

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 Missverstände hat sich in Literatur und Rechtsprechung für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb der Begriff des Lauterkeitsrechts durchgesetzt.

Ziel des **Kartellrechts** ist die **Sicherung wettbewerblicher Marktstrukturen** (insbesondere durch das Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezeichnen 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 verstößen, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz normiert hat. Insbesondere die **UWG-Novelle 1971** hat durch die Erweiterung des Irreführungsverbotes 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-Deregulierungsgebot 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 **Warenverkehrsfrei-**

1. Einleitung

heit (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, RdW (Recht der Wirtschaft) und ZIIR (Zeitschrift für Informationsrecht) 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 Entscheidungen 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:

Wiebe/Kodek, Kommentar zum UWG, 2. Aufl (2022)

Görg, Kommentar zum UWG (2020)

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

Anderl, Praxishandbuch UWG (2021)

Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar (2. Aufl 2020)

Prunbauer-Glaser/Seidelberger, Die Wettbewerbsfibel (2015)

Schuhmacher/Holzweber, Wettbewerbsrecht (2019)

Wiltschek, MSA, UWG, 5. Aufl (2022)

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

Enzinger, Lauterkeitsrecht (2012)

Deutschland:

Büscher, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar 2. Aufl (2021)

Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3740. Aufl (202219)

Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl (202119)

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

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2021 **Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL-UGP** sowie Leitlinien zur Auslegung und Anwendung von **Art 6a der RL 98/6/EG** (neue Regelung zur Statt-Preis-Werbung) im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht (2021/C 526/01 und 526/02). In diesen Leitlinien ist sowohl die Judikatur des EuGH, aber auch von nationalen Gerichten zur RL-UGP dargestellt.

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 **Fallprüfungs-schema** :

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 Begehrten 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 Erläut geben keinen Aufschluss darüber, ob in diesen Fällen tatsächlich nur gegenüber Verbrauchern, nicht aber gegenüber nachfragenden Unternehmen eine unlautere Geschäftspraktik vorliegen soll.

Unabhängig von der RL-UGP wurde durch die UWG-Novelle 2007 ein **Auskunftsanspruch** gegenüber Unternehmen, 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.

Zuletzt wurde das UWG durch das **MoRUG II** (BGBl I 2022/110) novelliert. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch den österreichischen Gesetzgeber erfolgte mit fast zweimonatiger Verspätung. Die wesentlichsten Neuerungen im UWG waren das Verbot der identen Vermarktung einer Ware in mehreren Mitgliedstaaten trotz wesentlicher Unterschiede in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen (**dual quality**), die Erweiterung von Informationspflichten auf Online-Marktplätzen (insbesondere Information, ob es sich beim produktanbietenden Dritten um einen Unternehmer handelt oder nicht) sowie neue **Informationspflichten** hinsichtlich von **Rankings und Verbraucherbewertungen**. Ein spezielles Per-se-Verbot wurde für den Wiederverkauf von Eintrittskarten für

3. Weitere UWG-Novellen

insbesondere Kultur- und Sportveranstaltungen eingeführt, wenn diese Karten durch Software erworben wurden, welche dazu dient, Beschränkungen des Verkäufers beim Erwerb zu umgehen. **Verschärft** wurden die möglichen **Sanktionen** bei wissentlicher Verletzung von Verbraucherinteressen durch offensichtlich aggressive oder irreführende Geschäftspraktiken (Geldstrafe von bis zu 4 % des im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatzes in dem vom Verstoß betroffenen Mitgliedstaat). Neu gefasst wurden auch die schadenersatzrechtlichen Vorschriften sowohl zugunsten von Verbrauchern, als auch im Verhältnis zwischen Unternehmern.

Eine weitere gesetzliche Änderung gab es durch dieses Gesetz durch Neueinführung des **§ 9a Preisauszeichnungsgesetz**, der bei der **Statt-Preis-Werbung** von Sachgütern die Angabe des niedrigsten, innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen vor der Anwendung der Preisermäßigung verlangten Preises verlangt.

Die nächsten, europarechtlich bedingten Modifikationen sind aufgrund eines Vorschlags der Kommission vom 30.3.2022 (COM[2022] 143) zu erwarten. Die vorgeschlagenen neuen Vorschriften sollen sicherstellen, dass Verbraucher umweltfreundlichere Entscheidungen treffen können bzw besser vor irreführenden Umweltaussagen geschützt werden sollen (Folgemaßnahme des „**Green Deals**“ der EU).

4. Unlautere Geschäftspraktiken

Die neue Generalklausel des § 1 UWG differenziert zwischen dem **verbraucherschützenden 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 Zugabenrechts (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 Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen ohne spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb lautерkeitsrechtlich 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

4. Unlautere Geschäftspraktiken

zum Ausdruck kommt. Nicht erfasst ist privates oder hoheitliches Handeln. So weit 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). Kein Handeln im geschäftlichen Verkehr erfolgt bei einer vorbereitenden Gutachtertätigkeit zur Schaffung technischer Normen auf unionsrechtlicher Ebene (4 Ob 77/20g – Normungsorganisation) oder bei Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen gegenüber internationalen Organisationen aus einem Staatsvertrag (4 Ob 47/22y – Internationale Privatschulen). Ganz allgemein soll ein Handeln im geschäftlichen Verkehr bei Leistungen der öffentlichen Hand schon dann zu verneinen sein, wenn diese Leistungen im überwiegenden öffentlichen Interesse erbracht werden (4 Ob 59/19h – ÖVS-Liste). 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 – gewerberechtlicher 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 – Kamenova).

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 anzu-kaufenden 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 – Gratiszeitung E).

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 Gewährleis-