

---

# Erster Abschnitt:

## Aufgabe und Zweck des Wettbewerbsrechts

### A. Systematik des Wettbewerbsrechts

Unter dem Begriff des Wettbewerbsrechts fasst man diejenigen rechtlichen Vorschriften zusammen, die unmittelbar das **Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln**. Ausgangspunkt dabei ist die grundlegende Überlegung, dass freier Wettbewerb in Verbindung mit der Privatautonomie ein Steuerungsinstrument für den Austausch von Waren und Dienstleistungen darstellt, das anderen Verteilungsmechanismen überlegen ist.

Dabei hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass wirtschaftlicher Wettbewerb nicht schrankenlos geführt werden kann, sondern eines ordnungspolitischen und rechtlichen Regelungsrahmens bedarf, um den Wettbewerb funktionsfähig zu halten. Rechtliche Regelungen wie Privateigentum und Privatautonomie stellen sicher, dass Wettbewerb schlechthin möglich ist. Darüber hinaus hat das Wettbewerbsrecht die Aufgabe, sicher zu stellen, dass der Wettbewerb einerseits nicht ausgeschaltet wird und andererseits nur mit Mitteln des Leistungswettbewerbs geführt wird.

Diese grundsätzlichen Aufgaben des Wettbewerbsrechts erfüllen auf der einen Seite das **Recht gegen den unlauteren Wettbewerb (Wettbewerbsrecht im engeren Sinn, Lauterkeitsrecht)**, das Gegenstand dieses Skriptums ist, sowie das **Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht)**, das Gegenstand des Skriptums Kartellrecht ist. Die beiden Rechtsgebiete stehen aber nicht isoliert nebeneinander, sondern regeln den Wettbewerb aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb soll sicherstellen, dass Wettbewerb nicht schrankenlos erfolgt, sondern nur mit leistungsgerechten Mitteln geführt wird. Damit wird dieser Gedanke des leistungsgerechten Wettbewerbs oder Leistungswettbewerbs zum zentralen Zweck des UWG. Er bedeutet, dass Unternehmen im Wettbewerb um Geschäftsabschlüsse mit ihrer eigenen Leistung reüssieren sollen und nicht etwa durch irreführende Praktiken oder die unlautere Behinderung des Konkurrenten. Das Kartellrecht hat den Zweck, Wettbewerbsbeschränkungen, wie Preisabsprachen oder die Behinderung des Wettbewerbs durch marktbeherrschende Unternehmen, zu verhindern. Es sichert damit ebenfalls den Leistungswettbewerb, indem verhindert wird, dass Unternehmen den Wettbewerb untereinander ausschalten. Damit bleiben die Bedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb erhalten.

Neben dem UWG und dem Kartellrecht zählt auch das **Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG)** zum Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn. Hier finden sich Bestimmungen zum kaufmännischen Wohlverhalten, mit denen Konstellationen im großer Nachfragemacht erfasst werden sollen. Dies hat den Hintergrund, dass marktstarke Händler ihren Lieferanten häufig sachlich nicht gerechtfertigte Sonderkonstellationen abnötigen (sog Anzapfen), was einem Leistungswettbewerb entgegensteht. Darüber hinaus bestehen in §§ 5a ff FWBG Sonderwertungen zum Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen, wobei hier für die private Rechtsdurchsetzung auf das UWG verwiesen wird.

Auch das **Immaterialgüterrecht** weist enge Beziehungen zum Wettbewerbsrecht auf. Das gilt zunächst in besonderem Maß für den **Schutz von Kennzeichen im geschäftlichen Verkehr** (Marke, Geschäftsbezeichnung, Firma usw). Kennzeichen erfüllen im geschäftlichen Verkehr eine wesentliche Funktion, indem sie es ermöglichen, Waren oder Dienstleistungen (Marke), ein Unternehmen (Geschäftsbezeichnung) oder einen Unternehmensträger (Firma) eindeutig zu kennzeichnen und damit von anderen Waren oder Dienstleistungen, Unternehmen oder Unternehmensträgern zu unterscheiden. Gleichzeitig kann damit auch ein entsprechender Wert (Image, Markenrecht) verbunden sein. Das Kennzeichenrecht ist neben dem MaSchG und der Unionsmarkenverordnung für eingetragene Marken sowie dem UGB bzw FBG für die Firma auch im UWG geregelt (§ 9 UWG).

Auch für die weiteren Immaterialgüterrechte (Urheberrecht, Patentrecht, Musterschutzrecht) ergibt sich ein Wettbewerbsbezug, indem ausschließliche Rechte an bestimmten geistigen Gütern gewährt werden. Damit sollen geistige Schöpfungen (Urheberrecht), die Schaffung eines Designs (Musterschutzrecht) und Innovation (Patentrecht) belohnt werden und auch ein entsprechender Anreiz zur Schaffung derartiger Leistungen gesetzt werden.

## B. Europarechtliche Prägung

Im Wettbewerbsrecht spielt das europäische Recht eine ganz entscheidende Rolle. Kaum ein anderes Rechtsgebiet des Privatrechts ist derart stark durch europäische Regelungen geprägt wie das Wettbewerbsrecht. Der Grund dafür liegt darin, dass die Regelung des Wettbewerbsverhaltens in einem europäischen Binnenmarkt fast zwangsläufig auch den zwischenstaatlichen Handel beeinflusst. Wettbewerbsrechtliche Regeln der Mitgliedstaaten sind deshalb am Maßstab der Europäischen Grundfreiheiten (insbesondere der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit) zu messen.



### **EuGH C-470/93 – Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH**

*Die Mars GmbH führte Eiscremeriegel aus Frankreich ein, wo sie von einem Unternehmen des amerikanischen Konzerns Mars Inc. zum Zwecke des europaweiten Vertriebs rechtmäßig hergestellt und in einheitlicher Ausstattung verpackt werden. Die Eiscremeriegel waren mit einer Verpackung ausgestattet, die den Aufdruck „+10 %“ trug. Diese Ausstattung war aus Anlass einer kurzzeitigen europaweiten Werbekampagne beschlossen worden, in deren Rahmen die Menge jedes Erzeugnisses um 10 % erhöht worden war. Der klagende Verband machte unter anderem geltend, dass der Balken mit dem Hinweis „+10 %“ auf der Verpackung einen größeren Raum als 10 % der Gesamtfläche einnehme. Daher liege eine gegen das deutsche UWG verstoßende Irreführung vor. Der EuGH entschied, dass nach dem europäischen Verbraucherleitbild auf einen informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher abzustellen sei, der die Informationen, die er mit dem Produkt erhält, wahrnimmt und seine Entscheidung danach ausrichtet. Dieser Verbraucher werde angesichts des Aufdrucks „+10 %“ allerdings nicht irreführt und er wisse, dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht. Das deutsche Verbot verstieß daher gegen die Warenverkehrsfreiheit.*

Die europäische Rsp hat damit bereits aus den Grundfreiheiten wesentliche Maßstäbe des modernen Wettbewerbsrechts abgeleitet. Insbesondere wurde der Prüfungsmaßstab für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung in Form des einheitlichen Verbraucherbegriffs entwickelt. Ausschlaggebend ist das Verständnis des **informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers, der die Informationen, die er mit dem Produkt erhält, wahrnimmt und seine Entscheidung danach ausrichtet.** Dieser Maßstab wurde in der Folge auch im Weg der Auslegung in das österreichische Recht übernommen.

Gleichzeitig zeigen die besprochenen Fälle das Bedürfnis nach europaweiter Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Binnenmarkt. Unterschiedliche nationale Regelungen im Lauterkeitsrecht führen zu Verzerrungen im Binnenmarkt, da – wie das obige Beispiel zeigt – Geschäftspraktiken, die in einem Mitgliedstaat zulässig sind in einem anderen Mitgliedstaat als unlauter untersagt sind. Das kann dazu führen, dass Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, in anderen Mitgliedstaaten nicht verkehrsfähig sind.

Erster Schritt der Harmonisierung war die **Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung** (kodifizierte Fassung RL 2006/114/EG) mit der eine einheitliche Regelung des Verbots der irreführenden Werbung geschaffen wurde und die vergleichende Werbung als grundsätzlich zulässig eingestuft wurde.

Darüber hinaus wurde eine weitere umfassende europäische Harmonisierung angestrebt. Diese wurde mit der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern

(„UGP-RL“) allerdings nur für einen Teilbereich, nämlich für Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern, verwirklicht; ausgeklammert wurden die unlauteren Handlungen nach nationalem Recht, die sich nicht gegen Verbraucher, sondern andere Unternehmer richten. Die Umsetzung der UGP-RL hatte für das österreichische UWG und seine Struktur erhebliche Auswirkungen. Zum einen musste dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die UGP-RL nur unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, diese dafür aber abschließend, regelt. Zum anderen musste aufgrund des Charakters der Vollharmonisierung auch die Struktur der UGP-RL mit einer Liste von per-se-Verboten, den Verboten aggressiver und irreführender Geschäftspraktiken und der für Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern geltenden Generalklausel umgesetzt werden. Diese Struktur prägt daher das UWG grundlegend. Struktur, Aufbau und Auslegung des UWG können daher heute nur unter Rückgriff auf die UGP-RL verstanden werden.

Ein weiterer Schritt der Rechtsangleichung erfolgte durch die Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (RL [EU] 2016/493), die mit der UWG-Novelle 2018 umgesetzt wurde. Zuletzt wurden mit der sog **Omnibus-RL** (RL [EU] 2019/2161) die Durchsetzung von lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen harmonisiert und Sonderwertungen zum Wettbewerb im digitalen Raum eingefügt.

## C. Schutzzweck des Lauterkeitsrechts

Das Wettbewerbsrecht im engeren Sinn schützt den Leistungswettbewerb. Unternehmen sollen daher im Wettbewerb nicht mit leistungsfremden Mitteln konkurrieren. Damit wird einerseits die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als System geschützt, andererseits aber auch die Interessen der Mitbewerber (Mitbewerberschutz) und der Verbraucher (Verbraucherschutz). Es entspricht heute ganz herrschender Ansicht, dass das UWG diese Interessen gleichberechtigt schützt. Man spricht daher auch von der sogenannten **Schutzzwecktrias**, wonach

- der **Schutz der Verbraucher**,
- der **Schutz der Mitbewerber** und
- das **Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb**

gleichrangige Schutzzwecke des UWG darstellen. In diesem Sinn hat etwa der deutsche Gesetzgeber den Zweck des UWG definiert. Für das österreichische Recht gilt dieselbe Zielsetzung.



### **§ 1 dUWG**

*Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.*



---

# Zweiter Abschnitt: Grundlagen des Lauterkeitsrechts

## A. Struktur des UWG

Die Struktur des UWG ist geprägt durch ein Zusammenspiel von engen Tatbeständen, die klare Rechtsfolgenanordnungen für klar umrissene Lebenssachverhalte beinhalten (zB Z 17 Anh UWG: Unlauter und daher verboten ist die unrichtige Behauptung, ein Produkt könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen), und weiten Generalklauseln, bei welchen bei der Rechtsauslegung ein weiter Ermessensspielraum besteht. Für die **Dogmatik des Lauterkeitsrechts** ist das Verhältnis von engen und weiten Tatbeständen wesentlich. Hierbei gilt ganz grundsätzlich, dass nach dem **Lex-specialis-Grundsatz** die Sondertatbestände die Generalklauseln materiell derogieren. Unter die Generalklauseln fallen daher nur Fälle, die nicht bereits von den Sondertatbeständen erfasst wurden. Dies bedeutet auch, dass mit der Hinzunahme von neuen Sondertatbeständen in das UWG der Anwendungsbereich der Generalklauseln kleiner wird – was sich insb seit der Implementierung der UGP-RL in das UWG gezeigt hat (siehe weiterführend Erster Abschnitt, B.). Die Sondertatbestände sind aber auch für die Generalklauseln von Relevanz, da diese Wertungen enthalten, die uU für die Auslegung der Generalklauseln verallgemeinert werden können. Dies rührt daher, dass die Sondertatbestände eine gesetzgeberische Wertung enthalten, welche Handlungen mit einem Leistungswettbewerb nicht im Einklang stehen können. Diese Wertungen können mit den Generalklauseln auch auf Sachverhalte angewendet werden, die nicht unter die Sondertatbestände fallen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich auch die Struktur des vorliegenden Lernbehelfs: Es sollen zuerst lauterkeitsrechtliche Wertungen am speziellen Beispiel der Sondertatbestände illustriert werden. Danach wird gezeigt, wie diese Wertungen zur Konkretisierung der Unlauterkeit herangezogen werden können. Die Spezialtatbestände werden daher zuerst dargestellt, bevor die Auslegung der allgemeineren Bestimmungen besprochen wird.

Das UWG ist in drei Abschnitte eingeteilt: Im ersten Abschnitt (§§ 1–26j) finden sich zivilrechtliche Bestimmungen zum Lauterkeitsrecht sowie mit §§ 4 und 10 auch strafrechtliche Normen. Der zweite Abschnitt (§§ 27–37) ist verwaltungsrechtlichen Bestimmungen gewidmet und im letzten Abschnitt (§§ 38–44) befinden sich allgemeine Bestimmungen (insb auch die Übergangsbestimmungen). Der Fokus dieser Darstellung liegt auf den zivilrechtlichen Normen; die folgenden Ausführungen beziehen sich daher – wenn nicht anders gekennzeichnet – auf die einschlägigen Bestimmungen des ersten Abschnitts des UWG. Im Dritten Abschnitt, D. wird noch gesondert auf die verwaltungsrechtlichen Normen im zweiten Abschnitt eingegangen.

## I. Große Generalklausel: § 1 UWG

§ 1 UWG enthält die grundsätzliche Aussage, dass derjenige, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann. Da der Gesetzgeber den Begriff der Unlauterkeit nicht näher definiert, obliegt es der Gesetzesauslegung durch Richter, konkrete Maßstäbe für einen lautereren Wettbewerb zu entwickeln. Es kam daher zur Etablierung von **Fallgruppen**, welche eine ähnliche Funktion haben wie gesetzliche Tatbestände: Die Rsp hat je nach Fallkategorie unterschiedliche Fallprüfungsschemata entwickelt, welche auf den jeweiligen Sachverhalt angewandt werden und entscheiden, ob eine Handlung unlauter und somit verboten ist. Die schwache gesetzliche Determinierung des Lauterkeitsrechts ist der dynamischen Natur des Wettbewerbs geschuldet: Durch die ständige Innovation bei Vermarktungsmöglichkeiten wäre der Gesetzgeber idR zu langsam, um auf neue problematische Entwicklungen zu reagieren. Zudem bestünde ein besonderer Anreiz für Unternehmen, Tätigkeiten zu entwickeln, die

„gerade nicht“ unter den Wortlaut des Gesetzes fallen, jedoch dieselben Auswirkungen haben wie die verbotenen Praktiken.

Dieser Grundsatz wird jedoch durch die kleinen Generalklauseln (siehe zugleich II.) und die Sondertatbestände (siehe III.) aufgeweicht; die große Generalklausel ist neben diesen **parallel anwendbar**. Dabei gelten die Regelungen der kleinen Generalklauseln und der Sondertatbestände als *leges speciales*: Wenn ein Tatbestand der kleinen Generalklauseln erfüllt ist, **braucht und darf die große Generalklausel nicht mehr geprüft werden**. Die kleinen Generalklauseln und die Sondertatbestände gehen daher der großen Generalklausel vor. Wenn aber die kleinen Generalklauseln sowie die Sondertatbestände nicht einschlägig sind, muss die große Generalklausel geprüft werden. Die große Generalklausel hat somit die Funktion eines „letzten Auffangnetzes“: Unter sie fallen nur Sachverhalte, bei denen die gesetzlichen Tatbestände und die kleinen Generalklauseln nicht gegriffen haben, welche jedoch nach dem Normzweck dennoch als wettbewerbsschädlich qualifiziert werden.

## II. Kleine Generalklauseln: §§ 1a, 2 UWG

Durch die UGP-RL wurden in § 1a UWG (Aggressive Geschäftspraktiken) und § 2 UWG (Irreführende Geschäftspraktiken) zwei weitere Tatbestände geschaffen, welche aufgrund ihrer weitgehend unbestimmten Rechtsbegriffe als **kleine Generalklauseln** bezeichnet werden. Die kleinen Generalklauseln regeln praktisch äußerst wichtige Konstellationen im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C). Voraussetzung für die kleinen Generalklauseln ist dabei, dass eine Geschäftspraktik vorliegt (s dazu B.II.) An dieser Stelle soll ausschließlich auf die Stellung der kleinen Generalklauseln in der Struktur des UWG eingegangen werden; für inhaltliche Ausführungen siehe den Fünften Abschnitt.

Auch wenn die kleinen Generalklauseln ihrer Genese nach dem Verbraucherschutz entsprechen, so ist im österreichischen Lauterkeitsrecht unbestritten, dass sie auch im Verhältnis von Unternehmer zu Unternehmer Geltung haben. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Begriff der Unlauterkeit im österreichischen Lauterkeitsrecht **einheitlich ausgelegt** werden muss. Dies zeigt sich besonders deutlich beim Verbot von aggressiven Geschäftspraktiken: Während nach Art 8 der UGP-RL nur der Durchschnittsverbraucher geschützt ist, hat sich der österreichische Gesetzgeber in § 1a UWG entschlossen, die Verhaltensfreiheit aller Marktteilnehmer zu schützen. **Auch Unternehmer sind somit durch das Verbot aggressiver bzw irreführender Geschäftspraktiken geschützt** und können sich auf dieses berufen.

Die kleinen Generalklauseln beschränken sich jedoch nicht auf §§ 1a und 2 UWG. Nach § 1a Abs 3 und § 2 Abs 2 UWG gelten die im **Anhang** aufgelisteten Geschäftspraktiken jedenfalls als unlauter. Die Sondertatbestände des Anhangs (welche nach § 45 UWG abgedruckt sind) gehen dabei als speziellere Normen der Prüfung der kleinen Generalklauseln vor.

Nach der Rsp ist ebenso etabliert, dass die kleinen Generalklauseln als **speziellere Normen** der großen Generalklausel vorgehen. Wenn jedoch die Regeln der kleinen Generalklauseln nicht greifen, kann auf die große Generalklausel zurückgegriffen werden.

### **Beispiel:**

§ 2 UWG erfasst nur Aussagen über das eigene Produkt oder Unternehmen. Eine Irreführung über die Rechtslage kann daher nicht unter § 2 UWG fallen, sondern ist uU von der großen Generalklausel des § 1 UWG erfasst.

### III. Sondertatbestände

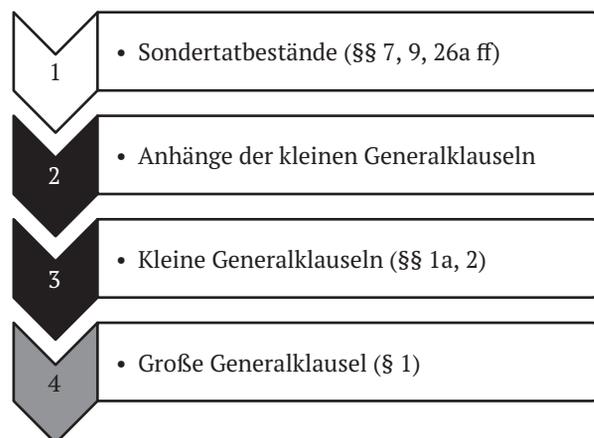
Neben der großen und der kleinen Generalklausel finden sich im UWG noch mehrere Sondertatbestände. Diese betreffen das Verhältnis zwischen Mitbewerbern; anders als bei den Generalklauseln wird somit keine unmittelbare Verbindung des Handelns mit der Förderung des Absatzes vorausgesetzt. Von Bedeutung für die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung sind hierbei insb das Verbot der Herabsetzung eines Unternehmens (§ 7 UWG), der Missbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens (§ 9 UWG) und die Verletzung von Betriebsgeheimnissen (§ 26a UWG). Als *leges speciales* gehen die Sondertatbestände in der Prüfung der großen und kleinen Generalklausel vor. Auch hier ist wieder der Hinweis auf die Mehrstufigkeit der Prüfung im Lauterkeitsrecht angebracht: Sofern ein Sachverhalt nicht unter einen Sondertatbestand fällt, muss nach den Generalklauseln die Unlauterkeit geprüft werden.

#### Beispiel:

Die Herabsetzung eines Unternehmens nach § 7 UWG erfasst nur herabsetzende Tatsachen, die nicht erweislich wahr sind. Es bestehen jedoch viele Möglichkeiten der Herabsetzung, ohne unwahre Tatsachen zu behaupten – etwa durch Pauschalherabsetzungen oder abfällige Wertungen. Diese werden von der großen Generalklausel des § 1 UWG erfasst.

### IV. Prüfungsreihenfolge

Bereits aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich eine logische Reihenfolge, nach der die Tatbestände des UWG geprüft werden müssen. Da die speziellere Norm der allgemeinen Norm vorangeht (*Lex specialis*-Grundsatz), ist nach etablierter Ansicht folgende Prüfungsreihenfolge einzuhalten. Es sollten jedoch stets alle Prüfungsschritte vollzogen werden.



1. In einem ersten Schritt sind die Sondertatbestände des § 7 UWG (Herabsetzung), des § 9 UWG (Kennzeichenmissbrauch) und der §§ 26a ff UWG (Verletzung von Geschäftsgeheimnissen) zu prüfen. Diese betreffen das Verhältnis B2B, das bedeutet, dass die Wertungen der UGP-RL auf diese Tatbestände keine Anwendung finden.
2. Danach sind die Anhänge der kleinen Generalklauseln zu prüfen. Diese beinhalten Handlungen, die ohne weitere Prüfung jedenfalls unlauter sind. Voraussetzung ist dabei jedoch stets, dass es sich bei der Maßnahme um eine **Geschäftspraktik** (siehe Punkt B.II.) handelt. Liegt keine Geschäftspraktik vor, müssen die Anhänge der kleinen Generalklauseln nicht geprüft werden.
3. In der Folge sind die kleinen Generalklauseln, also § 1a UWG (Verbot von aggressiven Geschäftspraktiken) und § 2 UWG (Verbot von irreführenden Geschäftspraktiken), zu thematisieren. Auch

hier ist das Vorliegen einer **Geschäftspraktik** eine konstitutive Voraussetzung; fehlt diese, kann dieser Prüfungsschritt übersprungen werden.

4. Zuletzt muss die große Generalklausel in § 1 Abs 1 UWG als Auffangtatbestand geprüft werden. Dieser umfasst sowohl Geschäftspraktiken als auch sonstige Handlungen.

## B. Grundbegriffe des UWG

Bei einem zweiten Blick in das UWG zeigt sich, dass manche der Tatbestandsmerkmale wiederholt verwendet werden. Es handelt sich hierbei um die grundsätzlichen Anwendungsvoraussetzungen des Lauterkeitsrechts, welche in der Folge näher beleuchtet werden.

### I. Handeln im geschäftlichen Verkehr

Das **Handeln im geschäftlichen Verkehr** ist bei den meisten Tatbeständen des UWG zu prüfen. Eine Ausnahme davon bildet die Herabsetzung eines Unternehmens nach § 7 UWG, bei welcher anstatt des Handelns im geschäftlichen Verkehr das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs zu prüfen ist. Das Handeln im geschäftlichen Verkehr ist eine der wesentlichen Anwendungsvoraussetzungen des Lauterkeitsrechts: Es soll mit diesem Prüfungsschritt gewährleistet werden, dass nur solche Handlungen vom UWG erfasst sind, die einen **Marktbezug** aufweisen.

Für den Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr besteht keine Legaldefinition. Nach der Rsp umfasst das Handeln im geschäftlichen Verkehr jede geschäftliche Betätigung im weiteren Sinn, in der eine **Teilnahme am Erwerbsleben** zum Ausdruck kommt, ohne dass Gewinnabsicht erforderlich wäre. Dies bedeutet, dass etwa auch ideelle Vereine, Unternehmen, die politische oder gemeinnützige Ziele verfolgen, Personen, die sich mit einer wirtschaftlichen Zielsetzung wissenschaftlich oder künstlerisch betätigen, aber auch Prostituierte im geschäftlichen Verkehr handeln können. Nicht am Erwerbsleben nimmt man bei **rein privaten Tätigkeiten** (selbst wenn diese von Unternehmern getätigt werden) teil, weshalb diese auch nicht als Handeln im geschäftlichen Verkehr zu qualifizieren sind. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt dabei idR dann vor, wenn bei der Prüfung der Unternehmereigenschaft (§ 1 Abs 2 UGB, § 1 Abs 2 KSchG) eine wirtschaftliche Tätigkeit bejaht werden kann.



#### **EuGH C-105/17 – Kamenova**



*Ein Verbraucher kaufte mit einem Fernabsatzvertrag eine Armbanduhr über einer Internetplattform. Da er der Auffassung war, dass diese Uhr nicht die genannten Eigenschaften aufweist, wollte der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten, was von der Verkäuferin mit Hinweis auf ihre fehlende Unternehmereigenschaft verweigert wurde. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob eine natürliche Person, die gleichzeitig eine Reihe von Anzeigen, in denen neue und gebrauchte Waren zum Verkauf angeboten werden, schaltet, als Unternehmerin iSd Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU) qualifiziert werden könne und ob ihr Handeln als Geschäftspraktik gilt. Der EuGH sprach dazu aus, dass der Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL und der UGP-RL einheitlich auszulegen sei. Im vorliegenden Fall müsse das vorlegende Gericht im Einzelfall prüfen, ob die Verkäuferin als Verbraucherin oder als Unternehmerin zu qualifizieren sei.*

Jedenfalls nicht als Handeln im geschäftlichen Verkehr gelten rein **unternehmensinterne Vorgänge**. Entscheidend ist daher, ob die Handlung Außenwirkung entfaltet und somit die Marktverhältnisse beeinflussen kann.

Es ist jedoch nicht unbedingt notwendig, dass durch eine Handlung der eigene Wettbewerb gefördert wird. Lauterkeitsrechtlich relevant ist ebenso, wenn ein **fremder Wettbewerb** durch eine Handlung unterstützt wird. Jeder, unabhängig von der Unternehmereigenschaft, der zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten in den Marktlauf eingreift, handelt somit im geschäftlichen Verkehr. Es muss nur

nachgewiesen werden, dass das beanstandete Verhalten **objektiv geeignet** ist, fremden Wettbewerb zu fördern; auf die subjektive Absicht kommt es somit nicht an.



### **BGH I ZR 90/20 – Influencer I**



Eine Influencerin wirbt mit einem Beitrag auf ihrem Instagram-Profil für Marmelade. Von diesem Beitrag leitet ein Link auf das Instagram-Profil eines Händlers von Nahrungsmitteln weiter. Für das Veröffentlichen des Beitrags erhält sie ein Entgelt.

Hier ist davon auszugehen, dass die Influencerin den Wettbewerb des Händlers fördert. Das UWG findet daher Anwendung – unabhängig davon, ob die Influencerin selbst ein Unternehmen betreibt. Ausschlaggebend ist dabei nach der Rsp des BGH, dass man durch den Link unmittelbar in den werblichen Einflussbereich eines (geförderten) Unternehmens gelangt, da hieran kein legitimes Informations- und Unterhaltungsinteresse der Follower besteht. Wird für die Erwähnung des Produkts eine Gegenleistung gezahlt, ist jedenfalls von einer Förderung fremden Wettbewerbs auszugehen. Das Handeln der Influencerin fällt somit unter die Vorschriften des UWG.

Nach der Rsp soll dies allerdings nicht gelten, wenn bei einer objektiven Betrachtung andere Zielsetzungen deutlich schwerer wiegen als die Förderung des fremden Wettbewerbs. Das erscheint äußerst zweifelhaft, da die Anwendbarkeit des UWG nicht von der subjektiven Absicht des Handelnden abhängt. Folgende Entscheidung verdeutlicht die damit verbundenen Schwierigkeiten:



### **OGH 4 Ob 7/15f – Energieanbieter-Wechselkampagne**

Der VKI organisierte eine sog Energieanbieter-Wechselkampagne, bei der Energieanbieter Angebote für Strom- und Gasverträge legen konnten. Der Bestbieter wurde den teilnehmenden Konsumenten unter Bekanntgabe der möglichen Ersparnis zur Kenntnis gebracht. Ein Energieanbieter, der an dieser Kampagne nicht teilnahm, warf dem VKI irreführende und unvollständige Angaben über die Tarifberechnung vor, welche zur Förderung des Wettbewerbs des Bestbieters geeignet wären. Nach der Ansicht des OGH überwiegt bei objektiver Betrachtung hier jedoch eindeutig eine andere Zielsetzung als die Förderung des Wettbewerbs des Bestbieters: Der VKI habe mit der Energieanbieter-Wechselkampagne vielmehr das Interesse der österreichischen Konsumenten an niedrigen Energiepreisen verfolgt. Daher wurde das Handeln nicht als im geschäftlichen Verkehr eingestuft, obwohl die Wettbewerbsförderung für das betreffende Unternehmen evident ist und damit ein Eingriff in den Wettbewerb vorliegt.



Die Frage nach der Anwendbarkeit des UWG stellt sich auch dann, wenn **öffentlich-rechtliche Körperschaften** wirtschaftlich tätig werden. Anerkannt ist, dass diese den Vorschriften des Wettbewerbsrechts

nur soweit unterliegen, als sie keine Hoheitsakte vornehmen. Tritt der Staat (oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften) als Träger seiner hoheitlichen Befugnisse (*imperium*) auf, ist er der Überprüfung durch das Lauterkeitsrecht entzogen. Relevant für das UWG sind somit nur jene Handlungen, bei denen sich die öffentliche Hand privatrechtlicher Rechtsformen – wie etwa Verträgen – bedient. Dies allein ist jedoch noch nicht hinreichend für die Unterscheidung, welche Handlungen der öffentlichen Hand unter das Lauterkeitsrecht fallen und welche nicht. Denn das UWG ist nach einer umstrittenen Rsp nicht auf **privatrechtliches Handeln ohne unternehmerischen Charakter** anzuwenden. Privatrechtliches Handeln ohne unternehmerischen Charakter soll nach der Rsp dann vorliegen, wenn sich das in Frage stehende Verhalten an **öffentlich-rechtlichen Schutz- und Ordnungsfunktionen** orientiert und keine marktbezogene Preisbildung stattfindet oder wenn die öffentliche Hand typische ihr zufallende Aufgaben der Daseinsvorsorge oder der Schaffung von Infrastruktur erfüllt. Auch hier kommt es zu einer Feststellung, welche Interessen primär mit dem Handeln verfolgt werden.



### **OGH 4 Ob 40/11b – Parkplätze für Graz-Liebenau – Murpark**

*Die Stadt Graz ist die einzige Gesellschafterin eines Unternehmens, welches unmittelbar neben dem Einkaufszentrum Murpark eine „Park+Ride-Anlage“ errichtet. Maßgebend für die Standortwahl waren verkehrspolitische Überlegungen, insb die Anbindung an den öffentlichen Verkehr und an übergeordnete Verkehrsflächen. Ein konkurrierendes Einkaufszentrum ging dagegen vor, da die Stadt Graz unter Einsatz von öffentlichen Mitteln das Einkaufszentrum Murpark fördere. Der OGH verneinte hier eine Wettbewerbsförderung durch die öffentliche Hand, da das Schaffen von Parkmöglichkeiten eine typisch öffentliche Aufgabe darstelle, auch wenn einzelne Unternehmen dadurch gewisse Vorteile ziehen können. Daher wurde ein Handeln im geschäftlichen Verkehr verneint.*

Die Abgrenzung zwischen Hoheitsverwaltung und lauterkeitsrechtlich relevanter Privatwirtschaftsverwaltung mit unternehmerischem Charakter ist Gegenstand einer Reihe von umstrittenen Einzelfallentscheidungen, bei der va auf das Ziel der Maßnahme abgestellt wird.

#### **Beispiele:**

Die reine Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand stellt nach der Rsp – selbst bei einem großen Umfang – noch keine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr dar. Das ist vor allem deshalb bedenklich, weil der Auftraggeber hier gerade den Wettbewerb um die nachgefragten Produkte eröffnet, was zweifellos wirtschaftlichen Charakter hat, und auch die anbietenden Unternehmen handeln selbstverständlich im geschäftlichen Verkehr. Das Anbieten eines kostenlosen Taxidienstes zwischen Bahnhof und Hauptplatz fällt nicht unter das Handeln im geschäftlichen Verkehr, wenn hier die Förderung von Tourismus im Vordergrund steht.

## II. Geschäftspraktik



### **§ 1 Abs 4 Z 2 UWG**

*Geschäftspraktik: Jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt.*

Der Begriff der Geschäftspraktik wurde durch die UGP-RL eingeführt und ist der wesentliche Bezugspunkt für sämtliche lauterkeitsrechtliche Tatbestände, welche im Zuge der UWG-Novelle 2007 eingeführt wurden. Auch hierbei ist wiederum zu beachten, dass der österreichische Gesetzgeber – anders als im Text der RL – nicht explizit auf das Verhältnis Verbraucher zu Unternehmer abstellt; vielmehr sind generell alle Handlungen der Absatzförderung eines Produkts vom Begriff der Geschäftspraktik umfasst.