

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
SIEGBERT ALBER
vom 8. April 2003¹

I — Einleitung

II — Rechtlicher Rahmen

A — Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung^{2,3}

2. Artikel 1

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsgesuchen betrifft die Vereinbarkeit eines nationalen Werbeverbots mit den Vorschriften des Vertrages über den freien Waren- und gegebenenfalls über den freien Dienstleistungsverkehr. Nach österreichischem Recht ist eine Werbung mit der Ankündigung, die zum Verkauf angebotenen Waren stammten aus einer Konkursmasse, verboten, wenn die Waren zu diesem Zeitpunkt schon aus der Konkursmasse ausgeschieden sind.

„Zweck dieser Richtlinie ist der Schutz der Verbraucher, der Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie der Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen und die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung.“⁴

2 — So der Titel, der durch die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. L 290, S. 18, geändert wurde (im Folgenden: Richtlinie 97/55).

3 — ABl. L 250, S. 17.

4 — Text in der durch die Richtlinie 97/55/EG geänderten Fassung (AbI. L 290, S. 18).

1 — Originalsprache: Deutsch.

3. Artikel 2 Ziffer 2

„Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet

...

2. ‚irreführende Werbung‘ jede Werbung, die in irgendeiner Weise — einschließlich ihrer Aufmachung — die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist ...“

4. Artikel 3

„Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werbung irreführend ist, sind alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen, insbesondere in ihr enthaltene Angaben über:

- a) die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Zusammensetzung, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, die Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, die geografische oder kommerzielle Herkunft oder die von der Verwendung zu erwartenden Ergebnisse oder die Ergebnisse und wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen;

...“

5. Artikel 7

„(4) Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die bei irreführender Werbung einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher, der einen Handel, ein Gewerbe, ein Handwerk oder einen freien Beruf ausübenden Personen sowie der Allgemeinheit vorsehen.⁵

...“

⁵ — Text in der durch die Richtlinie 97/55 geänderten Fassung.

B — Österreichisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (im Folgenden: UWG)⁶ 7. § 30 Absatz 1

„Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren

6. § 2 Absatz 1

„Irreführung

Wird in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, der Verkauf von Waren angekündigt, die aus einer Konkursmasse stammen, aber nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehören, so ist dabei jede Bezugnahme auf die Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse verboten.“

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder Leistungen oder des gesamten Angebotes, über Preislisten, über die Art des Bezuges oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufes oder über die Menge der Vorräte zur Irreführung geeignete Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben und, wenn er deren Eignung zur Irreführung kannte oder kennen musste, auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“

III — Sachverhalt

8. Die Parteien des Ausgangsrechtsstreits betreiben den Ankauf und die Verwertung von Vermögensgegenständen aus Insolvenzverfahren. Sie interessierten sich beide für die Verwertung des beweglichen Anlagevermögens eines in Konkurs geratenen Bauunternehmens. Am 26. März 2001 erwarb die Beklagte des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Troostwijk) mit Genehmigung des Konkursgerichts Maschinen, Fahrzeuge und Baumaterialien der Gemeinschuldne-

⁶ — BGBl. Nr. 448/1984, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001.

rin. Diese aus der Konkursmasse erworbenen Gegenstände sollten am 14. Mai 2001 im Rahmen einer Versteigerung weiterveräußert werden. Für die hierfür angesetzte Versteigerung warb Troostwijk wie folgt:

„GROSSE KONKURSVERSTEIGERUNG

der Maschinen, Baumaterialien und des Fuhrparks

aus der KONKURSMASSE der Firma ...

AM MONTAG, 14. MAI 2001

ab 10.00 Uhr ...

TROOSTWIJK Gesellschaft m.b.H.

SACHVERSTÄNDIGENGUTACHTEN —
AUKTIONEN — VERWERTUNGEN ...

www.troostwijkauktions.com“

9. Die Werbung erfolgte sowohl mit einem Verkaufskatalog als auch per Anzeige. Die Anzeige wurde auch auf der Internetseite www.troostwijkauktions.com veröffentlicht.

10. Vor dem Handelsgericht Wien erwirkte die Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Karner) eine einstweilige Verfügung, mit der Troostwijk aufgegeben wurde:

„...“

1) es ab sofort bis zur rechtskräftigen Erledigung des ... Rechtsstreits im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, den Verkauf von Waren unter Bezugnahme auf die Herkunft der Waren aus einer Konkursmasse anzukündigen, sofern die Waren nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehören;

2) bei der öffentlichen Versteigerung vom 14. 5. 2001 gegenüber den Kaufinteressenten die Erklärung abzugeben, wonach die Beklagte die Ware vom Masseverwalter erworben habe und

die Versteigerung nicht im Namen und Auftrag des Masseverwalters, sondern auf eigene Rechnung der Beklagten erfolge, also keine Konkursversteigerung vorliege.“

11. Das Oberlandesgericht Wien bestätigte das auf § 30 UWG gestützte Unterlassungsgebot und wies den gegen die Verpflichtung zur Aufklärung gerichteten Rekurs mangels Beschwer zurück. Troostwijk legte hiergegen außerordentlichen Revisionsrekurs zum Obersten Gerichtshof ein.

12. Dieser hat Zweifel an der Vereinbarkeit des in § 30 Absatz 1 UWG enthaltenen Verbots mit Artikel 28 EG. Er führt aus, der Gesetzgeber sei bei Erlass der Maßnahme davon ausgegangen, „... dass das Publikum Käufe von Waren, die vom Konkursmasseverwalter veräußert werden, in der Annahme einer günstigen Kaufgelegenheit bevorzugt, dass es jedoch, wenn die Ankündigung von Waren aus einer Konkursmasse vorliegt, nicht näher unterscheidet, ob der Verkauf vom Konkursmasseverwalter oder von einem anderen, der die Ware aus der Konkursmasse erworben hat, ausgeht. Es soll ... verhindert werden, dass andere, die die Ware aus der Konkursmasse erworben haben, diese Neigung des Publikums für sich ausnützen“.

13. Das Verbot gelte unabhängig davon, ob im Einzelfall tatsächlich die Gefahr einer Irreführung bestehe oder ob dies durch entsprechende aufklärende Hinweise ausgeschlossen sei. Die Bestimmung gelte auch, wenn in der Werbung darauf hingewiesen werde, dass der Werbende die Waren vom Masseverwalter erworben habe, und selbst wenn trotz der hinzugerechneten Gewinnspanne des Erwerbers noch immer ein bedeutender Preisunterschied bestehe. Dem Verbraucher würden dadurch auch wahre und nützliche Hinweise vorenthalten.

14. Demgegenüber betreffe das allgemeine Irreführungsverbot des § 2 UWG nur jene Angaben, die tatsächlich zur Irreführung geeignet seien. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung sei damit enger als der des als Sondertatbestand bezeichneten § 30 UWG.

15. Das Werbeverbot des § 30 UWG erscheint nach Ansicht des vorlegenden Gerichts geeignet, den Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Wenn es einem Unternehmer verwehrt sei, wahrheitsgemäß darauf hinzuweisen, dass er Waren zu einem besonders niedrigen Preis anbietet, weil er diese (noch günstiger) von einem Masseverwalter erworben habe, dann bleibe den Verbrauchern eine solche Information verschlossen. Der Erwerber aus einer Konkursmasse müsse überdies bei seiner Werbung die unterschiedlichen ein-

schlägigen Rechtsnormen in den einzelnen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft berücksichtigen.

16. Im Vorlagebeschluss wird bezweifelt, ob § 30 UWG als eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-und-Mithouard-Rechtsprechung⁷ angesehen werden kann, ohne dass hierzu weitere Ausführungen gemacht werden.

17. Der Oberste Gerichtshof hält eine Rechtfertigung der Beschränkung aus Gründen des Verbraucherschutzes ebenfalls für zweifelhaft. Er betrachtet die Regelung als unverhältnismäßig, da auch die Verbreitung nützlicher und zur Irreführung nicht geeigneter Informationen untersagt werde. Er hat daher dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Ist Art 28 EG so auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Mitteilung jede Bezugnahme auf die Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse verbietet, wenn in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, der Verkauf von Waren angekündigt wird, die aus einer Konkursmasse stammen, aber nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehören?“

7 — Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, Randnrn. 16 f.).

IV — Vorbringen der Beteiligten

A — Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsversuchens

18. Karner bestreitet die Zulässigkeit der Vorlage. Der dem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt weise keinen grenzüberschreitenden Bezug auf. § 30 UWG betreffe die Werbung in Österreich. Die im Ausgangsverfahren strittige Untersagungsverfügung beziehe sich auf eine Werbung in Österreich für einen in Österreich erfolgenden Verkauf von Waren, die aus einer österreichischen Konkursmasse erworben worden seien. Die Parteien des Ausgangsverfahrens seien beide in Österreich niedergelassen.

19. Einzig Troostwijk geht auf dieses Argument ein. Für sie folgt aber der Auslandsbezug im vorliegenden Fall aus der Tatsache, dass die Werbung im Internet verbreitet wurde.

B — Zum Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs

20. Troostwijk vertritt die Auffassung, § 30 UWG beschränke den freien Warenverkehr. Die Vorschrift verbiete die Ver-

breitung wahrheitsgemäßer Informationen. Diese seien für den potenziellen Käufer aber nicht nur interessant, sondern für seinen Kaufentschluss auch wichtig. Die Regelung behindere daher den Absatz der Ware.

21. Wegen der Verbreitung im Internet sei die Werbung naturgemäß nicht auf einen Mitgliedstaat beschränkt. Eine dem § 30 UWG vergleichbare Bestimmung gebe es aber nur in Deutschland mit § 6 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. In anderen Mitgliedstaaten, wie z. B. in Belgien, Frankreich und Schweden, sei hingegen eine derartige Werbung erlaubt. (Die schwedische Regierung widerspricht dieser Darstellung unter Hinweis auf § 9 Buchstabe i des schwedischen Vermarktungsgesetzes, der eine vergleichbare Vorschrift enthalte.)

22. Die unterschiedliche rechtliche Situation in den verschiedenen Mitgliedstaaten führe dazu, dass eine Ware, die aus einer Konkursmasse stamme, unterschiedlich zu bewerben sei. Dies sei mit erheblichen Kosten verbunden und zum Teil auch undurchführbar. Eine Differenzierung im Internet sei unmöglich, da die Werbung mit diesem Medium nicht regional eingeschränkt werden könne.

23. Troostwijk hält die Regelung in § 30 UWG für produktbezogen. Die Auskunft

über die Herkunft eines Produkts betreffe seine Eigenschaften. Aus diesem Grunde liege keine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-und-Mithouard-Rechtsprechung vor.

24. Karner, die österreichische und die schwedische Regierung sowie die Kommission sind hingegen der Auffassung, die Regelung in § 30 des UWG diene nicht der Regelung des Warenverkehrs. Sie stelle vielmehr eine Verkaufsmodalität dar, weshalb sie Artikel 28 EG hierauf nicht für anwendbar halten.

25. Das Verbot sei keine produktbezogene Regelung. Es würden keine Anforderungen an die Bezeichnung der Waren, ihre Form, ihre Abmessungen, ihr Gewicht, ihre Zusammensetzung, ihre Aufmachung, ihre Etikettierung oder ihre Verpackung aufgestellt. Vielmehr handele es sich um eine vertriebsbezogene Regelung, die das Wie des Verkaufs regle. Werbung stelle die wirksamste Methode der Verkaufsförderung dar. Zur Stützung ihrer Auffassung verweisen sie auf die Urteile in den Rechtssachen Hünermund⁸, Leclerc-Siplec⁹, De Agostini¹⁰ und Gourmet International¹¹, in denen der Gerichtshof Werbemaßnahmen als Verkaufsmodalitäten qualifiziert habe.

8 — Urteil vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92 (Hünermund, Slg. 1993, I-6787).

9 — Urteil vom 9. Februar 1995 in der Rechtssache C-412/93 (Leclerc-Siplec, Slg. 1995, I-179).

10 — Urteil vom 9. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini, Slg. 1997, I-3843).

11 — Urteil vom 8. März 2001 in der Rechtssache C-405/98 (Gourmet International, Slg. 2001, I-1795).

26. Das Verbot des § 30 UWG treffe nationale wie ausländische Waren und Marktteilnehmer gleichermaßen. Der Marktzugang werde für ausländische Waren hierdurch nicht beschränkt. Daher seien die Anforderungen der Rechtsprechung an die Rechtmäßigkeit einer Verkaufsmodalität erfüllt.

27. Die Kommission weist darüber hinaus darauf hin, dass nur vollständige Verbote gemeinschaftsrechtlich unzulässig seien, da sie zu einer Zementierung nationaler Verbrauchsgewohnheiten führten. § 30 UWG beschränke jedoch die Werbung nur in Bezug auf eine ganz bestimmte Angabe, nämlich dass die beworbene Ware aus einem Konkurs stamme.

C — Zur Rechtfertigung der Beschränkung aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls

28. Troostwijk ist der Meinung, die von § 30 UWG ausgehende Beschränkung des freien Warenverkehrs sei nicht gerechtfertigt. Die Bestimmung entspreche nicht den Anforderungen des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 84/450, da sie nicht aus Gründen des Verbraucherschutzes erforderlich sei, soweit es um die Verbreitung wahrer Infor-

mationen gehe. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf das Urteil in der Rechtssache GB-Inno¹². Insofern verstoße § 30 UWG auch gegen die Richtlinie 84/450.

29. Wenn man von dem in der Rechtsprechung zugrunde gelegten Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers ausgehe, so sei nur ein Schutz vor Angaben zu gewährleisten, die konkret geeignet seien, den Verbraucher in die Irre zu führen. Diese Funktion erfülle bereits § 2 des UWG. Hingegen bedürfe es keiner Vorschriften wie § 30 UWG zur Abwehr einer abstrakten Irreführungsfahr.

30. Abschließend weist Troostwijk noch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hin, nach der Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden: EMRK) auch die Verbreitung von Werbeanmeldungen schütze.¹³ Das Verbot der Verbreitung wahrheitsgemäßer Angaben sei nicht zur Aufrechterhaltung der demokratischen Ordnung erforderlich. Infolgedessen verstoße das Verbot des § 30 UWG auch gegen Artikel 10 EMRK und sei deshalb gemeinschaftsrechtswidrig.

12 — Urteil vom 7. März 1990 in der Rechtssache 362/88 (GB-INNO-BM, Slg. 1990, I-667, Randnr. 18).

13 — Sie zitiert das Urteil des Europäischen Menschenrechtsgeschichtshofes vom 20. November 1989 im Fall Markt Intern Verlag GmbH und Klaus Beermann gegen Deutschland, Serie A, Nr. 165.

31. Karner, die österreichische und die schwedische Regierung sind hingegen der Auffassung, das in § 30 UWG aufgestellte Verbot sei aus Gründen des Schutzes der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt. Der Verbraucher unterscheide nicht zwischen Waren, die vom Konkursmasseverwalter selbst und solchen, die von Dritten nach Erwerb aus der Konkursmasse veräußert werden. Die Ankündigung, die Ware stamme aus einer Konkursmasse, habe eine Lockwirkung. Der Verbraucher gehe in solchen Fällen irrtümlich davon aus, es handle sich um eine besonders günstige Gelegenheit. Diese Erwartung werde enttäuscht, wenn die Ware durch Zwischengewinne verteuert werde. Vor dieser Enttäuschung solle das Verbot in § 30 UWG schützen.

33. Die schwedische Regierung weist noch darauf hin, dass für Verkäufe des Konkursverwalters in der Regel besondere Vorschriften bestünden, wie z. B. die Abwicklung der Veräußerung der Gegenstände der Konkursmasse innerhalb einer bestimmten Frist. Diese Regelungen gälten nicht für einen Verkauf durch Dritte, nachdem die Gegenstände aus dem Massevermögen ausgeschieden worden seien. Einen derartigen Weiterverkauf als „Konkursauktion“ oder „Konkursverkauf“ oder in ähnlicher Weise zu bezeichnen, sei daher irreführend. Der Schutz sei nicht nur aus Gründen des Verbraucherschutzes, sondern auch zur Wahrung der Lauterkeit des Handelsverkehrs erforderlich.

34. Karner und die schwedische Regierung sehen schließlich keine alternativen Maßnahmen, die gleich wirksam und weniger einschneidend wären. Sie halten das Verbot daher auch für verhältnismäßig.

V — Würdigung

32. Die österreichische Regierung ist darüber hinaus der Meinung, die Regelung entspreche Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 84/450. Bei der Frage, ob eine Werbung irreführend sei, seien nach Artikel 3 dieser Richtlinie alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen, insbesondere Angaben über die Herkunft der Ware. Da die Richtlinie nur einen Mindestschutz aufstelle, seien die Mitgliedstaaten in Artikel 7 ermächtigt worden, strengere Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher aufzustellen.

A — Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung

35. Mit der Richtlinie 84/450 hat der europäische Gesetzgeber eine Angleichung

der Vorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung erlassen. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts bezweckt der entscheidungserhebliche § 30 des österreichischen UWG den Schutz vor irreführender Werbung. Es stellt sich daher die Frage der Vereinbarkeit des Werbeverbots des § 30 UWG mit den Bestimmungen dieser Richtlinie.

36. Eine ausdrückliche Regelung über Werbung für die Versteigerung von Waren, die aus einer Konkursmasse stammen, enthält die Richtlinie nicht. Die in Artikel 3 der Richtlinie enthaltene Anordnung, dass für die Frage, ob eine Werbung irreführend ist, alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen sind, insbesondere auch Angaben über Merkmale der Waren wie deren kommerzielle Herkunft, dürfte nur für das Verbot des § 2 des österreichischen UWG relevant sein, in dem es um die nötige Feststellung einer Irreführungsgefahr im konkreten Fall geht. Die Bestimmung des § 30 UWG wird hiervon nicht erfasst, da sie auf die Bekämpfung einer abstrakten Irreführungsgefahr gerichtet ist. Es muss nicht im Einzelfall eine Gefahr der Irreführung nachgewiesen werden. Unabhängig von der konkreten Aufmachung und der tatsächlichen Eignung der Werbung zur Irreführung wird die Angabe, dass die Waren aus einer Konkursmasse stammen, verboten, soweit die Gegenstände im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Werbung nicht mehr zur Konkursmasse gehören. Die Bekämpfung derartiger abstrakter Gefährdungen ist nicht Gegenstand der durch die Richtlinie 84/450 vorgenommenen Rechtsangleichung.

37. Allerdings verbietet die Richtlinie derartige Bestimmungen auch nicht. Der letzte

Erwägungsgrund der Richtlinie sowie Artikel 7 Absatz 1 stellen ausdrücklich klar, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher vorsehen. Hierzu kann auch die Bekämpfung abstrakter Irreführungsgefahren gezählt werden. Die Richtlinie 84/450 steht folglich dem Verbot des § 30 UWG nicht entgegen.

B — Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung (Artikel 28 EG)

38. Da das fragliche Verbot nicht Gegenstand einer Harmonisierungsmaßnahme der Gemeinschaft ist, ist die vom vorlegenden Gericht aufgeworfene Frage zu erörtern, ob die Artikel 28 EG und 30 EG dahin gehend auszulegen sind, dass sie einem Verbot wie § 30 UWG entgegenstehen.

1) Zum Zulässigkeitseinwand

39. Zunächst ist auf den Einwand Karners einzugehen, der Ausgangssachverhalt habe

rein innerstaatliche Bedeutung und betreffe nicht den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, weshalb die Vorlage unzulässig sei.

2. Zum Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs

40. Die Anwendung österreichischer Rechtsvorschriften auf eine in Österreich veröffentlichte Werbeanzeige für eine in Österreich stattfindende Versteigerung von in Österreich aus einer Konkursmasse erworbenen Gegenständen durch ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen betrifft zunächst einmal einen innerstaatlichen Sachverhalt. Diese Sachlage führt aber nicht zur Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens. Der Rechtsstreit ist weder konstruiert noch hypothetisch im Sinne der Foglia/Novello-Rechtsprechung¹⁴.

42. Artikel 28 EG verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Nach der „Dassonville“-Formel ist eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung der Einfuhr jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.¹⁵

41. Die von Karner aufgeworfene Frage geht vielmehr dahin, ob Artikel 28 EG auf einen Sachverhalt wie den des Ausgangsverfahrens anwendbar ist. Karner hält eine Unvereinbarkeit des § 30 UWG mit den Regeln des Vertrages über den freien Warenverkehr für ausgeschlossen, weil der zwischenstaatliche Handel im vorliegenden Fall nicht betroffen sei. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Artikels 28 EG ist aber eine materiell-rechtliche Frage. Das Vorabentscheidungsersuchen ist daher zulässig.

43. Die im Ausgangsverfahren umstrittene Werbeanzeige ist im Internet veröffentlicht worden. Dies hat potenziellen Abnehmern in anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, von der Werbung Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls Waren bei der Versteigerung zu erwerben. Wird eine derartige Werbung aufgrund des § 30 UWG verboten, so wird der zwischenstaatliche Handel zumindest mittelbar und potenziell behindert, da eine solche Werbung unmöglich wird. Fraglich ist, ob dies genügt, damit das Verbot des Artikels 28 EG greift, oder ob die Lösung dieses Problems nicht eher mit den Mitteln des nationalen Verfassungsrechts zu suchen ist.

14 — Urteile vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18) und vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 25).

15 — Urteile vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5) und in der Rechtssache Keck und Mithouard (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 11).

44. Hinter der Argumentation Karners, es handele sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt, verbirgt sich eine ganz andere und viel schwieriger zu beantwortende Frage: Dient Artikel 28 EG zur Sicherung der freien Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten, oder ist er auf die Liberalisierung des innergemeinschaftlichen Handels zu beschränken? Letztlich geht es Troostwijk doch wohl weniger um seine potenziellen Absatzchancen im Ausland als um die Überwindung einer lästigen Werbebeschränkung, die die Ausübung der Handelstätigkeit im Inland beschränkt. Es ist fraglich, ob dies noch vom Anwendungsbereich des Artikels 28 EG erfasst wird.

45. Das vorliegende Verfahren wirft zwei Fragen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Artikels 28 EG auf: Erstens, ob das umstrittene Werbeverbot nicht vielleicht eine Verkaufsmodalität ist, die seit der Entscheidung Keck und Mithouard grundsätzlich nicht vom Verbot des Artikels 28 EG erfasst wird. Und zweitens, ob die die Werbung betreffende Vorschrift anhand der Bestimmungen über den freien Warenverkehr oder über den freien Dienstleistungsverkehr zu messen ist.

46. Wegen der in Artikel 50 Absatz 1 EG angeordneten Subsidiarität der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit im Verhält-

nis zu den Vorschriften über den freien Warenverkehr ist zuerst zu untersuchen, ob die Regelung des § 30 UWG in den Anwendungsbereich des Artikels 28 EG fällt.

3. Zur Qualifizierung als Verkaufsmodalität

47. Nach der älteren Rechtsprechung konnten Rechtsvorschriften, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränken oder verbieten, obwohl sie den Handel nicht unmittelbar regeln, geeignet sein, das Handelsvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten beeinträchtigen.¹⁶ Aufgrund einer derartigen Analyse hat der Gerichtshof in den Fällen Oosthoek¹⁷, GB-Inno¹⁸, Aragonesa¹⁹ und Yves Rocher²⁰ eine Beschränkung des freien Warenverkehrs durch Werbeverbote angenommen.

48. Mit dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen Keck und Mithouard hat sich die Rechtsprechung jedoch grundlegend geändert. In diesem Urteil hat der Gerichtshof zwischen produktbezogenen und ver-

16 — Urteil vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81 (Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Slg. 1982, 4575, Randnr. 15); Urteil in der Rechtssache GB-INNO-BM (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 7); Urteil in der Rechtssache Keck und Mithouard (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 13).

17 — Urteil in der Rechtssache Oosthoek (zitiert in Fußnote 16).

18 — Urteil in der Rechtssache GB-INNO-BM (zitiert in Fußnote 12).

19 — Urteil vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa, Slg. 1991, I-4151).

20 — Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-126/91 (Yves Rocher, Slg. 1993, I-2361).

triebsbezogenen Maßnahmen unterschieden und Letztere grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Artikels 28 EG entzogen.

49. Die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten ist nach diesem Urteil nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. Dies gilt allerdings nur unter dem doppelten Vorbehalt, dass die Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Anwendung derartiger Regelungen nach der Rechtsprechung nicht geeignet, den Marktzugang für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse, weshalb sie nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 28 EG fallen.²¹ Der Umstand, dass nationale Vorschriften ganz allgemein das Absatzvolumen und damit das Volumen des Absatzes von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten beschränken können, wird hiernach nicht mehr für ausreichend erachtet, um diese Vorschriften als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen.²²

50. Aufgrund dieses Wandels der Rechtsprechung hat der Gerichtshof seither Beschränkungen der Werbung für den Absatz bestimmter Waren grundsätzlich als eine vertriebsbezogene Regelung angesehen, die nicht vom Verbot des Artikels 28 EG erfasst wird. Als Beispiele sei auf die Urteile in den Rechtssachen *Hünernmund*²³, *Leclerc-Siplec*²⁴ und *De Agostini*²⁵ verwiesen. In der Rechtssache *Gourmet International*²⁶ hat er hingegen eine Beschränkung des freien Warenverkehrs angenommen, da die Vermarktung eingeführter Waren stärker von dem Werbeverbot betroffen wurde als die einheimischer Waren, aber die Beschränkung aus Gründen des Gesundheitsschutzes grundsätzlich für gerechtfertigt angesehen und nur einen Vorbehalt zugunsten der Verhältnismäßigkeit angebracht.

51. § 30 UWG betrifft die Werbung für den Absatz bestimmter Waren und damit nach der jüngeren Rechtsprechung eine Verkaufsmodalität. Aufgrund dieser Rechtsprechung müsste man daher im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelangen, dass das Verbot des § 30 UWG nicht in den

21 — Urteil in der Rechtssache *Keck und Mithouard* (zitiert in Fußnote 7, Randnrn. 16 f.).

22 — Urteil in der Rechtssache *Keck und Mithouard* (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 13); Urteil vom 20. Juni 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-418/93 bis C-421/93, C-460/93 bis C-462/93, C-464/93, C-9/94 bis C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 und C-332/94 (Casa Uno u. a., Slg. 1996, I-2975, Randnr. 24).

23 — Zitiert in Fußnote 8, Randnr. 22 (Werbung außerhalb der Apotheke für apothekenübliche Waren).

24 — Zitiert in Fußnote 9, Randnr. 22 (Verbot der Fernsehwerbung zugunsten von Vertriebsunternehmen).

25 — Zitiert in Fußnote 10, Randnr. 44 (vollständiges Verbot von Werbung, die an Kinder unter zwölf Jahren gerichtet oder irreführend im Sinne der schwedischen Rechtsvorschriften ist).

26 — Zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 25 und 32.

Anwendungsbereich des Artikels 28 EG fällt.

52. Troostwijk wendet gegen eine Qualifizierung des § 30 UWG als vertriebsbezogene Maßnahme ein, dass die Herkunft einer Ware nicht ihren Vertrieb, sondern ihre Eigenschaft betreffe. Der Hinweis auf die Herkunft einer Ware beziehe sich auf das Produkt.

53. Wie bereits erwähnt, wird die Herkunft einer Ware in Artikel 3 Buchstabe a der Richtlinie 84/450 als eines der „Merkmale der Waren“ bezeichnet. Von daher erscheint es durchaus vertretbar, sie als eine Eigenschaft anzusehen, die die Ware kennzeichnet.

54. Dies führt aber nicht dazu, dass das Verbot der Werbung mit der Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse zu einer produktbezogenen Regelung wird. § 30 UWG regelt nicht die Frage, ob Waren, die aus einer Konkursmasse stammen, in Österreich vermarktet werden dürfen, sondern wie für den Verkauf derartiger Waren geworben werden darf, nämlich ohne Hinweis darauf, dass die Ware aus einer Konkursmasse stammt. § 30 UWG verbietet

Werbung, die aufgrund der Herkunft der Ware einen günstigen Preis suggeriert. Das ändert aber nichts daran, dass die Vorschrift die Werbung für ein Produkt, nicht aber das Produkt selbst, seine Zusammensetzung, seine Form, seine Abmessungen, sein Gewicht oder seine Herkunft betrifft. Das Verbot des § 30 UWG ist daher eine vertriebsbezogene Maßnahme.

55. Nach der oben zitierten Rechtsprechung sind Verkaufsmodalitäten allerdings nur dann dem Anwendungsbereich des Artikels 28 EG entzogen, wenn sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und wenn sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.²⁷

56. Das Werbeverbot des § 30 UWG gilt für alle Wirtschaftsteilnehmer, die in Österreich tätig werden. Die erste Bedingung ist damit erfüllt.

57. Zweifelhaft ist hingegen, ob auch die zweite Bedingung erfüllt ist. Troostwijk macht geltend, dass in anderen Mitgliedstaaten Werbung mit dem Hinweis auf die

27 — Urteil in der Rechtssache Keck und Mithouard (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 16).

Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse zulässig sei und führt als Beispiele Belgien, Frankreich und Schweden an. Die Verwendung des Internets mache es unmöglich, zwischen der Werbung in Österreich und in anderen Mitgliedstaaten zu differenzieren. Daher behindere die Regelung den freien Warenverkehr insoweit, als § 30 UWG in anderen Mitgliedstaaten zulässige Werbung beschränke.

58. Die schwedische Regierung widerspricht der Darstellung Troostwijks und führt aus, dass es im schwedischen Recht eine dem § 30 UWG vergleichbare Vorschrift gibt. Die Kommission vertritt die Auffassung, es sei darauf abzustellen, ob die fragliche Regelung den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse stärker behindere oder sogar versperre. Nur wenn ein Wettbewerbsvorteil für die nationalen Vertreter der Erzeugnisse entstehe, liege eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs vor. Sie ist der Meinung, dies sei bei § 30 UWG nicht der Fall.

59. Die von Troostwijk aufgeworfene Frage, ob bei der Veröffentlichung einer Werbung im Internet nach einzelnen Mitgliedstaaten unterschieden werden kann, ist eine tatsächliche Frage, der das vorlegende Gericht nachzugehen hat. Unabhängig von der Antwort hierauf bleibt hingegen der Umstand, dass es nach dem Vortrag der Beklagten des Ausgangsverfahrens nicht in

allen Mitgliedstaaten ein entsprechendes Verbot gibt, so dass die in Österreich verbotene Werbung in einigen Mitgliedstaaten zulässig wäre.

60. Einheitliche Werbekonzepte, die binnenmarktweit eingesetzt werden, bedürfen des Schutzes durch das Gemeinschaftsrecht vor Behinderungen. Das hat der Gerichtshof schon in den Rechtssachen Yves Rocher und Mars entschieden.²⁸ Das Internet schafft neue Möglichkeiten für die Wirtschaftsteilnehmer, die mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung bislang durch die unterschiedliche Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten nicht voll genutzt werden können. Die hierdurch entstehenden Behinderungen dürfen nicht der Verwirklichung der im Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten entgegenstehen.

61. Inwieweit die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)²⁹, im Folgenden: E-Commerce-Richtlinie) diese Problem zu lösen vermag, kann hier dahinstehen. Sie war im maßgeblichen Zeitpunkt, im Mai 2001, in Österreich

28 — Urteil in der Rechtssache Yves Rocher (zitiert in Fußnote 20, Randnr. 10); Urteil vom 6. Juli 1995 in der Rechtssache C-470/93 (Mars, Slg. 1995, I-1923, Randnr. 13).

29 — ABl. L 178, S. 1.

nicht anwendbar. Die Umsetzung erfolgte erst durch das E-Commerce-Gesetz³⁰, das am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist.

ergangen ist, mit dem die Unterscheidung zwischen vertriebs- und produktbezogenen Maßnahmen eingeführt wurde.

62. Das von Troostwijk angeführte Erfordernis der Beachtung unterschiedlicher Werberegelungen in den Mitgliedstaaten und eine sich daraus ergebende Notwendigkeit zur Anpassung der Werbung könnte insofern eine Diskriminierung eingeführter Waren darstellen, als in Österreich nicht niedergelassene Unternehmen gezwungen werden, ihre gemeinschaftsweite Werbung für den österreichischen Markt entsprechend der Regelung des § 30 UWG anzupassen. Die Kosten, die allein für die Ermittlung des in den einzelnen Mitgliedstaaten rechtlich Zulässigen aufzuwenden sind, sind beträchtlich.³¹ Folglich führt die Regelung des § 30 UWG zu einem erhöhten Aufwand für die Bewerbung eingeführter Waren. Es ist fraglich, ob schon dieser zusätzliche Aufwand es rechtfertigt, von einer Maßnahme gleicher Wirkung wie einer mengenmäßigen Beschränkung zu sprechen.

63. Zur Beantwortung dieser Frage kann man sich kaum auf das Ergebnis in der Rechtssache Yves Rocher stützen, da dieses Urteil vor dem Urteil Keck und Mithouard

64. Im Ergebnis dürfte die Frage aber nach der neueren Rechtsprechung zu verneinen sein. Zum einen betreffen die Mehrkosten nicht die Anpassung der einzuführenden Waren, sondern die Anpassung der Werbung, also eines vertriebsbezogenen Umstands. Nach der Differenzierung im Urteil Keck und Mithouard müsste man einen derartigen finanziellen Mehraufwand wohl als nicht von Artikel 28 EG erfasst ansehen.

65. Zum anderen hat der Gerichtshof auch in seiner neueren Rechtsprechung darauf abgestellt, ob die fragliche Regelung den Marktzugang für ausländische Waren erschwert. Dies hat er in der Rechtssache Gourmet International für ein Verbot jeder an die Verbraucher gerichteten Werbung durch Anzeigen in der Presse oder Werbeeinblendungen in Rundfunk und Fernsehen, durch Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakatieren an öffentlichen Orten angenommen.³² Im Unterschied zu dem jener Rechtssache zugrunde liegenden Sachverhalt verhängt § 30 UWG allerdings kein vollständiges Werbeverbot für Waren, die aus einer

30 — Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz — ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden, BGBl. I Nr. 152/2001.

31 — Vgl. die Ausführungen in der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM(1998) 586 endg. vom 18. November 1998, S. 9 ff.

32 — Zitiert in Fußnote 11, Randnr. 21.

Konkursmasse stammen. Verboten wird nur die Werbung, in der auf die Herkunft der Ware aus einem Konkurs Bezug genommen wird. Die vermarkteten Waren können im Übrigen frei beworben werden, selbstverständlich unter Beachtung des konkreten Irreführungsverbots des § 2 UWG. Insofern ist davon auszugehen, dass die Regelung den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten im Ergebnis nicht stärker behindert als für inländische Erzeugnisse, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut ist. Die Parteien haben auch nichts dafür vorgetragen, dass § 30 UWG den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten in Österreich erschwert.

66. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass § 30 UWG den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt. Damit sind die Voraussetzungen für die Annahme einer dem Anwendungsbereich des Artikels 28 EG entzogenen Verkaufsmodalität erfüllt.

67. Als Ergebnis dieser Prüfung ist daher festzustellen, dass das Werbeverbot in § 30 UWG als vertriebsbezogene Maßnahme (Verkaufsmodalität) nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 28 EG fällt.

4. Zur Rechtfertigung der Beschränkung aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls

68. Hilfsweise, für den Fall, dass der Gerichtshof dieser Analyse nicht folgt, sondern davon ausgeht, dass § 30 UWG zu einer Beschränkung des freien Warenverkehrs führt, bleibt der Frage nachzugehen, ob die Regelung gegebenenfalls gemäß Artikel 30 EG gerechtfertigt ist.

69. Nach Artikel 30 EG steht Artikel 28 EG Einfuhrbeschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Rechtfertigungsgründe liegen im vorliegenden Fall nicht vor.

70. Über den Kanon des Artikels 30 EG hinaus müssen in den Bereichen, in denen keine gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung vorliegt, nach ständiger Rechtsprechung Hemmnisse für den innergemeinschaftlichen Handel, die sich aus Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsvorschriften ergeben, hingenommen werden, soweit solche Bestimmungen unter-

schiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gelten und notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen, insbesondere des Verbraucherschutzes, gerecht zu werden. Die betreffenden Bestimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und wenn dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken.³³

71. Wie oben ausgeführt, regelt die Richtlinie 84/450 nicht den Fall der Beschränkung der Werbung durch ein absolutes Verbot aus Gründen einer abstrakten Irreführungsgefahr. Der hier relevante Bereich ist daher gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisiert. § 30 UWG gilt außerdem gleichermaßen für einheimische wie für eingeführte Waren. Die ersten beiden Bedingungen sind daher erfüllt. Fraglich ist, ob die Regelung aus Gründen des Schutzes der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, aus denen der österreichische Gesetzgeber die Regelung erlassen hat, wie das vorlegende Gericht ausführt, notwendig und außerdem verhältnismäßig ist.

72. Der Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs werden von der

Rechtsprechung als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses angesehen, die grundsätzlich Einschränkungen des freien Warenverkehrs rechtfertigen können.³⁴

73. Troostwijk beruft sich gegenüber dieser Rechtfertigung der Werbebeschränkung auf das Recht der freien Meinungsäußerung, wie es in Artikel 10 der EMRK verankert ist. Zwar könne dieses Recht eingeschränkt werden. Jedoch sei es für die Aufrechterhaltung der demokratischen Ordnung nicht nötig, Mitteilungen, die der Wahrheit entsprechen, zu unterbinden.

74. Der Gerichtshof prüft zwar nationale Regelungen, die nicht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergangen sind, nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK. Fällt eine solche Regelung dagegen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, so hat der Gerichtshof, wenn er im Vorabentscheidungsverfahren angerufen wird, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat und die sich insbesondere aus der EMRK ergeben. Insbesondere wenn ein Mitgliedstaat sich auf eine Vorschrift beruft, die Beschränkungen von Grundfrei-

33 — Urteile vom 26. November 1996 in der Rechtssache C-313/94 (Graffione, Slg. 1996, I-6039, Randnr. 17) und vom 12. Oktober 2000 in der Rechtssache C-3/99 (Ruwet, Slg. 2000, I-8749, Randnr. 50).

34 — Urteil in der Rechtssache Ruwet (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 50); Urteil in den verbundenen Rechtssachen De Agostini (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 46).

heiten zulässt, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung von Grundfreiheiten zu behindern, ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen. Die im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. In einem solchen Fall hat folglich das vorliegende Gericht und gegebenenfalls der Gerichtshof die Anwendung dieser Vorschriften unter Berücksichtigung aller Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen, einschließlich der in Artikel 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dessen Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat.³⁵

75. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verdienen alle Formen der Meinungsäußerung Schutz nach Artikel 10 Absatz 1 EMRK. Dazu gehören auch Informationen wirtschaftlicher Natur³⁶, also die Verbreitung von Informationen, die Äußerung von Ideen oder die Verbreitung von Bildern als Teil der Verkaufsförderung einer Wirtschaftstätigkeit und das entsprechende Recht, solche Mitteilungen zu empfangen. Generalanwalt Fennelly hat sich in seinen

Schlussanträgen im Verfahren über die Tabakwerberichtlinie ebenfalls dafür ausgesprochen, im gemeinschaftsrechtlichen Rahmen Werbung als Teil der freien Meinungsäußerung anzusehen.³⁷

76. Schließt man sich dieser Analyse an, so ist festzustellen, dass das Werbeverbot des § 30 UWG die Freiheit der Meinungsäußerung beschränkt. Diese Beschränkung trifft umso härter, als es sich um ein Verbot der Verbreitung wahrer Tatsachen handelt.

77. Zu fragen ist daher, ob die Einschränkung gerechtfertigt ist. Artikel 10 EMRK enthält in Absatz 2 einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Danach kann die Meinungsfreiheit Einschränkungen unterworfen werden, soweit sie gesetzlich geregelt werden und erforderlich sind. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof hat mehrfach bestätigt, dass insbesondere die Werbung Einschränkungen und Verboten unterworfen werden kann. Im Urteil Markt Intern hat er Beschränkungen für zulässig erachtet, die zum Schutz des Ansehens und

35 — Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnrn. 43 f. zur Dienstleistungsfreiheit und zu den Rechtfertigungsgründen in Artikel 46 EG). Im gleichen Sinne auch das Urteil vom 26. Juni 1997 in der Rechtssache C-368/95 (Familiapress, Slg. 1997, I-3689, Randnrn. 26 bis 28 zur Warenverkehrsfreiheit und zu den Rechtfertigungsgründen in Artikel 30 EG).

36 — Europäischer Menschenrechtsgerichtshof, Urteil im Fall Markt Intern (zitiert in Fußnote 13), Série A, Nr. 165, Randnrn. 25 f., und Urteil vom 24. Februar 1994 im Fall Casado Coca gegen Spanien, Série A, Nr. 285, Randnrn. 35 f.

37 — Verbundene Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly vom 15. Juni 2000 zu den Urteilen vom 5. Oktober 2000 in den Rechtssachen C-376/98 (Deutschland/Parlament und Rat) und C-74/99 (Imperial Tobacco, Slg. 2000, I-8599, Slg. 2000, I-8419, Randnr. 153).

der Rechte Dritter erlassen werden.³⁸ Im Fall Casado Coca hat er anerkannt, dass Standesregeln ein legitimes Ziel im Sinne des Absatzes 2 verfolgen und somit eine Einschränkung der Werbemöglichkeiten rechtfertigen können.³⁹ Nach Auffassung der Europäischen Menschenrechtskommission kann Werbung weitergehenden Beschränkungen unterworfen werden als der Ausdruck politischer Ideen.⁴⁰

78. Generalanwalt Fennelly hat sich in seinen bereits erwähnten Schlussanträgen im Fall der Tabakwerberichtlinie unter Berufung auf das Urteil Markt Intern dafür ausgesprochen, Beschränkungen für zulässig zu erachten, wenn die zuständigen Behörden dies aus vernünftigen Gründen für erforderlich halten. Informationen wirtschaftlicher Natur komme normalerweise keine weitere gesellschaftliche Funktion von einiger Bedeutung zu, als diejenige, die Wirtschaftstätigkeit zu fördern, hinsichtlich deren der Gesetzgeber zu Recht über ein weites Ermessen verfüge, um Beschränkungen im Allgemeininteresse zu verhängen.⁴¹

79. Legt man diesen Maßstab zugrunde, so dürfte eine Einschränkung der Werbung aus Gründen des Schutzes der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, wie sie durch § 30 UWG erfolgt, grundsätzlich als mit Artikel 10 EMRK vereinbar anzusehen sein. Vorausgesetzt, es gibt kein gleichwertiges Mittel zur Erreichung dieser Ziele, das das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung weniger beschränkt.

80. Im Folgenden ist daher die Verhältnismäßigkeit des Verbots des § 30 UWG zu erörtern. Fraglich ist, ob das Werbeverbot notwendig ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass es sich um ein Verbot der Angabe wahrer Tatsachen handelt. Die Waren, die zur Versteigerung angeboten werden, stammen in der Tat aus einem Konkurs. Allerdings sind sie zum Zeitpunkt der Versteigerung bereits aus der Masse der Gemeinschuldnerin herausgelöst.

81. Wie die schwedische Regierung zutreffend darstellt, ist ein Verkauf durch einen Konkursverwalter üblicherweise durch die Notwendigkeit einer möglichst schnellen Veräußerung sowie die Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorschriften gekennzeichnet. Diese Umstände haben Einfluss auf den Preis, der für die angebotenen Waren erzielt werden kann. Derartige Umstände liegen im Falle einer Versteigerung, für die die Beklagte des Ausgangsverfahrens

38 — Urteil im Fall Markt Intern (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 31).

39 — Urteil im Fall Casado Coca (zitiert in Fußnote 36, Randnr. 46).

40 — Entscheidung vom 5. Mai 1979 im Verfahren 7805/77, X und Church of Scientology gegen Schweden, *Decisions and Reports* 16 (1979), 68, 73. Frowein, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (1985), Artikel 10 Randnr. 9 mit weiteren Nachweisen. Van Dijk/Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2. Aufl.), Artikel 10 Randnr. 8, S. 425.

41 — Verbundene Schlussanträge vom 15. Juni 2000 in den Rechtssachen Deutschland/Parlament und Rat sowie Imperial Tobacco (zitiert in Fußnote 37, Nr. 159).

wirbt, nicht vor. Sie ist bei ihren Versteigerungen nicht den Vorschriften unterworfen, die für einen Konkursverwalter gelten. Ebenso wenig unterliegt sie dem Druck, möglichst schnell zu verkaufen. Diese Unterschiede rechtfertigen es, die Werbung für eine von der Beklagten des Ausgangsverfahrens durchgeführte Versteigerung deutlich von derjenigen zu unterscheiden, die für eine Versteigerung durch einen Konkursverwalter verwendet wird.

82. Die Überschrift „Konkursversteigerung“ und die Angabe der Herkunft der versteigerten Waren „aus der Konkursmasse“ in der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Werbung sind geeignet, diese Unterschiede zu verwischen. Insofern lässt sich feststellen, dass ein Verbot der Werbung mit der Angabe, dass die Waren aus einer Konkursmasse stammen, für den Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs notwendig ist.

83. Damit bleibt zu untersuchen, ob das Verbot verhältnismäßig ist. Es ist sicher geeignet, eine Irreführungsgefahr für die Verbraucher zu vermeiden. Inwieweit es ein milderer Mittel gibt, mit dem das angestrebte Ziel ebenfalls erreicht werden könnte, ist indessen zweifelhaft. Als weniger einschneidende Maßnahme könnte eine Klarstellung im Werbetext in Betracht kommen, aus der deutlich hervorgeht, dass die Versteigerung nicht durch den Konkursverwalter oder für seine Rechnung veran-

staltet wird und dass die versteigerten Waren im Zeitpunkt der Versteigerung bereits aus der Konkursmasse ausgeschieden sind.

84. In diese Richtung geht die einstweilige Verfügung des Handelsgerichts Wien, mit der Troostwijk aufgegeben wurde, bei der öffentlichen Versteigerung am 14. Mai 2001 gegenüber Kaufinteressenten die Erklärung abzugeben, dass die Ware vom Masseverwalter erworben worden ist und die Versteigerung nicht in seinem Namen und Auftrag, sondern auf eigene Rechnung Troostwijks erfolgt, also keine Konkursversteigerung vorliegt.⁴² Durch diese Angaben werden die beiden oben herausgearbeiteten Unterschiede zwischen den beiden Arten der Versteigerung in der Werbung hierfür deutlich erkennbar. Dem Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs würde genügt, ohne dass die wahrheitsgemäße Angabe über die Herkunft der Waren unterdrückt würde.

85. Auch im Urteil Yves Rocher hat der Gerichtshof eine entsprechende Aufklärung der Verbraucher als ein im Verhältnis zur Unterdrückung der wahrheitsgemäßen Angabe milderer Mittel angesehen⁴³, weshalb

42 — Vgl. den Wortlaut des im Vorlagebeschluss wiedergegebenen zweiten Teils des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

43 — Urteil in der Rechtssache Yves Rocher (zitiert in Fußnote 20, Randnm. 16 bis 18).

die hier vertretene Lösung sich auch auf dieses Urteil stützen kann.

den Verkauf der in Österreich versteigerten Waren an Erwerber in anderen Mitgliedstaaten auswirken.

86. Folglich ist im Ergebnis festzustellen, dass ein vollständiges Verbot der Werbung mit der Angabe der Herkunft der Waren aus einer Konkursmasse über das zum Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs erforderliche Maß hinausgeht und daher unverhältnismäßig ist. Eine Rechtfertigung des Verbots unter Berufung auf Artikel 30 EG und auf zwingende Gründe des Gemeinwohls scheidet damit aus.

88. Der Vorlagebeschluss stellt zwar ausdrücklich nur die Frage nach der Auslegung des Artikels 28 EG. Der Gerichtshof hat aber bereits mehrfach festgestellt, dass es ihm obliegt, aus dem gesamten von dem einzelstaatlichen Gericht vorgelegten Material diejenigen Elemente des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürfen.⁴⁴ Der Vorlagebeschluss steht einer rechtlichen Erörterung anderer Bestimmungen des Vertrages daher nicht entgegen.

C — Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Ausfuhrbeschränkung (Artikel 29 EG)

87. Der Vortrag Troostwijks, dass das Verbot des § 30 UWG dazu führt, dass eine in anderen Mitgliedstaaten erlaubte Werbung für eine Versteigerungsveranstaltung in Österreich wegen der Unmöglichkeit der Differenzierung der Werbung nach Mitgliedstaat unmöglich gemacht wird, wirft die Frage auf, ob § 30 UWG nicht eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 29 EG darstellt. Wenn eine in anderen Mitgliedstaaten zulässige Werbung im Internet durch die Regelung des § 30 UWG unmöglich wird, kann sich dies zumindest mittelbar und potenziell auf

89. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet Artikel 29 EG allerdings nur solche nationalen Maßnahmen, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinem Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt.⁴⁵ Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts bezweckt das Werbeverbot jedoch nicht die Regelung des Warenverkehrs, sondern den Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Han-

44 — Urteil vom 8. Dezember 1987 in der Rechtssache 20/87 (Gauchard, Slg. 1987, 4879, Randnr. 7 mit weiteren Nachweisen).

45 — Urteile vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82 (Duphar, Slg. 1984, 523, Randnr. 25), vom 10. März 1983 in der Rechtssache 172/82 (Inter-Huiles u. a., Slg. 1983, 555, Randnr. 12) und vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-209/98 (Sydhavnens Sten & Grus, Slg. 2000, I-3743, Randnr. 34).

delsverkehrs. Die Regelung fällt daher mangels spezifischer Beschränkung der Ausfuhr nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 29 EG.

D — *Freier Dienstleistungsverkehr (Artikel 49 EG)*

90. Folgt man dem hier vertretenen Ansatz und qualifiziert das Verbot des § 30 UWG als eine Verkaufsmodalität, die nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 28 EG fällt, so stellt sich die Frage, ob die Regelung in den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit fällt und wenn ja, inwieweit sie mit diesen Bestimmungen vereinbar ist.

91. An dieser Stelle wird das oben bereits angesprochene Problem der Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der Artikel 28 EG und 49 EG offensichtlich. Das fragliche Verbot betrifft die Werbung. Sieht man sie nun als Teilaspekt eines umfassenden Wirtschaftsvorgangs des Warenabsatzes an, so ist die Regelung allein unter dem Aspekt der Warenverkehrsfreiheit zu untersuchen. Sieht man die Werbung hingegen als einen selbständigen Tatbestand an, so stellt sich die Frage der

Vereinbarkeit des Verbots des § 30 UWG mit den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit.

92. Wie schwierig die Abgrenzung im Einzelfall sein kann, belegen die Urteile in den Rechtssachen GB-Inno und Schindler. Beide betrafen die Verteilung von Werbematerial. Im Urteil GB-Inno prüfte der Gerichtshof die Verteilung von Werbeschriften ausschließlich unter dem Aspekt des freien Warenverkehrs.⁴⁶ In der Rechtssache Schindler hingegen wurde die Versendung von Werbematerial über eine ausländische Lotterie als Dienstleistung qualifiziert.⁴⁷

93. Hieraus wird deutlich, dass die Entscheidung nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu treffen ist. Wird die Werbung z. B. durch den Verkäufer selbst entworfen und veröffentlicht, so liegt es nahe, sie als einen Teil des Warenabsatzes anzusehen. Dies könnte z. B. für eine Tafel in Frage kommen, die in den Verkaufsräumen aufgestellt und vom Verkäufer selbst beschrieben wird. Anders dürfte der Fall zu entscheiden sein, wenn die Werbung von einem Dritten erstellt und veröffentlicht wird, so z. B. durch einen

46 — Urteil in der Rechtssache GB-INNO-BM (zitiert in Fußnote 12, Randnrn. 7 ff.).

47 — Urteil vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-275/92 (Schindler, Slg. 1994, I-1039, Randnrn. 20 bis 25).

selbständigen Werbemittler. Diese Tätigkeit wäre grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Artikels 49 EG zuzuordnen.

94. Der Vorlagebeschluss enthält keine Angaben über die tatsächlichen Umstände der Werbung im Internet. Die folgenden Ausführungen können daher nur zweckdienliche Hinweise für das vorlegende Gericht bieten, wie der Sachverhalt gemeinschaftsrechtlich zu beurteilen ist, wenn es feststellt, dass ein Dritter die fragliche Werbung ins Internet gestellt hat.

95. Im Ausgangsverfahren geht es um Werbung, die unter anderem auf der Internetseite „www.troostwijkauctions.com“ veröffentlicht wurde. Das vorlegende Gericht wird zunächst klären müssen, ob die Beklagte des Ausgangsverfahrens diese Werbung selbst ins Internet gestellt hat oder ob dies durch Dritte geschehen ist. Im ersten Fall wäre der Sachverhalt allein im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit zu beurteilen, im zweiten Fall müsste das Verbot des § 30 UWG auch auf seine Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit geprüft werden.

96. In der mündlichen Verhandlung hat Troostwijk zwar auf die Frage des Ge-

richtshofes erklärt, sie habe keinen Werbemittler eingeschaltet, sondern die Anzeige selbst ins Internet gestellt. Dies schließt indessen die Anwendung der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr nicht aus. Denn auf der im Ausgangsverfahren streitigen Versteigerungsanzeige, die im Vorlagebeschluss wiedergegeben ist, wird die Internetadresse „www.troostwijk.com“ angegeben. Dies ist die home page der in den Niederlanden ansässigen Muttergesellschaft der Beklagten des Ausgangsverfahrens. Diese Internetseite enthält heutzutage eine Liste von Versteigerungsterminen, die europaweit stattfinden, einschließlich Werbeanzeigen, die der von der Beklagten des Ausgangsverfahrens verwendeten vergleichbar sind, sowie Kataloge mit den jeweils zur Versteigerung angebotenen Waren. Dieser Umstand legt es nahe, dass die europaweit tätige, in den Niederlanden ansässige Muttergesellschaft die fragliche Werbung ins Internet gestellt hat. Für den Fall, dass es sich um zwei verschiedene Rechtspersönlichkeiten handelt, wäre das vorlegende Gericht aufgerufen, über die Vereinbarkeit des § 30 UWG mit den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit zu entscheiden.

97. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kommt unter zwei Aspekten in Betracht. Wenn die Werbung von einem Dritten, einschließlich einer rechtlich selbständigen Muttergesellschaft, ins Internet gestellt worden ist, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, könnte eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit insoweit vorliegen, als die Verbreitung der Werbung in Österreich gemäß § 30 UWG völlig untersagt wird. Die fragliche

Dienstleistung darf dann nicht zugunsten der österreichischen Gesellschaft Troostwijk erbracht werden.

angemessenen Verhältnis steht und ob diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden können.

98. Sollte der Dritte hingegen ebenfalls in Österreich ansässig sein, könnte die Dienstleistungsfreiheit insofern beeinträchtigt sein, als die Werbung nicht über das Internet in anderen Mitgliedstaaten verbreitet werden darf, in denen eine derartige Werbung grundsätzlich zulässig ist. Nach dem unbestrittenen Vortrag Troostwijks ist es nicht möglich, die Veröffentlichung der Werbung nach Mitgliedstaat zu differenzieren. § 30 UWG könnte dann nur noch beachtet werden, indem keine Werbung ins Internet gestellt wird. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Herkunftsstaatsprinzip. Nach diesem Grundsatz sind jeweils die Vorschriften desjenigen Mitgliedstaats zu beachten, von dem aus die fragliche Botschaft verbreitet wird. Das Herkunftsstaatsprinzip ist unter anderem in Artikel 3 Absatz 1 der E-Commerce-Richtlinie verankert und vom Gerichtshof im Rahmen der Ausstrahlung von Fernsehwerbung angewendet worden.⁴⁸

99. Das vorliegende Gericht hätte in diesen Fällen zu untersuchen, ob die Beschränkung in § 30 UWG zur Erreichung eines der in Artikel 46 EG angeführten Ziele oder aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls erforderlich ist, ob sie hierzu in einem

100. Die in Artikel 46 EG aufgezählten Rechtfertigungsgründe dürften im Ausgangsverfahren nicht einschlägig sein. Nach ständiger Rechtsprechung stellen aber der Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs grundsätzlich zwingende Gründe des Gemeinwohls dar, die Beeinträchtigungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können.⁴⁹ Zwar bezweckt § 30 UWG den Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs. Aber aus den im Rahmen der Prüfung der Vorschriften über den freien Warenverkehr angeführten Gründen dürfte die Regelung auch in diesem Rahmen als unverhältnismäßig anzusehen sein. Eine deutliche Unterscheidung in der Werbung von derjenigen für eine Versteigerung von Massegegenständen durch den Konkursverwalter gewährleistet den Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs ebenso wirksam wie das vollständige Verbot des § 30 UWG. Folglich wäre eine eventuelle Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht gerechtfertigt.

48 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen De Agostini (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 51).

49 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a., Slg. 1991, I-4007, Randnr. 14); Urteil in den verbundenen Rechtssachen De Agostini (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 53).

VI — Ergebnis

101. Im Ergebnis bleibt daher festzustellen, dass der Anwendungsbereich der Artikel 28 EG und 29 EG durch § 30 UWG nicht berührt wird. Bezüglich der Dienstleistungsfreiheit hat das vorlegende Gericht zunächst den Sachverhalt zu klären, bevor über eine eventuelle Unvereinbarkeit des § 30 UWG mit Artikel 49 EG entschieden werden kann. Eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls scheitert an der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme.

102. Es wird daher vorgeschlagen, folgendermaßen auf das Vorabentscheidungsersuchen zu antworten:

Artikel 28 EG ist dahin gehend auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Mitteilung jede Bezugnahme auf die Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse verbietet, wenn in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, der Verkauf von Waren angekündigt wird, die aus einer Konkursmasse stammen, aber nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehören. Eine derartige Bestimmung kann jedoch gegebenenfalls eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG) darstellen.