



Dual-Use-Verträge

Überlegungen zum Verbraucherbegriff und zur rechtsaktübergreifenden Auslegung

Katharina Huber,^{*} Wien

Kurztext: Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verträge, die teils zu unternehmerischen und teils zu privaten Zwecken geschlossen werden (Dual-Use-Verträge), als Verbraucherverträge oder -geschäfte zu beurteilen sind, ist insb seit der Entscheidung OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion in Österreich. Der folgende Beitrag untersucht eingehend am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufes, wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind. Dies erfolgt zunächst im Rahmen der autonomen Auslegung der Verbrauchsgüterkauf-RL (VGK-RL) unter Einbeziehung der rechtsaktübergreifenden Auslegung zwischen der VGK-RL und der Verbraucherrechte-RL (VRRRL). Anschließend widmet sich dieser Beitrag der RL-konformen Auslegung und der Beurteilung nach autonom-nationalem Recht. In diesem Zusammenhang wird geprüft, ob und inwiefern die Zweifelsregel des § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, anzuwenden ist.

Schlagworte: Dual-Use-Verträge; Verbraucherbegriff; rechtsaktübergreifende Auslegung; systematische Auslegung; Verbrauchsgüterkauf; Gewährleistung; Zweifelsregel des § 344 UGB; § 1 KSchG; gesplittete Auslegung; Aus- und Einbaukosten.

I. Einleitung

Aus Anlass der Entscheidung des OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) ist Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion in Österreich, unter welchen Voraussetzungen Verträge, die teils zu unternehmerischen und teils zu privaten Zwecken geschlossen werden (Dual-Use-Verträge), als Verbraucherverträge oder -geschäfte zu beurteilen sind. Als Beispiele für Dual-Use-Verträge sind der Kauf eines Pkw durch einen Freiberufler, der diesen auch zu Berufsfahrten nutzt oder der Kauf eines PC zu nennen, der sowohl privat als auch beruflich verwendet wird. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Dual-Use-Verträge als Verbraucherverträge beurteilt werden, ist umstritten. Zur Lösung des Dual-Use-Problems kommen verschiedene Ansätze in Betracht:¹

^{*} Dr. Katharina Huber ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien, vormals Universitätsassistentin in der Abteilung für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Einheitsrecht am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien. Dieser Beitrag beruht teils auf der an der Universität Wien 2018 approbierten Dissertation. Die Autorin bedankt sich für wertvolle Anregungen zu diesem Beitrag bei Dr. Kathrin Binder und dem unabhängigen Gutachter.

¹ Mankowski, „Gemischte“ Verträge und der persönliche Anwendungsbereich des Internationalen Verbraucherschutzrechts, IPRax 2005, 503 (504) differenziert zwischen sieben verschiedenen Lösungen; vgl. auch Ullreich, Verbrauchervertrag (2016) 175 ff, der verschiedene Ansätze nennt.

Bspw kann das Geschäft als Unternehmergeschäft beurteilt werden, auch wenn der unternehmerische Anteil nur eine untergeordnete Rolle spielt;² umgekehrt kann es auch als Verbrauchervertrag eingeordnet werden, wenn der gewerblich-berufliche Anteil nur eine untergeordnete Bedeutung hat³, oder auch dann, wenn der unternehmerische Zweck nicht überwiegend⁴ ist bzw die Sache hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet wird.⁵

Im sogenannten „Fertigparkett“-Fall zieht der OGH die Rsp zum Verbrauchergerichtsstand nach dem EuGVÜ⁶ zur Beurteilung, ob ein Verbrauchsgüter-Kaufvertrag iSd VGK-RL (RL 1999/44/EG)⁷ vorliegt, heran.⁸ Nach dem Vernachlässigbarkeitstest liegt ein Verbrauchervertrag dann vor, wenn der gewerblich-berufliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Jüngere Literaturmeinungen stehen der Anwendung des Vernachlässigbarkeitstests kritischer gegenüber und befürworten teils eine Anwendung der Überwiegensregel unter Berufung auf ErwGr 17 Satz 2 Verbraucherrechte-RL (VRRL)⁹, derzufolge ein Verbrauchergeschäft vorliegt, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist.¹⁰

Die *Relevanz* der Beurteilung von Dual-Use-Verträgen zeigt sich, weil GA *Cruz Villalón* die Überwiegensregel iSd 17. ErwGr S 2 VRRL (2011/83/EU) auf die Klausel-RL (RL 93/13/EWG)¹¹, die wie die VGK-RL nicht auf Dual-Use-Geschäfte Bezug nimmt,¹² übertrug. Des Weiteren findet sich in den Erwägungsgründen kürzlich erlassener Rechtsakte eine Regelung von Dual-Use-Geschäften ent-

2 Vgl OGH 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81.

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

4 Art I-1:105 Abs 1 DCFR veröffentlicht in *von Bar/Clive* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition VI (2009); Art 1:201 ACQP, veröffentlicht in Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis Principles*); Contract II (2009); *Guiliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABI C 1980/282, 1 (23) zu Art 5 EVÜ: an das Verbraucherstatut ist anzuknüpfen, wenn die Person im Wesentlichen außerhalb der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. „Im Wesentlichen“ wird ähnlich wie „überwiegend“ verstanden (*Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854 [886]).

5 Art 9 lit b ii RL 85/374/EWG (Produkthaftungs-RL: RL 85/374/EWG des Rates vom 25. 7. 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABI L 1985/210, 29).

6 Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 1972/299, 32.

7 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 1999/171, 12.

8 OGH 7 Ob 94/14w VbR 2015/60, 91 = Zak 2015/268, 152 = bbl 2015/148, 181 = RdW 2015/425, 478 = ZRB 2015, 99 (*Wenusch*) = JBI 2016, 588, folgend der hL siehe FN 19.

9 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI L 2011/304, 64.

10 *P. Bydliński*, Das hohe Verbraucherschutzniveau und die Zweifelsregel des § 344 UGB: Legitime Auslegungsmittel bei Streitigkeiten aus Verbraucher- und Dual-Use-Geschäften?, RdW 2017, 13; *Zehentmayer*, Die Verbrauchereigenschaft bei „Dual-use-Geschäften“, Überlegungen anlässlich der Entscheidung OGH 7 Ob 94/14w JBI 2016, 614 ff; *Kronthaler/Schwangler*, Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein, RdW 2016, 249 (251); zust *Faber/Klampferer*, Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 2016, 281 (320 f).

11 RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 1993/95, 29.

12 Der EuGH äußerte sich nicht zur Dual-Use-Problematik. Er bejahte iZm der Anwendbarkeit der Klausel-RL die Verbrauchereigenschaft eines Rechtsanwaltes. GA *Cruz Villalón* warf die Dual-Use-Problematik auf, weil es sich um einen Vertrag handelte, dessen Kreditzweck nicht angegeben war (SA *Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14 *Horăţiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România* SA Rz 35 ff). Zudem hätte das Gericht den Zweck mittels der diesem zur Verfügung stehenden Beweismitteln zu klären (SA *Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14 *Horăţiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România* SA Rz 46).

sprechend der Überwiegensregel.¹³ Das deutsche Recht sieht ebenso in § 13 BGB eine – wenn auch im Detail abweichende – Überwiegensregel vor. Es ist aber ungewiss, ob der EuGH außerhalb der VRRl die Überwiegensregel auf andere Richtlinien anwenden wird.¹⁴

In der Praxis stellt sich das Problem, wann ein Vertrag (bspw ein Kreditvertrag), der auch zu unternehmerischen Zwecken abgeschlossen wurde, ein Verbrauchervertrag ist und deshalb materiell-rechtliche verbraucherschützende Richtlinien, wie die Klausel-RL, die VKr-RL¹⁵ und die jeweiligen Umsetzungsnormen anzuwenden sind.

Vor diesem Hintergrund bedarf es einer eingehenden Untersuchung, wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind. Aufgrund des bereits genannten Anlassfalles OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) wird diese Untersuchung am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufes vorgenommen. Zunächst soll dies im Rahmen der autonomen Auslegung der VGK-RL unter Einbeziehung der rechtsakt-übergreifenden Auslegung zwischen der VGK-RL und der VRRl erfolgen.¹⁶ Anschließend widmet sich dieser Beitrag der RL-konformen Auslegung und der Beurteilung nach autonom-nationalem Recht. IdZ wird geprüft, ob und inwiefern die Zweifelsregel des § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, anzuwenden ist.

II. Zum „Fertigparkett-Fall“ (OGH 7 Ob 94/14w)

Der OGH¹⁷ hatte über folgenden Anlassfall zu entscheiden: Der Kläger kaufte Fertigparkett mit Brinnellwert von 48 und verlegte diesen in drei Räumen, wobei ein Zimmer gewerblich genutzt wurde. Nach wenigen Monaten erwies sich der Parkettboden als mangelhaft, weil er nur einen Brinnellwert von 27 hatte.

Der OGH zog für die Auslegung des Verbrauchervertrages iSd der VGK-RL die Entscheidung des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa* zum EuGVÜ heran. Nach dieser Entscheidung liegt ein Verbrauchergeschäft nur dann vor, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt (sogenannter Vernachlässigbarkeitstest).¹⁸ Der OGH folgt im Wesentlichen ohne nähere Prüfung der hL,¹⁹ welche die EuGH Rsp zum EuGVÜ heranzieht. Zugleich betont der OGH, dass dieses Ergebnis im Einklang mit der Wertung des § 344 UGB stehe.

13 ErwGr 12 Wohnimmobilienkredit-RL (RL 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 2. 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung [EU] 1093/2010, ABI L 2014/60, 34); ErwGr 18 ADR-RL (RL 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG [Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten], ABI L 2013/165, 63); vgl *Ratka/Lentner*, Entwicklungslinien der Europäisierung des Verbraucherschutzes und Konsumentenbegriffs in *Ratka/Jost* (Hrsg), *Ausgewählte Praxisfragen des neuen Verbraucherrechts, Verbraucherrechte-RL - Haustürgeschäft - AGB-Kontrolle* (2016) 51 (77 ff); *Zehentmayer*, JBl 2016, 614 ff.

14 *Wendehorst*, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht⁴ (2016) Rz 212.

15 RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABI L 2008/133, 66.

16 Siehe zwar *Loacker*, Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung, JZ 2013, 241; *Zehentmayer*, JBl 2016, 615, die lediglich betonen, dass der Erwägungsgrund in der VRRl nur im eigenen Anwendungsbereich den Verbraucherbegriff konkretisiere.

17 OGH 7 Ob 94/14w VbR 2015/60, 91 (*Leupold/Gelbmann*) = Zak 2015/268, 152 = bbl 2015/148, 181 = RdW 2015/425, 478 = ZRB 2015, 99 (*Wenusch*) = JBl 2016, 588.

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

19 *Dehn* in *Apathy/Iro/Kozioł* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IV² (2012) Rz 2/21 zieht die Rsp zum EuGVÜ heran. *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Va⁴ (2015) § 1 KSchG Rz 11 scheint ihr zu folgen;

III. Meinungsstand in der Literatur

Diese Entscheidung des OGH steht im Einklang mit der bisher hL.²⁰ Jüngere Literaturmeinungen sehen diese Auffassung kritischer. Nach P. Bydlinski²¹ sollte in Fällen, in denen bei Vertragsabschluss die Absicht zu privater Nutzung überwiegt, Verbraucherschutzrecht angewendet werden. Nach Zehentmayer²² bestünden auch gute Gründe für die Einführung der Überwiegensregel hinsichtlich des restlichen Geltungsbereiches des KSchG. Er betrachtet eine gesetzliche Klarstellung als hilfreich. Kronthaler/Schwangler²³ sprechen sich für eine Aufspaltung des Vertrages bei „Teilbarkeit der Sache“ aus, dh wenn die Leistung klar in einen (eindeutig und ausschließlich) privat genutzten Teil und einen (ebenso eindeutig und ausschließlich) unternehmerisch genutzten Teil geteilt werden kann.

IV. Eigene Stellungnahme

In der Folge soll aus Anlass der Entscheidung des OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) die Dual-Use-Problematik am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufs bzw der VGK-RL erörtert werden. Zunächst wird die (autonome) Auslegung der VGK-RL als Unionsrechtsakt untersucht. Darauf aufbauend wird die RL-konforme Auslegung nationalen Rechts behandelt. IdZ werden auch Überlegungen zum autonom-nationalen Recht vorgenommen.

Die RL-konforme Auslegung nationalen Rechts setzt das Verständnis und die Auslegung des Unionsrechts voraus.²⁴ Zunächst ist als Vorfrage zu beantworten, ob eine autonome Interpretation oder eine Verweisung auf nationales Recht intendiert ist, wobei für Erstere eine Vermutung spricht,²⁵ die auch hier zum Tragen kommt. Der Wille des Gesetzgebers an einem autonomen Konzept ergibt sich im gegenständlichen Fall schon daraus, dass der Gesetzgeber den Verbraucherbegriff selbst bestimmt.²⁶ Wie nach nationalem Recht kann grundsätzlich bei der autonomen Auslegung des Unionsrechts zwischen vier Auslegungsarten, nämlich der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung, unterschieden werden²⁷, wobei es Überschneidungen gibt und die Grenzen teilweise fließend sind.

Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ § 1 KSchG Rz 52; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017) § 1 KSchG Rz 4 (letzte lassen eine unionsrechtliche Dimension überhaupt außer Acht. Sie zitieren OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 78/10i, derzufolge das KSchG auf ein Dauerschuldverhältnis keine Anwendung findet, wenn das Rechtsgeschäft zum Abschlusszeitpunkt zwischen zwei Unternehmern abgeschlossen worden ist; ein Vertragspartner aber später seine Unternehmertätigkeit einstellt.); kritisch Faber, ZEuP 1998, 854 (885 ff); Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2008) 36 f; zur Übertragbarkeit der Rsp des IZVR auf das IPR: Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) Rz 4/102 mwN.

20 Ibid.

21 P. Bydlinski, RdW 2017, 13.

22 Zehentmayer, JBl 2016, 614 ff.

23 Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251; zust Faber/Klampferer in Eilmansberger/Herzig 320 f.

24 Gebauer, Europäische Auslegung des Zivilrechts in Gebauer/Wiedmann (Hrsg), Zivilrecht unter europäischen Einfluss² (2010) Rz 3; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1999) 204, 211 f, 312 ff.

25 Vgl Riesenhuber, Auslegung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 10 Rz 6.

26 Vgl Riesenhuber in Riesenhuber § 10 Rz 4.

27 Vgl Riesenhuber in Riesenhuber § 10 Rz 12 ff; Gebauer in Gebauer/Wiedmann Rz 4; Obwexer, Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Rsp des EuGH in Gamper/Verschraegen (Hrsg), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode (2013) 115 (115 f). Die von Wendehorst, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, RabelsZ 2011, 730 (759 ff) befürwortete Schaffung von unionsrechtlichen Methodennormen zur Ergänzung nationaler Methodennormen würde sich von klassischen Methodennormen von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen deutlich abheben und der autonomen Methodologie des Unionsprivatrechts und dessen Zusammenspiel nationalem Recht Rechnung tragen. Sie weist auf die damit verbundenen Heraus-

A. Autonome Auslegung des Unionsrechts

Der persönliche Anwendungsbereich der VGK-RL bezieht sich auf Verkäufer, die Unternehmer sind, und Verbraucher als Käufer, die miteinander einen Kaufvertrag schließen (Art 1 Abs 2 lit a, c). Die VGK-RL bedient sich einer in verbraucherschützenden Richtlinien gängigen Verbraucherdefinition²⁸ und umschreibt den Verbraucher als „jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind, regelt die VGK-RL nicht ausdrücklich.²⁹ Persönliche Definitionskriterien von Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen knüpfen an Eigenschaften und Merkmale an. Sie beschreiben die Schutzbedürftigkeit eines bestimmten Personenkreises und sind Merkmale, die das Rechtssubjekt jederzeit kennzeichnen. Beispiele sind die Einschränkung des Verbraucherbegriffes auf natürliche Personen oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe.³⁰ Im Gegensatz dazu stellt das funktionelle Element nicht auf subjektive Anhaltspunkte, sondern auf den objektiv mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Zweck ab.³¹ Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob das Handeln zu unternehmerischem oder privatem Zweck erfolgt. Im Rahmen des funktionellen Elements ist zu prüfen, wie Verträge mit gemischter Zwecksetzung (Dual-Use-Verträge) zu beurteilen sind.

1. Grammatikalische und historische Auslegung

Nach der *grammatikalischen Auslegung* schließt ein Handeln zu privaten Zwecken nicht aus, dass teilweise auch zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken gehandelt wurde. Bei welcher Gewichtung nicht mehr von einem Verbrauchervertrag ausgegangen wird, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht.

Fraglich ist, ob aus der *historischen Auslegung* folgt, dass nur bei ausschließlichem Handeln zu nicht-beruflichen oder nicht-gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist. Im *Kommissionsvorschlag* zur VGK-RL fand sich die Formulierung, dass ein Verbraucher derjenige ist, der „im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der

forderungen hin, die auch mit „[m]it dem Rückzug von Privatrecht klassischer Prägung und dem Bedeutungsgewinn von Kompetenzfragen“ verbunden sind (Wendehorst, Methodenlehre und Privatrecht in Europa, in FS Mayer [2011] 827 ff). Dieser Ansatz hat zwar viel für sich. Hier soll dennoch nach den im Schrifttum entwickelten Grundsätzen vorgegangen werden.

28 Bspw setzen Art 3 lit a VKr-RL, Art 1 Abs 2 lit a VGK-RL, Art 2 lit b Klausel-RL, Art 2 lit d FernFinanz-RL (RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 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 L 2002/271, 16), Art 2 lit e E-Commerce-RL (RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt [„Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“], ABl L 2000/178, 1) und Art 2 lit a UGP-RL (RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates [Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken], ABl L 2005/149, 22) ein Handeln zu einem Zweck, der nicht einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, voraus.

29 Dies ebenso nicht im geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 10. 2017, COM (2017) 637 final.

30 Denninger, Verbraucherbegriff (2007) 122 ff.

31 Denninger, Verbraucherbegriff 122 ff.

nicht unmittelbar [seiner] beruflichen [oder gewerblichen] Tätigkeit zugerechnet werden kann.“³² Diese Ausdehnung des Verbraucherbegriffes fand auch angesichts der weiten Definition des Verbrauchsgutes, das jedes in der Regel für den Letztverbrauch bestimmte Erzeugnis umfasste,³³ keinen Eingang in die RL. Es wurde an dem bereits in anderen RL enthaltenen traditionellen Verbraucherbegriff festgehalten, was angesichts der Kohärenz mit bisherigen Richtlinien begrüßt wurde.³⁴ Daraus schlossen *Faber* und *Lurger/Augenhofer*³⁵, dass nur bei Handeln zu ausschließlich nicht-beruflichen oder nicht-gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag die Rede ist.

Angesichts späterer Entwicklungen spricht die historische Auslegung nicht dafür, dass nur bei Handeln zu ausschließlich nicht-unternehmerischen Zwecken von einem Verbrauchervertrag die Rede ist. Es ist nämlich zu bedenken, dass die *Haustürwiderrufs-RL*³⁶, die durch die VRRRL ersetzt wurde, für das Verbrauchervertragsrecht insb auch für die VGK-RL *systembildend*³⁷ war. Als erste RL enthielt diese die Definition, wonach eine natürliche Person als privater Endverbraucher zu behandeln ist, wenn diese zu einem Zweck handelt, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden kann (Art 2). Dual-Use-Verträge wurden nicht ausdrücklich geregelt. Die Haustürwiderrufs-RL wurde aber ersetzt durch die VRRRL, die wie bereits oben erwähnt, Dual-Use-Verträge nach der Überwiegensregel beurteilt. Die Genese könnte daher vielmehr ein Argument dafür bilden, dass auch auf die VGK-RL die *Überwiegensregel* anzuwenden ist, dazu aber ausführlich später.

2. Systematische insb rechtsaktübergreifende Auslegung

Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen kann die systematische Auslegung mit der VRRRL und anderen Instrumenten (rechtsaktübergreifende Auslegung) liefern. Es geht dabei nicht um einen Systembezug innerhalb eines Rechtsaktes (rechtsaktinterne Auslegung), sondern um einen systematischen Bezug zu anderen Rechtsakten und die den anderen Rechtsakten zugrunde liegenden Prinzipien.³⁸

a. Heranziehung der Rsp zum EuGVÜ – EuGH Rs Gruber/Bay Wa

Wie oben bereits erwähnt, zog etwa der OGH die Rsp zum EuGVÜ zur Auslegung der VGK-RL heran. Gegen die vom OGH vorgenommene Übertragung der Entscheidung des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa*³⁹ zum Verbrauchergerichtsstand nach EuGVÜ auf die VGK-RL kann ins Treffen geführt werden, dass zwischen einem *prozess- und einem materiellrechtlichen Verbraucherbegriff* zu

32 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien 18.6.1996, KOM (95) 520 endg, ABl C 1996/307, 8.

33 *Staudenmayer*, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts in *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 31.

34 Ebenda.

35 *Lurger/Augenhofer*, Verbraucherschutzrecht² 37; *Faber*, ZEuP 1998, 885 ff. Hier gilt anzumerken, dass damals die Überwiegensregel in materiellrechtlichen Richtlinien noch nicht zu finden war.

36 RL 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 85/372, 31.

37 *Micklitz/Purnhagen* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB I⁷ (2015) § 13 BGB Rz 81; anders: EVÜ und EuGVÜ.

38 *Grundmann*, »Inter-Instrumental-Interpretation«, Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, *RabelsZ* 2011, 882 (885).

39 Zur Rs *Gruber/Bay* statt vieler ausführlich: *Ullreich*, Der Verbrauchervertrag 174 ff.

differenzieren ist.⁴⁰ Der EuGH verneinte in dieser Entscheidung die Verbrauchereigenschaft eines Landwirtes. Die Verbrauchereigenschaft nach Art 13 EuGVÜ gehe verloren, wenn der Vertrag teilweise gewerblich ist, es sei denn der berufliche oder gewerbliche Zweck spiele eine ganz untergeordnete Rolle. Der EuGH führte in der Entscheidung in der Rs *Gruber/Bay Wa* viele prozessrechtliche Gründe an, die sich nicht auf den materiellrechtlichen Verbraucherbegriff übertragen lassen, so etwa den Ausnahmecharakter des Verbrauchergerichtsstandes – grundsätzlich sei das Gericht des Vertragsstaates am Wohnsitz des Beklagten zuständig –, die Vermeidung einer Gerichtsstandhäufung,⁴¹ die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit des zuständigen Gerichtes.⁴² Zu beachten sind allerdings auch teleologische Argumente, wie, dass bei einem teilweisen Geschäftszweck kein verbraucherrechtliches Schutzbedürfnis eines Akteurs vorliege, da dieser auf einer Ebene mit dem anderen Vertragspartner stehe.⁴³ Dennoch kann daraus noch nicht der in der Rs *Gruber/Bay Wa* angewendete Vernachlässigbarkeitstest per se für das materielle Recht herangezogen werden.⁴⁴ Im gegenständlichen Fall ist die VGK-RL als materiellrechtliche RL auszulegen, auf die sich die prozessrechtlichen Gründe nicht ohne weiteres übertragen lassen.

b. Heranziehung der Verbraucherrechte-Richtlinie (VRRL)

Vielmehr könnte eine rechtsaktübergreifende Auslegung zwischen der VGK-RL und der VRRL Anhaltspunkte für die Beurteilung der Dual-Use-Problematik nach der VGK-RL liefern. Art 2 Nr 1 VRRL liegt eine klassische Verbraucherdefinition zugrunde, wie sie auch ähnlich in der VGK-RL enthalten ist. ErwGr 17 S 2 VRRL sieht aber die Überwiegensregel vor, wonach ein Verbrauchergeschäft vorliegt, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist. Wie bereits oben ausgeführt, hat bei einem Schlussantrag des Generalanwaltes und in der EU-Gesetzgebung die Überwiegensregel bereits Eingang gefunden.⁴⁵ In der Literatur wird aber auch gefragt, ob der EuGH außerhalb der VRRL nicht doch beim engen Verbraucherbegriff bleibt.⁴⁶

Die möglichen Folgen auf den Anwendungsbereich der VGK-RL sind daher unklar. Fraglich ist, ob – wie GA *Cruz Villalón* in *Costea/SC Volksbank Romania*⁴⁷ ausgeführt hat – der gemeinsame Zweck, die ausdrückliche Verknüpfung der beiden Richtlinien und der nahezu gleiche Wortlaut der Verbraucherdefinition für diese sprechen könnten.

Zunächst stellt sich im Hinblick auf die rechtsaktübergreifende Auslegung des Verbraucherbegriffes der VGK-RL hinsichtlich der Dual-Use-Problematik mit der VRRL die Frage der Zulässigkeit der

40 Acquis Principles, Erläuterungen zu Art 1:201 Rz 6; von Bar/Clive, DCFR Art I-1:105 DCFR Rz 27; vgl Bamberger in Bamberger/Roth/Haus/Posek (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴⁷ (Stand 1. 8. 2018) § 13 BGB Rz 12.

41 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa* Rz 32, 43, 44.

42 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa* Rz 45 bezieht sich auf EuGH 19. 2. 2002, C-256/00, *Besix/Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar* Rz 24–26; vgl von Bar/Clive, DCFR Art I-1:105 DCFR Rz 27; Zoll, Die Grundregeln der Acquis-Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire*, GPR 2008, 106 (115).

43 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG* Rz 40; Jansen/Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2008, 1113 (1117) FN 58; Wendehorst, Der Gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, in Schmidt-Kessel (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 323 (324).

44 Ähnlich Zehentmayer, JBl 2016, 614; P. Bydlinski, RdW 2017, 14.

45 FN 12 und FN 13.

46 Wendehorst, NJW 2014, 577; Heiderhoff, Privatrecht⁴ Rz 212.

47 SA *Cruz Villalón* C-110/14, *Horatiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România* SA Rz 35 ff; dazu Schürnbrand, Weitere Konturierung des europäischen Verbraucherbegriffes, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. 9. 2015, C-110/14 (*Coesta ./. SC Volksbank Romania*), GPR 2016, 19 (20 f).

rechtsaktübergreifenden Auslegung im Allgemeinen (i). Anschließend wird der Frage nachgegangen, *wie* die systematische, insb rechtsaktübergreifende Auslegung zu erfolgen hat (ii).

i. Zulässigkeit und Grundlagen der rechtsaktübergreifenden Auslegung im Allgemeinen

Als Voraussetzung für die rechtsaktübergreifenden Auslegung wird in der Literatur beurteilt, dass der Normgesetzgeber ein *inneres System* mit anderen Normen beabsichtigt.⁴⁸ Die systematische Auslegung argumentiert auch mit der Einheit und dem inneren System der Rechtsordnung, welches den Inhalt von einzelnen Normen beeinflusst. Dem inneren System liegt der Gedanke einer widerspruchsfreien und wertungsmäßigen Rechtsordnung zugrunde.⁴⁹ Das Unionsrecht ist aber diesbezüglich nicht mit dem autonom-nationalen Recht zu vergleichen. Vielmehr sind die Regelungen des Europäischen Privatrechts fragmentarisch. Zur umfassenden rechtlichen Bewertung eines Rechtsverhältnisses muss auf eine Vielzahl autonom-nationaler Regelungen zurückgegriffen werden (bspw Erfüllung, Schadenersatz, Bereicherung, Rückabwicklung).⁵⁰ Das Privatrecht der EU stellt nicht auf Vollständigkeit ab; dies wäre auch kompetenzrechtlich gar nicht zulässig, weil die EU nur eine punktuelle Regelungskompetenz hat.⁵¹

Daraus werden in der Literatur unterschiedliche Schlüsse im Hinblick auf die systematische, insb rechtsaktübergreifende Auslegung gezogen:

Nach einem Teil der Lehre wird deshalb der systematischen Auslegung wenig Gewicht eingeräumt: *Ipsen* war 1972 überhaupt noch zurückhaltend, als er betonte, dass die systematische Auslegung nicht zu überschätzen sei, weil das systematische Niveau des Primär- und Sekundärrechts nicht jenes von nationaler Gesetzgebung erreiche.⁵² *Wolff* lässt aufgrund des fragmentarischen Charakters die systematische Auslegung überhaupt scheitern.⁵³

Eine differenzierte Sichtweise wird insb von *Höpfner/Rüthers* und *Herresthal* vertreten. *Höpfner/Rüthers* argumentieren, dass je mehr Wertungsverschiedenheiten und Wertungswidersprüche zwischen den Rechtsakten bestehen, desto weniger Überzeugungskraft komme der Auslegung

48 *Herresthal*, Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung in *Jansen/Schulte-Nölke/Zoll* (Hrsg), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (2012) 85 (143); *Riesenhuber* in *Riesenhuber* § 10 Rz 22 ff; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht (2008) 99 ff, 108 f; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, 1 (12 f); *Stürner*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht in *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg), Optionales europäisches Kaufrecht, 47 (75 ff); *Stürner*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg), Optionales europäisches Kaufrecht (2012) 47 (75 ff); EuGH 25. 10. 2005, C-350/03, *Schulte/Badenia*; EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 u C-144/09, *Pammer und Hotel Alpenhof*, NJW 2011, 505 Rz 34 ff.

49 Vgl dazu allgemein iZm der systematisch-teleologischen Auslegung *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 45 f; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Rechts² (1983) 98; *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I, II (2001) 206; *Grundmann*, RabelsZ 2011, 904; *Höpfner/Rüthers*, 2009, 12; vgl zu den unterschiedlichen Verbraucherbegriffen: *Faber*, ZEuP 1998, 854; *Roth*, Europäisches Recht und nationales Recht in *Canaris* ua (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof II (2000) 854 (881): durch die Verbraucherrechterichtlinie wurden aber Widersprüchlichkeiten zwischen vier verschiedenen Richtlinien behoben; aA *Riesenhuber* in *Riesenhuber* § 10 Rz 23: Bei Betrachtung des Harmonisierungskonzepts sei das Europäische Privatrecht zu großen Teilen vollständig.

50 Vgl *Grigoleit*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 2010, 354 (378).

51 *Heeresthal*, Die Rechtsgewinnung in einer fragmentarischen supranationalen Rechtsordnung, in *Arnold* (Hrsg), Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts (2013) 49 (68); *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24 versteht das Europäische Privatrecht vollständig und nur vereinzelt lückenhaft.

52 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972) 134.

53 *Wolff*, Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG – Systematischer Teil, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union IV⁴⁰ (2009) Vor A2 Rz 33.

aus dem inneren System zu. Es beschränke sich die systematische Auslegung oft auf den Hinweis auf den *effet utile* als Prinzip des Gemeinschaftsrechts (nunmehr Unionsrechts). Nach *Herresthal* stehe die mangelnde Wertungskohärenz des (sekundären) Unionsrechts und der fehlende Wille eines Unionsgesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung des Sekundärrechts der rechtsaktübergreifenden Auslegung entgegen, es sei denn, in den Materialien eines Sekundärrechtsaktes werde ausdrücklich darauf Bezug genommen oder horizontale Rechtsakte wie eine Kaufrechtsverordnung steigern die Wertungskohärenz im Unionsrecht nachhaltig.⁵⁴

Ein anderer Teil der Lehre befürwortet hingegen den Kohärenzanspruch des Gesetzgebers, weshalb die rechtsaktübergreifende Auslegung in Betracht komme. Nach *Riesenhuber* und *Grundmann* sei trotz fragmentarischen Charakters auch übergreifend ein Systembildungswille und Kohärenzanspruch des Gesetzgebers im Unionsrecht erkennbar.⁵⁵ *Martens* differenziert zwischen zwei Fragen, nämlich einerseits, ob das Recht ein inneres System aufweise, und andererseits, inwieweit das Recht als solches System interpretiert werden müsse. Bei der Interpretation des Rechts seien Werte der Folgerichtigkeit und der inneren Einheit des Rechts als Ausfluss des Gleichheitssatzes zu berücksichtigen.⁵⁶ Die Bedeutung systematischer Argumente bei der Interpretation des Rechts lasse sich nur konkret unter Berücksichtigung der übrigen Argumente und des Gewichts der sich tragenden rechtlichen Werte bestimmen. Die Interpretation, die die innere Einheit und Folgerichtigkeit des Rechtsaktes sucht, werde regelmäßig dem Willen des Unionsgesetzgebers entsprechen. Der Rechtsakt solle im Sinne eines möglichst harmonischen und stimmigen Werkes verstanden und interpretiert werden.⁵⁷

Zugegebenermaßen ist das systematische Niveau nicht mit jenem der nationalen Gesetzgebung vergleichbar. Kohärenz kann einfacher erreicht werden, wenn der Gesetzgeber alle Aspekte bspw. des Vertragsrechts regelt und nicht nur spezifische.⁵⁸ ME spricht aber – entgegen *Herresthal* – weder eine Wertungsinkohärenz des (sekundären) Unionsrechts noch ein fehlender Wille eines Unionsgesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung des Sekundärrechts gegen eine Kohärenz, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung rechtfertigt.

Der Gedanke eines widerspruchsfreien und wertungskonsistenten Rechts wird allgemein mit der (formalen) Gerechtigkeit verbunden. *Canaris* hat die wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit als Ausprägungen des Gleichheitssatzes verstanden und auf die formale Gerechtigkeit zurückgeführt. Auch im Unionsrecht sind diese Prinzipien anerkannt.⁵⁹ Dieser Kohärenzanspruch des Gesetzgebers zeigt sich besonders im Europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. An der Nummerierung der Verordnungen lässt sich ein Ordnungswille erkennen: bspw. Rom I-VO, Rom II-VO etc. oder Brüssel Ia-VO (EuGVVO 2012), Brüssel IIa-VO (EuEheVO).⁶⁰ Ein ausdrücklicher

54 *Heeresthal* in *Arnold* 75.

55 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24.

56 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 414 f.

57 *Martens*, Methodenlehre 415.

58 *Riesenhuber*, English common law versus Systemdenken, *Utrecht Law Review* 2011, 117 (120).

59 *Canaris*, Systemdenken 16 ff; *Martens*, Methodenlehre 413 f mwN; *Heeresthal* in *Arnold* 68 mwN; kritisch *Höpfner*, Auslegung 38 ff.

60 Vgl. *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24. Diese Abkürzungen stehen für: VO (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6; VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl L 2007/199, 40; VO (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1; VO (EG)

Hinweis in den Erwägungsgründen für eine rechtsaktübergreifende Auslegung findet sich bspw in ErwGr 24 der Rom I-VO, wonach das Kriterium des „Ausrichtens“ des Verbraucherstatutes iSd Art 6 Rom I-VO in Übereinstimmung mit Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO 2000⁶¹ (nunmehr Art 17 EuGVVO 2012) auszulegen ist.

Von oben genannten Literaturmeinungen abweichend, steht dem fragmentarischen Charakter daher nicht entgegen, dass das Privatrecht der EU als ein System von kohärenten Normen oder zur Verwirklichung eines solchen Systems interpretiert werden sollte. Vielmehr ist *im Einzelfall* zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Kohärenz zwischen den fraglichen Regelungen (hier: den Bestimmungen über den Verbraucherbegriff) der betreffenden Rechtsakte (hier: VGK-RL und VRRL) im Hinblick auf Dual-Use-Verträge bestehen. In Bezug auf diese Prüfung sind die Voraussetzungen der rechtsaktübergreifenden Auslegung näher in den Blick zu nehmen.

ii. Voraussetzungen der rechtsaktübergreifenden Auslegung

Die Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten⁶² bzw der Wille zur Kohärenz werden in der Literatur als Voraussetzung für die rechtsaktübergreifende Auslegung formuliert. *Gruber* führt zur Wechselbezüglichkeit aus: Je mehr die einzelnen Regelungssysteme und die verwendete Rechts-terminologie aufeinander abgestimmt sind, desto eher wird eine systematische Auslegung im Verhältnis einzelner Regelungssysteme möglich sein.⁶³ Der Grad der „Aufeinanderbezogenheit“ einzelner Rechtssysteme sei das entscheidende Kriterium dafür, ob und wie rechtsaktübergreifende Auslegung möglich ist.⁶⁴ Dies sei im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁵

Im Hinblick auf die *Wechselbezüglichkeit* als Voraussetzung der rechtsaktübergreifenden Auslegung wird herkömmlich *die Frage* gestellt, ob der Rechtssetzer die auszulegende Norm so verstanden wissen wollte, dass die Anordnungen kohärent sind mit den Anordnungen in der Referenznorm.⁶⁶ Dieser *Wille zur Kohärenz wird bei Normen und Rechtsprinzipien desselben Gesetzgebers* überwiegend vermutet.⁶⁷

Martens betont allgemein zur systematischen Auslegung im Unionsrecht, dass eine Interpretation, die die Folgerichtigkeit und innere Einheit anstrebt, regelmäßig dem Willen des Gesetzgebers entspricht.⁶⁸ Der Gesetzgeber wolle sein Werk „*als möglichst harmonische und in sich stimmige Schöpfung*“ verstanden wissen.⁶⁹ Nach *Riesenhuber* sei rechtsaktübergreifend ein Systembildungswille innerhalb des Sekundärrechts erkennbar, weshalb eine rechtsaktübergreifende Auslegung in Betracht komme. Da sich für einzelne Regelungsbereiche auch eine innere Ordnung entnehmen lasse und Regelungen und Regelungsakte als vom Gesetzgeber „*zusammenhängendes*,

2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1347/2000, ABl L 2003/338, 1.

61 VO (EG) 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2001/12, 1.

62 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 904 ff; *Gruber*, Methoden des Internationalen Einheitsrechts (2004) 158.

63 *Gruber*, Methoden 158.

64 *Gruber*, Methoden 158

65 *Gruber*, Methoden 158; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht (1975) 273.

66 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 903 f.

67 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 904 mwN; *Gruber*, Methoden 158.

68 *Martens*, Methodenlehre 415.

69 *Martens*, Methodenlehre 415 f, 430 f.

durch Prinzipien geordnetes Ganzes angelegt“ seien, seien auch die dem System zugrunde liegenden Wertungen und Prinzipien zu berücksichtigen.⁷⁰

Grundmann differenziert zwischen Rechtsakten gleichen Ranges, die vom selben Gesetzgeber stammen, und ungleichen Ranges, sowie zwischen Unionsrecht und anderen Gesetzgebern/Rechtsordnungen. Für die hier gegenständliche Untersuchung interessiert die erste Fallgruppe, nämlich die systematische Auslegung zwischen zwei gleichen Rechtsakten, die vom selben Gesetzgeber stammen. 1.) Im Zweifel seien gleiche Begriffe in Parallelakten gleich auszulegen. Diese Vermutung werde stärker, je näher sich die Rechtsakte stünden. 2.) Im Zweifel seien Rechtsakte so auszulegen, dass sie ihren Regelungsgehalt behielten. 3.) Einzelregelungsakte können zwischen Rechtsakten mit parallelen Wertungen auch übertragen werden.⁷¹

Im Hinblick auf die Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten bzw den Willen zur Kohärenz als Voraussetzung der rechtsaktübergreifenden Auslegung ist fraglich, ob ein *subjektiver Wille* zur Kohärenz erwiesen werden muss oder ob auch *objektive Kohärenzkriterien* genügen. ME ist die Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit vor dem Hintergrund des Ziels der Auslegung zu beurteilen. Die Frage nach dem *Ziel der Auslegung* stellt sich wie im nationalen Recht auch für das Unionsrecht, nämlich, ob der subjektive Gesetzgeberwille (subjektive Auslegung) oder der objektive Normzweck (objektive Auslegung) maßgeblich ist.

Kohärenz wird von manchen vor allem durch Wortlaut und historischen Gesetzgeberwillen festgelegt. Dies steht im Einklang mit der subjektiven Auslegung. *Allgemein* sprechen für die *subjektive Auslegung* das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip sowie das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts zwischen Legislative und Judikative. Demnach hat der zumindest erkennbare Wille des Gesetzgebers Vorrang vor objektiv-teleologischen oder teleologisch-systematischen Erwägungen.⁷² Im Gegensatz dazu stützt sich die *objektive Auslegung* auf das Prinzip der Rechtssicherheit, das den Schutz auf das Vertrauen auf den veröffentlichten Wortlaut (Art 297 AEUV) gebietet.⁷³ Zudem verlangen die andauernden sich ändernden tatsächlichen Verhältnisse eine Berücksichtigung bei der Auslegung.⁷⁴ Wird die Kohärenz *subjektiv* ausgelegt, so wird im Zusammenspiel zwischen dem Wortlaut und dem historischen Gesetzgeberwillen, der gewaltenteiligen Demokratie und dem Primat des Gesetzgeberwillens Rechnung getragen.⁷⁵

ME sollte die Kohärenz nicht nur subjektiv und im Einklang mit einem ausschließlichen subjektiven Auslegungsziel gesehen werden, sondern sowohl *subjektive* als auch *objektive Erwägungen* berücksichtigen. Dies steht im Einklang mit der Vereinigungstheorie. Es wird nicht mehr von der Exklusivität des subjektiven oder des objektiven Auslegungsziels gesprochen, sondern es sind sowohl die Absicht des historischen Gesetzgebers als auch die objektive Ermittlung des Gesetzestextes in ihrem Zusammenhang miteinzubeziehen.⁷⁶ Überwiegend wird im Unionsrecht eine Vereinigungstheorie vertreten. Im Ausgangspunkt sind demnach die Vorschriften des Unions-

70 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 25.

71 Grundmann, RabelsZ 2011, 894 f.

72 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 54 mwN.

73 Betonend Grundmann, RabelsZ 2011, 907 ff.

74 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 10; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 317 f.

75 Neuner, Die Rechtsfortbildung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 12 Rz 18 mwN; Larenz/Canaris, Methodenlehre 141-153.

76 Vgl zum autonom-nationalen F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 34, 103 ff: Eine „unverrückbare Fixierung auf die historische Absicht des Gesetzgebers“ sei ausgeschlossen, „nicht aber deren Wichtigkeit im Zusammenspiel der Auslegungsmethoden [...]“ (Ebenda, 34).

rechts nach dem Willen des Gesetzgebers und nach diesem verfolgten Zweck auszulegen. Anhaltspunkte dafür liefern in den Sekundärrechtsakten Begründungserwägungen, Begründungen zu Kommissionsvorschlägen und Änderungen im Gesetzgebungsverfahren.⁷⁷ Es kann aber aufgrund von rechtlichen, ökonomischen, technischen oder sozialen Entwicklungen eine Aktualisierung des Gesetzeszweckes geboten sein.⁷⁸ Objektive Erwägungen, wie Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, vor allem des rechtlichen Umfeldes, sind zu berücksichtigen.⁷⁹

Bei der Frage, ob eine Kohärenz zwischen den Rechtsakten, hier zwischen VGK-RL und VRRL, besteht, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung rechtfertigt, sind daher sowohl der subjektive Gesetzgebungswille heranzuziehen als auch objektive Erwägungen vorzunehmen. Es zeigt sich dabei das Zusammen- und Wechselspiel der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit anderen Auslegungsmethoden. Wie *Grundmann* ausführt, besteht zwischen *Wortlautauslegung* und systematischer Auslegung insofern ein Wechselspiel, als nach dem Gesagten eine *Vermutung* für die gleiche Auslegung gleicher Begriffe desselben Gesetzgebers besteht.⁸⁰ Es ist aber mE *im Einzelfall* zu prüfen, ob eine Kohärenz bzw eine Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten besteht, die für eine rechtsaktübergreifende Auslegung spricht. Es sind bei dieser Prüfung auch historische und teleologische Argumente zu untersuchen. *Ausgangspunkt* bildet – im Einklang mit der Vereinigungstheorie – der Gesetzgeberwille. Im gegenständlichen Fall wird daher zunächst ein Blick in die Begründungserwägungen geworfen und nach Hinweisen in den Erwägungsgründen gesucht (iii; iv).

Des Weiteren ist nach *objektiven Anhaltspunkten* für eine Systembildung zu suchen. Es zeigt sich dabei ein Zusammenspiel auch im Verhältnis zwischen *systematischer insb rechtsaktübergreifender und objektiv-teleologischer Auslegung*. Der EuGH betonte: „Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“⁸¹ Es sind daher bei der Beurteilung des Zusammenspiels von Normen oder Rechtsakten im Sinne einer am inneren System orientierten Auslegung auch das Regelungsganze und die den Normen oder Rechtsakten zugrunde liegenden *Wertungen* oder Prinzipien und *Wertungszusammenhänge* miteinzubeziehen. Weitere objektive Erwägungen, wie Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, vor allem des rechtlichen Umfeldes, sind, wie oben ausgeführt, ebenso bei der rechtsaktübergreifenden Auslegung zu berücksichtigen.⁸² Zu beachten ist nämlich der evolutive Charakter des Unionsrechts: Soweit der Europäische Gesetzgeber bei einer späteren Ergänzung des Europäischen Privatrechts nicht auch andere bestehende Rechtsvorschriften ändert, besteht zwar zunächst ein Anzeichen dafür, dass sich diese anderen Vorschriften nicht verändern. Bei einer *am inneren System orientierten Auslegung* können aber auch diese anderen Vorschriften ohne Änderung des Textes durch die Ergänzung des Europäischen Privatrechts beeinflusst wer-

77 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 11; *Heeresthal*, ZEuP 2009, 606 f; *Martens*, Methodenlehre 457 ff; *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre (2009) 278 f.

78 *Herresthal*, Die teleologische Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: Der EuGH auf dem Weg zu einer eigenständigen Methode der Rechtsgewinnung, Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 17. April 2008, ZEuP 2009, 598 (606); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre 153; *Kramer*, Juristische Methodenlehre² (2005) 130 f.

79 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 11. Ihm zufolge sei dies aufgrund des teils nachweisbaren, allenfalls zu vermutenden Systembildungswillens berechtigt.

80 *Grundmann*, *RabelsZ* 2011, 903 f.

81 EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *CILFIT und Lanificio di Gavardo /Ministero della Sanità* Rz 20.

82 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 10.

den.⁸³ IdZ ist bei der Beurteilung, ob eine Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten VGK-RL und VRRL in der gegenständlichen Konstellation besteht, zu prüfen, welche Bedeutung der zeitlichen Differenz zwischen dem Inkrafttreten der VGK-RL und der VRRL zukommt (Punkt v.). Angesichts des Zusammenspiels der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit der teleologischen Auslegung sind Wertungen der Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRL miteinzubeziehen. IdZ ist die Referenznorm in der VRRL im Hinblick auf eine Kohärenz mit der auszulegenden Norm in der VGK-RL historisch-teleologisch auszulegen und die inhaltliche Kohärenz zwischen den beiden Rechtsakten zu prüfen (Punkt vi.).

iii. Relevanz der Begründungserwägungen?

Zunächst ist zu prüfen, ob *ErwGr 17* der VRRL bei der systematischen Interpretation zu berücksichtigen ist. Da die Überwiegensregel in *ErwGr 17* vorgesehen ist und sich nicht im verfügenden Teil befindet, sei nach *Reich* mit der VRRL kein „weiter“ Verbraucherbegriff eingeführt worden.⁸⁴ *Peintinger* versteht deshalb den *ErwGr 17* nur als eine nicht umsetzungspflichtige Anregung für eine erweiterte Anwendung der VRRL.⁸⁵ *ErwGr 17* könne auf bestimmte Personen angewendet werden, ohne dass der Verbraucherbegriff (wohl der VRRL) erweitert werde.⁸⁶ *Lurger*⁸⁷ sieht einen Widerspruch zwischen dem *ErwGr 17* und der Definition des Verbrauchers iSd Art 2 Z 1 VRRL. Sie betont aber, dass den Mitgliedsstaaten dennoch eine weite Auslegung iSd Überwiegensregel anzuraten sei, weil sachlich nicht einzusehen sei, warum eine nicht überwiegende Verwendung zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ausschließe. Insb nach *P. Bydlinski* sei jedenfalls der *ErwGr 17* zur Auslegung des Art 2 Z 1 VRRL heranzuziehen.⁸⁸

Erwägungsgründe sind wie andere Gesetzesmaterialien für die historische und teleologische Interpretation von Bedeutung. Sie haben sogar größere Bedeutung als einfache Gesetzesmaterialien im nationalen Recht. Der EuGH zitiert die Erwägungsgründe unter der Überschrift „rechtlicher Rahmen“.⁸⁹ Alle Rechtsakte der EU sind mit einer Begründung zu veröffentlichen (Art 296 AEUV). Die Begründungserwägungen werden gemeinsam mit dem verfügenden Teil veröffentlicht.⁹⁰ Der EuGH betont, dass „*der verfügende Teil eines Unionsrechtsaktes [...] untrennbar mit seiner Begründung verbunden [sei]*“.⁹¹ Damit steht im Einklang, dass die enthaltenen Gründe und Ziele grundsätzlich ohne weitere Begründung für die Auslegung des verfügenden Teils herangezogen

83 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 46. Eine Auslegung gegen den Willen des Gesetzgebers kann dadurch nicht gerechtfertigt werden (ebenda); *Canaris*, Systemdenken 63 f, 67-72.

84 *Reich*, Variationen des Verbraucherrechts der EU, EuZW 2011, 736 (737).

85 *Peintinger*, Der Verbraucherbegriff im Lichte der Richtlinie über die Rechte von Verbrauchern und des Vorschlags für ein Gemeinsames Einheitliches Kaufrecht – Plädoyer für einen einheitlichen europäischen Verbraucherbegriff, GPR 2013, 24 (27 f).

86 *Peintinger*, GPR 2013, 27 f.

87 *Lurger*, Widerrufsrechte, in *P. Bydlinski/Lurger* (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 61 f; aA *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 FN 11.

88 *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 FN 11; vgl *Dehn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Va⁴ (2015) § 1 FAGG Rz 17.

89 Vgl EuGH 16. 6. 2011, C-65/09 und C-87/09, *Weber und Putz* Rz 4.

90 Da sich die Erwägungsgründe nicht im verfügenden Teil befinden, können sie keine Regelungen enthalten und es können hiermit auch keine Rechte abgeleitet werden. *Martens*, Methodenlehre 178 f; EuGH 25. 11. 1998, C-308/07, *Manfredi* Rz 28; *GA Stix-Hackl* 15. 11. 2003, C-222/02, *Paul/Deutschland* Rz 132.

91 Bspw EuGH 19. 11. 2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturegon*; *Köndgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 6 Rz 48.

werden können.⁹² Überträgt man diese Ausführungen auf den ErwGr 17 der VRRL zu Dual-Use-Verträgen, so folgt daraus, dass dieser bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRL zu berücksichtigen ist, obwohl sich dieser im nicht verfügenden Teil der Richtlinie befindet.⁹³ Dieser ErwGr ist daher nicht nur als nicht umsetzungspflichtige Anregung zu verstehen.

iv. Kein ausdrücklicher Hinweis in den Erwägungsgründen

Ein *ausdrücklicher Hinweis in den Erwägungsgründen* für eine einheitliche Auslegung mit den Bestimmungen des Referenzinstrumentes stellt ein wichtiges Indiz für die Kohärenz zwischen Rechtsakten und folglich für die rechtsaktübergreifende Auslegung dar. Als Beispiel sei die EuGH-Entscheidung *Pammer und Alpenhof* zu nennen, in der der EuGH den Pauschalreisebegriff iSd Art 15 Abs 3 EuGVVO 2000 (nunmehr: Art 17 Abs 3 EuGVVO 2012) in Einklang mit Art 6 Abs 4 lit b Rom I-VO auslegte.⁹⁴ Letztgenannte Bestimmung knüpft ausdrücklich an den Begriff der „Pauschalreise“ iSd Pauschalreise-RL⁹⁵ an. In dieser Entscheidung stellte sich die Frage, ob auch Art 15 Abs 3 EuGVVO 2000 (nunmehr: Art 17 Abs 3 EuGVVO 2012) in diesem Sinn zu verstehen war. Der EuGH bejahte dies unter Berufung auf den 7. ErwGr der – zeitlich nach der EuGVVO 2000 erlassenen – Rom I-VO, welcher den Einklang der Bestimmungen der Rom I-VO mit der EuGVVO betont.⁹⁶ Deshalb sei aufgrund des ausdrücklichen Bezugs in der (jüngeren) Rom I-VO der Begriff Pauschalreise in der EuGVVO 2000 wie in der Pauschalreise-RL zu verstehen.⁹⁷

Im gegenständlichen Fall erfolgt keine ausdrückliche Anordnung zur rechtsaktübergreifenden Auslegung. Wie ausgeführt, hat die systematische Auslegung die Kohärenz zwischen Regelungen und Rechtsakten im Blick. Es ist daher nach objektiven Anhaltspunkten zu untersuchen, die für eine Kohärenz zwischen diesen *materiell-rechtlichen Richtlinien* sprechen.

v. Zeitliche Differenz zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinien

Zunächst stellt sich noch die Frage, ob die *zeitliche Differenz* zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinien gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung spricht: Der Umstand, dass der auszulegende Rechtsakt, die VGK-RL, früher erlassen wurde als der Rechtsakt (VRRL), dessen ErwGr herangezogen werden soll, spricht per se noch nicht gegen eine Kohärenz dieser Richtlinien. Wie bereits betont, war systembildend für den Verbraucherbegriff der VGK-RL jener der Haustürwiderrufs-RL, die wiederum durch die VRRL ersetzt wurde.

Dass die *zeitliche Differenz* zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinie nicht gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung spricht, zeigt zudem die soeben angeführte EuGH-Entscheidung *Pammer/Alpenhof*, wonach der ErwGr der jüngeren Rom I-VO zur Auslegung der früher erlassenen EuGVVO

92 Martens, Methodenlehre 179.

93 Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht² (2013) § 5 Rz 14.

94 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 34 ff.

95 RL 90/314/EWG des Rates vom 13. 6. 1990 über Pauschalreisen, ABl L 1990/158, 59; ersetzt nunmehr durch RL (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl L 2015/326, 1.

96 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 42 ff.

97 Kritisch allerdings Keiler/K. Binder, Reisen nach Brüssel, Rom und Luxemburg: Eine verfahrens- und kollisionsrechtliche Sicht auf Reiseverträge insbesondere mit Frachtschiffen, RRa 2009, 214; K. Binder in Keiler/Klauser (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht 2. Lfg (2017) § 14 KSchG (Art 17-19 Brüssel Ia-VO) Rz 22.

2000 (Art 15) herangezogen wurde.⁹⁸ Grundsätzlich ist daher auch aus Sicht des EuGH möglich, dass ein ErwGr eines späteren Unionsrechtsakts zur Auslegung eines anderen, früheren Unionsrechtsakts herangezogen werden kann. Dies steht im Einklang mit dem evolutiven Charakter des Unionsrechts. Bei einer am inneren System orientierten Auslegung kann eine Neuregelung im Europäischen Privatrecht (hier in der VRRL) ohne Änderung des Textes der bestimmten Regelungen (hier in der VGK-RL) die Auslegung des Europäischen Privatrechts beeinflussen.⁹⁹

vi. *Verbindung und Kohärenz zwischen VGK-RL und VRRL*

Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRL, der die VGK-RL gemeinsam mit der Klausel-RL (93/13/EWG), der Haustür-RL (85/577/EWG) und der Fernabsatz-RL (97/7/EG) ersetzen sollte.¹⁰⁰

Fraglich ist, ob als *historisch-teleologisches Argument* gegen die Überwiegensregel greift, dass sich der Anwendungsbereich des Kommissionsvorschlages zur VRRL auf die Gewährleistung erstreckt, nicht aber auf die VRRL. Dies trifft nicht zu: Die Überwiegensregel war nicht Grund für die Nichtaufnahme der Gewährleistungsbestimmungen. Während des schwedischen Vorsitzes versuchten größere Mitgliedstaaten Besonderheiten des nationalen Gewährleistungsrechts in den Entwurf zu bringen. Das vom Vereinigten Königreich geforderte *right to reject* und die von Frankreich propagierten längeren Gewährleistungsfristen, besonders bei versteckten Mängeln, fanden letztlich Einzug im Regelungsvorschlag unter schwedischem Vorsitz. Es formte sich Widerstand angesichts der inhaltlichen Konsequenzen und der mit dieser Richtlinie intendierten Vollharmonisierung.¹⁰¹ Die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen wurden Ende des Jahres 2010 unter der belgischen Ratspräsidentschaft mit der hierfür erforderlichen Mehrheit eliminiert.¹⁰²

Der ErwGr über die Überwiegensregel fand sich damals nicht in dem Kommissionsvorschlag, der noch die Gewährleistung enthielt, sondern erst in der Endfassung der legislativen Entschließung im Juni 2011.¹⁰³ Der ursprüngliche RL-Vorschlag war auch der Kritik ausgesetzt, weil er zu Dual-Use-Verträgen nicht Stellung bezog.¹⁰⁴ Es bestand nämlich Unsicherheit, ob sich die Rsp zum IZPR auf das materielle Recht übertragen lasse.¹⁰⁵ Dieser Kritik wurde auch insoweit Rechnung getra-

98 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 42 ff.

99 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 46; *Canaris*, Systemdenken 63 f, 67-72.

100 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, 8. 10. 2008, KOM (2008) 614 final 3.

101 Dazu *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011, 1045 (1049); *Cap*, Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad, in *P. Bydlinski/Lurger* (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 1 (13 f).

102 *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011, 1049; vgl *Cap* in *P. Bydlinski/Lurger* 5. Einige Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts verblieben: Gefahrenübergang; Lieferung, Rücktritt bei Verzug.

103 Annahme des EP-Standpunkts in 1. Lesung durch den Rat, 23. 6. 2011, 2008/0196 (COD); Art 2 Z 1 Kommissionsvorschlag zur VRRL definiert den Verbraucher noch als „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.“

104 *Wendehorst/B. Jud*, Proposal for a Directive on Consumer Rights - an Academic Position Paper, GPR 2009, 68 (69); *Schulte-Nölke*, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR in *Howells/Schulze* (Hrsg), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 23 (37 f); *Paschke/Husmann*, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts – Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmonisierung, GPR 2010, 262 (266).

105 *Micklitz/Reich*, Der Kommissionsvorschlag vom 8. 10. 2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära ...“, EuZW 2009, 279 (281); *Pisulinski*, Vollharmonisierung im Systemvergleich: Gemeinsamer Referenzrahmen und Vorschlag der Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht in *Gsell/Heeresthal* (Hrsg), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 47 (50 f).

gen, als die Überwiegensregel in die Richtlinie ausdrücklich aufgenommen wurde.¹⁰⁶ Daraus lässt sich gerade nicht schließen, dass die VGK-RL nicht iSd Überwiegensregel nach der VRRL auszuulegen ist.

Für eine Heranziehung der Überwiegensregel spricht zudem die *ausdrückliche Verknüpfung* zwischen VRRL und VGK-RL, da die VRRL die VGK-RL abgeändert hatte. Demnach werden Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kommission über die Annahme spezifischer Vorschriften in bestimmten Bereichen zu informieren (Art 33 VRRL). Berichtspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission bestehen, wenn diese gem Art 8 Abs 2 VGK-RL strengere Verbraucherschutzvorschriften trifft als in Art 5 Abs 1 -3 und Art 7 Abs 1 vorgesehen. Diese Abänderung der VGK-RL unterliegt ohnehin dem konkretisierten persönlichen Anwendungsbereich der VRRL, und damit der Regelung über Dual-Use-Verträge nach der VRRL, weil diese Bestimmung aus der VRRL stammt.

Zu prüfen sind auch Argumente, die für eine *inhaltliche Kohärenz* dieser Richtlinien sprechen. Beide Richtlinien sind *materiell rechtliche Richtlinien*. Die zwei Richtlinien knüpfen überwiegend an *unterschiedliche geschäftliche Anknüpfungsmerkmale* an. So knüpft die VRRL überwiegend an bestimmte Vertriebsformen, aber auch Schutzvorschriften für andere als außerhalb von Geschäftsräumen und im Fernabsatz geschlossene Verträge, an. Diese RL regelt überwiegend spezifisch verbraucherschützende Bestimmungen, insb Informationspflichten, aber auch *allgemeine Bestimmungen*.¹⁰⁷ Die VGK-RL regelt hingegen überwiegend allgemeines Vertragsrecht, abgesehen von wenigen Sonderregelungen für den Verbraucherkau (bspw zwingende Bestimmungen bei Gewährleistung). Dies belegt nicht nur die Ähnlichkeit der Bestimmungen der VGK-RL zum CISG.¹⁰⁸ Dem wurde bspw auch im österreichischen und deutschen Recht Rechnung getragen, wonach die VGK-RL vorwiegend im allgemeinen Schuldrecht im ABGB und BGB umgesetzt wurde. Der Grund für die Beschränkung auf den Verbraucherbereich dieser RL wird vor allem in der beschränkten Kompetenz der EU gesehen.¹⁰⁹

Die Bestimmungen der VRRL reflektieren überwiegend den Gedanken der *Informationsverantwortung*. Das vom *acquis communautaire* verfolgte *Informationenmodell* versucht durch vorvertragliche Informationspflichten dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, eine überlegte Entscheidung zu treffen. Durch die Information soll folglich die Selbstverantwortung gestärkt werden.¹¹⁰ Infor-

106 Entwurf der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. 2. 2011; Bericht zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 22. 2. 2011, A7-0038/2011, 40, Änderungsantrag 59: Art 2 Nr 1 des Richtlinienentwurfes: Verbraucher „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die im Wesentlichen außerhalb der gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. In weiteren Verhandlungen entschied sich das EP für die Streichung von „im Wesentlichen“. Es sollte aber im ErwGr das „überwiegend“ anstelle von „nebensächlich“ iSv Gruber/Bay Wa eingefügt werden (Ratsdokument 11218/11 vom 8. 6. 2011, 5; zu Gruber/Bay Wa Ratsdokument 10481/11 vom 20. 5. 2011, 3). Siehe dazu GA Pedro Cruz Villalón C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 42.

107 Vgl Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53 (56 f).

108 Magnus, Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts (2011) 79 ff; Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 2002, 40 ff; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 25.

109 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 25; Unterstützungskompetenz: Art 169 Abs 2 lit b AEUV; Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes: Art 114 Abs 1, 3 iVm Art 169 Abs 2 lit a AEUV; zur begrenzten Gesetzgebungskompetenz auf EU Ebene ua Grigoleit, AcP 2010) 363 ff.

110 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 29 ff; Grundlegend zum Informationsmodell: Grundmann, Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1333; Grundmann/Kerber/Weatherhill (Hrsg), Party Autonomy and the Role of Information in Internal Market (2001); kritisch Kroll-Ludwigs, Die Zukunft des

mationspflichten bestehen schon *nach allgemeinen Regeln*. Die in der VRRL normierten Informationspflichten gehen darüber hinaus und berücksichtigen das erhöhte Verbraucherschutzbedürfnis.

Auch Vorgaben der VGK-RL können teils als *Informationspflichten* verstanden werden. Die Informationsverantwortung spielt auch im Gewährleistungsrecht eine Rolle.¹¹¹ *Riesenhuber* betont, dass die Vorgaben der VGK-RL insofern als Informationspflichten verstanden werden können,¹¹² als der Verkäufer bei Verkauf einer Ware minderer Qualität zur Offenlegung verpflichtet ist. Die Gewährleistung für Werbeangaben kann als Vorschrift über *die Verteilung vorvertraglicher Informationspflichten* verstanden werden.¹¹³ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Verbraucher Werbung und ähnliche öffentliche Äußerungen als Informationsquelle über die Warenqualität verwenden und nicht zwischen den verschiedenen Akteuren der Absatzkette differenzieren.¹¹⁴

Eine *Verbindung* zwischen den beiden Richtlinien, konkret der *Informationspflicht* und der *Gewährleistung* zeigt sich bspw bei der Informationspflicht des Unternehmers über „*die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang*“, sofern es sich nicht aus den Umständen ergibt (Art 5 lit a VRRL, umgesetzt in § 5 a Abs 1 Z 5 KSchG¹¹⁵, Art 6 lit a VRRL, umgesetzt im FAGG).

Die Verbindung zwischen *Informationspflicht* und *Gewährleistung* zeigt sich darin, dass bei Nichtaufklärung über die Untauglichkeit der Ware die gewünschte Eigenschaft, die der Verkäufer kennt oder grob fahrlässig nicht kennt, als stillschweigend zugesagt gilt.¹¹⁶ Keine Aufklärungspflicht besteht aber bei bloßer Erkennbarkeit des Verwendungszwecks, wenn der Verkäufer keine Kenntnis über die Ungeeignetheit der Sache zu diesem Verwendungszweck hat.¹¹⁷

Es lässt sich daher festhalten, dass trotz unterschiedlicher geschäftlicher Anknüpfungsmerkmale, nämlich bestimmte Vertriebsformen und Schutzvorschriften in der VRRL, die überwiegend vom Gedanken der Informationsverantwortung und von Informationspflichten getragen ist, und allgemeiner vertragsrechtlicher Regelungen in der VGK-RL, auch eine *inhaltliche Kohärenz* zwischen diesen RL gefunden werden kann: Die VRRL erfasst auch wie die VGK-RL allgemeine vertragsrechtliche Regeln. Wenngleich die Informationsverantwortung in der VRRL aufgrund der ausdrücklichen zahlreichen Informationspflichten stärker ausgeprägt ist, können auch Vorgaben der VGK-RL teils als Informationspflichten verstanden werden.

verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509; *Schmidt-Kessel*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des Verbraucherrechts, VuR 2012, 350 (353); differenzierend *Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer neuen Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in FS Canaris (2007) 1191.

111 Zur Kritik an der Information als „Schutzinstrument“ im Europäischen Vertragsrecht, Stichwort: „information overload“ statt vieler *Loacker*, Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung in *Verschraegen* (Hrsg), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht III (2012) 64 ff.

112 *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 33.

113 *Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 280; *Fleischer*, Vertragsabschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772 (773).

114 *Riesenhuber*, Party Autonomy and the Role of Information, in *Grundmann/Weatherhill* (Hrsg), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market (2001) 348 (364).

115 Zu § 5 a Abs 1 Z 1 KSchG: *Kathrein/Schoditsch* in KBB³ § 5 a KSchG Rz 1; *Dehn*, Allgemeine Informationspflichten, in *B. Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherrechts in Europa? (2009) 43 f; *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2011, 1055.

116 OGH 2 Ob 234/14x Zak 2016/23, 16 = bbl 2016, 63/73; OGH 10 Ob 72/16k Zak 2017/47, 35.

117 OGH 19. 5. 2005, 6 Ob 27/05x; 8 Ob 57/14m Zak 2014/597, 315 = ZVB 2014/134, 456 (*Wagner*) = bbl 2014, 266/227 = MietSlg 66.129; OGH 2 Ob 234/14x Zak 2016/23, 16 = bbl 2016, 63/73.

vii. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich in der gegenständlichen Untersuchung objektive Anhaltspunkte für eine Systembildung hinsichtlich ähnlicher Verbraucherbegriffe und einer rechtsaktübergreifenden Auslegung aufgrund der Kohärenz zwischen der VGK-RL und der VRRl ergeben haben. Die rechtsaktübergreifende Auslegung hat die Kohärenz im Blick. Die Kohärenz sollte nicht nur subjektiv und im Einklang mit einem exklusiven subjektiven Auslegungsziel gesehen werden, sondern sowohl subjektive als auch objektive Erwägungen berücksichtigen.

Ausgangspunkt der Untersuchung, ob eine Kohärenz und eine Wechselbezüglichkeit zwischen diesen Rechtsakten besteht, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd VGK-RL rechtfertigt, bildet – im Einklang mit der Vereinigungstheorie – der historische Gesetzgeberwille. Es wurde daher zunächst ein Blick in die Begründungserwägungen geworfen und nach Hinweisen in den Erwägungsgründen gesucht. ErwGr 17 der VRRl über Dual-Use-Verträge ist bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRl zu berücksichtigen. Im gegenständlichen Fall erfolgt keine ausdrückliche Anordnung zur rechtsaktübergreifenden Auslegung und daher bestehen keine subjektiven Anhaltspunkte im Gesetzgeberwillen.

Da aber auch *objektive Erwägungen* bei der Beurteilung, ob eine Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten VGK-RL und VRRl in der gegenständlichen Konstellation besteht, zu berücksichtigen sind, ist nach *objektiven Anhaltspunkten* für eine Kohärenz zwischen diesen *materiell-rechtlichen Richtlinien* zu suchen. Die zeitliche Differenz zwischen der VGK-RL und der VRRl spricht nicht gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung. Angesichts des Zusammenspiels der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit der teleologischen Auslegung sind Wertungen der Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRl miteinzubeziehen. IdZ wurde die Referenznorm in der VRRl im Hinblick auf eine Kohärenz mit der auszulegenden Norm in der VGK-RL historisch-teleologisch ausgelegt und die inhaltliche Kohärenz zwischen den beiden Rechtsakten geprüft: Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRl, der die VGK-RL gemeinsam mit den Richtlinien, die durch die VRRl ersetzt wurden, regelte. Eine ausdrückliche Verknüpfung zwischen VRRl und VGK-RL liegt vor, weil die VRRl die VGK-RL abgeändert hatte. Es besteht auch teils eine inhaltliche Kohärenz dieser Richtlinien: Die zwei Richtlinien knüpfen zwar überwiegend an unterschiedliche geschäftliche Anknüpfungsmerkmale an, dennoch erfasst auch die VRRl – wie die VGK-RL – Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Ferner reflektieren Bestimmungen der VRRl überwiegend den Gedanken der Informationsverantwortung. Der Telos der Überwiegensregel lässt sich, wie sogleich ausgeführt wird, auch auf die VGK-RL übertragen.

3. Teleologische Auslegung

Der Schutz des Schwächeren ist alleine noch keine Rechtfertigung für die Überwiegensregel: Nach dem *effet utile* – als einer besonderen Ausprägung der teleologischen Auslegung¹¹⁸ – soll eine Vorschrift des Unionsrechts so ausgelegt werden, dass deren Wirksamkeit und Effektivität möglichst – bestmöglich – erreicht wird.¹¹⁹ Im Hinblick auf den inhaltlichen Regelungszweck ist

118 Statt vieler: *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 45; *K. Binder* in *Rauscher* (Hrsg), *EuZPR/EuIPR* IV⁴ (2015), Einl EU-SchutzMVO Rz 78.

119 *EuGH* 3. 9. 2009, C-489/07, *Messner* Rz 24; *EuGH* 25. 10. 2005, C-350/03, *Schulte/Badenia* Rz 69, *EuGH* 7. 5. 2002, C-478/99, *Kommission/Schweden* Rz 15, 21; *EuGH* 27. 6. 2000, C-240/98 bis 244/98, *Océano Grupo* Rz 26; *EuGH* 8. 10.

aber zu beachten, dass die Erlassung eines Rechtsaktes zugunsten einer besonderen Personengruppe noch nicht als Anlass genommen werden darf, um übergebührend zugunsten dieser Personengruppe (idF Verbraucher) die Richtlinie auszulegen.¹²⁰ Im Hinblick auf einen gesetzgeberischen Interessensausgleich sind *gegenläufige Interessen* ebenso zu berücksichtigen.¹²¹

Als Argument für die Anwendung der Überwiegensregel lässt sich ins Treffen führen, dass auch der Unternehmer in den Genuss des Verbraucherschutzes kommen kann, wenn er aufgrund seines Wissens und seiner Erfahrung in einer schwächeren Position als sein Vertragspartner ist.¹²² Dieser Gedanke lässt sich auch mit dem gesetzgeberischen Interessensausgleich in Einklang bringen. Die Ungleichgewichtslage wird insofern typisiert, als angenommen wird, dass hinsichtlich des Vertragsteils, der zu privaten Zwecken abgeschlossen wird, die Person in einer schwächeren Position ist. IdZ ist auf die EuGH Entscheidung in der Rs *Costea* zu verweisen: In dieser wurde der *objektive Charakter* des Vertrages unabhängig von den konkreten Kenntnissen, die die betreffende Person haben mag, oder den Informationen, über die sie tatsächlich verfügt, betont.¹²³ Es kommt daher nicht darauf an, über welche konkreten Kenntnisse der Vertragsteil hinsichtlich des privaten Teils tatsächlich verfügt. Aufgrund der Typisierung kann angenommen werden, dass sich der Vertragspartner hinsichtlich des privaten Teils in einer schwächeren Position befindet. Ist dieser private Teil der „wesentliche“ Teil des Vertrages scheint es gerechtfertigt, dass diese Person in den Genuss des Verbraucherschutzes kommt. Dass nur eine untergeordnete Rolle des beruflichen oder gewerblichen Zwecks nicht schadet, berücksichtigt nicht hinreichend, dass sich der Vertragspartner hinsichtlich des überwiegenden privaten Teils in einer schwächeren Position befindet.

4. Zwischenfazit

Es sprechen gute Gründe für eine Heranziehung der Überwiegensregel, wie sie auch in ErwGr 17 VRRRL geregelt ist, im Anwendungsbereich der VGK-RL. Letztendlich ist die Frage der Einordnung von Dual-Use-Verträgen vom EuGH zu klären. Der OGH wäre daher im Fertigparkett-Fall als letztinstanzliches Gericht verpflichtet gewesen (Art 267 Abs 3 AEUV), eine Vorlagefrage an den EuGH zu stellen.¹²⁴ Einer Vorlagepflicht an den EuGH wäre der OGH entgangen, hätte der OGH die Überwiegensregel angewendet. Im Einklang mit dem Mindestharmonisierungsscharakter der VGK-RL und der Möglichkeit der Sicherstellung eines höheren Verbraucherschutzniveaus als in der Richtlinie

1996, C-178, 188, 189, 194/94, *Dillenkofer* Rz 22; EuGH 14. 3. 2002, C-167/00, *Henkel* Rz 35 (zum EuGVÜ); EuGH 11. 7. 2002, C-96/00, *Gabriel* Rz 37.

120 Vgl EuGH 3. 9. 2009, C-489/07, *Messner* Rz 25 f („nicht zum Ziel, ihm Rechte einzuräumen, die über das hinausgehen, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist“); *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 45; 57 ff.

121 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 43.

122 *Bamberger* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), BeckOK⁴⁷ (Stand 1. 8. 2018) § 13 BGB Rz 12; vgl *Lurger* in *P. Bydlinski/Lurger* 61 f; *Mankowski*, IPRax 2005, 505 weist darauf hin, dass das Abstellen auf den Schwerpunkt schon dem natürlichen Gerechtigkeitsgefühl entspreche. Er führt ins Treffen, dass das „Unwesentliche“ den Vertrag nicht prägen solle (aaO [504]). Diese Lösung abstrahiert. Vorteil sei, dass sich der Schwerpunkt mathematisch einfach feststellen lässt (abgesehen bei 50:50 Verteilungen) (aaO [505]).

123 EuGH 3. 9. 2015, C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 21; zur teleologischen Auslegung noch eingehend iZm der RL-konformen Auslegung.

124 Die dafür notwendigen Voraussetzungen wären wohl gegeben, nämlich die Entscheidungserheblichkeit der Auslegung des Unionsrechts, weiters, dass vom EuGH die Frage noch nicht entschieden wurde und die Auslegung ohne Zweifel nicht klar ist. Eine Ausnahme, nämlich, wenn die Entscheidung des EuGH offenkundig sein sollte, weil keinerlei Zweifel an der Entscheidung der betreffenden Frage bestehen (*acte clair*) wird hier nicht vorliegen. EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *CILFIT* Rz 16; so auch *Faber/Klampferer* in *Eilmansberger/Herzig* 320 f.

vorgesehen (Art 8 Abs 2 VGK-RL), hätte die Überwiegensregel als eine für den Verbraucher günstige Regelung angewendet werden können.¹²⁵

B. RL-konforme Auslegung des nationalen Rechts und Überlegungen zum autonom-nationalen Recht

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob und wie die nationale Entsprechungsnorm RL-konform auszulegen ist. IdZ wird auch untersucht, wie im autonom-nationalen Recht Dual-Use-Verträge beurteilt werden.

Der Verbraucherbegriff setzt nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG lediglich das *Fehlen einer Unternehmereigenschaft* voraus.¹²⁶ Unternehmer ist derjenige, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Z 1 KSchG; § 1 Abs 1 UGB; vgl § 343 Abs 2 UGB). Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, ist er Verbraucher. Das Unternehmen wird definiert als „auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Nach *autonom-nationalem Recht*, nämlich jenseits des Anwendungsbereichs der VGK-RL, werden Dual-Use-Verträge *jedenfalls zur Gänze als Unternehmensgeschäft* beurteilt,¹²⁷ worauf noch zurückzukommen ist.

1. RL-konforme Auslegung des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG

Nach der Rsp des EuGH haben die mitgliedstaatlichen Gerichte die Auslegung „so weit wie möglich“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten. Dies wird begründet mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie (Art 288 Abs 3 AEUV).¹²⁸ Die negative Verbraucherdefinition des § 1 KSchG regelt nicht ausdrücklich, ob ein Geschäft, das nur teilweise zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Unternehmergeschäft behandelt wird.

IZm der Wortlautinterpretation kommen mehrere Auslegungsvarianten in Betracht, nämlich bspw, dass ein Verbraucher derjenige ist, für den das Geschäft „nicht überwiegend“ oder „nur untergeordnet“ zu einem Betrieb gehört (§ 1 Z 2 KSchG). IdZ ist die RL-konforme Auslegung als *interpretatorische Vorrangregel* zu beachten: Unter Ausnutzung des möglichen Wortsinnes, wenn mehrere Interpretationsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist vom Vorrang jener Methode auszugehen, die zu einem RL-konformen Ergebnis führt.¹²⁹ Dass die Überwiegensregel im Zuge der Umsetzung der VRRRL nicht – wie bspw im deutschen BGB – in das Gesetz

¹²⁵ Vgl OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 198/15v, wonach sich der OGH auf die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus auf Art 169 AEUV als Argument gegen eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH beruft iZm der Beurteilung der Geringfügigkeit eines Mangels; vgl P. Bydlinski, RdW 2017, 13.

¹²⁶ OGH 11. 7. 1990, 3 Ob 578/90; 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81.

¹²⁷ OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 135/01h; 26. 1. 2005, 7 Ob 22/04t; 19. 12. 2012, 7 Ob 190/12k (§ 30 b KSchG ist nur anzuwenden, wenn der Käufer die Liegenschaft gekauft hat, um dort seinen Hauptwohnsitz und nicht auch die Betriebsstätte seines Unternehmens zu begründen); Welser, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in Krejci (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 200; Krejci in Rummel³ § 1 KSchG Rz 23.

¹²⁸ Statt vieler: Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht (2013) 84 f mwN; Roth/Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 13 Rz 26, 37 mN zur EuGH Rsp.

¹²⁹ Vgl statt vieler Roth/Jopen in Riesenhuber³ § 13 Rz 42; ausführlich dazu ua Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydlinski (2002) 67 ff.

aufgenommen wurde,¹³⁰ kann auch als Indiz dafür ausgelegt werden, dass dieser Regel mittels Auslegung ieS Wirksamkeit verschafft werden kann.

Keine klaren Hinweise ergibt die *historische Auslegung*. In den Materialien wurde lediglich betont, dass der umfassendere Verbraucherbegriff iSd § 1 KSchG zum Tragen komme, der insb auch Gründungsgeschäfte, Idealvereine usw umfasse.¹³¹ Auf Dual-Use-Geschäfte wurde nicht Bezug genommen.

Hinsichtlich der *teleologischen Auslegung*, können die Argumente, die bereits iZm der teleologischen Auslegung im Rahmen der autonomen Auslegung vorgebracht wurden, für eine RL-konforme Auslegung von § 1 Abs 1 Z 1 KSchG herangezogen werden. ISd RL-konformen Auslegung als interpretatorische Vorrangregel lässt sich daher ein Geschäft, das nicht überwiegend zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Verbrauchergeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG klassifizieren.

2. Überlegungen zur Überwiegensregel im autonom-nationalen Recht

Im autonomen Recht wird besonders mit *teleologischen Argumenten* gerechtfertigt, dass ein Geschäft mit gemischter Zwecksetzung jedenfalls zur Gänze als Unternehmensgeschäft zu bewerten ist.¹³² Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Unternehmer weniger schutzbedürftig ist, wenn er über bestimmte *die Eigenverantwortung kennzeichnende Merkmale*, wie besondere Kenntnisse oder planmäßiges Handeln, verfügt.¹³³ Zu diesem Fachwissen zählt die Erfahrung mit Zwischenfällen und wie mit diesen günstig umzugehen ist.¹³⁴

Gegen diese Auffassung spricht, dass diese *besonderen Merkmale* auch vorliegen, wenn jemand ein Geschäft abschließt, das geeignet ist, zu seinem Betrieb zu gehören, im konkreten Fall aber ausschließlich zu *privaten Zwecken* getätigt wird. Hier liegt ein Verbrauchergeschäft vor, obwohl jemand über diese besonderen Merkmale verfügt.

Diese Herangehensweise wie bisher im autonom-nationalen Recht stellt eine *einfachere Lösung* dar. Die mit einer Abwägung verbundenen Unsicherheiten würde man sich ersparen,¹³⁵ was zwar der Rechtssicherheit dienen mag, aber nicht ausschlaggebend sein sollte. Vielmehr scheint eine Mittellösung in Form des Vernachlässigbarkeitstests oder auch der Überwiegensregel einem *beiderseitigen Interessensausgleich* näherzukommen. Es ist zweifelhaft, ob iSd Prinzips der beiderseitigen Rechtfertigung¹³⁶ die für den autonomen Ansatz ins Treffen geführte mit dem Unternehmensbetrieb typischerweise verbundene Fachkenntnis die besondere Belastung des Käufers,

130 Der Verbraucherbegriff iSd § 1 KSchG soll auch die Verbraucherdefinition der VRRl umsetzen. Nicht ausdrücklich Eingang gefunden hat die Überwiegensregel. Es ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit § 1 KSchG den Verbraucherbegriff iSd VGK-RL inkl Überwiegensregel umsetzen wollte, wenngleich diese Bestimmung schon vor der Umsetzung der VGK-RL bestand.

131 ErläutRV 89 BlgNR 15. GP 5.

132 OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 135/01h; 26. 1. 2005, 7 Ob 22/04t; 19. 12. 2012, 7 Ob 190/12k (§ 30 b KSchG ist nur anzuwenden, wenn der Käufer die Liegenschaft gekauft hat, um dort seinen Hauptwohnsitz und nicht auch die Betriebsstätte seines Unternehmens zu begründen); *Welser in Krejci*, HBzKSchG 200; *Krejci in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 23. Die Ansicht der österreichischen Judikatur und Literatur hat zur Folge, dass ein noch so kleiner beruflicher oder gewerblicher Anteil den Verbraucherschutz verhindert.

133 Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 887.

134 OGH 5 Ob 570/80 EvBl 1981/5; 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 15 f.

135 Vgl *Mankowski*, IPRax 2005, 504.

136 *F. Bydlinski*, Die Maxime der beiderseitigen Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355 (1356); im Rahmen der teleologischen Auslegung eines Sekundärrechtsaktes auch *Heinrich*, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011/133 (1071).

dessen Vertrag nach objektivem Maßstab fast gänzlich oder überwiegend privatem Zweck dient, zu rechtfertigen mag. Bei beruflichem oder gewerblichem Handeln nur zu einem geringen Teil liegen die – die Eigenverantwortung kennzeichnenden – Fachkenntnisse bei klassischen Dual-Use-Geschäften (bspw Kauf eines Kfz durch einen Freiberufler, der das Auto zu beiden Zwecken nutzt; Kauf des Computers durch einen Gewerbetreibenden) nicht vor, wenn kein direkter Bezug zur Geschäftstätigkeit vorliegt.¹³⁷ Es ist daher fraglich, ob dann, wenn der sich aus dem Vertrag objektiv ergebende private Zweck fast gänzlich oder überwiegend ist, hinsichtlich dieses privaten Teils diese besonderen mit dem Unternehmensbetrieb typischerweise vorhandenen Fachkenntnisse zu vermuten sind. Dagegen spricht auch, dass das KSchG von der Vermutung der *Ungleichgewichtslage* ausgeht¹³⁸ und es daher nahe liegt, dass die Ungleichgewichtslage hinsichtlich des privaten Teils vermutet wird, unabhängig davon, ob diese Ungleichgewichtslage tatsächlich besteht. Zudem lassen sich die im Rahmen der teleologischen Auslegung der VGK-RL vorgebrachten Argumente für die Anwendung der Überwiegensregel (IV.A.3.) auch für das autonom-nationale Recht fruchtbar machen.

3. Anwendbarkeit der Zweifelsregel des § 344 UGB?

Der OGH betont im „Fertigparkett-Fall“, dass die Anwendung des Vernachlässigbarkeitstests mit der Wertung des der Zweifelsregel der § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergegeschäft zu beurteilen ist, im Einklang stehe.¹³⁹ Fraglich ist, ob § 344 UGB ein *Zusatzargument* für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen liefern kann. Nach § 344 UGB wird die sachliche Zugehörigkeit des Geschäfts zum Betrieb eines Unternehmens vermutet. Voraussetzung ist, dass Zweifel (non liquet) hinsichtlich des sachlichen Zusammenhangs mit dem Betrieb des Unternehmens bestehen.¹⁴⁰ Mittels eines Gegenbeweises kann das Privatgeschäft nachgewiesen werden. Nach hA gilt § 344 Abs 1 UGB analog im KSchG.¹⁴¹ *Kerschner* steht dem aufgrund der unterschiedlichen Wertungen des KSchG und UGB kritisch gegenüber.¹⁴²

137 Kriterium nach englischem Recht: *Peter Symmons & Co v Cook* (1981) 131 NLJ 758; *Court of Appeal in R & B Customs Brokers Co. Ltd/United Dominions Trust Ltd* (1988) 1 WLR 321; Vgl dazu *Howells/Weatherill*, Consumer Protection Law (2005); *Hilton*, Consumer Protection in the United Kingdom in *Kleinschmidt* (Hrsg), Verbraucherschutz in internationaler Perspektive, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 2006/1, 45; vgl *Ratka/Lentner in Ratka/Jost* 51 (75).

138 Der Verbraucher ist dem Unternehmer typischerweise unterlegen. Es ist aber nicht von Relevanz, ob der Verbraucher tatsächlich überlegen ist; vielmehr kommt es auf eine generell-abstrakte Beurteilung der Situation an. Dazu: *Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), KSchG⁴ (2015) § 1 Rz 4; *Krejci in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 5 f. Die teleologische Reduktion einer Verbraucherbestimmung kann in engen Grenzen notwendig sein, wenn vom Leitbild des Gesetzgebers abgewichen wird. Atypischer Kommanditist einer KG, der nicht Unternehmer ist, alle Geschäfte der KG führt und über die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit Bescheid weiß, kann sich nicht auf das Mäßigungsrecht iSd § 25 d KSchG berufen: OGH 19. 3. 2014, 4 Ob 232/12 i; aA *Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 1 Rz 4.

139 OGH 18. 2. 2015, 7 Ob 94/14w.

140 *Kerschner in Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB² (2010) § 344 UGB Rz 6.

141 OGH 5. 4. 1989, 1 Ob 519/89; 11. 7. 1990, 3 Ob 578/90 (diejenige, die eine kleine Landwirtschaft betreibt nahm für sich den Schutz des KSchG in Anspruch; 25. 8. 2014, 8 Ob 72/14; 18. 2. 2015, 7 Ob 94/14w; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar Va⁴ § 1 KSchG Rz 12; *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 5 f; *Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB I⁴ (Stand 1. 9. 2016, rdb.at) §§ 343, 344 Rz 75; *Krejci*, HBzKSchG 220; *ders in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 4; *Ratka in Torggler* (Hrsg), UGB² (Stand: 1. 1. 2016, rdb.at) § 344 Rz 4; *Zehentmayer*, JBl 2016, 616; nach *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts, Neuerliche Erwägungen zu ausgewählten Problembereichen, RdW 2017, 614 (617 f) greife eine Analogie nur dann, wenn nicht klar sei – aus einer ex ante Perspektive – , ob der unternehmerische oder private Bereich überwiegend sei.

142 *Kerschner in Jabornegg/Artmann*², § 344 UGB Rz 11; ihm folgend: *Böhler*, Der Scheinunternehmer im Verbraucherrecht, ÖJZ 2015, 965 (968); kritisch *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Klang*³ KSchG § 1 Rz 51.

Die terminologischen Verbindungen zwischen dem KSchG und dem UGB sind unbestreitbar.¹⁴³ Dennoch sind die unterschiedlichen Wertungen des UGB und KSchG zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Das UGB knüpft an den Unternehmerbegriff an, im KSchG wird auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher abgestellt. Das KSchG enthält zwingende Normen zum Schutz des Verbrauchers und geht von einer typisierten Ungleichgewichtslage aus.¹⁴⁵ Der Zweck des § 1 KSchG liegt im Ausgleich wirtschaftlicher Ungleichheit. Das KSchG verfolgt den Ausgleich wirtschaftlicher Ungleichheit und damit eine andere Zwecksetzung als § 344 UGB.¹⁴⁶

Gegen die Heranziehung des § 344 UGB im Anwendungsbereich des KSchG spricht¹⁴⁷, dass das Rechtsgeschäft nach hA nach der einschlägigen Verkehrsanschauung dem Partner als Privatgeschäft erkennbar zu sein habe.¹⁴⁸ Die Vermutung des § 344 UGB könne nur durch objektive Kriterien widerlegt werden. Es kommt dabei nicht auf die Absicht des konkret Vertragsschließenden an. Das Vorliegen eines Verbrauchergeschäftes (im Verbraucherschutzrecht) beurteilt sich *aber* nach objektiven Kriterien:¹⁴⁹ Es wird dabei nach hA nicht auf die objektive Erkennbarkeit,¹⁵⁰ sondern auf die Absicht des konkret Vertragsabschließenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt. Andernfalls würde kein Verbrauchergeschäft vorliegen, wenn das Geschäft zu privaten Zwecken abgeschlossen wurde, aber für den Vertragspartner nicht objektiv erkennbar war. Der Verbraucherschutz sollte in diesem Fall höher wiegen als der Verkehrsschutz, nämlich der Schutz des Verkehrs in Bezug darauf, ob der Vertragspartner ein Verbraucher ist. Zu beachten ist nämlich der zwingende Charakter des Verbraucherrechts.¹⁵¹ Andernfalls könnten die Parteien de facto über den zwingenden Verbraucherschutz disponieren.¹⁵² Dem stehen nicht Ansprüche des „getäuschten“ Vertragspartners gegen einen allfälligen „Scheinunternehmer“ entgegen, wie die Irrtumsanfechtung, die Berufung auf den Rechtsmissbrauch oder uU Schadenersatzansprüche.¹⁵³

Aus den genannten Ausführungen ergibt sich, dass gute Argumente dafür sprechen die Zweifelsregel des § 344 UGB *nicht analog* auf den Anwendungsbereich des KSchG und daher auf Dual-Use-Fälle anzuwenden. Unabhängig davon, ob § 344 UGB im Anwendungsbereich des KSchG

143 In § 1 Abs 1 Z 1 KSchG wird auf denjenigen abgestellt, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört und in § 1 Abs 1 Z 2 KSchG auf denjenigen, auf den das nicht zutrifft. In § 343 UGB wird ein unternehmensbezogenes Geschäft so definiert wie in § 1 Abs 1 Z 1 UGB.

144 Vgl. Kerschner in Jabornegg/Artmann², § 344 UGB Rz 11.

145 Vgl. Böhler, ÖJZ 2015, 972 f.

146 Vgl. zum deutschen Recht Purnhagen, Die Zurechnung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln in den §§ 13 und 14 BGB im Spiegel der Rechtsprechung – Eckpfeiler eines Konzepts?, VuR 2015, 3 (6).

147 So auch P. Bydliński, RdW 2017, 15.

148 Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ §§ 343, 344 (Stand 1. 9. 2016, rdb.at) Rz 22; zum HGB etwa Holzhammer, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht I⁸ (1998), 163; Griehsler, Form und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungshandlungen im Handelsrecht, GesRZ 1973, 36; OGH 3. 3. 1965, 7 Ob 32/65; 12. 4. 1984, 8 Ob 522/83; 27. 1. 1994, 2 Ob 503/94; OLG Wien 17 R 212/86 REDOK 9774; aA Kerschner in Jabornegg/Artmann², § 344 UGB Rz 6.

149 Unter Einbeziehung des Scheinunternehmers Böhler, ÖJZ 2015, 969 f und Herresthal, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695 (697 f); dazu allgemein statt vieler Zehentmayer, JBl 2016, 616; P. Bydliński, RdW 2017, 15.

150 Vgl. Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 80; Krejci in Rummel³ § 1 KSchG Rz 27; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar Va⁴ § 1 KSchG Rz 12; aA LG Hamburg 16. 12. 2008, 309, 96/08, BeckRS 2009, 10950.

151 Vgl. Micklitz/Purnhagen in Münch Komm BGB I⁷ § 13 BGB Rz 44.

152 Lorenz in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg), MünchKomm BGB IV⁷ (2016) § 474 BGB Rz 24; Müller, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975 (1979); Pfeiffer in Daurer-Lieb/Langen (Hrsg), BGB Nomos Kommentar II³ (2016), Kauf-RL Art 1 Rz 20; Pfeiffer in Soergel (Hrsg), BGB¹³ (2000) § 13 Rz 27; Herresthal, JZ 2006, 697.

153 Dazu Böhler, ÖJZ 2015, 965 ff.

analog anzuwenden ist, lässt sich nach der RL-konformen Auslegung als interpretatorische Vorrangregel ein Geschäft, das nicht überwiegend zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Verbrauchergeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG beurteilen.

Zurück zum eingangs erwähnten „Fertigparkett-Fall“: Hinsichtlich des Vorschlages den Fertigparkett-Fall mittels eines gespaltenen Vertrages zu lösen,¹⁵⁴ ist angesichts des Gebotes RL-konformer Auslegung Vorsicht geboten. Unklar ist nämlich, wie Dual-Use-Verträge nach der VGK-RL zu beurteilen sind. In der gegenständlichen Untersuchung wurden Argumente für eine Anwendung der Überwiegensregel geliefert. Dies hätte die Anwendung der Überwiegensregel im „Fertigparkett-Fall“ zur Folge, wonach der gesamte Vertrag als Verbrauchergeschäft zu beurteilen gewesen wäre und nicht nur der private Teil.

V. Zusammenfassung

1. Der persönliche Anwendungsbereich der VGK-RL (Art 1 Abs 2 lit a) regelt nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen Verträge mit gemischter Zwecksetzung als Verbraucher- oder Unternehmerverträge zu beurteilen sind. Der OGH zieht die Entscheidung zum EuGVÜ heran, wonach dann, wenn der berufliche oder gewerbliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, ein Verbrauchervertrag iSd VGK-RL vorliegt, wobei dies jüngst auch schon in der Literatur kritisiert wurde.
2. Im Rahmen der autonomen Auslegung der VGK-RL ergeben sich aus der *Wortlautinterpretation* keine Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen. Aus der *historischen Auslegung* folgt nicht, dass nur bei ausschließlichen Handeln zu nicht beruflichen oder gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist.
3. Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen kann die *systematische Auslegung* liefern. Die rechtsaktübergreifende Auslegung zwischen der VGK-RL und dem prozessrechtlichen EuGVÜ ist mE kritisch zu sehen. Argumente für die Anwendbarkeit der Überwiegensregel im Anwendungsbereich der VGK-RL kann die *rechtsaktübergreifende Auslegung* zwischen VGK-RL und VRRL liefern. ErwGr 17 S 2 Verbraucherrechte-RL (VRRL), der bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRL zu berücksichtigen ist, sieht die Überwiegensregel vor. Demnach liegt ein Verbrauchervertrag vor, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist. Es besteht zwischen der Wortlautauslegung und der systematischen Auslegung insofern ein Wechselspiel als gleiche Begriffe (hier Verbraucherbegriffe) in der VGK-RL und der VRRL die Vermutung gleicher Auslegung indizieren. Dennoch ist im Einzelfall nach Anhaltspunkten für eine Kohärenz und eine Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten zu suchen, die für eine rechtsaktübergreifende Auslegung sprechen. Bei der Beurteilung der Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten sind im Einklang mit der Vereinigungstheorie sowohl subjektive als auch objektive Erwägungen zu berücksichtigen. Angesichts des Ausgangspunktes beim subjektiven Gesetzgeberwillen richtet sich der Blick zunächst auf die Erwägungsgründe. In den Erwägungsgründen findet sich kein ausdrücklicher Hinweis für eine einheitliche Auslegung. Es finden sich aber objektive Anhaltspunkte für eine Systembildung hinsichtlich ähnlicher Verbraucherbegriffe und eine rechtsaktübergreifenden Auslegung

154 So Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251.

aufgrund der Kohärenz zwischen der VGK-RL und der VRRL. Es sind Wertungen und Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRL miteinzubeziehen. Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRL, der die VGK-RL gemeinsam mit den RL, die durch die VRRL ersetzt wurden, regelte. Eine ausdrückliche Verknüpfung zwischen VRRL und VGK-RL besteht, weil die VRRL die VGK-RL abgeändert hatte. Im gegenständlichen Fall liegt auch teils eine inhaltliche Kohärenz dieser Richtlinien vor.

4. *Teleologische Auslegung:* Dem gesetzgeberischen Interessenausgleich entspricht das Argument für die Überwiegensregel, wonach der Unternehmer auch in den Genuss des Verbraucherschutzes kommen solle, wenn er bezüglich Wissen und Erfahrung (Typisierung) in einer schwächeren Position gegenüber dem anderen Unternehmer ist, wobei von einem objektiven Charakter des Vertrages auszugehen ist, unabhängig von den konkreten Kenntnissen.
5. *RL-konforme Auslegung:* Die negative Verbraucherdefinition des § 1 KSchG regelt nicht ausdrücklich, ob ein Geschäft, das nur teilweise zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Unternehmergeschäft behandelt wird. IZm der Wortlautinterpretation kommt die Auslegungsvariante in Betracht, dass ein Verbraucher derjenige ist, für den das Geschäft, „nicht überwiegend“ zu einem Betrieb gehört (§ 1 Z 2 KSchG). Keine klaren Hinweise ergibt die historische Auslegung. Im Hinblick auf die teleologische Auslegung lassen sich die IZm der im Rahmen der autonomen Auslegung vorgebrachten Argumente auch auf das nationale Recht übertragen.
6. Die *Zweifelsregel des § 344 UGB*, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, spricht nicht gegen die Anwendbarkeit der Überwiegensregel. Sie ist nicht auf den Anwendungsbereich des KSchG zu übertragen.