

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) geschlossene Verträge

1. über den Kauf von Waren – das sind bewegliche körperliche Sachen – einschließlich solcher, die noch herzustellen sind, sowie
2. über die Bereitstellung digitaler Leistungen
 - a) gegen eine Zahlung oder
 - b) gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten des Verbrauchers, es sei denn, der Unternehmer verarbeitet diese ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Leistungen oder zur Erfüllung von rechtlichen Anforderungen.

(2) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Verträge über

1. den Kauf lebender Tiere,
2. Dienstleistungen, die keine digitalen Dienstleistungen sind, auch wenn der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln,
3. elektronische Kommunikationsdienste im Sinn von Art. 2 Z 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 321 vom 17. 12. 2018 S. 36, ausgenommen nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste im Sinn von Art. 2 Z 7 dieser Richtlinie,
4. Gesundheitsdienstleistungen im Sinn von Art. 3 lit. a der Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. Nr. L 88 vom 4. 4. 2011 S. 45,
5. Glücksspieldienstleistungen, die elektronisch oder mit einer anderen Kommunikationstechnologie auf individuellen Abruf des Verbrauchers erbracht werden und einen geldwerten Einsatz erfordern, wie Lotterien, Kasinospiele, Pokerspiele und Wetten, einschließlich Spielen, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzen,
6. Finanzdienstleistungen im Sinn von Art. 2 lit. b der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an

Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. Nr. L 271 vom 9. 10. 2002 S. 16,

7. Software, die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quell-offenen Lizenz anbietet, sofern der Verbraucher keine Zahlung leistet und die vom Verbraucher hingegebenen personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität dieser speziellen Software verarbeitet werden,
8. die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn diese der Öffentlichkeit auf eine andere Weise als durch Signalübermittlung als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung, wie etwa einer digitalen Kinovorführung, zugänglich gemacht werden,
9. digitale Inhalte, die gemäß der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. Nr. L 345 vom 31. 12. 2003 S. 90, von öffentlichen Stellen bereitgestellt werden,
10. Waren, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden.

(3) § 7 gilt auch für Verträge nach Abs. 1, die zwischen zwei Unternehmern geschlossen werden.

IdF BGBl I 2021/175

Literatur: *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band VII², Leasing, Factoring und Forfaitierung (2015); *Auer*, Digitale Leistungen, ZfPW 2019, 130; *Augenhofer*, Das Gewährleistungsrecht in Österreich und Deutschland als Beispiele für eine holprige Harmonisierung des europäischen Kaufrechts, JBl 2019, 2; *Bülow*, Ein neugefasster § 13 BGB – überwiegende Zweckbestimmung, WM 2014, 1; *P. Bydliński*, Das hohe Verbraucherschutzniveau und die Zweifelsregel des § 344 UGB: legitime Auslegungsmittel bei Streitigkeiten aus Verbraucher- und Dual-Use-Geschäften, RdW 2017, 13; *W. Faber*, Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil I), VbR 2020, 4; *W. Faber*, Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG, ÖJZ 2022, 123; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing (1995); *J. W. Flume*, Digitale Leistungen, ÖJZ 2022, 137; *Grünberger*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018) 213; *Herresthal*, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695; *Kogler*, Digitale Leistungen und Waren gegen Zahlung mit Bitcoin – Anwendbarkeit des VGG? *ecolex* 2022, 27; *E. A. Kramer*, Juristische Methodenlehre⁶ (2019); *Krejci*, Zivilrechtsfragen zum Leasinggeschäft, in *Egger/Krejci* (Hrsg), Das Leasinggeschäft (1987) 1; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013); *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzes, RdW 2017, 614; *Kronthaler/Schwangler*, Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein? RdW 2016, 249; *Kumka*, Herausforderungen eines

Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, ZfPW 2020, 306; *Metzger*, Dienste gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016) 817; *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform? JZ 2019, 577; *Mischau*, The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law, EuCML 2022, 6; *Pfeiffer*, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr – Die Änderungen des AGB-Gesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1999, 169; *Reich/Micklitz* in Reich et al (Hrsg), European Consumer Law² (2014); *Reischauer*, Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in FS 200 Jahre ABGB, Band I (2011) 577; *Schmitt*, Das neue Gewährleistungsrecht ab 2022: Digitale Leistungen und mehr, jusIT 2021, 179; *Stabentheiner*, Ein Überblick über das Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, VbR 2021, 188; *Stabentheiner*, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ 2021, 965; *Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts, ÖJZ 2022, 99; *Welser*, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz 193; *Zebentmayer*, Die Verbrauchereigenschaft bei „Dual-use-Geschäften“, JBl 2016, 614.

Zum Richtlinienrecht: *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Gewährleistungsrecht 33; *Sein/Spindler*, The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply (Part 1), ERCL 15 (2019) 257; *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115.

Zur Umsetzung in anderen MS: *Kramme*, Vertragsrecht für digitale Produkte – Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD i 2021, 20; *Mayer/Möllnitz*, Gewährleistung für „smarte“ Produkte nach Umsetzung der Digitale Inhalte- und Warenkauf-Richtlinien, RD i 2021, 333; *Riehm/Abold*, Rechtsbehelfe von Verbrauchern bei Verträgen über digitale Produkte – Einführung in das neue Gewährleistungsrecht für die Digitalisierung, CR 2021, 530; *Spindler*, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, MMR 2021, 451; *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147; *Wendehorst*, Die neuen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln – ein Schritt in Richtung unserer digitalen Realität, JZ 2021, 974; *Wendehorst*, Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, NJW 2021, 2913.

RL-Text und Materialien



Art 3 WKRL; Art 3 Dirl
ErwGr 12–23 WKRL; ErwGr 16–40 Dirl
ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 12ff

Inhaltsübersicht	Rz
I. Überblick	1
II. Persönlicher Geltungsbereich	2
1. Verbraucherverträge	2
2. Dual-use-Geschäfte	9
a. Vorgaben der WKRL und DIRL	9
b. Bisherige Behandlung von Dual-use-Geschäften in Österreich	10
3. Gründungsgeschäfte	16
III. Sachlicher Geltungsbereich	18
1. Verträge über den Kauf von Waren	18
2. Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen	23
a. Systematischer Regelungsansatz	23
b. Erster Regelungsbereich: Bereitstellung digitaler Leistungen gegen Zahlung (§ 1 Abs 1 Z 2 lit a VGG)	25
c. Zum engen Preisbegriff der WKRL und dem weiten Preisbegriff der DIRL	27
d. Digitaler Tausch	32
e. Sonderfall: Computerprogramme und Computerspiele	34
f. Erwerb und Einsatz von Kryptowährungen als Entgelt	35
g. Zweiter Regelungsbereich: Datenfinanzierte Geschäftsmodelle (§ 1 Abs 1 Z 2 lit b VGG)	36
IV. Ausnahmen vom Geltungsbereich (Abs 2)	37
1. Kauf lebender Tiere (Z 1)	39
2. Dienstleistungen, die keine digitalen Dienstleistungen sind (Z 2)	45
3. Elektronische Kommunikationsdienste (Z 3)	47
4. Gesundheitsdienstleistungen (Z 4)	49
a. Personaler Anwendungsbereich: Angehörige von Gesundheitsberufen	51
b. Richtlinienkonforme einschränkende Auslegung von Z 4	52
5. Glücksspieldienstleistungen (Z 5)	53
6. Finanzdienstleistungen (Z 6)	55
7. Software mit freier und quelloffener Lizenz (Z 7)	56
8. Bereitstellung digitaler Inhalte als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung (Z 8)	60
9. Bereitstellung digitaler Inhalte von öffentlichen Stellen (Z 9)	63
10. Verkauf von Waren im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen (Z 10)	65
V. Aktualisierungspflicht in B2B-Geschäften (Abs 3)	67

I. Überblick

- 1 § 1 regelt, den Vorgaben in Art 3 WKRL und Art 3 DIRL entsprechend, den **Geltungsbereich des VGG**.

Abs 1 bestimmt neben dem **persönlichen Geltungsbereich** (Rz 2 ff), welche Arten von Verträgen sachlich vom VGG erfasst werden (**sach-**

licher Geltungsbereich, Rz 18 ff; zum zeitlichen Geltungsbereich → § 29 VGG Rz 2 ff). In **Abs 2** werden Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des VGG statuiert. **Abs 3** erstreckt die Aktualisierungspflicht des Unternehmers bei digitalen Leistungen (vgl Art 8 Abs 2 und DIRL) sowie bei Waren mit digitalen Elementen (vgl Art 7 Abs 3 und WKRL) auch auf Verträge nach Abs 1, die zwischen zwei Unternehmern abgeschlossen werden (dazu → § 7 VGG Rz 53 ff).¹

II. Persönlicher Geltungsbereich

1. Verbraucherverträge²

Das VGG findet gem § 1 Abs 1 nur auf bestimmte³ zwischen **Unternehmern und Verbrauchern** geschlossene Verträge Anwendung (**persönlicher Geltungsbereich**).⁴ Durch das Klammerzitat im Einleitungssatz des Abs 1 wird klargestellt, dass auch für das VGG der **Verbraucherbegriff des § 1 KSchG** maßgeblich ist.⁵

Ein zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossener Vertrag (**Verbrauchervertrag** oder B2C-Vertrag) liegt demnach vor, wenn daran „einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört“ (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) und „andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft“ (§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG) beteiligt ist.

Der **Unternehmerbegriff** in § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist **enger** als jener in § 1 Abs 1 UGB („Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt“). Der Unternehmer muss nämlich ein Rechtsgeschäft abschließen, das „zum Betrieb seines Unternehmens gehört“. Das **KSchG** setzt also, um es deutlicher zu formulieren, den Abschluss eines – einseitig – „**unternehmensbezogenen Geschäfts**“ iSd § 343 Abs 2 UGB voraus.⁶ Darunter

1 Die Erstreckung der Aktualisierungspflicht auf die gesamte Vertragskette ist mE ausdrücklich zu begrüßen, weil dadurch die Aktualisierungspflicht des Einzelhändlers gegenüber dem Verbraucher deutlich effektiviert wird.

2 Dazu bereits ausführlich *Kronthaler* in GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 28 f, 37 ff.

3 Zu den vom sachlichen Geltungsbereich des VGG erfassten Verträgen noch ausführlich unten Rz 18 ff.

4 Statt aller *W. Faber*, VbR 2020, 4.

5 ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 12.

6 *Kronthaler* in GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 29.

sind – in Übereinstimmung mit § 1 Abs 1 Z 1 KSchG – „alle Geschäfte eines Unternehmers“ zu verstehen, „die zum Betrieb seines Unternehmens gehören“. Nach den Materialien zum KSchG⁷ sollen für die Formel „zum Betrieb ... gehören“ im HGB (heute: UGB) und im KSchG dieselben Grundsätze gelten.

- 4 Verträge zwischen zwei Verbrauchern (**Privatgeschäfte**) oder zwischen zwei Unternehmern (**Unternehmergeschäfte** oder beidseitig unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte) fallen nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des VGG.⁸ Aus dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes ergibt sich außerdem, dass nur solche Verträge iSv Abs 1 vom Geltungsbereich erfasst sind, „bei denen der **Unternehmer** als **Anbieter** (also als Verkäufer oder Bereitsteller) und der **Verbraucher** als **Nachfrager** (also als Käufer oder als Bezieher oder Nutzer) auftritt“.⁹
- 5 Anders als bspw in Deutschland¹⁰ fehlt es in Österreich an einer positiven gesetzlichen Umschreibung des Begriffs „Verbraucher“. Der historische Gesetzgeber des KSchG¹¹ hat sich stattdessen einer **negativen Begriffsdefinition** bedient: **Verbraucher** ist derjenige, für den das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.¹² Dieses Begriffsverständnis stimmt mit den Vorgaben in ErwGr 22 Satz 1 WKRL und ErwGr 17 Abs 1 DIRL überein. Als maßgeblicher **Beurteilungszeitpunkt** für das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft gilt der Abschluss des Rechtsgeschäfts.¹³
- 6 Bei der Beantwortung der Frage, ob jemand als Verbraucher agiert, muss geprüft werden, ob das fragliche Rechtsgeschäft **zum Betrieb des Unter-**

7 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 16.

8 ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 12.

9 ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 12 (Hervorhebungen nicht im Original); vgl auch *Stabentheiner*, ÖJZ 2021, 968.

10 „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“ (§ 13 BGB).

11 ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 17: „Der Begriff des Verbrauchers wird dem des Unternehmers entgegengesetzt“.

12 *Welser* in Krejci, HBzKSchG 195; *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 4; vgl auch OGH 8 Ob 9/81 SZ 54/58.

13 *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1176; *Apathy/Frössel* in Schwimann/Kodek IX⁵ § 1 KSchG Rz 4; RIS-Justiz RS0120082; aus unternehmensrechtlicher Perspektive etwa *Kerschmer* in Artmann, UGB I³ § 343 Rz 25.

nehmens gehört oder nicht.¹⁴ Schließt ein Unternehmer ein Rechtsgeschäft ab, das 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, die an sich ohne Zweifel als Unternehmerin zu qualifizieren ist, nicht zum Betrieb ihres Unternehmens.¹⁶

Da sich die „Betriebszugehörigkeit“ eines Rechtsgeschäfts in der Praxis nicht immer auf den ersten Blick feststellen lässt, muss nach hA¹⁷ derjenige, der Verbraucherschutz für sich in Anspruch nehmen will, behaupten und beweisen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Damit würde der **Verbraucher** die volle **Behauptungs- und Beweislast** tragen. Die hA¹⁸ macht davon bloß dann eine Ausnahme, wenn jemand **erkennbar nicht als Unternehmer auftritt**. In diesem Fall soll es dem Unternehmer obliegen, die Verbrauchereigenschaft seines Vertragspartners zu widerlegen.

Inwieweit die bisher angenommene Beweislastverteilung noch allgemeine Gültigkeit besitzt, ist mit *Kathrein/Schoditsch*¹⁹ seit dem *Faber*-Urteil des EuGH²⁰ mehr als fraglich. Für den Anwendungsbereich der VGKRL hat der EuGH ausdrücklich klargestellt, 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

14 Vgl *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 9; *Apathy/Frössel* in Schwimann/Kodek IX⁵ § 1 KSchG Rz 8, 11; OGH 7 Ob 515/82 SZ 55/157; RIS-Justiz RS0065241.

15 ZB *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 9.

16 Vgl *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 24 und *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 52 (jeweils unter Berufung auf eine Entscheidung des LGZ Wien).

17 *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 4, 44; *Apathy/Frössel* in Schwimann/Kodek IX⁵ § 1 KSchG Rz 3; RIS-Justiz RS0065264.

18 *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 4; *Kosesnik-Wehrle* in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 1 Rz 13; OGH 3 Ob 578/90 JBl 1991, 253; vgl auch RIS-Justiz RS0062319.

19 In KBB⁶ § 1 KSchG Rz 6; zust *Kronthaler* in GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 40.

20 EuGH 4.6.2015, Rs C-497/13, *Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*, ECLI:EU:C:2015:357.

kann“. Nicht erforderlich sei hingegen, dass sich der Verbraucher ausdrücklich auf seine Verbrauchereigenschaft beruft.²¹

2. Dual-use-Geschäfte²²

a. Vorgaben der WKRL und DIRL

- 9 Nach **ErwGr 22 Satz 2 WKRL** und **ErwGr 17 Satz 2 DIRL** steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, festzulegen, ob bei „**Verträgen mit doppeltem Zweck**“, also in den Fällen, dass ein Vertrag teilweise für gewerbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke geschlossen wird, ein Verbrauchergeschäft vorliegt oder nicht. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass „der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist“. Überwiegt bei einem Dual-use-Geschäft der gewerbliche Zweck, sollen die verbraucherschützenden Regelungen der WKRL und DIRL nicht zur Anwendung gelangen. Davon abgesehen sollen die Mitgliedstaaten über die Einordnung von Verträgen mit doppelter Zweckbestimmung entscheiden können.

Die WKRL und die DIRL rücken – ohne nähere Begründung – vom Konzept der VRRL und der WIKRL (s dazu noch unten Rz 14) ab, wonach die Verbrauchereigenschaft bei Dual-use-Geschäften – zwingend – erst bei Überwiegen des gewerblichen Zwecks zu verneinen ist. Daran wurde in der Literatur mit Recht Kritik geübt²³ und zT²⁴ auch gefordert, dass sich der österr Gesetzgeber mit der Frage der Dual-use-Geschäfte befassen solle. Das ist im Zuge der Umsetzung nicht geschehen. Die Frage der Dual-use-Geschäfte ist vielmehr ungeregelt geblieben.

b. Bisherige Behandlung von Dual-use-Geschäften in Österreich

- 10 Gibt es **Zweifel** darüber, ob jemand einen Vertrag als Unternehmer für seinen Betrieb (§ 343 Abs 2 UGB) oder aber für private Zwecke, also

21 EuGH 4.6.2015, Rs C-497/13, *Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV*, ECLI:EU:C:2015:357 Rz 46, 48; idS auch EuGH 21.4.2016, Rs C-377/14, *Ernst Georg Radlinger/Finway a. s.*, ECLI:EU:C:2016:283 Rz 71.

22 Dazu bereits *Kronthaler* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 43 ff.

23 *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 117.

24 *Kodek/Lenpold*, Gewährleistung 10f.

als Verbraucher (s oben Rz 5), abschließt, so zieht die hA²⁵ § 344 UGB analog heran. Nach dieser Bestimmung gelten die „von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte ... im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig“.

Nach der Rsp²⁶ kommt die Analogie zu § 344 UGB vor allem dann zum Tragen, wenn eine eindeutige Zuordnung eines Rechtsgeschäfts zum privaten oder zum unternehmerischen Bereich nicht möglich ist oder das abgeschlossene Rechtsgeschäft sowohl im privaten als auch im Interesse des Unternehmens liegt, also bei **Dual-use-Geschäften**.

Die Anwendung verbraucherschutzrechtlicher Regelungen bei Dual-use-Geschäften wurde lange Zeit über abgelehnt.²⁷ In einigen jüngeren E²⁸ zur „Dual-use-Problematik“ hat sich der OGH allerdings auf das Urteil des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa AG*²⁹ zum Verbrauchergerichtsstand berufen, in dem auf das Kriterium der „Nebensächlichkeit“ abgestellt wurde: Eine Person könne sich nicht auf die im EuGVÜ (nunmehr: EuGVVO) 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“.

Nach Auffassung des OGH³⁰ sollen die Überlegungen des EuGH gleichermaßen auch für das materielle Verbraucherschutzrecht gelten, zumal sie im Einklang mit der Wertung des österr Gesetzgebers stünden, dass „gemäß § 344 UGB von einem Unternehmer vorgenommene Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig

11

25 *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 4, 32; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1179; RIS-Justiz RS0062319; RS0065326. Ablehnend *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 51 ff; *Kerschner* in Artmann, UGB I³ § 344 Rz 11; *Kronthaler/Schwangler*, RdW 2016, 250 f; *Kronthaler*, RdW 2017, 616 f.

26 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.

27 *Welser* in *Krejci*, HBzKSchG 200; *Krejci* in Rummel II/4³ § 1 KSchG Rz 23; vgl auch OGH 4 Ob 135/01h MietSlg 53.239; 4 Ob 121/19a (insoweit unveröffentlicht); RIS-Justiz RS0115515.

28 OGH 5 Ob 113/09t wbl 2010, 308; 7 Ob 94/14w JBl 2016, 588; zust etwa *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1179 und *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁶ § 1 KSchG Rz 4.

29 EuGH 20.1.2005, Rs C-464/01, *Gruber/Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32.

30 OGH 7 Ob 94/14w JBl 2016, 588.

gelten“. Da dem europäischen Zivilprozessrecht aber richtigerweise ein **eigenständiger Verbraucherbegriff** zugrunde liegt,³¹ ist die Übernahme der Judikatur des EuGH zum Verbrauchergerechtsstand ins materielle Recht verfehlt.³²

- 12 Die Vermutungsregel des § 344 UGB kann nach stRsp³³ nur durch den Nachweis widerlegt werden, dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft nach „**objektiven Kriterien**“, also nach der Verkehrsauffassung³⁴, „ein Privatgeschäft war und dieser **private Charakter dem Vertragspartner auch erkennbar war**“.³⁵ Darauf kann es aber jedenfalls dann nicht ankommen, wenn dem Unternehmer das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts trotz eines gegenteiligen äußeren Anscheins tatsächlich bekannt war.³⁶
- 13 Die analoge Anwendung von § 344 UGB auch im Bereich des Verbraucherschutzrechts ist in der Literatur³⁷ zunehmend auf Kritik gestoßen: Es wird einerseits mit Recht darauf hingewiesen, dass die unternehmens- und die verbraucherschutzrechtlichen Regelungen ganz unterschiedliche

31 *Bülow*, WM 2014, 2 ff; *Reich/Micklitz* in Reich et al, European Consumer Law² 52 f; SA *Cruz Villalón* 23.4.2015, C-110/14, *Costea/SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:271 Rz 41.

32 *Kronthaler/Schwangler*, RdW 2016, 250; *Kronthaler*, RdW 2017, 616; zust *Zehentmayer*, JBl 2016, 614; idS auch *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14. Aus Sicht des deutschen Rechts etwa *Micklitz* in MüKo-BGB I⁹ § 13 Rz 53.

33 OGH 2 Ob 503/94 EvBl 1994/151, 738; RIS-Justiz RS0062319. Ebenso zB *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 314. Krit dazu *Kerschner* in Artmann, UGB I³ § 344 Rz 9.

34 Auf die subjektive Wahrnehmung des Vertragspartners kommt es nicht an. Beurteilungsmaßstab ist vielmehr die – freilich nur hypothetische – Zuordnung des Rechtsgeschäfts durch einen unbeteiligten, maßgerechten Verkehrsteilnehmer aus Sicht ex ante (vgl *P. Bydlinski*, RdW 2017, 15 Fn 17).

35 Hervorhebungen nicht im Original. Zutr gegen diese Judikatur *Kerschner* in Artmann, UGB I³ § 344 Rz 9 und *Vonkilch* in Zib/Dellinger, UGB IV § 344 Rz 7; vorsichtig idS *Kronthaler*, RdW 2017, 618.

36 *Kerschner* in Artmann, UGB I³ § 344 Rz 10.

37 *Mayrhofer/Nemeth* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 51 ff; *Kerschner* in Artmann, UGB I³ § 344 Rz 11; *Kronthaler/Schwangler*, RdW 2016, 250 f; *Kronthaler*, RdW 2017, 616 f; *Vonkilch* in Zib/Dellinger, UGB IV § 344 Rz 8 f; krit in Bezug auf Dual-use-Geschäfte auch *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 f; *Augenhofer*, JBl 2019, 3 f. Auch in Deutschland steht der Analogieschluss zu § 344 HGB mittlerweile deutlich in der Kritik (vgl dazu ua *Pfeiffer*, NJW 1999, 173 f; *Herresthal*, JZ 2006, 699; *K. Schmidt* in MüKo-HGB V⁴ § 344 Rz 17; *Micklitz* in MüKo-BGB I⁹ § 14 Rz 34).