
9/2017

S. 601–664, ART.-NR. 432–479

September 2017

RdW

ÖSTERREICHISCHES RECHT DER WIRTSCHAFT

Herausgeber: Wilma Dehn, Werner Doralt, Gunter Mayr,
Christian Nowotny, Franz Schrank

WIRTSCHAFTSRECHT

- » **Franz Mohr:** Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017
- » **Hans-Georg Koppensteiner:** Wettbewerbsverbot herrschender Aktionäre?
- » **Christoph Kronthaler:** Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts

ARBEITSRECHT

- » **Franz Schrank:** Arbeitszeit: Angeordnetes Lenken bei Dienstreisen?
- » **Andreas Gerhartl:** Unterschiedliche Entsendebegriffe und deren Konsequenzen

STEUERRECHT

- » **Werner Doralt:** VfGH: Kein Verlustabzug bei nichtselbstständigen Einkünften?
- » **VwGH:** GmbH-Beteiligung als Betriebsvermögen beim Gesellschafter-Geschäftsführer
- » **Patrick Leyrer/Katharina Luka:** (Mindest-)Kriterien für den Betriebsausgabenabzug für Fremdleistungen?

Univ.-Ass. Mag. Christoph Kronthaler, Fachbereich Privatrecht • Universität Salzburg

Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzes

Neuerliche Überlegungen zu ausgewählten Problembereichen

» RdW 2017/445

Der Anwendungsbereich des österreichischen Verbraucherschutzes, den im Wesentlichen § 1 Abs 1 KSchG absteckt, scheint auf den ersten Blick klar und eindeutig zu sein. Tatsächlich wird sich in den praktisch allermeisten Fällen gar nie die Frage stellen, ob jemand ein Rechtsgeschäft als Verbraucher oder Unternehmer abgeschlossen hat. In der Literatur¹ wurden zuletzt allerdings mehrere Problembereiche bei der Anwendung verbraucherschützenden Rechts ausgemacht. Der vorliegende Beitrag möchte einen Überblick bieten und zur bisherigen Diskussion Stellung nehmen.

1. Verbraucherschutz nur für „Verbrauchergeschäfte“

1.1. Grundsätzliches zum Anwendungsbereich

Endscheidend für die Anwendung verbraucherschützender Regelungen ist das **Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts**: Um ein solches handelt es sich dann, wenn an einem Rechtsgeschäft „*einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört*“ (= **Unternehmer iSd KSchG**; vgl § 1 Abs 1 Z 1 KSchG) und „*andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft*“ (= **Verbraucher**; § 1 Abs 1 Z 2 KSchG) beteiligt ist.

Der **Unternehmerbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist somit enger als jener im UGB**: „*Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt*“ (§ 1 Abs 1 UGB). Im KSchG gilt als Unternehmer, wer „*ein Unternehmen betreibt*“ und ein Rechtsgeschäft schließt, das „*zum Betrieb seines Unternehmens gehört*“. Oder nochmals anders gesagt: Unternehmer iSd KSchG ist jemand, der ein „**unternehmensbezogenes Geschäft**“ iSd § 343 Abs 2 UGB abschließt. Unter einem solchen sind – in Übereinstimmung mit § 1 Abs 1 Z 1 KSchG – „*alle Geschäfte eines Unternehmers, die zum Betrieb seines Unternehmens gehören*“ zu verstehen. Deshalb sollen nach dem Willen des historischen Gesetzgebers für die Formel „*zum Betrieb [...] gehören*“, dieselben Grundsätze gelten.²

Aus der Definition des Verbrauchergeschäfts in § 1 KSchG ergibt sich ferner: Verträge zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmern (*Unternehmergeschäfte*; *beidseitig unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte*) sind nicht erfasst. Etwas anderes gilt nur für die sog. „*Gründungsgeschäfte*“ (§ 1 Abs 3 KSchG), weil es dem künftigen Unternehmer im Regelfall noch an allgemeiner Geschäftserfahrung sowie besonderer Branchenkunde mangelt.³

Verbraucherschützende Regelungsinhalte finden sich schon seit längerer Zeit, neuerdings aber in zunehmender Zahl außerhalb des KSchG. Immerhin verweisen die neueren Verbraucherschutzgesetze, wie auch so manche verbraucherschützende Einzelbestimmung, auf den Unternehmer- und Verbraucherbegriff des § 1 KSchG: so zB § 1 Abs 1 FAGG, § 4 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 u 2 VKrG, § 5 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 u 2 HIKrG, § 1 Abs 1 TNG, § 5 KMG etc. Insoweit weist das österreichische Recht einen **einheitlichen Begriff** des Verbrauchergeschäfts auf.⁴

1.2. Der österreichische Verbraucherbegriff

Anders als etwa in § 13 dBGB⁵ findet sich weder im ABGB noch im KSchG eine Definition, wer als Verbraucher (oder Konsument) anzusehen ist. Vielmehr behilft sich der Gesetzgeber mit einer *negativen Begriffsdefinition*⁶: **Verbraucher ist derjenige, für den das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört**.⁷ Maßgeblicher **Beurteilungszeitpunkt** hierfür ist der Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Rechtsgeschäfts.⁸

1 Kronthaler/Schwangler, Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 249; Zehentmayer, Die Verbrauchereigenschaft bei „Dual-use-Geschäften“, JBl 2016, 614; P. Bydlinski, Das hohe Verbraucherschutzniveau und die Zweifelsregel des § 344 UGB: legitime Auslegungsmittel bei Streitigkeiten aus Verbraucher- und Dual-Use-Geschäften, RdW 2017, 13.

2 Erläuterung 744 BlgNR 14. GP 16.

3 Erläuterung 744 BlgNR 14. GP 16 („*eher unerfahren [...] und daher schutzbedürftig*“); OGH 4 Ob 523/95, SZ 68/66; 3 Ob 180/02w, EvBl 2003, 717; RIS-Justiz RS0017824; vgl auch Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) § 1 KSchG Rz 7.

4 Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1174; Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017) 18 ff.

5 „*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können*.“

6 So ausdrücklich schon die Erläuterung 744 BlgNR 14. GP 17 („*Der Begriff des Verbrauchers wird dem des Unternehmers entgegengesetzt*“).

7 Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1 (2); Krejci in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (2002) § 1 KSchG Rz 4; Kosenik-Wehrle in Kosenik-Wehrle (Hrsg), Kurzkomentar zum KSchG⁴ (2015) § 1 KSchG Rz 10, 15; vgl auch OGH 8 Ob 9/81, SZ 54/58 = EvBl 1981/189.

8 Welser/Zöchling-Jud, BR II¹⁴ Rz 1176; Apathy in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskomentar zum ABGB V⁴ (2014) § 1 KSchG Rz 4; ders in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskomentar zum ABGB V/a⁴ (2015) § 1 KSchG Rz 4;

Es muss also für die Annahme eines Verbrauchergeschäfts geprüft werden, ob das infrage stehende Rechtsgeschäft zum Betrieb eines konkreten Unternehmens gehört oder nicht.⁹ Verfügt eine (natürliche) Person über kein Einzelunternehmen und ist sie auch nicht Gesellschafter mit maßgeblichem Einfluss auf die Entscheidungen und Handlungen einer Gesellschaft,¹⁰ bereitet dies von vornherein keine größeren Schwierigkeiten.¹¹ In diesem Fall kontrahiert ja kein „Unternehmer“, zu dessen Betrieb das Rechtsgeschäft zählen könnte.

Aber selbst wenn jemand beruflich als Einzelunternehmer tätig ist oder als Gesellschafter „maßgeblichen Einfluss“ iSd neueren Judikatur¹² auf eine Personen-¹³ oder Kapitalgesellschaft ausübt und deshalb als „Unternehmer“ zu qualifizieren ist, ergibt sich daraus nicht zwingend die Unanwendbarkeit des Verbraucherschutzrechts.

Es kommt dann vielmehr entscheidend darauf an, ob das infrage stehende **Rechtsgeschäft für den „Unternehmer“ zum Betrieb „seines“, also eines bestimmten Unternehmens gehört (konkrete Betrachtung).**¹⁴ Schließt ein Unternehmer nämlich einen Vertrag ab, der nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört, ist er als Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG anzusehen.¹⁵ So gehört etwa der Kauf einer englischsprachigen Enzyklopädie durch eine Fachärztin für Orthopädie nicht zum Betrieb ihres Unternehmens.¹⁶ Selbiges gilt, wenn ein Rechtsanwalt sich „einen Bildband über moderne Architektur in Nordamerika“ anschafft.¹⁷ Auch ein Gastwirt, der sich als stiller Gesellschafter an einem Immobilienprojekt beteiligt, ist Verbraucher.¹⁸

Da die „Betriebszugehörigkeit“ in der Praxis naturgemäß nicht immer ganz einfach feststellbar ist, muss derjenige, der Verbrau-

cherschutz für sich in Anspruch nehmen will, behaupten und beweisen, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen; damit trägt also im Zweifel der Verbraucher die volle **Behauptungs- und Beweislast.**¹⁹ Dies soll nach der hA²⁰ allerdings dann nicht gelten, wenn jemand erkennbar nicht als Unternehmer auftritt (etwa indem er seinem ständigen Geschäftspartner mitteilt, einen Gegenstand ausnahmsweise für sich privat kaufen zu wollen). In diesem Fall obliegt es dem unternehmerischen Vertragsteil, die vermeintliche Verbrauchereigenschaft des anderen Teils zu widerlegen.

Inwieweit diese Grundsätze in dieser Form weiterhin ihre Gültigkeit besitzen, ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*²¹ fraglich.²² Der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts (effet utile) verlange „ungeachtet entgegenstehender innerstaatlicher Rechtsvorschriften“, dass „das nationale Gericht **von Amts wegen bestimmte Vorschriften anwendet, die in Richtlinien der Union auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes enthalten sind**“. Dies sei gerechtfertigt, weil „sich der Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet und einen geringeren Informationsstand besitzt“. Es bestehe deshalb „eine nicht zu unterschätzende Gefahr [...], dass sich der Verbraucher vor allem aus Unkenntnis nicht auf eine seinem Schutz dienende Rechtsnorm beruft“.²³ Für den Geltungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL²⁴ bedeute dies konkret, dass ein mitgliedstaatliches Gericht die Verbrauchereigenschaft dann von Amts wegen zu prüfen hat, wenn „es über die dafür nötigen rechtlichen und tatsächlichen Anhaltspunkte verfügt oder darüber auf ein einfaches Auskunftsersuchen hin verfügen kann“. Nicht erforderlich sei hingegen, dass sich der Verbraucher ausdrücklich auf seine Verbrauchereigenschaft beruft.²⁵

Gibt es – unabhängig von der Frage der amtswegigen Wahrnehmung einer möglichen Verbrauchereigenschaft – **Zweifel**, ob jemand als Unternehmer (§ 343 Abs 2 UGB) oder aber privat, also als Verbraucher, kontrahiert, zieht die hA²⁶ § 344 UGB ana-

Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts¹¹ (2016) Rz 15/10; Kannowski in Staudinger, BGB (2013) § 13 Rz 43, 47; vgl aus unternehmensrechtlicher Perspektive Kerschner in Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB I² (2010) § 343 UGB Rz 25; K. Schmidt in MünchKomm zum HGB V³ (2013) § 343 HGB Rz 12.

9 Vgl *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 9; *Apathy in Schwimann/Kodek V*⁴ § 1 KSchG Rz 8; *ders in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 1 KSchG Rz 8; OGH 7 Ob 515/82, SZ 55/157; 4 Ob 102/15a, EvBl 2015/170; 5 Ob 161/15k, ÖBA 2016, 536; siehe ferner RIS-Justiz RS0065241.

10 Die nunmehr stRsp beurteilt die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft eines Gesellschafters angesichts der Interessenidentität zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, und zwar sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften, „in wirtschaftlicher Betrachtungsweise“; vgl OGH 6 Ob 95/16p, eclex 2016, 982 mit zahlreichen Nachweisen zur Vorjudikatur; siehe ferner OGH 4 Ob 232/12i, SZ 2013/30. Ausführlich dazu nunmehr *Skarics, GmbH-Gesellschafter* 41 ff.

11 So zB *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 4; vgl *Kronthaler/Schwangler, RdW* 2016, 250.

12 Vgl FN 10.

13 Selbst die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft sind nicht automatisch Unternehmer (*Kosenik-Wehrle in Kosenik-Wehrle, KSchG*⁴ § 1 KSchG Rz 9b mwN).

14 *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 4; *Apathy in Schwimann/Kodek V*⁴ § 1 KSchG Rz 11; *ders in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 1 KSchG Rz 11; *Kronthaler/Schwangler, RdW* 2016, 250.

15 *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 9.

16 Vgl *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 24 und *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang³ (2006) § 1 KSchG Rz 52, unter Berufung auf eine Entscheidung des LGZ Wien.

17 *Kronthaler/Schwangler, RdW* 2016, 249 ff.

18 OGH 4 Ob 583/83, JBl 1984, 487.

19 *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 Rz 4, 44; *Apathy in Schwimann/Kodek V*⁴ § 1 KSchG Rz 3; *ders in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 1 KSchG Rz 3; RIS-Justiz RS0065264; zuletzt etwa OGH 5 Ob 161/15k, ÖBA 2016, 536.

20 *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 Rz 4; *Kosenik-Wehrle in Kosenik-Wehrle, KSchG*⁴ § 1 KSchG Rz 13; OGH 3 Ob 578/90, JBl 1991, 253 = RdW 1991, 109; idS ist wohl auch RIS-Justiz RS0062319 letzter Satz zu verstehen.

21 EuGH 4. 6. 2015, C-497/13, *Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*.

22 Zutreffend *Kathrein/Schoditsch in KBB*⁵ § 1 KSchG Rz 6.

23 EuGH C-497/13 Rz 42. Hervorhebungen durch den Verfasser.

24 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.

25 EuGH C-497/13 Rz 46, 48.

26 *Welser/Zöchling-Jud, BR II*⁴ Rz 1179; *Kathrein/Schoditsch in KBB*⁵ § 1 KSchG Rz 4, 6; *Kosenik-Wehrle in Kosenik-Wehrle, KSchG*⁴ § 1 KSchG Rz 7; *Apathy in Schwimann/Kodek V*⁴ § 1 KSchG Rz 12; *ders in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 1 KSchG Rz 12; *Krejci in Rummel II/4*³ § 1 KSchG Rz 4, 32; *Ratka in U. Torgler* (Hrsg), UGB-Kommentar² (2016) § 343 UGB Rz 25, 29; OGH 3 Ob 578/90, JBl 1991, 253 = RdW 1991, 109; 2 Ob 503/94, EvBl 1994, 738; 8 Ob 72/14t, eclex 2015, 25 (*Schoditsch*); RIS-Justiz RS0062319; RS0065326. Für eine Einordnung als Verbrauchergeschäft bei einer ganz untergeordneten unternehmerischen Nutzung *Dehn in Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IV² (2012) Rz 2/21; zust *Apathy, Liegenschafts- und Konsumentenschutz*, in FS Aicher (2012) 1 (6); *ders in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 1 KSchG Rz 11; *Heinrich in Schwimann/Kodek V/a*⁴ § 2 VKrG Rz 22. Zu Recht krit gegenüber der hL *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/*

log heran, wonach die „von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte [...] im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig [gelten]“.²⁷

Die Regelung des § 344 UGB kommt nach der jüngeren Judikatur des OGH insb dann zum Tragen, wenn eine eindeutige Zuordnung eines Rechtsgeschäfts zum privaten oder unternehmerischen Bereich nicht möglich ist oder dieses sowohl im privaten als auch im Interesse des Unternehmens liegt („Dual-Use-Geschäfte“).²⁸ Im letzteren, erfahrungsgemäß äußerst praxisrelevanten²⁹ Fall geht es im Wesentlichen um (Kauf-)Verträge, die sowohl aus privaten als auch aus unternehmerischen Gründen abgeschlossen werden. Damit ist gemeint, dass eine bestimmte Sache nach Absicht des Erwerbers in Zukunft gleichzeitig privat und betrieblich genutzt werden soll (wie zB beim Kauf eines Transporters durch einen Tischler, der diesen sowohl privat als auch unternehmerisch nutzen möchte).³⁰

1.3. Verträge mit gemischtem Zweck (Dual Use)

Wird von einem Unternehmer ein Gegenstand angeschafft, der von ihm sowohl „im Betrieb“ als auch privat genutzt wird, stellt sich die Frage, was zu gelten hat. Die hA³¹ lehnt die Anwendung von Verbraucherschutzrecht bei solchen „Dual-Use-Geschäften“ generell ab.

Daher erstaunt es durchaus, dass sich der OGH in einigen aktuellen Entscheidungen³² zur „Dual-Use-Problematik“ auf die Judikatur des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa AG*³³ beruft. In dieser Entscheidung hat der EuGH auf das Kriterium der **Nebensächlichkeit** abgestellt: Eine Person könne sich nicht auf die im EuGVÜ (nunmehr EuGVO³⁴) enthaltenen besonderen Zuständigkeitsregeln für Verbraucher berufen, „es sei denn, der beruflich-gewerbliche Zweck ist derart nebensächlich, dass er im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäftes nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, wobei die Tatsache, dass der nicht beruflich-gewerbliche Zweck überwiegt, ohne Bedeutung ist“. Dies steht nach dem OGH³⁵ im Einklang mit den Wertungen des österreichischen Gesetzgebers, „wonach gemäß § 344 UGB von einem Unternehmer vorgenommene Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig gel-

ten“. An der bereitwilligen Übernahme der Judikatur des EuGH zum Verbrauchergerichtsstand ins materielle Recht durch den OGH ist zu kritisieren, dass dem europäischen Zivilprozessrecht nach richtiger Auffassung³⁶ ein eigenständiger Verbraucherbegriff zugrunde liegt. Die Übernahme des Nebensächlichkeitskriteriums ist daher schon aus methodischen Gründen abzulehnen.³⁷

Greift die gesetzliche Vermutung der Betriebszugehörigkeit ein, weil der private Charakter des infrage stehenden Rechtsgeschäfts im Vertragsabschlusszeitpunkt nicht eindeutig feststeht, könne diese nach stRsp³⁸ nur durch den Nachweis (= Gegenbeweis) widerlegt werden, dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft nach „objektiven Kriterien“, also nach der Verkehrsauffassung,³⁹ „ein Privatgeschäft war und dieser private Charakter dem Vertragspartner auch [objektiv] erkennbar war“.⁴⁰ Darauf darf es aber mE jedenfalls dann nicht ankommen, wenn dem anderen Vertragsteil das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts trotz eines gegenteiligen äußeren Anscheins tatsächlich bekannt war.⁴¹

2. Kritik in der Lehre an der analogen Heranziehung von § 344 UGB im Verbraucherschutzrecht

2.1. Miteinander unverträgliche Normzwecke

Zu beachten gilt es zunächst, dass die analoge Anwendung von § 344 UGB im Bereich des Verbraucherschutzrechts in jüngster Zeit zunehmend auf Kritik in der Lehre⁴² gestoßen ist:

Der Normzweck des § 344 UGB erscheint zwar für den Bereich des Unternehmensrechts durchaus sachgerecht: Es soll im unternehmerischen Geschäftsverkehr die weitgehende Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vierten Buches des UGB über die „unternehmensbezogenen Geschäfte“ (§§ 343 ff) sichergestellt werden.⁴³ Dies dient wiederum primär dazu, eine möglichst rasche und ein-

Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 51 ff; Kerschner in *Jabornegg/Artmann I*² § 344 UGB Rz 11; Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 250 f.

27 Hervorhebungen durch den Verfasser.

28 Vgl OGH 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308; 6 Ob 238/10h, RdW 2011, 339; 8 Ob 72/14t, ecolex 2015, 25 (Schoditsch); 7 Ob 94/14w, JBl 2016, 588.

29 Micklitz/Purnhagen in Münchner Kommentar zum BGB I⁷ (2015) § 13 Rz 51.

30 Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251.

31 Welsch, JBl 1980, 4; Krejci in *Rummel II*⁴ § 1 KSchG Rz 23; Kathrein/Schoditsch in *KBB*⁵ § 1 KSchG Rz 4; Kerschner in *Jabornegg/Artmann I*² § 343 Rz 39; Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 344 UGB Rz 47; OGH 4 Ob 135/01h, immolex 2002, 55; 7 Ob 22/04t, VersR 2006, 391; 7 Ob 190/12k, RdW 2013, 209 = RdW 2013, 209; RIS-Justiz RS0115515; vgl auch *Pamp* in *Oetker* (Hrsg), Kommentar zum HGB⁴ (2015) § 343 Rz 19.

32 OGH 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308; 7 Ob 94/14w, VbR 2015, 91; zust *Welsch/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1179.

33 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa AG*.

34 VO 1215/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rats vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1.

35 OGH 7 Ob 94/14w, VbR 2015, 91.

36 *Kannowski* in *Staudinger*, BGB § 13 Rz 46 mwN; *Micklitz/Purnhagen* in *MüKoBGB I*⁷ § 13 Rz 53; *Bülow*, Ein neugefasster § 13 BGB – überwiegende Zweckbestimmung, WM 2014, 1 (2); *Reich/Micklitz* in *Reich et al* (Hrsg), *European Consumer Law*² (2014) 52 f; *SA Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14, *Costea/SC Volksbank România SA* Rz 41.

37 *Kronthaler/Schwangler*, RdW 2016, 250; zust *Zehentmayer*, JBl 2016, 614; idS nun auch *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14.

38 OGH 2 Ob 503/94, EvBl 1994, 738; 8 Ob 72/14t, ecolex 2015, 25 (*Schoditsch*); 7 Ob 94/14w, JBl 2016, 588; RIS-Justiz RS0062319; so etwa auch *K. Schmidt* in *MüKoHGB V*³ § 344 HGB Rz 9.

39 Auf die subjektive Wahrnehmung des Vertragspartners kommt es daher nicht an. Beurteilungsmaßstab ist die – freilich nur hypothetische – Zuordnung des Rechtsgeschäfts durch einen unbeteiligten, maßgerechten Verkehrsteilnehmer aus Sicht ex ante (vgl *P. Bydlinski*, RdW 2017, 15 FN 17). Krit gegenüber dieser „objektiven Betrachtungsweise“ *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann I*² § 344 Rz 9.

40 Hervorhebung und Anmerkung durch den Verfasser. Krit dazu *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann I*² § 344 UGB Rz 9; diesem folgend *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ §§ 343, 344 UGB Rz 42.

41 *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann I*² § 344 UGB Rz 10.

42 *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 51 ff; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann I*² § 344 Rz 11; *Kronthaler/Schwangler*, RdW 2016, 250 f; krit in Bezug auf Dual-Use-Geschäfte auch *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 f; vgl zur breitflächigen Kritik in Deutschland auch FN 49.

43 *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 53.

fache Abwicklung von Unternehmengeschäften zu gewährleisten. Da Unternehmer in aller Regel über umfassendere Kenntnisse und Erfahrungen als Verbraucher verfügen, kann ihnen außerdem ein strengerer Haftungsmaßstab auferlegt werden.⁴⁴

In scharfem Gegensatz dazu dient das KSchG dem Schutz des im Vergleich zum Unternehmer geradezu typischerweise unterlegenen Verbrauchers (aufgrund wirtschaftlicher Unterlegenheit, Informationskostenasymmetrie, mangelnder Verhandlungsmacht etc.).⁴⁵

Mit dem Anliegen wirksamen Verbraucherschutzes⁴⁶ ist die hA⁴⁷ jedenfalls nicht ohne größere **Wertungswidersprüche** vereinbar: Die Anwendung verbraucherschützender Regelungen wird bei einem privat kontrahierenden Unternehmer durch die analoge Heranziehung der Vermutungsregel des § 344 UGB zumindest erheblich erschwert. Jeder Zweifel darüber, ob ein Rechtsgeschäft aus privaten oder unternehmerischen Gründen abgeschlossen wurde, führt zunächst einmal zur (widerleglichen)⁴⁸ Annahme eines Unternehmergeschäfts.⁴⁹ Das gesetzgeberische Ziel, den Verbraucher als typischerweise schwächeren Vertragsteil effektiv zu schützen, wird so empfindlich konterkariert. Dem kann mE – zumindest für die in praxi problematischen Dual-Use-Konstellationen – mit einer richtlinienkonformen Interpretation des im Geltungsbereich des Verbraucherschutzrechts analog herangezogenen § 344 UGB begegnet werden. Zu erwägen wäre auch, von der vorherrschenden Auffassung Abstand zu nehmen, nach der die Erkennbarkeit der Betriebszugehörigkeit Voraussetzung für die Annahme eines unternehmensbezogenen Geschäfts ist (dazu gleich ausführlich unter Punkt 2.2.).

2.2. Widersprechende Vermutungsregeln im europäischen Verbraucherrecht

Die grundsätzlichen Bedenken gegen den Analogieschluss der hA (siehe oben Punkt 2.1.) werden für den in der Praxis besonders wichtigen Bereich der „**Dual-Use-Geschäfte**“ durch den ErwGr 17 der Verbraucherrechte-RL,⁵⁰ der eine dem § 344 UGB diametral entgegengesetzte Zweifelsregel für das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts enthält, noch verstärkt: „*Wird der Vertrag [...] teilweise für ge-*

werbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke abgeschlossen (Verträge mit doppeltem Zweck) und ist der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend, so sollte diese Person auch als Verbraucher betrachtet werden.“⁵¹ Ähnlich nunmehr auch ErwGr 12 der Wohnimmobilienkreditverträge-RL,⁵² die im österreichischen Recht durch das HIKrG⁵³ umgesetzt wurde.

Deshalb ist die analog heranzuziehende Zweifelsregel des § 344 UGB – jedenfalls im besonders weitläufigen Anwendungsbereich des europäischen Verbraucherschutzrechts⁵⁴ – richtlinienkonform dergestalt auszulegen (genauer: teleologisch zu reduzieren), dass es nicht – wie der OGH⁵⁵ meint – auf die Nebensächlichkeit des „*beruflich-gewerblichen Zwecks*“ ankommt,⁵⁶ sondern auf die Frage des **Überwiegens** desselben.⁵⁷ Der Wortlaut von § 344 UGB, wonach alle „*von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig [gelten]*“, ist im Bereich des Verbraucherschutzrechts überschießend. Deshalb ist – wie erwähnt – eine teleologische Reduktion am Platz.⁵⁸ § 344 UGB sollte ausschließlich dann analog herangezogen werden, wenn bei Vertragsabschluss Zweifel bestehen, ob der private oder unternehmerische Zweck überwiegt.

P. Bydlinski⁵⁹ will dagegen § 344 UGB – zumindest für gemischte Verträge – gar nicht mehr heranziehen.⁶⁰ Damit wäre mangels Zweifelsregel aber gänzlich unklar, was gelten soll, wenn jemand ein Geschäft abschließt, für das aus Sicht ex ante nicht gesagt werden kann, ob es für den Vertragschließenden „*zum Betrieb seines Unternehmens gehört*“ (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) oder ob dies für ihn gerade „*nicht zutrifft*“ (§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG). Es erscheint deshalb vorzugswürdig, § 344 UGB weiterhin ana-

44 Kerschner in Jabornegg/Artmann I² § 343 Rz 7.

45 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 53; Kerschner in Jabornegg/Artmann I² § 344 Rz 11; Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 250.

46 Vgl ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 12 ff.

47 Vgl FN 26.

48 Kerschner in Jabornegg/Artmann I² § 344 Rz 2 f.

49 Krit in Bezug auf die vergleichbare deutsche Rechtslage Micklitz/Purnhagen in MüKoBGB I⁷ § 14 Rz 34; Kannowski in Staudinger, BGB § 13 Rz 46 f; K. Schmidt in MüKoHGB V³ § 344 Rz 17; Pamp in Oetker, HGB⁴ § 344 Rz 7; Pfeiffer, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr – Die Änderungen des AGB-Gesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1999, 169 (173 f); Herresthal, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695 (699); diese Kritik für Österreich aufgreifend Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 250.

50 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates, ABl L 2011/304, 64.

51 Erwägungsgründe in europäischen Richtlinien dienen als Richtschnur für die teleologische Interpretation; ihnen ist bei der Auslegung des gesamten nationalen Rechts erhebliche Bedeutung beizumessen, weil eine „*begründungserwägungskonforme Auslegung*“ des Richtlinienwortes aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Interpretation auch für den nationalen Richter gilt (vgl Köngden, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in Riesenhuber [Hrsg], Europäische Methodenlehre³: Handbuch für Ausbildung und Praxis [2015] § 6 Rz 51; Riesenhuber in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre³ § 10 Rz 38; ebenso Rebhahn in Fenyves/Kerschner/Vonkilch [Hrsg], Klang³ [2014] nach §§ 6, 7 Rz 76).

52 RL 2014/17/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 4. 2. 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der RL 2008/48/EG und 2013/36/EU und der VO 1093/2010/EU, ABl L 2014/60, 34.

53 BGBl I 2015/135.

54 Die Verbraucherrechte-RL taugt zur Verdeutlichung: „*Diese Richtlinie gilt [...] für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden.*“ (Art 3 Abs 1). Zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich finden sich in Art 3 Abs 3 Verbraucherrechte-RL (ua Finanzdienstleistungen, Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum etc).

55 FN 32.

56 So aber – wie gesagt – der OGH in jüngster Zeit für „*Verträge mit doppeltem Zweck*“ unter Verweis auf die Judikatur des EuGH in der Rs Gruber/Bay Wa AG (C-464/01); vgl OGH 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308; 6 Ob 238/10h, RdW 2011, 339; 7 Ob 94/14w, JBl 2016, 588.

57 Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251; zust Zehentmayer, JBl 2016, 615.

58 Vgl dazu Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰¹ § 7 Rz 18; Kodek in Rummel/Lukas, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2015) § 7 Rz 60.

59 RdW 2017, 15.

60 So bereits Herresthal, JZ 2006, 699.

log heranzuziehen, aber eben teleologisch einzuschränken; so ja offenbar auch der OGH⁶¹ in Bezug auf das hier abgelehnte Kriterium der Nebensächlichkeit des „beruflich-gewerblichen Zwecks“.

Dies hat vor allem dann bedeutende praktische Auswirkungen, wenn man mit der nahezu einhelligen hA⁶² davon ausgeht, dass es für die Betriebszugehörigkeit auf die „objektive“ Erkennbarkeit des Privatcharakters (oder anders gewendet: des Unternehmensbezugs) eines Geschäfts ankommt. War für den Unternehmer bereits bei Vertragsabschluss erkennbar, dass sein Vertragspartner einen bestimmten Gegenstand zum überwiegenden Teil für private Zwecke kauft, liegt nach der hier vertretenen Auffassung kein Zweifelsfall vor, der die analoge Anwendung von § 344 UGB rechtfertigt. Ebenso nicht, wenn der „beruflich-gewerbliche Zweck“ augenscheinlich überwiegt. Die Analogie zu § 344 UGB greift mE – jedenfalls im Geltungsbereich des neueren europäischen Verbraucherschutzrechts – nur mehr dann, wenn aus Sicht ex ante nicht klar ist, ob die private oder unternehmerische Zwecksetzung überwiegt. Nur in solchen Fällen gilt weiterhin, dass im Zweifel ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft vorliegt.

Es könnte natürlich erwogen werden, mit *Kerschner*⁶³ auch für das Unternehmensrecht auf die Voraussetzung der Erkennbarkeit des Unternehmensbezugs für den Geschäftspartner zu verzichten. Im Bereich des Verbraucherschutzrechts entspricht es der ganz hM,⁶⁴ dass es nicht auf den – durch die Verkehrsanschauung objektivierten – Erkenntnishorizont des Vertragspartners ankommt. Aus diesem Grund wird auch der als Scheinunternehmer auftretende Verbraucher durch das KSchG geschützt, obwohl der äußere Anschein eindeutig für ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft spricht. Entscheidend ist allein die objektive Sachlage.

Eine Differenzierung danach, ob jemand handelt, der (auch) Unternehmer iSd § 1 Abs 1 UGB ist, vermag tatsächlich nur schwer zu überzeugen. Ein „reiner“ Verbraucher, also jemand der überhaupt nicht unternehmerisch tätig ist, sich aber aus irgendwelchen Gründen zum Schein als Unternehmer geriert, wird niemals als Unternehmer behandelt, weil er eben in Wirklichkeit keiner ist. Eine (auch) unternehmerisch tätige Person, die ein privates Rechtsgeschäft abschließt, müsste – wenn man der hA⁶⁵ folgt – immer als Unternehmer behandelt werden, wenn der Privatcharakter des Rechtsgeschäfts für seinen Geschäftspartner nicht erkennbar war. Das könnte etwa dann der Fall sein, wenn sich ein Tischler das Holz für die Errichtung einer privaten Gartenhütte bei jenem Holzhändler kauft, bei dem er sonst seinen gesamten betrieblichen Holzbedarf deckt. Hier spricht der Anschein klar dafür, dass es sich beim Kauf von Holz um ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft handelt.

Käme es – *Kerschner*⁶⁶ folgend – allein auf die objektive Sachlage an, läge in unserem Beispiel ein Verbrauchergeschäft vor.

Erweckt der privat kontrahierende Unternehmer freilich schuldhaft einen falschen Eindruck bei seinem Vertragspartner und erleidet dieser dadurch einen Schaden, kommen uU schadenersatzrechtliche Konsequenzen in Betracht. Auch die Anwendung des Irrtumsrechts (§ 871 ABGB) ist denkbar.⁶⁷

Solange aber die stRsp⁶⁸ und mit ihr der überwiegende Teil der Lehre⁶⁹ auf den Erkenntnishorizont des (unternehmerischen) Vertragspartners abstellt, sollte § 344 UGB – wenn es um die Möglichkeit der Anwendung von verbraucherschützendem Recht geht – teleologisch reduziert und nur dann herangezogen werden, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Unklarheit darüber besteht, ob der private oder unternehmerische Zweck überwiegt.

3. Das Kriterium der Betriebszugehörigkeit

Am Ende bleibt es uns außerdem nicht erspart, kurz der Frage nachzugehen, was genau unter der „Betriebszugehörigkeit“ zu verstehen ist, die nach § 344 UGB im Zweifel zu vermuten ist. Greift nämlich die Vermutungsregel ein, muss derjenige, der sich dennoch auf die Geltung von Verbraucherschutzrecht beruft, den Gegenbeweis führen, dass das von ihm geschlossene Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.

3.1. Weites Begriffsverständnis

Der Begriff der „Betriebszugehörigkeit“ (oder „Unternehmensbezogenheit“) ist nach hA⁷⁰ weit zu verstehen: Zum Betrieb eines Unternehmens gehören grundsätzlich nicht nur solche Rechtsgeschäfte, die zum unmittelbaren Gegenstand eines bestimmten Unternehmens zählen und in diesem ständig vorkommen, sondern darüber hinaus alle weiteren **Geschäfte, die mit der wirtschaftlichen Tätigkeit** des Unternehmens in irgendeinem, wenngleich auch nur **mittelbaren Zusammenhang stehen** und entweder im **Interesse des Unternehmens** liegen oder der **Erhaltung der Unternehmenssubstanz** oder der **Gewinnerzielung** dienen.

Nicht betriebszugehörig sollen ausschließlich **private Geschäfte** sein.⁷¹ Hierbei kommt es der hA wohl auf die alleinige

61 Siehe oben FN 32.

62 Vgl *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar (2007) § 343 Rz 12; *P. Bydlinski*, RdW 2017, 15; siehe auch FN 38; ferner *K. Schmidt* in *MüKoHGB* V³ § 344 HGB Rz 9 (aus „Gründen des Verkehrsschutzes“); *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁷ § 343 HGB Rz 3.

63 In *Jabornegg/Artmann* I² § 343 UGB Rz 31; so nunmehr auch *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ §§ 343, 344 UGB Rz 42; vgl ferner *Roth* in *Koller/Kindler/Roth/Morck* (Hrsg), Kommentar zum HGB⁸ (2015) § 343 HGB Rz 5b.

64 Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*³ § 1 KSchG Rz 80; *Krejci* in *Rummel* II/4³ § 1 KSchG Rz 27; *Apathy* in *Schwimann/Kodek* V/a⁴ § 1 KSchG Rz 12.

65 FN 62.

66 In *Jabornegg/Artmann* I² § 343 UGB Rz 31.

67 So wohl auch *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ §§ 343, 344 UGB Rz 42; vgl auch *Roth* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB⁸ § 344 HGB Rz 2.

68 Siehe oben FN 38.

69 Siehe oben FN 62.

70 OGH 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308; 8 Ob 72/14t, ecolx 2015, 25 (*Schoditsch*); RIS-Justiz RS0062274; so auch bereits 2 Ob 503/94, EvBl 1994, 738; vgl auch ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 16; siehe ferner *Krejci* in *Rummel* II/4³ § 1 KSchG Rz 22; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*⁵ § 1 KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimann/Kodek* V⁴ § 1 KSchG Rz 11; *ders* in *Schwimann/Kodek* V/a⁴ § 1 KSchG Rz 11; *Ratka* in *U. Torggler*, UGB² § 343 UGB Rz 24; vgl auch *Hopt* in *Baumbach/Hopt* (Hrsg), HGB³⁷ (2016) § 343 HGB Rz 3; *Pamp* in *Oetker*, Kommentar zum HGB⁴ § 343 HGB Rz 17.

71 *Schauer* in *Krejci*, RK § 343 UGB Rz 12; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 344 UGB Rz 41; *Ratka* in *U. Torggler*, UGB² § 343 UGB Rz 25; *K. Schmidt* in *MüKoHGB* V³ § 343 HGB Rz 14; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁷ § 343 HGB Rz 3; *Pamp* in *Oetker*, HGB⁴ § 343 HGB Rz 19.

Nutzung für private Zwecke an (Dual-Use-Geschäfte sind daher auch stets unternehmensbezogen).

Auch **Hilfs-** und **Nebengeschäfte** (wie etwa die Beschaffung und Reparatur von Betriebsmitteln) können unternehmensbezogen sein.⁷² Sie dienen dem besseren Betrieb des Unternehmens, besitzen aber insgesamt betrachtet eine nur *untergeordnete Bedeutung*.⁷³

Welche Geschäfte den (Haupt-)Gegenstand eines Unternehmens bilden, lässt sich nur konkret für den jeweiligen Einzelfall ermitteln. Dies gilt gleichermaßen für die Einordnung unter die Hilfs- und Nebengeschäfte. Zur besseren Veranschaulichung soll ein kurzer **Beispielfall** gebildet werden:

Ein Tischlermeister betreibt als Einzelunternehmer eine kleine Tischlerei in Salzburg. Zum unmittelbaren Gegenstand seines Unternehmens zählen dementsprechend vor allem der Einkauf von Holz und der Verkauf von handgefertigten Möbelstücken etc.⁷⁴ Auch die Anmietung des Betriebsgebäudes und die Ausstattung der Tischlerei mit entsprechenden Werkzeugen und Maschinen ist unmittelbarer Unternehmensgegenstand (keine untergeordnete Bedeutung).⁷⁵ Die Beschaffung von Büromaterial (wie zB Briefpapier oder Druckermaterial) gehört in jedem Fall zu den regelmäßigen Hilfsgeschäften einer Tischlerei. Obwohl nicht ständig vorkommend, wird auch das Ausmalen der Räumlichkeiten oder die Erneuerung der Kundentoi-letten im Ausstellungsraum noch mittelbar betriebszugehörig sein. Ein unternehmensbezogenes Nebengeschäft läge bspw dann vor, wenn unser Tischler gelegentlich nicht mehr benötigte Werkzeuge zu günstigen Preisen im Internet verkauft.

3.2. Kritik am weiten Begriffsverständnis

Die von der hA⁷⁶ befürwortete Annahme der Betriebszugehörigkeit eines Rechtsgeschäfts, falls dieses zumindest „mittelbar“ dem Unternehmensinteresse dient, ist mE problematisch: Wir haben schon gehört, dass der Kauf einer englischsprachigen Enzyklopädie durch eine Fachärztin für Orthopädie nicht zum Betrieb ihres Unternehmens zählt. Dies lässt sich kaum bestreiten. Kaufte sie aber stattdessen ein Buch über selbstbewusstes und positives Auftreten im Alltag, läge mE ebenso ein Verbrauchergeschäft vor. Doch könnte man gewiss argumentieren, dass selbstbewusstes und positives Auftreten auch im Beruf nützlich ist und daher mittelbar dem Unternehmensinteresse dient. Es zeigt sich, dass irgendein mittelbares „unternehmerisches Interesse“ viel zu weit

reicht, um als Abgrenzungskriterium brauchbar zu sein. Ähnliche Bedenken bestehen dagegen, auf die Tauglichkeit eines Geschäfts zur Steigerung des Unternehmensgewinns abzustellen.

Korrekturbedürftig ist mE auch die Auffassung, dass nur ausschließlich private Rechtsgeschäfte nicht betriebszugehörig sein sollen. Im – wie oben schon erwähnt – durchaus weiten Anwendungsbereich des neueren europäischen Verbraucherschutzrechts (insb der Verbraucherrechte-RL) gehört ein Dual-Use-Geschäft, das überwiegend zu privaten Zwecken abgeschlossen wurde, ebenso nicht zum Betrieb des Unternehmens.⁷⁷

4. Zusammenfassung

1. Gibt es Zweifel, ob jemand als Unternehmer (§ 343 Abs 2 UGB) oder privat, also als Verbraucher, kontrahiert, ziehen stRsp und hL § 344 UGB analog heran.
2. § 344 UGB dient in seinem originären Anwendungsbereich dazu, die weitgehende Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vierten Buches des UGB über die „unternehmensbezogenen Geschäfte“ (§§ 343 ff) sicherzustellen. Dies führt allerdings bei privat kontrahierenden Unternehmern dazu, dass für sie die Anwendung von Verbraucherschutzrecht durch die analoge Heranziehung der Vermutungsregel des § 344 UGB zumindest erheblich erschwert wird.
3. Bei Dual-Use-Geschäften sollte § 344 UGB deshalb nur dann analog herangezogen werden, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Unklarheit darüber bestanden hat, ob der private oder unternehmerische Zweck des Geschäfts überwiegt.
4. Dual-Use-Geschäfte, die nicht überwiegend zu „beruflich-gewerbliche Zwecke“ abgeschlossen wurden, sind nicht als betriebszugehörig zu werten, also Verbrauchergeschäfte. Maßgeblich ist mE nicht die subjektive Nutzungsabsicht des vermeintlichen Verbrauchers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern eine objektive Ex-post-Betrachtung der tatsächlichen Verwendung.

77 Derjenige, der Verbraucherschutz für sich in Anspruch nimmt, wird – aus Sicht ex post – eine nicht überwiegend unternehmerische Verwendung nachweisen müssen.

72 OGH 2 Ob 503/94, EvBl 1994, 738; 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308; weiters *Krejci* in *Rummel* II/4³ § 1 KSchG Rz 22; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB* 5 § 1 KSchG Rz 4; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter* I⁴ § 344 UGB Rz 48; vgl auch *K. Schmidt* in *MüKoHGB* V³ § 343 HGB Rz 14; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, *HGB*³⁷ § 343 HGB Rz 3.

73 ZB *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter* I⁴ § 344 UGB Rz 48.

74 Kauft aber zB der Betreiber einer Kfz-Werkstätte (Arbeits-)Bekleidung für seine Mitarbeiter, dann liegt bloß ein Hilfsgeschäft vor. Hier zeigt sich deutlich, dass für die Beurteilung, ob ein unmittelbar betriebszugehöriges Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht, jeweils das konkrete Unternehmen in die Beurteilung miteinzubeziehen ist.

75 Hierbei könnte es sich auch um Vorbereitungsgeschäfte iSd § 1 Abs 3 KSchG handeln.

76 Vgl FN 70.



Der Autor:

Univ.-Ass. Mag. **Christoph Kronthaler** ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg (Fachbereich Privatrecht) und daneben als Of Counsel bei P | E | H | B Rechtsanwälte tätig.

Publikationen (Auswahl):

Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 249 (mit Schwangler); Zum Erfüllungsort beim Versandkauf, ÖJZ 2016, 437 (mit Schwangler); Zur Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz beim Anlegerscha-den, JBl 2016, 249; Negativzinsen, ÖJZ 2017, 101.

✉ christoph.kronthaler@sbg.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Kronthaler/Christoph