

Schutz der Privatsphäre

in EU, US
im Kinderzimmer

Culpa in contrahendo
Altbekannter Hintermänner

Der „Ausschüttungsschwindel“
In der Rsp des OGH

Übernatürliche Leistungen
Einklagbar

Große Kronzeugenregelung
„Reloaded“

Grenzüberschreitende Verschmelzungen
Verschmelzungsbericht

Arbeitgeberansprüche
Kollektivvertraglicher Verfallsklauseln

Internet of Things – Wenn (Gebrauchs-)Gegenstände werben

Kurz vor Weihnachten haben der europäische Verbraucherverband (BEUC) und auch der VKI vor „My friend Cayla“, einer mit dem Internet verbundenen sprechenden Puppe, gewarnt.¹⁾ Neben der unsicheren Bluetooth-Verbindung wurde vor allem die Tendenz zur (Schleich-)Werbung beanstandet. Da dies im „Internet of Things“ kein Einzelfall sein oder jedenfalls bleiben dürfte, scheint eine kurze Analyse der lauterkeitsrechtlichen Rahmenbedingungen angebracht.

DOMINIK HOFMARCHER

A. Werbung im Internet der Dinge

Noch im Jahr 2001 sagte ein Zukunftsforscher voraus, dass sich das Internet nicht zu einem Massenmedium wie Radio oder Fernsehen entwickeln werde.²⁾ Heute, im Jahr 2017, nutzen nicht nur Menschen, sondern sogar Dinge das Internet – Smart Objects oder Intelligent Electronic Devices (IED) senden und empfangen Daten, um uns (oft auch unbemerkt) das Leben einfacher zu machen oder um uns schlicht zu unterhalten. Selbst Städte sollen zu Smart Cities werden und sich in wichtigen Bereichen vollautomatisch regulieren.

Es ist also nicht wirklich überraschend, dass mittlerweile auch Kinderspielzeuge „online gehen“ und so zu Smart Objects werden. Wenn bspw die Puppe Cayla mit dem Internet verbunden ist, können Kinder der Puppe Fragen stellen. Eine spezielle App wandelt die Sprache in Text um, sucht eine Antwort im Internet und lässt die Puppe antworten – für manche Eltern ein Wunder der Technik, für andere eine Horrorvorstellung. „Intelligentes“ Spielzeug bietet zweifellos tolle Möglichkeiten (man denke etwa an die Unterstützung beim Erlernen von Fremdspra-

chen) – offensichtlich sind andererseits aber auch die (Missbrauchs-)Gefahren und drohende Eingriffe in die Privatsphäre.³⁾

Einer von vielen Aspekten ist getarnte oder zumindest unerwartete Werbung. Nach Angaben der Verbraucherschutzorganisationen spricht Cayla etwa auch ungefragt und teilt mit, dass sie am liebsten Filme eines bestimmten Produzenten sieht. Unabhängig davon, ob dies nun tatsächlich zutrifft oder nicht: Es ist offensichtlich, dass Unternehmen interaktives Spielzeug nutzen können, um mit den Kindern in Kontakt zu treten und – mehr oder weniger subtil – für bestimmte Produkte zu werben; dies

Dr. Dominik Hofmarcher ist Rechtsanwalt der Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) Siehe BEUC v 6. 12. 2016, www.beuc.eu/press-media/news-events/eu-us-consumer-take-action-against-flawed-connected-toys sowie VKI Presseinformation v 6. 12. 2016, http://vki.at/sites/vki.at/files/attachments/pa_puppe_cayla.pdf (jeweils abgefragt am 4. 1. 2017).
- 2) Siehe Standard v 2. 3. 2001, <http://derstandard.at/496477/Internet-wird-kein-Massenmedium> (abgefragt am 4. 1. 2017).
- 3) Vgl zur datenschutzrechtlichen Problematik s. *Leissler* in diesem Heft, Seite 99.

könnte vom eher dezenten Product Placement bis hin zur aggressiven direkten Kaufaufforderung reichen.

All dies gilt freilich nicht nur für Kinderspielzeug, sondern im gleichen Maße auch für andere Dinge, die mit uns (internetbasiert) kommunizieren. Anders als traditionelle Medien, wie etwa Zeitung oder Fernsehen, die idR bewusst konsumiert werden und deren (werbliche) Inhalte weitgehend bekannt sind, sind Smart Objects oft so in den Alltag integriert, dass man – zu dieser Zeit, an diesem Ort oder unter diesen Umständen – nicht mit Werbung rechnet. Werden Smart Objects von besonders schutzwürdigen Adressaten (zB Kindern) oder in besonders sensiblen Situationen verwendet, so ist eine Konfrontation mit Werbung noch kritischer zu beurteilen.

B. Lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen

Wirbt ein Marktteilnehmer über Smart Objects, hat er selbstverständlich alle lauterkeitsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Besonders wichtig sind in diesem Zusammenhang das Verbot getarnter sowie belästigender Werbung und – soweit es um Spielzeug geht – die Beschränkungen im Bereich der Kinderwerbung. Fraglich ist ferner, ob die Integration von Werbung eine wesentliche Produkteigenschaft ist, über die vorab entsprechend informiert werden muss:

1. Getarnte Werbebotschaften („Schleichwerbung“)

Informiert eine Puppe ein spielendes Kind (ungefragt) darüber, dass sie besonders gerne die Filme eines bestimmten Produzenten sieht, dann ist dies eine – dem Product Placement vergleichbare – Werbebotschaft, die für ein Kind nicht ohne Weiteres als Werbebotschaft erkennbar ist.

Getarnte Werbung widerspricht dem Offenkundigkeits- und dem damit verbundenen Wahrheitsgrundsatz.⁴⁾ Das UWG enthält daher sowohl ein entsprechendes *per-se*-Verbot als auch Generalklauseln, die derartige Praktiken erfassen.

a) Als Information getarnte Werbung iSd Z 11 des Anhangs zum UWG

Besonders kritisch wurde getarnte Werbung seit jeher iZm redaktionellen Beiträgen beurteilt (wenn gleich derartige Beiträge heute nicht mehr uneingeschränkt als objektiv angesehen werden.)⁵⁾

Gem Z 11 des Anhangs zum UWG (schwarze Liste) ist es daher in jedem Fall unlauter, wenn bezahlte redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde. Einen ähnlichen Schutzzweck haben § 26 MedienG und § 6 ECG bzw entsprechende rundfunkrechtliche Normen. Der OGH geht davon aus, dass § 26 MedienG und Z 11 des Anhangs zum UWG im Kern dieselben Gebote bzw Verbote enthalten.⁶⁾ Demnach sollen entgeltliche Inhalte eindeutig als solche erkennbar sein. Verstöße gegen

derartige Normen können regelmäßig auch über § 1 UWG verfolgt werden (Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch).⁷⁾

Zwar fallen unter den Begriff „Medien“ sämtliche Formen der Massenkommunikation (egal ob Print-, Online- oder sonstige audiovisuelle Medien).⁸⁾ Fraglich ist aber, ob eine (individuelle) Botschaft eines Smart Object einerseits als Massenkommunikation und andererseits als redaktioneller Beitrag angesehen werden kann. Das wird zwar mitunter von den Umständen des Einzelfalls abhängen, scheint *prima facie* aber eher schwer vorstellbar, zumal als redaktioneller Inhalt idR eine Berichterstattung und Auseinandersetzung über Themen von allgemeinem Interesse durch eine unabhängige und neutrale Redaktion als Beitrag zur Unterrichtung und Meinungsbildung verstanden wird.⁹⁾ Ferner wird es oftmals an einer Bezahlung fehlen (etwa wenn der Hersteller eines Smart Object eigene Produkte bewirbt).

b) Täuschung über die Händlereigenschaft iSd Z 22 des Anhangs zum UWG

Das *per-se*-Verbot der Z 22 untersagt die „*unrichtige Behauptung oder Erwecken des unrichtigen Eindrucks, dass der Händler nicht für die Zwecke seines Handels, Geschäfts, Gewerbes oder Berufs handelt, oder fälschliches Auftreten als Verbraucher*“.

Dies kann iZm Smart Objects insofern eine Rolle spielen, als kommunizierende Gegenstände – abhängig von den konkreten Umständen – wohl nicht ohne Weiteres als „Unternehmer“ identifiziert werden. Ist die Werbung nicht klar als solche erkennbar, könnte man dem Unternehmer vorwerfen, sich hinter dem (vermeintlich objektiven) Smart Object zu verstecken und dieses gleichsam für sich sprechen zu lassen.

c) Irreführung/Kundenfang

Getarnte Werbung wird oftmals aber auch dann unlauter sein, wenn die Voraussetzungen der Z 11 oder der Z 22 des Anhangs zum UWG nicht erfüllt sind. Hatte der OGH das Verschleiern des kommerziellen Zwecks einer Geschäftspraktik früher noch als Kundenfang gem § 1 UWG beurteilt,¹⁰⁾ wird dies nunmehr gem Art 7 Abs 2 RL-UGP ausdrücklich dem Verbot irreführender Unterlassungen zugeordnet (§ 2 Abs 4 UWG).

4) *Anderl/Appl in Wiebel/Kodek*, UWG² § 2 UWG Rz 503 (Stand 1. 11. 2012, rdb.at).

5) Vgl OGH 26. 9. 2016, 4 Ob 60/16a; in dieser E hielt der OGH den RIS-Justiz RS0077860 nicht uneingeschränkt aufrecht, sondern meinte vielmehr: „*Der durchschnittlich aufmerksame und kritische Leser geht heute davon aus, dass auch redaktionelle Beiträge in periodischen Medien nicht ‚neutral‘ sind und keine absolute Objektivität in Anspruch nehmen können, weil sie von – zumeist auch namentlich genannten – Journalisten stammen, die ihre persönliche Meinung zum Ausdruck bringen, sei es in politischen, wissenschaftlichen oder wirtschaftlichen Belangen.*“

6) Vgl zuletzt OGH 26. 9. 2016, 4 Ob 60/16a mwN.

7) Siehe unten Pkt B.4.

8) Vgl § 1 Abs 1 Z 1 MedienG.

9) Vgl *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁵ Anh zu § 3 III UWG Rz 11.2.

10) Vgl OGH RIS-Justiz RS0077817.

Eine unzulässige Tarnung liegt vor, wenn dem Werbeadressaten die Werbemaßnahme nicht als solche erkennbar wird, zumal es dann nicht möglich ist, den Aussagewert der Werbung zu beurteilen.¹¹⁾ Zudem besteht eine Überrumpelungsgefahr.¹²⁾ Es wird aber auch darauf ankommen, ob der Adressat mit einer solchen Werbung rechnen konnte bzw im Vorfeld darauf hingewiesen wurde (wie dies oft bei der Produktplatzierung der Fall ist). Für die Beurteilung der Unlauterkeit ist dabei stets das Verständnis der jeweiligen Zielgruppe maßgeblich.¹³⁾

Tatbestandsmäßig ist auch das Verschleiern von Werbebotschaften in Form angeblicher Empfehlungen Dritter,¹⁴⁾ zumal solche Empfehlungen regelmäßig als objektiver und verlässlicher als Anpreisungen des Herstellers angesehen werden (insofern besteht auch eine gewisse Nähe zur Z 22 des Anhangs zum UWG). Eine ähnliche Situation liegt mE vor, wenn der Dritte ein Gegenstand ist: Empfiehlt eine Puppe, ein Auto oder ein Kühlschrank ein gewisses Produkt, so besteht die Gefahr, dass dies – abhängig vom Adressatenkreis und der konkreten Situation – unreflektiert als objektive Empfehlung eines „Alltagshelfers“ und nicht als Werbung wahrgenommen wird.

2. Unerwartete (belästigende) Werbung

Während getarnte Werbung via Smart Objects also idR unlauter sein wird, stellt sich die Frage, wie eindeutig als Werbung erkennbare, aber für den Adressaten unerwartete und mitunter natürlich auch lästige Werbebotschaften zu beurteilen sind. Man stelle sich etwa vor, dass ein Radiowecker den Adressaten in der Nacht mit (wenn auch klar als solche erkennbaren) Werbebotschaften konfrontiert.

a) Persönlichkeitsrechtsverletzung

Kann sich der Adressat nicht gegen solche Werbebotschaften wehren und ist er somit „gezwungen“, die Werbung zu konsumieren, so wird dies zunächst häufig einen Eingriff in Persönlichkeitsrechte darstellen. Nach der Rsp des OGH folgt aus der aus § 16 ABGB abgeleiteten Achtung des Privatbereichs ua auch ein Schutz vor belästigender Werbung.¹⁵⁾

b) Aggressive Werbung/unlauteres Anreißen

Z 26 des Anhangs zum UWG verbietet die „Anwerbung von Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien (...)“. Da das Smart Object iZm Werbeschaltungen im Wesentlichen bloß als ein mit dem Internet verbundener Lautsprecher fungiert, könnte man es durchaus als ein für den Fernabsatz geeignetes Medium ansehen.

Außerhalb dieses Bereichs wird man belästigende Werbung wohl weiterhin als unlauteres Anreißen iSd § 1 UWG¹⁶⁾ bzw uU auch als aggressiv iSd § 1 a UWG beurteilen können. Fraglich ist in letzterem Fall allerdings, ob lästige Werbebotschaften eines Smart Objekt tatsächlich dazu führen, dass der Adressat (aufgrund eines psychischen Kaufdrucks) eine geschäftliche Entscheidung trifft, die er sonst nicht getroffen hätte (zumal er sich dadurch nicht der Werbung entziehen kann).

c) Irreführung über Produkteigenschaften

Allerdings hätten die Adressaten der Werbung (bzw im Fall von Kinderspielzeug die Eltern) das Smart Object möglicherweise gar nicht gekauft, wenn sie gewusst hätten, dass damit ein Kanal für kommerzielle Kommunikation geöffnet wird. Insofern könnte dies als wesentliche Produkteigenschaft anzusehen sein, über die vor dem Kauf im Rahmen der Produktpräsentation entsprechend informiert werden muss. Gem § 2 Abs 4 UWG gilt eine Geschäftspraktik nämlich auch dann als irreführend, „wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Eine Irreführung durch das Unterbleiben bestimmter Informationen über das beworbene Produkt setzt nach stRsp voraus, dass der Unternehmer für das geschäftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers bedeutsame Umstände verschwiegen, die Letzterer benötigt hätte, um in der Folge eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können (die nicht unbedingt die Kaufentscheidung sein muss).¹⁷⁾

Ob eine Information wesentlich ist und ob der Verbraucher mit einer entsprechenden Aufklärung rechnen durfte, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Solange es sich bei Smart Objects um neuartige und noch eher unbekanntes „Wegbegleiter“ handelt (sodass keine entsprechenden Erfahrungswerte vorliegen), wird mE auf deren Einsatz zu Werbezwecken hinzuweisen sein. Dies gilt im Speziellen auch für werbendes Kinderspielzeug.

3. An Kinder gerichtete Werbebotschaften

Besondere Vorschriften gelten für an Kinder gerichtete Werbung. Kinder bedürfen aufgrund ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit eines besonderen Schutzes. Eine strenge Auslegung der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen ist schon insofern geboten, als für die Beurteilung der Unlauterkeit das Verständnis der jeweiligen Zielgruppe maßgeblich ist. Darüber hinaus enthält der Anhang zum UWG ein spezielles *per-se*-Verbot. Andererseits ist es gesellschaftspolitisch aber erforderlich, Kinder an die wirtschaftliche Realität und damit auch an die Konfrontation mit Werbung zu gewöhnen – ein generelles Verbot der Kinderwerbung wäre daher sicherlich überschießend und wirtschaftsfeindlich. Die Rsp versucht daher bisweilen, einen Kompromiss zu finden.

11) *Anderl/Appl* in *Wiebel/Kodek*, UWG² § 2 UWG Rz 503 (Stand 1. 11. 2012, rdb.at).

12) OGH RIS-Justiz RS0077871.

13) Siehe § 1 Abs 2 UWG.

14) *Anderl/Appl* in *Wiebel/Kodek*, UWG² § 2 UWG Rz 517 (Stand 1. 11. 2012, rdb.at).

15) OGH 4 Ob 59/00f, *BlackJack II*.

16) Vgl *Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe* in *Wiebel/Kodek*, UWG² § 1 UWG Rz 934ff mwN (Stand 1. 5. 2016, rdb.at).

17) OGH RIS-Justiz RS0124471.

a) Direkte Kaufaufforderungen iSd Z 28 des Anhangs zum UWG

Eine absolute Grenze für Kinderwerbung setzt Z 28 der „Schwarzen Liste“, wonach direkte (Kauf-)Aufforderungen an Kinder untersagt sind.

Der Begriff „Kinder“ ist unabhängig von den nationalen zivilrechtlichen Vorschriften autonom nach Unionsrecht auszulegen – nach der Rsp des OGH erfasst er jedenfalls Personen unter 14 Jahren.¹⁸⁾ Ob auch ältere Minderjährige unter die Bestimmung fallen können, ließ der OGH bisher offen.¹⁹⁾ Eine Ausrichtung auf Kinder wird insb dann zu bejahen sein, wenn die Smart Objects speziell für Kinder gedacht sind (wie etwa Kinderspielzeug).

Direkte Aufforderung bedeutet, dass es über die bloße Information hinaus einen Kaufappell geben muss. Nach der Rsp des OGH weist ein in der Werbung verwendeter Imperativ (wie etwa „Hol' dir hier das Buch dazu“) eine ausreichende Nachdrücklichkeit auf.²⁰⁾ Die Aufforderung muss sich allerdings zusätzlich auf in der Werbung genannte Produkte beziehen.²¹⁾

Dabei ist nach der Rsp weiter zwischen unlauteren direkten (unmittelbaren) Aufforderungen (zB „Kauf dir das Buch“ bzw „Sag deinen Eltern, sie sollen das Buch kaufen“) und erlaubten bloß mittelbaren Werbebotschaften zu unterscheiden. Eine mittelbare Aufforderung, ein Produkt zu kaufen, stelle dieses nur ganz allgemein als besonders reizvoll dar oder lasse die Adressaten erst aus sonstigen Umständen darauf schließen, ein Produkt zu kaufen.²²⁾

Als Kauf iS der Bestimmung gilt nach der Rsp des OGH nur ein entgeltliches Geschäft, wobei Entgeltlichkeit aus einer synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpften Gegenleistung folge – eine bloße Aufwandsentschädigung reiche nicht. Daher wurde die Aufforderung, über ein kostenpflichtiges Kommunikationsmittel an einem Gewinnspiel teilzunehmen, nicht als Kaufaufforderung beurteilt.²³⁾

Direkte Aufforderungen eines Kinderspielzeugs, ein bestimmtes Produkt zu kaufen, werden vor diesem Hintergrund regelmäßig unlauter sein.

b) Irreführende/aggressive Kinderwerbung

Fällt eine an Kinder gerichtete Werbung nicht unter Z 28 der „Schwarzen Liste“ (zB weil sie keine direkte Kaufaufforderung enthält), kann sie dennoch aggressiv und damit unlauter iSd § 1 a UWG sein.

Zwar kann Eltern nach der Rsp des OGH grds zugemutet werden, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch an diese gerichtete Werbung veranlasst oder verstärkt werden; anderes gilt aber dann, wenn die Wünsche der Kinder durch eine irreführende Geschäftspraktik oder eine andere unlautere Handlung hervorgerufen werden – in diesem Fall, müssen die Eltern nämlich die durch die Werbung veranlassten Fehlvorstellungen widerlegen, was idR mit einem weit höheren zeitlichen und argumentativen Aufwand verbunden ist als das Gespräch über Konsumwünsche im Allgemeinen.²⁴⁾

Werden Kinder daher durch Smart Objects in unlauterer Weise (zB durch getarnte Werbung) dazu veranlasst, ihre Eltern zu geschäftlichen Entscheidun-

gen zu motivieren, die diese sonst nicht getroffen hätten, liegt im Regelfall eine die Eltern belästigende aggressive Geschäftspraktik iSv § 1 a Abs 1 UWG vor.²⁵⁾

4. Rechtsbruch

Die Integration von Smart Objects in den Alltag tangiert verschiedene Rechtsbereiche.²⁶⁾ Vor diesem Hintergrund ist abschließend noch daran zu erinnern, dass Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften auch lauterkeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können.

Nach stRsp kann nämlich ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht iES zuzuordnende generelle Norm auch unlauter iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG sein, wenn die Ansicht, dass das beanstandete Verhalten nicht gegen die Norm verstoße, objektiv nicht mit guten Gründen vertretbar ist (vertretbare Rechtsansicht) und das beanstandete Verhalten grds geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechts-treuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (Spürbarkeit).²⁷⁾

Verletzt der Hersteller/Vertreiber eines Smart Object daher zB datenschutzrechtliche oder werberechtliche Vorschriften, können Mitbewerber oder aktivlegitimierte Vereinigungen regelmäßig auch nach dem UWG – ua auf Unterlassung – klagen.

18) OGH RIS-Justiz RS0128245; OGH 4 Ob 110/12y, *Stickersammelbuch*.

19) Das OLG Linz ist in der E 6 R 97/13 x, *Modelcasting*, MR 2013, 234, davon ausgegangen, dass Personen über 14 Jahren nicht als Kinder anzusehen sind.

20) OGH RIS-Justiz RS0128246; OGH 4 Ob 110/12y, *Stickersammelbuch*.

21) OGH 4 Ob 244/12 d, *Stickeralbum*.

22) OGH 4 Ob 95/13 v, *Videospiel D-Universe*, mwN zur hM.

23) OGH 4 Ob 126/16 g, *medicini*.

24) OGH 4 Ob 244/12 d, *Stickeralbum*.

25) OGH RIS-Justiz RS0123821, zuletzt etwa OGH 4 Ob 244/12 d, *Stickeralbum*.

26) Siehe etwa auch *Leissler* in diesem Heft, Seite 99.

27) StRsp: vgl OGH RIS-Justiz RS0123239; grundlegend OGH 4 Ob 225/07 b, *Stadtrundfahrten*, *ecolex* 2008, 199 (*Tonninger*).

SCHLUSSSTRICH

Wenn Unternehmen (Gebrauchs-)Gegenstände mit uns kommunizieren lassen und über derartige Smart Objects werben, ist aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zunächst ganz grundlegend darauf zu achten, dass

- *die Interessenten im Rahmen der Produktpräsentation rechtzeitig und adäquat über die „Werbetätigkeit“ des Smart Objects aufgeklärt werden;*
- *die einzelnen Werbungen eindeutig als solche erkennbar und nicht belästigend sind und,*
- *soweit sich das Smart Object an Kinder richtet, die Beschränkungen iZm Kinderwerbung beachtet werden.*

Daneben sind freilich auch alle anderen lauterkeitsrechtlichen Vorgaben sowie insb auch der Rechtsbruchtatbestand relevant.