

1. Einleitung

In Österreich und Deutschland werden die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb traditionell auch als Wettbewerbsrecht bezeichnet. Auf europarechtlicher Ebene wird unter dem Begriff des Wettbewerbsrechts dagegen das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstanden, das nach traditionell österreichischer Terminologie als Kartellrecht bezeichnet wird. Zur Vermeidung terminologischer Missverständnisse hat sich in Literatur und Rechtsprechung für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb der Begriff des Lauterkeitsrechts durchgesetzt.

Ziel des **Kartellrechts** ist die **Sicherung wettbewerblcher Marktstrukturen** (insbesondere durch das Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmern, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung – §§ 1 und 5 KartG). Im **Lauterkeitsrecht** steht der **Schutz der Marktteilnehmer** (Mitbewerber und Verbraucher) **und der Allgemeinheit vor unlauteren Handlungen einzelner Unternehmer** im Vordergrund.

Erstmals wurden die Rechtsvorschriften gegen unlauteren Wettbewerb im Jahr 1923 kodifiziert, wobei Kernpunkt die bis zum 12.12.2007 in Geltung gebliebene Generalklausel des § 1 UWG aF war, die bei Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, die gegen die guten Sitten verstoßen, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz normiert hat. Insbesondere die **UWG-Novelle 1971** hat durch die Erweiterung des Irreführungsverbot des § 2 UWG und die Einführung des Verbandsklagerechts nach § 14 UWG auf die Bundesarbeitskammer und die Wirtschaftskammer Österreich neben dem Zweck des Mitbewerberschutzes auch den Zweck des Verbraucherschutzes eingeführt.

1984 wurde das UWG wiederverlautbart. Mit dem **Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992** wurden die bis dahin geltenden Vorschriften des Rabattgesetzes, Zugabengesetzes und des Ausverkaufsgesetzes aufgehoben und jene Vorschriften aus diesen Gesetzen, die der Gesetzgeber beibehalten wollte, in das UWG übernommen (Zugabenregelung in § 9a UWG mit gänzlicher Freigabe des Geldrabatts und Regelung über die Ankündigung von Ausverkäufen in den §§ 33a ff UWG).

Aufgrund des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union ist Österreich zur Umsetzung der **Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung** (kodifizierte Fassung; RL 2006/14/EG, ABl 2006 L 37621) und der **Richtlinie**

über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG, ABl 2005 L 149/22) verpflichtet. Die UWG-Novelle 2007 hatte primär den Zweck, die Vorgaben der RL-UGP im österreichischen Recht umzusetzen.

Die unionsrechtlichen Vorschriften, insbesondere das EU-Primärrecht, wirken sich insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH zur **Warenverkehrsfreiheit** (Art 28 ff AEUV) und zur **Dienstleistungsfreiheit** (Art 56 ff AEUV) auf das österreichische Lauterkeitsrecht aus, da die Vorschriften des EU-Primärrechtes auch entgegenstehendes nationales Recht jedenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten verdrängen. Darüber hinaus sind die geltenden innerstaatlichen Vorschriften so auszulegen, dass sie mit den Vorgaben der Richtlinien der Europäischen Union nicht in Widerspruch stehen (**richtlinienkonforme Interpretation**).

Aufgrund der Verwendung **unbestimmter Gesetzesbegriffe** in den lauterkeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere in den Generalklauseln der §§ 1, 1a und 2 UWG, ist für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit bestimmter Geschäftspraktiken und Handlungen die Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung des OGH und des EuGH unerlässlich. Schon bisher hat die **Rechtsprechung** des OGH zu den Generalklauseln der §§ 1 und 2 UWG **Fallgruppen** entwickelt, die die Generalklauseln konkretisieren und die Entscheidungspraxis der Gerichte für die Marktteilnehmer vorhersehbar machen, andererseits aber den Gerichten ausreichend **Entscheidungsspielraum** lassen, die Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der verfassungs-, unions- und lauterkeitsrechtlichen Bewertungsmaßstäbe zu würdigen. Eine Bindung des OGH an seine eigene Rechtsprechung besteht allerdings nicht, was in der Vergangenheit auch schon dazu geführt hat, dass der gleiche Senat des OGH den gleichen Sachverhalt im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Provisorialverfahren) anders als im Hauptverfahren beurteilt hat (4 Ob 120/92 und 4 Ob 86/95 – Bazar-Alles-Gutschein).

Die Rechtsprechung des OGH ist kostenlos im Internet unter www.ris.bka.gv.at unter „Judikatur Justiz (OGH, OLG, LG, BG, OPMS, AUSL)“ abrufbar. Soweit dem Nutzer die Geschäftszahl des OGH bekannt ist, ist diese ohne Leerzeichen einzugeben (zB 4Ob225/07b). Die Rechtsprechung des EuGH (einschließlich der Schlussanträge der Generalanwälte) ist unter www.curia.europa.eu veröffentlicht (zB C-44/01). Die wichtigsten lauterkeitsrechtlichen Entscheidungen des OGH werden auch in den einschlägigen Fachzeitschriften ÖBl (Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht), MR (Medien und Recht), wbl (Wirtschaftsrechtliche Blätter), ecolex und RdW (Recht der Wirtschaft) veröffentlicht.

Aufgrund der Ähnlichkeit der Rechtslage (auch schon in der Vergangenheit, erst recht aber seit Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben) empfiehlt sich die Beobachtung der Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland durch Heranziehung der umfangreichen Kommentarliteratur und Verfolgung der Ent-

scheidungen der deutschen Gerichte insbesondere in den Zeitschriften GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) und WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis). Die aktuellen Entscheidungen des BGH sind unter www.bundesgerichtshof.de abrufbar.

Im österreichischen Schrifttum wird das Lauterkeitsrechts insbesondere in folgenden Werken dargestellt:

Wiltschek/Horak, UWG, 8. Aufl (2016)

Wiebe/Kodek, Kommentar zum UWG, 2. Aufl (2018)

Gumpoldsberger/Baumann, UWG (2006) mit Ergänzungsband (2009)

Enzinger, Lauterkeitsrechts (2012)

Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar (2014)

Prunbauer-Glaser/Seidelberger, Die Wettbewerbsfibel (2015)

Schuhmacher/Holzweber, Wettbewerbsrecht (2019)

Wiltschek, MSA, UWG, 4. Aufl (2019)

Deutschland:

Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Aufl (2019)

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl (2019)

Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl (2016)

2. UWG-Novelle 2007

Die am 11.5.2005 verabschiedete RL-UGP war bis zum 12.6.2007 in das nationale Recht durch Erlassung der notwendigen Gesetzesänderung umzusetzen und bis 12.12.2007 in Kraft zu setzen. Die UWG-Novelle 2007 BGBl I 2007/79 wurde am 13.11.2007 kundgemacht und ist seit 12.12.2007 anzuwenden.

Zweck der RL-UGP ist es, durch eine **Vollharmonisierung** der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über **unlautere Geschäftspraktiken**, die die **wirtschaftlichen Interessen** der **Verbraucher** beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

Die RL-UGP gilt ausschließlich im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern **vor, während und nach Abschluss eines** auf ein Produkt bezogenen **Geschäfts (B2C)**. Nicht erfasst sind daher Geschäfte zwischen Gewerbetreibenden (B2B) und Rechtsgeschäfte ausschließlich zwischen Privaten (zB Verkauf einzelner Gegenstände von Privatpersonen im Internet).

Unmittelbarer Schutzzweck der Richtlinie sind ausschließlich die **wirtschaftlichen** (nicht sonstigen) Interessen der Verbraucher (4 Ob 186/08v; 4 Ob 166/11g).

Die RL-UGP enthält in Art 5 Abs 2 eine **Generalklausel**, wonach eine Geschäftspraktik unlauter ist, wenn sie den Erfordernissen der **beruflichen Sorgfalt** widerspricht und sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche **Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst** oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

Gem Art 5 Abs 4 sind insbesondere **irreführende Handlungen und Unterlassungen** (Art 6 und 7 der RL-UGP) und **aggressive Geschäftspraktiken** (Art 8 und 9 RL-UGP) **unlauter**.

Darüber hinaus enthält der **Anhang** der RL-UGP eine Liste jener Geschäftspraktiken, die **unter allen Umständen als unlauter** anzusehen sind. Auf die Eignung, die wirtschaftliche Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers oder den Wettbewerb zwischen Unternehmern spürbar zu beeinflussen, kommt es nicht an (4 Ob 244/12d).

Aus der Regelungstechnik der RL-UGP ergibt sich daher folgendes **Fallprüfungsschema**:

1. Liegt ein Tatbestand des Anhangs I vor? Falls nein:
2. Liegt eine irreführende oder aggressive Geschäftspraktik iSd Art 6–9 der RL-UGP vor? Falls nein:
3. Fällt der Sachverhalt unter die Generalklausel des Art 5 RL-UGP?

Der OGH hat diese Vorgangsweise bei der Fallprüfung mittlerweile mehrfach bestätigt, aber auch darauf hingewiesen, dass diese Vorgangsweise dann nicht erforderlich ist, wenn das Begehren gem § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung einer unlauteren Geschäftspraktik iSd § 1 Abs 1 Z 2 UWG gestützt wird. In einem solchen Fall kann der Unterlassungstitel schon dann geschaffen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden – einander nicht ausschließenden – Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist in einem solchen Fall nicht erforderlich (4 Ob 113/08h – Medium T, 4 Ob 62/09 k – Promotion II).

Während die **RL-UGP lediglich** jene unlautere Geschäftspraktiken regelt, die die wirtschaftlichen **Interessen der Verbraucher unmittelbar** (B2C) (und dadurch mittelbar auch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber schädigt) beeinflussen, hat sich der **österreichische Gesetzgeber** entschlossen, zur **Vermeidung eines „gespaltenen“ Lauterkeitsrechts** auch den B2B-Bereich zu reformieren und damit insbesondere die bisherigen Generalklauseln der § 1 UWG aF (Handlungen gegen die guten Sitten) und § 2 UWG (Irreführung) umfassend zu novellieren. Die **Schutzzwecktrias** des UWG, wonach **Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen** durch das UWG geschützt und dementsprechend zu berücksichtigen sind, bleibt auch nach der UWG-Novelle 2007 aufrecht.

Kernpunkt der UWG-Novelle 2007 ist der Ersatz der „Handlungen gegen die guten Sitten“ durch den **Begriff der „unlauteren Geschäftspraktik“** in § 1 UWG. Da die „kleinen“ Generalklauseln betreffend aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG) und irreführende Geschäftspraktiken (§ 2 UWG) nur den Tatbestand, nicht aber die Rechtsfolgen (ausgenommen die eingeschränkte Schadenersatzpflicht von Ankündigungsunternehmen gem § 2 Abs 7 UWG) regeln, ergibt sich sowohl der Unterlassungs- als auch der Schadenersatzanspruch bei Verstoß gegen die §§ 1a und 2 UWG nur aus § 1 Abs 1 UWG (4 Ob 42/08t – W-Klaviere).

Im Gegensatz zum alten Recht entfällt – aufgrund der Vorgaben der RL-UGP – seit der UWG-Novelle 2007 das Tatbestandsmerkmal der **Wettbewerbsabsicht** in den §§ 1, 1a und 2 UWG. Die UWG-Novelle 2007 hat sich insoweit allerdings auf eine Neuregelung in den §§ 1 und 2 UWG beschränkt. Systemwidrig findet sich in § 4 UWG – obwohl dort die strafrechtliche Sanktion bei der wissentlichen Anwendung aggressiver und irreführender Geschäftspraktiken normiert ist – das Tatbestandsmerkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“ weiterhin. Auch die §§ 7, 10 bis 12 und 28a UWG verlangen nach wie vor Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs. Ein **Wettbewerbsverhältnis** wird auch künftig im Anwendungsbereich

des § 1 Abs 1 Z 1 UWG deshalb erforderlich sein, weil eine **spürbare Beeinflussung des Wettbewerbs** für die Annahme einer unlauteren Geschäftspraktik oder sonstigen unlauteren Handlung (und damit auch für die Klagslegitimation nach § 14 UWG) erforderlich ist.

Obwohl der Gesetzgeber der UWG-Novelle 2007 den B2B-Bereich weitgehend gleich dem B2C-Bereich regeln wollte (sowohl in § 1a Abs 1 UWG als auch in § 2 Abs 1 UWG ist bewusst nicht nur vom Verbraucher, sondern generell vom **irreführten oder unzulässig beeinflussten Marktteilnehmer** die Rede), ist **vielfach** sowohl in den **Generalklauseln** als auch in den **Bestimmungen des Anhangs** in weiterer Folge **nur vom Verbraucher** die Rede (zB § 1a Abs 2 UWG, § 2 Abs 1 Z 7 und § 2 Abs 6 UWG). Die Erläuterungen geben keinen Aufschluss darüber, ob in diesen Fällen tatsächlich nur gegenüber Verbrauchern, nicht aber gegenüber nachfragenden Unternehmern eine unlautere Geschäftspraktik vorliegen soll.

Unabhängig von der RL-UGP wurde durch die UWG-Novelle 2007 ein **Auskunftsanspruch** gegenüber Unternehmern, die Postdienste oder Telekommunikationsdienste anbieten, normiert, der die **Verfolgung von unlauteren Geschäftspraktiken** iSd §§ 1, 1a oder 2 UWG ermöglichen soll (§ 14a UWG) sowie eine **Kostenvorschusspflicht** der unterlegenen Partei für die **Kosten** einer vom Gericht zugesprochenen Ermächtigung zur **Urteilsveröffentlichung** (§ 25 Abs 6 UWG) normiert.

3. Weitere UWG-Novellen

Mit dem KaWeRÄG 2012 wurde § 9a UWG (**Zugabenverbot**) zur Gänze aufgehoben, nachdem der EuGH in der Entscheidung C-540/08 (*Mediaprint*) die Regelung als Verstoß gegen die RL-UGP festgestellt hat und die Regelung im B2B-Bereich rechtspolitisch kritisiert wurde, weil die Fälle des „Anzapfens“ (4 Ob 2365/96i) ohnedies gem § 1 Abs 1 Z UWG verfolgbar sind.

Mit der UWG-Novelle 2013 (BGBl I 2013/112) wurden die Vorschriften der **Ausverkaufsbestimmungen** gem §§ 33a ff UWG nach den Vorgaben der Entscheidung des EuGH C-206/11 novelliert, nachdem der EuGH ausgesprochen hat, dass eine Geschäftspraxis nicht alleine deshalb verboten werden darf, weil sie nicht von der zuständigen Behörde vorab genehmigt wurde.

Auch die UWG-Novelle 2015 (BGBl I 2015/49) wurde wegen einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung der RL-UGP notwendig. Der Gesetzgeber reagiert damit auf ein Mahnschreiben der Europäischen Kommission und adaptiert insbesondere die §§ 1a, 2 und 2a UWG. Darüber hinaus wurde § 30 UWG beseitigt, der ein Per-se-Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren vorsah.

Mit der UWG-Novelle 2016 (BGBl I 2016/99) wurde das Verlangen von **Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber** als unzulässige aggressive Geschäftspraktik im B2B-Bereich normiert. Der VfGH hat diese Novellierung als verfassungskonform beurteilt (G-44/2017).

Die UWG-Novelle 2018 (BGBl I 2018/109) setzt die RL (EU) 2016/943 über den **Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen** um. Weiters wurde ein Verstoß gegen Art 3 bis 5 der VO (EU) 2018/302 (**Verbot von Geoblocking**) als Verwaltungsübertretung definiert (§ 33d UWG). Da § 34 Abs 2 UWG nicht auf § 33d UWG verweist, ergibt sich der Unterlassungsanspruch bei Verletzung der Bestimmungen des Geoblockings nur aus dem Tatbestand des Rechtsbruchs nach § 1 UWG.

4. Unlautere Geschäftspraktiken

Die neue Generalklausel des § 1 UWG differenziert zwischen dem **verbraucher-schützenden Lauterkeitsrecht (B2C)** (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG) und dem **mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht (B2B)** (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG). Die Zweiteilung war deshalb erforderlich, weil die RL-UGP auch **Einzelfälle** unlauterer Verbraucherbeeinflussung erfasst und es für die Verwirklichung des Tatbestandes der unlauteren Geschäftspraktik gegenüber Verbrauchern nicht notwendig ist, dass es zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder von Mitbewerbern kommt. Im **B2C-Bereich** genügt es, dass das wirtschaftliche Verhalten auch nur **eines einzigen Verbrauchers** beeinflusst wird (4 Ob 245/07v – Die neue Nr 1 der ÖAK; C-388/13; siehe aber die Entscheidungen 4 Ob 221/16b und 4 Ob 116/18i, in welchen der OGH Irreführungsquoten von einem Viertel oder Drittel als relevant ansah).

Demgegenüber hat der Gesetzgeber im **mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht** (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG) die in der Rechtsprechung des OGH entwickelte „**Spürbarkeitsgrenze**“ gesetzlich festgeschrieben. Beginnend im Bereich des Zugaberechts (4 Ob 290/99x – Tipp des Tages III) hat der OGH in weiterer Folge den Standpunkt vertreten, dass Handlungen, die einen **nur unerheblichen Einfluss auf die Marktposition der Mitbewerber** haben können, nicht als Wettbewerbshandlung einzustufen sind. Dies wurde von der Rechtsprechung sowohl auf Fälle des **Rechtsbruchs** iSd § 1 UWG aF (4 Ob 99/03t – Veranstaltungshinweise; 4 Ob 48/18i – Beipackzettel; 4 Ob 39/19t – Österreich-Fahne) als auch bei **irreführenden Handlungen** (4 Ob 59/03k – Organisationsbeitrag II) angewendet. Dies bedeutet für irreführende Geschäftspraktiken gegenüber Mitbewerbern, dass die **Irreführung eines oder ganz weniger Marktteilnehmer wettbewerbsrechtlich nicht sanktioniert** ist, solange es zu keiner spürbaren Beeinflussung des Marktes kommt (vgl aber 4 Ob 122/08g: in dieser Entscheidung hat der OGH die Täuschungseignung für einen Marktteilnehmer auch im B2B-Bereich als ausreichend angesehen, ohne die Spürbarkeit der Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zu prüfen). Ob es rechtspolitisch wirklich wünschenswert ist, auch absichtliche Täuschungen von Unternehmern gegenüber anderen Unternehmern ohne spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb lauterkeitsrechtlich nicht sanktionieren zu können, ist zu bezweifeln (zu bedenken ist, dass es durchaus vorkommt, dass ein Unternehmer eine unlautere Geschäftspraktik regelmäßig anwendet, der Nachweis dieses Verhaltens aber nur im Einzelfall gelingt. Im Übrigen sollte der Schutz des Mitbewerbers nicht davon abhängen, dass auch gegenüber anderen Marktteilnehmern in ähnlicher Weise unlauter gehandelt wird).

Wie bisher setzt die Anwendung des § 1 UWG eine Handlung **im geschäftlichen Verkehr** voraus. Geschäftlicher Verkehr umfasst nach bisheriger Rechtsprechung **jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit**, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt. Nicht erfasst ist privates oder hoheitliches Handeln. Soweit die öffentliche Hand privatwirtschaftlich tätig wird, unterliegt sie allerdings wiederum den Regelungen des Lauterkeitsrechts (4 Ob 41/08w – Wiener Zeitung). Das gilt nach der Rechtsprechung aber nicht, wenn ein privatwirtschaftliches Handeln der öffentlichen Hand ohne unternehmerischen Charakter vorliegt (4 Ob 267/16t – Gratisbuslinie). Auch künftig wird die Judikatur das Handeln ideeller Vereine in Erwerbsabsicht als Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ansehen, obwohl Art 2 lit b RL-UGP auf das Handeln im Rahmen der **gewerblichen, handwerklichen** oder **beruflichen** Tätigkeit abstellt (4 Ob 154/04g – gewerberechtigter Buchhalter; 4 Ob 205/06k – Schuldnerberatung). Bloß privates Handeln liegt beim Verkauf einzelner Gegenstände im Zuge der Auflösung eines Haushalts vor (4 Ob 38/12k – The Sweet-CD; zu Internetverkäufen natürlicher Personen C-105/17).

Der Begriff der **Geschäftspraktik** ist in § 1 Abs 4 Z 2 UWG definiert als **Handlung**, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, **die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf** oder der **Lieferung** eines Produktes **zusammenhängt**. Diese Definition hat zur Folge, dass unlautere Geschäftspraktiken im Zug der **Nachfrage** nach Waren- oder Dienstleistungen (zB die Täuschung eines Verbrauchers durch einen Antiquitätenhändler über den Wert von anzukaufenden Gegenständen aus einer Verlassenschaft) oder gegenüber **potentiellen Arbeitnehmern** den Tatbestand nicht erfüllen. Der BGH sieht darin eine planwidrige Regelungslücke und wendet auch auf Nachfragehandlungen die RL-UGP an (I ZR 197/05 – FC Troschenreuth). Sollte der OGH dieser Auslegung des BGH nicht folgen, müssen derartige Verhaltensweisen unter den Begriff der „**sonstigen unlauteren Handlung**“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG subsumiert werden. Auch eine unternehmerische Handlung, die nicht geeignet ist, eine geldwerte Veränderung im Vermögen des Verbrauchers herbeizuführen, kann keine unlautere Geschäftspraktik sein (4 Ob 186/08v – Online-Fernsehen; 4 Ob 166/11g).

Die Definition der Geschäftspraktik führt weiters dazu, dass – neu im österreichischen Lauterkeitsrecht – auch **nachvertragliches Verhalten** unter den Sanktionen des Lauterkeitsrechts steht. Dies zeigt der Begriff der Lieferung eines Produkts in § 1 Abs 4 Z 2 UWG und § 2 Abs 1 Z 7 UWG, der den Fall einer Täuschung eines Käufers über die ihm zustehenden gesetzlichen oder vertraglichen Gewährleistungs- und Garantieansprüche regelt. Da der Begriff der Geschäftspraktik auch im mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht des § 1 Abs 1 Z 1 UWG übernommen ist, sind auch hier nachvertragliche Verhaltensweisen, die gegenüber einem Unternehmer unlauter gesetzt werden und die Spürbarkeitsgrenze überschreiten, erfasst (C-357/16).

Als neues Tatbestandsmerkmal im Lauterkeitsrecht findet sich in § 1 Abs 1 Z 2 UWG der Begriff der **beruflichen Sorgfalt**. Dieser wird in § 1 Abs 4 Z 8 UWG als **Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt**, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer **gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten** in seinem Tätigkeitsbereich **anwendet**, definiert. **Art 2 lit h RL-UGP** verweist darüber hinaus auch noch auf den **Grundsatz von „Treu und Glauben“** als rechtlichen Maßstab, der im Rahmen richtlinienkonformer Interpretation zu berücksichtigen ist. Unklar war zunächst, ob dieses Tatbestandsmerkmal etwa zur Folge hätte, dass bei objektiv unrichtigen und damit irreführenden Geschäftspraktiken eine zumindest objektive Sorgfaltswidrigkeit des werbenden Unternehmens vorliegen muss. Aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens des OGH (4 Ob 27/11s – Exklusivbuchung) hat der EuGH (C-435/11; bestätigt in C-388/13) klargestellt, dass im Fall einer **objektiv unrichtigen und damit irreführenden Geschäftspraktik nicht geprüft** werden müsse, **ob diese auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt entsprochen hat**. Im Anlassfall hatte der werbende Beklagte Exklusivverträge mit Beherbergungsunternehmen abgeschlossen und damit geworben. Unter Verletzung dieser vertraglichen Bindungen haben die Beherbergungsbetriebe auch Verträge mit dem späteren Kläger abgeschlossen, von denen die beklagte Partei keine Kenntnis hatte. Obwohl damit kein Sorgfaltsverstoß des Beklagten vorlag, wurde dieser letztlich zur Unterlassung verurteilt (4 Ob 183/13k).

Obwohl das Tatbestandserfordernis der beruflichen Sorgfalt nur in § 1 Abs 1 Z 2 UWG angeführt ist, entspricht es der hA und Rechtsprechung des OGH, dass zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht nur im verbraucherbezogenen Lauterkeitsrecht, sondern **auch im mitbewerberschützenden Lauterkeitsrecht** des § 1 Abs 1 Z 1 UWG das **Sorgfaltserfordernis zu berücksichtigen** ist. Unter Berufung auf diesen Umstand hat der OGH in der Grundsatzentscheidung zur Fallgruppe **Rechtsbruch** 4 Ob 225/07b – Stadtrundfahrten an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten, wonach eine vertretbare Rechtsauffassung des Beklagten dazu führt, dass kein Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG vorliegt. Kann die vom Beklagten vertretene Rechtsauffassung mit gutem Grund vertreten werden, liegt auch dann kein Wettbewerbsverstoß vor, wenn in der Folge die Rechtsauffassung von den Gerichten nicht geteilt wird. Damit hat der OGH die in der Literatur teilweise vertretene Ansicht, dass die UWG-Novelle 2007 von einem objektiven und verschuldensunabhängigen Begriff der unlauteren Geschäftspraktik ausgehe und daher jeder objektive Verstoß gegen Rechtsvorschriften (der spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb hat) den Unterlassungsanspruch begründe, abgelehnt (RIS-Justiz RS 0123239). **Eigenständige Bedeutung** hat der Begriff der beruflichen Sorgfalt im Zusammenhang mit Verstößen gegen den **Ehrenkodex für die österreichische Presse**, dem kein rechtsverbindlicher Charakter zukommt, erhalten. Unter Berufung auf einen Verstoß gegen diesen Ehrenkodex wurde ein unlauteres Verhalten eines Medienunternehmens darin erblickt, Bilder von prominenten Sportlern im Zusammenhang mit der Eigenwerbung des

Mediums zu veröffentlichen, obwohl die Zustimmung dieser Sportler nicht vorlag. Es hätte den Branchenusancen entsprochen, vor der Veröffentlichung die Zustimmung der Abgebildeten zur Verwendung ihrer Bilder zu Werbezwecken einzuholen (4 Ob 62/14t – Sportlerbilder; 4 Ob 45/17x – EM-Poster). Diese Judikatur steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des OGH, wonach Eingriffe in dispositive private Rechtspositionen (zB fremde Urheber- und Persönlichkeitsrechte) nicht als Lauterkeitsverstoß geltend gemacht werden können, sondern ausschließlich der Verfolgung des Verletzten unterliegen (4 Ob 20/08g – Prominentenbildnisse). Eine ausdrückliche Aufgabe der diesbezüglichen Judikatur durch den OGH ist nicht erfolgt. Diese Rechtsfrage wird vom OGH dann zu entscheiden sein, wenn ein Fall aus einer Branche zu entscheiden ist, der über keinen vergleichbaren „Ehrenkodex“ wie der Pressebereich verfügt.

Eine **wesentliche Beeinflussung** des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers liegt nach § 1 Abs 4 Z 3 UWG dann vor, wenn durch die Anwendung einer Geschäftspraktik die **Fähigkeit des Verbrauchers**, eine **informierte Entscheidung** zu treffen, **spürbar beeinträchtigt** wird und damit der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der OGH hat bereits klargestellt, dass im Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 Z 2 UWG (B2C) es ausreichend ist, das wirtschaftliche Verhalten auch nur eines **einzigen** Verbrauchers spürbar zu beeinflussen (4 Ob 245/07v – Die neue Nr 1 der ÖAK; C-388/13). Der Sachverhalt, der der Entscheidung 4 Ob 59/03k – Organisationsbeitrag II zugrunde lag (Irreführung von nur vier Gewinnern), muss nach neuer Rechtslage zu einer Verurteilung des beklagten Unternehmers führen.

Eine **geschäftliche Entscheidung** eines Verbrauchers ist jede Entscheidung darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen **Kauf tätigt**, eine **Zahlung** insgesamt oder teilweise **leisten**, ein **Produkt behalten oder abgeben** oder ein **vertragliches Recht** iZm dem Produkt **ausüben will** (§ 1 Abs 4 Z 7 UWG). Durch diese Definition ist insbesondere klargestellt, dass nicht nur die Beeinflussung des Verbrauchers vor oder bei der Kaufentscheidung in den Anwendungsbereich der RL-UGP bzw des § 1 Abs 1 Z 2 UWG fällt, sondern auch die **Phase nach dem Vertragsabschluss**, insbesondere wenn es um die Ausübung von Gewährleistungs-, Zurückbehaltungs-, Rücktritts- oder sonstigen Anfechtungsrechten geht.

Beurteilungsmaßstab für die Auswirkungen einer Geschäftspraktik auf das wirtschaftliche Verhalten des **Durchschnittsverbrauchers** ist ein fiktiver typischer Verbraucher, der **angemessen gut unterrichtet** und **angemessen aufmerksam und kritisch** ist, dies unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren (Erwägungsgrund 18 RL-UGP). Die Beurteilung, welche Auswirkungen eine Geschäftspraktik auf diesen „Durchschnittsverbraucher“ hat, obliegt den nationalen Gerichten und lässt damit – notwendigerweise – den Gerichten weiten Entscheidungsspielraum. Eine Ermittlung der Verbrauchererwartung bzw Irreführungseignung durch **Sachverständigengutachten** oder Verbraucherbefra-