Kollisionsnorm verstandenen § 20 ECG nicht entgegenstehe. Aus ihr ergebe sich nur, dass keine Umsetzung als Kollisionsnorm erfolgen müsse. Das schließe aber eine solche Umsetzung nicht aus.(b) Auch Brenn (Rechtsverletzung im Internet. Zur internationalen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet und zur kollisionsrechtlichen Bedeutung des Herkunftslandprinzips der EC-RL, *ÖJZ* 2012, 494 [498]) vertritt die Auffassung, dass die Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *eDate Advertising* und *Martinez* der Anwendung des als Kollisionsnorm verstandenen Paragraph 20, ECG nicht entgegenstehe. Aus ihr ergebe sich nur, dass keine Umsetzung als Kollisionsnorm erfolgen müsse. Das schließe aber eine solche Umsetzung nicht aus.

(c) Der als Sachnormverweisung verstandene § 20 ECG (Herkunftslandprinzip) weicht allerdings von Art 6 Abs 1 Rom II-VO (Marktortprinzip) ab. Anzuwenden wäre danach jedenfalls das Recht des Herkunftsstaats, und zwar unabhängig davon, ob es strenger als jenes des Marktorts ist oder nicht. Damit lägen einander diametral widersprechende Kollisionsnormen vor. Brenn (aaO) und die Entscheidung 7 Ob 189/11m nehmen offenkundig an, dass dieser Normkonflikt durch den Vorrang von § 20 ECG zu lösen sei. Eine Grundlage dafür könnte allerdings nur Art 27 Rom II-VO bilden. Danach berührt die Verordnung „nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten.“ Diese Bestimmung erfasst zwar auch Regelungen des nationalen Rechts, die zur Umsetzung einer kollisionsrechtlichen Richtlinienbestimmung ergangen sind (Jakob/Picht in Rauscher, *EuZPR/EuIPR* [2011] Art 27 Rom II-VO Rz 4; Junker in *MüKo BGB* 10 Art 27 Rom II-VO Rz 8; idS ausdrücklich Art 67 EuGVVO). Dies kann allerdings nur soweit gelten, als die Bestimmungen des nationalen Rechts tatsächlich zur Umsetzung einer gegenüber der Rom II-VO spezielleren Regelung des Unionsrechts erforderlich ist. Soweit hingegen die Umsetzung überschießend erfolgte, besteht kein Grund, die allgemeine Regelung der Rom II-VO ihnen gegenüber zurücktreten zu lassen. Der Vorrang auch des „überschießenden“ Teils der Umsetzung würde das Rangverhältnis zwischen Unionsrecht (Rom II-VO) und nationalem Recht (dem von der

spezielleren Norm des Unionsrechts nicht geforderten Teil des Umsetzungsgesetzes) in sein Gegenteil verkehren.(c) Der als Sachnormverweisung verstandene Paragraph 20, ECG (Herkunftslandprinzip) weicht allerdings von Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO (Marktortprinzip) ab. Anzuwenden wäre danach jedenfalls das Recht des Herkunftsstaats, und zwar unabhängig davon, ob es strenger als jenes des Marktorts ist oder nicht. Damit lägen einander diametral widersprechende Kollisionsnormen vor. Brenn (aaO) und die Entscheidung 7 Ob 189/11m nehmen offenkundig an, dass dieser Normkonflikt durch den Vorrang von Paragraph 20, ECG zu lösen sei. Eine Grundlage dafür könnte allerdings nur Artikel 27, Rom II-VO bilden. Danach berührt die Verordnung „nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse enthalten.“ Diese Bestimmung erfasst zwar auch Regelungen des nationalen Rechts, die zur Umsetzung einer kollisionsrechtlichen Richtlinienbestimmung ergangen sind (Jakob/Picht in Rauscher, EuZPR/EuIPR [2011] Artikel 27, Rom II-VO Rz 4; Junker in MüKo BGB10 Artikel 27, Rom II-VO Rz 8; idS ausdrücklich Artikel 67, EuGVVO). Dies kann allerdings nur soweit gelten, als die Bestimmungen des nationalen Rechts tatsächlich zur Umsetzung einer gegenüber der Rom II-VO spezielleren Regelung des Unionsrechts erforderlich ist. Soweit hingegen die Umsetzung überschießend erfolgte, besteht kein Grund, die allgemeine Regelung der Rom II-VO ihnen gegenüber zurücktreten zu lassen. Der Vorrang auch des „überschießenden“ Teils der Umsetzung würde das Rangverhältnis zwischen Unionsrecht (Rom II-VO) und nationalem Recht (dem von der spezielleren Norm des Unionsrechts nicht geforderten Teil des Umsetzungsgesetzes) in sein Gegenteil verkehren.

(d) Art 3 der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr verlangt nach der bereits zitierten Entscheidung des EuGH (verb Rs C-509/09, eDate Advertising, und C-161/10, Martinez) keine kollisionsrechtliche Umsetzung, wie sie nach Auffassung von 7 Ob 189/11m in § 20 ECG vorgenommen wurde. Vielmehr soll diese Bestimmung nur sicherstellen, dass der Anbieter durch das allenfalls anwendbare Recht eines anderen Staats nicht strengeren Anforderungen unterliegt als im Herkunftsstaat. Nur dieser Regelungsgehalt ist daher bei der Anwendung der allgemeinen Kollisionsnormen, die sich aus der Rom II-VO ergeben, nach Art 27 Rom II-VO als vorrangige lex specialis zu beachten (vgl dazu Sack, Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie - die Entscheidung „eDate Advertising“, EWS 2011, 513 ff: „sachrechtliches Beschränkungsverbot“).(d) Artikel 3, der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr verlangt nach der bereits zitierten Entscheidung des EuGH (verb Rs C-509/09, eDate Advertising, und C-161/10, Martinez) keine kollisionsrechtliche Umsetzung, wie sie nach Auffassung von 7 Ob 189/11m in Paragraph 20, ECG vorgenommen wurde. Vielmehr soll diese Bestimmung nur sicherstellen, dass der Anbieter durch das allenfalls anwendbare Recht eines anderen Staats nicht strengeren Anforderungen unterliegt als im Herkunftsstaat. Nur dieser Regelungsgehalt ist daher bei der Anwendung der allgemeinen Kollisionsnormen, die sich aus der Rom II-VO ergeben, nach Artikel 27, Rom II-VO als vorrangige lex specialis zu beachten vergleiche dazu Sack, Der EuGH zu Artikel 3, E-Commerce-Richtlinie - die Entscheidung „eDate Advertising“, EWS 2011, 513 ff: „sachrechtliches Beschränkungsverbot“).

(e) Aus diesen Gründen kann der hier erkennende Senat die in 7 Ob 189/11m vertretene Auffassung nicht teilen, dass § 20 ECG bei der zivilrechtlichen Beurteilung von Diensten der Informationsgesellschaft im koordinierten Bericht zwingend - also unabhängig von den sonst geltenden unionsrechtlichen Kollisionsnormen - zur Anwendung des Rechts des Herkunftslandes führt. Vielmehr ist diese Bestimmung im Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrechts, insbesondere der Rom II-VO, dahin auszulegen, dass das anwendbare Recht zunächst nach dessen allgemeinen Verweisungsnormen zu bestimmen ist. Das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist erst auf der Ebene des materiellen Rechts umzusetzen: Die Anwendung des nach den allgemeinen Regeln ermittelten Rechts darf zu keinen strengeren Anforderungen führen, als sie im Recht des Herkunftslandes vorgesehen sind; geringere Anforderungen des nach den allgemeinen unionsrechtlichen Kollisionsnormen anwendbaren Rechts hätten aber - anders als bei einem Verständnis von § 20 ECG als vorrangige Sachnormverweisung - Vorrang. Ein Verständnis von § 20 ECG als unmittelbar anwendbare Sachnormverweisung auf das Recht des Herkunftslandes, wie es der Entscheidung 7 Ob 189/11m zugrunde liegt, ist nur außerhalb des Anwendungsbereichs der kollisionsrechtlichen Verordnungen der Europäischen Union möglich, insbesondere daher - wegen der Ausnahme in Art 1 Abs 2 lit g Rom II-VO - bei Verletzungen der Privatsphäre und Persönlichkeitsrechts.(e) Aus diesen Gründen kann der hier erkennende Senat die in 7 Ob 189/11m vertretene Auffassung nicht teilen, dass Paragraph 20, ECG bei der zivilrechtlichen Beurteilung von Diensten der Informationsgesellschaft im koordinierten Bericht zwingend - also unabhängig von den sonst geltenden unionsrechtlichen Kollisionsnormen - zur Anwendung des Rechts des Herkunftslandes führt. Vielmehr ist diese Bestimmung im Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrechts, insbesondere der Rom II-VO, dahin

auszulegen, dass das anwendbare Recht zunächst nach dessen allgemeinen Verweisungsnormen zu bestimmen ist. Das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist erst auf der Ebene des materiellen Rechts umzusetzen: Die Anwendung des nach den allgemeinen Regeln ermittelten Rechts darf zu keinen strengeren Anforderungen führen, als sie im Recht des Herkunftslandes vorgesehen sind; geringere Anforderungen des nach den allgemeinen unionsrechtlichen Kollisionsnormen anwendbaren Rechts hätten aber - anders als bei einem Verständnis von Paragraph 20, ECG als vorrangige Sachnormverweisung - Vorrang. Ein Verständnis von Paragraph 20, ECG als unmittelbar anwendbare Sachnormverweisung auf das Recht des Herkunftslandes, wie es der Entscheidung 7 Ob 189/11m zugrunde liegt, ist nur außerhalb des Anwendungsbereichs der kollisionsrechtlichen Verordnungen der Europäischen Union möglich, insbesondere daher - wegen der Ausnahme in Artikel eins, Absatz 2, Litera g, Rom II-VO - bei Verletzungen der Privatsphäre und Persönlichkeitsrechts.

(f) Aus diesen Erwägungen folgt, dass (auch) die Internetwerbung der Beklagten zunächst nach österreichischem Recht als dem nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO maßgebenden Markortrecht zu beurteilen ist. Erst in einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob die Anwendung dieses Rechts zu strengeren Anforderungen führte als jene des tschechischen Rechts als dem Recht des Herkunftslandes. Im konkreten Fall ist allerdings zu beachten, dass die relevanten Normen beider Rechte auf einer gemeinsamen unionsrechtlichen Grundlage beruhen. Denn strittig ist das Vorliegen einer irreführenden Geschäftspraktik im Sinn der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Da diese Richtlinie nicht bloß Mindeststandards vorsieht, sondern das Verbraucherschützende Lauterkeitsrecht vollständig harmonisiert (EuGH C-261/07 und C-299/07, VTB-VAB; C-304/08, Plus Warenhandels-gesellschaft; C-540/08, Mediaprint), ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass das Recht des Herkunftslandes dem Diensteanbieter mehr Freiheiten gestattet als jenes des Markorts iSv Art 6 Abs 1 Rom II-VO. Daher müsste der Diensteanbieter konkret behaupten, dass die Richtlinie im relevanten Bereich trotz der Vollharmonisierung einen Umsetzungsspielraum aufweist und im Herkunftsland (zulässigerweise) anders umgesetzt wurde als im zunächst zur Anwendung berufenen Recht des Markorts. Solches hat die Beklagte hier nicht vorgebracht. Vielmehr stützt sie sich auch in der Revisionsrekursbeantwortung ausschließlich auf die einschlägigen Bestimmungen des österreichischen UWG. Eine parallele Prüfung nach tschechischem Recht hat unter diesen Umständen zu unterbleiben.

(f) Aus diesen Erwägungen folgt, dass (auch) die Internetwerbung der Beklagten zunächst nach österreichischem Recht als dem nach Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO maßgebenden Markortrecht zu beurteilen ist. Erst in einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob die Anwendung dieses Rechts zu strengeren Anforderungen führte als jene des tschechischen Rechts als dem Recht des Herkunftslandes. Im konkreten Fall ist allerdings zu beachten, dass die relevanten Normen beider Rechte auf einer gemeinsamen unionsrechtlichen Grundlage beruhen. Denn strittig ist das Vorliegen einer irreführenden Geschäftspraktik im Sinn der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Da diese Richtlinie nicht bloß Mindeststandards vorsieht, sondern das Verbraucherschützende Lauterkeitsrecht vollständig harmonisiert (EuGH C-261/07 und C-299/07, VTB-VAB; C-304/08, Plus Warenhandels-gesellschaft; C-540/08, Mediaprint), ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass das Recht des Herkunftslandes dem Diensteanbieter mehr Freiheiten gestattet als jenes des Markorts iSv Artikel 6, Absatz eins, Rom II-VO. Daher müsste der Diensteanbieter konkret behaupten, dass die Richtlinie im relevanten Bereich trotz der Vollharmonisierung einen Umsetzungsspielraum aufweist und im Herkunftsland (zulässigerweise) anders umgesetzt wurde als im zunächst zur Anwendung berufenen Recht des Markorts. Solches hat die Beklagte hier nicht vorgebracht. Vielmehr stützt sie sich auch in der Revisionsrekursbeantwortung ausschließlich auf die einschlägigen Bestimmungen des österreichischen UWG. Eine parallele Prüfung nach tschechischem Recht hat unter diesen Umständen zu unterbleiben.

2. Anders als vom Rekursgericht angenommen liegt eine irreführende Geschäftspraktik vor.

2.1. Beim Irreführungstatbestand ist zu prüfen, (a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht, (b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob (c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (4 Ob 42/08t = MR 2008, 257 [Korn] = ÖBl 2008, 276 [Gamerith] - W.-Klaviere; RIS-Justiz RS0123292; zuletzt etwa 4 Ob 112/11s = wbl 2012, 234 - Eurotax-Liste, und 4 Ob 202/12b - Erster klimaneutraler Stempel).

2.2. Sowohl die Internetauftritte als auch die Werbung der Beklagten richten sich an Verbraucher, die am Kauf rezeptfreier Arzneimittel interessiert sind. Diese werden nach dem maßgebenden Gesamteindruck (RIS-Justiz

RS0078352) ohne jeden Zweifel annehmen, dass es sich bei der Beklagten um eine österreichische Internetapotheke handelt. Das Wissen, dass es solche Apotheken im Inland nach derzeitiger Rechtslage nicht geben kann, kann zumindest einem beträchtlichen Teil der angesprochenen Kreise nicht unterstellt werden. Daher werden sie aus den ausschließlich österreichischen Kontaktdaten, der auf Österreich weisenden Top-Level-Domain und der mehrfachen verbalen und nonverbalen Bezugnahme auf Österreich („Versandapotheke für Österreich“; „Lieferung erfolgt ausschließlich innerhalb Österreichs, da die Lieferung von in Österreich zugelassenen Präparaten ins Ausland rechtlich nicht zulässig ist“; Lieferung „durch die österreichische Post“; „Großeinkauf von original österreichischen Markenartikeln“; rot-weiß-roter Hintergrund in der Zeitungswerbung) ohne jeden Zweifel ableiten, dass es sich bei der Beklagten um ein österreichisches Unternehmen handelt. Die gegenteilige Beurteilung durch das Berufungsgericht ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr steht für den Senat außer Frage, dass die Beklagte die Verschleierung ihres tatsächlichen Sitzes geradezu anstrebt. Besonders deutlich wird das etwa bei der Auflösung des in der tschechischen Firma der Beklagten enthaltenen Akronyms („Vfg“) durch eine deutschsprachige Formulierung („Versandapotheke für Gesundheit“).

2.3. Die Aufklärung im Impressum und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht geeignet, die Irreführungseignung zu beseitigen. Denn aufklärende Hinweise können eine Täuschung durch eine ansonsten irreführende Werbeaussage nur verhindern, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen, die mit der Werbeaussage konfrontiert sind, auch wahrgenommen werden (RIS-Justiz RS0118488 [T1, T6]). Vom Durchschnittsverbraucher, der aus dem Gesamteindruck eines Geschäftsauftritts beinahe zwingend ableiten muss, es mit einem österreichischen Unternehmen zu tun zu haben, ist aber nicht zu erwarten, dass er dies durch Einsicht in die Geschäftsbedingungen und in das Impressum einer Website verifiziert. Vielmehr liegt nahe, dass er - über die ausschließlich österreichischen Kontaktdaten - sofort seine Bestellungen tätigt. Damit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall von Hinweisen in einer Liste, die (erst) bei einem - allerdings nach den Umständen des Einzelfalls zu erwartenden - „Scrollen“ sichtbar werden (vgl 4 Ob 195/07s).

2.3. Die Aufklärung im Impressum und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht geeignet, die Irreführungseignung zu beseitigen. Denn aufklärende Hinweise können eine Täuschung durch eine ansonsten irreführende Werbeaussage nur verhindern, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen, die mit der Werbeaussage konfrontiert sind, auch wahrgenommen werden (RIS-Justiz RS0118488 [T1, T6]). Vom Durchschnittsverbraucher, der aus dem Gesamteindruck eines Geschäftsauftritts beinahe zwingend ableiten muss, es mit einem österreichischen Unternehmen zu tun zu haben, ist aber nicht zu erwarten, dass er dies durch Einsicht in die Geschäftsbedingungen und in das Impressum einer Website verifiziert. Vielmehr liegt nahe, dass er - über die ausschließlich österreichischen Kontaktdaten - sofort seine Bestellungen tätigt. Damit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall von Hinweisen in einer Liste, die (erst) bei einem - allerdings nach den Umständen des Einzelfalls zu erwartenden - „Scrollen“ sichtbar werden (vergleiche 4 Ob 195/07s).

2.4. Auch an der Eignung der Irreführung, die geschäftliche Entscheidung eines Durchschnittsverbrauchers zu beeinflussen, ist nicht zu zweifeln. Einem Unternehmen kann im Regelfall nicht unterstellt werden, eine von vornherein unwirksame Werbung zu betreiben, also letztlich

unsinnige Ankündigungen zu machen (4 Ob 127/12y = MR 2012, 352 - Exklusiv für Club-Mitglieder). Das gilt auch für den hier offenkundig bewusst hergestellten Bezug zwischen dem Unternehmen der Beklagten und dem Inland. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Kreise wird (noch immer) annehmen, dass Bestellungen bei einem ausländischen Unternehmen in der Abwicklung und vor allem bei Leistungsstörungen zu größeren Problemen führen können als solche im Inland. Darauf, ob das im Einzelfall tatsächlich zutrifft, kommt es für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung nicht an. Es ist auch unerheblich, dass es vergleichbare inländische Unternehmen nicht gibt, weil derzeit nur der Versand von Arzneimitteln nach Österreich, nicht aber innerhalb Österreichs zulässig ist. Denn die Kenntnis dieses Umstandes kann dem Durchschnittsverbraucher nicht unterstellt werden. Zudem würde er selbst dann, wenn er von der diesbezüglichen Aufklärungskampagne der Apothekerkammer erfasst worden wäre, aufgrund des konkreten Auftritts der Beklagten annehmen, dass sich die Rechtslage inzwischen geändert habe und nun auch österreichische Apotheken über das Internet versenden dürfen.

3. Aus diesen Gründen hat der Revisionsrekurs Erfolg. Die angefochtene Entscheidung ist dahin abzuändern, dass die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 EO iVm §§ 40, 50 ZPO. 4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 393, EO in Verbindung mit Paragraphen 40, 50, ZPO.

Schlagworte

Internetversand - Vfg Versandapotheke für Österreich, Gewerblicher Rechtsschutz

Textnummer

E104287

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0040OB00029.13P.0523.000

Im RIS seit

18.06.2013

Zuletzt aktualisiert am

24.09.2015

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at