

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Jänner 2018

01

1 – 44

## Beiträge

### Gift im Markenprodukt

Michael Woller und Christian Hauer ↻ 4

Rabatte im (Unions-)Kartellrecht Florian Neumayr ↻ 11

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 12

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 15

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 20

Rechtsprechung des OLG Wien in Registerverfahren ↻ 21

## Leitsätze

Nr 1 – 10 ↻ 22

OGH 24. 8. 2017, 4 Ob 130/17x, Reisebüroleistung Guido Donath ↻ 22

OLG Wien 11. 7. 2017, 133 R 30/17k, Bauanwalt Reinhard Hinger ↻ 23

EuGH 4. 5. 2017, C-339/15, Vanderborght Silke Graf ↻ 24

## Rechtsprechung

Geheimhaltungsverpflichtung – Weiterverwendung von Kundenlisten  
für einen Konkurrenten Armin Bammer ↻ 28

Raimund/Baucherlwärmer III – Verletzungsklage und Widerklage  
Christian Schumacher ↻ 32

Austria Asphalt – Zusammenschluss ohne Entstehung eines „Vollfunktionsunternehmens“  
Raoul Hoffer ↻ 35

## De lege ferenda

Geschäftsgeheimnisschutz heute und morgen

Dominik Hofmarcher ↻ 38

NEU!  
Judikatur  
des EPA

# ÖBI-Leitsätze

Reinhard Hinger

Nr 1 – 10

## → Lauterkeitsrecht

### §§ 1, 2 UWG

#### ÖBI-LS 2018/1

Das Bewerben von Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes im Affiliate-System erfordert, um nicht unlauter zu sein, keine Gewerbeberechtigung des Affiliate-Partners, wenn er die Tätigkeit nicht selbst ausübt und wenn den Kunden ausreichend deutlich offengelegt wird, wer Vertragspartner ist.

OGH 24. 8. 2017, 4 Ob 130/17 x, *Reisebüroleistung*, ECLI:AT:OGH0002:2017:00400B00130.17X.0824.000

**Anmerkung:** Soweit ersichtlich erstmalig hatte sich der OGH in dieser Rs mit dem aktuellen Thema des **Affiliate-Marketing** zu befassen und konkret damit, ob ein solcher Affiliate-Partner allenfalls über eine gültige Gewerbeberechtigung in Bezug auf das Beworbene verfügen muss und ob durch die Funktionsweise des Affiliate-Marketing eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung entstehen kann.

Grob gesagt lässt sich das Affiliate-Marketing wie folgt erklären: Ein Unternehmer platziert auf den Internetauftritten seiner Affiliate-Partner Links zu seinem Unternehmen in der Hoffnung, dass Personen, die die Homepage der Partner besuchen, durch diese Links neugierig gemacht werden und sich für seine Leistungen interessieren. Bei Vertragsabschlüssen, die über diese „Pforten“ kommen, bekommen die Partner eine Provision.

Im vorliegenden Fall bewarb die Drittbekl (eine AG mit Sitz in der Schweiz) als eine solche Affiliate-Partnerin auf Basis entsprechender Verträge gegen Provision das Angebot einer dt GmbH im Internet. Bei diesen Angeboten handelte es sich um Vermittlungsdienstleistungen für Reisen, die (ausschließlich) von der dt GmbH erbracht wurden, die in Deutschland über eine entsprechende Konzession verfügte. Dafür verwendete die Drittbekl Domains, die ihr die Erstbekl zur Verfügung gestellt hatte. Die Inhalte der Webseite der dt GmbH wurden dabei – unverändert und automatisch – mittels „Framing“ in den Internetauftritt der Drittbekl übernommen, was dazu führte, dass es nach dem äußeren Anschein zunächst so aussah, als würde die Drittbekl Reisevermittlungsdienstleistungen erbringen.

Die Bekl wurden vom klagenden Schutzverband konkret insb wegen Rechtsbruchs (§ 1 UWG) und Irreführung (§ 2 UWG) in Anspruch genommen. Das ErstG<sup>1)</sup> wies die Klage ab, weder der Berufung noch der (vom BerG<sup>2)</sup> zugelassenen) Rev (schon aus Gründen des § 502 Abs 1 ZPO) war Erfolg beschieden.

Unstrittig war, dass die Drittbekl nicht über die Gewerbeberechtigung eines Reisebüros (§ 94 Z 56 iVm § 126 GewO) verfügte. Grundsätzlich kann die Ausübung einer Tätigkeit eines reglementierten Gewerbes (§ 94 GewO) durchaus den Tatbestand des Rechtsbruchs erfüllen, wenn eine entsprechende Gewerbeberechtigung fehlt.<sup>3)</sup> Im vorliegenden Fall war jedoch entscheidend, dass die Drittbekl eine bewilligungspflichtige Reisebürotätigkeit nicht faktisch ausgeübt hatte – damit ist eine entscheidende Abgrenzung vorgenommen worden, die für das Geschäftsmodell des Affiliate-Marketing von wesentlicher Bedeutung sein kann: Die bloße Bewerbung ist der tatsächlichen Ausübung der (reglementierten) Tätigkeit nicht gleichzuhalten, auch wenn der Internetauftritt des Affiliate-Partners durchaus zunächst den Anschein erwecken könnte, eine direkte Inanspruchnahme der Leistungen (unmittelbar beim Affiliate-Partner) wäre möglich. Für eine solche Bewer-

bung von Reisen ist eine Gewerbeberechtigung nicht erforderlich.<sup>4)</sup>

Im konkreten Fall wäre den Bekl überdies – worauf der OGH jedoch nicht näher eingehen musste – die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung zugutegekommen, die eine Haftung auf Basis des § 1 UWG unter dem Tatbestand des Rechtsbruchs ebenfalls ausschließt.<sup>5)</sup>

Auch mit dem zweiten Klagegrund (Verstoß gegen § 2 UWG – irreführende Geschäftspraktik) drang die Kl nicht durch. In diesem Zusammenhang kam es wesentlich darauf an, dass den Kunden vor dem Absenden der Buchung erkennbar war, wer Reiseveranstalter ist. Damit war ihnen die Möglichkeit gegeben, bei der Kenntnis vom tatsächlichen Veranstalter/Vermittler von der Buchung abzusehen. Im vorliegenden Fall musste der OGH nicht darauf eingehen, ob darin ein „ausreichend aufklärender Hinweis“ zu sehen war, der eine Irreführung nach § 2 UWG auszuschließen vermag. Der in diesem Zusammenhang zitierte Rechtssatz<sup>6)</sup> fokussiert eher auf die Frage der „gleichen Auffälligkeit“, während im vorliegenden Fall eher der Aspekt der Rechtzeitigkeit relevant wäre.<sup>7)</sup>

Im Ergebnis dürfte sich Affiliate-Marketing (im Hinblick auf die hier relevanten lauterkeitsrechtlichen Aspekte) rechtskonform gestalten lassen, wenn das reglementierte Gewerbe nur beworben und nicht ausgeübt wird und wenn dem Kunden vor dem faktischen Abschluss eines Rechtsgeschäfts (im Sinne „gleicher Auffälligkeit“) hinreichend deutlich wird, wer sein Vertragspartner ist.

Guido Donath,

Rechtsanwalt, DONATH LAW, Innsbruck/Wien

1) LG Salzburg 31. 10. 2016, 14 Cg 42/16 p.

2) OLG Linz 3. 4. 2017, 6 R 228/16 s.

3) Vgl *Burgstaller/Handig/Heidinger/Schmid/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 808 ff mwN.

4) OGH 19. 11. 2009, 4 Ob 70/09 m.

5) Vgl RIS-Justiz RS0123239; RS0077771.

6) RIS-Justiz RS0118488.

7) Vgl dazu OGH 4 Ob 2338/96 v, *D-Schulen*, ÖBI 1997, 172: Die Relevanz der Irreführung kann zu verneinen sein, wenn der durch irreführende Angaben iSd § 2 UWG ausgelöste Irrtum vor dem Geschäftsabschluss aufgeklärt wird und wenn nicht die Gefahr besteht, dass dieses oder ein anderes Geschäft dennoch abgeschlossen wird.