

TE OGH 2010/4/20 4Ob137/09i

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.04.2010

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 R***** s.r.o., *****, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei B*****, vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 32.000 EUR), über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 7. Mai 2009, GZ 5 R 39/09f-9, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 13. Februar 2009, GZ 19 Cg 13/09x-3, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

„1. Einstweilige Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte auf Unterlassung unlauterer Geschäftspraktiken wird der Beklagten

a . geboten, im geschäftlichen Verkehr, insbesondere in ihrer an österreichische Verbraucher auch im Internet gerichteten Kampagne „Eine miese Nummer“ die pauschale Aussage: „Erlaubte Einfuhrmengen sind laut Tabakgesetz und Tabaksteuergesetz: [...] Aus allen anderen EU-Mitgliedstaaten, darunter auch Tschechien und Slowenien: 200 Stück in Packungen mit Warnhinweisen in ausländischer Sprache pro Person“ und ähnliche sinngleiche Äußerungen zu unterlassen;

b. verboten, im geschäftlichen Verkehr im Rahmen ihrer Kampagne „Eine miese Nummer“ für Tabakerzeugnisse, unter anderem mit den Worten „Die P***** International ist mit Marken wie Marlboro, P***** Murrati Ambassador, Chesterfield, L&M und Eve 120 die Nr. 2 auf dem österreichischen Zigarettenmarkt. Die Marlboro Markenfamilie ist in Österreich die unangefochtene Nr. 1 Marke“ oder ähnlichen oder sinngleichen Äußerungen, entgegen § 11 Abs 1 TabakG Werbung zu machen.

Die einstweilige Verfügung wird bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils erlassen.

-

Das Mehrbegehr, der Beklagten weiters zu gebieten, die pauschalen Aussagen,

- „Über 2 Milliarden Zigaretten sind die geschätzte Menge, die 2007 in Österreich konsumiert wurde, ohne dass hier dafür Steuern bezahlt wurden. Dadurch gehen dem Staat Einnahmen für Investitionen in Arbeitsplätze und soziale Einrichtungen verloren. Kaufen Sie fair.“
- „Durch den illegalen Handel mit geschmuggelten und oft gefälschten Zigaretten entstehen der gesamten Tabakbranche Umsatzverluste in Millionenhöhe. Der illegale Zigarettenhandel schadet also nicht nur Staat und Handel, sondern auch dem Wirtschaftsstandort Österreich. Schätzungen zufolge beträgt der jährliche Steuerausfall durch den Konsum unversteuerter Zigaretten mindestens 260 Millionen Euro. So fehlen wichtige finanzielle Mittel für Investitionen in soziale Projekte sowie zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.“
- „Ein großer Teil dieser illegal gehandelten Zigaretten sind Fälschungen. Wer Zigaretten nicht in Trafiken und anderen befugten Verkaufsstellen kauft, unterstützt und fördert möglicherweise die Verbreitung organisierten Verbrechens sowie der Bandenkriminalität.“
- „3 Stangen illegal eingeführte Zigaretten sind kein Schnäppchen, sondern kosten ganz schnell 180 Euro Strafe. Die häufig geschmuggelte Menge von 3 Stangen über der erlaubten Einfuhrmenge kostet zum einen 75 Euro Strafe, zum anderen müssen 105 Euro Steuern nachgezahlt werden. Zusätzlich werden die Zigaretten beschlagnahmt. Mehrfachtätern drohen empfindlich höhere Strafen - in besonders schweren Fällen bis zu 7 Jahre Freiheitsentzug“ zu unterlassen, wird abgewiesen.

3. Die Klägerin trägt die Hälfte ihrer Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, die weitere Hälfte dieser Kosten endgültig selbst.

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die Hälfte ihrer Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen, sohin 2.277,26 EUR (darin 379,54 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Text

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin betreibt alle Tabakgeschäfte in den Einkaufszentren Excalibur City und Laa Bomba in Tschechien nahe der österreichischen Grenze. Die Beklagte ist die gesetzliche Interessenvertretung der 8.000 österreichischen Tabaktrikanten und Teil der Wirtschaftskammer Österreich. Die Beklagte startete im November 2008 eine Kampagne gegen „Schwarz rauchen“. Sie verteilte unter anderem eine Broschüre mit folgendem Text:

„GEFÄLSCHTE UND GESCHMUGGELTE ZIGARETTEN SCHADEN ALLEN. KAUFEN SIE FAIR.

2 - EINE MIESE NUMMER

Über 2 Milliarden Zigaretten sind die geschätzte Menge, die 2007 in Österreich konsumiert wurde, ohne dass hier dafür Steuern bezahlt wurden. Dadurch gehen dem Staat Einnahmen für Investitionen in Arbeitsplätze und soziale Einrichtungen verloren. Kaufen Sie fair.

SCHWARZ RAUCHEN - EINE MIESE NUMMER.

Eine Initiative der P***** GmbH/WKÖ - Die Tabaktrikanten

Weitere Hinweise an das Zollamt Eisenstadt/ Flughafen Wien unter der Telefonnummer 01/514 33 56 30 51.

DIE WIRKLICHKEIT HINTER DIESEN ZAHLEN IST ALARMIEREND.

Schätzungen zufolge beträgt der jährliche Steuerausfall durch den Konsum unversteuerter Zigaretten mindestens 260 Millionen Euro (Hochrechnung, basierend auf dem Mindestverkaufspreis 2007). Somit fehlen wichtige finanzielle Mittel für Investitionen in soziale Projekte sowie zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.

Durch den illegalen Handel mit geschmuggelten und oft gefälschten Zigaretten entstehen der gesamten Tabakbranche Umsatzverluste in Millionenhöhe. Der illegale Zigarettenhandel schadet also nicht nur Staat und Handel, sondern auch dem Wirtschaftsstandort Österreich und damit allen.

79 - EINE MIESE NUMMER

79 Millionen illegal eingeführte Zigaretten und 21,5 Tonnen Tabak wurden 2007 vom Österreichischen Zoll landesweit in Grenzgebieten, in Städten und an anderen Orten beschlagnahmt.

Ein großer Teil dieser illegal gehandelten Zigaretten sind Fälschungen. Wer Zigaretten nicht in Trafiken und anderen befugten Verkaufsstellen kauft, unterstützt und fördert damit möglicherweise die Verbreitung organisierten Verbrechens sowie der Bandenkriminalität.

3 - EINE MIESE NUMMER

3 Stangen illegal eingeführte Zigaretten sind kein Schnäppchen, sondern kosten ganz schnell 180 Euro Strafe.

Die häufig geschmuggelte Menge von 3 Stangen über der erlaubten Einfuhrmenge kostet zum einen 75 Euro Strafe, zum anderen müssen 105 Euro Steuern nachgezahlt werden. Zusätzlich werden die Zigaretten beschlagnahmt. Mehrfachtätern drohen empfindlich höhere Strafen - in besonders schweren Fällen bis zu 7 Jahre Freiheitsentzug.

Erlaubte Einfuhrmengen sind laut Tabakgesetz und Tabaksteuergesetz:

- Aus Ungarn und der Slowakei: 25 Stück pro Person (Gilt bis zum 31. 12. 08. Danach gelten die gleichen Regeln wie für Tschechien und Slowenien).
- Aus allen anderen EU-Mitgliedstaaten, darunter auch Tschechien und Slowenien: 200 Stück in Packungen mit Warnhinweisen in ausländischer Sprache pro Person.
- Aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten: 200 Stück pro Person.

KAUFEN SIE FAIR

Wer illegal gehandelte Zigaretten kauft, handelt oder konsumiert, schadet allen. Vermeiden Sie daher auch konsequent jeden Spontan- oder Schnäppchenkauf:

- Vermeiden Sie den Kauf auf Floh- und Straßenmärkten.
- Vermeiden Sie die Bestellung und den Bezug über illegale Internetseiten.
- Vermeiden Sie den Kauf über private Quellen.
- Vertrauen Sie ausschließlich Ihrem Trafikanten und anderen befugten Verkaufsstellen!"

Die Beklagte nützt auch das Internet sowie Plakate für ihre Kampagne. In einer Presseaussendung unter dem Titel: „Schwarzrauchen - eine miese Nummer - Start einer bundesweiten Initiative zur Bekämpfung des illegalen Zigarettenhandels durch die P***** GmbH und die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ)“ wird zunächst die Initiative vorgestellt und schließlich werden Angaben über die P***** GmbH und über die WKÖ gemacht, und zwar mit folgendem Wortlaut:

„Über die P***** GmbH: Die 1970 in Deutschland gegründete P***** GmbH ist ein Unternehmen von P***** International. Die P***** GmbH ist mit Marken wie Marlboro, Philip Morris, Muratti Ambassador, Chesterfield, L&M und Eve 120 die Nr. 2 auf dem österreichischen Zigarettenmarkt. Die Marlboro Markenfamilie ist in Österreich die unangefochtene Nr. 1 Marke.

Über die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ): Die Wirtschaftskammer Österreich ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und Teil der österreichischen Wirtschaftskammerorganisation. Die WKÖ koordiniert die Tätigkeit der neun Landeskammern in Österreich, der Vereinigungen der gewerblichen Wirtschaftstreibenden und vertritt damit die Interessen von rund 370.000 Mitgliedsbetrieben.“

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens begehrte die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu verbieten,

1. im geschäftlichen Verkehr insbesondere in ihrer an österreichische Verbraucher auch im Internet gerichteten Kampagne „Eine miese Nummer“ die pauschalen Aussagen - und ähnliche sinngleiche Äußerungen - zu tätigen:

- „Über 2 Milliarden Zigaretten sind die geschätzte Menge, die 2007 in Österreich konsumiert wurde, ohne dass hier dafür Steuern bezahlt wurden. Dadurch gehen dem Staat Einnahmen für Investitionen in Arbeitsplätze und soziale Einrichtungen verloren. Kaufen Sie fair.“

- „Durch den illegalen Handel mit geschmuggelten und oft gefälschten Zigaretten entstehen der gesamten

Tabakbranche Umsatzverluste in Millionenhöhe. Der illegale Zigarettenhandel schadet also nicht nur Staat und Handel, sondern auch dem Wirtschaftsstandort Österreich. Schätzungen zufolge beträgt der jährliche Steuerausfall durch den Konsum unversteuerter Zigaretten mindestens 260 Millionen Euro. So fehlen wichtige finanzielle Mittel für Investitionen in soziale Projekte sowie zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.“

- „Ein großer Teil dieser illegal gehandelten Zigaretten sind Fälschungen. Wer Zigaretten nicht in Trafiken und anderen befugten Verkaufsstellen kauft, unterstützt und fördert möglicherweise die Verbreitung organisierten Verbrechens sowie der Bandenkriminalität.“

- „3 Stangen illegal eingeführte Zigaretten sind kein Schnäppchen, sondern kosten ganz schnell 180 Euro Strafe. Die häufig geschmuggelte Menge von 3 Stangen über der erlaubten Einfuhrmenge kostet zum einen 75 Euro Strafe, zum anderen müssen 105 Euro Steuern nachgezahlt werden. Zusätzlich werden die Zigaretten beschlagnahmt. Mehrfachtätern drohen empfindlich höhere Strafen - in besonders schweren Fällen bis zu 7 Jahre Freiheitsentzug. Erlaubte Einfuhrmengen sind laut Tabakgesetz und Tabaksteuergesetz: [...] Aus allen anderen EU-Mitgliedstaaten, darunter auch Tschechien und Slowenien: 200 Stück in Packungen mit Warnhinweisen in ausländischer Sprache pro Person.“

2. im geschäftlichen Verkehr im Rahmen ihrer Kampagne „Eine miese Nummer“ Werbung für Tabakerzeugnisse, unter anderem mit den Worten

„Die ***** GmbH ist mit Marken wie Marlboro, Philip Morris, Muratti Ambassador, Chesterfield, L&M und Eve 120 die Nr. 2 auf dem österreichischen Zigarettenmarkt. Die Marlboro Markenfamilie ist in Österreich die unangefochtene Nr. 1 Marke“

oder ähnlichen oder sinngleichen Äußerungen, entgegen § 11 Abs 1 Tabakgesetz (TabakG) Werbung zu machen.

Die Kampagne der Beklagten verstößt gegen §§ 1 und 2 UWG. Sie erhebt den Vorwurf des „Schmuggels“ gegen Personen, die grenzüberschreitend innerhalb der EU Zigaretten zum privaten Gebrauch kauften, und setzt pauschal die Qualität von Zigaretten, die von Einzelhändlern in anderen Mitgliedstaaten der EU verkauft würden, herab. Mit den Äußerungen zum Steuerausfall durch im Ausland auch legal erworbene Zigaretten erweckt die Beklagte als Interessenvertreterin der österreichischen Tabaktrikanten bei einem verständigen Verbraucher den Eindruck, dass all jene, die in anderen EU-Staaten (auch legal) Zigaretten kauften und nach Österreich einführen, für die schlechte Arbeitsmarktsituation verantwortlich wären und aufgrund ihres „unfairen Verhaltens“ auch soziale Projekte und soziale Einrichtungen nicht finanziert werden könnten. Die Beklagte differenziert in ihren Äußerungen nicht zwischen legalem und illegalem Einkauf bzw. legaler oder illegaler Einfuhr nach Österreich. Es würden all jene als verantwortungslos „gebrandmarkt“, die ihre Zigaretten nicht in Österreich kauften. Ihre Äußerungen zu den Strafandrohungen bei illegaler Einfuhr würden den - unrichtigen - Eindruck erwecken, dass man schon bei Einfuhr von mehr als 200 Stück Zigaretten aus Tschechien mit einer Freiheitsstrafe bis zu 7 Jahren rechnen müsse. Diesfalls liege auch gar kein Schmuggel vor, weil die Verbringung von Zigaretten aus Tschechien nach Österreich keine Einfuhr bzw. Ausfuhr aus dem EG-Zollgebiet sei. Die Beklagte erhebt in ihrer Kampagne an ausländische Verkäufer sogar den Vorwurf, dass sie gefälschte Waren verkauften und Teil des organisierten Verbrechens seien. Auf der letzten Seite ihrer Broschüre führt die Beklagte als erlaubte Einfuhrmenge aus EU-Mitgliedstaaten mit besonderem Hinweis auf Tschechien „200 Stück in Packungen mit Warnhinweisen in ausländischer Sprache pro Person“ an. Alles darüber sei „strafbar“. Es finde sich nicht der geringste Hinweis darauf, dass diese Bestimmung bis 31. 12. 2010 befristet sei. Auch werde dem Konsumenten vorenthalten, dass - abgesehen von der EU-widrigen Beschränkung des für eine Übergangsfrist von drei Jahren eingeführten § 7a TabakG auf 200 Stück für Packungen mit ausländischen Warnhinweisen - die Freigrenze eigentlich bei 800 Stück liege. Die Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und Rats vom 5. 6. 2001 habe sich zum Ziel gesetzt, Handelshemmnisse durch Angleichung der Vorschriften für die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen zu beseitigen. Die Richtlinie sieht vor, dass die Warnhinweise in der bzw. den Amtssprachen des Mitgliedstaats abzufassen seien, in dem das Erzeugnis in Verkehr gebracht werde (Art 5 Abs 6 lit e). In Art 13 Abs 1 heißt es weiter, dass die Mitgliedstaaten die Einfuhr von Tabakerzeugnissen nicht aus Gründen untersagen oder beschränken dürfen, die mit den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen zusammenhängen. Mit diesen Vorgaben sei die österreichische Regelung in § 7a TabakG nicht vereinbar, die eine mengenmäßige Beschränkung der Einfuhr von Tabakerzeugnissen mit fremdsprachigen Warnhinweisen vorsehe, obwohl die Richtlinie ganz klar die Einfuhr solcher Tabakerzeugnisse erlaube, wenn die

Warnhinweise in der Sprache jenes Landes abgefasst seien, in dem die betreffenden Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht würden. Die vom österreichischen Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung der privaten Einfuhr von Tabakerzeugnissen mit fremdsprachigen Warnhinweisen verstöße somit gegen die genannte Richtlinie und sei daher nicht anwendbar. Stattdessen entfalte die entsprechende Regelung der Richtlinie unmittelbare Wirkung und verdränge die entgegenstehende nationale Regelung. Die Behauptung, dass nur 200 Zigaretten nach Österreich eingeführt werden dürften, sei somit nicht richtig, weil sie auf einer gemeinschaftsrechtswidrigen Norm beruhe. Hinsichtlich der Einfuhrbeschränkung sei auch bereits gegen die Republik Österreich ein Verfahren vor der Europäischen Kommission wegen Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts eingeleitet worden. Auch dies sei von der Beklagten verschwiegen worden, um den Konsumenten im falschen Glauben zu lassen, die Einfuhr von mehr als 200 Stück Zigaretten sei schlichtweg verboten. Diese unwahren und völlig haltlosen Unterstellungen und pauschalen Abwertungen mit aggressiver Tendenz seien als unlautere Geschäftspraktiken iSd § 1 UWG anzusehen und jedenfalls geeignet, den Wettbewerb der Klägerin, die in Tschechien nahe der österreichischen Grenze Einkaufszentren betreibe, in welchen zu einem beträchtlichen Teil Zigaretten verkauft würden, in hohem Ausmaß negativ zu beeinflussen. Auch ein Verstoß gegen § 2 Abs 1 Z 3 2. Fall UWG liege vor. Die Beklagte versuche durch ihre Kampagne den Eindruck zu erwecken, dass sie durch „Information“ der Konsumenten den Schmuggel von Zigaretten bekämpfen wolle und täusche hierdurch über den wahren Zweck der Kampagne, nämlich die Förderung des Zigarettenverkaufs durch österreichische Trafiken. Zusätzlich verstöße die Kampagne gegen das im TabakG verankerte Werbeverbot, zumal in der Presseaussendung der Beklagten die Tabakprodukte der P***** International - der Mitinitiatorin der Kampagne - beworben würden. Gemäß § 11 TabakG sei Werbung für Tabakerzeugnisse nämlich grundsätzlich verboten. Die Schaffung eines sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorteils durch Gesetzesverstoß sei ebenfalls unlauter iSd § 1 UWG.

Die Beklagte machte geltend, wegen des bestehenden Tabakmonopols und der Tätigkeit der Klägerin (bloß) im Ausland sei das UWG nicht anzuwenden; ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen bestehe nicht. Die Formulierung des Unterlassungsbegehrens sei unschlüssig und zu weit gefasst, weil danach wahre Aussagen zu unterlassen wären. Dass die Kampagne ausschließlich auf die Bekämpfung illegaler Tätigkeit abziele, sei aus der Broschüre unmissverständlich ersichtlich. Die im Rahmen der Kampagne wiedergegebenen Strafdrohungen seien korrekt; es würde die geltende Rechtslage dargestellt. Dies könne keine Irreführung begründen. Ein allfälliger Antrag bei der Europäischen Kommission ändere nichts daran, dass es sich um geltendes Recht handle. Tabaktrafikanten und sonstigen befugten Verkaufsstellen in anderen EU-Mitgliedstaaten würden keine Vorwürfe gemacht werden; im Gegenteil: Es werde explizit festgehalten, dass lediglich dem „Tabaktrafikanten und anderen befugten Verkaufsstellen“ zu vertrauen sei. Damit seien auch Tabaktrafikanten und andere vergleichbare befugte Verkaufsstellen im Ausland gemeint. Im Übrigen habe die Beklagte keine Werbung iSd § 11 Abs 1 TabakG durchgeführt. Sie habe die beanstandete Textstelle nicht im Kampagnenmaterial abgedruckt, sondern lediglich einmalig der Presse mitgeteilt. Die auszugsweise Aufzählung der durch einen bestimmten Konzern gehaltenen Markennamen diene ausschließlich der Beschreibung des Konzerns und sei allgemein branchenüblich. Es sollte damit nicht der Absatz eines Produkts durch Werbeaussagen gefördert werden.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Der Kampagne der Beklagten sei die Absicht, den Wettbewerb ihrer Mitglieder zu fördern, zu unterstellen. Die Kampagne sei zulässig, sofern sie sich darauf beschränke, die österreichischen Tabakkonsumenten wahrheitsgemäß auf die gesetzlichen Einfuhrvorschriften und die Folgen der Verletzung dieser Vorschriften hinzuweisen. Sie sei nur dann irreführend und geeignet, den redlichen Wettbewerb der Klägerin zu beeinflussen, wenn sie vom Empfänger so verstanden werde, dass auch die legale Einfuhr von bei ausländischen Einzelhändlern gekauften Zigaretten und deren Verbrauch in Österreich verboten und/oder verwerflich wäre. Bei Gesamtbetrachtung ergebe sich jedoch, dass sich die Kampagne nur gegen die illegale Einfuhr richte. Es werde weder der legale Konsum bzw die legale Einfuhr im Ausland gekaufter Zigaretten nach Österreich als „miese Nummer“ bezeichnet, noch werde die Klägerin pauschal herabgesetzt. Auch eine unzulässige Werbung sei in der Aussendung und in der Broschüre nicht zu erblicken. Der sachliche Hinweis auf die Marktstellung von Zigarettenherstellern sei nicht als Werbeaussage zu qualifizieren. Außerdem sei in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen, inwieweit diese Aussage den Wettbewerb der Klägerin spürbar zu beeinträchtigen in der Lage sei, da sie nichts in der Richtung vorbringe, dass sie die angeblich beworbenen Marken nicht im Programm habe und daher durch diese Bewerbung in irgend einer Weise beeinträchtigt werde. Ob § 7a TabakG der RL 2001/37/EG vom 5. 6. 2001

widerspreche, könne offen bleiben. Solange die österreichische Bestimmung aufrecht sei und durchgesetzt werde, unterlägen die Staatsbürger diesen Vorschriften, sodass der Hinweis auf die im Fall von „Schmuggel“ drohenden Rechtsfolgen wie auch auf die in Österreich derzeit geltenden Höchstmengen zulässig sei.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Eine Ankündigung sei nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen. Der beanstandete Text werde von einem durchschnittlichen Vertreter der angesprochenen Kreise nicht im Sinne des klägerischen Vorbringens (miss-)verstanden. Schon aufgrund der Schriftgröße dominiere der Satz „Gefälschte und geschmuggelte Zigaretten schaden allen“. Damit werde unmissverständlich dargetan, welchen Inhalt die Broschüre behandle und worauf sich die Aufforderung „Kaufen Sie fair“ beziehe. Der Hinweis auf die Strafbestimmung betreffend den Freiheitsentzug von sieben Jahren sei durch den Zusatz, dass dieser nur in besonders schweren Fällen drohe, nicht zur Irreführung geeignet. Angesichts der wörtlichen Nennung des illegalen Handels mit geschmuggelten und oft gefälschten Zigaretten sei auch nicht davon auszugehen, dass der durchschnittliche Verbraucher im Zusammenhang mit dem negativ herausgestrichenen Steuerausfall auch die legal eingeführten Zigaretten diffamiert sehe. Der Text in der Broschüre behandle ganz eindeutig die Warnung vor Zigarettenkaufen außerhalb des regulären Handels. Dass die Kampagne ausländische reguläre Verkäufe mit dem organisierten Verbrechen und Bandenkriminalität in Verbindung bringen solle, sei daher nicht nachvollziehbar. Die Irreführungseignung der beanstandeten Äußerungen sei insgesamt zu verneinen. Zur Frage des Vorliegens einer Werbung im Sinne von § 1 Z 7 TabakG führte das Rekursgericht aus, die bloß einmalige Erwähnung der „Marlboromarkenfamilie als unangefochtene Nummer 1 Marke“ in einer Presseaussendung, die sich schon durch die Form ihrer Verbreitung nicht schlechthin an den Durchschnittsverbraucher richte, sei nicht dazu angetan, den Wettbewerb zum Nachteil anderer Händler als österreichischer Trafikanten zu beeinflussen. Ob die Einfuhrbeschränkungen des § 7a TabakG gegen die RL 2001/37/EG verstießen, könne dahin stehen, weil die Beklagte bloß die geltende Rechtslage wiedergegeben habe. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil die Frage der Lauterkeitsrechtlich relevanten Irreführungseignung von Rechtsbelehrungen bis dato nicht an das Höchstgericht herangetragen worden sei.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig und teilweise auch berechtigt.

Die Klägerin wiederholt in ihrem Rechtsmittel ihre Standpunkte, wonach die von der Beklagten durchgeführte Kampagne „Schwarzrauchen - eine miese Nummer“ sowohl gegen § 1 als auch gegen § 2 Abs 1 Z 3 2. Fall UWG verstößt. Sie führe zu einer pauschalen Herabsetzung von im Ausland gekauften Zigaretten. Die Kampagne missbrauche die „Aufklärung“ der Allgemeinheit über die Rechtsfolgen von Schmuggel und die Gefahren gefälschter Zigaretten in wettbewerbswidriger Weise als Mittel zur Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs. Die Beklagte täusche über den wahren Zweck der Kampagne, nämlich die Förderung des Zigarettenverkaufs durch österreichische Trafiken, hinweg. Die durch die Spaltenstellungsbehauptung gegebene Verletzung des Werbeverbots gemäß § 11 TabakG - eine Bestimmung mit wettbewerbsregelndem Charakter - führe auch ohne die Voraussetzung der Spürbarkeit (die aber ohnehin gegeben sei) zur Bejahung eines Wettbewerbsverstoßes. Im Übrigen verstößt die Beschränkung der privaten Einfuhr von Tabakerzeugnissen (mit fremdsprachigen Warnhinweisen) gemäß § 7a TabakG gegen die RL 2001/37/EG und sei daher nicht anwendbar, weshalb die Argumentation des Rekursgerichts, dass nur geltendes Recht wiedergegeben werde, ins Leere gehe.

Dazu ist wie folgt auszuführen:

1. Die Klägerin thematisiert in weiten Bereichen ihres Rechtsmittels den Eindruck der Kampagne auf den Konsumenten und wiederholt diesbezüglich im Wesentlichen ihr im bisherigen Verfahren erstattetes Vorbringen.

Der erkennende Senat hält die einschlägige Begründung des Rekursgerichts für zutreffend, sodass auf dessen Ausführungen verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Bei der gebotenen Abstellung auf den Gesamteindruck der beanstandeten Mitteilung (vgl RIS-Justiz RS0078470) erweist sich nämlich als zutreffend, dass auf der Broschüre der Beklagten unmissverständlich dargetan wird, welchen Inhalt sie behandelt und worauf sich die Aufforderung „Kaufen Sie fair“ bezieht, dass der durchschnittliche Verbraucher die Wortwahl „geschmuggelte Menge“ im (so gemeinten) umgangssprachlichen Sinne richtig verstehen wird, und dass die Kampagne keine Verbindung zwischen ausländischen regulären Verkäufen und dem organisierten Verbrechen und der Bandenkriminalität herstellt.

Insbesondere der Umstand, dass die Broschüre den illegalen Zigarettenhandel nicht nur dem Trafikverkauf, sondern auch jenem in „anderen befugten Verkaufsstellen“ gegenüberstellt, führt zur Verneinung der von der Klägerin behaupteten Pauschalherabsetzung der legalen Zigaretteinfuhr und der Irreführung.

2.1. Die Frage der Richtlinienwidrigkeit des § 7a TabakG ist - entgegen der Auffassung des Rekursgerichts - von entscheidender Bedeutung für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der beanstandeten Angaben in der Broschüre der Beklagten. Denn die Rechtsauskunft der Beklagten wird nur dann als richtig zu bezeichnen sein, wenn sie tatsächlich anwendbare Rechtsnormen wiedergibt. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts verlangt aber, eine ihm widersprechende nationale Norm nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0109951 [T6, T7]).

2.2. Die Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen bezweckt die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für den Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidhöchstgehalt von Zigaretten, für die gesundheitsrelevanten Warnhinweise und sonstigen Angaben auf den Verpackungen von Tabakerzeugnissen sowie für bestimmte Maßnahmen, die die Inhaltsstoffe und die Bezeichnungen von Tabakerzeugnissen betreffen, wobei von einem hohen Gesundheitsschutzniveau ausgegangen wird.

Gemäß Art 5 Abs 6 lit e der RL 2001/37/EG ist der Wortlaut der erforderlichen Warnhinweise und Schadstoffangaben in der bzw den Amtssprachen des Mitgliedstaats abzufassen, in dem das Erzeugnis in den Verkehr gebracht wird.

Der EuGH hat im Urteil vom 9. 8. 1994, RSC-51/93 ausgesprochen, dass die benutzte Wendung „Land ..., in dem die Ware in den Verkehr gebracht wird“, den Mitgliedstaat des Endverkaufs des Erzeugnisses bezeichnet.

Gemäß Art 13 der RL 2001/37/EG dürfen die Mitgliedstaaten die Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen, die dieser RL entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken, die ua mit den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen oder anderen Erfordernissen der RL zusammenhängen. Die Umsetzungsfrist endete gemäß Art 14 der RL 2001/37/EG mit 30. 9. 2002.

Der - auf der beanstandeten Broschüre auszugsweise abgedruckte - § 7a TabakG sieht vor, dass Tabakwaren, die im Ausland von Privatpersonen erworben wurden und hinsichtlich der auf ihnen aufgebrachten Warnhinweise den Bestimmungen des TabakG nicht entsprechen, nur in beschränktem Umfang ins Inland verbracht werden ... dürfen. Damit wollte der österreichische Gesetzgeber die mit den Warnhinweisen beabsichtigte Aufklärung über die mit Rauchen verbundenen Gesundheitsrisiken wahren (EBRV 392 BlgNR XXIII. GP 2). Das österreichische TabakG beschränkt somit die Einfuhr von Tabakerzeugnissen aus Gründen, die mit den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen zusammenhängen. Dies verstößt gegen Art 13 der RL 2001/37/EG (so auch Meinl, Begrenzung der Verbringung von Zigaretten gemeinschaftsrechtskonform?, SWI 2008, 316; derselbe, Einfuhr von Zigaretten aus den EU-Nachbarländern ab 1. Jänner 2009, FJ 2009, 17).

Die Behauptung, dass nur Zigaretten im Ausmaß von höchstens 200 Stück privat eingeführt werden dürfen, ist daher unrichtig, weil auf einer gemeinschaftsrechtswidrigen - und somit unanwendbaren - Norm beruhend. Damit führt die Beklagte unter Inanspruchnahme ihrer Autorität als öffentliche Stelle über die tatsächliche Rechtslage in die Irre (vgl 4 Ob 24/06t).

2.3. Die unrichtig erteilte Rechtsauskunft ist unter keinen der Tatbestände des § 2 Abs 1 Z 1 bis 7 und Abs 3 UWG zu subsumieren. § 2 UWG erfasst nur Aussagen über das eigene Produkt oder Unternehmen (vgl zu § 2 UWG aF 4 Ob 20/08g). Zu prüfen ist daher, ob die Irreführung über die Rechtslage eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne vor § 1 Abs 1 Z 1 UWG darstellt.

2.4. Die Irreführung über die Rechtslage konnte - als Verstoß gegen den das Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz - eine Verletzung des § 1 UWG aF begründen (4 Ob 133/07y).

Die beanstandete Äußerung in der Broschüre der Beklagten steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes ihrer Mitglieder - und war auch darauf ausgerichtet - (vgl Plasser, Förderung fremden Wettbewerbs nach der UWG-Novelle 2007, MR 2010, 35 mwN). Ihr objektiver Zweck, fremden Wettbewerb zu fördern, liegt auf der Hand. Die Broschüre diente - zielgerichtet - der Förderung der Mitglieder der Beklagten. Es bedarf daher keiner (weiteren) Befassung mit der Frage, ob eine Förderung fremden Wettbewerbs nur dann eine unlautere

Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung darstellt, wenn entsprechende Zielgerichtetheit der Handlung vorliegt, oder ob es ausreicht, dass ein unmittelbarer Zusammenhang der Handlung mit der Förderung des Absatzes des Dritten (hier: der Mitglieder der Beklagten) gegeben ist (vgl dazu Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG28 § 2 Rz 54).

3.1. Gemäß § 1 Z 7 TabakG ist „Werbung“ jede Form der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder der indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern.

In der RV zur Stammfassung des TabakG, BGBl 431/1995, heißt es zur (ursprünglichen) Bestimmung des § 1 Z 7:

Angesichts der Verknüpfung der einzelnen Werbemittel untereinander und zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten war der Begriff Werbung umfassend zu definieren. Das Streben nach möglichst einheitlicher Regelung vergleichbarer Tatbestände gebietet eine Einbeziehung werbewirksamer Marktstrategien, die sonst vielleicht nicht dem Begriff Werbung in seiner allgemein üblichen Bedeutung subsumierbar wären (vgl Tabakgesetz, Gesetzestext, Materialien, ProLibris.at [2008] 18).

Die aktuelle Begriffsdefinition beruht auf der TabakG-Nov 2004, BGBl I Nr. 167/2004, mit welcher ua die RL 2003/33/EG umgesetzt wurde. Da auch indirekte Wirkungen erfasst werden, ist dieser Begriff immer noch sehr weit (Strejcek, Rauchen im Recht [2007] 54).

Aufgrund dieses klaren Gesetzeswortlauts im Zusammenhang mit den Materialien (umfassende Definition zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten) ist die Äußerung der Beklagten in ihrer Presseaussendung als Tabakwerbung im Sinne von § 1 Z 7 TabakG zu qualifizieren.

3.2. Gemäß § 11 Abs 1 TabakG sind Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse verboten (zur Auslegung dieser Bestimmung siehe 4 Ob 14/10b). Wer entgegen dieser Bestimmung Werbung oder Sponsoring betreibt, begeht eine Verwaltungsübertretung (§ 14 TabakG).

3.3. Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG in der Fassung der UWG-Novelle 2007 zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (RIS-Justiz RS0123239). Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden (4 Ob 225/07b mwN; 4 Ob 34/08s; 4 Ob 48/08z; 4 Ob 99/08z).

Aufgrund des weiten Werbebegriffs des TabakG ist der Verstoß der Beklagten so offenkundig, dass ihre Rechtsansicht als unvertretbar beurteilt werden muss. Die zum Tabakwerbeverbot nach § 11 TabakG bislang einzig ergangenen Entscheidung des VwGH vom 17. 12. 2002, 2000/11/0268, steht dem nicht entgegen, weil die in der zitierten Entscheidung behandelte Werbeeinrichtung (beleuchtete Werbetafel) eindeutig als Werbung gemäß § 11 TabakG zu qualifizieren war. Im vorliegenden Fall ist zu beurteilen, ob der Aussage die - direkte oder indirekte - Wirkung zukommt, den Verkauf der Tabakerzeugnisse der „Marlboro Markenfamilie“ zu fördern. Dies ist zu bejahen, weil im gegebenen Zusammenhang die Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung ausreicht (vgl § 1 Abs 1 UWG: „geeignet ist“), ohne dass es eines Kausalitätsnachweises der fördernden Wirkung im konkreten Einzelfall bedürfte. Dass das Herausstellen der P***** GmbH im Rahmen der Kampagne der Beklagten als „die Nr. 2 auf dem österreichischen Zigarettenmarkt“ und der „Marlboro Markenfamilie“ als „die unangefochtene Nr. 1 Marke“ geeignet ist, den Verkauf der Tabakerzeugnisse der P***** GmbH - in Österreich - zu fördern, kann nicht zweifelhaft sein.

3.4. Unzweifelhaft ist auch die Eignung des Verstoßes, den Wettbewerb zum Nachteil gesetzestreuer Unternehmen nicht unerheblich zu beeinflussen, zumal der Tabakwerbung generell eine hohe Werbewirksamkeit innewohnt (vgl Mat zur TabakGNov 2004, 700 der Beilagen XXII. GP 4).

4. Zusammenfassend war dem Revisionsrekurs der Klägerin teilweise Folge zu geben und die Sicherungsverfügung im oben dargestellten Umfang zu erlassen, das Mehrbegehren war abzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 43, 50 ZPO. Die Obsiegensquote der Klägerin war mit der Hälfte zu bewerten.

Schlagworte

Eine miese Nummer, Gewerblicher Rechtsschutz,

Textnummer

E93871

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0040OB00137.09I.0420.000

Im RIS seit

16.06.2010

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2010

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