

Gewinnspiele vs Medienvielfalt

1.) Einleitung

Das am 1. April 1992 in Kraft getretene Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz¹ nahm eine weit gehende Deregulierung insbesondere des Zugabenrechts² vor. So wurde das Zugabengesetz³ aufgehoben und eine liberalere Ersatzbestimmung als §9 a in das UWG⁴ aufgenommen. Gewinnspiele die bestimmte Wertobergrenzen nicht überschritten waren als Ausnahme vom Zugabenverbot nunmehr zulässig.

Zur UWG-Novelle⁵ wurde in den Erläuterungen⁶ ausgeführt, dass diese Bestimmung die spezifische Zugabenproblematik bei periodischen Druckwerken nicht berücksichtigt:

Es war darauf Bedacht zu nehmen, dass ein intensiver Wettbewerb durch Gewährung von Zugaben, angesichts der relativ großen Zahl der täglich, wöchentlich usw. verkauften Zeitungen und Zeitschriften eine enorme wirtschaftliche Belastung für kleinere Zeitungs- und Zeitschriftenunternehmer mit sich bringt, was zu einem ruinösen Wettbewerb führen könnte⁷. Im Hinblick auf den niedrigen Verkaufspreis periodischer Druckwerke, insbesondere von Tageszeitungen, sah man trotz der festgelegten Betragsgrenzen die Gefahr, dass der eingeräumten Gewinnchance größere Bedeutung für den Kaufentschluss zukommt als der Qualität des Druckwerkes und somit in den Warenvertrieb ein unsolides Element hineingetragen wird.

Dies sollte aber verhindert, und die Liberalisierung gegenüber Printmedien wieder zurückgenommen werden. Die UWG-Novelle nahm daher Gewinnspiele zu periodischen Druckwerken vom Geltungsbereich des §9 a Abs2 Z8 UWG aus, in Abs 1 wurde das Verbot von Zugaben zu periodischen Druckwerken auf das Anbieten und Ankündigen erweitert.

Zweck der Sonderbehandlung ist also nicht (primär) der Schutz des Leistungswettbewerbs sondern der Medienvielfalt. (Dabei spielt auch noch, wie beim Zugabenrecht überhaupt, der Gedanke eine Rolle, der Konsument müsse gegen eigene unsachliche Entscheidungen geschützt werden⁸.)

¹ BGBl. Nr. 147/1992

² Zur Entwicklung: Hans-Georg Koppensteiner, Zugaben zu periodischen Druckschriften de lege ferenda, ÖBI 2000, 195

³ BGBl. II Nr. 196/1934

⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984 nunmehr idF BGBl. I Nr. 55/2000

⁵ BGBl. 1993/227

⁶ RV 965 BlgNR 18. GP

⁷ vgl. zu dieser Problematik OGH 13. 7. 1993, 4 Ob 60/93 = MR 1993, 155 "Lot top"; OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 44/93 = MR 1993, 159 "Krone-Joker"

⁸ Koppensteiner, diesmal ÖBI 2001, 3

2.) Rechtsprechung des VfGH

a.) verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen diese Sonderbehandlung periodischer Druckwerke richteten sich 1994 mehrere Anträge an den VfGH gem. Art 140 B-VG.⁹

So vertrat das OLG Wien in seinen Anträgen die Auffassung, die angefochtenen Regelungen verstießen gegen das **Gleichheitsgebot** und gegen die **Erwerbsfreiheit**:

Hinsichtlich der seines Erachtens mangelnden sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung führte das OLG bezogen auf die Materialien aus, es wäre nicht einsichtig, warum Gewinnspiele nur im Bereich der Printmedien als unsolides Element einen Kaufanreiz darstellen sollten, und warum nur in diesem Bereich ein ruinöser Wettbewerb zu befürchten wäre. Überhaupt wäre es bedenklich, dass der Gesetzgeber hierbei nur auf die hypothetische Möglichkeit abgestellt.¹⁰ Der Hinweis auf relativ niedrige Verkaufspreise im Verhältnis zum Gesamtwert der ausgespielten Preise sei kein Spezifikum des Printbereichs, man denke an den Lebensmittelhandel. Dass Printmedienunternehmen Ankündigung und Abwicklung der Gewinnspiele selbst durchführen können, andere Unternehmen sich aber für die Ankündigung weiterer Unternehmen bedienen müssten, vermag eine derartige Regelung nicht zu tragen. Das öffentliche Interesse an einem vielfältigen Medienmarkt könne zwar durchaus bejaht werden, wie sich dies schon aus dem verfassungsrechtlichen Schutz des Gutes der Pressefreiheit ergibt. Es bestehe aber auch für andere Branchen ein öffentliches Interesse gegen Tendenzen zur Konzentration. Überhaupt wurde das Zugabenrecht nicht einmal für den Medienbereich einheitlich verfügt und der unmittelbare Konkurrent der Printmedien, der österreichische Rundfunk, in das Glückspielverbot nicht einbezogen.

Abschließend führte das OLG Wien aus, es könne von einem Exzess rechtspolitischer Gestaltung gesprochen werden, da der Ausschluss von Zeitungs- und Zeitschriftenunternehmer die Medienvielfalt letztlich gar nicht sichere.

Hinsichtlich des Gleichheitssatzes wurde von den antragstellenden Verlagen weitere Aspekte vorgebracht. Die angefochtene Regelung wirke sich nur im Bereich der großen Boulevardzeitungen und dabei nur zu deren Nachteil aus, sodass kleine Zeitungs- und Zeitschriftenunternehmer gar nicht betroffen wären.

Ferner wurden Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit der Bestimmungen mit **Art 10 EMRK** geäußert:

Dass auch Werbemaßnahmen vom Schutzbereich des Art 10 EMRK erfasst sind, wurde vom VfGH¹¹ und EGMR¹² hinlänglich klargestellt, dass die Regelung beschränkend wirkt, ist ja gerade der Zweck.

⁹ VfGH 3.11.1994, G73/93, G120/93.../VfSl 13725, JBl 1995, 159

¹⁰ Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes müssen nämlich gesetzliche Differenzierungen aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar sein: etwa VfGH 19.6.1986 B585/85, VfSlg 10918; zuletzt VfGH 28.9.2000 A10/00;

¹¹ stRsp seit VfGH 27.6.1986 B658/85, VfSlg 10948; vgl. weiters VfSlg. 10948/1986, 11996/1989, 12467/1990, 13128/1992

¹² Wenngleich Werbung stärkeren Beschränkungen unterworfen werden darf, z.B.: EGMR 20.11.1989, Markt Intern Verlag, EuGRZ 1996; EGMR 24.2.1994, Casado Coca, ÖJZ 1994, 636.

Zum einen wäre die Regelung zur Sicherung der Medienvielfalt gar nicht geeignet. Zum anderen sei der wahre Zweck, den der Gesetzgeber vermutlich erreichen wollte, die übertriebene, reißerische Veranstaltung von Gewinnspielen und deren Ankündigungen auf den *Titelblättern* der jeweiligen Zeitschriften zu verhindern. Nur auf diese Weise werde der Leser von Zeitschriften und Zeitungen zum Kauf angereizt und achte nicht auf den eigentlichen Inhalt, nämlich die Berichterstattung. Dem hat jedoch die Rechtsprechung in Anwendung der §§ 1 und 28 UWG ohnedies einen ausreichenden Riegel vorgeschoben¹³. Somit sei die Regelung überschießend und gäbe es gelindere Mittel.

Überhaupt diene die Beschränkung nicht zur Verfolgung eines legitimen Zieles iSv Art 10 Abs 2 EMRK.

Zusammenfassung:

- Sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber anderen Waren bzw. Unternehmen und somit Verletzung des Gleichheitssatzes;
 - (Maßnahmen- bzw. Individualgesetz; hier nicht dargestellt)
 - Verletzung des Art6 StGG auf Grund Nichtvorliegens eines öffentlichen Interesses, mangelnder Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Hinblick Sicherung der Medienvielfalt
 - Verletzung von Art10 EMRK
-

b.) Beurteilung durch den VfGH

Der VfGH hielt die beanstandete Regelung für verfassungskonform:

Die sachliche Rechtfertigen wird in der besonderen Aufgabe, die der Presse nach der Rsp des VfGH und EGMR¹⁴ in einem demokratischen Rechtsstaat zukommt, erblickt. Der besondere Schutz der Presse bezieht sich auf deren Aufgabe, Nachrichten und Ideen über politische Fragen sowie über andere Fragen von öffentlichem Interesse zu verbreiten.

Durch die Regelung sollen, gerade im Gegenteil, jene Ziele unterstützt werden, die durch die Meinungsfreiheit vorgegeben sind. Schon aus diesem Grund können an sich Werbeverbote für Medien nicht mit solchen für andere Waren verglichen werden.

Zur vorgebrachten Diskriminierung gegenüber dem Rundfunk anerkannte der Gerichtshof zwar die direkter Konkurrenz hinsichtlich des Werbeertrags. Allerdings wäre die Wirkung solcher Gewinnspiele im Rundfunk geringer, und hätten diese kaum Auswirkungen auf Auflagenzahlen im Printbereich. Weiters

¹³ Die Teilnahmemöglichkeit an Gewinnspielen ist nach ganz herrschender (österr.) Rsp jedenfalls eine unzulässige Zugabe, wenn sie auf dem Titelblatt angekündigt wird (s. *ecolex* 1994, 553 = *MR* 1994, 169 = *ÖBI* 1994, 160 = *WBI* 1994, 318 - *Bub* oder *Madel II*; *MR* 1997, 227 = *ÖBI* 1997, 287 = *WBI* 1997, 400 - *Krone Aktion* ua).

¹⁴ *VfGH* 3.16.1987 B154/85, *VfSlg* 11297 „Wegnahme von Fotoapparaten“, *VfGH* 12.10.1993 G109/92, G13/93, *VfSlg* 13577 „Öffentlichkeit von Untersuchungsausschüssen“; *EGMR* 7.12.1976, *Handyside*, *EuGRZ* 1977, 38 ff., *EGMR* 26.4.1979, *Sunday Times*, *EuGRZ* 1979, 386 ff., *EGMR* 8.7.1986, *Lingens*, *EuGRZ* 1986, 424 ff., 23.5.1991, *EGMR* *Oberschlick*, *EuGRZ* 1991, 216 ff. = *ÖJZ* 1991, 641 ff., 26.11.1991, *Observer* und *Guardian*, *ÖJZ* 1992, 378 ff.

schloss er sich dem Argument der Bundesregierung an, dass Werbung im Rundfunk weit gehenden Beschränkungen, wie etwa gesetzlichen Werbehöchstgrenzen, unterliegt, die auf Printmedien nicht zuträfen.

Bezüglich der sachlichen Begründung befindet der VfGH es als zutreffend, dass die Lockerung des Zugabensverbots zu einer nicht erwünschten übermäßigen Verschärfung des Wettbewerbs im Printbereich geführt hatte. Dies wurde dadurch begünstigt, dass sich die Anbieter periodischer Druckwerke bei der Ankündigung von Zugaben nicht Dritter bedienen müssen. Die Folge wäre eine weitere Verarmung der Medienvielfalt im Bereich der periodischen Druckwerke.

Die Bewahrung der Medienvielfalt liegt jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dabei soll Medienvielfalt dem Ziel dienen, „möglichst viele Medien zu Wort kommen zu lassen. Auf den Inhalt der geäußerten Meinungen oder Informationen kommt es hierbei nicht an.“

Auch ist ein solches Verbot nicht ungeeignet die Vielfalt zu bewahren, da bei Fehlen eines Gewinnspielverbots der Eintritt ruinösen Wettbewerbs plausibel erscheint.

Als legitimes Ziel iSv Art 10 Abs2 EMRK dient in diesem Zusammenhang der Schutz der Rechte anderer, wobei die Regelung nach Ansicht des VfGH der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält. Mehr noch: Die „Einschränkungen des wirtschaftlichen Verhaltens von Medienunternehmen stehen dem [...] Schutz der Presse nicht nur nicht entgegen, vielmehr dient diese Einschränkung insgesamt der besonderen Rolle und Funktion der Presse.“¹⁵

3.) Rechtsprechung des EuGH

Aber auch der EuGH musste sich mit dem medienspezifischen, österreichischen Wettbewerbsrecht befassen.¹⁶

Und zwar legte das HG Wien¹⁷ in einem Verfahren, in dem Familiapress den deutschen Bauer-Verlag klagte, da dieser die mit Gewinnspielen versehene Zeitschrift „Laura“ in Österreich vertrieb, die Frage vor, ob das Verbot von Gewinnspielen in Printmedien mit dem freien Warenverkehr (Art 28ff EGV -ex Art 30 EGV) vereinbar sei.

Zunächst stellte er im Sinne des die „Dassonville-Formel“¹⁸ beschränkenden Urteiles im Fall Keck¹⁹ fest, dass diese Regelung keine bestimmte „Verkaufsmodalität“ zum Gegenstand hat, da sie -verkürzt- den Importeur zwingt, den Inhalt der Zeitschrift zu ändern.

¹⁵ Mit der EKMR meint Berka in „Die Grundrechte“ (Wien 1999, 557) dass der Staat u.U sogar verpflichtet ist, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, wenn ansonsten die Grundbedingungen einer freiheitlichen Kommunikationsordnung gefährdet wären. (mit Hinweis auf mangelnde Durchsetzbarkeit)

¹⁶ EuGH Laura 26.6.1997 C-368/95, Slg 1997/3689 = ecollex 1997, 586 = MIR 1997, 158 = ÖBl 1997, 229 = WBl 1997, 333)

¹⁷ Zum Sachverhalt „Laura“ und Verlauf des Verfahrens siehe OGH 23.3.1999, 4 Ob 249/98s, ähnlich OGH 23.3.1999, 4 Ob 26/99 = ZfVR 1999, 157

¹⁸ EuGH 11.7.1974 C-8/74, Slg 1974/837: 5

¹⁹ EuGH 24.11.1993 C-267/91, C-268/81, Slg 1993/6097: 16

Nach dem Urteil Cassis de Dijon²⁰ können allerdings unterschiedslos angewendete Beschränkungen durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Immer wieder wird betont, dass diese "Liste" nicht taxativ sei (im Unterschied zu Art 30 EGV (ex Art 36 EGV)).

Der EuGH sprach aus, dass die Erhaltung der Medienvielfalt jedenfalls ein solches **zwingendes Erfordernis** darstellt. Diese Vielfalt sichert nämlich auch das Recht auf freie Meinungsäußerung, das durch die Gemeinschaftsrechtsordnung selbst ebenfalls geschützt wird.²¹

Allerdings muss die nationale Regelung noch einer (strengen) **Verhältnismäßigkeitsprüfung** standhalten: Insbesondere, ob der Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den freien Warenverkehr und die Meinungsfreiheit weniger beeinträchtigen- letzteres da Rechtfertigungsgründe auch im Lichte der Grundrechte zu sehen sind²².

Dabei gab er dem nationalen Richter Prüfkriterien zu Hand²³: Zunächst muss untersucht werden, ob die Zeitschrift, die einen Gewinn ausschreibt, überhaupt mit kleinen Presseunternehmen im Wettbewerb steht, die keine vergleichbaren Preise aussetzen können. Nur aus der Sicht des Verbrauchers austauschbare Zeitschriften bilden einen Markt.

Ferner, ob eine solche Gewinnchance als Kaufanreiz zu einer Verlagerung der Nachfrage²⁴ führen kann. Dies ist auf der Grundlage einer Untersuchung des betroffenen nationalen Pressemarkts zu entscheiden. Dabei ist anhand sämtlicher Umstände, die die Kaufentscheidung beeinflussen können - etwa von Werbung auf der Titelseite, die auf die Gewinnchance verweist, der Wahrscheinlichkeit des Gewinns, des Werts der Preise - zu beurteilen, inwieweit nach Sicht des Verbrauchers Substituierbarkeit zwischen der Zeitschrift mit und jener ohne Gewinnspiel besteht.

Wird diese Frage verneint, so steht das Gemeinschaftsrecht der Anwendung des Verbots auf in EU-Mitgliedstaaten hergestellten periodischen Zeitschriften in Österreich entgegen, wenn Gewinnspiele enthalten sind, die im Herkunftsland rechtmäßig veranstaltet werden.

4.) „Epilog“

²⁰ EuGH 20.2.1979 C 120/78, Slg 1979/649; 8

²¹ Entscheidungsgrund 18

²² EuGH "ERT" 18.6.1991 C260/89 Slg 1991/2925; 43

²³ Entscheidungsgründe 28-32

²⁴ Erfasst wird hiermit auch der Fall, dass Lesern des fraglichen Staates, die Teilnahmemöglichkeit versagt wird.

Konkret wird hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelung nunmehr die Marktabgrenzung, dem EuGH gemäß, eher eng vorgenommen, z.B. wurden in die Prüfung bezüglich Fernsehprogrammzeitschriften²⁵ (TV Movie) Tages- und Wochenzeitungen, die das Fernsehprogramm enthalten oder denen eine Fernsehprogrammbeilage beigegeben wird, nicht einbezogen²⁶. Ob für die Erhaltung der Medienvielfalt eine reine Orientierung an wettbewerbsrechtlichen Kriterien sinnvoll ist, kann bezweifelt werden.

Weiters sieht der VfGH, und mit ihm der OGH, es aber mit dem Gleichheitssatz der Verfassung als unvereinbar an, Inländer gegenüber EG-Ausländer schlechter zu stellen.²⁷ Somit ist seit der Entscheidung des EuGH „Laura“ die Notwendigkeit des Zugabensverbots für die Medienvielfalt ganz allgemein zu prüfen, um eine Inländerdiskriminierung auszuschließen.

Abschließend noch eine homöopathische Dosis Kritik: Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH hat die Regelung bezüglich periodischer Druckwerke nunmehr wettbewerbsrechtlichen Charakter. Insbesondere durch das Erfordernis spezifischer Marktabgrenzung im Zusammenhalt mit nicht bestehender Medienvielfalt werden wohl Marktzutrittsschranken größer und Medienkonzentration bewahrt. Dies freilich nur unter der Prämisse, dass Gewinnspiele tatsächlich jenen Einfluss auf die Medienvielfalt haben, den der Gesetzgeber unterstellt hat. Eine Diskussion, ob Medienvielfalt wirklich das bedeuten soll, was der VfGH damit verbindet, wäre, in anderem Rahmen, interessant.

²⁵ OGH 23. 3. 1999, 4 Ob 26/99y = ÖBI 1999, 240

²⁶ Nicht nur, dass der Preis einer Tageszeitung mit Programmbeilage regelmäßig unter dem Preis von "TV Movie" liegt, erhält der Käufer einer Tageszeitung den Zusatznutzen aktueller Information, den eine Fernsehprogrammzeitschrift nicht bietet.

²⁷ Vorabentscheidungsersuchen des OGH 30. 6. 1998, 4 Ob 138/98t = ÖBI 1998, 344. Eismann, EuGH dazu 13. 1. 2000, C-254/98 ÖBI 2000, 188 und Antrag des OGH an den VfGH: OGH 1. 2. 2000, 4 Ob 22/00i = ÖBI 2000, 191; VfGH 17. 6. 1997, B 592/96, VfSlg 14.863, EuGRZ 1997, 362, VfGH 7. 10. 1997, V 76/97, V 92/97 = ÖZW 1999, 510GH ÖBI 1998, 250, 253 - NEWS-Gewinnspiele.

²¹ OGH 23. 3. 1999, 4 Ob 26/99y = ÖBI 1999, 240

