

Enzinger

# Lauterkeitsrecht

Eine systematische Darstellung zum Gesetz  
gegen den unlauteren Wettbewerb

Kurzlehrbuch

MANZ 

# Lauterkeitsrecht

von

**Dr. MichaelENZinger**

Rechtsanwalt und Universitätsprofessor in Wien



Wien 2012

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Zitiervorschlag:** *Enzinger, Lauterkeitsrecht* (2012) . . .

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung des Autors sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

Kopierverbot/Vervielfältigungsverbot

Die für Schulen und Hochschulen vorgesehene freie Werknutzung „Vervielfältigung zum eigenen Schulgebrauch“ gilt für dieses Werk nicht, weil es seiner Beschaffenheit und Bezeichnung nach zum Unterrichtsgebrauch bestimmt ist (§ 42 Abs 6 UrhG).

ISBN 978-3-214-08971-9

© 2012 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: [verlag@MANZ.at](mailto:verlag@MANZ.at)

[www.MANZ.at](http://www.MANZ.at)

Datenkonvertierung und Satzherstellung: Greta Golzar, 1030 Wien

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

## Vorwort

*Fritz Schönherr* hat 1982 einen „Allgemeinen Teil des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts“ verfasst. Sein tragischer Tod hat nicht nur die Ergänzung durch einen Besonderen Teil verhindert, sondern auch eine Lücke in der Lehre und Praxis hinterlassen. Trotzdem ist das österreichische Lauterkeitsrecht auch heute noch von ihm geprägt. Das hat einen guten Grund: Das Gebot der Stunde war, die Kontinuität der Vorlesungen an der Wiener Fakultät zu wahren. *Gerhard Frotz* hat bis zu seiner Emeritierung die Vorlesung von *Fritz Schönherr* in dessen Sinn fortgeführt. In weiterer Folge lag sie in meinen Händen.

Die Umwälzungen durch die Richtlinie über Unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Novelle 2007 waren ein Anstoß, eine systematische Darstellung des österreichischen Lauterkeitsrechts in Angriff zu nehmen, um der Rechtsentwicklung der letzten Jahre entsprechend Rechnung zu tragen. Von der ersten Idee bis zur Vorlage des Manuskripts an den Verlag sind dann noch einige Jahre vergangen. Das hatte den Vorteil, dass die ersten höchstrichterlichen Entscheidungen bereits mitberücksichtigt werden konnten, wodurch erste Konturen sichtbar wurden, wohin sich das „neue“ Lauterkeitsrecht entwickelt. Dieses Werk soll dazu ein Wegweiser sein.

Das Lauterkeitsrecht lebt mit der Wirtschaft. Der Lebensnerv ist nach wie vor trotz der legislativen Eingriffe die Rechtsprechung und hier im besonderem Maß auch die des Europäischen Gerichtshofs. Die zum Irreführungstatbestand oder zum Zugabenrecht ergangenen Erkenntnisse belegen nachdrücklich die gestaltende Kraft der Rechtsprechung für das Lauterkeitsrecht. Die Rechtsprechung ist zwar die treibende Kraft der Rechtsentwicklung im Lauterkeitsrecht. Sie ist aber nicht das Maß aller Dinge. Denn die Entscheidung des konkreten Einzelfalles darf nur durch die im Gesetz verrechtlichten Wertungen bestimmt werden. Sie sind damit die Parameter für die Rechtmäßigkeitskontrolle. Das System soll dazu beitragen, die Wertungen durch die dogmatische Durchdringung des Rechtsgebietes sichtbar zu machen.

Das österreichische Lauterkeitsrecht ist traditioneller Weise mit dem deutschen Recht seit Beginn der Gesetzesentstehung eng verbunden. Daher wurde auch auf die Rechtsentwicklung in Deutschland besonderes Augenmerk gelegt, auch wenn sich beide Stammgesetze durch die letzten Novellen auseinanderentwickelt haben. Der wirtschaftliche Wettbewerb

kennt keine Staatsgrenzen. Das System soll dazu beitragen, in grenzüberschreitender Betrachtungsweise Problemlösungen zu fördern.

Das System entspricht dem Stand 1.1.2012. Das Schwergewicht wurde auf die Rechtsentwicklung der letzten Jahre gelegt. Die ältere Rechtsprechung wurde nur dann in den Fußnoten zitiert, wenn es sich um Leitentscheidungen handelt. Zugunsten der leichteren Lesbarkeit wurde auch nicht auf parallele Fundstellen gesondert verwiesen, sondern anstelle dessen auf die Kurzbezeichnung der Entscheidung. Kommentare wurden nur dort besonders zitiert, wenn über die Entscheidungen hinausgehend eigene Positionen vertreten werden. Studierenden und der Praxis soll das Wesentliche vermittelt werden, aktuell und übersichtlich sein.

Die Fülle des zu verarbeitenden Materials bringt mit sich, dass der Verfasser auch bei Beachtung der verkehrsüblichen Sorgfalt das eine oder andere übersehen, missverständlich dargestellt oder gar einen falschen juristischen Blickwinkel gewählt hat. Er ist daher für Anregungen offen und für Kritik dankbar.

Wien, im Mai 2012

*Michael Enzinger*

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>1. Teil: Grundlagen</b>	
1. Kapitel: Überblick über das Lauterkeitsrecht . . . . .	1
I. Zur historischen Entwicklung des Lauterkeitsrechts . . . . .	1
1. Die Zeit vor 1923 . . . . .	1
2. Das UWG 1923 und die Nebengesetze . . . . .	2
3. Die Wiederverlautbarung 1984 und die Rechtsentwicklung bis 2007 . . . . .	2
4. Die UWG-Novelle 2007 . . . . .	3
5. Exkurs: Die jüngere Rechtsentwicklung in Deutschland . . . . .	3
6. Zusammenfassung . . . . .	4
II. Gliederung des Gesetzes . . . . .	4
III. Systembildung im Lauterkeitsrecht . . . . .	5
2. Kapitel: Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Lauterkeitsrecht . . . . .	7
I. Allgemeine Grundlagen . . . . .	8
1. Grundsatz der unmittelbaren und vorrangigen Anwendbarkeit . . . . .	8
2. Auslegungsmaxime . . . . .	10
3. Die rechtliche Relevanz des Vorabentscheidungsverfahrens und die praktische Bedeutung im Lauterkeitsrecht . . . . .	10
4. Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips . . . . .	11
II. Primärrechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	12
1. Der Schutz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und das Diskriminierungsverbot . . . . .	12
2. Die Konkretisierung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen/ Leitentscheidungen . . . . .	13
3. Zulässige Einschränkungen . . . . .	14
III. Sekundärrechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	15
1. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) . . . . .	15
a) Inhalt, Zweck . . . . .	15
b) Kernelemente der Regelung . . . . .	16
c) Umsetzung . . . . .	16
2. Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (2006/114/EG) . . . . .	16
a) Inhalt, Zweck . . . . .	16
b) Kernelemente der Regelung . . . . .	17
c) Umsetzung . . . . .	18
3. Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) . . . . .	18
a) Inhalt, Zweck . . . . .	18
b) Kernelemente der Regelung . . . . .	18
c) Umsetzung . . . . .	19

4. Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG) . . . . .	19
a) Inhalt, Zweck . . . . .	19
b) Kernelemente der Regelung . . . . .	20
c) Umsetzung . . . . .	20
5. Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (98/27/EG) . . . . .	21
a) Inhalt, Zweck . . . . .	21
b) Kernelemente der Regelung . . . . .	21
c) Umsetzung . . . . .	21
3. Kapitel: Grundbegriffe . . . . .	22
I. Zum Begriff der „unlauteren Geschäftspraktik“ . . . . .	23
1. Inhalt und Ratio . . . . .	23
2. Ersetzung des Sittenwidrigkeitsbegriffs durch den Begriff der Unlauterkeit . . . . .	25
3. Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht . . . . .	26
4. Nachteiligkeit . . . . .	28
5. Maßstabsverbraucher . . . . .	28
6. Spürbarkeitsschwelle . . . . .	31
7. Subjektive Vorwerfbarkeit als Anspruchselement? . . . . .	33
II. Zum Begriff des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“ . . . . .	34
1. Marktrelevanz . . . . .	34
2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich . . . . .	35
a) Privates Handeln . . . . .	35
b) Amtliches Handeln . . . . .	36
III. Der Begriff des Handelns „zu Zwecken des Wettbewerbs“ . . . . .	37
1. Zum Begriff der Wettbewerbshandlung . . . . .	37
2. Zum Begriff des Wettbewerbsverhältnisses bzw der Wettbewerbsabsicht . . . . .	39
IV. Legaldefinitionen . . . . .	40
1. Vorgaben der UGP-RL . . . . .	40
2. Die Legaldefinitionen des § 1 Abs 4 UWG . . . . .	40
V. Zur Funktion des Anhangs . . . . .	41
1. Grundsätzliche Einordnung . . . . .	41
2. Die Tatbestände des Anhangs . . . . .	43
a) Irreführende Geschäftspraktiken . . . . .	43
b) Aggressive Geschäftspraktiken . . . . .	45
VI. Das Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen . . . . .	46
4. Kapitel: Die Einordnung des Lauterkeitsrechts in die Rechtsordnung . . . . .	48
I. Grundlagen . . . . .	50
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben: Privatautonomie und Wettbewerb . . . . .	51
2. Die Aufgabe des Wettbewerbsrechts in der Rechtsordnung . . . . .	54
3. Schutzgut Wettbewerb und Schutzgut-Trias des Lauterkeitsrechts . . . . .	55
II. Abgrenzung zum Kartellrecht und zum NVG . . . . .	57
III. Abgrenzung zum gewerblichen Rechtsschutz . . . . .	59
1. Zum gewerblichen Rechtsschutz zählende Regelungsmaterien . . . . .	59
2. Abgrenzungskriterien . . . . .	61

IV. Verhältnis zum Verbraucherrecht . . . . .	62
1. Der Schutz der Marktgegenseite als Gesichtspunkt des Lauterkeitsrechts . . . . .	62
2. Funktion und Wirkungsweise des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht . . . . .	64
3. Verbraucherschutz durch Klagebefugnisse . . . . .	65
V. Internationales Lauterkeitsrecht Internationale Zuständigkeit Rechtsvergleich. . . . .	66
1. International privatrechtliche Aspekte . . . . .	67
a) Ausgangssituation . . . . .	67
b) Art 6 Rom II-VO . . . . .	69
c) Die Rechtslage nach § 48 IPRG . . . . .	71
2. Internationale Zuständigkeit . . . . .	74
3. Rechtsvergleich (Überblick) . . . . .	75
a) Deutschland . . . . .	75
b) Schweiz . . . . .	76
VI. Funktion des Wettbewerbs in der Wirtschaftsordnung und Bedeutung des Lauterkeitsrechts . . . . .	76
1. Vorbemerkungen . . . . .	76
a) Wettbewerb und Wirtschaftsordnung . . . . .	76
b) Rechtsrahmen . . . . .	77
c) Der Markt als Bezugspunkt des Wettbewerbs . . . . .	78
2. Wettbewerbsfunktionen . . . . .	78
3. Bedeutung des Lauterkeitsrechts . . . . .	79
<b>2. Teil: Sondertatbestände . . . . .</b>	<b>81</b>
1. Kapitel: Kundenfang . . . . .	81
I. Irreführende Geschäftspraktiken . . . . .	81
1. Allgemeine Charakterisierung . . . . .	82
a) Bedeutung des Irreführungsverbots . . . . .	82
b) Historische Entwicklung . . . . .	83
c) Normzweck . . . . .	83
d) Abgrenzungen . . . . .	83
2. Europarechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	84
a) Primärrecht . . . . .	84
b) Sekundärrecht . . . . .	86
aa) Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung vom 12. 12. 2006 (206/114/EG) . . . . .	86
bb) UGP-Richtlinie . . . . .	88
3. Grundtatbestand: § 2 UWG . . . . .	90
a) Der Angabenbegriff als Kernelement des Tatbestandes . . . . .	90
aa) Angabe, Werturteil und marktschreierische Behauptungen . . . . .	90
bb) Irreführung und fehlende Angaben . . . . .	93
cc) Alleinstellungs- oder Spitzenstellungswerbung . . . . .	93
b) Irreführungseignung als allgemeine Tatbestandsvoraussetzung . . . . .	94
c) Gegenstand und Bezugspunkt der Irreführung . . . . .	97
aa) Produktbezogene Angaben . . . . .	98
bb) Preisbezogene Angaben . . . . .	101



cc) Sonstige absatzrelevante Angaben . . . . .	103
dd) Per se Verbote (Anhangklausel 1–23) . . . . .	108
ee) Gesondert geregelte Gegenstände einer Irreführung: Imitationsmarketing, Verstoß gegen einen Verhaltenskodex (Abs 3) . . . . .	110
d) Irreführung und fehlende Information . . . . .	112
aa) Konkrete Informationspflichten . . . . .	112
bb) Irreführung durch Unterlassung (Abs 4) . . . . .	113
4. Vergleichende Werbung: § 2 a UWG . . . . .	115
a) Grundproblem: Festlegung der Zulässigkeitsgrenzen . . . . .	115
b) Direkte Bezugnahme auf Mitbewerber . . . . .	116
c) Vergleichende Werbung ohne erkennbare Bezugnahme auf Mitbewerber. . . . .	117
5. Qualifizierte Irreführungssachverhalte (§ 4 UWG) . . . . .	117
6. Sonstige mit dem Irreführungsverbot zusammenhängende Sachverhalte . . . . .	118
a) Irreführende Vertragsangebote: § 28 a UWG . . . . .	118
b) Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse: § 30 UWG . . . . .	119
c) Anmaßung von Auszeichnungen und Vorrechten: § 31 UWG . . . . .	120
d) Irreführende Gewinnzusagen: § 5 j KSchG . . . . .	120
II. Aggressive Geschäftspraktiken . . . . .	121
1. Kerninhalt des Tatbestandes . . . . .	122
2. Normzweck . . . . .	122
3. Richtlinienvorgaben (Art 8, 9 UGP-RL) . . . . .	123
4. Grundtatbestand: § 1 a UWG . . . . .	124
a) Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes . . . . .	124
aa) Hauptanwendungsfälle . . . . .	124
bb) Produktbezogenheit . . . . .	125
cc) Wesentlichkeitsschwelle . . . . .	125
dd) Geschäftliche Entscheidung . . . . .	126
b) Tatbestandliche Verhaltensweisen . . . . .	126
aa) Belästigung . . . . .	126
bb) Nötigung . . . . .	127
cc) Sonstige unzulässige Beeinflussung . . . . .	127
5. Per se Verbote (Anhang Klausel Nr 24–32) . . . . .	130
III. Sonstige Formen des Kundenfangs . . . . .	131
1. Zugaben (§ 9 a UWG) . . . . .	132
a) Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes . . . . .	132
aa) Regelungskern . . . . .	132
bb) Normzweck . . . . .	132
cc) Historische Entwicklung/Europäischer Rechtsrahmen . . . . .	133
dd) Rechtslage in Deutschland . . . . .	136
b) Verbotstatbestand und Ausnahmetatbestände . . . . .	137
2. Ausverkäufe (§§ 33 a ff UWG) . . . . .	138
a) Regelungskern . . . . .	138
b) Normzweck . . . . .	138
c) Historische Entwicklung/Europäischer Rechtsrahmen . . . . .	138
d) Tatbestand . . . . .	139

aa) Begriff der Ausverkaufsankündigung	139
bb) Ausnahmen vom Verbotstatbestand	140
cc) Bewilligungsverfahren	141
3. Glückspielartiger Vertrieb (§ 28 UWG)	141
a) Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes	141
b) Ratio	141
c) Historische Entwicklung/Europäischer Rechtsrahmen	141
d) Zufall als Kernelement des Tatbestandes	142
4. Schneeballsystem (§ 27 UWG)	142
a) Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes	142
b) Ratio	143
c) Tatbestand	143
2. Kapitel: Behinderung	143
A. Allgemeine Bemerkungen	143
I. Begriff der Behinderung	143
II. Abgrenzungen	144
III. Europarechtliche Rahmenbedingungen	144
IV. Rechtslage in Deutschland	145
B. Die einzelnen Behinderungstatbestände	145
I. Herabsetzung eines Unternehmens: § 7 UWG	145
1. Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes	145
2. Normzweck	145
3. Abgrenzungen.	146
4. Kernelemente des Tatbestandes	146
5. Beweislastverteilung	150
6. Vertrauliche Mitteilungen (Abs 2)	150
II. Bestechung von Bediensteten und Beauftragten (§ 10 UWG)	150
1. Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes	150
2. Normzweck	151
3. Verwandte Bestimmungen	151
4. Deutsches Recht	151
5. Objektiver Tatbestand	152
a) Adressat	152
b) Zuwendungsbegriff	152
c) Begehungsformen	152
6. Subjektive Tatbestandsvoraussetzung	152
III. Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, Vorlagenmissbrauch (§§ 11, 12 UWG)	153
1. Allgemeine Charakterisierung der Tatbestände	153
a) Kerninhalt der Regelung	153
b) Regelungszweck	154
c) Verwandte Vorschriften	154
d) Deutsches Recht	154
2. Geheimnisbegriff	154
a) Bezug zum Geschäftsbetrieb	154
b) Fehlende Offenkundigkeit	155
c) Geheimhaltungsinteresse	155

d) Geheimhaltungswille	155
e) Gegenstand des Geheimnisses (Beispiele)	155
3. Zum Tatbestand des Geheimnisverrats (Abs 1)	155
a) Täter	155
b) Tatobjekt	156
c) Tathandlung	156
d) Tatzeitraum	156
e) Subjektive Tatseite	157
4. Zum Tatbestand der Geheimnisverwertung (Betriebsspyonage) (Abs 2)	157
a) Täter	157
b) Tathandlung	157
c) Subjektive Tatseite	158
5. Vorlagenmissbrauch	158
a) Kerninhalt der Regelung	158
b) Vorlagenbegriff	158
c) Tathandlung	158
6. Zivilrechtliche Folgen	159
IV. Missbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens (§ 9 UWG)	159
1. Allgemeine Charakterisierung des Tatbestandes	160
a) Wirtschaftliche Bedeutung und Funktion von Kennzeichen eines Unternehmens	160
b) Kerninhalt der Regelung	161
c) Normzweck/Verhältnis zu § 2 UWG	161
d) Historische Entwicklung	162
e) Verhältnis zu anderen vergleichbaren Rechtsvorschriften	162
f) Deutsches Recht	164
2. Schutzzfähige Kennzeichen im Sinne des § 9 UWG	165
a) Bürgerlich-rechtlicher Name	165
b) Firma, Firmenschlagwort	166
c) Besondere Bezeichnung eines Unternehmens	167
d) Domain-Namen	168
e) Titel von Druckwerken	168
f) Ausstattung von Unternehmen oder von Waren und Dienstleistungen	169
g) Nicht registrierte Marken	169
3. Schutzvoraussetzungen	169
a) Registrierung	169
b) Kennzeichenmäßiger Gebrauch	170
c) Unterscheidungskraft/Verkehrsgeltung	171
d) Priorität als Schutzvoraussetzung	173
e) Bindungsproblematik	173
4. Schutzgrenzen	174
a) Räumliche Grenzen	174
b) Kennzeichenabhängige Grenzen	174
5. Missbrauchstatbestand: Verwechslungsgefährdender Gebrauch	175
a) Zum Begriff der Verwechslungsgefahr	175
b) Beurteilungsmaßstab	175
c) Beispiele	176

<b>3. Teil: Generalklausel</b> . . . . .	178
1. Kapitel: Historische Entwicklung . . . . .	178
1. Reichsgerichtsformel . . . . .	178
2. Das UWG 1923 . . . . .	179
3. UGP-RL/UWG-Novelle 2007 . . . . .	180
a) Die Richtlinienvorgaben . . . . .	180
b) Die Umsetzung durch die Novelle 2007 . . . . .	183
2. Kapitel: Grundstruktur der zweigeteilten Generalklausel . . . . .	184
1. Begriff der Geschäftspraktik . . . . .	184
2. Entfall des Tatbestandsmerkmals des Handelns „zu Zwecken des Wettbewerbs“ . . . . .	184
3. Die Zweiteilung der Generalklausel . . . . .	185
a) Mitbewerberschützender Teil (Z 1) . . . . .	185
b) Verbraucherschützender Teil (Z 2) . . . . .	185
4. Das maßgebliche Verbraucherleitbild . . . . .	186
3. Kapitel: Die Konkretisierung der Generalklausel . . . . .	186
1. Die praktische Bedeutung der Rechtsprechung zur Konkretisierung der Generalklausel . . . . .	186
2. Die hauptsächlichen Unlauterkeitskriterien . . . . .	187
a) Beeinträchtigung einer informierten geschäftlichen Entscheidung . . . . .	187
b) Einsatz von mit dem Leistungswettbewerb unvereinbaren Angriffsmitteln gegen Mitbewerber . . . . .	187
3. Die historische Bedeutung der Fallgruppenbildung . . . . .	187
a) Kundenfang . . . . .	188
b) Behinderung . . . . .	188
c) Ausbeutung . . . . .	189
d) Rechtsbruch . . . . .	189
4. Kapitel: Die Fallgruppen der Generalklausel . . . . .	190
1. Behinderung . . . . .	190
a) Allgemeine Charakterisierung der Fallgruppe . . . . .	190
b) Unlautere Methoden der Behinderung . . . . .	191
c) Beispiele für unlautere Behinderung . . . . .	191
aa) Absatzbehinderung . . . . .	191
bb) Werbebehinderung . . . . .	192
cc) Marktverstopfung/allgemeine Marktstörung . . . . .	192
dd) Abwerben von Mitarbeitern . . . . .	193
ee) Abwerben von Kunden . . . . .	194
ff) Boykott . . . . .	195
gg) Vergleichende Werbung ohne erkennbare Bezugnahme auf Mitbewerber/Pauschalherabsetzung . . . . .	196
hh) Preiskampf . . . . .	196
ii) Betriebsstörung . . . . .	198
2. Ausbeutung . . . . .	199
a) Allgemeine Charakterisierung der Fallgruppe . . . . .	199

b)	Spannungsverhältnis zu sondergesetzlich nicht/nicht mehr geschützten Leistungsergebnissen . . . . .	199
c)	Rechtspolitische Bedeutung, rechtsdogmatische Einordnung, Normzweck und Auslegung . . . . .	200
d)	Rechtslage in Deutschland . . . . .	200
e)	Kernelemente des Tatbestandes . . . . .	201
f)	Beispiele für unlautere Ausbeutung . . . . .	202
aa)	Herkunftstäuschung . . . . .	202
bb)	Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung . . . . .	204
cc)	Unredliches Erlangen („Erschleichen“) von Kenntnissen und Unterlagen . . . . .	205
dd)	Behinderung, insbesondere durch systematische Nachahmung . . . . .	205
ee)	Geschäftsverweigerung . . . . .	205
3.	Rechtsbruch . . . . .	206
a)	Allgemeine Charakterisierung der Fallgruppe . . . . .	206
b)	Historische Entwicklung . . . . .	207
c)	Rechtslage in Deutschland . . . . .	208
d)	Europäischer Rechtsrahmen . . . . .	209
e)	Kernelemente des Tatbestands . . . . .	209
aa)	Normverstoß . . . . .	209
bb)	Spürbarkeit . . . . .	213
cc)	Vertretbarkeit der Rechtsauffassung/echtes Versehen . . . . .	213
5. Kapitel:	Zur Funktion und Auslegung der Generalklausel . . . . .	215
1.	Ausgangsbefund . . . . .	215
2.	Verfassungsrechtlicher Rahmen: Legalitätsprinzip . . . . .	216
3.	Das Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen und zu den immaterialgüterrechtlichen Regelungen . . . . .	217
4.	Konkretisierungsmaßstäbe . . . . .	218
<b>4. Teil:</b>	<b>Rechtsfolgen und Rechtsverfolgung . . . . .</b>	<b>220</b>
1. Kapitel:	Materielles Recht . . . . .	221
I.	Zivilrechtliche Ansprüche . . . . .	222
1.	Allgemeine Vorschriften . . . . .	222
a)	Beteiligung an Wettbewerbsverstößen/Unternehmerhaftung . . . . .	222
b)	Verjährung . . . . .	224
2.	Unterlassungsanspruch . . . . .	225
a)	Allgemeine Charakterisierung . . . . .	225
b)	Normverstoß als wesentliches Tatbestandsmerkmal . . . . .	226
c)	Wiederholungsgefahr als weitere Tatbestandsvoraussetzung . . . . .	226
d)	Aktivlegitimation . . . . .	230
3.	Beseitigungsanspruch . . . . .	231
a)	Allgemeine Charakterisierung . . . . .	231
b)	Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	232
c)	Inhalt des Anspruches . . . . .	232
4.	Widerrufsanspruch . . . . .	233
a)	Allgemeine Charakterisierung . . . . .	233
b)	Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	234

c) Umfang des Widerrufs . . . . .	234
d) Veröffentlichung des Widerrufs . . . . .	234
5. Urteilsveröffentlichungsanspruch . . . . .	235
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	235
b) Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	235
c) Gegenstand, Art und Umfang der Urteilsveröffentlichung . . . . .	237
6. Schadenersatzanspruch . . . . .	238
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	238
b) Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	240
aa) Schaden . . . . .	240
bb) Rechtswidrigkeit . . . . .	243
cc) Verschulden . . . . .	244
7. Bereicherungsanspruch . . . . .	245
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	245
b) Anspruchsvoraussetzungen . . . . .	246
c) Umfang des Anspruches . . . . .	247
8. Rechnungslegungs-/ (Auskunfts)anspruch . . . . .	247
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	247
b) Voraussetzungen . . . . .	249
aa) Rechnungslegung . . . . .	249
bb) Auskunftsanspruch . . . . .	249
c) Art, Umfang und Grenzen . . . . .	249
II. Strafrechtliche Sanktionen . . . . .	250
1. Gerichtlich strafbare Handlungen . . . . .	250
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	250
b) Grundstruktur der Delikte . . . . .	251
2. Verwaltungsstrafdelikte . . . . .	251
a) Allgemeine Bemerkungen . . . . .	251
b) Grundstruktur der Delikte . . . . .	251
2. Kapitel: Rechtsdurchsetzung . . . . .	252
I. Erkenntnisverfahren . . . . .	252
1. Zuständigkeit . . . . .	253
2. Ausschluss der Öffentlichkeit . . . . .	253
3. Bestimmtheiterfordernis . . . . .	254
4. Rechtsmittel an den OGH . . . . .	254
II. Zwangsvollstreckung . . . . .	255
1. Einstweilige Verfügung . . . . .	255
a) Zuständigkeit . . . . .	256
b) Voraussetzungen . . . . .	256
c) Verfahren . . . . .	258
d) Sicherungsmittel . . . . .	258
e) Rechtsmittel, Rechtsbehelfe, Vollzug . . . . .	259
f) Schadenersatz . . . . .	260
2. Vollstreckung rechtskräftiger Entscheidungen . . . . .	261
a) Abgrenzungen . . . . .	261
b) Voraussetzungen und Verfahren . . . . .	261
Stichwortverzeichnis . . . . .	263



# 1. Teil: Grundlagen

## 1. Kapitel: Überblick über das Lauterkeitsrecht

### I. Zur historischen Entwicklung des Lauterkeitsrechts

#### 1. Die Zeit vor 1923

Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken erfolgte vor der Schaffung einer sondergesetzlichen Regelung **auf Basis der allgemeinen bürgerlich rechtlichen Vorschriften** (§§ 1295, 1330 ABGB). Es gab weder im AHGB einschlägige Bestimmungen noch sondergesetzliche Regelungen im Bereich des Kennzeichenrechts. Das ABGB aus 1811 war der Verwirklichung der Privatautonomie auf Basis einer formal wirkenden Vertragsfreiheit verpflichtet.<sup>1)</sup> Zugleich wurden die privatrechtlichen Beziehungen weitgehend vom staatlichen Einfluss freigehalten.<sup>2)</sup> Diese Tendenz wurde durch die Gewerbeordnung 1859, mit der die Gewerbefreiheit in Österreich begründet wurde, verstärkt. Eine marktpolitische Ausrichtung hatten diese Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Betätigung nicht. Es ist dadurch zwangsläufig zu Fehlentwicklungen und zu ruinösem Wettbewerb gekommen,<sup>3)</sup> die in der bedenklichen Feststellung des Reichsgerichtes gipfelten, wonach alles erlaubt sei, was nicht sondergesetzlich (durch das damals bereits neu geschaffene MarkenschutzG) verboten sei.<sup>4)</sup> Diese Missstände waren Anlass für den deutschen Gesetzgeber, einen ersten regulatorischen Eingriff vorzunehmen: 1896 wurde erstmals ein Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb erlassen. Dieses war stark auf Einzelfälle bezogen und wies noch keine Generalklausel auf. Dies stellte sich alsbald als Manko der Regelung dar.<sup>5)</sup> 1909 wurde daher

---

<sup>1)</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> (2006) 95; *F. Bydliński ua*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 158 f.

<sup>2)</sup> *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 1 Rz 6.

<sup>3)</sup> *Hohenecker/Friedl*, Wettbewerbsrecht 5; *Briem*, Internationales und Europäisches Wettbewerbsrecht und Kennzeichenrecht (1995) 5 ff; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup> Einl. UWG, Rz 16.

<sup>4)</sup> RGZ 3, 68.

<sup>5)</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup> Einl. UWG, Rz 17.



ein gänzlich neues Konzept umgesetzt.<sup>6)</sup> Letzteres bildete im Wesentlichen den rechtlichen Rahmen für das moderne Lauterkeitsrecht. Das dUWG aus 1909 blieb bis zu den Novellen 2004 bzw 2006<sup>7)</sup> fast unverändert, stellte erstmals an die Spitze des Gesetzes eine Generalklausel und ergänzte diese durch eine Reihe von allgemein umschriebenen Sondertatbeständen.

## 2. Das UWG 1923 und die Nebengesetze

- 2 Die legistischen Maßnahmen in Deutschland waren der Anlass für eine 1906 in Österreich erarbeitete Regierungsvorlage.<sup>8)</sup> Diese wurde am 16. 1. 1907 durch das Abgeordnetenhaus angenommen. Zu einer Beschlussfassung im Herrenhaus ist es kriegsbedingt nicht mehr gekommen. Aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen (Art 10<sup>bis</sup> Abs 2 PVÜ verpflichtete die Mitgliedstaaten ua zur Erlassung von Vorschriften zum Schutz des lautereren Wettbewerbs) und des Friedensvertrages von St. Germain wurde 1921 eine überarbeitete und stärker an das dUWG 1909 angelehnte Regierungsvorlage erstellt, die mit Beschluss vom 26. 9. 1923 (BGBl 1923/531) in Kraft gesetzt wurde (**UWG 1923**). Kurz danach erfolgten kleine Anpassungen und Ergänzungen der Materie: 1924 wurden bestimmte Formen des glückspielartigen Warenvertriebs verboten, 1933 erstmals eine Regelung für Ausverkäufe und 1934 eine Regelung für Zugaben getroffen.
- 3 Zwischen 1938 und 1945 galt in Österreich das dUWG 1909, die dt ZugabenVO und das dt RabattG.<sup>9)</sup>
- 4 1947 wurden das UWG 1923 und das ZugabenG wieder in Geltung gesetzt. Das dt RabattG blieb erhalten. Die ersten größeren materiellen Änderungen des Gesetzes erfolgten 1971 und 1980: Durch Erweiterung der kollektiven Klagebefugnisse, durch die Änderung des Irreführungstatbestandes und die Schaffung des Tatbestandes der Mogelpackung wurden verstärkt Verbraucherinteressen in das Gesetz implementiert.

## 3. Die Wiederverlautbarung 1984 und die Rechtsentwicklung bis 2007

- 5 1984 wurde das Gesetz wieder verlautbart (BG vom 16. 11. 1984, BGBl 448: **UWG 1984**). Materielle Änderungen waren damit nicht verbunden.

---

<sup>6)</sup> G. v. 7. 6. 1909, RGBl 499.

<sup>7)</sup> dBGBl 2004, I 1414 bzw dBGBl 2006, I 3367.

<sup>8)</sup> ErläutRV 2596 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, 17. Session, 1906.

<sup>9)</sup> Einzelheiten der Rechtsüberleitung bei *Hohenecker/Friedl*, Wettbewerbsrecht 6f.

1988 wurde mit einer Novelle die vergleichende Preiswerbung für zulässig erklärt. 1992 erfolgte der zögerliche Ansatz einer Deregulierung des Lauterkeitsrechts. Mit dem WettbewerbsderegulierungsG (BGBl 1992/147) wurden das RabattG aufgehoben und die zugabenrechtlichen Regelungen und die im Ausverkaufsgesetz 1985 getroffenen Regelungen zum Teil in das Stammgesetz überführt.<sup>10)</sup> Mit der Markenrechts-Novelle 1999 wurde der Schutz eingetragener Marken vom UWG in das MSchG verlegt (BGBl I 1999/111).

Der Beitritt Österreichs zunächst zum EWR und in weiterer Folge zur EU hatte nur punktuelle legislative Maßnahmen nach sich gezogen. Weder die damals bereits dem europäischen Rechtsbestand angehörende Irreführungsrichtlinie noch die Richtlinie über vergleichende Werbung (s unten Rz 50) haben nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers eine Änderung des Stammgesetzes erforderlich gemacht. Aufgrund der Fernabsatzrichtlinie wurde lediglich die Klagebefugnis des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) begründet und mit der Unterlassungsklagen-Richtlinie auch bestimmte ausländische klagsbefugte Institutionen zugelassen.

#### 4. Die UWG-Novelle 2007

Eine tiefgreifende Änderung des Gesetzes erfolgte durch die am 11. 5. 2005 in Kraft gesetzte **UGP-RL (RL 2005/29/EG)**. Mit ihr wurde ein zentrales Instrument des Verbraucherschutzes im Bereich des Lauterkeitsrechtes geschaffen. Mit der **Novelle 2007 (BGBl I 2007/79)** wurde insbesondere die Generalklausel neu gestaltet, der Irreführungstatbestand umfangreich geändert, ein neuer Sondertatbestand für aggressive Geschäftspraktiken geschaffen und der Tatbestand der Mogelpackung gestrichen.

#### 5. Exkurs: Die jüngere Rechtsentwicklung in Deutschland

Die Gesetzeslage in Deutschland nach 1945 ist zunächst durch kleinere Reformen geprägt.<sup>11)</sup> 2004 erfolgte eine umfangreiche Novelle (BG vom 3. 7. 2004, BGBl I 1414), mit der das dUWG völlig neugestaltet wurde.<sup>12)</sup> Die UGP-RL wurde erst spät, nämlich mit der UWG-Novelle 2008 am 30. 12. 2008 (BGBl I 2949 ff) umgesetzt.<sup>13)</sup> Dabei wurden nur mehr

---

<sup>10)</sup> Siehe dazu *Dellinger*, JAP 1992/93, 43.

<sup>11)</sup> Übersicht bei *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup> Einl. UWG Rz 19.

<sup>12)</sup> Siehe dazu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rz 2.10 ff.

<sup>13)</sup> Siehe dazu *Köhler*, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, in *Augenhöfer*, Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts (2009) 101 ff.

punktueller Änderungen vorgenommen, weil der BGH in mehreren Entscheidungen bereits dazu übergegangen war, das dUWG 2004 richtlinienkonform auszulegen.<sup>14)</sup>

## 6. Zusammenfassung

- 10 Sieht man von lauterkeitsrechtlich relevanten Regelungen im NVG (BGBl 1977/392) ab, ist das gesamte Lauterkeitsrecht heute im UWG geregelt. Der Gesetzgeber hat auch aus Anlass der Umsetzung der UGP-RL davon Abstand genommen, ein geteiltes Lauterkeitsrecht für den Verkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern zu schaffen. In verschiedenen, meist verwaltungsrechtlichen Gesetzesmaterien sind allerdings Regelungen enthalten, die unmittelbare Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb haben (zB regulatorische Eingriffe im Telekommunikationsrecht). Inwieweit diese lauterkeitsrechtlich relevant sind, ist primär eine Frage der Generalklausel und der Reichweite des Tatbestandes des Rechtsbruches (unten Rz 540).

## II. Gliederung des Gesetzes

- 11 Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist in 3 Abschnitte und einen Anhang gegliedert:
- I. Abschnitt: Zivilrechtliche und strafrechtliche Bestimmungen
  - II. Abschnitt: Verwaltungsrechtliche Bestimmungen
  - III. Abschnitt: Gemeinsame und Schlussbestimmungen
- Anhang: Irreführende Geschäftspraktiken und aggressive Geschäftspraktiken
- 12 Diese **Einteilung ist primär an den Rechtsfolgen und Sanktionen und nicht am Tatbestand** orientiert. Da auch bei Übertretung der straf- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zivilrechtliche Ansprüche abgeleitet werden können (zB § 27 Abs 4, § 34 Abs 3 UWG) ist diese Einteilung missglückt.
- 13 An der Spitze des Gesetzes steht, von den Tatbeständen her betrachtet, die **Generalklausel**, die seit der Novelle 2007 einen **mitbewerberschützenden Teil** (Z 1) und einen **verbraucherschützenden Teil** (Z 2) aufweist. Die Bestimmung enthält darüber hinaus eine Reihe von Legaldefinitionen, die durch die UGP-RL vorgegeben sind. Die restlichen Tatbestände sind konkret umschrieben („**Sondertatbestände**“). Von ihrer inhaltlichen Ausrichtung liegt dem Gesetz bei den Sondertatbeständen keine Systematik zugrunde.

---

<sup>14)</sup> Vor allem BGH 5. 6. 2008, I ZR 4/06, *Millionen-Chance*; BGH 11. 3. 2009, I ZR 194/06, *Geld-zurück-Garantie II*; BGH 9. 7. 2009, I ZR 64/07, *FIFA-WM-Gewinnspiel*.

Bei den Rechtsfolgen unterscheidet das Gesetz zwischen **zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsfolgen**. Während bei den verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen keine Besonderheiten bestehen, gibt es in zivilrechtlicher Hinsicht vielfach materielle Abweichungen gegenüber dem ABGB (zB § 16 UWG: Umfang der Schadenersatzpflicht; § 17 UWG: Haftung mehrerer Schädiger; § 18 UWG: Haftung des Inhabers des Unternehmens; § 20 UWG: Verjährung). Zivilrechtliche Ansprüche können unabhängig von der Verhängung verwaltungsrechtlicher oder strafrechtlicher Sanktionen geltend gemacht werden (§ 34 Abs 3 UWG). 14

**Aktiv legitimiert** zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen sind nicht nur Mitbewerber sondern auch privatrechtliche Vereinigungen zur wirtschaftlichen Förderung der Interessen von Unternehmern sowie bestimmte Körperschaften öffentlichen Rechts und der Verein für Konsumenteninformation. Einzelne Verbraucher sind hingegen nicht aktiv klagslegitimiert, soweit es um Unterlassungsansprüche geht. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist prinzipiell möglich und gewinnt als Mittel des „private enforcements“ Bedeutung (unten Rz 619). In prozessualer Hinsicht bestehen ebenfalls einige Besonderheiten beim Verfahren zur Erlassung Einstweiliger Verfügungen (§ 24 UWG), bei der Urteilsveröffentlichung (§ 25 UWG) sowie beim Ausschluss der Öffentlichkeit bei Verhandlungen (§ 26 UWG). 15

### III. Systembildung im Lauterkeitsrecht

Jedes Rechtsgebiet besitzt eine innere Ordnung.<sup>15)</sup> Sie erleichtert die Durchdringung der Materie und die Herstellung von Querverbindungen zu anderen Rechtsgebieten. Das ist in jenen Fällen besonders augenscheinlich, wo der Gesetzgeber – wie hier – keine sinnvolle Systematik zugrunde gelegt hat und die Entstehung der Rechtsmaterie auf ganz unterschiedliche Begleitumstände zurückgeht (zB Verbraucherschutz; Glücksspiele in Printmedien). Die **Herausarbeitung der systembildenden Wertungsgesichtspunkte** ist primär eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, auf die die Rechtsanwendung oder die Rechtssetzung gegebenenfalls zurückgreifen kann. Vor der Ableitung von Rechtsfolgen ist aber zu warnen. Rechtsfolgen ergeben sich nämlich nur aus dem Gesetz, das zwar systematisch interpretiert oder analog angewendet werden kann, nicht aber aus dem System als solchem. 16

Die Herausarbeitung der systembildenden Wertungsgesichtspunkte wird durch die Fallvergleiche und die **Bildung von Fallgruppen** wesentlich erleichtert. Für den Bereich des Lauterkeitsrechts hat sich bereits 17

<sup>15)</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup>, Einl. UWG, Rz 156 ff.

früh eine **Zweiteilung** herauskristallisiert,<sup>16)</sup> die auf die Stoßrichtung der Wettbewerbshandlung abstellt. Zum einen geht es um die Erfassung von Sachverhalten, die darauf abzielen, eine informierte Entscheidung der Marktgegenseite zu beeinflussen, um dadurch die eigene Wettbewerbsposition zu verbessern und zum anderen um rechtswidrige Angriffe gegen Mitbewerber.

**18** In beiden Fällen richtet sich die Wettbewerbshandlung aber gegen Mitbewerber: Einmal kommt es zur indirekten Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition dadurch, dass Abnehmer „in die Irre geleitet“ werden, während sich im anderen Fall der Angriff mit unlauteren Methoden direkt gegen den Mitbewerber richtet, mit der Folge, dass er Abnehmer verliert. Die Informationsinteressen der Marktgegenseite bei der ersten Gruppe sind demnach nur indirekt geschützt.

**19** In der Lehre sind aufbauend auf dieser Zweiteilung verschiedene weitere Differenzierungen und Unterteilungen vorgenommen worden.<sup>17)</sup> Sie heben alle mit unterschiedlichen Gewichtungen die verschiedenen aus dem Gesetz, namentlich den Sondertatbeständen, herzuleitenden Wertungsgesichtspunkte als Ordnungskriterien hervor. Hieraus wurden die der Generalklausel zuzuordnenden Wettbewerbsverstöße systematisiert und die auf **Hefermehl** zurückgehenden Fallgruppen entwickelt, nämlich

- Kundenfang,
- Behinderung,
- Ausbeutung,
- Rechtsbruch.

**20** Diese Einteilung wurde für den deutschen Bereich noch durch die Fallgruppe der Marktstörung ergänzt.<sup>18)</sup>

**21** Ein System des Lauterkeitsrechts geht aber über die Gliederung der Generalklausel hinaus. Dieses muss das gesamte Rechtsgebiet umfassen. Das wurde durch die UWG-Novelle 2007 unterstrichen, weil aus einem Teil der ursprünglich § 1 UWG aF zugeordneten Fälle ein eigenständiger neuer Sondertatbestand der aggressiven Geschäftspraktik gebildet wurde (§ 1 a UWG).

**22** Aus den in den Sondertatbeständen verrechtlichten Unlauterkeitskriterien ergibt sich eine **Zweiteilung des Lauterkeitsrechts**. Die eine Gruppe unlauterer Geschäftspraktiken hat gemeinsam, dass Kunden

---

<sup>16)</sup> Köhler, Der unlautere Wettbewerb (1914): „Irreleitungen“ und „Feindseligkeiten“.

<sup>17)</sup> Grundlegend: Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? AcP 194/1994, 105 ff; Burmann, Systematik des Werbe- und Wettbewerbsrechts, WRP 1969, 262 ff; Krüger, Die Systematik im Wettbewerbsrecht (Diss. Bochum, 1995).

<sup>18)</sup> Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>22</sup> Einl. UWG Rz 160 ff.

durch unlautere Methoden zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden („**Kundenfang**“), die sie ohne Beeinflussung nicht getroffen hätten. Bei dieser Gruppe gewinnt der Verbraucherschutz zunehmend an Bedeutung, weil erkannt wurde, dass die Qualität der Information zur Gewährleistung einer informierten Entscheidung der Marktgegenseite ohne Beeinträchtigung der Willensfreiheit essentiell ist. Dieser Aspekt wurde auch als Wertungsgesichtspunkt bei den Schranken der Privatautonomie herausgearbeitet.<sup>19)</sup> Die zweite Gruppe von unlauteren Geschäftspraktiken ist dadurch charakterisiert, dass sich der **Angriff direkt gegen den Mitbewerber** richtet und dabei Methoden eingesetzt werden, die mit dem Leistungswettbewerb unvereinbar sind. Diese zwei Gesichtspunkte sind daher auch die Wertungsaspekte, die bei der Generalklausel zugrunde gelegen sind. Lediglich die Zuordnung der Fallgruppe des Rechtsbruchs scheint nicht in dieses Ordnungskonzept zu passen. Das ist aber richtigerweise nicht der Fall: Denn der Rechtsbruch wirkt sich entweder direkt gegenüber einem Mitbewerber aus oder indirekt, indem die informierte Entscheidung der Marktgegenseite insoweit beeinflusst wird, als diese darauf vertraut, dass der Unternehmer den Maßstab der beruflichen Sorgfalt einhält.

Es wäre auf den ersten Blick daher indiziert, ein System des Lauterkeitsrechts nicht getrennt nach Sondertatbeständen und der Generalklausel aufzubauen, sondern nach der dargestellten Zweiteilung. Dies empfiehlt sich aus methodologischen Gründen allerdings nicht: Da die Wertungsaspekte der Generalklausel aus den Sondertatbeständen abzuleiten sind, ist zunächst auf die bei dieser Vorschriftengruppe verrechtlichten Unlauterkeitsaspekte einzugehen und erst in weiterer Folge auf die Generalklausel, mag diese auch an der Spitze des Gesetzes stehen.

23

## 2. Kapitel: Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Lauterkeitsrecht

**Österreichische Literatur:** *Gamerith*, VO-Vorschlag Verkaufsförderung contra Grünbuch Verbraucherschutz, ÖBl 2001, 209; *Handig*, Das Herkunftslandprinzip im Wettbewerbsrecht, ecolex 2002, 672; *Seidelberger*, Vorschläge für eine europäische Harmonisierung des Lauterkeitsrechts, ÖBl 2002, 260; *Urlesbeger*, Warenfreiheit und Markenrecht ÖSGRUM Bd 26 (2002); *Handig*, Das Herkunftsland-

<sup>19)</sup> *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (1983); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2000); *Schuhmacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983); *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133.

prinzip und seine Auswirkungen in den verschiedenen Rechtsbereichen, wbl 2003, 253; *Jud*, Die Grenze der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521; *Eilmannsberger*, Zur Drittwirkung von Richtlinien gegenüber Private, JBl 2004, 283; *Gamerith*, Harmonisierung der Verkaufsförderung, ÖBl 2004, 100; *Gamerith*, Studie zum Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung in die nationale Rechtsordnung, BMWA (2004); *Handig*, EG-Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, ÖBl 2005, 196; *Schuhmacher W.*, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2005, 506; *Gamerith*, Kommission plant Kodifizierung der Richtlinie vergleichende Werbung, ÖBl 2006, 204; *Koppensteiner*, Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2006, 553; *Schuhmacher W.*, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557; *Wiltschek/Majchrzak*, Die UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008, 4; *Koppensteiner*, Das UWG nach der Novelle 2007, wbl 2009, 1; *Seidelberger*, Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkung auf die Praxis, RdW 2010, 59; *Perner*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung: OGH folgt Quelle-Rsp des BGH, ÖJZ 2011, 621; *Handig*, Zahlreiche unzulässige „per-se“-Verbote im Gefolge der UGP-RL, ÖBl 2011, 196; *Klamert*, Richtlinienkonforme teleologische Reduktion bis zur Gegenstandslosigkeit – Methodologische Anmerkungen zur Zugabenverbot – Entscheidung des OGH 4 Ob 208/10 g, JBl 2011, 738; *Wiltschek*, Weitreichender unlauterer Wettbewerb, GeZRZ 2012, 68.

**Internationale Literatur:** *Emmert*, Horizontale Drittwirkung von Richtlinien? EWS 1992, 56; *Bodewig/Henning-Bodewig*, Rabatte und Zugaben in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, WRP 2000, 1341; *Hucke*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechtes in Europa (2001); *Wiebe*, Die Guten Sitten im Wettbewerb – eine europäische Regelungsaufgabe? WRP 2001, 283; *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, FS Bydlinski (2002) 47; *Höpfner*, Über Sinn und Unsinn der sogenannten „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“, JZ 2009, 403; *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219.

## I. Allgemeine Grundlagen

### 1. Grundsatz der unmittelbaren und vorrangigen Anwendbarkeit

24 Gemeinschaftsrecht gilt in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union **unmittelbar** und hat Vorrang vor nationalen Vorschriften.<sup>20)</sup> Dies gilt für das gesamte Primärrecht sowie Verordnungen der Europäischen Union (Art 288 AEUV), die keiner Transformation ins nationale Recht bedürfen. Der Vorrang bei jenen Materien, die durch Richtlinien geregelt

---

<sup>20)</sup> EuGH Slg 1964, 1251, *Costa/ENEL*; C-41/74, *van Duyn*; Slg 1979, 1629; C-148/78, *Ratti*, Slg 1979, 1629; C-152/84, *Marshall*, Slg 1986, 723; OGH 4 Ob 154/10; *Schima* in *Mayer*, EUV/AEUV, Art 5 EUV Rz 20 ff; *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Art 5 EGV Rz 3 f; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 246/9; VfSlg 15.448; 15.427.



sind, bedeutet, dass ab Erlass der Richtlinie keine innerstaatlichen Anordnungen mehr getroffen werden dürfen (Sperrwirkung) und dass die Richtlinie innerhalb der gesetzten Frist umgesetzt werden muss.<sup>21)</sup> In vollharmonisierten Bereichen haben Richtlinien auch „**horizontale Drittwirkung**“ (oder „negative unmittelbare Wirkung“)<sup>22)</sup> mit der Konsequenz, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung keinen Gestaltungsspielraum hat. Aus diesem Grund wurde etwa das Zugabenverbot des § 9 a UWG aufgrund der Entscheidung des EuGH C-540/08, *Mediaprint/Österreich*<sup>23)</sup> durch den OGH als „gegenstandslos“ bezeichnet,<sup>24)</sup> was methodologisch aber entgegen der Begründung nicht aus einer teleologischen Reduktion folgt. Richtigerweise ergibt sich dies aus dem Vorrangprinzip.<sup>25)</sup> Soweit einzelne Vorschriften des UWG, die in den Anwendungsbereich der UPG-RL fallen, bestimmte Praktiken per se verbieten (oder formal von einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung abhängig machen), also unabhängig davon, ob sie irreführend oder aggressiv sind, verstoßen sie gegen die Richtlinie.<sup>26)</sup>

Auf der Ebene des **Primärrechts** gilt der Vertrag über die Europäische Union (EUV) sowie der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der **Reformfassung von Lissabon**, die beide am 1. 12. 2009 in Kraft getreten sind.<sup>27)</sup> Für das Lauterkeitsrecht relevant sind insbesondere das Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), die Vorschriften über den Binnenmarkt (Art 26 ff AEUV), insbesondere über den freien Warenverkehr (Art 28 ff AEUV), allen voran das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen (Art 34 ff AEUV) und die Vorschriften des freien Dienstleistungsverkehrs (Art 56 ff AEUV). Verordnungen der EU sind ebenfalls dem Primärrecht zuzuordnen (vgl Art 288 AEUV), haben aber keine praktische Bedeutung für das Lauterkeitsrecht.

Auf der Ebene des **Sekundärrechts** ist eine Reihe von Richtlinien lauterkeitsrechtlich relevant, vor allem die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, auf die unten im Einzelnen eingegangen wird. Richtli-

<sup>21)</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 246/12.

<sup>22)</sup> *Ohler*, Objektive Wirkung von Richtlinien, in *Hummer* (Hrsg), *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht* (2010) 147, 174 ff; *Horak*, *ecolex* 2011, 144; *Schuhmacher*, wbl 2011, 224 (Anm zu OGH wbl 2011, 221, *Fußballer des Jahres IV*); *Schuhmacher*, wbl 2010, 612 ff.

<sup>23)</sup> wbl 2010, 627, *Fußballer des Jahres III*.

<sup>24)</sup> OGH wbl 2011, 221, *Fußballer des Jahres IV*, Anm *Schuhmacher*; zust *Perner*, *ÖJZ* 2011, 621.

<sup>25)</sup> Zutreffend: OGH 4 Ob 154/10 s; *Öhlinger/Potacs*, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*<sup>3</sup> (2006) 88 ff; EuGH Slg 1996, I-3285 Rz 29, aA *Perner*, *ÖJZ* 2011, 621 (Ableitung aus der richtlinienkonformen Auslegung).

<sup>26)</sup> Deutlich: OGH 4 Ob 154/10 s im Zusammenhang mit §§ 33 a ff UWG im Anschluss an die *Mediaprint*-Entscheidung.

<sup>27)</sup> ABl der Europäischen Union v 9. 5. 2008, C 2008/115, 1.



nien können sich je nach dem erreichten Konsens der Mitgliedstaaten entweder darauf beschränken, Mindeststandards für das nationale Recht vorzuschreiben (Teilharmonisierung), oder eine Vollharmonisierung des Rechts der Mitgliedstaaten herstellen (zB UGP-RL). Im letzten Fall sind dann auch strengere Vorschriften des nationalen Rechts unzulässig.<sup>28)</sup>

## 2. Auslegungsmaxime

27 Art 344 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge „nicht anders als hierin vorgesehen“ zu regeln. Hieraus bzw aus der Vorläuferbestimmung des Art 10 EGV wird abgeleitet, dass nationales Recht im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen ist („**richtlinienkonforme Interpretation**“).<sup>29)</sup>

28 Der EuGH hat daher ein Auslegungsmonopol,<sup>30)</sup> sowohl in teleologischer, systematischer als auch in grammatikalischer Hinsicht. Maxime ist die möglichst getreue Verwirklichung der Ziele des Gemeinschaftsrechts („**effet utile**“).<sup>31)</sup> Dieses erstreckt sich sowohl auf die europarechtlichen Normen selbst (Art 267 AEUV) als auch das nationale Recht. Für die Ermittlung des Inhalts der Richtlinie bedeutet dies, dass diese im Lichte des Primärrechts auszulegen sind.<sup>32)</sup> Das gilt gleichermaßen für das nationale Recht.<sup>33)</sup> Dieses ist europarechtskonform zB im Sinne der einschlägigen Richtlinien auszulegen (zB UGP-RL). Wenn nationales Recht mit einer Richtlinie unvereinbar ist, darf es nicht (mehr) angewendet werden.<sup>34)</sup>

## 3. Die rechtliche Relevanz des Vorabentscheidungsverfahrens und die praktische Bedeutung im Lauterkeitsrecht

29 Art 267 AEUV verpflichtet innerstaatliche Gerichte eine Frage betreffend die Auslegung des primären oder sekundären Rechts dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen, wenn dies zur Erlassung eines Urteils erforderlich ist. Die **Vorlagepflicht** trifft alle in letzter Instanz tätigen Gerichte. Instanzgerichte sind dazu nicht verpflichtet, können aber ebenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten. Eine Vorlagepflicht entfällt,

---

<sup>28)</sup> EuGH C-540/08, *Mediaprint/Österreich*.

<sup>29)</sup> *Klamert*, JBl 2011, 738.

<sup>30)</sup> EuGH Slg 1982, 3415, *CILFIT*; Übersicht über die Auslegungsprinzipien: *Heinrich*, ÖJZ 2011, 1068 ff.

<sup>31)</sup> Dazu *Calliess* in *Calliess/Ruffert*<sup>3</sup>, Art 5 EuGV Rz 13; *Schima* in *Mayer, EUV/AEUV*, Art 5 Rz 16.

<sup>32)</sup> EuGH Slg 1994, I-312, *Clinique*; EuGH Slg 2000, I-117, *Estée Lauder*.

<sup>33)</sup> EuGH Slg 1984, 1891, *Von Colson und Kamann*; OGH ÖBl 1996, 28, *Teu-re S 185*; ÖBl 1995, 51; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121 ff; *Canaris* in FS Bydliniski (2002) 47.

<sup>34)</sup> OGH 4 Ob 154/10s; BGH GRUR 1998, 824, *Testpreis-Angebot*.

wenn die Rechtsfrage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war und daher nicht mehr auslegungsbedürftig ist („**acte claire**“) oder die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum ist.<sup>35)</sup> Nach gefestigter Rechtsprechung besteht im Provisorialverfahren keine Vorlagepflicht, weil die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung noch keine endgültige Entscheidung der Rechtsache ist (arg „Urteil“ iS Art 267 AEUV). Im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens wird nur über die Auslegungsfrage befunden. Der EuGH entscheidet nicht über die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Vorschrift mit dem Primärrecht.<sup>36)</sup>

Nach gefestigter Rechtsprechung des VfGH führt die Missachtung der Vorlagepflicht zur Verfassungswidrigkeit der letztinstanzlichen Entscheidung, weil das **Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art 83 BVG** verletzt wird.<sup>37)</sup>

Das vorliegende Gericht sowie die untergeordneten Instanzengerichte sind in weiterer Folge im Ausgangsverfahren an diese Auslegung gebunden, wobei nicht nur der Tenor sondern auch die tragenden Entscheidungsgründe des EuGH bindende Wirkung im Ausgangsverfahren entfalten.<sup>38)</sup> Eine generelle **Bindungswirkung** an die Entscheidungen des EuGH besteht nicht. Ebenso wenig wirkt sich eine (spätere) Entscheidung des EuGH auf bereits rechtskräftige Entscheidungen aus.<sup>39)</sup>

Österreichische Gerichte gelten im Vergleich mit den anderen Mitgliedstaaten als besonders vorlagefreudig, was dazu führt, dass vor allem im Lauterkeitsrecht zahlreiche Entscheidungen des EuGH herbeigeführt wurden.<sup>40)</sup>

#### 4. Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips

In jenen Bereichen, in denen (noch) keine Vollharmonisierung lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen herbeigeführt wurden (also im Wesentlichen dort, wo die UGP-RL nicht greift), orientiert sich die Kommission bei der Erlassung einschlägiger Richtlinien soweit wie möglich am Herkunftslandprinzip. Dieses besagt, dass **die Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung nicht strenger beurteilt werden darf, als nach**

<sup>35)</sup> EuGH Slg 1982, 3415, *CILFIT*.

<sup>36)</sup> EuGH GRUR-Int. 1991, 215, *Pall/Dahlhausen*.

<sup>37)</sup> VfGH 14.390; 14.607; 16.118; 16.988; ebenso: dt. BVerfG GRUR 1999, 247, *Metro*; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 1522.

<sup>38)</sup> OGH ÖBl 2011, 24, *reifen-eu III*; wbl 2011, 221 (Anm *Schuhmacher*) = ÖBl – LS 2011/35, *Fußballer des Jahres IV*.

<sup>39)</sup> EuGH C-234/04, *Kapferer*.

<sup>40)</sup> ZB EuGH C-44/01, *Pippig Augenoptik/Hartlauer*; EuGH C-540/08, *Media-print/Österreich*.

**dem Recht des Mitgliedstaates, in dem der Handelnde seinen Sitz hat.**<sup>41)</sup> Dies bewirkt auf der einen Seite, dass der Unternehmer sich nicht an verschiedenen Regelungen in mehreren Mitgliedstaaten orientieren muss, und auf der anderen Seite aber, dass Verbraucher mit unterschiedlichen Schutzstandards je nachdem, in welchem Mitgliedstaat der Unternehmer seinen Sitz hat (oder nicht), konfrontiert wird. Diese Effekte sind rechtspolitisch umstritten, weil sie zu einer Inländerdiskriminierung und zu einem „race to the bottom“ führen können.

## II. Primärrechtliche Rahmenbedingungen

### 1. Der Schutz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und das Diskriminierungsverbot

**34** Nach Art 34 AEUV (ex Art 28 EGV) sind **mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen** sowie alle **Maßnahmen gleicher Wirkung** zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Dasselbe gilt für Ausfuhrbeschränkungen (Art 25 AEUV).

**35** Nach Art 56 AEUV (ex Art 49 EGV) sind Beschränkungen des **freien Dienstleistungsverkehrs** innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten. Die Bestimmung enthält allerdings einen Vorbehalt für an sich zulässige Beschränkungen. Die hohe praktische Relevanz dieser Bestimmung ergibt sich einerseits aus dem sehr weiten Dienstleistungsbegriff (Art 57 AEUV), der gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten umfasst und andererseits aus den heutigen technischen Verbreitungsmöglichkeiten, insbesondere via Internet. Für bestimmte Dienstleistungen gibt es sektorale Regelungen (zB Niederlassungsfreiheit für Rechtsanwälte)<sup>42)</sup> oder die Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt.<sup>43)</sup> Diese Regelungen werden durch das allgemeine **Verbot jeglicher Diskriminierung** aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergänzt (Art 18 AEUV; ex Art 12 EGV). Aufgrund des Herkunftslandprinzips (s oben Rz 33) kann es zum Problem der Inländerdiskriminierung kommen, wenn nämlich Inländer strengerer Regeln unterworfen sind als Ausländer. Dies verstößt nach gefestigter Rechtsprechung aber nicht gegen Art 18 AEUV.<sup>44)</sup>

---

<sup>41)</sup> *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG Rz 3.40; *Handig*, *ecolex* 2002, 672.

<sup>42)</sup> RL 98/5/EG über die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes.

<sup>43)</sup> RL 2006/123/EG.

<sup>44)</sup> EuGH Slg 1981, 1993 ff, *Oebel*; OGH ÖBl 1996, 132, *Ihr Zahnarzt wird es ihnen danken*; *Gamerith*, ÖBl 1995, 61; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 24 Rz 11; zum kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot s OGH ÖBl 2010, 64, *Rechtsanwaltssoftware*.

Der Schutz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und des Diskriminierungsverbots zählen zu den **Kernbereichen des primären Gemeinschaftsrechts**, die für den Wettbewerb und damit das Lauterkeitsrecht essentielle Bedeutung haben. Es existieren aufgrund des TRIPS-Abkommens bzw aufgrund verschiedener bilateraler Abkommen besondere geschützte Bezeichnungen. Dies führt an sich zu einer Beschränkung des freien Warenverkehrs. Die Zulässigkeitsgrenzen sind insgesamt problematisch, was sich aus dem Spannungsverhältnis zu den Vorschriften ergibt, die dem Schutz des gewerblichen Eigentums dienen.<sup>45)</sup>

## 2. Die Konkretisierung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen/Leitentscheidungen

Der EuGH hat sich in einer langen Kette von Entscheidungen mit der Konkretisierung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen auseinander gesetzt. Die Eckpunkte dieser Judikatur sind folgende:<sup>46)</sup>

Eine von Art 34 AEUV erfasste **Maßnahme gleicher Wirkung** liegt vor, wenn eine Regelung in einem Mitgliedstaat geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.<sup>47)</sup> Dabei ist nicht erforderlich, dass der Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt wird. Das könnte etwa dadurch bewirkt werden, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht werden, divergierenden Vorschriften des Importstaates etwa hinsichtlich Bezeichnung, Form, Gewicht, Etikettierung oder Verpackung entsprechen müssen.<sup>48)</sup> Dies erstreckt sich auch auf grenzüberschreitende Werbung, die in ihrem Ursprungsland zulässig ist.<sup>49)</sup> Als Maßnahmen gleicher Wirkung sind **auch solche Regelungen anzusehen, die sich nicht spezifisch auf eingeführte Waren beziehen, sondern unterschiedslos für ausländische und inländische Waren gelten**, sofern sie die Einfuhr solcher ausländischer Waren behindern, die nach ausländischem Recht rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht werden.<sup>50)</sup> Auch das Versandhandelsverbot für Arzneimittel wurde als Maßnahme gleicher Wirkung qualifiziert

<sup>45)</sup> OGH ÖBl 2000, 222, *American Bud*; dazu grundlegend *Urlesberger*, Warenverkehrsfreiheit und Markenrecht (ÖSGRUM BL 26), 2002.

<sup>46)</sup> Zur Analyse einzelner für das Irreführungsrecht relevanter Entscheidungen vgl *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 24 Rz 7 ff mit weiterführenden Hinweisen.

<sup>47)</sup> EuGH Slg 1974, 837, *Dassonville*; EuGH NJW 2004, 131, *Doc Morris*.

<sup>48)</sup> EuGH Slg 1993, I-607, *Keck und Mithouard*; zum Problem des Umverpackens s OGH ÖBl 2002, 73, *Schuberverpackung III*; ÖBl 2002, 77, *groszar*.

<sup>49)</sup> EuGH Slg 1990 I, 667, *GB-INNO*; EuGH GRUR 1993, 747, *Yves Rocher*.

<sup>50)</sup> EuGH Slg 1979, 649, *Cassis de Dijon*.

und musste wegen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben.<sup>51)</sup> Ähnliches gilt für die Buchpreisbindung.<sup>52)</sup>

- 39 Was die Maßnahmen gleicher Wirkung betrifft, ist zwischen **warenbezogenen Regelungen** und reinen **Verkaufsmodalitäten** zu unterscheiden.<sup>53)</sup> Warenbezogene Regelungen, etwa über die Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Etikettierung oder Verpackung sind ohne weiteres als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen.<sup>54)</sup> Bei Regelungen, die als bloße Verkaufsmodalität zu qualifizieren sind, ist dies nur dann der Fall, wenn sie nicht für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gleich gelten oder den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse rechtlich oder tatsächlich unterschiedlich berühren.<sup>55)</sup> Als reine Verkaufsmodalität gelten Regelungen, die bestimmte Preisgestaltungen verbieten (zB Verkauf unter dem Einstandspreis), Werbebeschränkungen (zB für Arzneimittel), Ladenschlussregelungen, oder das Verbot des Hinweises einer Ware aus einer Konkursmasse.<sup>56)</sup> Sowohl die Zuordnung einer Regelung als warenbezogen oder als Verkaufsmodalität ist im Einzelfall oft schwierig. Auch die Frage, ob eine nationale Regelung von Verkaufsmodalitäten den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse „rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt“,<sup>57)</sup> ist häufig schwer zu beurteilen.

### 3. Zulässige Einschränkungen

- 40 Die Verbotstatbestände werden durch **positivierte Rechtfertigungsgründe** in Art 36 AEUV (ex 28 EGV) eingeschränkt. Regelungen, die an sich eine Einschränkung des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs bewirken, sind dann zulässig, wenn sie aus Gründen

- der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit,
- zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen,
- des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder
- des gewerblichen und kommerziellen Eigentums

gerechtfertigt sind.

<sup>51)</sup> OGH ÖBl 2009, 69, *Wick Medi Nait*.

<sup>52)</sup> EuGH 30. 4. 2009, C-531/07, *Buchpreisbindung II* (s auch ÖBl 2009, 281).

<sup>53)</sup> EuGH Slg 1992, I–6097, *Keck und Mithouard*.

<sup>54)</sup> EuGH aaO, *Keck und Mithouard*; EuGH Slg 1994 I–317, *Clinique*; EuGH Slg 1995, I–1923, *Mars*; EuGH Slg 1997, I–3689, *Familiapress*; EuGH NJW 2004, 133, *Doc Morris*.

<sup>55)</sup> StRsp; s vorige FN.

<sup>56)</sup> EuGH ÖBl 2004, 165, *Große Konkursversteigerung*.

<sup>57)</sup> Zu den Abgrenzungskriterien vgl *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl UWG Rz 3.25

Allerdings dürfen diese jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.<sup>58)</sup> **41**

Diese in Art 36 AEUV zugrunde gelegten Kriterien wurden in einer längeren Kette von Entscheidungen durch den EuGH entwickelt. Zu den **zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses** zählt insbesondere auch der **Verbraucherschutz** und die **Lauterkeit des Handelsverkehrs**.<sup>59)</sup> **42**

**Grundvoraussetzung für die Beachtlichkeit dieser Rechtfertigungsgründe** ist deren Notwendigkeit, Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit.<sup>60)</sup> **43**

Strukturell ähnliche Rechtfertigungsgründe betreffen die Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.<sup>61)</sup> **44**

### III. Sekundärrechtliche Rahmenbedingungen

#### 1. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG)<sup>62)</sup>

##### a) Inhalt, Zweck

Nachdem die Vorüberlegungen, den Bereich des Verbraucherschutzes durch eine Verordnung über Verkaufsförderungen im Binnenmarkt<sup>63)</sup> zu regeln, gescheitert waren, wurde die Materie durch Erlass einer Richtlinie reglementiert. Ihr Ziel ist es, eine **Vollharmonisierung** des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern herbeizuführen. Nach Art 1 der UGP-RL besteht ihr Zweck darin, die Angleichung des Rechts der unlauteren Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zum reibungslosen Funktionieren des gemeinsamen Marktes herbeizuführen, um zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen. Zur Errei- **45**

<sup>58)</sup> OGH ÖBl 2010, 119, *Friedrich M.*

<sup>59)</sup> EuGH Slg 1979, 649, *Cassis de Dijon*; EuGH GRUR 1990, 955, *GB-INNO*; EuGH GRURInt. 1991, 215, *Pall-Dahlhausen*; EuGH Slg 1995, I-1923, *Mars*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl UWG Rz 3.27 ff; OGH ÖBl 2010, 119, *Friedrich M.*

<sup>60)</sup> EuGH WRP 1995, 677, *Mars*; EuGH GRUR 1993, 747, *Yves Rocher*; enger EuGH WRP 1993, 233, *Nissan*.

<sup>61)</sup> EuGH Slg 1995, I-4165, *Gebhard*; EuGH Slg 1997, I-3843, *de Agostini*; EuGH NJW 2004, 139, *Gambelli*.

<sup>62)</sup> 11. 5. 2005, ABl L 2005/149, 22; dazu *Gamerith*, ÖBl 2004, 100; berichtigt im ABl v 25. 9. 2009, 253, 18. (Berichtigung des Titels: statt „... zwischen Unternehmern und Verbrauchern ...“ nunmehr: „... von Unternehmern gegenüber Verbrauchern ...“); dazu *Gamerith*, ÖBl 2010, 57.

<sup>63)</sup> Letztgültige Entwurfsfassung vom 15. 5. 2003 (9416/03).

Enzinger

# Lauterkeitsrecht

Eine systematische Darstellung zum Gesetz  
gegen den unlauteren Wettbewerb

In einem **systematischen Aufbau** wird in diesem Werk das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb** behandelt – von den Grundlagen und geschichtlichen Entwicklungen, der Bedeutung des Unionsrechts für das Lauterkeitsrecht, ausführlichen Erläuterungen der Sondertatbestände bis hin zu möglichen Ansprüchen und der Rechtsverfolgung.

Das Schwergewicht wurde auf **aktuelle Rechtsprechung und Lehre** gelegt und nur dort auf ältere Entscheidungen Bezug genommen, wenn sie als Leitentscheidungen Bedeutung erlangt haben. Dadurch kann dem Praktiker ein rascher Zugriff auf die aktuelle Rechtsprechung und Literatur ermöglicht und dem Studierenden eine kompakte Darstellung der Rechtsmaterie geboten werden.

**Besonderes Augenmerk** wurde auf die Rechtsentwicklung in Deutschland gelegt.

ao. Univ.-Prof. Dr. **Michael Enzinger** ist Rechtsanwalt in Wien.

[www.manz.at](http://www.manz.at)

ISBN 978-3-214-08971-9

