

Honorarwettbewerb statt Honorarordnung

Die freiberuflichen Honorarordnungen weichen den Anforderungen der verfassungsgesetzlichen Erwerbsfreiheit und des Wettbewerbsrechts. An ihre Stelle tritt der freie Honorarwettbewerb. Die gesetzlichen Interessenvertretungen sind bestrebt, damit verbundene nachteilige Entwicklungen zu verhindern. Der vorliegende Beitrag¹ widmet sich den diesbezüglichen rechtlichen Rahmenbedingungen.

Heinz Krejci

I. Freiberufliche Honorarordnungen

Es gab und gibt zT immer noch freiberufliche Honorarvorschriften unterschiedlicher Art. Alle bezwecken, die Honorargestaltung der Angehörigen des jeweiligen freien Berufs zu beeinflussen. Im Wesentlichen geht es darum, angemessene Honorare zu erreichen.

Zum einen werden *Gebühren von Gesetzes wegen festgelegt*. Solche Regelungen enthalten das RATG und NTG. Ferner finden sich berufsrechtliche, gesetzliche Grundlagen für Honorarordnungen, die *von gesetzlichen Interessenvertretungen als Verordnungen erlassen* werden.² Solche Regelungen betreffen übliche, wiederkehrende freiberufliche Leistungen. Darüber hinaus finden sich *unverbindliche Honorarempfehlungen*. Sie werden als antizipierte Sachverständigengutachten qualifiziert.³

Nur ausnahmsweise fußen Honorarordnungen auf *Normenverträge*. Arbeitsrechtliche *Kollektivverträge* und *Betriebsvereinbarungen* spielen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, sehr wohl aber die *sozialversicherungsrechtlichen Gesamtverträge* zwischen Sozialversicherungsträgern und gesetzlichen Interessen-

¹ Der vorliegende Beitrag gibt einen um wenige Anmerkungen ergänzten Vortrag wieder, den der Autor am 21. November 2007 in der Kammer der Wirtschaftstreuhand in Wien im Rahmen des Österreichweiten Erfahrungsaustausches der Mitglieder des Arbeitskreises für Honorarfragen und Arbeitsbedingungen gehalten hat.

² Vgl § 18 TierärzteG; § 22 Abs 2 PatentanwG; § 58 ÄrzteG; § 33 ZTKG. Vgl *Nauta*, Das Recht der freien Berufe (1998) 108.

³ Vgl OGH AnwBl 1995, 520 = *ecolex* 1994, 162; *Dujmovits*, Recht der freien Berufe, in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht² I (2007) 397 (461) mit Hinweis auf die Honorarleitlinien nach § 33 ZTKG; zu den Honorarleitlinien der Ärztekammern: *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998² (2001) § 58 Rz 5; *Berka*, Die Honorarrichtlinien der freien Berufe im Licht der Erwerbsfreiheit, wbl 1992, 309 (312 f).

vertretungen freiberuflicher Leistungserbringer. Auf diese Ausnahmefälle ist aber nicht einzugehen. Die hier interessierenden Honorarordnungen werden nicht, wie dies bei Kollektivverträgen der Fall ist, von beiden Marktseiten ausgehandelt, sondern einseitig festgelegt. Nicht zuletzt dieser Umstand macht solche Honorarordnungen „verdächtig“, weil sie den Eindruck erwecken, vor allem den Interessen der freien Berufe zu dienen.

II. Die Kritik an freiberuflichen Honorarordnungen

Seit erheblicher Zeit stehen die überkommenen freiberuflichen Honorarordnungen im Kreuzfeuer der Kritik. Die Gründe dafür liegen teils in gemeinschaftsrechtlichen Bestrebungen, teils aber auch in verfassungsrechtlichen Erwägungen.

Folgt man der „Lissabon Strategie“, so soll die EU bis zum Jahre 2010 der wettbewerbsfähigste und dynamischste wissensbasierte Wirtschaftsraum der Welt sein. Dabei komme, so wird gesagt, den freien Berufen als „Schlüsselsektor“⁴ des Wirtschaftslebens herausragende Bedeutung zu. Der Rat schloss daraus, dass zur Förderung des Wirtschaftswachstums und der Beschäftigung sowie zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit auch *auf dem Gebiet der freien Berufe ein voll funktionsfähiger Binnenmarkt* geschaffen werden müsse.⁵ Die Kommission hat dementsprechend wettbewerbspolitische Modernisierungs- und Reformschritte im Bereich berufsständischer Regelungen angeregt.⁶

Davon abgesehen werden freiberufliche Honorarordnungen längst als wettbewerbsrechtswidrig kritisiert.⁷ Seit dem Jahre 2000 erörtert die Kommission der Europäischen Gemeinschaft die Frage der Gebühren- und Honorarordnungen der freien Berufe im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts.⁸ Schrittweise werden ihre diesbezüglichen Ziele umgesetzt. Die Demontage der Honorarordnungen freier Berufe ist inzwischen voll im Gange.

So schuf zB das WTBG 1999 die bisherigen Honorar- und Wettbewerbsrichtlinien ab. Für Rechtsanwälte gilt, sieht man von den Gebühren nach dem RATG ab, der Grundsatz der freien Honorarvereinbarung mit der Beschränkung auf eine ange-

⁴ Kommission KOM (2005) 405, end v 5.09.2005, 3. Vgl auch *Kok Wim*, Bericht der Hochrangigen Sachverständigen, Die Lissabon-Strategie für Wachstum und Beschäftigung, Die Herausforderung annehmen (November 2004).

⁵ *Europäischer Rat*, 7619/1/05, Schlussfolgerungen des Vorsitzes zur Tagung des Europäischen Rates (Brüssel) v 22./23.3.2005, 8.

⁶ KOM (2004) 83, eng v 9.2.2004.

⁷ Vgl zB *Leidwein*, Honorarordnungen der freien Berufe – EU-rechtswidrig, *ecolex* 1999, 429; *Lausegger*, Die Honorarordnung der Rechtsanwälte auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, *wbl* 2002, 141; *Fetsch*, Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, *ZEuP* 2005, 541.

⁸ Vgl dazu *Reviczky*, Die Honorarordnung der Architekten in Österreich – wettbewerbswidrig und verbraucherfeindlich? (Diss Wien 2006) 1 unter Hinweis auf OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Competition in Professional Services, 23.2.2000 (2000) 2.

messene Vergütung.⁹ „Allgemeine Honorarkriterien“ (AHK 2005) enthalten lediglich Bemessungsgrundlagen und Honoraransätze. Es gibt keinen offiziellen Mindesttarif mehr.

Die rechtlichen Argumente, die gegen freiberufliche Honorarordnungen ins Treffen geführt werden, widerspiegeln den wirtschaftspolitischen Ansatz der an ihnen geübten Kritik.

III. Die Honorarordnungen im Gesamtgefüge der Rechtsordnung

Will man den Stellenwert freiberuflicher Honorarordnungen im Gesamtgefüge der Rechtsordnung prüfen, so ist vorerst von den das Wirtschaftsleben bestimmenden Prinzipien der Verfassung auszugehen. Ferner ist das Wettbewerbsrecht beachtlich, wobei die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen mit zu berücksichtigen sind.

A. Marktwirtschaft und rechtliche Schutzziele

Unstreitig gehen sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch das österreichische Verfassungsrecht von den eine Marktwirtschaft prägenden Parametern aus, wobei allerdings mancherlei Schutzkomponenten einschränkend wirken.

Erkennt man, dass die grundrechtlich gesicherte *Eigentumsfreiheit*, die *Erwerbsfreiheit* und die *Vertragsfreiheit* als Grundpfeiler einer Marktwirtschaft nahe legen, dass die Privatrechtssubjekte sowohl bei der Gestaltung ihrer Leistungsangebote als auch bei den dafür geforderten Gegenleistungen ebenso wie bei der Wahl der Vertragspartner frei sein sollen, dann bedarf es rechtlicher Gründe, wenn dies in bestimmten Fällen – etwa bei den freien Berufen – insbesondere im Hinblick auf die Preisbildung für die zu erbringenden freiberuflichen Leistungen anders sein sollte.¹⁰

Diese Gründe müssen sich im Bouquet *gesetzlicher Schutzzwecke* finden, deretwegen die Rechtsordnung das freie Spiel der Marktkräfte einschränkt.

Derartige Schutzziele betreffen insbesondere unterschiedliche Bereiche des öffentlichen Rechts, die sich insbesondere im *Gewerberecht*, *Wirtschaftsaufsichtsrecht*, *Wirtschaftslenkungsrecht*, aber auch im *Vergabe-, Beihilfen- und Subventionsrecht*

⁹ Vgl § 16 RAO; § 2 RATG; § 50 RL-BA 1977; zur angemessenen Vergütung: § 17 RAO.

¹⁰ Vgl dazu *Dujmovits* (FN 3) 462 mwN.

finden.¹¹ Sie betreffen ferner den öffentlichrechtlichen wie privatrechtlichen Bereich des *Arbeits- und Sozialrechts* und den *Verbraucherschutz*.

Im vorliegenden Zusammenhang scheiden vorweg Anliegen des Gewerbe-, des Wirtschaftsaufsichts-, des Vergabe-, Beihilfen- und Subventionsrechts ebenso aus wie solche des Arbeits- und Sozialrechts. Nähere Betrachtung verdienen hingegen die Anliegen der *Wirtschaftslenkung* und des Verbraucher- bzw – hier besser: – des *Klientenschutzes*.

Dereinst hing das Anliegen, freiberufliche Honorare besonders zu regeln, wohl eher mit der Vorstellung zusammen, dass *freiberufliche Tätigkeiten ausschließlich fremdnütziges, ehrenamtliches Handeln im öffentlichen Interesse* darstelle.¹² Davon ist heute keine Rede mehr. Auch wenn zumindest jene freien Berufe, die eigene gesetzliche Interessenvertretungen haben, berufs- und standesrechtliche Besonderheiten aufweisen, so ist dessen ungeachtet anerkannt, dass auch freiberufliche Tätigkeiten zulässigerweise zu Erwerbszwecken ausgeübt werden. Das KSchG und UGB zählen die Angehörigen freier Berufe zu Recht zu den Unternehmern, mögen auch nicht alle Bücher des UGB auf freie Berufe anwendbar sein.

B. Honorarordnungen als Korrektiv gegen Machtmissbrauch

Vor der 3. TN zum ABGB war dem „Wundarzt“ und dem „Rechtsfreund“ versagt, für ihre Leistungen rechtswirksam ein Honorar zu vereinbaren.¹³ Solche Verträge waren nichtig. Diese Regelung beruhte auf einer bis in die Antike zurückreichenden Tradition, wonach für *operae liberales* kein Entgelt versprochen werden durfte. Für *operae liberales* wurde vielmehr lediglich aus freien Stücken ein *honorarium* (Honorar, ein „Ehrengeschenk“) oder *salarium* (Salär) bezahlt.

Dies hing zum einen mit der Vorstellung der Fremdnützigkeit und Ehrenamtlichkeit freier Berufsausübung zusammen, doch kam darüber hinaus auch ein Schutzgedanke zum Tragen: Der Kranke ist auf ärztliche Hilfe angewiesen; der in misslicher Rechtslage Befindliche bedarf der Unterstützung des Rechtskundigen. In solchen Situationen sind die Betroffenen nur allzu leicht bereit, Überpreise zu zahlen. Das ABGB hat in diesen Fällen bereits im Jahre 1811 erkannt, dass eine interessengerechte Ausgewogenheit des Vertragsinhalts gefährdet ist, wenn die Willensbildung auf einer Seite erheblich „verdünnt“ ist (wie man sich im Zusammenhang mit der

¹¹ Vgl idS die Systematik des öffentlichen Wirtschaftsrechts bei *Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht² (2003).

¹² Dazu Nauta (FN 2) 2 f; *Dujmovits* (FN 3) 461.

¹³ Vgl noch § 879 Z 2 und 3 ABGB idF 1811, wonach ein Vertrag ungültig war, „wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Übernehmung der Cur oder wenn ein Rechtsfreund sich für die Übernehmung eines Prozesses eine bestimmte Entlohnung“ bedungen hat; dazu *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, in: *Weißmann-FS* (2003) 451 (454).

Schaffung des KSchG auszudrücken pflegte).¹⁴ Das einstige Honorarverbot sollte also vor Ausbeutung dessen schützen, der auf die in Aussicht gestellte Leistung dringend angewiesen ist.

Der Gesetzgeber hat sich längst von derlei strengen Entgeltverboten verabschiedet. Freiberufliche Honorarordnungen haben in der Folge auf weitaus milderem Wege als jenem des einstigen § 879 ABGB ein vergleichbares Anliegen verfolgt. Es wurden entweder zwingend *Festpreise* angeordnet oder aber zumindest nicht zuletzt *zwecks Wahrung des Berufs- und Standesehens Höchstpreise* festgelegt. Die Kunden sollten vor der Gefahr überhöhter Preise geschützt werden. Zugleich sollte das Ansehen des freien Berufs nicht darunter leiden, dass manche seiner Angehörigen möglicherweise der Versuchung nicht widerstehen könnten, ihre Verhandlungsübermacht in missbräuchlicher Weise zum eigenen Vorteil auszunutzen.

Die Anordnung von *Mindestpreisen* verfolgte demgegenüber andere Ziele. Die Konkurrenz unter den Angehörigen eines freien Berufs sollte nicht dazu führen, dass es unter Umständen zu für das freiberufliche Unternehmen *ruinösen Honorarunterbietungen* kommt. Solchen Entwicklungen steht zum einen schon das Gebot nach einem fairen Wettbewerb entgegen, der existenzvernichtende Preiskämpfe verpönt. Zum anderen schädigt ein derartiges Verhalten das Ansehen des Standes.

Gesetzlich festgelegte Honorarsätze erinnern prima facie an lenkungsrechtliche Maßnahmen zur Festsetzung von Preisen, solche sind das PreisG 1992 und das PreistransparenzG; Preis(lenkungs)recht enthalten weiters das EIWOG und das GastwirtschaftsG. Auch das BG über die Preisbindung bei Büchern ist eine preisrechtliche Vorschrift.¹⁵ Solche Preisregelungen werden im Fall von *Mengenregulierungen und Versorgungsstörungen* von der Preisbehörde bestimmt. Für die Dauer der Maßnahme sind im entsprechenden Bereich „volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise“ festzusetzen.¹⁶ Sie liegen vor, wenn sie sowohl den bei der Erzeugung und im Vertrieb oder bei der Erbringung der Leistung jeweils bestehenden volkswirtschaftlichen Verhältnissen als auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher oder Leistungsempfänger bestmöglich entsprechen (§ 6 Abs 1 PreisG). Darunter wird *nicht der Marktpreis* verstanden; denn der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis versteht sich ja gerade als Korrektur des Marktpreises.¹⁷

¹⁴ Vgl zB *Krejci*, KSchG Kommentar (1986), 349.

¹⁵ *Puck* in Raschauer (FN 11) Rz 622.

¹⁶ Zum Preisrecht vgl *Kneihls*, Preis- und Versorgungssicherungsrecht, in: Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht² II (2007) 1309 (1314 ff).

¹⁷ *Puck*, in: Raschauer, Österreichisches Wirtschaftsrecht² (2003) Rz 625.

Im Bereich des klassischen Preisrechts hat der BWA auf Antrag bestimmter Einrichtungen¹⁸ zu untersuchen, ob ein bestimmtes Unternehmen oder mehrere bestimmte Unternehmen Preiserhöhungen vorgenommen haben, welche die internationale Preisentwicklung, den Index oder die Preiserhöhung des betreffenden Wirtschaftszweigs in ungewöhnlichem Maß übersteigen. Lässt das Ergebnis dieser Untersuchung den Schluss auf eine ungerechtfertigte Preispolitik zu, dann kann für die Dauer von 6 Monaten ein volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis bestimmt werden.¹⁹ Gleiches gilt für den Fall eines kartellgerichtlich festgestellten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 5 PreisG).

Besonderes gilt für Preise für Erdöl und seine Derivate, insbesondere für den Benzinpreis, für Arzneimittel- und Fernwärmepreise sowie für Arzneimittelpreise. Sondervorschriften finden sich für Strom- und Gaspreise sowie für Buchpreise.

Schon deshalb, weil das Preisrecht besondere Behörden und Verfahren kennt, die mit dem Zustandekommen von Honorarordnungen im Bereich freier Berufe nichts zu tun haben, bedarf es keiner weiteren Erwägungen, um zu erkennen, dass Honorarordnungen keine Maßnahmen des klassischen Preisrechts sind.

Dessen ungeachtet erinnern gesetzlichen Gebühren für bestimmte Leistungen freier Berufe an preisrechtliche Regelungen. Dies ist im Hinblick auf das RATG und das NTG der Fall.

C. Honorarordnungen als Bedrohung der Erwerbsfreiheit

Der VfGH hob im Jahre 1990 eine die Honorarordnung für Architekten betreffende Bestimmung des IKG auf.²⁰ Er sah in der gesetzlichen Ermächtigung der Ingenieurkammer zur generellen Festlegung verbindlicher Mindestgebühren für Ziviltechnikerleistungen²¹ einen Eingriff in die Freiheit der Erwerbsausübung, der weder durch ein öffentliches Interesse an der Gewährleistung eines Sicherheitsstandards noch an besonderen schöpferischen oder kulturellen Leistungen sachlich gerechtfertigt erscheine.²²

Der VfGH führte aus, dass eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit durch den Gesetzgeber nur dann zulässig sei, „wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, geeignet, zur Zielerreichung adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt

¹⁸ WKÖ, PrKLWKÖ, BArbK, BMF, BMSG, BMLFUW.

¹⁹ Näheres bei Mayer, Die Bundesverfassung und der Benzinpreis. Zur Auslegung des § 5a PreisG 1992, ÖJZ 2000, 201; Rill, Erdöl, Erdölderivate und das Preisgesetz, ÖZW 2000, 103.

²⁰ Vgl VfSlg 12.481/1990; § 31 IKG in der damaligen Fassung ermächtigte die Bundes-Ingenieurkammer, in Gebührenordnungen „Mindestgebührensätze für Ziviltechnikerleistungen sowie Grundsätze über die Honorarabrechnung“ festzulegen.

²¹ VfGH 3.10.1990, G 40-45/90, VfSlg 12.481/1990.

²² Bei Unterschreitung der Mindestentgelte lag bis dahin ein Verstoß gegen Pkt 3.6 der Standsregeln und gegen § 6 Abs 3 IKG vor. Es lag ein Disziplinarverfahren gem § 48 Abs 1 Z 2 IKG vor.

ist.“ – „Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtbewertung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen.“ Der VfGH sah weder in einem Wettbewerb auf geistiger Ebene, noch in den besonderen Aufgaben des freien Berufs eine ausreichende Rechtfertigung, „um den Eingriff in die Erwerbsfreiheit als noch verhältnismäßig bezeichnen zu können.“

Im genannten Erkenntnis legt der VfGH dar, dass im gegebenen Zusammenhang nicht geboten sei, Mindestpreise zu schützen. Im Übrigen würde dem Verbraucherschutzgedanken eine Gebührenordnung mit bloßem Empfehlungscharakter genügen. Auf diese Weise könne sich der Verbraucher über Preise von Leistungen informieren und das Angebot entsprechend einschätzen. Keinesfalls könne es aber iSd Verbraucher gelegen sein, wenn Ziviltechniker grundsätzlich daran gehindert würden, bei Erbringung ein und derselben Leistung einander zu unterbieten. *Mindestgebühren seien nur dann zulässig, wenn ihre Festlegung im öffentlichen Interesse liege.* Diese Entscheidung setzte auch für andere freie Berufe Maßstäbe für die Gestaltung von Honorarordnungen bzw förderte ihre Abschaffung.

Dort, wo der Gesetzgeber im Bereich von öffentlich-rechtlich relevanten Tätigkeiten bestimmter freier Berufe gesetzliche Gebühren festlegt, wird ein derartiges öffentliches Interesse offenbar angenommen.

Damit stellt sich die Frage, ob von Unternehmervereinigungen entwickelte Honorarordnungen zumindest als unverbindliche Empfehlungen und „Leitlinien“ zulässig sein können. Was der VfGH noch als Gestaltungsmöglichkeit sah, stieß inzwischen auf kartellrechtliche Widerstände.

D. Honorarordnungen als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

Kartellrechtsfragen stellen sich im gegebenen Zusammenhang sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch im Hinblick auf das österreichische KartG 2005.

Nach Art 81 Abs 1 EG sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen verboten.

Insbesondere ist gemäß Art 82 EG eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten durch die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung eines oder mehrerer Unternehmen auf dem Gesamt- oder Teilmarkt

unzulässig; dazu zählt auch der Missbrauch, unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise unmittelbar oder mittelbar zu erzwingen.

Die Verbote richten sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Angehörige freier Berufe, die selbständig tätig sind, sind nach der Rsp des EuGH als Unternehmer iSd Art 81 Abs 1 EG anzusehen. Auch freie Berufe bieten unternehmerische Leistungen auf einem Markt an. Das sehen das KSchG und UGB nicht anders.

Die jeweils zuständigen Berufs- und Interessenverbände freier Berufe gelten unabhängig von ihrer Rechtsform als Unternehmensvereinigungen.²³

Das KartG 2005 entspricht auf nationaler Ebene im Wesentlichen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe. Was fehlt, ist der Hinweis auf den Gemeinsamen Markt.

Das Europäische Kartellrecht kennt ebenso wie das KartG 2005 eine Reihe von *Verbotsausnahmen*. Solche liegen im hier interessierenden Zusammenhang nicht vor.

Erwähnt sei, dass das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Wouters*²⁴ einen weiteren Ausnahmetatbestand entwickelte, der bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Berufsregeln anzuwenden ist. Demnach liegen Berufsregeln nicht im Anwendungsbereich des Art 81 EG, wenn sie erforderlich sind, die *ordnungsgemäße Berufsausübung sicherzustellen*. Dabei ist der konkrete rechtliche Rahmen des betroffenen freien Berufs zu berücksichtigen. Mit dieser Einsicht ist aber für Honorarordnungen nichts gewonnen, weil diese idR nicht erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Berufsausübung zu sichern.

Es ist hier nicht möglich, auf alle gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Voraussetzungen für kartellrechtswidriges Verhalten einzugehen. Es genügt festzuhalten, dass bindende Preisabsprachen, Preisbeschlüsse oder einschlägige aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ein kartellrechtswidriges Verhalten indizieren. Vor allem in abgesprochenen Preisen liegt ein Hauptgrund für Kartellvorwürfe.

Nach § 1 Abs 4 KartG stehen einem verbotenen Kartell auch „Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen und Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird“. Dass solche *Empfehlungen* Wettbewerbsbeschränkungen bewirken können, steht außer Zweifel.

²³ EuGHE 2002, I-1557 *Wouters*.

²⁴ EuGHE 2002, I-1557 *Wouters*.

§ 1 Abs 4 KartG enthält jedoch eine bemerkenswerte Einschränkung: „Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.“

Sofern eine Honorarordnung also ihre Unverbindlichkeit ausdrücklich betont und darüber hinaus keinerlei Druck ausgeübt wird, um eine derartige Honorarordnung de facto durchzusetzen, erscheint auf den ersten Blick eine solche Honorarordnung kartellrechtsgemäß.

Dennoch ist Vorsicht geboten. Auch im Gemeinschaftsrecht sind alle Formen und auf allen Handelsstufen Preiskartelle verboten, wobei weder zwischen horizontalen und vertikalen Abreden noch zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Fixierung von Preisen oder Preisbestandteilen unterschieden wird.²⁵ Verboten ist im weitesten Sinne *jede kollektive Einflussnahme auf die Preisbildungsfreiheit der Unternehmen* als einer der wichtigsten Erscheinungsformen des Wettbewerbs überhaupt.²⁶ Auch „bloße“ Preisempfehlungen können gegen Art 81 EG verstoßen; dies dann, wenn sie eine abgestimmte Verhaltensweise der Adressaten zur Folge haben. Dasselbe gilt für „Empfehlungen“ von Unternehmensvereinigungen, sofern sie von den Mitgliedern befolgt werden.²⁷

Sofern aber *unverbindliche preisliche Verbandsempfehlungen, wenn sie tatsächlich eingehalten werden*, gegen europäisches Kartellrecht verstoßen, liegt nahe, dass diese Sicht auch auf das österreichische nationale Kartellrecht im Wege gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation des österreichischen Kartellrechts einstrahlt.

Ist den Adressaten aus den sonstigen Umständen einer ausdrücklich für unverbindlich erklärten Honorarordnung das Anliegen der Unternehmervereinigung erkennbar, die Preise möglichst einheitlich zu gestalten, und zeigt dies de facto auch Wirkung, dann ist die Honorarordnung trotz der Regelung des § 1 Abs 4 KartG 2005 kartellrechtswidrig.

²⁵ *Emmerich*, in: Dausen (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Loseblatt-Slg) H I § 1 Rz 153.

²⁶ EuGHE 1977, 1875 (1906) *Metro*; 1989, 2181 (2185 ff) *Belasco*.

²⁷ EuGHE 1980, 3125 (3250, Tz 86 ff) *van Landewyck/Fedetab*; 1980, 3369 (3410, Tz 20) *IAZ/Navewa-Anseau*; Kommission 5.6.1996, ABI 1996/ L 181/28 (32 ff) *FENEX*. Vgl auch *König*, Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im Gemeinsamen Markt (1997) 127 ff; *Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht §§ 20 ff (282 ff); *Rüdel*, Die Zulässigkeit horizontaler Empfehlungen nach deutschem und EWG-Kartellrecht (1974); *Emmerich* (FN 25) H I § 1 Rz 153.

IV. Das angemessene Entgelt

Wird aus all den genannten Gründen davon abgesehen, eine Honorarordnung beizubehalten oder eine neue zu erlassen, so stellt sich die Frage, was im Hinblick auf die Entgeltgestaltung an ihre Stelle tritt.

Sofern sich die Angehörigen des freien Berufs fortan frei entscheiden sollen, was sie für ihre Leistungen verlangen, stehen sie vor entsprechenden Kalkulationsfragen.

Bisher waren sie gewohnt, sich an der Honorarordnung zu orientieren. Wenn von heute auf morgen der Markt gleichsam „freigegeben“ wird, ist im Grunde noch unbekannt, wie sich die Marktkräfte entfalten werden.

Da es berufs- und standesrechtlich bedenklich erscheint, wenn die Berufsangehörigen ihre Freiheit nützen, um möglichst hohe, eventuell im Rahmen des Möglichen sogar überhöhte Preise zu fordern, und es überdies für den gesamten Berufsstand nicht minder störend wäre, wenn der Wettbewerb unter den Berufsangehörigen zu existenzbedrohenden Niedrigstpreisen führen würde, liegt auch dann, wenn jedwede Honorarordnung fehlt, nahe, dass die Preise auch auf einem völlig freien Markt aus nahe liegenden Gründen weder überhöht noch auf eine die Berufsausübung gefährdende Weise zu niedrig sein sollen. Sie sollten sich daher in einer Bandbreite bewegen, in welcher das geforderte Entgelt noch als für beide Seiten „angemessen“ angesehen werden kann.

A. Kollektive Empfehlung eines angemessenen Honorars?

Es erscheint daher jedenfalls zulässig, wenn die gesetzliche Interessenvertretung ihren Mitgliedern aus berufs- und standesrechtlichen Gründen nahe legt, für ihre Leistungen grundsätzlich nicht mehr zu fordern, als „angemessen“ ist.

Doch erscheint es kartellrechtlich bereits bedenklich, den Mitgliedern nahe zu legen, auf keinen Fall ein geringeres als das „angemessene“ Entgelt zu fordern, weil auf diese Weise der Preiswettbewerb für übergebührlich beschränkt erachtet werden könnte.

Hingegen erscheint es keinesfalls kartellrechtlich bedenklich, den Mitgliedern solche Unterpreise zu verbieten, die gegen die Vorschriften des UWG verstoßen. Denn das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen findet dort seine Grenze, wo es um unlauteren Wettbewerb geht. Dieser ist unzulässig. Insofern schränkt das UWG den Wettbewerb ein. Wer auf diese Grenzen aufmerksam macht, verstößt nicht gegen das Kartellrecht; dies auch dann nicht, wenn dieser Hinweis durch eine Unternehmervereinigung kollektiv erfolgt und entsprechend propagiert wird. Dem Kartellrecht kann es auch nicht widersprechen, wenn das Berufs- und Standes-

recht jenen Berufsangehörigen Konsequenzen androht, die sich im Geschäftsverkehr auf gesetzlich verbotene Weise unlauter verhalten.

Eine gesetzliche Interessenvertretung kann ihren Mitgliedern also nahelegen, keine höheren als angemessene Preise zu fordern und die angemessenen Preise nicht zu unterschreiten, sofern dadurch die Vorschriften des UWG verletzt werden.

Eine betragsmäßige Festlegung des „angemessenen“ Entgelts stellt hingegen insofern ein kartellrechtliches Problem dar, als sich die „Angemessenheit“ aufgrund der laufenden Entwicklung von Angebot und Nachfrage ändern kann und dieses Kräftespiel durch die Festschreibung fixer Beträge beeinträchtigt würde.

Wie dem auch sei: Zu fragen bleibt, welche Kriterien die „Angemessenheit“ eines Entgelts für freiberufliche Dienstleistungen überhaupt bestimmen.

B. Kein zivilrechtliches Gebot des *iustum pretium*

Vorweg ist in Erinnerung zu rufen, dass das allgemeine Zivilrecht keineswegs dazu anhält, für gebotene Leistungen ein „*iustum pretium*“ zu verlangen. Vielmehr darf jeder für seine Leistung fordern, was er sich vorstellt. Der Markt wird ihm zeigen, ob andere bereit sind, ihm das Verlangte zu bezahlen. Wenn nicht, wird er weniger fordern; dies bis zu jenem Punkt, zu dem er seinerseits nicht mehr bereit oder in der Lage ist, die Leistung zu erbringen.

C. Zivilrechtliche Honorargrenzen

Nur dort, wo Preisforderungen den anderen *wirtschaftlich knebeln, wucherisch* sind, also die Hauptleistungen des Vertrags bei beeinträchtigter Willensbildung des Verkürzten in einem *auffälligen Missverhältnis* stehen, oder aus anderen Gründen *sittenwidrig* sind, oder wo jemand unter bestimmten Umständen nicht einmal die Hälfte des gemeinen Werts seiner eigenen Leistung erhält, sieht das Zivilrecht teils die Nichtigkeit des Vereinbarten, teils ein Anfechtungsrecht vor. Das Verbot der *laesio enormis* (§§ 934, 935 ABGB) setzt einen gemeinen Wert der einander gegenüberstehenden Leistungen voraus. Es gilt nunmehr auch für Unternehmer, kann aber zu dessen Lasten abbedungen werden (§ 351 UGB).

Das allgemeine Zivilrecht kennt also nur in *krassen Fällen der Inäquivalenz* von Leistung und Gegenleistung Gestaltungsverbote.

D. Angemessenes Entgelt als zivilrechtliche Zweifelsregel

Das „angemessene“ Entgelt spielt also lediglich als Richtschnur in jenen Fällen eine Rolle, in denen ein entgeltlicher Vertrag geschlossen wurde, ohne dass die Höhe des Entgelts ausdrücklich festgelegt worden wäre. In solchen Fällen ordnet insbesondere § 1152 ABGB für Dienst- und Werkverträge an, dass ein angemess-

senes Entgelt als bedungen gilt. Auf Angehörige eines freien Berufs ist auch die allgemeine Regel des § 354 UGB anzuwenden, wonach dann, wenn „in einem Geschäft kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart“ ist, „ein angemessenes Entgelt als bedungen“ gilt.²⁸

Auch bei Angehörigen eines freien Berufs kommt es immer wieder vor, dass über das Entgelt nichts gesagt wird. Gibt es keine Honorarordnung, die über dessen Höhe Auskunft gibt, bleibt es somit beim „angemessenen“ Entgelt.

Sofern Angehörige eines freien Berufs in ihren Verträgen mit Klienten ausdrücklich ein bestimmtes Entgelt vereinbaren, was bei differenzierten Leistungen bedeutet, dass sie eine dementsprechend differenzierte Honorarregelung (gleichsam eine eigene Honorarordnung) vorweg vereinbaren, erübrigt sich die Frage nach der „Angemessenheit“ solcher Entgeltregelungen.

Solche Vereinbarungen sind freilich vorweg recht umfangreich, oder aber die Parteien müssen die Honorarordnung in der Folge, sollte es zu zusätzlichen Leistungen kommen, an die nicht bereits vorweg gedacht war, immer wieder um die neuen Positionen ergänzen. Da Letzteres einerseits mühsam ist und es andererseits bei Erteilung des Mandats möglicherweise noch nicht absehbar ist, welche Leistungen in der Folge in Anspruch genommen werden, liegt nahe, dass dem Klienten ein ganzes Paket an potenziellen Honorarpositionen, also gleichsam eine „individuelle Honorarordnung“, vorgelegt wird.

Es liegt auf der Hand, dass es die Preistransparenz fördert, wenn die Angehörigen desselben freien Berufs ihre Preisaufstellung nach einem möglichst einheitlichen System gestalten. Insofern besteht eine in der Natur des Ordnungsproblems liegende Tendenz, dass die gesetzliche Interessenvertretung ein *alle typischen und stets wiederkehrenden Leistungen erfassendes Konzept für ein Preisangebot* entwickelt und den Mitgliedern unverbindlich zur Verfügung stellt. Solange nicht auch schon die einzelnen Preise der Höhe nach vorweg festgelegt werden, bestehen dagegen keine kartellrechtlichen Bedenken.

E. Was ist „angemessen“?

Fehlt es an einer individuellen, konkreten Entgeltvereinbarung, dann gilt ein „angemessenes Entgelt“ als vereinbart. Was aber ist „angemessen“?

²⁸ Vgl auch §§ 969, 1004 ABGB.

Der OGH hält jenes Entgelt für angemessen, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.²⁹

Dabei orientiert sich die Rechtsprechung dort, wo es möglich ist, an *bestehenden Tarifen und Ordnungen*. So wird bei Arbeitnehmern der Kollektivvertragslohn als allgemeine Richtschnur anerkannt.³⁰ Für Dienstnehmer in Betrieben, für die kein Kollektivvertrag gilt, werden Kollektivverträge herangezogen, die vergleichbaren Diensten gewidmet sind.³¹ Strittig ist, ob diese Orientierungshilfe nicht greifen soll, wenn der Dienstnehmer Eigenschaften aufweist, die üblicherweise bei Dienstnehmern, die solche Dienste verrichten, nicht vorhanden sind (zB zu geringes oder zu hohes Alter oder Fehlen der erforderlichen Ausbildung).³²

Sind höhere Entgelte als die der Kollektivverträge *ortsüblich*, so ist das höhere, ortsübliche Entgelt angemessen.³³ *Betriebsübliches* spricht für Angemessenheit.

Die Angemessenheit definiert sich also im Wesentlichen durch *das, was im vergleichbaren Umfeld üblich ist*. Angemessen ist, was in der Regel für die im konkreten Fall in Frage kommenden Leistungen *bei gleichen Gegebenheiten* bezahlt zu werden pflegt. Kollektivverträge oder sonstige Tarife kommen in Betracht, wenn sich die übliche Entgeltbildung an ihnen orientiert. Sind höhere oder niedrigere Entgelt üblich, greifen diese Entgeltordnungen nicht.³⁴ Vom Fachverband einer Berufsgruppe oder ähnlichen Stellen herausgegebene Tariftabellen werden nur dann als Richtschnur für die Beurteilung der Angemessenheit anerkannt, wenn die angegebenen Tarife unter ähnlichen Umständen auch tatsächlich bezahlt werden; andernfalls bestimmt sich das angemessene Entgelt nach den tatsächlich allgemein bezahlten Sätzen.³⁵

Weitere Hinweise aus der älteren Rechtsprechung: Die „autonomen Honorarrichtlinien“ der Rechtsanwaltschaft werden lediglich als „beiläufiger Wegweiser“ für die Angemessenheit des Entgelts angesehen;³⁶ ebenso die Gebührenordnung für Zivilingenieure³⁷ und die Wirtschaftstreuhänder-Honorarordnung,³⁸ ebenso die Gebührenordnung für Architekten.³⁹ Die Angemessenheitsmaßstäbe (einschließ-

²⁹ OGH JBI 1955, 122; EvBI 1964/401; Arb 9171.

³⁰ OGH Arb 6855.

³¹ OGH infas 1984/3, 7 A 55.

³² Dazu *Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg), ABGB³ (2000) § 1152 Rz 24.

³³ OGH Arb 9171; vgl auch OGH DRdA 1987, 119 (*Spielbücherler*).

³⁴ Vgl *Krejci* (FN 32) § 1152 Rz 25.

³⁵ OGH JBI 1971, 572.

³⁶ OGH SZ 51/27; AnwBI 1992, 678; 1992, 326 (*Pritz*).

³⁷ OGH EvBI 1977/204.

³⁸ OGH EvBI 1969/3.

³⁹ OGH Arb 10.594.

lich der Währungsverhältnisse) bestimmten sich nach dem Zeitpunkt der Dienstverrichtung.⁴⁰

Im Übrigen wird auch auf § 273 ZPO verwiesen.⁴¹ Mit dem Hinweis, dass letztlich der Richter „nach freier Überzeugung“ die Angemessenheit des Entgelts feststellen kann, ist wenig gewonnen. Man darf zur Bestimmung der „Angemessenheit“ weder dem Gläubiger noch dem Schuldner das Recht zuerkennen, nach eigener freier Überzeugung die „Angemessenheit“ des Entgelts festzulegen. Dass die „Angemessenheit“ mitunter erst vom Richter „nach freier Überzeugung“ festzustellen ist, lässt allerdings erkennen, dass die Bestimmung der „Angemessenheit“ mitunter auf größte, letztlich sogar unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen kann. Dann bleibt nur eine nachträgliche Einigung der Parteien oder aber ein Gerichtsverfahren übrig, das die Entscheidung dem Richter überlässt. Dieser Umstand dürfte die Vertragsparteien wohl in vielen Fällen dazu bewegen, sich vorweg auf einen Betrag zu einigen.

F. „Nachwirkungen“ aufgehobener Honorarordnungen

Selbst wenn eine Honorarordnung für einen freien Beruf für die Zukunft aufgehoben und durch keine neue ersetzt wird, darf man davon ausgehen, dass die Entgeltsätze der bisherigen Honorarordnung vorerst auch weiterhin noch als Orientierungshilfe für eine angemessene Entlohnung der von ihr erfassten freiberuflichen Dienste nachwirken werden. Woran sonst sollten sich die den Beruf Ausübenden bei der Verrechnung ihrer Leistungen vorerst orientieren? Handelt es sich doch um jene Entgelte, die bislang üblich waren.

Dieser Umstand kann freilich nicht dazu führen, dass das bisher Übliche für alle weiteren Zeiten gleichsam als Angemessenheitsmaßstab „eingefroren“ würde. Je mehr sich der Inhalt der Leistungen ändert und neuen Anforderungen gerecht werden muss, je mehr sich der Geldwert verschiebt und sich der Markt umgestaltet, desto eher wird die Vorbildfunktion der bisherigen Honorarordnung verblassen und es werden neue Beträge an die Stelle der alten treten. Auch werden neue Leistungen eine neue Entgeltberechnung erfordern.

Soweit sich das „angemessene“ Entgelt am Üblichen orientiert, kommt dem Marktpreis der Leistung entscheidende Bedeutung zu. Insofern gewinnt im gegebenen Zusammenhang auch der „gemeine Wert“ der Leistung an Bedeutung. Die Namen allein sind freilich keine Hilfe bei der Suche nach dem Leistungswert.

⁴⁰ OGH SZ 5/54; anders für Fälle, in denen der Entgeltanspruch nicht schon zur Zeit der Dienstverrichtung entsteht, sondern erst später; dazu *Aicher*, ZAS 1974, 101.

⁴¹ LG Klagenfurt Arb 5162; OGH DRdA 1956, 307 (*Apathy*).

Man wird sich an den Preisen orientieren, die Klienten sonstigen Berufsangehörigen für ihr Wirken unter Beachtung der besonderen Umstände des Falles, des Ortes udgl zu zahlen pflegen.

Gibt es allerdings noch keinen Marktpreis (etwa, weil die bisherige Honorarordnung keine Orientierungshilfe mehr ist und sich neue Preise noch nicht eingespielt haben), dann wird man sich wohl an die *leistungsrelevanten Kalkulationen einer Durchschnittskanzlei* zu halten haben. Kalkulationsrelevante Besonderheiten der konkreten Kanzlei werden jedoch Modifizierungen in der Preisgestaltung rechtfertigen.

Zu klären ist, welchen *Personal-, Zeit-, Organisations- und Sachaufwand* die geschuldete Leistung erfordert, welche *Zentralregiekosten* anfallen und in welchem Anteil diese auf die konkrete einzelne Leistung umzulegen sind. Auch ein *Risiko- und Gewinnaufschlag* ist vorzunehmen. Bei all dem sollte man Vorsicht walten lassen im Hinblick auf etwaige *Quersubventionierungen* bestimmter Leistungsbe- reiche durch ertragreiche andere, weil auf dieses Weise die Kostentransparenz leidet und man Gefahr läuft, sich selbst in den Sack zu lügen. Auch wird die Preis- bildung und damit möglicherweise der Wettbewerb übergebührlich verzerrt, wenn ein Preis nur deshalb so niedrig gehalten werden kann, weil man die Aufwendun- gen für die zu erbringende Leistung aus anderen Quellen als dem geforderten Entgelt ausgleicht.

Ein wichtiger Ansatz von vielen ist im gegebenen Zusammenhang das den Mitar- beitern zu zahlende Entgelt. Dieses orientiert sich seinerseits an den Marktgege- benheiten.

Wer sich entscheidend verkalkuliert, wird den Nachteil zu tragen haben; schlimms- tenfalls droht die Insolvenz. Da alles andere als dies im Interesse des gesamten Berufsstandes liegen kann, wird es nach wie vor ein legitimes Anliegen der Inte- ressenvertretung sein, solche Entwicklungen durch geeignete Hilfestellungen zu unterbinden.

Sofern man davon ausgehen darf, dass eine Honorarordnung im Grunde die Auf- gabe hat, den Berufsangehörigen im Bemühen beizustehen, für ihre Leistungen ein angemessenes Entgelt zu erhalten, kann darin wohl schwerlich eine Wettbe- werbsbeschränkung gesehen werden. Im Gegenteil: Es sollen auch solche Berufs- angehörige im Markt bleiben, die Gefahr laufen, sich einen angemessenen Preis für ihre Leistungen nicht selbst berechnen zu können. Versteht man unter einer solchen Honorarordnung nichts anderes als ein „kodifiziertes Sachverständigen- gutachten“ über eine angemessene Entgeltberechnung für bestimmte Leistungen, also eine Art Kalkulationsanleitung (ohne dass dabei bereits konkrete Zahlen ge- nannt werden), so kann allein darin keine Kartellrechtswidrigkeit liegen.

Die Vorstellung, eine Honorarordnung wolle den Berufsangehörigen beim Kalkulieren helfen, befremdet allerdings dort, wo solche Kalkulationen zum eigentlichen Metier der Berufsangehörigen gehören, wie dies insbesondere bei Wirtschaftstreuhandern der Fall ist. Vielleicht sind Honorar-Kalkulationsschemata jedoch aus Wirtschaftlichkeitsgründen trotzdem zu empfehlen.

V. Unlautere Unterpreise

Schon heute zeigt sich ein nicht immer wünschenswertes Phänomen. Klienten holen bei unterschiedlichen Berufsangehörigen Angebote ein und wählen sodann jenen, der den höchsten Preisnachlass gewährt.

Der Entfall einer verbindlichen Honorarordnung ermöglicht ohne Zweifel einen intensiveren Preiswettbewerb. Gerade darin liegt ein Wesensmerkmal des Marktes. Wer die gleiche Leistung billiger anbietet, ist für Nachfrager attraktiver. Ob sich im konkreten Fall der Satz: „Wer billig kauft, kauft teuer!“ bewahrheitet, lässt sich vom Nachfrager, der ja bekanntlich die Qualität der gebotenen Leistung eines Freiberuflers nicht hinreichend erkennen kann, nicht vorweg beurteilen. Dieser Umstand erhöht den Druck auf den Freiberufler, möglicherweise gewisse *Qualitätsabstriche bei der eigenen Leistung* vorzunehmen, um den gebotenen niedrigen Preis halten zu können.

Wer es sich als Anbieter leisten kann, eine Zeit lang besonders günstige Angebote zu machen, um auf diese Weise zu erreichen, dass Konkurrenten nicht mehr mithalten können und auf diese Weise vom Markt gedrängt werden, löst die Frage aus, ob und inwieweit solche Verhaltensweisen wettbewerbswidrig sind. Dabei geht es nicht um Kartellrechtsfragen, sondern um solche des *Lauterkeitsrechts*.

So erfreulich prima facie auch günstige Preise für die Klienten sind, so unerfreulich kann es werden, wenn finanzstarke Unternehmer schwächere Konkurrenten vom Markt fegen und in der Folge als Sieger leichtes Spiel damit haben, in Zukunft hohe Preise diktieren zu können.

Die Rechtsprechung zu § 1 UWG sagt dazu im Wesentlichen Folgendes:

Solange keine gesetzliche oder zulässige vertragliche Preisbindung besteht, darf jeder Mitbewerber seine Ware so billig abgeben, wie er will. Das Unterbieten der Preise der Mitbewerber ist grundsätzlich ein erlaubtes Kampfmittel im wirtschaftlichen Wettbewerb.⁴² Nur unter besonderen Umständen ist das Preisunterbieten sittenwidrig.⁴³ Diesbezüglich kommt es nicht nur auf objektive Umstände an, son-

⁴² OGH ÖBI-LS 00/38; MR 2000, 105 = ÖBI 2000, 216 = GRURInt 2001, 263.

⁴³ OGH MR 2001, 316 = wbl 2001, 592 = ÖBI 2002, 127.

dern auf das Hinzutreten einer bestimmten Willensrichtung des Handelnden.⁴⁴ Selbst der Verkauf unter den Selbstkosten ist *grundsätzlich* zulässig.⁴⁵

Sittenwidrig ist jedoch *planmäßiges, auf Schädigung des Mitbewerbers abzielendes Unterbieten handelsüblicher Preise*.⁴⁶ Insbesondere, wenn dadurch einzelne Kunden dem Gegner abspenstig gemacht werden sollen.⁴⁷ Sittenwidrig ist vor allem das Preisunterbieten in der Absicht, die *geschäftliche Existenz von Mitbewerbern zu vernichten*,⁴⁸ insbesondere das *systematische Unterbieten ohne Rücksicht auf eigene Verluste*, um so freie Bahn für den eigenen Absatz zu gewinnen und später die Preise allein diktieren zu können. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Vernichtungs- oder Kampfpreisunterbietung.⁴⁹

Ein derartiges Vorgehen wird allerdings idR nur einem marktstarken Unternehmen möglich sein. *Kurzfristige und gelegentliche Aktionen*, wie sie sich auch andere Unternehmen leisten können, lassen hingegen eine allgemeine Marktbehinderung nicht befürchten; diesfalls wird also offenbar von der Zulässigkeit gezielter Preisunterbietungen ausgegangen.⁵⁰

Für unzulässig wird auch das *Preisschleudern* angesehen. Dabei geht es um die Preisherabsetzung auf einen Bruchteil des sich bei üblicher Kalkulation ergebenden Preises, insb wenn dafür nicht wirtschaftliche Erwägungen des eigenen Geschäftsbetriebs maßgeblich sind, sondern das Vorgehen allein dazu dient, auf jeden Fall das billigere Geschäft zu sein.⁵¹ Sittenwidrig handelt ferner, wer allgemein jeden Preis *unterbietet, ohne den selbst geforderten Preis zu nennen* (wer also behauptet, auf jeden Fall billiger als jeder Konkurrent zu sein).⁵² Bemerkenswerter Weise wird aber das Unterschreiten des Einstandspreises um 25 bis 33 % nicht als Preisschleudern gesehen.⁵³ In einer Unterbietung bei zeitlicher Begrenzung auf zB 3 Wochen unter Hinweis, 10 % billiger als die Konkurrenz zu sein, wird hingegen keine Sittenwidrigkeit gesehen.⁵⁴

Ferner ist das Unterbieten von gewerberechtlich verbindlich erklärten Mindestpreisen sittenwidrig.⁵⁵

⁴⁴ OGH MR 2000, 105.

⁴⁵ OGH MR 2000, 105.

⁴⁶ OGH AnwZ 1933, 296.

⁴⁷ OGH SZ 9/284 = JBI 1928, 176; SZ 19/289.

⁴⁸ OGH SZ 20/267 O PBI 1939, 58 P GRUR 1939, 294; ÖBI 1977, 118; 1980, 67; MR H 6, 19; JBI 1958, 272 = GRURAusl 1959, 243.

⁴⁹ OGH ÖBI 1972, 62 (*Heller*, Stb 1972 H 3, 3); MR 2000, 105; vgl auch ÖBI 1980, 67.

⁵⁰ OGH MR 2001, 316 = wbl 1001, 592 = ÖBI 2002, 127.

⁵¹ OGH ÖBI 1978, 148; 1980, 67; MR 1986 H 6, 19 = GRURInt 1987, 433.

⁵² OGH ÖBI 1977, 118.

⁵³ OGH ÖBI 1980, 67.

⁵⁴ OGH MR 2001, 316.

⁵⁵ OGH SZ 20/267.

Dieses „Sittenbild“ mag genügen. Ihm entspricht auch die Haltung des gemeinschaftsrechtlichen Lauterkeitsrechts.⁵⁶

Wer sich lediglich selbst ruiniert, weil er seine Reserven im Preisdumping überschätzt hat, handelt nicht sittenwidrig, sondern bloß unklug. Davor schützt das Lauterkeitsrecht nicht.

VI. Zusammenfassung

1. Zwingende Honorarordnungen, die Fest-, Mindest- oder Höchstpreise für bestimmte freiberufliche Dienstleistungen vorschreiben, sind kartellrechtswidrig und überdies verfassungsrechtlich bedenklich, sofern es keine öffentlichen Interessen gibt, deretwegen solche Preisvorschreibungen geboten erscheinen.
2. Auch bloß empfehlende Honorarordnungen sind grundsätzlich kartellrechtswidrig, sofern sie Fest-, Mindest- oder Höchstpreise für bestimmte freiberufliche Dienstleistungen vorschreiben.
3. Zulässig ist die Empfehlung von Kalkulationsgrundsätzen und –richtlinien zur Berechnung von Entgelten für freiberufliche Dienstleistungen (bloß abstrakte Kalkulationshilfen), wobei keine bestimmten Beträge genannt werden dürfen.
4. Das angemessene Entgelt orientiert sich an bestehenden Marktpreisen bzw. üblichen Beträgen; fehlt es an solchen Orientierungshilfen, zu denen auch zulässige Tarife, Kollektivverträge, Honorarordnungen zählen, ist das angemessene Entgelt am für die Leistung erforderlichen Aufwand unter Beachtung der Umlegung von Zentralregien sowie einschließlich eines branchenüblichen Risiko- und Gewinnaufschlags zu berechnen. Bisher aufgrund von Honorarordnungen übliche Entgelte wirken als Orientierungshilfen vorerst nach.
5. Das Unterbieten der Konkurrenz ist grundsätzlich zulässig, sofern es nicht planmäßig auf Schädigung bestimmter Mitbewerber abzielt; insbesondere, wenn dadurch einzelne Kunden abspenstig gemacht werden sollen. Unzulässig ist das Preisunterbieten in der Absicht, die geschäftliche Existenz von Mitbewerbern zu vernichten, um auf diese Weise später selbst die Preise auf dem Markt diktieren zu können. Kurzfristige und bloß gelegentliche Unterpreisaktionen, die sich nicht nur marktstarke Unternehmen leisten können, sind zulässig, wenn sie keine allgemeine Marktbehinderung befürchten lassen. Systematische Preisschleuderei, die konsequent die Konkurrenzpreise ohne eigene Preisangabe im Wege prozentueller Nachlässe auf den Konkurrenzpreis unterbietet, ist unzulässig.

⁵⁶ *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht (2006) 247 f mwN.

6. Eine unverbindliche Verbandsempfehlung an die Berufsangehörigen, *grundsätzlich nicht mehr als ein den konkreten Umständen entsprechendes, angemessenes Entgelt zu fordern*, ohne dass dabei bestimmte Beträge angegeben werden, erscheint ebenso zulässig wie die *Anordnung, keine UWG-widrigen Unterpreise anzubieten*.