

## LAUTERKEITSRECHT UND VERWANDTE RECHTSGEBIETE

I.	System des gewerblichen Rechtsschutzes.....	2
II.	Rechtsquellen .....	5
III.	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) .....	5
	A. Der Aufbau des UWG .....	5
	B. Auslandsabgrenzung .....	6
	C. Gemeinsame Tatbestandsmerkmale.....	7
	D. Prüfungsschema, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist .....	10
	E. Sondertatbestände des UWG.....	11
	1. § 7 UWG: Herabsetzung eines Unternehmens.....	11
	2. § 9 UWG: Missbrauch von Unternehmenskennzeichen .....	15
	3. EuGH zu Per-se-Verboten (§ 9a UWG Zugabeverbot und weitere unwirksame Verbote).....	17
	a) Aufgehoben: § 9a UWG (Zugabeverbot) .....	17
	b) Aufgehoben: § 9c UWG (Einkaufsausweise, Berechtigungsscheine).....	18
	c) § 28 UWG – Per-se-Verbot des glückspielartigen Warenvertriebes .....	18
	d) Aufgehoben: § 30 UWG (Per-se-Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren) .....	18
	e) § 33a UWG: Per-se-Verbot der Ankündigung von Ausverkäufen .....	19
	f) Spritpreisverordnung .....	19
	g) § 5 Abs 2 BuchpreisbindungsG .....	19
	4. § 27 UWG: Verbot des Schneeballsystems (pyramid sales, auch Z 14 des Anhangs zum UWG).....	20
	5. § 28a UWG: Erlagscheinwerbung, Adressbuchschwindel (auch Z 21 des Anhangs zum UWG) .....	20
	6. § 10 UWG: Bestechung (auch § 153a, §§ 168c-168e StGB) .....	21
	7. § 11, §§ 26a ff UWG: Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.....	21
	F. § 1a UWG (und Anh Z 24 – 32): Aggressive GP.....	27
	G. § 2 und § 2a UWG (und Anh Z 1–23): Irreführende Geschäftspraktiken, vergleichende Werbung .....	30
	H. Zusatzregeln ab 2022 im Onlinehandel aufgrund der „Omnibus-Richtlinie“ 2019/2161 der EU .....	48
	I. § 1 UWG: Generalklausel - Sonstige unlautere Geschäftspraktiken oder Handlungen.....	49
	1. Tatbestand.....	49
	2. Subsidiarität von § 1 UWG zu Sondertatbeständen.....	50
	3. Vier (Haupt-)Fallgruppen des § 1 UWG .....	50
	a) Kundenfang .....	50
	b) Behinderung .....	50
	c) Ausbeutung .....	51
	d) Rechtsbruch (Gesetz, Vertrag) .....	54
	e) Sonstige Fälle .....	60
	J. Rechtsfolgen, Verfahren .....	60
	1. Hinweis zur Gerichtszuständigkeit .....	60
	2. Hinweis zum anwendbaren Recht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten .....	61
	3. Ansprüche nach UWG .....	62
	4. Verfahrensgang .....	67
IV.	Verwandte Rechtsgebiete .....	69
IV.	Fragen .....	69

**Hinweis:** Zumindest folgenden Text sollten die Studierenden bei dieser Vorlesung zur Hand haben:

- [UWG](#)

# I. System des gewerblichen Rechtsschutzes

1. Lauterkeitsrecht als Teil des Wettbewerbsrechts iwS; teilw auch private enforcement des Kartellrechts
2. Funktionaler Unterschied **Lauterkeitsrecht** zu Wettbewerbsrecht (ieS, Kartellrecht):
  - Trennungsthese (überholt): Lauterkeitsrecht und Kartellrecht haben unterschiedliche Regelungsbereiche und Zwecke
  - These einer Antinomie (überholt): Beide Rechtsbereiche widersprechen einander
  - Konvergenzthese:<sup>1</sup> Lauterkeitsrecht und Kartellrecht wollen gemeinsam den freien und lautereren (unverfälschten) Wettbewerb schützen. Aber: Verbraucherschutzgedanken wollen tw Wettbewerb beschränken, wenn er für Konsumenten nachteilig ist. Lauterkeitsrecht und Kartellrecht seien ein wertungsmäßig einheitliches Rechtsgebiet, das nach dem Kriterium des Leistungswettbewerbs als gemeinsamen Regelungsgegenstand den Wettbewerb auf dem Markt habe, wenn auch aus unterschiedlichen Blickwinkeln.<sup>2</sup>
3. **Schutzzwecktrias** des Lauterkeitsrechts und des Kartellrechts:<sup>3</sup> Allgemeinheit, Mitbewerber, Verbraucher (durch die RL-UGP ein besonderer Schwerpunkt) bzw Abnehmer (auch wenn er Unternehmer ist). (Keine Schutzzwecktrias bei der RL-UGP, die ja nur B2C regelt<sup>4</sup>).

OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s, *Rechtsanwaltssoftware, ACP IT Solutions gegen AD-VOKAT wegen Marktmachtmissbrauchs*: Zwar dient das Kartellrecht ähnlichen Regelungszwecken wie das Lauterkeitsrecht (*Koppensteiner*, wbl 2009, 9); der Schutz erfasst in beiden Fällen Mitbewerber, Verbraucher und andere Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite sowie die Allgemeinheit (*Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG*<sup>27</sup> [2009] Einl UWG Anm 6.13). Marktmissbräuchliches und unlauteres Verhalten sind daher am selben Maßstab zu beurteilen, nämlich jenem des sachgerechten Leistungswettbewerbs (4 Ob 23/08y, *Tageszeitung Österreich*). Damit unterscheidet sich das Kartellrecht von anderen Normen, die nicht unmittelbar der Umsetzung der Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts (iwS) dienen. Zudem hat der Gesetzgeber auch im Kartellgesetz – ebenso wie in den Sondertatbeständen des UWG (vgl 4 Ob 225/07b, *Stadtrundfahrten*) – die für das spezifisch wettbewerbsrechtliche Unwerturteil erforderliche Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten vorgenommen und auf dieser Grundlage konkrete Verbote erlassen.

4. Begriffe und Rechtsbereiche s.u. (tabellarische Übersicht): Verhältnis **IP-Recht** zu Lauterkeitsrecht

---

<sup>1</sup> OGH 16. 12. 2021, 4 Ob 49/21s, Pkt 4.1.1.: Heute besteht weitgehend Einigkeit im Schrifttum und in der Rechtsprechung im Sinn der Konvergenzthese: Schutz des freien und Schutz des lautereren Wettbewerbs sind keine Gegensätze, sondern zwei Aufgabenbereiche einer in ihrem Sinnzusammenhang einheitlichen Gesamtordnung.

<sup>2</sup> *Florian Schuhmacher*, Zum Wettbewerbsverständnis im österr Recht, wbl 2019, 376.

<sup>3</sup> OGH 16. 12. 2021, 4 Ob 49/21s, Pkt 4.1.2.: Die Tatbestände des Kartellrechts und des Lauterkeitsrechts schließen einander nicht aus; sie stehen gleichwertig nebeneinander und ergänzen einander trotz unterschiedlicher Regelungsansätze. Sie verfolgen einen einheitlichen Schutzzweck (Schutzzwecktrias). Beide Rechtsgebiete stehen in einem Funktionszusammenhang, weil sie beide auf dasselbe Phänomen „Wettbewerb“ bezogen sind, das sie unter den Aspekten der Sicherung wettbewerbslicher Marktstrukturen („Ordnungsprinzip“) bzw der Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen („Lauterkeitsprinzip“) regeln. Die Wettbewerbsfreiheit allein ist nicht in der Lage, unlautere Geschäftspraktiken zu verhindern; andererseits braucht sie einen notwendigen Spielraum, der nicht durch Überspannen des Unlauterkeitsbegriffs über Gebühr eingeengt werden darf. Beide Rechtsgebiete leisten ihren „organisatorischen Beitrag“ für das Funktionieren einer Wettbewerbswirtschaft

<sup>4</sup> *Gamerith*, Die RL-UGP wurde berichtigt, ÖBl 2010, 58 (über die Änderung der Überschrift durch ABl 25.9.2009, L 253/18).



Übersicht und Begriffsklärung:<sup>5</sup>

gewerblicher Rechtsschutz Schutz des gewerblichen Eigentums (industrial property)				Persönlichkeitsrechte <sup>6</sup>
	Immaterialgüterrecht, geistiges Eigentum <sup>7</sup> (intellectual property, IP)			
	Leistungsschutz	Kennzeichenschutz	Urheber- und Interpretenschutz	
<b>Lauterkeitsrecht (unlauterer Wettbewerb)</b> (UWG, ausgen §§ 9, 11, 12) einschließlich UWG-Klagen gegen Mitbewerber wegen Verstößen gegen Kartellrecht (private enforcement) und Nahversorgungsgesetz oder sonstige Gesetze;  §§ 54-59 GewO betr Sammeln und Entgegennahme von Bestellungen; <sup>8</sup> Ausübungsregeln iSv § 69 Abs 2 GewO <sup>9</sup>  Preisauszeichnungsgesetz	<b>Erfindungsschutz</b> <sup>10</sup> (Patentgesetz, Sortenschutzgesetz <sup>11</sup> und SchutzzertifikatsVO <sup>12</sup> )  kleine Erfindung sowie Programmlogik (Gebrauchsmustergesetz)  Mikrochiptopographie (Halbleiterschutzgesetz)  <b>Designschutz</b> <sup>13</sup> (MusterschutzG, GemeinschaftsgeschmacksmusterVO)  nicht-kreative <b>Datenbanken</b> (§ 76c ff UrhG "Leistungsschutz/Investitionsschutz sui generis")  <b>Geheimnisschutz</b> nach §§ 11-12 UWG  <b>Lichtbild- und Schallträgerschutz</b> (§§ 73 ff UrhG, Schutz der Fotografen und Plattenhersteller)	Schutz von <b>Name, Firma</b> , Etablissementbezeichnung, Druckwerkstiel, Ausstattung einschl nicht registrierter Marken (§ 9 UWG)  <b>Markenschutz</b> <sup>14</sup> (MaSchG, GemeinschaftsmarkensVO),  Firmaschutz (§ 37 UGB)  Titelschutz für Werke der Kunst und Literatur (§ 80 UrhG)  Namensschutz (§ 43 ABGB)  Sortenbezeichnungsschutz (§ 14 SortSchuG)  geografische Angaben und Ursprungsbezeichnungen	Schutz für <b>Urheber von Werken der Literatur</b> , <sup>15</sup> <b>Tonkunst, bildenden Kunst und Filmkunst</b> (copyright law, §§ 1-65 UrhG)  verwandte Schutzrechte für <b>Interpreten</b> (§§ 66-72 UrhG)	Namensschutz (§ 43 ABGB),  Erfinderehre (§ 20 PatG); droit moral <sup>16</sup> (§ 19-21 UrhG)  Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG)  körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre  Intimsphäre  Datenschutz

<sup>5</sup> Übersicht umfassend von *Walter Brugger* überarbeitet und aktualisiert nach einem Schema von *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [1982], 3.

<sup>6</sup> Persönlichkeitsrechte als solche sind idR unübertragbar.

<sup>7</sup> Umfassende Verfolgung durch die Zollbehörden aufgrund der EU-Produktpiraterie-VO 608/2013.

<sup>8</sup> Diese Bestimmungen könnten unzulässige Per-se-Verbote (iSd Jud EuGH vgl FN 112 ff) sein.

<sup>9</sup> S Anm in FN 8.

<sup>10</sup> Auch für chemische Substanzen und für auf Programmen basierende technische Steuerungsverfahren, nicht aber für Programme selber (für letztere ev Urheberrechtsschutz).

<sup>11</sup> Pflanzenzüchtungen.

<sup>12</sup> Schutzzertifikats-VO (EG) 469/2009 samt Verfahrensvorschriften im SchutzzertifikatsG; akzessorisches Schutzzertifikat (supplementary protection certificate - SPC) für ein bestimmtes Produkt zur Verlängerung für Arzneimittelpatente, wenn die erste Genehmigung mehr als 5 Jahre nach der Anmeldung des Grundpatents erteilt wurde.

<sup>13</sup> Formgebung für Produkte, auch "Geschmacksmuster" genannt. Nicht zu verwechseln mit Gebrauchsmuster (kleine Erfindungen) oder Marke.

<sup>14</sup> Marken zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen. Es gibt Wort- und Wortbildmarken, weiters Geruchsmarken, Hörmarken usw (wenn grafisch darstellbar).

<sup>15</sup> auch für Software und kreative Datenbanken.

<sup>16</sup> Recht auf Benennung als Urheber, Schutz des Werkes vor Abänderungen.

## II. RECHTSQUELLEN

1. Österreich:
  - a) UWG
  - b) Kennzeichnungsverordnungen (basierend auf § 32 UWG)
  - c) Nahversorgungsgesetz (s a 6. Doppelstunde)
  - d) sonstige Werbevorschriften (zB §§ 50-56a, § 58 AMG; Verhaltenskodizes der WKO, Pharmig etc; Werbeverbot gem § 11 TabakG; Werbeverbot gem § 351g Abs 5 ASVG)
  
2. Europäische Lauterkeitsnormen insb<sup>17</sup>
  - a) Richtlinie 2005 über unlautere Geschäftspraktiken<sup>18</sup> (RL-UGP; "Unfair Commercial Practices Directive", UCP Directive; betrifft nur B2C); der österr Gesetzgeber hat diese RL per 12. 12. 2007 durch UWG-Novelle umgesetzt, (aber diese Fallgruppen auch für B2B übernommen, um nicht ein gespaltenes Lauterkeitsrecht zu schaffen) → UWG ist richtlinienkonform auszulegen,<sup>19</sup> allenfalls Vorabentscheidungsverfahren (Art 267 AEUV).  
Dazu: Leitlinien der EK zur RL-UGP (Guidance on the implementation).
  - b) Richtlinie 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (betrifft unlautere Geschäftspraktiken und vergleichende Werbung B2B und B2C)
  - c) Antipiraterie-VO VO 608/2013 vom 12. 6. 2013 (ersetzt seit 1. 1. 2014 die VO 1383/2003 des Rates vom 22. 7. 2003), dazu ergänzend das österr Produktpirateriegesetz 2004 - PPG 2004

## III. GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB (UWG)

### A. Der Aufbau des UWG

#### I. Abschnitt

---

<sup>17</sup> Harmonisierung auch im Arzneimittelwerberecht, Beispiel bei *Brugger*, EuGH liberalisiert Arzneimittel-Fachwerbung punktuell", *ecolex* 2011, 929.

<sup>18</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie [...] (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

<sup>19</sup> So ausdr OGH 8.4.2008, 4 Ob 42/08t, *Wendl&Lung-Klaviere*.

- a) Einzelne Tatbestände, danach allgemeine Bestimmungen über die Klageberechtigung, den Umfang der Schadenersatzpflicht, die Unternehmerhaftung, die Verjährung und weitere Fragen der Rechtsdurchsetzung

## II. Abschnitt

- b) Verwaltungsrechtliche Bestimmungen  
c) insb Grundlage zahlreicher Kennzeichnungsverordnungen und Regelung der Ankündigung von Ausverkäufen

## III. Abschnitt

- d) Gemeinsame und Schlussbestimmungen

## B. Auslandsabgrenzung

Österr UWG ist anzuwenden, wenn Auswirkungen auf den österr Markt vorliegen (§ 48 Abs 2 IPRG, Art 6 Abs 1 Rom II-VO). Es ist an die Auswirkung<sup>20</sup> des Wettbewerbsverhaltens auf den Markt anzuknüpfen (Ort der wettbewerblichen Interessenkollision).<sup>21</sup> Wenn eine Wettbewerbshandlung Auswirkungen auf die Märkte mehrerer Staaten hat, sind die jeweiligen Rechtsordnungen zu berücksichtigen.<sup>22</sup>

**OGH 23. 9. 2008, 17 Ob 12/08a, "Whisky-Fall":** Von 2002 bis November 2005 füllte die Vorarlberger Erstbeklagte Industrialkohol in Dosen mit folgender Aufschrift ab: *Grants Regal Blended Scotch Whisky, Grants Crown Deluxe Whisky, Grants Crown Deluxe Blended Special Whisky, Grants Regal Deluxe Blended Scotch Whisky, Grants Regal Blended Finest Whisky, King Grants Blended Scotch Whisky Extra Special, King Grants Scotch Whisky, King Grants Blended Scotch Whisky, King Grants Blended Whisky Spirits Black Label, Big Grants Blended Scotch Whisky, Clan Lewis Red Label Scotch Whisky, Clan Lewis Red Label Old Scotch Whisky, Clan Lewis Red Label Old Blended Whisky, Clan Lewis Red Label Single Scotch Whisky, Strong Prince Blended Scotch Whisky, Lion Gold Finest Blended Whisky, Vogl Glen Blended Whisky und Old Canny Whisky*. Sämtliche Dosen weisen entweder die Aufschrift „Whisky“ oder „Scotch Whisky“ auf. Das war lt OGH **markenrechtlich unzulässig**<sup>23</sup> und verpflichtet zur Gewinnherausgabe,<sup>24</sup> war aber **nach UWG (!) nicht klagbar, weil die Ware nur für den Export, also nicht für den österr Markt bestimmt war**.<sup>25</sup>

*Hinweis:* Nach den neueren markenrechtlichen Grundsätzen (Art 9 Abs 5 EU-MarkenVO, Art 10 Abs 5 EU-MarkenRL) kann der Markeninhaber die Einfuhr von das Markenrecht verletzenden Waren aus Drittstaaten auch dann verbieten, wenn sie noch nicht in den freien Verkehr überführt wurden, also zB sich im Transit durch die EU oder in Zollfreilagern befinden.<sup>26</sup> Aber: Die bloße Einlagerung für Dritte führt noch nicht zur Haftung des Lagerhalters (*Amazon* haftet also vor Kenntnis nicht für die Einlagerung und Versendung von Markenfälschungen seiner Händler).<sup>27</sup>

*Beispiel:* Ein im Ausland ansässiger Zahnarzt hat die in Österreich geltenden Werbeschränkungen sowie Verbote standeswidrigen Verhaltens und der Provisionsan-

<sup>20</sup> OGH 23. 11. 2021, 4 Ob 178/21m.

<sup>21</sup> OGH RIS-Justiz RS0045408; *Verschraegen in Rummel*<sup>3</sup>, § 48 IPRG Rz 68 mwN.

<sup>22</sup> OGH RIS-Justiz RS0076930.

<sup>23</sup> Ggt aber EuGH 15. 12. 2011, C-119/10, *Frisdranken/Red Bull*.

<sup>24</sup> OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 182/13p.

<sup>25</sup> Ähnlich: EuGH 9. 11. 2006, C-281/05, *Transitware Montex/Diesel*. Ebenso zur reinen Durchfuhr: EuGH Rs C-446/09 und C-495/09, *Philips/Lucheng Meijing* ua sowie *Nokia/Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*.

<sup>26</sup> Dadurch ist die frühere Rsp (EuGH FN 25) tw überholt.

<sup>27</sup> EuGH 2. 4. 2020, C-567/18, *Coty/Amazon*.

nahme (§ 35 Zahnärztegesetz: Verbot standeswidrigen Verhaltens, Werbebeschränkung und Provisionsverbot und die diese Bestimmung konkretisierende Werberichtlinie) auch dann einzuhalten, wenn er in Österreich (bloß) die zahnärztliche Behandlung im Ausland bewirbt.<sup>28</sup> (Ein allgemeines Werbeverbot für Zahnärzte wäre übrigens mit der UGP-RL nicht vereinbar.<sup>29</sup>)

Ausl Unternehmen ohne inl Niederlassung haben UWG-Schutz nur bei Reziprozität (§ 40 UWG).

## C. Gemeinsame Tatbestandsmerkmale

Hinweis: "case law"

1. Handeln im geschäftlichen Verkehr<sup>30</sup>
  - a) rein unternehmensinterne Vorgänge ohne Außenwirkung bleiben außer Betracht<sup>31</sup>
  - b) ebenso bleibt hoheitliches Handeln/amtliche Tätigkeit außer Betracht<sup>32</sup>

Die Tarifgestaltung in einem von der öffentlichen Hand organisierten und mitfinanzierten *Salzburger Verkehrsverbund (SSV)* erfolgt nicht marktbezogen als Ergebnis der Wechselwirkung zwischen konkurrierenden Angeboten und der Nachfrage, sondern im öffentlichen Interesse der betroffenen Gebietskörperschaften unter Verwendung öffentlicher Finanzmittel; damit liegt insoweit ein privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand ohne unternehmerischem Charakter vor, das mangels marktbezogener wirtschaftlicher Tätigkeit keiner lauterkeitsrechtlichen Verhaltenskontrolle unterliegt.<sup>33</sup>

- c) Abgrenzung zur Privatwirtschaftsverwaltung<sup>34</sup>
- d) Subventionsmissbrauch ist erfasst<sup>35</sup>
- e) nicht erfasst ist politisches Handeln bei politischen Parteien<sup>36</sup>
- f) Handeln von Betriebsratsfraktionen ist nicht tatbildlich<sup>37</sup>
- g) Tatbestand nicht erfüllt im reinen Ideenwettbewerb zwischen Weltanschauungen und Religionsgemeinschaften<sup>38</sup>

---

<sup>28</sup> OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 84/10x: nach österr Berufsrecht unzulässige Werbung in Österreich des ausl Zahnarztes Dr R. Ähnlich: OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 79/12i; OGH 18. 9. 2012, 4 Ob 142/12d; OGH 18. 9. 2012, 4 Ob 130/12i, ungarische Zahnärztin.

<sup>29</sup> EuGH 4. 5. 2017, C-339/15, *Vanderborght*.

<sup>30</sup> Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbs" steht nicht mehr ausdr in § 1 UWG, daher keine Wettbewerbs"absicht" erforderlich, außer bei § 7 UWG. Wohl aber verbleibt das Kriterium "Handeln im geschäftlichen Verkehr", also "Tätigkeit mit Marktbezug" (vgl OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 130/10m), was aber idR unterstellt wird.

<sup>31</sup> OGH *ecolex* 2000, 438.

<sup>32</sup> OGH SZ 66/84 = ÖBl 1993, 207.

<sup>33</sup> OGH 30.5.2017, 4 Ob 267/16t, Verkehrsverbund in der Rechtsform einer GmbH: *Salzburger Verkehrsverbund (SSV)*.

<sup>34</sup> OGH SZ 66/84 = ÖBl 1993, 207.

<sup>35</sup> OGH ÖBl 2000, 107.

<sup>36</sup> OGH MR 2000, 107.

<sup>37</sup> OGH 4 Ob 27/00z.

<sup>38</sup> EuGRZ 2000, 59.

## 2. Beweislastumkehr: § 1 Abs 5 UWG

In Fällen vergleichender Werbung (§ 2a UWG) muss aufgrund richtlinienkonformer Auslegung von § 1 Abs 5 UWG (Art 7 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung) regelmäßig der Werbende die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen behaupten und beweisen.

Beispiel: Bei der Frage, ob bestimmte angebotene Fleischprodukte aus einer bestimmten Region stammen, wird der beklagte Unternehmer (hier: *Spar*) mit dem Herkunftsnachweis belastet.<sup>39</sup>

Diese Beweislastverteilung gilt auch für Spitzenstellungswerbung als Sonderfall vergleichender Werbung.<sup>40</sup>

## 3. Erheblichkeitskriterium ("Bagatellklausel", Relevanz)

nicht bloß unerhebliche Beeinflussung des Wettbewerbs

Beispiele: Verletzung der gewerberechtlichen Anzeigepflicht betr weitere Betriebsstätten ist keine "spürbare" Wettbewerbsbeeinflussung, daher kein klagbarer Lauterkeitsverstoß,<sup>41</sup> wohl aber die Missachtung restriktiver Ausübungsvorschriften.<sup>42</sup> Ebenfalls wettbewerbslich irrelevant ist die Behauptung der Zeitung *Österreich*, das "erste iPad" gekauft zu haben, obwohl die *Kronen Zeitung* schneller war und kurz zuvor schon das erste iPad gekauft hatte.<sup>43</sup>

Aber: Nach § 2 Abs 2 UWG gelten die im Anhang unter Z 1 bis 23 angeführten Geschäftspraktiken jedenfalls als irreführend. Eine weitere Prüfung von Tatbestandsvoraussetzungen oder Abwägungen im Einzelfall ist daher nicht erforderlich. Dementsprechend entfällt auch die Prüfung der Spürbarkeit gem § 1 Abs 1 UWG sowie die Relevanzprüfung nach § 2 Abs 1 UWG. Somit sind auch Geschäftspraktiken unterhalb der Erheblichkeitsschwelle als unlauter zu qualifizieren.<sup>44</sup>

## 4. Klage durch **Mitbewerber**<sup>45</sup> - § 14 UWG

Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses nach dem (aus dem Kartellrecht bekannten) Bedarfsmarktkonzept.

- (i) teilweises Überschneiden der angesprochenen Kundenkreise genügt<sup>46</sup>

Beispiele: Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen Printmedien und elektronischen Medien hinsichtlich entgeltlicher Werbeeinschaltungen

---

<sup>39</sup> OGH 17. 11. 2015, 4 Ob 182/15s, *Spar*; verboten wurden Ankündigungen insb betreffend Rindfleischprodukte, die ausschließlich, überwiegend oder größtenteils von Regionalproduzenten stammen, oder ähnliche Ankündigungen, wenn sie wahrheitswidrig sind.

<sup>40</sup> OGH 17. 4. 2013, 4 Ob 33/13a.

<sup>41</sup> OGH 4 Ob 37/08g.

<sup>42</sup> OGH 21. 9. 1993, 4 Ob 78/93: Die beklagten Prostituierten sind entgegen §§ 14 ff Tiroler Landes-PolizeiG als Straßenprostituierte tätig, obwohl ihnen die Gesetzeswidrigkeit – nicht zuletzt auf Grund der gegen sie geführten Verwaltungsstrafverfahren – bekannt ist. Ihr Gesetzesverstoß ist geeignet, ihnen im Wettbewerb mit den im Bordell tätigen, gesetzestreu Prostituierten einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen. Nicht nur, dass ihr Kundenkreis größer ist, weil er auch Männer umfasst, die sich erst durch das Zusammentreffen mit Straßenprostituierten entschließen, deren Dienste in Anspruch zu nehmen, sind sie auch in der Preisgestaltung frei und können allenfalls auch über den Preis Kunden gewinnen. Eine im Bordell tätige Prostituierte hat sich hingegen der Hausordnung zu fügen und muss sich mit jenen Kunden zufriedengeben, die in das Bordell kommen und, sofern sie an der Reihe ist, an ihr Gefallen finden. Das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten berechtigt die Klägerin, die Unterlassung ihrer gesetzwidrigen Tätigkeit zu verlangen.

<sup>43</sup> OGH 18. 1. 2011, 4 Ob 225/10g.

<sup>44</sup> OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 121/15w, *Billa Räucherforellen*.

<sup>45</sup> Jeder Mitbewerber kann wegen einer irreführende Markenverletzung klagen, nicht nur der Markeninhaber und dessen Lizenznehmer (OGH 10. 5. 2011, 17 Ob 10/11m, *Jungle Man*, Marke *Puma*). Anders aber ist bei einer gem § 1 UWG zu verfolgenden Urheberrechtsverletzung nur der Rechteinhaber klageberechtigt (OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 93/01g, *APA* gegen *Presstext Austria*).

<sup>46</sup> OGH SZ 65/122 = ÖBl 1992, 265; *Product-Placement*.



gen<sup>47</sup>; Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen Tageszeitung und Programmzeitschrift auf dem Inserentenmarkt<sup>48</sup>

- (ii) künftiger gleicher Kundenkreis ist ausreichend<sup>49</sup>
- (iii) Ad hoc-Wettbewerbsverhältnis<sup>50</sup> (das Wettbewerbsverhältnis wird durch die beanstandete Aktion erst geschaffen)

(iv) Die Rsp zum Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ist durchaus großzügig. Es macht daher keinen Unterschied, ob der beklagte Betreiber einer Imbissstube die nicht genehmigten Spielautomaten selbst aufstellt und betreibt oder zu diesem Zweck den entsprechenden Raum in seinem Geschäftslokal vermietet.<sup>51</sup>

Allerdings handelt zB der VKI nicht im Wettbewerbsverhältnis oder zur Förderung fremden Wettbewerbs (sondern überwiegend zur Verfolgung von Verbraucherinteressen) bei einer "Energiekosten-Stop"-Anbieterwechselkampagne und kann daher nicht nach dem UWG geklagt werden.<sup>52</sup>

Ähnlich: Weder der Presserat noch der „PR-Ethik-Rat“ werden selbst wirtschaftlich tätig; sie können daher allenfalls wegen der Förderung fremden Wettbewerbs in Anspruch genommen werden. Dabei kommt es auf die Eignung an, fremden Wettbewerb zu fördern, sofern nicht bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegt. In solchen Fällen scheidet ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch am fehlenden Handeln im geschäftlichen Verkehr, und zwar ungeachtet der als bloßer Reflex zu wertenden faktischen Förderung des Wettbewerbs von einzelnen Konkurrenten.<sup>53</sup>

Hingegen handelt der in der Wirtschaftskammer angesiedelte Fachverband (Körperschaft öffentlichen Rechts), dessen Mitglieder ua Unternehmen der Fernwärmebranche sind und für Gas- und Fernwärme wirbt (vergleichende, unvollständige und daher irreführende Werbung für Fernwärme mit „KEINSTAUB“ und Gegenüberstellung anderer Heizsysteme mit dem Begriff „FEINSTAUB“), so nimmt er für einen Teil seiner Mitgliedsunternehmen eine Kernaufgabe als gesetzliche Interessenvertretung wahr und kann daher wegen der Förderung fremden Wettbewerbs geklagt werden.<sup>54</sup>

#### **Außerdem:** Klage möglich

- des Verletzten ohne Wettbewerbsverhältnis bei manchen Sondertatbeständen, wie § 7 UWG<sup>55</sup>, § 8 UWG<sup>56</sup>, § 9 UWG<sup>57</sup> oder
- bei Verletzung von § 1, § 1a, § 2, § 2a, § 3, § 9a, § 9c und § 10: **Verbandsklage** durch Interessensverband, sowie (außer nach § 3 und § 10) auch Klagerecht von Bundesarbeitskammer, WKO, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern, ÖGB und BWB
- bei aggressiven oder irreführenden GP: Unterlassungsklage des VKI oder eines europäischen Konsumentenschutzverbands.<sup>58</sup>

<sup>47</sup> OGH SZ 63/126 = ÖBI 1990, 208

<sup>48</sup> OGH MR 2000, 67, *TV-Illustrierte*

<sup>49</sup> OGH MR 1999, 186

<sup>50</sup> *Plasser*, Förderung fremden Wettbewerbs nach der UWG-Novelle 2007, *mur* 2010, 35; s a OGH SZ 71/33 = ÖBI 1998, 229

<sup>51</sup> OGH 20. 1. 2015, 4 Ob 169/14b.

<sup>52</sup> OGH 17. 2. 2015, 4 Ob 7/15f, *Energieanbieterwechselkampagne des VKI*.

<sup>53</sup> OGH 19. 5. 2015, 4 Ob 73/15m, *Presserat*; OGH 19. 5. 2015, 4 Ob 74/15h, *PR-Ethik-Rat*.

<sup>54</sup> OGH 17. 11. 2015, 4 Ob 129/15x.

<sup>55</sup> OGH RIS-Justiz RS0078984, OGH 23.9.2008, 4 Ob 149/08b.

<sup>56</sup> OGH 14. 5. 2001, 4 Ob 106/01v, *Gemeinde Adnet Domaingrabbing*.

<sup>57</sup> OGH RIS-Justiz RS0079061; OGH 19.10.2004, 4 Ob 190/04a.

<sup>58</sup> Der Anspruch auf Unterlassung kann auch von jeder der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften von der Kommission gemäß Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl Nr L 166 vom 11. Juni 1998, S 51, veröffentlichten Stellen und Organisationen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union geltend gemacht werden.

## D. Prüfungsschema, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist

Reihenfolge bei Fallprüfung:

1. Liegt ein **Sondertatbestand** vor? (§ 7 Herabsetzung, § 8 geographische Angaben, § 9 Unternehmenskennzeichenmissbrauch usw) → Klage möglich
2. Liegt eine **irreführende** Geschäftspraktik vor? (jedenfalls irreführend und verboten und daher zuerst zu prüfen sind Punkte 1-23 des Anhangs zum UWG "black list" Per-se-Verbot); sonst nach § 2 Abs 1 UWG = kleine Generalklausel prüfen)<sup>59</sup> → Klage möglich
3. Liegt eine **aggressive** Geschäftspraktik vor? (jedenfalls aggressiv und verboten und daher zuerst zu prüfen sind Punkte 24-31 des Anhangs zum UWG "black list" Per-se-Verbot; sonst nach § 1a UWG = kleine Generalklausel prüfen) → Klage möglich
4. Liegt eine **sonst unlautere** Geschäftspraktik vor, die zwar in den vorigen Fallprüfungspunkten nicht erfasst wurde, aber nach § 1 Abs 1 UWG ("**große Generalklausel**") als gleichermaßen unlauter verpönt ist?<sup>60</sup> → Klage möglich

"Doppelte Subsidiarität":<sup>61</sup> Dreistufige Prüfung: Zunächst ist bei den GP nach schwarzer Liste zu prüfen (s. o.), dann subsidiär Aggressivität/Irreführung prüfen, dann subsidiär gemäß Generalklausel prüfen.<sup>62</sup> Sondertatbestände (zB § 9 Kennzeichenmissbrauch, § 27 Schneeballsystem-Verbot, dazu siehe Pkt III.E.4 unten Seite 20) sind allenfalls extra zu prüfen.

Ob bei irreführender oder aggressiver GP zusätzlich zu prüfen ist, ob das beanstandete Verhalten auch den Erfordernissen beruflichen Sorgfalt widerspricht (oder diese im speziellen Einzelfall ohnedies eingehalten worden waren), ist unklar.<sup>63</sup>

Die Generalklausel ist nötig, denn "kein Gesetzgeber kann so kreativ sein wie die Werbeagenturen".

---

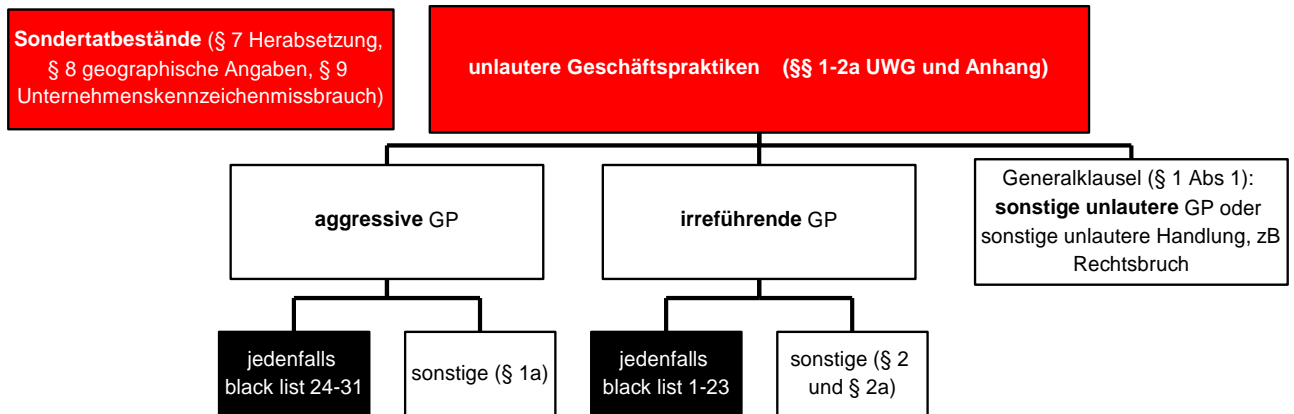
<sup>59</sup> Ähnlich auch EB RV 144 BlgNR 23 GP 2; *Schuhmacher*, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557 [558]; OGH 4 Ob 177/07v; 4 Ob 42/08t.

<sup>60</sup> Laut OGH 14.7.2009, 4 Ob 62/09k, *Promotion II*, ist diese Prüfungsreihenfolge nicht zwingend; der OGH prüfte den offenbar erfüllten § 1 UWG vorweg und nicht erst subsidiär.

<sup>61</sup> Kritisch zu diesem Begriff *Gamerith*, Entscheidungsanmerkung in ÖBl 2008, 280 (281).

<sup>62</sup> So ausdr OGH 7.8.2008, 4 Ob 113/08h.

<sup>63</sup> Vorabentscheidungsersuchen des OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 27/11s, *Exklusivbuchung*. Dazu *Andreas Kulka*, Die berufliche Sorgfalt bei irreführenden Geschäftspraktiken, RdW 2012, 81.



## E. Sondertatbestände des UWG

### 1. § 7 UWG: Herabsetzung eines Unternehmens

1. Pauschale Mitbewerber-Herabsetzung (also ohne Tatsachenbehauptung) ist idR als unlautere GP iSv § 1 UWG (Generalklausel) zu werten.<sup>64</sup>

§ 7 UWG hingegen erfasst Tatsachenbehauptungen.

**§ 7 UWG:** "Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Unternehmen eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Unternehmens, über die Waren oder Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Schadenersatz verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, daß die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe. Er kann ferner den Widerruf und dessen Veröffentlichung verlangen."

OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 39/10d, Tageszeitung Österreich gegen „Kurier“ und „Kronen Zeitung“ (Behauptung "wertige Zeitungen" im Gegensatz zu "Hybrid von Billigst- und Gratiszeitung" war Werturteil; war nicht unsachlich oder unlauter).

OGH 15. 12. 2015, 4 Ob 149/15p: Ein "öffentliches Verbreiten" begeht auch jener, der die schon veröffentlichten (negativen) Presseberichte betreffend U-Haft-Antrag über einen Mitbewerber (RA Gabriel Lansky) auf seine Homepage (RA Stefan Prohaska) stellt.

OGH 22. 3. 2018, 4 Ob 43/18d: Ein Schreiben mit herabsetzenden Äußerungen, das an eine Behörde gerichtet ist, wirkt sich für sich allein grundsätzlich nicht auf das Marktverhalten von möglichen Abnehmern oder sonstigen Geschäftspartnern des angegriffenen Unternehmens aus und ist in aller Regel auch nicht in der Lage, eine geschäftliche bzw produktbezogene Entscheidung eines Marktteilnehmers zu beeinflussen. Derartige Auswirkungen sind aber dann anzunehmen, wenn das Schreiben an Marktteilnehmer, va an Geschäftspartner des Angegriffenen, weitergegeben wird.

Auch wenn pauschale Pauschalherabsetzungen keine überprüfbaren Tatsachenbehauptungen enthalten und daher nicht unter § 7 UWG fallen, können sie bei den angesprochenen Kreisen eine irriige - wenngleich meist diffuse - Vorstellung über die generelle mindere Qualität der Leistungen der herabgesetzten Unternehmen hervorrufen. Das kann durchaus zu einer wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens von Verbrauchern führen (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG). Weiters wird diese Geschäftspraktik gerade aus diesem Grund geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG). Dass ausnahmsweise die pauschale - dh nicht durch überprüfba-

<sup>64</sup> OGH 23.9.2008, 4 Ob 127/08t.

re Tatsachen belegte - Herabsetzung von Mitbewerbern den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt nach § 1 Abs 4 Z 8 UWG entsprechen könnte, ist kaum vorstellbar.

*Österreich* klagte erfolgreich *Krone* wegen Glosse von *Michael Jeannée*, der *Wolfgang Fellner* wie folgt apostrophierte: "Dreck-Story eines wild gewordenen Schmieranski" und "Unterste-Schubladen-Reaktion eines Zynikers, für den der Terminus skrupellos ein unzureichendes Hilfsadjektiv ist".<sup>65</sup>

Nachdem *Michael Jeannée*, den *Wolfgang Fellner* heftig und unsachlich kritisiert hatte, bezichtigte *Fellner* den *Michael Jeannée* mit „übelster Kolumnisten-Schuft“, „dreckiger Fantasien“; diese Kritik war daher nach Auffassung OGH vom Recht auf Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK gedeckt und stellt noch keinen Wertungsexzess.<sup>66</sup>

Der Kläger muss die Wettbewerbsabsicht beweisen.<sup>67</sup>

## 2. Tatsachen

- a) Wie bei § 2 UWG (dazu Seite 30); auch hier ist der vermittelte Gesamteindruck entscheidend. Die Behauptung in einer "Schutzrechtsverwarnung" (dazu bei FN 85 unten), jemand verletze ein Patent oder ein Markenrecht, ist eine Tatsachenbehauptung.<sup>68</sup> Auch ein bloßes Zitat kann tatbildlich sein;<sup>69</sup> auch Grafik kann Angabe über Tatsachen sein:

*Antenne Steiermark gegen Krone Hit Radio*: Antenne Steiermark hatte 2/3 ihrer Hörer verloren (nach dem Marktanteil), durch den Text „Antenne Steiermark liegt beinahe vernichtet am Boden“ sowie die Darstellung eines zerrissenen Logos der „Antenne Steiermark“ wurde das Maß einer sachlichen, an den Fakten orientierten vergleichenden Berichterstattung über das Konkurrenzunternehmen bei weitem überschritten und die Antenne Steiermark in ihrem Kredit geschädigt und angeschwärzt. *isD* § 7 UWG behaupten und Verbreiten.<sup>70</sup>

- b) Nach § 7 UWG klagbar sind nur Tatsachenbehauptungen, nicht Meinungen (wegen Abgrenzung zur Meinungsfreiheit).

---

<sup>65</sup> OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 103/10s, *Österreich/Krone*.

<sup>66</sup> OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 235/18d, *Österreich/Krone*; Parallelentscheidung OGH 19. 4. 2018, 4 Ob 74/18p.

<sup>67</sup> OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 64/14m.

<sup>68</sup> OGH 23. 3. 2010, 17 Ob 18/09k, *Gute Laune Tee*.

<sup>69</sup> OGH 13. 7. 2010, 4 Ob 112/10i: Erfolgreiche Klage *Claudia Haider* gegen Tageszeitung *Österreich* wegen Behauptung/Zitat, dass der verstorbene LH Dr *Jörg H* homosexuell oder bisexuell gewesen sei ("Deutsche outen *Jörg Haider*: Haider-Liebhaber erzählt in 'BILD' seine ganze Story"). Ebenso OGH 24. 6. 2010, 6 Ob 71/10z: Erfolgreiche Klage *Claudia Haider* gegen *NEWS* wegen eines inhaltsgleichen Interviews auf [www.news.at](http://www.news.at) mit dem (angeblichen) Liebhaber. Diese in juristischen Fachzeitschriften mehrfach (!) und im Internet auf [www.ris.bka.gv.at/jus](http://www.ris.bka.gv.at/jus) veröffentlichten OGH-Entscheidungen sind übrigens ein Beispiel für den sog "**Streisand-Effekt**". Der höchstpersönliche Lebensbereich ist rechtlich mehrfach geschützt, vgl OLG Wien 6. 2. 2012, 18 Bs 342/12z, MUR 2012, 14: keine Berichterstattung über familiäre Streitigkeiten rund um den 100. Geburtstag des Cafetiers *Leopold Hawelka*.

Ebenfalls *Streisand-Effekt*: Urteil auf Unzulässigkeit und Unterlassung der Berichterstattung über Scheidung und Rosenkrieg der ehem Außenministerin *Karin Kneissl* im Standard, OLG Wien 17. 2. 2021, 17 Bs 293/20t, MuR 2021, 60.

Weiterer *Streisand-Effekt*: Der Ex-FPÖ-Chef *Heinz-Christian Strache* klagte wegen Verletzung des Privatlebens durch die Medienberichte, dass er auf Parteikosten das Potenzmittel *Cialis* gekauft habe (zwar anonymisiert, aber klar erkennbar in der veröffentlichten E OGH 27. 4. 2022, 15 Os 109/21z, 15 Os 110/21x).

Aber: Zulässigkeit der Prozessberichterstattung mit Erwähnung der sexuellen Vorlieben bei einem Prominenten lt BGH 19. 3. 2013, VI ZR 93/12, *Wettermoderator Jörg Kachelmann*.

Zum **postmortalen Persönlichkeitsschutz** siehe auch EGMR 12. 1. 2016, 55495/08, MRK-konforme Verurteilung von *Michael Genner* wegen grundloser Beleidigung der verstorbenen Innenministerin (2004–2006) *Liese Prokop*. Hinweis: Grundsätzlich haben Verstorbene keinen geringeren Persönlichkeitsschutz als Lebende (vgl OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 212/20z) und durch das Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetz (HiNBG, ab 1. 1. 2021) wurde der postmortale Persönlichkeitsschutz in § 17a und § 20 ABGB neu geregelt.

<sup>70</sup> OGH 5.11.2002, 4 Ob 211/02m.

Bei unwahren Tatsachenbehauptungen oder bei Werturteilen, basierend auf unwahren Tatsachenbehauptungen, gibt es kein Recht auf freie Meinungsäußerung. Werturteile, die konkludente Tatsachenbehauptungen sind, dürfen daher nicht schrankenlos geäußert werden. Bei der gebotenen Interessenabwägung im Konflikt des Rechts auf freie Meinungsäußerung mit dem absolut geschützten Gut der Ehre ist die Wichtigkeit des Themas für die Allgemeinheit, in dessen Rahmen die ehrverletzende, im Tatsachenkern richtige Äußerung fiel, eines von mehreren Beurteilungskriterien, das den Ausschlag für die Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes geben kann.<sup>71</sup>

Werturteile sind durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt, wenn sie auf ein im Kern wahres Tatsachensubstrat zurückgeführt werden können und die Äußerung nicht exzessiv ist. Exzessiv ist ein Werturteil, wenn es weit über das hinausgeht, was vernünftigerweise auf den Tatsachenkern zurückgeführt werden kann und dadurch die nach Art 10 EMRK zulässige Kritik überschreitet.<sup>72</sup> Beispiel: Äußerung des Bekl, er habe mit dem Geschäftsführer der Kl „schlechte Erfahrungen“ gemacht (es kam anlässlich eines Wohnungskaufs zu „Ungereimtheiten“ hinsichtlich der Maklerprovision und zu „zähen Verhandlungen“), ist ein Werturteil mit ausreichendem Tatsachensubstrat.<sup>73</sup>

Die *Ärzttekammer Wien* und deren Präsident Prim MR Dr *Walter Dorner* dürfen die *Futurelab Holding GmbH* nicht als "Heuschrecke" bezeichnen,<sup>74</sup> zumal dieser Begriff mit konkreten für Heuschrecken typischen Verhaltensweisen konkretisiert worden war.<sup>75</sup>

c) Auslegungsvarianten gehen – wie immer im Lauterkeitsrecht - zu Lasten des Behauptenden.

Auch Mitteilungen, die nach § 7 UWG zu beurteilen sind, sind so auszulegen, wie sie von den angesprochenen Verkehrskreisen bei ungezwungener Auslegung verstanden werden, nicht so, wie sie gemeint waren oder verstanden werden sollten;<sup>76</sup> gelegentlich wird in diesem Zusammenhang auch vom Verständnis eines "unbefangenen Durchschnittslesers" gesprochen.<sup>77</sup> Diese Betrachtungsweise ist nicht nur für die Beantwortung der Frage maßgebend, ob überhaupt eine Tatsachenbehauptung vorliegt, sondern auch für die Konkretisierung des Inhalts. Dabei muss der Behauptende bei mehreren ernstlich in Betracht kommenden Deutungsvarianten die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen. Damit ist der Grundtatbestand des § 7 Abs 1 UWG erfüllt. Der Beklagte muss daher beweisen (bescheinigen), dass seine Behauptung wahr ist; sonst hat er die Behauptung zu unterlassen.

### 3. Schädigungseignung

Die Behauptung keinen "rasenden Erfolg" zu haben, unterstellt Misserfolge, die gegen geschäftliche Tüchtigkeit sprechen; kreditschädigende Äußerung; § 7-Verstoß (erfolgreiche Klage von *Kurt Falk* als Geschäftsführer der Tageszeitung *täglich alles*).<sup>78</sup>

Der bekl Facharzt hat in einem Schreiben an die Wiener Ärztekammer von den mit den Ärzten konkurrierenden Ambulatorien für medizinische und chemische Labordiagnostik behauptet, ihre Leistungen hätten "schlechte Qualität". Dieses Schreiben erhielten auch sämtliche niedergelassenen Fachärzte für medizinische und chemische Labordiagnostik in Wien. Zwei betroffene Ambulatorienbetreiber begeherten vom Bekl, diese Behauptung zu widerrufen und in Zukunft zu unterlassen. Das ErstG und das

<sup>71</sup> OHG 19. 3. 2013, 4 Ob 181/12i, *Lady-Bizarre-Hotels* (iZm § 1330 ABGB, nicht § 7 UWG).

<sup>72</sup> OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 103/08p, *Mediaprint ÖAK Auflagenkontrolle*.

<sup>73</sup> OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 209/17d, *Immobilienmakler*.

<sup>74</sup> OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 22/09b: *Ärzttekammer Wien* und deren Präsident Prim MR Dr *Walter Dorner*.

<sup>75</sup> Folgeprozess vgl EGMRK 16. 2. 2016, Bw 8895/10 (keine Verletzung des Art 10 MRK).

<sup>76</sup> OGH 21. 11. 2006, 4 Ob 184/06x; 4 Ob 2115/96z, *Auslaufmodelle*; RIS-Justiz RS0031883 T4, T14, 4 Ob 57/05v, *Zeitungskommentar*.

<sup>77</sup> OGH RIS-Justiz RS0031883; 4 Ob 207/05b, *Etikettenschwindel*; 4 Ob 105/06d, *ÖSV-Präsident*.

<sup>78</sup> OGH 14. 5. 2001, 4 Ob 79/01y, *Bunte Pleite*.

BerG wiesen dieses Klagebegehren ab, der OGH<sup>79</sup> gab dem Klagebegehren statt, dem Veröffentlichungsbegehren allerdings nur bezüglich einer Zeitung. Der OGH war, im Gegensatz zu den Vorinstanzen, der Ansicht, dass das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Verletzer und dem Verletzten bei einem Anspruch nach § 7 UWG nur insofern von Bedeutung sei, als bei herabsetzenden Äußerungen über einen Mitbewerber die Wettbewerbsabsicht zu vermuten sei. Die Wettbewerbsabsicht sei eine Tatbestandsvoraussetzung: § 7 UWG erfasse nur zu Zwecken des Wettbewerbs gemachte Tatsachenbehauptungen. Die Wettbewerbsabsicht brauche aber nicht der einzige oder wesentliche Beweggrund gewesen sein; sie dürfe nur gegenüber dem eigentlichen Beweggrund nicht völlig in den Hintergrund treten. Der Bekl müsse die ungünstigste Auslegung der aufgestellten Behauptung gegen sich gelten lassen.

4. Klageberechtigt ist der Betroffene, aber auch derjenige, dessen Unternehmen in der herabsetzenden Tatsachenbehauptung zwar nicht namentlich genannt, von ihr aber doch deutlich erkennbar betroffen wird.<sup>80</sup>
5. vertrauliche Mitteilungen, zB an die zur Verschwiegenheit verpflichtete Staatsanwaltschaft,<sup>81</sup> sind zulässig.

§ 7 Abs 2 UWG: "Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadenersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen musste."

ZB ist die Informationserteilung, dass man Konkursöffnungsantrag über einen anderen beantragt habe, samt Warnung, dass jeder sich um die Einbringlichmachung seiner Forderungen bemühen solle, herabsetzend iSd § 7 UWG, bes wenn der Insolvenzantrag abgewiesen wurde (und somit der Wahrheitsbeweis als gescheitert anzusehen ist).<sup>82</sup>

Der Vermerk "Vertraulich" auf einer Mitteilung reicht nicht, wenn nicht aus sonstigen Umständen klar ist, dass der Empfänger dem Vermerk auch entsprechen wird.<sup>83</sup>

6. Unterlassungsklage kann auch gegen Zeitung gerichtet werden (§ 3 UWG anwendbar<sup>84</sup>)
7. Fallgruppe "Schutzrechtsverwarnung"<sup>85</sup>
  - *Variante 1:* Der Warnende erklärt gegenüber einem Unternehmen (Dritter), dass ein anderes Unternehmen illegal in ein Schutzrecht eingreife (= Tatsachenbehauptung) → Herabsetzung iSd § 7 UWG, weil das geeignet ist, den Kredit oder den Betrieb zu schädigen; Beweispflicht des Warnenden
  - *Variante 2:* Der Warnende erklärt gegenüber jenem Unternehmen, das in sein Schutzrecht eingreife, dass das illegal und zu unterlassen sei (= Mahnbrief) → keine Herabsetzung iSd § 7 UWG; der Warnungsempfänger kann ev (durch Unterlassungsklage nach § 1 UWG, § 1295 Abs 2 ABGB) die Einstellung solcher Mahnungen erreichen.

Anmerkung: Parallel zu § 7 UWG gibt es auch **§ 1330 ABGB:**

---

<sup>79</sup> OGH 21. 1. 2003, 4 Ob 258/02y, *schlechte Qualität*.

<sup>80</sup> OGH 17. 2. 2015, 4 Ob 14/15k.

<sup>81</sup> Weitere Fälle, zB Mitteilung an Aufsichts- oder Standesbehörden, sind aufgezählt in OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 50/09w.

<sup>82</sup> OGH 19. 10. 2011, 4 Ob 91/11b.

<sup>83</sup> OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 202/16y.

<sup>84</sup> OGH 23. 9. 2008, 4 Ob 127/08t.

<sup>85</sup> So ausdr OGH 9. 2. 2010, 17 Ob 23/09w.

(1) Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, den Ersatz zu fordern.

(2) Dies gilt auch, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte oder kennen musste. In diesem Falle kann auch der Widerruf und die Veröffentlichung desselben verlangt werden. Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwahrheit der Mitteilende nicht kennt, haftet er nicht, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.

Hinweis: Der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig; der Anspruch auf Widerruf ist verschuldensabhängig.<sup>86</sup>

## 2. § 9 UWG: Missbrauch von Unternehmenskennzeichen

### Geschützte Kennzeichen

- a) Name
- b) Firma
- c) besondere Bezeichnungen (auch Domain Name) des Unternehmens oder eines Druckwerkes
- d) Geschäftsabzeichen (Logos), Ausstattung von Waren bei Verkehrsgeltung)
- e) **Marke** (Rechtsfolgen siehe §§ 51ff MarkSchG)

Die von § 9 UWG erfassten Fälle haben idR auch Irreführungscharakter (zB bei vergleichender Werbung Seite 42, Verwendung fremder Marken als Hinweis auf die eigenen Leistungen Seite 44 oder Keyword-Advertising Seite 45).

Sonderproblem: **Farbschutz** wird idR nicht anerkannt außer bei Verkehrsgeltung vor Markenmeldung. Bei der Verkehrsgeltung einer Farbe legt der OGH einen strengen Maßstab an und nimmt für Farben daher angesichts des Umstands, dass Farben und Farbverbindungen zu den wichtigsten und gebräuchlichsten Werbemitteln gehören, ein bedeutendes Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs an. Freilich gilt dieser Grundsatz nicht in gleichem Maß für alle Farbtöne.<sup>87</sup> Nach dem EuGH darf für den Verkehrsgeltungsnachweis nicht mindestens 70% Zuordnungsgrad verlangt werden.<sup>88</sup> Der BGH verlangte für den Farbschutz (Blau Pantone 280 C von Nivea) einen Zuordnungsgrad von über 50%.<sup>89</sup> Je unüblicher ein Farbton, desto geringer ist das Freihaltebedürfnis, desto größer ist auch die Kennzeichnungskraft. Die Entscheidung hängt im Einzelfall davon ab, wie stark die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens ausgeprägt ist.<sup>90</sup> So ist etwa die Farbe Himmelblau (RAL:5015) für landwirtschaftliche Maschinen (KI 7) durchaus nicht ungewöhnlich und daher nicht als Marke schützbar.<sup>91</sup>

Umgekehrt kann eine Ausstattung nur in ihrer konkreten Erscheinungsform (bestimmter Farbton, Farbflächen oder Farbaufteilung) Schutz genießen.<sup>92</sup>

Verkehrsgeltung und somit Schutz der Farbe wurde angenommen für

- die Farbkombination Blau-weiß für Tankstellen "ARAL" bei einem Zuord-

<sup>86</sup> OGH 9. 10. 2014, 6 Ob 106/14b.

<sup>87</sup> Vgl OGH 12. 4. 1994, 4 Ob 37/94.

<sup>88</sup> EuGH 19. 6. 2014, C-217/13 und C-218/13, *Oberbank AG und Banco Santander SA gegen Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV (DSGV)* wegen "Sparkassen-Rot". BGH 21. 7. 2016, I ZB 52/15.

<sup>89</sup> BGH 9. 7. 2015, I ZB 65/13, *Nivea-Blau*.

<sup>90</sup> OGH 21.11.2017, 4 Ob 203/17g, quadratische Folienverpackung in zweifarbiger Ausführung für Waren der Klasse 30 (Zuckerwaren, Schokoladewaren, Feine Backwaren, insbesondere gefüllte Waffelschnitten), Bildmarke IR 1169244.

<sup>91</sup> EuG 26. 10. 2022, T-621/21.

<sup>92</sup> Vgl OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 126/01k.

- nungsgrad aller PKW-Besitzer in Österreich von 85%;<sup>93</sup>
- die Verwendung eines roten Sonderfarbtönen für juristische Fachwerke (*MANZ-Verlag*) bei einem Zuordnungsgrad von mehr als 90%;<sup>94</sup>
- Farbschutz (konturlos-abstrakte Farbmarke eingetragen) sogar ohne Verkehrsgeltung: Farbe "Verkehrspurpur" für Rohrendkappen, die zum Transport- und Lagerschutz auf Öl- und Gasleitungsrohren angebracht werden;<sup>95</sup>
- Die roten Sohlen des Luxusshuhherstellers Louboutin konnten als Marke in Benelux-Ländern geschützt werden (spezieller Farbton Pantone 18-1663TP, nicht die Form der Ware ist als Marke geschützt)<sup>96</sup>
- bekannte Farbmarke blau/silber von *Red Bull Energy Drinks*<sup>97</sup>
- *Nivea*-Blau aufgrund Verkehrsgeltungsnachweises (Pantone 280 C)<sup>98</sup>
- Ein spezifischer Goldton für Schokoladehasen (*Lindt Goldhase*) hat in Deutschland einen Zuordnungsgrad von 70% und kann daher Markenschutz – Farbmarke "gold (Pantone Premium Metallics coated 10126 C)" – genießen<sup>99</sup>

Verneint wurde die Verkehrsgeltung

- der Farbe Blau für Wasserrohre "*Kelit Hit*" bei einem Zuordnungsgrad unter Hinweis auf ein bestehendes Freihaltebedürfnis für Mitbewerber "*Cobrat-herm*" und Zuordnungsgrad 65%;<sup>100</sup>
- der Farbe Gelb: Die *Österr Post* konnte der *Swiss Post* mangels Verwechslungsgefahr/Irreführung nicht die Verwendung der gelben Farbe als Hintergrundfarbe bei Inseraten untersagen;<sup>101</sup>
- der Farbe Rot (RAL 3020) für einen roten Werkzeugkoffer von *Hilti* trotz eingetragener Marke;<sup>102</sup>
- blauviolett für Schokoladeverpackung<sup>103</sup>
- Verneinung der Unterscheidungskraft für Transportdienstleistungen bei der Farbkombination Lichtgrau/Verkehrsröt/Lichtgrau (im Verhältnis 7:1:2)<sup>104</sup>
- Verneinung der erworbenen Verkehrsgeltung bei nur 50% Kennzeichnungsgrad der Farbe Orange (RAL 2008) und einem Marktanteil von unter 15%.<sup>105</sup>

Unterscheide davon die – auf einen Verkehrsgeltungsnachweis gestützte – **Anmeldung** von (konturlosen) Farben oder Farbkombinationen als **Marke**; Beispiele:<sup>106</sup>

<sup>93</sup> OGH 20. 11. 1973, 4 Ob 335/73.

<sup>94</sup> OGH 25. 2. 1997, 4 Ob 28/97i.

<sup>95</sup> OPM 22. 12. 2010, OBM 2/10, *Verkehrspurpur*. Zurückhaltender aber: VwGH 6. 10. 2009, 2006/04/0178, unter Verweis auf die restriktive Jud EuGH 24. 6. 2004, C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*; EuGH 6. 5. 2003, C-104/01, *Libertel*.

<sup>96</sup> EuGH 12. 6. 2018, C-163/16, *Christian Louboutin SAS/Van Haren Schoenen BV (Deichmann)*; aA Schweizer Bundesgericht 2017.

<sup>97</sup> OGH 12. 6. 2012, 17 Ob 27/11m, *Run Cool*.

<sup>98</sup> Bundespatentgericht (BPatG) 2019, 27 W(pat) 1/17, (ggT noch Deutsches Patent- und Markenamt (DPMA). *Beiersdorf* gegen *Unilever*.

<sup>99</sup> BGH 9. 7. 2021, I ZR 139/20, *Lindt-Goldhase* gg die schwäbische Konfiserie *Heilemann* (ggT noch OLG München 30. 7. 2020, 29 U 6389/197). Beachte: Im Jahr 2013 verlor *Lindt* vor dem BGH gegen die Confiserie *Riegelein* aus Mittelfranken, die ebenfalls einen goldenen Hasen im Angebot hatte; damals ging es aber darum, ob der *Lindt-Goldhase* insgesamt Markenschutz genießt und jedweden anderen goldigen Osterhasen vom Markt ausschließen könne.

<sup>100</sup> OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 126/01k.

<sup>101</sup> OGH 6. 7. 2004, 4 Ob 136/04k, *Postgelb*.

<sup>102</sup> OGH 11. 3. 2008, 17 Ob 2/08f, *Hilti* gegen *Wilwaukee*.

<sup>103</sup> OGH 1. 9. 1959, 4 Ob 323/59, *Milka*. Diese Entscheidung dürfte aber überholt sein.

<sup>104</sup> EuGH 7. 12. 2011, C-45/11P, Ablehnung der Markeneintragung für *Deutsche Bahn AG*.

<sup>105</sup> OGH 31. 1. 2023, 4 Ob 5/23y (Kennzeichnungsgrad 41%); OGH 20. 10. 2020, 4 Ob 101/20m: konturlose Farbmarke RAL 2008 Orange für Dienstleistungen der Klasse 35 (Bau- und Heimwerkerbedarfshandel).

<sup>106</sup> Der EuGH 24. 6. 2004, Rs C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*, (unter Bezugnahme auf das Urteil vom 6. 5. 2003, Rs C-104/01, *Libertel*) hat sich mit der ihm vorgelegten Frage (Rn 14) befasst, ob auch konturlos beanspruchte Farben oder Farbzusammenstellungen die Anforderungen an die Markenfähigkeit erfüllen können. Er hat dazu (Rn 22) ausgeführt, dass auch Farben oder Farbzusammenstellungen eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein können, wenn sie drei Voraussetzungen erfüllen. Erstens müssen sie ein Zeichen sein. Zweitens müssen sich diese Zeichen grafisch darstellen lassen. Drittens müssen diese Zeichen geeignet sein, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Hinweis auf das Urteil *Libertel*, Rn 23). Zwar könnten, wie bereits aus dem Urteil *Libertel* hervorgehe, Farben



- Rosa (*Manner*) für Süßwaren, Backwaren, Waffeln
- Gelb (*Post AG*) für Transportdienstleistungen (trotzdem erfolglose UWG-Klage der *Post AG*, vgl FN 101)
- deutsche Farbmarke "Gelb HKS 5" für "zweisprachige Wörterbücher in Printform" von *Langenscheidt*
- Blau/Gelbgrün (*OMV*)
- Gelb für zweisprachige Wörterbücher von *Langenscheidt*
- Der BGH entschied, dass die für das Bankengeschäft mit Privatkunden eingetragene konturlose Farbmarke Rot (HKS 13) des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands e. V. als "verkehrsdurchgesetztes Zeichen" nicht gelöscht werden muss.<sup>107</sup>
- Hingegen wurde vom EuGH der Markenschutz für alkoholfreie Erfrischungsgetränke für die Blau-Silber-Farbkombination von *Red Bull* verweigert.<sup>108</sup>

### 3. EuGH zu Per-se-Verboten (§ 9a UWG Zugabenverbot und weitere unwirksame Verbote)

#### a) Aufgehoben: § 9a UWG (Zugabenverbot)

§ 9a UWG verbot das Anbieten oder Gewähren von (unentgeltlichen) Zugaben zu einer entgeltlichen Hauptware. Durch diesen § 9a UWG (abstraktes Gefährdungsdelikt) war Mitbewerber- und Verbraucherschutz vor Preisverschleierung angestrebt; aber die URL-GP schützt die Verbraucher durch **Vollharmonisierung** (daher sind keine weitergehenden Per-se-Verbote im UWG laut EuGH zulässig). Infolge der **EuGH-Jud Familiapress-Laura** (1997)<sup>109</sup>, **VTB-VAB NV/Total Belgium NV** (2009)<sup>110</sup>, **Plus** (2010)<sup>111</sup> und (im österreichischen Ausgangsverfahren) **Fußballer des Jahres** (2010)<sup>112</sup> waren **Zugaben B2C** (entgegen dem noch nicht bereinigten<sup>113</sup> Wortlaut von § 9a Abs 1 Z 1 UWG) **zulässig**. Nur im B2B-Bereich hingegen griff die UGP-RL (und diese EuGH-Jud) nicht, so dass das Zugabenverbot für Werbung B2B weiter galt<sup>114</sup> (§ 9a Abs 1 Z 2 Satz 1 UWG, hier ging es um den Schutz jener Unternehmer, von denen nachfrage-mächtige Abnehmer Zugaben verlangen, was ohnedies schon durch § 5 KartG erfasst

---

bestimmte gedankliche Verbindungen vermitteln und Gefühle hervorrufen, sie seien aber ihrer Natur nach kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Sie seien dies umso weniger, als sie in der Werbung und bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden. Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, komme Farben nicht von vornherein Unterscheidungskraft zu, doch könnten sie diese in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet werden, eventuell infolge einer Benutzung erwerben (Rn 38 und 39 des Urteils *Heidelberger Bauchemie*). Daher auch ablehnende E des VwGH betr österr Markenmeldung von weiß-rot-grau für einen Schi-Verein, vgl VwGH 6. 10. 2009, 2006/04/0178.

<sup>107</sup> BGH nach EuGH (FN 88).

<sup>108</sup> EuGH 29. 7. 2019, C-124/18P, *Blau und Silber*.

<sup>109</sup> EuGH 26. 6. 1997, C-368/95, *Familiapress gg Heinrich Bauer Verlag* wegen Gewinnspiels in Zeitschrift *Laura*.

<sup>110</sup> EuGH 23. 4. 2009, verb Rs C-261/07 und C-299/07, *VTB-VAB NV* gegen *Total Belgium NV* wegen Kopplung (Zugabe) von 3 Wochen Gratis-Pannenhilfe (Abschleppservice) beim Kauf von mind 25 Litern Benzin bei *Total*; *Galatea BVBA* gegen *Sanoma Magazines Belgium NV* wegen Gutscheins für reduzierte Wäschereipreise, der der Zeitschrift *Flair* beigelegt war.

<sup>111</sup> EuGH 14. 1. 2010, C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft* (Einkaufskette *Plus* warb mit Bonusaktion "*Millionenchance*"): Der Fall betraf ein bundesdeutsches Ausgangsverfahren, in dem an den Warenkauf gekoppelt (somit als eine bislang auch in Deutschland verbotene Zugabe) eine Teilnahmeberechtigung am Gewinnspiel (Deutscher Lottoblock) verbunden war. Ein nationales gesetzliches Per-se-Verbot ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ist unionsrechtswidrig.

<sup>112</sup> Vorabentscheidungsersuchen OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 154/08p, **Fußballer des Jahres** (in diesem Fall klagte *Mediaprint den Zeitungsverlag Österreich* (Tageszeitung *Österreich*) wegen des Gewinnspiels "Fußballer des Jahres" als Zugabe); der OGH verwies darauf, dass die *Laura*-Entscheidung des EuGH (s FN 109) überholt sein könnte; dazu EuGH 9. 11. 2010, C-540/08, worauf der OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 208/10g, die Klage abwies (Zugabe zulässig).

<sup>113</sup> Der nicht bereinigte Wortlaut war aber wegen Irreführungseignung gegenüber den Normunterworfenen eigentlich unionsrechtlich unzulässig ("principle of legal certainty").

<sup>114</sup> So ausdr OGH 22. 11. 2011, 4 Ob 162/11v, Klage gegen *LR Health & Beauty Systems GmbH* wegen *Schnellstarterprämien*; ebenso OGH 20. 12. 2011, 4 Ob 121/11i, *Schutzverband* gegen *XXXLutz* wegen *Die schnellste Küche Österreichs II*.

ist). Nach Ansätzen in der Lit<sup>115</sup> wegen der dadurch resultierenden Schräglage, dass der Unternehmer (durch ein weiterhin gültiges Per-se-Verbot) besser geschützt würde als der Verbraucher<sup>116</sup> und wegen der schon bisher geringen Relevanz im B2B-Bereich,<sup>117</sup> entschloss sich der Gesetzgeber zur **Totalaufhebung des § 9a UWG**.<sup>118</sup>

Es ist also nun davon auszugehen, dass Wertreklame die rationale Kaufentscheidung des Durchschnittsverbrauchers normalerweise nicht beeinträchtigt.

Strengere Regeln gelten aber weiterhin zB im Bereich der Pharmawerbung (vgl § 55a Abs 1 AMG<sup>119</sup>).

**b) Aufgehoben: § 9c UWG (Einkaufsausweise, Berechtigungsscheine)**

Im Gesetz als "Gefährdungsverbot"<sup>120</sup> formuliert gewesen; ist ein laut Unionsrecht **unzulässiges** (unanwendbares), aber im Gesetz bis 2022 noch vorhandenes Per-se-Verbot. Nun ausdrücklich aufgehoben.

**c) § 28 UWG – Per-se-Verbot des glückspielartigen Warenvertriebes**

Dieses gesetzliche Verbot wird als unionsrechtlich **unzulässig** angesehen.<sup>121</sup>

**d) Aufgehoben: § 30 UWG (Per-se-Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren)**

Diese Bestimmung mag zwar in Hinblick auf den freien Warenverkehr (Art 34 AEUV ex 28 EG) als "zulässige Verkaufsmodalität" (vgl 5. Doppelstunde) zulässig sein,<sup>122</sup> nicht aber als Per-se-Verbot im Licht der RL-UGP, weil das Verbot nicht im Anhang aufgezählt ist;<sup>123</sup> unzulässig wäre nur eine Irreführung.

Aufgrund eines Mahnschreibens (Statement of Objections) der EK<sup>124</sup> "musste" der Gesetzgeber mit der UWG-Novelle 2015<sup>125</sup> dieses richtlinienwidrige Per-se-Verbot in

---

<sup>115</sup> So nun auch *Woller*, Zugabenverbot: Totgesagte leben länger, *ecolex* 2011, 435.

<sup>116</sup> So *Haberkamm/Kühne*, Zugabe! Zugabe! Ist nach dem "Fußballer-des-Jahres"-Urteil bald alles erlaubt? *ÖBI* 2011, 52.

<sup>117</sup> So *Gamerith*, Künftige Auswirkungen der "Fußballer des Jahres"-Rechtsprechung? *ÖBI* 2011, 97.

<sup>118</sup> *KaWeRÄG* 2012 (BGBl I 13/2013) ab 12.1.2013.

<sup>119</sup> "Im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel bei den zur Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen ist es verboten, diesen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang."

<sup>120</sup> So *Gamerith* (FN 117).

<sup>121</sup> Unwirksamkeit ausdr vertreten von *Wolfgang Schuhmacher*, *wbl* 2010, 612 [616] mwN.

<sup>122</sup> EuGH 25. 3. 2004, C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH* gegen *Troostwijk GmbH*.

<sup>123</sup> Unwirksamkeit ausdr vertreten von *Wolfgang Schuhmacher*, *wbl* 2010, 612 [615]; *Handig*, *ecolex* 2004, 502 [504].

<sup>124</sup> Mahnschreiben EK 26. 9. 2013, C(2013) 6080 final, Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2013/2168, weil die Republik Österreich ihre Verpflichtungen aus der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (RL-UGP) nicht vollständig erfüllt habe.

<sup>125</sup> BGBl I 2015/49.

§ 30 UWG streichen (und weitere Gesetzesanpassungen<sup>126</sup> vornehmen).

Übrigens drohte auch Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren, weshalb der deutsche Gesetzgeber zu einer großen Novellierung des dUWG gezwungen war, um die UGP-RL ausreichend umzusetzen.<sup>127</sup>

Aufrecht bleibt die –ähnliche Ziele verfolgende – Z 7 des Anhangs des UWG ("unrichtige Behauptung, dass das Produkt nur eine sehr begrenzte Zeit oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar sein werde, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten, so dass er weder Zeit noch Gelegenheit hat, eine informierte Entscheidung zu treffen")

#### e) § 33a UWG: Per-se-Verbot der Ankündigung von Ausverkäufen

Nach einer EuGH-E ist eine Ausverkaufsankündigung ohne behördliche Bewilligung nicht mehr generell verboten, es sei denn, sie verstößt gegen Z 7 des Anhangs (unrichtige Behauptung).<sup>128</sup> Auch eine Verwaltungsstrafe mangels Einholung einer Ausverkaufsbewilligung ist nicht mehr zu verhängen.<sup>129</sup>

Der zuvor zu restriktive Gesetzestext wurde ab 12. 7. 2013 novelliert:<sup>130</sup> Die Änderung reduziert den Bewilligungstatbestand auf den Fall der Ankündigung von Ausverkäufen wegen Geschäftsaufgabe bzw –verlegung (hier erschien dem Gesetzgeber zum grundsätzlichen Gebot der Lauterkeit eine Vorabbewilligung als angebracht, zumal eine Überprüfung ex post in diesen Fällen, zB nach Geschäftsaufgabe, schwierig bis unmöglich ist).

Siehe auch Z 15 des Anhangs zum UWG.

Für den Fall der Ankündigung von beschleunigten Ausverkäufen aufgrund von Elementarereignissen, wie Hochwasser, Brand oä soll das Bewilligungsverfahren durch eine Anzeige ersetzt werden (§ 33a Abs 6 UWG).

#### f) Spritpreisverordnung

Das in der Spritpreis-VO enthaltene Per-se-Verbot von gewissen Preiserhöhungen wird ebenfalls als **unzulässiges Verbot** angesehen.<sup>131</sup>

#### g) § 5 Abs 2 Buchpreisbindungsg

Auch das Per-se-Verbot der Bewerbung von zulässigen Preisunterschreitungen laut Buchpreisbindungsg ist unionsrechtlich **unzulässig**.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> Ergänzung zu § 1a Abs 2 UWG (aggressive Geschäftspraktik), § 2 Abs 4, 5 und 6 UWG (irreführende Geschäftspraktiken), § 2a UWG (vergleichende Werbung); Entfall von § 30 UWG (Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren) und § 34 Abs 2 UWG (Subsidiarität einer verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit).

<sup>127</sup> Helmut Köhler, Das neue UWG 2015: Was ändert sich für die Praxis? NJW 2016, 593.

<sup>128</sup> Aufgrund Vorabentscheidungsersuchens (Art 267 AEUV) des OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 154/10s, Köck Totalabverkauf nun EuGH 17. 1. 2013, C-206/11. Die Unwirksamkeit wurde schon vertreten von Wolfgang Schuhmacher, wbl 2010, 612 [615] mwN, nun auch von OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 15/13d, Abverkauf Kinderbekleidung in Innsbruck.

<sup>129</sup> VfGH 6. 3. 2013, 2011/04/0045.

<sup>130</sup> BGBl I 2013/112.

<sup>131</sup> Lothar Wiltschek, Weitreichender unlauterer Wettbewerb, GesRZ 2012, 68 im Anschluss an Schuhmacher, Das Ende der österreichischen Perse-Verbote von Geschäftspraktiken, wbl 2010, 612. Vorabentscheidungsersuchen pendent aufgrund VfGH 21. 10. 2015, 2012/17/0097 (keine Problematik hingegen sah VfGH 11. 3. 2010, V 56/09).

<sup>132</sup> Schuhmacher wbl 2010, 612; R Heidinger MR 2010, 347 [351]. Hingegen hält Handig, Zahlreiche unzulässige "per se"-Verbote, ÖBl 2011, 196 diese Bestimmung für zulässig, weil außerhalb des Anwendungsbereiches der UGP-RL, ebenso Tonninger, OGH sollte, eolex 2012, 622 [623].

#### 4. § 27 UWG: Verbot des Schneeballsystems (pyramid sales, auch Z 14 des Anhangs zum UWG)

Ein Schneeballsystem<sup>133</sup> ist dann eine unlautere Geschäftspraxis, wenn ein solches System vom Verbraucher einen finanziellen Beitrag im Austausch für die Möglichkeit verlangt, eine Vergütung zu erzielen, die hauptsächlich durch die Einführung neuer Verbraucher in ein solches System (und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten) zu erzielen ist.<sup>134</sup>

Das Rückforderungsrecht steht allein dem Kunden zu (als dem alleinigen Schutzsubjekt des Verbots von Schneeballsystemen und Pyramidenspielen), nicht aber dem Veranstalter des Schneeballsystems. Dass der Kunde dabei die „schon empfangene Ware“ zurückzustellen hat, die Abgeltung einer vom Veranstalter verrichteten Leistung aber nicht vorgesehen ist, beruht offenkundig auf der Erwägung, dass sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.<sup>135</sup>

*Anmerkung zur Abgrenzung:* In § 168a StGB sind Ketten- und Pyramidenspiele strafrechtlich untersagt; auch Betrug (§§ 146 ff StGB) kommt in Frage. Auch **Z 14 Anh UWG** (schwarze Liste) nennt die Einführung, Betrieb oder Förderung eines Schneeball-Systems (§ 27 UWG) zur Verkaufsförderung, bei dem der Verbraucher die Möglichkeit vor Augen hat, eine Vergütung zu erzielen, die überwiegend durch das Einführen neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist, und zwar dort als **irreführende** Geschäftspraktik. Diese Bestimmung verweist auf die Definition des Schneeball-Systems in § 27 Abs 2 UWG, die ein vom Kunden unbedingt zu leistendes Entgelt für die Lieferung einer Ware oder die Verrichtung einer Leistung vorsieht, welche davon abhängig gemacht wird, dass der Kunde dem Unternehmen des zusichernden oder eines anderen weitere Abnehmer zuführt, die in ein gleiches Vertragsverhältnis treten.<sup>136</sup>

#### 5. § 28a UWG: Erlagscheinwerbung, Adressbuchschwindel (auch Z 21 des Anhangs zum UWG)

§ 28a UWG betrifft nur B2B und ist daher nicht von der RL-UGP, die ja nur B2C abschließend regelt, betroffen; § 28 UWG ist aber unnötig, weil nahezu identisch mit Z 21 des Anhangs.

Es gibt unterschiedliche praktische Ausgestaltungen;<sup>137</sup> tw auch strafrechtlich als Betrug zu verfolgen.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> In den Erläuterungen zur Novelle 2015 (vgl FN 126) wird auf EuGH FN 134 hingewiesen und dazu angemerkt, dass Anhang Z 14 UWG so wie Anhang I Nr 14 RL-UGP dahin auszulegen ist, dass ein Schneeballsystem nur dann unter allen Umständen eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, wenn ein solches System vom Verbraucher einen finanziellen Beitrag – gleich welcher Höhe – im Austausch für die Möglichkeit verlangt, eine Vergütung zu erzielen, die hauptsächlich durch die Einführung neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist.

<sup>134</sup> EuGH 3. 4. 2014, C-515/12, *4finance* (Litauen). Der OGH 2. 10. 2018, 9 Ob 40/18z, nennt das "Vereinbarungen, in denen einem Kunden gegen ein unbedingt zu leistendes Entgelt die Lieferung einer Ware oder Verrichtung einer Leistung „unter der Bedingung zugesichert“ wird, dass er dem Unternehmen weitere Abnehmer zuführt"

<sup>135</sup> OGH 2. 10. 2018, 9 Ob 40/18z: Die geschlossenen Verträge sind nichtig (§ 879 ABGB) und als solche bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Zust OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 10/19b.

<sup>136</sup> Zur Abgrenzung von Z 14 Anh UWG zu § 27 UWG vgl *Gamerith/Mildner*, Zum Verbot des Abschlusses von Verträgen nach dem Schneeballsystem nach altem und neuem Lauterkeitsrecht, ÖBl 2010, 4.

<sup>137</sup> Zur Phänomenologie s *Hannes Seidelberger*, Täuschende Eintragungsangebote nehmen massiv zu, ÖBl 2010, 244.

<sup>138</sup> Vgl OGH 25. 10. 2007, 13 Os 127/07m; BGH 26. 4. 2001, 4 StR 439/00. Allerdings bezweifelt der OGH in Strafsachen auch bisweilen die Täuschungseignung, vgl OGH 26. 8. 2014, 11 Os 64/14t (noch dazu in einem

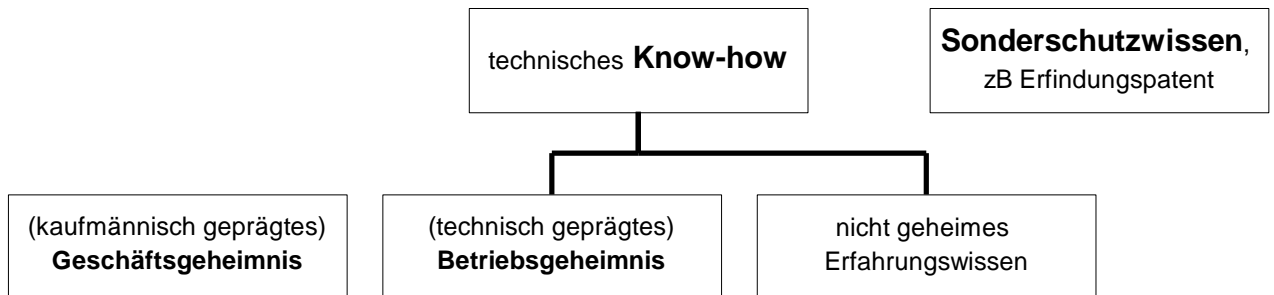
## 6. § 10 UWG: Bestechung (auch § 153a, §§ 168c-168e StGB)

(Näheres in der VO 330.226 Wirtschaftsrecht)

## 7. § 11, §§ 26a ff UWG: Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

(a) Begriff

Klassische Begriffsbildung:



technisch geprägtes Betriebsgeheimnis: Konstruktionszeichnungen, Rezepturen, Muster, Formeln, Arbeitsbeschreibungen

Definition "Know-how" nach der Technologietransfer-GVO (vgl 3. Doppelstunde)

Andere Definition nach der vertGVO (vgl 3. Doppelstunde).

Teilweise wird auch in höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht genau zwischen Geschäftsgeheimnis und Betriebsgeheimnis unterschieden.<sup>139</sup>

Nach einem Entwurf der EK aus 2013 und ausgiebigen Diskussionen wurde eine EU-Richtlinie zur Harmonisierung erlassen.<sup>140</sup> Die Mitgliedsstaaten mussten diese RL bis 19. 6. 2018 in nationales Recht umsetzen. Österreich (und etliche andere MS) taten dies verspätet. Österreich hat die Bestimmungen in §§ 26a–26j UWG integriert.<sup>141</sup>

Dort (Art 2 RL; § 26b Abs 1 UWG) bezeichnet der Ausdruck **Geschäftsgeheimnis** "Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen: a) Sie sind in dem Sinne **geheim**, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind; b) sie

Fall, in welchem OGH 21. 6. 2011, 4 Ob 45/11p das Formular bereits als irreführend iSd UWG qualifiziert hatte).

<sup>139</sup> OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 55/14p spricht vom Betriebsgeheimnis und meint Geschäfts- und Betriebsgeheimnis (Geheimnis kommerzieller oder technischer Art).

<sup>140</sup> Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl EU 15. 6. 2016, L 157/1.

<sup>141</sup> UWG-Novelle 2018, BGBl I 2018/109, ausgegeben am 28. 12. 2018, in Kraft seit 29. 1. 2019.

sind von **kommerziellem Wert**, weil sie geheim sind; c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen **Geheimhaltungsmaßnahmen** durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Gemäß dieser Definition werden mE die Begriffe *Betriebsgeheimnis und Geschäftsgeheimnis* **zusammengefasst**.

Der Quellcode eines Computerprogramms kann grundsätzlich ein Geschäftsgeheimnis iSd § 26b Abs 1 UWG sein.<sup>142</sup>

Sind die Informationen zwar geheim, aber nicht von kommerziellem Wert, kann eine Klage nicht auf §§ 26a ff UWG zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen gestützt werden.<sup>143</sup>

Mit anderen Worten: Ein Geschäftsgeheimnis, mag es noch so vertrauliche und wirtschaftlich relevante Fakten enthalten, ist zukünftig nicht mehr geschützt, wenn das Unternehmen keine Maßnahmen zu seinem Schutz gesetzt hat. Als Beispiele für angemessene Vorkehrungen zur Aufrechterhaltung nennen die Gesetzesmaterialien

- Etablierung von Verfahren, die die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen nur an ausgewählte vertrauenswürdige Personen sicherstellen;
- Erstellung einer Liste der Geschäftsgeheimnisse;
- IT-Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz des Knowhows;
- Mitarbeitergespräche zur Sensibilisierung für die Vertraulichkeit;
- Schaffung einer geübten Praxis (zB bestimmte Arbeitsschritte werden nur von bestimmten Personen durchgeführt);
- Festsetzen einer Unternehmenspolitik hinsichtlich des Umgangs mit Geschäftsgeheimnissen und ihre nachvollziehbare Dokumentation.

Diese Beispiele zeigen, dass mehrere Möglichkeiten zur Etablierung eines anerkannten Schutzsystems bestehen. Welche konkreten Maßnahmen zu setzen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei laut den Gesetzesmaterialien insbesondere die Branche und Größe des Unternehmens, daneben wohl aber auch die Sensibilität des Geschäftsgeheimnisses und die Menge an zu schützendem Knowhow zu berücksichtigen sind.

### **Rechtswidriges und rechtmäßiges Verhalten sind definiert**

Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten ist nach den neuen Regeln dann rechtswidrig, wenn dieser durch unbefugten Zugang, Aneignung oder ähnlichem geschieht oder – auslegungsbedürftig – mit einer seriösen Geschäftspraktik nicht vereinbar ist. Wichtig: Auch abgeleitete, rechtswidrige Aneignungen sind unzulässig. Weiß ein Dritter oder hätte er zumindest wissen müssen (Fahrlässigkeitsvorwurf), dass die betreffenden Informationen schon davor rechtswidrig genutzt oder veröffentlicht wurden, verstößt er bei der Weiterverwendung gegen den Geheimnisschutz. Rechtmäßig kann das Unternehmen neues Wissen hingegen insbesondere durch Zustimmung oder jede sonstige seriöse Geschäftspraktik erwerben und nutzen. Auch durch Rückbau (Reverse Engineering) kann Wissen künftig legal erlangt werden, was eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zum UWG darstellt.

### **Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Verfahren**

Letztlich bringt die Neuregelung auch Erleichterung bei der Rechtsdurchsetzung. Bislang müssen sich Unternehmen bei Verletzungsverfahren vor Gericht zwischen dem Verlust des Geheimnisses – durch Preisgabe der benötigten Information – und des Verfahrens – bei Entscheidung dagegen – entscheiden. Dies ist höchst unbefriedigend und soll nun durch Maßnahmen zur Sicherstellung der Vertraulichkeit in Prozessen verhindert werden. Dazu stehen derzeit zwei alternative Varianten in der Gesetzesbegutachtung am Prüfstand: Entweder sollen Vorkehrungen durch das Gericht (Einsicht in alle Details des Geschäftsgeheimnisses nur durch einen Sachverständigen) getroffen oder durch ein gerichtliches Geheimhaltungsgebot ein besserer Schutz erzielt werden.

---

<sup>142</sup> OGH 10. 12. 2020, 4 Ob 182/20y.

<sup>143</sup> OGH 26. 1. 2021, 4 Ob 188/20f, *Plasser & Theurer*.

## Einige Fragen bleiben unbeantwortet

Die neuen Vorschriften beantworten jedoch nicht alle offene Fragen. Ein Dauerbrenner bleibt weiterhin das Thema der Abgrenzung zwischen Erfahrungswissen, dass der Arbeitnehmer aus seinem alten Job bei der neuen Beschäftigung verwerten darf, und einem Geschäftsgeheimnis des alten Arbeitgebers. Relevant ist dies bei jedem Wechsel eines Mitarbeiters zu einem konkurrierenden Mitbewerber oder mit dem Weg in die Selbständigkeit. In der Rechtsprechung haben sich hier als grobe Leitlinien herausgebildet, dass bloßes Erfahrungswissen betroffen ist, wenn das Wissen generell in der Branche vermittelt wird; demgegenüber jedoch Geschäftsgeheimnisse mitgenommen werden, wenn Hilfsmittel wie Kundenlisten genutzt werden. Hier wäre eine Klarstellung im Entwurf hilfreich gewesen. Zumindest in den Gesetzesmaterialien hat der europäische Gesetzgeber das Problem erkannt. So vermeint er, dass die neuen Regeln nicht als Einschränkung der Freizügigkeit oder Mobilität der Arbeitnehmer verstanden werden sollen. Damit drückt er eine eher liberalere Sicht aus. Zugleich bleibt aber die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auch nach dem neuen Regime möglich.

## Handlungsbedarf für Unternehmen

Was bedeuten nun die neuen Bestimmungen konkret für das einzelne Unternehmen und welcher Handlungsbedarf leitet sich daraus ab? Dreh- und Angelpunkt zum Erhalt des nun größeren Schutzes ist die Implementierung der "*angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen*". Das erfordert in der Praxis eine Reihe von Schritten:

Zunächst sind die zu schützenden Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren. Nur auf diese Weise kann – sei es intern oder extern – der Status quo geprüft und eine entsprechende Liste erstellt werden.

Anschließend ist zu **evaluieren**, welche Maßnahmen aktuell zum Schutz der geheimen Informationen gesetzt werden und ob diese ausreichend sind. Erfahrungsgemäß ist hier eher mit einem entsprechenden Anpassungsbedarf zu rechnen, wurde das Thema bisher analog zu den schwachen gesetzlichen Regelungen eher vernachlässigt. Die Ergebnisse sind anschließend auf einer vertraglichen Ebene (Anpassung von Vertraulichkeits- und Dienstfindungsvereinbarungen; Belehrungen in Dienstverträgen) und in der gelebten Praxis (Implementierung von IT-Sicherheitsmaßnahmen; Etablierung von Abläufen im Umgang mit geheimen Informationen am Arbeitsplatz) **umzusetzen**. Ebenso sind dringend strukturierte Schulungen von Mitarbeitern in sensiblen Bereichen und mit Zugang zu Geschäftsgeheimnissen anzuraten.

Alle Schritte sind entsprechend zu **dokumentieren**. Dies betrifft insbesondere die Geschäftsgeheimnisse an sich, aber auch die getroffenen Maßnahmen. Diese sind dann auch laufend zu dokumentieren, damit der Schutz nicht über die Jahre durch Veralterung des Schutzgegenstandes und der Maßnahmen erodiert. Nur damit kann im Konfliktfall nachgewiesen werden, dass das Unternehmen tatsächlich "*angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen*" getroffen hat und daraus die Aufrechterhaltung des Schutzes begründen.

Auszug aus dem UWG:

### Zivilrechtliche Sonderbestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

#### Geltungsbereich

§ 26a. (1) Die Bestimmungen dieses Unterabschnitts enthalten zivil- und zivilverfahrensrechtliche Sonderbestimmungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

(2) Folgende Vorschriften bleiben von den Bestimmungen dieses Unterabschnitts unberührt:

1. Vorschriften, nach denen die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet sind, aus Gründen des öffentlichen Interesses Informationen, auch Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit oder den Verwaltungsbehörden oder den Gerichten offenzulegen, damit diese ihre Aufgaben wahrnehmen können;
2. Vorschriften, die den Organen und Einrichtungen der Union oder den nationalen Behörden vorschreiben oder gestatten, von Unternehmen vorgelegte Informationen offenzulegen, über die diese Organe, Einrichtungen oder Behörden in Einhaltung der Pflichten und gemäß den Rechten, die im Unionsrecht oder im nationalen Recht niedergelegt sind, verfügen;
3. Vorschriften über Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge einzugehen.

#### Begriffsbestimmungen

§ 26b. (1) Geschäftsgeheimnis ist eine Information, die

1. geheim ist, weil sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen zu tun haben, allgemein bekannt noch ohne weiteres zugänglich ist,
2. von kommerziellem Wert ist, weil sie geheim ist, und
3. Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person ist, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über diese Informationen ausübt.

(2) Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses ist jede natürliche oder juristische Person, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über ein Geschäftsgeheimnis besitzt.

(3) Rechtsverletzer ist jede natürliche oder juristische Person, die rechtswidrig Geschäftsgeheimnisse erwirbt, nutzt oder offenlegt.

(4) Rechtsverletzende Produkte sind Produkte, deren Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen beruhen.

Rechtswidriger Erwerb, rechtswidrige Nutzung und rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

§ 26c. (1) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses ist rechtswidrig, wenn er erfolgt durch

1. unbefugten Zugang zu, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien, die der rechtmäßigen Verfügungsgewalt durch den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses unterliegen und die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder aus denen sich das Geschäftsgeheimnis ableiten lässt;

2. jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraktik nicht vereinbar ist.

(2) Die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist rechtswidrig, wenn sie durch eine Person erfolgt, die

1. das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben hat oder

2. gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder eine vertragliche oder sonstige Verpflichtung, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen oder nur beschränkt zu nutzen, verstößt.

(3) Der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist weiters rechtswidrig, wenn eine Person zum Zeitpunkt des Erwerbs, der Nutzung oder der Offenlegung wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass ihr das Geschäftsgeheimnis unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person, die dieses rechtswidrig im Sinne des Abs. 2 genutzt oder offengelegt hat, bekannt geworden ist.

(4) Das Herstellen, Anbieten oder Inverkehrbringen von rechtsverletzenden Produkten oder die Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung von rechtsverletzenden Produkten für diese Zwecke ist ebenfalls eine rechtswidrige Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses, wenn die Person, die diese Tätigkeiten durchführt, wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass das Geschäftsgeheimnis rechtswidrig im Sinne des Abs. 2 genutzt oder offengelegt wurde.

Rechtmäßiger Erwerb, rechtmäßige Nutzung und rechtmäßige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen sowie Ausnahmen

§ 26d. (1) Mit Zustimmung des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses sind der Erwerb, die Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses rechtmäßig.

(2) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses ist rechtmäßig, wenn das Geschäftsgeheimnis

1. durch unabhängige Entdeckung oder Schöpfung,

2. durch Beobachtung, Untersuchung, Rückbau oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das bzw. der öffentlich verfügbar gemacht wurde oder sich im rechtmäßigen Besitz des Erwerbers der Information befindet, der keiner rechtsgültigen Pflicht zur Beschränkung des Erwerbs des Geschäftsgeheimnisses unterliegt,

3. durch Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter auf Information und Anhörung gemäß den bestehenden Vorschriften oder

4. durch jede andere Vorgehensweise, die unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraktik vereinbar ist, bekannt wird.

(3) Der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist rechtmäßig, wenn dies

1. durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben oder erlaubt ist, oder

2. in einem der folgenden Fälle erfolgt:

a) zur Ausübung des Rechts der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit gemäß der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;

b) zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung in Verbindung mit einem beruflichen Fehlverhalten oder einer illegalen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnis, sofern die Person, welche das Geschäftsgeheimnis erwirbt, nutzt oder offenlegt, in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

c) durch die Offenlegung von Arbeitnehmern gegenüber ihren Vertretern im Rahmen der rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben dieser Vertreter gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht, sofern die Offenlegung zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich war;

d) zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses.

Zivilrechtliche Ansprüche zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Verjährung

§ 26e. (1) Wer Geschäftsgeheimnisse rechtswidrig erwirbt, nutzt oder offenlegt, kann auf Unterlassung, Beseitigung und bei Verschulden auf Schadenersatz im Sinne des § 16 in Anspruch genommen werden. Darüber hinaus kann der Geschädigte etwaige durch den Rechtsverletzer erzielte Gewinne aus dem



rechtswidrigen Erwerb, der rechtswidrigen Nutzung oder rechtswidrigen Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses fordern. Zur Klage ist der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses berechtigt.

(2) Unabhängig vom Nachweis der Höhe des Schadens kann der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses als Ersatz des ihm schuldhaft zugefügten Vermögensschadens das Entgelt begehren, das ihm im Falle seiner Einwilligung in den Erwerb, die Nutzung oder Offenlegung gebührt hätte.

(3) Auf Antrag der Person, gegen die sich ein Unterlassungs- oder Beseitigungsbegehren nach Abs. 1 richtet, kann das Gericht dem Beklagten anstelle der Unterlassung oder Beseitigung die Zahlung einer angemessenen Entschädigung für die Fortsetzung der rechtswidrigen Nutzung des Geschäftsgeheimnisses auftragen, wenn

1. der Nutzer oder Offenleger erst nach Beginn der Nutzung oder Offenlegung Kenntnis von Tatsachen erlangt, aufgrund derer er wusste oder hätte wissen müssen, dass ihm das Geschäftsgeheimnis unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person, die dieses rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat, bekannt geworden ist,

2. dem Nutzer oder Offenleger durch die Unterlassung oder Beseitigung ein unverhältnismäßig großer Schaden entsteht und

3. diese Entschädigung für den Kläger ein angemessener Ersatz für den Unterlassungsanspruch ist.

(4) Ansprüche nach diesem Unterabschnitt verjähren in drei Jahren ab Kenntnis der Gesetzesverletzung und der Person des Rechtsverletzers, längstens aber nach sechs Jahren.

Weiterhin in Kraft sind die "alten" §§ 11 und 12 UWG; sie schützen **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** nur bei Handlungen zu Wettbewerbszwecken!

Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen. Missbrauch anvertrauter Vorlagen

§ 11. (1) Wer als Bediensteter eines Unternehmens Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt anderen zu Zwecken des Wettbewerbes mitteilt, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Die gleiche Strafe trifft den, der Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine der im Abs. 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder an andere mitteilt.

(3) Die Verfolgung findet nur auf Verlangen des Verletzten statt.

§ 12. (1) Wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwertet oder anderen mitteilt, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen. (BGBl. Nr. 120/1980, Art. I Z 7)

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Vorlagen oder Vorschriften vom Inhaber eines Unternehmens seinem Bediensteten anvertraut worden sind.

(3) Die Verfolgung findet nur auf Verlangen des Verletzten statt.

Beachte: Der Tatbestand des § 12 UWG ist nur mehr strafrechtlich sanktioniert und bildet keine Anspruchsgrundlage für zivilrechtliche Ansprüche mehr.<sup>144</sup>

*Bisherige (teilweise überholte) Kriterien zu §§ 11–12 UWG und Judikatur vor 2019:*

*Voraussetzung für das Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses ist es, dass sich aus dem Verhalten des Unternehmers ergibt, dass bestimmte – auch sonst nicht allgemein zugängliche – Informationen einem bestimmten Personenkreis vorbehalten sein sollen. Diese Voraussetzung ist bei Daten erfüllt, die regulär nur durch das Einloggen in eine durch Passwort geschützte Datenbank eingesehen werden können. Aus „Sicherheitslücken“ lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Mangelhafte Sicherheitsstandards erlauben bei aufrechtem Passwortschutz nicht den Schluss, dass der Unternehmer kein Interesse an der Geheimhaltung mehr hätte. Vielmehr müssen sowohl Beschäftigte (§ 11 Abs 1 UWG) als auch Dritte (§ 11 Abs 2 UWG) redlicherweise annehmen, dass dem Unternehmer diese Mängel nicht bewusst waren, sodass aus deren Vorliegen keinesfalls ein Wegfall des Geheimnischarakters abgeleitet werden kann.<sup>145</sup>*

*Fallgruppen:*

*Bediensteter verrät Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis*

*Bediensteter erlangt sittenwidrig das Geheimnis (Auskundschaftung) und verwertet es*

*Dritter verwertet dieses nach Verrat oder verrät an andere weiter*

*Dritter (Vertrauenssträger, nicht Bediensteter) verrät oder verwertet anvertraute technische Unterlagen ohne Erlaubnis*

*Geheimnis ist eine Tatsache oder Ereignung, die nur einem bestimmten, nicht allzu großen Kreis von Personen*

<sup>144</sup> OGH 22. 9. 2020, 4 Ob 49/20i.

<sup>145</sup> OGH 25. 10. 2016, 4 Ob 165/16t: Die Streitparteien des Verfahrens sind Mitbewerber auf dem Markt für Ticket- und Eintrittssysteme für Skigebiete, Stadien und ähnliche Einrichtungen. Ein Mitarbeiter der beklagten Partei fotografierte bei einem Kunden der klagenden Partei eine Bildschirmanzeige, auf der eine bestimmte Internetadresse (URL) zu sehen war (ob der Mitarbeiter die Bildschirmanzeige mit Zustimmung des Kunden fotografiert hatte, blieb ungeklärt). Er konnte dadurch auf das fremde Computersystem zugreifen und dort kundenspezifische Daten und Berichte kopieren, die in der Folge zur Abwerbung von Kunden verwendet wurden. Die Unterlagen wurden den Kunden gegenüber auch als Beleg für bestehende Sicherheitsmängel bei der Klägerin dargestellt. Die Klägerin beantragte, der Beklagten mit EV zu verbieten, die widerrechtlich aus der ihrer Verfügungsmacht erlangten Daten zu nutzen oder gegenüber Dritten zu offenbaren (§ 11 Abs 2 UWG).

bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich ist und die nach dem Willen des Berechtigten auch nicht über diesen Kreis hinaus bekannt werden soll.<sup>146</sup>  
Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sind Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einer bestimmten und begrenzten Anzahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind, nach dem Willen des Berechtigten nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat; Der Geheimhaltungswille kann nicht nur ausdrücklich erklärt werden, sondern sich auch aus den Umständen ergeben; es genügt, dass sich ein durchschnittlicher Beschäftigter über diesen Willen klar sein muss.<sup>147</sup>  
Kann jeder technisch versierte Interessent das technisch-konstruktive Prinzip eines Gegenstandes ohne kostspielige und mühsame Untersuchung und ohne größere Umwege ermitteln, liegt kein Betriebsgeheimnis vor.<sup>148</sup> Verwerten ehemalige Mitarbeiter Unterlagen, die sie nach einem „inneren Frontwechsel“ von ihrem ehemaligen Arbeitgeber mitgenommen haben, so steht einem Anspruch auf Unterlassung der Nutzung der darin enthaltenen Informationen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegen, wenn diese Informationen der Allgemeinheit – etwa als Stand der Technik – zur Verfügung standen und daher auch auf eine nicht unlautere Weise erlangt werden konnten.<sup>149</sup>

Geschäftsgeheimnisse können sein:

Geschäftsbriefe über die **Preisbemessung**,<sup>150</sup>  
die **Einkaufskonditionen**; an ihrer Geheimhaltung haben auch die Lieferanten Interesse,<sup>151</sup>

**Musterkollektionen**,<sup>152</sup>

**Produktionsverfahren**,<sup>153</sup>

**Lieferangebote**,<sup>154</sup>

**Kundenlisten**, die nicht nur Namen und Anschriften der Kunden enthalten, sondern auch Angaben über deren Geneigtheit, dauernd zu beziehen, und ihre Zahlungsfähigkeit und -willigkeit. Dazu gehören auch **Abonnementlisten** einer Zeitung<sup>155</sup>

die **Kundenkartei** eines Tennisartikelhändlers, die auch Einzelheiten über die von den Kunden erworbenen Tennisschläger und ihre Bespannung enthält.<sup>156</sup>

**Jedoch:**

Der **Kundenkreis** ist **kein Geschäftsgeheimnis**; wer Kunden für die von ihm erzeugten lebensnotwendigen Bedarfsartikel wirbt, wird immer, ob er die Kundenliste seines Mitbewerbers kennt oder nicht, dessen Kundenkreis zu verringern suchen (SZ 19/289 = Rsp 307).

Wenn in einem Vergabeverfahren ein **Mitarbeiter der vergebenden Stelle** einem Mitbieter einen Informationsvorteil verschafft, in dem er für das Hearing im Vergabeverfahren vorbereitete **vertrauliche Fragen und Musterantworten übermittelt**, verstößt er **gegen § 11 UWG**.<sup>157</sup>

Ein Chemiker, der sich die dauernde und sichere Kenntnis der ihm zugänglichen Rezepturen durch Abschreiben verschafft, um sie zu Wettbewerbszwecken unbefugt zu verwerten oder anderen mitzuteilen, handelt sittenwidrig und macht sich des versuchten Vergehens nach § 11 Abs 2 UWG schuldig.<sup>158</sup>

Wenn ein Mitarbeiter Geschäftsgeheimnisse hingegen erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses (für einen neuen Arbeitgeber als Konkurrenten) verwendet, ist das kein Verstoß gegen § 11 UWG, sondern kann nur nach § 1 UWG verfolgt werden (Fall Kundenkartei siehe unten bei FN 282).

Zur neuen Rechtslage gibt es bereits, freilich wenige Entscheidungen.<sup>159</sup>

## (b) Konnex zu § 1 UWG (s u)

Fall Konstruktionszeichnungen:<sup>160</sup> Ein Werkunternehmer erstellte im Auftrag eines Werkbestellers Konstruktionszeichnungen, die der Werkunternehmer an dritte Personen weitergab bzw aufgrund deren er selbst Maschinen zu Verkaufszwecken herstellte. Eine Vereinbarung, wonach die Zeichnungen exklusiv für den Werkbesteller herzustellen oder vertraulich zu behandeln seien, wurde nicht getroffen. Obwohl das Nachahmen eines fremden Produktes, das keinen Sonderschutz (wie etwa Patentschutz) genießt, an sich nicht wettbewerbswidrig ist, liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG dann vor, wenn im Einzelfall besondere, *sittenwidrige* Umstände hinzutreten. Einen solchen sieht der OGH darin, dass der Werkunternehmer die Konstruktionszeichnungen, die er für den Werkbesteller gegen Entgelt angefertigt hat, im eigenen Interesse

<sup>146</sup> OGH SSt 9/57 = GRUR 30, 450; EvBl 49/430.

<sup>147</sup> OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 55/14p; auch SSt 41/32 = RZ 185 = EvBl 71/101 = JBI 71, 205 = ÖBI 71, 26 = SSt 42/37 = ÖBI 72,72.

<sup>148</sup> OGH SZ 62/207 = MR 90, 101.

<sup>149</sup> OGH 20. 9. 2011, 4 Ob 12/11k

<sup>150</sup> OGH ZBI 31/112.

<sup>151</sup> OGH ÖBI 183 = RdW 391 [Holeschofsky, RdW 386] = WBI 369.

<sup>152</sup> OGH SZ 13/62 = MuW 32, 511.

<sup>153</sup> OGH SSt 41/32 = RZ 185 = EvBl 71/101 = JBI 1971, 205 = ÖBI 1971, 26.

<sup>154</sup> OGH SSt 42/37 = ÖBI 72, 72.

<sup>155</sup> OGH SSt 7/6 = EvBl 49/360.

<sup>156</sup> OGH ÖBI 1988,13.

<sup>157</sup> OGH 28. 8. 2012, 12 Os 38/12y, 12 Os 39/12w, S-Schnellstraße

<sup>158</sup> OGH SSt 36/65 = JBI 1966, 482 = ÖBI 1966/90 = RZ 1966, 100

<sup>159</sup> OGH 26. 1. 2021, 4 Ob 188/20f, *Gleisbaumaschine*; 22. 9. 2021, 4 Ob 49/20i, *Grenzland*; Vgl *Dominik Hofmarcher*, Update Geheimnisschutz (I) – Anwendungsbereich und Definition, *ecolex* 2021, 1116.

<sup>160</sup> OGH 25. 2. 1992, ÖBI 1992, 109.

zum Nachteil des Werkbestellers verwendet. Dies treffe auch dann zu, wenn Exklusivität und Vertraulichkeit nicht ausdrücklich vereinbart worden sind.

### (c) Patentgesetz

**§ 12 PatG:** (1) Wenn eine Vereinbarung besteht, nach der künftige Erfindungen des Dienstnehmers dem Dienstgeber gehören sollen (§ 7), so hat der Dienstnehmer jede Erfindung, die er macht, ausgenommen solche, die offenbar nicht unter die Vereinbarung fallen, dem Dienstgeber unverzüglich mitzuteilen. Der Dienstgeber hat binnen vier Monaten nach dem Tag, an dem er diese Mitteilung erhalten hat, dem Dienstnehmer zu erklären, ob er die Erfindung auf Grund der bestehenden Vereinbarung als Diensterfindung für sich in Anspruch nimmt.

(2) Versäumt der Dienstnehmer diese Mitteilung, so haftet er dem Dienstgeber, unbeschadet des diesem zustehenden Anspruches auf die Erfindung, für den Ersatz des Schadens, der auch den entgangenen Gewinn umfaßt. Versäumt der Dienstgeber die Erklärung oder gibt er eine verneinende Erklärung ab, so verbleibt die Erfindung dem Dienstnehmer.

**§ 13 PatG:** (1) Der Dienstgeber und der Dienstnehmer sind zur Geheimhaltung der Erfindungen verpflichtet, die den Gegenstand der im § 12 Abs. 1 vorgesehenen Mitteilung und Erklärung bilden.

(2) Die Geheimhaltungspflicht des Dienstnehmers erlischt

a) wenn der Dienstgeber die im § 12 Abs 1 vorgesehene Erklärung versäumt hat oder wenn er innerhalb der Frist eine verneinende Erklärung abgegeben hat;

b) wenn der Dienstgeber die Erfindung rechtzeitig für sich in Anspruch genommen (§ 12 Abs 1) und die Geheimhaltung aufgegeben hat.

(3) Durch das Erlöschen der Geheimhaltungspflicht nach der vorstehenden Bestimmung wird die Geheimhaltungspflicht, soweit sie sonst dem Dienstnehmer obliegt, nicht berührt.

(4) Die Geheimhaltungspflicht des Dienstgebers erlischt, wenn er die Erfindung rechtzeitig für sich in Anspruch genommen (§ 12 Abs 1) und der Dienstnehmer dagegen keinen Widerspruch erhoben hat.

(5) Die Geheimhaltungspflicht hindert den Dienstgeber und den Dienstnehmer nicht, zur Wahrung ihrer Rechte hinsichtlich der Erfindung die Patentanmeldung zu bewirken sowie die sonst erforderlichen Schritte zu unternehmen.

(6) Der Dienstgeber oder der Dienstnehmer, der die Geheimhaltungspflicht verletzt, ist zum Ersatz des Schadens, der auch den entgangenen Gewinn umfaßt, an den anderen Teil verpflichtet.

### (d) Strafrecht

**§ 123 StGB:** (1) Wer ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis mit dem Vorsatz auskundschaftet, es zu verwerten, einem anderen zur Verwertung zu überlassen oder der Öffentlichkeit preiszugeben, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Beide Strafen können auch nebeneinander verhängt werden.

(2) Der Täter ist nur auf Verlangen des Verletzten zu verfolgen.

**§ 124 StGB:** (1) Wer ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis mit dem Vorsatz auskundschaftet, dass es im Ausland verwertet, verwendet oder sonst ausgewertet werde, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Daneben kann auf Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen erkannt werden.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, zu dessen Wahrung er verpflichtet ist, der Verwertung, Verwendung oder sonstigen Auswertung im Ausland preisgibt.

## F. § 1a UWG (und Anh Z 24 – 32): Aggressive GP

1. Grundgedanke: Die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers wird durch Aggressivität wesentlich beeinträchtigt.

**§ 1a.** (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.

2. Beispiele s insb Z 24-31 Anhang gelten "jedenfalls als aggressiv" (lesen!).

Z 24, 25: Aufdringlichkeit

Zu Z 26 Anhang UWG: Nicht nur Cold Calling und SPAM<sup>161</sup> ist verboten, sondern auch unerwünschte Werbung dadurch, dass - trotz Hausbewohner-Beschwerden über die beanstandete Werbung sowohl bei der Landesinnung der Metalltechniker (vormals Innung der Schlosser) als auch beim *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* - der Aufsperrdienst dennoch Aufkleber teils entgegen ausdrücklichen Verbots anbrachte und entfernte Aufkleber wieder durch neue ersetzte.<sup>162</sup>

Z 28: direkte Aufforderung an Kinder (ebenso Art 16 Fernseh-RL für TV-Werbung)

Beispiele: "Hol dir das Buch", weil die Du-Form an Kinder gerichtet ist<sup>163</sup>; ähnlich auch der BGH.<sup>164</sup>

Keine Kaufaufforderung aber lag vor in dem Fall, in dem der VKI den deutschen Ableger der *Walt Disney Company* geklagt hatte: Kritikpunkte waren im Fernsehen ausgestrahlte Werbespots sowie die auch in Österreich abrufbare Website [www.disney.de](http://www.disney.de), wo das Videospiel "*Disney Universe*" und Merchandising-Artikel der bei schulpflichtigen Kindern beliebten US-Fernsehserie "*Hannah Montana*" beworben wurden. Mit Aussagen wie "Schlüpf in die Rolle von 45 verschiedenen Disney-Charakteren und erlebe mit deinen Freunden Abenteuer in fantastischen Welten", "Schau deine Lieblingsfolge auf DVD" oder "Hol dir den coolen Soundtrack nach Hause", die mit Bestellportalen diverser Onlinehändler verlinkt waren, sei laut OGH - im Unterschied zu den für unzulässig erklärten Sticker-Sammel-Aktionen der Supermarktketten *Spar* und *Billa*<sup>165</sup> - im Fall der *Walt Disney Company* "bloße Mittelbarkeit" gegeben. Das Unternehmen habe sich darauf "beschränkt (...), auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch der beworbenen Produkte hinzuweisen, wodurch diese als reizvoll dargestellt wurden", so der OGH.<sup>166</sup>

Da die Aufforderung auf den Abschluss eines entgeltlichen Geschäfts gerichtet sein muss, fällt die Aufforderung an Kinder in einer Zeitschrift, an einem Preisausschreiben unentgeltlich teilzunehmen, jedenfalls nicht unter UWG Anh Z 28. Die Aufforderung an Kinder, an einem Preisausschreiben durch einen Anruf bei einer Mehrwert-Telefonnummer mit pauschal kalkulierten Telefonkosten von 0,50 € pro Anruf teilzunehmen (oder alternativ mit einer Postkarte, die der Teilnehmer mit 0,70 € zu frankieren hatte), enthält nur eine pauschale Kostenabgeltung und ist daher kein Entgelt (daher keine "Kauf"-Aufforderung an Kinder).<sup>167</sup>

Z 29: unbestellte Waren mit Zahlungsaufforderung

---

<sup>161</sup> Beispiel OLG Berlin 24.1.2014: The Court found that *Facebook's* email invitations to non-users asking them to register with *Facebook*, without recipients' prior explicit consent, amounted to unlawful email marketing under the Unfair Trade Act. The Court highlighted that Facebook itself was the sender of these emails, not *Facebook's* users (as might be the case with other companies' "tell-a-friend" marketing functions)

<sup>162</sup> OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 74/11b, Unterlassungsurteil gegen den Schlüsseldienst (GmbH) und gegen deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer wegen Aufkleber.

<sup>163</sup> OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 244/12d, *Billa Stickerbuch* ("Hol dir jetzt dein Stickerbuch" als Buchkaufaufforderung um EUR 1,99 an Kinder und: "Holt Euch jetzt die tierischen Sammel-Sticker an der Kassa! Pro Euro 10,-- Einkaufswert gibt's eine Packung Sticker gratis!"); zuvor schon OGH 18. 9. 2012, 4 Ob 110/12y, *SPAR Stickermania* ("Die Entdeckungsreise zu den Wüsten und Steppen beginnt! Hol Dir das Buch dazu. So wird dein Stickersammelbuch voll: Blaue Sticker-Briefchen um nur Euro 0,50 kaufen. Stickersammelbuch zum Sensationspreis Euro 1,99").

<sup>164</sup> BGH 18. 9. 2014, I ZR 34/12, *Runes of Magic II*.

<sup>165</sup> Vgl FN 163.

<sup>166</sup> OGH 9. 7. 2013, 4 Ob 95/13v, *Walt Disney*.

<sup>167</sup> OGH 15. 6. 2016, 4 Ob 126/16g, *Zeitschrift „medizini“*.

Zu Z 31:

Fallbeispiel:<sup>168</sup>

Es wird untersagt, unter Verwendung der Marken "*Friedrich Müller*" und "*Paraholding*" in Deutschland und Frankreich irreführende Gewinnspiele zu veranstalten, die beim Verbraucher den unrichtigen Eindruck erwecken, er oder sie habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis oder einen sonstigen Vorteil gewinnen, obwohl der in Aussicht gestellte Preis unter allen Einsendern verlost und gleichmäßig aufgeteilt wird.

*Anmerkung:* Beachte ergänzend § 5j KSchG, wonach Konsumenten bei scheinbaren Gewinnzusagen einen klagbaren Anspruch auf den Gewinn haben.

Z 32 Anh UWG (neu seit 1. 1. 2017, nicht von der UGP-RL vorgegeben) bestimmt,<sup>169</sup> dass "das Verlangen eines Betreibers einer Buchungsplattform gegenüber einem Beherbergungsunternehmen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen als auf der Buchungsplattform anbieten darf," eine aggressive Geschäftspraktik sei; Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig. Diese österr Sonderbestimmung geht über den durch die UGP-RL gegebenen Rahmen hinaus, ist also strenger als die EU-lauterkeitsrechtliche Vorgabe,<sup>170</sup> aber dürfte die überwiegende kartellrechtliche Einschätzung zutreffend darstellen. Vgl dazu die Fälle *HRS-Hotelreservation* und *Booking.com* aus kartellrechtlicher Sicht (siehe 2. Doppelstunde).

(Weiters sind nach § 7 Preisauszeichnungsgesetz (PrAG) Preise von Gastgewerbetreibenden frei festzulegen; Einschränkungen durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln von Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig.)

### 3. Sonstige aggressive GP:

Beispiel: Gezieltes Anschreiben von Unfallopfern in der Rekonvaleszenz-Phase durch einen Versicherungsberater ist aggressive GP.<sup>171</sup>

Hingegen ist "übersteigerter Kaufanreiz" durch eine hochwertige Zugabe nicht unlauter.

Beispiele:

Zugabe eines Pkw Fiat 500 beim Kauf einer Einbauküche um EUR 50.000,-;<sup>172</sup>  
Gewährung eines Preisnachlasses von EUR 3,- (zum Ankauf von CDs) beim Kauf eines Exemplars der Kronen Zeitung (Preis EUR 1,-;<sup>173</sup> das ist ein "kopplastiges" Vor-

---

<sup>168</sup> OGH 23. 3. 2011, 4 Ob 6/11b; 18. 3. 2009, 4 Ob 95/09p, *BWB* gem § 7 VBKG (Verbraucherbehördenkooperationsgesetz) gegen *G.N.V. Naturprodukte Versand GmbH* und deren Geschäftsführer *Gerhard Bruckberger*.

<sup>169</sup> Dies ist zumindest verfassungsrechtlich unbedenklich: VfGH 29. 9. 2017, G 44/2017 ua, *Individualantrag von booking.com*.

<sup>170</sup> Dies könnte mE EU-rechtlich unzulässig sein, weil Mitgliedsstaaten im Bereich der UGP-RL keine strengeren Regeln aufstellen dürfen. Laut den Gesetzesmaterialien (RV 1251 der Blg XXV. GP) liegen die angefochtenen Regelungen außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL, obwohl sie nicht ausschließlich im Sinne der Beherbergungsunternehmen bzw Gastgewerbetreibenden, sondern auch im Sinne der Konsumenten (dh im Fokus der UGP-RL) liegen.

<sup>171</sup> OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 174/09f.

<sup>172</sup> OGH 20. 12. 2011, 4 Ob 121/11i, *Die schnellste Küche Österreichs*.

<sup>173</sup> OGH 22. 10. 2013, 4 Ob 129/13v, *Tonträger-Edition*.

spannangebot, weil die Vergünstigung größer ist als der dafür aufzuwendende Kaufpreis der Zeitung).<sup>174</sup>

## **G. § 2 und § 2a UWG (und Anh Z 1–23): Irreführende Geschäftspraktiken, vergleichende Werbung**

### Irreführende Geschäftspraktiken

**§ 2.** (1) Eine Geschäftspraktik gilt als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben (§ 39) enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der folgenden Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte:

1. das Vorhandensein oder die Art des Produkts;
2. die wesentlichen Merkmale des Produkts oder die wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde;
3. den Umfang der Verpflichtungen des Unternehmens, die Beweggründe für die Geschäftspraktik, die Art des Vertriebsverfahrens, die Aussagen oder Symbole jeder Art, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder die sich auf eine Zulassung des Unternehmens oder des Produkts beziehen;
4. den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils;
5. die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur;
6. die Person, die Eigenschaften oder die Rechte des Unternehmers oder seines Vertreters, wie Identität und Vermögen, seine Befähigungen, sein Status, seine Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen sowie gewerbliche oder kommerzielle Eigentumsrechte oder Rechte an geistigem Eigentum oder seine Auszeichnungen und Ehrungen;
7. die Rechte des Verbrauchers aus Gewährleistung und Garantie oder die Risiken, denen er sich möglicherweise aussetzt.

(2) Jedenfalls als irreführend gelten die im Anhang unter Z 1 bis 23 angeführten Geschäftspraktiken.

(3) Eine Geschäftspraktik gilt ferner als irreführend, wenn sie geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte und das Folgende enthält:

1. jegliche Vermarktung eines Produkts einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem Produkt oder Unternehmenskennzeichen eines Mitbewerbers begründet;
2. das Nichteinhalten von Verpflichtungen, die der Unternehmer im Rahmen eines Verhaltenskodex, auf den er sich verpflichtet hat, eingegangen ist, sofern
  - a) es sich nicht um eine Absichtserklärung, sondern um eine eindeutige Verpflichtung handelt, deren Einhaltung nachprüfbar ist, und
  - b) der Unternehmer im Rahmen einer Geschäftspraktik darauf hinweist, dass er durch den Kodex gebunden ist;
3. jegliche Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware, obgleich sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht sachlich gerechtfertigt ist.

(4) Eine Geschäftspraktik gilt auch als irreführend, wenn sie

1. unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, oder
  2. wesentliche Informationen gemäß Z 1 unter Berücksichtigung der darin beschriebenen Einzelheiten verheimlicht, oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt oder ihren kommerziellen Zweck nicht kenntlich macht, sofern dieser sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt
- und somit geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(5) Als wesentliche Informationen im Sinne des Abs. 4 gelten jedenfalls die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing. Bei der Beurteilung gemäß Abs. 4, ob bei der Geschäftspraktik im verwendeten Kommunikationsmedium Informationen vorenthalten wurden, sind die räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen, die durch das Kommunikationsmedium auferlegt wurden und alle Maßnahmen, die der Unternehmer zur anderweitigen Zurverfügungstellung von Information getroffen hat, zu berücksichtigen.

(6) Bei einer Aufforderung an Verbraucher zum Kauf gelten folgende Informationen als wesentlich im Sinne des Abs. 4, sofern sich diese Informationen nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

1. die wesentlichen Merkmale des Produkts in dem für das Medium und das Produkt angemessenen Umfang;
2. Name und geographische Anschrift des Unternehmens und gegebenenfalls des Unternehmens, für das gehandelt wird;
3. der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder, wenn dieser vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art seiner Berechnung;
4. gegebenenfalls Fracht-, Liefer- und Zustellkosten oder, wenn diese vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;
5. die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, falls sie von den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen;
6. gegebenenfalls das Bestehen eines Rücktritts- oder Widerrufsrechts;
7. bei Anbietern von Produkten auf Online-Marktplätzen die Information des Anbieters eines Online-Marktplatzes, ob es sich bei einem Dritten, der Produkte auf diesem Online-Marktplatz anbietet, um einen Unternehmer handelt oder nicht, auf der

---

<sup>174</sup> Ähnlich OGH 22. 9. 2021, 4 Ob 139/21a, *Krone-Vorteilswelt für Abonnenten (Bonus-Kunden)*.

Grundlage der Erklärung dieses Dritten gegenüber dem Anbieter des Online-Marktplatzes. (6a) Wenn Verbrauchern die Möglichkeit geboten wird, mithilfe eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe nach Produkten zu suchen, die von verschiedenen Unternehmern oder von Verbrauchern angeboten werden, gelten unabhängig davon, wo Rechtsgeschäfte letztendlich abgeschlossen werden, allgemeine Informationen, die die Hauptparameter für die Festlegung des Rankings der dem Verbraucher im Ergebnis der Suche vorgeschlagenen Produkte, sowie die relative Gewichtung dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern betreffen, als wesentlich im Sinne des Abs. 4. Diese Informationen sind in einem Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung zu stellen, der von der Seite, auf der die Suchergebnisse angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist. (6b) Wenn ein Unternehmer Verbraucherbewertungen von Produkten zugänglich macht, gelten Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von Verbrauchern stammen, die die Produkte tatsächlich verwendet oder erworben haben, als wesentlich im Sinne des Abs. 4.

(7) Der Anspruch auf Schadenersatz kann gegen Personen, die sich gewerbsmäßig mit der Verbreitung öffentlicher Ankündigungen befassen, nur geltend gemacht werden, wenn sie die Unrichtigkeit der Angaben kannten, gegen ein Medienunternehmen nur, wenn dessen Verpflichtung bestand, die Ankündigung auf ihre Wahrheit zu prüfen (§ 4 Abs. 2).

Vergleichende Werbung

**§ 2a.** (1) Vergleichende Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Leistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht, ist zulässig, wenn sie nicht gegen die §§ 1, 1a, 2, 7 oder 9 Abs. 1 bis 3 verstößt.

(2) Im Fall des Vergleichs von Waren mit Ursprungsbezeichnung ist jedenfalls auf Waren mit gleicher Bezeichnung Bezug zu nehmen.

(3) Wer im geschäftlichen Verkehr gegen Abs. 2 verstößt, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

(4) § 1 Abs. 5 gilt sinngemäß.

**§ 3.** (1) Ist die in der irreführenden Geschäftspraktik enthaltene falsche Angabe in einer durch eine Zeitung veröffentlichten Mitteilung enthalten, die sich als eine von der Schriftleitung ausgehende Empfehlung des Unternehmens eines anderen darstellt, so besteht gegen den Herausgeber oder Eigentümer der Zeitung ein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Mitteilung.

(2) Die Anspruchsberechtigung (§ 14 erster Satz) richtet sich nach dem Unternehmen, auf das sich die empfehlende Mitteilung bezieht.

Zu § 2 Abs 6 UWG (Art 7 Abs 4 UGP-RL): Zwar ist auch eine Zeitungsanzeige eine Aufforderung zum Kauf, die Informationspflicht auslöst, doch kann es aufgrund räumlicher Beschränkungen in dem Werbetext gerechtfertigt sein, Angaben zum Anbieter nur auf der Online-Verkaufsplattform zur Verfügung zu stellen, wo die erforderlichen Angaben zu der Online-Verkaufsplattform einfach und schnell mitgeteilt werden.<sup>175</sup>

Hinweis: Der hier verwendete – mE werberechtlich orientierte – Begriff "Aufforderung zum Kauf" ist nicht identisch mit dem zivilrechtlichen Begriff "Angebot" (ein Angebot kann vom Angebotsempfänger angenommen werden, wodurch ein rechtsverbindlicher Vertrag entsteht).

Das klagende Unternehmen muss den Irreführungspunkt detailliert in drei Schritten benennen: Welchen Eindruck gewinnt der Durchschnittsverbraucher von der Angabe, inwieweit weicht dieser Eindruck von der Wirklichkeit ab, und ist der unrichtige Eindruck geeignet, die geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen.<sup>176</sup>

1. **"Angaben"**, nicht Werturteil (Abgrenzung bedeutsam bes bei Fallgruppe "Superlativwerbung" (Alleinstellungswerbung): vgl Seite 41)

a) Irreführend sind nur überprüfbare Angaben (*Höchstqualifizierte Instruktoren*<sup>177</sup>),

b) nicht aber unüberprüfbare Angaben: Subjektive, unüberprüfbare Meinungsäußerung (zB Bewertung inhaltlichen Qualität eines Mediums<sup>178</sup> oder des Geschmacks von Lebensmitteln<sup>179</sup>); Werturteil; nicht ernst zu nehmen-

<sup>175</sup> EuGH 30. 3. 2017, C-146/16, *Verband Sozialer Wettbewerb/DHL Paket*.

<sup>176</sup> OGH 20. 5. 2020, 4 Ob 241/19y, *Österreich/oe24-Kombi*.

<sup>177</sup> OGH ÖBI 2001, 531.

<sup>178</sup> OGH 3. 5. 2000, 4 Ob 86/00a, *Das beste Magazin*.

<sup>179</sup> OGH 4 Ob 11/09k, *Österreichs beliebtester Hagebuttentee*.

de Übertreibung iS einer marktschreierischen Werbung; keine Tatsachenbehauptung

Irreführende Geschäftspraxis ist auch dann klagbar, wenn der Beklagte den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt nachgekommen ist.<sup>180</sup>

Werbung liegt auch dann vor, wenn Metatags verwendet werden oder ein Domain-Name genutzt wird (bloße Eintragung eines Domain-Namens ist noch keine Werbung).<sup>181</sup>

## 2. "zur Irreführung **geeignet**"

- a) Entscheidend ist der **Gesamteindruck und das Verständnis eines durchschnittlich informierten, mündigen und verständigen Adressaten**, der eine dem Anlass angemessene - unter Umständen daher zB bei einem Versicherungsprodukt "hohe"<sup>182</sup>, aber uU auch bloß „flüchtige“<sup>183</sup> - Aufmerksamkeit aufwendet.<sup>184</sup> Für den Lauterkeitsverstoß genügt bereits die Irreführung eines einzigen Durchschnittsverbrauchers; unbedenklich sind daher nur solche Angaben, die das Entscheidungsverhalten nicht einmal eines Einzelnen letztlich ausschlaggebend beeinflussen.<sup>185</sup> **Durchschnittsverbraucher** unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren angemessen gut unterrichtet, angemessen aufmerksam und kritisch (ErwGr 18 RL-UGP).

Für die Beurteilung des Eindrucks der angesprochenen Verkehrskreise ist grds die allgemeine Lebenserfahrung ausreichend. Eine Beweisaufnahme im Sinne eines Sachverständigengutachtens ist nur dann ausnahmsweise durchzuführen, wenn im konkreten Fall Zweifel bestehen, dass allein die Lebenserfahrung eine sichere Beurteilung der Verkehrsauffassung gestattet<sup>186</sup>.

Das Irreführungsverbot des Arzneimittelrechts hat – als Ausprägung des allgemeinen Irreführungsverbots – spezifisch lauterkeitsrechtlichen Charakter, weil diese Norm ähnlichen Regelungszwecken dient wie das UWG. Arzneimittelwerberecht und UWG sind auf alle Sachverhalte iZm Arzneimittelwerbung kumulativ anwendbar. Bei Beurteilung der Irreführungseignung einer Arzneimittelwerbung ist auch dann ein strenger Maßstab anzulegen, wenn sie sich an Fachleute richtet.<sup>187</sup>

Der bloße Umstand, dass eine Geschäftspraktik nach UWG als irreführend eingestuft wurde, bedeutet noch nicht, dass ein Vertragspartner den Ver-

---

<sup>180</sup> EuGH 19. 9. 2013, C-435/11, *CHS Tour Services*.

<sup>181</sup> EuGH 11. 7. 2013, C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV (BEST)/Bert Peelaers, Visys NV*.

<sup>182</sup> OGH 25. 3. 2014, 4 Ob 28/14t, *Mobiltelefon als erlaubte Zugabe zu Versicherungsprodukt mit Langzeitbindung*.

<sup>183</sup> OGH 4 Ob 58/06t.

<sup>184</sup> OGH 4 Ob 177/07v.

<sup>185</sup> OGH 8.4.2008, 4 Ob 245/07v

<sup>186</sup> OGH 12. 6. 2012, 17 Ob 27/11m, *Red Bull/Run Cool*; vgl dazu ausführlich schon OGH 13. 11. 1984, 4 Ob 371/84, *C&A*. So ist etwa die Frage, ob gegenüber den beteiligten Verkehrskreisen eine spezielle Top-Level-Domain (".com" statt ".at") eine Zuordnungsverwirrung zwischen Namensträger und Nichtberechtigtem als Verwender des fremden Domainnamens verhindern kann, durch ein Sachverständigengutachten zu klären. (OGH 18. 1. 2011, 17 Ob 16/10t = wbl 2011, 276 [Thiele], *schladming.com*; ähnlich auch OGH 19. 9. 2011, 17 Ob 15/11x = wbl 2012, 110 [Thiele], *wagrain.at*)

<sup>187</sup> OGH 20. 2. 2018, 4 Ob 136/17d, Arzneimittel PRADAXA mit dem Wirkstoff Dabigatran.



trag wegen Irrtums iSd ABGB anfechten kann, doch liegt zumindest ein starkes Indiz in diese Richtung vor.<sup>188</sup>

Zeitliche Zwänge, wie zB bei einem TV-Werbespot, rechtfertigen keine Irreführungseignung.<sup>189</sup>

Der frühere § 6a UWG zur Mogelpackung ist aufgehoben worden, weil die Irreführung über die Menge dies ohnedies abdeckt.

Beispiel: Das Handelsgericht Wien<sup>190</sup> urteilte 2018 (rechtskräftig), dass Starbucks mit einer "Mogelpackung" in die Irre führte, weil eine Verpackung (15 cm lang und je 9 cm hoch und breit) nur zwölf Teebeutel enthielt, die nicht einmal die Hälfte des verfügbaren Raums ausfüllten und die Kartongröße viel mehr Inhalt vermuten ließ. Der aufgedruckte Hinweis "12 Teebeutel" war zu wenig auffällig gestaltet.

Der OGH<sup>191</sup> entschied gegen *Milka* dass in einem Warenkarton nicht 40–50% Freiraum bleiben darf. Das gelte auch, wenn Gewicht und Stückzahl auf der Packung korrekt angegeben sind.

b) Beispiele:

(i) OGH<sup>192</sup> iS *MEL*: Die Werbung der *Meinl Bank* spricht ein durchaus heterogenes Publikum an, dem sowohl ein unterschiedliches wirtschaftliches und rechtliches Vorverständnis als auch ein unterschiedlicher Grad an Aufmerksamkeit unterstellt werden kann. Dann ist eine Geschäftspraktik schon dann irreführend, wenn dies für eine der angesprochenen Verbrauchergruppen gilt.<sup>193</sup>

(ii) BGH 27. 11. 2014, I ZR 16/14: In der Angabe "**Made in Germany**" ist – aus Verbrauchersicht – ein Hinweis auf die mit der Warenfertigung zusammenhängenden Produktionsschritte der qualitätsrelevanten Bestandteile zu sehen. Im Ausland aus Naturkautschuk geformte Kondome, die in Deutschland nur noch nach Chargenprüfung verpackt (oder wenn sie als "feuchte Kondome" vertrieben werden sollen, auch befeuchtet) werden, sind daher nicht Made in Germany. Irrelevant ist dabei, dass Art 24 VO (EWG) 2913/92 zur Festlegung des Zollkodex zum zollrechtlichen Ursprung einer in mehreren Ländern hergestellten Ware jenes Land als "Ursprungsland" bezeichnet, in dem die Ware der letzten wesentlichen und wirtschaftlich gerechtfertigten Be- oder Verarbeitung unterzogen worden ist.

Ähnlich OGH iS *Billa*:<sup>194</sup> Der blickfangartig herausgestellte Hinweis "Forellenfilet geräuchert [...] in Österreich über feinem Buchenrauch geräuchert [...] HACCP- und IFS-zertifizierter österreichischer Familienbetrieb" ist irreführend, wenn die Forellen aus einer italienischen Aquakultur stammen.

(iii) OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 45/10m:

Es liegt **kein Verstoß** gegen **§ 2 UWG** (irreführende Geschäftspraktiken) vor, wenn für eine **Hautcreme** mit dem Slogan "**Gewinnen Sie 10 Jahre an Jugendlichkeit in 4 Wochen**" geworben wird, **ohne** gleichzeitig mit gleicher Auffälligkeit sinngemäß darauf **hinzuweisen**, dass der beworbene Effekt nur auf einer **nicht wissenschaftlichen Testkriterien** entsprechenden Testanordnung beruht, insb nur auf einem

<sup>188</sup> OGH 24. 2. 2015, 5 Ob 207/14y: Wurde die Verkaufsbroschüre der Beklagten nach lauterkeitsrechtlichen Kriterien beurteilt und deren Irreführungseignung im Allgemeinen bejaht, dann kann daraus nicht abgeleitet werden, dass ein Geschäftsirrtum bei Ankauf der darin beworbenen Zertifikate lediglich bei Personen, die „über keinerlei Erfahrung und Kenntnisse über die Vorgänge und Prinzipien des Kapitalmarkts“ verfügten, in Betracht käme.

<sup>189</sup> EuGH 26. 10. 2016, C-611/14, *Canal Digital Danmark A/S*.

<sup>190</sup> Handelsgericht Wien 2. 2. 2018, 11 Cg 51/17p, siehe VKI [https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=4169&cHash=c8ec30186478def2da61e83524a93ca4](https://verbraucherrecht.at/cms/index.php?id=49&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4169&cHash=c8ec30186478def2da61e83524a93ca4) (abgefragt am 16.5.2018)

<sup>191</sup> OGH 29. 1. 2019, 4 Ob 150/18i.

<sup>192</sup> OGH 20. 1. 2009, 4 Ob 188/08p, *MEL Meinl European Land*.

<sup>193</sup> Umfassend: *Knauder*, Zu Fragen irreführender Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen und daraus resultierender Schadenersatzansprüche, ZFR 2009, 96 und 137; *Krejci*, Zur Anfechtung von Wertpapierkäufen wegen irreführender Werbung und Beratung, ÖJZ 2010, 58 mwN.

<sup>194</sup> OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 121/15w, *Billa Räucherforellen*.

vierwöchigen Test mit 32 Frauen. Das Publikum erwartet bei **isolierter Betrachtung** des beanstandeten Werbeslogans **keine Aufklärung** über **wissenschaftliche Untersuchungen**, denen das beworbene Produkt unterzogen worden sein könnte, weshalb diese Werbeaussage nicht durch einen aufklärenden Hinweis über zugrunde liegende Tests zu ergänzen war.

Ähnlich (nicht ernst genommene Anpreisung):



(iv) EuGH 16. 4. 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország*: Erteilt ein Unternehmer auf eine Anfrage eines Kunden eine falsche Auskunft, auf deren Grundlage der Kunde (ein Verbraucher) den Kündigungszeitpunkt seines Abonnements (falsch) bestimmt, ist diese Auskunft als „irreführende Geschäftspraxis“ iSd RL 2005/29/EG (RL über unlautere Geschäftspraktiken) einzustufen, auch wenn diese Auskunftserteilung nur einen einzigen Verbraucher betraf; ob dies vorsätzlich geschah, ist unbeachtlich.

OLG Frankfurt:<sup>195</sup> Auch in der Werbung für homöopathische Mittel dürfen nur solche Inhaltsstoffe beworben werden, die auch als Inhaltsstoffe nachweisbar vorhanden sind.

c) ungünstigste Auslegung gilt – "**Unklarheitenregel**"<sup>196</sup>

OGH 5. 11. 2002, 4 Ob 211/02m, *Antenne Steiermark gegen Krone Hit Radio*: Behauptung, dass Antenne Steiermark 2/3 ihrer Hörer verloren habe, traf zwar auf Marktanteil, nicht jedoch auf (absolute) Hörerzahl zu – unzulässig.

Auch die Aufklärung der Irreführung unmittelbar vor Geschäftsabschluss rettet – wegen des Anlockeffekts - nicht vor dem Unlauterkeitsvorwurf.<sup>197</sup>

3. § 2 UWG betrifft B2B und B2C

4. **Transparenzgebot** (vgl Anhang Z 11,<sup>198</sup> § 26 MedienG<sup>199</sup>): Werbung muss als solche erkennbar sein.<sup>200</sup>

<sup>195</sup> OLG Frankfurt 2021, 6 U 49/20 (Urteil nach Anerkenntnis durch die werbende Apotheke); aA noch die 1. Instanz LG Darmstadt 30. 1. 2020, 15 O 25/19: Was nicht nachweisbar ist, kann trotzdem da sein.

<sup>196</sup> Diese gilt nicht in einem Strafverfahren, dazu vgl *Majchrzak/B Wiltschek*, Die Unklarheitenregel im Straf- und Zivilverfahren, ÖBI 2009, 52.

<sup>197</sup> OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 163/08m, *aon.TV*.

<sup>198</sup> Durch Z 11 Anh verbotene Schleichwerbung liegt auch dann vor, wenn kein Entgelt oder ähnliche Gegenleistung vorliegt, EuGH 9. 6. 2011, C-52/10, *Eleftheri tileorasi AE Alter Channel*; ähnlich auch VwGH 21. 10. 2011, 2009/03/0172, *Reiseträume für Hörfunkwerbung*.

<sup>199</sup> Kennzeichnung mit "Promotion" statt "Werbung" ist unzureichend (OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 62/09k, *ORF gegen Vorarlberger Nachrichten*)

<sup>200</sup> *Barbara Prandstätter*, Das wettbewerbsrechtliche Transparenzgebot aus der Sicht junger Verbraucher, wbl 2016, 309.

Beispiele: Schleichwerbung<sup>201</sup>, Advertorial (das ist entgeltliche<sup>202</sup> Werbung in Form eines redaktionellen Beitrags ohne Hinweis auf "Werbung"; erlaubt ist aber lt OGH (mE Fehlurteil?) ein unentgeltlicher Gefälligkeitsbeitrag ohne Werbehinweis,<sup>203</sup> während aber ein kennzeichnungspflichtiger entgeltlicher Gesamtauftrag angenommen wird, wenn ein „innerer Zweckzusammenhang“ zwischen einem redaktionell gestalteten Beitrag und dem Kundeninserat vorliegt<sup>204</sup>).

Werbung über (scheinbare) Privatpostkarte<sup>205</sup>, Werbung in einem "Mitteilungsheft" für Schüler,<sup>206</sup> von Werbeagenturen geschriebene (scheinbare) "Kundenbewertungen" für Hotels, Restaurants, Onlinehändler etc oder Kommentare in einem Forum. Auch die "Schleichwerbung" in sozialen Medien verstößt gegen das Transparenzgebot iSv Nr 22 des Anhangs zum UWG ("fälschliches Auftreten als Verbraucher").<sup>207</sup>

Werbung durch Influencer,<sup>208</sup> Vlogger, YouTuber, Blogger etc mit kommerziellem Interesse<sup>209</sup> ist idR<sup>210</sup> ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (Werbung müsste als solche offengelegt und erkennbar sein<sup>211</sup>) und uU gegen das Verbot der Kaufaufforderung an Kinder (Z 28 Anh UWG).<sup>212</sup>

---

<sup>201</sup> Im Fernsehen: Schleichverbot (die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marke oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Fernsehveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann, gilt auch bei Unentgeltlichkeit, EuGH 9. 6. 2011, C-52/10, *Eleftheri tileorasi* und *Giannikos*).

<sup>202</sup> Auch die kostenlose Zur-Verfügung-Stellung von Fotos ist eine Art von „geldwerte Gegenleistung“ für den redaktionellen Beitrag und somit versteckte entgeltliche Werbung, EuGH 2. 9. 2021, C-372/21, *Peek & Cloppenburg*.

<sup>203</sup> OGH 26. 9. 2016, 4 Ob 60/16a, *Gefälligkeitsberichterstattung* (in Ergänzung zu einem bezahlten – und gekennzeichneten – Inserat).

<sup>204</sup> OGH 13. 6. 2017, 4 Ob 98/17s.

<sup>205</sup> Eine durch die Tarnung einer Werbesendung als Privatpost (Ansichtskarte mit Urlaubsgruß) bewirkte Täuschung ist ein rechtswidriger Verstoß gegen das Belästigungsverbot; OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 59/00f. Ähnlich: SPAM-Verbot, Verbot des Cold Calling in § 107 TKG und Z 26 des Anhangs UWG.

<sup>206</sup> OLG Wien 29. 10. 2014, 1 R 134/14d, *Mitteilungsheft*, *ecolex* 2015/54.

<sup>207</sup> Beispiel: Die junge Australierin *Essena O'Neill* bewarb bis Herbst 2015 als Bloggerin auf *Instagram* Kleidung, ohne offenzulegen, dass ihre Beiträge gesponsert waren.

<sup>208</sup> Meinungsführer, Experten in einem bestimmten Gebiet oder "coole Typen von nebenan" oder Social Media Stars und Celebrities.

<sup>209</sup> *Raffling/Wittmann*, Werbung in sozialen Netzwerken, *mur* 2017, 163.

<sup>210</sup> Jud aus Deutschland:

Nach KG Berlin 08. 1. 2019, 5 U 83/18, *Vreni Frost*, müsse jeder einzelne Beitrag darauf hin überprüft werden, ob er redaktioneller Natur ist und vorrangig der Information und Meinungsbildung dient oder ob er bei objektiver Betrachtung dem Ziel dient, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen des Markenherstellers zu fördern, ohne dass dies lediglich eine reflexartige Folge der Nennung des Herstellers ist.

Auch nach OLG Frankfurt am Main 28. 6. 2019, 6 W 35/19, müsse jeder Beitrag des Influencers einzeln hin überprüft werden. Dabei betonte das OLG, dass es sich jedenfalls um getarnte Werbung handelt, wenn der Schwerpunkt der Werbetätigkeit des Influencers in der Branche liegen würde, der das empfohlene Produkt angehört, und der Influencer geschäftliche Beziehungen zu dem Unternehmen unterhält, dessen Produkte er empfiehlt.

Nach LG Karlsruhe 21. 3. 2019, 3 O 38/18, sind auch unentgeltliche Beiträge eines Influencers als kommerzielle Kommunikation und damit Werbung anzusehen, da diese geeignet seien, den Wettbewerb eines anderen Unternehmens zu fördern.

LG München I, 29. 4. 2019, 4 HK O 14312/18, *Cathy Hummels*, Ehefrau des Fußballspielers *Mats Hummels*, wertete den Aspekt der Bekanntheit der Influencerin; sie hatte den kommerziellen Zweck der von ihr geposteten Inhalte nicht deutlich gemacht.

Schließlich entschied der BGH 9. 9. 2021, I ZR 90/20, I ZR 125/20 und I ZR 126/20 alle drei Fälle endgültig (darüber s FN 211) dahin, dass die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks nur dann unterbleiben kann, wenn der Verbraucher aus dem äußeren Erscheinungsbild (Instagram-Beiträge) den kommerziellen Zweck auf den ersten Blick eindeutig erkennen kann; dies war bei *Leonie Hanne* und *Cathy Hummels* der Fall (Anzahl der Follower, der Likes und „blauer Haken“), nicht aber bei *Luisa-Maxime Huss*.

<sup>211</sup> *Stadler/Bichler/Falke*, Zur Pflicht von Influencern, (unentgeltliche) Beiträge als Werbung kennzeichnen zu müssen, *ecolex* 2021, 1028.

<sup>212</sup> OLG Frankfurt/M 28. 6. 2019, 6 W 35/19, Aquarienlandschaften auf YouTube und Instagram; OLG Celle 8. 6. 2017, 13 U 53/17: Verband Sozialer Wettbewerb gegen eine deutsche Drogeriemarktkette: Der 20-jährige *Instagram*-Star und Influencerin *Scarlett Gartmann* hatte bei seinen 1,3 Mio Followern mit einem Post für die Drogeriemarktkette geworben. Die Kennzeichnung als Werbung erfolgte dabei lediglich am Ende des Beitrags mittels des Hashtags „#ad“, welcher zudem nur an zweiter Stelle von insgesamt sechs Hashtags angebracht war.

Ähnliches gilt für die sog. Gefälligkeitsberichterstattung.<sup>213</sup>

Werbung über Social Media (und mangelnde Offenlegung) hat viele Spielarten:<sup>214</sup>

- Unternehmen zahlt Influencer für werblichen Beitrag
- Unternehmen stellt Produkt für redaktionelles Blogging zur Verfügung; Blogger darf Produkt behalten
- Unternehmen lädt Influencer zu Produktvorstellung ein (lt mE Fehlurteil des OGH<sup>215</sup> keine Kennzeichnungspflicht)
- Tarnung des Werbecharakters bei einem Kommentar eines zuvor entsprechend "motivierten Konsumenten (auch § 2)

Keine Werbung (Förderung fremden Wettbewerbs) liegt vor, wenn ein Verband kein (eigenes) Interesse am Ergebnis seines Produktvergleichs oder am wirtschaftlichen Erfolg der einzelnen Anbieter hatte, sondern - seinen Statuten entsprechend - ausschließlich im Interesse seiner Mitglieder handelte.<sup>216</sup>

## 5. Falltypen und Kasuistik

Unterscheide<sup>217</sup>: irreführendes Handeln (§ 2 Abs 1 - 3 UWG), irreführendes Unterlassen (§ 2 Abs 4 - 6 UWG)

### a) Irreführung durch Unterlassen: § 2 Abs 4 - 6 UWG

- ➔ Fehlen wesentlicher Informationen<sup>218</sup> oder diese sind nur kurz am TV-Schirm sichtbar und zu klein/schwer leserlich<sup>219</sup>.
- ➔ Anzugeben gegenüber Verbrauchern ist gem § 2 Abs 6 UWG (sonst gilt die Geschäftspraktik als "irreführend!"):
  - die wesentlichen Merkmale des Produkts in dem für das Medium und das Produkt angemessenen Umfang;
  - Name<sup>220</sup> und geographische Anschrift des Unternehmens und gegebenenfalls des Unternehmens, für das gehandelt wird;
  - der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder, wenn dieser vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art seiner Berechnung;
  - gegebenenfalls Fracht-, Liefer- und Zustellkosten oder, wenn diese vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;
  - die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, falls sie von den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen;

<sup>213</sup> OGH 26. 9., 2016, 4 Ob 60/16a, *Gefälligkeitsberichterstattung*.

<sup>214</sup> Axel Anderl/Andreas Seling, *Social Media*, *ecolex* 2018, 535.

<sup>215</sup> OGH 4 Ob 690/16a, *Gefälligkeitsberichterstattung*.

<sup>216</sup> OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 222/11t, *Autoreifenvergleich*. Die Betroffenen wurden außerdem nicht mit dem Markennamen des von ihnen vertriebenen Produkts identifiziert, sondern waren nur Vertriebspartner eines chinesischen Reifenherstellers auf Großhandelseben.

<sup>217</sup> So auch OGH 4 Ob 177/07v.

<sup>218</sup> Dazu Thöni, *Zur Aufforderung an den Verbraucher zum Kauf (§ 2 Abs 6 UWG)*, wbl 2009, 473. Thöni, *Vertragsrechtliche Relevanz von Verstößen gegen § 2 Abs 6 UWG?* ÖJZ 2010, 698.

<sup>219</sup> OGH 15. 1. 2013, 4 Ob 220/12z, *VKI gegen Hutchison wegen Servicepauschale*.

<sup>220</sup> Einschließlich des Rechtsformzusatzes, vgl BGH 18. 4. 2013, I ZR180/12, *E. U. e.K.*

- gegebenenfalls das Bestehen eines Rücktrittsrechts.

b) Irreführung durch Tun

Angaben, die sich auf Eigenschaften eines Unternehmens oder eines Unternehmensinhabers beziehen oder Schlüsse darauf zulassen, müssen mit der Wirklichkeit übereinstimmen.<sup>221</sup>

c) Prüfschema:

- ➔ Vorrang der Per-Se-Verbote (black list): Punkte 1-23 des Anhangs gelten "jedenfalls als irreführend" UWG (vgl § 2 Abs 2 UWG).
- ➔ Greifen diese *jedenfalls* irreführenden Tatbestände nicht, ist eine Prüfung nach den Generalnormen (Auffangtatbestände) des § 2 Abs 1 Z 1 - 7 UWG und § 2 Abs 3 Z 1 - 2 UWG vorzunehmen.

## 6. Überblick und Zusammenfassung in Fallgruppen:

In diesem Skript wird der *Versuch* unternommen, eine *systematische* Gruppierung der (im Gesetz unsystematisch aufgezählten) Irreführungstatbestände des UWG und des Anhangs sowie interessante Fallbeispiele aus der Unzahl der Gerichtsentscheidungen zu bieten.

a) Verhaltenskodex (vgl § 2 Abs 3 Z 2 UWG)

Z 1 Unterzeichner eines Verhaltenskodex:

**Problem** des § 2 Abs 3 Z 2 UWG "behauptete Einhaltung eines Verhaltenskodex" sowie Anhang Z 1: Der Kodex kann horizontale Absprachen enthalten, die kartellrechtlich unzulässig sind (vgl 2. Doppelstunde: Mindestpreisabsprachen, Gebietsschutzklauseln, Verbandsempfehlungen).

Z 3 angeblich offizielle Billigung von Verhaltenskodex

b) Irreführung über Verpflichtungsumfang, Beweggründe der Geschäftspraktik (§ 2 Abs 1 Z 3 UWG)

Irreführung über Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers (§ 2 Abs 1 Z 6 UWG)

Z 2 Unberechtigte Führung von Güte- und Qualitätskennzeichen:

Irreführungseignung der Führung der Titel „Universitätsprofessor“ oder „Professor“ durch einen außerordentlichen Gastprofessor (ao. Univ. Prof.) einer ausländischen Universität.<sup>222</sup> Ebenso ist es unzulässig, in Österreich den Titel "Prof" ohne den Zusatz "Visiting" und ohne Hinweise auf die "Universität Sibiu" zu führen.<sup>223</sup> Ähnlich unzulässig ist die Führung des Titels "Volksanwalt" durch einen ehemaligen Volksanwalt ohne

---

<sup>221</sup> OGH RIS-Justiz RS0117607 [T1].

<sup>222</sup> OGH 29. 4. 2003, 4 Ob 96/03a.

<sup>223</sup> OGH 9. 6. 2009, 4 Ob 68/09t.

Hinweis auf "ehemalig".<sup>224</sup>

Irreführungseignung der Bezeichnung "Dr Gutstein Optometrist" für einen Optiker, der zwar den Dokortitel führen darf, aber iZm mit Optikerleistungen (medizinisches Umfeld) den falschen Eindruck vermittelt, Mediziner zu sein; daher Führung des Titels nur mit Hinweis in geeigneter Form auf das Nichtvorliegen eines zur Ausübung des Arztberufs berechtigenden Doktorats.<sup>225</sup> (Darüber hinaus darf er den britischen Titel Doctor of Philosophy oder Dr – nur ohne Punkt und – nur nach dem Namen und mit aufklärendem Hinweis führen.<sup>226</sup>)

Wahrer, aber vertraglich unzulässiger Hinweis auf eine IFS-Zertifizierung.<sup>227</sup>

Ähnlich § 31 UWG: Unberechtigte und daher irreführende Verwendung von Auszeichnungen und Vorrechten, zB des Bundeswappens (§ 68 GewO), des Titels "Meisterbetrieb" (§ 20 GewO).

Z 8 Überraschendes Abweichen der Sprache bei nachvertraglichen (meist grenzüberschreitenden) Leistungen im Gegensatz zur vertraglichen Hauptleistung

Z 19 Anlocken durch nicht bestehende Gewinnmöglichkeit bei Preisausschreiben

Z 22 Irreführung über die Eigenschaft als Unternehmer

Z 23 Verfügbarkeit von Kundendienst

c) Vorhandensein oder Art des Produkts (§ 2 Abs 1 Z 1 UWG)

Z 5 Lockangebote (Für den Unternehmer vorhersehbares Missverhältnis zwischen der durch Bewerbung entstehenden Nachfrage/Lieferumfang)

Z 6 "bait-and-switch-Technik" (Absicht, ein anderes als das beworbene Produkt abzusetzen)

Z 18 Marktbedingungen oder die Möglichkeit, das Produkt zu finden

d) Preis, Preisberechnung oder Preisvorteil (§ 2 Abs 1 Z 4 UWG und § 9a PrAuszG)

- (i) **Statt-Preis-Werbung:** Es liegt eine **unzulässige Werbung** mit "**statt-Preisen**" vor, wenn sich der Sternchen-Verweis betr die **Vergleichspreise** auf der letzten von vier Seiten nur in **Kleinstschrift inmitten mehrerer anderer Hinweise** befindet, ohne sich von diesen abzugrenzen.<sup>228</sup> Im Allgemeinen erwartet der Verkehr bei Statt-Preis-Werbung, dass der Werbende mit seinen eigenen (früheren) regelmäßig verlangten Preisen vergleicht;<sup>229</sup> an die Deutlichkeit des Hinweises auf eine davon völlig abweichende Vergleichsmethode sind erhöhte Anforderungen zu stellen.<sup>230</sup> Die Bewerbung eines Preisnachlasses, der sich aus dem Vergleich mit nie verlangten „Mondpreisen“ ergibt, ist unlauter.<sup>231</sup>

Zudem verboten die Vorinstanzen bei **Elektrogeräten** und Elektronikprodukten die

---

<sup>224</sup> OGH 18. 1. 2012, 3 Ob 220/11s, Exekutionsverfahren gegen Mag *Ewald Stadler*; er war Volksanwalt nur bis 2006.

<sup>225</sup> OGH 17. 2. 2014, 4 Ob 18/14x, *Ärztammer gegen Dr Walter Gutstein*. Folgeentscheidung im Exekutionsverfahren: OGH 13. 7. 2016, 3 Ob 132/16g, *Augenoptiker Dr W.*

<sup>226</sup> OGH 22. 11. 2016, 4 Ob 221/16b, *Optometrist Walter Gutstein, Dr of Philosophy*.

<sup>227</sup> Siehe OGH FN 194.

<sup>228</sup> OGH 16. 12. 2009, 4 Ob 187/09t.

<sup>229</sup> Ebenso BGH 5. 11. 2015, I ZR 182/14, *durchgestrichener Preis im Internethandel*.

<sup>230</sup> OGH 17. 12. 2013, 4 Ob 202/13d.

<sup>231</sup> OGH 23. 11. 2021, 4 Ob 84/21p, *Magenta-TV-Spot: „Gratis bis Jahresende“*.

Werbung mit "statt-Preisen", wenn **keine Hersteller- und Typenbezeichnung** vorliegt (Irreführung durch Unterlassen - Verschweigen wesentlicher Umstände). Dass bei Elektrogeräten und Elektronikprodukten nicht nur ausgewählte Leistungsmerkmale, sondern auch der Hersteller und die Typenbezeichnung für eine Kaufentscheidung im Hinblick auf **Qualitätsvorstellungen und Preisvergleiche von Bedeutung** sind, bildet keine vom OGH aufzugreifende Fehlbeurteilung. Der von unvollständigen Werbeaussagen ausgehende und die Unlauterkeit unterstreichende **Anlockeffekt** (Befassen mit dem preislich attraktiven Angebot) ist unabhängig davon, ob sogenannte Markengeräte oder No-Name-Produkte angeboten werden. In beiden Fällen wird das durch **Unklarheiten entstehende Informationsbedürfnis** der angesprochenen Verbraucher **ausgenützt**; dies gilt auch, wenn offengelassen wird, ob ein Markengerät oder ein No-Name-Produkt angeboten wird.

Gem § 9a Preisauszeichnungsgesetz (basierend auf einer EU-RL)<sup>232</sup> muss **bei prozentual angegebenen Preisermäßigungen** zur Vermeidung von Irreführungen der niedrigste Preis der letzten 30 Tage angegeben werden. Betrifft der Rabatt ganze Produktgruppen, reicht eine Angabe etwa mit „Alles minus 10%“, sofern die Waren nicht in den letzten 30 Tagen verteuert wurden.<sup>233</sup>

§ 9a.

(1) Werden bei Sachgütern Preisermäßigungen in Beträgen oder in Prozenten bekanntgegeben, haben Unternehmer auch den vorherigen niedrigsten Preis anzugeben, der zumindest einmal innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen vor der Anwendung der Preisermäßigung in demselben Vertriebskanal verlangt wurde. Im Falle einer schrittweise ansteigenden Preisermäßigung ist der vorherige Preis der nicht ermäßigte niedrigste Preis im Sinne des ersten Satzes vor der ersten Anwendung der Preisermäßigung.

(2) Sind Sachgüter weniger als 30 Tage auf dem Markt, haben Unternehmer anstelle des Preises nach Abs. 1 den niedrigsten Preis anzugeben, der innerhalb des Zeitraums, in dem sich das Sachgut auf dem Markt befindet, zumindest einmal in demselben Vertriebskanal verlangt wurde.

(3) Sofern es sich um schnell verderbliche Sachgüter oder Sachgüter mit kurzer Haltbarkeit handelt, sind Abs. 1 und Abs. 2 dann nicht anzuwenden, wenn die Preisermäßigung wegen des Ablaufs des Mindesthaltbarkeitsdatums im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. r der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. Nr. L 304 vom 22.11.2011 S. 18, in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 2015/2283, ABl. Nr. L 327 vom 11.12.2015 S. 1, erfolgt.

[Hinweis auf die sogenannte Omnibus-Richtlinie \(EU-Richtlinie 2019/2161\) betreffend Onlinehandel siehe unten in Teil H.](#)

(ii) **Billa-Bestpreisgarantie:**<sup>234</sup> Im Rahmen einer ganz allgemein als „Bestpreisgarantie“ angekündigten Preisgestaltung im Lebensmitteleinzelhandel sind österreichweit gültige Preise zu berücksichtigen, die Mitbewerber bei Ladenkäufen im regulären Geschäftsbetrieb verlangen, nicht hingegen Sonderangebote anlässlich von Geschäftseröffnungen oder -schließungen, im online-Handel verlangte Preise oder regionale Sonderangebote. Zu berücksichtigen sind unter diesen Voraussetzungen auch Preise bei Mehrmengenangeboten (bei gleicher Packungsgröße und Abnahme einer dem Angebot entsprechenden Stückzahl) sowie Preise, die im Fall der Abgabe eines für Kaufinteressenten leicht verfügbaren Gutscheins verlangt werden. Wegen unklarer Formulierungen betreffend Mehrmengenangeboten und wegen einzelner unterlassener Preisanpassungen wurde eine EV erlassen.

(iii) Z 20 gratis:

"4 Jahre - Null Zinsen":<sup>235</sup> Klage des VKI wegen irreführender Werbung (Z 20 Anhang) von *Kika* und *Leiner*, weil auf die Gebühren zwar unmittelbar darunter, aber nur im Kleingedruckten und nicht gleichermaßen blickfangartig hingewiesen wurde (es ergaben sich 3,9 bzw 5,02 % Effektivzinssätze).

[Pearle-Werbung:](#)<sup>236</sup> Ein - mit Musik untermalter - TV-Werbespot dauerte insgesamt 21 Sekunden; in den Sekunden 15 bis 19 des Spots erfolgte in groß gehaltenen Buchstaben die Einblendung „Sparen Sie jetzt 100“ und direkt unterhalb in kleinerer, allerdings gut lesbarer Schrift der Hinweis „gültig beim Kauf einer optischer Brille

<sup>232</sup> Umsetzung durch das MoRuG II mit Wirksamkeit seit 20. 7. 2022.

<sup>233</sup> So *Ulrich Torggler*, RdW 2022,661 mHinw auf EK, Auslegungsleitlinien ABI C 526, 136.

<sup>234</sup> OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 76/11x, *Spar* gegen *Billa*.

<sup>235</sup> OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 29/10h, Klage VKI gegen *Kika* und *Leiner* wegen "4 Jahre - Null Zinsen".

<sup>236</sup> OGH 9. 7. 2013, 4 Ob 68/13y, Klage VKI gegen *Pearle*.

(Fassung + Gläser) ab 200,-". Sowohl die Ankündigung des Angebots als auch diese Einschränkung wurden zeitgleich für 4 Sekunden eingeblendet, wobei die Preisangabe „100,-“ zusätzlich hervorgehoben wurde, indem sie gleichsam in einem kurzen Aufblinken herangezoomt wurde. Gleichzeitig spricht die Stimme eines Mannes: „Sparen Sie jetzt 100 € und mehr bei jeder Brille! 100 x in Österreich!“. Hinweis auf die einschränkenden Voraussetzungen des beworbenen Rabatts in wesentlich kleinerer Schrift - mag dieser auch allein unter dem Aspekt der Schriftgröße betrachtet durchaus wahrnehmbar sein - war hier im Gesamtzusammenhang so unauffällig, dass auch der der Maßfigur entsprechende Verbraucher ihn letztlich kaum zur Kenntnis nehmen wird. In diesem Zusammenhang verdient auch der Umstand Beachtung, dass der optisch hervorgehobene 100 €-Rabatt auch noch durch einen entsprechend formulierten und vorgetragenen Begleittext akustisch unterstrichen wurde, der aufklärende Hinweis hingegen dem Publikum nicht akustisch zur Kenntnis gebracht wurde. Daher nahm der OGH Irreführung an.

(iv) Z 21 Zahlungsaufforderung ohne vorhergehende Bestellung eines Produkts

e) Notwendigkeit einer Leistung (§ 2 Abs 1 Z 5 UWG)

Z 12 Gefahr für persönliche Sicherheit bei Nichtkauf eines Produkts

f) Gewährleistung oder Garantie (§ 2 Abs 1 Z 7 UWG)

Z 10 Bewerbung von gesetzlich Zustehendem als Besonderheit des Angebots

g) Wesentliche Merkmale<sup>237</sup> des Produkts (§ 2 Abs 1 Z 2 UWG)

Werbung des Mobilfunkbetreibers *T-Mobile* mit "unlimitiertes Surfen im Internet" und "so viel mobiles Internet wie Sie wollen" ist irreführend, wenn nicht deutlich darauf hingewiesen wird, dass nach Erreichen eines bestimmten Datenvolumens (3 GB) die Downloadgeschwindigkeit von 21 oder 42 Mbit/s auf 64 kbit/s gedrosselt wird (sofern dies zu einer gravierenden Einschränkung der Internetnutzung führt).<sup>238</sup>

Verwendung des Domainnamens [www.resort-Bxxxx.eu](http://www.resort-Bxxxx.eu) durch den Inhaber lediglich einer Ferienwohnung ist irreführend, weil ein "Resort" eine touristische Hotelanlage mit erweitertem Angebot ist.<sup>239</sup>

Die Information darüber, dass in einem **Preisvergleichsportal** nur Anbieter berücksichtigt werden, die sich für den Fall des Vertragsschlusses mit dem Nutzer zur Zahlung einer **Provision an den Portalbetreiber** verpflichtet haben, ist eine wesentliche Information. Der Verbraucher nutzt Preisvergleichsportale, um einen schnellen Überblick darüber zu erhalten, welche Anbieter es für ein bestimmtes Produkt gibt und welchen Preis der jeweilige Anbieter für das Produkt fordert. Dabei geht der Verbraucher, sofern keine entsprechenden Hinweise erfolgen, nicht davon aus, dass in den Vergleich nur solche Anbieter einbezogen werden, die dem Betreiber des Portals im Falle des Vertragsabschlusses mit dem Nutzer eine Provision zahlen. Diese Information ist für den Verbraucher von erheblichem Interesse, weil sie nicht seiner Er-

---

<sup>237</sup> Vgl zur Orientierung die demonstrative Aufzählung in Art 6 Abs 1 lit b RL-UGP: "[...] Verfügbarkeit, Vorteile, Risiken, Ausführung, Zusammensetzung, Zubehör, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, Lieferung, Zwecktauglichkeit, Verwendung, Menge, Beschaffenheit, geografische oder kommerzielle Herkunft oder die von der Verwendung zu erwartenden Ergebnisse oder die Ergebnisse und wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde."

<sup>238</sup> OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 137/14x, *Verein für Konsumenteninformation (VKI) gegen T-Mobile*.

<sup>239</sup> LG Düsseldorf 4. 12. 2014, I-2 U 30/14, rk.



wartung entspricht, der Preisvergleich umfasse weitgehend das im Internet verfügbare Marktumfeld und nicht nur eine gegenüber dem Betreiber provisionspflichtige Auswahl von Anbietern.<sup>240</sup>

h) Fallgruppe "Superlativwerbung" (Alleinstellungswerbung):

Ein Unternehmen, das sich als das "größte" bezeichnet, muss in den für den angegebenen Bereich maßgeblichen Belangen einen erheblichen Vorsprung gegenüber den Mitbewerbern haben und entsprechend leistungsfähiger sein; der Vorsprung muss deutlich und stetig sein.<sup>241</sup>

Wenn der mit Superlativen Werbende nicht nachweisen kann, dass er seiner Konkurrenz **tatsächlich überlegen** ist, kann ihm nur noch helfen, dass die Gerichte die Werbeaussage als nicht ernst zu nehmende "**marktschreierische Übertreibung**" (zB "Revolution im Fenster-Design"; "Lichtjahre vom klassischen Fenster entfernt" als unschädliche "Marktschreierei"<sup>242</sup>) ansehen; im Zweifel wird eine ernst gemeinte Behauptung angenommen.

OGH 22.4.2002, 4 Ob 43/02f, *BESTsale*

Die Bekl, die eine Druckerei betreibt, hat im Sommer 2000 in einer Fachzeitschrift unter der Überschrift "BESTsale Sommerschlussverkauf" mit vier Eistüten, in deren Eiskugeln die Zahlen -11%, -16%, -24% und -27% aufgedruckt waren, samt folgendem Text geworben: "Jetzt lassen wir die Preise schmelzen.....Dabei sind wir ohnehin schon günstiger als andere. Vergleichen Sie selbst: Eine Broschüre, die im Juli/August von der Druckerei A um 48.000 S, von der Druckerei B um 51.000 S, von der Druckerei C um 56.300 S und von der Druckerei D um 58.800 S angeboten wurde, kostet bei uns 42.800 S. Bei unserem Sommerschlussverkauf sparen Sie also 27%. Ende November warb die Bekl, so wie im Fall "Best Offer", bis Weihnachten jeden Preis einer österr Druckerei um 10% zu unterbieten, fügte aber hinzu: "Sie fragen, wie B sich so etwas leisten kann. Die erste Frage können wir natürlich beantworten: Weil wir einfach wendiger sind, schneller und effizienter drucken und das rund um die Uhr. Und nur beste Qualität, das versteht sich von selbst...."

Der OGH verwies auf den Rechtssatz, wonach unvollständige Angaben gegen § 2 UWG verstoßen, wenn durch das Verschweigen wesentlicher Umstände ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen werde, sodass die Unvollständigkeit geeignet sei, das Publikum in für den Kaufentschluss relevanter Weise irreführen. Das gelte auch für Preisvergleiche. Der beanstandete Preisvergleich sei mangels Einbeziehung wichtiger kostenrelevanter technischer Angaben unvollständig und deshalb irreführend. Das **zeitlich beschränkte Angebot**, die Preise der Mitbewerber **um 10% zu unterbieten**, hielt der OGH unter Hinweis auf die "Best Offer"-E für sich allein **nicht für wettbewerbswidrig** (unzulässig wären zeitlich unbeschränkte Unterbietungsangebote), wohl aber durch seine Verbindung mit herabsetzenden Behauptungen, die das Sachlichkeitsgebot verletzen.

OGH 29.1.2002, 4 Ob 275/01x, *Das beste Notebook*

Die bekl Medieninhaberin kündigte ein Notebook zum Preis von 9.990 S (inklusive einem Jahresabo von *Format* als "DAS BESTE NOTEBOOK" an und bezifferte dessen Wert mit 24.990 S.

Der OGH folge den Vorinstanzen nicht darin, dass sich die beanstandete Spitzenstellungswerbung nicht ganz allgemein auf den Markt für Notebooks beziehe, sondern nur auf Geräte einer bestimmten Preisklasse (hier: jener bis 25.000 S). Den angesprochenen (breiten) Verkehrskreisen könne nicht das Wissen unterstellt werden, dass es teurere Geräte dieser Art gebe, weil Notebooks (noch) nicht zur Standardausrüstung eines durchschnittlichen Haushalts gehörten. Die Ankündigung verstoße daher gegen § 2 UWG, weil bessere Geräte als das angekündigte auf dem Markt seien.

OGH 2.7.2002, 4 Ob 99/02s, *Weltbestes Wasserbett*

Die ErstBekl, Generalimporteurin für Wasserbetten der Marke "land and sky", hat für ihre Produkte mit der Behauptung "Weltbestes Wasserbett" geworben. Die Kl,

<sup>240</sup> BGH 27. 4. 2017, I ZR 55/16, *Bestattungspreisvergleich*.

<sup>241</sup> OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 80/15s, *Tageszeitung Österreich habe "mit der heutigen Ausgabe" eine Auflagenzahl von 1,3 Mio erreicht"; "größer und erfolgreicher ist derzeit keine andere Zeitung" ist irreführend, weil Auflagenhöhe nur aus Anlass einer eintägigen Werbeaktion erreicht wurde.*

<sup>242</sup> OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 201/13g.

eine Mitbewerberin aus Deutschland beantragte, der Bekl mit EV die Werbung als irreführend zu verbieten. ErstG und RekG wiesen den Antrag ab. Der OGH erließ die EV, weil diese Ankündigung als Tatsachenbehauptung des Inhalts aufzufassen sei, dass das Erzeugnis die weltweit besten Ausstattungsmerkmale aufweise und höchsten Qualitätsansprüchen genüge. Da sich die Bekl darauf beschränkt hätten, ihre Werbung als zulässige marktschreierische Ankündigung zu rechtfertigen, sei die inhaltliche Richtigkeit ihrer Behauptung nicht zu prüfen. Eine marktschreierische Werbung, die sogleich als Übertreibung aufgefasst und von jedermann unschwer auf ihren tatsächlichen Gehalt zurückgeführt wird, liege aber nicht vor.

OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 217/10f, *Das beste Service*

Während man über den Geschmack oder die inhaltliche Qualität nicht objektiv entscheiden kann, ist es sehr wohl feststellbar, ob eine Zeitung bei der Hauszustellung "das beste Service" bietet (überprüfbarer Tatsachekern).

OGH 2.6.1981, 4 Ob 365/81 – *Gut besser Gösser, Österreichs bestes Bier* (Slogan wird seit 1977 bis heute verwendet!)

Jeder, der für sich eine Spitzenstellung auf dem Markt in Anspruch nimmt, bringt damit zugleich - wenn auch in der Regel unausgesprochen - die Überlegenheit seines Unternehmens oder seiner Erzeugnisse gegenüber allen anderen Branchenangehörigen zum Ausdruck. Neben dem überprüfbaren Tatsachekern (hohe Produktqualität) schwingt auch nicht überprüfbare subjektive Wertschätzung ("bestes") mit. Dies ist zulässig, soweit der Werbende nicht die Nachteile der Waren bestimmter Mitbewerber konkret mit den Vorzügen des eigenen Angebotes vergleicht, sondern ohne solche Bezugnahme lediglich die eigene Spitzenstellung anpreist.

Ähnlich: "Jacobs Monarch - Österreichs bester Kaffee"<sup>243</sup>

Ähnlich: "KNORR Goldaugen-Rindsuppenwürfel - Der Beste Österreichs"<sup>244</sup>

OGH 24. 3. 2009, 4 Ob 11/09k:

Die Aufschrift "*Österreichs beliebtester Hagebutten- (bzw Apfel-)tee*" für sich allein auf der jeweiligen Produktverpackung ist eine **marktschreierische Anpreisung** ohne sachlich nachprüfbaren Tatsachekern, die zur **Irreführung** der angesprochenen Verkehrskreise **nicht geeignet** ist.

OGH 8.4.2008, 4 Ob 245/07v: *Österreich*

Die *Tageszeitung Österreich* darf sich nicht als die neue Nummer 1 bezeichnen (Spitzenstellungswerbung), wenn dabei die einschränkenden Hinweise nur klein gedruckt sind = Irreführung.

#### i) Weitere Per-Se-Verbote des Anhangs

Z 4 Private oder öffentliche Autorisierung

Z 7 Zeitliche Verfügbarkeit eines Produktes (Unterdrucksetzung)

Z 9 Rechtmäßigkeit des Verkaufs

Z 11 Schleichwerbung<sup>245</sup>

Z 15 Vortäuschung der Geschäftsaufgabe oder Verlegung der Geschäftsräume

Z 16 Erhöhung der Chancen bei Glücksspiel durch Produkt

Z 17 Heilung durch Produkt

#### j) § 2a UWG: Fallgruppe Vergleichende Werbung

Vergleichende Werbung ist zulässig, wenn sie nicht sonst gegen Vorschriften (zB Irreführungsverbot § 2 Abs 3 Z 1 UWG, Herabsetzung § 7 UWG, Unternehmenskennzeichenmissbrauch § 9 UWG, Schmarotzen am guten

<sup>243</sup> OGH 3. 5. 1977, 4 Ob 341/77, ÖBl 1977, 166

<sup>244</sup> OGH 13. 9. 1988, 4 Ob 57/88.

<sup>245</sup> Vgl schon oben Pkt III.G.4. Seite 34.

Ruf<sup>246</sup> § 1 UWG, Markenverletzung nach MarkSchG) verstößt. Im Hinblick auf vergleichende Werbung existieren zahlreiche Schnittstellen zwischen Wettbewerbs- und Markenrecht, in der Praxis herrscht reger Diskurs zur Abgrenzung der einzelnen Tatbestände.

- (i) Vgl auch Per-Se-Verbote im Anh Z 13: Absichtliche Täuschung über Hersteller mit ähnlichem Produkt
- (ii) Vergleichende Werbung ist nur zulässig, wenn sie sich auf **wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische** Eigenschaften bezieht und nicht ausschließlich auf subjektiven Werturteilen beruht; dieses Objektivitätsgebot schließt eine vergleichende Werbung mit nicht überprüfbar Eigenschaften aus.<sup>247</sup>

*Gulliver's Reisen: Imitationsmarketing (unzulässige Anlehnung) ist nur bei Verkehrsgeltung des anderen Zeichens anzunehmen (§ 2 Abs 3 Z 1 UWG).*<sup>248</sup>  
*Ähnlich Lollipop (Tico Pop-Lutscher): Der Kläger muss beweisen, dass aufgrund der Verkehrsgeltung des nicht registrierten Zeichens oder Aufmachung (Unterscheidungskraft, secondary meaning of the mark) Verwechslungsgefahr (vermeidbare Herkunftstäuschung) besteht.*<sup>249</sup>
- (iii) *Hartlauer/Pippig*<sup>250</sup>: Preisvergleich an sich ist nicht herabsetzend. Beim Preisvergleich darf das Firmenlogo im Foto der Geschäftsfassade des Mitbewerbers gezeigt werden.

*EuGH 18. 11. 2010, C-159/09, Lidl Frankreich gegen Leclerc: Vergleichende Preiswerbung von Leclerc für Nahrungsmittel, die substituierbar sind, ist nicht allein deshalb unzulässig, weil sich die Nahrungsmittel hinsichtlich ihrer Essbarkeit und des Genusses, den sie dem Verbraucher bereiten, je nach den Bedingungen und dem Ort ihrer Herstellung, den enthaltenen Zutaten und der Identität ihres Herstellers voneinander unterscheiden. Eine derartige Werbung ist aber unzulässig, wenn bei einer erheblichen Zahl von Verbrauchern der falsche Eindruck erweckt wird, die vom Werbenden getroffene Warenauswahl (Einkaufszettel) sei repräsentativ für das allgemeine niedrigere Niveau seiner Preise im Verhältnis zum Mitbewerber oder alle Waren des Werbenden seien billiger als die seines Mitbewerbers oder wenn für den in der Werbung angestellten Preisvergleich Nahrungsmittel ausgewählt wurden, die - für den Verbraucher nicht erkennbar - in Wirklichkeit objektive Unterschiede aufweisen, die die Entscheidung des Käufers spürbar beeinflussen können.*

*Carrefour/ITM*<sup>251</sup>: Ein Preisvergleich kann aber irreführend sein, wenn die niedrigen Carrefour-Preise (Bestpreisgarantie) nur für die ganz großen Carrefour-Hypermärkte gelten und diese Preise mit jenen von den an sich kleineren Intermarché-Supermärkten (Geschäft unterschiedlicher Art und Größe) verglichen werden, weil der Umstand, dass die Geschäfte, deren Preise dem Vergleich unterlägen hätten, unterschiedlicher Größe oder Art seien, eine wesentliche Information ist. Etwas anderes gilt, wenn die Verbraucher auf klare Weise und in der Werbebotschaft selbst darüber informiert werden, dass der Vergleich zwischen den Preisen, die in den Geschäften größeren Umfangs oder größerer Art der Handelsgruppe des Werbenden verlangt werden, und den Preisen stattgefunden hat, die in Geschäften kleineren Umfangs oder kleinerer Art konkurrierender Handelsgruppen ermittelt wurden.
- (iv) *Guter Journalismus*.<sup>252</sup>

---

<sup>246</sup> Vgl zur Rufausbeutung unten Pkt III.I.3.c)(ii) Seite 53.

<sup>247</sup> OGH 16. 12. 2014, 4 Ob 209/14k, *Österreich gegen Heute*

<sup>248</sup> OGH 18. 10. 2011, 17 Ob 26/11i, erfolglose Klage von *Gulliver's Reisen* gegen *Flair-Reisen*.

<sup>249</sup> OGH 12. 2. 2013, 4 Ob 227/12d, *Lollipop (Tico Pop-Lutscher)*.

<sup>250</sup> EuGH 8. 4. 2003, C-44/01; OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 90/03v.

<sup>251</sup> EuGH 8. 2. 2017, C-562/15, *Carrefour/ITM Alimentari International*.

<sup>252</sup> OGH FN 247.



Diese vergleichende Werbung impliziert unter anderem, dass *Heute* eine höhere Nachfrage hat als *Österreich*; eine Werbung mit Auflage und Reichweite ist an sich zulässig (wirtschaftlicher Erfolg als objektives und daher nachprüfbares Kriterium). Auch die Aussage "guter Journalismus" (oder "bester Journalismus") als unüberprüfbares Werturteil wäre an sich zulässig; doch in einer vergleichenden Werbung (Erkennbarkeit des Mitbewerbers) unterstellt dieses unüberprüfbare Werturteil dem Mitbewerber implizit "schlechteren" Journalismus (Pauschalabwertung, die dem § 1 UWG und dem unionsrechtlichen Objektivitätsgebot gem Art 4 lit c RL 2006/114/EG widerspricht). Unüberprüfbare Werturteile sind in einer vergleichenden Werbung unzulässig.

(v) **Verwendung fremder Marken als Hinweis auf die eigenen angebotenen Leistungen:**

EuGH, C-63/97, *BMW/Deenik*: Verwendung der Wortmarke *BMW* (ohne Zustimmung von *BMW*) durch eine Reparaturwerkstatt ist zulässig zur Bewerbung von Reparaturleistungen. Die Nutzung der Marke muss aber notwendig<sup>253</sup> zur Bezeichnung der Bestimmung einer Ware oder Dienstleistung sein. Nach EuGH C-228/03, *Gillette/LA-Laboratories*, liegt Notwendigkeit nur dann vor, wenn die Benutzung praktisch das einzige Mittel<sup>254</sup> zur Bestimmungsinformation darstellt.

Vgl auch OGH 20. 9. 1983, 4 Ob 383/83, *BMW-Spezialist I*; OGH 27. 2. 1985, 4 Ob 392/84, *BMW-Spezialist II*: Mit der Bezeichnung "BMW-Spezialist" wird nur besondere Fachkunde bezüglich der Reparatur solcher Kfz, nicht jedoch eine besondere organisatorische Beziehung (im Sinne einer Vertragswerkstätte) zum Unternehmen *BMW* ausgedrückt.

EuGH 12.6.2008, C-533/06, *O2 (UK)/Hutchinson 3G*: Um den Werbevergleich zu verdeutlichen, darf man die Wortmarke und sogar die **Bild-Marke** des Mitbewerbers (in nicht irreführender Weise) ohne dessen Genehmigung "verwenden".

BGH 2. 4. 2015, I ZR 167/13, *Swirl-Staubsaugerbeutel*: Die Bewerbung eigener Produkte mit "ähnlich Swirl M 50", obwohl *Swirl* und *M 50* jeweils als Wortmarken geschützt sind (außerdem Bekanntheitsgrad: 79,7%), stellt keine unlautere Rufausnutzung dar, wenn die fremde Marke (im Internet-Verkaufsangebot) im Rahmen vergleichender Werbung verwendet wird, um Kunden, die sich einer Suchmaschine bedienen, auf das eigene No-name-Produkt aufmerksam zu machen. Wettbewerbswidrig wird die Verwendung der fremden Marke erst, wenn dadurch versucht wird, sich in den "Bereich der Sogwirkung des bekannten Zeichens zu begeben, um von seiner Anziehungskraft, seinem Ruf und seinem Ansehen zu profitieren und die wirtschaftlichen Anstrengungen des Inhabers dieses Zeichens zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Image dieses Zeichens ohne finanzielle Gegenleistung auszunutzen".

OGH 19. 9. 2011, 17 Ob 19/11k, *Procter & Gamble (Oral-B) gegen GlaxoSmithKline (Dr. Best-Wechselköpfe für Oral-B)*: Verwendung der Wortmarke als notwendige Bestimmungsangabe für Ersatzteile ist zulässig.

*Dagegen* aber meinte OGH 16. 12. 2008, 17 Ob 28/08d,<sup>255</sup> *Mazda-Logo*, dass eine Chip-Tuning-Werkstatt ohne Genehmigung von *Mazda*, die berühmte *Mazda*-Marke (Logo, Bild- oder Wortbildmarke) nicht zur Bewerbung ihrer Dienstleistung (unlauter)

<sup>253</sup> Der OGH hat sich mit dieser Entscheidung zu 17 Ob 28/08d auseinandergesetzt und festgehalten, dass das dort vertretene Verständnis der Notwendigkeit durch die deutlich strengere Formulierung in der Rechtssache C-228/03 überholt wurde.

<sup>254</sup> Vgl dazu *Ingerl/Rohnke*, § 23 MarkenR Rz 117: „wirklich alternativlos“.

<sup>255</sup> Krit Anm *Gamerith*, Entscheidungsglosse ÖBl 2009, 186 [189].

ausnutzen darf. Zulässig wäre nur, die Marken- und Typenbezeichnung der Fahrzeuge anzugeben.

Ähnlich: OGH 15. 12. 2015, 4 Ob 211/15f, *M-Logo*.

Aber OGH 20. 2. 2018, 4 Ob 15/18m, *Davidoff*, entschied, dass die Marke (auch Bildmarke) erschöpft ist, sobald die Ware in Verkehr gebracht wurde, und daher ein nicht lizenzierter Händler (Versandhändler) sie zur Werbung zwecks Weiterverkaufs verwenden darf.

OGH 22. 12. 2020, *Jö-Kundenkarte*: Der Anbieter eine Handy-App, die die Verwendung mehrerer unterschiedlicher Kundenkarten erleichtern soll, darf Name und Logo dieser Kundenkarten verwenden („**verweisenden Markengebrauch**“), um seine Dienstleistung (App) zu bewerben, nämlich als Verweis auf eine Zusatzdienstleistung. Denn ein generelles, in jedem Fall unumstößliches Verbot der Verwendung fremder Wort-Bild-Marken besteht gem § 10 Abs 3 Z 3 MSchG nicht. Ein verweisender Markengebrauch zB als Bestimmungangabe für Zubehör oder Ersatzteile oder für Servicedienstleistungen ist zulässig.<sup>256</sup>

EuGH 18.6.2009, C-487/07, *L’Oreal, L’Oréal, Lancome und Garnier gegen Bellure, Malaika und Starion*: Wenn *Bellure* eine Imitation eines Parfums mit notorisch bekannter Marke vertreibt und eine "Vergleichsliste" mitliefert, ist das – auch wenn trotz gewisser Ähnlichkeit letztlich keine Verwechslungsgefahr besteht – eine **unlautere Ausnutzung des Rufs** der Marke.

OGH 23. 3. 2011, 17 Ob 2/11k: *Velux* hat einen Marktanteil von 85 % auf dem inländischen Markt für Dachflächenfenster, und die angesprochenen Verkehrskreise verbinden mit *Velux*-Dachfenstern höchste Qualitätsvorstellungen. Wenn die Beklagte (*Roto-Fenster GmbH*) unter diesen Umständen ihre (Austausch-)Fenster im Rahmen vergleichender Werbung unter Nennung der Marke *Velux* bewirbt, verstößt sie gegen Art 4 lit f RL 2006/114/EG, weil sie den Ruf der Marke in unlauterer Weise zur Werbung ihrer eigenen Produkte ausnutzt. Die Unlauterkeit folgt aus dem Umstand, dass die Nennung der Marke des Marktführers unter den hier gegebenen Umständen nicht notwendig ist, um der Marktgegenseite für sie wesentliche Informationen zu vermitteln, kann doch jedes Dachfenster jedes Fremdherstellers gegen ein Produkt der Beklagten ausgetauscht werden. Die unlautere Rufausnutzung setzt hier im Gegensatz zu anderen Tatbeständen keine Irreführung oder Herabsetzung im Rahmen der vergleichenden Werbung voraus. Die Beklagte verschafft sich daher ohne sachlichen Grund mit Hilfe des guten Rufs der fremden Marke ein Maß an Aufmerksamkeit, das ihren Produkten ohne die beanstandete Markennennung nicht in gleicher Weise zugute käme.

#### (vi) Themenkreis Keyword-Advertising

Durch Eingabe und Verknüpfung bestimmter Begriffe (insb Marken) in Internet-Suchmaschinen (zB **AdWord** von Google) kommt es zu einem Aufscheinen von Anzeigen und von Werbeanbern (von uU anderen als dem gesuchten Unternehmen).

OGH 20.3.2007, 17 Ob 1/07g, *Wein & Co* gegen *Interspar*: Der Konkurrent *Interspar* ("*Weinwelt.at*") darf seine Google-Einschaltung nicht mit "*Wein & Co*" überschreiben (und im Anzeigentext einen bloß neutralen Text - zB "Tolle Weine für Sie" - verwenden), weil dadurch der Eindruck entsteht, dass der eigentliche Inhaber der Marke *Wein & Co* werbe. Es liegt ein Markenverstoß vor. Hingegen ist es zulässig, "*Adidas*" als Keyword zu buchen und im Inserattext zu schreiben "Mode von *Adidas* erhältlich bei *Otto*".

OGH 19.12.2005, 4 Ob 194/05s (4 Ob 195/05p), *Longevity Health Products* gegen *Google* wegen *Glucochondrin*: Der Suchmaschinenbetreiber *Google* ist nicht verpflichtet, die von ihren Werbekunden verwendeten Suchworte auf allfällige Markenverletzungen oder Wettbewerbsverstöße zu überprüfen. Eine solche Pflicht hätte *Google* nur, wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien offenkundig wäre, weil nur dann der Suchmaschinenbetreiber den Rechtsverletzer bewusst fördert; nur bei einer offenkundigen Rechtsverletzung kann davon gesprochen werden, dass der Suchmaschinenbetreiber den Rechtsverletzer bewusst fördert. (Die Haftung von *Google* ist also ähnlich der eines Hostproviders nach der E-Commerce-RL; allerdings muss *Google* ab Hinweis auf eine konkrete, für einen juristischen Laien erkennbare

---

<sup>256</sup> OGH 22. 12. 2020, *Jö-Kundenkarte*: Die Einbindung der *Jö-Kundenkarte* in die App der Beklagten unter Verwendung der Wort-Bild-Marken der Klägerin zur Auswahl der *Jö-Kundenkarte* aus einer Vielzahl von anderen Kundenkarten ist ein Verweis auf eine Zusatzdienstleistung der Beklagten und damit eine Bestimmungangabe im Sinn des § 10 Abs 3 Z 3 MSchG, die in der konkreten Ausgestaltung zulässig ist und keine unlautere Geschäftspraktik begründet.

Rechtsverletzung tätig werden, um eine eigene Haftung zu vermeiden.) *Google* würde also sehr wohl haften, wenn *Google* dem Kunden aktiv Suchwörter vorschlägt. Im Widerspruch dazu entschied der BGH, 1 ZR 139/07, gegen eine Haftung von *Google* bei Anbieten einer "Catch all"- Funktion, bei der die Anzeige des Kunden nicht nur beim gebuchten Wort, sondern auch bei ähnlichen Begriffen angezeigt wird.

EuGH 23.3.2010, C-236/08 bis C-238/08, **Google France** gegen *Louis Vuitton ua*: Bei Anzeigen besteht das Bedürfnis nach **Transparenz**, weshalb der Inserent in der Überschrift oder im Anzeigentext klar ersichtlich sein muss (**Offenlegungspflicht** auf Basis des Wettbewerbsrechts). Markenrechtlich ist es unbedenklich, wenn die Anzeige oberhalb des eigentlichen Trefferblocks von *Google* geschaltet wird und der Markeninhaber innerhalb des eigentlichen Suchergebnisses normal gereiht wird (ob dies auch wettbewerbsrechtlich bei einer Rufausbeutung toleriert werden kann, bleibt fraglich, weil der Werbende vom guten Ruf der Marke des Kontrahenten profitiert).

EuGH 25.3.2010, C-278/08, **Bergspechte Outdoor Reisen** und *Alpenschule Edi Koblmüller GmbH* mit der österr Wortbildmarke "*Bergspechte*" gegen *Günter Guni Tracking.at Reisen GmbH* (aufgrund Vorlagebeschlusses OGH 20. 5. 2008, 17 Ob 3/08b): Die Buchung eines Keywords, das mit einem registrierten Kennzeichen identisch oder verwechselbar ähnlich ist, ist eine markenrechtliche Benutzungshandlung selbst dann, wenn das Keyword *Bergspechte* in der Anzeige nicht nochmals aufscheint. Eine solche konsenslose Markenbenutzung ist dann rechtswidrig, wenn die Anzeige des Dritten eine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber suggeriert oder den Werbenden nicht klar erkennen lässt. Die dadurch geschaffene Verwechslungsgefahr untergräbt die Herkunftsfunktion der Marke. Hierauf OGH 21.6.2010, 17 Ob 3/10f: Eine solche Verbindung wird schon dann - rechtswidrig - impliziert, wenn nicht durch einen entsprechenden Hinweis klargestellt wurde, dass keine wirtschaftliche Verbindung zwischen der Klägerin und der Werbenden besteht (dazu krit *Wukoschitz*, *ecolex* 2010, 972).

BGH 13. 1. 2011, I ZR 125/07, **Bananabay II**: Keyword-Advertising ist zulässig, wenn die Anzeige die Marke nicht enthält; dazu *Maximilian Schubert*, BGH: Keyword-Advertising mit fremden Marken zulässig, *mur* 2011, 212.

EuGH 22. 9. 2011, C-323/09, **Interflora ua** gegen *Marks & Spencer*: Der Markeninhaber kann einem Mitbewerber die Benutzung eines mit seiner Marke identischen Schlüsselworts für identische Waren oder Dienstleistungen **verbieten**, wenn diese Benutzung **eine der Funktionen der Marke** (herkunftshinweisende Funktion, Werbefunktion, Investitionsfunktion) **beeinträchtigen** kann.<sup>257</sup>

French Supreme Court, decision of 29 January 2013, 11-21011 and 11-24713, *Cobrason v Solutions*. When an internet user typed 'Cobrason' into the website [www.google.fr](http://www.google.fr), a commercial link to Solutions was displayed, as well as a message stating, "Why should you pay more?". The Supreme Court found that there was no risk of confusion between Cobrason's and Solutions' websites. The court implicitly stated that the mere purchase of the word 'Cobrason' as a keyword in a referencing service was insufficient to hold Solutions liable for unfair competition. The Supreme Court further stated that soliciting a competitor's clients was not in itself unlawful, unless it constituted unfair behaviour. Further: Neither the display of a link to Solutions' website nor the message "Why should you pay more?" was misleading and constituted a risk of confusion as to whether the companies were economically connected.

BGH 25. 7. 2019, I ZR 29/18, **Ortlieb II**: Schaltet ein Wiederverkäufer wie *Amazon* bei *Google* eine Anzeige mit einer Marke (hier: *Ortlieb*) und geht der Kunde aufgrund der Gestaltung der Anzeige davon aus, nur Produkte des Markeninhabers präsentiert zu bekommen, werden ihm jedoch verlinkt zu der Anzeige auch Alternativangebote von Drittanbietern präsentiert, so liegt eine Markenverletzung vor.

OGH 21. 2. 2020, 4 Ob 30/20w, **TAXICOMPAY**, „**DRIVING YOUR BUSINESS**“: Nach der Rsp greift die durch die Verwendung einer Marke (eines Markenbestandteils) als Schlüsselwort generierte Werbung eines Dritten in die Rechte des Markeninhabers nur dann nicht ein, wenn aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer leicht zu erkennen ist, dass die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen weder vom Inhaber der Marke noch von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen.

---

<sup>257</sup> Dem folgte der High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) 21. 5. 2013, [2013] EWHC 1291 (Ch).

## (vii) Meta-Tags

EuGH (FN 181): The mere registration of a domain name does not in itself contain any advertising representation. However, the use of that domain name is clearly intended to promote the supply of the goods or services of the domain name holder and therefore constitutes a form of representation that is made to potential consumers and suggests to them that they will find, under that name, a website relating to those goods or services, or relating to that company. Moreover, **the use of metatags corresponding to the names of a competitor's goods** in a website's metadata is considered as a form of representation since the consequence that it is suggested to the internet user who enters one of those names as a search term is that that site is related to this search. Therefore, CJEU considers that the term 'advertising' in Article 2 of Directive 84/450 and in Article 2 of Directive 2006/114 concerning misleading and comparative advertising must be interpreted as encompassing the use of a domain name and that of metatags in a website's metadata.

## k) Fallgruppe sonstige irreführende Werbung

### (i) "In Darbo naturrein kommt nur Natur rein (All naturally pure)"<sup>258,259</sup>

Es ging um die Frage, ob die Bezeichnung "**naturrein**" auf den Etiketten des Tiroler Unternehmens eine Täuschung des Konsumenten (in Deutschland) sei. Der EuGH urteilte, dass es sich dabei nicht um Irreführung des Konsumenten handle. Gartenfrüchte seien "zwangsläufig" der Umweltverschmutzung und Pestiziden ausgesetzt und überdies seien die in der Marmelade festgestellten Blei-, Cadmium- und Pestizidrückstände nur sehr gering. Die Angabe „naturrein“ ist zulässig<sup>260</sup> für eine Erdbeerkonfitüre, die das Geliermittel Pektin sowie Spuren oder Rückstände von Blei, Cadmium und Pestiziden in folgenden Mengen enthält: 0,01 mg/kg Blei, 0,008 mg/kg Cadmium, 0,016 mg/kg Procymidon und 0,005 mg/kg Vinclozolin.

OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 228/10y: Werden für eine Fruchtschnitte ("*Darbo Fruchtsnack Waldbeeren*") von 40 g nur rund 10 g Waldbeeren verarbeitet - der noch geringere prozentuelle Anteil des Beerenkonzentrats an der Gesamtmasse ist allein auf einen Verarbeitungsvorgang zurückzuführen -, ist dieses Verhältnis jedenfalls ausreichend hoch, die Verbrauchererwartungen über den Fruchtanteil zu erfüllen. Damit kann der *Adolf Darbo AG* aber nicht vorgeworfen werden, sie habe allein mit der Gestaltung der Verpackung (**Abbildung vieler Waldfrüchte**) beim Verbraucher Erwartungen hervorgerufen, die das Produkt nicht erfülle.

Ähnlich: Auch eine Abbildung auf einem Glas mit Käse in Olivenöl kann irreführend sein, zB die Abbildung eines griechischen Salats, in Verbindung mit der griechisch anmutenden Bezeichnung "Patros" vor einer "sich im Horizont flimmernd auflösenden Bläue", die wie ein Blick auf das Meer wirkt, in Verbindung mit einem Hirten in südländischer Tracht den Eindruck erwecke, das enthaltene Produkt stamme aus Griechenland. Dis gilt selbst wenn auf dem Etikett auf der Rückseite des Glases steht: 'Patros, D-88178 Heimenkirchen'.

EuGH 4. 6. 2015, C-195/14 (hierauf BGH 2. 12. 2015, I ZR 45/13): *Teekanne* vertrieb bis 2012 einen Kindertee "Felix Himbeer-Vanille Abenteuer" unter der Bezeichnung „Felix Himbeer-Vanille Abenteuer“, auf dessen Verpackung ua Abbildungen von Himbeeren und Vanilleblüten sowie die Angaben „Früchteteemischung mit natürlichen Aromen“, „Früchteteemischung mit natürlichen Aromen - Himbeer-Vanille-Geschmack“ und „nur natürliche Zutaten“ aufscheinen. Der Tee enthielt weder Vanille noch Himbeeren und auch keine Aromen davon. Das war irreführende Werbung. Die "natürlichen Aromen" mit Himbeer- und Vanillegeschmack wurden aus Rohstoffen wie Holzspänen gewonnen. Die Zutatenliste räumt die Irreführungsgefahr nicht aus.

EuGH 6. 9. 2012, C-544/10, *Deutsches Weintor*: "Bekömmlich" ist eine – gem VO

<sup>258</sup> EuGH 4.4.2000, C-465/98, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. gegen Adolf Darbo AG*.

<sup>259</sup> Ein weiterer Rechtsstreit zwischen den selben Parteien bis zum EuGH betraf den Zuckergehalt von "Konfitüre extra", vgl. EuGH 10.9.2009, C-366/08.

<sup>260</sup> EuGH in Auslegung des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer i der Richtlinie 79/112/EWG des Rates vom 18. 12. 1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür.

1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben unzulässige<sup>261</sup> – gesundheitsbezogene Angabe für Wein (bezieht sich auf angebliche Verbesserung oder Erhaltung des guten Gesundheitszustandes).

- (ii) OGH 8.4.2008, 4 Ob 42/08t, *Wendl&Lung-Klaviere*:

Die Anpreisung "selbst hergestellt" einer Wiener Klavierfabrik ist irreführend, wenn die meisten Produktionsschritte (insb Zusammenbau der Klaviere) in Auftragsproduktion in China erzeugt werden. (Die Anpreisung impliziert aber nicht eine Behauptung der Produktion in Österreich.)

- (iii) OGH 26.8.2008, 4 Ob 142/08y, Elektrohändler *Gerold Ratzer* gegen Staubsauger-Hersteller *Vorwerk Austria*:

Es ist unlautere Geschäftspraktik, tatsächenswidrige Angaben zur Reparaturmöglichkeit zu machen, etwa bei Hausbesuchen zu behaupten, der alte Staubsauger sei defekt, eine Reparatur nicht mehr rentabel, obwohl das Gerät noch einwandfrei ging, oder den Neukauf eines Staubsaugers um 369 Euro zu empfehlen, obwohl der Kläger das Gerät um 18 Euro reparieren konnte. – Urteil auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung in den *Vorarlberger Nachrichten*. (Für das Urteil war – wie üblich – irrelevant, dass der Kläger in anderen Fällen selbst wettbewerbswidrig gehandelt haben mag.)

- (iv) OGH 14. 10. 2008, 17 Ob 25/08p, *Red Bull/Wodka*:

Die Beklagte bietet in ihrer Vorarlberger Diskothek "Energy Drinks" und damit hergestellte Mixgetränke an. Bestellen Besucher das Getränk "*Red Bull*", so bekommen sie eine Originaldose der Klägerin (Inhaberin der Gemeinschaftsmarke CTM 52803 "RED BULL"). Bestellen sie hingegen das Mischgetränk "*Red Bull/Wodka*", so verwendet die Beklagte zu dessen Herstellung Containerware eines anderen Anbieters ("*Bad Dog*"). Wenn der Unternehmer bei Lieferung der Ware oder Erbringen der Dienstleistung nicht darauf hinweist, dass seine Leistung von der Bestellung abweicht, so täuscht er über die wesentlichen Merkmale des Produkts (§ 2 Abs 1 Z 2 UWG) – "Unterschieben einer anderen Ware".

*Achtung*: Der Gastgewerbetreibende haftet aber nicht für das betrügerische Fehlverhalten seines Kellners, der auf eigene Rechnung (!) ein billig privat eingekauftes Limonadengetränk statt auf Rechnung des Gasthauses (!) den in der Getränkekarte angebotenen *Almdudler* serviert.<sup>262</sup>

*Anmerkung*: Markenrechtlich ist *REDBULL* mehrfach geschützt; aber *REDBULL* genießt als "berühmte Marke" (§ 30 Abs 2 MaSchG) auch Schutz gegen nicht (!) ähnliche Markeneintragungen wie zB *PITBULL* (unlautere Anlehnung an die Wertschätzung der berühmten Marke oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft).<sup>263</sup>

Außerdem genießen "berühmte" Marken einen über die eingetragenen Waren oder Dienstleistungen hinausgehenden (branchenübergreifenden) Schutz; Beispiel: Die Marke *BOSS* (Bekleidung) genießt Schutz auch gegen einen *BOSS Energydrink*, weil man die gleiche Herkunft vermutet.<sup>264</sup>

- (v) OGH 17. 12. 2013, 4 Ob 149/13k, *Hartlauer*: "*1 Mio € in bar gewinnen!*"

Bei der Chance von weit unter 1%, dass überhaupt ein Gewinn ausgezahlt wird, unzulässig ohne entsprechenden Warnhinweis. Vgl auch Z 19 des Anhangs.

## H. Zusatzregeln ab 2022 im Onlinehandel aufgrund der „Omnibus-Richtlinie“ 2019/2161 der EU

<sup>261</sup> Gem Art 4 Abs 3 VO 1924/2006 gilt: "Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent dürfen keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen."

<sup>262</sup> markenrechtlich orientierte E OGH 22.9.2009, 17 Ob 9/09m, *Almdudler III*.

<sup>263</sup> OPM 22. 9. 2010, Om 5/10, Löschung der Marke *PITBULL* über Antrag des *REDBULL*-Markeninhabers.

<sup>264</sup> OGH 13. 5. 1997, 4 Ob 105/97p, *BOSS-Energydrink*.



Die RL (EU) 2019/2161 ist bis 28. November 2021 ins nationale Recht umzusetzen und wird ab 28. Mai 2022 angewendet. Die noch nicht umgesetzte RL sieht folgendes vor:<sup>265</sup>

- Werbung mit Kundenrezensionen: Werbende müssen künftig darüber informieren, wie sie sicherstellen, dass veröffentlichte Bewertungen von echten Käufern und Produkttestern stammen. Die Behauptung des Vorliegens authentischer Kundenbewertungen ist zukünftig per se unzulässig, wenn dies nicht überprüft wurde.
- Transparenzvorschriften für Preiswerbungen eingeführt: Jeder Händler hat bei der Kommunikation von Preissenkungen künftig den niedrigsten, tatsächlich verlangten Preis der letzten 30 Tage anzugeben.
- Eine weitere Verschärfung betrifft Verträge über scheinbar kostenlos erbrachte digitale Dienstleistungen, für die Nutzer im Gegenzug Daten bereitstellen. Das betrifft beispielsweise Social-Media-Plattformen. Da die gesammelten Nutzerdaten tatsächlich einen hohen wirtschaftlichen Wert haben, werden derartige Verträge zukünftig als entgeltlich qualifiziert. Damit unterliegen sie dem strengen Fernabsatzregime - Unternehmer müssen die umfassenden Informationspflichten einhalten und das kostenlose Rücktrittsrecht mit Vertragsrückabwicklung gewähren.

Bei Verstößen drohen Unternehmern neben Verbandsverfahren auch empfindliche Geldbußen. Werben sie unlauter, verwenden nichtige Vertragsklauseln oder verstoßen sie gegen Fernabsatzbestimmungen, können Strafen von mindestens vier Prozent des Jahresumsatzes oder bei Nichtoffenlegung der Umsätze bis zu zwei Millionen Euro verhängt werden. Die Mitgliedsstaaten können sogar noch höhere Obergrenzen festlegen. Der Entwurf folgt damit dem Prinzip der DSGVO, bei der durch hohe Strafdrohungen der Rechtsdurchsetzung zum Durchbruch verholfen werden soll. Daneben bleiben aber auch die schon bisher üblichen, durchaus scharfen Sanktionen aufrecht.

## **I. § 1 UWG: Generalklausel - Sonstige unlautere Geschäftspraktiken oder Handlungen**

### **1. Tatbestand**

"unlautere Geschäftspraktiken" (unfair commercial practices), früher: "gegen gute Sitten";

Bagatellklausel in § 1 Abs 1 Z 2 UWG (dazu schon Seite 8)

---

<sup>265</sup> Diese Ausführungen aus *Ciarnau*, Die neue Rechtslage im Onlinehandel, Die Macher 24. 3. 2021, 55.

## 2. Subsidiarität von § 1 UWG zu Sondertatbeständen

Dazu siehe beim Fallprüfungsschema (Punkt D oben Seite 10).

Beispiel: OGH 9. 6. 2009, 4 Ob 26/09s, *Bonusprogramm/Laienwerber für Lebensversicherungsverträge*: Da der OGH weder § 27 UWG (Schneeballsystem, dazu oben) noch Z 14 Anh UWG erfüllt sah, griff er auf § 1 UWG zurück und untersagte das schneeball-ähnliche System.

## 3. Vier (Haupt-)Fallgruppen des § 1 UWG

### a) Kundenfang

Beispiele:

Ein nicht unbeträchtlicher Teil des Publikums wird es als peinlich empfinden, ein Geschäftslokal nur wegen eines angekündigten Werbegeschenks zu betreten und es mitzunehmen, ohne gleichzeitig etwas "anstandshalber" zu kaufen, wenn er beim Empfang der Gratisgabe mit dem Verkaufspersonal in Kontakt treten muss.<sup>266</sup>

*Es ist unzulässig, Busfahrern und Reiseleitern neben einer kostenlosen Mahlzeit noch ATS 200,- anzubieten, falls sie mit ihren Reisegästen ein bestimmtes Gasthaus aufsuchen.*<sup>267</sup>

Das Verwenden eines Domainnamens *wetteronlin.de*, der aus der fehlerhaften Schreibweise einer bereits zuvor registrierten Internetadresse *wetteronline.de* gebildet ist ("Tippfehler-Domain") verstößt unter dem Gesichtspunkt des Abfangens von Kunden gegen das Verbot unlauterer Behinderung gem UWG, außer der Internetnutzer wird sofort und unübersehbar auf den Umstand hingewiesen, dass er sich nicht auf der Internetseite befindet, die er aufrufen wollte.<sup>268</sup>

### b) Behinderung

zB Exklusivbindungen,<sup>269</sup> Domain Grabbing,<sup>270</sup> Trademark Grabbing<sup>271</sup>

---

<sup>266</sup> OGH 13. 6. 1989, 4 Ob 64/89, *Supermarkt-Gratisgabe*.

<sup>267</sup> OGH 30. 11. 1987, 4 Ob 384/87, *Reiseleiterprovision*.

<sup>268</sup> BGH 22. 1. 2014, I ZR 164/12, *wetteronline.de*.

<sup>269</sup> Siehe aber div OGH-E, die eine Exklusivbindung nur unter best Umständen, aber nicht generell als unzulässig ansehen (OGH RIS-Justiz RS0113382, RS0016783). Zu den "Radiusklauseln" siehe 6. Doppelstunde.

<sup>270</sup> Die Registrierung einer Domain ist in zwei Fällen als unlauterer Behinderungswettbewerb zu qualifizieren: Bei der Domainvermarktung bewirkt der Verletzer die Registrierung eines Zeichens als Domain in der (zumindest überwiegenden) Absicht, vom Zeichenberechtigten einen finanziellen Vorteil für die Übertragung der Domain zu erlangen; bei der Domainblockade belegt er eine Domain, benutzt sie aber nicht oder nur zum Schein, um ein Vertriebshindernis für den Zeicheninhaber zu errichten (OGH 9. 8. 2011, 17 Ob 6/11y).

<sup>271</sup> OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 98/14m: Eine Markenmeldung ist bösgläubig, wenn sie ohne eigene Benutzungs- oder Vermarktungsabsicht erfolgt, sondern hauptsächlich dazu dient, dritte Unternehmen, die später gleiche oder ähnliche Zeichen nutzen, auf Unterlassung und Zahlung in Anspruch zu nehmen (hier eine Massenmeldung von Marken).

### c) Ausbeutung

Unterschiedliche Erscheinungsformen, daher unterschiedliche rechtliche Einordnung:

- **Ideenklau** (ist die Idee als solche überhaupt geschützt?),
- **sklavische Nachahmung** (unmittelbare Leistungsübernahme, slavish imitation, "copy and paste", dazu § 1 UWG, s u),
- **Fälschung** (falsche Herkunftsbezeichnung<sup>272</sup> durch Marke/Logo, Markenrechtsverletzung; ev § 9 UWG) und MarkSchG, sa Antipiraterie-VO)
- Plagiate, aber mit kleinen Unterschieden (**Anlehnung** an die bekannte Marke, **Rufausbeutung** (§ 9 und/oder § 1 UWG),
- **Raubkopien** (meist Urheberrechtsverletzung),
- **Technologieraub** (meist Patentverletzung).

(i) Ausbeutung durch Leistungsübernahme

- Unmittelbare Leistungsübernahme oder sklavische Nachahmung:

Im Interesse der Wettbewerbsfreiheit ist vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit auszugehen; für Produkte, die keinen Sonderrechtsschutz für sich in Anspruch nehmen können, besteht daher grundsätzlich Nachahmungsfreiheit, sofern das Verhalten nicht wegen besonderer Begleitumstände unlauter ist, zB<sup>273</sup> bei sklavischer Nachahmung, glatter Leistungsübernahme, vermeidbarer Herkunftstäuschung oder unangemessener Ausnützung der Wertschätzung.

Es handelt unlauter iSd § 1 UWG, wer ohne jede eigene Leistung, ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang das ungeschützte Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder doch in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so dem Geschädigten mit dessen eigener mühevoller und kostspieliger Leistung Konkurrenz zu machen. Besondere Umstände, welche die Übernahme einer fremden Leistung unlauter machen, sind etwa dann gegeben, wenn der Nachahmende das Vorbild nicht nur als Anregung zu eigenem Schaffen benützt, sondern seinem Produkt ohne ausreichenden Grund die Gestaltungsform eines fremden Erzeugnisses gibt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorruft; Verwechslungsgefahr ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn dem nachgeahmten Produkt wettbewerbliche Eigenart und eine gewisse Verkehrsbekanntheit zukommt.<sup>274</sup>

- OGH ÖBI 1993, 156, *Loctite*: In diesem Fall hat die klagende Partei besondere Geschäftsbedingungen entworfen; die Geschäftsbedingungen der beklagten Partei sind denen der Klägerin in Formulierung und Inhalt gleich – Abweichungen bestehen nur insoweit als beim Abschreiben Fehler unterlaufen sind; Verstoß gegen § 1 UWG durch glatte Übernahme fremder Geschäftsbedingungen. Dass diese dabei nicht fotokopiert sondern abgeschrieben wurden, fällt nicht ins Gewicht.

Ähnlich OGH 24. 10. 2019, 4 Ob 166/19v: Allgemeine Lieferbedingungen (nahezu) unverändert von einem Mitbewerber übernommen.

OGH 19.11.2009, 4 Ob 164/09k, "Absaugen" von Stellenanzeigen einer Internetplattform mittels "Spider"-Programms: Es liegt eine wettbewerbswidrige "glatte Übernahme" vor, wenn genehmigungslos systematisch Stellenanzeigen einer Internetplattform mittels eines "Spider"-Programms "abgesaugt" werden, um sie in der Folge auf die eigene Internetplattform zu stellen. Für die Beurteilung der Unlauterkeit des Verhaltens macht es keinen Unterschied, ob ein Tätigwerden aus eigenem Antrieb oder in Erfüllung eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Auftrags eines Dritten vorliegt und ob die betreffenden Daten unmittelbar von der Website des Mitbewerbers oder mittelbar im Wege einer Drittseite erlangt worden sind. Durch den angewende-

---

<sup>272</sup> Vgl dazu den komplex geregelten Schutz von "Herkunftsbezeichnungen"; nicht Vorlesungsinhalt.

<sup>273</sup> OGH 6. 7. 2019, 4 Ob 80/19x, *Magnum Double*.

<sup>274</sup> OGH 9. 7. 2013, 4 Ob 94/13x.

ten digitalen Kopiervorgang und durch die Übernahme der auf diese Weise erlangten Inserate ist eine eigene Leistung erspart und damit im Wettbewerb um Inseratenaufträge die Finanzkraft zulasten des klagenden Mitbewerbers auf unlautere Weise gestärkt worden. Für den verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch bei der unmittelbaren Leistungsübernahme kommt es auf die Kenntnis von der Herkunft der auf unlautere Weise erlangten Daten nicht an.

OGH vom 17.12.2002, 4 OB 248/02b, *meteodata* 3: Die Klägerin betreibt ein Dienstleistungsunternehmen zur Erstellung von Wetterkarten uä. Sie bietet ihre Dienstleistung auch auf einer entsprechenden Website mit dem Domainnamen [www.meteodata.com](http://www.meteodata.com) an; unter den Wetterseiten befindet sich jeweils deutlich ein Copyright-Vermerk; die Beklagte führt ein Bauunternehmen und betreibt ebenfalls eine Website unter der Domain [www.bernegger.at](http://www.bernegger.at); auf der Menüleiste befindet sich beim Suchbegriff "Bauwetter" ein Link; aktiviert ein Nutzer diesen Link, wird in Frametechnik auf die Seite der Klägerin derart zugegriffen, dass im Frame der Website der Beklagten die auf der Seite der Klägerin abgespeicherten Landkarten des gewählten Bundeslandes erscheinen auch der Copyright-Vermerk ist sichtbar; auf dem Adressfeld und bei der Art der Verknüpfung nur der Domainname der Beklagten auf; die Klägerin forderte die Beklagte auf, für diese Verwendung ein Benützungsentgelt zu entrichten. Die Beklagte habe sich durch ihr Verhalten insoweit wettbewerbswidrig verhalten, als in sittenwidriger Weise die Leistung der Klägerin in schmarotzerischer Weise ausgebeutet hat und sich ihr Arbeitsergebnis zu Nutzen gemacht hat; außerdem seien die Wetterkarten der Klägerin auch als Datenbankwerke im Sinne des § 40 UrhG geschützt; die Beklagte bestritt dieses Vorbringen und führte aus, dass erstens kein Wettbewerbsverhältnis bestehe und auch durch ihre Tätigkeiten nicht Kunden der Beklagten abgefangen würden; außerdem sei auf dem Copyright-Vermerk sichtbar gemacht, dass es sich um einen fremden Inhalt handelt; nach Ansicht der Obersten Gerichtshofes ist die Gestaltung der Webseiten der Klägerin nicht als Werk im Sinne des § 1 UrhG anzusehen; die Abbildung von Teilen derselben ist daher keine unzulässige Werksbearbeitung; es liegt auch keine Sittenwidrigkeit vor, da die Beklagte ihren Nutzern nur einen vereinfachten Zugriff auf die Inhalte der Seite der Klägerin bietet; keine glatte Übernahme einer fremden Leistung; Herkunftstäuschung und Rufausbeutung liegt schon deswegen nicht vor, da der Copyright-Vermerk deutlich ersichtlich ist.

Ähnlich entschied der EuGH 13. 2. 2014, C-466/12, *Svensson* in einem Fall des Linksetzens und Framings (keine zusätzliche öffentliche Wiedergabe und daher kein Urheberrechtsverstoß; ähnlich EuGH 21. 10. 2014, C-348/13, *BestWater International GmbH/Michael Mebes, Stefan Potech*).

Achtung tw abweichend entschied EuGH 9. 3. 2021, C-392/19, *VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz*: Auch die **Einbettung eines urheberrechtlich geschützten Werks** in die Website eines Dritten im Wege der Framing-Technik stellt eine öffentliche Wiedergabe iSd Art 3 Abs 1 RL 2001/29/EG dar und **bedarf der Erlaubnis** des Urheberrechtinhabers, **wenn** dieser beschränkende Maßnahmen gegen Framing getroffen oder veranlasst hat.

- Vertrauensbruch bzw Erschleichen fremder Arbeitsergebnisse

OGH 20. 10. 2009, 4 Ob 141/09b: Das Nachahmen eines fremden Produkts, das keinen Sonderrechtsschutz genießt, ist an sich nicht wettbewerbswidrig. Allerdings ist ein Verstoß gegen § 1 UWG dann anzunehmen, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Handlung ergibt, so etwa, wenn der Nachahmende das Vorbild nicht nur als Anregung zu eigenem Schaffen benutzt, sondern seinem Produkt ohne ausreichenden Grund die Gestaltungsform eines fremden Erzeugnisses gibt und dadurch die Gefahr von Verwechslungen hervorruft. Der Nachahmer muss von dem nachgeahmten Erzeugnis im Rahmen des Möglichen angemessenen Abstand halten. Sittenwidrigkeit liegt zudem auch vor, wenn sich ein Mitarbeiter iSe inneren Frontwechsels planmäßig, also mit Vorbedacht und unbefugt in Kenntnis von Betriebsgeheimnissen gesetzt hat, um diese nach seinem Dienstaustritt zum Zwecke des Wettbewerbes zu verwerten. Der Unterschied zur Inanspruchnahme redlich erworbenen Wissens besteht darin, dass der Mitarbeiter in einem solchen Fall noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses einen inneren Frontwechsel vorgenommen hat, indem er sich nicht mehr als loyaler Mitarbeiter seines Dienstherrn, sondern bereits als dessen künftiger Konkurrent verhalten hat. Der bloße Einsatz von bei einem früheren Arbeitgeber erlangtem Wissen zum Nutzen eines neuen Arbeitgebers ist allerdings noch nicht sittenwidrig.

- vermeidbare Herkunftstäuschung

(ii) Rufausbeutung

OLG Wien 1 R 163/10p<sup>275</sup> (rk), *Danone gegen AMA*: Als Reaktion auf den für *Actimel* (Joghurt mit probiotischen Kulturen) allgemein bekannten *Danone*-Slogan "Herbert, trink das" lancierte *AMA* für normale Joghurt den Slogan "Komm Felix, iss dein Joghurt" = unzulässige Anlehnung.<sup>276</sup> *Danone* warb außerdem mit "*Actimel* stärkt Ihre Abwehrkräfte"; *AMA* replizierte mit "Jedes Joghurt stärkt Ihre Abwehrkräfte" (unzulässige vergleichende Werbung und Rufausbeutung, weil auf Effektivunterschiede nicht hingewiesen wurde).

ÖBl 1997, 83, *Football Association*: Die klagende Partei ist Markeninhaberin des Emblems der englischen Fußballnationalmannschaft; sie vergibt Lizenzen, die dazu berechtigen, das Emblem auf Kleidungsstücken anzubringen; die beklagte Partei verkauft Kleidungsstücke in ganz Österreich und bietet sie auf Messen im Ausland an, die ein sehr ähnliches Emblem zeigen, zu einem wesentlich niedrigeren Preis; die beklagte Partei argumentiert im Prozess, dass das Emblem der englischen Fußballnationalmannschaft weltweit bekannt sei und nicht als Herkunftshinweis, sondern als Ausdruck der Verbundenheit mit dem jeweiligen Nationalfußball verstanden wird; die Marke hätte nicht registriert werden dürfen, weil das Zeichen allgemein gebräuchlich und damit ein Freizeichen sei; Wer das Emblem eines Fußballverbandes ohne dessen Zustimmung auf Kleidungsstücken anbringt, um deren Absatz zu fördern, nützt das Image des Inhabers des Emblems, das sich dieser durch sportliche Leistungen unter Mühen und Kosten erworben hat, in schmarotzerischer Weise aus; ein solches Verhalten ist sittenwidrig; konkretes Wettbewerbsverhältnis ad-hoc begründet;

Ähnlich: ÖBl 1997, 72, *Schürzenjäger*; OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 212/11x, *Österreichischer Fußballbund ÖFB gegen AHVV* (Gratiszeitung *Heute*) wegen rufausbeutender Zeitungswerbung mit Trikots der *Österreichischen Nationalmannschaft*.

OGH 28. 3. 2017, 4 Ob 45/17x, EV über Antrag der *Krone gegen Österreich*: Auch wenn eine groß aufgemachte Abbildung von Sportlern noch zur redaktionellen Berichterstattung gehören kann, so war in 2016 eine konkrete Posteraktion doch "nur in losem Zusammenhang mit der Information der Leserschaft" und vielmehr damit begründet, Leute zum Kauf des Mediums zu bewegen. *Österreich* hat daher den "geldwerten Bekanntheitsgrad" des Nationalteams ausgenutzt.

Ähnlich OGH 3. 5. 2017, 4 Ob 77/17b (Bildnisse von Mitgliedern des Nationalkaders).

ÖBl 1997, 225, *Boss-Energydrink*: SV: Die klagende Partei erzeugt und vertreibt unter der international und national registrierten Marke "BOSS" modische Herrenbekleidung; sie verwendet "BOSS" auch als Firmenschlagwort; die beklagte Partei betreibt den Großhandel mit Bekleidung und Getränken; die Beklagte ist außerdem Inhaberin der österreichischen Wortmarke "BOSS"; in der Folge vertreibt die beklagte Partei einen Energy Drink mit der Bezeichnung "There must be a BOSS! Energy Drink"; der Vertrieb musste wegen Mängel in der Produktzusammensetzung eingestellt werden; die klagende Partei argumentiert, der hohe Prestigewert und Bekanntheitsgrad des Firmenschlagwortes der Klägerin wäre durch die Beklagte ausgenutzt worden, sie werbe für den Energy Drink mit einem geschmacklosen Plakat, das Energy Drinks mit der Drogenszene in Beziehung setze; es werde der Ruf der Klägerin ausgebeutet; BOSS ist für Bekleidung nicht beschreibend und daher unterscheidungskräftig; Rufausbeutung ist dann sittenwidrig, wenn der Verletzer sich an Ruf und Ansehen einer fremden Ware anhängt und diese für den Absatz seiner (ungleichartigen und nicht konkurrierenden) Ware auszunutzen sucht; die Wettbewerbsbehandlung begründet ein Wettbewerbsverhältnis).

For the first time the Supreme Court has held that use of a well-known mark constituted unfair competition, even though the junior use was on completely different goods. The plaintiff, Hugo Boss AG, owned rights (including an International Registration based on an Austrian registration) to the famous BOSS trademark for menswear. In September 1995 (when the BOSS mark was already well-known in Austria) the defendant, Jackson International Trading Company & Co. KG, began marketing an energy drink in Austria under the trademark BOSS! Citing the TRIPS Agreement and the Austrian Unfair Competition Act, Hugo Boss AG sought an injunction. The plaintiff proved that 58 percent of those interviewed identified the BOSS mark with its prod-

---

<sup>275</sup> Die Presse, 29.8.2011.

<sup>276</sup> Siehe auch OGH 26. 9. 1978, 4 Ob 364/78, ÖBl 1978,145: *Anker*-Slogan: "Keiner bäckt feiner"; dazu in aggressiver Antithese anlehnender (und daher unzulässiger) Antwortlogan der *Landesinnung der gewerblichen Bäckermeister*: "Einer bäckt feiner - Ihr Bäckermeister".

ucts as did 92 percent of purchasers of high-quality menswear. It was also shown that 74 percent of all those interviewed had heard of the BOSS name. The trial court and first appeals court refused the injunction because of the differences in the respective goods.

The Supreme Court reversed these decisions, ruling that the Unfair Competition Act prohibited parties from promoting their goods by abusing another's reputation, even when the respective goods were dissimilar and non-competitive. In this case, Jackson's use of BOSS! sought to transfer quality expectations from Hugo Boss' menswear to their beverage, and the Court held that such a transfer could occur, even though the goods were different, simply because Hugo Boss' mark was well-known. Thus, Jackson's use of BOSS! placed the parties in competition, abused Hugo Boss' reputation and violated the Unfair Competition Act.

OGH 22.9.2009, 17 Ob 15/09v: "*Styriagra*" für blaue Kürbiskernvariationen verletzt infolge bewusster Anlehnung (Unlauterkeit der Ruf- oder Aufmerksamkeitsausbeutung) das Markenrecht "*Viagra*" (hoher Bekanntheitsgrad<sup>277</sup>) von *Pfizer*; erfolgreiche Klage von *Pfizer* gegen den weststeirischen Kürbiskernhändler *Richard Mandl*, der sogar eine diesbezügliche österr Wortbildmarke angemeldet hatte, wegen offenkundiger Rufausnützung .

OGH 23. 3. 2011, 17 Ob 7/11w:<sup>278</sup> Die auf der Schauseite eines Souvenirtellers angebrachten Worte „*Spanische Reitschule*“ werden vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher von Souvenirtellern als unterscheidungskräftiger Hinweis auf die Herkunft des so bezeichneten Souvenirtellers angesehen (analog zum Eindruck, den der Interessent von einem Schal gewinnt, der mit der Marke eines bekannten Fußballvereins bedruckt ist<sup>279</sup>).

- (iii) Ausspannen (ÖBl 1996, 23 – *Hotelpässe, Inserate erschleichen*)

#### d) **Rechtsbruch (Gesetz, Vertrag)**

Das ist in der OGH-Jud die – abgesehen vom "Zeitungskrieg" (= meist vergleichende oder sonst irreführende Werbung) – quantitativ wichtigste Fallgruppe!

##### (i) **Vertragsbruch**

- Bruch eigener Verträge
- Verleitung zum Vertragsbruch (nicht aber Ausnützung eines fremden Vertragsbruches, was nur zu Schadenersatzforderungen des Geschädigten führen könnte<sup>280</sup>).

Früher galt es als Förderung des Vertragsbruchs des Dienstnehmers und damit als sittenwidrig iSd § 1 UWG, wenn sich der neue Dienstgeber eines durch eine Konkurrenzklause gebundenen Arbeitnehmers diesem gegenüber verpflichtete, ihm die für

---

<sup>277</sup> Eine bekannte Marke ist zwar nach Art 9 Abs 1 lit c GMV (Art 5 Abs 2 MarkenRL) nur gegen eine unlautere Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung geschützt (OGH 4 Ob 36/04d, *Firn*; 4 Ob 122/05b, *Red Dragon*; RIS-Justiz RS0118990, RS0115930); das bloße Bestehen einer gedanklichen Verknüpfung reicht dafür nicht aus (EuGH C-252/07, *Intel Corporation*, Rz 31 f; C-487/07, *L'Oréal*, Rz 37). Bei Verwendung eines identischen oder ähnlichen Zeichens liegt es allerdings wegen der bei bekannten Marken offenkundigen Möglichkeit einer Rufausnützung nahe, unlautere Motive zu vermuten (OGH 4 Ob 122/05b, *Red Dragon* ist erfolgreich von *Red Bull* geklagt worden; RIS-Justiz RS0120365). Das trifft nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere dann zu, wenn ein Dritter versucht, "sich durch die Verwendung eines Zeichens, das einer bekannten Marke ähnlich ist, in den Bereich der Sogwirkung dieser Marke zu begeben, um von ihrer Anziehungskraft, ihrem Ruf und ihrem Ansehen zu profitieren, und ohne jede finanzielle Gegenleistung und ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen, die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images dieser Marke auszunutzen" (EuGH C-487/07, *L'Oréal*, Rz 49).

<sup>278</sup> In bewusster Abkehr von der ggt E des OGH 5. 12. 1995, 4 Ob 82/95, *Spanische Reitschule*.

<sup>279</sup> EuGH C-206/01, *Arsenal FC/Reed*.

<sup>280</sup> Eine UWG-Klage hingegen ist durch jeden Mitbewerber und durch gem § 14 UWG legitimierte Organisationen möglich; die Inkonsistenz zum Schadenersatzrecht aufheben will *Rüffler*, Wettbewerbswidrigkeit des Verleitens zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruches, wbl 2013, 421.

den Fall des Bruchs der Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe zu ersetzen; nun aber gilt: Die Zusage an durch eine Konkurrenzklausel gebundenen Mitarbeiter eines Mitbewerbers, sie bezüglich aller rechtlichen Konsequenzen der Verletzung dieser Vertragspflicht als Folge eines Dienstgeberwechsels schadlos zu halten, entspricht wirtschaftlich betrachtet einer "Wechselprämie" und begründet per se noch kein unlauteres Verhalten.<sup>281</sup>

Fall: Während seines Dienstverhältnisses betreute der Arbeitnehmer als Außendienstmitarbeiter Kunden. Das Dienstverhältnis wurde von der Arbeitgeberin wegen gravierender Unstimmigkeiten über die Abrechnung von Privatfahrten beendet. Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses wies sie ausdrücklich auf die Verschwiegenheitspflicht gem dem Dienstvertrag hin; dieser verpflichtet den Dienstnehmer ua „zur Geheimhaltung aller ihm zur Kenntnis gelangten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und sonstiger Umstände und Geschäftsvorgänge, auch von Dritten, wie Kunden, Lieferanten und beratenden Geschäftspartnern gegenüber jedermann – auch über das Dienstverhältnis hinaus“. Die Kundenlisten über (va Groß-)Kunden, die der Arbeitnehmer während des aufrechten Dienstverhältnisses aufgesucht hatte, stellte er nicht zurück. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses wurde er als Außendienstmitarbeiter einer Mitbewerberin tätig. Er suchte eine Vielzahl der (Groß-)Kunden des ehem Arbeitgebers zu bzw unmittelbar vor vereinbarten Wiederbesuchsterminen auf und warb sie für seinen neuen Arbeitgeber va dadurch ab, dass er ihnen für den Fall des Wechsels preislich günstigere Angebote unterbreitete. Die Preisgestaltung erfolgte dabei aufgrund der nicht zurückgestellten Kundenlisten, die die einzelnen Rabatte der Kunden auswiesen. Im Hinblick auf die vertragliche Geheimhaltungspflicht gab der OGH der Unterlassungsklage des ehemaligen Arbeitgebers gegen den nun für die Konkurrenz tätigen Arbeitnehmer statt.<sup>282</sup>

(ii) **Gesetzesbruch, "Rechtsbruch"** (allgemeiner Rechtsbruch, Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht zuzuordnende generelle Norm)

Ein Verstoß gegen eine generelle Norm, die nicht dem Lauterkeitsrecht iSv zuzuordnen ist, ist als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten,<sup>283</sup>

- wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen<sup>284</sup> in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (Unvertretbarkeit). Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus,
- dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (Erheblichkeitsschwelle, Spürbarkeitserfordernis, Bagatellgrenze<sup>285</sup>). Dabei genügt nach allgemeinen Grundsätzen schon die bloße Eignung des Verhaltens zur Förderung fremden Wettbewerbs.

Auch standesrechtliche Werbebeschränkungen (zB für Zahnärzte) sind nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnen. Auch insofern kommt es daher auf die Vertretbarkeit der Rechtsansicht an; davon getrennt ist allerdings zu prüfen, ob die beanstandete Werbung auch dem allgemeinen Verbot irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken zuwiderläuft.<sup>286</sup>

OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b, *RedBus gegen Vienna Sightseeing Stadtrundfahrten*: Verstößt ein Unternehmer gegen gesetzliche Regelungen (insb aus dem Bereich des Verwaltungsrechts) und ist dieser Verstoß geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (Spürbarkeitskriterium als erste Grenze), kann er auf Unterlassung geklagt werden. Dabei genügt es, wenn sein Verhalten objektiv geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu seinen Gunsten zu bewirken; eine darauf gerichtete subjektive Absicht ist nicht erforderlich.<sup>287</sup> Der Unterlassungsanspruch besteht nicht, wenn das Verhalten auf einer vertretbaren Auslegung der angeblich verletzten Regelung beruht (die "vertretbare

<sup>281</sup> OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 125/14g.

<sup>282</sup> OGH 27. 7. 2017, 4 Ob 78/17z.

<sup>283</sup> OGH 23. 2. 20010, 4 Ob 14/10b, *Camelbase-Events I*.

<sup>284</sup> OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 104/10p, *Betriebszeitenänderung*.

<sup>285</sup> Alle diese Begriffe dürfen nicht mit den im Kartellrecht gebräuchlichen – ähnlichen – Begriffen verwechselt werden.

<sup>286</sup> OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 254/15d.

<sup>287</sup> Krit dazu *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen UWG, RdW 2008, 503.

Rechtsansicht<sup>288</sup> als zweite Grenze; diese hilft freilich nicht bei Übertretung von Wettbewerbsnormen!!).

*Anmerkung:* In D ist der Rechtsbruch selbst dann UWG-widrig, wenn die Rechtsansicht vertretbar war.

Dem Rechtsverletzer ist im UWG-Prozess aber immer der Einwand verwehrt, er habe mit guten Gründen die Unions- oder Verfassungswidrigkeit der von ihm übertretenen Norm annehmen können<sup>289</sup> (darüber müssen die öffentlich-rechtlichen Gerichte entscheiden, etwa aus Anlass eines Parteienantrags auf Normenkontrolle<sup>290</sup>).

Aber nun ggt OGH 27. 1. 2016, 4 Ob 3/16v, *Kärntner Rauchfangkehrer (Walter Schlagbauer gegen Gebhart Hiebler; Vorabentscheidung EuGH 23. 12. 2015, C-293/14)*: Ist eine Vorschrift aus unionsrechtlichen Gründen unanwendbar, dann ist ein Verstoß gegen diese unanwendbare Vorschrift kein Rechtsbruch, der von einem Mitbewerber nach UWG geklagt werden kann (= vom EuGH anerkannte Reflexwirkung des Unionsrechts auf Horizontalverhältnis zwischen Privaten).

OGH 21.4.2009, 4 Ob 10/09p: Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Die Unvertretbarkeit einer Rechtsansicht kann sich dabei aus dem eindeutigen Wortlaut und Zweck der angeblich verletzten Regelungen sowie aus dazu ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidungen und allenfalls einer beständigen Verwaltungspraxis ergeben. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.

OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a, *zero intern*, (Klage von *Hutchinson 3G* gegen *mobilkom*): Das Verlangen von Deinstallationsentgelt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern (AGB) nach Ablauf der Mindestvertragsdauer ist grob benachteiligend und daher ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Verwendung dergestalt unzulässiger AGB durch die *A1 mobilkom*, wenn keine vertretbare Rechtsansicht vorliegt und wettbewerbliche Relevanz gegeben ist, ist ein Verstoß gegen § 1 Abs 2 Z 1 UWG.<sup>291</sup>

Ähnlich entschied der BGH bei AGB von *eBay*<sup>292</sup> und der EuGH bei *Bank-AGB*.<sup>293</sup>

OGH 24. 3. 2009, 4 Ob 229/08t, *Einkaufszentren OÖ*: Verletzung der Offenlegungspflicht betr Jahresabschluss (vgl 11. Doppelstunde) rechtfertigt UWG-Unterlassungsklage.

OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 164/10m: Der Betreiber des Selbstbedienungsrestaurants im *Einkaufszentrum Nord* in Graz, der ein (für ihn erkennbarerweise geltendes) Rauchverbot in seinem Lokal nicht umsetzt, kann nach UWG auf Unterlassung geklagt werden.

OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11a, *Westbahn*: Unlauteres Verhalten in einem Vergabeverfahren kann Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen. Eine UWG-Klage ist aber nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 nur zulässig, wenn die Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hat. Die Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtswegs in § 341 Abs 2 BVergG 2006 erfasst alle auf das UWG gestützten Klagen, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist. Dazu gehören insbesondere die Wahl des Vergabeverfahrens, die Auswahl der einbezogenen Unternehmen und die Erteilung des Zuschlags. Anders zu beurteilen wäre nur ein anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten, das aus ganz anderen Gründen - etwa wegen einer unzulässigen Übernahme fremder Leistungen - gegen das Lauterkeits-

---

<sup>288</sup> Beispiel (OGH 10. 5. 2011, 4 Ob 57/11b): Die Ansicht des Rechtsschutzversicherers, dass sich aus § 158j Abs 1 VersVG die Berechtigung von Rechtsschutzversicherern ergibt, ungeachtet § 8 Abs 1 und 2 RAO im Namen ihrer Versicherungsnehmer außerhalb gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Verfahren Aufforderungs- oder Abwehrschreiben an Dritte zu richten, ist aus lauterkeitsrechtlicher Sicht vertretbar.

<sup>289</sup> OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 145/14y, *Glückspielgesetz*; ebenso OGH 20. 1. 2015, 4 Ob 200/14m. Krit *Grünzweig*, Zur vertretbaren Rechtsauffassung im Lauterkeitsrecht, RdW 2015, 218. Nunmehr hält der OGH die unions- und verfassungsrechtlichen Fragen iZm dem Konzessionssystem des GSpG für hinreichend geklärt (OGH OGH 22. 11. 2016, 4 Ob 31/16m; 22. 11. 2016, 4 Ob 223/16x); zur Unionsrechtskonformität des GSpG siehe VfGH 15. 10. 2016, E 945/2016.

<sup>290</sup> Dazu *Brugger*, Die erfolgreiche Berufung im Zivilprozess<sup>2</sup>, Rz 308 ff.

<sup>291</sup> Ähnlich OLG Hamm 26. 5. 2011, I-4 U 35/11, *Veraltete Widerrufsbedingungen in AGB eines Onlinehändlers*.

<sup>292</sup> BGH 31.3.2010, I ZR 34/08, *Gewährleistungsausschluss bei eBay*.

<sup>293</sup> EuGH 15. 3. 2012, C-453/10, *Perenicova und Perenic*.



recht verstößt. Zur teleologischen Reduktion des § 341 Abs 2 BVergG (UWG-Klage durch ausgedehnten Bieter zulässig), vgl OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 216/11k, *Papierservietten*.

Restriktiver OGH 11. 8.2015, 4 Ob 247/14y, *Universität für Bodenkultur technische Gebäudeausrüstung*: Der Auftraggeber eines Vergabeverfahrens handelt zumindest in den typischen Fällen nicht im geschäftlichen Verkehr; es liegt auch keine Förderung fremden Wettbewerbs vor, zumal die im öffentlichen Interesse liegende Beschaffung im Vordergrund steht.

OGH 24. 6. 2014, 4 Ob 59/14a: Ein Unternehmen verstößt gegen § 5 ECG, wenn es auf seiner Homepage und den damit verknüpften Plattformen *Facebook* und *GooglePlus* nicht alle dort aufgezählten Angaben (Firmenname, FN und Firmenbuchgericht, Aufsichtsbehörde) ersichtlich macht. Damit wird das Unternehmen im Wettbewerb gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern begünstigt (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG); gleichzeitig wird der Irreführungstatbestand verwirklicht (§ 1 Abs 4 Z 7 UWG).

OGH 24. 3. 2009, 4 Ob 229/08t, *Plus City in Pasching bei Linz gegen Vermieter des Uno Shopping in Leonding bei Linz*: Verstoß gegen Offenlegungspflichten des UGB: Die Verletzung der Offenlegungspflicht nach den §§ 277 und 278 UGB kann auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG) begründen: "Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch"; vgl 11. Doppelstunde.

Oberlandesgericht Hamburg 25. 10. 2018, 3 U 66/17: Datenschutzrechtliche Verstöße (gegen die DSGVO) können von Mitbewerbern wettbewerbsrechtlich verfolgt werden.

**Sonder-Fallgruppe: Verstoß gegen Kartellrecht<sup>294</sup> (vgl private enforcement in 4. Doppelstunde):**

- ÖTV lässt 2002 nur *PENN*- und *WILSON*-Bälle als ÖTV-Bälle samt Logo zu und schottet damit den Markt kartellrechtswidrig ab; das ist Gesetzesverstoß gegen Art 101 AEUV und daher sittenwidrig iSv § 1 UWG und deshalb konnte *Tretorn* nach § 1 UWG auf Unterlassung klagen.<sup>295</sup> **Gesetzesverstoß gegen KartG oder NahVG** ist unlauter iSv § 1 UWG. Zusätzlich könnte Behinderungswettbewerb als originär lauterkeitsrechtlicher Verstoß gegen § 1 UWG argumentiert werden.
- Unterlassungs- und Schadenersatzklage nach UWG wegen Marktmachtmissbrauches durch *Metro*,<sup>296</sup> nämlich wegen Anzapfens: Als typischer Fall eines Missbrauches von Nachfragemacht kann das "Anzapfen" eines Lieferanten durch den Händler gesehen werden; es bezeichnet ein Verhalten des Händlers, der zur Förderung seines Absatzwettbewerbes eine Neben- oder Sonderleistung seines Lieferanten verlangt, ohne seinerseits hierfür eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen - dazu siehe auch 6. Doppelstunde (Marktmachtmissbrauch durch Anzapfen<sup>297</sup>); ähnlich: 4 Ob 62/98s, *Servicegutscheine*; 4 Ob 110/04m, *Großkundenrückvergütung*;

*ACP gegen ADVOKAT Anwaltssoftware*<sup>298</sup> (wegen predatory pricing und diskriminierende Preise durch Bevorzugung von Systemumsteigern): Erfolgreiche UWG-Unterlassungsklage eines indirekt betroffenen Mitbewerbers wegen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Kartellrechtsverstoß ist möglich, aber nur, wenn keine vertretbare

<sup>294</sup> Allgemein dazu: *Irmgard Griss*, Schnittstellen zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht, wbl 2010, 1.

<sup>295</sup> OGH 15.10.2002, 4 Ob 201/02s, *Tretorn Tennisbälle* gegen *Österr Tennisverband*.

<sup>296</sup> OGH 18.1.1983, 4 Ob 360/82, *Markenartikelverband* gegen *Metro*.

<sup>297</sup> Als typischer Fall eines Missbrauches von Nachfragemacht kann das "Anzapfen" eines Lieferanten durch den Händler gesehen werden; es bezeichnet ein Verhalten des Händlers, der zur Förderung seines Absatzwettbewerbes eine Neben- oder Sonderleistung seines Lieferanten verlangt, ohne seinerseits hierfür eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen.

<sup>298</sup> OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s.

Rechtsansicht<sup>299</sup> des Beklagten vorliegt;<sup>300</sup> es gilt auch die Beweislastumkehr des § 5 Abs 2 KartG.

OGH 14.7.2009, 4 Ob 101/09w, *Telekom Austria*: Der Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften, insb gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, erfüllt nur dann den Tatbestand nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG, wenn die angeblich übertretene Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann (**Vertretbarkeit der Rechtsansicht**<sup>301</sup>), dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.

OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 154/09i, *Landesforstrevier Leonstein*: Bei Verstoß gegen unionsrechtliches Subventionsverbot (Beihilfeverbot des Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV) ist eine UWG-Unterlassungsklage sogar bei vertretbarer (falscher) Rechtsansicht möglich.<sup>302</sup>

- OGH 23. 3. 2011, 4 Ob 34/11w, *Küchengeräte Treuepunktaktion II*: Ein nach § 1 UWG klagbarer Missbrauch marktbeherrschender Stellung könnte auch dann vorliegen, wenn unter dem Einstandspreis verkauft wird und keine vertretbare Rechtsansicht vorliegt. Bei einem Treuebonus von max EUR 20,- liegt keine "aggressive" GP vor. Wenn schon eine unentgeltliche Zugabe nunmehr zulässig ist, muss ein entgeltliches – wenngleich günstiges – Koppelungsangebot (Vorspannangebot) ebenso zulässig sein (es sei denn, der übersteigerte Anreiz würde den Verbraucher zum Kauf ohne sachliche Begründung verleiten).

EuGH:<sup>303</sup> Ein Verkauf unter dem Einstandspreis ist nicht per se verboten; es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unlautere Geschäftspraxis vorliegt.

- OGH 28. 5. 2019, 4 Ob 248/18a: Die beklagte Gesellschaft steht zu 99% im Eigentum einer Holding einer niederösterreichischen Stadt [Wr Neustadt?]; 1% hält die Stadt unmittelbar. Sie betreibt ein Bestattungsunternehmen und verwaltet den städtischen Friedhof. Auf dem Friedhofsgelände befindet sich die einzige Aufbahrungshalle der Stadt; sie steht im Eigentum der Bekl, die auch die Kosten für die laufende Instandhaltung trägt. Die Kl betreibt ein **privates Bestattungsunternehmen** unter Benützung der Aufbahrungshalle.

---

<sup>299</sup> Eine unvertretbare Rechtsansicht ist eine, die dem eindeutigen Wortlaut und Zweck einer Rechtsvorschrift sowie gegebenenfalls höchstgerichtlicher Rechtsprechung und beständiger Behördenpraxis widerspricht, OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 101/09w; 4 Ob 225/07b). Bei Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird eine unvertretbare Rechtsansicht idR nur vorliegen, wenn und soweit er durch höchstgerichtliche RSp oder beständige Verwaltungspraxis konkretisiert wurde (4 Ob 40/09z).

<sup>300</sup> OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 60/09s: Mit dem Regelungskonzept wäre es nicht vereinbar, wenn jeder Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen zwingend auch als unlautere Handlung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG angesehen würde. Denn damit stünden zur Beurteilung derselben Rechtsfrage zwei unterschiedliche Verfahren zur Verfügung. Das für die Konkretisierung und Durchsetzung von Unterlassungspflichten geschaffene Rechtsschutzsystem des Kartellverfahrens würde dadurch ohne sachliche Rechtfertigung durchbrochen (vgl BGH KZR 33/04 = GRUR 2006, 773, *Probeabonnement*). Dies gilt jedoch nicht, **wenn die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht als weiteres die Unlauterkeit begründendes Element hinzutritt** (vgl 4 Ob 229/08t). Damit erhält der objektive Gesetzesverstoß ein Gewicht, das Ansprüche rechtfertigt, die über jene des Kartellrechts hinausgehen und in einem anderen Verfahren geltend gemacht werden können. Die Konkretisierung des für alle Mitbewerber geltenden Ordnungsrahmens obliegt zwar in diesem Fall weiterhin den zuständigen Behörden (hier dem Kartell- und dem Kartellobergericht); bei einem (eindeutigen) Überschreiten diese Ordnungsrahmens greifen jedoch (auch) die Rechtsbehelfe des Lauterkeitsrechts. Das von *Gamerith* gesehene Rechtskraftproblem liegt nicht vor: Weisen die ordentlichen Gerichte eine Unterlassungsklage wegen einer vertretbarer Rechtsansicht ab, steht dies einem kartellrechtlichen Abstellungsauftrag nicht entgegen. Wegen der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen liegt hier nicht derselbe Anspruch vor (RIS-Justiz RS0041118). [...] Die Marktteilnehmer müssen ihr Verhalten nicht von vornherein an der strengsten Auslegung der maßgebenden Regelungen orientieren (*Koppensteiner*, wbl 2009, 9f): lauterkeitsrechtliche Unterlassungspflichten entstehen jedenfalls im Anwendungsbereich der großen Generalklausel erst bei einem Verstoß gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt (siehe dazu aber auch den Zweifel bei FN 63).

<sup>301</sup> Ebenso OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 1/12v, *Thalia (Buchpreisbindung)*.

<sup>302</sup> Dazu *Philipp Götzl/Clemens Thiele*, Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht, RPA 2010, 253.

<sup>303</sup> EuGH 19. 10. 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación*: Zu den verbotenen strengeren Maßnahmen gehört auch die hier im spanischem Recht vorgesehen gewesene Umkehr der Beweislast.

Die Durchführung einer Sargbestattung ist nur unter Benützung der Aufbahrungshalle zulässig (§ 13 Abs 1 NÖ Bestattungsg 2007). Beabsichtigt die Kl eine Bestattung unter Benützung der Aufbahrungshalle, muss sie diese Nutzung bei der Bekl zu einem bestimmten Termin reservieren. Die Friedhofsverwaltung der Bekl schreibt der Kl für die Benützung der Aufbahrungshalle nach Durchführung der Bestattung die gesetzlich vorgesehenen Gebühren vor. **Darüber hinaus** verlangt die Bekl einen Fixpreis von EUR 440 für Leistungen, die sie durch ihr Bestattungsunternehmen erbringt – aufgliedert in die Positionen „Aufbahrung“ (Bereitstellung der Halleneinrichtung) und „Personal“ (Bereitstellung eines Mitarbeiters für das Öffnen und Schließen der Aufbahrungshalle und die Bedienung der Tonanlage). Diese beiden Positionen kann die Kl nicht abbestellen, weil sie ohne diese Leistungen des Bestattungsunternehmens der Bekl die Aufbahrungshalle nicht reservieren und benützen darf.

Damit liegt die Koppelung einer öffentlich-rechtlich begründeten Überlassungsverpflichtung mit dem Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags vor.

Koppelungsangebote sind nur bei Hinzutreten besonderer Umstände unlauter, so etwa bei **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**. Das kann auch bei der öffentlichen Hand der Fall sein (vgl § 5 Abs 1 Z 4 KartG 2005). Die öffentliche Hand handelt dann unlauter, wenn sie die Einhaltung ihrer im öffentlichen Recht vorgesehenen Verpflichtungen (hier: § 23 Abs 1 NÖ Bestattungsg 2007) **davon abhängig macht**, dass bei einem von ihr betriebenen Unternehmen zusätzliche Leistungen abgenommen werden. Darin liegt ein Missbrauch ihrer öffentlich-rechtlichen Machtmittel und eine unzulässige Verquickung amtlicher Pflichten mit erwerbswirtschaftlichen Interessen. Solches unlauteres Verhalten ist der Bekl vorzuwerfen und **als unlautere Geschäftspraktik iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu untersagen**.

- Denkbar wäre auch Unterlassungsklage eines Mitbewerbers wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses (§ 1 UWG iVm § 17 KartG).

Anmerkung: In Deutschland hingegen ist ein Kartellrechtsverstoß keine Grundlage für eine UWG-Klage, weil das Sanktionssystem des GWB als abschließend betrachtet wird, so dass eine Verfolgung über das UWG nicht möglich sei.<sup>304</sup>

OGH 21. 6. 2011, 4 Ob 40/11b: Es liegt keine nach Art 108 Abs 3 AEUV unzulässige Beihilfe (selektive Begünstigung) und somit auch keine unlautere Begünstigung fremden Wettbewerbs vor, wenn die öffentliche Hand neben dem "Murpark"-Einkaufszentrum die räumlich getrennte "Park + Ride Anlage Graz-Liebenau" mit 480 kostenpflichtigen überdachten Stellplätzen errichtet, weil es sich dabei um eine allgemeine Infrastrukturmaßnahme handelt, die in erster Linie verkehrspolitischen Zwecken dient und nur allenfalls mittelbar auch die Betreiber des "Murpark" und andere Betriebe in der Umgebung begünstigt. Die Klage der Betreiber der "Shopping City Seiersberg", die selber (kostenlose) Parkplätze anbieten, wurde daher abgewiesen.

### **Fallgruppe Billig-Diesel-Landestankstellen / Verkauf unter Einstandspreis ("zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel zur Unterbietung privater Mitbewerber"):**

- In OGH 14. 3. 2005, 4 Ob 283/04b, *Billigdiesel-Tankstellen I* hatte das dort beklagte *Land Kärnten* Diesel zum Einstandspreis verkauft. Der OGH untersagte dies, weil schon die Nutzung der für öffentliche Zwecke gewidmeten Infrastruktur ohne jeden der öffentlichen Hand wieder zufließenden wirtschaftlichen Vorteil und ausschließlich für Zwecke der Preisunterbietung eine (sittenwidrige) Wettbewerbsverzerrung gegenüber Anbietern sei, denen diese Möglichkeit nicht zur Verfügung stehe.

In OGH 20. 4. 2006, 4 Ob 261/05v, *Billigdiesel-Tankstellen II* verneinte der OGH einen Lauterkeitsverstoß, wenn die von der öffentlichen Hand verrechneten Abgabepreise die Kosten des Wareneinsatzes und des durch den Betrieb verursachten Aufwands deckten und darüber hinaus ein positives betriebswirtschaftliches Ergebnis gewährleisteten. Dass der Gewinn allenfalls geringer sei als jener eines privaten Anbieters, bedeute noch keinen Machtmissbrauch der öffentlichen Hand (*Stadt Villach* in Kärnten). Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist das Vorliegen einer Quersubventionierung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Mittel, die an sich öffentlichen Zwecken gewidmet sind.

---

<sup>304</sup> BGH 7. 2. 2006, KZR 33/04, *Probeabonnement*.

OGH 23. 03. 2011, 4 Ob 227/10a: Hier verkaufte das *Land Burgenland* den Treibstoff zwar nicht zum Einkaufspreis, sondern mit einem „Manipulationsaufschlag“, der aber nur die *Mehrkosten* abdeckt, die mit der Abgabe von Treibstoff an Privatpersonen verbunden sind (Personal, bauliche Adaptierung). Diese Vorgangsweise ist nur möglich, weil das Land auf das Netz der Landestankstellen zurückgreifen kann („unter Nutzung bereits bestehender infrastruktureller Möglichkeiten“). Beim (angeblich) „kostendeckenden“ Verkauf sind daher die Kosten für die Infrastruktur nicht berücksichtigt. Ohne Nutzung der für öffentliche Zwecke und mit öffentlichen Mitteln errichteten Infrastruktur wäre der Treibstoffverkauf zum vom Land verrechneten Preis ein (ständiges) Verlustgeschäft. Ein solcher Preis ist betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt; er lässt sich nur durch die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel (also eine Quersubventionierung) erklären und ist unzulässig.

Ähnlich: Die NÖ Gebietskrankenkasse darf nicht in ihrem eigenen Zahnambulatorium St. Pölten Vollnarkosen zur Zahnbehandlung anbieten, ohne dafür gem § 153 Abs 3 ASVG kostendeckende Beiträge einzuheben (Wettbewerbsverzerrung, Rechtsbruch).<sup>305</sup>

## e) Sonstige Fälle

Verwendet das Medienunternehmen "*Österreich*" in seiner Werbung Bilder bekannter Sportler ohne deren Zustimmung, verstößt dies gegen die berufliche Sorgfalt (Ehrenkodex für die österreichische Presse, vgl § 1 Abs 1 Z 1 UWG) und Mitbewerber können wegen unlauterer GP klagen.<sup>306</sup> Daneben könnte die abgebildete Person wegen Verletzung von § 78 UrhG und der Fotograf wegen Verletzung von § 74 UrhG klagen.

Wenn zB ein Fotomodell das Trikot der Nationalmannschaft trägt und das als Werbung für eine Zeitung verwendet wird, kann das als unlautere Rufausnutzung eines als Marke nicht registrierten Kennzeichens geklagt werden.<sup>307</sup>

Fordert der bekl Mitbewerber die „Beauftragten“ (dh die „Mitarbeiter“) seines Konkurrenten in einem E-Mail auf, bestimmte Weisungen ihres Auftraggebers zu missachten (hier: Änderung von Passworten für den Zugang des Mitbewerbers auf externen Routern nach Streitigkeiten im Laufe der Zusammenarbeit des Konkurrenten mit dem bekl Mitbewerber), sonst würde er gegen sie Strafanzeigen einbringen und Schadenersatzansprüche geltend machen, liegt zwar keine „Geschäftspraktik“ iSd § 1 UWG vor. Dennoch ist § 1 Abs 1 Z 1 UWG anzuwenden, weil diese Bestimmung nicht nur unlautere Geschäftspraktiken erfasst, sondern auch „sonstige unlautere Handlung[en]“.<sup>308</sup>

## J. Rechtsfolgen, Verfahren

### 1. Hinweis zur Gerichtszuständigkeit

Gericht (und zwar streitwertunabhängig das "Handelsgericht") am Wohnort/Sitz des Beklagten, für alle Ansprüche.

Bei Schäden: Auch Gericht an jedem Ort, wo der Schaden eingetreten ist (Art 5 Z 3 EuGVVO<sup>309</sup>), aber nur für die in jenem Staat eingetretenen Schäden ("Mosaiktheorie"<sup>310</sup>).

<sup>305</sup> OGH 17. 2. 2015, 4 Ob 234/14m, *Zahnambulatorium NÖ Gebietskrankenkasse*.

<sup>306</sup> OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 62/14t, *Schifahrerwerbung*. Ähnlich OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 20/08g, *Politikerfotos auf Werbeplakaten der Kronen Zeitung*.

<sup>307</sup> OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 212/11x, *Trikot der Nationalmannschaft*.

<sup>308</sup> OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 127/14a.

<sup>309</sup> Dazu EuGH 25. 10. 2011, verb Rs C-509/09, C-161/10, *eDate Advertising GmbH; Martinez/MGM*. Vgl *Paul Pichler*, Forum-Shopping für Opfer von Persönlichkeitseingriffen im Internet? MUR 2011, 365. **Hingegen** ist für Klagen wegen **Markenrechtsverletzungen** (zB durch Keyword-Advertising) jenes Gericht zuständig, wo der verletzende Werber seine Niederlassung hat oder die verletzte Marke registriert ist, EuGH 19. 4. 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG* (österreichisches Unternehmen mit österreichischer Marke) gegen *Products 4U* (Deutschland) betreffend Werbung auf Google.de (nicht .at); hierauf folgte OGH 10. 7. 2012, 4 Ob 82/12f, *Wintersteiger III*.

Beispiel: A verkauft im Land 1 markenrechtsverletzende Ware ("Fälschungen") an B; B verkauft die Ware im Land 2 weiter an C. Die **Schadenersatzklage** des Markeninhabers gegen A kann auch im Land 2 (Ort des Schadenseintritts) erhoben werden (Art 4 EuGVVO); rein **markenrechtliche** Ansprüche können nur am Handlungsort eingeklagt werden (Art 94 Abs 2 GMV),<sup>311</sup> doch können mehrere Rechtsverletzer aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten an einem Gericht gemeinsam verklagt werden.<sup>312</sup>

**UWG-Ansprüche** daraus sind nach dem Recht jenes Staates zu beurteilen, wo sich der Wettbewerbsverstoß auswirkt (Art 6 Abs 1 Rom I-VO), und können sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort geltend gemacht werden.

Rechtsverletzungen im Internet ("Distanzdelikte"):

**Ort der Handlung** ist idR der (Wohn-)Sitz des Website-Betreibers (Ort, an dem der technische Vorgang ausgelöst wurde, unabhängig vom Ort der Domain-Registrierung<sup>313</sup>) und begründet die örtliche Zuständigkeit; aber auch jeder **Erfolgort** (= "Ubiquitätstheorie", "fliegender Gerichtsstand") ermöglicht dem Kläger, an seinem Wohnort alles einzu-klagen<sup>314</sup>.

Beispiel: Werden auf einer **deutschen Homepage** (.de) unwahre, rufschädigende Tatsachenbehauptungen aufgestellt, kann derjenige dessen **wirtschaftlicher Ruf** dadurch in **Österreich** beeinträchtigt wird, Unterlassungsklage in Österreich erheben, auch wenn die Homepage **nicht** bestimmungsgemäß **auf Österreich ausgerichtet** ist ("Streudelikt"). Allerdings ist die Zuständigkeit der inländischen Gerichte auf die im **Inland eingetretene Beeinträchtigung (Schäden) beschränkt**.<sup>315</sup>

Bei einer Persönlichkeitsverletzung durch das Verbreiten rechtswidriger Inhalte (falsche und ehrverletzende Behauptungen) im Weg von E-Mails an einzelne Empfänger liegt der Handlungsort an jenem Ort, an dem die Beklagte die beanstandeten Inhalte versendete. Hinsichtlich des Erfolgsorts (Art 7 EuGVVO) gebietet das Ziel der Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit, nicht auf den Ort des tatsächlichen Abrufs der Nachricht durch den Dritten (Empfänger) abzustellen, sondern auf den Ort des Wohnsitzes des Empfängers der beanstandeten Nachricht.<sup>316</sup>

## 2. Hinweis zum anwendbaren Recht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch, der sich auf ein Verhalten außerhalb Österreichs (zB weltweit irreführende Geschäftspraktik) bezieht, ist<sup>317</sup> gem Art 6 Abs 1 Rom II-VO nach dem jeweiligen Marktort-Recht ("Recht des Staates, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind") zu beurteilen,<sup>318</sup> ebenso der Veröffentlichungsanspruch. Nach dem Marktortrecht bestimmt sich somit nicht nur der Grund des Veröffentlichungsanspruchs (also etwa eine allenfalls erforderliche Interessenabwägung oder die mögliche Relevanz des

---

<sup>310</sup> So EuGH 3. 4. 2014, C-387/12, *Hi Hotel HCF/Uwe Spoering*; früher schon: EuGH 7. 3. 1995, C-68/93, *Fiona Shevill gg Presse Alliance*. Rechte eines Fotografen: EuGH 22. 1. 2015, C-441/13, *Hejduk*.

<sup>311</sup> EuGH 5. 6. 2014, *Coty/First Note Perfumes*.

<sup>312</sup> EuGH 27. 9. 2017, C 24/16 und C-25/16, *Nintendo v BigBen*.

<sup>313</sup> OGH 20. 12. 2016, 4 Ob 45/16w, *StubHub.at, stubhub.ch*.

<sup>314</sup> *Thomas Thiede*, Aktivgerichtsstand für Betroffene von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Onlinebereich, *ecolex* 2012, 131. Betr Schadenersatzansprüche des Urhebers bei Urheberrechtsverletzung aber EuGH 3. 10. 2013, C-170/12, *Pinckney*: Klage am "Wohnsitzgerichtsstand des Urhebers möglich. Dieses Gericht darf jedoch nur über jenen Schaden entscheiden, der im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats verursacht worden ist, zu dem es gehört".

<sup>315</sup> OGH 10. 7. 2012, 4 Ob 33/12z, *ADAC.de Test chinesische Winterreifen* (vgl Die Zeit Online 23. 9. 2010, <http://www.zeit.de/auto/2010-09/adac-winterreifen-test>).

<sup>316</sup> OGH 7. 5. 2019, 6 Ob 218/18d.

<sup>317</sup> OGH 18. 11. 2014, 4 Ob 147/14t (erster Rechtsgang siehe OGH 28. 11. 2012, 4 Ob 202/12b), *erster klimaneutraler Stempel*.

<sup>318</sup> EuGH 28. 7. 2016, C-191/15, *VKI/Amazon*.

Umstands, dass die beanstandete Werbung schon länger zurückliegt), sondern auch die Form der Veröffentlichung, die Auswahl der betroffenen Medien und auch die Notwendigkeit einer beglaubigten Übersetzung. Das jeweils anwendbare Recht entscheidet weiters darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Urteil in einem Printmedium veröffentlicht werden kann, das in mehreren Staaten vertrieben wird.

### 3. Ansprüche nach UWG

#### 1. Unterlassungsanspruch – Voraussetzungen:

- a) Verschuldensunabhängig<sup>319</sup>; inkludiert auch Beseitigung.<sup>320</sup> Erfolgshaftung<sup>321</sup> des Unternehmers für Wettbewerbsverstöße, die im Betrieb seines Unternehmens begangen wurden (§ 18 UWG). Auch Haftung der "Gehilfen" (Personen, Unternehmen).

Im "Betrieb seines Unternehmens" werden Personen tätig, die im Auftrag des Unternehmers bestimmte Arbeiten für das Unternehmen verrichten. Handeln sie im Zusammenhang damit wettbewerbswidrig, so hat der Unternehmer für ihr Handeln einzustehen, wenn er kraft seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit hat, eine allfällige Verletzung des Lauterkeitsrechts zu verhindern oder abzustellen. Diese Möglichkeit wird etwa dann bejaht, wenn der Handelnde Auftragnehmer des Unternehmens (etwa aufgrund eines Werkvertrags) ist und der Unternehmer daher befugt ist, ihm Weisungen zu erteilen. Die (bloße) Eigenschaft als zivilrechtlicher Verleger der Zeitung begründet die für eine Haftung nach § 18 UWG erforderliche rechtliche Einflussmöglichkeit auf deren Inhalt (noch) nicht.<sup>322</sup> Ein persönlich haftender Gesellschafter einer OG oder KG haftet (nicht wegen seiner gesellschaftsrechtlichen Haftungsposition, sondern) wegen der regelmäßig bestehenden Möglichkeit, das rechtswidrige Verhalten der Gesellschaft zu unterbinden.<sup>323</sup>

Für ein wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen hat jeder einzustehen, der den Wettbewerbsverstoß durch sein eigenes Verhalten fördert oder überhaupt erst ermöglicht hat (zB Werbepartner, Werbeagentur). Gehilfe ist jedoch nur, wer den Täter bewusst fördert.<sup>324</sup> Der Gehilfe muss den Sachverhalt kennen, der den Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens begründet oder zumindest eine diesbezügliche Prüfpflicht verletzt haben. Seine Kenntnis, dass das Verhalten gesetzwidrig ist, ist keine Voraussetzung wettbewerbswidrigen Handelns. Die Prüfpflicht ist auf grobe und auffällige Wettbewerbsverstöße beschränkt.<sup>325</sup>

Auch Partygäste (der *Westbahn*), die als Werbeträger angezogen in Geschäfte des Mitbewerbers (*ÖBB*-Züge) gehen und dort (natürlich ohne Zustimmung der *ÖBB*) werben, sind dem Unternehmen (hier *Westbahn*) zuzurechnen.<sup>326</sup>

- b) Wiederholungsgefahr  
- Ist grundsätzlich schon bei einem bloß einmaligen Wettbewerbsverstoß zu bejahen;<sup>327</sup> Die Vermutung spricht für das Bestehen einer Wiederho-

<sup>319</sup> OGH 21. 3. 2000, 4 Ob 76/00f.

<sup>320</sup> OGH 22. 11. 2011, 4 Ob 158/11f: Das Unterlassungsgebot schließt das Gebot in sich, den titelwidrigen Zustand zu beseitigen. Wer nämlich durch einen Gesetzesverstoß einen störenden Zustand geschaffen hat, stört weiter, solange dieser Zustand andauert.

<sup>321</sup> OGH 9.6.2009, 4 Ob 47/09d, "20 Seiten Differenz". Beachte aber den Haftungsentfall in der Sachverhaltskonstellation *Almdudler III* (siehe FN 262).

<sup>322</sup> OGH 15. 12. 2008, 4 Ob 187/08s.

<sup>323</sup> OGH 5. 10. 2010, 4 Ob 165/10h, *Exklusivinterview III* (ggf die frühere Rsp).

<sup>324</sup> OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 8/15b.

<sup>325</sup> OGH 5. 10. 2010, 4 Ob 159/10a, *Camelbase II*: erfolgreiche Klage gegen die Auftragnehmerin des Werbeunternehmens. OGH 23. 2. 2010, 4 Ob 14/10b, *Camelbase-Events*: erfolgreiche Klage gegen Werbeunternehmen.

<sup>326</sup> OGH 12. 2. 2013, 4 Ob 1/13w, *ÖBB/Westbahnfeier*.

lungsgefahr; es ist Sache des Verletzers, diese Vermutung zu widerlegen.

Die Wiederholungsgefahr kann uU dann ausgeschlossen sein, wenn der Wettbewerbsverstoß auf einem Irrtum als einmaliger Sondersituation beruhe (Übersehen einer Gesetzesänderung) beruhe und der Beklagte nach Erkennen des Irrtums von sich aus - etwa durch Berichtigung des Fehlers - eine Handlung gesetzt hat, die seine Sinnesänderung nach außen klar erkennen lässt und die unrichtige Angabe im Prozess nicht als rechtmäßig verteidigt.<sup>328</sup>

Für die Verneinung der Wiederholungsgefahr muss der Verletzer ernstlich gewillt sein, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen<sup>329</sup>; zB dadurch, dass der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch samt Kostenersatz umfassenden, an keinerlei Bedingungen<sup>330</sup> geknüpften (gerichtlich vollstreckbaren) **Vergleich anbietet** (sofern die klagende Partei damit all das erhält, was sie durch ein ihrem Begehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können)<sup>331</sup> und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen;<sup>332</sup> die Motive für das Vergleichsangebot sind irrelevant, ebenso, wenn das Angebot nur innerhalb einer bestimmten Frist angenommen werden kann<sup>333</sup>.

Begehrt der Kläger berechtigterweise auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, so muss das Vergleichsangebot auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Beklagten in angemessenem Umfang umfassen. Wenn aber keine Urteilsveröffentlichung zusteht, dann muss das Vergleichsangebot auch nicht die Veröffentlichungskosten umfassen.<sup>334</sup>

#### c) Formulierung des Unterlassungsgebotes

Das begehrte und vom Gericht zu erlassende Unterlassungsgebot hat sich am konkreten Verstoß zu orientieren (zB allgemeine Umschreibung der Verletzungshandlung, aber Vermeidung unbestimmter Begriffe, damit der Kern der Verletzungshandlung nachvollziehbar zum Ausdruck kommt) und kann – um Umgehungen zu verhindern – auch auf ähnliche Fälle abstellen (weite Fassung des Unterlassungsgebots), wenn Rechtsverletzungen in ähnlichen Fällen nahe liegen.<sup>335</sup>

An die Bestimmtheit eines Unterlassungsbegehrens sind nicht allzu enge Kriterien anzulegen, weil es praktisch unmöglich ist, alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben.

Zulässig sind insb allgemeine Verbote im Verein mit konkreten Einzelverboten.<sup>336</sup> Als nicht ausreichend bestimmt angesehen wurde hingegen ein Verbot „zur Irreführung geeignete Angaben zu machen“<sup>337</sup>, ein Verbot „in unsachlicher Weise“ oder „in reklamehafter, marktschreierischer bzw aufdringlicher Weise“ zu werben oder „die eigene Leistung besonders anzupreisen“<sup>338</sup>, ebenso ein Verbot von „Handlungen zu Zwecken

---

<sup>327</sup> OGH 19.10.1999, 4 Ob 272/99z.

<sup>328</sup> OGH 25. 3. 2014, 4 Ob 28/14t.

<sup>329</sup> OGH ÖBI 2001, 105, *Reisebedarf*.

<sup>330</sup> Auch nicht die Bedingung des gänzlichen oder teilweisen Verzichts auf Kostenersatz, OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 74/11b. Der Kläger kann im Vergleich verlangen, dass die Kostenentscheidung dem Gericht vorbehalten wird, weil sonst durch den Vergleich nach § 47 Abs 1 ZPO auf Kostenersatz verzichtet würde (Fiktion der Kostenaufhebung).

<sup>331</sup> OGH 28. 3. 2017, 4 Ob 36/17y, *Arzneimittelwerbung*.

<sup>332</sup> OGH 27. 5. 2021, 4 Ob 83/21s, *Tageszeitungen*: Der Sinneswandel muss nach der Rsp unabhängig vom wirksamen Zustandekommen des Vergleichs eintreten; ebenso schon OGH ÖBI 1998, 31, *Telefax-Werbung*.

<sup>333</sup> OGH 27. 9. 2016, 6 Ob 131/16g, *Nacktschooting II*.

<sup>334</sup> OGH (FN 333).

<sup>335</sup> OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 93/10w (*Mediaprint gegen Österreich* wegen Ankündigung eines Gesundheitshoroscops, das aber unvollständig war); OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 88/10k (Urheberrechtsverletzung durch *Österreich* durch Verwendung der Grafik "*Leben auf dem Mond*"). OGH 26. 2. 2019, 4 Ob 147/18y, Verbot der Verwendung „ähnlicher Aussagen“.

<sup>336</sup> Übersichtlich OGH 19. 3. 2015, 6 Ob 200/14a; OGH RIS-Justiz RS0000845 [T14], RS0037733, RS0037607.

<sup>337</sup> OGH 4 Ob 1/96.

<sup>338</sup> OGH 4 Ob 258/04a.

des Wettbewerbs, die gegen die guten Sitten verstoßen".<sup>339</sup>

Der Gedanke der **Verstärkung des Unterlassungsgebots**, der auch die Erlassung einer **einstweiligen Verfügung** unmittelbar gegen Personen rechtfertigt, die **nicht Parteien** eines anhängigen Verfahrens sind, gilt auch für **Tochter- und Enkelunternehmen** mit der Begründung, die Gesellschaft selbst könnte das Unterlassungsgebot dadurch unterlaufen, dass diese die verbotenen Handlungen und Maßnahmen setzen.<sup>340</sup>

#### d) Wirkung

Ein ergangenes Unterlassungsurteil verpflichtet nicht nur den Beklagten, sondern erfasst auch das Verhalten jener Personen, auf die er Einfluss nehmen kann, also insb Familienangehörige, Beauftragte, Dienstnehmer und sonst zurechenbare Dritte (zB Besucher), wie Tochtergesellschaften, so dass Exekution (Zwangsvollstreckung) gegen die Muttergesellschaft beantragt werden kann, wenn die Tochtergesellschaft gegen das (gegen die Mutter ergangene) Unterlassungsurteil verstößt.<sup>341</sup>

2. Beseitigung (nur soweit die Ware noch in der Verfügungsgewalt des Beklagten ist, also nicht mehr nach Verkauf<sup>342</sup>)
3. Widerruf
4. Ermächtigung<sup>343</sup> zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden<sup>344</sup> Urteils<sup>345</sup> (§ 25 UWG, nur wenn Unterlassungsurteil ergeht;<sup>346</sup> könnte auch – extrem selten, zB bei Erörterungen in der Presse – dem obsiegenden Beklagte zuerkannt werden<sup>347</sup>)

---

<sup>339</sup> OGH 4 Ob 140/06a

<sup>340</sup> OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 222/20w, Aktienkauf *Eldorado* (Sachverhalt siehe *Brugger*, Unternehmenserwerb<sup>2</sup> (2020) Rz 11.244.

<sup>341</sup> OGH22. 9. 2016, 3 Ob 134/16a; Haftung der Muttergesellschaft für Tochter; aber keine Haftung für eine Schwestergesellschaft.

<sup>342</sup> OGH 14.7.2009, 17 Ob 12/09b, *Transdermal*-Pflaster.

<sup>343</sup> OGH 21. 11. 2018, 3 Ob 173/18i: Die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung schafft keinen unmittelbar durchsetzbaren Anspruch gegen den Beklagten, weil nach dem Inhalt des Titels keine Verpflichtung zu einer Leistung besteht. Eine "Verpflichtung" der beklagten Partei zur Veröffentlichung kommt nur ausnahmsweise, und zwar in einem Medium der beklagten Partei in Betracht. Bedarf die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung der Mitwirkung der beklagten Partei, dann trifft diese – analog einem Medienunternehmer – nach § 25 Abs 7 UWG (wonach „Die Veröffentlichung auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder eines anderen vollstreckbaren Exekutionstitels ... vom Medienunternehmer ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen.“ ist) die Verpflichtung, die Veröffentlichung ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen. Ist die klagende Partei berechtigt, die Urteilsveröffentlichung in einem Medium der beklagten Partei zu verlangen, kann sie sofort die Verurteilung der beklagten Partei zur Veröffentlichung begehren, ohne davor im Sinn des § 25 Abs 3 UWG formal dazu ermächtigt worden zu sein (4 Ob 141/04w; 4 Ob 155/04d; 4 Ob 91/18p; RIS-Justiz RS0119287; Schmid in Wiebe/G. Kodek2 § 25 UWG Rz 51).

<sup>344</sup> OGH 4 Ob 321/70.

<sup>345</sup> Die Publikationsbefugnis ermächtigt idR, den Spruch des Urteils im redaktionellen Teil (einer oder mehrerer Zeitungen) in einem Kasten mit der Überschrift „Im Namen der Republik“ sowie fett und gesperrt gedruckten Prozessparteien auf Kosten der Bekl veröffentlichen zu lassen. Art und Weise der Veröffentlichung sind mit dieser Textfassung im Urteil ausreichend bestimmt iSd § 226 Abs 1 ZPO, weil Publikationsmedium und Inhalt der Veröffentlichung unzweideutig feststehen; der ausreichenden Bestimmtheit steht nicht entgegen, dass nähere Modalitäten der Veröffentlichung (wie etwa der Wochentag der Veröffentlichung) nicht geregelt sind; OGH 27. 3. 2012, 4 Ob 15/12b. Nach dem **Äquivalenzgrundsatz** wird nach einem Gesetzesverstoß in einem bestimmten Medium idR auf Veröffentlichung im selben Medium erkannt. So wird etwa bei konzentrierter Werbung eines Produktes auf einer Homepage in der Folge auf Urteilsveröffentlichung auf dieser Homepage erkannt, OGH 12. 6. 2012, 17 Ob 27/11m. Oder im Hinblick auf die Verbreitung der beanstandeten Werbung auf mehreren bundesweit zu empfangenden Fernsehsendern erachtete der OGH die Urteilsveröffentlichung durch Verlesung des Urteils im Vorabendprogramm eines ORF-Senders für angemessen, OGH FN 236.



"Talionsprinzip" (Äquivalenzgrundsatz),<sup>348</sup> dh Aufmachung und Form der Urteilsveröffentlichung richtet sich nach konkretem Wettbewerbsverstoß (Medienberichterstattung ist kein Ersatz für Urteilsveröffentlichung<sup>349</sup>); daher idR

- Printmedium → Printmedium (uU sogar auf der Titelseite<sup>350</sup>)
- Social Media Kanal → Social Media Kanal
- Website → Website
- Ausnahmen zB: Rechtsverletzung auf Website (Irreführung/Verstoß gegen KSchG oder AMG): bei UWG-Verstoß auf Website dennoch Urteilsveröffentlichung auch in Printmedium, wenn Grund zur Annahme besteht, dass (ehemalige) Kunden nicht mehr auf die Website zurückkehren<sup>351</sup>

Aus dem Talionsprinzip ist aber nicht abzuleiten, dass ein nicht in einem Medium beworbener Wettbewerbsverstoß gar nicht zu publizieren wäre.<sup>352</sup>

Die private Verbreitung eines Urteils betreffend einen Mitbewerber kann nicht nur im Fall von Schikane (iSd § 1295 Abs 2 ABGB) rechtswidrig sein, sondern auch bei Vorliegen sonstiger Unlauterkeit begründender Umstände. Als solcher Umstand kommt das Ausspannen von Kunden durch Anschwärzen des Mitbewerbers in Frage.<sup>353</sup>

5. **Schadenersatz** des Werbenden an den klagenden Mitbewerber (uU auch Schadenersatz für schwere Beeinträchtigung der sozialen Wertschätzung<sup>354</sup>), aber nur bei Verschulden<sup>355</sup>: In der Praxis selten, weil Beweispflicht des Klägers<sup>356</sup> und idR Be-

---

<sup>346</sup> Nicht aber etwa bei einer Feststellungsklage, OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 102/11w.

<sup>347</sup> OGH 17. 4. 1932, 4 Ob 162/32: "Es muss daher dem Beklagten ein Interesse an der Bekanntmachung zugestanden werden". Ähnlich OGH 4 Ob 169/90, *PSK II*. OGH 10 Ob 70/07b: Bei Obsiegen der Klägerin bei 12 von 24 angefochtenen Klauseln wurde Veröffentlichungsanspruch des Beklagten bejaht, um dem "falschen Eindruck durch Veröffentlichung lediglich des klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs [...] entgegenzutreten". Aber ggt OGH 1 Ob 244/11f: Obsiegen der Klägerin bei 16 von 17 Klauseln "es gebietet weder die Billigkeit noch der Umstand, dass die Verbandsklage eine gewisse Publizität erlangte [...] dem Beklagten dieselbe Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit zu bieten, wie dem Kläger".

<sup>348</sup> OGH 5. 10. 2010, 4 Ob 148/10h: Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken und das Publikum über den wahren Sachverhalt aufzuklären. Ob und in welchem Umfang dazu eine Veröffentlichung des Urteils geboten ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Bei prominent platzierten rechtswidrigen Ankündigungen auf Titelseiten von Zeitungen, mit denen die Kauflust der Leser ganz besonders angesprochen werden soll, kann ausnahmsweise zu einer Veröffentlichung des Urteils auf der Titelseite ermächtigt werden. In Frage käme allenfalls auch eine Urteilsveröffentlichung im Blattinneren, verbunden mit einem entsprechenden Hinweis auf der Titelseite (vgl § 13 Abs 4 MedienG).

<sup>349</sup> OGH 2 Ob 1/09z, Klauselprüfung Leasingvertrag; 8 Ob 49/12g.

<sup>350</sup> § 13 Abs 4 MedienG ist insoweit nicht analog anzuwenden; stRsp seit 4 Ob 224/08g, an der er trotz Kritik in der Lehre (vgl *Korn* in MR 2009, 65) auch in späteren E festgehalten wurde (vgl OGH 20. 2. 2018, 4 Ob 206/17y).

<sup>351</sup> StRsp zB OGH 21. 12. 2017, 4 Ob 190/17w.

<sup>352</sup> OGH 28. 5. 2019, 4 Ob 40/19i, *unerlaubte Entleerung des Tankinhalts von Kanalräumungsfahrzeugen in das öffentliche Kanalnetz*.

<sup>353</sup> OGH 19. 4. 2018, 4 Ob 12/18w: Das Fehlverhalten des Geschäftsführers liegt zehn Jahre zurück und betraf zudem ausschließlich Handlungen im Verhältnis zum Prozessgegner, die keinen Einfluss auf die Qualität der Leistungen haben. Das Urteil wurde bereits damals über gerichtliche Anordnung publiziert und damit den (regional beschränkten) betroffenen Kreisen zur Kenntnis gebracht.

<sup>354</sup> OGH 23. 5. 2013, 4 Ob 25/13x, *Krone gegen Österreich*: Schadenersatz an *Krone* wegen des Vorwurfs der "bewusst falschen Berichterstattung im Eigeninteresse".

<sup>355</sup> OGH 18. 6. 2013, 4 Ob 36/13t, *innerer Frontwechsel*.

<sup>356</sup> Auch hinsichtlich der Kausalität, vgl OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 5/11f, *Ärztin gegen NÖ Ärztekammer und NÖGKK*.

weisprobleme betreffend Gewinnentgang.<sup>357</sup> Bei Beweisschwierigkeiten ist es zulässig, dass die Gerichte (gem § 273 ZPO) den Schadensbetrag schätzen.<sup>358</sup>

Sonderthema wäre eine von einem **Konsumenten** (keine Klageberechtigung auf Unterlassung nach UWG!) erhobene Schadenersatzklage gegen den Werbenden mit der Begründung, er sei durch irreführende oder aggressive Werbung zum Geschäftsabschluss gekommen; eine solche Klage gegen den werbenden Unternehmer (selbst wenn er nicht unmittelbarer Vertragspartner ist) wird von der Jud zugelassen,<sup>359</sup> ist aber wegen meist Geringfügigkeit der Schäden selten.

Außerdem ist ein Schadenersatzanspruch für Verbraucher ausdrücklich nach der RL 2019/2161 (dazu siehe schon oben bei H) und § 16 UWG vorgesehen. Der Schadenersatzanspruch umfasst – neben dem Vermögensschaden – auch eine Geldbuße für erlittene Kränkungen.<sup>360</sup>

6. Rechnungslegung<sup>361</sup> zB: "Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen Auskunft über den Bruttoumsatz, den Gewinn, die Daten, zu denen die Beklagte begonnen hat, die [Marken/Patente] zu verwenden oder diese Verwendung zu unterlassen oder diese unterbrochen hat, über sämtliche Werbeausgaben unter Verwendung von oder im Zusammenhang mit diesen [Zeichen/Patenten] mit Daten über die Art der Werbeaktion, Reichweite und Auflagenzahl zu geben; diese Rechnungslegung durch Dokumentkopien zu belegen und die Richtigkeit der Rechnungslegung auf Antrag der Klägerin durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen, in welchem Fall die Kosten der Prüfung von der Beklagten zu tragen sind, wenn sich bei der Prüfung ein höherer Betrag als aus der Rechnungslegung ergibt."<sup>362</sup>
7. Verjährung des Unterlassungsanspruches (§ 20 UWG):
  - 6 Monate ab Kenntnis;
  - max 3 Jahre nach Gesetzesverletzung.<sup>363</sup> Bei wiederholten Verletzungen ist jede Handlung gesondert zu prüfen.<sup>364</sup>
  - diese Verjährungsfrist für Unterlassungsansprüche beginnt erst, wenn der das Gesetz verletzende Zustand aufhört. Somit bleibt, solange ein gesetzwidriger Zu-

---

<sup>357</sup> Ausf zum Problem *Leupold*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite nach UWG, ÖBl 2010, 164.

<sup>358</sup> OGH 17. 2. 2015, 4 Ob 26/15z.

<sup>359</sup> OGH 16. 12. 2021, 4 Ob 49/21s: *außervertragliche Schadenersatzansprüche wegen irreführender Geschäftspraktik durch falsche Angabe im Web über die Sicherheitsklasse bei einem Safe*; OGH 24. 2. 1998, 4 Ob 53/98t, 1. Hauptpreis; zust *Gamerith*, ÖBl 2011, 297. Krit die Lit, vgl die Übersicht bei *Mathias Görg*, Kein Grund zur (Verbraucher-)Klage – Schadenersatzanspruch der Marktgegenseite nach UWG? RdW 2015, 151.

<sup>360</sup> OGH 23. 9. 2022, 4 Ob 106/22z.

<sup>361</sup> OGH 16. 12. 2009, 17 Ob 21/09a: "Zunächst setzt der Rechnungslegungsanspruch eine entsprechende Verpflichtung im materiellen Zivilrecht voraus. Das UWG enthält allerdings keinen allgemeinen Anspruch auf Rechnungslegung des Verletzten gegenüber dem Verletzer. Im Falle unlauteren Handelns ist diese Lücke des wettbewerbsrechtlichen Schutzes durch Anwendung immaterialgüterrechtlicher Rechnungslegungsvorschriften (§ 87a UrhG, § 151 PatG, § 55 MarkSchG) zu schließen. Zweck der Rechnungslegungspflicht ist nämlich, den Berechtigten in die Lage zu versetzen, Herausgabe- oder Schadenersatzansprüche gegen den Verletzer feststellen und geltend machen zu können. So besteht auch im Falle eines unlauteren Eingriffes in eine (durch eine rechtskräftige Entscheidung geschaffene) geschützte Rechtsposition (hier durch Umgehung der Wirkungen des Exekutionstitels durch Neugründung einer Gesellschaft) ein Rechnungslegungsanspruch des Berechtigten gegen den Verletzer."

<sup>362</sup> So in OGH 16. 12. 2009, 17 Ob 21/09a.

<sup>363</sup> OGH 21. 6. 2011, 4 Ob 54/11m: Ein beim Adressaten durch eine Äußerung oder Übergabe einer Unterlage entstandener Eindruck begründet keinen gesetzwidrigen Dauerzustand, der die Verjährung hemmen könnte; für die Verjährungsfrage spielt es auch keine Rolle, wie lange Kunden der Werbenden über die beanstandeten Unterlagen verfügt haben

<sup>364</sup> OGH 23.2.2010, 4 Ob 15/10z.

stand fortbesteht, der Anspruch auf seine Beseitigung (§ 15 UWG) und auf Unterlassung der Gesetzesverletzung gewährt.<sup>365</sup> Unterscheide<sup>366</sup> daher Einzelhandlung mit sofortigem Verjährungsbeginn (zB Publizieren eines Druckwerks, das in eine Bibliothek eingestellt wird; Zeitungsannonce als klassische Einzelhandlung trotz der Fortwirkungen) vom Dauerzustand (zB Annonce auf der Unternehmenswebsite<sup>367</sup>).

8. Strafrechtliche Sanktionen (§ 4, § 10, § 11 UWG; § 60 MaSchuG)
9. Verwaltungsrechtliche Sanktionen (§§ 27-34 UWG)
10. Strafbestimmung für „weitverbreitete Verstöße“

§ 22. (1) Ein Unternehmer, der wissentlich Verbraucherinteressen durch offensichtlich aggressive oder irreführende Geschäftspraktiken im Sinne der § 1a Abs. 1 bis 3 und § 2 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung, wenn es sich dabei um einen weitverbreiteten Verstoß nach Art. 3 Z 3 oder einen weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension nach Art. 3 Z 4 der Verordnung (EU) Nr. 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. Nr. L 345 vom 27.12.2017 S. 1, handelt, und kann im Rahmen einer Durchsetzungsmaßnahme nach Art. 21 der Verordnung (EU) Nr. 2017/2394 mit einer Geldstrafe von bis zu 4% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatzes in den vom Verstoß betroffenen Mitgliedstaaten bestraft werden.

#### 4. Verfahrensgang

Nicht selten tätigen Konkurrenten **Testkäufe** und sonstige Beobachtungen, um wettbewerbswidriges Verhalten aufzudecken und zu dokumentieren. Ein Unternehmen kann dies grundsätzlich nicht unter Berufung auf sein Hausrecht untersagen, außer der Konkurrent stört durch sein Verhalten den normalen Geschäftsablauf.<sup>368</sup>

Üblicherweise wird das Unterlassungsbegehren mit **Klage**<sup>369</sup> (ordentliches Hauptverfahren) samt Antrag<sup>370</sup> auf **Einstweilige Verfügung (EV)**, im Provisorialverfahren "Siche-

---

<sup>365</sup> OGH 22. 9. 2015, 4 Ob 85/15a, "Signifikanter Verlust", Heute/Österreich.

<sup>366</sup> Beispiele aus OGH FN 365.

<sup>367</sup> Das gilt jedenfalls in Bezug auf die eigene Website des Unternehmers oder bei Websites wie Facebook oder YouTube, wo der Benutzer den selbst eingestellten Inhalt jederzeit wieder löschen kann. Wird die Website jedoch von einem Dritten betrieben, ohne dass der Verletzer eingesandte Inhalte wieder entfernen (lassen) kann, wird es - worauf der OGH hinwies - darauf ankommen, ob der Verletzer auf den Dritten Einfluss nehmen kann, also darauf, ob er eine entsprechende (rechtliche) Einflussmöglichkeit hat.

<sup>368</sup> OGH 15. 6. 2016, 4 Ob 81/16i: Kunden und Busfahrer am Terminal zu befragen und zu fotografieren stört den Geschäftsbetrieb. Ähnlich zu "Rauchersheriff" OGH 4 Ob 48/14h.

<sup>369</sup> EuGH C-167/00 und OGH 4 Ob 203/08v: Im Inland vorgefallene Wettbewerbsverstöße können nach Art 5 Abs 3 EuGVVO im Inland gegen eine Partei geltend gemacht werden, die nur im Ausland, aber im Inland keinen (Wohn)Sitz hat.

<sup>370</sup> Über diesen Antrag wird idR erst nach Anhörung des Gegners entschieden. Mit E 15. 10. 2009, *Micallef* gegen Malta, Nr 17056/06, änderte der EGMR seine bisherige Rechtsprechung. Danach ist Art 6 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen auch in einem Sicherungsverfahren zu beachten. Diese Voraussetzungen sind: Das Verfahren muss zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen (civil rights or obligations) betreffen, und die Sicherungsmaßnahme muss geeignet sein, den zivilrechtlichen Anspruch oder die Verpflichtung zu bestimmen (can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake). Der EGMR gesteht zu, dass in außergewöhnlichen Fällen - wenn zB die Wirksamkeit der Maßnahme davon abhängt, dass rasch entschieden wird - nicht immer alle Garantien des Art 6 EMRK erfüllt werden können. In solchen Fällen kann die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts durch andere prozessuale Garantien sichergestellt werden, soweit dies mit der Natur und dem Zweck des betreffenden Sicherungsverfahrens vereinbar ist (Rz 83 bis 86; dazu G. Kodek, Einstweilige Verfügungen im Familienrecht und Art 6 EMRK - Überlegungen aus Anlass der Entschei-

ungsverfahren" auf vorläufigen Rechtsschutz) verfolgt (§§ 378 ff EO). Über den Antrag auf EV wird ein eiliges Verfahren abgeführt, ohne Nachweis einer Gefährdung oder Eilbedürftigkeit;<sup>371</sup> es reicht Bescheinigung statt voller Beweis; das Gericht kann – was aber selten und nur in besonders eiligen Fällen geschieht – von der Einholung einer Stellungnahme des Antragsgegners absehen.

In Deutschland werden EVs hingegen infolge Dringlichkeit sehr oft *ohne Anhörung des Gegners* erlassen, weshalb sich dort die Praxis der "Schutzschrift"<sup>372</sup> etabliert hat: Der Antragsgegner, der – zumeist aufgrund einer Abmahnung – die Erlassung einer EV befürchtet, kann durch eine Schutzschrift schon *vorweg* seine Rechtsverteidigung gegenüber dem Gericht darlegen und sich so rechtliches Gehör verschaffen. Per 1. 1. 2017 können nicht nur bei einem erwartetermaßen von der Gegenseite anzurufenden Gericht, sondern mit Wirkung für alle (!) Gerichte in Deutschland solche Schutzschriften beim zentralen Schutzschriftenregister eingereicht werden, wo sie für die nächsten 6 Monate für die Gerichte abrufbar bleiben.<sup>373</sup>

Unter Umständen ist die EV nur gegen Sicherheitsleistung<sup>374</sup> des Antragstellers zu erlassen (eines diesbezüglichen Antrags des Beklagten bedarf es nicht<sup>375</sup>). Auch bei ausreichender Bescheinigung des Anspruchs kann das Gericht dann die Bewilligung der EV von einer entsprechenden Sicherheitsleistung abhängig machen, wenn nach den Umständen des Falls Bedenken wegen tiefgreifender Eingriffe der EV in die Interessen des Gegners der gefährdeten Partei bestehen (§ 390 Abs 2 EO). Durch die Sicherheitsleistung wird in solchen Fällen die nötige Interessenabwägung zwischen der Gefährdung des Antragstellers und dem Eingriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners vorgenommen und ein entsprechender Ausgleich bewirkt; (auf die Vermögensverhältnisse der gefährdeten Partei kommt es bei der Beurteilung, ob und in welcher Höhe eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen ist, grundsätzlich nicht an).<sup>376</sup> Wurden aber Umstände, aus denen sich ein schwerwiegender Eingriff, der eine Sicherheitsleistung rechtfertigt, erschließen ließe, vom Gegner der gefährdeten Partei nicht bescheinigt und sind sie auch sonst im Verfahren nicht hervorgekommen, dann ist die Sicherheitsleistung nicht aufzutragen.<sup>377</sup>

Sobald das Provisorialverfahren durch alle Instanzen (Rekurs<sup>378</sup> an die 2. Instanz<sup>379</sup> gegen die Erlassung<sup>380</sup> oder Verweigerung der EV; dann eventuell Revisionsrekurs an den

---

dung *Micallef* gegen *Malta*, EF-Z 2010/58, 60). Nach dieser E wird zwar in dringenden Fällen weiterhin die einseitige Erlassung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners möglich sein, wie dies auch auf internationaler Ebene (vgl etwa Art 50 TRIPS-Abkommen und Art 9 Abs 4 RL 2004/48/EG) vorgezeichnet ist (*G. Kodek*, Zak 2010, 9), weil ja der nachfolgend mögliche Widerspruch das rechtliche Gehör sicherstellt. Im Regelfall und jedenfalls immer dann, wenn sich ein Gericht für die Zweiseitigkeit des Sicherungsverfahrens (durch Einräumung einer schriftlichen Äußerungsmöglichkeit an die Gegenseite oder Anberaumung einer mündlichen Verhandlung) entschieden hat, sind aber nunmehr die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK auch im Provisorialverfahren voll anwendbar (ähnlich bereits 1 Ob 61/10t in einem Verfahren nach § 382b EO).

<sup>371</sup> Nach OGH 24.2.2009, 4 Ob 211/08w, kann auch im Provisorialverfahren der EuGH um Vorabentscheidung ersucht und das Provisorialverfahren bis zu dessen Entscheidung unterbrochen werden; Ablehnung der ggt Vorjudikatur 4 Ob 2386/96b und 4 Ob 2391/96p.

<sup>372</sup> "Protective Letters" gibt es auch in anderen Ländern.

<sup>373</sup> Ausführlich *Jochen Schlingloff*, Das elektronische Schutzschriftenregister und die Schutzschriftenregisterverordnung, WRP 2016, 301.

<sup>374</sup> Zum Erlag einer Sicherheitsleistung und deren Höhe vgl OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 145/14y (EUR 50.000,- bei 10 Spielautomaten) bzw OGH 20. 1. 2015, 4 Ob 169/14b (EUR 20.000,- bei 4 Spielautomaten).

<sup>375</sup> OGH 17. 2. 2015, 4 Ob 25/15b; 17. 2. 2015, 4 Ob 258/14s.

<sup>376</sup> FN 375.

<sup>377</sup> OGH 19. 5. 2015, 4 Ob 70/15w.

<sup>378</sup> OGH 5. 10. 2010, 17 Ob 11/10g: Wenn sich ein Gericht für die Zweiseitigkeit des Sicherungsverfahrens (durch Einräumung einer schriftlichen Äußerungsmöglichkeit an die Gegenseite oder Anberaumung einer mündlichen Verhandlung) entschieden hat, sind die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK auch im Provisorialverfahren voll anwendbar (es muss der gegnerischen Partei vor der Entscheidung Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden).

<sup>379</sup> OGH 18. 11. 2014, 4 Ob 219/14f zur Gerichtsbesetzung: Hat bei einer EV nach dem UWG in erster Instanz ein Berufsrichterssenat entschieden, so hat dieser Gerichtshof das Urteil nicht „in Ausübung der Gerichtsbarkeit

OGH als 3. Instanz) entschieden worden ist, ist die Rechtsfrage idR geklärt und meist eine Fortsetzung des ordentlichen Verfahrens (mit ausführlichen Beweisaufnahmen und so dann Urteil in 1. Instanz, dagegen Berufung an die 2. Instanz und eventuell Revision an den OGH als 3. Instanz) wirtschaftlich betrachtet nicht mehr nötig (und die Parteien anerkennen das Ergebnis des Provisorialverfahrens und führen das ordentliche Verfahren nicht fort).

Erweist sich eine erlassene einstweilige Verfügung nachträglich als unzutreffend, weil die Klage im ordentlichen Verfahren abgewiesen wird, hat der Kläger dem Beklagten alle durch die EV verursachten Vermögensnachteile<sup>381</sup> zu ersetzen (§ 394 EO; Verjährungsfrist 3 Jahre<sup>382</sup>).

## IV. VERWANDTE RECHTSGEBIETE

- Nahversorgungsgesetz (NahVG)
- Preisauszeichnungsgesetz
- Produktkennzeichnungsverordnungen nach § 32 UWG
- Fernabsatzregeln (§§ 5a ff KSchG)
- Irreführende Gewinnzusagen (§ 5j KSchG)
- Unzulässige Vertragsbestandteile (§ 6 KSchG)
- Kreditschädigung (§ 1330 Abs 2 ABGB)
- Markenschutzgesetz – s.o.
- Musterschutzgesetz
- Patentgesetz
- usw

## IV. FRAGEN

1. Was versteht man unter "Handeln im geschäftlichen Verkehr"?
2. Was ist irreführende Werbung (Beispiele)?
3. Wie lautet das Fallprüfungsschema?
4. Wann ist eine Angabe überprüfbar?
5. Liegt Irreführung vor, wenn nur eine von vielen Auslegungsvarianten einer Angabe unrichtig ist? Warum?

---

in Handelsrechtssachen“ gefällt, sondern in Ausübung der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit. Daher ist auch über das Rechtsmittel, mit dem die sachliche Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit bestritten wird, durch ein Gericht der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit (also einen Berufsrichterssenat des OLG) zu entscheiden, nicht durch ein Gericht der Handelsgerichtsbarkeit (also einen Kausalsenat). wenn in erster Instanz ein Einzelrichter entschieden hat. Denn in diesem Fall ist nicht schon durch die Gerichtsbesetzung erkennbar, ob in Handelsachen entschieden wurde oder nicht. Daher habe der Einzelrichter diese Frage nach § 259 Abs 3 ZPO auf Antrag durch einen Beisatz im Urteil – und damit auch in einem Beschluss in Sicherungsverfahren nach § 387 Abs 3 EO – klarzustellen. Fehle ein solcher Beisatz, habe das BerufungsG nach einhelliger Rsp auch bei einer in die Eigenzuständigkeit der Handelsgerichte fallenden Rechtssache ohne Laienrichter zu entscheiden.

<sup>380</sup> Erlassung der EV ev gegen Sicherheitsleistung, dazu *Clemens Grünzweig*, Die Sicherheitsleistung als "Kehrseite" der Einstweiligen Verfügung, RdW 2011, 256.

<sup>381</sup> Nicht aber die Kosten im Streit über die EV, weil über diese ja bereits im Provisorialverfahren gerichtlich entschieden worden ist (OGH 19. 10. 2011, 10 Cg 99/07z gegen OLG Wien 4 R 213/91).

<sup>382</sup> OGH 10. 5. 2011, 17 Ob 9/11i, *Tabasco VIII* (Anm *Gamerith*, ÖBl 2011, 331).

6. Was versteht man unter "Herabsetzung"?
7. Muss der Kläger oder der Beklagte die Wahrheit der Behauptung des Beklagten nachweisen?
8. Was sagt der EuGH zu Per-se-Verboten im UWG?
9. Wann ist Erlagscheinwerbung unzulässig?
10. Was fällt unter § 1 UWG (Beispiele)?
11. Was versteht man unter Kundenfang?
12. Welche Arten von unzulässiger "Ausbeutung" gibt es?
13. Was versteht man unter Wiederholungsgefahr? Was muss der Beklagte machen, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen?
14. Nennen Sie einige dem UWG verwandte Rechtsgebiete?
15. Was sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, wie sind sie geschützt?