

1. Anwendbarkeit des Vierten Buches

Carsten Koller

Das Vierte Buch des UGB umfasst die §§ 343–460. § 343 Abs 1 UGB sieht vor, dass das Vierte Buch auf Unternehmer im Sinne der §§ 1–3 sowie auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden ist.

Als Einleitung sollen daher die Wesensmerkmale des Unternehmerbegriffes dargestellt werden, sodass eine in sich geschlossene Abhandlung über das Vierte Buch geschaffen wird.

1.1. Der Unternehmerbegriff

Gemäß § 1 Abs 1 UGB ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt. Aus dieser – zugegeben sehr allgemein gehaltenen Bestimmung – sind zwei Wesensmerkmale herauszufiltern, nämlich einerseits, dass „jemand“ Unternehmer sein kann, wenn er ein Unternehmen betreibt. Es ist einerseits zu definieren, wer Unternehmer sein kann, als auch, was ausschlaggebend dafür ist, ob jemand als Unternehmer anzusehen ist.

Unternehmer können dabei sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen sein, es ist daher etwa möglich, dass eine Einzelperson ein Unternehmen betreibt, oder aber auch, dass dieses Unternehmen von einer juristischen Person wie einer GmbH oder Aktiengesellschaft betrieben wird.¹ Als Unternehmensträger kommen somit natürliche als auch juristische Personen und Gesamthandschaften wie OG oder KG in Betracht. Spannender gestaltet sich die Frage, welche Gegebenheiten ein Unternehmen aufweisen muss, das von einem entsprechenden Unternehmensträger betrieben wird.

§ 1 Abs 2 UGB sieht zudem vor, dass Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit ist, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Zentrales Element ist in erster Linie, dass das Unternehmen ein Mindestmaß entsprechender Organisation aufweist. Unter Organisation ist ein Aktions- oder Handlungssystem gemeint, das darauf ausgerichtet ist, ein relativ genau umschriebenes Ziel unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel fortgesetzt zu verfolgen.² Das Gesetz selbst nennt nun keinen Mindestgrad der Organisation, es muss aber jedenfalls ein gewisses regelmäßiges Vorgehen zur Erreichung eines bestimmten Ziels vorhanden sein, um von einer entsprechenden Organisation

1 *Artmann/Herda* in *Artmann*, UGB Kommentar³ § 1 Rz 34; *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 1 Rz 9.

2 *Artmann/Herda*, aaO, Rz 30; *Straube/Ratka/Jost*, aaO, Rz 75.

sprechen zu können.³ Auch ist es notwendig, dass diese Organisation auf Dauer angelegt ist, es soll damit eine Abgrenzung zu einer bloß gelegentlichen Tätigkeit erfolgen. Der Wille muss somit von vornherein auf eine Vielzahl von Geschäften abzielen. Nicht erforderlich ist freilich, dass die entsprechende Tätigkeit ohne Unterbrechungen stattfindet oder auf Lebenszeit angelegt werden muss, vielmehr kann auch bei bloß saisonalem Betrieb und zeitlicher Befristung der unternehmerischen Tätigkeit von einer auf Dauer angelegten Organisation ausgegangen werden.⁴ Keine Unternehmenseigenschaft mangels Vorliegens einer auf Dauer angelegten Organisation begründen freilich Gelegenheitsgeschäfte. So wäre etwa eine jährlich stattfindende Ballveranstaltung keine auf Dauer angelegte Organisation und würde somit keine Unternehmereigenschaft begründen.⁵

Zweites maßgebliches Kriterium ist, dass die Tätigkeit selbstständig ausgeübt wird. Dies soll für eine Abgrenzung zwischen unternehmerischer Tätigkeit einerseits und einer Tätigkeit als Dienstnehmer andererseits sorgen. Eine Tätigkeit wird immer dann selbstständig ausgeübt, wenn sie weisungsfrei, unabhängig und auf eigenes unternehmerisches Risiko erfolgt. Dabei kommt es darauf an, wem die Rechte und Pflichten aus dem jeweiligen unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft als auch der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg aus der gesamten Tätigkeit zufallen.⁶

Zudem ist erforderlich, dass es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Dies ist dann gegeben, wenn wirtschaftlich werthafte Leistungen auch nach außen hin auf einem Markt angeboten werden. Jegliche wirtschaftliche Tätigkeit, sei es nun Warenverkauf, sei es nun das Anbieten von Dienstleistungen, erfüllt diese Voraussetzung. Von Bedeutung ist lediglich, dass dieses jeweilige Leistungsangebot nach außen erkennbar ist, somit auf einem Markt angeboten wird.⁷ Dies dient auch als Abgrenzung zu bloßen Nachfragern auf einem Markt, die also lediglich Waren oder Dienstleistungen beziehen, allerdings selbst keine Leistungen anbieten.⁸ Kennzeichen des Marktes ist, dass auf diesem zahlreiche potentielle Vertragspartner zusammenkommen; wie groß der jeweilige Markt ist, ist für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft unerheblich.⁹ So kann selbstverständlich in diversen Sparten ein Markt noch äußerst stark umkämpft sein, es treten somit zahlreiche Anbieter ähnlicher Dienstleistungen oder Waren auf, für die zudem zahlreiche Nachfrager auf dem Markt existieren. In anderen Sparten treten hingegen vielmehr einzelne große Unternehmen auf, ebenso befinden sich deutlich

3 Artmann/Herda, aaO, Rz 30.

4 Artmann/Herda, aaO, Rz 28; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 72; Suesserott/U. Torggler, in U. Torggler, UGB³ § 1, Rz 21.

5 Artmann/Herda, aaO, Rz 28; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 71.

6 Artmann/Herda, aaO, Rz 25; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 67; Suesserott/U. Torggler, aaO, Rz 22.

7 Artmann/Herda, aaO, Rz 26, 27; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 58; Suesserott/U. Torggler, aaO, Rz 15.

8 Artmann/Herda, aaO, Rz 27; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 63; Suesserott/U. Torggler, aaO, Rz 16.

9 Artmann/Herda, aaO, Rz 27; Straube/Ratka/Jost, aaO, Rz 61; Suesserott/U. Torggler, aaO, Rz 15.

weniger Nachfrager auf diesem Markt. In beiden Fällen liegt aber eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.

Nicht erforderlich ist es aber, dass eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Ausreichend ist, wenn nur auf Kostendeckungsbasis gearbeitet wird. Notwendig ist aber stets, dass die Leistungen entgeltlich angeboten werden.¹⁰

Die Verknüpfung zwischen dem Unternehmer selbst und dem Unternehmen wird durch das „Betreiben“ hergestellt, wobei ein Unternehmen von demjenigen betrieben wird, für den und gegen den die im Rahmen des Unternehmens geschlossenen Verträge wirken, unabhängig davon, wer tatsächlich im Rahmen des Unternehmens handelt.¹¹ Voraussetzung für das Erlangen der Unternehmereigenschaft ist lediglich die Rechtsfähigkeit.¹²

§ 343 Abs 1 UGB normiert, dass das Vierte Buch auch auf Unternehmer im Sinne der §§ 2–3 UGB sowie auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden ist. Somit ist explizit festgehalten, dass das Vierte Buch auch auf Unternehmer kraft Rechtsform im Sinne des § 2 UGB zur Anwendung gelangt. Unternehmer kraft Rechtsform sind Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen, Europäische Gesellschaften und Europäische Genossenschaften.

Auch ist das Vierte Buch des UGB ausdrücklich auf Unternehmer kraft Eintragung anzuwenden. Dabei handelt sich um Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln. Eine Eintragung von Unternehmern im Firmenbuch kann unrichtig sein, etwa weil die Voraussetzungen für die Eintragung nicht mehr vorliegen oder überhaupt nicht vorlagen.¹³ Um nun einen gewissen Verkehrsschutz zu ermöglichen, gilt als Unternehmer auch, wer zu Unrecht im Firmenbuch eingetragen ist und unter dieser Firma auftritt, tatsächlich aber kein Unternehmen betreibt. Auf den guten Glauben Dritter in Bezug auf die Eintragung kommt es dabei nicht an.¹⁴

Das Vierte Buch des UGB kommt dabei auf alle Unternehmer im Sinne der §§ 1–3 UGB zur Anwendung, beispielsweise also auch auf Angehörige freier Berufe oder Land- und Forstwirte. Die Art des Unternehmens oder die Frage, ob der jeweilige Unternehmer ins Firmenbuch eingetragen ist, sind für die Anwendung des Vierten Buches des UGB irrelevant.¹⁵

10 *Artmann/Herda*, aaO, Rz 31; *Straube/Ratka/Jost*, aaO, Rz 78; *Suesserott/U. Torggler*, aaO, Rz 19.

11 *Artmann/Herda*, aaO, Rz 10; *Straube/Ratka/Jost*, aaO, Rz 21, 22; *Suesserott/U. Torggler*, aaO, Rz 25, 26.

12 *Artmann/Herda*, aaO, Rz 10; *Straube/Ratka/Jost*, aaO, Rz 8; *Suesserott/U. Torggler*, aaO, Rz 29.

13 *Artmann/Herda* in *Artmann*, UGB Kommentar³ § 3 Rz 2.

14 *Artmann/Herda*, aaO, Rz 3.

15 *Kerschner in Artmann*, UGB Kommentar³ § 343 Rz 4.

1.2. Unternehmensbezogene Geschäfte

Was unternehmensbezogene Geschäfte sind, wird nun in § 343 Abs 2 UGB normiert. Demnach sind unternehmensbezogene Geschäfte alle Geschäfte eines Unternehmers, die zum Betrieb seines Unternehmens gehören. Erforderlich ist, dass ein Rechtsgeschäft vorliegt, an dem zumindest ein Unternehmer beteiligt ist und dieses Rechtsgeschäft zudem einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang zum Betrieb des Unternehmens des jeweiligen Unternehmers aufweist.¹⁶ Der Begriff des Geschäfts umfasst dabei vertragliche Ansprüche, aber auch außervertragliche Ansprüche, etwa Schadenersatzansprüche ex delicto. Ebenfalls können einseitige als auch mehrseitige Willenserklärungen und auch bloße Wissenserklärungen oder Willensbetätigungen im Rahmen eines Rechtsgeschäftes erfasst sein.¹⁷

Schadenersatzansprüche wegen Verletzung von Verpflichtungen, die im Rahmen des unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts eingegangen wurden, sind ebenfalls nach den Regeln des Vierten Buches des UGB zu beurteilen. Ebenso wird vertreten, dass dies auch auf vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten zur Anwendung gelangen muss.¹⁸

Notwendig ist letztlich, dass ein Unternehmer ein Rechtsgeschäft schließt, das zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Es ist zwingend erforderlich, dass das Geschäft in einem bestimmten sachlichen Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit steht. Dies dient dazu, eine Abgrenzung zu Privatgeschäften des Unternehmers herzustellen.¹⁹ Für die Praxis empfiehlt es sich daher, die Frage zu stellen, ob ein bestimmtes Geschäft für einen selbst als Privatperson abgeschlossen wird oder ob dies im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit erfolgt. Für bloße Privatgeschäfte auch eines Unternehmers kommt das Vierte Buch des UGB nicht zur Anwendung. Zentrales Erfordernis ist auch, dass das Geschäft zum Betrieb des Unternehmens des jeweiligen Unternehmers gehört. Dass es sich dabei abstrakt um ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft handeln kann, ist nicht ausreichend.²⁰

Beispiel

Kauft ein Unternehmer einen Pkw als Dienstwagen für sein Unternehmen, so liegt ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft vor. Kauft derselbe Unternehmer denselben Pkw als Geschenk für seine Tochter anlässlich der positiv absolvierten Reifeprüfung, liegt unzweifelhaft ein Privatgeschäft vor.

Spannend ist, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen Güter sowohl für berufliche als auch für private Zwecke angeschafft werden. Dies ist insbesondere in Zeiten des

16 *Kerschner* in *Artmann*, UGB Kommentar³ § 343 Rz 11.

17 *Vonkilch* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar¹ § 343 Rz 6; *Kerschner*, aaO, Rz 6.

18 *Kerschner*, aaO, Rz 17.

19 *Kerschner*, aaO, Rz 27.

20 *Vonkilch*, aaO, Rz 4; *Kerschner*, aaO, Rz 27, 30.

Homeoffice von Interesse. In diesen „Dual use“-Fällen ist die Anwendbarkeit des Vierten Buches des UGB dann eröffnet, wenn der unternehmerische Geschäftszweck den privaten Zweck der Anschaffung überwiegt.²¹

Ebenfalls als unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte anzusehen sind Hilfs- und Nebengeschäfte, wie etwa der Erwerb des Geschäftsinventars oder die Anstellung und Kündigung von Personal, oder auch die Beauftragung eines Rechtsanwaltes mit der Vertretung in Betriebsangelegenheiten.²² Selbstverständlich kann es bei dieser Vielzahl an Faktoren, die zusammenspielen müssen, um von einem unternehmensbezogenen Geschäft sprechen zu können, in der Praxis schwierig sein, manche Fälle richtig zu beurteilen. Aus diesem Grund enthält § 344 UGB die Zweifelsregel, dass die von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig anzusehen sind. Diese Regelung greift nicht hinsichtlich der Unternehmereigenschaft selbst ein und kommt auch nur dann zur Anwendung, wenn die jeweilige Handlung überhaupt in funktioneller Hinsicht als unternehmensbezogen qualifiziert werden kann. Handlungen, die daher von vornherein schon nicht unternehmensbezogen sein können, etwa Unterhaltszahlungen an Ehepartner oder Kinder, scheiden daher aus.²³ Sollte jedoch ein Unternehmer am Rechtsgeschäft beteiligt sein und das jeweilige Rechtsgeschäft auch in funktioneller Hinsicht als unternehmensbezogen qualifiziert werden können, so regelt § 344 UGB die Beweislast dahingehend, dass im Zweifel von einem unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft auszugehen ist, was in weiterer Folge die Anwendung des Vierten Buches des UGB bedeutet.

Eine im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Vierten Buches maßgebliche und auch praxisrelevante Frage ist jene, ob das Vierte Buch nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn es sich auf beiden Seiten eines Rechtsverhältnisses um ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft handelt, somit also zwei Unternehmer miteinander kontrahieren und das Rechtsgeschäft für beide Seiten zum Betrieb des jeweiligen Unternehmens gehörig ist. Auch diesbezüglich enthält das Gesetz mit § 345 UGB eine ausdrückliche Regelung, wonach auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein unternehmensbezogenes Geschäft ist, die Vorschriften des Vierten Buches für beide Teile zur Anwendung gelangen, soweit sich aus dem jeweiligen Bestimmungen des Vierten Buches nichts anderes ergibt. Es bleibt daher festzuhalten, dass das Vierte Buch auch im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher zur Anwendung gelangt, sofern die jeweilige Bestimmung nicht ausdrücklich normiert, dass sie nur zur Anwendung gelangt, wenn ein beidseitig unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft vorliegt. Im Zuge der Aufarbeitung der Bestimmungen zu unternehmensbezogenen Geschäften in diesem Werk wird stets vermerkt, ob eine Regelung auch auf einseitig unterneh-

21 Ausführlich dazu *Vonkilch*, aaO, Rz 33–47;

22 *Vonkilch*, aaO, Rz 27; *Kerschner*, aaO, Rz 33 ff.

23 *Vonkilch* aaO, Rz 25; *Vonkilch* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar¹ § 344 Rz 3.

mensbezogene Rechtsgeschäfte zur Anwendung gelangt, oder ob ein beidseitig unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft Voraussetzung für die Anwendung der jeweiligen Norm ist.

1.3. Vorbereitungsgeschäfte

Die letzte maßgebliche Frage im Zusammenhang mit der Anwendung bzw der Anwendbarkeit des Vierten Buches ist jene, ab wann von unternehmensbezogenen Geschäften gesprochen werden kann. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie Geschäfte zu beurteilen sind, die von werdenden Unternehmern getätigt werden, um den Betrieb eines Unternehmens überhaupt erst ermöglichen zu können. Zu denken wäre in diesem Fall etwa an die Anschaffung von Infrastruktur (zB Anmieten von Geschäftsräumlichkeiten), ohne die die unternehmerische Tätigkeit nicht entfaltet werden kann.²⁴

Diesbezüglich sieht § 343 Abs 3 UGB vor, dass Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätig, noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte gelten. Klar geht aus dieser Bestimmung somit hervor, dass die Ausnahme nur für natürliche Personen greift. Eine natürliche Person, die ein Unternehmen starten möchte, ist daher noch nicht an die Vorgaben des Vierten Buches des UGB gebunden. Mit dieser Bestimmung wird ein Gleichklang mit § 1 Abs 3 KSchG geschaffen, nach welchem Geschäfte, die natürliche Personen vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigen, noch nicht als Rechtsgeschäfte gelten, die dem Betrieb des Unternehmens zugehörig sind. Mit der Bestimmung des § 343 Abs 3 UGB wird somit gewährleistet, dass Wertungswidersprüche zwischen dem Unternehmensgesetzbuch und dem Konsumentenschutzgesetz in diesem Bereich entstehen können. Diese Ausnahmebestimmung greift aber aufgrund der ausdrücklichen Anordnung, die nur natürliche Personen erfasst, nicht für Vorbereitungsgeschäfte, die ein Unternehmer kraft Rechtsform tätigt. Keine Anwendung findet diese Bestimmung daher etwa auf GmbH oder AG.²⁵

Neben dieser Beschränkung auf lediglich natürliche Personen ist es, um von einem Vorbereitungsgeschäft sprechen zu können, notwendig, dass es sich dabei um ein Geschäft handelt, das das jeweilige Unternehmen vorbereiten soll und dieses Geschäft zudem abgeschlossen wird, bevor der Betrieb des Unternehmens aufgenommen wird.²⁶ Vorbereitungsgeschäfte sind dabei all jene, die erst die Rahmenbedingungen, also die Voraussetzungen für den Betrieb des Unternehmens schaffen und noch nicht dem Unternehmenszweck unmittelbar dienen sollen. Darunter fällt eben die Anschaffung der notwendigen Infrastruktur oder der

24 Kerschner in Artmann, UGB Kommentar³ § 343 Rz 44.

25 Vonkilch in Zib/Dellinger, UGB Großkommentar¹ § 343 Rz 54; Kerschner aaO, Rz 41, 47.

26 Vonkilch, aaO Rz 59 ff; Kerschner, aaO, Rz 44.

Abschluss von Arbeitsverträgen.²⁷ In zeitlicher Hinsicht ist es notwendig, dass diese Geschäfte **vor** der Betriebsaufnahme geschlossen werden. Von einer Betriebsaufnahme ist dann zu sprechen, wenn der jeweilige Unternehmer beginnt, Geschäfte abzuschließen, die dem Unternehmenszweck folgen.²⁸ Das wäre etwa im Falle eines Warenhandels dann gegeben, wenn begonnen wird, die angekaufte Ware regelmäßig an Kunden weiterzuverkaufen oder die dem Unternehmenszweck entsprechenden Dienstleistungen an Kunden zu erbringen.²⁹ Ein besonderer Anwendungsfall in diesem Zusammenhang sind Dauerschuldverhältnisse, also Rechtsgeschäfte, die als Vorbereitungsgeschäfte aufgenommen wurden, aber noch fortwirken, nachdem der Betrieb bereits aufgenommen wurde (zB Bierbezugsverträge). Auch solche Geschäfte gelten als Vorbereitungsgeschäfte. Im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse wird auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Beurteilung der Frage abgestellt, ob es sich um ein Vorbereitungsgeschäft handelt oder nicht.³⁰

27 Vonkilch, aaO Rz 60; Kerschner, aaO, Rz 44.

28 Kerschner, aaO, Rz 44.

29 Kerschner, aaO, Rz 44.

30 OGH 30.3.2006, 8 Ob 40/06z.

2. Rechtliche Besonderheiten für die Haftung von Unternehmern, der Anwendbarkeit der Verkürzung über die Hälfte sowie des Entgelts

Carsten Koller

Nach den Ausführungen zur Anwendbarkeit des Vierten Buches des UGB soll in diesem Kapitel auf die §§ 346–354 UGB eingegangen werden. Die genannten Bestimmungen enthalten rechtliche Besonderheiten für die Haftung auf Schadenersatz, die Möglichkeit des Ausschlusses der „Verkürzung über die Hälfte“ sowie dahingehend, welches Entgelt gefordert werden kann, sollte nicht ausdrücklich ein bestimmter Preis ausbedungen worden sein.

2.1. Gebräuche im Geschäftsverkehr

§ 346 UGB sieht vor, dass unter Unternehmern im Hinblick auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Geschäftsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist.

Die Unbestimmtheit dieser Regelung lässt selbstverständlich einiges an Interpretationsspielraum hinsichtlich des konkreten Inhalts der Regelung wie auch der in Frage kommenden Anwendungsbereiche zu, gleichzeitig ist mit dieser doch sehr offenen Formulierung gewährleistet, dass die im Geschäftsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche berücksichtigt werden, ohne dass bei Veränderung oder Weiterentwicklung dieser Bräuche stets ein neues Gesetz erlassen werden müsste. Die Schnelllebigkeit des Wirtschaftslebens würde es für den Gesetzgeber ohnehin unmöglich machen, stets rechtzeitig mit einem geeigneten Gesetz zu reagieren, um sämtliche Geschäftsbräuche abzudecken.

Aus der gesetzlichen Bestimmung ergibt sich ausdrücklich, dass § 346 UGB nur im Verhältnis zwischen zwei Unternehmern zur Anwendung gelangt.³¹

Das Gesetz selbst definiert nun nicht, wann von einem Geschäftsbrauch die Rede ist. Anzumerken ist, dass Gewohnheiten und Bräuche als Synonyme verstanden werden, eine Differenzierung diesbezüglich erübrigt sich somit. Geschäftsbräuche sind die im unternehmerischen Geschäftsverkehr für vergleichbare Geschäftsfälle geübten und innerhalb der beteiligten Verkehrskreise etablierten unternehmerischen Verhaltensweisen. Vereinfacht ausgedrückt etabliert sich eine grundsätzlich rechtlich nicht bindende eigene Ordnung innerhalb eines bestimmten Ge-

³¹ *Appl* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar¹ § 346 Rz 14, 16; *Kerschner* in *Artmann*, UGB Kommentar³ § 346 Rz 54.

schäftskreises, die von den Teilnehmern des jeweiligen Geschäftskreises eingehalten wird.³²

Charakterisiert wird ein Geschäftsbrauch nun dadurch, dass er über eine gewisse Dauer, freiwillig, innerhalb eines bestimmten unternehmerischen Geschäftskreises anerkannt und ausgeübt wird.³³ Das Kriterium der gewissen Zeitdauer, innerhalb derer ein Geschäftsbrauch existiert, soll darauf hinweisen, dass ein bestimmter Brauch sich tatsächlich etabliert hat.³⁴ Freilich kann keine starre Zeitspanne festgelegt werden, nach deren Verstreichen jedenfalls von einer hinreichend langen Dauer auszugehen ist, zumal die Zeitdauer, über die hinweg ein Brauch existiert, stets in Kombination mit den weiteren Merkmalen eines Geschäftsbrauchs gesehen werden muss. Von zentraler Bedeutung ist vielmehr, dass ein Brauch innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises eine gewisse Ausbreitung erfahren hat und ausgeübt wird, sodass, *Appl* folgend, jedenfalls keine strikte zeitliche Grenze eingezeichnet werden kann und insbesondere auch dann, wenn innerhalb kürzester Zeit eine weite Verbreitung eines Geschäftsbrauches stattfindet, die erforderliche Dauer angenommen werden muss. Dauer und Ausbreitung sind daher in besonderem Maße in Kombination zu betrachten.³⁵

Weiteres Erfordernis, um von einem Geschäftsbrauch sprechen zu können, ist dessen freiwillige Anerkennung. Unter Anerkennung ist zu verstehen, dass ein entsprechend großer Teil des relevanten Verkehrskreises diesen Geschäftsbrauch akzeptiert und auch das eigene Verhalten an den Brauch anpasst. Nicht erforderlich ist, dass dieser Brauch erfüllt wird, weil davon ausgegangen wird, dass es sich dabei um rechtlich verbindliche Regeln handelt. Freiwillig ist diese Anerkennung dann, wenn sie nicht durch Gesetze oder behördlichen Zwang auferlegt wird. Mangels Freiwilligkeit liegt daher kein Unternehmensbrauch vor, wenn das Verhalten durch Gesetz oder behördlichen Zwang vorgegeben ist.³⁶

Weiters muss der Geschäftsbrauch tatsächlich ausgeübt werden. Es ist daher notwendig, dass der Brauch faktisch umgesetzt wird, nicht notwendig ist dabei, dass der Brauch selbst festgeschrieben ist oder dem jeweiligen Verkehrskreis tatsächlich als Brauch bekannt ist. Eine Orientierung des eigenen Verhaltens an einen bestimmten Brauch ist ausreichend.³⁷ Dies lässt letztlich noch die Frage offen, wie der relevante Geschäftskreis ermittelt wird. Ein relevanter Verkehrskreis für einen bestimmten Geschäftsbrauch kann objektiv etwa durch eine bestimmte Branche, Region oder Absatzstufe definiert sein, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein Brauch nicht nur in einem horizontalen Verhältnis bestehen kann, also etwa zwi-

32 *Appl*, aaO, Rz 26; *Kerschner*, aaO, Rz 18.

33 *Appl*, aaO, Rz 27.

34 *Appl*, aaO, Rz 35.

35 *Appl*, aaO, Rz 37; anders, nämlich auf eine Durchschnittsdauer von drei Jahren in Analogie auf die kurze Verjährungsfrist im ABGB abstellend, *Kerschner*, aaO, Rz 21,

36 *Appl*, aaO, Rz 39 ff; *Kerschner*, aaO, Rz 22 ff.

37 *Appl*, aaO, Rz 28.

2. Rechtliche Besonderheiten

schen Unternehmern derselben Vertriebsstufe, sondern auch in vertikaler Hinsicht, somit etwa zwischen Hersteller und Vertragshändler. Auch ist ein branchenübergreifender Brauch denkbar.³⁸

Der jeweilige Geschäftsbrauch muss innerhalb des relevanten Verkehrskreises eine gewisse Ausbreitung aufweisen, was zum einen dadurch definiert wird, wie viele „Angehörige“ dieses Verkehrskreises den Geschäftsbrauch umsetzen, zum anderen, wie gleichmäßig der Geschäftsbrauch umgesetzt wird.³⁹ Starre Vorgaben existieren auch hier nicht, weshalb es stets einer Betrachtung im Einzelfall bedarf, ob eine entsprechende Verbreitung des Brauches eingetreten ist. Kein maßgebliches Kriterium ist, wie häufig ein Geschäftsbrauch ausgeübt wird. Insofern kann sich auch ein Geschäftsbrauch im Zusammenhang mit seltenen und gemessen am involvierten Kapital „großen“ Geschäften entwickeln.⁴⁰

Nach diesen Ausführungen stellt sich nun natürlich die Frage, in welchen Bereichen eine Berücksichtigung der Geschäftsbräuche stattzufinden und auf welche Weise dies zu erfolgen hat. Von besonderer Bedeutung sind unternehmerische Geschäftsbräuche selbstverständlich im Rahmen der Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung.⁴¹ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Bräuche niemals zwingendes Recht außer Kraft setzen können. Nicht ganz eindeutig ist jedoch das Verhältnis zwischen Unternehmensbräuchen und dispositiven Normen. In diesem Bereich wird überwiegend die Meinung vertreten, dass Unternehmensbräuche entgegenstehendes dispositives Recht verdrängen können.⁴² Ebenso wird aber auch vertreten, dass Unternehmensbräuche nur dort berücksichtigt werden können, wo keine Normen bestehen, somit auch keine dispositiven Normen.⁴³ Meines Erachtens ist jener Meinung der Vorzug zu geben, nach welcher Unternehmensbräuche entgegenstehende dispositive Normen verdrängen können. Dies schon deshalb, weil § 346 UGB ausdrücklich anordnet, dass Unternehmensbräuche zu berücksichtigen sind. Zwar ist § 346 UGB selbst bloß eine dispositive Norm, das bedeutet, dass sie auch vertraglich abbedungen werden kann, doch liegt darin meines Erachtens gerade ein Grund dafür, Unternehmensbräuchen einen Vorzug vor entgegenstehendem dispositiven Recht zu geben. Zwingende Normen können von Unternehmensbräuchen nicht verdrängt werden. Zwischen zwei Unternehmern gilt dann in einem nächsten Schritt aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung in § 346 UGB ein etwaiger bestehender Unternehmensbrauch. Sollten die Vertragspartner diesen Unternehmensbrauch nicht einhalten wollen, steht es ihnen frei, vertraglich zu regeln, dass er nicht zur Anwendung kommt. In einem solchen Fall verbleibt es bei der Anwendung der dis-

38 *Appl*, aaO, Rz 29, 30.

39 *Appl*, aaO, Rz 31.

40 *Appl*, aaO, Rz 33.

41 *Appl*, aaO, Rz 84; *Kerschmer*, aaO, Rz 32.

42 *Appl*, aaO, Rz 88; *Kerschmer*, aaO, Rz 45.

43 Nachweise bei *Appl*, aaO, Rz 89.