

# Ausgewählte Rechtsprechung zum Lauterkeitsrecht



Georg Kodek

NOVEMBER 2023



## Arzneimittelwerbung, Irreführung

- **OGH 4 Ob 163/22g, 23.9.2022, JMG 2023,168 (*Hebenstreit*)**
- Bekl bewirbt ihren Nasenspray mit der Aussage, dass er zwar eine Infektion mit SARS-CoV-2 nicht vollständig verhindere, aber das Risiko einer Infektion stark reduziere
- KI begehrt Unterlassung des Vertriebs ohne arzneimittelrechtliche Zulassung sowie wegen Irreführung
- RekG weist Sicherungsantrag ab

- **OGH** weist ao Rev zurück
  - EuGH-Rsp zu Abgrenzung von Medizinprodukten und Arzneimitteln: pharmakologische Wirkung
  - Vorabentscheidungsersuchen des (dt) BVerwG zu Nasenspray (C-496/21)
  - RekG nahm als bescheinigt an, dass Effekt des Sprays ein Schutzfilm auf der Nasenschleimhaut ist
  - Verhindert Anhaften an Schleimhaut
  - Nach (physikalischer) Bindung werden virale Partikel im Magen aufgelöst und ausgeschieden
  - Auf Basis dieses Sachverhalts vertretbar als Medizinprodukt qualifiziert
  - Irreführung nicht detailliert benannt

- **Ergänzung: (EuGH C-496/21 vom 19.1.23):**
  - Art 2 Abs 2 der RL 2001/83/EG nicht nur auf „Funktionsarzneimittel“, sondern auch auf „Präsentationsarzneimittel“ anwendbar.
  - Ist die Hauptwirkungsweise eines Erzeugnisses nicht wissenschaftlich festgestellt, kann dieses Erzeugnis weder unter die Definition des Begriffs „Medizinprodukt“ im Sinne der Richtlinie 93/42 in der durch die Richtlinie 2007/47 geänderten Fassung noch unter die Definition des Begriffs „Funktionsarzneimittel“ fallen.
  - Es ist Sache der nationalen Gerichte, im Einzelfall zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für die Definition des Begriffs „Präsentationsarzneimittel“ im Sinne der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2007/47 geänderten Fassung erfüllt sind.

•

## § 7 Herabsetzung, Schadenersatz (§ 16 Abs 2 aF)

- **4 Ob 106/22z, 23.9.2022, ÖBI 2023/23 (Korn) - Sender abdrehen**
- Kl ist Medieninhaberin eines Fernsehsenders, die Bekl Medieninhaberin von Kauf- und Gratiszeitungen
- Bekl veröffentlichte Text, wonach der Sender der Kl nur 0,03% Marktanteil habe und es daher kein Wunder sei, dass die deutschen Miteigentümer ...TV jetzt abdrehen wollen
- Kl begehrt gem § 7 UWG Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Zahlung EUR 10.000
- **ErstG** weist ab, weil Äußerung im Kern wahr
- **BerG** bestätigt Abweisung des Zahlungsbegehrens, hebt im Übrigen auf

- **OGH** weist Revision zurück
- Gem § 16 Abs 2 UWG aF (vor MORUG II): zum Schadenersatz gehört auch Geldbuße als Vergütung für erlittene Kränkungen, wenn dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist
- Auch bei juristischen Personen
- Größere juristische Personen können keinen Schadenersatzanspruch wegen „erlittener Kränkung“ haben, wohl aber Geldbuße, wenn mit einem Wettbewerbsverstoß eine Verletzung des äußeren sozialen Geltungsanspruchs als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts verbunden ist.
- Einzelfallfrage
- Keine krasse Fehlbeurteilung
- Abgrenzung zu 4 Ob 114/32: dort wirtschaftlicher Ruin des KI bezweckt
- Hier: nur Schlussfolgerung bei wirtschaftlicher Betrachtung

## Störerhaftung, Haftung im Konzern

- **4 Ob 79/22d, 23.9.2022**
- KI und ErstBekl sind Medieninhaber je einer Website mit redaktionellen Inhalten, ZweitBekl ist Medieninhaberin einer Tageszeitung
- ErstBekl bietet Gutscheine bestimmter Unternehmen an, unrichtiger Hinweis: „spare jetzt exklusiv10% auf ALLES“
- Unter „Kontakt“ findet sich auf Website der ErstBekl der Hinweis, „...Gutschein“ sei ein kommerzieller Service der Zeitung der ZweitBekl
- **ErstG:** Stattgebung gegen ErstBekl (§ 2 UWG), ZweitBekl nicht passiv legitimiert
- **BerG** bestätigt insoweit, modifiziert jedoch Veröffentlichungsbegehren (bloß auf Website)

- **OGH** weist ab Rev beider Parteien zurück
- Revision der Kl:
  - Kl behauptet, ZweitBekl als Medieninhaberin der Tageszeitung (mit selber Adresse und mit selbem RA) hafte aufgrund der Konzernverbundenheit und der Eigenwerbung auch für ErstBekl
  - Unterlassungsanspruch grds gegen Störer, auch gegen Gehilfen
  - Aus bloßem Bestehen eines Konzerns kann Haftung eines Konzernunternehmens für unlautere Handlungen eines anderen rechtlich selbständigen Unternehmens nicht abgeleitet werden
  - ZweitBekl trug nach Feststellungen zu Verhalten der ErstBekl nichts bei
    - ZweitBekl hat keinerlei Einfluss auf Gestaltung der Gutscheine
    - Bezeichnung als „Service“ begründet keine lauterkeitsrechtliche Zurechnung
  - Abgrenzung zu 4 Ob 4/10g und 4 Ob 104/20b
  - Veröffentlichung ist Frage des Einzelfalls
    - Hier: auf Unterseite, nicht auf Startseite



- Zu Revision der bekl P:
  - Irreführungseignung ist Frage des Einzelfalls
  - „Spare 10% auf ALLES“ war unrichtig
    - Keine Ermäßigung bei bereits reduzierter Ware
    - Keine Ermäßigung bei Nichterreichen eines Mindestbestellwerts
    - Abgrenzung zu 4 Ob 187/21k „100 Euro Rabatt auf alles“
  - Fassung des Unterlassungsbegehrens
    - Über „Vorzüge des Gutscheins“ zu täuschen, ist nicht zu unbestimmt

## Herabsetzung, „erpresserische Methoden“

- **4 Ob 138/22f, 22.11.2022, MR 2023,42 (Korn) - Almochsenfleisch**
- KI betreibt großes Lebensmittel-Einzelhandelsunternehmen
- ErstBekl betreibt Fleisch- und Wurstwaren-Erzeugungsunternehmen,
- ErstBekl beliefert KI mit Almochsenfleisch unter Marke \*
- Markeninhaber und primärer Lizenzgeber ist Verein von Landwirten
- Bereichsleiterin der KI äußert, sie würde \*-Fleisch gerne im eigenen Betrieb zerlegen, ZweitBekl lehnt ab
- Bereichsleiterin der KI stellt als „Drohkulisse“ in den Raum, dass Bekl das Gesamtgeschäft im Konzern verlieren könnte (auch Umsatz mit „Diskontableger“)
- Bekl stellt in der Folge Belieferung der KI ein
- Email an Vorstände des Vereins, wonach Hauptgrund der „Erpressungsversuch“ war, Bereichsleiterin und andere Mitarbeiter der KI seien „hohle Nüsse“, „inkompetent“, „böartig“,
- Rundmail an Mitglieder („erpresserische Methoden“)

- **KI** begehrt Unterlassung (§ 1330 Abs 2 ABGB, §§ 1, 7 UWG)
- **Teilvergleich** über „hohle Nüsse“, „inkompetent“, „böseartig“
- **ErstG** weist (restlichen) Sicherungsantrag ab
- **RekG** erlässt EV gegen „erpresserische Methoden“
- **OGH**: Wiederherstellung der abweisenden Entscheidung des ErstG
- § 7 UWG: Wettbewerbsabsicht zu vermuten, Beweislast für Wahrheit trifft Mitteilenden
- Bei Kreditschädigung (anders bei Ehrenbeleidigung) muss KI auch Unwahrheit beweisen
- Zutreffend, dass KI einen größeren Anteil an der Wertschöpfung für sich erzielen will
- „Druck“ noch nicht unbedingt herabsetzend
- „erpresserische Methoden“ nicht iSd § 144 StGB zu verstehen (Duden, ÖWB, Führungszeichen)
- Auch § 1330 Abs 2 ABGB nicht berechtigt: Verhalten verständlich angesprochen

## Wettbewerbsverhältnis zwischen Stadt Wien und Airbnb

- **4 Ob 33/22i, 22.11.2022, MR 2022, 338 (Tipotsch) = Horn/Schmitt, jusIT 2023/24 - Kurzzeitvermietung**
- Stadt Wien hat 220.000 Wohnungen
- KI begehrt
  - Unterlassung, Angebote zur Vermietung/Untervermietung von Wohnungen der KI, deren Adressen der Bekl bekannt sind, weltweit im Internet zu verbreiten....
  - Unterlassung der Verbreitung von Angeboten ohne Angabe von Namen und Adresse des Anbieters
  - Rechnungslegung
  - Feststellungsbegehren
- **ErstG** gibt statt (mit Ausnahme des Feststellungsbegehrens)
- **BerG** bestätigt Unterlassungsanspruch zu 1 (mit Einschränkungen), weist Rest ab

- **OGH** gibt Revision der Kl teilweise Folge
- (Zurückziehung der Revision der Bekl)
- Bejahung eines Wettbewerbsverhältnisses
  - Überschneidung genügt
  - Erfordernisse für Mitbewerbereignschaft weit auszulegen
  - Bekl wendet sich an „Gastgeber“ und „Gäste“
  - Neuvermietung durch Kl wird behindert (Ablehnung von *Vonkilch/Scharmer, Zak 2019/707*)
- § 2 Abs 4 Z 1: Irreführung durch Vorenthalten wesentlicher Information
  - Information nur wesentlich, wenn ihre Angabe... erwartet werden kann und ihr für die vom Verbraucher zu treffende Entscheidung erhebliches Gewicht zukommt
  - Einzelfallfrage
  - § 2 Abs 6 Z 2 gilt nur für gewerbliche Anbieter auf Plattformen
  - Namen der Gastgeber werden bei Buchung mitgeteilt
- Rechnungslegungsanspruch gem § 1041 ABGB (Bekl lukriert „Servicegebühr“)

## Werbung mit dynamischen Subanzeigen Unternehmerhaftung – „Airbutler“

- 4 Ob 134/22t, 22.11.2022, MR 2022,334 (*Borsky*, MR 2022,333) = *jusIT* 2023/28  
(*Schmitt*) = *Obl* 2023/39 (*Bichler/Falke*) - *Dynamische Suchanzeigen - Airbutler*
- KI ist Inhaber der Marke „Airbutler“
- Bekl stellt elektrische Luftentfeuchter, Bautrockner und Luftreiniger her
- Bei Google-Suche unter „Airbutler“ erscheint ua eine Anzeige des Bekl
- Bekl verwendet Google-Technologie der Dynamischen Suchanzeigen
- Vom Werbenden werden keine Schlüsselwörter festgelegt, sondern die Website wird für Suchautomatismen von Google zugänglich gemacht
- Bei Anwendung dieser Werbeform hohe Wahrscheinlichkeit, dass „Airbutler“ in Anzeigen zur Anwendung kam
- Könnte manuell ausgeschlossen werden (sofern Problem antizipiert wird)

- **ErstG** weist ab
- **BerG** gibt Unterlassungsbegehren und Zahlungsbegehren dem Grunde nach statt
- **OGH** gibt Revision nicht Folge
  - (Entscheidung über Beweisrüge nicht bekämpfbar)
  - Unterlassungsanspruch nach § 51 MSchG
  - Haftung des Unternehmensinhabers gem § 54 MSchG (Parallelbestimmung zu § 18 UWG)
  - Grenze, wo Unternehmer das Handeln der Hilfspersonen in keiner Weise zugute kommt
  - Unternehmer muss grds seine Beziehungen zu Dritten nicht so gestalten, dass er auf deren Verhalten Einfluss nehmen kann.
  - Anders, wenn er diese als Werbeträger nutzt und in seinen Betrieb eingliedert
  - Rsp zu Keyword Advertising: Durch Verwendung einer Marke als Schlüsselwort generierte Werbung greift nur dann nicht in Rechte des Markeninhabers ein, wenn leicht zu erkennen ist, dass die beworbenen Waren nicht vom Markeninhaber (oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen) stammen

- BGH I ZR 51/08 zu Google: Umstand, dass Aufruf einer Internetseite durch Google erfolgt ist, steht einer Markenverletzung nicht entgegen, weil Google insoweit im Auftrag des Werbenden tätig geworden ist.
- Nichts anderes gilt hier: Auftraggeber hat auch dann einzustehen, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlegt
- Risiko „automatisierter“ Rechtsverstöße ist dieser Werbeform immanent
- Tätigkeit von Google ist daher zuzurechnen, auch wenn konkrete Algorithmen nicht bekannt



## Herabsetzung, „pointierte“ Kritik („Billigzeitung“)

- **4 Ob 140/22z, 20.12.2022**
  - Kl ist Medieninhaberin einer Kaufzeitung und einr Gratiszeitung
  - Bekl ist Inhaberin einer Tageszeitung, die von Mo bis Sa um 1,50 EUR verkauft wird
  - Kl veranstaltete 2021 eine „Impflotterie“ mit Geld- und Sachpreisen
  - Felder des Formulars zu Impfmotiv, Datum und Nickname mussten nicht ausgefüllt werden
  - Technisch war es möglich, das Formular mit falschen Angaben, Fantasienamen etc abzuschicken
  - In Tageszeitung der Bekl erschien kritischer Beitrag zur „Impflotterie“
  - Kl begehrt gestützt auf §§ 1, 2 und 2a sowie § 7 UWG Unterlassung

- **ErstG** gibt statt
  - „Billigzeitung“ als qualitativ minderwertig zu verstehen, pauschal herabsetzend
- **BerG** bestätigt iW (Abänderung des Veröffentlichungsbegehrens)
- **OGH** weist RevRek zurück (mangels Beschwer) und gibt Revision Folge
  - Wettbewerbsabsicht kein Tatbestandselement des § 1 (anders bei § 7 UWG)
  - Objektive Eignung, den Wettbewerb zu fördern, genügt
  - Gesamteindruck maßgeblich

- Nimmt Mitbewerber – wenngleich in Wettbewerbsabsicht – an Debatte teil, die öffentliche Interessen betrifft, hat die Freiheit der Meinungsäußerung höheres Gewicht als bei rein unternehmensbezogenen Äußerungen
- Auch hier muss aber das genannte Unternehmen unwahre kreditschädigende Äußerungen nicht hinnehmen
  - Kein öffentliches Interesse an unwahren und herabsetzenden Behauptungen
- Artikel setzt sich in genereller Weise mit Impfung und auffälligen Ereignissen in diesem Zusammenhang auseinander
- Titulierung der Produkte als „Billigzeitung“ kommt keine besondere Bedeutung zu, deren Gewicht die Zielsetzung, prononcierten Beitrag zu einer öffentlichen und kontrovers geführten Debatte zu leiten

- Verkürzendes Ansprechen des Umstands, dass KI in erheblich geringerem Maß durch Einnahmen aus Verkauf finanziert wird, unschädlich
- Abwägung fällt zugunsten der Meinungsfreiheit aus
- Bedeutung des demokratischen Meinungsbildungsprozesses
- Andere Aspekte des Artikels in Revision nicht mehr angesprochen
- Aussagen über Modalitäten der Teilnahme wahr
- Auch hier steht Debattenbeitrag im Vordergrund
- RevRek zurückzuweisen:
  - Beschwer durch Hauptsacheentscheidung weggefallen
  - Kostenentscheidung nach hypothetischem Erfolg des Rechtsmittels (§ 50 Abs 2 ZPO)

## Spürbarkeit einer Wettbewerbsverletzung (Rechtsbruch), Relevanz der Irreführung

- 4 Ob 182/22a, 20.12.2022 ecolex 2023/261 (Kasper) - ecolex 2023,421 (Kasper) = ÖBI 2023/52 (Teufer) - Eierlikör
- KI begehrt Unterlassung (EV)
  - Behauptet Verstoß gegen VO (EU) 2019/787 („Spirituosen-VO“)
- **RekG** weist ab
  - Keine Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs
  - Keine Irreführungseignung nach § 2 UWG



- Eierlikör enthält Milch (ist nach VO grds zulässig)
- Bezeichnung „Eierlikör“ ist zulässig
- VO lässt aber nur mehr Zusatzbezeichnung „Cream“ zu, Beidl verwendet aber „Creme“
- Auf Rückseite ausdrücklicher Hinweis, dass Produkt Milch enthält

- **OGH** weist ao RevRek zurück
  - Keine Spürbarkeit des Verstoßes durch eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung
    - Spürbarkeit ist Frage des Einzelfalls
  - Prominente und prägende Kennzeichnung als „Eierlikör“
  - Wahrer Sachverhalt gerade nicht verschleiert
  - Zusatz „Creme“ legt nicht nahe, es handle sich um (zB Frucht-)Creme isD Anh d VO, sondern Bezugnahme auf Konsistenz des Eierlikörs
  - Strafbewehrung der VO zeigt, dass nationale Pflicht zur Durchsetzung der VO auch abseits des Lauterkeitsrechts erfüllt werden kann

- Irreführende Angaben zu Zusammensetzung, Zutaten, Bezeichnung stellen irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 Abs 1 Z 2 UWG dar
- § 2 Abs 5 UWG: jedenfalls die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen
- Relevanz der Irreführung ist Frage des Einzelfalls
- Auf normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen
- Beurteilung des RekG vertretbar:
  - Durchschnittskonsument werde nicht aufgrund der Bezeichnung „Creme“ davon ausgehen, dass Eierlikör keine Milch enthalte
  - Angesprochene Verkehrskreise kennen unterschiedliche Vorgaben der VO für „-creme“ und „cream“ nicht
  - Wirkt sich daher nicht auf deren Erwartungshaltung aus
- Überholt EuGH C-462/17, *Tänzer & Trasper* (zur alten VO, wonach Eierlikör keine Milch enthalten durfte)



## Rechtsbruch, Vertretbarkeit der Rechtsansicht

- **4 Ob 123/22z, 20.12.2022, ÖBI 2023/54 (Alavi Kia) - Wiener Taxitarif**
- Kl ist Taxiunternehmerin und vermittelt Personenbeförderungsdienstleistungen
- Erstbekl ist Taxiunternehmerin, ZweitBekl Vermittlungsplattform („U\*“)
- Kl begehrt Unterlassung der Unterschreitung des Wr Taxitarifs, insb jener für Bestellungen über Kommunikationsdienste
- Wiener Taxitarif (VO des LG gem § 14 GelVerkG)
  - § 5: „Zuschläge **dürfen** ausschließlich für folgende Leistungen verrechnet werden, wobei für diese Leistungen jeweils ein Zuschlag von 2 Euro zu verrechnen **ist**:
    - 1. Bestellung eines Fahrzeugs im Weg eines Kommunikationsdienstes“

- **ErstG** weist Sicherungsantrag ab
  - ZweitBekl nicht unlauter, weil nicht dem GelVerkG unterworfen
  - Keine Verpflichtung zur Verrechnung von Zuschlägen
- **RekG** gibt statt
  - Verrechnung des Zuschlags zwingend
  - Gegenauffassung unvertretbar
- **OGH** weist ab
  - Rechtsbrauch iSd § 1 UWG nur bei Unvertretbarkeit
  - „dürfen“ lässt nur schwer Verpflichtung erkennen
  - Erläut zur VO: „allfällige Zuschläge“
  - Bei Zeittarifen: „ist“ zu verrechnen, Zuschläge „dürfen“ verrechnet werden
  - Keine offenkundige Absicht der VO
    - Vgl auch VerwG Wien VGW-021/035/4362/2022-2 ecolex 2022/610 [*Sabadello*]).

## **Rechtsbruch, Vertretbarkeit der Rechtsansicht, Revisibilität**

- **4 Ob 219/22t, 31.1.2023**
- BerG fällt klagsabweisendes Teilurteil und Aufhebungsbeschluss
- **OGH**
- Weist Rekurs gegen Aufhebungsbeschluss zurück (absolut unzulässig)
- Weist ao Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurück
- Medizinprodukte-VO, Übergangsbestimmungen
  - Ab 26.5.2020 jede Veröffentlichung einer Benannten Stelle ungültig, aber uU Weitergeltung von Bescheinigungen bis 27.5.2023

- Rechtsbruch liegt nur bei unvertretbarer Rechtsansicht vor
- Eindeutiger Wortlaut und offenkundiger Zweck
- Rsp der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts, ständige Verwaltungspraxis
- Kein Lauterkeitsverstoß wenn die Norm auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht
- „bindende“ Entscheidung über „richtige“ Auslegung der Norm nicht zu erwarten
- Beurteilung der Vertretbarkeit ist Frage des Einzelfalls
- Zwei Prüfungsstufen:
  - Vertretbarkeit der Auslegung durch Bekl
  - Vertretbarkeit dieser Beurteilung durch das BerG

- In concreto in erster Instanz keine konkreten Verbotsnormen angeführt
  - „Rechtsbruch durch Verstöße gegen das MPG“ ist keine ausreichende Konkretisierung und Individualisierung eines Verbotstatbestandes
- Irreführung erstmals in Berufung angesprochen
  - Wirksamkeit für Rechtsbruch nicht zu prüfen
- Keine Anwendungshinweise oder Hinweise auf Zwecke des Produkts in der Beschreibung
- Beurteilung der Vorinstanzen, nach dem Gesamteindruck würde für verständigen Verbraucher mit hinreichender Sicherheit weder auf Zweck der menschlichen Einnahme noch auf Arzneimittelwirkung hingewiesen, daher vertretbar

## Wiederholungsgefahr, Urteilsveröffentlichung

- **OGH 31.1.2023, 4 Ob 3/23d, ÖBI 2023, 217- *Frontpage* mit Anm *Hinger***
  - Zeitung kündigt auf Titelblatt mit Foto der Nationalmannschaft herausnehmbare Sonderbeilage (Poster der Nationalmannschaft) im Blattinneren an
  - Tatsächlich Doppelseite aus normalem Zeitungspapier im Blattinneren, normales Zeitungslayout, Rückseite jeweils mit redaktionellem Inhalt
  - EV erfolgreich, ao Rev zurückgewiesen (ohne Außenbegründung)
  - Im Hauptverfahren: Unterlassungsvergleich mit Angebot der Urteilsveröffentlichung im Sportteil

- Kläger lehnten ab, Urteils Veröffentlichung auf Titelseite
- Vorinstanzen gaben der Klage statt, wegen des Talionsprinzips, an Revision
- OGH
  - Zurückweisung, keine erhebliche Rechtsfrage
  - Wiederholungsgefahr entfällt nur, wenn Bekl einen Vergleich anbietet, der alles umfasst, was Kl durch stattgebendes Urteil erreicht werden könnte
    - Das umfasst auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Bekl

- Ablehnung der Ansicht, dass Veröffentlichung auf Titelseite nur ausnahmsweise zustehe
- Vorinstanzen hatten stattgegeben, weil die Irreführung auch auf der Titelseite erfolgt war
  - Zudem: sonst verkaufsfördernde Wirkung für die Bekl, wenn nur Hinweis auf die Veröffentlichung auf Titelseite erfolgt
    - Leute kaufen, um Urteilsveröffentlichung zu lesen



## Irreführung

- **OGH 28.2.2023, 4 Ob 226/22x, MR 2023,91 – Aktion 1**
  - Mobilfunkanbieter pries Tarifpaket mit Aktion an, zeitlich befristet, aber immer wieder verlängert
  - Dann „Aktion!“ Ohne zeitliche Befristung
  - Gratis Rufnummernmitnahme für alle und automatische Kündigung wurde angepriesen ohne Hinweis, dass für einen erheblichen Teil der Kunden aus Altverträgen noch Zahlungspflichten bestehen könnten

- Begehren nur auf
- Unterlassung des Bewerbens einer Aktion ohne Hinweis auf den Aktionszeitraum
- **nicht** auf Unterlassung der Aneinanderreihung von Aktionszeiträumen
- gratis Rufnummernportierung und Kündigung ohne Hinweis auf Zahlungspflichten
- Von 2. Instanz erstes abgewiesen, zweites stattgegeben, vom OGH bestätigt

- Preiswettbewerb erwünscht
- Anh Z 7 verbietet unrichtige Behauptung, ein Produkt sei nur für begrenzten Zeitraum verfügbar
- Unvollständige Information kann zwar irreführend sein
  - Wenn durch Verschweigen ein falscher Gesamteindruck vermittelt wird
  - aber keine allgemeine Pflicht zur Vollständigkeit
- Keine Irreführung durch Nichtangabe des Aktionszeitraum, es sei denn Lockvogelangebot
  - Produkt nicht ausreichende Zeit verfügbar
- Irreführung aber **bejaht** für das Verschweigen von Zahlungspflichten bei einem erheblichen Teil der Kunden (bei solchen, die vor dem 1.11.2021 den Vertrag abgeschlossen hatten, danach nach TKG ao Kündigungsrecht)

## Irreführung § 2 UWG

- **OGH 28.3.2023, 4 Ob 46/23b**
  - Bekl Medieninhaberin wirbt mit
  - *„In der Mitte zum Herausnehmen gibt es die eigen Sportzeitung fürs Wochenende. Mit allen Tabellen und Ergebnissen, den spannendsten Storys und Kommentatoren“*
  - Im herausnehmbaren mehrseitigen Sportteil werden aktuelle Ergebnisse, Tabellen Ranking etc vieler Sportarten, aber nicht aller Sportarten, Ligen und Länder weltweit
  - Unterlassungsbegehren in Bezug auf „alle“ Tabellen und Ergebnisse

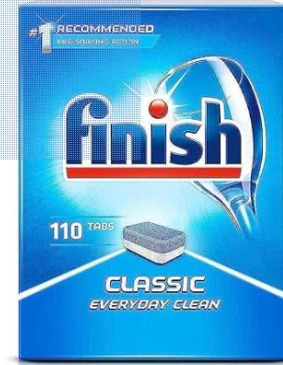
- In allen Instanzen erfolglos (ao RevRek zurückgewiesen)
- Marktschreierische Anpreisung
- Vorinstanzen kamen zum Ergebnis, dass niemand glauben werde, „alles“ werde berichtet
- Keine aufzugreifende Fehlbeurteilung

## Irreführung § 2 UWG

- **OGH 28.3.2023, 4 Ob 15/23v, ecolex 2023, 512 mkit Anm *Tonninger* = RdM 2023, 148 mit Anm *Blum***
  - Apothekerkammer wirbt auf Homepage und in Werbespots mit Aussagen, die suggerieren, man könne sich ohne Arzt medikamentieren
  - Klage der Ärztekammer: Irreführung, weil der Eindruck erweckt werde, Apotheker wären zur Behandlung oder Verschreibung rezeptpflichtiger Arzneimittel in Zusammenhang mit schweren Erkrankungen berechtigt
  - Vorinstanzen gaben statt, OGH sah keine aufzugreifende Fehlbeurteilung

- E stellt das Prüfungsschema und andere Topoi im Zusammenhang mit der Prüfung der Irreführungseignung dar
- § 2 konkretisiert die Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG für den Fall irreführender GP. Ist Tatbestand erfüllt, ist regelmäßig die berufliche Sorgfalt verletzt und eine wesentliche Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers gegeben
- Prüfungsschema: Ermittlung des Bedeutungsgehalts, Vergleich mit der Wirklichkeit, Relevanz
- Mehrdeutigkeitsregel

## Irreführung § 2 UWG Spitzenstellungswerbung, Aufklärung über zugrundeliegenden Tatsachen



- **OGH 25.4.2023, 4 Ob 190/22b (4 Ob 191/22z)**
  - Geschirrspülmaschinen-Produkt „finish“ sei die von führenden Geschirrspülmaschinenherstellern am häufigsten empfohlene Marke
  - Sternchenhinweis: auf der Packungsrückseite Aufzählung dieser Hersteller
  - Unterlassungsbegehren: Unterlassung der Werbeaussage ohne Nennung der Umstände und Kriterien für die Empfehlung / oder wenn es nicht auf objektiven Testserien beruht
  - Vorinstanzen wiesen ab, OGH gab statt



- Prüfung der Irreführungseignung erfordert Ermittlung des Verständnisses der angesprochenen Verkehrskreise
- Spitzenstellung muss offenkundig und beträchtlich sein
- Verkehr erwartet sich, dass Empfehlung auf objektiven Kriterien beruht, nicht auf Marketingvereinbarungen oder dergleichen
- Wenn Produkte der Beklagten eindeutige und naheliegende Vorteile im Vergleich zu Konkurrenzprodukten haben, wie höhere Waschkraft oder Fettlösung bedarf es keiner ergänzenden Angaben, weil es keine Pflicht zur Vollständigkeit von Werbeaussagen gibt

- Bekl verwies auf objektive Tests
- Beweislastumkehr wegen Beweisschwierigkeiten des Klägers
  - Generelle Beweislastumkehr wie bei vergleichender Werbung?
  - S auch 4 Ob 223/22f („Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen“)

## Rechtsbruch § 1 UWG Vertretbare Rechtsauffassung

- **OGH 31.5.2023, 4 Ob 237/22i**
  - Bekl hatte Kundenstock einer insolventen Gesellschaft erworben
  - Datenschutzerklärung der Insolvenzgesellschaft hatte auf die Möglichkeit der Übertragung personenbezogener Daten im Fall des Verkaufs des gesamten Unternehmens hingewiesen
  - Bekl versandte Newsletter an (erworbene) Kunden
  - Nach für Kl nicht erfolgreichem Provisorialverfahren hatte Datenschutzbehörde Verstoß gegen DSGVO bejaht, BVerwG allerdings verneint, bei VwGH anhängig, Verfahren nach TKG eingestellt

- Wegen der nicht vorliegenden E des VwGH hat sich nichts am Beurteilungsmaßstab für den Rechtsbruch geändert
- Wiedergabe wesentlichen Texts der im Provisorialverfahren ergangenen E 4 Ob 95/21f
- Dort auch Hinweis, dass bei der Prüfung durch den OGH 2 Stufen zu unterscheiden sind:
  - Vertretbare Auslegung der Norm
  - Nach § 502 Abs 1 ZPO, ob die Beantwortung der Vertretbarkeitsfrage einer krassen Fehlbeurteilung unterlag

## Schutz bekannter Marken und Nachahmungsschutz gem § 1 UWG

- OGH 31.5.2023, 4 Ob 55/23a



- Vorinstanzen und zurückweisende OGH bejahen Schutz sowohl nach § 10 Abs 2 MSchG (Schutz bekannter Marke) als auch § 1 UWG
- Schutz bekannter Marke setzt keine Verwechslungsgefahr, sondern nur Ähnlichkeit voraus
- Erweiterter Schutz der bekannten Marke setzt die Benutzung des jüngeren Zeichens in unlauterer Weise, und dass kein Rechtfertigungsgrund besteht, voraus; Beweislast trifft Verletzter
- Unlauterkeit wird vor allem durch die meist naheliegende Zielrichtung, am fremden Ruf zu schmarotzen, begründet

- Außerhalb des Schutzes durch Sonderrechte Nachahmungsfreiheit
- Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz
  - Sklavische Nachahmung bzw glatte Leistungsübernahme
  - Vermeidbare Herkunftstäuschung
  - (schmarotzerische) Rufausbeutung, unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung
- Begründung für Letzteres: Schutz der Investitionen
  - TBD: warum außerhalb eines Sonderrechtsschutzes?

- Anbringung der eigenen S-Budget-Marke ändert nichts an Rufausbeutung
  - Selbst wenn dadurch Verwechslungsgefahr beseitigt wird, auf die es aber nicht ankommt
- Auch comicartige Verfremdung spricht junges Partyvolk an und spricht für Rufausbeutung



## § 1 UWG Rechtsbruch KI und anwaltliches Berufsrecht

- **OGH 27.6.2023, 4 Ob 77/23m**
  - Erstbekl betreibt unter der Firma incaseof.law GmbH und unter der Internetadresse incaseof.law ein KI gestütztes Vermittlungsportal für Anwaltsdienstleistungen
  - sie hat Gewerbeberechtigung für Inkassounternehmen
  - Betreibt KI unterstütztes Portal für Inkassodienstleistungen (Mahnklagen)
  - Auch: Kunde kann Rechtsfrage eingeben, erhält Ausarbeitung des Problems (durch KI) und Vorschlag eines Partneranwalts

- Rechtsanwalt bekommt auch KI-generierte Ausarbeitung, Vertrag zwischen RA und Klienten, Abrechnung auch zwischen RA und Klienten, Plattformbetreiber erhält 25% Provision
- Ursprünglich war Abrechnung direkt über Plattformbetreiber vorgesehen
- Das wurde über Intervention der RAK OÖ geändert
  - Allerdings kein Unterlassungsvergleich
- Anwaltsverein klagt auf Unterlassung, wenig konkretes Vorbringen

- Im Ergebnis erfolgreich:
  - (unvertretbarer) Rechtsbruch wegen Verstoß gegen das Provisionsverbot gem § 47 RL-BA 2015
  - Honorareinzug über Plattformbetreiber verstößt gegen (unvertretbar) gegen Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 2 RAO
  - Der Abrechnungsmodus wurde zwar zwischenzeitig über Intervention der RAK geändert, aber keine ausreichende Dokumentation eines Sinneswandels, der Wegfall der Wiederholungsgefahr rechtfertigen würde
    - Kein Unterlassungsvergleich angeboten, Bestreiten im Verfahren, kein Anerkenntnis

## Urteilsveröffentlichung

### ▪ 4 Ob 5/23p 17.10.2023

- Unterlassung der Behauptung, die in Verkehr gebrachte Kältekammer könne den gesamten Körper für kurze Zeit einer Temperatur von minus 110 Grad Celsius aussetzen, obwohl die Kältekammer tatsächlich diese niedrige Temperatur nicht erreicht.
- Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer Wochentags-Ausgabe der „**Kronen Zeitung**“
- Ao Rev zurückgewiesen:
- Urteilsveröffentlichung nach § 25 Abs 3 UWG erfolgt – dem **Talionsprinzip** entsprechend – in der Regel in jener Form und Aufmachung, in der auch die beanstandete Ankündigung veröffentlicht worden ist.
- **Zweck** der Urteilsveröffentlichung (§ 25 UWG) ist es aber auch, unlautere Wettbewerbshandlungen in der Öffentlichkeit aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären.
- Sie dient insbesondere auch dazu, **ehemalige Vertragspartner** der Beklagten über die Rechtswidrigkeit einzelner Geschäftspraktiken aufzuklären (vgl auch 4 Ob 180/22g).

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



VIENNA UNIVERSITY OF  
ECONOMICS AND BUSINESS

**Department für Privatrecht**

Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht  
Welthandelsplatz 1/D3/1.OG, 1020 Vienna,  
Austria

**Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M.**

T +43-1-313 36-4276 DW

F +43-1-313 36-714 DW

[georg.kodek@wu.ac.at](mailto:georg.kodek@wu.ac.at)

[www.wu.ac.at/privatrecht](http://www.wu.ac.at/privatrecht)