

Der neue Art 11a UGP-RL



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

STAND: MÄRZ 2021



Übersicht

- I. Einführung
- II. Ausgangslage
- III. Bisheriger Meinungsstand
- IV. Der neue Art 11a UGP-RL
- V. Erste rechtspolitische Reaktionen
- VI. Systematische Gesichtspunkte
- VII. Praktische Auswirkungen
- VIII. Umsetzungsoptionen
- IX. Bewertung

1. Einführung

- Ausdrückliche Verankerung in Art 11a UGP-RL
- Praktische Relevanz: „Game-changer“ oder „Rohrkrepierer“?
- Bisheriger Meinungsstand als Ausgangslage
- Schwerpunkt Überlegungen auf Ebene de lege ferenda
- **Disclaimer:** Kein Eingehen auf anhängige Verfahren, in denen sich der Kläger auf UWG als Anspruchsgrundlage beruft

II. Ausgangslage

- Nach ErwGr 9 UGP-RL blieben **individuelle Klagen** von Personen, die durch eine unlautere Geschäftspraktik geschädigt wurden, unberührt; individuelle Rechtsbehelfe sah die UGP-RL bislang nicht vor.
- RL wurde freilich auch bislang schon vom EuGH (auch) im Lichte eines **Individualverbraucherschutzes** ausgelegt:
 - EuGH 16.4.2015, C-388/13, *UPC*, VbR 2015/94, (Erteilung einer falschen Auskunft durch einen Gewerbetreibenden an einen einzigen Verbraucher als "irreführende Geschäftspraxis" einzustufen)
 - Vgl auch C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, und EuGH 19. 9. 2013, C-435/11, *CHS Tour Services*, VbR 2014/15, wonach im Fall einer Geschäftspraxis, die alle in Art 6 Abs 1 leg cit genannten Voraussetzungen für eine Einstufung als den Verbraucher irreführende Praxis erfüllt, nicht mehr geprüft zu werden braucht, ob eine solche Praxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt iSv Art 5 Abs 2 lit a widerspricht, um sie als unlauter und damit nach Art 5 Abs 1 verboten ansehen zu können.

- bisher in Art 11 UGP-RL eine **Option** der Mitgliedstaaten, einen derartigen Rechtsbehelf einzuführen.
 - Vgl die Übersicht <https://webgate.ec.europa.eu/ucp/public/index.cfm?event=%C3%BCublic.home.show>
 - **UK:** schon derzeit Schadenersatz von Verbrauchern, allerdings nur im Fall von irreführenden und aggressiven Praktiken.
 - **IRL:** Art 74 des Consumer Protection Act (2007) Schadenersatzansprüche von Verbrauchern, die durch verbotene Praktiken geschädigt wurden; irreführende Praktiken und Pyramidenspiele sind aber davon ausgenommen.

III. Bisheriger Meinungsstand

▪ Schadenersatzansprüche bejahend

- *Duursma-Kepplinger*, Verbraucherschutz durch Wettbewerbsrecht – Zur Aktivlegitimation der Marktgegenseite für Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz, VbR 2015/79;
- *Rüffler*, Schadenersatzansprüche von Verbrauchern und der unternehmerischen Marktgegenseite nach UWG, wbl 2011, 531 ff;
- *ders*, Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht, in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen – Ausgestaltung im öffentlichen Recht und Privatrecht (2000) 193 (239 ff).
- *Rummel in Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II, 2. Auflage (1984) 258 ff;
- *Sack*, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher nach deutschem und österreichischem Wettbewerbs- und Deliktsrecht, in *Kramer/Mayrhofer* (Hrsg), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 99 ff;
- *U. Torggler*, Probleme des Schadenersatzes im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, ÖBl 1976, 57 (60);
- *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage (1997) § 34 Rz 56; *Hohenecker/Friedl*, Wettbewerbsrecht (1959) 2;
- *Krutzler*, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015)
- *Ummenberger-Zierler/Wilfing/Stenitzer*, ÖBl 2019, 264;

▪ Schadenersatzansprüche verneinend

- *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in *Kalss* (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165 (232 f).
- *Eckert*, Schadenersatzrechtliche Aktivlegitimation der Marktgegenseite nach UWG? in FS Jud (2012) 73;
- *Fehringner/Freund*, Die Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken in das UWG, MR 2007, 115 (120);
- *Görg*, Kein Grund zur (Verbraucher-)Klage - Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite nach UWG? RdW 2015, 151;
- *Harrer*, Die Aktivlegitimation des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht, ÖBl 2012, 100;
- *Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG, 2. Auflage (2013) § 16 Rz 18 ff;
- *Leupold*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite nach UWG, ÖBl 2010, 164.

- **OGH** 24.2.1998, 4 Ob 53/98t, 1. Hauptpreis, ÖB1 1998, 193 (*Langer*) = *ecolex* 1998, 497 (*Tahedl*) = *MR* 1998, 77 (*Preiss*)
- offen gelassen in 17 Ob 34/08m ÖB1 2009/47 (*Gamerith*); 4 Ob 129/12t VbR 2013/9 = ÖBA 2013/1921 (*Rabl*)

- **Deutschland:**
 - früher hL, dass lediglich Unternehmern Schadenersatzansprüche zustünden. Vgl *Bornkamm*, GRUR 1996, 527 (528 f).
 - § 9 Satz 1 dUWG: nur Mitbewerber ersatzberechtigt

- **Anspruchsgrundlagen**

- § 1311 ABGB iVm UWG (§ 2 UWG und manche der zu § 1 UWG gebildeten Fallgruppen (seit der UWG-Novelle §§ 1, 1 a und 2 UWG) sowie §§ 6 a UWG (durch die UWG-Novelle entfallen), 27, 30 und 31 UWG)
- § 1295 Abs 1 ABGB iVm UWG
- **unmittelbar aus dem UWG**

- **Gegenposition** (*Adensamer/Eckert*):
- einzelne Verbraucher nicht vom persönlichen **Rechtswidrigkeitszusammenhang** der UWG-Tatbestände erfasst
- **Wertungswidersprüche zum allgemeinen Zivilrecht**
 - **Haftungsausweitung** für irreführende Informationen auf Nicht-Vertragsparteien.
 - Konsequenz sei eine Haftung von Personen für Vertrauensschäden, welche keine Vertrauensträger seien
 - **Gehilfenhaftung**
 - **Vertragsrecht**, insb nur eingeschränkten Beachtlichkeit von Motivirrtümern,
 - eingeschränkte **Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden**

IV. Der neue Art 11a UGP-RL

- Regelung zum **Rechtsschutz** (*redress*) in Art 11a UGP-RL
- Danach müssen Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu „**angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen**“ haben, die jedenfalls den Ersatz des dem Verbraucher entstandenen **Schadens** (nach ErwGr 16: „in verhältnismäßiger und wirksamer Form“) umfassen sowie gegebenenfalls („*where relevant*“) **Preisminderung** oder **Vertragsbeendigung**.
 - Unberührt bleiben nach Art 11a Abs 2 UGP-RL **andere Rechtsbehelfe**, die dem Verbraucher nach Unions- oder nationalem Recht zur Verfügung stehen.
 - Ursprünglich im „**New Deal for Consumers**“ vorgesehen, dass „vertragliche und außervertragliche Rechtsbehelfe auch Verbrauchern zur Verfügung stehen, die durch solche unlauteren Geschäftspraktiken geschädigt wurden. Die vertraglichen Rechtsbehelfe sollten zumindest auch das Recht des Verbrauchers auf einseitige Vertragskündigung umfassen, die außervertraglichen Rechtsbehelfe das Recht auf Schadenersatz.“

- Nach den **Erwägungsgründen** sollen Mitgliedstaaten zur Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken sicherstellen, dass Verbrauchern, die durch solche Geschäftspraktiken geschädigt wurden, **Rechtsbehelfe** zur Verfügung stehen.
 - Ein **klarer Rahmen** für individuelle Rechtsbehelfe würde die private Rechtsdurchsetzung erleichtern.
 - Die Verbraucher sollten die Möglichkeit haben, in **verhältnismäßiger und wirksamer Form Schadenersatz** sowie gegebenenfalls eine **Preisminderung** zu erhalten oder den Vertrag zu beenden.
 - Den **Mitgliedstaaten** sollte es freistehen, Rechte im Zusammenhang mit **weiteren Rechtsbehelfen**, etwa Reparatur oder Ersatzlieferung, für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, beizubehalten oder einzuführen, um sicherzustellen, dass die Folgen solcher Geschäftspraktiken vollständig beseitigt werden.
 - Den Mitgliedstaaten sollte es freistehen, **Voraussetzungen** für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe für die Verbraucher festzulegen. Bei der Anwendung der Rechtsbehelfe könnten gegebenenfalls die **Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik**, der dem Verbraucher entstandene **Schaden** sowie **weitere relevante Umstände**, etwa **Fehlverhalten** oder **Vertragsverstoß** seitens des Unternehmers, berücksichtigt werden.

- Zur Ausgestaltung der Rechtsbehelfe kommt den Mitgliedstaaten somit ein beträchtlicher **Spielraum** zu:
 - Sie können „die **Voraussetzungen** für die Anwendung“ (zB eine Berücksichtigung der Schwere und Art der unlauteren Praktik, den entstandenen Schaden und weitere relevante Umstände wie zB Fehlverhalten oder Vertragsverstoß des Unternehmers, vgl ErwGr 16) und
 - „die **Folgen** der Rechtsbehelfe“ festlegen.
 - Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus **weitere Rechtsbehelfe** vorsehen.
 - ErwGr 16 führt hier (demonstrativ) Reparatur oder Ersatzlieferung an.
 - allgemeine Vorgaben aus **Effektivitäts-** und **Äquivalenzgrundsatz**.

V. Erste rechtspolitische Reaktionen

- Im Vorfeld vielfach Ablehnung von Seiten der Wirtschaft
- Zustimmung in Lit: „wohl ambitioniertester Vorschlag einer verstärkten Sanktionierung“.
 - Einführung eines derartigen Rechtsbehelfs „konsequent“ und „lange überfällig“.
- **Vagheit** der Regelung kritisiert.
- **Detailfragen** thematisiert:
 - Sind Grundsätze, die zum Schadenersatzanspruch in der Pauschalreise-RL sowie der Kartellschadenersatz-RL und der DSGVO entwickelt wurden – wie etwa Anspruch auf Ersatz des vollständigen Schadens, Ersatz von immateriellen Schäden etc – als allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht anzusehen, so dass sie auch für die UGP-RL Geltung beanspruchen könnten?
 - Die Erwähnung **außervertraglicher Rechtsbehelfe** in Art 11a des Entwurfs werfe die Frage auf, wie jene bei **Kausalität** einer unlauteren Geschäftspraxis besonders auszugestalten wären, zB in Hinblick auf eine **Beweislastumkehr**.

VI. Systematische Gesichtspunkte

- **Paradigmenwechsel:** Lauterkeitsrecht, das bisher an **abstrakt-generellen Situationen** festgemacht wurde (Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs) wird künftig auf konkret-individuelle Sachverhalte einwirken, also auf die Frage, ob etwa der Verbraucher den Vertrag abgeschlossen hat, weil er durch unlautere/aggressive psychologische Beeinflussung hierzu angehalten wurde.
- Rolle eines derartigen Schadenersatzanspruchs im **Gesamtsystem** des Rechtsschutzes
 - Bisher Verbraucher im Synallagma über **Anfechtungs-, Widerrufs- und Gewährleistungsrechte** direkt geschützt.

- besonders enger Zusammenhang zu Regelungen zur **irreführenden Werbung**, dem **Gewährleistungsrecht** und den weiteren Verbraucherschützenden Bestimmungen des Zivilrechts.
 - So liegt ein Sachmangel auch dann vor, wenn die Sache nicht die Eigenschaften hat, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen insbesondere in der Werbung erwarten kann. Dies wird in Fällen der irreführenden Werbung regelmäßig der Fall sein. Auch das Unterlassen der Erwähnung einer Eigenschaft kann als „öffentliche Äußerung“ bzw. „Werbung“ angesehen werden. Als Beispiel wird der Fall angeführt, dass dem Verkäufer verschwiegen wird, dass es sich beim verkauften Modell um ein Auslaufmodell handelt. Allerdings fehlt es an einem Sachmangel, wenn dem Käufer die öffentliche Äußerung gar nicht bekannt ist.
- Die **Gewährleistungshilfe** bei Sachmängeln sind aber an bestimmte **Fristen** gebunden. Dieses abgestimmte Regelungskonzept wäre gestört, wenn man im UWG ein allgemeines Vertragsauflösungsrecht normieren würde. Ein Spannungsverhältnis besteht aber nicht nur zum Fristenregime des Gewährleistungsrechts, sondern auch zum Grundsatz der **„zweiten Chance“**.
- Ähnliche Konkurrenzprobleme bestehen etwa im **Reisevertragsrecht**, das ebenfalls detaillierte Gewährleistungsregeln vorsieht.

- Auch in den meisten Fällen **belästigender Werbung** besteht bereits nach bisheriger Rechtslage für den Verbraucher die Möglichkeit, sich nach den Regeln über Fernabsatz- und über Haustürgeschäfte vom Vertrag zu lösen.
 - Diese Möglichkeiten knüpfen jedoch an die **besondere Vertriebsform** an und lassen sich mit einem allgemeinen Vertragsauflösungsrecht nicht vereinbaren.
- Im **Schadenersatzrecht** besteht schließlich – abhängig von der konkreten Umsetzung – ein mögliches Spannungsverhältnis zum **Verschuldensprinzip**.
- Schließlich ist auf die in der bisherigen Diskussion zur geltenden Rechtslage vorgebrachten Gesichtspunkte zu verweisen. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erfordert die Umsetzung der Richtlinienvorgaben daher eine **sorgfältige Abstimmung** mit bestehenden Instituten.
- Unproblematisch ist ein Schadenersatzanspruch hingegen bei Verletzung **absoluter Güter** des Verbrauchers, wozu auch das allgemeine **Persönlichkeitsrecht** gehört.
 - Vgl auch Maßnahmenpaket zur Bekämpfung von „Hass im Netz“

VII. Praktische Auswirkungen

- **kaum Schutzlücken**, die einen Rückgriff auf das UWG erfordern.
 - Dafür spricht auch, dass die E 4 Ob 53/98t ohne Folgeentscheidungen blieb.
- empirische Studie (v. *Falckenstein*) unterscheidet
 - **Anlockungs- und Umleitungsschäden**,
 - **Aufwendungsschäden**,
 - **Vertragsschäden**,
 - **Differenzschäden**,
 - **Preisirreführungen**,
 - **Begleit- und Folgeschäden** und
 - **Rechtsverfolgungskosten**.
- **Anlegerschäden am Kapitalmarkt?**
- **„Dieselgate“ ?**
 - Problematisch jedoch weiterhin **Kausalität** und **Schadensbemessung** aussagen würde.
 - **„Behördenlösung“**

VIII. Umsetzungsoptionen

- Verknüpfung mit der **neuen Verbandsklagen-RL**
- **außervertragliche Rechtsbehelfe**, insb Schadenersatzansprüche des Verbrauchers, vorzusehen:
 - im außervertraglichen Bereich im Allgemeinen kein Anspruch auf Ersatz bloßer **Vermögensschäden**
 - Außerdem nach § 1315 ABGB nur eine eingeschränkte **Gehilfenhaftung**
 - Soweit die Ansprüche auf § **1295 Abs 2 ABGB** gestützt werden (müssen), ist zudem Vorsatz erforderlich
 - Vertrag mit **Schutzwirkung zugunsten Dritter** hat subsidiären Charakter
 - viele **Folge- und Detailfragen**

- **Spielräume** bestehen sowohl hinsichtlich der **Tatbestandsvoraussetzungen** als auch hinsichtlich der **Rechtsfolgen**
 - Ersatz nur für materielle oder auch für immaterielle Schäden
 - **Wertungswidersprüche** können weitgehend vermieden werden, wenn man die Umsetzung entsprechend „passgenau“ vornimmt.
 - Die Beseitigung **aller Folgen** des Wettbewerbsverstoßes – wie sie von ErwGr 16 gefordert wird – setzt **praktikable** und **praxistaugliche Ansprüche** des Verbrauchers voraus.

- **Exkurs: Deutschland**

- Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung zur Umsetzung von Art 11a UGP-RL folgende Regelung vor:
- *§ 9 Schadensersatz (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, ist den Mitbewerbern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*
- *(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6.*
- *(3) Gegen verantwortliche Personen von periodischen Druckschriften kann der Anspruch auf Schadensersatz nach den Absätzen 1 und 2 nur bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung geltend gemacht werden.*“BT-Drucksache 19/27873 (24.3.2021).
- Damit Schadenersatz zwar für unlautere Handlungen (§ 3 dUWG), aber nicht für unzumutbare Belästigungen (§ 7 dUWG).
- Ausdrücklich **ausgeschlossen** auch Rechtsbruch (§ 3a dUWG), Mitbewerberschutz (§ 4 dUWG) und vergleichende Werbung (§ 6 dUWG).

- Verankerung eines ausdrücklichen **Rücktrittsrechts**
 - streng genommen nicht unbedingt erforderlich
 - **Rechtssicherheit**
 - auch Sachverhaltskonstellationen angemessen erfasst, in denen der **Schaden schwer zu beziffern** ist
 - **Spannungsverhältnis** zwischen dem von der UGP-RL vorgegebenen Rücktrittsrecht und dem **Gewährleistungsrecht** ist im Unionsrecht angelegt
 - wertungsmäßig stimmig, einem Unternehmer, der sich massiv unlauter verhält, das „**Recht der zweiten Chance**“ nicht einzuräumen;
 - **Kausalitätserfordernis** sollte hingegen wegen der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten **nicht** vom Verbraucher nachgewiesen werden müssen.
 - **Länge der Rücktrittsfrist**: Orientierung an derzeit üblichen **dreijährigen Fristen**, also der normalen „kurzen“ Verjährungsfrist des ABGB

- **Schadenersatzanspruch**

- **Aktivlegitimation:** auch jene Verbrauchern, die keinen Vertrag abgeschlossen haben, aber aufgrund irreführender oder aggressiver Praktiken einen Schaden erlitten haben.
- **Passivlegitimation:** keine Einschränkung; daher jeder UWG-widrig Handelnde, ohne Rücksicht darauf, ob er mit dem Verbraucher einen Vertrag abgeschlossen hat.
 - Außervertragliche Ansprüche daher nicht nur gegen den unmittelbaren Vertragspartner des Verbrauchers, sondern auch gegen den **Hersteller** und den Anbieter eines Online-Marktplatzes

- auch **Preisminderungsansprüche**, aber auch (im verfügbaren Teil der Richtlinie nicht ausdrücklich erwähnte) Ansprüche auf **Ersatzlieferung** und **Austausch** (insofern in Anlehnung an die Gewährleistung nach WK-RL, DI-RL) erfasst.
 - Insofern kommt es daher im Ergebnis bei einem entsprechenden UWG-Verstoß (auch) des Herstellers zu einer Solidarhaftung des Herstellers. Vgl dazu Vorschlag von *Wendehorst* für die Gewährleistung
- Voraussetzung sollte mE eine **aggressive oder irreführende Geschäftspraktik** sein, wobei bei diesen Tatbeständen auf besondere **subjektive Anspruchsvoraussetzungen verzichtet** werden kann

- **Vorschlag:**
- „Umfang der Schadenersatzpflicht und Rücktrittsrecht
- § 16. (1)....
- (2)....
- (3) Im Fall **aggressiver** oder **irreführender Geschäftspraktiken** umfasst der Schadenersatzanspruch bei Verbrauchern auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.
- (4) Wenn ein Verbraucher durch aggressive oder irreführende Geschäftspraktiken zum Vertragsschluss veranlasst wurde, kann er vom Vertrag **zurücktreten**. § 1489 ABGB ist sinngemäß anzuwenden.“

IX. Bewertung

- Art 11a UGP-RL führt zu einer bedeutsamen **Erweiterung der Haftung**.
- Vor überzogenen Erwartungen ist gleichwohl – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Umsetzung des Art 11a UGP-RL – zu warnen.
- **Beweissituation** für Verbraucher bleibt schwierig.
- **niedriger Schadenersatz** bietet **wenig Anreiz** zur privaten Rechtsverfolgung; entscheidende Impulse für die **Steuerung von Unternehmerverhalten** sind davon nicht zu erwarten.
- **Bagatell- und Streuschäden** lässt sich demgegenüber nur durch Einführung eines **Gewinnabschöpfungsanspruchs** nach dem Vorbild des § 10 dUWG oder einer **Marktstörungenabgabe** nach schwedischem Vorbild lösen.
- Letztlich ist ins Gewicht fallende Verbesserung der Rechtsstellung von Verbrauchern weniger durch die Einführung neuer Ansprüche, sondern durch **organisatorische und verfahrensrechtliche Mechanismen**, die die Einhaltung des geltenden Rechts sicherstellen, zu erreichen.

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

www.wu.ac.at/privatrecht