

(Un)befugte Gewerbe-Ausübung

Rückforderung von
Netzverlustentgelten

Wiederholungsgefahr?
Unterlassungserklärung mit Ersatz-AGB

Stiftungsvorstand
Abberufung aus wichtigem Grund

Ad-hoc Publizität und
Übernahmerecht

Umsatzsteuer-Rechtliches im
Stabilitätsgesetz 2012

UWG und
Vergaberecht

OGH sollte undifferenzierte Haltung zum Buchpreisbindungsgesetz revidieren

Weniger als drei Jahre nachdem der EuGH das Fundament für den Schutz von Büchern als Kulturgut und deren Sonderbehandlung in der EU gelegt¹⁾ und sich das österr Parlament eindrucksvoll und einstimmig zur Buchpreisbindung bekannt hat,²⁾ negiert der OGH die gesetzliche Sonderstellung der Buchpreisbindung.³⁾ Das HöchstG ordnet, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, Verstöße gegen das BPrBG begründungslos in die UWG-Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ ein. Dogmatisch nachvollziehbar ist das nicht.

BERNHARD TONNINGER

A. Hintergrund

Während es die Buchpreisbindung in Österreich seit über 120 Jahren gibt, war sie lange Zeit als System der Selbstbindung der Buchhändler in Kraft. Das „Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern“ wurde erst aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Bedenken gegen den damals geltenden grenzüberschreitenden „Drei-Länder-Sammelrevers“ im Jahre 2000 eingeführt, im Jahre 2004 definitiv gestellt und im Jahre 2009 nochmals angepasst.⁴⁾

Das BPrBG regelt insb die Preisbindung für deutschsprachige Bücher. Gemäß § 1 BPrBG ist die Buchpreisbindung auf sämtliche Vertriebsformen, mit Ausnahme des grenzüberschreitenden elektronischen Handels, anzuwenden. Kernbestimmungen des BPrBG sind die Pflicht zur Preisfestsetzung, zur Bekanntmachung der Preise und zur Preisbindung selbst: Österr Verleger bzw Importeure von deutschsprachigen Büchern haben einen Letztverkaufspreis (Mindestpreis) festzusetzen (§ 3 Abs 1–3 BPrBG) und diesen bekanntzumachen (§ 4 Abs 1 BPrBG). Letztverkäufer haben diese Mindestpreise bei der Ankündigung von Büchern einzuhalten und dürfen in der Regel nur Rabatte von bis zu 5% gewähren (§ 5 Abs 1–2 BPrBG).

Während man die Vorschriften des BPrBG im ursprünglichen Gesetzesentwurf noch mit einer Verwaltungsstrafbestimmung absichern wollte, entschloss man sich im Gesetzgebungsprozess dazu, auf die Verwaltungsstrafbestimmung zu verzichten und einzig

vorzusehen, dass Zuwiderhandlungen gegen die Preisfestsetzungspflicht und die Preisbindung mit den Mitteln des UWG durchsetzbar sind.⁵⁾ § 7 BPrBG sieht vor: „Handlungen gegen § 3 Abs 1 bis 3, § 4 Abs 1 sowie gegen § 5 Abs 1 bis 3 gelten als Handlungen im Sinne des § 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 1984/448, in der jeweils geltenden Fassung.“ § 1 UWG idF BGBl 1984/448 regelte „Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen“.

Dieser generelle Verweis auf § 1 UWG ist – soweit ersichtlich – einzigartig in der österr Rechtsordnung. Die Bestimmung wirft einige Auslegungsfragen auf, denen sich *Eixelsberger* im Jahr 2001 in einem Aufsatz gewidmet hat.⁶⁾ Richtig hat er darin die zentrale Frage beantwortet: Mit § 7 BPrBG wurde eine

Dr. *Bernhard Tonninger* ist RA in der Kanzlei *Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte* und vom Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft als Preisbindungsanwalt eingesetzt. Am Verfahren zu 4 Ob 1/12 v ist er auf Klagsseite beteiligt.

- 1) EuGH 30. 4. 2009, C-531/07, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft*; MR 2009, 164, vgl auch *Tonninger*, *ecolex* 2009, 969 (970).
- 2) *Tonninger*, Buchpreisbindung in Österreich 15 Rz 28 ff zu Vor § 1 BPrBG.
- 3) OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 1/12 v.
- 4) Vgl *Tonninger*, Buchpreisbindungsgesetz umgehend saniert, *ecolex* 2009, 969.
- 5) Vgl Bericht des Kulturausschusses 113 BlgNR 21. GP.
- 6) *Eixelsberger*, „Sittenwidrigkeit“ kraft gesetzlicher Fiktion? ÖBl 2001, 243.

Fiktion geschaffen, der zufolge Verletzungen der dort genannten Bestimmungen als Verstöße gegen § 1 UWG zu gelten haben, auch wenn der konkrete Sachverhalt nicht unter § 1 UWG zu subsumieren wäre.⁷⁾ Im Ergebnis handelt es sich somit um einen *reinen Rechtsfolgenverweis*: Dies bedeutet, dass nach dem Lauterkeitsrecht in der aktuellen Fassung die im Verweis des § 7 BPrBG erfassten Verstöße im Ergebnis mit den „per se-Verboten“ des Anhangs zu vergleichen sind. Auch bei Vorliegen eines Verstoßes gegen ein „per se-Verbot“ des Anhangs des UWG sind keine weiteren Voraussetzungen, wie bspw., ob das Erfordernis der Spürbarkeit erfüllt ist, zu prüfen (zu europarechtlichen Aspekten s C.1.).⁸⁾

B. Zum Anlassfall

Im Verf, das dem Provisorialverfahren zu 4 Ob 1/12 v zugrunde liegt, ist nicht wirklich strittig, dass durch die Bekl Rabatte angekündigt und gewährt werden, die den Bestimmungen des BPrBG (konkret § 5 Abs 1–2 BPrBG) widersprechen. Strittig ist vielmehr, ob sich die Bekl erfolgreich auf die Ausnahme des grenzüberschreitenden elektronischen Handels stützen können (somit ob der Sachverhalt überhaupt den Regeln des BPrBG unterliegt) und/oder ob den Bekl eine Gesetzesumgehung vorzuwerfen ist. Somit geht es um die Auslegung des § 1 BPrBG, zu dem noch keine höchstgerichtliche Rsp vorliegt.

Das ErstG und das RekG wiesen die EV ab. Das RekG ließ den oRevRek an den OGH ausdrücklich zu; dies mangels Rsp zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein grenzüberschreitender elektronischer Handel iSd § 1 BPrBG vorliegt.

Der OGH ordnete den Sachverhalt völlig überraschend in die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ ein, ohne eine diesbezügliche Begründung zu geben. Das HöchstG erkannte auf dieser Grundlage, dass die Auslegung des RekG „keinesfalls krass unvertretbar“ sei und wies den RevRek wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage zurück.⁹⁾ Unabhängig davon, wie die Sachentscheidung ansonsten ausgegangen wäre, ist diese „Lösung“ des HöchstG scharf zu kritisieren, weil sie bei näherer Betrachtung dogmatisch nicht zu begründen ist und auch im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers steht.

C. Kritik an der OGH-Rsp zu 4 Ob 1/12 v

1. Regelungssystematik des BPrBG – kein „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“

Wie schon in A. näher ausgeführt, ist der generelle Verweis des § 7 BPrBG auf sittenwidrige „Handlungen iSd des § 1 [UWG]“ ein reiner Verweis auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1 UWG. Somit wurde mit § 7 BPrBG eine gesetzliche Fiktion geschaffen, der zufolge Verletzungen der dort genannten Bestimmungen als Verstöße gegen § 1 UWG zu gelten haben, auch wenn der konkrete Sachverhalt nicht unter § 1 UWG zu subsumieren wäre.¹⁰⁾

Dies wird auch durch die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Verstöße nach dem BPrBG belegt: So ist nur für Verstöße gegen das Ankündigungsverbot von Unterschreitungen des Mindestpreises (§ 5 Abs 2 BPrBG) ausdrücklich vorgesehen, dass diese Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbs“ erfolgen muss. Bei den anderen Verstößen fehlt dieses Tatbestandselement. Die diesbezügliche Unterscheidung des Gesetzgebers bei den Tatbestandselementen innerhalb der Bestimmungen des BPrBG ist ersichtlich bewusst erfolgt, weil etwa bei Verstößen gegen die Preisfestsetzung oder gegen die Bekanntmachung des Letztverkaufspreises (Mindestpreises) nicht notwendigerweise bereits die Unterlassung der Einhaltung des BPrBG „zu Zwecken des Wettbewerbs“ erfolgt.¹¹⁾ Wird jedoch für ein konkretes Buch eine Preisfestsetzung und/oder Bekanntmachung des Letztverkaufspreises unterlassen, kann die Buchpreisbindung für dieses Buch insgesamt nicht mehr funktionieren; dies unabhängig davon, ob die Unterlassung „zu Zwecken des Wettbewerbs“ erfolgt ist oder nicht.

Der Gesetzgeber wollte somit offenkundig, dass es bei den anderen Verstößen gegen das BPrBG keine Rolle spielt, ob diese eine konkrete Handlung im Einzelfall tatsächlich auch „zu Zwecken des Wettbewerbs“ erfolgt ist, um sie den Rechtsfolgen des § 1 UWG zu unterwerfen. Dies wird auch dadurch evident, dass ansonsten die Übernahme des Tatbestandsmerkmals von § 1 UWG idF BGBl 1984/448 „zu Zwecken des Wettbewerbs“ in § 5 Abs 2 BPrBG redundant gewesen wäre. Damit steht jedoch fest, dass es ausschließlich darauf ankommen kann, ob ein Verstoß gegen die jeweilige Bestimmung des BPrBG vorliegt und weitere Tatbestandselemente im UWG (wie bspw auch, ob durch einen Verstoß der Wettbewerb zwischen Unternehmern nicht nur unerheblich beeinflusst wird) nicht mehr zu prüfen sind.

Bei Verstößen, die im Ergebnis mit den „per se-Verboten“ des Anhangs des UWG zu vergleichen sind, drängt sich vor dem Hintergrund der RL-UGP die Frage auf, ob diese Verbote europarechtskonform sind. Einen Hinweis zur Beantwortung dieser Frage gibt es sogar schon vom EuGH selbst: Wenn das BPrBG den Schranken der RL-UGP unterliegen sollte, würde nämlich die E *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft* des Europäischen Höchstgerichts, die Jahre nach Verabschiedung der RL-UGP, am 30. 4. 2009 ergangen ist, keinen Sinn ergeben. Darin hat der EuGH das Fundament der Buchpreisbindung in Europa gelegt, indem er festgehalten hat, dass „*der Schutz von Büchern als Kulturgut als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses ange-*

7) *Eixelsberger*, „Sittenwidrigkeit“ kraft gesetzlicher Fiktion? ÖBl 2001, 243 (251).

8) *Tonninger*, Buchpreisbindung in Österreich, 81 ff Rz 12 ff zu § 7 BPrBG mit Verweis auf *Burgstaller* in *Wiebel/G. Kodek*, Kommentar zum UWG (2009) § 1 a Rz 17 ff.

9) OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 1/12 v.

10) *Eixelsberger*, „Sittenwidrigkeit“ kraft gesetzlicher Fiktion? ÖBl 2001, 243 (251).

11) Vgl *Tonninger*, Buchpreisbindung in Österreich, 82 f Rz 14 f zu § 7 BPrBG.

sehen werden [kann], das geeignet ist, Maßnahmen zu rechtfertigen, die die Freiheit des Warenverkehrs beschränken, sofern mit ihnen das gesetzte Ziel erreicht werden kann und sie nicht über das hinausgehen, was für die Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“¹²⁾ Der Schutz von Büchern als Kulturgut hat somit in Europa ohne Zweifel einen besonderen Stellenwert, weshalb nicht anzunehmen ist, dass die Bestimmungen des BPrBG im Widerspruch zu europarechtlichen Regelungen, insb im Widerspruch zu den Regeln der RL-UGP, stehen.

Der Rechtsfolgenverweis des BPrBG auf das UWG, und damit die Sonderbehandlung der Verstöße gegen bestimmte Bestimmungen des BPrBG, ist auch unter dem Aspekt schlüssig, dass das BPrBG keine anderen Sanktionen, wie bspw Verwaltungsstrafbestimmungen, für Rechtsverletzungen enthält (s dazu auch unter C.2.).

Die – begründungslose – Einordnung von Verstößen gegen die Bestimmungen des BPrBG unter die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ durch den OGH und damit die Zurückweisung des Revisionsrekurses ist daher schon wegen der Regelungssystematik des BPrBG ebenso überraschend wie unrichtig. Das HöchstG behandelt in Folge die eigentlich zu lösende Rechtsfrage, nämlich ob das Verhalten der Bekl mit dem BPrBG in Einklang steht, erst gar nicht.

2. Keine höchstgerichtliche Rsp zur Auslegung von § 1 BPrBG und keine andere Möglichkeit der Erwirkung höchstgerichtlicher Entscheidungen

Der OGH hätte auch deshalb inhaltlich in der Sache zu entscheiden gehabt, weil es, wie auch das OLG Linz zu 4 R 185/11 w zu Recht ausgesprochen hat, keine Rsp zur Frage gibt, unter welchen Voraussetzungen ein grenzüberschreitender elektronischer Handel iSd § 1 BPrBG vorliegt (tatsächlich existiert zur Auslegung von § 1 BPrBG noch überhaupt keine höchstgerichtliche Rsp).

Auf der Grundlage von §§ 502 und 528 ZPO hat der OGH insb in jenen Fällen in der Sache zu entscheiden, in denen das Gesetz keine klare, eindeutige Regelung trifft und in denen es noch keine Rsp gibt.¹³⁾ Gerade die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein grenzüberschreitender elektronischer Handel iSd § 1 BPrBG vorliegt, ist offenkundig eine Frage zur Auslegung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs, die nicht aus dem Gesetz zu beantworten ist. Im Anlassfall sind mit dieser Frage bspw folgende weitere Fragen verknüpft: *Schließt eine physische Verteilung von Gutscheinen im Inland bereits einen grenzüberschreitenden elektronischen Handel aus? Ist es von Relevanz, wenn die Waren nicht grenzüberschreitend versendet werden? Ist es wesentlich, wer den Handel tatsächlich betreibt oder kommt es lediglich darauf an, wer pro forma Vertragspartner ist?*

Dass der OGH es durch die Einordnung des Verstoßes unter die Fallgruppe Normenverstoß vermeiden hat, in der Sache selbst zu entscheiden, wiegt umso schwerer, als die Rechtsunterworfenen bei Verstößen gegen das BPrBG ausschließlich die Zivilge-

richte über § 7 BPrBG iVm § 1 UWG anrufen können und es somit mangels Verwaltungsstrafbestimmungen im BPrBG auch keine höchstgerichtliche Judikatur der öff Höchstgerichte zur Auslegung des BPrBG geben kann. Schon die Berücksichtigung dieses Aspekts hätte für das HöchstG die Sonderstellung des BPrBG, die Schutzbedürftigkeit der Rechtsunterworfenen unter dieses Gesetz und die Notwendigkeit einer Sachentscheidung offenkundig machen müssen.

D. Zusammenfassung

Die höchstgerichtliche E zu 4 Ob 1/12 v ist unter verschiedenen Gesichtspunkten dogmatisch nicht nachvollziehbar. Dies trifft insb für die begründungslose Einordnung des Sachverhalts in die Fallgruppe des „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ zu, welche im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung, zum Willen des Gesetzgebers und zur vorhandenen Lit zum BPrBG steht. Wesentlich kann nämlich nur sein, ob durch einen Sachverhalt ein Verstoß gegen das BPrBG verwirklicht wird, weil damit dieser Verstoß *ex lege* als Verstoß gegen § 1 UWG zu behandeln ist.

Abgesehen davon, dass im Hauptverfahren (oder in weiteren Verf) ohnehin ein abgeänderter Sachverhalt an den OGH herangetragen werden könnte und unabhängig davon, wie letztlich die Sachentscheidung des HöchstG ausgeht, sollte der OGH somit, wenn er den gesetzlichen Grundlagen gerecht werden will, der gesetzlichen Sonderstellung des BPrBG Rechnung tragen. Dazu hat das HöchstG nach Überprüfung und Behandlung der einzelnen Rechtsfragen iZm den Bestimmungen des BPrBG in der Sache selbst zu entscheiden, solange es keine höchstgerichtliche Rsp zu den jeweiligen Bestimmungen des BPrBG gibt.

12) EuGH 30. 4. 2009, C-531/07, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft*; MR 2009,164, vgl auch *Tonninger*, *ecolex* 2009, 969 (970).

13) Vgl *Kloiber* in *Fucik/Klauser/Kloiber*, ZPO¹¹ (2011) 494 oben zu § 502 ZPO.

SCHLUSSSTRICH

- *Die Buchpreisbindung hat sowohl im österreichischen als auch im EU-Recht eine Sonderstellung.*
- *Verstöße gegen die einschlägigen Bestimmungen des BPrBG sind ex lege Verstöße gegen § 1 UWG, weshalb Anspruchsvoraussetzungen im UWG nicht mehr zu überprüfen sind.*
- *Vor diesem Hintergrund ist die Begründung der E zu 4 Ob 1/12 v dogmatisch nicht nachvollziehbar und steht im Widerspruch zu den gesetzlichen Regelungen.*
- *Diese Rsp sollte somit bei nächster Gelegenheit korrigiert werden.*