



Die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ seit der UWG-Novelle 2007

FORUM WETTBEWERBSRECHT 2011



Übersicht

1. Ausgangspunkt: „Stadtrundfahrten“
2. Altes, Bewährtes und Neues aus der Rechtsprechung
3. Verhältnis von § 1 UWG zum Kartellrecht
4. Verhältnis von § 1 UWG zum Vergaberecht
5. Vertragsbruch



1. Ausgangspunkt:

Die Grundsatzentscheidung „(Wiener) Stadtrundfahrten“

OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b



1.1 Grundsätze Rechtsbruch „neu“

- Bisherige Rechtsprechung im Wesentlichen auch nach der UWG-Novelle 2007 beibehalten.
- Verstoß gegen jede – nicht dem Lauterkeitsrecht ieS zuzurechnende - generelle Norm kann unlautere GP oder sonstige unlautere Handlung sein, sofern die Auslegung nicht vertretbar ist.
- Ein solcher Verstoß muss geeignet sein, **Wettbewerb** zum Nachteil von Unternehmen **nicht nur unerheblich zu beeinflussen** (so ausdr. § 1 Abs 1 Z 1 UWG)
- idR: Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG



2.

Altes, Bewährtes und Neues aus der Rechtsprechung

- 2.1 Verstoß gg. generelle Norm
- 2.2 Vertretbare Rechtsansicht
- 2.3 Spürbarkeit



2.1 Generelle Norm

- **Generelle, nicht dem Lauterkeitsrecht i.e.S. zuzurechnende Norm nationalen Rechts**
 - Auch gg. § 879 (3) ABGB verstoßende AGB
(4 Ob 99/09a – *Zero intern*)
 - Normativer Teil eines Kollektivvertrags
(4 Ob 79/80 – *Bankfeiertag*)
 - Selbstbindungsnormen der öffentlichen Hand
(4 Ob 10/96)
 - sozialversicherungsrechtliche Gesamtverträge
(4 Ob 121/10p – *Kassentarif**)
- **Unionsrecht**
 - Unionsrechtliches Kartell- oder Beihilfenrecht
(4 Ob 201/02s – *Tretorn*, 4 Ob 100/11a – *Westbahn*)



2.2 Vertretbare Rechtsansicht

Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG idgF zu werten, wenn die Norm nicht auch **mit guten Gründen** in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.



2.2.1 Vertretbare Rechtsansicht

- **Funktion des Lauterkeitsrechts** verlangt gleiche Rahmenbedingungen für das wirtschaftliche Handeln. Marktteilnehmer müssen sich aber nicht an die strengste Auslegung, sondern nur an eine **vertretbare Auslegung** der für Ihr Handeln maßgebenden Normen halten.
- Das Erfordernis der **beruflichen Sorgfalt** ist nicht nur §1 Abs 1 Z 2 UWG sondern auch § 1 Abs 1 Z 1 UWG zugrunde zu legen. Die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt sind gewahrt, wenn die Handlungen des Unternehmers einer vertretbaren Auslegung der dafür maßgebenden Gesetze entsprechen.
(4 Ob 225/07b – Stadtrundfahrten)



2.2.2...vertretbare Rechtsansicht

- Maßgebend sind weiterhin primär
 - eindeutiger **Wortlaut** und **Zweck des Gesetzes**
 - (gegebenenfalls) **Rsp** der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts
 - **beständige Praxis** von Verwaltungsbehörden.

(zB 4 Ob 48/08z – *Wick MediNait* - MR ÖBI 2009/10, 69; OGH 24.03.2009, 4 Ob 15/09y; 4 Ob 121/10p – *Kassentarif* u.v.a.)



2.2.3 ...wird im Prozess „unvertretbar“

4 Ob 164/10m – *Rauchverbot*

- Wird eine zunächst unklare Rechtslage durch E des VfGH sechs Wochen vor Schluss der mündl. Streitverhandlung geklärt, so **wird** die im Sicherungsverf. noch als vertretbar beurteilte Rechtsauffassung des Bek. spätestens ab Kenntnis davon **unvertretbar**.
- Bek. muss aktiv werden, etwa vollstreckbaren Unterlassungsvergleich anbieten oder Unterlassungsanspruch anerkennen.



2.2.4 Überprüfung der Vertretbarkeit

- **Stufe 1:** I. und II. Instanz: Prüfung der objektiven Rechtswidrigkeit und Vertretbarkeit der Auslegung einer Norm durch Bek.
- **Stufe 2:** Überprüfung durch OGH
 - (a) hat das Gericht zweiter Instanz die Vertretbarkeitsfrage **ohne krasse Fehlbeurteilung** gelöst?*(
(4 Ob 118/08v, 4 Ob 15/09y)
 - (b) bei angenommener **Unvertretbarkeit**: liegt **objektive Rechtswidrigkeit** vor? Bei Fehlen stRsp: erhebliche Rechtsfrage!
Nur **wenn ja: Un/Vertretbarkeit?** --> (a)
(4 Ob 40/09z - *Lademulden*)



2.2.5 Keine Prüfung der Vertretbarkeit bei:

- Spezifisch lauterkeitsrechtliche Normen außerhalb des UWG??
- **Beihilfenverbot** der Art 107 bis 109 AEUV (4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier L*)
 - Zumindest tw. übereinstimmende Regelungszwecke
 - Klare Verhaltenspflicht und Interessensabwägung
 - Kein besonderes Verfahren - Effektivitätsgrundsatz
 - **Spürbarkeit** regelmäßig gegeben



2.3 Spürbarkeit

Das beanstandete Verhalten muss **objektiv geeignet** sein, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern **nicht bloß unerheblich** zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 1 UWG)

oder

das wirtschaftliche **Verhalten des Durchschnittsverbrauchers** iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG **wesentlich zu beeinflussen**.



2.3.1 ... Spürbarkeit

- Wettbewerbsrelevanz der Normverletzung hängt (nur) **von den tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt ab.**

(OGH 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*)

- Unterlassung der Offenlegung eines Jahresabschlusses

(OGH 24.03.2009, 4 Ob 229/08t)

- regelmäßig bei Verstoß gegen Beihilfeverbot der Art 107 bis 109 AEUV

(4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier L*)



2.3.2 Spürbarkeit

- Ist (jedenfalls) auch bei Verstoß gegen (unmittelbar) **marktverhaltensregelnde** Normen Voraussetzung
 - à Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich – ausgehend v. Regelungszweck der verl. Norm und typischen Auswirkungen des Rechtsbruchs – schon aus dem (Wiederholungsgefahr indizierenden) Normverstoß als solchem ergeben. (4 Ob 113/08h – Medium T, 4 Ob 99/09a – zero intern)
- Behauptungs- und Beweislast trifft Kläger, wenn Spürbarkeit nicht auf der Hand liegt (4 Ob 37/08g - 400 Betriebsstätten)

25.11.2011

Rechtsbruch

15



3. Verhältnis von § 1 UWG zum Kartellrecht „Private Enforcement“ von Kartellverstößen über das UWG

25.11.2011

Rechtsbruch

16



3.1 Voraussetzungen vor UWG- Novelle 2007:

Mitbewerberklage nach § 1 UWG aF bei
Verstoß gegen Kartellrecht

- **Wettbewerbsabsicht**
- **Fehlen einer vertretbaren Rechtsansicht**



3.2 Voraussetzungen nach UWG- Novelle 2007:

4 Ob 60/09s – *Anwaltssoftware*

4 Ob 101/09w – *S Telefone*

- (objektive) **Eignung**, Wettbewerb zum
Nachteil von Unternehmen **nicht nur**
unerheblich zu beeinflussen
- (weiterhin) **Fehlen einer vertretbaren**
Rechtsansicht = zusätzliches,
unlauterkeitsbegründendes Element



3.3 ... Einzelfragen Kartellgesetz

- Zur Beurteilung der Frage, ob das Verkaufen voreingestellter Telefone schon als solches gegen § 5 Abs 1 KartellG 2005 verstößt, ist eine **Interessenabwägung** erforderlich, die grundsätzlich im Kartellverfahren zu erfolgen hat und daher der Annahme einer unvertretbaren Rechtsansicht entgegensteht. (4 Ob 101/09w – *S Telefone*).
- Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen Diskriminierungsverbot des § 5 Abs 1 Z 3 KartG (Gewähren unterschiedlicher Preise an [potentielle] Kunden) **beeinträchtigt** den Wettbewerb iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG. (4 Ob 60/09s – *Anwaltssoftware*)



4. Verhältnis von § 1 UWG zum Vergaberecht



4.1 ...Verhältnis zum VergabeR

- Voraussetzung für **Unterlassungsklage** wg. BVergG = wettbewerbswidrigen Verhaltens setzt **Feststellung** d. zust. Vergabekontrollbehörde über Verstoß voraus (§ 341 Abs 2 BVergG).
- Sonst: Unzulässigkeit des Rechtswegs!
 - Gilt für **unmittelbare** Verstöße gg. BVergG **und**
 - für alle Klagen, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist.(4 Ob 100/11a – *Westbahn*)



5. Vertragsbruch



5.1 Vertragsbruch

- Die Verletzung **wettbewerbsregelnder Vertragspflichten** fällt weiterhin unter die lauterkeitsrechtliche Generalklausel (nun § 1 Abs 1 Z 1 UWG).
- Statt der Absicht, einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen, muss Verhalten jetzt **objektiv geeignet** zu sein, den **Wettbewerb** zum Nachteil von rechtstreuen Vertragspartnern **nicht bloß unerheblich zu beeinflussen**.

(4 Ob 4/10g – Österreichische Auflagenkontrolle; 4 Ob 7/10y - Anzeigenvolumen)



Vielen Dank
für Ihr
Interesse!



DR. KATHARINA SCHMID
RECHTSANWÄLTIN

schmid-ip | Mariahilferstrasse 20 | 1070 Wien

Tel: +43 (0) 1 521 75-0

Fax: +43 (0) 1 890 05 17

office@schmid-ip.at | www.schmid-ip.at



Fundstellenauswahl: Rechtsbruch- E seit der UWG-Nov 2007 (1)

1. Rechtsbruch

- 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten* - MR 2008, 114 (*Heidinger*) = ÖBI 2008, 237 (*Mildner*) = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = wbl 2008, 290 (*Artmann 253*) u.a.
- 4 Ob 27/08m – *Zigarettenattrappe* – ÖBI 2008/66, 325 (*Schultes*)
- 4 Ob 34/08 s – *Trennungsgebot* – MR 2008, 166
- 4 Ob 37/08g - *400 Betriebsstätten* - ÖBI 2009/4, 27 (*Seidelberger*), ecolex 2008/382, 1035 (*Horak*)
- 4 Ob 48/08z – *Wick MediNait* – MR ÖBI 2009/10, 69.
- 4 Ob 62/08h – *Libro-Club* – ÖBI 2009/13, 81 (*Gamerith*)
- 4 Ob 99/08z – *Fahrschulgruppe* – ÖBI 2009/11, 71.



Fundstellen (2)

- 4 Ob 113/08h - *Medium T* - ÖBI 2009/21, 116 (*Gamerith*)
- 4 Ob 118/08v = EvBI-LS 2009/13 = ÖBI-LS 2009/5
- 4 Ob 167/08z - *TV-Starwahl* - MR 2009, 49 = ÖBI-LS 2009/100 = ÖBI-LS 2009/101
- 4 Ob 185/08x – *Sport-Sponsoring* - MR 2008, 377
- 4 Ob 186/08v – *Online-Fernsehen* – MR 2009, 89 = ÖBI 2009/23, 124
- 4 Ob 188/08p = MR 2009, 92 (*Heidinger*) = ÖBI-LS 2009/158 (*Thöni*) = ecolex 2009/274, 694 (*Horak*)
- OGH 4 Ob 199/08f - *Zahn-Oase* – ecolex 2009/160
- 4 Ob 229/08t – *Offenlegung II* = ecolex 2009/271, 691 (*Tonninger*) = MR 2009, 215 = ÖBI 2009/42, 222 (*Thöni*)



Fundstellen (3)

- OGH 24.03.2009, 4 Ob 15/09y
- 17 Ob 21/09a – *Manpower VIII* = EvBl-LS 2010/75 = ÖBI-LS 2010/71 = ÖBI 2010/53, 275 (*Kletzer*)
- OGH 21.04.2009, 4 Ob 33/09w
- 4 Ob 0/09z – *Lademulden* – ecolex 2009/341 (*Tonninger*) = ÖBI-LS 2009/239 (*Mildner*)
- OGH 21.04.2009, 4 Ob 33/09w
- 4 Ob 60/09s – *Rechtsanwaltssoftware* = ecolex 2009/420, 1071 (*Thonninger*) = MR 2010, 44 = ÖBI 2010/14, 64 (*Gamerith*)
- 4 Ob 99/09a – *Zero intern* – jusIT 2010, 135 (*Staudegger*) = MR 2010, 160 = ÖBI-LS 2010/90 (*Thöni*) = ecolex 2010/166, 471 (*Horak*)



Fundstellen (4)

- 4 Ob 101/09w = jusIT 2009, 225 (*Staudegger*).
- 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier L* = EvBl-LS 2010/81 = MR 2010, 232 = ÖBI-LS 2010/93 (*Wasserer*) = ecolex 2010, 1010 (*Rabl*)
- OGH 18.01.2011, 4 Ob 225/10g.
- 4 Ob 14/10b – *Camelbase-Events* = ÖBI 2010/41, 224
- 4 Ob 121/10p – *Kassentarif* = ÖBI 2010/50, 264 (*Gamerith*) = ecolex 2010/437, 1172 (*Tonninger*)
- 4 Ob 164/10m – *Rauchverbot* = MR 2011, 97 = ÖBI-LS 2011/31
- 4 Ob 34/11w – *Treuepunkteaktion II* = ÖZK 2011, 110 (*Gruber*)
- 4 Ob 57/11b – *Selbstregulierungsrecht* = ecolex 2011/332, 837 (*Tonninger*) = ÖBI 2011/49, 210 (*Gamerith*)
- 4 Ob 100/11a – *Westbahn* - RdW 2011/632, 597 (*Öhler/Gföhler*).



Fundstellen Vertragsbruch

- 4 Ob 4/10g - *Österreichische Auflagenkontrolle II* - ÖBI-LS 2010/139, 140 = ecolex 2010/403 (Tonninger)
- 4 Ob 7/10y - *Anzeigenvolumen* - ÖBI-LS 2010/139 – 141, ÖBI 2010/49.