

Zeitschrift für

VERBRAUCHER-RECHT

Chefredakteurin Petra Leupold
Redaktion Wilma Dehn, Alexander Klauser,
 Paul Oberhammer, Alexander Schopper

März 2020

02

41 – 80

Beiträge

Rust-Hackner und die Verjährung der Vergütungszinsen *Georg Graf* ➔ 52

AGB-Recht und Verbandsprozess: Judikatur-Überblick 2019
Stefan Langer ➔ 44

Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen
Eveline Artmann und Alexander Zauner ➔ 48

Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II)
Wolfgang Faber ➔ 57

Rechtsprechung

Vignette: FAGG-Rücktritt *Arthur Stadler und Jacqueline Bichler* ➔ 65

Geschlossene Fonds: Vorteilsanrechnung und Mitverschulden
Sebastian Schumacher ➔ 69

**Spät rücktritt in der Lebensversicherung: Belehrungsfehler
Schriftformerfordernis** ➔ 74

EU-Mahnverfahren: Amtswegige Klauselkontrolle ➔ 77

Forum

**Symposium Kryptowährungen und virtuelle Finanzierungsformen:
Kundenbindungs- und Punkteprogramme** *Gregor Grundei* ➔ 78

→ Vignette: FAGG-Rücktritt

Der Online-Kauf einer Autobahnvignette ist als Vertrag iSv § 1 Abs 1 FAGG zu qualifizieren; das FAGG ist anwendbar (Informationspflichten, Rücktritts-

recht). Die Ausnahmen vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 und Z 11 FAGG sind nicht anwendbar. →

VbR 2020/37

§ 4 Abs 1,
§ 18 Abs 1 Z 1
und 11 FAGG;
§ 14, Anh Z 18
UWG

OGH 19. 12. 2019,
4 Ob 96/19z

Autobahn-
vignette;
Rücktrittsrecht;
Rechtsbruch;
unlautere
Geschäftspraktik

Die Entscheidung (Zusammenfassung):

Die Asfinag AG klagte den Betreiber der Website www.vignette-sofort.at. Während bei der Asfinag wegen des 14-tägigen FAGG-Rücktrittsrechts eine online erworbene Vignette nicht sofort nach ihrem Erwerb gültig ist, boten die Bekl die sofortige Gültigkeit an. Wollten Kunden eine sofort gültige Vignette, war unveränderbar voreingestellt, dass die Kunden Unternehmer waren. Die Bekl erweckten den Eindruck, sie seien aufgrund ihres Sitzes in D in der Lage, den Verbrauchern (anders als die Kl) sofort gültige digitale Vignetten anzubieten.

FAGG-Verstoß als Rechtsbruch nach UWG

Die Bekl haben das Rücktrittsrecht gem §§ 11 ff FAGG zu gewähren, dessen Verlust nur nach Maßgabe des § 18 FAGG möglich wäre: Die Ausnahmebestimmung des § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ist nicht erfüllt, da die geschuldete Dauerleistung (Bereitstellung der vom Erwerber benützbaren Straßen) erst nach Ablauf der Laufzeit der Vignette vollständig erbracht ist und nicht schon mit der Registrierung der jeweiligen Kfz-Kennzeichen bei der Kl. Die Ausnahmebestimmung nach § 18 Abs 1 Z 11 FAGG liegt nicht vor, da es sich bei den geschuldeten Leistungen nicht um unkörperliche Leistungen digitaler Inhalte handelt. Damit verletzt die Bekl § 1 Abs 1 Z 2 UWG, der die Anwendung einer unlauteren Geschäftspraktik verpönt, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das

wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen.

Unrichtige Information über die Marktbedingungen iSd Anh Z 18 UWG

Nach § 4 Abs 1 FAGG hat der Unternehmer ua über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung, über den Gesamtpreis und das Rücktrittsrecht aufzuklären. Die Bekl nennen ihren Kunden Pauschalpreise für die Vignette als vermittelte Fremdleistung und ihre eigenen Dienstleistungen. Die Kunden können daher die höheren Preise für die digitalen Mautprodukte bei den Bekl nicht unmittelbar und deutlich erkennen. Weiters informieren die Bekl falsch über das Rücktrittsrecht. Dieses Verhalten erfüllt den Tatbestand des Anh Z 18 UWG. Anh Z 18 UWG verpönt als unlautere Geschäftspraktik unrichtige Informationen über die Marktbedingungen oder die Möglichkeit, das Produkt zu finden, mit dem Ziel, den Umworbenen dazu zu bewegen, das Produkt zu weniger günstigen als den normalen Marktbedingungen zu kaufen. Unrichtige Informationen über die Marktbedingungen sind hier die unrichtigen und unvollständigen Informationen über den Inhalt und Geltungsbereich des gesetzlichen Rücktrittsrechts sowie der Umstand, dass die Bekl die digitalen Produkte der Kl um einen Aufpreis verkaufen und die sofortige „Freischaltung“ damit bewirken, dass sie ihre Kunden der Kl gegenüber pauschal als Unternehmer ausgeben.

Praxistipp:

→ Der 4. Senat verneint die Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG schon mangels vollständiger Erbringung der Dienstleistung (Dauer der Vignette: zwei Monate oder vom 1. 12. bis 31. 1. des Folgejahrs), ergänzt aber, dass die Ausnahme bei der 10-Tages-Vignette in Betracht kommt; hier kann die geschuldete Dauerleistung vor dem Ablauf der 14-tägigen Rücktrittsfrist vollständig erbracht werden. Weitere Voraussetzungen für das Erlöschen des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG sind: ein ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers nach § 10 FAGG sowie eine Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vollständiger Erfüllung; im Anlassfall dürfte beides nicht erfüllt sein (in den AGB der Bekl war vorgesehen, dass die Kunden den sofortigen Beginn der Dienstleistung verlangen). Die (hier ebenfalls nicht gegebene) Einhaltung der Informationspflichten über das

Rücktrittsrecht gem § 4 Abs 1 (insb Z 8) FAGG ist nach der Rsp demgegenüber nicht Voraussetzung für das Erlöschen des Rücktrittsrechts (8 Ob 122/17z VbR 2018/12 [krit *Wendehorst*]; idS nunmehr auch Art 16 Abs 1 lit a VR-RL idF Modernisierungs-RL 2019/2161).

→ Aus der Entscheidung folgt, dass Verbraucher nach dem Online-Kauf einer Vignette bei den Bekl gem §§ 11 ff FAGG vom Vertrag zurücktreten können, uzv wegen Verletzung der Informationspflicht gem § 4 Abs 1 Z 8 FAGG auch nach Ablauf von 14 Tagen ab Vertragsabschluss, maximal für 1 Jahr und 14 Tage (§ 12 Abs 1 FAGG). Bei Rücktritt hat der Verbraucher Anspruch auf Rückzahlung des gesamten entrichteten Entgelts; ein Anspruch der Bekl auf anteilige Zahlung für die Dauer der Nutzung der Vignette – hier wäre diese allenfalls aufgrund des überhöhten Gesamtpreises auf Basis des Marktwerts der erbrachten Leistungen zu berechnen (§ 16 Abs 1 Satz 2 FAGG) – besteht nicht (arg § 16 Abs 2 u 4 leg cit).

Anmerkung:

1. Der OGH wertete das von den Bekl angenommene vorzeitige Erlöschen des Rücktrittsrechts als Verstoß gegen das FAGG und somit als Rechtsbruch nach § 1 UWG. Völlig zu Recht erkannte der OGH eine Verletzung des § 1 Abs 1 Z 2 UWG, da die Nichtgewährung des Rücktrittsrechts (i) unter Verschleierung der wahren Rechtslage nicht der beruflichen Sorgfalt entspricht

und (ii) geeignet ist, den Durchschnittsverbraucher wesentlich zu beeinflussen.

Auch die Preisgestaltung der Bekl stellt im Lichte der bloßen Angabe von Pauschalpreisen eine unrichtige Information über die Marktbedingungen iSd Anh Z 18 UWG dar – für die Verbraucher sind die im Vergleich zum Webshop der Kl deutlich höheren Preise dadurch nicht erkennbar. Doch auch die pau-

schale und zugleich irreführende Bezugnahme auf die deutsche Rechtslage sowie das bewusste Verschweigen der Bekl ihren Kunden gegenüber, dass sie diese ungeprüft der Kl gegenüber als Unternehmer deklarierten, begründen einen Verstoß gegen Anh Z 18 UWG. Nur dadurch war es den Bekl überhaupt möglich, eine „sofort gültige“ Vignette zu veräußern.

Im Hinblick auf die Gesetzeslage und die Aufmachung der Online-Angebote erteilte der OGH der Aufassung der Bekl, sie hätten ihre Leistung gegenüber den Kunden schon mit der Registrierung der Kfz-Kennzeichen im Mautsystem der Kl erbracht, eine Absage. Mit der Qualifikation der Tätigkeit der Bekl als einheitliche Gesamtdienstleistung folgt der OGH zutreffend der Rsp des EuGH, wonach keine Abgrenzung zwischen Leistungserbringung und deren Vermittlung vorgenommen wird (C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*, Rn 40; C-320/16, *Uber France SAS*, Rn 22, 28).

Auch wenn die Entscheidung aus rechtlicher Sicht völlig nachvollziehbar ist, wirkt die Tatsache, dass die in Rede stehenden Mautprodukte zwingend einem Rücktrittsrecht und de facto einer Wartefrist von 18 Tagen (Postlauf eingerechnet) unterliegen, uE äußerst unbefriedigend. Verbraucher werden vielfach davon abgehalten, Vignetten digital im Fernabsatz zu beziehen, da sie diese gewöhnlich sofort nach dem Kauf benötigen. Eine weite Interpretation der in Frage kommenden Ausnahmetatbestände bzw eine – wahrscheinlich notwendige – gesetzgeberische Anpassung, die einen besseren Umgang mit vergleichbaren Sonderfällen ermöglicht, wäre wünschenswert. Dass das gewerbsmäßige Angebot der Bekl schon aufgrund der Allgemeinen Nutzungsbedingungen (ANB) der Kl unzulässig sein muss, ist hingegen völlig zutreffend. Eine andere Möglichkeit, die digitalen Mautprodukte der Kl weiterzuveräußern, ist aufgrund der Verknüpfung mit den Kfz-Kennzeichen gar nicht denkbar.

2. Neben lauterkeitsrechtlichen Verstößen bejahte der OGH auch die Markenrechtsverletzung iSd § 10 Abs 1 Z 1 MSchG. Demnach gewährt eine eingetragene Marke ihrem Inhaber – vorbehaltlich der Wahrung älterer Rechte – bestimmte Ausschließlichkeitsrechte, insb Dritten zu verbieten, ohne Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, das mit den für die Marke eingetragenen ident ist. Während die Kl die Unterscheidungskraft der beiden Marken betonte, brachten die Bekl vor, die Verkehrskreise würden die Bildbestandteile lediglich als Hervorhebung bzw Bestätigung der Bedeutung der nach § 1 Abs 1 MSchG per se nicht schutzfähigen verbalen Elemente der Zeichen verstehen. Das RekursG verneinte einen Markenrechtsverstoß, da die Marken der Kl bloß beschreibend seien. Völlig zutreffend hingegen ist die Ansicht des OGH, dass bei den Wortbildmarken der Kl für die Digitale Vignette und die Digitale Streckenmaut die grafischen Elemente ausreichend phantasievoll gestaltet sind und damit den maßgeblichen Verkehrskreisen ermöglicht wird, diese Marken als Herkunftszeichen zu erkennen. Die Wortelemente treten als beschreibend in den Hintergrund, sodass die jeweiligen Bildelemente als prägend anzusehen sind. Auch gibt es – entgegen der Auffassung der Bekl – keine „klassische“ Vignettenform, wie der Vergleich mit äußerst unterschiedlich gestalteten Mautvignetten aus anderen europäischen Ländern zeigt. Das Argument der Bekl, der Markeninhaber habe die Nutzung der Marken durch die Bekl zu dulden, fand schon allein wegen des lauterkeitswidrigen Geschäftsmodells keine Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung. Mit dieser markenrechtlichen Beurteilung bleibt der OGH seiner bisherigen Linie treu.

*Arthur Stadler/Jacqueline Bichler,
Stadler Völkel Rechtsanwälte*