

# Zu Wettbewerbsansprüchen bei rechtswidriger Gewerbeausübung

**BEITRAG.** Insb in wirtschaftlichen Umbruchszeiten wie in der SARS-CoV-2-Pandemie stellt sich vermehrt die Frage, wie gegen Mitbewerber, die nicht zur Ausübung des konkreten Gewerbes berechtigt sind, vorgegangen werden kann. Dies va, wenn situationsbedingt neue Dienstleistungen und Produkte angeboten werden oder der Berechtigungsumfang überschritten wird. Der Beitrag untersucht die Grundlagen der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche. **ecolex 2021/616**



Dr. Daniel Larcher ist Rechtsanwalt in Wien. Er ist auf Vertriebsrecht, Produkthaftung und Life Sciences spezialisiert.

## A. Einleitung<sup>1)</sup>

Nach dem Lauterkeitsrecht (UWG) können Mitbewerber und Verbände bei unlauteren Handlungen Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz sowie Urteilsveröffentlichung verlangen. Praktisch relevant ist va der Unterlassungsanspruch meist iVm einer EV, da hiermit unlautere Störhandlungen wie etwa Rechtsbrüche effizient und publikumswirksam abgestellt werden können.

Im unternehmerischen Bereich ist es notwendig, dass die Geschäftspraktik oder Handlung dazu geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern „nicht bloß unerheblich“ zu beeinflussen (Erheblichkeitsschwelle).<sup>2)</sup> Kein Anspruch besteht zudem, wenn sich der Störer auf eine „vertretbare Rechtsansicht“ berufen kann; also wenn eine Norm begründet in einer Weise objektiv ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.<sup>3)</sup> Es gilt grundsätzlich nicht die ungünstigste Normauslegung, da dies wohl eine unerträgliche Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten bedeutete.<sup>4)</sup> Die Prüfung richtet sich primär nach dem Wortlaut und der Systematik der Norm, uU auch nach dem Normzweck, wobei allfällige verfassungs- oder unionsrechtliche Bedenken gegen die Norm hier idR aufgrund der Rechtsgeltung nicht von Bedeutung sind.<sup>5)</sup>

In der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ kann gegen Mitbewerber vorgegangen werden, wenn diese gegen eine generelle Norm verstoßen:<sup>6)</sup> Subjektive Elemente iS eines Verschuldensvorwurfs sind hierbei nicht (mehr) erforderlich. Insb können Verstöße gegen die GewO unterbunden werden, etwa bei fehlender Gewerbeberechtigung (GewB), Betriebsanlagenbewilligungen oder sonstigen Betriebsbewilligungen und Konzessionen.

In der Praxis besteht häufig Unklarheit darüber, bei welchen Gewerbeverstößen erfolgversprechende Ansprüche bestehen. Die ältere Judikatur unterschied dabei zwischen den Gewerbearten: Bei Verletzung der Anmeldepflicht für freie Gewerbe sei kein Unterlassungsanspruch möglich, da es sich um bloße Ordnungsvorschriften handle.<sup>7)</sup> Auch in der Lehre wird diese Auffassung teilweise vertreten.<sup>8)</sup> Nach der jüngeren Judikatur findet diese Differenzierung offenbar nicht mehr statt.<sup>9)</sup>

Dies ist zu bejahen; nach dem geltenden System der Gewerbearten kann die Nichtanmeldung eines freien Gewerbes dem Verletzer ebenso spürbare Wettbewerbsvorteile bieten, da

auch bei freien Gewerben ein umfassendes finanzielles und rechtliches Pflichtenprogramm begründet wird: Auf finanzieller Seite sind Kammermitgliedschaft und Kammerumlagen pro eingetragendem Gewerbe nach WKG zu beachten; es besteht zudem eine umfassende Pflichtversicherungspflicht.<sup>10)</sup> Auf der anderen Seite sind umfassende Selbstverpflichtungen und Haftungsrisiken zu gewärtigen. So bestimmt das Gewerbe regelmäßig den anwendbaren Kollektivvertrag; auch muss bei juristischen Personen idR ein gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt werden, welcher für die Einhaltung und Ausübung der gewerberechtlichen Vorschriften persönlich verantwortlich ist. Darüber hinaus sind Zuverlässigkeitsprüfungen hinsichtlich der Geschäftsleitung und des gewerberechtlichen Geschäftsführers durchzuführen; bestimmte strafrechtliche Verurteilungen können von der gewerblichen Tätigkeit ausschließen.<sup>11)</sup> In der Praxis besonders aufwändig ist es zudem, wenn diese Prüfung sich bei einem maßgeblichen Einfluss auch auf die (oftmals ausländische) Muttergesellschaft erstreckt und ua Führungs- und Meldezeugnisse der dortigen Geschäftsführung vorgelegt werden müssen.<sup>12)</sup>

Es kann daher auch iZm freien Gewerben zu nicht bloß unerheblichen Wettbewerbsbeeinflussungen kommen. Vielmehr muss je nach Einzelfall differenziert werden. Hierbei ist va zwischen Fallgruppen zu unterscheiden, in welchen der Mit-

<sup>1)</sup> Der Beitrag wurde unter Mitarbeit von Nikolaus Frühwirth, LL.M., verfasst.

<sup>2)</sup> RIS-Justiz RS0117605; OGH 4 Ob 225/07b, *Stadtrundfahrten*, ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*); 26. 8. 2008, 4 Ob 105/08g.

<sup>3)</sup> RIS-Justiz RS0123239.

<sup>4)</sup> Vgl auch *Wiltschek/Horak*, UWG<sup>803</sup> § 1 Rz 476.

<sup>5)</sup> OGH 4 Ob 145/14y, *Landesausspielung*, ecolex 2015/53, 138 (*Woller*). Vgl aber zum Anwendungsvorrang *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 872 (Stand 1. 1. 2021, rdb.at).

<sup>6)</sup> RIS-Justiz RS0123239.

<sup>7)</sup> RIS-Justiz RS0050602; krit *Feuchtinger*, Wettbewerbswidrigkeit von gewerbescheinpflichtigen Tätigkeiten ohne Gewerbeschein? SWK 2002, W 36.

<sup>8)</sup> *Raschauer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 340 Rz 43; mit Einschränkungen auch *Wiltschek/Horak*, UWG<sup>803</sup> § 1 Rz 476.

<sup>9)</sup> OGH 4 Ob 259/01v, *Versicherungsvermittler*, ÖBl-LS 2002/80, 124; 4 Ob 316/97t, *Werkvertragsregelung*, ecolex 1998, 234 (*Andexlinger*).

<sup>10)</sup> Nach ASVG, GSVG und BMSVG.

<sup>11)</sup> § 13 Abs 1–2 GewO.

<sup>12)</sup> § 13 Abs 7 GewO.

bewerber seine GewB überschreitet, und jenen, in welchen dieser überhaupt keine GewB hält.

## B. Keine österr GewB

Hat der in Ö tätige Mitbewerber seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland und hält dort eine GewB, so ist zu prüfen, ob er verpflichtet wäre, auch eine GewB in Ö zu erlangen. Das Vorhandensein von entsprechenden Berechtigungen kann regelmäßig kostenfrei aus den öffentlichen Registern abgerufen werden; insb GISA, teilweise gibt es Sonderregister, etwa für Arzneimittelbetriebe.

Ausschließlich gewerbsmäßig ausgeübte (nicht verbotene) Tätigkeiten benötigen eine GewB, wobei ein breiter Ausnahmekatalog<sup>13)</sup> besteht. Die Gewerbsmäßigkeit erfordert Selbstständigkeit (eigene Rechnung und Gefahr), Regelmäßigkeit und Ertrags- bzw Gewinnerzielungsabsicht.<sup>14)</sup> Ausreichend ist bereits die bloße Absicht, einen nur mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil durch die Tätigkeit zu erlangen.<sup>15)</sup> Nicht erfasst sind bloß kostendeckende Tätigkeiten (Unkostenbasis).

Nach allgemeinen Regeln bedürfen bloß Tätigkeiten, die im Inland ausgeübt werden, einer GewB („Territorialitätsprinzip“).<sup>16)</sup> Ausländische Rechtsträger, die weder ihren Sitz noch eine Niederlassung in Ö haben, dürfen kein Gewerbe ausüben<sup>17)</sup> – wobei es hierbei einige gesetzliche Ausnahmen gibt, insb für den EWR-Bereich und die Schweiz.<sup>18)</sup>

In der Praxis ist im Rahmen des *Warenverkehrs* dabei häufig unklar, ob und nach welchen Sachverhaltsmerkmalen der vornehmlich im Ausland tätige Mitbewerber eine Gewerbeanmeldungspflicht in Ö auslöst. Allgemein gilt, dass, wenn ein Mitbewerber bestellte Waren nach Ö liefert, dieser idR nicht verpflichtet ist, dafür eine GewB in Ö zu besitzen.<sup>19)</sup> Die wesentlichen Elemente der selbständigen Gewerbetätigkeiten (Produktverkauf) werden hierbei iS des Territorialitätsprinzips überwiegend im Ausland erbracht.

Es ist mE bei der Prüfung der Anmeldepflicht im Rahmen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs vornehmlich auf das gewerbliche Definitionskriterium der Selbstständigkeit abzustellen; dafür muss als Anknüpfungspunkt das Vorhandensein einer selbständigen Betriebsstätte in Ö geprüft werden. Hierzu muss eine Form von Organisation im Inland vorhanden sein, welche die Tätigkeiten selbständig ausführt, dies auch, wenn diese nicht im Firmenbuch eingetragen ist. Das Bestehen einer Organisation, die selbständig Rechnungen ausstellt, und die den damit verbundenen steuerlichen Pflichten<sup>20)</sup> unterliegt, wird jedenfalls eine Gewerbeanmeldungspflicht auslösen. Zudem kann wohl auch ein inländisches Bestellannahme- und Beratungssystem auf eine selbständige Betriebsstätte hindeuten, insb auch aufgrund des Anbietens von Leistungen am Markt.<sup>21)</sup> Weniger maßgebend, aber je nach Einzelfallgewichtigkeit indizierend, sind Faktoren, wie etwa das Vorhandensein von unselbständigen Mitarbeitern (etwa Heimarbeiter/Homeoffice), wenn diese auch anbietend bzw werbend in Ö tätig werden.

Zu weitgehend ist mE die Auffassung, dass es bereits für das erkennbare auf Ö ausgerichtete *Online-Anbieten* von Leistungen außerhalb des EWR einer GewB bedarf.<sup>22)</sup> Dies, weil keine selbständige (auf eigene Rechnung und Gefahr) Tätigkeit in Ö ausgeübt wird. Dadurch käme es zu einer untragbaren Pflichtenausweitung, da jeder nach Ö online anbietende Drittstaatsangehörige eine GewB – und damit eine eingetragene Zweigniederlassung oder einen Sitz in Ö oder tw auch im EWR –

benötigte. Daneben ergeben sich ua Fragen der hoheitlichen Strafvollstreckung; jedenfalls können sich Nicht-EWR Gewerbetreibende in solchen Fällen auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen.<sup>23)</sup>

Auch für die grenzüberschreitende Erbringung von *Dienstleistungen* in Ö gilt grundsätzlich, dass ausländische Rechtsträger, die weder ihren Sitz noch eine Niederlassung in Ö haben, kein Gewerbe ausüben dürfen. Für Mitbewerber mit satzungsmäßigem Sitz oder Hauptniederlassung innerhalb des EWR<sup>24)</sup> bestehen allerdings Sonderregelungen. Eine gewerbliche Tätigkeit, die nur vorübergehend und gelegentlich<sup>25)</sup> in Ö ausgeübt wird, löst bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 373a GewO keine Anmeldungspflicht aus. Freie Gewerbe können gar ohne Eintragungen in öffentliche Register ausgeübt werden. Für die Ausübung von reglementierten Gewerben ist eine Erbringeranzeige („Dienstleisterregister“) notwendig, welche jährlich zu erneuern ist.<sup>26)</sup> Es ist vereinfachend kein Befähigungsnachweis notwendig, wenn die Tätigkeit im Niederlassungsstaat ebenfalls reglementiert ist oder die Tätigkeit mindestens ein Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt wurde.

Für Gewerbetreibende, die in einem Mitgliedstaat der WTO über eine Befugnis zur Ausübung einer bestimmten gewerblichen Tätigkeit verfügen, gilt,<sup>27)</sup> dass Gewerbetreibende eine bestellte Dienstleistung in Ö „unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie Inländer erfüllen müssen“, erbringen dürfen. Eine österr Niederlassung und die Erlangung einer GewB sind dann nicht erforderlich.

## C. Umfang der GewB

Auch das planmäßige Übertreten der GewB kann unlauter sein, wenn ein Mitbewerber außerhalb seines Befugnisumfangs handelt und dadurch einen Rechtsbruch verwirklicht.<sup>28)</sup> Primär ergibt sich der Umfang der GewB aus dem Wortlaut der Gewerbeanmeldung.<sup>29)</sup> Neben diesem Kernbereich bestehen zudem sonstige Nebenrechte und Selbstbedienungsrechte.

Für sämtliche Nebenrechte gilt das gewerbliche Missbrauchsverbot,<sup>30)</sup> nachdem Nebenrechte nur so ausgeübt werden dürfen, dass dadurch nicht der wirtschaftliche Schwerpunkt sowie die Eigenart des Betriebs verändert werden.

<sup>13)</sup> § 2 GewO.

<sup>14)</sup> § 1 Abs 2 GewO.

<sup>15)</sup> VwGH 25. 6. 2003, 2002/03/0069.

<sup>16)</sup> Vgl *Thienel*, Gewerbeumfang und Gewerbeausübung, in *Korinek* (Hrsg), *Gewerberecht: Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen* (1995) 140; *Traudtner/Höhne*, *Internet und Gewerbeordnung*, *ecolex* 2000, 480; *C. Mayer*, *Internationaler Dienstleistungsverkehr und österreichische GewO* (2013) 159.

<sup>17)</sup> § 14 Abs 4 GewO.

<sup>18)</sup> Vgl § 14 Abs 5 GewO und Waffengewerbe nach § 141 GewO.

<sup>19)</sup> Siehe dazu ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 148.

<sup>20)</sup> § 11 UStG 1994.

<sup>21)</sup> § 1 Abs 4 UWG.

<sup>22)</sup> *Kromer/Pflug*, *Grenzüberschreitendes Online-Geschäft und GewO*, *ecolex* 2019, 831 (832).

<sup>23)</sup> Für das Anbieten einer Online-Vermittlungstätigkeit vgl OGH 30. 3. 2020, 4 Ob 32/20i.

<sup>24)</sup> Für die Schweiz s § 373b GewO.

<sup>25)</sup> Für regelmäßige Tätigkeit s §§ 373c ff GewO (Niederlassungsfreiheit).

<sup>26)</sup> § 373a Abs 4 GewO.

<sup>27)</sup> § 51 GewO; § 51a GewO für Regionen Italiens.

<sup>28)</sup> RIS-Justiz RS0078068.

<sup>29)</sup> Vgl § 29 GewO.

<sup>30)</sup> § 32 Abs 2 GewO.

Ein praktisch wichtiges Nebenrecht ist, dass der Hersteller von Waren auch zu deren Vertrieb berechtigt ist;<sup>31)</sup> dies gilt freilich nicht für den reglementierten Warenvertrieb, etwa Arzneimittel, Waffen oder bestimmte Medizinprodukte. Typischerweise ist im nicht-reglementierten Vertrieb auch das Vermieten und Vermitteln von Waren mitumfasst.

Ein weiteres Nebenrecht ist die Übernahme von Gesamtaufträgen;<sup>32)</sup> dieses ermöglicht es Gewerbetreibenden, Aufträge zu übernehmen, für welche diese nicht alle notwendigen GewB besitzen. Dies gilt nur, wenn ein wichtiger Teil des Auftrags dem Gewerbe des Auftragnehmers zukommt. Jene Arbeiten, für welche keine GewB besteht, müssen durch befugte Gewerbetreibende ausgeführt werden (Subunternehmerregelung).

Der Regelung nach § 32 Abs 1 a GewO kommt idZ besondere Bedeutung zu. Diese Bestimmung ermöglicht Gewerbetreibenden die Erbringung von Leistungen anderer Gewerbe, wenn damit eine „wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung“ der Hauptleistung bewirkt wird. Es ist aus Perspektive des Nachfragers zu beurteilen, ob eine Leistung eine solche wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung darstellt.<sup>33)</sup>

Die gesetzliche Verankerung von Prozentgrenzen führt idZ zu mehr Rechtsklarheit: Die ergänzende Leistung darf 30% des Gesamtumsatzes des Gewerbetreibenden im Wirtschaftsjahr nicht übersteigen. Wenn im Rahmen dieses Nebenrechts eine Tätigkeit erbracht werden soll, die einem reglementierten Gewerbe zuzuordnen ist, so darf diese ergänzende Leistung höchstens 15% des gesamten Auftragsvolumens ausmachen. Darüber hinaus ist die Erbringung von Leistungen aus anderen reglementierten Gewerben einer zeitlichen Beschränkung unterworfen. Bei Zielschuldverhältnissen darf eine solche ergänzende Leistung nur bis zur Abnahme der Hauptleistung durch

den Auftraggeber erbracht werden, bei Dauerschuldverhältnissen nur bis zur Kündigung der Hauptleistung.

Die Überprüfung der Einhaltung dieser Prozentgrenzen gestaltet sich für Mitbewerber (mangels Einsichtsrecht) regelmäßig als schwierig. Dadurch ergibt sich ein Prozessrisiko für den Kläger. Allenfalls lässt sich dieses Prozessrisiko im Rahmen der vorprozessualen Korrespondenz (Unterlassungsaufforderungen) bzw durch die Durchführung von Plausibilitätsrecherchen abmildern. Das Vorliegen eines solchen Rechtsbruchs kann auch durch entsprechende Anzeige bei der zuständigen Behörde festgestellt werden.

### Schlussstrich

- Das Fehlen der GewB kann sowohl bei freien als auch reglementierten Gewerben im Einzelfall zu Unterlassungsansprüchen führen. Es ist dabei insb zwischen Fällen zu unterscheiden, in denen keine GewB vorliegt, und jenen, wo potenzielle Nebenrechte ausgeübt werden.
- Beim grenzüberschreitenden Warenverkehr wird eine Gewerbeanmeldungspflicht ausgelöst, wenn in Ö eine Betriebsstätte besteht, welche eine gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt. Die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen löst eine Gewerpflicht aus; besondere Regelungen gelten im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit innerhalb des EWR.
- Bei Vorhandensein einer GewB sind bei potenzieller Überschreitung des Befugnisumfangs die gewerblichen Nebenrechte zu prüfen.

<sup>31)</sup> § 32 Abs 1 Z 10 GewO.

<sup>32)</sup> § 32 Abs 1 Z 9 GewO.

<sup>33)</sup> ErläutRV 1475 BlgNR 25. GP 5.

## RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Alexander Cizek und Adolf Zemann

# Rechtserhaltende Markenbenutzung durch Lizenznehmer in abweichender Form

ecolex 2021/617

### § 33a MSchG

OLG Wien 11. 12. 2020, 33 R 83/20y (OGH 22. 6. 2021, 4 Ob 111/21h)  
COLUMBUS

**1. Bei Verwendung einer nicht registrierten Ableitung anstelle der vereinbarten Verwendung der Widerspruchsmarke in der registrierten Form kann die Lizenzvereinbarung überschritten sein. Das Vorbringen, die Marke sei in abgewandelter Form von konzerninternen Unternehmen verwendet worden, ist als Zustimmung zur Verwendung in abgeleiteter Form zu werten.**

**2. In einer Unternehmensgruppe ist schon aus dem Grund der Konzernverbundenheit von der Zustimmung zur kennzeichnend-mäßigen Benutzung der Marke auch in abgewandelter Form durch die Markeninhaberin auszugehen.**

**3. Bildet die Marke in der tatsächlich benutzten (erweiterten) Form das die Herkunft aus einem bestimmten Un-**

**ternehmen kennzeichnende Element, wird der Verkehr in der verschiedenen Ausgestaltung dieselbe Marke erkennen und somit Marke und abgeänderte benutzte Form als in ihrer Kennzeichnungskraft übereinstimmend ansehen, wodurch rechtserhaltende Benutzung in abgewandelter Form vorliegt.**

**4. Das Weglassen auch erheblicher Textteile ist dann unschädlich, wenn der durch die Textteile bestehende Hinweis oder Eindruck durch andere Textteile, die denselben Hinweis oder Eindruck erzeugen, ausgeglichen wird.**

### Sachverhalt:

Die ASt ist Inhaberin der in der Warenklasse 32 (Bier aller Art) eingetragenen Wortmarke „COLUMBUSBRÄU“ und folgender, für die Warenklasse 32 (Pils-Bier), eingetragenen Wortbildmarke: