

Praxisprobleme des FAGG

HR Dr. Wilma Dehn, Wien

Übersicht:

I. Einleitung	1
II. Anwendungsbereich	3
A. Persönlicher Anwendungsbereich	3
1. Unternehmer	3
2. Verbraucher	3
3. Umgekehrte Rollenverteilung	4
4. Beurteilungszeitpunkt	6
B. Sachlicher Anwendungsbereich	6
1. Welche Vertragsarten?	6
2. Fernabsatzgeschäft	8
3. Auswärtsgeschäft	9
4. Ausnahmen	11
III. Informationspflichten	14
A. Inhalt und Art der Informationserteilung	14
B. Worüber ist zu informieren?	14
C. Wie ist zu informieren?	15
IV. Rücktrittsrecht	18
A. Rücktrittsfrist	18
B. Zu den Rechtsfolgen des Rücktritts	18

I. Einleitung

Haben Sie schon Bücher bei Amazon gekauft? Ihren letzten Flug über das Internet gebucht? Telefonisch die Handwerker gerufen? Vielleicht haben Sie sich auch schon auf einer Messe oder auf der Straße ansprechen lassen und ein Küchengerät gekauft oder ein Spendenabo unterschrieben? Die Situationen haben alle eines gemeinsam: Der Verbraucher befindet sich nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmers. Dies birgt typischerweise zwei Gefahrenpotenziale:

- Es liegt eine Situation vor, in der er weder die Ware sehen noch den Unternehmer dazu von Angesicht zu Angesicht befragen kann. Daraus resultiert die mangelnde Überprüfbarkeit der Sache, das Fehlen einer Beratung, oft unklare Zahlungs- oder Lieferbedingungen und die Gefahr einer übereilten Bestellung. Wir sprechen von einem Distanz- oder Fernabsatzgeschäft (Fernabsatzvertrag, FAV).

- Es liegt eine Situation vor, in der der Verbraucher typischerweise nicht mit einem Geschäftsabschluss rechnen muss, weil er sich nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmers befindet, deshalb situativ unterlegen ist und vom Unternehmer leicht psychischem Druck ausgesetzt werden kann. Diese Geschäfte galten bisher als Haustürgeschäfte, jetzt werden sie als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (AGV) oder Auswärtsgeschäfte bezeichnet und erfassen auch Fälle, in denen der Verbraucher das Geschäft selbst angebahnt hat.

Beide Vertriebsformen waren schon Gegenstand der RL 85/577/EWG zum Haustürgeschäft und 97/7/EG über den Fernabsatz (umgesetzt im KSchG). Ihre Regelungen wurden aber inhaltlich erweitert, vereinheitlicht und in der **Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU** zusammengeführt. Der für Fern- und Auswärtsgeschäfte vorgesehene Verbraucherschutz folgt dabei dem bekannten Modell, wonach zum Ausgleich des typischen Informations- und Machtgefälles zwischen Unternehmer und Verbraucher eine wohlinformierte und selbstbestimmte Entscheidung des Verbrauchers gewährleistet werden soll (Informationsmodell).¹ Dies erfolgt für Fern- und Auswärtsgeschäfte zum einen für die Phase *vor* dem Geschäftsabschluss durch umfassende Informationspflichten, zum anderen für die Phase *nach* dem Geschäftsabschluss (*cooling-off-period*) durch ein Widerrufsrecht des Verbrauchers (s nun §§ 4 ff FAGG; §§ 11 ff FAGG).

Darüber hinaus sieht die RL ganz allgemein, dh von der Vertriebsform unabhängig, einen Katalog von Informationspflichten für das Verbrauchergeschäft vor und enthält einige schuldrechtliche Regelungen für das Verbrauchergeschäft. Auf sie gehe ich in diesem Rahmen nicht ein. Hervorzuheben ist aber, dass es sich bezüglich der hier besprochenen Bestimmungen für Fern- und Auswärtsgeschäfte um eine **vollharmonisierte RL** (Art 4) handelt, dh dass die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der RL grundsätzlich nicht abweichen dürfen, und zwar weder zulasten noch zum Vorteil des Verbrauchers. Damit soll – wenn man die zahlreichen Ausnahmen außer Acht lässt – theoretisch ein einheitliches europäisches Verbraucherschutzniveau erreicht werden. Die **nationale Umsetzung** erfolgte mit dem Verbraucherrechte-RL-Umsetzungsg (**VRUG**), BGBl I 2014/33, das am 13. 6. 2014 in Kraft getreten ist. Sein Kernstück stellt das neue **FAGG**, das Fern- und AuswärtsgeschäfteG, dar, in dem das 2-Säulen-Modell **Information** und **Rücktrittsrecht** für den Fernabsatz und für Auswärtsgeschäfte eingeführt wurde. Ich möchte für diesen Vortrag drei praktisch nicht unwichtige Problemkreise herausgreifen:

- den Anwendungsbereich des FAGG,
- die Informationspflichten bezüglich des Rücktrittsrechts,
- die Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts bei Verletzung der Informationspflichten.

¹ S Dehn, Allgemeine Informationspflichten nach Art 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, in *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 41 f.

II. Anwendungsbereich

Nach seinem § 1 Abs 1 gilt das FAGG für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte) zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG).

A. Persönlicher Anwendungsbereich

Mit dem Verweis auf § 1 KSchG gilt das FAGG für Unternehmer und Verbraucher, wie sie nach nationalem Recht bekannt sind. Nur kurz einige Eckdaten zu diesen Normadressaten:

1. Unternehmer

Unternehmer ist jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG). Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, ohne dass es auf eine bestimmte Betriebsgröße, ein Mindestkapital, eine Gewinnerzielungsabsicht oder einen Mindestgrad an unternehmerischer Organisation anzukommen hätte. Die Einstiegsschwelle in die Unternehmereigenschaft ist also sehr gering, die neuen Rechts- und insbesondere die Informationspflichten können daher gerade auch für Klein- und Kleinstunternehmer eine gewisse bürokratische – und auch überraschende – Hürde sein.

Hinsichtlich der **Rechtsform** ist zu differenzieren, ob die Unternehmereigenschaft bereits durch die Rechtsform vermittelt wird (AG, GmbH, Genossenschaften ua, s § 2 UGB) oder nur durch eine tatsächliche unternehmerische Tätigkeit (zB OG, KG, Verein, Privatstiftung,² Wohnungseigentümergeinschaft iSd § 18 WEG). Auch eine nichtunternehmerisch tätige GmbH & Co KG oder ein Verein kann daher zu befehlen sein und ein Rücktrittsrecht haben.

Bestandgeber sind nach der Rsp dann als Unternehmer anzusehen, wenn sie – als Richtwert – fünf oder mehr Objekte in Bestand geben und dritte Personen dafür beschäftigen,³ weil in solchen Fällen von der Notwendigkeit einer professionellen Verwaltung auszugehen sein wird. Dies ist auch für das FAGG beachtlich: § 1 Abs 2 Z 7 FAGG nimmt zwar die Vermietung von Wohnraum, nicht aber sonstiger Räumlichkeiten, zB Garagenplätze, Hobbyräume oder Kellerabteile, von seinem Anwendungsbereich aus.

2. Verbraucher

Anders als nach Art 2 Abs 1 RL können nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen mangels eines Unternehmens Verbraucher sein. Liegt in dieser Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs nicht ein Verstoß gegen das Vollharmonisierungsprinzip? Nein, weil *juristische* Personen, die (noch) nicht unternehmerisch tätig sind, zB NGOs oder Gründungsunternehmen, gar

² S aber auch 6 Ob 240/11d (zum Verbraucherbegriff der Klausel-RL); *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ § 1 KSchG Rz 2.

³ 5 Ob 155/10w; 2 Ob 154/12d; RIS-Justiz RS0065317.

nicht Regelungssubjekt der RL sind. Insofern besteht aber ein nationaler Spielraum, wie dies auch ErwGr 13 ausdrücklich festhält.

Auch die sogenannten **Gründungsgeschäfte natürlicher Personen** – also Geschäfte, die vor Aufnahme des Unternehmensbetriebes zur Schaffung der Voraussetzungen dafür getätigt werden – gelten wegen der typischerweise noch fehlenden Geschäftserfahrung des werdenden Unternehmers noch als Verbrauchergeschäfte (§ 1 Abs 3 KSchG).

Gemischte Geschäfte, dh solche, die zum Teil zur Privat-, zum Teil zur Unternehmenssphäre gehören (dual use), zählt der OGH zu Unternehmerngeschäften, sofern der gewerbliche Zweck „nicht nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt“.⁴ Diese Rechtsprechung bedarf jedoch einer neuen Akzentuierung, weil nach ErwGr 17 der RL eine Person auch dann als Verbraucher betrachtet werden soll, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags „nicht überwiegend“ ist.⁵

3. Umgekehrte Rollenverteilung

Gilt das FAGG auch, wenn ein Verbraucher am Flohmarkt die Fundstücke vom Dachboden einem Altwarenhändler verkauft?⁶ Die **Definition in § 1 Abs 1 FAGG differenziert** diesbezüglich **nicht** („... gilt für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge [Fern- und Auswärtsgeschäfte] zwischen Unternehmern und Verbrauchern“). Auch der Geltungsbereich der Verbraucherrechte-RL unterscheidet nicht danach, ob der Unternehmer oder der Verbraucher die vertragstypische Leistung erbringt. Nach Art 3 Abs 1 RL gilt die Richtlinie vielmehr „unter den Bedingungen und in dem Umfang, wie sie in ihren Bestimmungen festgelegt sind, für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden“, ohne dass den materiellen Bestimmungen eine explizite Einschränkung auf Verträge mit vertragsspezifischer Leistung des Unternehmers zu entnehmen wäre. Derartiges geht auch nicht aus den Erwägungsgründen hervor (s zB ErwGr 8).

Möglicherweise war dieser Aspekt für den RL-Gesetzgeber aber so selbstverständlich, dass er deshalb keinen Niederschlag im RL-Text fand. Dafür spricht zunächst das gesamte materielle Normenkonzept des FAGG, den Verbraucher durch Information und durch die Möglichkeit des Vertragsrücktritts vor uninformierten oder unüberlegten Vertragsabschlüssen zu schützen. Dementsprechend werden die vorvertraglichen Informationspflichten des 2. Abschnitts eindeutig und ausschließlich dem Unternehmer auferlegt (§ 4 Abs 1 FAGG). Das im 3. Abschnitt ausgestaltete Rücktrittsrecht wird schon nach dem Wortlaut des § 11 Abs 1 FAGG nur dem Verbraucher eingeräumt. Der Fristbeginn knüpft bei

⁴ 4 Ob 135/01h; 7 Ob 22/04t; 6 Ob 238/10h; 6 Ob 93/12p. S auch RIS-Justiz RS0065326.

⁵ S dazu auch *Lurger*, Widerrufsrechte, in *P. Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 53 (61 f); *Wendehorst*, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in *FS Griss* (2011) 717 (723); *Unger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung, *ZEuP* 2012, 270 (276 f). Strenger dagegen zB noch *EuGH C-464/01, Gruber* („negligible“).

⁶ Zur umgekehrten Rollenverteilung s auch *Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Bd 5a (Verbraucherrecht), § 1 FAGG Rz 19 ff.

Warenlieferungsverträgen an das Erlangen des Besitzes der Ware durch den Verbraucher an (§ 11 Abs 2 Z 2 FAGG), was die Erbringung der Leistung durch den Unternehmer voraussetzt.

Bei **Fernabsatzverträgen** ergibt sich der Regelungszuschnitt auf den Verbraucher als Besteller überdies aus der Definition des Fernabsatzvertrages, weil er auf einen Vertragsabschluss im Rahmen eines *für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems* abstellt (§ 3 Z 2 FAGG; ebenso ErwGr 20), dessen Vorliegen aber zwingend auf einen Unternehmer verweist. Im Fernabsatz kommt das FAGG bei umgekehrter Rollenverteilung daher auf keinen Fall zum Tragen. Der Verkauf einer Ware des Verbrauchers an einen Unternehmer über eine Online-Plattform (zB eBay) fällt folglich nicht unter das FAGG.

Nicht ganz so eindeutig liegt die Sache bei **außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen**, die definitionsgemäß nur einen Geschäftsabschluss oder eine Geschäftsanbahnung an einem Ort, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist (§ 3 Z 1 lit a-c FAGG) oder bei einer Werbefahrt (§ 3 Z 1 lit d FAGG) voraussetzen. Hier ist Folgendes zu bedenken: Die Verbraucherrechte-RL geht auf die „alte“ Haustürgeschäfte-RL⁷ zurück, die für Verträge galt, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden:

- während eines vom Gewerbetreibenden außerhalb von dessen Geschäftsräumen organisierten Ausflugs oder
- anlässlich eines Besuches des Gewerbetreibenden
 - beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers,
 - beim Verbraucher an seinem Arbeitsplatz,

sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt (Art 1 Abs 1 Haustürgeschäfte-RL).

Auch hier wäre die Annahme naheliegend gewesen, dass jene RL für Verträge gelten sollte, bei denen der Unternehmer Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt. Nach dem EuGH, Rs C-45/96 *Dietzinger*, wird jedoch auch eine Verbraucherbürgschaft (= Dienstleistung des Verbrauchers) definitionsgemäß vom Anwendungsbereich der RL erfasst. Dementsprechend wird auch in der Lit⁸ angenommen, dass das Rücktrittsrecht des § 3 KSchG auch bei umgekehrten Parteirollen gilt. Die Verbraucherrechte-RL enthält keine Hinweise darauf, dass der RL-Gesetzgeber das Schutzniveau absenken wollte. Verpflichtet sich der Verbraucher zur vertragstypischen Leistung, wäre jedenfalls das Rücktrittsrecht auch nicht von vornherein sinnwidrig, sodass die RL zumindest in diesem Umfang gelten könnte. Zum Teil wird deshalb vertreten, dass der Anwendungsbereich des FAGG für Auswärtsgeschäfte zweckbedingt weiter als für Fernabsatzgeschäfte zu ziehen sei und auch Verträge mit umgekehrten Parteirollen erfasse.⁹

ME spricht jedoch einfach die Tatsache, dass der RL-Gesetzgeber mit der Verbraucherrechte-RL die Haustürgeschäfte-RL und die Fernabsatz-RL durch

⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

⁸ *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang³ § 1 KSchG Rz 16.

⁹ *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) § 1 Rz 20.

eine einzige RL ersetzen und „allgemeine Vorschriften für die gemeinsamen Aspekte von Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge festlegen wollte“ (ErwGr 2), dafür, dass hier eine **Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs** stattfinden sollte. Eine Differenzierung je nach Vertriebsform kommt danach nicht mehr in Frage. Da Fernabsatzverträge jedenfalls voraussetzen, dass die vertragstypische Leistung vom Unternehmer kommt, hat dies wohl auch für Auswärtsgeschäfte zu gelten. Dass dies zumindest auch dem Verständnis der Kommission entspricht, geht auch aus ihrem – freilich unverbindlichen – Leitfaden hervor, der ebenfalls ohne Differenzierung die Anwendbarkeit der Verbraucherrechte-RL für die Übertragung von Eigentum an Waren vom Verbraucher an den Unternehmer, „beispielsweise im Falle von Gebrauchtwagen oder Schmuck“, verneint.¹⁰ ME ist das FAGG daher **sowohl bei FAV als auch bei AGV nur dann anzuwenden, wenn der Verbraucher als Nachfrager auftritt**, nicht aber auf Verträge mit umgekehrter Rollenverteilung.

Danach würde das FAGG zB nicht erfassen:

- Vermietung eines Geschäftslokals im Privathaus;
- Verbraucherbürgschaft (weil Dienstleistung des Verbrauchers);
- Spendenverträge (weil vertragscharakteristische Leistung des Verbrauchers).

Völlige Rechtssicherheit kann hier allerdings nur eine Entscheidung des EuGH bringen.

4. Beurteilungszeitpunkt

Maßgeblich für die Beurteilung eines Verbrauchergeschäfts ist der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses**.¹¹ Eine nachträgliche Änderung der Qualifikation ein und derselben Person als Unternehmer oder Verbraucher ist daher ohne Belang, was besonders bei Dauerschuldverhältnissen von Bedeutung ist. Ein Verbrauchergeschäft liegt demzufolge auch dann noch vor, wenn ein Unternehmer seine unternehmerische Tätigkeit zwischenzeitig aufgegeben hat¹² oder aus einem als Verbraucher zu qualifizierenden Unternehmensgründer (§ 1 Abs 3 KSchG) ein Unternehmer geworden ist, der zB nun – mangels Aufklärung – binnen Jahresfrist sein Rücktrittsrecht geltend macht.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Welche Vertragsarten?

§ 1 Abs 1 FAGG bezieht die sachliche Geltung des FAGG auf Fern- und Auswärtsgeschäfte, also nur auf die Vertriebsart, nicht aber auf einen bestimmten Vertragstypus. Vorbehaltlich der in Abs 2 genannten Ausnahmen knüpfen die materiellen Rechtsfolgen dennoch an vier bestimmte Vertragsarten an:

- Kaufverträge (auch: Verträge über Waren),
- Dienstleistungsverträge,

¹⁰ Leitfaden der GD Justiz, Pkt. 2.2.; ebenso *Kolba/Kosesnik-Wehrle*, Leitfaden Rücktrittsrechte im Kern des Konsumentenschutzes, VbR 2014, 78.

¹¹ 4 Ob 78/10i, 6 Ob 19/14h VbR 2014/55 ua; s RIS-Justiz RS0120082.

¹² Vgl 6 Ob 135/05d.

- Verträge über „unkörperliche digitale Inhalte“ und
- Wasser- und Energielieferverträge, dh Verträge, die die nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge angebotene Lieferung von Wasser, Gas oder Strom oder die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand haben.

Im Rahmen dieses Vortrags kann ich diese vier Vertragsarten nicht näher beleuchten. Ich hebe daher gleich als bemerkenswert hervor, dass die materiellen Regelungen des FAGG nur an die Vertriebsform des Vertrags als Fernabsatz- oder Auswärtsgeschäft oder überhaupt nur an das Vorliegen eines „Vertrags“, nicht aber konkret an die vier genannten Vertragsarten anknüpfen (zB § 4 Abs 1 FAGG: „*Bevor der Verbraucher durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden ist, muss ihn der Unternehmer ... informieren.*“; § 11 Abs 1 FAGG: „*Der Verbraucher kann von einem Fernabsatzvertrag oder einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag ... zurücktreten.*“). Gilt das FAGG danach überhaupt für andere Vertragsarten wie zB Schenkung, Vergleich, Bürgschaft und andere Sicherheiten, Vertrag sui generis etc?

Verneint man dies, erübrigen sich die folgenden Erwägungen. Dass aber weder den jeweiligen gesetzlichen Tatbeständen noch der Richtlinie¹³ eine derartige Beschränkung zweifelsfrei zu entnehmen ist, könnte darauf hindeuten, dass auch sonstige Verträge grundsätzlich in den Anwendungsbereich des FAGG fallen sollen. Dazu folgende Gedanken¹⁴:

Unentgeltliche Leistungen eines Unternehmers sind auch im Waren- oder Dienstleistungsbereich nicht von vornherein unwahrscheinlich, weil Leistungen auch von dritter Seite (zB über Werbeeinnahmen) finanziert werden oder über Umwegrentabilitäten wirtschaftlich sein können. Ob der Vertrag zumindest **entgeltlich** zu sein hat, beantwortet der Leitfaden der GD Justiz (Pkt. 2.3.) dahin, dass Kauf- und Dienstleistungsverträge definitionsgemäß eine Preiszahlung (Geldzahlung) durch den Verbraucher voraussetzen, wozu auch noch Gutscheine, Geschenkkarten oder Treuepunkte mit einem festen Geldwert gehörten. Daraus wird der Schluss gezogen, dass die Richtlinie offenbar nicht bei Geschenken oder vom Unternehmer kostenfrei bereitgestellten Dienstleistungen zur Anwendung komme. Da für öffentliche Versorgungsleistungen (= Wasser- und Energielieferverträge) und digitale Online-Inhalte der Begriff „Zahlung“ dagegen nicht vorkomme, gelte die RL insoweit auch für kostenfreie Produkte wie beispielsweise für einen Vertrag über das kostenlose Herunterladen eines Spiels aus einem App-Store.

Die Anknüpfung der gesetzlichen Tatbestände bloß an Fernabsatz- und Auswärtsgeschäfte oder an „Verträge“ spricht mE jedoch gegen eine solche Differenzierung. Danach wäre die Anwendbarkeit des FAGG – vorbehaltlich der in Abs 2 genannten Ausnahmen – weder auf die vier genannten Vertragsarten noch auf entgeltliche Verträge beschränkt. Selbst bei unentgeltlichen Geschäften würde dem auch nicht der Regelungszweck des FAGG entgegenstehen, weil auch bei Geschäften, die mit keiner Entgeltspflicht des Verbrauchers einhergehen, vorver-

¹³ S Art 1 und Art 3 Abs 1 RL: „Verträge, die zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen werden“.

¹⁴ S auch *Dehn* in *Schwimann/Kodek*, aaO § 1 Rz 31 ff.

tragliche Informationen über ein Produkt und ein Rücktrittsrecht des Verbrauchers sinnvoll sein können.¹⁵ Das FAGG beschränkt sich schließlich auch nicht auf Entgeltangaben, sondern will vielmehr sicherstellen, dass das *Gesamtpaket* für den Verbraucher passt. Folgt man dem, wären **auch unentgeltliche Rechtsgeschäfte, bei denen der Unternehmer seine Leistung ohne Gegenleistung des Verbrauchers erbringt, erfasst**.

Nichts anderes kann dann für **entgeltfremde Geschäfte eines Unternehmers** (zB Sicherungsgeschäfte wie Bürgschaft, Garantiezusage, Drittpfandbestellung, die nicht schon unter das FernFinG fallen) gegenüber einem Verbraucher gelten. Für Fälle der **umgekehrten Rollenverteilung** – dh Verträge, bei denen die Ware oder Dienstleistung vom Verbraucher stammt – gilt dies mE aus den genannten Gründen jedoch nicht, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein entgeltliches, ein entgeltfremdes oder ein unentgeltliches Geschäft handelt. **Verbraucherbürgschaften**¹⁶ fielen demnach ebenso wenig unter das FAGG wie **Spendenverträge von Verbrauchern**.¹⁷ Da auf sie danach nur das KSchG (zB Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG) anzuwenden ist, sind hier Schutzlücken im Bereich des Fernabsatzes – wie bisher – unvermeidlich. Ob die Schuld eines Unternehmers oder eines anderen Verbrauchers besichert wird, ist dagegen nicht maßgeblich, weil der Hauptschuldner dem zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger geschlossenen Sicherungsgeschäft nicht das qualifikationsspezifische Gepräge gibt.¹⁸

2. Fernabsatzgeschäft

Nach § 3 Z 2 FAGG ist ein Fernabsatzvertrag

- jeder Vertrag, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers
- im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen wird,
- wobei bis einschließlich des Zustandekommens des Vertrags ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet werden.

¹⁵ So ist zB der Informationsbedarf bezüglich der Funktionsweise digitaler Inhalte (§ 4 Abs 1 Z 17) idR nicht davon abhängig, ob die Inhalte als Ware (Bindung an einen Datenträger wie CD) oder unkörperlich durch Download erworben werden.

¹⁶ In Deutschland ist die Frage aufgrund des Wortlauts des § 312 Abs 1 BGB („Verbraucherverträge ..., die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben“) umstritten. Für Einbeziehung von Bürgschaften *Schürnbrand*, Anwendbarkeit des Rechts der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und des Fernabsatzrechts auf Kreditversicherungen, WM 2014, 1157 (1159 f) mwN; *Grüneberg* in Palandt⁷³ § 312 BGB nF Rz 3, 5; dagegen *Loewenich*, Einbeziehung von Finanzdienstleistungen in das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 1409 (1411).

¹⁷ *Kolba/Kosesnik-Wehrle*, VbR 2014, 81; aA *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht § 1 Rz 20 (für AGV).

¹⁸ Ebenso *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht § 1 Rz 20. Die aus dem Akzessorieprinzip abgeleitete gegenteilige Sicht des EuGH C-45/96, *Dietzinger* wurde zu Recht vielfach abgelehnt (s nur *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 [2000] 273 [353]).

Dazu zwei Anmerkungen:

Maßgeblich für ein „für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem“ ist, dass der Unternehmer seinen Vertrieb organisatorisch – zumindest auch – auf einen regelmäßigen Absatz per Distanzgeschäft (Fernabsatz) ausgerichtet hat. Dies kann zB angenommen werden bei Webseiten mit Bestellmöglichkeit, Online-Shops, telefonischen oder sonst automatisierten Bestellmöglichkeiten und Warenrücknahmen, Callcenter, Warenkatalogen mit Bestellkarten, Teleshopping uä. Nicht ausreichend sind dagegen Webseiten, wenn sie nur der Information des Verbrauchers über das Leistungsangebot des Unternehmers und der Möglichkeit einer Kontaktaufnahme dienen, für den konkreten Vertragsabschluss aber ein persönlicher Kontakt und ein Ausverhandeln des konkreten Leistungsumfangs erforderlich sind, wie es bei Dienstleistern oft der Fall ist.¹⁹

Als Fernkommunikationsmittel gelten solche, die den Abschluss eines Distanzgeschäftes ermöglichen, zB Internet, Telefon, Fax, Handy (SMS) ua. Man kann hier Anleihe an § 5a Abs 2 KSchG aF nehmen, der als Fernkommunikationsmittel „insbesondere Drucksachen mit oder ohne Anschrift, Kataloge, Pressewerbungen mit Bestellschein, vorgefertigte Standardbriefe, Ferngespräche mit Personen oder Automaten als Gesprächspartner, Hörfunk, Bildtelefonie, Telekopie, Teleshopping sowie öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa die elektronische Post“ aufzählte.

Führt dann nicht auch die telefonische Vereinbarung eines Frisörtermins zu einem Fernabsatzgeschäft? ME ist das nicht der Fall, weil die Vertragspartner bei einer bloßen Terminvereinbarung noch keinen ausreichenden Bindungswillen zum Vertragsabschluss haben; dieser liegt idR erst bei der Wahrnehmung des Termins vor.²⁰

3. Auswärtsgeschäft

Entscheidend für den Verbraucherschutz bei einem „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag“ ist die Beantwortung der Frage, wann ein **Geschäftsraum** vorliegt. § 3 Z 3 FAGG zählt sowohl **unbewegliche als auch bewegliche Gewerberäume** zu Geschäftsräumen, unterscheidet dabei aber danach, ob der Unternehmer seine Tätigkeit **dauerhaft** oder **für gewöhnlich** ausübt. Es ist jedoch fraglich, ob damit ein taugliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen unbeweglichen oder beweglichen Gewerberäumen iSd RL geschaffen wird, zählt doch schon ErwGr 22 zu den Geschäftsräumen unterschiedslos „alle Arten von Räumlichkeiten (wie Geschäfte, Stände oder Lastwagen)“, „an denen der Unternehmer sein Gewerbe ständig oder gewöhnlich ausübt“. Nach dem Norm-

¹⁹ Nach der Rsp, 7 Ob 54/08d, ausreichend: Homepage, auf der das verkaufte Modell angeboten wurde, der Käufer die notwendigen Informationen erhielt und die AGB zur Verfügung standen.

²⁰ Außerhalb von Frisörterminen kann dies nach den Umständen des Falles auch anders sein, worauf zB die Vereinbarung einer Stornogebühr hinweisen könnte. Die telefonische Vereinbarung eines Arzttermines wäre aber schon deshalb nicht erfasst, weil Arztbesuche gar nicht dem FAGG unterliegen (§ 1 Abs 2 Z 3 FAGG).

zweck (Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung oder psychischem Druck) muss es vielmehr auch bei unbeweglichen Gewerberäumen ausreichen, wenn die Tätigkeit darin für gewöhnlich entfaltet wird. Umgekehrt kann auch in beweglichen Gewerberäumen eine dauerhafte Geschäftstätigkeit entwickelt werden (zB Würstelbude; fahrbarer Eisstand). Folgerichtig nimmt ErwGr 22 aber der Öffentlichkeit zugängliche Orte wie Straßen, Einkaufszentren, Strände, Sportanlagen und öffentliche Verkehrsmittel, die der Unternehmer nur ausnahmsweise für seine Geschäftstätigkeiten nutzt, vom Begriff der Geschäftsräume aus. Fliegende Händler wie zB Straßenverkäufer, Blumenverkäufer in Lokalen etc haben zwar häufig gar keine Geschäftsräume, idR wird hier aber ohnedies die Bagatellgrenze des § 1 Abs 2 Z 1 FAGG greifen.

Auch **Markt- oder Messestände** zählen als Geschäftsräume, wenn der Unternehmer dort ständig oder für gewöhnlich tätig wird (ErwGr 22). Das kann auf permanente ebenso wie auf vorübergehende Märkte oder Messen zutreffen. Entscheidend dafür ist nicht, dass ein bestimmter Markt oder eine bestimmte Messe ständig oder für gewöhnlich mehr oder weniger regelmäßig wiederkehrend stattfindet, sondern dass der Unternehmer die Verkaufstätigkeit für die Dauer des Marktes oder der Messe ständig oder für gewöhnlich auf einem Markt- oder Messestand ausübt. Unter dieser Voraussetzung sind auch Markt- oder Messestände auf Jahrmärkten oder jährlich stattfindenden Kunst-, Garten-, Handwerks-, Ferien-, Hochzeitsmessen etc Geschäftsräume iSd § 3 Z 3 FAGG, wenn dort eine Vertriebstätigkeit entfaltet wird.²¹

Umso weniger stehen Verkaufs- und Vertriebsstätten, die **saisonal genutzt** werden (zB nur während der Fremdenverkehrssaison an einem Ski- oder Badeort genütztes Geschäft; Eissalon), einer Qualifikation als Geschäftsräume entgegen, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit dort für gewöhnlich entfaltet. Insgesamt muss es für das Merkmal „für gewöhnlich“ primär darauf ankommen, ob der Verbraucher an einem Ort grundsätzlich mit einer Geschäftstätigkeit des Unternehmers rechnen muss oder ob sie aufgrund der Örtlichkeit für ihn überraschend kommt und deshalb eine Überrumpelungssituation zum Geschäftsabschluss schaffen kann. Selbst eine zeitlich begrenzte Nutzung von Geschäftsräumen zu Vertriebszwecken (zB Pop-up-stores) kann danach eine „für gewöhnlich“ ausgeübte Tätigkeit des Unternehmers begründen.²²

ErwGr 22 stellt klar, dass auch Geschäftsräume einer Person, die im Namen oder für Rechnung des Unternehmers gemäß der RL handelt, als Geschäftsräume iSd RL gelten sollen. Das betrifft **Geschäftsräume eines Stellvertreters** des Unternehmers und zufolge der ErlBem²³ auch eines Vermittlers wie zB eines Mak-

²¹ S auch ErlRV 89 BlgNR 25. GP 25 f, zu § 3 Pkt 4. Für Jahresmessen zweifelnd *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht § 3 Rz 92 (Tätigkeit nicht „ständig“ oder „für gewöhnlich“). ME lassen sich nur reine Schaumessen, auf denen nicht mit einer Verkaufstätigkeit des Unternehmers gerechnet werden muss, vom Begriff der Geschäftsräume ausscheiden.

²² S aber auch 7 Ob 508/93 ecolex 1993, 522: Ein lediglich für drei Tage im Monat angemietetes Büro, das vom Unternehmer nur fallweise für geschäftliche Zwecke benutzt wurde, während es die überwiegende Zeit zu anderen Zwecken eines anderen Unternehmers Verwendung fand, wurde nicht iSd § 3 Abs 1 KSchG aF als „dauernd“ benützt angesehen.

²³ ErlRV 89 BlgNR 25. GP 25 f, zu § 3 Pkt 4; ebenso *Stabentheiner*, Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, VbR 2014, 108 (110 FN 24).