

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

März 2021

02

49 – 96

Beitrag

**Aktivlegitimation eines unmittelbar Betroffenen im UWG
im B2C-Bereich** *Thomas Rauch* ➔ 52

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 58

Nationale und internationale Rechtsentwicklung ➔ 61

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 61

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 67

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen
Registerverfahren ➔ 67

EPA
per Video? ÖB1
2021, 49

Rechtsprechung

Kündigungsschreiben – Vorschreiben des Kündigungstexts
Katharina Majchrzak ➔ 68

Tätowierer – Tätowiert ohne Gewerbeberechtigung
Andreas Kulka ➔ 70

**Normungsorganisation – Herabsetzung von Normen zur unlauteren
Beeinflussung des Wettbewerbs?** *Martina Grama* ➔ 74

**Energieanbieter-Wechselservice – Unwahr angeklickt, kein
Stellvertreter zu sein** *Michael Horak* ➔ 77

Sophienwald III – Gläserner Prozesserfolg *Lothar Wiltschek* ➔ 80

**Stufenklage – Keine Verfahrensunterbrechung nach Rechtskraft der
Entscheidung über Rechnungslegung** *Michael Stadler* ➔ 82

OTT-Dienste – Online-Videorecorder und Urheberrecht
Christian Handig ➔ 86

Grenzland – Abgrenzungen zum Thema „Grenzland“
Reinhard Hinger ➔ 91

ÖBI 2021/26

§ 1 Abs 1 Z 1
UWG

OGH 22. 9. 2020,
4 Ob 84/20 m
(OLG Innsbruck
2 R 26/20 w;
LG Feldkirch
5 Cg 57/19 s),
ECLI:AT:
OGH0002:2020:
0040OB00084.
20M.0922.000

Tätowierer

→ Tätowiert ohne Gewerbeberechtigung

→ Die Anerkennung einer Berufsqualifikation aufgrund der Berufserfahrung begründet keine Gewerbeberechtigung. Die Gewerbeausübung trotz Fehlens der erforderlichen Gewerbeberechtigung ist unlauter iSd Rechtsbruch-Tatbestands.

Sachverhalt:

Der Kl (ein Verein) vertritt die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder, das sind 90% der Tätowierer und Piercer in Vorarlberg. Nach § 94 Z 42 iVm § 109 Abs 3 GewO gehört Tätowieren und Piercen zum reglementierten Gewerbe der Kosmetik. Zur Erlangung der Gewerbeberechtigung müssen ein aus drei Modulen bestehender Lehrgang und eine Befähigungsprüfung absolviert werden.

Der Bekl wurde ab 2000 in Deutschland in einem Tattoo-Studio ausgebildet und war seither zumindest zeitweise in Deutschland als Tätowierer tätig. Ab 2009 übte er in Deutschland die Tätigkeit als selbständiger Tätowierer aus. Seit 9. 5. 2019 hat er das Gewerbe

→ Eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit ist ausgeschlossen, solange kein für den Gewerbetreibenden negatives Ergebnis des Anerkennungsverfahrens vorliegt.

„Tätowieren“ und den Betrieb eines Tattoo-Studios in einer Gemeinde in Deutschland angemeldet. Dazu verfügt er über eine Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer Bodensee-Oberschwaben vom 31. 5. 2019, in der vermerkt ist, dass sie als Nachweis der erlernten oder ausgeübten Tätigkeit gegenüber den zuständigen Behörden der EU-MS beim Antrag auf Erteilung einer nach den Rechtsvorschriften des Empfangsstaats erforderlichen Erlaubnis zur selbständigen Erwerbstätigkeit dient.

Seit 2016 ist der Bekl in Vorarlberg ansässig und betreibt in Dornbirn als selbständig Erwerbstätiger ein Tattoo-Studio. Er verfügt über keine österr Gewerbeberechtigung; es liegt auch keine Anerkennung oder

Gleichhaltung einer Berufsqualifikation nach §§ 373 c ff GewO vor.

Im Mai 2019 stellte der Bekl den Antrag auf Anerkennung seiner in Deutschland erworbenen Berechtigung. Ihm wurde mitgeteilt, dass er als Anerkennungs-voraussetzung noch das Modul 3 des einschlägigen Lehrgangs samt Prüfung absolvieren müsse.

Die Kl beehrte, dem Bekl auf der Grundlage des § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Rechtsbruch) zu verbieten, in Österreich gewerbsmäßig zu tätowieren, wenn er nicht über die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung gem § 94 Z 42 GewO oder die Anerkennung gem § 373 c GewO verfügt. Weiters beehrte die Kl den Ersatz von Detektivkosten.

Der Bekl entgegnete, dass er seit 2009 die Tätigkeit als Tätowierer in Deutschland rechtmäßig ausübe und ab Mai 2019 in Deutschland auch ein Tattoo-Studio geführt habe. Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die seiner Berufsausübung entgegenstünden, seien unions-rechtswidrig und nicht anzuwenden.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt. Die Tätigkeit als Tätowierer sei ein reglementierter Beruf. Nach der BerufsanerkennungsRL müssten die MS vorsehen, dass die in einem anderen MS erworbenen Qualifikationen berücksichtigt würden. Diese Anforderungen seien in Österreich in §§ 373 c ff umgesetzt worden. Nach § 373 c GewO habe der LH die Ausübung von Tätigkeiten in einem anderen MS als ausreichenden Befähigungsnachweis anzuerkennen, wenn die Tätigkeiten allenfalls in Verbindung mit einer einschlägigen Ausbildung nach Art und Dauer den Voraussetzungen der EU-/EWR-AnerkennungsV entsprechen. Dem Bekl fehle allerdings die österr Gewerbeberechtigung. Sein dt Befähigungsnachweis sei bisher nicht anerkannt worden. Damit verstoße die Ausübung der Tätigkeit in Österreich gegen die GewO und gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Die Rechtsauffassung des Bekl sei nicht vertretbar.

Das BerG bestätigte diese E. Der OGH ließ die Rev zu, gab ihr aber nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

2.1 Der Bekl beruft sich auf die Anerkennung seiner in Deutschland erworbenen Berufsqualifikation [...]. Dazu hat das ErstG festgestellt, dass er nach der Bescheinigung der zuständigen Industrie- und Handelskammer in Deutschland die Erlaubnis zur Ausübung der [...] selbständigen Erwerbstätigkeit hat.

Er hat den Standort für seine gewerbliche Tätigkeit nach Vorarlberg verlegt. Der Sachverhalt fällt daher in den Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Art 49 AEUV (vgl EuGH C-215/01, *Schmitzer*, Rz 28).

2.2 Für die Anerkennung gewerblicher Berufsqualifikationen ist die BerufsanerkennungsRL 2005/36/EG, geändert durch die RL 2013/55/EU, einschlägig. Sie knüpft an den Begriff des reglementierten Berufs an, worunter berufliche Tätigkeiten verstanden werden, deren Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an das Vorliegen bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist (Art 3 Abs 1 der RL). In Österreich fallen darunter die reglementierten Gewerbe (§ 94 GewO)

und daher auch die hier fragliche Tätigkeit als Tätowierer (§ 94 Z 42 iVm § 109 Abs 3 GewO).

Die BerufsanerkennungsRL stellt mehrere Anerkennungsmodalitäten zur Verfügung, und zwar

- die Gleichhaltung besonderer (behördlicher) Befähigungs- bzw Qualifikationsnachweise (Art 10 ff);
- die Anerkennung der Berufserfahrung in den Berufen Handwerk, Industrie und Handel durch die Anerkennung von Berufserfahrungsnachweisen (Art 16 ff);
- die Gleichhaltung von Ausbildungsnachweisen (Art 21 ff).

2.3 Die hier fragliche Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer kommt inhaltlich als Nachweis der Berufserfahrung in Betracht (vgl dazu *Gruber/Palliege-Barfuß*, GewO⁷ § 373 c Anm 14). Der Anlassfall betrifft damit die Anerkennung der Berufserfahrung nach Art 16 bis 19 BerufsanerkennungsRL.

Diese RL wurden durch § 373 c GewO sowie durch §§ 2 bis 4 EU-/EWR-AnerkennungsV (BGBl II 2008/225) umgesetzt. § 373 c GewO betrifft damit die Anerkennung der Berufsqualifikation aufgrund der Berufserfahrung (vgl auch VwGH 2010/04/0089). Sie ist von der Gleichhaltung besonderer Befähigungs- bzw Qualifikationsnachweise sowie von der Gleichhaltung von Ausbildungsnachweisen zu unterscheiden, die in §§ 373 d und 373 e GewO umgesetzt wurden.

2.4 Auf der Grundlage der hier maßgebenden Bestimmung des § 373 c GewO ist die tatsächliche Berufserfahrung von Staatsangehörigen eines anderen [MS] als Nachweis für die Berufsqualifikation anzuerkennen. Dabei wird die Qualifikation des Antragstellers – anders als im Rahmen des Gleichhaltungsverfahrens – durch die Behörde nicht inhaltlich überprüft, sofern eine bestimmte Tätigkeitsdauer in entsprechender Position und allenfalls die dafür erforderliche (vorherige) Ausbildung nachgewiesen werden (vgl *Wutscher in Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 373 c Rz 1). Die näheren Voraussetzungen für die Anerkennung sind für den Anlassfall (in Bezug auf die Art und die Dauer der ausgeübten Tätigkeit) in § 4 EU-/EWR-AnerkennungsV geregelt (s dazu § 4 Abs 2 Z 5 leg cit).

Liegen die in der AnerkennungsV normierten Voraussetzungen vor, erfolgt somit eine „automatische“ Anerkennung, bei der die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation nicht inhaltlich nachgeprüft wird. Darüber hinaus dürfen keine Ausschlussgründe nach § 13 GewO vorliegen (Art 16 BerufsanerkennungsRL; vgl VwGH 2010/04/0089).

2.5 Aus der dargelegten Rechtslage folgt, dass bei Nachweis der erforderlichen Berufserfahrung die jeweilige Berufsqualifikation [...] anzuerkennen ist und dadurch der österr Befähigungsnachweis ersetzt wird. Dadurch wird jedoch noch keine Gewerbeberechtigung begründet; der ersetzte Befähigungsnachweis ist nur eine Voraussetzung dafür. Soll daher – wie hier – ein inländischer Gewerbestandort begründet werden, so muss auch eine Gewerbeberechtigung nach den allgemeinen Regeln erlangt werden. →

Ein in Deutschland ausgebildeter und dort tätig gewesener Tätowierer übersiedelte nach Vorarlberg und übte sein Gewerbe ohne Gewerbeberechtigung aus, bevor im Verwaltungsweg rechtskräftig abgesprochen war, dass seine Ausbildung auch in Österreich genügt. Das Lauterkeitsrecht und die europäischen Grundfreiheiten waren zu beleuchten.

Es ergibt sich somit, dass der Bekl für den Betrieb seines österr Betriebsstandorts für das reglementierte Gewerbe des Tätowierers der Gewerbeberechtigung nach der österr GewO bedarf. Dazu ist eine Gewerbeanmeldung [...] erforderlich. Damit im Zusammenhang kann er beim LH die Anerkennung des ausländischen Nachweises über die Berufserfahrung als Ersatz für den Befähigungsnachweis beantragen.

3.1 Nach den Feststellungen hat der Kl zwar einen Antrag auf Anerkennung seiner ausländischen Berufserfahrung gestellt. Ein positiver Anerkennungsbescheid liegt jedoch (noch) nicht vor. Dementsprechend fehlt auch [die] erforderliche österr Gewerbeberechtigung.

3.2 Das in § 373 c GewO vorgesehene Anerkennungsverfahren widerspricht nicht den unionsrechtlichen Vorgaben, was der Bekl auch gar nicht behauptet. Die geltend gemachte Unionsrechtswidrigkeit bezieht er in Wirklichkeit auf die Haltung des zuständigen LH, der – nach einer Mitteilung – für die Anerkennung der Berufserfahrung des Bekl eine Hygieneschulung verlangt.

Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit betrifft damit das Anerkennungsverfahren und kann (zunächst) auch nur in diesem Verfahren geltend gemacht werden. So hat auch der VwGH ausgesprochen, dass ein Betroffener, der meint, über die Voraussetzungen für die Anerkennung seiner Berufserfahrung zu verfügen, den Weg der Antragstellung nach § 373 c GewO zu beschreiten habe. In diesem Verfahren sei gegebenenfalls auch die Gesetzmäßigkeit und die Übereinstimmung der zur Anwendung gelangenden Vorschriften mit dem Unionsrecht zu prüfen (VwGH 2000/04/0058).

3.3 Eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit in Bezug auf das Anerkennungsverfahren ist im gegebenen Zusammenhang jedenfalls so lange ausgeschlossen, als kein für den Gewerbetreibenden negatives Ergebnis durch einen rk Versagungsbescheid im behördlichen Anerkennungsverfahren vorliegt. Eine verwaltungsbehördliche Entscheidung liegt im Anlassfall noch nicht vor.

3.4 Aus der zugrunde liegenden Rechtsvorschrift des § 373 c GewO, auf die sich auch der Bekl beruft, geht eindeutig hervor, dass über die Anerkennung eines ausländischen Nachweises über die Berufserfahrung für den Betrieb eines Gewerbebestands in Österreich ein behördliches Anerkennungsverfahren zu führen ist und sich die (mögliche) Anerkennung nur auf

die Berufsqualifikation, also auf den Befähigungsnachweis, bezieht. Damit ist der Rechtsstandpunkt des Bekl, er sei – ohne weitere Voraussetzungen – befugt, das Gewerbe als Tätowierer in Österreich auszuüben, nicht vertretbar.

Davon abgesehen argumentiert der Bekl auf Basis der falschen unionalen Rechtsgrundlage. Sein Kernargument, der Aufnahmemitgliedstaat sei nur unter eingeschränkten Voraussetzungen berechtigt, von ihm einen Anpassungslehrgang zu fordern, betrifft nämlich Art 14 BerufsanerkennungsRL; um diese Bestimmung geht es hier allerdings nicht.

4.1 Die die Entscheidung tragenden Grundsätze sind wie folgt zusammenzufassen:

Die Anerkennung ausländischer gewerblicher Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes in Österreich richtet sich nach der BerufsanerkennungsRL 2005/36/EG, geändert durch die RL 2013/55/EU. Die Anerkennung der Berufsqualifikation aufgrund der Berufserfahrung richtet sich – in Umsetzung der Art 16 bis 19 der RL – nach § 373 c GewO iVm §§ 2 bis 4 EU-/EWR-AnerkennungsV. Liegen die normierten Voraussetzungen vor, so erfolgt eine „automatische“ Anerkennung, bei der die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation nicht inhaltlich nachgeprüft wird. Durch die Anerkennung der Berufsqualifikation wird der österr Befähigungsnachweis ersetzt. Dadurch wird allerdings noch keine Gewerbeberechtigung begründet. Soll daher ein inländischer Gewerbebestandort begründet werden, so muss – abgesehen von der Anerkennung der Berufsqualifikation – eine Gewerbeberechtigung nach den allgemeinen Regeln erlangt werden und eine Gewerbeanmeldung erfolgen.

Eine behauptete Unionsrechtswidrigkeit, die das verwaltungsbehördliche Anerkennungsverfahren betrifft, kann (zunächst) nur in diesem Verfahren geltend gemacht werden. Eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit ist jedenfalls so lange ausgeschlossen, als kein für den Gewerbetreibenden negatives Ergebnis durch einen rechtskräftigen Versagungsbescheid im behördlichen Anerkennungsverfahren vorliegt.

4.2 [...] Der Anregung des Bekl auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH war nicht näherzutreten, weil zu den relevanten unionsrechtlichen Fragestellungen keine Zweifel bestehen.

Anmerkung:

Der Bekl war ab dem Jahr 2009 als Tätowierer in Deutschland selbständig und meldete dort im Mai 2019 das Gewerbe „Tätowieren“ an. Er verfügt über eine Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer Bodensee-Oberschwaben als Nachweis der erlernten oder ausgeübten Tätigkeit. Seit 2016 ist er in Vorarlberg ansässig und betreibt dort ein Tattoo-Studio, ohne über eine Gewerbeberechtigung zu verfügen. Über seine bisherige Berufserfahrung liegt weder ein positiver noch ein negativer Anerkennungsbescheid des LH gem § 373 c GewO vor.

Die Vorinstanzen gaben der auf § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Rechtsbruch) gestützten Klage des beklagten

Vereines auf Unterlassung der gewerbsmäßigen Ausübung des Tätowierens ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung gem § 94 Z 42 GewO (reglementiertes Gewerbe der Kosmetik) oder die Anerkennung des Landeshauptmanns gem § 373 c GewO statt.

Der OGH gab der ao Rev, die er ungeachtet des die Zulässigkeit der Rev verneinenden Ausspruchs des BerG zuließ, nicht Folge.

Die BerufsanerkennungsRL¹⁾ legt die Vorschriften fest, nach denen die MS in anderen MS erworbene Berufsqualifikationen für reglementierte Berufe anerkennen.

1) RL 2005/36/EG, geändert durch die RL 2013/55/EU.



Vorgesehen sind die Möglichkeit der Anerkennung von Befähigungs- oder Qualifikationsnachweisen (Art 11 ff), die Anerkennung von Berufserfahrung (Art 16 ff) oder die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen (Art 21 ff).

Für den Bereich des Gewerberechts hat der österr Gesetzgeber die Regelungen über die Anerkennung von Berufserfahrung in § 373 c GewO und für die Anerkennung von Befähigungs- und Ausbildungsnachweisen in § 373 d GewO umgesetzt. Die detaillierten Voraussetzungen für die Anerkennung von Berufserfahrung sind in der auf der Grundlage von § 373 c Abs 2 GewO erlassenen EU-/EWR-AnerkennungsV geregelt. Über die Anerkennung hat der LH zu entscheiden.

Die Anerkennung ersetzt den in §§ 16 ff GewO für reglementierte Gewerbe vorgesehenen Befähigungsnachweis, jedoch nicht die Erteilung der Gewerbeberechtigung. Dazu bedarf es einer Gewerbebeanmeldung nach den allgemeinen und gegebenenfalls nach den für das jeweilige Gewerbe geltenden zusätzlichen besonderen Bestimmungen.

Selbst wenn also ein die Berufserfahrung des Bekl anerkennender Bescheid des LH vorläge, wäre damit noch nicht die notwendige Gewerbeberechtigung verbunden. Daraus leitet der OGH ab, dass der Bekl die Tätigkeit des Tätowierens ohne Gewerbeberechtigung ausübte und auf diese Weise gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG unlauter iSd Fallgruppe Rechtsbruch handelte.

Damit war der Einwand des Bekl, dass der LH die Anerkennung seiner bisherigen Berufserfahrung als Befähigungsnachweis im Anerkennungsverfahren zu Unrecht verweigere und eine ergänzende Hygieneschulung verlange, unerheblich. Eine mögliche (Unions)Rechtswidrigkeit dieses Standpunkts des LH hätte der Bekl nämlich (zunächst) im Anerkennungsverfahren gem § 373 c GewO geltend zu machen.²⁾ Für den OGH war der Standpunkt des Bekl, er sei im Hinblick auf die von ihm behaupteten Widersprüche zum Unionsrecht ohne weitere Voraussetzungen zur Ausübung des Gewerbes befugt, auch nicht vertretbar.³⁾

Interessant ist in diesem Zusammenhang freilich der Hinweis des OGH, dass eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit in Bezug auf das Anerkennungsverfahren „jedenfalls so lange ausgeschlossen ist“, als kein rechtskräftiger Versagungsbescheid im Anerkennungsverfahren vorliegt.

Damit wird die Möglichkeit angedeutet, die Übereinstimmung der Anerkennungsentscheidung mit dem Unionsrecht im Rahmen eines lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsprozesses zu überprüfen. Eine solche Überprüfung trüge dem Grundsatz Rechnung, dass das Verhalten des Bekl im Fall einer auf Unionsrecht beruhenden Unanwendbarkeit der relevanten innerstaatlichen Normen nicht rechtswidrig (oder jedenfalls nicht unvertretbar) wäre, sodass die Grundlage für einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch fehlte.⁴⁾

Dem Bekl böte sich im Fall einer negativen Anerkennungsentscheidung zwar die Möglichkeit der Überprüfung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in dem er auch die Unionsrechtswidrigkeit geltend machen könnte. Der in der Überprüfung der Unionsrechtskon-

formität der Anerkennungsentscheidung bestehende weitere Rechtsschutz im lauterkeitsrechtlichen Verfahren erscheint jedoch nicht zuletzt im Hinblick auf das bei Ausschöpfung des verwaltungsgerichtlichen Instanzenzugs erwartbare lange Verfahren geboten.

Ohne eine solche Verteidigungsmöglichkeit im Unterlassungsprozess müsste der Bekl nämlich die Ausübung seines Gewerbes so lange unterlassen, bis die Unionsrechtswidrigkeit aufgrund einer Entscheidung des VwG oder des VwGH feststünde, die gegebenenfalls erst nach dem Vorliegen einer Vorabentscheidung des EuGH ergehen könnte.

Offen bleibt dabei allerdings die Frage, ob die Möglichkeit der Überprüfung im lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsprozess tatsächlich erst nach Vorliegen eines negativen Anerkennungsbescheids möglich sein soll oder ob nicht bereits eine Verfahrenshandlung der darüber entscheidenden Behörde, aus der die Absicht hervorgeht, die bestehende Berufserfahrung nicht anzuerkennen, ausreichender Anlass für eine Überprüfung im Rahmen der Verteidigung als Bekl in einem Unterlassungsprozess sein kann.

Denn ein zwingender Grund, die Lauterkeit des Gewerbetreibenden in einem solchen Fall an das formale Kriterium des Vorliegens eines Bescheids zu knüpfen und ihm damit für die Dauer des Anerkennungsverfahrens, das bei einer Säumigkeit der entscheidenden Behörde ebenfalls lange Zeit in Anspruch nehmen kann, eine Verteidigungsmöglichkeit auf der Ebene des Lauterkeitsrechts zu nehmen, ist nicht erkennbar.

Allerdings wäre die Voraussetzung, dass der Bekl zusätzlich zu seinem Antrag auf Anerkennung auch sein Gewerbe anmeldet, für eine Überprüfung der Anerkennungsbestimmungen im Unterlassungsprozess jedenfalls zu erfüllen.

Aus meiner Sicht war daher die Unterlassung der Gewerbebeanmeldung im vorliegenden Fall von größerer Bedeutung für die Klagsabweisung als das Fehlen eines (negativen) Anerkennungsbescheids.

Im Zusammenhang mit dem Einwand der Unionsrechtswidrigkeit einer für das Lauterkeitsrecht relevanten Norm ist außerdem die Rsp des OGH zu beachten, dass nur die Frage der Unanwendbarkeit der Norm, nicht jedoch die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung zur Frage der Unanwendbarkeit zu prüfen ist.⁵⁾ Ein Gewerbetreibender, der sich auf Unionsrechtswidrigkeit beruft, kann also nicht die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung einwenden, wenn sich die Rechtslage schließlich als unionsrechtskonform herausstellt.

Andreas Kulka, Rechtsanwalt, Kulka.Law, Wien

2) Der OGH zitiert in diesem Zusammenhang die E des VwGH 22. 3. 2000, 2000/04/0058. Darin hielt der VwGH ebenfalls fest, dass im Verfahren gem § 373 c GewO gegebenenfalls auch die Übereinstimmung der zur Anwendung gelangenden V mit dem Unionsrecht zu prüfen ist.

3) Darin unterscheidet sich die vorliegende E von dem Fall, den der OGH in 4 Ob 32/20i, *Veranstaltungstickets II*, ÖBl 2021/9, 19 (V. Appl) zu beurteilen hatte. Dort kam er zum Schluss, dass die Auffassung der Bekl, sie benötige ua im Hinblick auf ihren Sitz und ihren Tätigkeitsschwerpunkt in der Schweiz für die Online-Vermittlung von Veranstaltungstickets keine österr Gewerbeberechtigung, vertretbar sei.

4) OGH 4 Ob 3/16v, *Rauchfangkehrer II*, ÖBl-LS 2016/10 (Hinger).

5) OGH 4 Ob 145/14y, *Landesausspielung*, ÖBl 2015/4 (Isak).

