



Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
 Abteilung C1/4
 Wettbewerbspolitik und -recht
 Stubenring 1
 1010 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
 1040 WIEN
 T 01 501 65-0
 DVR NR. 1048384

| Ihr Zeichen | Unser Zeichen | Bearbeiter/in | Tel | 501 65 | Fax | Datum |
|--------------------------|---------------|---------------|-----|--------|---------|-----------|
| 56.121/0001 WP/GSt/Gi/Id | | Ulrike Ginner | DW | 2142 | DW 2532 | 27.4.2007 |
| -C1/4/2007 | | | | | | |

UWG Novelle 2007

Die Bundesarbeitskammer nimmt zum Begutachtungsentwurf zur UWG Novelle 2007 wie folgt Stellung:

Wir möchten uns vorab bedanken, dass es im Rahmen der UWG-Arbeitsgruppe möglich war eine fundierte Diskussion zu führen, und es im Vorfeld daher gelungen ist, die grundlegende Ausrichtung der Umsetzung der EU-Richtlinie „Unlautere Geschäftspraktiken“ zu beraten. Mit Bedauern nehmen wir allerdings zur Kenntnis, dass es im Rahmen dieser Arbeitsgruppe nicht möglich war, über Ansätze einer neuen, modernen, über die reine Umsetzungsmaßnahme der Richtlinie hinausgehenden UWG-Reform zu diskutieren. Insbesondere wurde die von der BAK als auch vom BMSK vehement geforderte Gewinnabschöpfung bis jetzt nicht in den Entwurf aufgenommen, aber auch der für eine effiziente Rechtsdurchsetzung notwendige Auskunftsanspruch, welcher vom Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb gefordert wurde und auch von den Verbraucherorganisationen unterstützt wurde, hat keinen Eingang in die Begutachtung gefunden.

Zum Begutachtungsentwurf:

§ 1 Unlautere Geschäftspraktiken:

Der bisherige Begriff der „guten Sitten“ des § 1 UWG soll nun durch den Begriff der „unlauteren Geschäftspraktiken“ ersetzt werden. Dazu wird § 1 neu formuliert. Im Rahmen der Arbeitsgruppe wurden auch die möglichen Auswirkungen der Richtlinie diskutiert und es wurde prognostiziert, dass es zu keinen maßgeblichen Änderungen in der Rechtsprechung kommen werde.

Die Bundesarbeitskammer befürchtet dennoch, dass es durch die Neufassung des § 1 UWG zu einer Einschränkung des Anwendungsbereiches des Rechtsbruches, insbeson-

dere für KonsumentInnen kommt. Durch die Teilung des § 1 in Z 1, welche den B2B-Bereich (dh Unternehmen untereinander) regelt und Z 2, welcher die entsprechende Regelung der UGP-Richtlinie (Richtlinie 29/2005 über unlautere Geschäftspraktiken) im B2C-Bereich (dh zwischen Unternehmen & Konsumenten) umsetzt, kommt es - entgegen der Bekenntnisse ein einheitliches UWG beizubehalten - zu einer Splittung in zwei unterschiedlich geregelte Rechtsbereiche. Die Erläuterungen zu Abs 1 halten lediglich in Z 1 fest, dass Rechtsbruch weiterhin tatbestandsmäßig umfasst sein soll. Und es wird im letzten Satz ausgeführt „Tatbestandsmäßig werden nur solche Geschäftspraktiken erfasst, die unmittelbar gegen Mitbewerber gerichtet sind“. In den Erläuterungen zu den im Anwendungsbereich B2C erfassten unlauteren Geschäftspraktiken wird mit keinem Wort erwähnt, dass auch hier der Rechtsbruch erfasst sein sollte.

Der Begriff Unternehmen in Z 1 wäre daher durch den Begriff Marktteilnehmer zu ersetzen. Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer ist der Rechtsbruch in Z 2 nämlich nur dann erfasst, wenn dadurch die Kaufentscheidung wesentlich beeinflusst wird. Es gibt aber auch Schutzgesetze zugunsten der Verbraucher, bei denen eine Verletzung nicht unbedingt zu einer wesentlichen Beeinflussung auf die Kaufentscheidung führen muss. Erwähnt sein sollen hier insbesondere folgende Schutzgesetze:

- Vertriebsbeschränkungen in der GewO (zB Verbot des Versandhandels mit bestimmten Produkten iSd § 50 GewO; Einschränkungen für die Entgegennahme von Bestellungen von Privatpersonen außerhalb einer Betriebsstätte iSd § 57 ff GewO). Der Verbraucher möchte hier regelmäßig seine persönlichen Interessen durchsetzen (zB Bestellungen von Arzneimittel) und setzt sich hier bewusst über ein Verbot hinweg, welches aus allgemeinen Gesundheitsüberlegungen oder zum Schutze der Allgemeinheit verankert wurde.
- ReisebürosicherungsVO - Insolvenzabsicherung: Gerade dann, wenn der Konsument kein Bewusstsein über diese gesetzliche Regelung hat, führt die Nichtexistenz einer Insolvenz-Absicherung zu keiner Beeinflussung bei der Kaufentscheidung. Vielfach wird er auch bei besonders günstigen Angeboten das Insolvenzrisiko in Kauf nehmen. Der Schutzzweck dieser Bestimmung liegt darin Kundengelder abzusichern, ohne dass Täuschung oder Irreführung hierbei als relevant anzusehen sind.
- Auch die gesetzlichen Bestimmungen über die verpflichtende Angabe einer Effektivverzinsung gem Bankwesengesetz (BWG) und Personalkreditvermittler StAR stellen für die Konsumenteninteressen wesentliche Schutzbestimmungen dar, deren Verletzung im Einzelfall nach der vorgeschlagenen Regelung aber nicht mittels UWG durchgesetzt werden kann, weil der Konsument durch eine Nichtangabe des Effektivzinssatzes in seiner Kaufentscheidung nicht beeinflusst wurde (wenn es zB das günstigste Angebot ist).

Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer muss es aber weiterhin ein staatliches Interesse an der Aufrechterhaltung dieser grundsätzlichen Schutzgesetze geben. Der im Entwurf aufgenommene Ansatz, dass Verbraucherinteressen keine Rolle bei der Frage der Beeinträchtigung des Wettbewerbs spielen dürfen, wird daher abgelehnt, ebenso eine Ver-

schlechterung der Rechtsposition der Verbraucher gegenüber dem derzeit geltenden UWG.

Wenn der Begriff Unternehmer durch den Begriff Marktteilnehmer ersetzt wird, geht dies auch nicht über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus. Die Bestimmungen der RL wurden nämlich in Z 2 zur Gänze umgesetzt.

Darüber hinaus hat die Bundesarbeitskammer auch im Rahmen der Arbeitsgruppe betont, dass das UWG regelmäßig auch als Instrument genutzt wird um gegen systematische Arbeitsrechtsverletzungen vorzugehen, aus denen letztendlich gegenüber gesetzestreuen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil erzielt wird. In der Fallgruppe des Rechtsbruches anerkennt die Rechtssprechung als Verletzungen des § 1 UWG auch wiederholte, systematische Verstöße gegen arbeitsrechtliche Normen. Im Zusammenhang mit der Definition des Begriffes der „Geschäftspraktik“, die aus dem Richtlinientext übernommen wird, ergibt sich jedoch nicht eindeutig, dass auch arbeitsrechtliche Verstöße unter die vorgeschlagene Formulierung des § 1 Z 1 fallen würden. Es bedarf daher jedenfalls einer Klarstellung, dass in § 1 Z 1 weiterhin Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Normen erfasst werden. Es wird nochmals darauf hingewiesen, dass die Klagskompetenz der BAK durch die Novelle nicht beschränkt werden darf.

Berufliche Sorgfalt:

Das Tatbestandselement „Widerspruch gegen Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt“ wird nicht in den Gesetzestext aufgenommen, in den Erläuterungen wird aber definiert, was unter beruflicher Sorgfaltspflicht zu verstehen ist und es wird dabei die individuelle Haftung iSd § 1299 ABGB angeführt. Der Hinweis auf diese Gesetzesstelle trägt aber nicht zu einer Klarstellung bei. Eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt gem § 1299 ABGB setzt andere Maßstäbe als der Begriff der UGP-Richtlinie. Individuelle Haftung ist nicht gleichzusetzen mit den geforderten individuellen Kenntnissen. Dieser Satz in den Erläuterungen ist daher zu streichen.

Durchschnittsverbraucher gem § 1 Abs 2

Die Vorhersehbarkeit für den Unternehmer muss sich auf die Beeinflussbarkeit der besonderen Verbrauchergruppe beziehen und nicht – wie im Gesetzestext offenbar irrtümlich vorgesehen – auf die identifizierbare Gruppe. Es wird daher vorgeschlagen, dass der Satz wie folgt lauten muss: „..., so ist das wirtschaftliche Verhalten, das für den Unternehmer vernünftigerweise vorhersehbar ist, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.“

§ 1 Abs 4 Z 5 – Definition „Aufforderung zum Kauf“

Die Definition „Aufforderung zum Kauf“ wurde im Gegensatz zur UGP-Richtlinie nur verkürzt dargestellt. Der Satz ist wie folgt zu ergänzen: „..., die die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, ...“

§ 1a „Aggressive Geschäftspraktiken“

Auch bei diesem Tatbestand wäre der Begriff Durchschnittsverbraucher durch den Begriff Marktteilnehmer zu ersetzen, um ein kohärentes UWG zu erlassen. Auch EPUs und neue Selbstständige müssen vom Schutzzweck der Norm umfasst sein.

Im Gesetzesentwurf wurde in § 1 a Abs 2 nur Art 9 lit d) der UGP-Richtlinie umgesetzt. Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer sollen auch die Bestimmungen a-c) und e) aus Transparenzgründen in die Umsetzung aufgenommen werden.

§ 2 Abs 3 „Irreführende Geschäftspraktiken“

Aus Vereinfachungsgründen könnten die beiden Tatbestände des Abs 3 (eine Geschäftspraktik gilt ferner als irreführend, wenn ...) gleich im Anschluss an die sieben Tatbestände des Abs 1 aufgenommen werden, da die Formulierungen des Abs 1 und Abs 3 nicht voneinander abweichen.

§ 2 Abs 6 „Irreführung durch Unterlassung“

Dieser Absatz regelt alle Informationen, die dem Konsumenten anlässlich einer Aufforderung zum Kauf gegeben werden müssen, gem Z 2 auch der Name und die geographische Anschrift des Unternehmens. Die Erläuterungen verweisen in diesem Zusammenhang auf § 63 GewO. Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer sollten die Erläuterungen aber auf die einschlägigeren Bestimmungen des § 5c Abs 1 KSchG und § 5 Abs 1 ECG verweisen und die gesetzliche Bestimmung sollte daher wie folgt lauten: Name (Firma) und geographische Anschrift des Unternehmens

§ 2 Abs 7 „Beweislastregel“

Diese Bestimmung sieht vor, dass der Werbende die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen dann zu beweisen hat, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Marktteilnehmer wegen der Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint.

Mit dieser Beweislastregel wurde Artikel 12 a) der UGP-Richtlinie umgesetzt, allerdings nur für den Bereich der irreführenden Geschäftspraktiken. Die Bestimmung der Richtlinie bezieht sich aber auf jegliche Geschäftspraxis. Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer muss diese Bestimmung daher neben § 2 auch für § 1 und § 1a gelten und der Begriff „Werbender“ wäre durch den Begriff „Unternehmer“ oä zu ersetzen. Zusätzlich sollte auch Artikel 12 b) der Richtlinie umgesetzt werden, welcher lautet, dass eine Tatsachenbehauptung als unrichtig anzusehen ist, wenn der oa verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er für unzureichend erachtet wird.

§ 4 Strafrechtliche Bestimmungen

Die Bundesarbeitskammer hat bereits mit Schreiben vom 16. März 2007 darauf aufmerksam gemacht, dass die strafrechtliche Bestimmung des § 4 UWG so gefasst werden muss, dass irreführende Gewinnspiele nach wie vor darunter zu subsumieren sind. Durch die sog „Schwarze Liste“ im Anhang fallen Gewinnspiele nun formal nicht mehr unter die irreführenden sondern unter die aggressiven Geschäftspraktiken. In den Erläuterungen zum Anhang wird festgehalten, dass die Zuordnung der Geschäftspraktiken keinen Einfluss auf eine allenfalls erforderliche Subsumtion unter §§ 1a, 2, 4 UWG ua haben soll. Die Bundesarbeitskammer ersucht das BMWA nochmals zu überprüfen, ob der alleinige Hinweis in den Erläuterungen dem Bestimmtheitsgebot, welches im Strafrecht gefordert wird, entspricht. Sollten diesbezügliche Unsicherheiten bestehen, wird vorgeschlagen, die Überschriften in der Anhangsliste zu streichen und wie in der UGP-Richtlinie selbst die Ziffern fortlaufend zu nummerieren.

Anhangliste – Aggressive Geschäftspraktiken Z 8

Diese Ziffer regelt die irreführenden Gewinnspiele. Der Wortlaut der Richtlinie wurde bereits vielfach kritisiert, weil es sich hierbei offenbar um eine missglückte Übersetzung handelt. Es wird vorgeschlagen, anstelle des Wortes „wobei“ nach lit a) wie in der Richtlinie das Wort „obwohl“ vor den beiden Fallbeispielen einzufügen.

Sonstiges:

An mehreren Stellen des Entwurfes finden sich Verweise auf EU-Richtlinien oder allgemein das Gemeinschaftsrecht. Dies erschwert die Rechtsanwendung erheblich; die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht sollte so erfolgen, dass alle wesentlichen Regelungsinhalte dem umgesetzten innerstaatlichen Recht entnommen werden können.

Gewinnabschöpfung und Auskunftsanspruch:

Die BAK hat bezüglich des Punktes „Gewinnabschöpfung“ bereits in den Arbeitsgruppensitzungen auf die Notwendigkeit einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung hingewiesen und diese Forderung nochmals mit Schreiben vom 16. März 2007 mitgeteilt.

Das UWG nimmt einen wichtigen Stellenwert bei der Sicherung von fairen Wettbewerbsbedingungen ein. Zielrichtungen sind der Schutz von Verbrauchern (Irreführung) und Unternehmen (Behinderung). In der Praxis zeigt sich allerdings, dass die vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten nicht ausreichen, um Unternehmen von unlauteren Geschäftspraktiken abzuhalten oder Behinderungsmissbräuche einzudämmen. Auch im Kartellrecht ist die durch einen Wettbewerbsverstoß erzielte Bereicherung in die zu verhängende Bußgeldhöhe einzuberechnen. In Bezug auf den Konsumentenbereich sind die durch unlautere Geschäftspraktiken entstehenden Schäden relativ gering, insgesamt profitieren Unternehmen allerdings beträchtlich von diesen Verstößen. Daher soll der sog „Unrechtsgewinn“ abgeschöpft werden. Die BAK weist in diesem Zusammenhang aber auch

darauf hin, dass der in Deutschland mit der letzten UWG-Novelle eingeführte Gewinnabschöpfungsanspruch nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich ermöglicht und der Intention, Unternehmen von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken abzuhalten, nicht gerecht wird.

Die Konsumentenschutzsektion im BMSK hat dem BMWA mit Schreiben vom 21.3.2007 folgenden Vorschlag unterbreitet, der von der Bundesarbeitskammer vollinhaltlich unterstützt wird.

§ 14b Gewinnabschöpfung

(1) Wer zumindest grob fahrlässig den §§ 1, 1a, 2, 2a zuwiderhandelt und dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern oder Unternehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 14 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs berechtigten Verbänden auf Herausgabe des Gewinns in Anspruch genommen werden. § 273 ZPO und § 151 PatG gelten sinngemäß.

(2) Nehmen mehrere gemäß § 14 zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtigte Verbände den Unternehmer aufgrund derselben Zu widerhandlung auf Herausgabe des Gewinns in Anspruch, ist § 892 ABGB sinngemäß anzuwenden, wobei entscheidend ist, welcher Verband den Gewinnabschöpfungsanspruch als erster gerichtlich gefordert hat.

Die Einführung einer Regelung zur Abschöpfung des Unrechtsgewinnes ist nach Ansicht der Bundesarbeitskammer auch notwendig iSd Art 13 der umzusetzenden UGP-Richtlinie. Die Mitgliedstaaten müssen Sanktionen festlegen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Darüber hinaus hat sich auch der Nationalrat mit einem Entschließungsantrag (aller fünf Parteien) betreffend „Maßnahmenpaket gegen Internet-Kriminalität sowie gegen unseriöse und rechtswidrige Internetdienste“ dahingehend geäußert, dass mit einem gezielten Maßnahmenpaket KonsumentInnen und die Wirtschaft vor unzulässigen Praktiken von Internetdiensten effektiv geschützt werden sollen. Auch das Regierungsprogramm für die XXIII. Gesetzgebungsperiode sieht auf Seite 148 für den Bereich der Internetkriminalität vor, dass Sanktionsmöglichkeiten zum Schutz von Konsumenten und Wirtschaft gegen neue Kriminalitätsformen unredlicher Anbieter (u.a. Angriffe auf Informations- und Kommunikationssysteme) verstärkt werden müssen.

Aus diesen Gründen ist es daher geboten, schon mit der aktuellen Novelle einen Gewinnabschöpfungsanspruch einzuführen. Eine Evaluierung kann dann im Rahmen der angekündigten anschließenden Gesamtreform des UWG vorgenommen werden.

Um die notwendigen Sanktionen gegenüber den unlauter handelnden Unternehmen auch iS des Art 13 der UGP-Richtlinie effektiv durchsetzen zu können ist es darüber hinaus notwendig auch einen, wie vom Schutzverband für unlauteren Wettbewerb geforderten, Auskunftsanspruch gegenüber Unternehmen, die nähere Auskünfte über die wettbewerbswidrig handelnden Unternehmen geben können, insbesondere im Bereich der

Telekommunikation, der Postdienste und der Dienste der Informationsgesellschaft, gesetzlich festzulegen.

Ergänzung „Schwarze Liste“:

Im Rahmen der angekündigten Folgediskussion sollten zumindest zwei weitere Tatbestände in die Anhangliste aufgenommen werden, die jedenfalls unlauter sind. Dazu zählen systematische Arbeitsrechtsverletzungen und darüber hinaus auch Sachverhalte, welche massiv in die Rechtsstellung der KonsumentInnen eingreifen und wo es massive Beschwerden über bestimmte Geschäftspraktiken in den Beratungseinrichtungen gibt. Aktuell zählen dazu vermeintliche Gratis-Angebote im Internet, die sich im Nachhinein als kostenpflichtiger Zugang erweisen und diese Kosten dafür strikt eingefordert werden. Auch wenn diese Geschäftspraktiken bereits in den Generalklauseln enthalten sind, sollte durch eine definitive Aufnahme in die „Schwarze Liste“ konkret gezeigt werden, dass es sich hierbei um absolut unerwünschtes Verhalten handelt.

Mit freundlichen Grüßen



Herbert Tumpel
Präsident



Maria Kubitschek
iV des Direktors