

I. Einführung

1. Einleitung/These

Das in der Praxis allgemein bekannte Problem, dass ein Erwerber iSd § 2 Abs 1 Bau trägervertragsgesetz¹ nur unzureichend geschützt ist, hat den Gesetzgeber im Jahr 2008 dazu veranlasst das Bau trägervertragsgesetz (BTVG) zu novellieren. Seit dieser Novellierung kam es zu keiner gravierenden Änderung des Gesetzes, doch lässt sich durch die neue höchstgerichtliche Rsp ein Trend zur weiteren Verschärfung des Erwerberschutzes erkennen. Schon lange spielt der Konflikt zwischen dem KSchG und dem BTVG eine Rolle in der Politik, in der Praxis, sowie in den Medien. Diese Arbeit hat sich das Ziel gesetzt, die rechtlichen Grundlagen, die wichtigsten beteiligten Akteure, die wichtigsten Sonderschutzbestimmungen sowie die Möglichkeiten, die sich aus all dem ergeben darzustellen. Auch wird auf die wichtigsten Normen des Konsumentenschutzgesetzes eingegangen werden und beurteilt, wie sich diese auf den Bau trägervertrag auswirken. Außerdem werde ich auf Grundlage der RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen² (im Folgenden Klausel-RL) und den dazugehörigen innerstaatlichen Normen versuchen die Kriterien, die zur Bildung eines gemeinsamen Klauselbegriffs notwendig sind, zu erforschen. Hier wird auch rechtsvergleichend auf das deutsche Recht eingegangen werden.

Zudem werde ich untersuchen, ob der „Blue Pencil-Test“ ein geeignetes Werkzeug zur Sanierung von gesetzwidrigen Klauseln ist und ob diese Methode nicht gegen geltende europäische Grundsätze im Verbraucherrecht verstößt. Abschließend wird noch untersucht, ob der Vertragsverfasser für seine gesetzwidrigen AGB oder Vertragsformblätter haften würde.

2. Stand der Forschung

Daher werde ich zunächst eine überblicksartige Einführung in das Bau trägervertragsgesetz und das Konsumentenschutzgesetz geben, wobei ich insbesondere auf die Klauselentscheidung 7 Ob 78/06f ständig im Fluss befindlichen „Ankerbestimmungen“ der „Klauselschützer“, nämlich das Transparenzgebot und die gröbliche Benachteiligung, darstellen werde. Ein weiterer wichtiger Punkt meiner Arbeit wird sein, den Schutz des BTVG zu skizzieren. Demnach werde ich mich auf die zwingenden Vertragsinhalte (§ 4 BTVG) beziehen und weiters versuchen herauszufinden, wo die gängigen Probleme in der Praxis liegen. Auch werde ich zu den Sicherungsmodellen des BTVG Stellung nehmen. Folglich werde ich auf die schuld-

1 Paragraphenbezeichnungen ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich im Folgenden auf das BTVG.

2 RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29.

rechtliche, dann auf die grundbücherliche und die pfandrechtliche Sicherung und auf die Sondersicherungsmodelle eingehen. Um die Problematik von unzulässigen Klauseln näher einzugrenzen, werde ich zunächst versuchen, anhand der europäischen und auch innerstaatlichen Normen einen „gemeinsamen Klauselbegriff“ zu bilden bzw Kriterien herauszuarbeiten, die bestimmen, was alles unter den Begriff der Klausel fallen kann. Zudem wird auf die generellen und speziellen Auslegungsmethoden von Klauseln und deren Probleme, die sich mit ihnen ergeben, analysiert.

In diesem Konnex werde ich dann eine Querverbindung zu den maßgeblichen Anknüpfungsnormen des KSchG herstellen und im Lichte der gröblichen Benachteiligung auf den Günstigkeitsvergleich des § 2 Abs 2 KSchG reflektieren, um dann Schlüsse ziehen zu können, ob und inwieweit dieses Rechtsinstitut beim Bauträgervertrag Eingang finden könnte. Die Frage des Transparenzgebots werde ich insbesondere iZm der Thematik des variablen Entgelts erörtern.

Auf Grund der vermehrt zu den bereits referierten Normen des § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG ergehenden Entscheidungen des EuGH werde ich auch einen Zusammenhang zu den maßgeblichen Normen der Klausel-RL herstellen und vor allem der Frage nachgehen, welche Konsequenzen sich aus der jüngsten Rsp des EuGH zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ergeben. Insbesondere wie dies mit der nach wie vor geforderten ergänzenden Vertragsauslegung und damit zusammenhängend auch dem „Blue Pencil-Test“ zu sehen ist und vor allem auch aus dem Blickwinkel des Erwerbers betrachtet, wegen der Gefahr eines allfälligen Wegfalls des Vertrages ansich.

Ein weiterer Punkt meiner Arbeit wird sein, neben den aufgezeigten innerstaatlichen und europarechtlichen (Verbraucher)schutznormen auch die Schutzbestimmungen der einschlägigen Materiengesetze wie bspw des WEG zu beleuchten und in dem Zusammenhang dann auch die Auswirkungen dieser und auch der allgemeinen Schutznorm des § 879 Abs 3 ABGB zu erläutern und auch zu hinterfragen und zu beantworten, ob und inwieweit uU auch aus dem Transparenzgebot Rückschlüsse für eine allfällige gröbliche Benachteiligung gezogen werden können. Zudem wird untersucht, ob ein Vertragsersteller, also idR ein Rechtsanwalt bzw Notar, für gesetzwidrige Klauseln schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden kann.

3. Projektziele/Hypothesen

Im Ergebnis soll die Reichweite des Grundsatzes des Verbraucher- und Erwerberschutzes aufgezeigt werden und mit anderen Rechtsgrundsätzen verglichen werden bzw auf Widersprüche analysiert werden. Dafür ist eine Betrachtung der einzelnen Schutzmechanismen des KSchG und des BTVG in den jeweiligen Rechtsinstituten unverzichtbar. Diese sollen mit einander verglichen werden, um einen systemkonformen Auslegungsgrundsatz zu abstrahieren, welcher die Rolle des Schutzes von Erwerbern, insbesondere Verbrauchern, entsprechend abbildet. Außerdem soll anhand von „realen“ Klauseln aus Bauträgerverträgen „plastisch“ dargestellt wer-

den, auf welche Problematiken Vertragsverfasser von Bauträgerverträgen in der Praxis achten müssen.

Zudem soll ergründet werden, ob der sog „blue-pencil-test“ für die Rechtspraxis, dh vor allem für die Gerichte, ein wirksames und zulässiges Hilfsmittel darstellen könnte.

4. Erschließung wissenschaftlichen Neulands/ Bedeutung der zu erwartenden Fortschritte

Zunächst soll ein umfangreicher Überblick über das BTVG und seine relevanten verbraucherrechtlichen Schutzbestimmungen gegeben werden. Ein weiteres Augenmerk meiner Arbeit wird auf die gängigen praxisrelevanten Probleme iZm dem Erwerb einer Wohnung von einem Bauträger gerichtet werden. Es werden vor allem jene Problemfelder und Rechtsunsicherheiten untersucht, die sich in der Praxis wegen der parallelen Geltung Konsumentenschutzbestimmungen ergeben. Nach Fertigstellung meiner Dissertation sollte der Leser einen dienlichen Einblick in das BTVG und die Sonderschutzbestimmungen des KSchG erhalten haben, um auf Problemstellungen iZm dem Erwerb durch Konsumenten, aber auch Unternehmern, in Bauträgerverträgen reagieren zu können. Ziel der Arbeit ist es schließlich, anhand der durch die wissenschaftliche Analyse gewonnenen Erkenntnisse Hilfestellungen für die Vertragsgestaltungspraxis bereitzustellen, dh dem Vertragsverfasser geeignete Werkzeuge zur Minimierung haftungsrechtlicher Risiken und zur Ausschaltung von Rechtsunsicherheiten bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen an die Hand zu geben. Außerdem soll anhand von aus der Praxis entnommenen Bauträgervertragsklauseln die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit des „Blue Pencil-Tests“ untersucht werden.

5. Methodik

Die oben erwähnten Problemstellungen sollen mit Hilfe der Hermeneutik, also durch die Gewinnung von Informationen aus dem Auslegen und Verstehen von Texten, analysiert werden. Für das Verstehen ist als notwendiger erster Schritt die Zusammenfassung der einschlägigen Literatur und Judikatur zu sehen. Dieses Material wird auf die Relevanz bzw die Anwendbarkeit für die jeweilige Fragestellung geprüft und findet summiert Eingang in die Dissertation. Es ist jedoch nicht bei der Zusammenfassung stehen zu bleiben; diese soll aber einen gewissen Grundstock für das weitere Arbeiten liefern sowie die praxisrelevante Problematik deutlich abgrenzen und helfen ihre Reichweite zu bemessen.

In weiterer Folge soll durch die Interpretation von Gesetzestexten, Materialien und insbesondere den notwendigen Querverbindungen der einzelnen Gesetze unter Berücksichtigung der europarechtlichen Entwicklung eine eigene Meinung gebildet und argumentativ untermauert werden. Dabei soll insbesondere die grammatikalische, die teleologische und die systematische Interpretation herangezogen werden, ganz besonders muss aber auch das Telos des BTVG Eingang in die Beurteilung finden. Nicht zu vergessen sind in Verbraucherrechtssachen weiters die geltungser-

haltende Reduktion, die ergänzende Vertragsauslegung und damit im Zusammenhang stehend der sog „Blue-Pencil“-Test. Zudem wird anhand von Beispielen aus der Bauträgervertragspraxis zu den jeweiligen konkreten Bestimmungen dargelegt, wo sich bei der Gestaltung und Formulierung von Klauseln Probleme eröffnen und wie diese unter Umständen umgangen werden können.

II. Historischer Exkurs

Mit dem im Jahr 1997 eingeführten Bauträgervertragsgesetz³ (folgend BTVG) hat der Gesetzgeber auf die jahrelange unklare Gesetzeslage reagiert. Vor dem Inkrafttreten war der Erwerber „nur teilweise“ vor einer Insolvenz des Bauträgers geschützt. Durch geschickte Vertragsgestaltung oder eine Einschaltung eines Treuhänders bei der wirtschaftlichen Abwicklung von Bauträgerprojekten konnte man sich als Erwerber dennoch schützen. Einen einheitlichen, vom Gesetzgeber vorgegebenen, Standard⁴ gab es jedoch nicht und so divergierten die Bauträgerverträge sehr. In vielen Fällen gelang es dem Erwerber nicht, die geleisteten Vorleistungen im Falle der Insolvenz des Bauträgers wiederzuerlangen. So entschloss sich der Gesetzgeber zur schrittweisen Einführung von Einzelbestimmungen in Sondergesetzen.

Mit dem Erlass des Wohnungseigentumsgesetz⁵ (WEG 1975) kam es zum Versuch, ein Sicherheitsnetz für den WE-Erwerber gegen Bauträgerinsolvenz zu installieren.⁶ Jedoch erst mit dem Insolvenzänderungsgesetz 1982⁷ und dem damit eingeführten § 24a WEG 1975 wurde ein adäquater Schutz gesetzlich verankert, indem die Möglichkeit der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (folgend WE) erstmalig vorsah.⁸

Mit Einführung des § 23 Abs 1 a WEG 1975⁹ wurde dem WE-Organisator verboten Vorzahlungen der WE-Werber entgegenzunehmen, solange der WE-Werber nicht im Grundbruch (Einräumung von WE) angemerkt wurde; dieses – sanktionslose – Verbot wurde an gewisse Voraussetzungen gekoppelt, nämlich durfte der Bau bspw nicht mit öffentlichen Mitteln bzw Förderungen finanziert worden sein.¹⁰ Wie *Tades/Stabentheiner*¹¹ treffend formulierten, war dies nur ein fragmentarischer Vorgriff auf das BTVG.

Unter den – neu geschaffenen – Anwendungsbereich des BTVG sollten Verträge über den Erwerb des Eigentums bzw den Erwerb von Nutzungsrechten an erst zu errichtenden bzw zu erneuernden Gebäuden und Wohnungen fallen. Primäres Ziel war es, den Erwerber – unabhängig ob er als Verbraucher zu qualifizieren ist– vor dem Verlust seiner Vorleistungen zu schützen.¹² Weitere Gründe des Gesetzgebers waren ein einheitlicher und effektiver Konsumentenschutz und wurde auf Eingriffe in die Bestimmung des allgemeinen Vertragsrechts verzichtet.¹³ Zudem soll mit

3 BTVG BGBl I 7/1997.

4 RV 312 BlgNR 20. GP 8.

5 WEG 1975 BGBl 417/1975.

6 RV 312 BlgNR 20. GP 8.

7 Insolvenzänderungsgesetz 1982 BGBl 370.

8 RV 312 BlgNR 20. GP 8.

9 Im Zuge der 3. Wohnrechtsänderungsgesetz 1993 BGBl 800.

10 RV 312 BlgNR 20. GP 8.

11 *Tades/Stabentheiner*, ÖJZ 1 a/1994, 1 A 33.

12 RV 312 BlgNR 20. GP 9.

13 RV 312 BlgNR 20. GP 9.

dem BTVG kein eigenes Sondergewährleistungsrecht für Bauträgerverträge geschaffen werden.¹⁴

In § 3 wurde geregelt, dass Bauträgerverträge nur schriftlich abgeschlossen werden können. Den Inhalt des Vertrages gab § 4 vor und regelte § 5 Abs 1 insbesondere das Rücktrittsrecht des Erwerbers, wenn dieser nicht spätestens eine Woche vor verbindlicher Vertragserklärung alle wesentlichen Informationen schriftlich erhalten hatte. Mit dieser Norm wollte der Gesetzgeber die Überrumpelungsgefahr für den Erwerber einschränken.¹⁵ Ein weiteres Kernstück des Entwurfes waren die verschiedenen vorgesehenen Sicherungsmodelle in den §§ 7ff. So sah bspw § 8 ein Sicherungsmodell durch Bürgschaften, Garantien oder geeignete Versicherungen vor. Als geeignete Bürgen oder Garanten sollten nur Banken, Versicherungen oder Gebietskörperschaften in Frage kommen.¹⁶ §§ 9 und 10 sahen dagegen eine grundbücherliche Sicherstellung vor. § 11 gab den Bauträgern die Möglichkeit einer pfandrechtlichen Sicherung. Eine solche ist für jene Bauträger attraktiv, die über Liegenschaftsvermögen verfügen, insbesondere wird diese Art der Sicherung von gemeinnützigen Bauvereinigungen (GBV) verwendet. Mit § 14 und § 17 wurden die Sanktionen verankert, so hatte bspw der Erwerber gem § 14 einen besonderen Rückforderungsanspruch bei nicht Einhaltung der Sicherungspflichten. Hingegen sah § 17 bestimmte Verwaltungsstrafbestimmungen vor.

Im Jahr 2008 kam es zu einer Novelle des BTVG¹⁷, um gewisse Lücken, die sich in der Praxis trotz der vorhandenen Schutzmechanismen entstanden sind, zu schließen und den Erwerberschutz weiter auszubauen.¹⁸ Durch die Novelle sollten die Verpflichtungen der Bauträger, Vorauszahlungen der Erwerber von Wohn- oder Geschäftsräumlichkeiten abzusichern, im Blickwinkel des Verbrauchers optimiert werden.¹⁹

Weiteres Ziel der Novelle war die Schaffung möglichst transparenter Vertragsbeziehungen und die wirtschaftliche bzw rechtliche Absicherung von Vorauszahlungen.²⁰

Zudem wurden Forderungen der Konsumentenschutzorganisationen im Gesetz berücksichtigt. So stellte man in der Vertragserrichtungspraxis fest, dass Bauträger den Anwendungsbereich des BTVG umgingen, indem sie im eigentlichen Bauträgervertrag einen Rohbau vereinbarten und der Erwerber erst durch entsprechende Sonderwünsche ein taugliches Objekt errichtet bekam.²¹ Durch jenes Vorgehen konnte der Bauträger ein Preis vereinbaren, der unter der Betragsgrenze des § 1 Abs 1 aF lag, sodass der Bauträgervertrag nicht im Anwendungsbereich – und insbesondere in der Sicherungspflicht des – BTVG lag.²²

14 RV 312 BlgNR 20. GP 9.

15 RV 312 BlgNR 20. GP 9.

16 RV 312 BlgNR 20. GP 9.

17 BTVG BGBl I 56/2008.

18 RV 432 BlgNR 23. GP 1.

19 RV 432 BlgNR 23. GP 1.

20 RV 432 BlgNR 23. GP 2.

21 *Gartner*, Bauträgervertragsgesetz⁴ (2018) § 1 Rz 5.

22 *Gartner*, BTVG⁴ § 1 Rz 5.

III. Anwendung des Bauträgervertragsgesetzes/ Konsumentenschutzgesetz

1. BTVG

§ 1 Abs 1 regelt den Anwendungsbereich des BTVG. Nach diesem ist das BTVG auf jene Verträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 EURO pro Quadratmeter Nutzfläche an den Bauträger oder Dritte entrichten muss. Nicht nur der Erwerb von Eigentum unterliegt dem BTVG, sondern auch der Erwerb von WE, von Baurechten, von Bestandrechten oder sonstigen Nutzungsrechten einschließlich Leasing an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen.²³ Das BTVG setzt keine spezielle Erwerbseigenschaft voraus, sodass unter den Begriff des Erwerbers sowohl der Verbrauch als auch der Unternehmer fällt; jedoch ist der Verbraucher dahingehend bessergestellt, als die Bestimmungen des BTVG als zwingendes Recht anzustehen sind, während dem Unternehmer bei der Vertragsgestaltung größerer Disposition zukommt.²⁴ Entscheidendes Beurteilungskriterium, ob das BTVG auf einen Vertrag zur Anwendung kommt, ist nach § 1 Abs 1 die Vereinbarung, bei dem „*der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 Euro pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 2 Abs. 7 und § 7 WEG 2002) an den Bauträger oder an Dritte entrichten muss*“²⁵,²⁶

Freiwillige Leistungen, die nicht nach § 2 Abs 4 eine wirtschaftliche Einheit mit dem Bauträgervertrag iES bilden, werden in die Bemessungsgrundlage nicht eingerechnet.²⁷

Die wirtschaftliche Einheit bezieht sich hier auf nicht vereinbarungsgemäße Leistungen, sondern wenn der Konnex zwischen Bauträgervertrag und Leistung fehlt.²⁸ Hingegen werden Sonder- oder Zusatzleistungen explizit in § 1 Abs 1 S 2 ABGB genannt und fallen in den Anwendungsbereich des BTVG. Laut jenem sind Sonder- oder Zusatzleistungen jene Zahlungen, die der Erwerber für vom Bauträger angebotene oder vorgegebene Leistung bezahlen muss; gleichgültig ob es direkt an den Bauträger oder einem dritten Professionisten entrichtet wird.²⁹ Ob eine Leistung als freiwillige oder als Sonder- und Zusatzleistung iSd BTVG zu qualifizieren ist, ist also anhand des Näheverhältnisses des Bauträgers und des Dritten (Professionisten) zu überprüfen. Sobald der Bauträger dem Erwerber Vorgaben auf-

23 Markl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) § 1 BTVG Rz 1.

24 Markl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1 BTVG Rz 4.

25 § 1 Abs 1.

26 Gartner, BTVG⁴ § 1 Rz 2f.

27 Pittl, BTVG² (2015) 25.

28 Ders, BTVG² 25.

29 Ders, BTVG² 26.

oktroziert betreffend Qualität oder Quantität bzw wenn der Erwerber gesondert mit dem Dritten einen Vertrag über die Leistungserbringung abschließen muss, unterliegen solche Leistungen dem BTVG.³⁰ Laut *Vonkilch*³¹ wird ein „Vorgeben“ des Professionisten iSv § 1 Abs 1 S 2 nur dann vorliegen, wenn der Bauträger dem Erwerber einen Pool von potentiellen Professionisten vorgibt und der Erwerber selbst aussucht. Nach den Erläuterungen³² des Gesetzgebers kommt es bei der Vorgabe darauf an, ob eine unmittelbare Nahebeziehung zum Bauträgervertrag besteht und ob der Bauträger davon auch Kenntnis hat.

Laut hRsp³³ des OGH kann grundsätzlich auf jedes Recht verzichtet werden, sofern es nicht nach seiner Zweckbestimmung unverzichtbar sein muss oder der Verzicht durch das Gesetz ausgeschlossen wird. Dadurch ergibt sich, dass bei B2B-Geschäft grundsätzlich ein Verzicht auf die Anwendbarkeit des BTVG zulässig vereinbart werden kann, wobei der Erwerber die Bonität seines Vertragspartners nicht in Zweifel ziehen darf.³⁴

In diesem Zusammenhang muss die Rsp zu § 879 Abs 3 ABGB beachtet werden, sodass Verzichtserklärungen immer nur einschränkend auszulegen sind.³⁵

Hingegen kann das BTVG bei Verbrauchergeschäften (B2C) durch vertragliche Disposition nicht ausgeschlossen werden und daher sind die Bestimmungen des BTVG immer zwingend anzuwenden.³⁶

Ein weiterer auslegungsbedürftiger Terminus stellt die „Fertigstellung“ dar. Dieser ist relevant, denn ab diesen Zeitpunkt endet die Sicherungspflicht des Bauträgers.³⁷ Nach den Materialien³⁸ des BTVG ist unter der Fertigstellung die Herstellung des vereinbarten Bau- und Ausstattungszustands zu verstehen. Jedenfalls muss die Fertigstellung des eigentlichen Vertragsgegenstandes iSv § 4 Abs 1 Z 1 auch unter den Begriff der Fertigstellung fallen.³⁹ Doch bedeutet Fertigstellen iSd BTVG nicht, dass das Objekt bezugsfertig ist.⁴⁰ *Pittl*⁴¹ betont in diesem Zusammenhang zutreffend, dass sich per definitionem über ein bereits fertiggestelltes Objekt kein Bauträgervertrag mehr abschließen lässt.

Auf den Anwendungsbereich hat es keine Auswirkung, in welcher Form der Bauträger tätig wird, also ob er als gemeinnütziger, gewerblicher oder privater Bauträger in Erscheinung tritt; auch eine allfällige gewerberechtliche Qualifikationen iSd

30 *Pittl*, BTVG² 26.

31 *Vonkilch*, wobl 2008, 203 (204 ff).

32 RV 432 BlgNR 23. GP 5.

33 RIS-Justiz RS 0033976.

34 OGH 29. 8. 2006, 5 Ob 151/06a; OGH 9. 2. 2011, 5 Ob 193/10h.

35 RIS-Justiz RS 0038546.

36 *Gartner*, BTVG⁴ § 1 Rz 33; *Engin-Deniz*, Bauträgervertragsgesetz² (1999) § 1 Rz 2.

37 Art 2 lit b der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

38 RV 312 BlgNR 20. GP 12.

39 *Gartner*, BTVG⁴ § 1 Rz 28.

40 *Pittl*, BTVG² 28.

41 *Pittl*, BTVG² 28.

GewO spielen für die Anwendbarkeit des BTVG keine Rolle.⁴² Ebenfalls irrelevant ist die Anwendung des BTVG, ob der Bauträger der Unternehmereigenschaft nach dem KSchG entspricht.⁴³

2. KSchG

2.1 Allgemeines

Nach dem § 1 Abs 1 KSchG sind die Bestimmungen auf „*Rechtsgeschäfte, an denen einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind*“ anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des KSchG kann sich auch durch einen nachträglichen Vertragseintritt eines Konsumenten eröffnen.⁴⁴ Die Rsp⁴⁵ betont, dass das KSchG kein abschließendes Werk über alle Aspekte des Konsumentenschutzes ist, sondern beschäftigt es sich vielmehr mit ausgewählten zivil- und verfahrensrechtlichen Fragestellungen des Verbraucherschutzes.

2.2 Verbrauchergeschäft

Das Verbrauchergeschäft wird als ein ein- bzw. mehrseitiges Rechtsgeschäft zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer definiert.⁴⁶ Es kommt daher nicht nur auf die spezifischen Eigenschaften der beteiligten Personen an, sondern muss vielmehr zur Beurteilung der jeweilige Tätigkeitsbereich (das sog. „funktionelles Verhältnis“ zwischen den Parteien) einbezogen werden.⁴⁷ Nach dem funktionalen Verhältnis gehört für eine der Vertragsparteien das Rechtsgeschäft zum Betrieb seines Unternehmens, während es für den anderen Teil nicht zugeordnet wird (§ 1 Abs 1 KSchG). Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs 1 KSchG das Verbrauchergeschäft nicht definiert, sondern weist dieser lediglich auf das Kriterium des Vorhandenseins der Unternehmenszugehörigkeit des Geschäfts hin, wobei dieses Kriterium bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine Bedeutung findet.

Sohin fallen jedenfalls Gütererzeugungs-, Güterüberlassungs- und Güterbearbeitungsverträge, sonstige Dienstleistungserträge iW⁴⁸, Kreditverträge, Versicherungsverträge und Vermittlungsverträge in den Anwendungsbereich des KSchG.⁴⁹ Der Gesetzgeber unterscheidet weder zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften, noch zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen oder zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsverhältnissen.⁵⁰ Nach der stRsp des OGH

42 Engin-Deniz, BTVG² § 1 Rz 2.

43 Engin-Deniz, BTVG² § 1 Rz 2.

44 OGH 6. 9. 2001, 2 Ob 198/01h.

45 OGH 26. 6. 1997, 2 Ob 131/97 x.

46 OGH 8 Ob 9/81 SZ 54/58; OGH 4 Ob 173/98 i SZ 70/174; Welser, JBl 1980, 3.

47 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2006) § 1 Rz 2, 25 f.

48 So zB Beförderungs- und Reiseveranstaltungsverträge; siehe ua Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 12.

49 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 12.

50 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 13.

fallen auch Anerkennnisse⁵¹, Vergleiche⁵², Neuerungsverträge, sowie Mitgliedschaften in Vereinigungen⁵³ unter den Regelungsbereich des KSchG.

§ 1 Abs 3 KSchG legt fest, dass auch sog Gründergeschäfte, also Rechtsgeschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme ihres unternehmerischen Betriebes zur Schaffung der diesbezüglichen Voraussetzungen tätig, in den Regelungsbereich des KSchG fallen. Als demonstratives Beispiel nennen die Materialien⁵⁴ den Kauf einer Registrierkasse⁵⁵. Sogar die Übernahme eines bestehenden Unternehmers aus einer neuen Gewerbesparte könnten in den Anwendungsbereich des KSchG fallen.⁵⁶

2.3 Verbraucher

Nach dem europäischen Verständnis⁵⁷ ist ein Verbraucher jede „natürliche Person, die bei Verträgen, die unter die Klausel-RL fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“.⁵⁸ Vereinfacht ausgedrückt ist der Verbraucher ein Nichtunternehmer.⁵⁹ Eine österreichische Bizarrerie ist hingegen, dass auch juristische Personen (gem § 1 Abs 3 KSchG) als Verbraucher qualifiziert werden können und sohin unter die Bestimmungen des 1. Hauptstücks des KSchG fallen können.⁶⁰ Dies stellt eine Besonderheit dar, da nach den Vorstellungen des Richtliniengesetzgebers nur natürliche Personen unter die Schutzbestimmungen der Klausel-RL fallen. Nicht entscheidend für die Qualifikation als Verbraucher ist, ob der Ursprung des abgeschlossenen Geschäfts privater oder beruflicher Natur ist.⁶¹

2.4 Unternehmer

Dem Wortlaut des § 1 Abs 2 KSchG zufolge ist ein Unternehmer eine „auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit“. Diese „weite“ Definition wird auch im Unternehmensgesetzbuch (UGB) verwendet.⁶² Entscheidend für die Qualifikationseigenschaft ist, ob die wirtschaftliche Tätigkeit auf Dauer angelegt ist, sowie ob der Unternehmer selbständig iSv unabhängig, weisungsfrei und auf eigenes Risiko agiert.⁶³ Die Rsp⁶⁴ setzt zudem voraus, dass die angebotene

51 OGH 4 Ob 173/98i SZ 70/174.

52 Vgl LG Innsbruck 12. 1. 1993 AnwBl 1996, 38.

53 Vgl OLG Wien 22. 3. 1985 KREIS 1f/5.

54 RV 744 BlgNR 14. GP 16.

55 OGH 6 Ob 815/80 SZ 54/10 = JBl 1981, 482 (Jelinek).

56 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 58.

57 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29.

58 Art 2 lit b der Klausel-RL 93/13/EWG.

59 Siehe dazu OGH 8 Ob 9/81 SZ 54/58; 7 Ob 315/01 a SZ 2002/18 = JBl 2002, 526 Anm Karollus, JBl 2002, 527.

60 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 3.

61 Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 Rz 4 mwN.

62 Siehe dazu § 1 UGB.

63 Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2015) § 1 KSchG Rz 9.

64 OGH 4 Ob 215/07 g SZ 2007/194.