

lt. Top: 25.1.07

VKI-3106

EINGELANGT

1 Einlaufstelle
des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt
Eingel. 04. DEZ. 2006
.....
.....

2 C 569/06i

17 R 274/06z

D/Recht

K

78

Das Landesgericht Wiener Neustadt als Berufungsgericht hat durch den Richter des Landesgerichtes HR Dr. Reitprecht als Vorsitzenden sowie die Richter des Landesgerichtes Mag. Schirnhofer und MMag. Matzka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei ~~.....~~ vertreten durch Dr. Martin Hembach, Rechtsanwalt in Wiener Neustadt als mit Bescheid vom 21.6.2006, VZ 06-533, bestellten Verfahrenshelfer, wegen **Euro 1.415,15 s.A.**, infolge Berufungen beider Parteien (Berufungsinteresse der klagenden Partei: Euro 215,15; Berufungsinteresse der beklagten Partei: Euro 1.200,--) gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 15.5.2006, 2 C 569/06i-5, in nicht öffentlicher Sitzung den

### B e s c h l u s s

gefasst:

I. Die Nichtigkeitsberufung der beklagten Partei wird verworfen.

II. Im Übrigen wird aber den Berufungen beider Parteien **Folge** gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen, wobei auf die Kosten des Berufungsverfahrens gleich Verfahrenskosten erster Instanz Bedacht zu nehmen sein wird.

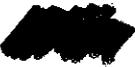
Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

Begründung:

Mag. ██████████ kaufte vom Beklagten ein Motorrad Honda Transalp um Euro 1.200,--. Er trat jedoch wegen Mängel am Motorrad vom Vertrag zurück.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der klägerische Verein, an den der Käufer seine Ansprüche abgetreten hat, Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Motorrades, die Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises von Euro 1.200,-- s.A. sowie dessen Verurteilung zur Leistung von Schadenersatz in Höhe von Euro 215,15 s.A.; hilfsweise begehrt er festzustellen, der am 2.10.2005 geschlossene Kaufvertrag über das Motorrad sei aufgehoben und der Beklagte schuldig, ihm Euro 1.415,15 s.A. zu zahlen; in eventu wird die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Euro 550,-- s.A. aus dem Titel der "Vertragsanpassung" bzw der "Preisminderung" geltend gemacht.

Dazu brachte der Kläger zusammengefasst vor, Mag. ██████████ habe am 2.10.2005 über die Internet-Plattform "eBay" einen Kaufvertrag über ein Motorrad geschlossen. Das Motorrad sei dem Käufer vom Beklagten am 8.10.2005 gegen eine Vorauszahlung von Euro 30,-- an die vereinbarte Adresse 1060 Wien geliefert worden. Bei der Übergabe des Motorrades habe er dem Beklagten den Kaufpreis von Euro 1.200,-- in bar übergeben. Er habe das Motorrad behördlich angemeldet und es am 21.10.2005 in einer Fachwerkstatt des ARBÖ überprüfen lassen. Dabei sei festgestellt worden, dass ein vollständiger Austausch des Antriebssatzes notwendig sei und die Vorderbremse stecken würde. Da eine außergerichtliche Einigung gescheitert sei, habe Mag. ██████████ am 19.12.2005 per e-mail seinen Rücktritt vom Kaufvertrag gemäß § 5e KSchG erklärt und den Beklagten zur Rückabwicklung des Vertrages aufgefordert. Mit Schreiben vom 2.1.2006 habe der Klagevertreter diese Rücktrittserklärung schriftlich wiederholt. Der Beklagte habe den Rücktritt jedoch nicht akzeptiert und weigere sich, den Vertrag rückabzuwickeln. Der Käufer sei Verbraucher; der Beklagte

Kaufmann im Sinne des § 1 HGB; er betreibe einen Handel mit Motorrädern und Motorradzubehör. Er habe allein über die Internet-Plattform "eBay" in etwa zwei Monaten 7 Motorräder (inklusive Minimotorräder) und 12 Mal Motorradzubehör (Motorradhelme und -stiefel) verkauft. Er habe zwischen Sommer und November 2005 zumindest 16 Motorräder und 4 Mal Motorradzubehör gekauft. Das Motorradzubehör sei als qualitativ hochwertige "Neuware" verkauft worden. Die vom Beklagten vorgenommenen selbständigen, wirtschaftlichen Tätigkeiten würden ein Mindestmaß an regelmäßigen, organisatorischen Aufwand betreffend Preiskalkulation, Inserate schalten, Transportabwicklung, Lagerung und Buchhaltung erfordern. Ein weiteres Indiz für die Unternehmereigenschaft des Beklagten sei, dass er das Motorrad selbst erst am 22.9.2005 erworben habe, um es sogleich wieder zu verkaufen. Der Kaufvertrag sei unter ausschließlicher Verwendung des Internets geschlossen worden. Der Beklagte habe sich durch die Verwendung der Internet-Verkaufsbörse "eBay" eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems bedient. Er sei so organisiert, dass der Fernabsatz zumindest Teil seiner unternehmerischen Vertriebsorganisation sei. Der Vertragsabschluss sei ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien zustande gekommen. Eine "eBay"-Auktion sei keine Versteigerung im Sinne des § 5b Z 4 KSchG. Der Beklagte habe den Käufer bis heute nicht über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e KSchG informiert. Die Rücktrittsfrist betrage daher drei Monate. Sie beginne mit dem Tag des Wareneingangs beim Verbraucher, hier also mit 8.10.2005. Die Rücktrittserklärung sei am 19.12.2005 und damit rechtzeitig erfolgt. Mag.  habe das Motorrad nicht benützt, sondern es nur zu einer kurzen Probefahrt und zur Fahrt in die Werkstätte und wieder zurück verwendet. Er habe die Kosten der behördlichen Anmeldung von Euro 160,--, die Kosten der Zustandsprüfung von Euro 25,-- und die Transportkosten von Euro 30,-- bezahlt. Diese Beträge habe ihm

der Beklagte aus dem Titel des Schadenersatzes wegen verschuldeter mangelhafter Erfüllung zu ersetzen. Bei den Schäden handle es sich um typische Mangelfolgeschäden. Der Beklagte habe die Mängel am Motorrad gekannt oder hätte sie kennen müssen. Er habe das Motorrad als mängelfrei, "technisch bestens" und "Bereit für die Weltreise!" beschrieben. Damit habe er die Funktionstüchtigkeit und Mängelfreiheit des Motorrades ausdrücklich zugesichert. Als gewerbetreibender Unternehmer, der regelmäßig Motorräder kaufe und verkaufe, hätte er die Mängel bei einer vor dem Verkauf selbst durchzuführenden Überprüfung erkennen müssen. Der Beklagte sei ein langjähriger und sehr erfahrener Motorradspezialist, der die Mängel mit Sicherheit erkannt habe. Andernfalls hätte er die Mängelfreiheit und technische Funktionstüchtigkeit des Motorrades nicht zusichern und sich nicht auf allfällige Angaben des Vorbesitzers zum Zustand des Motorrades verlassen dürfen. Er habe den Käufer durch das Inserat in Irrtum geführt; dieser Irrtum sei wesentlich. Hätte Mag. [REDACTED] Kenntnis von der tatsächlichen Beschaffenheit des Motorrades gehabt, hätte er den Kaufvertrag nicht geschlossen. Eine Verbesserung der Mängel habe der Beklagte verweigert. Darüber hinaus wäre die Verbesserung für den Käufer unzumutbar, da aufgrund der Art der angeführten vor allem sicherheitsrelevanten Mängel von einer besonderen Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Beklagten auszugehen sei. Ihm fehle auch die besondere Eignung bzw. Berechtigung (Gewerbeberechtigung) zur Verbesserung.

Der Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, die Fernabsatzrichtlinie sei auf ihn nicht anwendbar. Er habe die Geschäfte nur aus Gefälligkeit gemacht und "nur ganz wenig daran verdient". Er sei von Anfang an bereit gewesen, das Motorrad zu reparieren. Der Käufer habe aber Überstellungskosten verlangt, die er nicht bereit sei zu zahlen.

Mit dem angefochtenen Urteil verpflichtete das Erstgericht den Beklagten - unter Abweisung des Mehrbegehrens

von Euro 215,15 s.A. - Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Motorrades zur Rückzahlung des Kaufpreises von Euro 1.200,-- s.A.

Es stellte im Wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

"Der Beklagte kauft und verkauft im Internet Motorräder sowie Motorradzubehör. Hierbei bedient er sich der Internetplattform "eBay". Er verkaufte innerhalb von zwei Monaten 7 Motorräder (inkl. sogenannten Mini-Motorrädern) und ca. 12 Mal Motorradzubehör (Motorradhelme und Stiefel). Weiters kaufte der Beklagte zwischen Sommer 2005 und Ende November 2005 zumindest 16 Motorräder und 4 Mal Motorradzubehör über die Internetplattform "eBay" ein.

Der Beklagte erzielte bei diesen An- und Verkäufen einen geringen Gewinn bzw erhält er von den Personen, deren Motorräder er an- und verkauft für seine Tätigkeit ein Entgelt.

Am 2.10.2005 schlossen Mag. [REDACTED] und der Beklagte über diese Internetplattform "eBay" einen Kaufvertrag über das im Spruch angeführte Motorrad ab. Als Kaufpreis wurden Euro 1.200,-- vereinbart. Der Beklagte lieferte an Mag. [REDACTED] am 8.10.2005 das Motorrad und bezahlte Mag. [REDACTED] den vereinbarten Kaufpreis von Euro 1.200,-- an den Beklagten. Seitens des Beklagten erfolgte an Mag. [REDACTED] niemals eine Belehrung gemäß § 5d Abs 1 und 2 des Konsumentenschutzgesetzes. Insbesondere wurde Mag. [REDACTED] nicht darüber belehrt, dass er gemäß § 5c Abs 1 Z 6 KSchG bzw gemäß § 5e Abs 1 KSchG ein Rücktrittsrecht habe.

Grund für diese fehlende Belehrung war, dass der Beklagte entweder diese Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes damals nicht kannte oder er der Auffassung war, sie seien auf ihn nicht anzuwenden.

Mag. [REDACTED] meldete das Motorrad bei der Zulassungsbehörde an, hierfür fielen Kosten von Euro 160,15 an. Darüber hinaus bezahlte er dem Beklagten Euro 30,-- für den Transport des Motorrades nach Wien.

In der Folge ließ Mag. [REDACTED] den technischen Zustand des Motorrades durch den ARBÖ überprüfen und bezahlte hierfür Euro 25,--.

Nach Auffassung des überprüfenden ARBÖ weist das Motorrad Mängel auf. Gespräche zwischen Mag. [REDACTED] und dem Beklagten im Zusammenhang mit der von Mag. [REDACTED] gewünschten Mängelbehebung scheiterten.

Mit e-mail vom 19.12.2005 trat Mag. [REDACTED] gemäß § 5e KSchG vom Vertrag zurück. Diese Rücktrittserklärung wurde mit eingeschriebener Briefsendung der Klagevertreter vom 2.1.2006 wiederholt.

Das Motorrad befindet sich nach wie vor bei Mag. [REDACTED], der Beklagte zahlte Euro 1.200,-- an Mag. [REDACTED] nicht...".

Rechtlich beurteilte der Erstrichter diesen Sachverhalt dahin, dass der Beklagte Unternehmer im Sinn der §§ 1, 5a ff KSchG sei. Dazu werde auf die Rechtsausführungen des Klagevertreters verwiesen. Das Gericht trete diesen Ausführungen bei. Die "eBay-Auktion" sei auch keine Versteigerung im Sinne des § 5b Z 4 KSchG. Es komme für die Frage der Unternehmereigenschaft nicht darauf an, ob der Gewinn groß oder nur gering sei. Der Beklagte wäre daher gemäß § 5d KSchG verpflichtet gewesen, an Mag. [REDACTED] diverse Angaben zu übermitteln; insbesondere ihn über sein Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG zu informieren. Da der Beklagte dieser Informationspflicht nicht nachgekommen sei, betrage die Rücktrittsfrist gemäß § 5e Abs 3 KSchG drei Monate. Der Rücktritt sei rechtswirksam. Ein schadenersatzwidriges Verhalten des Beklagten liege jedoch nicht vor. Das Rücktrittsrecht gemäß § 5e KSchG bestehe unabhängig davon, ob die Ware Mängel aufweise oder nicht. Im Falle des Vorliegens der behaupteten Mängel hätte Mag. [REDACTED] nach den Bestimmungen des Gewährleistungsrechts entweder Verbesserung bzw. Preisminderung verlangen können oder unabhängig von der Existenz der Mängel gemäß § 5e KSchG vom Vertrag zurücktreten können. Hätte sich Mag. [REDACTED] für die erste Variante (Gewährleistungsrecht) entschieden, wären seine Aufwendungen

für die Anmeldung des Motorrades sowie für den Transport nicht nutzlos gewesen. Die Nutzlosigkeit der Aufwendungen habe sich lediglich daraus ergeben, dass sich der Käufer bei Vorliegen von zwei Möglichkeiten für eine davon entschieden habe. Dies könne jedoch nicht dem Beklagten zur Last gelegt werden.

Gegen dieses Urteil richten sich die rechtzeitigen Berufungen beider Parteien. Der Kläger wendet sich gegen den klagsabweisenden Teil der Entscheidung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer gänzlichen Klagsstattgebung; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt. Der Beklagte verlangt, das Urteil in seinem klagsstattgebenden Teil als nichtig aufzuheben; hilfsweise es im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung abzuändern; in eventu wird ebenfalls die Aufhebung und Zurückverweisung beantragt.

Die Parteien beantragen jeweils, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind im Sinne ihrer Aufhebungsanträge berechtigt; die Nichtigkeitsberufung des Beklagten war allerdings zu verwerfen.

#### 1. Zur Berufung des Beklagten:

Der Beklagte meint, das Urteil sei so mangelhaft, dass eine Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden könne; auch seien für die Entscheidung keine Gründe angegeben (§ 477 Abs 1 Z 9 erster und dritter Fall ZPO). Das Erstgericht habe zur Frage, ob der Beklagte Unternehmer im Sinne des KSchG sei, unzulässigerweise auf die Rechtsausführungen des Klagevertreters verwiesen. Da zu diesem Thema keine Rechtsprechung existiere, hätte sich der Erstrichter eingehend mit den Fragen der "Unternehmereigenschaft bei privaten Internetauktionen" bzw des "Vertragsabschlusses im Fernabsatz" auseinandersetzen müssen. Es sei fraglich, auf welche Ausführungen konkret verwiesen werde. Die entscheidungswesentliche Begründung, weshalb das Erstgericht davon ausgehe, der Beklagte sei Unternehmer im Sinne des KSchG, fehle. Feststellungen, die diesen Schluss zuließen,

seien nicht getroffen worden. Es seien nur allgemeine Wendungen ohne jeden Begründungswert gebraucht worden.

Gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO ist das Urteil als nichtig aufzuheben, wenn dessen Fassung so mangelhaft ist, dass eine Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann (erster Fall) oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind (dritter Fall). Nach der Rechtsprechung bildet nur der völlige Mangel der Gründe, nicht jedoch eine mangelhafte Begründung diesen Nichtigkeitsgrund. Von mangelnder Begründung kann aber nur dort gesprochen werden, wo für die Entscheidung gar keine Gründe angegeben sind oder sie so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (Kodek in Rechberger ZPO<sup>2</sup> Rz 12 zu § 477 mwN). Keiner dieser Nichtigkeitsgründe liegt hier vor.

Das Erstgericht hat Feststellungen getroffen und daraus klare und eindeutige rechtliche Schlussfolgerungen gezogen. Dass es dabei zum Thema "Unternehmereigenschaft des Beklagten" auf die Rechtsausführungen des Klägers verwies, schadet nicht. Ob vom Erstgericht alle entscheidungswesentlichen Feststellungen getroffen wurden und ob dessen Rechtsansicht auch zutrifft, ist keine Frage der Nichtigkeit, sondern der rechtlichen Beurteilung. Mit einem Nichtigkeitsgrund ist die angefochtene Entscheidung jedenfalls nicht behaftet. Die Nichtigkeitsberufung war daher zu verwerfen.

Der Beschluss auf Verwerfung der Nichtigkeitsberufung ist zufolge der Rechtsmittelbeschränkung des § 519 ZPO unanfechtbar (Ris-Justiz RS0043405; RS0043822).

Ferner kritisiert der Beklagte in seiner Rechtsrüge, das Erstgericht wäre zu Unrecht davon ausgegangen, er wäre Unternehmer. Er habe nur wenige Transaktionen über das Internet getätigt. Die Anzahl der durchgeführten Auktionen sei auch nicht das allein ausschlaggebende Kriterium für das Vorliegen der Unternehmereigenschaft. In der deutschen Rechtsprechung seien als Kriterien für die Unternehmereigenschaft die Gleichartigkeit der Waren, der Verkauf von Neuwaren, mehr als 40 Verkäufe innerhalb von

wenigen Monaten, der Power-Seller-Status sowie eigene AGB herausgearbeitet worden. Nur bei Zusammentreffen dieser Kriterien könne die Unternehmereigenschaft angenommen werden. Danach sei auszuschließen, dass der Beklagte Unternehmer sei. Allein die Anzahl der durchgeführten Transaktionen sei deutlich geringer als in den Fällen, die in der deutschen Judikatur behandelt worden seien. Er verfüge auch nicht über ein organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem. Das Erstgericht habe keine ausreichenden Feststellungen getroffen, nach denen die Unternehmereigenschaft des Beklagten anzunehmen sei. Tatsächlich habe es sich um Privatverkäufe und Käufe für den Eigenbedarf gehandelt. Hätte das Erstgericht den unvertretenen Beklagten in erster Instanz angeleitet, hätte er vorgebracht und nachgewiesen, dass er zum großen Teil Privateinkäufe für Familienmitglieder getätigt und für befreundete Mitglieder des Motorradclubs Verkäufe durchgeführt habe; dies aus Gefälligkeit, weil er derzeit arbeitslos sei und über die nötige Zeit verfüge. Er übe keine selbständige Tätigkeit aus, und verfüge über keine Organisation (Lager für Motorräder, Buchhaltung, Evidenzhaltung).

Dazu ist Folgendes zu sagen:

Der Gesetzgeber hat in Umsetzung der "Fernabsatz-Richtlinie" mit BGBI I 1999/185 die §§ 5a - 5i KSchG eingeführt:

§ 5e KSchG lautet:

(1) Der Verbraucher kann von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung bis zum Ablauf der in Abs 2 und 3 genannten Fristen zurücktreten. Es genügt, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der Frist abgesendet wird.

(2) Die Rücktrittsfrist beträgt sieben Werktage, wobei der Samstag nicht als Werktag zählt. Sie beginnt bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses.

(3) Ist der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 nicht nachgekommen, so beträgt die Rücktrittsfrist drei Monate ab den in Abs 2 genannten Zeitpunkten. Kommt der Unternehmer seinen Informationspflichten innerhalb dieser Frist nach, so beginnt mit dem Zeitpunkt der Übermittlung der Informationen durch den Unternehmer die in Abs 2 genannte Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts.

Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt voraus, dass an dem Rechtsgeschäft einerseits jemand beteiligt ist, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (Unternehmer) und andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft (Verbraucher). Da nicht behauptet wurde, dass auf Seiten des Käufers im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Kaufvertrag kein Verbrauchergeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG vorliegen würde, kommt es daher darauf an, ob der Beklagte als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG anzusehen ist:

Unternehmer im Sinne dieser Bestimmung ist, wer über ein Unternehmen verfügt. Unternehmen ist gemäß § 1 Abs 2 KSchG jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, auch wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass derjenige, der den Schutz des KSchG für sich in Anspruch nehmen will, auch nachzuweisen hat, dass die Voraussetzungen für diesen Schutz gegeben sind. Wer Bestimmungen des KSchG auf ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft angewandt wissen will, hat demnach darzutun, dass er selbst Verbraucher, sein Vertragspartner jedoch Unternehmer ist und dass das Rechtsgeschäft zu dessen Unternehmensbetrieb gehört (Ris-Justiz RS0065264; ua SZ 55/51; zuletzt 7 Ob 22/04t). Da aber angesichts des sehr weiten Unternehmerbegriffes die Gefahr besteht, dass der Verbraucher mitunter in erhebliche Schwierigkeiten gerät, die wirtschaftliche Tätigkeit seines Vertragspartners nachzuweisen, genügt es, die

Unternehmereigenschaft prima facie glaubhaft zu machen (Krejci in Rummel, ABGB Kommentar II/4, Rz 33 zu § 1 KSchG; vgl auch Ris-Justiz RS0065380).

In diesem Sinne hat der Oberste Gerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass ein Vermieter - prima facie - eine auf Dauer angelegte Organisation benötigt, wenn er in seinem Haus mehr als fünf Bestandsobjekte vermietet. Behauptet er, dass die Bewirtschaftung einer solchen Liegenschaft oder solcher Bestandsobjekte keine dauernde Organisation erforderlich macht und sohin ein Privatgeschäft auf seiner Seite vorliegt, dann trifft den Vermieter dafür die Beweislast (SZ 53/103 = EvBl 1981/5, 17 = ImmZ 1981, 268; sh auch Ris-Justiz RS0065317).

Auf den vorliegenden Fall angewandt, bedeutet dies, dass der Umstand, dass der Beklagte innerhalb von zwei Monaten 7 Motorräder und ca 12 Mal Motorradzubehör verkaufte und zwischen Sommer und November 2005 zumindest 16 Motorräder und 4 Mal Motorradzubehör über "eBay" kaufte, zwar prima facie dafür spricht, dass er im Rahmen einer auf Dauer angelegten Organisation einen selbständigen Handel mit Motorrädern und Motorradzubehör betreibt. Dem Beklagten steht es aber offen, zu beweisen, dass seine über „eBay“ getätigten Transaktionen keine dauernde Organisation erforderten und sohin Privatgeschäfte darstellten. Vorbringen in diese Richtung hat der in erster Instanz unvertretene Beklagte zwar erstattet, allerdings unzureichend, weil das Erstgericht die Voraussetzungen für die Annahme eines Unternehmensgeschäftes mit ihm nicht gemäß § 182a ZPO erörterte, worauf die Berufung mit Recht hinweist.

Dass der Beklagte die Motorräder und das Motorradzubehör behauptetermaßen für Familienangehörige und Mitglieder eines Motorradclubs kaufte und verkaufte, schließt nicht aus, dass er Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist; ein Unternehmer kann auch nur für einen bestimmten Personenkreis tätig werden. Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Beklagte für seine Geschäfte bloß ein „kleines Entgelt bzw ein

Schnitzel" erhielt. Schon aus der gesetzlichen Definition des Unternehmens folgt, dass es nicht auf Gewinn gerichtet sein muss (sh § 1 Abs 2 KSchG). Allein maßgeblich ist, ob die vom Beklagten ausgeübte Tätigkeit eine auf Dauer angelegte Organisation erfordert(e) oder nicht.

Für die Abwicklung von Rechtsgeschäften (vorwiegend? - siehe unten) über „eBay“ braucht es grundsätzlich keiner besonderen Organisation. Das was ein Motorradhändler aber dennoch organisieren muss, der seine Fahrzeuge über „eBay“ vertreibt, ist, die Abholung und Anlieferung der Motorräder und des Motorradzubehörs, allenfalls braucht er auch einen Raum, in dem er die von ihm vertriebenen Sachen zwischenlagern kann.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht den Beklagten somit anzuleiten haben, seine Behauptungen, bei den über „eBay“ durchgeführten Transaktionen habe es sich um Privatein- und -verkäufe gehandelt, im Sinne des eben Gesagten zu präzisieren und ein entsprechendes Beweisanbot dafür zu erstatten. Sodann wird es nach Durchführung eines Beweisverfahrens hierüber Feststellungen zu treffen haben, die beurteilen lassen, ob der Beklagte einen organisierten Handel mit Motorrädern und Motorradzubehör betrieb/betreibt oder nicht.

Ist der Beklagte Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG stellt sich weiters die Frage, ob er sich auch „eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems bedient“ (§ 5a Abs 1 KSchG). Für die Anwendbarkeit der §§ 5a - 5i KSchG genügt es nicht, dass ein Unternehmer ausnahmsweise und im Einzelfall einen vertraglichen Kontrakt über ein „Fernkommunikationsmittel“ anbahnt und ausschließlich unter Einsatz dieses Mittels den Vertrag schließt. Er muss vielmehr den Fernabsatz im Rahmen seines Unternehmens so organisiert haben, dass der Fernabsatz zumindest Teil seiner unternehmerischen Vertriebsorganisation ist (Krejci aaO Rz 7 zu §§ 5a-5i KSchG). Der Beklagte bestreitet in seiner Berufung nicht nur seine

Unternehmereigenschaft, sondern auch ein derart organisiertes Vertriebssystem, sodass im weiteren Verfahren auch Feststellungen zu treffen sein werden, nach denen beurteilt werden kann, ob zur Organisation des Beklagten, sollte er Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG sein, auch der Vertrieb im Fernabsatz gehört.

Ist dies der Fall, erfolgte der Rücktritt des Käufers vom Vertrag gemäß § 5e KSchG wirksam. Den dagegen erhobenen weiteren Berufungsargumenten ist nämlich Folgendes zu erwidern:

Die Berufung trägt vor, hätte das Erstgericht seine Rechtsansicht mit dem Beklagten erörtert, hätte dieser vorgebracht, die Bestimmungen über den Fernabsatz seien auch deshalb nicht anwendbar, weil anlässlich der Übergabe des Motorrades an den Käufer ein schriftlicher Kaufvertrag geschlossen worden sei. Es liege somit kein Vertragsabschluss im Fernabsatz vor. Der Käufer habe bei der Übergabe das Motorrad in Augenschein nehmen können und ihm sei ein knapp davor eingeholtes Prüfgutachten gemäß § 57a KFG des ÖAMTC übergeben worden. In der Folge sei der Kaufvertrag geschlossen und das Motorrad mit diesem Vertrag und dem positiven Prüfgutachten des ÖAMTC angemeldet worden. Der Käufer sei daher keinesfalls besonders schutzwürdig und nicht nach den Bestimmungen des Fernabsatzes günstiger zu stellen als andere Käufer. Es habe sich im vorliegenden Fall nicht um eine unüberlegte Bestellung des Käufers gehandelt, weil er selbst den Geschäftskontakt angebahnt habe. Er sei nicht durch Werbe- und Marketingmaßnahmen dazu verleitet worden. Er habe es bewusst in Kauf genommen, den Kaufgegenstand vor Abschluss des Vertrages nicht zu überprüfen. Bei Online-Auktionen stünde meist der aleatorische Charakter im Vordergrund. Der Käufer erhalte die Chance, eine Ware möglichst günstig zu erwerben, dafür trage er auch das Risiko, in seinen Erwartungen enttäuscht zu werden. (Auch) aus diesem Grund erscheine ein besonderer Schutz des Käufers nicht erforderlich.

Dem ist nicht zuzustimmen.

Im allgemeinen Teil der Erläuterungen zum "Fernabsatz-Gesetz" wird betont, dass die neuen technischen Möglichkeiten für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen für den Verbraucher viele Vorteile, aber auch Nachteile bringen. „Gewisse Marketing- und Werbestrategien“ würden dazu beitragen, dass die „Entscheidungsfreiheit des Konsumenten weiter verdünnt“ würde, von den damit verbundenen Eingriffen in die Privatsphäre gar nicht zu reden. „Manche Techniken, insbesondere der Einsatz des Fernsehens und elektronischer Netze auch unmittelbar zum Vertragsabschluss, würden die Risiken für den Verbraucher vervielfältigen: So laufe er Gefahr, zur Bestellung verleitet zu werden, zumal er die Ware oder Dienstleistung lediglich aus der entsprechend gestalteten Darstellung auf dem Bildschirm kenne“ (Schummer/Weinberger, Zum Rücktrittsrecht bei „Online-Auktionen“, JBl 2005, 765).

Diese Sätze demonstrieren sehr deutlich, welche Ziele durch das "Fernabsatz-Gesetz" verwirklicht werden sollen: Es geht um den Schutz des Konsumenten vor einem unüberlegten Kauf von Waren, die er vorher nicht gesehen hat; typischerweise fehlt auch eine persönliche Beratung insbesondere durch den Verkäufer (vgl 1 Ob 110/05s).

Dem Verbraucher steht daher das Rücktrittsrecht gemäß § 5e KSchG - im Unterschied zum Rücktritt nach einem "Haustürgeschäft" (§ 3 Abs 3 Z 1 und 2 KSchG) - auch dann zu, wenn er das Geschäft selbst angebahnt hat oder dem Vertrag keine Besprechungen vorausgegangen sind (Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle ua, KSchG<sup>2</sup> Rz 2 zu § 5e).

Maßgeblich ist lediglich, dass der Vertrag unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen wurde (und der Fernabsatz zumindest Teil der unternehmerischen Vertriebsorganisation ist; § 5a Abs 1 KSchG; siehe oben). Sofern also der Unternehmer im Zuge der Vorbereitung und Durchführung des Vertragsabschlusses mit dem Verbraucher auch anders als über Fernkommunikationsmittel verhandelt bzw abschließt, sind die §§ 5c bis 5i KSchG nicht anzuwenden. Es liegt dann vielmehr

ein sonstiges Verbrauchergeschäft vor und es kommen lediglich die mit diesem verbundenen Regelungen zur Anwendung. Auch wenn über Fernkommunikation lediglich ein erster Kontakt hergestellt wird, es jedoch im Anschluss daran zu persönlichen Verhandlungen zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer oder einem seiner Vertreter kommt, liegt kein Vertragsabschluss im Fernabsatz vor (Krejci aaO Rz 6 zu §§ 5a-5i KSchG).

Im konkreten Fall wurde das Motorrad vom Beklagten über „eBay“ zum Kauf angeboten. Mag. [REDACTED] gab das höchste Gebot ab. Gemäß § 9 Abs 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von „eBay“ kam mit dem Ende der vom Anbieter bestimmten Laufzeit der Online-Auktion, im konkreten Fall also mit 2.10.2005, zwischen diesen beiden ein Kaufvertrag zustande (sh Beilagen ./B und ./C). Bei diesem handelt es sich um einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 5a Abs 1 KSchG.

Dass im konkreten Fall nachträglich am 8.10.2005 eine schriftliche Vertragsurkunde errichtet und dem Käufer ein positives Prüfgutachten übergeben wurde, ändert nichts an der bereits zuvor online zustandegewordenen Kaufvereinbarung zwischen dem Anbieter und dem Meistbietenden.

Der Beklagte vermeint ferner, es erscheine unbillig, einem Verkäufer, der glaube Privatverkäufe zu tätigen, mit den Bestimmungen für Unternehmer zu belasten, einen Käufer dagegen, der möglicherweise besser informiert und daher nicht schutzwürdig sei, den Schutz des KSchG andeihen zu lassen. Der Beklagte sei arbeitslos, er sei nie Unternehmer gewesen. Woher solle daher der Beklagte, der nicht Unternehmer sei, wissen, welche Informationen er einem Käufer zu übermitteln habe. Der Käufer dagegen sei bereits bei Vertragsabschluss über sämtliche Bestimmungen des KSchG informiert gewesen und habe versucht, den Kaufpreis unter Androhung seines Rücktritts weiter zu drücken. Er habe mit Schreiben vom 26.11.2005 primär Preisminderung begehrt. Aus den vorgelegten Urkunden ergebe sich, dass er bereits 10 Tage nach Übergabe des Motorrades Kenntnis von seinem Rücktrittsrecht gehabt habe. Es erscheine

daher unbillig und unnötig, im gegenständlichen Fall die Frist für den Vertragsrücktritt um drei Monate zu verlängern. Es sei gar nicht notwendig gewesen, den Käufer über sein Rücktrittsrecht zu informieren. Er hätte sich im Übrigen auch etwa im Wege der e-mail Korrespondenz, welche über „eBay“ möglich sei und auch stattgefunden habe, über sein Rücktrittsrecht informieren können.

Diesen Ausführungen ist zu entgegnen, dass der durch die Bestimmungen des KSchG über den Fernabsatz angestrebte Verbraucherschutz insbesondere durch Informationspflichten und durch ein Rücktrittsrecht erreicht werden soll. Folglich hat der Unternehmer dem Verbraucher seine Adresse, die wesentlichen Eigenschaften seines Produktes oder der Dienstleistung, den Preis einschließlich aller Steuern, allfällige Lieferkosten, die Bezahlungsmodalitäten, die Kosten des Einsatzes des Fernkommunikationsmittels, die Gültigkeitsdauer der Einladung zur Anbotstellung bzw die Bindungsdauer des vom Unternehmer gestellten Angebotes sowie die Mindestlaufzeit des Vertrages, sofern dieser eine dauernde oder wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat, mitzuteilen. Auch auf das Bestehen eines Rücktrittsrechts ist hinzuweisen (Krejci aaO Rz 11 zu §§ 5a-5i KSchG). Diese Informationen müssen dem Verbraucher gemäß § 5c Abs 1 KSchG rechtzeitig vor dessen Vertragserklärung gegeben werden. Der Unternehmer hat nicht erst auf Aufforderung durch den Verbraucher die entsprechenden Daten offenzulegen, sondern von sich aus, sodass der Verbraucher bereits im ausreichenden Wissen über den Unternehmer rechtsgeschäftlich reagieren kann. Das gilt sowohl für den Fall, dass der Verbraucher zur Anbotstellung eingeladen wird, als auch in jenen Fällen, in denen der Unternehmer über den Fernabsatz bereits ein ihn bindendes Angebot stellt, das vom Verbraucher nur angenommen werden muss. In diesen Fällen muss das Angebot alle Informationen über den Vertragsinhalt und das Rücktrittsrecht enthalten (Krejci aaO Rz 10 zu §§ 5a-5i KSchG).

Diese Informationspflichten bestehen für alle Rechtsgeschäfte, an denen einerseits ein Unternehmer, andererseits ein Verbraucher beteiligt sind. Ob der Verbraucher im konkreten Fall dem mit ihm kontrahierenden Unternehmer überlegen ist oder nicht, spielt keine Rolle (Krejci aaO Rz 5 zu § 1 KSchG). Es kommt auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten im Einzelfall nicht an (Ris-Justiz RS0065327).

Nicht entscheidend ist auch, ob sich der Verbraucher im konkreten Fall selbst über die Voraussetzungen eines Rücktritts vom Rechtsgeschäft informiert hat oder informieren hätte können. Selbst ein Konsument, der vorsichtig einen Anwalt beizieht, genießt den Schutz des KSchG (vgl Ris-Justiz RS0065385).

Nach dem Einleitungssatz des § 5c Abs 1 KSchG muss der Verbraucher vor Vertragsabschluss über die betreffenden Informationen „verfügen“. Der Berufung ist zuzugestehen, dass mit dieser Formulierung klargestellt wurde, dass den Informationspflichten des Unternehmers auch dann Genüge getan wird, wenn die erforderlichen Angaben dem Verbraucher nicht eigens übermittelt worden sind; es genügt, wenn sich der Verbraucher diese Informationen ohne besonderen Aufwand selbst beschaffen kann (ErlRV 1998 BlgNr 20. GP). Doch müssen diese Informationen dem Käufer - wenn auch allgemein, etwa durch eine jedermann zugängliche und abrufbare Seite in einem elektronischen Netz - vom Unternehmer zur Verfügung gestellt worden sein, was hier nicht der Fall war. Festgestelltermaßen hat der Beklagte den Käufer auf das Bestehen eines möglichen Rücktrittsrechts nicht hingewiesen, wozu er aber, sollte er Unternehmer sein, verpflichtet gewesen wäre. Dass der Käufer sich offenkundig anderweitig informierte und dadurch von seinem Rücktrittsrecht wusste, ändert nichts daran, dass sich die Rücktrittsfrist infolge Verletzung der Informationspflicht gemäß § 5e Abs 3 KSchG auf 3 Monate ab der Lieferung der Motorrades, hier also ab 8.10.2005, verlängerte.

Da das Rücktrittsrecht - anders als nach § 3 KSchG - nicht schriftlich ausgeübt werden muss, hätte das e-mail vom 19.12.2005 genügt, den Kaufvertrag aufzulösen. Das Vorliegen eines besonderen Grundes ist dafür nicht erforderlich (Krejci aaO Rz 28 zu §§ 5a-5i KSch).

Die weiteren Berufungsausführungen, Mag. [REDACTED] wäre es anlässlich der Lieferung des Motorrades möglich und zumutbar gewesen, dessen Übernahme zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten, stattdessen sei ein schriftlicher Kaufvertrag unter Ausschluss der Gewährleistung geschlossen worden, sind widersprüchlich. Wenn, wovon die Berufung mit diesem Vorbringen offenbar selbst ausgeht, zwischen dem Beklagten und Mag. [REDACTED] bereits online ein wirksamer Kaufvertrag zustande kam, dann konnten die Vertragspartner bei Übergabe des Motorrades nicht über denselben Gegenstand eine weitere Kaufvereinbarung schließen. Allein dies bestätigt die oben vertretene Rechtsansicht, mit der Errichtung der Kaufvertragsurkunde - sei lediglich der zuvor über "eBay" geschlossene Vertrag schriftlich festgehalten worden.

Sollte sich im fortgesetzten Verfahren hingegen ergeben, dass der Beklagte kein Unternehmer ist und Mag. [REDACTED] daher nicht wirksam gemäß § 5e KSchG vom Kaufvertrag zurücktreten konnte, dann werden Feststellungen zu treffen sein, die beurteilen lassen, ob dem Käufer Gewährleistungsansprüche zustehen oder ob er bei Vertragsabschluss über den Kaufgegenstand in Irrtum geführt wurde und daher die Rückabwicklung des Vertrages aus diesem Titel begehren kann.

Der Kläger brachte zu den behaupteten Gewährleistungsansprüchen (Wandlung in eventu Preisminderung) vor, das Motorrad sei mit schweren Mängeln („defekter Antriebssatz, Stecken der Vorderbremse“) behaftet. Der Beklagte habe seine Gewährleistungspflicht nicht anerkannt und sich geweigert, die Mängel auf seine Kosten beheben zu lassen, weshalb der Käufer Wandlung begehrt habe. Die Verbesserung sei dem Käufer unzumutbar, weil wegen der sicherheitsrelevanten Mängel von einer besonderen Sorglosigkeit und Nachlässigkeit

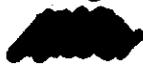
des Beklagten auszugehen sei. Auch fehle dem Beklagten die Berechtigung (Gewerbeberechtigung) zur Mängelbehebung.

Im Rahmen dieses Vorbringens wird das Erstgericht nach Durchführung der beantragten Beweisaufnahmen Feststellungen zu treffen haben, die beurteilen lassen, ob das Wandlungs-, hilfsweise das Preisminderungsbegehren des Klägers gerechtfertigt ist.

Zur geltend gemachten Irrtumsanfechtung brachte der Kläger vor, der Beklagte hätte den Käufer durch die Beschreibung des Motorrades als mängelfrei in Irrtum geführt. Hätte der Käufer von der tatsächlichen Beschaffenheit des Motorrades gewusst, hätte er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen.

(Auch) dieses Vorbringen wird, sollte eine Rückabwicklung des Vertrages nicht schon aus einem anderen Rechtsgrund erfolgen, im fortgesetzten Verfahren einer Überprüfung zu unterziehen sein.

## 2. Zur Berufung des Klägers:

Der Kläger bekämpft die Abweisung seines Schadenersatzbegehrens mit den Argumenten, auch für den Fall, dass der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend mache, wären seine Aufwendungen nicht nutzlos gewesen. Da sich der Beklagte geweigert habe, die Mängel auf seine Kosten zu beheben, hätte der Käufer mit Recht Wandlung geltend machen können. Nach § 933a ABGB könne der Käufer bei Vorliegen eines vom Verkäufer verschuldeten Mangels auch Anspruch auf Schadenersatz geltend machen. Es bestehe insofern volle Konkurrenz. Auch im Fall eines Rücktritts vom Fernabsatzgeschäft kämen dem Käufer Schadenersatzansprüche zu. § 5g KSchG regle die Folgen des Rücktritts vom Vertrag. Abs 3 verweise auf § 4 Abs 2 und 3 KSchG. § 4 Abs 3 KSchG führe ausdrücklich aus, dass Schadenersatzansprüche von den sonstigen Ansprüchen beim Rücktritt unberührt bleiben würden. Auch Ansprüche aus culpa in contrahendo könnten neben dem Rücktrittsrecht geltend gemacht werden. Im vorliegenden Fall sei Mag.  der Schaden durch die vertragswidrige, nämlich mangelhafte

Erfüllung des Vertrages durch den Beklagten entstanden. Die mangelhafte Erfüllung habe Mag. ████████ zum Rücktritt gezwungen, womit seine bereits getätigten Aufwendungen nutzlos geworden seien. Das Erstgericht habe festgestellt, "nach Auffassung des überprüfenden ARBÖ weise das Motorrad Mängel auf". Eine mangelhafte und vertragswidrige Erfüllung sei rechtswidrig. Das Verschulden des Beklagten werde durch die Rechtswidrigkeit indiziert. Bereits nach den erstgerichtlichen Feststellungen liege somit ein schadenersatzpflichtiges Verhalten des Beklagten vor. Dem Beklagten sei es nicht gelungen, sich gemäß § 1298 ABGB vom behaupteten und indizierten Verschulden frei zu beweisen. Ein bloß unsubstantiiert bestrittenes, ausreichend konkretes gegnerisches Vorbringen sei in der Regel gemäß § 267 Abs 1 ZPO als stillschweigend zugestanden anzusehen. Der Beklagte habe zum vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruch und seinem Verschulden nichts Gegenteiliges vorgebracht. Hinsichtlich der Transportkosten sei auf § 5g Abs 2 KSchG zu verweisen, wonach der Verbraucher bei der Rückabwicklung des Vertrages nur die unmittelbaren Kosten der Rücksendung zu tragen habe und dies auch nur dann, wenn die Parteien dies vereinbart hätten. Eine Warenrücksendung sei noch nicht erfolgt; eine Vereinbarung über die Kosten der Rücksendung nicht getroffen worden.

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Das Erstgericht hat Feststellungen zum Schadenersatzbegehren des Klägers nicht getroffen, weil es dieses schon aus rechtlichen Gründen für nicht gerechtfertigt erachtete. Es vertrat die Auffassung, hätte sich Mag. ████████ für die Verbesserung bzw Preisinderung entschieden und wäre er nicht gemäß § 5e KSchG vom Vertrag zurückgetreten, wären seine Aufwendungen für das Anmelden des Motorrades und für dessen Transport nicht nutzlos gewesen.

Diese Ausführungen unterstellen, dass der Käufer im Rahmen der Gewährleistung keinen Wandlungsanspruch hätte geltend machen können. Das kann aber aufgrund des festgestellten Sachverhalts (noch) nicht beurteilt werden. Das

Erstgericht hat sich nämlich mit dem Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe sich geweigert, die Mängel am Motorrad auf seine Kosten zu beheben, außerdem wäre dem Käufer die Mängelbehebung durch den Beklagten nicht zumutbar, weil die sicherheitsrelevanten Mängel eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Beklagten zeigen würden und es fehle dem Beklagten auch an der Eignung bzw. Berechtigung zur Mängelbehebung, bislang nicht auseinandergesetzt.

Gemäß § 932 Abs 2 ABGB kann zwar der Unternehmer wegen eines Mangels zunächst nur Verbesserung begehren. Nach Abs 4 leg cit hat er aber das Recht auf Preisminderung, oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung, wenn der Übergeber die Verbesserung verweigert oder wenn sie für den Unternehmer aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist. Das Vorbringen des Klägers ist demnach relevant. Das Erstgericht wird sich im fortgesetzten Verfahren mit diesem Vorbringen auseinandersetzen haben, sollten die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 5e KSchG nicht vorliegen. Ist dies jedoch der Fall, kann dahingestellt bleiben, ob und welche Gewährleistungsansprüche dem Käufer zugestanden wären.

Stehen einem Käufer mehrere Rechtsbehelfe zur Verfügung, sich vom Kaufvertrag zu lösen, dann hat er die Wahl. Stützt er sich - wie hier - auf § 5e KSchG, um vom Vertrag zurückzutreten, dann kann sein Schadenersatzbegehren nicht deshalb abgewiesen werden, weil er (auch) einen Verbesserungs- bzw. Preisminderungsanspruch hätte geltend machen können.

§ 5g Abs 3 KSchG normiert die Anwendbarkeit des § 4 Abs 2 und 3 KSchG auch auf Fernabsatzverträge. § 4 Abs 3 stellt klar, dass § 4 Abs 1 und 2 KSchG nur bereicherungsrechtliche Ansprüche regelt und dass etwaige Schadenersatzansprüche der Beteiligten dadurch unberührt bleiben. Schadenersatzansprüche können auch wegen Schlechterfüllung bestehen (Apathy in Schwimann ABGB<sup>3</sup> V Rz 2 zu § 4 KSchG).

Der Berufungsbeantwortung des Beklagten ist zuzustimmen, dass Schadenersatzansprüche wegen Schlechterfüllung eine Vertragsverletzung und ein Verschulden des Verkäufers daran voraussetzen. Zu beiden Anspruchsvoraussetzungen wurden - weil das Erstgericht schon aus rechtlichen Gründen Schadenersatzansprüche des Klägers verneinte - keine Feststellungen getroffen, was jedoch im fortgesetzten Verfahren - nach Erörterung mit den Parteien - nachzutragen sein wird. Sollte der Beklagte seine in der Berufungsbeantwortung unzulässigen, weil neuerungsweise vorgebrachten Einwendungen, es läge gar keine Vertragsverletzung vor, weil bei einem 16 Jahre alten Motorrad altersbedingte Mängel hingenommen werden müssten, ihn träfe kein Verschulden, weil er aufgrund des ÖAMTC-Prüfgutachtens von der Mängelfreiheit des Motorrades ausgehen hätte dürfen, auch im fortgesetzten Verfahren aufrecht erhalten, werden auch dazu Feststellungen zu treffen sein. Das gilt auch für den in der Berufungsbeantwortung erstmals erhobenen Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht.

Dass der unvertretene Beklagte das Schadenersatzbegehren des Klägers in erster Instanz nicht substantiiert bestritt, kann nicht als Zugeständnis verstanden werden. Nach der Rechtsprechung stellt die unterbliebene Bestreitung nur dann ein schlüssiges Geständnis dar, wenn im Einzelfall gewichtige Indizien für ein solches sprechen (Rechberger in Rechberger ZPO<sup>2</sup> Rz 5 zu § 267 mwN). Aus bloßem Schweigen kann aber ein schlüssiges Geständnis nach § 267 ZPO nicht abgeleitet werden (SZ 74/15; RdW 1998, 140; Ris-Justiz RS0107488). Da der Beklagte zum Schadenersatzbegehren des Klägers bloß geschwiegen hat, kann daraus nicht auf ein schlüssiges Geständnis geschlossen werden (vgl 2 Ob 190/01g).

Tritt der Verbraucher nach § 5e KSchG vom Vertrag zurück, hat der Unternehmer nach § 4 Abs 1 Z 1 KSchG in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts alle empfangenen Leistungen zurückzustellen. Das würde im Fall des Rücktritts auch für die

vom Käufer bezahlten Transportkosten von Euro 30,-- gelten und zwar selbst dann, wenn, wie nunmehr in der Berufungsbeantwortung des Beklagten behauptet, die Bezahlung von Transportkosten aufgrund einer eigenen Vereinbarung getroffen worden wäre. Der Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag würde auch den Rücktritt von einer in wirtschaftlicher Einheit mit diesem Vertrag stehenden Transportkostenvereinbarung bewirken, sodass auch der für die Anlieferung des Motorrades bezahlte Betrag zurückzuerstatten wäre.

Davon zu unterscheiden sind die Kosten der Rücksendung des Motorrades (vom Verbraucher an den Unternehmer). In Ansehung dieser Kosten regelt § 5g Abs 2 KSchG, dass dem Verbraucher an Kosten nur die unmittelbaren Kosten der Rücksendung auferlegt werden dürfen, sofern die Parteien dies vereinbart haben. Eine derartige Vereinbarung wurde aber weder behauptet, noch festgestellt.

Zusammenfassend erweist sich das angefochtene Urteil somit als ergänzungsbedürftig, weshalb es aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung im aufgezeigten Sinne aufzutragen war.

Mit seinem Kostenrekurs wird der Beklagte auf diese aufhebende Entscheidung verwiesen.

Die Kostenentscheidung ist in § 52 ZPO begründet.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig, weil weder zur Frage, wann jemand Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist, wenn er mehrfach gleichartige Waren über „eBay“ kauft und verkauft, noch zu den Voraussetzungen des Rücktritts gemäß § 5e KSchG oder des Umfangs der Rückstellungspflicht (Kosten der Anlieferung) höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert. Diesen Fragen wird über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beigemessen (§ 502 Abs 1 ZPO).

Landesgericht Wr. Neustadt

Ger.- Abt. 22, am 31.10.2006

HOFRAT  
Dr. Peter Ritzprecht  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung