

Energieanbieterwechsellkampagne des VKI – kein Handeln im geschäftlichen Verkehr

§ 1 UWG

OGH 17. 2. 2015,
4 Ob 7/15f

– Energieanbieter-
wechsellkampagne –

2015/239

1. Bewertet ein Verein (Verband) Angebote von dritten Unternehmen im Interesse der eigenen Mitglieder, so scheidet ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch am fehlenden Handeln im geschäftlichen Verkehr, mag auch als bloßer Reflex der Wettbewerb einzelner Anbieter dadurch faktisch gefördert werden.

2. Nichts anderes gilt, wenn eine Verbraucherorganisation eine Energieanbieterwechsellkampagne durchführt. Ein derartiges Bieterverfahren zur Ermittlung des günstigsten Angebots führt zu einem vom Lauterkeitsrecht nicht erfassten Produktvergleich der sich an der Kampagne beteiligenden Anbieter.

3. Wenn auch die Beteiligung eines unternehmerischen Kooperationspartners an der Kampagne zu deren logistischer Umsetzung zur Förderung dessen Wettbewerbs führt, so ist dies doch nur bloßer Reflex der Kampagne.

4. Diese Rsp des OGH ist vom ErwGr 7 RL-UGP gedeckt, wonach sich diese RL nicht auf Geschäftspraktiken bezieht, die vorrangig anderen Zielen dienen.

Der bekl Verein für Konsumenteninformation (VKI) organisierte eine sog Energieanbieterwechsellkampagne, die Bewegung in den Energiemarkt bringen und die Strom- und Gasanbieter zu einer Senkung der Energiepreise bewegen sollte. Energieanbieter, die sich an der Aktion beteiligten, legten Angebote für Strom- oder Gasverträge. Mehr als 260.000 angemeldete Konsumenten zeigten sich an der Kampagne interessiert. Die bekl Partei verständigte den Großteil dieser Teilnehmer vom Gastarif des „Bestbieters“ unter Bekanntgabe der möglichen Ersparnis bei einem Tarifwechsel. Die kl Partei, die – als Konkurrent des Bestbieters – für Privat- und Geschäftskunden Erdgas anbietet und an der Aktion nicht teilnahm, warf dem bekl Verein in ihrer auf Lauterkeitsrecht gestützten Klage irreführende und unvollständige Angaben über die Tarifberechnung und die mögliche Ersparnis vor. Das RekG wies den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab, da die bekl Partei nicht im geschäftlichen Verkehr gehandelt habe, der OGH bestätigte.

Aus der Begründung:

Die Beurteilung des RekG ist durch die Rsp zum Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr gedeckt.

1. Der bekl Verein wird selbst nicht wirtschaftlich tätig und könnte daher allenfalls wegen der Förderung fremden Wettbewerbs in Anspruch genommen werden. Wegen des generellen Wegfalls der Wettbewerbsabsicht als Tatbestandsmerkmal des § 1 UWG durch die UWG-Nov 2007 kommt es nach der stRsp nicht mehr auf die Absicht an, fremden Wettbewerb zu fördern, sondern auf die Eignung, sofern nicht bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegt (...). Ein solches Überwiegen anderer Zwecke wurde insb bei der Erfüllung typischer

Aufgaben der öffentlichen Hand (4 Ob 40/11b) oder auch dann angenommen, wenn ein Verein (Verband) Angebote von dritten Unternehmen im Interesse der eigenen Mitglieder bewertete (4 Ob 171/11 t; 4 Ob 222/11 t). In solchen Fällen scheidet ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch am fehlenden Handeln im geschäftlichen Verkehr, dies ungeachtet der als bloßer Reflex zu wertenden faktischen Förderung des Wettbewerbs einzelner Anbieter (4 Ob 222/11 t ua).

2.1 Die Rechtsansicht des RekG, dass die bekl Partei mit der Aktion – ihrem statutarischen gemeinnützigen Zweck entsprechend – die wirtschafts- und sozialpolitischen Interessen ihrer Mitglieder (= Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Österreichischer Gewerkschaftsbund und Republik Österreich) und der österr Konsumenten an niedrigen Energiepreisen verfolgt habe, sodass diese Zielsetzung gegenüber der mit der Aktion verbundenen Förderung des Bestbieters eindeutig überwogen habe, hält sich im Rahmen der referierten Judikatur. (...)

2.2 Das RekG ist jedenfalls vertretbar davon ausgegangen, dass die bekl Partei kein (eigenes) Interesse am wirtschaftlichen Erfolg einzelner Energieanbieter hat. Das korrespondiert auch mit dem auf den Verbraucherschutz und damit auf das öffentliche Interesse (vgl 1 Ob 54/06g) ausgerichteten Vereinszweck der bekl Partei. Ihre verbraucherorientierte und gemeinnützige Ausrichtung ist aus ihren Statuten, aber auch aus den gesetzlich eingeräumten Klags- (...) bzw Beschwerdebefugnissen (...), den durch Gesetz oder Verordnung bei der Wahrnehmung von Verbraucherinteressen normierten Aufgaben bzw Informationsansprüchen (...) sowie der ex lege angeordneten Teilnahme an bestimmten Gremien (...) und aus der Mitgliederstruktur der bekl Partei abzuleiten.

2.3 Bei der Beurteilung des (fehlenden) Interesses der bekl Partei an der Förderung des Bestbieters orientierte sich das RekG an der zu neutralen Produktvergleichen ergangenen Rsp des erk Senats (...). Entgegen den Ausführungen im RevRek ist diese Judikatur auch für den hier zu beurteilenden Fall einschlägig, zumal die aus einem Produktvergleich resultierende faktische Förderung des Testsiegers durchaus mit den positiven Effekten der Energieanbieterwechsellkampagne für den Bestbieter zu vergleichen ist. Das von der bekl Partei im Anlassfall durchgeführte Bieterverfahren zur Ermittlung des günstigsten Angebots führte ja im Ergebnis zu einem – vom Lauterkeitsrecht nach der referierten Rsp nicht erfassten – Produktvergleich der sich an der Kampagne beteiligenden Anbieter. Dass sich an diesen Produktvergleich sodann noch Aufforderungen der Bekl an die teilnehmenden Verbraucher angeschlossen haben, nunmehr den Anbieter zu wechseln, ändert am Gesamtcharakter der Kampagne und deren überwiegend wettbewerbsfremder Zielsetzung nichts.

2.4 Die kl Partei vermag mit ihrem Hinweis auf die Beteiligung eines unternehmerischen Kooperationspartners an der Kampagne keine Fehlbeurteilung des RekG aufzuzeigen, die einer höchstgerichtlichen Korrektur bedarf. Die vom RekG als überwiegende Zielsetzung qualifizierte Verfolgung von Verbraucherinteressen wird nämlich nicht durch den Umstand relativiert, dass sich der bekl Verein bei der logistischen Umsetzung der Kampagne der Unterstützung Dritter bediente. Auch die Förderung des Wettbewerbs des Kooperationspartners kann daher vertretbar als bloßer Reflex der Kampagne beurteilt werden.

3.1 Für die Einholung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH zu Art 3 Abs 1 iVm Art 2 d RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) besteht kein Anlass, zumal der erk Senat die richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ für hinreichend klar erachtet. Der vom RekG hervorgehobene ErwGr 7 RL-UGP, wonach sich diese RL nicht auf Geschäftspraktiken bezieht, die vorrangig anderen Zielen dienen, deckt die unter Pkt 1 dargestellte Rsp des OGH, an der sich das RekG jedenfalls vertretbar orientiert hat.

3.2 Dem widerspricht auch nicht die E des EuGH v 3. 10. 2013, C-59/12, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, in der ausgesprochen wurde, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die mit einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe wie der Verwaltung eines gesetzlichen Krankenversicherungssystems betraut ist, in ihren persönlichen Anwendungsbereich fällt (so im *Original, Ann*). Dieser E lag zugrunde, dass eine als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte gesetzliche Krankenkasse des deutschen Rechtssystems ihren Versicherungsnehmern gegenüber wirtschaftlich tätig ist und daher als „Gewerbetreibende“ iSd RL-UGP zu qualifizieren ist. Eine solche wirtschaftliche Tätigkeit der bekl Partei zeigt die kl Partei aber nicht auf.

Anmerkung:

Seit der UWG-Nov 2007 ist Wettbewerbsabsicht nicht mehr erforderlich, sondern es genügt die objektive Eignung des beanstandeten Verhaltens zur Förderung fremden Wettbewerbs. Nun sollte man meinen, dass etwa ein Produktvergleich, bei dem ein bestimmter Anbieter als Sieger hervorgeht, den Wettbewerb dieses Anbieters fördert, womit, sollte bspw dieser Vergleich irreführende Angaben enthalten, das UWG zur Anwendung käme. Das ginge der Rsp aber doch zu weit, und sie schränkt ein, dass trotz einer solchen Eignung keine relevante Förderung fremden Wettbewerbs vorliegt, wenn bei objektiver Betrachtung andere Zielsetzungen eindeutig überwiegen. Wenn daher ein Verband für seine Mitglieder Angebote für Photovoltaikanlagen einholt und bewertet (OGH 4 Ob 171/11 t ecolex 2012, 239 [Wolfer]) oder der ÖAMTC das Ergebnis eines Reifentests veröffentlicht (OGH 4 Ob 222/11 t ecolex 2012, 625 [Barnhouse]), dann hat der jeweils bekl Verband kein eigenes Interesse am Ergebnis seines Produktvergleichs

oder am wirtschaftlichen Erfolg der einzelnen Anbieter. Natürlich fördert er dadurch faktisch den Wettbewerb einzelner Anbieter, das ist aber ein bloßer Reflex, ein Nebeneffekt dieser einem anderen Zweck (in der Regel den Mitgliederinteressen) dienenden Tätigkeit. Diese für Produktvergleiche entwickelte Rsp wendet der OGH nun auch auf eine Kampagne an, wie sie der VKI (ausländischen Vorbildern folgend) für den Energiebereich durchführte. Diese ging über einen bloßen Produktvergleich hinaus, da der VKI nicht bloß über Tarife und Konditionen informierte und diese verglich, sondern sich auch in die Vertragsanbahnung zwischen Bestbietern und teilnehmenden Konsumenten einschaltete, diesen ein konkretes Angebot des Bestbieters vorlegte und sie beim Wechsel des Energieanbieters unterstützte. Das änderte nichts daran, dass die Aktion ausschließlich den Interessen der Mitglieder und dem statistischen gemeinnützigen Zweck des Vereins diente.

Anders war es wiederum im Fall *Media-Analyse* (OGH 4 Ob 76/12 y ecolex 2012, 993 [Tonninger]): Die Veröffentlichung der *Media-Analyse* ist zweifellos geeignet, den Wettbewerb der darin aufgenommenen Werbeträger zu fördern. Es kam daher darauf an, ob eine andere Zielsetzung bei objektiver Betrachtung eindeutig überwog. Zwar lag die Ermittlung der Reichweiten auch im Interesse jener Vereinsmitglieder, die Leistungen der Werbeträger nachfragen, es waren aber auch die Anbieter Mitglieder des bekl Vereins. Objektiver Zweck (und nicht bloß Nebeneffekt) war daher auch die Förderung der Interessen der dem Verein angehörenden Anbieter auf dem Werbemarkt, womit das UWG anwendbar war.

Worauf es also ankommt, ist einerseits der den Statuten zu entnehmende Vereinszweck (der natürlich durch die tatsächliche Tätigkeit des Vereins gedeckt sein muss) und andererseits die Mitgliederstruktur. In letzterer Hinsicht „unverdächtig“ ist angesichts seiner in der E geschilderten Mitgliederstruktur der VKI, genauso aber auch eine Massenorganisation wie der ÖAMTC. Heikel kann es unter diesem Aspekt bei Interessenverbänden von Unternehmern werden – hier achtet die Rsp genau darauf, ob nicht (wie bei der *Media-Analyse*) ganz konkret Mitglieder des Vereins vom Testergebnis etc betroffen sind. Dies ist auch dann gegeben, wenn eine Broschüre von einer Teilorganisation der Wirtschaftskammer herausgegeben wird und damit der Absatz der eigenen Mitglieder gefördert werden soll (OGH 20. 4. 2010, 4 Ob 137/09 i). Völlig klar liegt natürlich der Fall, wenn ein Produktvergleich das Ziel hat, am Abschluss von Verträgen über einzelne Produkte selbst zu verdienen (vgl OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 165/11 k) – dann ist weder am geschäftlichen Verkehr noch an der Wettbewerbsabsicht zu zweifeln.

Es mag für einen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen, der von einem derartigen, nicht Wettbewerbszwecken dienenden, Produktvergleich nur indirekt betroffen ist, ärgerlich sein, aber er hat keine rechtliche Möglichkeit, gegen behauptete Fehler des Produktvergleichs anzugehen. Nur dann, wenn über sein eigenes Angebot Aussagen getroffen werden, steht ihm § 1330 ABGB zur Verfügung.

Thomas Höhne (am Verfahren beteiligt)

Dr. Thomas Höhne ist Partner von Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte in Wien.