

KOMMENTAR

Görg

Kommentar zum UWG

Bundesgesetz
gegen den unlauteren Wettbewerb

Leseprobe



LexisNexis®

Kommentar zum UWG

Bundesgesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb

Leseprobe zu §§ 1a, 24 UWG

VON

Dr. Mathias Görg, LL.M. (LSE)



LexisNexis®

LexisNexis® Österreich vereint das Erbe der österreichischen Traditionsverlage Orac und ARD mit der internationalen Technologiekompetenz eines der weltweit größten Medienkonzerne, der RELX Group. Als führender juristischer Fachverlag versorgt LexisNexis® die Rechts-, Steuer- und Wirtschaftspraxis sowie Lehre und Weiterbildung mit Fachinformationen in gedruckter und digitaler Form.

Bücher, Zeitschriften, Loseblattwerke, Skripten und die Kodex-Gesetzestexte garantieren sowohl rasche Information als auch thematische Vertiefung. Von der juristischen Fachredaktion von LexisNexis wird uA die höchstgerichtliche Judikatur gesichtet, nach Wichtigkeit gefiltert und als Rechtsnews zusammengefasst. Webinare bieten Weiterbildung und direkten Kontakt zu Experten.



Mit der Datenbank Lexis 360® haben Sie nicht nur Zugriff auf Gesetze, Rechtsprechung sowie relevante Kommentare und Fachbücher: Enthalten sind auch Lexis Briefings®, eine eigene Kategorie der Rechtsliteratur, die Detailwissen in kürzest möglicher Form komprimiert. Die Suchtechnologie Lexis SmartSearch findet und gruppiert verwandte, weiterführende Inhalte und bringt Sie in Bestzeit zum Rechercheziel. Mit Tools und modernsten Analyse-Technologien wie Lexis SmartScan macht LexisNexis die Zukunft für Sie schon heute verfügbar.

Nähere Informationen unter www.lexisnexus.at

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

www.lexisnexus.at

Wien 2020 • Best.-Nr.: 32.112.001

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Werk trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlags und des Autors ausgeschlossen ist.

Foto Görg: Christoph Hofer

Druckerei: MDH-Media GmbH, 1220 Wien

Vorwort

Was ursprünglich nur ein Kurzkomentar von einigen hundert Seiten hätte werden sollen, hat sich – wie man so schön sagt – „ausgewachsen“. Trotzdem kann keine Rede von einem inhaltlichen Ausufern sein; dafür sind die Fragestellungen bei dieser Materie zu vielschichtig, wozu noch kommt, dass gerade das Lauterkeitsrecht bekanntlich besonders judikaturlastig ist.

Die in vielen Fällen ungleich ergiebigere deutsche Rechtsprechung und Literatur habe ich deutlich ausführlicher dargestellt, als dies bislang in österreichischen Kommentierungen der Fall gewesen ist. Deren Bedeutung auch für die hiesige Beratungs- und Prozesspraxis kann mit Hinblick auf die Europäisierung des Lauterkeitsrechts gar nicht hoch genug veranschlagt werden.

Um bei alldem unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wurden zahlreiche punktgenaue Verweise auf die maßgeblichen Stellen im Buch eingefügt. Die Art der Darstellung, insbesondere die möglichst kurz gehaltenen Absätze samt drucktechnischer Hervorhebungen, gewährleisten hoffentlich, dass der Inhalt verhältnismäßig leicht verdaulich ist.

Eine Kommentierung dieses Umfangs ist letztlich nie „fertig“. Anregungen zu Korrekturen von Fehlern sowie Ergänzungsvorschläge und Hinweise nehme ich gerne unter [<office@mglp.eu>](mailto:office@mglp.eu) entgegen.

Besonders bedanken möchte ich mich abschließend bei meinem Verlag für sein Vertrauen in das Projekt und die Geduld, die ich zweifelsohne auf eine harte Probe gestellt habe.

Die Kommentierung berücksichtigt die österreichische Judikatur/Literatur zum Stand April 2020 und antizipiert die Gesetzeslage zum 1. Juli 2020.

Wien, im August 2020

Mathias Görg

Kommentar zum UWG



Die **umfassende** und **praxisnahe** Aufbereitung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur **vom Spezialisten für den Praktiker!**

Der Autor als ausgewiesener Experte im Wettbewerbs- und Kartellrecht widmet sich dem neuen Unterabschnitt zum Geschäftsgeheimnisschutz eingehend. Auch die wichtige deutsche Entscheidungspraxis und Jurisprudenz kommt zu ihrem Recht, wobei der besondere Umfang ihrer Darstellung hierzulande eine echte Lücke schließt.

Die **fundierte** und dennoch **kompakte Darstellung** macht den Kommentar zum **wertvollen Arbeitsbehelf** für alle im Lauterkeitsrecht tätigen Praktiker. Aber auch für die nicht tagtäglich mit der Materie Befassten empfiehlt er sich als **übersichtliches Nachschlagewerk**.

Der Autor:

RA Dr. Mathias Görg, LL.M. (LSE)

Subskriptionspreis bis

31.10.2020: € 239,20

Preis ab 01.11.2020: € 299,-

Wien 2020 | 1.852 Seiten

Best.-Nr. 32112001

ISBN 978-3-7007-6837-1

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Versandkostenfreie Lieferung bei Bestellung unter shop.lexisnexis.at

§ 1a UWG

Aggressive Geschäftspraktiken

(1) Eine Geschäftspraktik gilt als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(2) Bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, ist auch auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer,
2. die Verwendung von drohenden oder beleidigenden Formulierungen oder Verhaltensweisen,
3. die Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere durch den Unternehmer, welche das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, worüber sich der Unternehmer bewusst ist, um die Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf das Produkt zu beeinflussen.
4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte – insbesondere am Recht, den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln – zu hindern versucht und
5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen abzustellen.

(3) Jedenfalls als aggressiv gelten die im Anhang unter Z 24 bis 31 angeführten Geschäftspraktiken.

(4) Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig.

Gliederung	Rz
A. Einleitung	1
I. Normstruktur und Normzweck	1
1. Zusammenspiel mit den §§ 1 und 2 UWG	1
2. „Schwarze Liste“	7
3. Prüfungsreihenfolge	8
a) Dreistufiges Prüfschema als Regel	8
b) Handhabung durch die Rsp	9
II. Maßgebliche Verkehrsauffassung	12
III. Erstreckung auf den b2b-Bereich	14
B. Tatbestandsmerkmale	16
I. Geschäftspraktik	16
II. Spürbarkeitserfordernis	20
1. Allgemeines	20
2. Wesentlichkeit vs Erheblichkeit	23
a) Vorgaben durch die RL-UGP	23
b) Umsetzung	24
c) Schlussfolgerungen im Schrifttum	25
III. Aggressivität	27
1. Allgemeines	27
2. In Bezug auf das Produkt	28
a) Allgemeines	28
b) Horizontalverhältnis	30
c) Nachvertragliche Aspekte	31
3. Marktteilnehmer	35
4. Eignung zur wesentlichen Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit	37
a) Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit	37
b) Rationalität der Entscheidung	39
c) Beeinträchtigungsgefahr	42

Das neue Investitions- kontrollrecht

Im Juli 2020 wurde das Bundesgesetz über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen (Investitionskontrollgesetz – InvKG) erlassen.

Das Werk stellt die neue **österreichische Rechtslage aus Praxissicht** dar. Eine ausführliche Einführung ermöglicht den **raschen Einstieg** in die Materie und **klärt die wesentlichen Rechtsfragen** zu Themen wie Genehmigungsvoraussetzungen und -verfahren, Befugnisse der Behörden, Durchführungsverbot, Sanktionen bei Verstößen und Übergangsbestimmungen uvm.



Die Autoren:

RA Dr. Johannes Barbist, MA

RA Dr. Regina Kröll

RA Dr. Florian Khol

**Einblick in brandaktuelle
Entwicklungen!**

Preis € 34,-
Wien 2020 | 188 Seiten
Best.-Nr. 32137001
ISBN 978-3-7007-7839-4

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Versandkostenfreie Lieferung bei Bestellung unter shop.lexisnexis.at

A. Einleitung

I. Normstruktur und Normzweck

1. Zusammenspiel mit den §§ 1 und 2 UWG

Der durch die UWG-Nov 2007 neu geschaffene Tatbestand der „aggressiven Geschäftspraktik“ gem § 1a UWG (idF BGBI I 2015/49; zur Situation in Dtlld, insb zur dUWG-Nov 2015, vgl Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.1) dient als Sondertatbestand dem **Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer**, wobei ein „direkter Sachzusammenhang mit dem im Zivilrecht generell verankerten Schutz der *Privatautonomie*“ besteht (Enzinger, Lauterkeitsrecht, Rn 288). 1

Während es beim Irreführungstatbestand gem § 2 UWG als normativem Pendant um den Schutz der Entscheidungs*grundlage* geht, soll durch § 1a UWG der **Entscheidungsprozess als solcher geschützt** werden, und zwar nicht nur im wirtschaftlichen Eigeninteresse des Verbrauchers (bzw sonstigen Marktteilnehmers einer anderen Wirtschaftsstufe), sondern auch zur Gewährleistung von dessen Schiedsrichterfunktion durch die eigene Präferenzentscheidung (Götting in Götting/Nordemann, UWG³, § 4a Rn 1). 2

§ 1a UWG setzt Art 8 und 9 RL-UGP 2005/29/EG um und dient (genau wie § 2 UWG neu) der **Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG** (OGH 4 Ob 42/08t – MR 2008, 257 [Korn]). Folglich sind gem § 1 Abs 3 UWG „insbesondere“ solche Geschäftspraktiken unlauter, die aggressiv iSd § 1a (oder irreführend iSd § 2 UWG) sind (vgl auch Art 5 Abs 4 RL-UGP). Dabei bildet § 1a UWG eine *lex imperfecta*, da es sowohl an einer eigenen Rechtswidrigkeits- als auch an einer eigenen Rechtsfolgenanordnung fehlt. 3

Allerdings begründet eine mangels (hinreichender) Aggressivität **fehlende Tatbestandsmäßigkeit nach § 1a UWG noch keine lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit**. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob die 4

Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 (bei Verbrauchern) bzw Z 1 (bei Unternehmern) anwendbar ist.

- 5 Nicht anders als eine irreführende Geschäftspraktik (EuGH C-435/11 – CHS Tour Services; C-388/13 – UPC Ungarn) ist eine aggressive Geschäftspraktik **selbst dann unlauter, wenn kein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt** iSd Art 5 Abs 2 RL-UGP (vgl auch § 1 Abs 1 Z 2 UWG) angenommen werden kann (→ § 2 Rz 3 f)).
- 6 § 1a UWG als „Auffangtatbestand“ für § 2 UWG? Zwar ist auch mit Hinblick auf den Tatbestand der aggressiven Geschäftspraktik zu beachten, dass die erforderliche freie Entscheidung über den Bezug einer Ware bzw die Inanspruchnahme eines Dienstes insb voraussetzt, dass der Gewerbetreibende den Betroffenen „klar und angemessen aufklärt“ (EuGH C-54/17 und C-55/17 [Rn 45] – Wind Tre). Liegt allerdings trotz Täuschungshandlung keine *relevante* Irreführung iSd § 2 UWG vor, so kommt ein Rückgriff auf § 1a UWG wegen fehlender Transparenz nur ausnahmsweise in Betracht (vgl auch *Steinbeck* in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG³, Anh 2 § 4a Rn 101c; vgl auch *Picht* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG⁴, § 4a Rn 19).

2. „Schwarze Liste“

- 7 Gesondert vertyppt wird in § 1a Abs 3 und 4 iVm Anh eine Gruppe von aggressiven Geschäftspraktiken, die in den Z 24 bis 31 Anh (vgl auch Art 5 Abs 5 RL-UGP) und – als (nachträglich hinzugefügtes „Austriacum“) – in Z 32 Anh enthalten sind und als per se-Verbote „**unter allen Umständen als unlauter**“ gelten (Überschrift Anh). Es handelt sich dabei um *unwiderlegliche* Vermutungen, die selbst dann greifen, wenn das Gegenüber sich nicht unter Druck gesetzt fühlt bzw keine wesentliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorliegt (vgl auch den Bericht der Kommission an das EP, den Rat und den EWSA COM[2013] 139 final, 21). Für Details zu dieser sog „schwarzen Liste“ → die Kommentierung des Anh.

3. Prüfungsreihenfolge

a) Dreistufiges Prüfschema als Regel

Aus dem dargestellten **Spezialitätsverhältnis** bzw der Funktionsverteilung (§ 1a [bzw § 2] UWG als Beispieltatbestand für § 1 UWG, per se-Verbote als Beispieltatbestände für § 1a UWG) ergibt sich zugleich die grds einzuhaltende Prüfungsreihenfolge (EB-RV 144 BlgNR 23. GP; vgl auch ausdrücklich EuGH C-540/08 – Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag/Österreich-Zeitungsverlag; C-304/08 – Plus Warenhandelsgesellschaft; s weiters OGH 4 Ob 177/07v – MR 2008, 111; 4 Ob 68/18f). Demnach

1. ist zunächst zu fragen, ob ein **Tatbestand der „schwarzen Liste“** verwirklicht ist;
2. falls nicht (und auch keiner der Tatbestände der §§ 27 ff UWG erfüllt ist), so ist als nächster Schritt zu prüfen, ob eine **aggressive Geschäftspraktik iSd § 1a UWG** (oder eine irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 UWG) vorliegt;
3. erst wenn auch das zu verneinen ist, ist auf die **Generalklausel des § 1 UWG** zurückzugreifen.

b) Handhabung durch die Rsp

Die soeben dargestellte dreistufige Prüfungsreihenfolge wird vom OGH nicht konsequent durchgehalten. Insgesamt macht es den Eindruck, dass die Entscheidungspraxis sich daran orientiert, **welcher Verstoß geringeren Prüfungsaufwand verursacht**, weil er näherliegender erscheint (*Anderl/Appl* in Wiebe/G. Kodek, UWG [44. Lfg], Anh § 2 Rn 10), was zwar unter pragmatischen Gesichtspunkten nachvollziehbar, jedoch dogmatisch verfehlt ist. Beispielhaft kann hier auf die E 4 Ob 113/08h (MR 2008, 261 [*Burgstaller*]) einerseits und 4 Ob 74/11b (ÖBl 2012, 111) andererseits verwiesen werden.

Aus dem Gesagten folgt auch, dass für den OGH hinsichtlich des § 1a [bzw § 2] UWG und des Anh eine **kumulative Prüfung**

zwar zulässig, aber nicht erforderlich ist (so ausdrücklich 4 Ob 113/08h – MR 2008, 261 [Burgstaller]; vgl auch 4 Ob 62/09k – MR 2009, 258; 4 Ob 47/10f – ÖBl-LS 2010/146; 4 Ob 87/10p; s weiters 4 Ob 27/13v – ecolex 2014, 163 [Horak]: „Die spezielle Regelung der Z 29 Anh zum UWG verdrängt in ihrem Anwendungsbereich nicht das in §§ 1, 1a UWG statuierte generelle Verbot aggressiver Geschäftspraktiken, sondern ergänzt es“; aM Burgstaller in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 13, der davon ausgeht, dass eine kumulative Anwendung überhaupt *unzulässig* sei).

- 11 Gleichzeitig betont der OGH, dass eine Prüfung nach § 1a UWG und/oder dem Anh dann von vornherein ausscheidet, wenn sich das **Urteilsbegehren** nicht auf den jeweiligen Tatbestand stützt (4 Ob 113/08h – MR 2008, 261 [Burgstaller]).

II. Maßgebliche Verkehrsauffassung

- 12 Maßstab für das Vorliegen von Aggressivität iSd § 1a UWG ist ein **durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsadressat** – für Einzelheiten zu diesem sog „europäischen Verbraucherleitbild“, insb auch mit Hinblick auf bestimmte, besonders schutzbedürftige Verbrauchergruppen, → bereits § 1 Rz 277 ff.
- 13 **Differenziertes Schutzbedürfnis:** Gerade iZm mit aggressiven Geschäftspraktiken ist im Übrigen zu beachten, dass (auch sonst) das Schutzbedürfnis der Adressaten je nach Markt und je nach Produkt unterschiedlich ausgeprägt sein kann. Va bei Produkten mit starker *Homogenität* in Preis und Qualität sind die Anforderungen an die Sachlichkeit der Werbung verhältnismäßig niedrig, da hier über Preis und Qualität nur ein eingeschränkter Wettbewerb in Betracht kommt, so dass der Werbende gezwungen ist, andere Akquisitionsmittel einzusetzen; Entsprechendes gilt für Produkte, die neben den Produkteigenschaften ieS noch über einen „*Meta-Nutzen*“ (zB Prestige) verfügen. Im Übrigen → noch Rz 39 ff.

III. Erstreckung auf den b2b-Bereich

Während der Anwendungsbereich der RL-UGP auf den b2c-Bereich beschränkt ist (dazu → Einl Rz 302 f), hat der österreichische Gesetzgeber den Schutz des § 1a UWG (ebenso wie von § 2 UWG) auf „**Marktteilnehmer**“ insgesamt erstreckt. Somit sind neben Verbrauchern **auch Unternehmer anderer Wirtschaftsstufe Schutzsubjekte** von § 1a UWG (b2b-Geschäftsverkehr ieS). Zur aggressiven Werbung im *Horizontalverhältnis* → hingegen noch Rz 30).

Für den b2b-Bereich besteht zwar *keine* Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation, aber immerhin zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen das **Postulat einer einheitlichen Gesetzesauslegung** (→ § 1 Rz 19).

B. Tatbestandsmerkmale

I. Geschäftspraktik

Zum Begriff der „Geschäftspraktik“ iSd der **Legaldefinition des § 1 Abs 4 Z 2 UWG** → ausführlich § 1 Rz 15 ff.

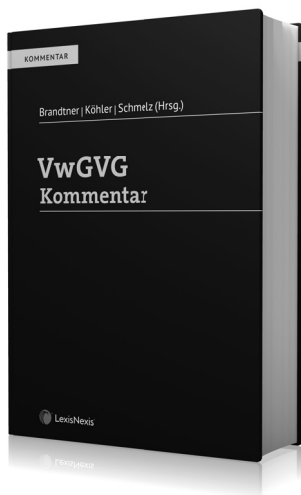
Demnach sind Verhaltensweisen **auch iZm dem Verkauf selbst oder der Lieferung** eines Produktes umfasst (→ § 1 Rz 105 ff und Rz 113 ff sowie § 2 Rz 40 ff).

Nach der hier vertretenen Auffassung sind hingegen **Nachfragehandlungen nicht** unter den Begriff der Geschäftspraktik zu subsumieren (für Details → § 1 Rz 92 ff), weshalb etwa das „**Anzapfen**“ von Lieferanten (→ § 1 Rz 788 ff) nicht hieher gehört (für Nötigung iSd § 1a UWG hingegen *Enzinger*, Lauterkeitsrecht, Rn 303).

Liegt keine Geschäftspraktik iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG vor, so kann immer noch eine Anwendung der **Generalklausel** des § 1 Abs 1 Z 1 (2. Alt) UWG in Betracht kommen („sonstige unlautere Handlung“ [→ § 1 Rz 22 f]).

VwGVG

Kommentar zum
Verwaltungsgerichts-
verfahrensgesetz



Das Must-have für alle im Verwaltungsrecht tätigen Juristen!

Mit dem neuen VwGVG Kommentar sind Sie bestens auf Ihre Verhandlungen vor den Verwaltungsgerichten vorbereitet.

Umfassende Kommentierungen des VwGVG geben Ihnen einen fundierten Einblick in die Materie.

Die **zusätzliche Kommentierung** der wesentlichen Bestimmungen aus B-VG und VwGG wie eine tabellarische Übersicht zum Verfahren ergänzen das Werk und bieten Ihnen einen **deutlichen Wissensvorsprung**.

Das **Autorenteam** rund um die Herausgeber **garantiert umfassende praktische Expertise**.

Die Herausgeber:

Mag. Nikolaus Brandtner
Sen.-Präs. Dr. Martin Köhler
RA Dr. Christian Schmelz

Subskriptionspreis bis
30.11.2020 € 198,40
Preis ab 01.12.2020 € 248,-
Wien 2020 | ca. 1.300 Seiten
Best. Nr. 32110001
ISBN 978-3-7007-6537-0
Erscheint im Oktober 2020!

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Versandkostenfreie Lieferung bei Bestellung unter shop.lexisnexis.at

II. Spürbarkeitserfordernis

1. Allgemeines

- 20 § 1a UWG setzt nach seinem Wortlaut die Eignung der Geschäftspraktik voraus, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt „**wesentlich zu beeinträchtigen**“ (zur diesbezüglichen Diskrepanz gegenüber Art 8 RL-UGP → noch Rz 23 ff) und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (vgl auch OGH 4 Ob 34/14z).
- 21 Ist dies der Fall, so ist **kein weiterer Rückgriff auf Spürbarkeitsgesichtspunkte** nach § 1 UWG erforderlich. Insb bedarf es dann auch im b2b-Bereich keiner Eignung, iSv § 1 Abs 1 Z 1 letzter Halbsatz UWG „den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen“ (→ § 1 Rz 420 ff).
- 22 Ob eine wesentliche Beeinträchtigung in diesem Sinne vorliegt, ist eine – am Maßstab des durchschnittlichen Marktteilnehmers zu beantwortende – **Rechtsfrage** (*Burgstaller* in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 56).

2. Wesentlichkeit vs Erheblichkeit

a) Vorgaben durch die RL-UGP

- 23 Anders als das allgemeine Verbot unlauterer Geschäftspraktiken gem Art 5 RL-UGP verlangt Art 8 RL-UGP für aggressive Geschäftspraktiken keine „*wesentliche* Beeinflussung“ des wirtschaftlichen Verhaltens iSd Art 2 lit e RL-UGP (vgl auch § 1 Abs 4 Z 3 UWG), sondern eine „**erhebliche Beeinträchtigung**“ der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit (vgl aber auch ErwGr 16 der Richtlinie, der in der deutschen Fassung wiederum von einer „wesentlichen“, im Englischen hingegen von einer „erheblichen“ [„significant“] Beeinträchtigung spricht).

b) Umsetzung

Der österreichische Gesetzgeber hat von einer insoweit differenzierenden Umsetzung Abstand genommen. Nicht anders als die Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG statuiert vielmehr auch § 1a UWG die „Wesentlichkeit“ als entscheidendes Kriterium. 24

c) Schlussfolgerungen im Schrifttum

In der Lit wird zwischen den von der RL-UGP verwendeten Begriffen „wesentlich“ und „erheblich“ auch ein **inhaltlicher Unterschied** gemacht (vgl. *Heidinger* in Wiebe/G. Kodek, UWG [60. Lfg], § 1 Rn 182; *Burgstaller* in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 31 ff; *ders.*, aaO [40. Lfg], § 1 Rn 1012 ff). Das Adjektiv „erheblich“ soll nämlich nach allgemeinem Sprachverständnis einen Begriff in höherem Ausmaß als das Adjektiv „wesentlich“ verstärken. Zudem wird darauf verwiesen, dass idZ auch in anderen Sprachfassungen unterschiedliche Eigenschaftsworte beigelegt sind, zB im Englischen „materially“ (für „wesentlich“) einerseits, „significantly“ (für „erheblich“) andererseits. Folglich müsse der Begriff „wesentlich“ in § 1a UWG richtlinienkonform iSv „erheblich“ verstanden werden. 25

Eigene Sicht: Die Prämisse, wonach „erheblich“ nach deutschem Sprachverständnis mehr bedeute als „wesentlich“, ist mE nicht überzeugend: „Wesentlich“ bedeutet laut Duden „den Kern einer Sache ausmachend und daher besonders wichtig; von entscheidender Bedeutung; grundlegend“, wohingegen „erheblich“ in erster Linie bloß „deutlich erkennbar“ meint (die spanische Fassung von Art 8 verwendet statt „significativa“ überhaupt nur „importante“), darüber hinaus aber eben auch als Synonym für „wesentlich“ verstanden werden kann. Für Letzteres, also eine bedeutungsmäßige Gleichsetzung von „wesentlich“ und „erheblich“, ließe sich der sprachliche Kontext ins Treffen führen, wird doch der Begriff „wesentlich“ von der RL-UGP – wenigstens grds (vgl. aber Art 2 lit j) – in Kombination mit einem „Beeinflussen“ 26

(englisch: „distort“) von Verhalten verwendet, der Begriff „erheblich“ dagegen iVm „Beeinträchtigen“ (englisch: „impair“) von Entscheidungsfreiheit, wobei diese beiden Begriffspaare – und zwar auch in den anderen Sprachfassungen – semantisch in sich besser zueinander passen. Dennoch ist mE die im Schrifttum vertretene Differenzierung im Ergebnis vertretbar, und zwar in erster Linie deshalb, weil es Art 2 lit e RL-UGP (vgl auch § 1 Abs 4 Z 3 UWG) für eine „wesentliche Beeinflussung“ bereits ausreichen lässt, dass die Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, „spürbar“ (engl: „appreciably“) beeinträchtigt wird, wobei der Begriff „spürbar“ von seiner Intensität wohl tatsächlich hinter „erheblich“ zurückbleibt.

III. Aggressivität

1. Allgemeines

- 27 Nach der Legaldefinition in § 1a Abs 1 UWG gilt eine Geschäftspraktik dann als aggressiv, wenn sie in Bezug auf das Produkt (für Näheres → Rz 28 f) die dem
- **Marktteilnehmer** (für Näheres → Rz 35 f) zukommende
 - **Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit wesentlich zu beeinträchtigen geeignet** ist (für Näheres → Rz 37 ff) und
 - zur Veranlassung einer **Entscheidung geeignet** ist, die von ihm andernfalls nicht getroffen worden wäre (für Näheres → Rz 51 ff), und zwar durch
 - **Belästigung, Nötigung, oder unzulässige Beeinflussung** (für Näheres → Rz 56 ff).

2. In Bezug auf das Produkt

a) Allgemeines

- 28 Zur Legaldefinition von „Produkt“ gem § 1 Abs 4 Z 1 UWG → § 1 Rz 29 ff.

Art 8 RL-UGP, wonach idZ eine Berücksichtigung „aller tatsächlichen Umstände“ stattzufinden hat, unterstreicht, dass keine engherzige Betrachtung anzustellen ist, sondern bereits ein bloß **mittelbarer Produktbezug genügt** (in der Parallelbestimmung des § 4a dUWG ist das Tatbestandsmerkmal „in Bezug auf das Produkt“ nicht einmal eigens angeführt). Jedenfalls haben aber *produktfremde* Beeinträchtigungshandlungen außer Betracht zu bleiben (Burgstaller in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 51 f).

b) Horizontalverhältnis

Aggressive Werbung gegen *Mitbewerber* (zumeist im Rahmen eines Werbevergleiches), die nicht zugleich als (aggressive) Geschäftspraktik gegen die Abnehmerseite gerichtet ist, beeinträchtigt *nicht* die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit „in Bezug auf das Produkt“ und ist daher **ausschließlich anhand von § 2a bzw § 1 Abs 1 Z 1 UWG** im Rahmen der Fallgruppe der unlauteren Behinderung zu beurteilen (vgl auch *Gamerith/Mildner*, Wettbewerbsrecht I⁹, 30; idZ s weiters OGH 4 Ob 84/12z – ÖBl 2013, 22; BGH WRP 2018, 1322).

c) Nachvertragliche Aspekte

Gem § 1a Abs 2 Z 4 UWG ist bei der Feststellung, ob eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, auch auf belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art abzustellen, mit denen der Unternehmer den Verbraucher **an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht**, insb „am Recht“ (richtig: des Rechtes), den Vertrag zu kündigen oder zu einem anderen Produkt oder einem anderen Unternehmen zu wechseln (wobei mit der Ausübung von Rechten nur die vertraglichen Rechte gegenüber dem Unternehmer gemeint sind, also nicht gegenüber *Dritten*: BGH GRUR 2018, 1251; *Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.104; aM OLG Köln GRUR 2016, 1082; *Büscher* in Büscher, UWG, § 4a Rn 99). § 1a UWG umfasst

somit auch geschäftliche Handlungen *nach* Vertragsabschluss bzw bei Durchführung des Vertrages (zur damit korrespondierenden Phasenbildung bei der „Geschäftspraktik“ → bereits § 1 Rz 99 ff). Wegen Verstoßes gegen § 1a (und § 2) UWG wurde einem Online-Partnervermittlungsinstitut untersagt, seinen Kunden, mit denen es die Vertragsverlängerung mittels Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vereinbart hatte, den von dieser Bestimmung geforderten besonderen Hinweis in der Form zu erteilen, dass es ihnen eine E-Mail übermittelte, ohne im Betreff und im Text eindeutig und unmissverständlich auf die mangels ausdrücklicher Kündigung binnen bestimmter Frist stattfindende automatische Vertragsverlängerung hinzuweisen (OGH 4 Ob 80/17v – VbR 2017, 200). Nicht im Lauterkeitsprozess zu klären ist, ob die betreffenden Rechte des Verbrauchers auch tatsächlich begründet sind (BGH GRUR 2018, 317).

- 32 Die EB-RV (144 BlgNR 23. GP) gehen davon aus, dass etwa die **Ausübung von Rechten durch den Unternehmer** grds *nicht* als aggressive Geschäftspraktik anzusehen sei. Dies gelte insb für die Inaussichtstellung einer Zahlungsklage bei nicht fristgerechter Zahlung. Richtig ist, dass ein verständiger Marktteilnehmer mit der Androhung eines rechtmäßigen Verhaltens durch den Unternehmer auch zum Zwecke der Verbesserung von dessen Verhandlungsposition zu rechnen hat (*Picht* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG⁴, § 4a Rn 29). Allein deshalb sind freilich Verstöße gegen § 1a bei Durchsetzung tatsächlich bestehender (vertraglicher) Ansprüche keineswegs ausgeschlossen (vgl auch BGH WRP 2018, 1193, unter Hinweis auf das Interesse an einem hohen Verbraucherschutzniveau; s weiters OGH 4 Ob 75/16g [ÖBl 2016, 257], wonach zulässige Beschränkungen der Wahlfreiheit, die auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen, bei der Beurteilung mitberücksichtigt werden müssen).
- 33 Ganz allgemein – also nicht nur im vertraglichen Bereich – ist idZ an die **Androhung einer unverhältnismäßigen Rechtsausübung** (Zweck-Mittel-Relation) zu denken, zB durch Ankündigung eines

Konkursantrages ohne entsprechende Anhaltspunkte (*Burgstaller* in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 67) oder einer Anzeige beim Finanzamt, falls ein Vertrag nicht unterfertigt wird (vgl auch § 870 ABGB samt Anfechtbarkeit und Schadenersatz aus cic; s weiters § 1295 Abs 2 ABGB [vorsätzliche sittenwidrige Schädigung]), aber auch durch die Drohung eines Internet-Anbieters mit einer Betrugsanzeige schon für den Fall, dass Vertragspartner ihr Geburtsdatum falsch angeben (*Köhler* in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.53; vgl auch LG Düsseldorf 26. 7. 2017, 12 O 227/16 [zit nach *Büscher* in Büscher, UWG, § 4a Rn 48]: Nötigung durch Suggestieren im Schreiben eines Inkassobüros, dem Adressaten drohe eine Strafanzeige wegen Betrugs). Unlauter ist weiters die unbegründete Drohung mit Schadenersatzansprüchen, etwa gegenüber Beauftragten eines Vertragspartners, um diese zur Missachtung von dessen Weisungen zu bewegen (OGH 4 Ob 127/14a – *ecolex* 2015, 137 [Woller]; was *Schutzrechtsverwarnungen* gegenüber Kunden des Verletzers betrifft, → § 1 Rz 1022). Eine Klagsandrohung bleibt dem Unternehmer zwar idR unbenommen, doch kann hierin ausnahmsweise ein Verstoß gegen § 1295 Abs 2 ABGB gelegen sein, was auf die Androhung eines rechtlich unzulässigen Vorgehens hinausläuft (vgl auch *Büscher* in Büscher, UWG, § 4a Rn 108, unter Verweis ua auf BGH GRUR 2018, 832). Die Drohung eines Rechtsanwaltes, das Mandat aufzukündigen, wenn das Honorar nicht auf einen bestimmten Betrag erhöht werde, ist dann unlauter, wenn dieser Betrag unangemessen ist (*Köhler*, aaO, Rn 1.111, unter Verweis auf BGH NJW 2002, 2274; vgl auch *Picht* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG⁴, § 4a Rn 29: Unlauterkeit wegen unangemessen kurzer Überlegungsfrist). Ebenso unzulässig ist es, wenn ein insolvent gewordener Verkäufer von Computerprogrammen die Lizenznehmer unter Hinweis auf die Gefährdung ihrer Weiterbetreuung zur Leistung von Vorauszahlungen für ungewisse zukünftige, aktuell noch nicht benötigte Dienstleistungen verhält (OGH 4 Ob 143/02m – *ÖBI* 2003, 171).

Bei Androhung exekutiver Maßnahmen ist allerdings der Gläubiger nicht zur Darlegung der gesetzlichen Voraussetzungen gehalten (BGH GRUR 2018, 1063).

- 34 **b2b – Irrelevanz nachvertraglicher Aspekte?** Aus der Beschränkung des Wortlautes von § 1a Abs 2 Z 4 UWG auf *Verbraucher* wird abgeleitet, dass im Verhältnis zwischen Unternehmen (b2b) lediglich vertragliche und vorvertragliche Aspekte, nicht aber (wie im b2c-Bereich) auch nachvertragliche Gesichtspunkte, für die Beurteilung der Aggressivität einer Geschäftspraktik relevant seien (so *Burgstaller* in Wiebe/G. Kodek, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 62 und 65). ME greift dies aber zu kurz, erzwingt doch § 1a Abs 2 Z 4 UWG, der nur eine demonstrative Aufzählung enthält, keinen solchen (Umkehr-)Schluss. Dabei ist auch zu bedenken, dass gerade im Verhältnis zu Kleinunternehmen nachvertragliche aggressive Praktiken besondere Bedeutung besitzen können (*Schuhmacher*, wbl 2007, 557, 565, aber ohnehin auch *Burgstaller*, aaO, Rn 65). Folglich ist davon auszugehen, dass § 1a Abs 2 Z 4 UWG gegenüber Unternehmen entsprechend gilt (vgl auch *Müller*, UWG kompakt², 28 [„Redaktionsversehen“]; ebenfalls in diesem Sinne wohl *Gamerith/Mildner*, Wettbewerbsrecht I⁹, 30).

3. Marktteilnehmer

- 35 Zum Begriff „Marktteilnehmer“, der **neben Verbrauchern auch Unternehmer** umfasst, → Rz 14 f. Zu dem im b2b-Geschäftsverkehr anzuwendenden *Unternehmerleitbild* → § 1 Rz 396 ff. Aggressives Verhalten gegenüber *Mitbewerbern* ist hingegen nach dem Gesagten als unlauterer Werbevergleich iSd § 2a UWG oder als unlautere Behinderung im Rahmen der Generalklausel zu relevieren.
- 36 Gerade bei aggressiven Geschäftspraktiken im b2b-Geschäftsverkehr können sich gegenüber dem Verbraucherleitbild maßgebliche Unterschiede ergeben, da **Unternehmer gegenüber Druckausübung idR eher abgehärtet** sind als Verbraucher; insofern ist von

ihnen ein „höherer Grad an Diskretions- und Dispositionsfreiheit zu erwarten“ (*Enzinger*, Lauterkeitsrecht, Rn 293; vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger* in Gumpoldsberger/Baumann, UWG, Ergänzungsband, § 1a Rn 25 [„rauere Methoden“ eher gewohnt]). Hinzu kommt, dass Unternehmer insb beim Einkauf von zum Weiterverkauf bestimmter Ware besonders auf deren Verkäuflichkeit und daher in erster Linie auf deren Güte und Preiswürdigkeit achten werden, wohingegen Letztverbraucher oftmals auch von anderen Kriterien beeinflusst werden (*Steinbeck* in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG³, Anh 2 § 4a Rn 107, unter Verweis auf BGH GRUR 1979, 779).

4. Eignung zur wesentlichen Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit

a) Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit

Die Begriffe der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, deren Wahrung den Schutzzweck des § 1a UWG ausmacht und die in ErwGr 16 RL-UGP unter dem Oberbegriff der „Wahlfreiheit“ vereint werden, sind **weit auszulegen** (vgl auch BGH GRUR 2018, 1156). 37

Umfasst sind demnach nicht zuletzt auch solche **Entscheidungen, welche die endgültige Entscheidung lediglich vorbereiten**, wie zB das Aufsuchen eines Geschäftes (EuGH C-281/12 – Trento Sviluppo; vgl auch OGH 4 Ob 100/13d – ÖBl 2013, 209) oder die Zurverfügungstellung persönlicher Daten für Werbezwecke. IdZ → auch § 1 Rz 517. 38

b) Rationalität der Entscheidung

Zwar orientiert sich der maßgebliche Durchschnittsabnehmer insb an Kriterien wie Qualität, Preiswürdigkeit, Service, Konditionen etc. Andererseits ist **jeder Werbung ein gewisses Maß an Unsachlichkeit immanent** (folgerichtig setzt übrigens § 4 Nr 1 dUWG einen „*unangemessenen*“ unsachlichen Einfluss voraus). Mehr noch: Angesichts der inzwischen allgegenwärtigen medialen 39

Reizüberflutung kann idR „nur die mit einem besonderen Aktivierungspotential ausgestattete Information ... den Werbeadressaten überhaupt erreichen“ (*Götting* in *Götting/Nordemann*, UWG² [Vorauslage], § 4 Nr 1 Rn 30).

- 40 Dementsprechend sind für die geschäftliche Entscheidung neben Preis und Qualität etc uU **auch andere Gesichtspunkte – sogar ohne jeden sachlichen Bezug zum Angebotsinhalt – wesentlich**, wie zB Wohltätigkeit (zur sog „gefühlbetonten Werbung“ → Rz 273 ff). Insofern kann „auch eine Entscheidung gegen die ökonomisch sinnvollste Leistung durchaus als rationale Entscheidung des Kunden gewertet werden“ (*Steinbeck* in *Fezer/Büscher/Obergefell*, UWG³, Anh 2 § 4a Rn 117).
- 41 Dem Lauterkeitsrecht geht es in diesen Fällen um **keine moralische Würdigung der Art der Beeinflussung**, sondern um eine Bewertung der Beeinträchtigung der Wahlfreiheit im Sinne der Gewährleistung einer autonomen Entscheidung (*Picht* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG⁴, § 4a Rn 21).

c) Beeinträchtigungsgefahr

- 42 Gem Art 8 RL-UGP setzt eine aggressive Geschäftspraxis voraus, dass dadurch die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers „tatsächlich oder *voraussichtlich* erheblich beeinträchtigt“ wird. § 1a UWG hat allerdings das **Kriterium der Voraussichtlichkeit nicht wortwörtlich umgesetzt**, sondern verlangt lediglich eine entsprechende *Eignung* (arg „wenn sie geeignet ist“). Während die französische und die spanische Sprachfassung von Art 8 RL-UGP mit der Textierung des § 1a UWG korrespondieren, stellt die englische Sprachfassung auf die Wahrscheinlichkeit ab (arg „likely“).
- 43 ME ist das Abstellen auf eine überwiegende **Wahrscheinlichkeit vorzugswürdig** (ebenso offenbar *Burgstaller* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 59; vgl auch *Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.32 mwN, wonach die Eignung

einer „objektiven Wahrscheinlichkeit“ entspreche; zu weitgehend aber *ders*, aaO, Rn 141 [„*hohe Wahrscheinlichkeit*“]; s weiters OLG München GRUR-RR 2010, 53).

In jedem Fall ist idZ eine tatsächliche, **effektive Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit** *nicht* vorausgesetzt. 44

Zur Diskrepanz zwischen den Begriffen „**erheblich**“ (Art 8 RL-UGP) und „**wesentlich**“ (§ 1a UWG) → Rz 23 ff. 45

Die vom (tatsächlichen oder potentiellen) Kunden zu befürchten- den Nachteile müssen so erheblich sein, dass sie den Durchschnittsverbraucher bzw -abnehmer unter **Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls** (insb mit Hinblick auf „Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer des Einsatzes“: § 1a Abs 1 Z 1 UWG) veranlassen können, die von ihm erwartete geschäftliche Entscheidung zu treffen oder sich in der erwarteten Weise zu verhalten. 46

Dafür muss das eingesetzte Mittel eine **gewisse Intensität oder Nachhaltigkeit** aufweisen (OGH 4 Ob 75/16g – ÖBl 2016, 257 [*Tahedl*]; 4 Ob 237/18h – wbl 2019, 357; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.34). Bei Anwendung oder Androhung physischer Gewalt wird die erforderliche Mindestintensität *stets* anzunehmen sein (*Köhler*, ebd, unter Verweis auf OLG München WRP 2010, 295). Andererseits ist die Eignung zu einer bloß geringfügigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit keinesfalls ausreichend. Dies soll aber auch im Falle einer bereits gereiften Geschäftsentscheidung gelten, die „ihre letztendliche Fixierung (erst) durch die Beeinträchtigungshandlung erfährt“ (so *Burgstaller* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 69). 47

Eignung zur völligen Ausschaltung der Entscheidungsfreiheit? Laut OGH muss die beanstandete geschäftliche Handlung überhaupt die Eignung besitzen, die Rationalität der Entscheidung vollständig in den Hintergrund treten zu lassen (RIS-Justiz RS0130684; ebenso *Burgstaller* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 30/1 und 58/1; vgl auch *Scherer* WRP 2007, 723, 727 [„nicht 48

mehr beherrschbar“)). Nach zutreffender Auffassung wird aber eine Eignung zur völligen Ausschaltung der Entscheidungsfreiheit *nicht* erforderlich sein (tendenziell ebenso *Enzinger*, Lauterkeitsrecht, Rn 307; vgl bereits *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³, § 33 Rn 17, wonach Umstände, die geeignet sind, sachliche Erwägungen beim Konsumenten gänzlich auszuschließen, „schwerlich vorstellbar“ seien). Hiefür spricht auch, dass Art 8 RL-UGP nach seinem Wortlaut lediglich eine (erhebliche) *Beeinträchtigung* – also gerade keine völlige Ausschaltung – der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit verlangt. Richtiger erscheint es dementsprechend, darauf abzustellen, ob sich der Betroffene „dem von dem Mittel ausgehenden Druck nicht entziehen kann und daher *zumindest ernsthaft in Erwägung zieht*, die von ihm erwartete geschäftliche Entscheidung zu treffen“ (*Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG³⁸, § 4a UWG Rn 1.34 [vgl auch Rn 1.65 f]; tendenziell einschränkend nunmehr auch BGH GRUR 2018, 1152: „Eine solche Einschränkung liegt vor, wenn die geschäftliche Handlung das Urteilsvermögen des sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigt, er also die Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht mehr hinreichend wahrnehmen und gegeneinander abwägen kann“; s weiters BGH WRP 2018, 1193 [„*jedemfalls* dann ..., wenn die beanstandete geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Entscheidung der angesprochenen Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten zu lassen“]).

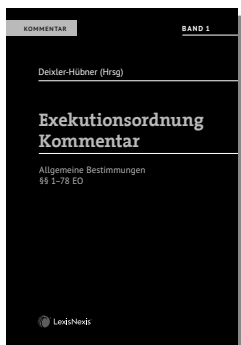
49 Wechselwirkung(en): Je gravierender die in Rede stehende Handlung und je größer der Nachteil, den ihr Adressat zu befürchten hat, desto eher ist von einer (hinreichenden) Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungs-/Verhaltensfreiheit auszugehen (OGH 4 Ob 75/16g – ÖBl 2016, 257 [*Tahedl*]; *Burgstaller* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG [54. Lfg], § 1a Rn 68).

50 Bei alldem bleibt zu beachten, dass dann, wenn die betreffende Geschäftspraktik nicht die für § 1a UWG erforderliche Eingriffsintensität erreicht, immer noch ein Verstoß gegen die **Generalklausel** des § 1 Abs 1 UWG zu prüfen ist.

[...]

Exekutionsordnung Kommentar

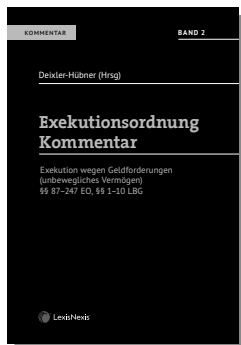
Band 1:
Allgemeine
Bestimmungen



Abo-Preis € 132,-*
Ladenpreis: € 165,-
Wien 2020 | 874 Seiten
Best.-Nr. 32127001
ISBN 978-3-7007-7524-9

Exekutionsordnung Kommentar

Band 2:
Exekution wegen
Geldforderungen



Abo-Preis € 149,60*
Ladenpreis: € 187,-
Wien 2020 | 1.036 Seiten
Best.-Nr. 32134001
ISBN 978-3-7007-7636-9

**Band 3 erscheint im Herbst
2020, Band 4 im Winter 2020**

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexus.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Versandkostenfreie Lieferung bei Bestellung unter shop.lexisnexus.at

*Bei Bestellung aller Bände des EO Kommentars erhalten Sie jeden Band zum vergünstigten Abopreis und sparen somit 20% gegenüber dem Einzelbezug. Direkt ab Verlag oder in Ihrer Buchhandlung.

§ 24 UWG

Einstweilige Verfügungen

Zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die im § 381 EO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.

Gliederung	Rz
A. Allgemeines	1
B. Voraussetzungen.....	15
I. Sachlicher Anwendungsbereich.....	15
II. Gefährdung?.....	18
1. Kein Erfordernis der Gefährdungsbescheinigung.....	18
2. Eilbedürftigkeit?.....	21
III. Anspruchsbescheinigung.....	22
1. Allgemeines	22
a) Erfordernisse gem § 389 Abs 1 EO.....	22
b) Bescheinigung.....	23
2. Begehungsgefahr	27
3. Recht.....	32
a) Allgemeines	32
b) Ausländisches Recht	34

A. Allgemeines

Die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen eines summarischen Eilverfahrens bildet – darüber besteht inzwischen Einigkeit – einen integralen bzw komplementären Bestandteil des **fair trial**-Gebotes nach Art 6 EMRK (vgl etwa *Konecny*, Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung, 71; s auch die Nachweise zur Rsp des EGMR bei *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek [48. Lfg], § 24 Rn 2 [FN 7]) sowie auch des – ein Mindestmaß an faktischer Rechtsschutzeffizienz voraussetzenden – verfassungsrechtlichen *Rechtsstaatsprinzips* (VfSlg 11.196). 1

Beim Provisorialverfahren handelt es sich um ein gegenüber dem Hauptverfahren **selbständiges Verfahren** (zB OGH 9 ObA 235/89 – RZ 1990, 73; 4 Ob 93/94 – MR 1995, 101 [*M. Walter*]), das 2

der Sicherung eines Anspruches oder der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses dient (*G. Kodek/Leupold* in Wiebe/*G. Kodek*, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 162). Daher ist nicht primär der Anspruch als solcher verfahrensgegenständlich, sondern dessen prozessuale Sicherung bzw Regelung (*König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.67; *Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung, 41).

- 3 Die Tatsache, dass auf das Provisorialverfahren **grds die EO Anwendung** findet (§ 402 Abs 4 EO [„sinngemäß“]), schließt es nicht aus, in Teilbereichen Wertungen des *Erkenntnisverfahrens* heranzuziehen (vgl *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 1 samt Beispielen).
- 4 Der Sicherungsanspruch ist – weil öffentlich-rechtlicher Natur – **nicht vergleichsfähig** (OGH 7 Ob 15/14b; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.53; *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 3). Auch ein Gerichtsvergleich beendet das Provisorialverfahren nicht; dafür bedarf es vielmehr einer Zurückziehung des Sicherungsantrages (*G. Kodek*, ebd).
- 5 Die Mitwirkung eines Richters an der Entscheidung über einen Provisorialantrag bewirkt keine Ausschließung und **keine Befangenheit im Hauptverfahren** (*König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.69; *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/*G. Kodek*, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 163).
- 6 Der vorläufige Charakter des Provisorialverfahrens bringt es mit sich, dass die Entscheidung im Provisorialverfahren **keinerlei Bindungswirkung für das Hauptverfahren** aufweist (zB OGH 4 Ob 93/90 – ÖBl 1991, 113; 6 Ob 232/98f – EFSlg 90.987; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.67 mwN; *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 5).
- 7 Dies gilt insb für die der Provisorialentscheidung zugrunde liegende **Rechtsansicht** (OGH 5 Ob 628/76 – JBl 1977, 156; 4 Ob 581/95 – RdW 1996, 169; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.67; *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg],

§ 390 Rn 5; vgl auch die Beispiele für ein – ausnahmsweises – Abgehen des OGH von der eigenen Rechtsansicht im Provisorialverfahren bei *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 163 [FN 587]). Sehr wohl kommt hingegen einer im Provisorialverfahren eingeholten *Vorabentscheidung* des EuGH auch für das Hauptverfahren Bindungswirkung zu (*Kohlegger*, ÖJZ 1995, 811, 821; *G. Kodek*, aaO, Rn 6).

Es besteht aber auch keine Bindung an die im Provisorialverfahren getroffenen **Tatsachenfeststellungen** (zB OGH 9 ObA 311–338/93 – *ecolex* 1994, 418; 4 Ob 581/95 – *RdW* 1996, 169; *Duursma-Kepplinger* in Gumpoldsberger/Baumann, UWG, § 24 Rn 39 mwN; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.68).

Immerhin wird aber für die im Provisorialverfahren aufgenommenen Beweise eine **Verwertung gem § 281a ZPO** im Hauptverfahren wenigstens dann in Betracht kommen, wenn beide Parteien Gelegenheit hatten, sich an der Bescheinigungsaufnahme zu beteiligen (*König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.68; *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 51; aA *Zechner*, Einstweilige Verfügung, 105). Freilich gilt diesfalls ein abweichender *Würdigungsmaßstab* (*G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 164; *König*, ebd; *G. Kodek*, ebd).

Im Übrigen kommt den Entscheidungen namentlich der Rechtsmittelgerichte im Provisorialverfahren eine wichtige **Orientierungsfunktion für das Hauptverfahren** zu (*G. Kodek/Leupold* in Wiebe/Kodek, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 163; vgl auch 780 BlgNR 18. GP 2: „richtungsweisende“ Bedeutung; zur dadurch bedingten Nichtanwendung der *duae conformes*-Sperrung im Revisionsrekursverfahren → Rz 412 f). Zum umgekehrten Fall eines Einflusses des Hauptverfahrens auf das Provisorialverfahren vgl OGH 4 Ob 230/08i – SZ 2008/180).

Zur Frage, ob ein Sicherungsantrag eine Unterbrechung der **Verjährung** bewirken kann, → § 20 Rz 44.

- 12 Die **Zustellung** von Sicherungsanträgen und ihnen stattgebenden Beschlüssen erfolgt wie bei Klagen, weshalb sie auch an einen *Ersatzempfänger* erfolgen kann (§ 395 EO iVm § 106 ZPO idF der ZPO-Nov 2008; weitere Details vgl bei *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.62 f; vgl demgegenüber *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 389 Rn 23 und § 395 Rn 1; *ders*, ebd mwN auch zur Zustellung im *Ausland*).
- 13 Im Provisorialverfahren kommt **keine Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand in Betracht (§ 58 Abs 2, § 402 Abs 4 EO; *König*, Einstweilige Verfügungen⁵, Rn 6.50; *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 34). Eine dennoch bewilligte Wiedereinsetzung ist unwirksam (zB OGH 4 Ob 37/03z; 17 Ob 6/07t; s auch *G. Kodek*, ebd).
- 14 **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung des Sicherungsantrags ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung, insb also nicht der Zustellung der Entscheidung (OGH 4 Ob 220/03m – ÖBl-LS 2004/40).

B. Voraussetzungen

I. Sachlicher Anwendungsbereich

- 15 Von den in § 24 UWG angesprochenen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen sind **auch Beseitigungsansprüche** gem § 15 UWG umfasst (dazu → im Übrigen § 15 Rz 27 ff). Hiefür spricht nicht zuletzt die Verwendung des Plurals im ersten Halbsatz von § 24 UWG (arg: „*Ansprüche* auf Unterlassung“; vgl idZ auch OGH 4 Ob 102/93 – ÖBl 1993, 216; 4 Ob 316/75 – ÖBl 1976, 24; 4 Ob 341/75 – ÖBl 1976, 107).
- 16 Demgegenüber richtet sich die Sicherung lauterkeitsrechtlicher **Schadenersatzansprüche nach § 381 EO** (so dass hier eine konkrete Gefährdung erforderlich ist [dazu → Rz 18 ff]).

Letzteres gilt auch für **vertragliche Unterlassungsansprüche** 17 (sowie sonstige vertragliche Leistungsansprüche), und zwar selbst dann, wenn sie sich inhaltlich mit jenen nach dem UWG decken (*G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek [48. Lfg], § 24 Rn 5 mwN; gegenteilig allerdings OLG Wien 1 R 10/59 – ÖBl 1960, 92 für den Fall, dass sich der Unterlassungsanspruch auf einen Vergleich stützt, mit dem der Beklagte bestimmte Verpflichtungen zur Vermeidung von Verwechslungen seiner Geschäftsabzeichen mit jenen des Klägers übernommen hat).

II. Gefährdung?

1. Kein Erfordernis der Gefährdungsbescheinigung

Dass der einstweiligen Verfügung gerade im Lauterkeitsrecht 18 überragende Bedeutung zukommt, liegt nicht zuletzt daran, dass § 24 UWG bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen **im Vergleich zu § 381 EO erleichterte Voraussetzungen** statuiert. Dahinter steht die Annahme, dass wegen der im Lauterkeitsrecht gegebenen Schwierigkeit eines Schadensnachweises im Allgemeinen ohnehin die Gefahr eines unwiederbringlichen Nachteils iSd § 381 Z 2 EO besteht (zur dogmatischen Diskussion vgl die Nachweise bei *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek [48. Lfg], § 24 Rn 7).

Die in § 24 UWG statuierte Ausnahme von § 381 EO bezieht sich 19 sowohl auf dessen Z 1 („... wenn zu besorgen ist, dass sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruches ... erheblich erschwert werden würde“) als auch auf dessen Z 2 („... wenn derartige Verfügungen ... zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nöthig erscheinen“). Somit ist **weder eine Gefährdung iSd § 381 Z 1 EO noch ein drohender Schaden nach § 381 Z 2 EO** zu bescheinigen.

Da hierin eine Befreiung von einer *Anspruchsvoraussetzung* zu 20 erblicken ist (und nicht etwa eine widerlegliche Vermutung der Gefährdung: *König*, *Einstweilige Verfügungen*⁵, Rn 10.60), kommt

insb auch **keine Gegenbescheinigung** mangelnder Gefährdung in Betracht (stRsp, zB OGH 4 Ob 201/14h; 4 Ob 157/14p – MR 2015, 49; aM *Hagen*, JBl 1971, 337, 341).

2. Eilbedürftigkeit?

- 21 Anders als das deutsche Recht (§§ 935, 940 dZPO) enthält § 24 UWG kein (ausdrückliches) Erfordernis eines besonderen Schutzbedürfnisses iSd besonderen Dringlichkeit. Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber bei typisierender Betrachtung davon ausgegangen sei, dass diese Anspruchsvoraussetzung (ebenso wie jene der Gefahrenbescheinigung) bei UWG-Verfügungen im Regelfall ohnehin vorliegt (OGH 4 Ob 106/18v). Daher wird von der Rsp (RIS-Justiz RS0121554, zB OGH 4 Ob 201/14h; 4 Ob 180/05g; 4 Ob 106/18v; vgl hingegen noch 4 Ob 1053/95 – JBl 1996, 328 [„zumindest zweifelhaft“]) und der hL (vgl die Nachweise bei *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek [48. Lfg], § 24 Rn 9 [FN 32]; aM *Swo-boda*, RdW 1991, 199, 202) davon ausgegangen, dass **kein solches Erfordernis** besteht (vgl aber auch *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 387 Rn 28, wonach ein derartiges Bedürfnis „nicht ... in jedem Einzelfall bestehen muss“).

III. Anspruchsbescheinigung

1. Allgemeines

a) Erfordernisse gem § 389 Abs 1 EO

- 22 Nach § 389 Abs 1 EO hat die gefährdete Partei bei Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung **Folgendes zu bezeichnen bzw darzulegen**:
- die **begehrte Verfügung**;
 - die **Zeit**, für die sie begehrt wird;
 - den behaupteten (oder bereits zuerkannten) **Anspruch**;
 - die antragsbegründenden **Tatsachen** (und zwar im Einzelnen wahrheitsgemäß).

b) Bescheinigung

Abgesehen von allgemein bekannten sowie *gerichtsnotorischen* 23 Tatsachen (OGH 4 Ob 310 – ÖBl 1963, 76) hat die gefährdete Partei zu bescheinigen, also **glaubhaft zu machen**, dass der von ihr behauptete Unterlassungsanspruch besteht, weil ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht droht; auch der *Antragsgegner* braucht das Gegenteil lediglich zu bescheinigen (OGH 4 Ob 47/02v – ÖBl 2002, 245 [*Herzig*]).

Für die Glaubhaftmachung ist eine **überwiegende Wahr- 24 scheinlichkeit** ausreichend (*Duursma-Kepplinger* in Gumpoldberger/Baumann, UWG, § 24 Rn 14 mwN). Eine Differenzierung nach dem Grad der Überzeugung erscheint nicht angezeigt (vgl auch *G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 36; s hingegen die EB-RV [I 596]); Bedeutung kommt dem daher richtigerweise nur für die Frage zu, ob und in welcher Höhe eine *Sicherheitsleistung* aufzuerlegen ist (→ Rz 92 ff).

Was die **Bescheinigungsmittel** als solche betrifft, → im Detail 25 Rz 291 ff.

Allerdings gelten auch im Provisorialverfahren die §§ 266, 267 26 ZPO. Demnach ist von der Richtigkeit bestimmten Vorbringens auszugehen, soweit keine **substantiierte Bestreitung** des – angehört – Gegners vorliegt (*G. Kodek* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO [20. Lfg], § 390 Rn 36).

2. Begehungsgefahr

Die für einen Unterlassungsanspruch vorausgesetzte Begehungs- 27 gefahr (→ § 14 Rz 27 ff) ist zwar grds als materielle Anspruchsvoraussetzung im Sicherungsverfahren ebenfalls **zu behaupten und zu bescheinigen** (OGH 157/14p – MR 2015, 49).

Allerdings greift auch hier bei Bescheinigung eines be- 28 reits erfolgten Wettbewerbsverstosses eine **Vermutung der**

Wiederholungsgefahr (→ § 14 Rz 77 ff), so dass hinsichtlich dieser das Bescheinigungserfordernis entfällt.

- 29 Was das **Anbot eines vollstreckbaren Vergleiches** und dessen Auswirkungen auf die Wiederholungsgefahr (auch) im Provisorialverfahren betrifft, → § 14 Rz 150 ff.
- 30 In 3 Ob 560 (ÖBl 1958, 52) ging der OGH deshalb von einem Entfall der *Wiederholungsgefahr* aus, weil aus tatsächlichen Gründen eine **Wiederholung nicht vor voraussichtlicher Beendigung des Hauptverfahrens** zu erwarten war (vgl auch 4 Ob 309 – ÖBl 1959, 33). In 4 Ob 357/84 (ÖBl 1984, 161; zust *Zechner*, Einstweilige Verfügung, 101) nahm er an, dass einer Sicherungsmaßnahme das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlt, sofern hinsichtlich des Wettbewerbsverstoßes eine Wiederholung erst in mehreren Jahren vorstellbar wäre, wenn bereits mit einem vollstreckbaren Unterlassungstitel im Hauptverfahren gerechnet werden kann; ein solcher Fall sei jenem gleichzuhalten, in dem der Kläger bereits über einen vollstreckbaren Titel verfügt.
- 31 Bei Anerkennung des Klagebegehrens kann eine einstweilige Verfügung **bis zur Rechtskraft des Erkenntnisurteiles** ergehen, zumal das Erkenntnis auch das Vorliegen von Wiederholungsgefahr mitumfasst (→ § 14 Rz 238 f). Entsprechendes gilt für ein *Versäumungsurteil* (OGH 4 Ob 173/89 – MR 1990, 149).

3. Recht

a) Allgemeines

- 32 Im Provisorialverfahren ist ganz allgemein die **materielle Rechtslage nicht streng** zu prüfen (OGH 7 Ob 604, 605/85), zumal als Ausgleich für eine zu Unrecht erlassene einstweilige Verfügung ohnehin der Schadenersatzanspruch nach § 394 Abs 1 EO zu Gebote steht (wobei allerdings das Insolvenzrisiko verbleibt). Daher ist in diesem Stadium etwa eine Überprüfung der Verwechslungsfähigkeit von Zeichen nur in „beschränktem Umfang“ möglich (OGH

4 Ob 315/70 – ÖBl 1970, 126; *G. Kodek/Leupold* in Wiebe/G. Kodek, UWG [48. Lfg], § 24 Rn 113). Zur Bedeutung der fehlenden rechtlichen Prüfstrenge namentlich für das *Revisionsrekursverfahren* → Rz 425. Zur Möglichkeit einer *Sicherheitsleistung* nach § 390 Abs 1 EO für den Fall, dass die Rechtsfolge nicht hinreichend wahrscheinlich ist, → Rz 103.

Andererseits: Wenn nach dem bescheinigten Sachverhalt der Lauterkeitsverstoß des Beklagten möglicherweise im Ausland begangen wurde, soll der Kläger die Voraussetzungen für die Anwendung österreichischen Rechts glaubhaft machen müssen; ist **unbekannt, welches Recht** anzuwenden ist, soll eine einstweilige Verfügung nicht erlassen werden können (OGH 4 Ob 381/71 – ÖBl 1973, 12 [mE bedenklich]; krit auch *Schwind* in FS Demelius, 487). 33

b) Ausländisches Recht

Nach der jüngeren Rsp (OGH 4 Ob 108/99g – ÖBl 1999, 278; 4 Ob 272/99z – ÖBl 2000, 168; 4 Ob 67/03m – MR 2003, 321; 4 Ob 30/15p; vgl hingegen noch 4 Ob 334/72 – ÖBl 1973, 19) sind im Provisorialverfahren die rechtlichen Grundlagen von der gefährdeten Partei nicht mehr zu bescheinigen. Stattdessen wird § 4 Abs 1 IPRG angewendet, wonach zur Anwendung gelangendes ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln ist. 34

[...]

Insolvenzrecht für die Praxis

Leitfaden für Gläubiger,
Vertragspartner und
Berater

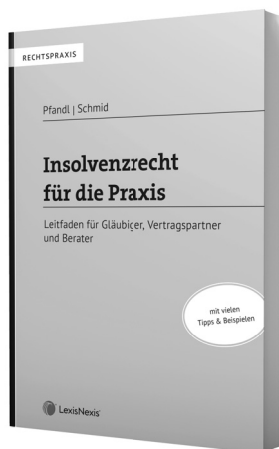
Antworten auf alle Fragen!

Der Praxisleitfaden zum Insolvenzverfahren ab Insolvenzeröffnung bis zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens – inkl. der wichtigsten Warnsignale für Vertragspartner vor Insolvenzeröffnung und effektiven Schutzmaßnahmen.

Die Autoren:

RA Dr. Christian Pfandl

RA Mag. Barbara Schmid



**Mit vielen praktischen
Tipps und Beispielen!**

Preis € 48,-
Wien 2020 | 268 Seiten
Best.-Nr. 30153001
ISBN 978-3-7007-7189-0

JETZT BESTELLEN!

E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at | Tel.: +43-1-534 52-0

Versandkostenfreie Lieferung bei Bestellung unter shop.lexisnexis.at

Der neue Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bietet eine ebenso **umfassende wie praxisnahe Aufbereitung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur** aus einer Hand.

Dem neuen Unterabschnitt zum Geschäftsgeheimnisschutz widmet sich der Autor gleichfalls eingehend. Und auch die so wichtige **deutsche Entscheidungspraxis** sowie Jurisprudenz kommt bei ihm zu ihrem Recht, wobei der besondere Umfang ihrer Darstellung hierzulande eine echte Lücke schließt.

Die fundierte und dennoch kompakte Darstellung macht den Kommentar zum wertvollen Arbeitsbehelf für alle im Lauterkeitsrecht tätigen Praktiker. Aber auch für die nicht tagtäglich mit der Materie Befassten empfiehlt er sich als übersichtliches Nachschlagewerk.

Der Autor:



Dr. **Mathias Görg**, LL.M. (LSE), ist Rechtsanwalt und Partner bei MGLP Rechtsanwälte in Wien. Das UWG bildet einen seiner Tätigkeitsschwerpunkte und er publiziert regelmäßig zu wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen.