

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Mai 2016

10

433 – 480

## Aktuelles

Heinz Krejci – 75 Jahre ➔ 433

## Beiträge

### **Abgabenbetrug durch Unterlassen**

Marcus Schmitt und Elisabeth Köck ➔ 441

**Zum Erfüllungsort beim Versendungskauf**

Christoph Kronthaler und Andrea Schwangler ➔ 437

## Evidenzblatt

**Streit über Anlegerwohnungen der geschiedenen Eheleute gehört zur Aufteilung** ➔ 449

**Scheidungsvergleich über Eigentumswohnung unterliegt nicht der Grundverkehrsbeschränkung** ➔ 451

**NBzWdG gegen Vorgänge der StA** ➔ 467

## Kosten

**Kostenseitig** Josef Obermaier ➔ 480

# Zum Erfüllungsort beim Versendungskauf

Der 1. Senat des BGH nimmt in einer rezenten Entscheidung an, dass der Erfüllungsort beim Versandhandel mit Verbrauchern „der Wohnsitz des Käufers ist, weshalb den Verkäufer insoweit eine Bringschuld trifft“. <sup>1)</sup> Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, ob diese Ansicht auch für das österreichische Recht zutreffend ist.

Von Christoph Kronthaler und Andrea Schwangler

## Inhaltsübersicht:

- A. Versendungskauf nach österreichischem Recht
- B. Erfüllungsort
  - 1. Allgemeines
  - 2. Holschuld, Bringschuld, Schickschuld
- C. Erfüllungsort beim Versendungskauf
  - 1. Die literarische Auseinandersetzung in Deutschland
  - 2. Der bisherige Meinungsstand in Österreich
  - 3. Eigene Meinung
- D. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse

## A. Versendungskauf nach österreichischem Recht

Wird im Kaufvertrag die **Versendung** einer Kaufsache durch einen Dritten vereinbart, kommt zur Beurteilung des Eigentumsübergangs grundsätzlich § 429 ABGB zur Anwendung. <sup>2)</sup> Das **Eigentum** an einer übersendeten Sache geht bereits „mit ihrer Aushändigung an eine mit der Übersendung betraute Person“ über (§ 429 ABGB). Da von der Sachübergabe idR auch die Verteilung der Preisgefahr abhängt, ist § 429 ABGB auch für die **Gefahrtragung** von Bedeutung. <sup>3)</sup> Nach § 905 Abs 3 ABGB idF des VRUG <sup>4)</sup> geht die **Gefahr** für eine mit Willen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übersendete Sache mit dem Zeitpunkt der Übergabe an den Transporteur auf den Käufer über.

In Umsetzung von Art 20 VerbraucherrechteRL <sup>5)</sup> wurde für den Verbraucherversendungskauf 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 Satz 1 KSchG). Für den Fall, dass der Verbraucher selbst den Beförderungsvertrag geschlossen hat, ohne dabei eine vom Unternehmer vorgeschlagene Auswahlmöglichkeit zu nützen, sieht § 7b Satz 2 KSchG als Ausnahme den Übergang der Gefahr bereits mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer vor. **Zugleich mit der Gefahr geht auch das Eigentum auf den Verbraucher über** (§ 7b Satz 3 KSchG). Auch beim Verbraucherversendungskauf soll der Übergang von Eigentum und Gefahr zusammenfallen. <sup>6)</sup>

Art 20 VerbraucherrechteRL befasst sich ausschließlich mit der Frage der Gefahrtragung, nicht aber

mit dem Eigentumsübergang. <sup>7)</sup> Die Verknüpfung des Gefahrenübergangs mit dem Eigentumsübergang in § 7b Satz 3 KSchG ist von der VerbraucherrechteRL also nicht vorgegeben. <sup>8)</sup> ErwGr 51 VerbraucherrechteRL sieht vielmehr vor, dass „[d]er Ort und die Modalitäten der Lieferung und die Regeln für die Bestimmung der Bedingungen und des Zeitpunkts des **Übergangs des Eigentums an den Waren** [...] weiterhin dem einzelstaatlichen Recht unterliegen [sollten] und daher von dieser Richtlinie nicht berührt werden“. Von der Regelung des dritten Satzes des § 7b KSchG kann vertraglich abgewichen werden: Hinsichtlich des Eigentumsübergangs kann wirksam auch anderes vereinbart werden, wie insb im Fall eines Eigentumsvorbehalts. <sup>9)</sup>

Die Anordnung des § 7b Satz 3 KSchG, wonach der Verbraucher zugleich mit dem Gefahrenübergang das Eigentum erwirbt, deutet – wie auch *Jud*<sup>10)</sup> feststellt – auf den ersten Blick darauf hin, dass der Ort, an dem die Ware nach dem Vertrag abgeliefert werden muss, auch als Erfüllungsort anzusehen ist. Ob dies tatsächlich zutrifft, soll im Folgenden geprüft werden.

## B. Erfüllungsort

### 1. Allgemeines

Erfüllungsort ist jener Ort, an dem die **Leistung** vom Schuldner **erbracht** und vom Gläubiger **angenommen**

1) BGH 26. 2. 2014, I ZR 77/09.

2) *Eccher/Riss* in *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger*<sup>4</sup> (2014) § 429 Rz 1; *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 429 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014) Rz 402 und 857/1.

3) *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I<sup>14</sup> Rz 857/2.

4) BGBl I 2014/33.

5) RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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 Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, AB L 2011/304, 64.

6) *Stabentheiner*, Das Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, VbR 2014, 68 (76f); *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 429 Rz 5; s auch ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 21.

7) *Mader* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 429 Rz 5; vgl auch die ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 9 und ErwGr 55 VerbraucherrechteRL: „Werden die Waren vom Unternehmer an den Verbraucher gesendet, so können sich im Falle eines Verlusts oder einer Beschädigung hinsichtlich des Zeitpunkts des Risikoübergangs Streitigkeiten ergeben. Daher sollte diese Richtlinie vorsehen, dass der Verbraucher, bevor er in den Besitz der Waren gelangt ist, vor dem Risiko eines Verlusts oder einer Beschädigung der Waren geschützt ist. [...]“

8) ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 21.

9) ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 21.

10) In *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 125.

ÖJZ 2016/61

§ 7b KSchG;  
§ 429 ABGB

Versendungskauf;  
Erfüllungsort;  
Bringschuld;  
Erfüllung;  
Schickschuld

werden soll.<sup>11)</sup> Dies kann entweder der Wohnsitz (oder die Niederlassung) des Schuldners<sup>12)</sup> oder jene(r) des Gläubigers<sup>13)</sup> sein.<sup>14)</sup> Kann der Erfüllungsort weder aus dem Vertrag noch aus der Natur oder dem Zweck des Geschäfts bestimmt werden, so ist jener Ort der Erfüllungsort, an dem der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hatte (§ 905 Abs 1 ABGB).<sup>15)</sup> Aus der **Übernahme der Kosten** der Versendung durch den Schuldner allein folgt noch nicht, dass der Ort, an den die Versendung zu erfolgen hat, für den Schuldner als Erfüllungsort zu gelten hat (§ 905 Abs 2 ABGB).<sup>16)</sup>

## 2. Holschuld, Bringschuld, Schickschuld

Da also im Zweifel am Wohnsitz (oder an der Niederlassung) des Schuldners zu erfüllen ist, liegt mangels abweichender Abrede eine **Holschuld** vor (§ 905 Abs 1 ABGB).<sup>17)</sup> Der Schuldner hat die Leistung nur bereitzuhalten. Im Gegensatz dazu muss der Schuldner die Leistung bei Vereinbarung einer **Bringschuld auf eigene Kosten und in eigener Verantwortung** am Sitz des Gläubigers<sup>18)</sup> erbringen.<sup>19)</sup> Bei der **Schickschuld** ist wie bei der Holschuld der Wohnsitz oder die Niederlassung des Schuldners Erfüllungsort.<sup>20)</sup> Der Schuldner verpflichtet sich aber, die Sache an den Gläubiger zu übersenden.<sup>21)</sup> Die Kosten der Versendung trägt idR der Gläubiger (§ 1063 a ABGB).<sup>22)</sup> Bis zur Neuregelung der Geldschuld durch § 907 a ABGB aufgrund des ZVG<sup>23)</sup> wurden diese im Zweifel als **(qualifizierte) Schickschuld** angesehen. Geldschulden waren insofern „qualifiziert“, weil sie auf Gefahr und

Kosten des Schuldners reisten.<sup>24)</sup> Wenn das Geld nicht beim Gläubiger oder auf dessen Konto einlangte, musste der Schuldner nochmals leisten.<sup>25)</sup>

Mit dem Erfüllungsort ist selbstverständlich auch die Frage verknüpft, was genau unter Erfüllung zu verstehen ist.

## C. Erfüllungsort beim Versandkauf

### 1. Die literarische Auseinandersetzung in Deutschland

In der deutschen Lehre wurde die Frage des Erfüllungsorts beim Versandkauf kontrovers diskutiert. So meint ein Teil der Lehre, dass auch beim Verbraucherversandkauf weiterhin eine **Schickschuld** vorliegt.<sup>26)</sup>

Ein Teil der Lehre in Deutschland vertritt, dass die Nichtanwendung von § 447 Abs 1 BGB<sup>27)</sup> nichts an den Voraussetzungen und sonstigen Rechtsfolgen einer Schickschuld ändere. § 474 Abs 4 BGB<sup>28)</sup> befasse sich ausschließlich mit dem Zeitpunkt und Ort des Gefahrübergangs. Die Regelung bedeute insb nicht, dass beim Verbraucherversandkauf von einer Bringschuld auszugehen sei. Der Erfüllungsort bestimme sich auch in diesem Fall nach §§ 269 f BGB.<sup>29)</sup> Es liege eine (qualifizierte) Schickschuld vor. Die Frage der Leistungsgefahr bleibe von den besonderen Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf unberührt. Dies habe zur Folge, dass die Preisgefahr nicht gem § 447 BGB mit der Versendung der Kaufsache übergehe, sondern gem § 446 BGB<sup>30)</sup> mit der Übergabe an den Käufer. Bei einer Gattungsschickschuld trete damit auch im Anwendungsbereich der §§ 474 ff BGB<sup>31)</sup> mit der Absendung der Ware Konkretisierung (**Konzentration**) ein. Bei Untergang der Sache werde der Verkäufer deshalb von seiner Leistungspflicht frei.<sup>32)</sup>

Die überwiegende Lehre in Deutschland ist aber der Ansicht, dass der Versandkauf an den Verbrau-

11) *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 146; *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 2. Die deutsche Lehre unterscheidet zwischen dem **Leistungs-** und **Erfolgort**. Der Leistungsort ist derjenige Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vorzunehmen hat. Dagegen ist der Erfolgort derjenige Ort, an dem der Erfüllungserfolg eintreten soll. Für die „Erfüllung“ ist allein der Leistungserfolg und nicht die Leistungshandlung maßgeblich (zB *Medicus/Lorenz*, SchRAT<sup>21</sup> Rz 156).

12) So bei der Hol- und Schickschuld.

13) Dies ist dagegen bei der Bringschuld der Fall.

14) Natürlich bestünde theoretisch die Möglichkeit, vertraglich einen Ort für die Abholung oder Lieferung festzulegen, der weder Wohnsitz noch Niederlassung ist.

15) Betreibt der Schuldner ein Unternehmen, ist der Erfüllungsort im Zweifel der Ort der Niederlassung.

16) Daraus lässt sich freilich nur ableiten, dass allein aus der Kostentragung durch den Schuldner nicht zwingend auf eine Bringschuld geschlossen werden kann. Bei einer Bringschuld trägt der Schuldner, da er diese selbst oder in eigener Verantwortung (durch Erfüllungsgehilfen iSd § 1313 a ABGB) erfüllen muss, in jedem Fall die Kosten. Vgl dazu auch § 269 Abs 3 BGB.

17) Regelmäßiger Erfüllungsort ist auch in Deutschland der Ort, an dem der Verkäufer seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung hat (§ 269 Abs 1 und 2 BGB). Die Schuld ist also wie nach österr Recht im Zweifel eine Holschuld (*Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil<sup>21</sup> [2015] Rz 158).

18) Im Falle der Versendung an einen dritten Ort kann ebenso eine Bringschuld vorliegen (*Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 2).

19) *F. Bydlinski in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978) 139; *Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 905 Rz 4*; vgl auch *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 16; *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1062 Rz 21/1, § 1063 a Rz 4.

20) *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 15; *Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 905 Rz 4*.

21) *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 15; *Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 905 Rz 4*.

22) *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 15; *Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 905 Rz 4*; *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1063 a Rz 4 f.

23) BGBl I 2013/50.

24) *Kietaibl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 905 Rz 26; *Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 905 Rz 5*.

25) *Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 905 Rz 5 mwN*.

26) *Lorenz in Bamberger/Roth* (Hrsg), Beck'scher Online Kommentar zum BGB<sup>36</sup> (2014) § 269 Rz 29; *ders in Münchener Kommentar zum BGB III<sup>7</sup> (2015) § 474 Rz 41 f*; *Faust in Bamberger/Roth<sup>36</sup> § 474 Rz 44*; *Beckmann in Staudinger*, BGB (2013) § 447 Rz 72; *Matusche-Beckmann in Staudinger*, BGB § 474 Rz 74; *Saenger in Schulze et al* (Hrsg), Handkommentar zum BGB<sup>3</sup> (2014) § 474 Rz 6; *Emmerich*, BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil<sup>14</sup> (2015) Rz 23; vgl bereits *ders*, Anmerkung zu BGH VIII 302/02 JuS 2004, 77 (78).

27) „Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.“

28) „§ 447 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat.“

29) Bestimmungen zum Leistungs- und Zahlungsort im BGB.

30) „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.“

31) Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf im BGB.

32) Vgl *Lorenz in MüKoBGB III<sup>7</sup> § 474 Rz 42*; *Matusche-Beckmann in Staudinger*, BGB § 474 Rz 74.

cher als **Bringschuld** ausgestaltet ist.<sup>33)</sup> Die Regelung des Leistungsorts stehe nämlich in engem sachlichen Zusammenhang mit der Gefahrtragungsregelung. Hinter § 269 BGB stehe die Erwägung, dass die Übergabe der Ware an der Niederlassung des Verkäufers den Regelfall darstelle. Da die Niederlassung des Verkäufers nach der Verkehrsauffassung als der übliche Leistungsort anzusehen sei, gelte die Vermutung, dass die Lieferung an einen anderen Ort auf einer Initiative des Käufers beruhe und seinem Interesse diene. Dafür spreche vor allem die Tragung der mit der Versendung verbundenen Risiken durch den Käufer. Beim Verbraucherversandhandel bestünden aber wesentliche Besonderheiten im Vergleich zum klassischen Versandkauf. Die Ware werde hier an einen anderen als den „üblichen“ Ort der Übergabe versandt. Hinzu komme, dass eine Abholung beim Verkäufer vertraglich ausgeschlossen, jedenfalls aber von beiden Vertragsparteien nicht gewollt sei. Der (gesetzlichen) Wertung, die die Niederlassung des Verkäufers als üblichen Übergabeort oder den Lageort der Ware als natürlichen Leistungsort ansehe, sei die tatsächliche Grundlage entzogen. Zwar enthalte § 474 Abs 4 BGB keine Regelung des Leistungsorts, die Ausgestaltung der Lieferverpflichtung als Bringschuld sei aber insgesamt betrachtet als interessengerechte Lösung anzusehen. Dafür spreche einerseits die Möglichkeit des Verkäufers, das Transportrisiko im Vergleich zum Käufer günstiger zu versichern (cheapest insurer). Vor allem entspreche die Annahme einer Bringschuld auch den wirtschaftlichen Interessen des Versandhändlers: Beim Verbraucherversandkauf führe die Gegenansicht dazu, dass der Versender bei Verlust nicht nochmals liefern müsse (§ 275 BGB). Wegen § 474 Abs 4 BGB trage er aber die Preisgefahr und erhalte daher keine Gegenleistung. Dagegen müsste der Verkäufer bei einer Bringschuld nochmals leisten und erhalte dafür das Entgelt.<sup>34)</sup>

Indiz für das Vorliegen einer Bringschuld beim Verbraucherversandkauf sei zudem, dass § 474 Abs 4 BGB § 447 BGB nur für den Sonderfall für anwendbar erkläre, dass der Käufer die Versandperson eigenständig beauftrage. Zwar schließe § 474 Abs 4 BGB eine Schickschuld nicht zwingend aus, doch entspreche es jedenfalls im Bereich des Versandhandels mit Verbrauchern der Interessenlage sowie der Verkehrsanschauung, dass der Wohnsitz des Käufers auch der Erfüllungsort sei. Die Gegenauffassung berücksichtige ferner nicht, dass den Parteien durch § 475 Abs 1 BGB die Möglichkeit genommen worden sei, eine Schickschuld mit den Wirkungen des § 447 Abs 1 BGB zu vereinbaren. Wenn sich der Verkäufer unter diesen Umständen dennoch verpflichte, die Ware zu versenden, sei ein Festhalten an einem Erfüllungsort am Schuldnerwohnsitz wenig einleuchtend. Denn der Käufer könne den Gefahren des Versands weder ausweichen, da die Abholung der Ware idR nicht möglich sei, noch könne er das Risiko – anders als der Verkäufer – auf einfache und billige Weise versichern.<sup>35)</sup>

## 2. Der bisherige Meinungsstand in Österreich

Nach *Apathy*<sup>36)</sup> könne die Verpflichtung zur Ablieferung der Ware an den Verbraucher bedeuten, dass

idR der Wohnsitz des Verbrauchers Erfüllungsort sei und es sich somit um eine Bringschuld handle. Vorzuziehen sei nach ihm aber die Auffassung, dass trotz der Gefahrtragung des Verkäufers eine Schickschuld, also eine **qualifizierte Schickschuld** vorliege. Denn aus Art 20 Satz 1 VerbraucherrechteRL und § 7 b KSchG ergebe sich nicht, dass der Unternehmer bei Gattungskäufen nochmals zu leisten habe, wenn die Ware am Transportweg zerstört werde oder untergehe. Dies folge zudem aus ErwGr 51 Satz 3 VerbraucherrechteRL, wonach der „Ort und die Modalitäten der Lieferung [...] weiterhin dem einzelstaatlichen Recht unterliegen und daher von dieser Richtlinie nicht berührt werden“. *Jud*<sup>37)</sup> und *Kolba/Leupold*<sup>38)</sup> meinen hingegen, die Gefahrtragungsregelung in Art 20 VerbraucherrechteRL stelle eine **besondere verschuldensunabhängige Haftung** des Verkäufers dar, wobei uE unklar bleibt, wofür dieser genau zu haften hat.<sup>39)</sup> Wahrscheinlich hätte der Verkäufer seine Pflichten aus dem Kaufvertrag mit der Übergabe der Kaufsache an den Beförderer erfüllt. Die Leistungsgefahr des Verkäufers wäre damit erloschen, die Preisgefahr ginge an den Käufer über. Da Art 20 VerbraucherrechteRL eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers statuiert, müsste der Käufer von der Preisgefahr befreit werden. Der Verkäufer hätte seine Kaufvertragspflichten bereits erfüllt und bräuchte nicht erneut zu liefern.

## 3. Eigene Meinung

Kaufverträge bezwecken – allgemein gesprochen – die Überlassung von Sachen gegen Geld (§ 1053 ABGB). Die Hauptpflicht des Verkäufers besteht in der **Verschaffung von Eigentum** (und „freiem Besitz“<sup>40)</sup>); es handelt sich dabei um eine **Erfolgsverbindlichkeit**. Eigentum an der gekauften Sache erlangt der Käufer aber erst mit dem sachenrechtlich wirksamen Übertragungsakt (**Modus**). Erst mit der Setzung des Modus ist der Kaufvertrag als erfüllt anzusehen.<sup>41)</sup>

Der **Erfüllungsort** kann beim **Kaufvertrag** uE nur dort liegen, wo der Verkäufer dem Käufer das **Eigentum**

33) *Brüggemeier*, Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, VW 2002, 1376 (1386); *Graf von Westphalen* in *Henssler/Graf von Westphalen* (Hrsg.), Praxis der Schuldrechtsreform (2002) § 474 Rz 11; *Borges*, Der Leistungsort (Erfüllungsort) beim Versandhandel, DB 2004, 1815 (insb 1818); *Bittner* in *Staudinger*, BGB (2014) § 269 Rz 12 a; *Krüger* in *Münchener Kommentar zum BGB* II<sup>7</sup> (2015) § 269 Rz 20; *Grüneberg* in *Palandt*, BGB<sup>75</sup> (2016) § 269 Rz 12.

34) *Borges*, DB 2004, 1816 ff.

35) *Krüger* in *MüKoBGB* II<sup>7</sup> § 269 Rz 20.

36) In *Schwimmann/Kodek* (Hrsg.), ABGB-Praxiskommentar V/a<sup>4</sup> (2015) § 7 a KSchG Rz 3.

37) In *Jud/Wendehorst* 125 f.

38) Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 514.

39) So auch *Apathy* in *Schwimmann/Kodek V/a<sup>4</sup>* § 7 a KSchG Rz 3 FN 20.

40) In Wahrheit besteht nur eine Pflicht, die **Innehabung** zu verschaffen, weil der Veräußerer keinen Einfluss darauf hat, ob der Erwerber einen für die Besitzverschaffung nötigen Besitzwillen hat (*Aicher* in *Rummel* [Hrsg.], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> [2000] § 1047 Rz 3; *Spitzer/Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar IV<sup>4</sup> [2014] § 1047 Rz 18; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1047 Rz 3).

41) Vgl *F. Bydliński* in *Klang* IV/2<sup>2</sup> 111, 145; *Ch. Rabl*, Gefahrtragung beim Kauf (2002) 34; *Spitzer/Binder* in *Schwimmann/Kodek* IV<sup>4</sup> § 1047 Rz 15; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III<sup>3</sup>: Schuldrecht, Besonderer Teil (2015) Rz 1/7; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II<sup>14</sup> Rz 740; vgl zum vergleichbaren deutschen Recht etwa *Emmerich*, SchRBT<sup>14</sup> Rz 2/3.

an der Kaufsache **verschafft**. Bei der Holschuld ist dies, wie gesagt, der Sitz des Verkäufers, bei der Bringschuld derjenige des Käufers. Bei der Schickschuld geht nach der allgemeinen Regelung des § 429 ABGB das Eigentum mit der Übergabe an den Beförderer an den Käufer über. Auch in diesem Fall wird Eigentum bereits am Verkäufersitz verschafft. In all diesen Konstellationen liegt der Erfüllungsort also genau dort, wo der sachenrechtlich wirksame Übertragungsakt stattfindet und dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschafft wird.

Anders liegt die Sache beim Verbraucherversendungskauf: Aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 7b Satz 3 KSchG geht das Eigentum idR<sup>42)</sup> erst mit der Ablieferung an den Käufer über. Läge der Erfüllungsort, weil es sich auch beim Versandhandel mit einem Verbraucher um eine Schickschuld handelte, am Sitz des Verkäufers<sup>43)</sup>, müsste wohl angenommen werden, dass der Verkäufer seine Vertragspflichten mit der Übergabe an das Beförderungsunternehmen vollständig erfüllt hätte. Damit käme es aber zu einer dem österr. Recht fremden Aufspaltung in einen Erfüllungsort und einen Erfolgsort. Der Erfüllungsort befände sich am Sitz des Verkäufers, das Eigentum ginge hingegen erst mit Ablieferung an den Käufer über. Kaufverträge werden aber nach einhelliger Auffassung<sup>44)</sup> erst durch Verschaffung des Eigentums an der gekauften Sache erfüllt (**Erfolgsverbindlichkeit**), der Erfolgsort läge damit am Wohnsitz des Käufers. Abweichend von allen anderen denkbaren Varianten käme es beim Verbraucherversendungskauf zu einem Erfüllungsort, an dem mangels Eigentumsverschaffung der Kaufvertrag nicht erfüllt wird. Um einen solchen Systembruch zu vermeiden, liegt es uE nahe, den Erfüllungsort beim Wohnsitz des Verbrauchers anzunehmen.

Bei der „klassischen“ Bringschuld hat der Verkäufer die Kaufsache, wie oben bereits dargelegt, **selbst oder in eigener Verantwortung** (§ 1313 a ABGB) zum Käufer zu befördern. Die Sache wird am Gläubigerwohnsitz übergeben. Die Kosten für die Beförderung trägt jedenfalls der Verkäufer, weil der Erfüllungsort beim Käufer liegt.<sup>45)</sup>

Für das Vorliegen einer Bringschuld spricht zudem, dass den Verkäufer eine Lieferungs- und nicht – wie es für eine Schickschuld typisch ist – bloß eine Absendepflicht trifft.<sup>46)</sup> Art 18 VerbraucherrechteRL schreibt nämlich ausdrücklich eine „**Lieferungspflicht**“ an den Verbraucher vor.<sup>47)</sup> Der Verkäufer muss ihm „*physischen Besitz an den Waren oder die Kontrolle über die Waren*“ übertragen. Mit anderen Worten: **Die Kaufsache ist dem Käufer an seinem Wohnsitz zu übergeben**. Aufgrund der Verpflichtung zur Lieferung kann anders als bei der Schickschuld nach § 429 ABGB nicht die Ansicht vertreten werden, dass für den Verkäufer keine Haftung nach § 1313 a ABGB für den Beförderer besteht, weil er die Ware ja bloß abzusenden hätte.

Die Beförderung für den Versandhändler übernimmt zwar zumeist ein selbständiges Unternehmen (zB Post). Es ist aber im Grundsatz<sup>48)</sup> unstrittig, dass auch selbständige Beförderungsunternehmen dem Verkäufer als Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden können.<sup>49)</sup> **Die Lieferung an den Käufer erfolgt somit in eigener Verantwortung** (§ 1313 a ABGB).

In der Praxis bieten Versandhändler Verbrauchern häufig kostenlosen Versand an, zumindest ab einem bestimmten Mindestbestellwert.<sup>50)</sup> Wie bei der Bringschuld trägt beim Verbraucherversandhandel idR der Verkäufer die Kosten für die Versendung. Müsste dagegen der Käufer für die Transport- oder Portokosten aufkommen, steht dies prima vista im Widerspruch zur Annahme einer Bringschuld.

Doch auch die Annahme einer Schickschuld hilft nicht weiter. Die Übernahme des Aufwands für die Versendung durch den Verkäufer spräche ebenso gegen eine Schickschuld, bei der regelmäßig der Käufer die Versandkosten zu tragen hat.<sup>51)</sup> Ein empirisches Argument, das sich beliebig in beide Richtungen wenden lässt, vermag die hier vertretene Auffassung gewiss nicht zu erschüttern, zumal ja weitere gewichtige Gründe für das Vorliegen einer Bringschuld sprechen.

Selbst wenn der Versandhändler bei einer Bringschuld die Kosten für den Versand zu tragen hat, bedeutet dies nicht, dass dieser endgültig mit diesen Kosten belastet ist. Vielmehr hat er die Möglichkeit, den Aufwand für die Lieferung an den Verbraucher in die Preiskalkulation miteinzubeziehen.

Zuletzt sprechen auch die unterschiedlichen **Rechtsfolgen** für die Annahme einer Bringschuld. Liegt eine Bringschuld vor, müsste der **Versandhändler erneut leisten und erhielt dafür auch den Kaufpreis**. Da der Verkäufer bei der Bringschuld nicht um den Gewinn aus dem Kaufvertrag gebracht wird, entspricht diese Lösung häufig auch seinen Interessen. Bei der Schickschuld hingegen hätte der Unternehmer selbst bei Gattungskäufen nicht nochmals zu leisten, wenn die Ware am Transportweg zerstört wird oder verloren geht.<sup>52)</sup> Da er aber gem § 7b KSchG die Gefahr für den

42) Vereinbaren die Parteien im Vorhinein einen Eigentumsvorbehalt, wird vorerst noch kein Eigentums-, sondern ein Anwartschaftsrecht verschafft. Im Anwendungsbereich des KSchG steht dessen § 7b Satz 3 einem wirksamen einseitigen Eigentumsvorbehalt zweifellos entgegen. Verbraucher sollen „mangels anderer Vereinbarung“ das Eigentum an der (gekauften) Ware zugleich mit dem Gefahrenübergang erwerben. Da § 7b KSchG insofern nur einer vorherigen anderslautenden Vereinbarung weicht, kann ein nachträglich erklärter (einseitiger) Eigentumsvorbehalt die Regelung nicht verdrängen.

43) So *Apathy* in *Schwimann/Kodek V/a<sup>4</sup> § 7 a* KSchG Rz 3.

44) Siehe FN 41.

45) Wenngleich die Beförderungskosten im Falle einer Bringschuld gewiss in die Preiskalkulation des Verkäufers einfließen werden.

46) Vgl *Kietzbl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 905 Rz 15.

47) Vgl *Faber* in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 2012 (2012) 412.

48) Umstritten ist alleine, ob eine Weisungsbefugnis bestehen muss (vgl nur *Kamer* in *KBB<sup>4</sup> § 1313 a* Rz 4 mwN).

49) Dazu allgemein *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil II<sup>2</sup> (1984) 340f; *Kamer* in *KBB<sup>4</sup> § 1313 a* Rz 4; *Welsler/Zöchling-Jud*, BR II<sup>14</sup> Rz 1526; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1313 a Rz 36; *Grundmann* in *MüKoBGB* II<sup>7</sup> § 278 Rz 45; vgl zur Post als Beförderer *Caspers* in *Staudinger*, BGB § 278 Rz 108.

50) Exemplarisch herangezogen werden die drei umsatzstärksten Versandhändler *Amazon*, *Universal* und *Zalando* (vgl *Die Presse*, Online-Shopping: Amazon in Österreich Umsatzführer, [http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4735403/OnlineShopping\\_Amazon-in-Oesterreich-Umsatzfuehrer?from=simarchiv](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4735403/OnlineShopping_Amazon-in-Oesterreich-Umsatzfuehrer?from=simarchiv) [Stand 20. 5. 2015]): Beim größten Versandhändler *Amazon* beträgt der Mindestbestellwert derzeit € 29,-; Bücher können generell ohne Versandkosten gekauft werden. *Universal* liefert versandkostenfrei ab € 75,- Bestellwert. *Zalando* bietet überhaupt kostenlosen Versand an.

51) Siehe oben FN 21.

52) *Leupold*, Das Rücktrittsrecht gem §§ 11 ff FAGG – Überblick und ausgewählte Fragen, wbl 2014, 481 (487 FN 40); *Apathy* in *Schwimann/Kodek V/a<sup>4</sup> § 7 a* KSchG Rz 3.

Verlust der Ware trägt, erhalte er diesfalls nicht den Kaufpreis. Das wirtschaftliche Risiko liegt demnach beim Verkäufer. Neben den systematischen und rechtsökonomischen Argumenten spricht auch die typische Interessenlage beider Vertragsparteien für die Bringschuld.

#### D. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse

1. Der Erfüllungsort liegt beim Kaufvertrag dort, wo der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschafft.

2. Art 18 VerbraucherrechteRL schreibt ausdrücklich eine „Lieferungspflicht“ an den Verbraucher vor. Der Verkäufer muss ihm „*physischen Besitz an den*

*Waren oder die Kontrolle über die Waren*“ übertragen. Da den Verkäufer, wie erwähnt, eine Lieferungs- und nicht bloß eine Absendepflicht wie bei einer Schickschuld trifft, ist von einer Bringschuld auszugehen.

3. Der Verkäufer kann das Transportrisiko im Vergleich zum Käufer günstiger versichern. Durch den Abschluss einer billigeren Versicherung wird der gemeinsame Nutzen ganz evident maximiert.

4. Geht die Ware am Transportweg verloren, muss der Versandhändler erneut leisten und erhält dafür auch den Kaufpreis. Der Verkäufer wird bei der Bringschuld nicht um den Gewinn aus dem Kaufvertrag gebracht. Der Käufer erhält die Kaufsache und muss sich nicht um etwaigen Ersatz umsehen. Er erhält genau das, was er von Anfang an wollte.

#### → In Kürze

Beim Verbraucherversendungskauf liegt eine Bringschuld vor, weil der Verkäufer den Kaufvertrag erst mit der Eigentumverschaffung am Wohnsitz des Käufers (Verbrauchers) erfüllt und den Verkäufer nach Art 18 VerbraucherrechteRL eine Lieferungspflicht trifft.

#### → Zum Thema

##### Über die AutorInnen:

Mag. Christoph Kronthaler ist Universitätsassistent im Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.  
Tel: +43 (0)662 8044-3305,  
E-Mail: christoph.kronthaler@sbg.ac.at

Andrea Schwangler, LL. M. (WU), ist Universitätsassistentin im Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.  
Tel: +43 (0)662 8044-3306,  
E-Mail: andrea.schwangler@sbg.ac.at

Kontaktadresse: Universität Salzburg, Churfürststraße 1, 5020 Salzburg.  
Fax: +43 (0)662 8044-165,  
Internet: www.uni-salzburg.at

#### Von denselben AutorInnen erschienen:

*Kronthaler/Schwangler*, Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 249.

##### Literatur:

*Borges*, Der Leistungsort (Erfüllungsort) beim Versandhandel, DB 2004, 1815; *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009); *Kozioł-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2014); *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V/a<sup>4</sup> (2015) § 7 a KSchG Rz 3.

#### → Literatur-Tipp



Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON

##### MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100  
Fax: (01) 531 61-455  
E-Mail: bestellen@manz.at  
Besuchen Sie unseren Webshop unter  
www.manz.at

