



Der Wettbewerb der öffentlichen Hand

Dr. Roman Heidinger, M.A.

(Universität Göttingen – Forschungsverein Infolaw)



Einleitung

- Gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten greift der Staat durch vielfältige Maßnahmen in den Wettbewerb ein.
- Wesentliche Ausprägungen:
 - Subventionsvergabe (Lenkungsverwaltung)
 - Kooperationen mit privatwirtschaftlichen Unternehmen
 - Betrieb eigener Wirtschaftsunternehmen (ggf über Beteiligungen)
- Welchen lauterkeitsrechtlichen Schranken unterliegt die öffentliche Hand, denen rein private Mitbewerber nicht unterliegen?



Übersicht

1. Definition: Öffentliche Hand
2. Handeln im geschäftlichen Verkehr
3. Beurteilung im Rahmen der Generalklausel (§ 1 UWG)
4. Irreführende Geschäftspraktiken (§ 2 UWG)
5. Aggressive Geschäftspraktiken (§ 1a UWG)
6. Fazit

Definition: Öffentliche Hand

- Es existieren besondere lauterkeitsrechtliche Verhaltenspflichten für Bund, Länder, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften (Kammern udgl).
- Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des OGH auch dann, wenn die öffentliche Hand nicht unmittelbar, sondern in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts tätig ist.
- Beteiligungsgrenze:
 - Keine abschließende Klärung durch die Rechtsprechung. In Anlehnung an die Prüfungskompetenz des Rechnungshofes ist eine Beteiligung von mindestens 50 % oder Beherrschung durch die öffentliche Hand ausreichend.
 - OGH 4 Ob 72/02w – *Therme L*: Ist die öffentliche Hand mit 97 % an einer Gesellschaft beteiligt, so bestehen besondere Gleichbehandlungspflichten.
 - OGH 4 Ob 14/04v – *Therme L II*: Beherrschung ausreichend
- Unabhängig von einer direkten Beteiligung der öffentlichen Hand kommen die besonderen lauterkeitsrechtlichen Verhaltenspflichten auch bei indirekter Wirtschaftslenkung ausschließlich mit öffentlichen Mitteln durch Subventionen (Tätigkeit als Subventionsmittler) zur Anwendung.

Handeln im geschäftlichen Verkehr

- Die öffentliche Hand handelt im geschäftlichen Verkehr, wenn sie im Rahmen der **Privatwirtschaftsverwaltung** am Erwerbsleben teilnimmt.
 - Argument: Gleiche Rechte und daher auch gleiche Pflichten wie Private
- **Hoheitsakte** selbst sind an sich keine im geschäftlichen Verkehr gesetzte Handlungen, weshalb sie nicht den Vorschriften des Lauterkeitsrechts unterliegen können.
 - Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann nicht durch die ordentlichen Gerichte überprüft werden (Art 94 B-VG).
 - Unterlassungsansprüche sind nach § 1 Abs 1 AHG ausgeschlossen.
 - Im Anwendungsbereich der RL-UGP ist jedoch davon auszugehen, dass auch Hoheitsakte grds erfasst sind.

Beschaffungstätigkeit/Förderung von fremdem Wettbewerb

- In der reinen **Beschaffungstätigkeit** ist keine Teilnahme am Erwerbsleben zu erblicken.
- Nach der Rsp liegt im Regelfall auch **keine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs** vor:
 - Auch bei objektiver Eignung einer Beschaffungsmaßnahme zur Förderung von fremdem Wettbewerb greift das Lauterkeitsrecht nicht ein, wenn bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegt.
 - Das wird insbesondere bei der Erfüllung typischer Aufgaben der öffentlichen Hand zutreffen, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge oder der Schaffung von Infrastruktur.
 - Das Schaffen von Parkmöglichkeiten für Pendler ist eine typisch öffentliche Aufgabe.
(OGH 4 Ob 40/11b, ÖBI 2012,57 – *Parkplätze für Graz-Liebenau/Murpark*)

EuGH 3.10.2013, C-59/12

– *BKK Mobil Oil*

- Die UGP-Richtlinie ist dahin auszulegen, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die mit einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe wie der Verwaltung eines gesetzlichen Krankenversicherungssystems betraut ist, in ihren persönlichen Anwendungsbereich fällt.
 - Die Einordnung und Rechtsstellung der fraglichen Einrichtung nach nationalem Recht ist unerheblich (Rz 26).
- Auch die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und privatwirtschaftlichem Handeln ist im Anwendungsbereich der RL-UGP nicht relevant.
 - Hoheitliche Maßnahmen können grds. Regulationsgegenstand eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsgebots sein.
 - Gilt nur soweit, als eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit vorliegt.
 - Die meisten Konstellationen betreffen den B2B-Bereich.

Hoheitsakte - Beispiele

- Vergabe von Begräbnisterminen im Rahmen der Friedhofsverwaltung
 - OGH 4 Ob 21/04y, wbl 2004, 394 – *Friedhofsverwaltung*
- Die vom gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 277 Abs 2 UGB veranlasste Veröffentlichung des Jahresabschlusses im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ ist hoheitliches Handeln der Medieninhaberin der „Wiener Zeitung“, die dabei als Organ des Bundes tätig wird.
 - OGH 1 Ob 15/11d, ecolex 2011, 614 – *Wiener Zeitung III*
- Benennung von Verkehrsflächen
- Überwachungstätigkeit eines Dampfkesselüberprüfungs-kommissärs.

Abgrenzung zwischen Privat- wirtschafts- und Hoheitsverwaltung

- Für die Abgrenzung kommt es ausschließlich auf die Form des Handelns an (Bescheide – Verträge udgl) an.
 - Der Zweck des Handelns ist nicht ausschlaggebend.
 - Auch eine Kompetenzüberschreitung im Rahmen der Hoheitsverwaltung ist daher irrelevant.
- Im Zweifel liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor:
 - Zuletzt: OGH 29.09.2014, 8 Ob 10/14z zu Förderungen.
 - Vgl auch OGH 1 Ob 208/10k, MR 2011, 67 – *Festspielsteuerberaterin*
- Akte der **schlichten Hoheitsverwaltung** unterliegen nach der Rsp einer Beurteilung durch das UWG.
 - OGH 4 Ob 82/93, ÖBI 1993, 203 – *Zivilschutzverband*
 - Abweichende Beurteilung im Anwendungsbereich des AHG

Rechtsschutzlücke

- Ein Sonderproblem stellen jene Hoheitsakte dar, die gegenüber dem Adressaten, also im Vertikalverhältnis, als hoheitlich zu qualifizieren sind, im Verhältnis zu den Mitbewerbern aber durchaus den Charakter einer nach dem UWG zu beurteilenden Wettbewerbshandlung haben können und somit eine Doppelnatur aufweisen.
 - Differenzierung wurde insoweit in OLG Wien 4 R 85/86 AnwBl 1987/2743 getroffen.
- Beispiel: Obwohl die Vergabe von Bestattungsterminen als Akt der Hoheitsverwaltung zu sehen ist, kann die Benachteiligung privater Bestattungsunternehmen im Verhältnis zur kommunalen Bestattung bei der Zuteilung von Begräbnisterminen einen Wettbewerbsvorsprung des kommunalen Bestattungsunternehmens gegenüber dem privaten Konkurrenten bewirken.
- Steht dem betroffenen privaten Mitbewerber kein öffentlich-rechtliches Verteidigungsinstrumentarium zur Verfügung, bleibt die Wettbewerbsverzerrung bestehen.

Einordnung/Dogmatische Fragen

- Sonderkonstellationen des Wettbewerbs der öffentlichen Hand können folgenden Fallgruppen des § 1 UWG zugeordnet werden:
 - **Behinderung**
 - Verquickung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen
 - Ausnutzung der Machtstellung
 - **Rechtsbruch**
 - Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz
Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) führen zur Haftung wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes (Vgl OGH 15.02.2011, 4 Ob 5 /11f)

Markteintritt

- Der bloße Eintritt der öffentlichen Hand in den Wettbewerb ist lauterkeitsrechtlich unbedenklich. Auch dann nicht, wenn die Versorgung durch andere Unternehmen sichergestellt ist.
 - Ausnahme: Bestand des Leistungswettbewerbs ist gefährdet.
- Es unterliegt vielmehr nur die Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt, der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung.
 - Dass das Bundesland OÖ zwei Verkehrsunternehmen, welche die gleiche Strecke befahren, subventioniert, mag zwar nicht den Grundsätzen der Sparsamkeit entsprechen und mag aus Sicht des Steuerzahlers eine entbehrliche Zweigleisigkeit darstellen, ist aber als solches kein unzulässiger Eingriff in den Wettbewerb.
 - OGH 4 Ob 141/99k, ÖBI 2000, 107 – *Fahrgemeinschaft Haslach*

Verquickung amtlicher mit erwerbswirtschaftlichen Interessen

- Hoheitliche und erwerbswirtschaftliche Sphäre müssen getrennt sein.
- Unlauter ist der Vertrieb von Forstpflanzen, sofern am Abschluss dieser Rechtsgeschäfte Personen mitgewirkt haben, die gleichzeitig im Bereich der hoheitlichen Vollziehung des Forstgesetzes tätig sind.
 - OGH 4 Ob 124/99k, ÖBI 2000, 28 – *Forstpflanzen II*
- Unlauter ist daher insbesondere Verwertung von Kenntnissen, die im Rahmen der hoheitlichen Verwaltung erlangt wurden, durch erwerbswirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand.
 - OGH 4 Ob 50/89, wbl 1990, 113 – *PSK*
- Ein Zwangsverband (Landesjagdverband) gebraucht öffentlich-rechtliche Stellung dazu, seinen Mitgliedern den Bezug der in seinem privatwirtschaftlichen Unternehmen erscheinenden Zeitschrift aufzudrängen und damit diesem Unternehmen eine Vorzugsstellung zu verschaffen.
 - OGH 3 Ob 215/56, ÖBI 1957, 1 – *Jagdzeitschrift St. Hubertus*

Missbrauch der Machtposition

- Unlauterer Wettbewerb der öffentlichen Hand liegt nicht bereits darin, dass sie auf die ihr zur Verfügung stehenden - auch finanziellen - Mittel im erforderlichen Umfang und in angemessener Weise zurückgreift.
- Ein Missbrauch der Machtposition liegt aber dann vor, wenn öffentliche Mittel zur Unterbietung privater Mitbewerber (zweckwidrig) verwendet werden.
 - Die Abgabe von Treibstoff zu Einstandspreisen an Landestankstellen ist unlauter. Es werden für Zwecke der öffentlichen Verwaltung gewidmete und durch das Landesbudget getragene Mittel (Infrastruktur, Errichtungs- und Erhaltungsaufwand der Betriebstankstellen) einsetzt, um mit „Kampfpreisen“ anderen Anbietern Konkurrenz zu machen. Ein vergleichbares Angebot wäre einem privaten Anbieter, der nicht über die aus der öffentlich-rechtlichen Stellung resultierenden Mittel verfügt, keinesfalls möglich (OGH 4 Ob 283/04b, MR 2005,261 – *Billigdiesel-Tankstellen*)

Missbrauch der Machtposition/2

- Keine Unlauterkeit liegt vor, wenn die von der öffentlichen Hand verrechneten Abgabepreise die Kosten des Wareneinsatzes und des durch den Betrieb verursachten Aufwands decken und darüber hinaus ein positives betriebswirtschaftliches Ergebnis gewährleisten. Dass der Gewinn allenfalls geringer ist als jener eines privaten Anbieters, bedeutet noch keinen Machtmissbrauch der öffentlichen Hand.
 - OGH 20.04.2006, 4 Ob 261/05v
- Entscheidend für die Unlauterkeit ist daher das Vorliegen einer **Quersubventionierung** der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Mittel, die an sich öffentlichen Zwecken gewidmet sind.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

- Die Grundrechte binden den Staat auch als Träger von Privatrechten.
 - Durch Art 17 B-VG wird dem Staat zwar Privatrechtsfähigkeit zuerkannt, nicht aber umfassende Privatautonomie eingeräumt.
- Ungleichbehandlungen sind nur dann zulässig, wenn dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.
 - Beispiel: Differenzierungen bei der Subventionsvergabe (= Förderung von fremden Wettbewerbs) müssen durch den Zweck der Subvention gerechtfertigt sein.
 - Kooperationspartner müssen nach sachlichen Gesichtspunkten ausgewählt werden.
 - Auch bloße Empfehlungen der öffentlichen Hand können problematisch sein.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz/2

- Eine unlautere Beeinflussung des Wettbewerbs durch die öffentliche Hand liegt vor, wenn Kooperationen einer Therme auf Fünf-Sterne Hotels beschränkt wird und den im Ort ansässigen Vier-Sterne Hotels eine derartige Kooperation verweigert wird.
- Die Wettbewerbsverzerrung kann nicht durch das Motiv, internationale Gäste verstärkt anzuziehen, gerechtfertigt werden. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, weshalb ausschließlich ein Fünf-Sterne Hotel einer international tätigen Hotelkette in der Lage sein soll, internationale Gäste anzusprechen.
 - OGH 4 Ob 72/02w, ÖBI 2003/63 – *Therme L.*

Irreführende Geschäftspraktiken (§ 2 UWG)

- Der OGH nimmt an, dass eine gesetzliche Interessensvertretung aufgrund der öffentlich-rechtlichen Stellung in besonderer Weise zur Objektivität und zur Neutralität im Wettbewerb zwischen den Mitgliedern verpflichtet ist. Ihr kommt nämlich eine besondere Glaubwürdigkeit und damit hohe faktische Autorität zu.
- Eine zwar vertretbare Rechtsansicht (hinsichtlich der möglichen Weitergeltung einer Verordnung) verstößt gegen die Objektivitäts- und Neutralitätspflicht, wenn nicht auf die Vertretbarkeit anderer Auffassungen hingewiesen wird.
- Die Vertretbarkeit ist nur beim Rechtsbruch (§ 1 UWG), nicht aber im Rahmen des Irreführungstatbestandes (§ 2 UWG) relevant.
 - OGH 4 Ob 24/06t, MR 2006, 209 – *Rattenbekämpfung*

Irreführende Geschäftspraktiken (§ 2 UWG)/2

- Der OGH legt somit einen strengeren Maßstab an die Irreführungseignung an, wenn eine Aussage von der öffentlichen Hand stammt.
 - Im Anwendungsbereich der RL-UGP ist kein Platz für unterschiedliche Wertungsmaßstäbe.
- Weitere Fallkonstellation: Bezeichnung einer Angelegenheit der Privatwirtschaftsverwaltung als behördlich
 - Vgl OGH 4 Ob 24/95 – *Städtische Bestattung*

Aggressive Geschäftspraktiken (§1a UWG)

- § 1a UWG setzt das Vorliegen von Belästigung, Nötigung oder **unzulässiger Beeinflussung** voraus.
- Eine unzulässige Beeinflussung setzt gem § 1 Abs 4 Z 6 UWG die **Ausnutzung einer Machtposition** voraus.
 - Eine Machtposition liegt bei Über-/Unterordnung vor. Dies ist – gerade bei einem Zusammenhang mit hoheitlicher Tätigkeit – bei der öffentlichen Hand regelmäßig der Fall.
 - Unzulässige Beeinflussung liegt vor, wenn die angesprochenen Personen davon ausgehen müssen, dass die Ablehnung einer Empfehlung udgl Nachteile mit sich bringt. Anders als bei der Druckausübung ist keine Ankündigung eines bestimmten Nachteils erforderlich.
 - Warenvertrieb aber auch Produktempfehlungen im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit sind daher unlauter.
(Beispielkonstellation: OGH 4 Ob 124/99k, ÖBI 2000, 28 – *Forstpflanzen II*)

Zusammenfassung

- Das UWG erlaubt eine weitgehende Kontrolle der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.
 - Auch die RL-UGP hat diesbezüglich einen weiten Anwendungsbereich. Dies betrifft insbesondere die Daseinsvorsorge.
- Rechtsschutzlücken ergeben sich durch wettbewerbsverzerrende Hoheitshandlungen.
- Der Gleichbehandlungsgrundsatz stellt die wesentlichste Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Vergleich zu privaten Unternehmen dar.
 - Subventionsvergabe, Kooperationen udgl müssen unter diesem Gesichtspunkt genau konzipiert werden.
- Die österreichische Rechtsprechung hat sich noch nicht mit den Auswirkungen der RL-UGP befasst.
 - Viele der mögliche Fallkonstellationen fallen allerdings in den B2B-Bereich.



Danke für Ihre Aufmerksamkeit !

Dr. Roman Heidinger, M.A.

roman.heidinger@jura.uni-goettingen.de