

Update Versicherungsrecht

Kundenschutz im
Zahlungsdienstegesetz

Weisungsrechte gegenüber dem
Stiftungsvorstand

Muttergesellschaften
Kartellrechtliche Haftung

Neue Geschichten ums
Bankgeheimnis

Gewerbepflicht im
E-Commerce

Europäische
Tourismusförderung

OGH zur Gewerbepflicht im E-Commerce

CHRISTOPHER SCHRANK / ARTHUR STADLER

Die jüngste E des OGH¹⁾ zur Gewerbepflicht eines Internetanbieters ebnet den Weg für mehr Klarheit und Rechtssicherheit in einem Bereich, in dem sich in der jüngsten Vergangenheit vermehrt Zweifel unter Rechtsanwendern aufgetan haben: Wie verfährt das österreichische Gewerberecht mit einem Internet-Angebot, welches für österreichische Kunden frei zugänglich ist, allerdings von Internet-Gewerbetreibenden mit Sitz im EU-Ausland erbracht wird? Im Informationszeitalter begegnen wir tagtäglich vergleichbaren Konstellationen, wie sie hier zugrunde liegen:

Die bekl belgische Gesellschaft FOTOCOM²⁾ bietet ihren Kunden weltweit die Entwicklung und Ausarbeitung von Digitalfotos über ihre Internetseite „www.foto.com“ an. Österreichische Benutzer gelangen durch eine Erkennungssoftware auf die deutschsprachige Subdomain „at.foto.com“. In Österreich besteht allerdings keine Postanschrift, kein Büro, kein Postfach, keine Telefonnummer und auch keine E-Mail-Adresse („.at“). Die Fotoentwicklung und der Versand werden ausschließlich über den Firmensitz in Belgien abgewickelt. Das Gewerbe „Fotolabor“ kann in Belgien ohne Genehmigung ausgeübt werden.

Die kl Partei bietet österreichweit Fotoausarbeitung und -versand an und beanstandete, dass die Bekl über keine Berechtigung nach § 94 Z 20 GewO 1994 (Fotogewerbe) verfüge und auch keine Anzeige iSd § 373 a Abs 4 GewO vorgenommen habe. Zur Sicherung ihres Unterlassungsbegehrens beehrte die Kl, der Bekl das Anbieten in Österreich mittels EV zu verbieten. Durch die Nichteinhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verschaffe sich die Bekl einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern, weshalb – so die Kl – ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliege.

Das ErstG wies den Sicherungsantrag ab. Das RekG bestätigte diesen Beschluss und sprach die Zulässigkeit des ordentlichen RevRek aus. Der OGH erachtete diesen als zulässig, jedoch als nicht berechtigt.

Das traditionelle Gewerberecht ist eng verknüpft mit der physischen Niederlassung im jeweiligen Land, welche aber typischerweise bei Internet-Gewerbetreibenden fehlt. Vergleichbare Angebote durch stationäre Anbieter oder durch in Österreich niedergelassene Internet-Gewerbetreibende können die Gewerbepflicht auslösen. Der sachliche Anwendungsbereich des österreichischen Gewerberechts umfasst aber gerade nicht die bloße Online-Tätigkeit eines Unternehmers mit Sitz im EU-Ausland.

In einer sehr klaren Unterscheidung wendet der OGH die Bestimmungen der E-Commerce-RL und des österreichischen ECG an: Bereits der E-Commerce-RL, insb ErwGr 18, entstammt eine Trennung in Online- und Offline-Dienste. Wie die E des OGH nun skizziert, hat eine gewerberechtliche Analyse ebenso und gerade auf diesen beiden Ebenen zu erfolgen: einerseits auf der elektronischen, andererseits auf der nicht-elektronischen (physischen) Ebene.

Auf *nicht-elektronischer Ebene* ist zu prüfen, ob eine gewerbliche Tätigkeit im Inland ausgeübt wird. Dies richtet sich nach den bisherigen gewerberechtlichen Grundsätzen, wobei hier als physische Anknüpfungspunkte auf eine Niederlassung, Betriebsstätte, Geschäftsanschrift oder Telefonnummer in Österreich abzustellen ist. Das alleinige Vorhandensein und die

MMag. Dr. Christopher Schrank ist RA, Dr. Arthur Stadler ist RAA bei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, Wien.

1) OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 30/09 d, *Digitalfotos*.

2) Die FOTOCOM SA wurde in allen drei Instanzen von der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH vertreten.

Nutzung von Technologien, insb die Abrufbarkeit einer Website, können für sich allein keine ausreichenden physischen Anknüpfungspunkte begründen. Zudem muss der Internet-Gewerbetreibende wesentliche Teiltätigkeiten seines Gewerbes vor Ort – also im Inland – ausüben, damit die österreichische GewO überhaupt zur Anwendung kommt. Im vorliegenden Foto-Fall liegen der physische Anknüpfungspunkt (Betriebsstätte) und die wesentliche Tätigkeit (Fotoausarbeitung) in Belgien, womit belgisches (Gewerbe-) Recht anzuwenden ist.

Erschöpft sich der nicht-elektronische Teil der Tätigkeit in der Versendung von Waren aus dem Ausland nach Österreich, so liegt darin jedenfalls keine unter die österreichische GewO fallende wesentliche Tätigkeit. Schon die EB zur GewO halten dies fest: „*Dass ausländische Gewerbetreibende bestellte Waren nach Österreich liefern dürfen, auch wenn sie keine Berechtigung nach diesem BG erlangt haben, versteht sich von selbst und muss nicht ausdrücklich verankert werden.*“³⁾ Die Lieferung von Waren durch Unternehmen mit Standort im Ausland an Kunden in Österreich ist daher als freie Tätigkeit iSd GewO anzusehen.

Für die *Beurteilung des elektronischen Teiles* der Geschäftsabwicklung sind die E-Commerce-RL und das ECG maßgeblich. Kraft des in § 20 ECG verankerten Herkunftslandprinzips richten sich die rechtlichen Anforderungen an den Diensteanbieter grds nach dem

Recht des Niederlassungsstaats. Dies wurde in Österreich als Sachnormverweisung umgesetzt. Das Herkunftslandprinzip gilt für den „koordinierten Bereich“, worunter alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft fallen. Im vorliegenden Foto-Fall gilt daher hinsichtlich Webauftritt und Bestellmöglichkeit das Recht des Niederlassungsstaats des Diensteanbieters, dh wiederum belgisches Recht.

Für das Gewerberecht kommt in der Konstellation mit Internet-Gewerbetreibenden erschwerend hinzu, dass die Bestimmungen der österreichischen GewO der Realität einer global vernetzten Welt nachhinken: Die sehr traditionalistische GewO enthält weder einen dezidierten Verweis auf das ECG noch eine spezifische Regelung für Tätigkeiten über Internet, wenngleich man wohl – va als Internet-Gewerbetreibender – besonders in der GewO eine entsprechende Regelung vermuten würde.

Die vorliegende E des OGH vermag neuen Wind in das österreichische Gewerbe- und E-Commerce-Recht zu bringen, wo ausgehend von den Realitäten im „*global village*“ nun der Gesetzgeber am Zug ist, protektionistische Bestimmungen neu zu überdenken und Tätigkeiten im Internet endlich zeitgemäß zu regeln.

3) Vgl EB 1973; Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO² (2003) § 51 Rz 1.