

RA Mag. Karl Weilhartner

# Zum Unternehmerbegriff sowie zur Informationserteilung und -verfügbarkeit im FAGG

Zugleich eine Anmerkung zu EuGH C-536/20 = Zak 2022/105, 63

» ImmoZak 2022/15

Das FAGG ist auf gewisse Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmer und Verbraucher anzuwenden. Die Auslegung des Unternehmerbegriffes zu bewältigen und in weiterer Folge – bei Anwendbarkeit des FAGG – die nach dem FAGG gebotenen Informationen auf die richtige Art und Weise zur Verfügung zu stellen, ist diffizil: Der EuGH bringt nun Klarheit.

## 1. Die Entscheidung des EuGH

Der Vermittler Tiketa vertreibt über seine Website Karten für Veranstaltungen, die von Dritten organisiert werden. Ein Verbraucher erwarb von Tiketa eine Karte für eine Kulturveranstaltung. Vor Abschluss des Erwerbs der Karte wurde auf der Website von Tiketa darauf hingewiesen, dass diese Veranstaltung von der Baltic Music organisiert werde. Für weitere Informationen wurden eine andere Website und eine Telefonnummer angeführt. Außerdem wurde in roter Schrift folgender Hinweis angezeigt: *Der Veranstalter trägt die volle Verantwortung für die Veranstaltung, ihre Qualität, ihren Inhalt und die damit zusammenhängenden Informationen. Tiketa vertreibt die Karten und handelt als offene Stellvertreterin.* Die auf der Website von Tiketa einsehbaren Regeln zur Dienstleistungserbringung enthielten genauere Informationen zu dem in Rede stehenden Dienstleistungserbringer und zur Rückerstattung des Kartenpreises. Wohingegen auf der ausgestellten Karte nur ein Teil dieser Regeln ersichtlich war.

Als sich der Verbraucher zur Veranstaltung begab, erfuhr er durch einen Aushang am Eingang des Veranstaltungsortes, dass die Veranstaltung nicht stattfinden werde.

Der Verbraucher forderte, außergerichtlich, von Tiketa die Rückerstattung des Kartenpreises, den Ersatz seiner Reisekosten sowie den Ersatz des ihm durch die Absage der Veranstaltung entstandenen immateriellen Schadens. Tiketa teilte ihm mit, dass er sich an Baltic Music wenden müsse. Baltic Music reagierte nicht auf die Forderung des Verbrauchers.

Der Verbraucher klagte daraufhin vor dem Bezirksgericht Vilnius (Litauen) Tiketa und Baltic Music als Gesamtschuldner und verlangte nun den Ersatz des materiellen Schadens, nämlich des Kartenpreises und der Reise- und Portokosten, sowie des immateriellen Schadens, der ihm durch die Absage der Veranstaltung entstanden sein soll.

Das ErstG gab dieser Klage teilweise statt und verurteilte Tiketa, dem Verbraucher den für den Ersatz seines materiellen Schadens geforderten Betrag sowie einen Teil des für den Ersatz seines immateriellen Schadens geforderten Betrags, zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 % pro Jahr ab Klageerhebung, bis zur vollständigen Durchführung seines Urteils zu zahlen. Gegen dieses Urteil legte Tiketa wiederum ein Rechtsmittel ein, dass das Regionalgericht Vilnius jedoch zurückwies. In weiterer Folge wandte sich Tiketa mit einer Kassationsbeschwerde an den Obersten Gerichtshof Litauens.

Das litauische Höchstgericht setzte das Verfahren aus und wandte sich mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Die Vorlagefragen betrafen ua die **Auslegung des Unternehmerbegriffes** nach Art 2 RL 2011/83/EU<sup>1</sup> und die notwendige Qualität und Form der **Informationserteilung und der Zurverfügungstellung von Information** nach Art 6 Abs 1 und 5 sowie Art 8 Abs 1 und 7 VR-RL, insb im Hinblick auf die Möglichkeit der Zustimmung zum Informationserhalt durch Anklicken von Kontrollkästchen auf einer Website.

Der EuGH hat diese Vorlagefragen zusammengefasst wie folgt beantwortet:

Art 2 Z 2 der VR-RL ist dahingehend auszulegen, dass ein Unternehmer iSd Bestimmung nicht nur eine natürliche oder juristische Person ist, die bei von dieser RL erfassten Verträgen zu Zwecken tätig wird, die ihrer eigenen gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, sondern auch eine natürliche oder juristische Person, die als Vermittler im Namen oder Auftrag des betreffenden Unternehmers handelt, wobei der Vermittler und der Hauptunternehmer beide als Unternehmer iSd Bestimmung eingestuft werden können, ohne dass dafür eine doppelte Dienstleistung vorliegen muss.

Art 6 Abs 1 und 5 sowie Art 8 Abs 1 und 7 VR-RL sind dahingehend auszulegen, dass sie dem nicht entgegenstehen, dass die in Art 6 Abs 1 der RL genannten Informationen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags – lediglich im Wege der allgemeinen Regeln für die Dienstleistungserbringung – auf der Website des Vermittlers zur Verfügung gestellt werden, denen der Verbraucher durch das Ankreuzen des entsprechenden Kästchens aktiv zustimmt, sofern ihm diese Informationen in klarer und ver-

<sup>1</sup> IdF Verbraucherrechterichtlinie oder VR-RL.

ständlicher Weise zur Kenntnis gebracht werden. Eine solche Art und Weise der Informationserteilung ersetzt allerdings nicht die Übermittlung der Vertragsbestätigung an den Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger iS von Art 8 Abs 7 VR-RL, wobei dieser Umstand dem nicht entgegensteht, dass diese Informationen fester Bestandteil des Fernabsatzvertrags oder des außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags sind.

## 2. Schlussfolgerungen für das nationale Recht

### 2.1. Der Unternehmerbegriff im FAGG

Der EuGH hat mit Beantwortung der ersten Vorlagefragen klargestellt, dass einerseits der Unternehmer „*Unternehmer*“ iSd Art 2 Z 2 VR-RL bleibt, wenn er sich eines Vermittlers bedient, und andererseits der Vermittler jedenfalls Unternehmer iSd Art 2 Z 2 VR-RL ist, wenn er im Namen und Auftrag eines Unternehmers iSd Art 2 Z 2 VR-RL handelt.

Diese (weite) Auslegung des Unternehmerbegriffes und die Erstreckung auf jene, die im Namen oder Auftrag des Unternehmers handeln, ist vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, richtig. Eine strenge Orientierung am Wortlaut des Art 2 Z 2 VR-RL würde wohl nicht zu dieser Auslegung führen. Richtigerweise weist der EuGH aber darauf hin, dass nach der allgemeinen Systematik der VR-RL, ein Unternehmer nach Art 6 Abs 1 lit c und d VR-RL gegebenenfalls über die Identität und die Anschrift des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt, sowie gegebenenfalls über dessen Geschäftsanschrift zu informieren hat. Damit ist impliziert, dass die VR-RL auch Personen erfasst, die im Auftrag anderer Unternehmer handeln. Im Übrigen hat der EuGH bereits in der Vergangenheit judiziert, dass die Begriffe „*Gewerbetreibender*“ und „*Unternehmer*“ als Gegenbegriffe zum Terminus „*Verbraucher*“ iSv Art 2 Z 1 RL 2011/83/EU auch jede natürliche Person mit einschließen, die im Namen oder Auftrag eines Gewerbetreibenden oder Unternehmers handelt.<sup>2</sup>

Bedient sich ein Unternehmer eines Vermittlers, sind sohin beide, der Unternehmer und der von ihm beauftragte Vermittler, verpflichtet, auf die Einhaltung der im FAGG normierten Vorschriften zu achten. Die Unternehmereigenschaft des Auftraggebers schlägt jedenfalls auf den Vermittler durch, auch wenn er bei von der VR-RL erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb seiner gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. Umgekehrt kann sich der Unternehmer seinen Verpflichtungen in der Eigenschaft als Unternehmer nicht entledigen, indem er sich eines Vermittlers bedient.

Die VR-RL legt aber weder fest, wer die Parteien des mit dem Verbraucher geschlossenen Vertrages sind, wenn der

Hauptunternehmer auf die Dienste eines Vermittlers zurückgreift, noch ist die Aufteilung der Haftung zwischen diesen beiden im Fall eines Verstoßes gegen die in der Richtlinie vorgesehenen Pflichten geregelt. Dafür sind andere Regimes zuständig.

Das FAGG selbst definiert den Begriff des Unternehmers und des Verbrauchers nicht, sondern bedient sich der Definitionen im KSchG. Die Erstreckung des Unternehmerbegriffes auch auf die *andere Person, die im Namen oder Auftrag des Unternehmers handelt* (Art 2 Z 2 VR-RL), wurde durch Aufnahme in die jeweiligen Passagen des Begriffes „*Beauftragter des Unternehmers*“ umgesetzt.<sup>3</sup>

### 2.2. Zustimmung durch Anklicken des entsprechenden Kästchens im Bereich des FAGG

Der EuGH skizziert mit Beantwortung der zweiten Vorlagefrage, wie die korrekte Informationserteilung nach Art 6 VR-RL (§ 4 Abs 1 FAGG) in zwei Schritten erfolgen kann.

Zunächst – bevor eine Bindung des Verbrauchers an den Vertrag oder seine Vertragserklärung eintritt – ist es ausreichend, wenn der Unternehmer die Informationen dem Verbraucher im Wege seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen (etwa auf seiner Website) in klarer und verständlicher Weise zur Kenntnis bringt, sofern der Verbraucher den AGB durch Ankreuzen eines dafür vorgesehenen Kästchens aktiv zustimmt. Damit soll sichergestellt sein, dass dem Verbraucher vor Abschluss seines Vertrags die Bedingungen des Vertrags bekannt und die rechtsgeschäftlichen Folgen des Vertragsabschlusses bewusst werden.<sup>4</sup> Die Übergabe auf einem dauerhaften Datenträger ist vorerst nicht notwendig. Vor Vertragsabschluss ist lediglich eine möglichst **klare und verständliche Informationserteilung** essenziell, erst nach Vertragsabschluss steht die (weitere) dauerhafte Verfügbarkeit der Informationen im Vordergrund. Aber Vorsicht: Ein bloßes Informieren reicht nicht aus. Der Verbraucher muss ein **aktives Zeichen der Zustimmung**, etwa durch Ankreuzen eines Kästchens, setzen.

Dann – innerhalb einer **angemessenen Frist** nach Vertragsabschluss – muss der Unternehmer dem Verbraucher eine **Bestätigung** des geschlossenen Vertrages auf einem **dauerhaften Datenträger** zur Verfügung stellen, die die in Art 6 VR-RL (§ 4 Abs 1 FAGG) genannten Informationen enthält, sofern er diese Informationen dem Verbraucher nicht schon vor Vertragsabschluss (sohin im ersten Schritt) auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt hat.

Die Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger sind streng. Gibt der Unternehmer die Informationen nicht physisch in die Hände des Verbrauchers (Papierform), sondern stellt diese lediglich auf seiner Website oder in einer allenfalls eingerichteten Postbox (etwa Website mit Mailbox) zur Verfügung, muss der Unternehmer die Informationen dennoch **persönlich** an den Ver-

<sup>2</sup> EuGH C-105/17, *Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808, Rn 32, 33 und 36 = Zak 2018/658, 343.

<sup>3</sup> ErlRV 89 BlgNR 25. GP 25.

<sup>4</sup> EuGH C-649/17, *Amazon EU*, ECLI:EU:C:2019:576.

braucher richten (etwa durch eine E-Mail, dass die Informationen auf der Website vorhanden sind). Er muss sicherstellen, dass Inhalt und Zugänglichkeit während einer **angemessenen Dauer** nicht verändert werden und dem Verbraucher die **Speicherung** oder **originalgetreue Wiedergabe** der Informationen möglich ist.<sup>5</sup>

Eine gewöhnliche Website als dynamischer elektronischer Host oder als Portal für die Bereitstellung von Informationen erfüllt diese Anforderungen nicht. Der Inhalt einer solchen Seite kann nämlich vom Betreiber beliebig geändert werden. Die bloße Abrufbarkeit auf einer Website reicht ebenfalls nicht aus. Die Website muss einen **sicheren Speicherbereich** für einzelne Nutzer enthalten, auf welchem, unter Ausschluss des Unternehmers, mittels Benutzername und Passwort für die Dauer eines angemessenen Zeitraums zugegriffen werden kann. Möglich ist auch eine Website, die dem Benutzer im Wesentlichen den Zugriff auf Informationen erlaubt, etwa in der Form einer webbasierten Mailbox, deren Inhalt er kopieren und auf seinen eigenen Computer speichern kann. Bei dieser Variante muss die Website jedoch Elemente enthalten, die den Verbraucher mit **an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** dazu anhält, die Informationen in Papierform **zu sichern** oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger **zu speichern**.<sup>6</sup> Die strengen Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger sind richtig, ansonsten be-

stünde zu leicht die Möglichkeit, den Zweck der VR-RL, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, zu untergraben. Der Verbraucher muss am Ende des Tages, ohne Hürden und ohne dabei auf jemanden angewiesen zu sein, auf etwas Handfestes zugreifen können.<sup>7</sup>

Der angemessene Zeitraum umfasst nicht nur die Dauer des Vertragsverhältnisses, sondern jenen Zeitraum, bei dem zur Wahrung der Interessen des Verbrauchers eine Einsicht notwendig sein kann.<sup>8</sup>

2013, 773, wonach ein Abspeichern lediglich „gestattet“ bzw. „ermöglicht“ werden muss.

<sup>7</sup> Vgl dazu auch *Spitzer/Wilfinger*, Dauerhafter Datenträger und Kundenkommunikation beim Online-Banking, ÖBA 2017, 231.

<sup>8</sup> EuGH C-375/15, *BAWAG*, ECLI:EU:C:2017:38 = Zak 2017/144, 83; 4 Ob 58/18k = Zak 2018/484, 255 = ÖBA 2018, 799 (*Moser*) = ecolex 2018, 982 (*Sonnberger*) = EvBl 2018, 1014 (*Zankl*).

<sup>5</sup> EuGH C-49/11, *Content Services*, ECLI:EU:C:2012:419 = Zak 2012/489, 256; EuGH C-375/15, *BAWAG*, ECLI:EU:C:2017:38 = Zak 2017/144, 83.

<sup>6</sup> EuGH C-49/11, *Content Services*, ECLI:EU:C:2012:419 = Zak 2012/489, 256; EuGH C-375/15, *BAWAG*, ECLI:EU:C:2017:38 = Zak 2017/144, 83; 4 Ob 58/18k = Zak 2018/484, 255 = ÖBA 2018, 799 (*Moser*) = ecolex 2018, 982 (*Sonnberger*) = EvBl 2018, 1014 (*Zankl*); weniger streng *Kaindl/Fischer*, Banken und das Internet – Banking-Portallösungen als dauerhafter Datenträger?, JBl



#### Der Autor:

Mag. Karl Weilharter ist Rechtsanwalt und Partner der Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH in Linz. Seine Beratungs- und Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Immobilien-, Unternehmens- sowie im Steuer- und Abgabenrecht.

#### Publikationen (Auszug):

Ist die Sperrfrist in § 30 Abs 3 S 2 MRG personen-, vertrags- oder objektbezogen? Zak 2018/763, 404 (gem mit *Lampmayr*).

✉ karl.weilharter@bruckmueller-law.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Weilharter/Karl

Foto: Inge Streif

**LexisNexis Zeitschriften**  
**Kompetent.**  
**Übersichtlich.**  
**Aktuell.**



**Testen Sie ALLE 13 Zeitschriftenportale 30 Tage lang GRATIS!**  
**Jetzt registrieren unter: [zeitschriften.lexisnexis.at](https://zeitschriften.lexisnexis.at)**