

■ RdW 2008/24, 59

Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wird von seinen Generalklauseln und damit der Rechtsprechung des OGH geprägt. Die RL über unlautere Geschäftspraktiken führt im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu einer Harmonisierung in der EU. Durch die mit 12. 12. 2007 in Kraft getretene Umsetzung erfährt das UWG die umfassendste Novellierung seit dem Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992¹⁾. Dabei kommt es zu keiner grundlegenden Neuausrichtung, aber zu zahlreichen Änderungen bei den wichtigsten Begriffen und in Detailfragen, welche für die Praxis im Lauterkeitsrecht von Bedeutung sind.

Mag. Hannes Seidelberger
Schutzverband gegen unlauteren
Wettbewerb, Wien

1. Einleitung

Das UWG zählt zu jenen Gesetzen, welche nicht laufend novelliert werden. Zahlreiche Bestimmungen stammten bis zu dieser Novelle praktisch unverändert aus dem Jahr 1923, nachdem die laufende Ausgestaltung durch die Judikatur zu den Generalklauseln des § 1 UWG (Handlungen gegen die guten Sitten) und § 2 UWG (Irreführung) erfolgt ist. Damit werden die sich ständig verändernden Verhaltensweisen im Wettbewerb erfasst, mit welchen kein Gesetzgeber Schritt halten könnte. Auch die 1984 von der Europäischen Union beschlossene IrreführungsRL, welche 1997 mit der WerbevergleichsRL erweitert wurde, hat zu einer Harmonisierung, aber zu keinen wesentlichen Änderungen im UWG geführt.

Eine wichtige Weichenstellung wurde mit der Novelle von 1971 gesetzt, wo mit dem im § 14 UWG eingeführten Klage-recht für bestimmte Institutionen neben dem Unternehmerschutz auch die Interessen der Konsumenten Berücksichtigung gefunden haben. Die Europäische Kommission hat mit dem im Jahr 2001 präsentierten Grünbuch zum Verbraucherschutz und dem daraus resultierenden Entwurf einer RL über unlautere Geschäftspraktiken in Umkehrung der historischen Entwicklung den Unternehmerschutz beiseite gelassen²⁾.

Die umfassende Kritik insbesondere aus dem deutschsprachigen Raum hat zu einigen wichtigen Änderungen, wie dem Wegfall des Herkunftslandprinzips, aber zu keiner Aufnahme des Unternehmerschutzes geführt³⁾. Die Regierungsvorlage einer UWG-Novelle 2007 als Umsetzung dieser RL⁴⁾ ist mit Änderungen im Nationalrat beschlossen und am 12. 12. 2007 in Kraft getreten⁵⁾.

2. RL über unlautere Geschäftspraktiken

Die RL über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)⁶⁾ regelt nach Art 1 solche Verhaltensweisen eines Gewerbetreibenden, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen. Laut ErwGr 6 betrifft sie aber nicht solche Praktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen. Auch Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Zugaben oder Gewinnspiele werden davon nicht erfasst⁷⁾. Laut ErwGr 9 bleiben weiters nationale Vorschriften insbesondere im Bereich Gesundheitsschutz und Glücksspiele sowie hinsichtlich Finanzdienstleistungen und Immobilien unberührt. Nach ErwGr 7 sollen schließlich kulturelle Unterschiede berücksichtigt werden⁸⁾.

Im Gegensatz zur IrreführungsRL werden keine Mindestkriterien festgelegt, sondern stellt die UGP-RL nach Art 4 eine Vollharmonisierung dar⁹⁾. Ziel dieser RL ist nach ErwGr 11 ein hohes allgemeines Verbraucherschutzniveau.

Nach Art 3 gilt die UGP-RL für unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmern und Verbrauchern nicht nur vor, sondern auch während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts, wobei das Vertragsrecht nach Abs 2 dieser Bestimmung ausdrücklich unberührt bleibt. Schließlich enthält Art 3 Abs 4 eine Kollisionsregelung, wonach andere RL zu besonderen Aspekten unlauterer Geschäftspraktiken vorgehen.

1) Die UWG-Novelle 2007 stellt allerdings keine Deregulierung dar, sondern geht mit verstärktem Verbraucherschutz in die andere Richtung.

2) Siehe dazu zB *Seidelberger*, Vorschläge für eine europäische Harmonisierung des Lauterkeitsrechts, ÖBl 2002/57, oder *Augenhofer*, Ein „Flickenteppich“ oder doch der „große Wurf“, ZfRV 2005, 204.

3) Besonders ausführlich dazu *Handig*, Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU (2006).

4) Siehe schon *Fehringer/Freund*, Die Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken in das UWG, MR 2007, 115, und aus deutscher Sicht *Kessler*, Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung, WRP 2007, 714.

5) Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007), BGBl I 2007/79 vom 13. 11. 2007.

6) RL 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ABl 2005 L 149/22.

7) Den Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt hat die Kommission wieder zurückgezogen, nachdem er keine Mehrheit gefunden hatte (Mitteilung der Kommission vom 27. 9. 2005, KOM [2005] 462 endg).

8) So können Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verboten werden, wobei als Beispiel das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken angeführt wird. *Wiebe*, Umsetzung der Geschäftspraktikenliste und Perspektiven für eine UWG-Reform, JBl 2007, 69 (71 f) verweist zu Recht darauf, dass der Begriff der guten Sitten missverständlich verwendet wird und die englische Fassung „taste and decency“ dies besser wiedergibt.

9) Allerdings können nach Art 3 Abs 5 jedenfalls für einen Zeitraum von sechs Jahren nationale Vorschriften beibehalten werden, die strenger sind und zur Umsetzung von anderen RL mit Mindestangleichung erlassen wurden.

3. Umsetzung der UGP-RL in das UWG

Ursprünglich ist man davon ausgegangen, dass wie bei der IrreführungsRL eine sparsame Umsetzung im UWG ausreichend ist, zumal fast alle Fälle der UGP-RL und deren „schwarze Liste“ in der bisherigen Rechtsprechung Deckung finden¹⁰. In der beim Ministerium für Wirtschaft und Arbeit eingerichteten Arbeitsgruppe UWG¹¹ kam man letztendlich zu dem Schluss, dass aufgrund der neuen Rechtsbegriffe und anderer Erfordernisse der RL viel wortwörtlich übernommen werden sollte, um einen Gleichklang zu schaffen. Das macht das neue UWG nicht besser lesbar, erspart dem Rechtsanwender aber den ständigen Blick in die UGP-RL selbst.

3.1. § 1 UWG – Unlautere Geschäftspraktiken

Schon die Überschrift der komplett neu gestalteten großen Generalklausel des § 1 UWG zeigt eine wichtige Änderung. Die guten Sitten haben nach über 80 Jahren ausgedient, und im Sinne einer europäischen Rechtssprache sind nun *unlautere Geschäftspraktiken* verboten. Eine inhaltliche Neuausrichtung wird damit aber nicht verbunden sein, weil die UGP-RL bei der Definition der beruflichen Sorgfaltspflicht von den anständigen Marktgepflogenheiten und dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben spricht, was grundsätzlich den guten Sitten gleichkommen wird.

Neu ist allerdings wie bei jeder Harmonisierung, dass es sich bei den unlauteren Geschäftspraktiken um einen europarechtlichen Begriff handelt und die Abgrenzung letztendlich durch den EuGH erfolgt. Eine weitere wichtige Änderung ergibt sich aus der Tatsache, dass die UGP-RL nur den B2C-Bereich regelt. Die Generalklausel des § 1 UWG ist daher geteilt worden, um den Unternehmensschutz in der bisherigen Form sicherzustellen.

Im § 1 Abs 1 Z 1 des neuen UWG wird im geschäftlichen Verkehr die Anwendung einer unlauteren Geschäftspraktik oder sonstigen unlauteren Handlung verboten, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Die *sonstigen unlauteren Handlungen* sind eingefügt worden, weil die von der UGP-RL vorgegebene Definition der Geschäftspraktik¹² relativ eng ist und man diesen Begriff einheitlich verwenden will. Unter diese unlauteren Handlungen sind zB Fälle wie das unlautere Abwerben von Mitarbeitern oder die unsachliche Förderung einzelner Mitbewerber durch die öffentliche Hand zu subsumieren und wird damit nach dem Willen des Gesetzgebers der Anwendungsbereich des UWG beim Unternehmensschutz im bisherigen Umfang geregelt¹³. Dies betrifft insbesondere auch die in der Praxis besonders wichtige Fallgruppe des unlauteren Rechtsbruchs sowie alle Fälle der Behinderung¹⁴.

Weiters ist die von der Rechtsprechung entwickelte Spürbarkeitsschwelle eingefügt worden, wonach eine *Eignung zur nicht nur unerheblichen Wettbewerbsbeeinflussung* gegeben sein muss¹⁵. Hier geht es um eine Beeinflussung der Marktverhältnisse, die eine gewisse Mindestintensität erreichen müssen. Eine tatsächliche Verschiebung der Marktverhältnisse ist aber nicht notwendig¹⁶.

Weggefallen ist hingegen das Tatbestandselement „zu Zwecken des Wettbewerbes“¹⁷. Damit wird keine Wettbewerbsabsicht mehr gefordert werden können¹⁸. Dies entspricht dem Tenor der UGP-RL, die eine objektive Betrachtungsweise der Unlauterkeit vornimmt¹⁹. Dieser funktionale Ansatz wird auch für den B2B-Bereich gelten, weil die Schaffung eines einheitlichen Begriffs der unlauteren Geschäftspraktik im Sinne der Rechtssicherheit die Grundlage für eine klare Auslegung schaffen soll²⁰.

Ob nach diesem objektiven Ansatz beim unlauteren Rechtsbruch die von der Judikatur bisher geforderte subjektive Vorwerfbarkeit aufrechterhalten werden kann, ist sehr fraglich²¹. Aus Sicht der Praxis erscheint es sinnvoller, überschießende UWG-Klagen mittels der Spürbarkeitsgrenze zu regeln²², zumal die Entscheidungen über die subjektive Vorwerfbarkeit oft weder für den Kläger noch für den Beklagten befriedigend gewesen sind²³. So kann auch bei mit Verwaltungsstrafe bedrohten gesetzlichen Bestimmungen über eine Anzeige generell keine Klärung durchgeführt werden, weil Unternehmer oder Unternehmervereinigungen nach § 14 UWG mangels Parteistellung aus datenschutzrechtlichen Gründen keine Auskunft darüber bekommen dürfen, ob bzw was die zuständige Verwaltungsbehörde getan oder entschieden hat, geschweige, dass sie ein Rechtsmittel besitzen. Damit ist unzweifelhaft ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben und würde im Sinne der Rechtssicherheit für beide Parteien über die Vorfrage der Gesetzesverletzung

10) *Gamerith*, Der Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken – Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 391 (429), dessen Umsetzungsvorschlag in knapper Form auch gute Gründe für sich gehabt hätte.

11) Siehe dazu näher *Ummenberger-Zierler*, Aufgabe und Wirken der UWG-Reform-Kommission in *Krejci/Keßler/Augenhofer*, Lauterkeitsrecht im Umbruch (2005) [1].

12) Es sind nach Art 2 lit d der UGP-RL nur Handlungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung erfasst.

13) Siehe dazu die Ausführungen in den ErlRV zur UWG-Novelle 2007, Besonderer Teil zu § 1 Abs 1.

14) Dies wird in den ErlRV festgehalten, wobei die Beispiele wie zu den verbraucherrelevanten Ausübungsvorschriften der GewO klarstellen sollen, dass der Rechtsbruch auch hier (und nicht nur bei den rein unternehmerbezogenen Vorschriften) weiter verfolgt werden kann.

15) Siehe ausführlich *Wiltschek*, Die Spürbarkeitsgrenze im österreichischen Lauterkeitsrecht in *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts (2004) [263].

16) Ein gutes Beispiel für unerhebliche Handlungen ist die Entscheidung OGH 4 Ob 74/06w, ÖBl 2006/64 – Einkaufszentrum U III, wonach das Fehlen eines Hinweisschildes als eine von zahlreichen Auflagen eines Bescheides für ein Einkaufszentrum noch keine Spürbarkeit begründet. Das Fehlen einer notwendigen Gewerbeberechtigung oder sonstigen Bewilligung bzw Anmeldung zB nach der GewO wird wie bisher aufgrund des Wettbewerbsvorteils als spürbar anzusehen sein, weil man sich damit Kosten bzw Arbeitsaufwand erspart.

17) Wie von *Koppensteiner*, Grundfragen des UWG im Lichte der RL über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2006, 553 (557) festgehalten, können aber weiterhin bloß Wettbewerber klagen, weil nach § 14 UWG nur der Mitbewerber aktivlegitimiert ist.

18) Allerdings muss es sich wie bisher um eine Handlung im geschäftlichen Verkehr handeln, womit private oder amtliche Tätigkeiten bzw rein politische Auseinandersetzungen weiterhin nicht erfasst sind.

19) *Koppensteiner* (FN 17) 555 führt aus, dass die Interpretation der Generalklausel an wettbewerbsimmanente Maßstäbe zu orientieren, sie also funktional auszulegen ist. Ebenso *Wiebe* (FN 8) 73, der auf das Schweizer UWG verweist, welches bei der Anknüpfung an Treu und Glauben ein funktionales Verständnis praktiziert. Auch *Kessler* (FN 4) 719 interpretiert den österreichischen Entwurf zum UWG so, dass alleine die objektiven Implikationen der Geschäftspraxis für die Wettbewerbsstellung der handelnden Unternehmer oder das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher entscheidend sind.

20) So auch vor der Umsetzung die Empfehlung von *Koppensteiner* (FN 17) 559.

21) *Koppensteiner* (FN 17) 556 hält dies für nicht vereinbar und sieht für Moralvorstellungen keinen Platz. Wer sich rechtswidrig verhält, kann daher grundsätzlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Auch für *Fehringler/Freund* (FN 4) 118 scheint die subjektive Tatsache im B2B-Bereich eliminiert worden zu sein.

22) Siehe zB OGH 4 Ob 29/07d, wbl 2007, 399 – Gebrauchsanleitung, wo bei einer Verletzung des Pflanzenschutzmittelgesetzes die Spürbarkeit sehr schön abgegrenzt worden ist.

23) Zu den Problemen auch *Korn*, Die vertretbare Rechtsauffassung als wettbewerbliche Dimension in *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts (2004) [135].

objektiv entschieden. Eine Einteilung in marktbezogene und nicht verfolgbare Regelungen erscheint hingegen nicht zielführend, weil es nicht auf die übertretene Norm, sondern auf den Wettbewerbsvorsprung bzw die Marktauswirkung ankommt.

Der zweite Teil der großen Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG setzt den RL-Text um und verbietet unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern. Auch hier gibt es eine Erheblichkeitsschwelle, weil eine *Eignung zu einer wesentlichen Beeinflussung des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers* vorliegen muss. Hier ist das „wesentlich“ auf einzelne Personen zu beziehen und spielen Marktverhältnisse keine Rolle²⁴⁾.

Im § 1 Abs 2 UWG wird im Sinne der UGP-RL geregelt, dass bei einer Geschäftspraktik, die sich nur an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe relevant ist. Weiters ist bei einer wesentlichen Beeinflussung nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern, die aufgrund von körperlichen oder geistigen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig sind, auch *das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe* heranzuziehen. Diese Beeinflussung muss aber für den Unternehmer vernünftig vorhersehbar sein²⁵⁾.

Erstmalig enthält das UWG im § 1 Abs 4 UWG auch eine *Liste von Legaldefinitionen*, welche von der UGP-RL vorgegeben werden. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff Produkt immer jede Ware oder Dienstleistung einschließlich Immobilien, Rechten und Verpflichtungen umschreibt. Zum Begriff der beruflichen Sorgfaltspflicht stellen die ErlRV klar, dass es hier nicht um individuelle Kenntnisse bzw die damit verbundene Haftung geht, sondern um den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, der in Österreich typischerweise vorausgesetzt werden kann. Dieser Standard erschließt sich aus den für den jeweiligen Berufsstand geltenden gesetzlichen Regelungen sowie den anständigen Marktgepflogenheiten.

Schließlich findet sich im § 1 Abs 5 UWG eine *Beweislastumkehr bei unlauteren Geschäftspraktiken*, wenn dies wegen der Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint²⁶⁾.

3.2. § 1a UWG – Aggressive Geschäftspraktiken

Nachdem die UGP-RL bei den unlauteren Geschäftspraktiken insbesondere irreführende und aggressive Geschäftspraktiken anführt, wird im § 1a UWG eine gekürzte Fassung für die bisher im Gesetz nicht ausdrücklich genannten *aggressiven Geschäftspraktiken* umgesetzt. Um klarzustellen, dass auch Unternehmer vor solchen Verhaltensweisen geschützt werden sollen, sind im Abs 1 alle Marktteilnehmer angeführt²⁷⁾. Eine Änderung

der bisherigen Rechtsprechung ist nicht zu erwarten, nachdem der OGH diese Belästigung und Nötigung sowie unzulässige Beeinflussung schon bisher streng beurteilt hat²⁸⁾. Weiters muss eine solche aggressive Geschäftspraktik dazu geeignet sein, den Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, welche er sonst nicht getroffen hätte. In Art 9 der UGP-RL wird noch näher ausgeführt, worauf bei einer Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung abzustellen ist²⁹⁾.

Unter Umständen über die bisherige Judikatur hinaus geht die Regelung des § 1a Abs 2 UWG, wo auf Hindernisse nichtvertraglicher Art abgestellt wird, mit denen ein Unternehmer Verbraucher an der Ausübung ihrer vertraglichen Rechte wie insbesondere einer Kündigung hindert³⁰⁾. Aggressive Geschäftspraktiken sind schließlich wie irreführende Geschäftspraktiken nach § 4 Abs 1 UWG strafrechtlich verfolgbar, wenn diese in einer öffentlichen Bekanntmachung oder in einem Medium wissentlich angewendet werden.

3.3. § 2 UWG – Irreführende Geschäftspraktiken

Die schon harmonisierten Regelungen zur irreführenden Werbung sind nun auf die UGP-RL (für den B2C-Bereich) und die IrreführungsRL³¹⁾ (B2B-Bereich) aufgeteilt worden. Im österreichischen UWG werden sie wieder vereint, wobei sich der Text an der UGP-RL orientiert und damit zu einer vollkommenen Neugestaltung dieser kleinen Generalklausel führt. Eine Geschäftspraktik ist irreführend, wenn sie *unrichtige Angaben* enthält oder *sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu täuschen*, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er sonst nicht getroffen hätte.

Es werden dann einzelne Punkte angeführt, über die nach dieser Bestimmung getäuscht werden kann. Auch wenn sich die Liste von der bisherigen Aufzählung im § 2 UWG unterscheidet und voraussichtlich taxativ ist³²⁾, dürfte das inhaltlich deckungsgleich sein³³⁾. Weiters ist zu beachten, dass die Aufzählung in § 2 Abs 1 Z 2 UWG nur eine verkürzte Version der UGP-RL wiedergibt, wo die wesentlichen Merkmale noch umfangreicher als im bisherigen § 2 UWG angeführt sind³⁴⁾.

In Umsetzung der UGP-RL ist das Tatbestandsmerkmal der *Veranlassung zu einer sonst nicht getroffenen geschäftlichen Entscheidung des angesprochenen Marktteilnehmers* enthalten. Dieses

28) Die von *Wiebe* (FN 8) 76 f erwartete Liberalisierung ist nicht nachvollziehbar, weil unerhebliche Beeinflussungen nicht als sittenwidrig angesehen worden sind. Die Tatbestände der §§ 30 und 33a ff UWG werden weiter anwendbar sein, weil damit auch Unternehmer vor unlauterem Wettbewerb geschützt sind.

29) Näher dazu *Handig* (FN 3) 88 ff.

30) Die Ausübung von Rechten wie zB die Androhung der Einbringung einer Klage bei offenen Zahlungsverpflichtungen gilt laut den ErlRV, Besonderer Teil zu § 1a, nicht als aggressive Geschäftspraktik.

31) Die IrreführungsRL ist aufgrund der Änderungen durch die UGP-RL neu kodifiziert worden: RL 2006/114/EG vom 12. 12. 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl 2006 L 376/21.

32) Ob das „wie“ doch nur eine beispielsweise Aufzählung darstellt, wird nur der EuGH klären können.

33) So ist eine Geschäftspraktik unabhängig von dieser Aufzählung jedenfalls irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthält.

34) Die wesentlichen Merkmale des Produkts sind laut Art 6 Abs 1 lit b UGP-RL 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.

24) ErlRV, Besonderer Teil zu § 1 Abs 1. Laut *Koppensteiner* (FN 17) 556 genügt es, wenn auch nur ein einzelner Verbraucher wesentlich beeinflusst wird.

25) *Wiebe* (FN 8) 74 f geht zu Recht von einer engen Auslegung aus. Auch das Beispiel der Werbeveranstaltungen mit Gewinnversprechen ist zutreffend, weil hier gezielt leichtgläubige Menschen angesprochen werden und daher ein besonders strenger Maßstab anzusetzen ist.

26) Dies wird von der UGP-RL in Art 12 lit a bei der Durchsetzung vorgeschrieben.

27) Die ErlRV, Besonderer Teil zu § 1a, sprechen den Schutz von Klein- und Mittelbetrieben (KMU) bzw Ein-Personen-Unternehmen (EPU) an. Diese sind in der Praxis verstärkt mit aggressiven Geschäftspraktiken konfrontiert, wo unseriös agierende in- und ausländische Firmen versuchen, sie durch Täuschung und Belästigung zu einem Vertragsabschluss zu bewegen, welche sie bei voller Kenntnis der Sachlage niemals abgeschlossen hätten.

ist richtlinienkonform so auszulegen, dass nicht der Nachweis einer solchen ungewollten Entscheidung zu erbringen ist, nachdem im Art 6 Abs 1 der UGP-RL auch von „voraussichtlich“ die Rede ist. Geschäftliche Entscheidung nach der Definition im § 1 Abs 4 Z 7 UWG wird jede Handlung sein, sich mit einem Angebot näher zu befassen³⁵⁾, weil das in aller Regel auf das Tätigen eines möglichen Kaufs gerichtet ist. So führen irreführende Ankündigungen regelmäßig dazu, dass sich potenzielle Kunden mit den Produkten des Werbenden näher beschäftigen oder sein Geschäft aufsuchen, was auch einen unlauteren Vorteil gegenüber Mitbewerbern und damit einen Verstoß gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG darstellt.

Zwei neue Regelungen in Umsetzung der UGP-RL enthält der § 2 Abs 3 UWG, wobei hier eine Erweiterung auf Marktteilnehmer erfolgt ist. Zunächst gelten Geschäftspraktiken als irreführend, welche bei einer Vermarktung eines Produkts eine Verwechslungsgefahr mit einem Produkt oder Unternehmenskennzeichens eines Mitbewerbers begründen³⁶⁾. Damit können zB Verstöße gegen ein Markenrecht auch von anderen Mitbewerbern sowie klagebefugten Einrichtungen und nicht nur vom Rechtsinhaber verfolgt werden³⁷⁾. Weiters wird eine Irreführung begründet, wenn sich ein Unternehmer nicht an einen Verhaltenskodex hält, zu dem er sich verpflichtet hat, falls er im Rahmen der Geschäftspraktik auf diese Bindung hinweist. Diese Erweiterung der Irreführung auf täuschende Verwendung von Marken oder Gütezeichen wird als eine wichtige Ergänzung angesehen³⁸⁾.

Schließlich werden im § 2 UWG nun ausdrücklich *Informationspflichten* geregelt. Im § 2 Abs 4 UWG wird zunächst festgehalten, dass eine Geschäftspraktik auch dann irreführend ist, wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält, die der Marktteilnehmer für eine geschäftliche Entscheidung benötigt. Im Abs 5 wird ausgeführt, dass jedenfalls die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen als wesentlich gelten. Hier sind vor allem die FernabsatzRL³⁹⁾ und die E-Commerce-RL⁴⁰⁾ allgemein einschlägig⁴¹⁾.

Im Abs 6 werden *einzelne Informationen* aufgelistet, welche bei einer Aufforderung an Verbraucher zum Kauf (also nur im B2C-Bereich) als wesentlich im Sinne des Abs 4 gelten, sofern

sich diese nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben⁴²⁾. Dazu gehören die wesentlichen Merkmale des Produkts⁴³⁾ in dem für das Medium und das Produkt angemessenen Umfang, Name und Anschrift des Unternehmens, der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben⁴⁴⁾, gegebenenfalls Fracht-, Liefer- und Zustellkosten, von normalen Geschäftsverkehr abweichende Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen und gegebenenfalls das Bestehen eines Rücktrittsrechts. Eine *Aufforderung zum Kauf* liegt nach der Legaldefinition im § 1 Abs 4 Z 5 UWG vor, wenn die Merkmale des Produkts und der Preis in einer Weise angegeben werden, dass der Verbraucher einen Kauf tätigen kann. Dies wird bei Waren der Fall sein, wenn diese und der Preis ausreichend klar angeführt sind. Bei Dienstleistungen kann das zB die Angabe eines Stundensatzes darstellen, wenn die angebotenen Arbeiten und ihre Kosten damit ausreichend spezifiziert sind⁴⁵⁾. Hingegen wird allgemeine Aufmerksamkeits- und Gefühlswerbung ohne diese Angaben nicht erfasst.

Die Pflicht zur Angabe dieser Informationen findet aber nach § 2 Abs 4 UWG nur unter der *Berücksichtigung der Beschränkungen des jeweiligen Kommunikationsmediums* statt, was nach gewählter Kommunikationsform einen wesentlichen Unterschied ausmachen wird. Während bei einem Internetauftritt oder einem Katalog alle Informationen angegeben werden können und daher müssen, wird dies bei Werbespots im Fernsehen oder Radio in aller Regel schwer möglich sein, weil dort die Informationen in kurzer Zeit zu präsentieren sind. Bei einer Plakatwerbung oder Werbung mit SMS sollte man auch einen entsprechenden Mittelweg finden, um eine Aufklärung zu ermöglichen, aber die Werbung nicht zu überfrachten.

Eine ausdrückliche Regelung zur Beweislastumkehr findet sich für den § 2 UWG nicht mehr, nachdem der § 1 Abs 5 UWG nur auf Abs 1 bis 3 verweist. Nachdem allerdings Art 7 lit a der neu kodifizierten IrreführungsRL als auch Art 12 lit a der UGP-RL eine solche Beweislastumkehr bei Angemessenheit vorsehen, wird man dies richtlinienkonform auch auf den § 2 UWG anwenden.

Schließlich ist der Verbotstatbestand der Mogelpackung des § 6a UWG aufgehoben worden⁴⁶⁾. Eine Irreführung durch ein Missverhältnis zwischen Verpackungsgröße und Füllmenge ist aber weiter unzulässig, nachdem im Art 6 Abs 1 lit b der UGP-RL ausdrücklich auch die Menge als täuschungsfähige Angabe angeführt wird.

3.4. § 2a UWG – Vergleichende Werbung

Die vergleichende Werbung ist fast unverändert geregelt, findet sich aber nun in einem neuen § 2a UWG. Der Tatbestand zu

35) Damit wird im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des OGH auch das nähere Befassen mit einer Werbung zB aufgrund der Bezeichnung „amtliche Mitteilung“ oder das Aufsuchen eines Geschäftslokals erfasst sein, selbst wenn dort eine Aufklärung erfolgt. Dies entspricht dem Zweck der UGP-RL, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu schaffen, und korrespondiert mit den Beispielen irreführender Geschäftspraktiken im Anhang wie zB Z 5 (Lockangebote) und Z 6 (Weigerung, beworbenen Artikel zu zeigen oder zu verkaufen).

36) Verkehrsgeltung wird hier zumindest generell nicht erforderlich sein.

37) Diese Bestimmung wird bei der Verfolgung der sogenannten Produktpiraterie, also bei Plagiaten, hilfreich sein, weil sich hier immer wieder Unternehmer durch dessen Verkauf einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, aber teilweise mangels Interesses des regelmäßig ausländischen Markeninhabers am österreichischen Markt bisher nicht verfolgt worden sind.

38) *Kessler* (FN 4) 722 spricht von Schlüsselinformationen, welche wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Markttransparenz zu Recht einen gesteigerten Schutz erfahren.

39) RL 97/77/EG vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; die Informationsliste findet sich im § 5c KSchG.

40) RL 2000/31/EG vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs; die Informationspflichten sind im § 5 E-Commerce-Gesetz umgesetzt.

41) Im Anhang 2 der UGP-RL werden noch weitere RL aufgezählt.

42) Dieses Verbot der Irreführung durch Unterlassung wesentlicher Informationen wird auch als Informationsmodell bezeichnet, so bei *Fezer*, Das Informationsangebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht, WRP 2007, 1021.

43) Ausführlich zu diesen neuen Bestimmungen *Handig*, Informationspflichten und Lauterkeitsrecht, *ecolex* 2007, 779, welchem zuzustimmen ist, dass es bei den wesentlichen Merkmalen auf die Anschauung des Verkehrskreises ankommen wird und eine Überspannung dieser Informationspflichten nicht zielführend ist (780 f).

44) Dies entspricht inhaltlich dem § 9 Abs 1 PrAG.

45) Laut den ErlRV, Besonderer Teil zu § 2 muss die Aufforderung die essentialia des Vertrags enthalten, die den Verbraucher unmittelbar in die Lage versetzen, einen Kauf zu tätigen, und nur noch der Bindungswille fehlt.

46) Laut den ErlRV, Besonderer Teil zu § 6a geht dieser Spezialtatbestand über die Anforderungen der RL-UGP hinaus und hat das Verbot in der Praxis kaum Bedeutung erlangt hat. Dazu ist anzumerken, dass wenige höchstgerichtliche Entscheidungen noch nicht bedeuten müssen, dass ein Verbot seinen Zweck nicht erfüllt hat.

notwendigen Angaben bei Vergleich mit einem Sonderangebot ist noch enthalten, obwohl dieser in der kodifizierten IrreführungsRL entfallen ist⁴⁷⁾. Hinsichtlich der Beweislastumkehr verweist der § 2a Abs 4 UWG nun auf § 1 Abs 5 UWG. Allerdings ist diese Bestimmung richtlinienkonform so auszulegen, dass den Werbenden bei vergleichender Werbung in jedem Fall die Beweislast für die Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen in der Werbung trifft⁴⁸⁾.

3.5. Anhang – Liste jedenfalls verbotener Geschäftspraktiken

Die von der UGP-RL vorgegebene Liste von Geschäftspraktiken, welche unter allen Umständen als unlauter gelten, wird praktisch unverändert als Anhang zum UWG umgesetzt. Die 31 per-se-Verbote sind in *irreführende und aggressive Geschäftspraktiken* unterteilt. Diese „schwarze Liste“ ist von einer vollständigen Sammlung weit entfernt und wird eine solche auch nie möglich sein, weil aufgrund der Vielfalt von ständig neu entwickelten Verhaltensweisen im Wettbewerb in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle nur die Gerichte mittels der Generalklausel über die Unlauterkeit einer Geschäftspraktik entscheiden können.

Keinesfalls wird man aus diesen Tatbeständen den Schluss ziehen dürfen, dass davon leicht abweichende Fälle jetzt grundsätzlich erlaubt sind. Hier wird wie bisher bei Sondertatbeständen noch eine Prüfung über die Generalklauseln erfolgen müssen. In der Praxis wird es auch nicht oft vorkommen, dass genau einer dieser Tatbestände verwirklicht ist. Es ist daher regelmäßig zu beurteilen, ob die Geschäftspraktik nicht sonst irreführend, aggressiv oder unlauter ist⁴⁹⁾. Schließlich ist der in der Rechtsprechung verankerte berechnete Grundsatz zu beachten, dass auch Umgehungshandlungen von dem Verbot der Unlauterkeit erfasst werden.

Einige Fälle sind sehr speziell, andere wiederum eher allgemein. Grundsätzlich ist eine strenge Linie bei der Irreführung erkennbar, welche sich mit der Rechtsprechung des OGH deckt. Die Z 26 mit dem Verbot unerbetener Telefon-, Telefax- und E-Mail-Werbung unterscheidet sich vom § 107 TKG, nachdem hier nicht nur ein unerwünschtes, sondern auch ein hartnäckiges Ansprechen gefordert wird. Allerdings gilt dies unbeschadet der Regelungen in der DatenschutzRL für elektronische Kommunikation⁵⁰⁾. Diese verbietet im Art 13 die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post ohne vorherige Einwilligung der Teilnehmer und lässt hinsichtlich anderer unerbetener Nachrichten zum Zweck der

Direktwerbung ein Wahlrecht zu⁵¹⁾. Die ErlRV verweisen dazu auf § 107 TKG, § 12 Abs 3 WAG sowie § 5c Abs 3 KSchG.

Als wirklich neu anzusehen ist nur die Z 28 dieser Liste, wonach die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in der Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder andere Erwachsene dazu zu überreden, grundsätzlich verboten ist. Laut den ErlRV ist davon die an Kinder gerichtete Fernsehwerbung ausgenommen, sofern sie sonst den einschlägigen Vorschriften entspricht⁵²⁾.

3.6. Weitere neue Bestimmungen

Unabhängig von der Richtlinienumsetzung sind zwei neue Regelungen in das UWG aufgenommen worden, welche die Rechtsdurchsetzung verbessern sollen. Die erste Bestimmung im § 14a UWG ist ein *Auskunftsanspruch für bestimmte klagebefugte Einrichtungen gegenüber Unternehmern, die Postdienste oder Telekommunikationsdienste anbieten*, über ihre Nutzer eines inländischen Postfachs oder einer nicht allgemein abrufbaren inländischen Rufnummer. Damit sollen diese Verbände auch gegen solche Personen oder Firmen vorgehen können, welche sich hinter Postfächern oder Geheimnummern verstecken⁵³⁾.

Die auskunftwerbende Einrichtung hat nach § 14a Abs 2 UWG die Gründe für den Verdacht einer unlauteren Geschäftspraxis anzugeben und darzulegen, dass sie die Daten für die Rechtsverfolgung benötigt, nicht durch allgemein zugängliche Informationsquellen beschaffen kann und ausschließlich dafür verwendet. Den Diensteanbieter trifft keine Prüfpflicht, ob der Verdacht einer unlauteren Geschäftspraktik besteht⁵⁴⁾, und er kann auch die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung begehren.

Weiters kann nach einer Neuregelung im § 25 Abs 6 UWG *hinsichtlich der Urteilsveröffentlichung eine Vorauszahlung der Kosten* dafür binnen vier Wochen begehrt werden. Von einem solchen gerichtlichen Auftrag ist aber bei einer Bescheinigung der unterlegenen Partei abzusehen, dass ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse eine solche Leistung derzeit nicht zulassen.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Die UWG-Novelle 2007 wird zu keiner grundlegenden Änderung der Verfolgung von unlauteren Geschäftspraktiken führen⁵⁵⁾ und stellt eine gelungene Umsetzung der UGP-RL dar⁵⁶⁾. Allerdings ist mit der völligen Neugestaltung der Gene-

47) Nachdem auch der OGH in seiner Entscheidung vom 10. 7. 2007, 4 Ob 100/07v von einer Aufhebung ausgegangen ist, wird die Anwendung fraglich sein, weil die Bestimmungen über die vergleichende Werbung in der IrreführungsRL nach Art 8 Abs 1 eine Vollharmonisierung darstellen und Art 3 Abs 5 der UGP-RL nur strengere nationale Vorschriften bei einer Umsetzung von RL zur Mindestangleichung zulässt.

48) Art 7 lit a letzter Satz der RL über irreführende und vergleichende Werbung in der kodifizierten Fassung.

49) *Wiebe* (FN 8) 73 vertritt die Ansicht, dass die Bedeutung des generellen Verbots hinter den speziellen Vorschriften zurücktritt und an praktischer Relevanz verlieren wird. Dagegen spricht allerdings die bisherige Praxis und Judikatur zu den Sondertatbeständen im UWG. Diese haben nicht generell aufgrund ihrer Praxisferne selten zu Verfahren geführt, sondern deshalb, weil in aller Regel jene Geschäftspraktiken an die Gerichte herangetragen werden, welche sich nicht eindeutig unter diese Verbote subsumieren lassen.

50) RL 2002/58/EG vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

51) *Seitzer/Wichtmann*, Einwilligung in die Telefonwerbung, WRP 2007, 699 (701) weisen zu Recht darauf hin, dass nach ErwGr 14 der UGP-RL das Wahlrecht nach Art 13 Abs 3 der DatenschutzRL für elektronische Kommunikation ausdrücklich unberührt bleibt und daher eine strengere Regelung auch der normalen Telefonwerbung weiter möglich ist.

52) ErlRV, Besonderer Teil zum Anhang, nachdem in den einschlägigen § 16 Abs 5 ORF-Gesetz und § 43 Privatfernsehgesetz die FernsehRL umgesetzt wird, welche nach Art 3 Abs 4 der UGP-RL vorgeht.

53) Die Auskunft über einen Nutzer, der im E-Commerce tätig ist, richtet sich nach § 18 Abs 4 E-Commerce-Gesetz.

54) So der Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Industrie, 236 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 23. GP zu dem dort eingebrachten Abänderungsantrag zur Regierungsvorlage einer UWG-Novelle 2007 (144 der Beilagen), wo diese neuen Bestimmungen noch nicht enthalten gewesen sind.

55) In den ErlRV, Allgemeiner Teil, wird sogar ausgeführt, dass die Umsetzung der UGP-RL die österreichische Rechtsprechung nur unerheblich ändert.

56) Insbesondere ist aufgrund der Übernahme aller wichtigen Begriffe und Tatbestände auch den Bedenken zur Umsetzungspflicht Rechnung getragen worden; siehe insbesondere *Schuhmacher*, Zur Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken in *Gruber/Rüffler* (Hrsg),

ralklauseln als Zentrum des UWG im Detail mit zahlreichen Auslegungsfragen zu rechnen. Außerdem ist es insbesondere bei den irreführenden Geschäftspraktiken zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs gekommen. Generell kann man unter der Begründung des Verbraucherschutzes eine strenge Beurteilung von Wettbewerbshandlungen erkennen, wobei der ebenso wichtige Unternehmenschutz gewahrt ist. Die Einführung eines europarechtlich einheitlichen Begriffs der unlauteren Geschäftspraktiken ist als Harmonisierungsgewinn zu werten.

Gesellschaftsrecht Wettbewerbsrecht Europarecht, Hans-Georg-Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 150 ff.

Die im Gegensatz zum deutschen Vorschlag⁵⁷⁾ umfassende Umsetzung führt dazu, dass alle wesentlichen Bestimmungen der UGP-RL auch im UWG zu finden sind. Die neuen Begriffe und Tatbestände erfordern eine noch genauere Prüfung, insbesondere von Werbemaßnahmen, und bei jeder wettbewerbsrechtlichen Intervention oder Verteidigung muss die neue Rechtslage umfassend berücksichtigt werden. Mit Spannung wird die Judikatur des OGH und auch des EuGH dazu zu verfolgen sein.

57) Der Referentenentwurf vom 27. 7. 2007 ist unter http://www.grur.de/cms/upload/pdf/aktuelles/2007-08-17_07-07-27_Referentenentwurf_endg.pdf zu finden, wobei das Inkrafttreten in Deutschland im Gegensatz zu Österreich nicht rechtzeitig erfolgt ist.



Der Autor:

Mag. Hannes Seidelberger ist Geschäftsführer des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb und Mitglied der Arbeitsgruppe UWG im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit.

Foto Wilke

Publikationen des Autors:

Zahlreiche Publikationen zum Lauterkeits- und Onlinerecht sowie Betreuung der Website www.schutzverband.at mit umfangreichen Informationen zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb.

■ RdW 2008/25, 64

Ansprüche gegen Organmitglieder/ Gesellschafter im Konkurs der GmbH

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob Gläubigern der Gesellschaft, denen außerdem ein Anspruch gegen Organmitglieder zusteht, diesen Anspruch im Gesellschaftskonkurs geltend machen können. Der BGH hat die Frage unlängst bejaht, allerdings auf der Grundlage einer Vorschrift, die es in Österreich nicht gibt.

Dr. Hans-Georg
Koppensteiner, LL.M.
em. Univ.-Prof., Salzburg

1. Das Problem

1.1. Nach überwiegender, jedenfalls aber richtiger Auffassung steht Gläubigern der Gesellschaft, die ihre Forderungen nicht durchsetzen können, weil die GmbH¹⁾ infolge kridaträchtigen Verhaltens der Geschäftsführer insolvent geworden ist, ein auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Anspruch nach § 159 Abs 1 StGB iVm § 1311 ABGB zu²⁾. Ebenso haften Gesellschafter, die eine deliktstypische Sorgfaltspflicht verletzt haben³⁾. Umstritten ist demgegenüber, ob Vertragsgläubiger der Gesellschaft, die ihre Forderung nach dem Zeitpunkt erworben haben, in dem Konkursöffnung hätte beantragt werden müssen („Neugläubiger“), ein auf § 69 KO iVm § 1311 ABGB gestützter Anspruch gegen Geschäftsführer eventuell Gesellschafter oder Aufsichtsratsmit-

glieder zusteht. Der OGH bejaht die Frage⁴⁾, das Schrifttum ist geteilt⁵⁾. Keine einheitliche Meinung hat sich ferner hinsichtlich der Frage herausgebildet, ob der Anspruch in Durchgriffsfällen namentlich wegen Existenzvernichtung der Gesellschaft oder ihren Gläubigern zusteht⁶⁾.

1) Der folgende Text betrifft auch die AG. Ich habe das aber nicht im Einzelnen geprüft.

2) Näher dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 RN 39 ff, 43 ff mN zum Meinungsstand, auch *Koppensteiner*, JBl 2006, 681, 684 ff, kritisch dazu *U. Torggler*, JBl 2006, 809, 810.

3) *Koppensteiner/Rüffler*, aaO § 61 RN 33 mN.

4) Zuletzt OGH GesRZ, 2007, 266 mA *Schopper* = RWZ 2007, 169 mA *Wenger* = Ges 2007, 247 (obiter), ferner OGH *ecolex* 1998, 327.

5) Übersicht über den Meinungsstand bei *Koppensteiner/Rüffler* (FN 2) § 25 RN 38. Die Beantwortung der Frage hängt vom Normzweck der Konkursantragspflicht ab. Alternativ ist an culpa in contrahendo-Haftung des Geschäftsführers zu denken (dafür etwa *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG³, Bd 2, § 64 RN 64 ff, zurückhaltend *Koppensteiner/Rüffler*, aaO § 25 RN 48 mN).

6) Für die zweite Alternative *Koppensteiner/Rüffler*, aaO § 69 RN 38, speziell zur Existenzvernichtungshaftung *Koppensteiner* JBl 2006, 681, 693 f. Zu beachten ist, dass der BGH sein bisher für richtig gehaltenes Konzept der Existenzvernichtungshaftung als Außenhaftung durch „richterrechtlichen Gestaltungsakt“ auf Innenhaftung umgestellt hat. Anspruchsgrundlage soll nunmehr ausschließlich § 826 BGB (= § 1295 Abs 2 ABGB) sein. S BGH DB 2007, 1802 ff = ZIP 2007, 1552. Zustimmend *Paefgen*, DB 2007, 1907 ff, *Veller*, ZIP 2007, 1681 ff. Inwieweit die Gedankenführung dieses Urteils für Österreich ergiebig ist, bedürfte näherer Untersuchung.