

Beitrag aus:

100 Jahre Wettbewerbszentrale

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erich Greipl
Bad Homburg

und

Dr. jur. Reiner Münker
Bad Homburg

Deutscher Fachverlag GmbH
Fachmedien Recht und Wirtschaft

ISBN 978-3-8005-1558-5

UWG in Österreich und Deutschland

Ein rechtsvergleichender Überblick der Entwicklung des Lauterkeitsrechts dieser Nachbarstaaten

Mag. Hannes Seidelberger

I. Einleitung

Die Entwicklung des deutschen und des österreichischen UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) ist so eng miteinander verknüpft wie die Geschichte der Wettbewerbszentrale mit dem Schutzverband in Österreich. Die Idee zur Gründung des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb ergab sich aufgrund einer Präsentation der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs am Bundestag des deutschen Textileinzelhandels im Jahr 1953, dem auch österreichische Vertreter beiwohnten. Es liegt auf der Hand, als „österreichischen“ Beitrag zu diesem Jubiläum einen auch historischen Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem österreichischen Lauterkeitsrecht zu ziehen. Der Schwerpunkt liegt auf der Darstellung der österreichischen Rechtslage, um es den deutschen Lesern zu ermöglichen, Parallelen, aber auch Unterschiede zwischen den bestehenden Regelungen zu erkennen und in die Praxis umzusetzen. Allerdings kann nur eine Übersicht ohne Anspruch auf Vollständigkeit geboten werden.

II. Die Anfänge des UWG

Von Anfang an war die österreichische Rechtsentwicklung sehr stark mit den deutschen Regelungen verbunden bzw. knüpfte oft daran an. Das österreichische UWG¹ wurde 1923 beschlossen und folgte dem Aufbau des deutschen Gesetzes (dUWG 1909²). Die enge Anlehnung an die deutschen Tatbestände erfolgte „zum höheren Zwecke, zu einer Vereinheitlichung des Rechtszustands auf diesem, für das Wirtschaftsleben so wichtigen Gebiet.“³

Auch die weitere Beschlussfassung des österreichischen Lauterkeitsrechts war eng an die deutschen Bestimmungen gekoppelt. So galt das Rabattgesetz von 1933⁴ sowohl in Deutschland als auch in Österreich. Und das österreichische Zugabengesetz von 1934⁵ nahm sich wiederum die deutsche Zugabenverordnung von 1932 zum

1 Dieses erste österreichische UWG trat am 1.12.1923 in Kraft (BGBl 1923/531).

2 Das deutsche UWG war als Anlage der Erläuterungen zur Regierungsvorlage beigelegt.

3 Ausführlicher dazu *Handig/Wiebe*, in: Wiebe/G. Kodek, Kommentar zum UWG (2009) [Einleitung] [Rz 8].

4 StF 25.11.1933, RGBI I S 1011.

5 StF BGBl 1934/196.

Vorbild. Schließlich orientierte sich die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) in Österreich regelmäßig an Entscheidungen des BGH, um hier eine einheitliche Entwicklung aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung zu gewährleisten.

III. Die großen UWG-Novellen

Nach diesen Jahrzehnten des Gleichklangs auch in der Nachkriegszeit war es der österreichische Gesetzgeber, welcher mit dem Wettbewerbsderegulierungsgesetz von 1992⁶ eine erstmals teilweise unterschiedliche Rechtslage schuf. So wurden im Zuge dieser Liberalisierung die Rabattbeschränkungen aufgehoben. Die Regelungsinhalte des Zugaberechts wurden in das UWG aufgenommen. Nach dieser Novelle galt das deutsche UWG als das strengste Lauterkeitsrecht der Welt.

Auch aufgrund dieser Bewertung entschied sich bekanntlich der deutsche Gesetzgeber, das Rabattgesetz und die Zugabenverordnung 2001 ersatzlos aufzuheben. Gleichzeitig wurde mit dem Vorhaben einer umfassenden Reform des Lauterkeitsrechts begonnen, welche zu dem aktuell geltenden deutschen UWG 2004 führte.

Diese umfassende Überarbeitung wurde in Österreich nicht mehr nachvollzogen, sondern wie in Belgien insbesondere Beschränkungen von Zugaben und Ausverkäufen zum Schutz vor Irreführung und gegenseitiger Übersteigerung beibehalten. Vielmehr war die seit dem Wettbewerbsderegulierungsgesetz 1992 bisher größte UWG-Novelle 2007⁷ davon geprägt, die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der Union (UGP-Richtlinie)⁸ umzusetzen und die unlauteren, aggressiven und irreführenden Geschäftspraktiken ebenso wie die so genannte schwarze Liste aufzunehmen.⁹ Während in Deutschland nur mehr kleinere Anpassungen des UWG 2004 bezüglich dieser Richtlinie mit einer Novelle 2008 vorgenommen wurden, entschied sich der österreichische Gesetzgeber für eine weitestgehend wortgetreue Umsetzung.¹⁰

IV. Die Rechtsprechung des EuGH

Die entscheidende Entwicklung der letzten Jahre im Lauterkeitsrecht ist dessen Europäisierung, welche nach der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung¹¹ insbesondere durch die erwähnte UGP-Richtlinie erfolgte. Allerdings ergab sich bei der ersten Umsetzung dieser Richtlinie noch keine erneute Annäherung zwi-

6 BGBl 1992/147.

7 BGBl I 2007/79; einen umfassenden Überblick bietet die Sonderausgabe von Recht und Wettbewerb (RuW) Nr. 170 (diese halbjährlich erscheinende Mitgliederzeitschrift des Schutzverbandes ist elektronisch abrufbar unter [www.schutzverband.at/News/Recht und Wettbewerb](http://www.schutzverband.at/News/Recht_und_Wettbewerb)).

8 RL-UGP 2005/29/EG.

9 An Neuerungen außerhalb der Umsetzung wurden nur ein Auskunftsanspruch nach § 14a UWG und die Möglichkeit der Vorauszahlung von Urteilsveröffentlichungskosten gemäß § 25 Abs. 6 UWG aufgenommen.

10 Siehe zum Stand 2008 *Marcella Prunbauer*, Das deutsche UWG nach Umsetzung der RL-UGP im Vergleich zur österreichischen Rechtslage, RuW Nr. 173, abrufbar unter www.schutzverband.at.

11 Nunmehr kodifizierte Fassung RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung.

schen dem neuen deutschen UWG und dem österreichischen UWG, da sich nur der österreichische Gesetzgeber von der Diktion her stark an den Vorgaben der UGP-Richtlinie orientierte.

Im Gegensatz hat das österreichische UWG zahlreiche Sonderbestimmungen wie das Zugabenverbot im § 9a und die Ausverkaufsbestimmungen der §§ 33a ff. unverändert beibehalten, weil man davon ausgegangen ist, dass diese Bestimmungen mit der UGP-Richtlinie vereinbar sind. So stammen diese Regelungen aus einer Zeit, wo das UWG allein den Mitbewerberschutz verfolgte, während die UGP-Richtlinie nur den Verbraucherschützenden Teil des UWG betrifft.

Dieser Ansicht folgte der EuGH aber nicht und stellte in seinen drei bekannten Entscheidungen bezüglich des belgischen Koppelungsangebotes,¹² des deutschen Gewinnspielkoppelungsverbotes¹³ und des österreichischen Zugabenverbotes¹⁴ fest, dass solche Beschränkungen in Form von per se-Verboten europarechtswidrig sind, sofern sie Ankündigungen betreffen, die sich (auch) an Verbraucher richten.

In weiterer Folge wurden dem EuGH vom OGH die österreichischen Ausverkaufsvorschriften zur Prüfung vorgelegt, wobei das Verfahren noch läuft.¹⁵ Diese Bestimmungen enthalten im Gegensatz zu den Koppelungstatbeständen kein allgemeines per se-Verbot, sondern machen die Zulässigkeit der Ankündigung eines Ausverkaufs, wo der Werbende durch besondere Umstände genötigt ist und diese auch zum Ausdruck bringt, von einer vorherigen Bewilligung einer Behörde abhängig. Der EuGH wird zu entscheiden haben, ob eine solche ex-ante Prüfung durch eine Behörde möglich ist, wenn die Rahmenbedingungen der UGP-Richtlinie entsprechen. Besonders diskutiert wird in Österreich die Frage, wie weit diese Harmonisierung geht und ob auch andere Verbote bzw. Regelungen im und außerhalb des UWG betroffen sein können.¹⁶ Außerdem ist ein aktuelles Vorlageverfahren betreffend der beruflichen Sorgfalt bei Irreführung anhängig, und zwar ob bei irreführenden Geschäftspraktiken eine gesonderte Prüfung der Kriterien des Art. 5 Abs. 2 lit a der UGP-Richtlinie unzulässig ist.¹⁷

V. Aufbau des österreichischen UWG im Vergleich zum deutschen UWG

1. Zweck des UWG

Bei einem Vergleich der Struktur zeigen sich zwar noch immer gewisse Parallelen, aber auch viele Unterschiede. Die in den Anfängen teilweise identen Tatbestände finden sich nicht mehr und beide Regelungswerke sind mittlerweile als eigenständige Konzepte zu sehen.

12 EuGH 23.4.2009, C-261/07 und C-299/07.

13 EuGH 14.1.2010, C-304/08.

14 EuGH 9.11.2010, C-540/08.

15 OGH 12.4.2011, 4 Ob 154/10s und EuGH C-206/11 Köck. Alle erwähnten Entscheidungen des OGH sind unter www.ris.bka.gv.at und dann Judikatur und schließlich Justiz im Volltext abrufbar.

16 W. Schubmacher, Das Ende der österreichischen per se-Verbote von „Geschäftspraktiken“ gegenüber Verbrauchern, wbl 2010, 612 oder Handig, Zahlreiche unzulässige „per se“-Verbote im Gefolge der RL-UGP, ÖBl 2011/147.

17 OGH 5.7.2011, 4 Ob 27/11s.

Das deutsche UWG enthält im § 1 den Zweck des Gesetzes und hält fest, dass es dem Schutz der Mitbewerber, Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer dient. Eine solche ausdrückliche Zweckbestimmung ist im österreichischen UWG nicht enthalten. Allerdings wird auch einhellig die Ansicht vertreten, dass alle Marktteilnehmer geschützt sind.

2. Definitionen im UWG

Im § 2 des deutschen UWG finden sich sieben Definitionen, wobei Begriffe gewählt wurden, welche nicht vollkommen ident mit jenen der UGP-Richtlinie sind. Auch das österreichische UWG enthält seit der letzten Novelle 2007 Definitionen, und zwar acht an der Zahl im § 1 Abs. 4. Interessant ist dabei, dass nur der Begriff „Verhaltenskodex“ vollkommen wortgleich ist. Praktisch deckungsgleich sind die Definitionen der „fachlichen Sorgfalt“ im deutschen UWG und der „beruflichen Sorgfalt“ im österreichischen UWG. In die gleiche Richtung gehen auch die „geschäftliche Handlung“ in der deutschen Liste und die „Geschäftspraktik“ im österreichischen Katalog. Ansonsten werden unterschiedliche Begriffe definiert, wobei sich die österreichische Diktion mehr an den Vorgaben in der UGP-Richtlinie orientiert.

VI. Die einzelnen Tatbestände im österreichischen UWG

1. Unlautere Geschäftspraktiken

Das österreichische UWG beginnt genau so wie das deutsche UWG mit der großen Generalklausel der Unlauterkeit, wobei die Überschrift unlautere Geschäftspraktiken verwendet wird. Im deutschen UWG spricht der § 3 vom Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen.

Allerdings ist das Verbot der unlauteren Geschäftspraktiken beim österreichischen UWG im Gegensatz zur deutschen Rechtslage geteilt. Im § 1 Abs. 1 Z 1 öUWG wird die Unlauterkeit bei Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen geregelt, während in der Z 2 das nach der UGP-Richtlinie umzusetzende Verbot unlauterer Geschäftspraktiken bei Widerspruch gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht (zum Schutz von Verbrauchern) zu finden ist.

Weiters wurde beim Unternehmertatbestand neben dem Verbot der unlauteren Geschäftspraktik auch jene der sonstigen unlauteren Handlung mit der UWG-Novelle 2007 eingeführt. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Geschäftspraktik nach der UGP-Richtlinie eher eng definiert ist. Mit diesem zweiten Begriff werden die bisherigen Verstöße gegen die guten Sitten im Mitbewerberbereich erfasst, auch wenn sie nicht als Geschäftspraktik im Sinne dieser europarechtlichen Definition zu verstehen wären. Schließlich wurde mit der erwähnten Novelle im Gesetz ein ausdrückliches Spürbarkeitserfordernis eingeführt, nachdem die Eignung der unlauteren Handlung vorliegen muss, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Dabei knüpfte man allerdings an bestehende Rechtsprechung des OGH an.

Der § 1 Abs. 2 öUWG regelt in vergleichbarer Weise wie der § 3 II dUWG die Vorgaben der UGP-Richtlinie zum Durchschnittsverbraucher. Schließlich hält der

§ 1 Abs. 3 öUWG fest, dass unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche sind, die aggressiv im Sinne des § 1a oder irreführend im Sinne des § 2 öUWG sind.

Während das deutsche UWG im § 4 Beispiele unlauterer Handlungen anführt, enthält das österreichische UWG (abgesehen von der Schwarzen Liste gemäß der UGP-Richtlinie) keine solche nähere Darstellung. In der österreichischen Literatur und Rechtsprechung orientiert man sich weiter an den schon lange bestehenden Fallgruppen Behinderung, Ausbeutung, Rechtsbruch und Kundenfang.¹⁸

a) Rechtsbruch

Der Rechtsbruch ist zahlenmäßig die bei weitem bedeutendste Fallgruppe in der Rechtsprechung des österreichischen Lauterkeitsrechts. Laut OGH gilt folgender Leitsatz: „Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 UWG in der geltenden Fassung zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.“¹⁹

Ein Wettbewerbsverstoß kann bei einem Verstoß gegen jede generelle Norm vorliegen, egal ob sie wettbewerbsregelnd ist oder nicht. Allerdings ist eine unlautere Handlung zu verneinen, wenn die Rechtsauslegung vertretbar ist. Dieses Erfordernis führt immer wieder dazu, dass im Wettbewerbsverfahren von den Zivilgerichten nicht über die richtige Auslegung, sondern nur über die Vertretbarkeit der Rechtsansicht des Beklagten abgesprochen wird. Laut OGH ist die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit bei vertretbarer Rechtsauslegung dem Verwaltungsgerichtshof vorbehalten. Nur beim UWG und dem Beihilfenverbot als direkt im Zivilverfahren durchzusetzende Norm wird jedenfalls in der Sache entschieden.²⁰

Zum Rechtsbruch zählt auch der Vertragsbruch, welcher laut österreichischer Rechtslage nur dann nach dem UWG verfolgbar ist, wenn zur Vertragsverletzung besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten, welche ein wettbewerbswidriges Verhalten begründen. Interessanterweise sind hier vor kurzem parallele Entscheidungen des OGH und des BGH zur Kontrolle von AGB (Allgemeiner Geschäftsbedingungen) über das UWG ergangen. Der OGH bejahte erstmals, dass die Verwendung unzulässiger AGB als sonstige unlautere Handlung zu qualifizieren ist und damit über das UWG so wie im konkreten Fall das Verlangen eines Deinstallationsentgeltes eines Mobilfunknetzbetreibers verfolgt werden kann.²¹ Auch der BGH

18 Beispielsweise *Heidinger*, in: Wiebe/G. Kodek, UWG 2009 [§ 1].

19 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b; ausführlich zu dieser Leitentscheidung unter anderem *Marcella Prunbauer*, Rechtsprechung zum unlauteren Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, RuW Nr. 171, abrufbar unter www.schutzverband.at.

20 Zum unmittelbar anwendbaren Beihilfenverbot zuletzt OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i, ÖBl-LS 2010/93 mit Anm. *Wasserer*.

21 OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a, wbl 2010, 366.

sah einen in den AGB enthaltenen Gewährleistungsausschluss als Verstoß gegen das UWG an und führte aus, dass eine Geschäftspraktik, die einer in Umsetzung des Unionsrechtes erlassenen nationalen Vorschrift wie hier § 475 BGB entgegensteht, regelmäßig den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne der UGP-Richtlinie widerspricht.²²

b) Behinderung

Eine unlautere Behinderung liegt laut OGH beim österreichischen UWG vor, wenn ein Wettbewerber durch eine bestimmte Maßnahme zu erreichen sucht, dass der Mitbewerber seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann. Diese Fallgruppe beinhaltet unterschiedlichste Fallgruppen von Absatz-, Werbe- und Bezugsbehinderung. Insbesondere die Herabsetzung von Mitbewerbern ist als Verstoß gegen den Sachlichkeitsgrundsatz unlauter, was vor allem bei aggressiven Tendenzen oder pauschalen Abwertungen der Fall ist. Ein detaillierter Vergleich ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich, aber die Rechtsprechung dürfte zumindest in den Grundsätzen in Deutschland und Österreich gleich sein, zumal sich auch im deutschen UWG im § 4 Nr. 10 das Verbot der gezielten Behinderung von Mitbewerbern findet.

c) Ausbeutung

Der nachahmende Wettbewerb ist grundsätzlich zulässig, soweit nicht Ausschließlichkeitsrechte aufgrund von Sondergesetzen bestehen. Die Nachbildung fremder Erzeugnisse ist nur unter besonderen Umständen unlauter. Es handelt wettbewerbswidrig gemäß § 1 öUWG, wer ohne jede Leistung, ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang das ungeschützte Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so den Geschädigten mit dessen eigener mühevoller und kostspieliger Leistung Konkurrenz zu machen. Weiters ist nicht nur eine Nachahmung in allen Einzelheiten („sklavische Nachahmung“) unlauter, sondern auch eine bewusste Nachahmung, durch welche die Gefahr von Verwechslungen herbeigeführt wird und wo eine andersartige Gestaltung zumutbar gewesen wäre („vermeidbare Herkunftstäuschung“).

Die neben einer Eigenart weiters notwendige „Verkehrsbekanntheit“ ist auch dann anzunehmen, wenn das Publikum das Erzeugnis (noch) nicht einem bestimmten Unternehmen zuordnet. Um eine solche Herkunftsvorstellung auszulösen, muss z.B. eine nachgeahmte Werbung nicht nur eigenartig sein, sondern im Verkehr einen solchen Grad von Bekanntheit erlangt haben, dass man von einem Erinnerungsbild, von einem geistigen Fortleben der Werbung im Gedächtnis des Publikums sprechen kann. Die berühmte Marke ist auch davor geschützt, branchenübergreifend schmarotzerisch ausgebeutet zu werden.

²² BGH 31.3.2010, I ZR 34/08; ausführlich dazu z.B. *Marcella Prunbauer*, AGB Kontrolle über das UWG?, RuW Nr. 176, abrufbar unter www.schutzverband.at.

In Deutschland findet sich dazu wiederum ein eigener Tatbestand im § 4 Nr. 9 dUWG. Hier zeigt sich ebenfalls eine historisch gewachsene Vergleichbarkeit, auch wenn sich bei einzelnen Abgrenzungen Unterschiede ergeben können, welche hier nicht im Detail untersucht worden sind.

d) Kundenfang

Unzulässiger Kundenfang liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Verkehrskreise in unsachlicher Weise beschränkt und dadurch ausgenutzt wird. Diese Fallgruppe überschneidet sich oft mit den aggressiven und irreführenden Geschäftspraktiken, welche für den B2C-Bereich durch die UGP-Richtlinie vorgegeben sind.

Das Einspannen von Autoritätspersonen für die Absatzwerbung kann wettbewerbswidrig sein, wenn damit die Gefahr begründet wird, dass der potentielle Kunde seine Entscheidung aufgrund sachfremder Erwägungen trifft. Werbung durch unerbetene Telefonanrufe ist unlauter, wenn der Angerufene nicht zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis dazu erteilt hat. Auch ein Anruf, der nur dazu dient, einen erstmaligen Kontakt zu potentiellen Kunden herzustellen und ihre Zustimmung zu einem telefonischen Werbegespräch einzuholen, ist ein „Anruf zu Werbezwecken“ und laut OGH grundsätzlich unzulässig. Ebenso ist Telefax- und E-Mail-Werbung unlauter im Sinne des § 1 öUWG, wenn der Anschlussinhaber die Werbesendung weder gewünscht hat, noch der Werbende nach den Umständen ein solches Einverständnis voraussetzen konnte. Ein entsprechendes Verbot findet sich außerdem im § 107 Telekommunikationsgesetz (TKG), egal ob sich diese Formen der Werbung an Verbraucher oder Unternehmer richten.

Allerdings ist nach der TKG-Novelle 2003 eine vorherige Zustimmung für E-Mail-Werbung an Verbraucher dann nicht mehr notwendig, wenn der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Die entsprechenden Regelungen dazu in Deutschland finden sich in § 7 dUWG als unzumutbare Belästigungen. Als unterschiedlich ist festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern differenziert und ein Mal eine ausdrückliche, das andere Mal nur eine mutmaßliche Einwilligung verlangt.

2. Aggressive Geschäftspraktiken

Das Richtlinienverbot der aggressiven Geschäftspraktiken ist in Österreich im mit der UWG-Novelle 2007 neu eingeführten Tatbestand des § 1a öUWG erfasst, während man diese Fallgruppe als eigenen Rechtsbegriff oder Tatbestand des deutschen UWG vergeblich sucht. Der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass die Vorgaben der

RL-UGP bereits inhaltlich von § 4 Nr. 1 und Nr. 2 dUWG erfasst waren. Die ersten Entscheidungen in Österreich haben insbesondere unzumutbare Belästigungen betroffen, wobei das die Rechtsprechung wohl schon vor der UWG-Novelle 2007 als unlauter bzw. sittenwidrig angesehen hätte.²³

3. Irreführende Geschäftspraktiken

Bei den irreführenden Geschäftspraktiken unterscheidet sich die materielle Rechtslage in den beiden Staaten nur durch die unterschiedlichen Formulierungen, nachdem durch die UGP-Richtlinie und die Richtlinie über irreführende Werbung eine Voll- bzw. Mindestharmonisierung hergestellt wurde. In Österreich übernahm der Gesetzgeber zumindest Teile der UGP-Richtlinie wortwörtlich in einen ausführlichen § 2 öUWG. Zu dem neuen Tatbestand des Imitationsmarketing im UWG ergingen schon einige Entscheidungen.²⁴ Aktuell stellte der OGH klar, dass eine Verwechslungsgefahr nur einen Verstoß gegen § 2 UWG verwirklicht, wenn Verkehrsgeltung vorliegt. Hier knüpfte er an die deutsche Literatur an, wonach Verwechslungsgefahr nur bestehen kann, wenn die Bezeichnung bzw. Produktaufmachung von einem relevanten Teil des Verkehrs als Herkunftshinweis gesehen wird.²⁵

In Deutschland sind die irreführenden geschäftlichen Handlungen in § 5 und ein eigener § 5a für die Irreführung durch Unterlassung zu finden. In der Praxis wird hier die größte Übereinstimmung gegeben sein, da schon vor der UGP-Richtlinie keine wesentlichen Unterschiede bei der Beurteilung einer Irreführungseignung zu erkennen waren.

Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich aber bei einer formellrechtlichen Frage. So gibt es in Deutschland eine die Transparenz der Werbung und die Verfolgbarkeit von bestimmten Irreführungstatbeständen erleichternde Rechtsvermutung bei Preisherabsetzungswerbung in § 5 IV dUWG, welche im österreichischen UWG nicht enthalten ist.

4. Vergleichende Werbung

Die vergleichende Werbung ist im österreichischen UWG seit der UWG-Novelle 2007 in einem eigenen § 2a geregelt und auch das deutsche UWG enthält eine eigene Bestimmung dazu in § 6. Während die Formulierungen unterschiedlich sind, werden sich auch hier zumindest in den Grundsätzen keine wesentlichen Abweichungen bei der Beurteilung ergeben.

23 Zu einer Entscheidung siehe *Marcella Prunbauer*, Belästigende unaufgeforderte Werbung – erste Judikatur zum Schwarze-Liste-Verbot der Z 26 des Anhangs zum UWG, RuW Nr. 175, abrufbar unter www.schutzverband.at.

24 OGH 12.5.2009, 17 Ob 7/09t, erläutert von *Marcella Prunbauer*, „Das blaue Wunder“ – erste Judikatur zum neuen Imitationsmarketingtatbestand im UWG, RuW Nr. 174, abrufbar unter www.schutzverband.at (siehe allerdings nächste Fn.).

25 OGH 18.10.2011, 17 Ob 26/11i, *ecolex* 2012/64 mit Anm von *Zemann* über die Abkehr des OGH von der bisherigen Rechtsprechung.

5. Weitere Bestimmungen im UWG

In diesem Bereich zeigt sich eine erheblich unterschiedliche Rechtslage, was sich aus der erläuterten historischen Entwicklung der letzten Jahre ergibt. Konkret gibt es im österreichischen UWG einige Sondertatbestände, welche in Deutschland schon aufgehoben wurden. Allerdings ist der Bestand dieser Regelungen zum Teil unsicher, nachdem diese in einzelnen Fällen bereits Gegenstand von Vorlageverfahren vor dem EuGH sind oder waren. In weiterer Folge werden jene Tatbestände beleuchtet, welche in der Praxis von größerer Bedeutung sind.

a) Zugabenverbot

Das Zugabenverbot des § 9a im österreichischen UWG wurde, wie bereits dargestellt, vom EuGH für Ankündigungen gegenüber Verbrauchern als europarechtswidrig angesehen.²⁶ Zum Zeitpunkt der Abgabe dieses Beitrages am 15.3.2012 ist diese Bestimmung unverändert im Gesetz zu finden. Dafür findet sich auch noch ein Anwendungsbereich, nachdem der OGH entschied, dass das generelle Verbot der Ankündigung von Zugaben und deren Gewährung gegenüber Unternehmern weiterhin aufrecht und nicht verfassungswidrig ist.²⁷ Das gilt allerdings nur für Werbeaktionen, wo Unternehmer auch spürbar angesprochen werden. Bei einer Ankündigung in Form einer „sensationellen Geschenktion“ und „Jubiläumsgeschenken“ bei Möbelkäufen in Form von Zugaben, deren Wert sich nach gestaffelten Einkaufsbeträgen bis zu einem Kleinwagen als Gratis-Zugabe bei einer Einkaufssumme ab 50.000 Euro erhöhte, war das nicht der Fall. Das ergab sich aus den hier verwendeten nicht unternehmensspezifischen Werbemedien oder ließe sich in anderen Fällen etwa aus Anmerkungen wie „Abgabe nur in Haushaltsmengen“ oder „Aktion gilt nicht für Wiederverkäufer“ ableiten.²⁸

b) Ausverkaufsvorschriften

Die Ankündigung eines Ausverkaufes ist gemäß § 33b UWG nur mit Bewilligung der nach dem Standort des Ausverkaufes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zulässig. Als Ankündigung eines Ausverkaufes im Sinne des § 33a Abs 1 UWG wird eine Mitteilung verstanden, die auf die Absicht schließen lässt, Waren in größeren Mengen beschleunigt im Kleinverkauf abzusetzen, und welche zugleich geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, dass der Gewerbetreibende durch besondere Umstände genötigt ist, beschleunigt zu verkaufen und deshalb seine Waren zu außerordentlich vorteilhaften Bedingungen oder Preisen anbietet.

Umstände, die darauf schließen lassen, dass der Gewerbetreibende genötigt ist, beschleunigt zu verkaufen, können z. B. die Einstellung des Gewerbebetriebs, die Auffassung einer bestimmten Warengattung, die Übersiedlung des Geschäfts, ein Elementarereignis oder eine im Geschäftslokal beabsichtigte Bautätigkeit sein. Aller-

26 Einen Überblick dazu bietet *Marcella Prunbauer*, Zugaben und Koppelungsangebote – wie weit geht die Liberalisierung durch die Rechtsprechung?, RuW Nr. 177, abrufbar unter www.schutzverband.at.

27 OGH 22.11.2011, 4 Ob 162 /11v.

28 OGH 20.12.2011, 4 Ob 121/11i.

dings wurden diese Regelungen wie erwähnt vom OGH dem EuGH vorgelegt und es wird abzuwarten sein, ob sie europarechtlich Bestand haben können.

c) Erlagscheinwerbung

Mit Wirksamkeit vom 1.4.2000 wurde als Reaktion auf das immer stärker um sich greifende Unwesen irreführender Werbeaussendungen für Branchenbücher, Register usw. (laut Diktion in Deutschland „Adressbuchschwindel“) der § 28a UWG als Spezialbestimmung eingeführt. Danach ist es ausdrücklich verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes für Eintragungen in Verzeichnisse, wie etwa Branchen-, Telefon- oder ähnliche Register, mit Zahlscheinen, Erlagscheinen, Rechnungen, Korrekturangaben oder ähnlichem zu werben oder diese Eintragungen auf solche Art unmittelbar anzubieten, ohne entsprechend unmissverständlich und auch grafisch deutlich darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot handelt.

Es ist damit also eine *lex specialis* zu den unlauteren und irreführenden Geschäftspraktiken geschaffen worden, die gerade auf die oben beschriebenen verpönten Werbeaussendungen abzielt. Nachdem davon nur Unternehmer betroffen sind, ist diese Bestimmung mit der UGP-Richtlinie vereinbar. Vielmehr wird sie vom Europäischen Parlament als Musterbeispiel für eine besonders effektive Verfolgung dieser Aktivitäten angesehen und gibt es Bestrebungen der Europäischen Kommission, europaweit für eine effizientere Verfolgung dieser Schwindelfirmen zu sorgen.²⁹

Auch in diesem Bereich ergingen kürzlich praktisch gleich lautende richtungsweisende Entscheidungen des OGH und des BGH. So hielt der OGH zu einem Werbeformular für ein so genanntes Branchenregister fest, dass Aussendungen dann nicht detailliert studiert werden müssen, wenn diese durch ihre Gestaltung nur eine Datenergänzung vortäuschen. Legt man den laut OGH hier notwendigen strengen Maßstab zugrunde, so ist ein Verstoß gegen § 28a UWG nicht schon dann zu verneinen, wenn dem Erklärungsempfänger der Angebotscharakter des Werbeschreibens „bei näherer Befassung“ bewusst sein muss. Dass Unternehmer für ihre Geschäftspost ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit aufwenden, bedeutet nicht, dass sie Aussendungen auch dann detailliert studieren müssten, wenn diese schon durch ihre (geschickte) Gestaltung die naheliegende Erwartungshaltung hervorrufen, es wäre nur etwas zu ergänzen und wieder zurückzusenden.³⁰

Der BGH führte in seiner Beurteilung zu der Aussendung für ein Branchenbuch aus, dass bei flüchtiger Betrachtung des Anbotsschreibens, worauf es der Beklagte abgesehen hatte, der unzutreffende Eindruck vermittelt wurde, die beworbene Leistung sei bereits bestellt. Besonders deutlich stellte der BGH bei dieser gerade auf flüchtiges Lesen ausgerichteten Werbung fest, es könne – ebenso wie bei einer „dreisten Lüge“ – auch davon ausgegangen werden, dass ein ausreichender Teil des so angesprochenen Verkehrs getäuscht werde. Damit liegt eine Verschleierung im Sinne von

²⁹ Siehe ausführlich *Marcella Prunbauer*, Stopp der Internet-Branchenregister-Abzocke – lauterkeitsrechtliches Fruchtziehungsverbot bestätigt, RuW Nr. 178, abrufbar unter www.schutzverband.at.

³⁰ OGH 21.6.2011, 4 Ob 45/11p.

§ 4 Nr. 3 dUWG und eine Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 d UWG vor, weil das äußere Erscheinungsbild dieser geschäftlichen Handlung so gestaltet wurde, dass die Marktteilnehmer den geschäftlichen Charakter nicht klar und eindeutig erkennen.³¹

d) Weitere Tatbestände

Im österreichischen UWG finden sich noch einige Sondertatbestände, wobei vor allem das Verbot des Hinweises auf eine Konkursmasse beim Verkauf von Waren in § 30 UWG praktische Relevanz hat. Eine Anwendung ist aber mit Vorbehalt zu sehen, weil solche per se-Verbote mit der UGP-Richtlinie unvereinbar sein können.

6. Anhang zum UWG

Beide Rechtsordnungen haben die so genannte Schwarze Liste als Anhang zum UWG umgesetzt. Die Handlungen des Anhangs sind gemäß § 3 dUWG nur Verbrauchern gegenüber stets unzulässig, während in Österreich diese Verbote ohne Beschränkung auf den B2C-Bereich umgesetzt wurden, soweit nicht die einzelnen Tatbestände ausschließlich auf ein Verhalten gegenüber Verbrauchern abstellen. Weiters weicht die deutsche Fassung des Anhangs häufig von der UGP-Richtlinie und damit auch vom österreichischen Pendant ab.

7. Prozessuale Vorschriften

Zu diesem Bereich ist festzuhalten, dass hier aufgrund der fehlenden Harmonisierung zahlreiche Unterschiede bestehen, welche aber den Rahmen dieses Beitrages sprengen und Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein müssten. Zumindest die Verjährungsfrist von sechs Monaten ist gleich geregelt, aber der Ablauf des Verfahrens wie andere Regelungen weichen erheblich voneinander ab. So findet sich in Österreich beispielsweise bei den Anspruchsgrundlagen kein Gewinnabschöpfungsanspruch, welcher allerdings in Deutschland soweit ersichtlich bisher keine große praktische Relevanz erlangte. Weiters gibt es keine Regelung zur Abmahnung wie in § 12 dUWG und es kann in Österreich gleich eine Unterlassungsklage eingebracht werden. Die Gerichtszuständigkeit richtet sich immer nach dem Sitz des Beklagten. Die Hinterlegung einer Schutzschrift ist im österreichischen Verfahrensrecht nicht vorgesehen. Bei jedem grenzüberschreitenden Sachverhalt ist es zielführend, einen Rechtsanwalt vor Ort beizuziehen.

VII. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Die österreichische und deutsche Rechtsentwicklung im Lauterkeitsrecht waren immer eng miteinander verbunden. Allerdings hat es in den letzten Jahren eigenständige Entwicklungen gegeben und kann von einem durchgehenden Gleichklang wie in den Anfängen des UWG keine Rede mehr sein. Langfristig wird die europäische Harmo-

31 BGH, Urteil 30.6.2011, I ZR 157/10 – Branchenbuch Berg.

nisierung wieder zu einer stärkeren Annäherung führen. Und nachdem die Regelungen zum unlauteren Wettbewerb in Europa insgesamt sehr unterschiedlich sind, kann man zweifellos behaupten, dass sich Österreich und Deutschland trotz einiger feiner Unterschiede innerhalb der Europäischen Union noch immer am Nächsten stehen. In diesem Sinne lohnt sich jeder Blick über die Grenze und die vielfältigen Austauschmöglichkeiten werden weiterhin sehr fruchtbar bleiben.³²

32 Siehe zu den ersten Entscheidungen nach der Umsetzung der UGP-RL in Österreich *Seidelberger*, Erste Erfahrungen mit der UWG-Novelle 2007, RuW Nr. 172; weitere interessante Entscheidungen sind ebenfalls unter www.schutzverband.at abrufbar, wobei hier ein kostenloser Newsletter bestellt werden kann, falls man als deutscher Rechtsanwender über die österreichische Entwicklung des Lauterkeitsrecht informiert bleiben will.