

Systematik der neuen General- klausel und Wertungskriterien der Unlauterkeit

Dr. Roman Heidinger, M.A.

- Systematik der Generalklausel
- Verbraucherleitbild
- Wertungskriterien der Unlauterkeit

Prüfungsreihenfolge/1

- Fällt die Geschäftspraktik unter einen Sondertatbestand (§§ 7, 9, 9a)?
- Fällt die Geschäftspraktik unter die „schwarze Liste“ des Anhangs? Wenn nein:
- Handelt es sich um eine aggressive (§ 1a) oder um eine irreführende (§ 2) Geschäftspraktik? Wenn nein:
- Fällt sie unter die Generalklausel des § 1?

- Prüfungsreihenfolge gilt nur für Geschäftspraktiken; „sonstige Handlungen“ sind ausschließlich nach § 1 Abs 1 Z 1 (bzw nach den Sondertatbeständen) zu beurteilen.

Prüfungsreihenfolge/2

- §§ 1a und 2 enthalten keine Rechtsfolgenanordnung.
- Ist der Tatbestand des § 1a bzw § 2 erfüllt, so wird zumindest im Regelfall eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt und eine wesentliche Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG vorliegen. (OGH 8.4.2008, 4 Ob 42/08t, MR 2008,257 – *W.-Klaviere*)
 - Vgl aber Art 5 Abs 1 iVm Art 5 Abs 4 RL-UGP
- Die Erheblichkeitsschwelle ist bei den im Anhang genannten GP nicht zu prüfen.
 - Vgl Art 5 Abs 5 RL-UGP: „Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind“.
 - Schaffung von Rechtssicherheit im Binnenmarkt (ErwGr 17)

Die zweigeteilte Generalklausel

- Ein Verhalten kann gegen § 1 Abs 1 Z 1 und § 1 Abs 1 Z 2 verstoßen
- Abgrenzung zwischen B2B- und B2C-Bereich:
 - Die RL-UGP schützt die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher.
 - In den B2B-Bereich fallen Geschäftspraktiken und sonstige unlautere Handlungen, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Unternehmen beziehen.
- Unterschiedliche Erheblichkeitsschwellen

Erheblichkeitsschwelle B2B

- Eine Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung muss geeignet sein, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinflussen.
- Abstrakte Beurteilung: Die unlautere Wettbewerbshandlung muss nicht tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zum Nachteil der Mitbewerber führen, sondern lediglich dazu geeignet sein (=Prognoseentscheidung).
- Beurteilung der Erheblichkeitsschwelle ist eine Rechtsfrage
 - Die hierfür erforderlichen Tatsachen sind vom Kläger zu behaupten und zu beweisen.
(OGH 20.05.2008, 4Ob37/08g, ÖBI-LS 2008/177 – 400 Betriebsstätten)

Erheblichkeitsschwelle B2C

- Eignung das Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen
- Wesentlichkeit bezieht sich auf den einzelnen Verbraucher
- Zu prüfen ist, ob die Fähigkeit des Verbrauchers eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt wird

- Der „Durchschnittsverbraucher“ ist die Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung.
- Objektive Zielrichtung der GP maßgeblich:
 - § 1 Abs 1 Z 1: Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhalten „des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet“
 - § 1 Abs 2 S 1: „Wendet sich eine Geschäftspraktik an eine Gruppe von Verbrauchern, so ist Durchschnittsverbraucher das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe.“
 - zB Werbung in einer Jugendzeitschrift / Fachzeitschrift
 - § 1 Abs 2 S 2: Sonderregelung für besonders schutzwürdige Verbrauchergruppen

Besonders schutzwürdige Verbrauchergruppen (§ 1 Abs 2 S 2)

- Voraussetzungen:
 - Aufgrund von von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzwürdige Gruppe
 - Eindeutige Identifizierbarkeit
 - Vernünftigerweise vorhersehbar
 - Problem: Bei Werbung in Massenmedien ist (zumeist) vorhersehbar, dass auch unterdurchschnittlich verständige Minderheiten erreicht werden.
 - Bedingter Vorsatz erforderlich, da die Ausnahmeregelung gerade jene Personen schützt, bei denen der Werbende darauf hofft, dass sie das Angebot nicht kritisch überprüfen können.
- Folgen:
 - Die Beurteilung der GP erfolgt anhand eines durchschnittlichen Mitglieds der betroffenen Gruppe.

Gruppenspezifische Prüfung (OGH)

- Kein fiktiver „gruppenübergreifenden Durchschnittsverbraucher“
- Bei einer Werbung, die sich tatsächlich an verschiedene, nach objektiven Merkmalen identifizierbare Gruppen richtet, hat eine gruppenspezifische Prüfung stattzufinden.
- Ein Verbot ist in einem solchen Fall schon dann gerechtfertigt, wenn die beanstandete Geschäftspraktik geeignet ist, ein durchschnittliches Mitglied auch nur einer dieser Gruppen zu beeinflussen.
 - (OGH 20.01.2009, 4 Ob 188/08p, MR 2009,92 – MEL)

Gruppenspezifische Prüfung – Begründung des OGH

- Richtete sich eine Werbung nur an eine bestimmte der tatsächlich erfassten Zielgruppen, so könnte die Irreführungseignung unter Bedachtnahme auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe zu bejahen sein;
- wäre die Werbung demgegenüber breiter gestreut, so müsste die Unlauterkeit möglicherweise verneint werden, weil aufgrund eines durch verständigere Adressaten „gehobenen“ Durchschnittsstandards die Irreführungseignung wegfielen.
- Ein solches Ergebnis kann dem europäischen Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

- Gesetzgeber hat die Problematik der Werbung, die an ein breites Publikum gerichtet ist, erkannt und in § 1 Abs 2 S 2 geregelt.
- „Segmentierung“ der Verkehrskreise va für Werbung in Massenmedien problematisch

Aber:

- Wertungsspielraum, da
 - die Eigenschaften des Durchschnittsverbraucher nicht statistisch ermittelt werden müssen und
 - keine fixe Beeinflussungsquote besteht.

Wertungskriterien der Unlauterkeit

- Begriff der Unlauterkeit ist nach der Rsp im B2B- und B2C-Bereich einheitlich auszulegen.
- Nach Art 5 Abs 2 RL-UGP ist das Kriterium der „beruflichen Sorgfalt“ das zentrale Wertungskriterium.
 - Der Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 2 legt demgegenüber nahe, dass auch unlautere Geschäftspraktiken existieren, die nicht gegen den Grundsatz der beruflichen Sorgfalt verstoßen.

Berufliche Sorgfalt

- „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet.“ (§ 1 Abs 4 Z 8)
 - Zusätzlicher Verweis in Art 2 lit h RL-UGP auf den Grundsatz von Treu und Glauben
- Anständige Marktgepflogenheiten = Übereinstimmung mit den grundlegenden lauterkeitsrechtlichen Wertungen
 - Anschauungen der Mitbewerber sind unbeachtlich.

Exkurs: Verhaltenskodizes

- Positive Grundhaltung der RL-UGP
- Aber nur Orientierungshilfe zur Auslegung des Kriteriums der beruflichen Sorgfalt:
 - Verhaltenskodizes können Schutzniveau überschreiten und so neue Werbemethoden behindern.
 - Besonders können rein nationale Kodizes Grundsatz der Totalharmonisierung behindern.
 - Vorschlag, wonach Verhaltenskodizes den nationalen Behörden die Feststellung erleichtern können, welche Anforderungen in der konkreten Branche an die berufliche Sorgfalt zu stellen sind, wurde nicht in die Endfassung der RL-UGP übernommen.
- Verhaltenskodizes sind uU auch kartellrechtlich problematisch.

Wertungskriterien der Unlauterkeit

- „Anständige Markgepflogenheiten“ sind insbesondere den Wertungen zu entnehmen, die den per-se Verboten des Anhangs bzw dem Verbot irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken zugrunde liegen. Auch auf die Sondertatbestände kann zurückgegriffen werden. Zum Beispiel:
 - Wahrheitsgrundsatz
 - Versachlichung der Kaufentscheidung
 - Verbot leistungswidriger Angriffe
- „Anständige Markgepflogenheiten“ können uU auch aus anderen (branchenspezifischen) Normen entnommen werden.



**INSTITUT FÜR ZIVIL- UND
UNTERNEHMENSRECHT**
ABTEILUNG FÜR INFORMATIONEN- UND
IMMATERIALGÜTERRECHT
Althanstrasse 39-45, 1090 Wien

Dr. ROMAN HEIDINGER, M.A.

T +43-1-313 36-DW 5173
F +43-1-313 36-DW 762
roman.heidinger@wu.ac.at
www.wu.ac.at | www.infolaw.at