

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 9004296
E rp@wko.at
W wko.at/rp

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
2021-0.184.802	Rp 133/2021/MSt/ZI Mag. Huberta Maitz-Straßnig	4296	30.04.2021

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen (Verbrauchergewährleistungsgesetz - VGG) erlassen wird sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz - GRUG);
Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich bedankt sich für die Übermittlung des im Betreff genannten Entwurfs und nimmt zu diesem wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Die Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DIRL) und über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (WKRL) erfordern eine Reform des Gewährleistungsrechts für Verbrauchergeschäfte bis 1. Juli 2021. Ab 1. Jänner 2022 sollen die neuen Vorgaben in der Praxis zur Anwendung kommen. Den beiden Richtlinien ist eine jahrzehntelange Dauerdiskussion zum EU-Vertrags- bzw Gewährleistungsrecht mit diversen gescheiterten Versuchen und zahlreichen, die Unternehmen verunsichernden Ideen für gravierenden Verschärfungen vorangegangen.

Das Gewährleistungsrecht wurde mit der neuen Warenkauf-RL nicht gänzlich „neu erfunden“, die grundlegende Konzeption wurde beibehalten und zahlreiche derzeit bestehende, im Vorschlag der Kommission zunächst aber nicht enthaltene Elemente, wie etwa die Option der Verkürzung der Gewährleistungsfrist für Gebrauchsachen, der Ausschluss der Vertragsbeendigung bei geringfügigen Mängeln oder die Möglichkeit, der Nutzung der Waren im Falle der Vertragsauflösung auf Basis des Bereicherungsrechts weiterhin Rechnung zu tragen, konnten im EU-Rechtsetzungsverfahren im Sinne der Interessen der Unternehmer wieder Berücksichtigung finden.

Entgegen diverser Vorstöße in Richtung auch einer dramatischen Verlängerung der Gewährleistungsfrist ist es auf EU-Ebene unter dem Blickwinkel der Forderung nach Augenmaß grundsätzlich bei einer 2-jährigen Gewährleistungsfrist geblieben. Auch die Beweislastumkehrfrist wurde in den Richtlinien nicht - wie von der Kommission vorgeschlagen - mit 2 Jahren festgelegt, sondern letztlich auf 1 Jahr halbiert.

Vieles ist zwar vertraut, aber doch etwas anders bzw überhaupt - und bedauerlicherweise mit Blick auf eine Finalisierung noch vor der Europawahl zudem unter Zeitdruck - neu und hastig geregelt, wie insb die Bestimmungen zu den Waren mit digitalen Elementen und die Aktualisierungspflicht.

In der Praxis werden sich für die Unternehmen gravierende Herausforderungen stellen und ohne Zweifel viele Fragen auf tun, die letztlich und angesichts des - zwar in vielen Punkten durchbrochenen - Vollharmonisierungsansatzes verstärkt wohl erst durch die Judikatur des EuGH geklärt werden dürften. Dass diese von einer doch nicht unbeträchtlichen Unwägbarkeit gekennzeichnet sein kann, haben bisherige Entscheidungen zur Verbrauchsgüterkaufs-Richtlinie schon gezeigt.

Eine nicht notwendige „Verbreiterung“ der Rechtsunsicherheit sollte daher vermieden werden, indem hinsichtlich des Anwendungsbereichs eine deckungsgleiche Umsetzung vorgenommen wird. Diesem Anliegen trägt der Entwurf durch den gewählten Ansatz der Schaffung eines eigenen Verbrauchergewährleistungsgesetzes zwar nicht gänzlich, aber doch beträchtlich Rechnung.

Vergegenwärtigt man sich allein, dass sich immerhin ganze fünf Artikel der WKRL (Art 5 bis 9) komplex und ausschweifend der Vertragsgemäßheit widmen, somit - in der österreichischen Diktion - der Frage, wann nun ein Mangel vorliegt, so sind die Überlegungen (§ 4 der Erläuterungen), die aus Sicht des Bundesministeriums für Justiz für ein solches Sondergesetz und gegen eine Integration in bestehende Gesetze gesprochen haben, mehr als nachvollziehbar.

Auch wenn es - wie oben ausgeführt - auf EU-Ebene in wichtigen Punkten gelungen ist, im Interesse unserer Mitglieder fairere Lösungen zu erreichen, ist es ein Faktum, dass die Richtlinien die Position der Verbraucher in vielen Bereichen ganz entscheidend verbessern und damit zu einer Belastung der Unternehmen führen. Hier ist - neben der neuen Aktualisierungspflicht oder dem Konzept der quasi-zwingenden objektiven Vertragsgemäßigkeitskriterien - insbesondere die Verlängerung der Frist für die Beweislastumkehr zu nennen. Auch wenn es nicht zu einer Vervierfachung der derzeitigen Frist von 6 Monaten auf 2 Jahre gekommen ist, wie ursprünglich geplant, stellt die zwingende Verlängerung auf 1 Jahr eine besonders gravierende Verschärfung dar. Die Schaffung eines noch höheren Verbraucherschutzniveaus, dh gold plating, bei der Umsetzung, wie es insbesondere von Verbrauchervertretern gefordert wurde, wäre den österreichischen Unternehmen nicht erklär- und zumutbar.

Eine weitere Verunsicherung der Unternehmen und Verbraucher durch Diskussionen über europarechtlich nicht notwendige Verschärfungen zu Lasten der Wirtschaft gilt es unbedingt hintanzuhalten. Dies auch vor dem Hintergrund, dass Österreich nach dem EU Consumer

Conditions Scoreboard regelmäßig Top-Plätze belegt¹ und zB das Vertrauen der Konsumenten in die österreichischen Unternehmen im EU-Spitzenfeld liegt².

Die in den Erläuterungen (S. 6f) dargestellten Forderungen und Ideen, die im Vorfeld der Begutachtung zur Diskussion standen (wie etwa absolute Gewährleistungsfristen von bis zu 20 Jahren, vorvertragliche Informationspflichten des Händlers über die Mindesthaltbarkeit, fünfjährige Gewährleistungsfrist für Waren mit längerer Lebensdauer oder eine doch zweijährige Beweislastumkehrfrist) wären für die Unternehmen inakzeptable Verschärfungen. Wir wissen es daher sehr zu schätzen, dass das Bundesministerium für Justiz diesbezügliche Abwägungen mit dem Ergebnis getroffen hat, diese nicht weiterzuverfolgen. Im Hinblick auf den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens stellen wir aber vorsorglich klar, dass wir diesen Forderungen auch weiterhin in aller Entschiedenheit ablehnend gegenüberstehen.

II. Im Detail

1. Zu Art 1 (Verbrauchergewährleistungsgesetz - VGG)

Zu § 1 (Geltungsbereich)

Abs 1 Z 1

Die Klarstellung, dass es sich - entsprechend den Vorgaben der Richtlinie - bei Waren um „bewegliche körperliche Gegenstände“ handelt, ist im Sinne der Rechtssicherheit sinnvoll. Damit wird deutlicher, dass sowohl die Herstellung unbeweglicher Sachen (Immobilien) als auch Arbeiten an unbeweglichen Sachen nicht vom Anwendungsbereich erfasst sind, auch wenn dabei Eigentum an den dabei verwendeten (grundsätzlich beweglichen) Materialien übergeht. Dieser Aspekt sollte in dieser Form auch in den Erläuterungen aufgenommen werden. Anders als die Erläuterungen zu § 2 Z 1 ausführen, ist somit jedenfalls die Berücksichtigung dieses Aspekts des Begriffes „Ware“ in diesem Sinne geboten. Besser wäre allerdings die Übernahme der Definition aus Art 2 Z 5 WKRL sowie auch der Definition von „Kaufvertrag“ (Art 2 Z 1 KKRL) um allfällige Unklarheiten bzw Rechtsunsicherheiten bei diesen wichtigen Begriffen möglichst hintanzuhalten.

Eine generelle Einbeziehung von Werkverträgen - insbesondere ohne Konnex zum Kaufvertrag - ergibt sich dagegen - wie aus Erwägungsgrund (EG) 17 erkennbar - weder aus WKRL noch wäre dies aus § 1 VGG ableitbar. EG 17 der WKRL stellt klar, dass das nationale Recht bestimmen soll, wenn ein Vertrag sowohl Elemente eines Warenverkaufs als auch der Bereitstellung von Dienstleistungen enthält, ob der ganze Vertrag als Kaufvertrag im Sinne dieser Richtlinie gelten kann oder nicht. Die Richtlinie lässt also den Mitgliedstaaten diesbezüglich Handlungsspielraum, weshalb im VGG auch die Klarstellung getroffen werden sollte, dass es sich bei Vorliegen von Elementen eines Warenverkaufs und der Bereitstellung von Dienstleistungen nicht um einen Kaufvertrag handelt und damit das VGG nicht anwendbar ist. Der Begriff „Kaufvertrag“ ist möglichst eng, nach den „Überwiegensprinzip“ des ABGB auszulegen. Überwiegt trotz der Materialbeistellung durch den Unternehmer die Herstellung des Werkes, liegt Werkvertrag vor. Dies sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden.

¹ Consumer Conditions Scoreboard 2019, 20.

² siehe die Teilmfrage für den Consumer Conditions Scoreboard 2019 „Consumers‘ attitudes towards cross-border trade and consumer protection 2018“, 51.

Abs 2 Z 2

Positiv wird auch die Aufnahme dieser Bestimmung gesehen, wonach die Vorgaben nicht für „herkömmliche“ Dienstleistungen gelten, auch wenn für die Erbringung derselben digitalen Formen und Mittel eingesetzt werden. Zusammen mit den Erläuterungen werden damit Unsicherheiten hintangehalten, indem klargelegt ist, dass zB ein Reisebüro mit seinen Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich fällt, weil eben der bloße Einsatz digitaler Mittel die entsprechende „herkömmliche“ Dienstleistung nicht zu einer „digitalen Dienstleistung“ macht.

Abs 2 Z 3

Nicht optimal ist, dass im Hinblick auf den Geltungsbereich bzw auf die Ausnahmen zum Teil nur auf EU-Richtlinien verwiesen wird, weil dadurch der Sinngehalt schwer verständlich wird. Hier wurde etwa als Beispiel Abs 2 Z 3 hervorgehoben, in dem sowohl hinsichtlich der Ausnahme als auch der Gegen Ausnahme einzelne Artikel einer EU-Richtlinie angeführt werden. Dem Anliegen nach leichter verständlichen Gesetzen dienlicher wäre es, zusätzlich zum Hinweis auf die entsprechenden EU-Rechtsakte auch eine Umschreibung vorzunehmen, was damit gemeint ist.

Abs 2 - Ausnahme für öffentliche Versteigerungen notwendig

Art 3 Abs 5 lit a WKRL ermöglicht es, gebrauchte Waren, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, vom Anwendungsbereich auszunehmen. Der Entwurf macht davon leider keinen Gebrauch. Die dafür in den Erläuterungen (S 14) aufgenommene Begründung, wonach sich dadurch eine komplizierte Regelung ergeben würde, kann jedenfalls nicht überzeugen.

Der besondere Schutz des Verbrauchers bei öffentlichen Versteigerungen ist schon bisher unter anderem dadurch ausreichend gegeben, dass jeder Versteigerer gemäß § 158 GewO bei Strafandrohung eine, mit allen Vertragspartnern verbindlich zu machende Geschäftsordnung zu erlassen hat, die die transparente Abwicklung der Versteigerungen ebenso garantiert wie eine Expertenbeurteilung und insbesondere die besondere eigene Überprüfungsmöglichkeit der Auktionsobjekte durch jeden Interessenten durch Schaustellung, Katalogherausgabe bzw Fotodarstellung und genauer Beschreibung im Internet. Bei Wahrnehmung dieser Ausnahme fordert die WKRL zudem ohnehin auch, dass dem Verbraucher klare und umfassende Informationen darüber verfügbar sein müssen, dass die aus der Richtlinie herrührenden Rechte nicht gelten.

Nach unserem Informationsstand nimmt Deutschland die gegenständlichen Verträge vom Anwendungsbereich jedenfalls aus (siehe § 474 Abs 2 BGB-E). Es sprechen daher auch Wettbewerbsgründe im durch die besondere Vorliebe geleiteten Kunst- und Kulturgutmarkt für die Aufnahme dieser Ausnahme auch im österreichischen Recht.

Die Ausnahme für „öffentliche Versteigerungen“ soll jedenfalls aufgenommen werden.

Zu § 2 (Begriffsbestimmungen)

Z 3 (digitale Dienstleistung)

Es wurde die Frage aufgeworfen, ob nach dem Wortlaut eine „digitale Dienstleistung“ im Sinne der Definition auch dann vorliegen könnte, wenn diese in Wahrheit analog (in nicht-digitaler Form) erbracht wird. Zur Veranschaulichung kann als Beispiel ein IT-Dienstleister angeführt werden, der zum Beispiel auch durch telefonische Anweisung an seinen Kunden seinen Werkvertrag (zB die Konfiguration eines Computers) erfüllt. Seine Dienstleistung wird nicht „digital bereitgestellt“. Trotzdem könnte man geneigt sein, diese Dienstleistung nach dem Wortlaut von § 2 Z 3 als „digitale Dienstleistung“ zu verstehen.

Dies deswegen, weil eine „digitale Dienstleistung“ definiert ist als „Dienstleistung, die dem Verbraucher die (...) Verarbeitung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu Daten in digitaler Form ermöglicht“. Dies wäre aber auch dann der Fall, wenn - wie in obigem Beispiel angeführt - der IT-Dienstleister eine analoge Dienstleistung (tatsächliche Arbeiten, Telefongespräch) erbringt, die Dienstleistung aber im Ergebnis darauf abzielt, dem Verbraucher die Verarbeitung digitaler Daten zu ermöglichen. Die Frage ist daher, ob sich die Wortfolge „in digitaler Form“ nicht korrekterweise auf die Dienstleistung selbst beziehen müsste und nicht auf die Daten.

Die englische Fassung kann außerdem eher so verstanden werden, dass eine „Dienstleistung in digitaler Form“ gemeint ist und eine „analoge“ Dienstleistung, die gleichsam nur mittelbar-kausal eine Verarbeitung von „Daten in digitaler Form“ ermöglicht, nicht erfasst ist. Auch der Umstand, dass die Richtlinie immer auf die „Bereitstellung“ der Dienstleistung abstellt, deutet unseres Erachtens ebenso darauf hin, dass die Dienstleistung selbst in digitaler Form bereitgestellt werden muss, da sonst kaum von Bereitstellung, sondern von „Erbringung“ der Dienstleistung gesprochen werden würde.

Schließlich wird aber aus EG 61 DIRL jedenfalls ganz deutlich, dass es darauf ankommt, dass die „Dienstleistung selbst“ in digitaler Form erbracht wird. Dieser lautet: *Da digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellt werden, sollte bei der Bereitstellung in den meisten Fällen keine zusätzliche Zeit erforderlich sein, um dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitzustellen.*

Da die ähnliche Frage in § 1 betreffend die Tätigkeiten zB von Reisebüros, Rechtsanwälten, etc entsprechend klargestellt wurde, regen wir an, dies auch im Hinblick auf IT-Dienstleistungen zumindest in den Erläuterungen durch einen Verweis auf EG 61 klar zu stellen. Noch besser wäre eine klärende Formulierung im Gesetz selbst, zB in der Ausnahme in § 1 Abs 2 Z 2. Die Definition in § 2 Z 3 könnte damit unverändert erhalten bleiben. § 1 Abs 2 Z 2 sollte daher folgendermaßen lauten:

2. Dienstleistungen, die „nicht in digitaler Form erbracht werden oder sonst“ keine digitalen Dienstleistungen sind, auch wenn (...) zu übermitteln.

Z 12 (personenbezogene Daten)

Z 12 sollte verschlankt und besser wie folgt umformuliert werden:

personenbezogene Daten ~~personenbezogene Daten~~ im Sinn von

Die nochmalige Einfügung des Wortes „personenbezogene“ bringt keinen Mehrwert.

Zu § 4 (Gewährleistungspflicht des Unternehmers)

Die Formulierung in § 4 VGG 1. Satz ... *dem Vertrag entspricht, also keinen Mangel aufweist* ... ist unseres Erachtens missverständlich. Wird etwa eine Ware gekauft, die tatsächlich mangelhaft ist, wobei diese Mangelhaftigkeit aber explizit vertraglich vereinbart wurde (zB ein defektes Gerät für eine Ersatzteilbeschaffung), entspricht die Ware zwar dem Vertrag (geschuldet wird explizit ein defektes Gerät), weist aber trotzdem einen Mangel auf.

Nach herrschender Ansicht liegt ein Mangel dann vor, wenn das Geleistete in negativer Weise vom Geschuldeten abweicht. Trotzdem findet man den Begriff des „Mangels“ im Gesetz auch in anderer Bedeutung (zB § 923 ABGB), nämlich als „Fehler im objektiven Sinn“.

Eine Vermischung der Tatbestände ... *dem Vertrag entspricht* ... und ... *keinen Mangel aufweist* ... trägt daher leidglich zur Verwirrung bei bzw wäre im Hinblick auf die herrschende Ansicht die Verwendung beider Tatbestände redundant. Die Passage ..., *also keine Mangel aufweist*, ... sollte besser gestrichen werden.

Zu § 6 (Objektiv erforderliche Eigenschaften)

Im Rahmen der eingelangten Rückmeldungen wurde kritisch angemerkt, dass dem Unternehmer nicht zumutbar ist, zu beurteilen, was der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann und was nicht. Wir sind uns aber bewusst, dass die entworfenen Bestimmungen im Wesentlichen den Vorgaben des europäischen Rechts folgen. Die Interpretation wird den nationalen und internationalen Gerichten obliegen.

Doch auch dann, wenn sich diesbezüglich Judikatur herausgebildet haben wird, was ein Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wird ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit bestehen bleiben. Denn die Antwort auf diese Gretchenfrage wird sich wohl durch den Fortschritt der Technologien und durch die Änderung der Werbung und der Verbraucheranschauungen, die zueinander in Wechselwirkung stehen, weiterentwickeln. Dieser Spielraum ist ganz offensichtlich vom europäischen Gesetzgeber beabsichtigt. Es ist daher müßig, darüber zu diskutieren, ob diese Bestimmung im Einklang mit Artikel 18 B-VG steht.

Die geradezu unzumutbare Herausforderung für die Normadressaten, die in der Regel keine Rechtsexperten sind, liegt darin, die Spannung zwischen einerseits objektiv erforderlichen Eigenschaften und andererseits einer gewissen Subjektivität aufzulösen, welche der Erwartungshaltung jedes einzelnen vernünftigen Verbrauchers zugrunde liegt, die aber im Zusammenhalt mit der ebenfalls subjektiven Erwartungshaltung anderer vernünftiger Verbraucher der Maßstab für die Objektivität sein soll.

Abs 1 Satz 2

Die formalistischen Vorgaben für ein Abweichen von den objektiv erforderlichen Eigenschaften werden für die Praxis Herausforderungen mit sich bringen. Für den stationären Handel können sich insbesondere dann Schwierigkeiten ergeben, wenn Produkte mit geringfügigen Mängeln - deutlich - preisgesenkt verkauft werden, zumal Händler verpflichtet wären, die entsprechenden Formerfordernisse für ein Abweichen einzuhalten. Für den Online-Handel finden sich

entsprechende Hinweise auf eine Button-Lösung in den Erläuterungen. Weitere Klarstellungen wären aber wünschenswert, wie diese Erfordernisse praxisnahe auch im stationären Handel erfüllt werden können. Dass dafür vernünftige Lösungen gefunden werden, sollte im Interesse aller sein, da andernfalls zu befürchten bleibt, dass derartige Produkte nicht mehr verkauft, sondern gleich entsorgt werden.

Abs 2 Z 2 und Z 5

Zum einem wird in § 6 Abs 2 Z 2 geregelt, dass bei Zurverfügungstellung einer Warenprobe vor Vertragsabschluss, die spätere Ware dieser Probe in Qualität entsprechen muss. Ebenso wird in § 6 Abs 2 Z 5 von Eigenschaften gesprochen, die bei der Ware vernünftigerweise erwartet werden kann.

In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass Warenproben bei Präsentation der Ware und somit bei Abschluss des Vertrages und später bei Erbringung der Leistung aufgrund technischen Fortschrittes unterschiedliche Eigenschaften bzw verbesserte Funktionen aufweisen können.

Zu § 7 (Aktualisierungspflicht)

Abs 1

Die in die WKRL erst im Zuge der Verhandlungen von Rat und EP aufgenommene Aktualisierungspflicht, die im Vorschlag der Kommission also nicht enthalten und daher auch keiner breiteren Diskussion, geschweige denn einer Folgenabschätzung unterzogen wurde, wird von den Betroffenen kritisch gesehen. Neben dem Handel (zB Elektrohandel) sehen sich aber auch Branchen etwa im Gewerbe und Handwerk (zB Gartengestalter, die einen Mähroboter verkaufen) mit diesen neuen, belastenden Vorgaben konfrontiert. Sie bereitet im Hinblick auf die praktische Handhabung ua deshalb Sorge, weil der Übergeber in vielen Fällen keine Information über eine anstehende Aktualisierung einer Ware hat und diese in der Regel nicht im Einflussbereich des Übergebers liegen.

Im Hinblick speziell auf Waren mit digitalen Elementen ergibt sich aus EG 31 WKRL aber jedenfalls ganz klar, dass es hinsichtlich der Aktualisierungspflicht nicht um herkömmliche Waren geht, die vielleicht einen Chip integriert haben, sondern um Waren mit digitalen Elementen, die insofern nicht „vollständig außerhalb der Sphäre“ des Verkäufers bzw des Dritten sind, der die digitalen Elemente bereitstellt, da sie über das Internet aktualisiert werden können. Dieser Aspekt, dass es eben um Waren mit Verbindung zum Internet geht, sollte in den Erläuterungen zum Ausdruck kommen.

Aus der WKRL und der DURL ergibt sich unseres Erachtens auch unzweifelhaft, dass es jedenfalls ausreichend ist, wenn die notwendigen Aktualisierungen (zB Software-Updates) online zB auf der Website des Unternehmens für den Verbraucher abrufbar sind. Dies wird ua daraus deutlich, dass der Unternehmer den Verbraucher erforderlichenfalls über die betreffende Verfügbarkeit der Updates informieren muss (§ 7 Abs 3 in Umsetzung von Art 7 Abs 4 lit a WKRL bzw Art 8 Abs 3 lit a DURL). Außerdem ergibt sich dies ua auch aus den EG 30 f WKRL besonders deutlich, als hier immer von einer Bereitstellung der Updates gesprochen wird. Eine darüber hinausgehende Lieferpflicht der Updates besteht somit keinesfalls und wäre eine solche auch nicht sachgemäß und nicht praktikabel.

Im Interesse der Rechtssicherheit sollte aber im Sinne der obigen Ausführungen zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden, dass der Aktualisierungspflicht dadurch Genüge getan wird, dass notwendige Aktualisierungen online zB auf der Website für den Verbraucher abrufbar sind und es dem eigenen, aktiven Bemühen des Verbrauchers obliegt, die Aktualisierungen vorzunehmen (zB neue Software, Treiber, etc selbst aktiv herunterzuladen).

Abs 2

Problematisch ist aus Sicht der Betroffenen die Unsicherheit der Dauer der Aktualisierungspflicht. Dabei wird nach § 7 Abs 2 Z 1 darauf abgestellt, was vernünftigerweise erwartet werden kann. Unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit ist dies unbefriedigend, aber leider der Richtlinie geschuldet. Diesbezüglich wurde aber angeregt, Überlegungen dahingehend zu treffen, ob zumindest einige Kriterien, die im Rahmen einer vernünftigen Verbrauchererwartung zu berücksichtigen sind, in die Erläuterungen aufgenommen werden könnten, um überschießende Verbrauchererwartungen zu vermeiden.

Abs 3

Nach Abs 3 haftet der Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen nicht für einen etwaigen Mangel, wenn der Verbraucher eine Aktualisierung nicht innerhalb einer angemessenen Frist installiert. Es wäre wünschenswert, in den Erläuterungen zu verankern, dass diese Frist kurz auszulegen ist.

Zu § 8 (Unsachgemäße Montage, Installation oder Integration)

In den Rückmeldungen wurde kritisch angemerkt, dass das Abstellen auf ein „unsachgemäßes Verhalten“ unscharf bzw unklar ist, zumal nicht definiert wird, wann ein Verhalten unsachgemäß ist. Handelt es sich hier um einen Montagefehler zB auf Grund fehlender Fachkenntnisse? Heißt unsachgemäß auch gewerberechtswidrig?

Die Frage, ob ein „unsachgemäßes Verhalten“ vorliegt oder nicht, ist in weiterer Folge auch für Deckung und Haftung im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung relevant (Mangelfolgeschaden oder reiner Gewährleistungsfall?). Auch der Verweis auf § 9a KSchG in den Erläuterungen trägt nicht wesentlich zur Aufklärung bei. Eine genauere Ausgestaltung bzw weiterführende Erläuterungen diesbezüglich wären wünschenswert.

Auch wurde die Frage aufgeworfen, wer die Beweislast für eine fehlerhafte Anleitung trägt. Dieser Aspekt dürfte vor allem dann relevant sein, wenn die (angeblich fehlerhafte) Anleitung mündlich erteilt wurde. Im Hinblick auf die Selbstmontage wurde auch auf die sich in der Praxis nicht selten auftretende Problematik hingewiesen, dass Verbraucher eine solche selbst durchführen, obwohl sie mangels entsprechender Kenntnis bewusst nicht dazu in der Lage sind und in Folge aber Gewährleistungsansprüche geltend machen wollen.

Zu § 9 (Anwendungsbereich Gewährleistung beim Warenkauf iVm § 16 Anwendungsbereich digitale Leistungen)

Abs 3

Nach § 9 Abs 3 ist auf körperliche Datenträger von digitalen Inhalten (DVD, CD) nicht der Abschnitt über den Warenkauf, sondern über die digitalen Leistungen anwendbar. Dies sollte

unseres Erachtens so gemeint sein, dass die Bestimmungen über digitale Leistungen nur auf die darauf befindlichen Inhalte anwendbar sind, nicht aber auf die körperlichen Datenträger selbst.

Eines der eher wahrscheinlichen Gewährleistungsprobleme bei CDs und DVDs besteht in einer mechanischen Beschädigung (Kratzer). Auf Grund der Beweislastumkehr wird nun ein Jahr lang vermutet, dass der Kratzer schon von Anfang an vorhanden war. Eine dem § 11 Abs 1 WKRL vergleichbare Regelung, wonach diese Vermutung nicht eintritt, wenn dies mit der Art der Ware oder des Mangels unvereinbar ist, gibt es im Abschnitt über digitale Leistungen nicht.

Damit müsste dieser Aspekt entweder im Abschnitt über digitale Leistungen im Hinblick auf den körperlichen Datenträger ergänzt werden oder bereits in § 9 Abs 3 eine Gegen Ausnahme geschaffen werden.

Zu § 10 (Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist)

Abs 2

Der Gewährleistungszeitraum für Waren mit digitalen Elementen ist unklar. Es mutet eigenartig an, dass „im Fall einer Bereitstellungspflicht von weniger als zwei Jahren“ für jeden Mangel der digitalen Leistung zu haften ist, der „innerhalb von zwei Jahren nach Übergabe der Ware auftritt oder hervorkommt.“

Abs 4

Es ist zu begrüßen, dass eine vertragliche Verkürzung der Gewährleistungsfrist für gebrauchte Waren auf ein Jahr möglich sein soll. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission hatte diese Möglichkeit ausgeschlossen und auch in diesem Punkt konnte im Interesse unserer Mitglieder ein Umdenken im EU-Rechtsetzungsverfahren erreicht werden.

Die WKRL ermöglicht es aber, eine derartige Verkürzung auch mittels AGB zu vereinbaren und nicht nur dann, wenn dies im Einzelnen ausgehandelt wird, wie dies nun in Abs 4 vorgeschlagen wird.

Außerdem ist zu kritisieren, dass diese Verkürzung für KFZ nur dann wirksam sein soll, wenn seit dem Tag der ersten Zulassung mehr als ein Jahr verstrichen ist. Zwar entspricht diese entworfene Bestimmung der momentanen Gesetzeslage, doch würde es die Richtlinie ermöglichen, auf die Sonderbestimmung für KFZ zu verzichten.

In Satz 1 soll somit der 2. Satzteil („sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird“) sowie der 2. Satz des Abs 4 gänzlich gestrichen werden.

Zu § 11 (Vermutung bei Hervorkommen des Mangels; Beweislast) - Schaffung einer Rügepflicht

Die WKÖ ist bereits im Rechtsetzungsverfahren auf EU-Ebene ganz besonders gegen die von der Kommission in ihrem Richtlinien-Vorschlag ursprüngliche vorgesehene zweijährige Frist für die Beweislastumkehr eingetreten. Dass von der Option, die Vermutungsfrist auf zwei Jahre zu verlängern (Art 11 Abs 2 WKRL) kein Gebrauch gemacht wird, ist die einzig richtige Entscheidung.

Die Verdopplung der Frist, innerhalb der die Umkehr der Beweislast gilt, von derzeit sechs Monaten auf künftig ein Jahr bedeutet für die betroffenen Unternehmen aber jedenfalls eine enorme Belastung, die aus der aktuellen Sicht noch gravierender zu bewerten ist als in der Zeit, in der die europäischen Vorgaben entstanden sind.

Art 12 WKRL ermöglicht es, den Verbraucher zu verpflichten, den Verkäufer innerhalb von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, zu informieren. Gerade im Hinblick darauf, dass sich die Rechtslage für die Verkäufer durch die Verlängerung der Vermutungsfrist auf ein Jahr erheblich verschlechtern wird, wäre es mehr als sachgerecht, eine Rügepflicht für den Verbraucher - wie nach Art 12 WKRL möglich - zu statuieren. Es ist wohl jedem Verbraucher zumutbar, dass er einen Mangel innerhalb von zwei Monaten anzeigt. Die Wahrnehmung dieser Option wäre auch eine wichtige und sinnvolle Maßnahme, um möglichst rasch Rechtssicherheit zu schaffen.

Eine solche könnte dazu beitragen, Beweisschwierigkeiten, die typischerweise im Laufe der Zeit zunehmen, zu vermeiden. Nicht zuletzt würde eine Rügeobliegenheit den Unternehmer überdies in die Lage versetzen, entsprechend zu reagieren (zB Sicherung erforderlicher Beweise, Bewerkstelligung der Gewährleistung, Maßnahmen zur Vermeidung weiterer Schäden etc), was letztlich insbesondere im Interesse des Verbrauchers liegt.

Angeregt wurde, das Verhältnis zwischen § 924 ABGB (Vermutungsfrist 6 Monate) und § 11 VGG (Vermutungsfrist 1 Jahr) zumindest in den Erläuterungen klarzustellen. Es wird in diesen zu § 11 Abs 1 VGG zwar auf die Regelung des § 924 ABGB hingewiesen, Ausführungen zum Verhältnis der beiden Regelungen zueinander (lex specialis) finden sich jedoch nicht.

Zu § 12 (Rechte aus der Gewährleistung)

Aufgeworfen wurde die Frage, wie sich die Bestimmungen des § 12 Abs 1 VGG und des § 932 Abs 1 ABGB zueinander verhalten: So spricht § 12 Abs 1 VGG bspw von der *Herstellung des mangelfreien Zustands*, § 932 Abs 1 ABGB von *Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden)*. Es sei nicht klar, wo der Unterschied zwischen beiden Bestimmungen liegt bzw ob es überhaupt einen solchen gibt. Sollte es keinen Unterschied geben, wäre anzudenken, auf die bewährten und bekannten Begrifflichkeiten des § 932 Abs 1 ABGB zurückzugreifen.

Abs 4

Z 1

Die WKRL sieht eine Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe vor. Primär sollen Verbesserung/ Austausch zum Zug kommen, und erst sekundär Vertragsaufhebung/Preisminderung. Es gibt einen Ausnahmefall, in dem der Verbraucher sofort die sekundären Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen kann, nämlich dann, wenn der Mangel derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Vertragsaufhebung gerechtfertigt ist. Es handelt sich - wie gesagt - um eine Ausnahme. Dies sollte daher auch dadurch zum Ausdruck kommen, dass dieser Aspekt nicht in Z 1 des Abs 4, sondern an letzter Stelle als Z 5 gereiht wird, um falsche Signale zu vermeiden. Auch die WKRL reiht diesen Punkt nicht an 1. Stelle (Art 13 Abs 4).

Nach dem Willen des EU-Gesetzgebers sollte es sich dabei offenkundig um wirklich krasse Fälle handeln, was sich in einem Beispiel in EG 65 DURL deutlich zeigt. Anstelle des in den Erläuterungen (S 27) angeführten Beispiels, das auf Diskussionen in der nicht-öffentlichen

Ratsarbeitsgruppe zurückgeht, soll daher jedenfalls dieser EG 65 in die Erläuterungen aufgenommen werden, der diese Krassheit besonders deutlich zeigt:

So sollte der Verbraucher beispielsweise das Recht haben, unmittelbar die Beendigung des Vertrags oder eine Preisminderung zu fordern, wenn ihm ein Antivirenprogramm bereitgestellt wird, das selbst mit Viren infiziert ist, da dies eine solche schwerwiegende Vertragswidrigkeit darstellen würde.

Z 4

Gemäß Abs 4 Z 4 hat der Unternehmer den mangelfreien Zustand innerhalb einer angemessenen Frist herzustellen. Nach dem vorgeschlagenen § 933b Abs 2 ABGB hat der gewährleistungspflichtige Übergeber seinen Vorlieferanten unverzüglich zur Verbesserung aufzufordern. Der Vorlieferant hat dieser Aufforderung seinerseits binnen angemessener Frist nachzukommen.

In der Praxis dürfte sich die Problematik ergeben, dass die Dauer der beiden Fristen - obwohl in beiden Fällen die gleiche Begrifflichkeit verwendet wird - nicht deckungsgleich sein kann, weil die angemessene Frist gegenüber dem Verbraucher logischerweise etwas länger bemessen sein muss als die angemessene Frist gegenüber dem Vorlieferanten.

Um diese Relativität des Begriffs „angemessene Frist“ besser abbilden zu können, könnte in § 12 Abs 4 Z 4 VGG wie folgt auf § 933b Abs 2 ABGB verwiesen werden:

4. der Unternehmer den mangelhaften Zustand nicht im Einklang mit § 13 Abs 2 und 3 hergestellt hat oder den mangelfreien Zusatz trotz Ablaufs einer angemessenen Frist „(unter Berücksichtigung der Obliegenheit des § 933b Abs 2 ABGB)“ noch nicht hergestellt hat oder ...

Zu § 13 VGG (Verbesserung und Austausch)

Abs 1

Es sollte in den Erläuterungen klargestellt werden, dass der Nachweis einer Verständigung iSv § 13 Abs 1 VGG dem Verbraucher obliegt und daher jedenfalls eine schriftliche Verständigung zu empfehlen ist. Diese Anregung gilt insbesondere auch für die Geltendmachung der Behelfe nach §§ 14, 15, 22 und 23 VGG.

Abs 3

Die Erläuterungen zu § 13 Abs 3 VGG führen zutreffend aus, dass die zusätzlichen Aus- und Einbaupflichten umso eher zum „Untunlichkeitseinwand“ des § 12 Abs 3 führen können. Wir regen diesbezüglich an, diesen Aspekt in § 13 Abs 3 VGG ausdrücklich zu verankern und darin auf § 12 Abs 3 VGG zu verweisen, zB in folgender Form:

„... und erforderlichenfalls auch bei Verbesserung - vorbehaltlich § 12 Abs 3 - die Entfernung der Ware ...“

Abs 4

Gerade bei teuren Produkten ergibt sich durch die Nutzung eine teils ganz erhebliche Wertminderung. Nach § 13 Abs 4 VGG schuldet im Falle des Austausches der Verbraucher kein Entgelt für den gewöhnlichen Gebrauch einer ausgetauschten Ware. Mit der Bestimmung wird Art 14 WKRL umgesetzt, der wiederum eine Entscheidung des EuGH positiviert hat.

Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission war aber selbst für den Fall der Aufhebung des Vertrages ein Wertminderungsanspruch gegen den Verbraucher, der die Ware vielleicht 23 Monate genutzt hat, ausgeschlossen. Letztlich hat man sich auf EU-Ebene darauf geeinigt, die Frage der Wertminderung bzw des Benützungsentgelts dem Recht der Mitgliedstaaten zu überlassen (siehe EG 60) WKRL.

Wir sehen die Ausführungen in den Erläuterungen positiv, dass die Frage des Benützungsentgelts oder eines sonstigen Vorteilsausgleichs sich im Falle der Vertragsaufhebung weiterhin nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen richten soll. Es wurde aber - insbesondere vor dem Hintergrund der beträchtlichen Verlängerung der Vermutungsfrist - angeregt, diesbezüglich eine explizite Regelung zu schaffen.

Zu § 15 (Auflösung des Vertrages)

Es ist zu befürchten, dass insbesondere die Formfreiheit für sekundäre Gewährleistungsbefehle in der Praxis zu beträchtlichen Beweisschwierigkeiten führen wird. Nach den Erläuterungen zu § 15 ist die Auflösungserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Vorausgesetzt der Verbraucher erklärt die Vertragsaufhebung berechtigter Weise, wird der Vertrag also erst mit dem Zugang dieser Erklärung aufgelöst. Dies sollte auch im Gesetzestext klargestellt werden.

Zu § 17 (Erfüllung - digitale Leistungen)

Die Verpflichtung, digitale Leistungen mangels einer anderslautenden Vereinbarung unverzüglich zur Verfügung zu stellen, scheint in einem Spannungsverhältnis mit § 11 FAGG zu stehen, der dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht innerhalb von 14 Tagen ab Vertragsabschluss einräumt. Eine Klarstellung, in welchem Verhältnis die Bestimmung des § 17 Abs 1 1. Satz zum 14-tägigen Rücktrittsrecht des FAGG steht, wäre wünschenswert.

Zu § 19 (Vermutung bei Hervorkommen eines Mangels; Beweislast - digitale Inhalte)

Abs 4 normiert die Mitwirkungsobliegenheit des Verbrauchers hinsichtlich der Klärung der Frage, ob die Ursache eines Fehlers - verkürzt gesagt - in der eigenen Ausstattung des Verbrauchers liegt. Dabei sollen nur Mittel zum Einsatz kommen, die einen geringen Eingriff mit sich bringen. Entscheidend ist aber wohl, dass es solche sind, die die Prüfung auch ermöglichen. Wir schlagen daher folgende Erweiterung des zweiten Satzes vor:

Diese Mitwirkungsobliegenheit ist auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt, die für den Verbraucher den geringsten Eingriff mit sich bringen „und die Prüfung ermöglichen.“

Zu § 24 (Pflichten des Unternehmers bei Vertragsauflösung - digitale Leistungen)

Abs 4

§ 24 Abs 4 sieht vor, dass der Unternehmer in Bezug auf personenbezogene Daten die Pflichten der DSGVO einzuhalten hat. Dies ist an sich selbstverständlich. Die DSGVO ist ja grundsätzlich nicht nur im Zuge der Vertragsauflösung, sondern auch sonst, wie etwa bei Vertragsabschluss und insbesondere bei digitalen Diensten bei der Vertragsabwicklung einzuhalten.

Dieser isolierte Hinweis auf die DSGVO kann so missverstanden werden, dass er dem Verbraucher zusätzlich zu den ohnehin bestehenden Möglichkeiten auf Grundlage der DSGVO, bei Vertragsauflösung einen zusätzlichen, besonderen zivilrechtlichen Rechtsanspruch einräumt. Wir sind der Ansicht, dass die Bestimmungen der DSGVO ausreichend sind.

Auszugehen ist aber vor allem davon, dass der EU-Gesetzgeber mit der DURL im Hinblick auf personenbezogene Daten keinesfalls ein zusätzliches, zivilrechtliches Parallelregime zur DSGVO schaffen, sondern im Falle der Vertragsaufhebung eben - gerade nur - deren Regime im Hinblick auf personenbezogene Daten beibehalten bzw unangetastet wissen wollte.

Auch die Erläuterungen zu Abs 4 führen - entsprechend auch unserer Einschätzung - aus, dass diese Bestimmung „im Grunde Selbstverständliches“ normiert. Daher wäre aber in den Erläuterungen ausdrücklich klarzustellen, dass diese Bestimmung nur im Sinne einer Verweisung die ausschließliche Anwendung der DSGVO im Hinblick auf personenbezogene Daten sicherstellen soll.

Aus Sicht der Praxis können unter dem Blickwinkel der DSGVO folgende typische Szenarien auftreten:

Szenario 1: Daten wurden aufgrund einer vertragliche Grundlage iSd Art 6 Abs 1 lit b DSGVO verarbeitet - wird der Vertrag beendet (zB durch gewährleistungsrechtliche Wandlung), gibt es an und für sich auch keinen weiteren Grund für die Datenverarbeitung und sind diese zu löschen. Sollte sich ein Rechtmäßigkeitsgrund aus einer anderen Grundlage ergeben, sollte eine Datenverarbeitung auch auf Basis dieser Grundlage weiterhin möglich sein (bspw Aufbewahrungspflichten nach der BAO).

Szenario 2: Daten wurden aufgrund einer datenschutzrechtlichen Einwilligung verarbeitet - der Vertrag wird beendet oder die Einwilligung widerrufen. Auch in diesem Fall dürften die Daten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr weiterverarbeitet werden, es sei denn, eine andere Grundlage für weitere Verarbeitung der Daten wäre nach wie vor gegeben.

Es wäre wünschenswert, wenn diese Einschätzung auch in den Erläuterungen verankert werden würde.

Zu § 25 (Pflichten des Verbrauchers bei Vertragsauflösung)

Sehr befremdlich - unabhängig von den Vorgaben der Richtlinie - ist der gänzliche Entfall des Entgeltes zu sehen, selbst wenn eine - teilweise - mangelfreie Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen möglich war. Eine derartige Lösung erscheint gerade auch im Hinblick auf die Abstufung der Gewährleistungsbehelfe wenig sachgerecht.

Zu § 28 (Verjährung)

Die Verlängerung der Haftungsfristen durch „Anhängen“ einer dreimonatigen Verjährungsfrist an die jeweilige Gewährleistungsfrist, ist abzulehnen. In der Praxis wird kaum eruiert werden können, ob der Mangel nun bereits innerhalb der Gewährleistungsfrist hervorgekommen ist oder erst innerhalb der 3 Monate nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Eine Verjährungsfrist ist zwar erforderlich, nicht aber eine solche, die über die zweijährige Gewährleistungsfrist hinausgeht. Unseres Erachtens wäre es zulässig, dass das nationale Recht eine zweijährige Verjährungsfrist ab Lieferung der Ware vorsieht (siehe so auch *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 132).

Jedenfalls ist auch nicht nachvollziehbar, warum eine solche 3 Monate betragen soll. Bereits gegenwärtig gibt es zahlreiche deutlich kürzere Fristen zur Einbringung einer Klage. So steht nach § 105 Abs 4 ArbVG für die Kündigungsanfechtung eine Frist von zwei Wochen zur Verfügung. Für Besitzstörungsklagen nach § 454 ZPO ist eine 30 Tagesfrist normiert.

Diese Fristen wurden vom Gesetzgeber bereits als ausreichend für die Einbringung einer Klage angesehen, weshalb nicht nachvollziehbar - und sachlich nicht begründbar - ist, warum zusätzlich eine dreimonatige Verjährungsfrist notwendig sein soll.

Zudem besteht auch die Möglichkeit - für den Fall, dass ein Mangel (aus welchen Gründen auch immer) erst am Ende der Zweijahresfrist geltend gemacht wird -, dass die Parteien einen (vorläufigen) Verjährungsverzicht abschließen, um zB eine Klärung der Sachlage herbeizuführen bzw Vergleichsverhandlung zu führen.

2. Zu Art 2 (Änderungen des ABGB)

Zu Z 1 (§ 923 Abs 2 ABGB)

Der vorgeschlagene neue § 923 Abs 2 ABGB normiert, dass die Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen und digitale Leistungen auch im allgemeinen Vertragsrecht Anwendung finden soll.

Damit wird die in den umzusetzenden Richtlinien vorgesehene Verpflichtung in zweifacher Hinsicht erweitert. Zum einen stellt dies eine überschießende Umsetzung der Richtlinie dar, da es zu einer nicht erforderlichen Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereiches kommt, zumal die Richtlinien ja nur Verbraucherverträge betreffen. Zum anderen enthält der § 923 Abs 2 ABGB keine Ausnahmen von seinem sachlichen Anwendungsbereich, so wie sie in Umsetzung der Richtlinien auch in § 1 Abs 2 VGG vorgesehen sind. Dies hat zur Folge, dass sowohl Verbraucher, die sich auf die ABGB-Bestimmung berufen, als auch Unternehmen in solchen Fällen in den Genuss von Aktualisierungen kommen würden, die nach den Richtlinien - wohl aus guten Gründen - ausgenommen sind.

Bei dem neuen § 923 Abs 2 ABGB handelt es sich daher um eine Umsetzung, die über den durch die Richtlinie vorgegebenen Mindeststandard hinausgeht und nicht erforderlich ist. In diesem Sinne wird § 923 Abs 2 ABGB sehr kritisch bewertet. Er sollte entfallen.

Zu Z 6 und Z 7 (§ 933 Abs 1 und 3 ABGB - Gewährleistungsfrist; Verjährung)

Die Änderungen in § 933 ABGB sind insgesamt im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinien nicht notwendig. Zweck der Änderung ist laut Erläuterungen die „Vermeidung einer störenden Differenzierung“. Dies ist unseres Erachtens kein Grund, der die vorgeschlagenen Änderungen rechtfertigen würde. Es soll daher darauf verzichtet werden.

Abs 1

Hinzuweisen ist auf ein offenkundiges redaktionelles Versehen. Im 2. Satz wurde wohl irrtümlich der Begriff „Unternehmer“ statt „Übergeber“ verwendet.

Abs 3

Zur dreimonatigen Verjährungsfrist ist auf die Ausführungen zu § 28 VGG zu verweisen.

Zu Z 8 (§ 933b ABGB - Rückgriffsrecht)

Der vorgeschlagene § 933b wird als sinnvoller Kompromiss betrachtet.

Allerdings weisen wir darauf hin, dass nach Art 18 WKRL und Art 20 DIRM das Rückgriffsrecht auch die Aktualisierungspflicht mitumfasst. Im Sinne der Richtlinienkonformität wäre dieser Aspekt also jedenfalls auch in § 933b zu verankern.

Wünschenswert wäre, eine zeitliche Klarstellung in den Erläuterungen zu den Begriffen „unverzüglich“ als auch „angemessene Frist“.

In § 933b Abs 4 ist nicht ganz eindeutig, wer mit „Übergeber“ gemeint ist. Im Regressverhältnis könnte das nämlich durchaus auch der Vorlieferant sein. Gemeint ist aber offensichtlich jener Unternehmer, der an einen Verbraucher geliefert hat.

3. Zu Art 3 (Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes)

Zu § 7c (Verzug beim Warenkauf)

Das in den Erläuterungen zum Ausdruck kommende Anliegen, einer punktgenauen Umsetzung des Art 18 Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU; VRRRL) wird mit der vorgeschlagenen Formulierung nicht erreicht. Aus der Verbraucherrechterichtlinie ist erkennbar, dass der Verbraucher die Nachfrist nicht nur setzen kann, sondern sie zu setzen hat und erst dann in einer eigenen Erklärung wirksam den Rücktritt vom Vertrag erklären kann, wenn diese Nachfrist erfolglos verstrichen ist.

§ 7c sollte daher anstelle des „kann“ ein „hat“ setzen oder sich genau am Wortlaut des Art 18 VRRRL orientieren, wie durch die folgende Formulierung:

Hat der Unternehmer seine Leistung nicht fristgerecht erbracht, so „fordert“ ihn der Verbraucher zur Leistung innerhalb einer den Umständen angemessenen Nachfrist „auf.“

Zu § 7d (Verzug bei digitalen Leistungen)

Durch den gewählten Regelungsort für die Umsetzung des Art 13 DLRL im KSchG anstelle des VGG ergibt sich dieselbe oben schon zu § 923 Abs ABGB dargestellte Problematik, dass die Bestimmung auch in Fällen zum Tragen kommen würde, die von der Richtlinie durch entsprechende Ausnahme gerade nicht erfasst sind. Deshalb sollte die Regelung besser im VGG umgesetzt werden. Zumindest sollte durch einen Verweis klargestellt werden, dass sie nur für solche digitale Leistungen gilt, die dem Anwendungsbereich des VGG unterliegen.

Abs 1

§ 7d entspricht unseres Erachtens nicht Art 13 DRL. Dieser spricht nicht von einer Frist, weder in dem Sinn, dass der Verbraucher eine setzen kann (oder sie zu setzen hat), noch, dass er dies nicht kann (oder nicht zu tun hat).

Unseres Erachtens wäre es daher sehr wohl möglich, es bei einer angemessenen Nachfrist, die zwar kurz sein wird, zu belassen. Das wäre auch mit dem Verhältnis zum primären und sekundären Gewährleistungsbehelf besser im Einklang: Auch hier kommt es erst zur Vertragsaufhebung, wenn die Verbesserung innerhalb angemessener Frist scheitert.

Der Unternehmer braucht, wenn er im Verzug vom Verbraucher zur Erfüllung aufgefordert wird, jedenfalls eine Reaktionsfrist (eben die angemessene Frist des § 918 ABGB). Sonst könnte der Verbraucher eigentlich immer gleichzeitig mit der Aufforderung zur Erfüllung vom Vertrag zurücktreten, weil es dem Unternehmer faktisch unmöglich ist, bei Erhalt der Aufforderung im wörtlichen Sinn „unverzüglich“ zu erfüllen.

Gewährleistung und Verzug einigermaßen parallel zu regeln wäre wohl schon deshalb sinnvoll, weil es bei digitalen Leistungen meist entweder um Dauerschuldverhältnisse oder fortgesetzte Erfüllungshandlungen geht (wenn Leistungen fortgesetzt einzeln bereitgestellt werden). In der Praxis wird hier wohl die Grenze zwischen Nichterfüllung/Verzug und Schlechterfüllung verschwimmen. Das zeigt sich unseres Erachtens schon am Standardbeispiel bei einer Einzelleistung: Der Verbraucher lädt eine Datei herunter, die sich nicht oder nicht vollständig installiert. Liegt Verzug oder Schlechterfüllung vor? Wahrscheinlich wird der Verbraucher gar nicht erkennen können, ob hier mit der Erfüllung bereits begonnen wurde (dann Schlechterfüllung) oder nicht (dann Verzug). Daher wäre es sinnvoll, wenn Verzug und Gewährleistung im Hinblick auf die Angemessenheit der Frist gleichartig liefen.

Nach der Konzeption von Art 13 DRL ist der Verbraucher jedenfalls erst dann zur Vertragsaufhebung berechtigt, wenn er den Unternehmer zur Bereitstellung aufgefordert „hat“. Es geht in Art 13 DRL also nicht um den Entfall einer Frist, sondern um die Verpflichtung des Verbrauchers zu einer Aufforderung.

Erst wenn es der Unternehmer daraufhin versäumt unverzüglich zu erfüllen, wofür man ihm aber wohl eine angemessene Reaktionszeit zubilligen wird müssen, kann der Verbraucher zurücktreten. So ist unseres Erachtens jedenfalls Art 13 DRL zu verstehen. Art 13 Abs 1 DRL lautet wörtlich:

Hat der Unternehmer die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht gemäß Art 5 bereitgestellt, so fordert der Verbraucher den Unternehmer auf, die digitalen Inhalte oder

Dienstleistungen bereitzustellen. Versäumt es der Unternehmer daraufhin die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen unverzüglich oder innerhalb einer ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten zusätzlichen Frist bereitzustellen, so ist der Verbraucher zur Beendigung des Vertrages berechtigt.

Aus den Begriffen „versäumt“ und „daraufhin“ ist unseres Erachtens ein Minimum an (angemessener) Reaktionsfrist abzuleiten. Dieses Auslegungsergebnis sollte man in den Erläuterungen klarstellen. Die im vorgeschlagenen § 7d enthaltene Wendung „ohne Fristsetzung“ findet in Art 13 Abs 1 DRL aber jedenfalls keine Deckung und sollte daher zur Vermeidung einer Richtlinienwidrigkeit entfallen.

Wir schlagen folgende Formulierung vor:

Hat der Unternehmer die digitale Leistung nicht fristgerecht bereitgestellt, so kann „hat“ ihn der Verbraucher ~~ohne Fristsetzung~~ zur Bereitstellung auf „zu“fordern. ~~Stellt~~ „Versäumt“ es der Unternehmer „daraufhin“, die digitale Leistung nicht unverzüglich nach der Aufforderung oder innerhalb einer allenfalls vereinbarten Nachfrist bereit“zustellen“, so kann der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten. Ein sofortiger Rücktritt ist „nur“ nach § 7c Abs 2 möglich.

Zu § 9

Außerhalb des Anwendungsbereiches des VGG wäre es europarechtlich zulässig, vertragliche Gestaltungen des Gewährleistungsrechts zu ermöglichen. Gewisse Gestaltungsspielräume hat es im österreichischen Recht vor Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufs-Richtlinie gegeben. Wir würden es für sinnvoll erachten, vertraglich den Vorrang der Verbesserung anstelle des Austausches festlegen zu können.

Nicht ganz klar erscheint, was mit der Formulierung gemeint ist, dass beim Kauf von Waren sowie bei der Bereitstellung digitaler Leistungen das VGG „zu beachten“ ist. Es ist wohl davon auszugehen, dass dieses in diesen Fällen „zur Anwendung kommt“.

III. Zusammenfassung

Wir erachten es als sinnvoll und richtig, dass der vorliegende Entwurf - zumindest weitgehend - auf eine Umsetzung im notwendigen Umfang fokussiert ist und vor allem auf legislative Experimente in Richtung eines noch weiteren Hinaufschraubens des ohnehin sehr hohen Verbraucherschutzniveaus verzichtet wurde.

Wahrgenommen werden sollte jedenfalls die Option einer Ausnahme für Versteigerungen. Um mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten, dass Werkverträge nicht erfasst werden, sind weitere Klarstellungen wichtig.

Keine Notwendigkeit sehen wir dafür, die Haftungsfrist durch Anhängen einer Verjährungsfrist im Ausmaß von 3 Monaten zu erweitern. Eine Übernahme des Gewährleistungs- und Verjährungsfristenkonzepts, wie es zur Umsetzung der Richtlinien im VGG normiert werden soll, auch in das ABGB ist nicht notwendig und soll ebenso unterbleiben wie die parallele Verankerung der Aktualisierungspflicht. Bei einigen Bestimmungen, ua zum Verzug, werden unseres Erachtens die Richtlinienvorgaben nicht ganz treffsicher erfüllt.

In zahlreichen Punkten, die an dieser Stelle nicht sämtlich wiederholt werden sollen, regen wir Klarstellungen auch in den Erläuterungen an, die es für die Normunterworfenen erleichtern würden, die Vorgaben in der Praxis anzuwenden.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen. Diese Stellungnahme wird auch dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär