

# I. 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 setzt sich in Literatur und Rechtsprechung für das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb der Begriff des **Lauterkeitsrechts** durch.

Terminologie

Ziel des **Kartellrechts** ist die **Sicherung wettbewerblicher Marktstrukturen** (insbesondere durch das Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, 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.

Schutzzweck des UWG

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.

historische Entwicklung

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).

Auf Grund 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.

Einfluss des EU-Rechts

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, insbesondere das EU-Primärrecht (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) wirken sich insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH zur **Warenverkehrsfreiheit** (Art 28

und Art 30 EG) und zur **Dienstleistungsfreiheit** (Art 49 EG) 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 Gemeinschaft nicht in Widerspruch stehen (**richtlinienkonforme Interpretation**).

#### Bedeutung der Rechtsprechung

Auf Grund 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 UWGaF **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-, gemeinschafts- 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).

#### Zugang zur Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des OGH ist kostenlos im Internet unter **www.ris.bka.gv.at** unter „Judikatur Justiz (OGH, OLG, LG, BG, Ausl)“ abrufbar. Soweit dem Nutzer die Geschäftszahl des OGH bekannt ist, ist diese ohne Leerzeichen einzugeben (zB 4 Ob225/07b). Die Rechtsprechung zur Rechtslage nach der UWG-Novelle 2007 ist derzeit durch Eingabe von „UWG § 1 E“ und „UWG § 2 F“ im Feld „Norm“ abrufbar.

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.

Auf Grund der Ähnlichkeit der Rechtslage (auch schon in der Vergangenheit, erst recht aber seit Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen 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. Die Rechtsprechung des EuGH (einschließlich der Schlussanträge der Generalanwälte) ist unter **www.curia.europa.eu** veröffentlicht.

## II. 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.

**Zweck und Aufbau der RL-UGP**

Die RL-UGP gilt ausschließlich im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern **vor, während und nach Abschluss eines** auf ein Produkt bezogenes **Geschäft**. 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).

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 (nach hA Per-se-Verbote, bei denen eine nähere Prüfung der Beeinflussung des Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers nicht mehr erforderlich ist; aA Wiltschek, MSA UWG<sup>2</sup>, 12).

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

**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, zuletzt aber auch darauf hingewiesen, dass diese Vorgangsweise dann

nicht erforderlich ist, wenn das Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsverstoß 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).

#### Umsetzung der RL-UGP durch UWG-Novelle 2007

Während die **RL-UGP lediglich** jene unlautere Geschäftspraktiken, 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.

#### Übergangsrecht

Die Vorschriften der **UWG-Novelle 2007** sind – soweit es um die Schaffung von Unterlassungstiteln geht – nicht nur auf Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 12.12.2007 verwirklicht wurden. Es ist vielmehr **auch bei Sachverhalten vor dem 12.12.2007** im Rahmen noch anhängiger Prozesse **zu prüfen, ob** auf Grund der stattgefundenen Rechtsänderung auch **nach neuem Recht die Unterlassung** einer bestimmten Handlungsweise **aufgetragen werden kann**. Darüber hinaus ist bei Sachverhalten vor dem 12.12.2007 zu prüfen, ob nach den früheren Rechtsvorschriften ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, weil bei Zulässigkeit des Verhaltens vor dem 12.12.2007 mangels Rechtswidrigkeit des Verhaltens kein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht vorliegt, der die Wiederholungsgefahr für den Unterlassungsanspruch indiziert (4 Ob 225/07b – Stadtrundfahrten). Es ist daher bei Sachverhalten vor dem 12.12.2007 ein Unterlassungsanspruch nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch das neue Recht verstößt (4 Ob 42/08t – W-Klaviere). Ausschließlich nach bisher geltendem Recht sind Schadenersatz-, Verwendungs- und Rechnungslegungsansprüche zu beurteilen, die auf ein Verhalten vor dem 12.12.2007 gestützt werden (BGH I ZR 170/05).

#### Generalklauseln

**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 bisherigen Recht entfällt – auf Grund 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“ wieder. Auch die §§ 7, 9a, 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.

**Wettbewerbsabsicht**

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 **irregeführten 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 EB geben keinen Aufschluss darüber, ob in diesen Fällen tatsächlich nur gegenüber Verbrauchern, nicht aber gegenüber nachfragenden Unternehmern eine unlautere Geschäftspraktik vorliegen soll. Obwohl auch die im Anhang angeführten aggressiven und irreführenden Geschäftspraktiken – soweit sie nicht ohnedies neutral formuliert sind – nur vom Verbraucher (ausgenommen Z 21, wo der österreichische Gesetzgeber den Begriff des Verbrauchers durch den Ausdruck „Umworbenen“ ersetzt hat) sprechen, **verweisen** sowohl **§ 1a Abs 3 UWG** als auch **§ 2 Abs 2 UWG** **generell** – formal daher auch in Bezug auf alle Marktteilnehmer – **auf diesen Anhang**. Gerade weil der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 1a und 2 UWG den B2B- und den B2C-Bereich erfassen wollte (RV 2007), müssten konsequenterweise die Tatbestände des Anhangs auch auf sonstige Marktteilnehmer angewendet **werden**.

**Schutz aller Marktteilnehmer**

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.

### III. Unlautere Geschäftspraktiken

**Rechtsgrundlagen:** §§ 1, 1a, 2 UWG Z 1–31 des Anhangs; RL-UGP; Irreführungs-RL

#### Zweiteilung der Generalklausel

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).

#### unterschiedliche Spürbarkeitsgrenze

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) 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).

#### geschäftlicher Verkehr

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). 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).

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 **potenziellen 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).

Geschäftspraktik

Absatzförderung

Nachfragehandlung

Die Definition der Geschäftspraktik führt weiters dazu, dass – neu im österreichischen Lauterkeitsrecht – auch **nachvertragliches Verhalten** unter den Sanktionen des Lauterkeitsrechts steht. Dies zeigen 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.

nachvertragliches Verhalten

Als neues Tatbestandsmerkmal im Lauterkeitsrecht findet sich weiters in § 1 Abs 1 Z 2 UWG der Begriff der **beruflichen Sorgfalt**. Bisher war jedenfalls im Anwendungsbereich des § 2 UWG weder objektiv noch subjektiv vorwerfbares Verhalten für den Unterlassungsanspruch erforderlich. Diese Rechtsprechung wird angesichts der Umsetzungserfordernisse der RL-UGP nicht aufrechterhalten werden können und zumindest **objektiv sorgfaltswidriges Verhalten** iS eines Verstoßes gegen die anständigen Marktgepflogenheiten und/oder den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 1 Abs 4 Z 8 UWG, Art 2 lit h RL-UGP) verlangen müssen. Geht es etwa darum, ob ein Unternehmer seinen Vertragspartner über die diesem zustehenden Gewährleistungsansprüche irreführt (der Unternehmer behauptet iSd Rechtsprechung des BGH, dass bei unzulässiger sofortiger Selbstverbesserung keinerlei Zahlungsanspruch gegenüber dem an sich gewährleistungspflichtigen Unternehmer zusteht, während der OGH in diesen Fällen einen um die Eigensparnis gekürzten Anspruch analog § 1168 ABGB einräumt – 8 Ob 14/08d), wird man dem Unternehmer – bis zu einer Klärung

berufliche Sorgfalt

dieser Rechtsfrage durch den EuGH – nicht den Vorwurf der Verletzung der beruflichen Sorgfalt machen können.

**Sorgfaltsmaßstab  
im B2B-Bereich**

Obwohl das Tatbestandserfordernis der beruflichen Sorgfalt nur in § 1 Abs 1 Z 2 UWG angeführt ist, entspricht es der hA und mittlerweile auch 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 (RS 0123239).

Nach dem in den EB zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers und der bisher vorliegenden Rechtsprechung des OGH zur mitbewerberschützenden Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 1 UWG ist davon auszugehen, dass die **bisher zu § 1 UWG aF ergangene Rechtsprechung weiterhin beibehalten wird**. Manche der bisher unter § 1 UWG aF erfassten Fallgruppen werden nun allerdings unter § 1a UWG (zB Fallgruppe Kundenfang) oder § 2 UWG (zB vermeidbare Herkunftstäuschung – § 2 Abs 3 Z 1 UWG) fallen.

**wesentliche Beeinflussung  
eines Verbrauchers**

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 **einzigsten** Verbrauchers spürbar zu beeinflussen (4 Ob 245/07v – Die neue Nr 1 der ÖAK). Der Sachverhalt, der der Entscheidung 4 Ob 59/03k – Organisationsbeitrag II zu Grunde lag (Irreführung von nur vier Gewinnern), muss nach neuer Rechtslage zu einer Verurteilung des beklagten Unternehmers führen.

**geschäftliche Entscheidung**

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 Verbraucherbefragungen hält der EuGH nur unter „besonderen Umständen“ (die nicht näher bestimmt wurden) für notwendig (C-210/96 Gut-Springenheide). Im Sinne dieser Rechtsprechung des EuGH hat der OGH schon bisher die Auswirkungen einer Werbung als **Rechtsfrage** beurteilt, die er ohne Einholung von Sachverständigengutachten löst, wenn die **Richter** zu jenen **Verkehrskreisen** zählen, die durch die **Werbung angesprochen** sind. Lediglich wenn Fachkreise angesprochen werden, für die das Fachwissen der Richter nicht ausreicht, wurde die Einholung von Sachverständigengutachten als notwendig angesehen (zB 4 Ob 356/86 – Wärmeabgabetabellen).

**Durchschnittsverbraucher**

Richtet sich eine Geschäftspraktik speziell an eine **besondere Verbrauchergruppe**, die (auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit) im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zu Grunde liegenden Produkte **besonders schutzbedürftig** ist, ist auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen (zB Kinder, Senioren, Lese- oder Schreibunkundige). Voraussetzung für den Beurteilungsmaßstab von Sondergruppen ist allerdings, dass **für den Unternehmer vorhersehbar** war, dass er durch seine Geschäftspraktik das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflusst. Diese eindeutige Identifizierbarkeit wird zB dann gegeben sein, wenn Werbung an die Kinder vor einer Volksschule verteilt wird (vgl 4 Ob 57/08y – Pony-Club; BGH I ZR 160/05 – Sammelaktion für Schokoriegel) oder Werbung in einer Zeitung für Senioren geschaltet wird.

**besondere Verbrauchergruppen**

In der Judikatur zu § 1 UWG aF haben insbesondere folgende Fallgruppen in der Praxis Bedeutung erlangt:

**Fallgruppen**

## 1. Rechtsbruch

### a. Verletzung gesetzlicher Vorschriften

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist es unlauter (früher sittenwidrig), sich im Wettbewerb einen **Vorsprung** gegenüber seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen, indem **gesetzliche Bestimmungen missachtet** werden.

**Rechtsbruch**