



Univ.-Ass. Mag. Christoph Kronthaler/Univ.-Ass. Andrea Schwangler, LL.M. (WU) • Universität Salzburg

# Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein?

» RdW 2016/180

Beim Abschluss eines Vertrages durch einen Unternehmer zu privaten und unternehmerischen Zwecken stellt sich die Frage, ob Teile des Vertrages in den Schutzbereich des Verbraucherrechts einbezogen werden können (Aufspaltung des Vertrages).

## 1. Problemstellung

Die Fragestellung soll durch einen kurzen Beispielfall illustriert werden:

Ein Rechtsanwalt bestellt in einem Webshop zwei Bücher im Wert von je 50 €, einerseits ein Praxishandbuch für seine Kanzlei und andererseits einen Bildband über moderne Architektur in Nordamerika. Aufgrund der vollständigen Vorgabe des Kommunikationsablaufes durch den Betreiber des Webshops kann der Käufer das Handbuch für die Kanzlei und den privaten Bildband nur in denselben Warenkorb legen; es ist in diesem Fall innerhalb eines Bestellvorgangs nicht möglich, ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft und ein Verbrauchergeschäft getrennt abzuschließen.<sup>1</sup> Wie in praxi üblich, werden die zusammen bestellten Bücher per Post gesammelt in einem Paket versendet. Die Sendung mit den beiden Büchern geht am Postweg verloren.

Gilt es zu klären, wer das Risiko für den (zufälligen) Untergang der Bestellung tragen muss, wird schnell deutlich, dass sich diese alltäglich erscheinende Fragestellung keinesfalls ganz einfach beantworten lässt. Prima vista könnten nämlich sowohl das allgemeine Zivilrecht (und das UGB) als auch das Verbraucherschutzrecht (KSchG und FAGG) zur Anwendung gelangen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen geht **Eigentum** an einer übersendeten Sache bereits „mit ihrer Aushändigung an eine mit der Übersendung betraute Person“ über (§ 429 ABGB). Ausweislich des durch das VRUG<sup>2</sup> neu hinzugefügten § 905 Abs 3 ABGB geht die „Gefahr für eine mit Willen des [Käufers] an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übersendete Sache [...] mit dem Zeit-

punkt der Übergabe [an den Transporteur auf den Käufer] über“. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage.<sup>3</sup>

In Umsetzung des Art 20 der Verbraucherrechte-RL<sup>4</sup> wurde in § 7b KSchG eine von den zuvor dargelegten Prinzipien abweichende Regelung geschaffen. Demnach „geht die Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware erst auf den Verbraucher über, sobald die Ware an den Verbraucher oder an einen von diesem bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten **abgeliefert wird**“ (§ 7b S 1 KSchG). Für den Fall, dass der Verbraucher selbst den Beförderungsvertrag geschlossen hat, ohne dabei eine vom Unternehmer vorgeschlagene Auswahlmöglichkeit zu nützen, sieht § 7b S 2 KSchG als Ausnahme den Übergang der Gefahr bereits mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer vor. Zeitgleich mit der Gefahr geht auch das Eigentum auf den Verbraucher über (§ 7b S 3 KSchG).

Gelangte im Beispiel § 429 ABGB zur Anwendung, hätte der Verkäufer seine Pflichten aus dem Kaufvertrag, die Lieferung der Ware sowie die Verschaffung des Eigentums (vgl § 1061 iVm § 1047 ABGB; siehe auch § 1045 ABGB), bereits erfüllt; Eigentum sowie Gefahr wären bereits bei Übergabe an die Post auf den Käufer übergegangen.<sup>5</sup> Der Rechtsanwalt erhielt seine Bücher nicht und hätte auch keinen Anspruch auf Nachlieferung, müsste aber – weil er bereits die Preisgefahr trägt – die Bestellung trotzdem bezahlen.

Beurteilte man demgegenüber die Bestellung als Verbrauchergeschäft, wäre § 7b KSchG anzuwenden: Die „Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware“<sup>6</sup> trägt der Verbraucher hier erst ab der Ablieferung. Die Leistungs- und Preisgefahr sind mangels Ablieferung noch nicht übergegangen.<sup>7</sup> Da dem Käufer aufgrund der expliziten Anordnung in § 7b S 3 KSchG kein Eigentum an den Kaufsachen verschafft wurde, hat der Webshop-Betreiber auch seine Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht erfüllt.<sup>8</sup>

3 Vgl etwa Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 429 Rz 1.

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

5 ZB Koziol – Welscher/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014) Rz 857/2.

6 Damit ist nach Ansicht des Gesetzgebers „rechtsdogmatisch betrachtet“ die **Leistungsgefahr** gemeint (vgl ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 12).

7 Statt aller Koziol – Welscher/Kletečka, BR I<sup>14</sup> Rz 857/3.

8 Vgl F. Bydliński in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978) § 1053 145; Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht III<sup>5</sup>: Schuldrecht, Besonderer Teil (2015) Rz 1/7; vgl zum vergleichbaren deut-

1 Selbstverständlich könnte der Rechtsanwalt zwei Bestellungen aufgeben, dieselben Daten nochmals eingeben, die Bezahlmethode neu auswählen und einen weiteren Vertrag schließen. Bei Anwälten und anderen freiberuflich Tätigen bliebe sogar die Lieferanschrift – die sonst abweichen könnte – in vielen Fällen unverändert. All dies erscheint schon aus rein praktischen Gründen umständlich und unwirtschaftlich.

2 BGBl I 2014/33.

Nach hA<sup>9</sup> führt der zufällige Sachuntergang am Transportweg zur nachträglichen Unmöglichkeit (§ 1447 ABGB). Danach trifft den Unternehmer zwar keine Nachlieferungspflicht, er verliert aber den Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

Das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung hängt davon ab, ob das KSchG oder bloß die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen heranzuziehen sind.

## 2. Vermutungsregeln als taugliche Lösung?

### 2.1. Die herrschende Auffassung

In den Geltungsbereich des KSchG fällt ein Rechtsgeschäft dann, wenn daran „einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört [= Unternehmer] und andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft [= Verbraucher], beteiligt“ ist. Aufgrund der negativen Definition des Verbrauchers in § 1 Abs 1 Z 2 KSchG hängt der Verbraucherbegriff vom Begriff des Unternehmers und des Unternehmens (vgl § 1 Abs 1 und 2 UGB) ab.<sup>10</sup> Bei reinen Verbrauchern ergeben sich aus dieser Regelungstechnik keine Probleme. Schwierigkeiten können aber dann entstehen, wenn ein Unternehmer, private, nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehörige Rechtsgeschäfte abschließt. Gerade in dieser Konstellation stellt sich immer wieder die Frage der fehlenden „Unternehmensbezogenheit“ des Rechtsgeschäfts. In diesen Zweifelsfällen und insb bei sog „gemischten Verträgen“ zieht die hL<sup>11</sup> § 344 UGB heran, wonach die „von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte [...] im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig [gelten]“.<sup>12</sup>

Dies würde in unserem Beispielfall – zumindest auf den ersten Blick – wohl eine „Alles-oder-nichts-Lösung“ nahelegen: Bei sog „gemischten Verträgen“ eines Unternehmers wird ja, wie gesagt, im Zweifel das Vorliegen eines unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts vermutet.

Interessanterweise hat der OGH, der in den einschlägigen Fällen grundsätzlich der hL folgt, in einigen aktuellen Entscheidungen<sup>13</sup> zusätzlich auf die Judikatur des EuGH in der Rs

*Gruber/Bay Wa AG*<sup>14</sup> verwiesen. Darin stellt der EuGH auf das Kriterium der Nebensächlichkeit ab: Eine Person könne sich nicht auf die im EuGVÜ 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 OGH 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 gelten“. Dem europäischen Zivilprozessrecht liegt allerdings ein eigenständiger Verbraucherbegriff zugrunde, der das materielle Recht nicht unmittelbar berührt.<sup>15</sup>

### 2.2. Kritische Würdigung

Das Regelungsanliegen des § 344 UGB ist für den Bereich des Unternehmensrechts durchaus verständlich: Im Geschäftsverkehr eines Unternehmers mit anderen Unternehmern soll dadurch die weitgehende Anwendbarkeit der Bestimmungen des UGB sichergestellt werden.<sup>16</sup> Die damit angesprochenen Regelungen des Vierten Buches des UGB sollen insb eine möglichst rasche und einfache Abwicklung von unternehmerischen Geschäften gewährleisten. Da ein Unternehmer typischerweise über umfassendere Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, kann ihm zudem ein strengerer Haftungsmaßstab auferlegt werden.<sup>17</sup>

Im Gegensatz dazu dient das KSchG dem Schutz eines im Vergleich zum Unternehmer regelmäßig unterlegenen Verbrauchers (Informationsungleichgewicht, Informationskostenasymmetrie, mangelnde Verhandlungsmacht etc).<sup>18</sup> Zu Recht spielen die tatsächlichen Erfahrungen, das beim Verbraucher vorhandene Wissen und seine (beruflichen) Qualifikationen keine Rolle; vielmehr wird von den konkreten Verhältnissen zugunsten einer typisierenden Betrachtung abstrahiert.<sup>19</sup>

Mit dem Anliegen des Verbraucherschutzes ist die hA<sup>20</sup> jedenfalls nicht vereinbar: Die Anwendung der Bestimmungen des KSchG wird bei einem privat kontrahierenden Unternehmer durch die Vermutungsregel des § 344 UGB zumindest erheblich erschwert, weil in jedem Zweifelsfall sein gesamtes Handeln im Rechtsverkehr als unternehmensbezogen anzusehen ist.<sup>21</sup>

schen Recht etwa *Emmerich*, BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil<sup>14</sup> (2015) Rz 2/3.

**9** *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 518; *Leupold*, Das Rücktrittsrecht gem §§ 11 ff FAGG – Überblick und ausgewählte Fragen, wbl 2014, 481 (487 FN 40); *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar V/a<sup>4</sup> (2015) § 7a KSchG Rz 3.

**10** *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/4<sup>3</sup> (2004) § 1 KSchG Rz 4.

**11** *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1 KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar V<sup>4</sup> (2014) § 1 KSchG Rz 12; *ders* in *Schwimmann/Kodek V/a<sup>4</sup>* § 1 KSchG Rz 12. Für eine Einordnung als Verbrauchergeschäft bei einer ganz untergeordneten unternehmerischen Nutzung *Dehn* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> (2012) Rz 2/21; *zust Apathy*, Liegenschafts Kauf und Konsumentenschutz, in *FS Aicher* (2012) 1 (6); *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek V/a<sup>4</sup>* § 2 VKrG Rz 22. Der hL eher kritisch gegenüberstehend *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> (2006) § 1 KSchG Rz 51 ff; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 344 Rz 11.

**12** Und zwar unabhängig vom Überwiegen (vgl zB *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Kommentar zum UGB<sup>12</sup> [2010] § 343 Rz 39 mwN).

**13** OGH 5 Ob 113/09t, wbl 2010, 308 = *ecolex* 2010, 544; 7 Ob 94/14w, VbR 2015, 91.

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

**15** *Kannowski* in *Staudinger*, BGB § 13 Rz 46 mwN; *Bülow*, WM 2014, 2; *Reich/Micklitz* in *Reich et al* [Hrsg], *European Consumer Law*<sup>2</sup> [2014] 52 f; *SA Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14, *Costea/SC Volksbank România SA* Nr 41.

**16** *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 53.

**17** *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 343 Rz 7.

**18** *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 53; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 344 Rz 11.

**19** *ZB Apathy* in *Schwimmann/Kodek V/a<sup>4</sup>* § 1 KSchG Rz 6.

**20** FN 11.

**21** So zutreffend zum deutschen Recht *Micklitz* in *MünchKomm zum BGB*<sup>7</sup> (2015) § 14 Rz 34; *K. Schmidt* in *MünchKomm zum HGB*<sup>3</sup> (2013) § 344 Rz 17; *Pamp* in *Oetker*, *Handelsgesetzbuch*<sup>4</sup> (2015) § 344 Rz 7.

Diese am Normzweck orientierten Zweifel werden durch den ErwGr 17<sup>22</sup> der Verbraucherrechte-RL, der eine dem § 344 UGB widersprechende Vermutung des Vorliegens eines Verbrauchergeschäfts enthält, noch verstärkt: „Wird der Vertrag jedoch teilweise für gewerbliche 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.“<sup>23</sup>

UE ist § 344 UGB – jedenfalls im Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL – richtlinienkonform iSd ErwGr 17 dergestalt auszulegen, dass es nicht auf die Nebensächlichkeit des beruflich-gewerblichen Zwecks ankommt, sondern vielmehr auf das Überwiegen.<sup>24</sup>

### 3. „Doppelter“ Zweck versus aufgespaltene Nutzung

Im Übrigen darf das hinter § 344 UGB stehende Regelungsanliegen nicht übersehen werden: Die Vermutungsregel zielt uE ausschließlich auf (Kauf-)Verträge über Sachen ab, die zum Teil privat und zum Teil für unternehmerische Zwecke genutzt werden. Es geht also um die gemischte Nutzung eines oder mehrerer Gegenstände. Daher ist die Bezeichnung dieser Problematik als „Verträge mit doppeltem Zweck“ mitunter etwas irreführend; in Wahrheit geht es um die gemischte Sachnutzung (im Englischen treffender als *dual use* bezeichnet),<sup>25</sup> wie zB eines teilweise privat bzw landwirtschaftlich genutzten Vierkanthofs<sup>26</sup> oder etwa um den Gebrauch eines Pkw für private und berufliche Zwecke.<sup>27</sup>

Die These, die Vermutungsregel des § 344 UGB<sup>28</sup> betreffe lediglich die geteilte Nutzung einer einzigen Sache, kann auf empirischer Ebene auf die vorliegende, wenngleich an dieser Stelle nur auszugsweise wiederzugebende Judikatur gestützt werden:

**22** Zu den potenziell weitreichenden Folgen des ErwGr 17 der Verbraucherrechte-RL *Wendehorst*, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in FS Griss (2011) 717 (723).

**23** Vgl auch § 13 dBGB i d F BGBl I 2013/58, 3642. Erwägungsgründe in Richtlinien dienen als Richtschnur für die teleologische Interpretation der Richtlinie; ihnen ist jedoch bei der Auslegung des gesamten nationalen Rechts erhebliche Bedeutung beizumessen, da die „begründungserwägungskonforme Auslegung“ des Richtlinienartikels im Wege richtlinienkonformer Interpretation als Gebot auch für den nationalen Richter gilt (*Köngden*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup>: Handbuch für Ausbildung und Praxis [2015] § 6 Rz 51; *Riesenhuber* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre<sup>3</sup> § 10 Rz 38; so auch *Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1 bis 43 ABGB<sup>3</sup> [2014] Nach §§ 6, 7 Rz 76).

**24** Kritik bereits bei *Schwangler*, Ein Vergleich des nationalen und europäischen Verbraucherbegriffs (2014, Masterarbeit Wirtschaftsuniversität Wien) 62 f.

**25** Vgl *Pfeiffer*, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr, NJW 1999, 169 (173); *Wendehorst* in FS Griss 723; *Kannowski* in *Staudinger*, BGB (2013) § 13 Rz 44; *Bülow*, Ein neugefasster § 13 BGB – überwiegende Zweckbestimmung, WM 2014, 1 (2).

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

**27** *Kannowski* in *Staudinger*, BGB § 13 Rz 44; *Bülow*, WM 2014, 2; *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek V/a*<sup>4</sup> § 2 VKrG Rz 22.

**28** Derzeit liegen – soweit ersichtlich – noch keine einschlägigen Entscheidungen des OGH zum ErwGr 17 der Verbraucherrechte-RL vor.

Erstmalig hatte sich der OGH mit der Vermutung des § 344 UGB im Fall von gemischten Verträgen in seiner Entscheidung 2 Ob 503/94 vom 27. 1. 1994 mit dem Verkauf *einer* Pension durch die Hälfteigentümer zu befassen. In der Folge nahm der OGH in seiner Entscheidung vom 24. 11. 2009, 5 Ob 113/09t, erneut zur Zweifelsregel des § 344 UGB Stellung. In dieser Sache ging es um die Reparatur *eines* Oldtimers, wobei unklar war, ob der Werkbesteller als Unternehmer oder Verbraucher anzusehen war. In seiner Entscheidung vom 25. 8. 2014, 8 Ob 72/14t befasste sich der OGH mit einer Darlehensaufnahme für den Kauf *einer* Liegenschaft. Unlängst hatte der OGH in der Entscheidung 7 Ob 94/14w vom 18. 2. 2015 noch über die Einordnung eines Kaufvertrages (*ein* Fertigparkettboden für eine Wohnung mit Arbeitszimmer eines Versicherungsmaklers) zu entscheiden.

Aus der einschlägigen Judikatur zu § 344 UGB wird deutlich, dass sich die geschlossenen Verträge stets nur auf *eine* (!) Sache bezogen haben.

Im hier zugrunde gelegten Beispielfall kauft der Rechtsanwalt hingegen zwei Bücher, die nicht gemischt genutzt werden: Der Bildband wird eindeutig für den privaten und das Handbuch für den Kanzleigebrauch gekauft. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob der Zweifelsregel des § 344 UGB in solchen Konstellationen mangels Zweifel überhaupt ein Anwendungsbereich verbleibt.

Der maßgebliche Unterschied ist das Vorhandensein mehrerer Kaufgegenstände mit jeweils ausschließlicher privater oder unternehmerischer Nutzung.

### 4. Gespaltene Anwendung von § 429 ABGB und § 7b KSchG

Hätte der Rechtsanwalt im Beispiel zwei Bestellungen aufgegeben, dann fielen der Kauf des Handbuchs ganz unstrittig unter § 429 ABGB; Eigentum und Gefahr wären demnach zum Zeitpunkt des Sachuntergangs bereits auf den Käufer übergegangen, weshalb dieser die Kaufpreisschuld ungeachtet des Untergangs der gekauften Sache zu bezahlen hätte. Beim Kauf des Bildbandes läge hingegen eindeutig ein Verbrauchergeschäft vor; in diesem Fall wäre die Gefahr noch nicht auf den Käufer übergegangen.

Zweifel bestehen ja, wie oben angedeutet, nur hinsichtlich der Einordnung des Rechtsgeschäfts in seiner Gesamtheit. Unzweifelhaft ist dagegen die Nutzung bzw Zweckwidmung der einzelnen Vertragsgegenstände jeweils für sich genommen: Der Bildband dient völlig eindeutig ausschließlich privaten und das Handbuch ebenso eindeutig allein unternehmerischen Zwecken. Es liegt daher nahe, § 429 ABGB nur für das Handbuch und § 7b KSchG für den Bildband heranzuziehen (Aufspaltung des Vertrages).

Nach stRsp<sup>29</sup> ist eine Widerlegung der Vermutung des § 344 UGB nicht erforderlich, wenn keine Zweifel daran bestehen, dass es sich um ein privates Rechtsgeschäft handelt.<sup>30</sup> UE wäre

**29** RIS-Justiz RS0062319; zuletzt OGH 25. 8. 2014, 8 Ob 72/14t.

**30** Unerlässlich für die Bestimmung des mutmaßlichen Verwendungszwecks (privat oder unternehmerisch) der konkret erworbenen Sache ist es, einen

es nicht überzeugend, eindeutig nach objektiven Kriterien einer entweder privaten oder unternehmerischen Nutzung zuordenbare Kaufsachen gleich zu behandeln und pauschal dem allgemeinen Zivilrecht zu unterstellen. Probleme zu bereiten vermag allein die Einordnung des gesamten Vertrages, nicht aber jene der einzelnen Vertragsgegenstände für sich genommen.

Die Lösung kann uE keine andere sein, wenn der Rechtsanwalt das Handbuch und den Bildband – etwa um einen sinnlosen Mehraufwand zu vermeiden (zB doppelte Versandkosten, Bearbeitungsgebühren etc) – gleichzeitig bestellt. Möchte man sich nicht mit einer streng formalistischen Betrachtungsweise begnügen, müssen § 429 ABGB und § 7b KSchG auf den über beide Waren geschlossenen Kaufvertrag „gespalten“ angewendet werden; dh der Kauf des Handbuchs unterliegt § 429 ABGB, jener des Bildbandes § 7b KSchG.

Soweit ein Unternehmer ein Privatgeschäft abschließt, kommt seine Unternehmereigenschaft nicht zum Tragen. Der Unternehmer gilt im Verhältnis zu seinem Vertragspartner als Verbraucher. Ist der Vertragspartner auch Unternehmer, handelt es sich um ein Verbrauchergeschäft des privat kontrahierenden Unternehmers.<sup>31</sup> Nachdem das KSchG den zwingenden Schutz von Verbrauchern bezwecken soll, wäre es nicht gerechtfertigt, einem tatsächlich privat, daher als Verbraucher agierenden Unternehmer wegen irgendwelcher Zweifel seinen (zwingenden) Schutz als Konsument zu verwehren. Die Erkennbarkeit für den Vertragspartner kann uE keine Rolle spielen. Es muss vielmehr auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ankommen. Auch der als Scheinunternehmer auftretende Verbraucher wird durch das KSchG geschützt; selbst der Verzicht eines Verbrauchers auf seine Rechte wäre unwirksam, weshalb auch ein Auftreten als Unternehmer nicht zum Verlust des Schutzes führt.<sup>32</sup> Erweckt freilich der Unternehmer, der in Wirklichkeit ein Privatgeschäft schließt, bei seinem Vertragspartner schuldhaft den Eindruck, nicht Verbraucher zu sein, könnte er diesem uU schadenersatzpflichtig werden. Auch eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums ist denkbar.<sup>33</sup>

## 5. Alternativlösung im „Parkettfall“ (7 Ob 94/14w)

Kurz zum Sachverhalt: Ein selbstständiger Versicherungsmakler hat im Zuge der Renovierung der ganzen Ehwohnung einen Holzboden gekauft. Zusätzlich zu den privaten Räumlichkeiten sollte auch das Arbeitszimmer des Maklers mit demselben Boden ausgelegt werden. Da in der Wohnung „zwei ‚wilde‘ Kater“ gehalten

werden, sollte der Holzboden besonders widerstandsfähig sein und einen sehr hohen Härtegrad aufweisen. Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Eignung des Parkettbodens zur Haltung von Katzen vom Verkäufer ausdrücklich zugesichert wurde. Jedenfalls aber wies der gekaufte Boden einen wesentlich geringeren als vertraglich vereinbarten Härtegrad auf. Das Parkett wurde in der Folge durch die beiden Katzen erheblich beschädigt. Der Käufer verlangte also Gewährleistung und Beseitigung diverser Mangelfolgeschäden.

Der OGH musste deshalb die Einordnung als Verbrauchergeschäft prüfen, weil die weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der EuGH in den Rechtssachen C-65/09 (*Weber/Wittmer*) und C-87/09 (*Putz/Medianess Electronics GmbH*) vertreten hat, nur auf Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, dh den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL,<sup>34</sup> beschränkt bleiben soll. Aus diesem Grund war die Einordnung des Käufers als Verbraucher oder Unternehmer wesentlich. Neben dem ausdrücklichen Hinweis auf die Rs C-464/01 (*Gruber/Bay Wa AG*) zog der OGH zur Beantwortung dieser Frage § 344 UGB heran und stellte auf die Nebensächlichkeit des beruflich-gewerblichen Zwecks ab. In der Sache sei die erforderliche Nebensächlichkeit nicht anzunehmen gewesen, weshalb der Käufer den Ersatz der Mangelfolgeschäden nicht verlangen könne.

Da es sich bei einem Parkettboden um eine teilbare Sache handelt, hätte uE der Vertrag aufgespalten werden können. Soweit der private Teil betroffen ist, müsste der Verkäufer die Mangelfolgeschäden ersetzen. Bezogen auf den unternehmerischen Teil ist der Entscheidung zuzustimmen.

## 6. Exkurs: Aufspaltung des Vertrags im Verbraucherkreditrecht

In Deutschland rückte die „Dual-use-Problematik“ im Bereich des Verbraucherkreditrechts in den Fokus literarischer Auseinandersetzung.

*Schürnbrand*<sup>35</sup> unterscheidet – wie hier – zwischen zwei Fallgestaltungen. Einerseits die „trennbaren“ Fälle mit unterschiedlicher Zweckbestimmung des Darlehens und andererseits die gemischten Verträge. Unter unterschiedlicher Zweckbestimmung versteht er, die Verwendung der Darlehensvaluta zu jeweils getrennten privaten und beruflich-gewerblichen Zwecken. Bei den gemischten Verträgen (dual use) gehe es demgegenüber um teils private, teils beruflich-gewerbliche Nutzung eines bestimmten fremdfinanzierten Gegenstandes. Auch *Kessal-Wulf*<sup>36</sup> hält eine Aufspaltung eines Vertrages beim kreditfinanzierten Erwerb mehrerer Gegenstände, die zum einen Teil ausschließlich privat

Bezug zwischen dem jeweiligen Kaufgegenstand mit dem Käufer herzustellen. Im Beispielsfall erhellt sich die unternehmerische Nutzung einzig durch den Rückschluss auf seine berufliche Tätigkeit als Rechtsanwalt. Kauft ein fleißiger Student ein Buch zum neuen Erbrecht, wird er als Verbraucher anzusehen sein, kauft demgegenüber ein Notar dasselbe Werk, handelt es sich um ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft.

31 *Krejci* in *Rummel* II/4<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 32.

32 Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 80.

33 *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 80.

34 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl L 1999/171, 12.

35 *Schürnbrand* in *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>7</sup> (2016) § 491 Rz 19 ff.

36 In *Staudinger*, BGB (2012) § 491 Rz 35.



und zum anderen Teil vollständig unternehmerisch genutzt werden, für denkbar.

## 7. Weitere mögliche Anwendungsfälle?

Die gerade behandelte Problematik tritt nicht nur im Versandhandel auf, sondern generell dort, wo die Unterscheidung zwischen unternehmensbezogenem Rechtsgeschäft und Verbrauchergeschäft zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt.

Auch bei den in der Praxis durchaus bedeutsamen Bestellungen eines Unternehmers in Geschäftsräumlichkeiten und per Telefon, Fax oder E-Mail könnte, wenn eine Versendung vereinbart wird und Gegenstände für den Privathaushalt mitbestellt werden, etwa die Frage der Gefahrtragung relevant werden. In dieser Situation würde gewiss niemand auf den Gedanken kommen, dem Unternehmer die „Pflicht“ aufzuerlegen, zwei getrennte Kaufverträge abzuschließen. Den ersten allein über Sachen, die er ganz oder überwiegend für sein Unternehmen erwirbt. Den zweiten über ausschließlich privat genutzte Gegenstände, um zumindest teilweise in den Schutzbereich des KSchG zu gelangen.

Zu denken ist ferner an klassische Haustürgeschäfte: Ein Hotelier erwirbt von einem Vertreter einen Industrie- und einen Haushaltsstaubsauger. Ersterer ist zur Gänze für den Einsatz im Hotelbetrieb vorgesehen, während der zweite nur im Privathaushalt genutzt werden soll. Hier kommt das Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG uE nur für den Haushaltsstaubsauger in Betracht. Ebenso ist völlig klar, dass bspw die Mängelrügepflicht (§ 377 UGB) nur für den Industriestaubsauger besteht.

## 8. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Bei einem Unternehmer, der ein privates, nicht zu seinem Unternehmen gehöriges Rechtsgeschäft abschließt, erschwert die Vermutungsregel des § 344 UGB die Anwendung der Verbraucherschutzregelungen des KSchG. Das Regelungsanliegen des § 344 UGB überzeugt, wie gesagt, nur für den Bereich des Unternehmensrechts.
2. Im Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL ist § 344 UGB uE richtlinienkonform so auszulegen, dass es auf das Überwiegen des „beruflich-gewerblichen Zwecks“ ankommen muss (vgl ErwGr 17 der Verbraucherrechte-RL). Das

in der Rs C-464/01 *Gruber/Bay Wa AG* entwickelte und vom OGH übernommene Nebensächlichkeitskriterium mag für das europäische Zivilprozessrecht zutreffend sein, dem materiellen Recht liegt aber ein eigenständiger Verbraucherbegriff zugrunde.

3. Die Vermutungsregel des § 344 UGB zielt auf die sog gemischten Verträge ab. Gemischte Verträge sind solche, über eine oder mehrere Gegenstände, die zum Teil privat und zum Teil für unternehmerische Zwecke genutzt werden.
4. Wird ein Rechtsgeschäft über eine Mehrzahl von Sachen abgeschlossen, die jeweils ausschließlich zu privaten oder beruflich-gewerblichen Zwecken genutzt werden, ist dieses aufzuspalten. Im Ergebnis finden auf jenen Teil, der die privat genutzte Sache betrifft, die einschlägigen Verbraucherschutzbestimmungen Anwendung. Im Übrigen ist das Rechtsgeschäft nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen und allenfalls nach dem UGB zu beurteilen (**aufgespaltener Vertrag**).
5. Bei teilbaren Sachen kann uE nichts anderes gelten (siehe oben im Text unter Punkt 5.).
6. Die Aufspaltung des Vertrages bietet dort eine sachgerechte Lösung, wo die Unterscheidung zwischen Unternehmer- und Verbrauchergeschäft zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt.



### Der Autor:

Univ.-Ass. Mag. **Christoph Kronthaler** ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg (Fachbereich Privatrecht).

### Publikationen:

Bestandgeberpfandrecht und außergerichtliche Pfandverwertung, Zak 2015/706, 408; Glosse zu OGH 2 Ob 120/15h, ZVR 2016/11, 28.

✉ christoph.kronthaler@sbg.ac.at

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



### Die Autorin:

Univ.-Ass. **Andrea Schwangler**, LL.M. (WU) ist Universitätsassistentin an der Universität Salzburg (Fachbereich Privatrecht).

✉ andrea.schwangler@sbg.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Schwangler/Andrea

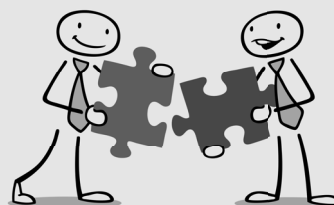
Foto: Richter Studios

Foto: Kaspar Korbman

## jusalumni


Der Absolventenverein der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

**Kontakte knüpfen, Erfahrungen austauschen, Neues erfahren:**  
Werden Sie Mitglied unter [www.jus-alumni.at](http://www.jus-alumni.at)



 **jusalumni**

Sponsored by

 **LexisNexis**