



Bundesministerium Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Teams.z@bmj.gv.at

BUNDESARBEITSKAMMER  
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22  
1040 WIEN  
T 01 501 65  
www.arbeiterkammer.at  
DVR 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel <b>501 65</b> Fax <b>501 65</b>	Datum
2021-	BAK/KS-	Mag Miriam Forster	DW 13793DW 12693	29.04.2021
0.184.802	GSt/MF/BE			

## Stellungnahme Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die BAK gibt zum Entwurf des Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG) folgende Stellungnahme ab:

### Allgemeines

Gewährleistungsansprüche und ihre Durchsetzung sind eines der häufigsten Problemthemen in der Konsumentenschutzberatung – schon allein aus diesem Grund sind die Verbesserungen, die die Warenkauf-Richtlinie (WK-RL) und die Digitale-Inhalte und Dienstleistungen-Richtlinie (DIDL-RL) in diesem Bereich für europäische VerbraucherInnen vorsehen, sehr erfreulich. Trotz des grundsätzlich vollharmonisierenden Charakters der Richtlinien stehen den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung etliche Regelungsspielräume offen, die für einheitliche, über das „Mindestprogramm“ hinausgehende Verbraucherschutzbestimmungen sowie zur Förderung nachhaltiger Produkte und zur Setzung von Maßnahmen gegen geplante Obsoleszenz (wie auch im Regierungsprogramm ausdrücklich vorgesehen)<sup>1</sup> genutzt werden können. Diese Spielräume sind im vorliegenden Entwurf jedoch nicht ausgeschöpft worden – dies vielfach mit dem Argument der Vermeidung einer Mehrbelastung von Unternehmen in der gegenwärtig wirtschaftlich schwierigen Situation. Dieser Argumentation kann seitens der BAK nicht gefolgt werden – übersieht sie doch völlig, dass vor allem auch **Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw Konsumentinnen und Konsumenten vor großen finanziellen Herausforderungen stehen und somit auf möglichst wirksame Schutzbestimmungen bzw mangelfreie und haltbare Produkte angewiesen sind.**

<sup>1</sup> Regierungsprogramm 2020-24, 39 [https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html#f \(28.04.2021\).](https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html#f (28.04.2021).)

Mit dem Vertrauen hierauf können in der Folge auch in Krisenzeiten eher Anschaffungen getätigt werden.

In diesem Sinne äußert die BAK folgende Forderungen (einleitend im Überblick):

### **Vermeidung von Rechtszersplitterung**

Einleitend ist vorzuschicken, dass der europäische Gesetzgeber mit den beiden diesem Umsetzungsgesetz zugrundeliegenden Richtlinien eine weitergehende **Harmonisierung und Rechtssicherheit** im Binnenmarkt unter der Voraussetzung eines hohen Verbraucherschutzniveaus anstrebte (ua ErwGr 3 WK-RL und DIDL-RL). Auch das aktuelle Regierungsprogramm sieht im Kapitel Konsumentenschutz die „**Vermeidung von Rechtszersplitterung durch Integration von EU-Rechtsakten in bestehende Gesetze**“ vor. Als Beispiel hierfür wird sogar ausdrücklich die Umsetzung der WK- und DIDL-RL genannt.<sup>2</sup>

Im Zuge der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie zur WK-RL (Verbrauchsgüterkauf-RL) mit dem GewährleistungsrechtsänderungsG 2001 wurde unter demselben Gesichtspunkt einer einheitlichen Regelung der Weg einer erstreckenden Richtlinienumsetzung in ABGB und KSchG erfolgreich beschritten. So sollte ein **möglichst klares, einfaches und einheitliches Gewährleistungsrecht ohne Hinzufügung einer weiteren „Rechtsschicht“**<sup>3</sup> geschaffen werden. Diese einheitliche Umsetzung hatte auch den Vorteil, dass viele Abgrenzungsfragen hintangehalten werden konnten.

Im Sinne der **Rechtssicherheit sowie zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten und Wertungswidersprüchen** wäre daher auch bei diesem Gesetzesvorhaben eine möglichst einheitliche Umsetzung wünschenswert, wobei dem Regelungsort aus Verbrauchersicht in erster Linie in Zusammenhang mit diesem Zweck Bedeutung zukommt.

Laut vorliegendem Begutachtungsentwurf sollen die aus den beiden umzusetzenden Richtlinien stammenden Bestimmungen in einem neu geschaffenen Gesetz, dem Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG), umgesetzt werden. Der Name des Gesetzes erscheint aber insofern irreführend, als hierin gerade nicht alle Verbraucherverträge im Sinne des § 1 KSchG, sondern nur ausgewählte Vertragstypen (i.e. Verträge über den Kauf von beweglichen Sachen und die Bereitstellung digitaler Leistungen) geregelt sein sollen. Diese Regelungstechnik würde im Ergebnis dazu führen, dass je nach Vertragstypus oder handelnden Personen die Anwendung von Bestimmungen des ABGB, KSchG oder des (neu geschaffenen) VGG vorgesehen wäre. Da sich hierdurch schon für Lehre und Rechtsprechung viele neue Fragestellungen ergeben werden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass VerbraucherInnen die jeweils maßgeblichen Bestimmungen überblicken werden können. (siehe näheres in den Ausführungen zu § 1).

Die BAK regt daher dringend an, den Öffnungsspielräumen der WK-RL entsprechend **alle Verbraucherverträge** im Sinn des § 1 KSchG den neuen Gewährleistungsregelungen zu unterstellen. Anknüpfungskriterium sollte wie bisher grundsätzlich die **Entgeltlichkeit** sein – worunter auch die Hingabe von personenbezogenen Daten verstanden werden sollte.

---

<sup>2</sup> Regierungsprogramm 2020-24, 39.

<sup>3</sup> Erlern 422 Bogner XXI. GP, 8.

## Haftung für Haltbarkeit

Das Regierungsprogramm sieht im Kapitel Konsumentenschutz unter ausdrücklichem Verweis auf die Umsetzung der WK- und DIDL-RL weiters vor, dass „**Maßnahmen gegen geplante Obsoleszenz**“ iSd „Förderung der Nachhaltigkeit von Produkten“ zu schaffen sind. Auch die WK-RL betont in ihrem Erwägungsgrund 32 die Wichtigkeit der Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren für die Förderung von nachhaltigen Konsumgewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft und konkretisiert dieses Ziel mit der Aufnahme eines objektiven Haltbarkeitserfordernisses für Waren. Die BAK sieht in einer Haftung für Haltbarkeit einen der wesentlichsten Pfeiler eines modernen Gewährleistungsregimes, das einerseits dazu dient, geplante Obsoleszenz zurückzudrängen und so zu einem wesentlich nachhaltigeren Umgang mit Konsumgütern beiträgt und andererseits – insbesondere mit Blick auf langlebige Produkte – VerbraucherInnen dazu befähigt, ihre bestehenden Ansprüche tatsächlich durchzusetzen. Hier ist es an der Zeit, mit den Mitteln des Zivilrechts steuernde Effekte einzuleiten. Auch sozialpolitische Erwägungen sind ein wichtiger Aspekt – vorzeitige Obsoleszenzen von nach der Verbrauchererwartung langlebigen (und hochpreisigen) Gebrauchsgütern nach Ablauf der Gewährleistungsfrist belasten einkommensschwache VerbraucherInnen besonders (zB Therme, Haushaltsgeräte, elektronische Geräte wie Fernseher, PC). Längere Gewährleistungsfristen finden dementsprechend große Zustimmung unter VerbraucherInnen – so befürworteten im Rahmen des **Konsummonitors**, den die Universität Wien im Auftrag der Arbeiterkammer Wien erstellt hat, 86 % der Befragten voll bis eher **eine gesetzliche Garantie bzw Gewährleistungsfrist von 5 Jahren und 52 % standen einer Frist von 10 Jahren positiv gegenüber**<sup>4</sup>.

Wie kann aber nun der Umstand, dass eine (mögliche) Haltbarkeit bei vielen Waren (Baustoffe, KFZ, Haushaltsgeräte) beträchtlich länger als die 2jährige Gewährleistungsfrist beträgt (und Mängel regelmäßig erst nach Fristablauf zu Tage treten) in die Richtlinienumsetzung einfließen? Im Zuge der Beratungen über den Umsetzungsentwurf wurde auch in der dafür eingesetzten Arbeitsgruppe intensiv über diesen Aspekt und die hierzu bereits in anderen Mitgliedstaaten vorhandenen Lösungen diskutiert. Aus der **Wissenschaft (Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Faber und Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski)** wurden in weiterer Folge zwei praxistaugliche und ausgewogene **Entwürfe** zur Erfassung der Problemstellungen bei langlebigen Waren erstattet. Sie knüpfen beide an jenem Zeitpunkt an, an dem der Mangel offenbar wird und sehen Regelungen in **Anlehnung an jene zum versteckten Mangel** vor, welche auch auf breite Zustimmung – unter anderem der BAK – gestoßen sind. Vorgeschlagen wurde weiters eine – dem norwegischen Modell folgende – Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Waren, deren objektiv erwartbare Haltbarkeit 2 Jahre beträchtlich übersteigt, auf 5 Jahre.

Bedauerlicherweise haben die in der Arbeitsgruppe diesbezüglich schon sehr konkreten Überlegungen keinen Eingang in den vorliegenden Entwurf gefunden und soll nun lediglich die zwingend vorgegebenen 2jährige Frist umgesetzt werden. Der Verweis auf den europäischen Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen vermag nicht zu überzeugen – sind doch hier schon in etlichen anderen Mitgliedstaaten Regelungen getroffen worden (Näheres bei § 10).

---

<sup>4</sup> siehe *Pauling* er, Konsummonitor. Pilotstudie zur Erforschung des Konsumalltags mittels Online-Panel. Ergebnisbericht mit Grafiken und Tabellen. Reihe Materialien zur Konsumforschung, Nr. 6, 4.25 <https://www.konsummonitor.at/ergebnisse/bericht>. Wien: Arbeiterkammer Wien, (2021) (28.4.2021).

## Informationspflichten über Haltbarkeit, Reparaturfreundlichkeit und Ersatzteilhaltung

Einer in der neuen Europäischen Verbraucheragenda zitierten Studie zufolge würden 85 % der europäischen VerbraucherInnen bessere Informationen über die Lebensdauer von Waren für ihre Kaufentscheidungen begrüßen. Demzufolge könnten sich die Verkaufszahlen bei besonders langlebigen Marken beinahe verdreifachen, wenn VerbraucherInnen entsprechende Informationen erhalten; sie wären sogar bereit, mehr für Waren mit längerer Lebensdauer zu bezahlen.<sup>5</sup> Auch österreichische VerbraucherInnen befürworten ausdrücklich Informationspflichten zur Lebensdauer (75 % der Befragten) sowie Reparaturfähigkeit (79 % der Befragten) von Produkten.<sup>6</sup>

Diese Zahlen sprechen für sich – VerbraucherInnen möchten langlebige und reparable Produkte kaufen und benötigen Informationen als Basis für entsprechende Kaufentscheidungen und den Mitgliedstaaten steht es im Rahmen der Richtlinienumsetzung frei, diese Informationspflichten festzulegen.

Tests zeigen auch, dass derzeit viele Produkte ohne sachliche Notwendigkeit nicht reparabel designt sind (zB fix verbaute Akkus von Smartphones, geklebte (statt verschraubte) Außenverkleidungen bei Laptops, die ohne Zerstörung des Geräts gar nicht geöffnet werden können). Besonders auf eine derart vorgesehene de-facto Reparaturunmöglichkeit sollten VerbraucherInnen unbedingt hingewiesen werden müssen. Die WK-RL räumt den Mitgliedstaaten weiters die Option ein, VerkäuferInnen und HerstellerInnen sowohl zur Information über die Verfügbarkeit als auch zur Verfügbarkeitshaltung von Ersatzteilen zu verpflichten.

Die BAK spricht sich aus diesen Gründen für allgemeine **Informationspflichten des Herstellers/Übergebers** zu Haltbarkeit, Reparaturfreundlichkeit, Ersatzteilhaltung von Waren aus. Leider sind die noch im Arbeitsgruppenentwurf vorgesehenen **vorvertraglichen Informationspflichten zur Haltbarkeit bestimmter Waren in § 5a KSchG und § 4 FAGG**, die einen wichtigen Ansatz im Sinne der obigen Ausführungen darstellten, zur Gänze entfallen. Auch hier wurde in den Erläuterungen (neben den Bedürfnisse der Wirtschaft) auf den europäischen Gesetzgeber verwiesen. So wichtig dessen Tätigwerden aus einer Gesamtbetrachtung heraus unbestritten sein mag, so stellt ein diesbezügliches Abwarten aus Sicht der BAK kein Hindernis für ein nationalstaatliche Initiative dar. So hat zB Frankreich mit Jänner 2021 einen „**Reparaturindex**“ für Waren eingeführt, welcher VerbraucherInnen durch Vergabe von kriterienbasierten Zahlenwerten (1-10) niederschwellig über technische Informationen, Zerlegbarkeit, Verfügbarkeit und Preis von Ersatzteilen (in Relation zum Preis des Neuproduktes) sowie spezifische Kriterien je nach Produkt informiert. Erklärtes Ziel ist es hier auch, **den Wettbewerb zwischen HerstellerInnen in Hinblick auf die Reparaturfähigkeit ihrer Produkte** und in Folge den Erhalt einer „guten Note“ anzuregen. 2024 soll zusätzlich ein Haltbarkeitsindex eingeführt werden, der die Haltbarkeit und Lebensdauer von Produkten angibt.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> COM (2020) 696 final vom 13.11.2020, 5.

<sup>6</sup> Hierzu auch *Paulinger*, Konsummonitor, 4.25.

<sup>7</sup> *Rainet – Re-User- und Reparaturnetzwerk Österreich* (Hrsg.), Verpflichtende Bewertung der Reparierbarkeit: Chancen und Grenzen des French Repairability Index (2021) verfügbar unter: <https://www.repanet.at/chancen-und-grenzen-des-french-repairability-index/> (28.04.2021).

## Direkthaftung des Herstellers

In den Arbeitsgruppensitzungen wurde weiters ausführlich erörtert, ob Österreich im Zuge der Umsetzung der beiden Richtlinien Gewährleistungsansprüche in Form einer Direkthaftung gegen den Hersteller zulassen solle. Nach der WK- sowie der DIDL-RL sind trotz Vollharmonisierung nationale Vorschriften möglich, die VerbraucherInnen im Fall einer Vertragswidrigkeit außervertragliche Rechtsbehelfe gegen Personen in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette, wie etwa HerstellerInnen einräumen. Im Zuge der Diskussionen über die Etablierung einer solchen Direkthaftung hat **Univ. Prof. Dr. Christiane Wendehorst** einen umfassenden Vorschlag erstattet<sup>8</sup>, den die BAK vollinhaltlich unterstützt.

Die Etablierung eines derartigen Regimes würde zu einer **Solidarhaftung zwischen Hersteller (sowie Importeur bzw Plattformbetreiber) und Händler** führen (ergänzt durch entsprechende Regressmöglichkeiten). Der große Vorteil einer direkten Herstellerhaftung liegt darin, dass die Fehlerhaftigkeit bzw mangelnde Haltbarkeit des Produktes regelmäßig an den Ort kanalisiert wird, an dem sie entstanden ist. So kann eine derartige Regelung nicht nur Verbraucherschutz- und Nachhaltigkeitsanliegen gerecht werden, sondern vielmehr auch zu einer **bedeutenden Entlastung des Einzelhandels** führen. Eine derartige direkte Haftung des Herstellers, hätte auch mit Sicherheit dazu geführt, dass etwa im Zuge des Dieselabgaskandals berechnete Ansprüche von VerbraucherInnen effektiver durchgesetzt werden hätten können. Der Argumentation in den Erläuterungen, wonach eine Herstellerhaftung nur im europäischen Gleichklang erfolgen solle, muss entgegengehalten werden, dass bereits **mehrere EU-Mitgliedstaaten** (Belgien, Finnland, Frankreich, Lettland, Luxemburg, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden) sowie Norwegen<sup>9</sup> in ihren nationalstaatlichen Regelungen – die auch auf europäischer Ebene als Inspiration und Anreiz für eine entsprechende Gesetzgebung Wirkung entfalten können – **einen direkten Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller vorsehen**.

## Ausdehnung der Beweislastumkehr auf zwei Jahre

Aus der Konsumentenberatung ist der häufige Fall bekannt, dass sich VerbraucherInnen, die hochpreisige Waren erwerben (mehrheitlich handelt es sich um Elektrogeräte wie etwa Smartphones, Laptops – aber auch Haushaltsgeräte wie Geschirrspüler und Waschmaschinen) erst nach Ablauf von einem Jahr (und somit nach der 6-monatigen bzw nun vorgesehenen 1jährigen Vermutungsfrist) mit einem Defekt am Gerät konfrontiert sehen, der nicht durch äußere Einwirkung erklärbar ist. Gewährleistungsansprüche der VerbraucherInnen werden nach Ablauf der Vermutungsfrist regelmäßig bestritten und der Beweis, dass der Mangel schon bei Übergabe vorlag, ist nicht nur häufig mit hohen Kosten (Sachverständigengutachten) verbunden, sondern gelingt aufgrund der bei komplexen elektronischen Geräten grundsätzlich schwierigen Beweisführung in aller Regel nicht: Die Praxis zeigt daher laufend, dass die Gewährleistungsfrist nur im Zeitraum der Beweislastumkehr tatsächliche Relevanz entfaltet.

---

<sup>8</sup> *Wende Horst*, Direkthaftung des Herstellers. Eine Machbarkeitsstudie für die Umsetzung der neuen Gewährleistungs-RL in Österreich, Vor 2020 (94, 138).

<sup>9</sup> *Ebers/Janssen/Meyer*, European Perspectives on Producers' Liability. Direkt Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress – Comparative Report (Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers 2009) 8.

Der vorgesehene Umsetzungsspielraum der WK-RL böte nun die aus verbraucherpolitischer Sicht enorme Chance, die Beweislastumkehr für das Vorliegen eines Mangels auf die gesamte (im Entwurf vorgesehene) zweijährige Gewährleistungsfrist auszudehnen und damit einer **Durchsetzung bestehender Ansprüche auch zu praktischer Effektivität zu verhelfen**. Leider wurde von dieser Möglichkeit jedoch kein Gebrauch gemacht und nur das Mindestmaß der Richtlinienvorgaben umgesetzt.

Ergänzend ist, den in den Erläuterungen geäußerten Bedenken entgegenzuhalten, dass diese (bei wohl vergleichbarer Ausgangslage) nicht von allen Mitgliedstaaten geteilt werden dürften – bereits vor Umsetzung der hier gegenständlichen Richtlinien hatten Portugal, Frankreich und Schweden (bei bestimmten Bauteilen) eine 2jährige Beweislastumkehr normiert.<sup>10</sup>

### **Unterscheidung zwischen Gewährleistungs- und Verjährungsfrist**

Da nach den Richtlinien für eine Geltendmachung gewährleistungsrechtlicher Gestaltungsrechte in Zukunft eine außergerichtliche Erklärung des Verbrauchers ausreichend ist, bestimmt der vorliegende Gesetzesentwurf nun, dass in Zukunft zwischen Gewährleistungs- und Verjährungsfrist unterschieden werden soll. Die Gewährleistungsfrist legt den Zeitraum fest, in dem ein gewährleistungsrechtlicher Haftung auslösender Mangel hervorkommen muss, die anschließende Verjährungsfrist den Zeitraum, in dem die daraus resultierenden Rechte gerichtlich geltend gemacht werden können. Dazu ist anzumerken, dass eine vom Unternehmer (außergerichtlich) nicht akzeptierte Geltendmachung gewährleistungsrechtlicher Gestaltungsrechte dennoch nach wie vor in einem gerichtlichen Verfahren geklärt werden muss.

Leider sieht der derzeitige Entwurf zu § 28 VGG jedoch – im Gegensatz zum Fristvorschlag von 6 Monaten im Rahmen der vorgelagerten Arbeitsgruppensitzungen – für eine diesbezügliche Geltendmachung lediglich 3 Monate vor. Gerade bei Mängeln, die zu Ende der Gewährleistungsfrist hervorkommen, wird diese Frist regelmäßig zu kurz greifen (Näheres unter § 27 VGG) und somit einer praktischen Effektivität der an sich sehr begrüßenswerten Regelung entgegenstehen. Aus VerbraucherInnensicht müsste daher eine **Verjährungsfrist von zumindest 6 Monaten** vorgesehen werden.

### **Zu den konkreten Bestimmungen des Entwurfs:**

#### **VGG**

##### **§ 1 VGG – Geltungsbereich**

Ausdrücklich begrüßt wird die Nutzung des, den Mitgliedstaaten eingeräumten Gestaltungsspielraums im Sinne der Verwendung des weiteren Verbraucherbegriffs des § 1 KSchG, womit sichergestellt ist, dass auch Gründungsgeschäfte vom Anwendungsbereich des VGG mitumfasst sind. In den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass die Verbrauchereigenschaft für Verträge mit gemischtem Zweck („**Dual use**“) dann vorliegt, wenn der **gewerbliche Zweck nicht überwiegt**.

---

<sup>10</sup> *Bizer/Führ/Proeger*, Die ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des deutschen Gewährleistungsrechts. Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (2016), 13  
[https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_studie\\_verbesserung\\_des\\_deutschen\\_gewaehrleistungsrechts.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_studie_verbesserung_des_deutschen_gewaehrleistungsrechts.pdf) (28.4.2021); *Zentrum für europäischen Verbraucherschutz* (Hrsg), Schlussverkauf in Frankreich (2020), abrufbar unter <https://www.cec-zev.eu/de/themen/einkaufen-und-dienstleistungen/schlussverkauf-in-frankreich/#:~:text=Gesetzliche%20Gew%C3%A4hrleistung%3A%20Beweislastumkehr%20in%20Frankreich%20und%20Deutschland&text=In%20Frankreich%20wird%20die%20gesamten,in%20den%20ersten%20sechs%20Monat en.>

Damit wäre eine Kohärenz der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft bei Gewährleistung und Verzug (§ 7c KSchG stammt aus der VR-RL, nach der in diesen Fällen zwingend Verbrauchereigenschaft vorliegt, §7d KSchG aus der DIDL-RL, die den Mitgliedstaaten diesbezüglich Regelungsspielraum offenlässt) sichergestellt.

Die BAK hätte eine Integration in ABGB und KSchG bevorzugt (siehe oben), diese wurde jedoch in den Erläuterungen des BMJ mit dem Argument der drohenden Überlastung des KSchG dezidiert ausgeschlossen.

Noch wichtiger als der Regelungsort ist jedoch der dahinterstehende Zweck einer **Einheitlichkeit des Gewährleistungsrechts für Verbrauchergeschäfte**. In diesem Sinne tritt die BAK dringend dafür ein, dass **sämtliche Vertragstypen und -inhalte im Verbrauchergeschäft dem Regime des VGG – im Sinne eines tatsächlichen Verbrauchergewährleistungsgesetzes – unterstellt werden**.

So sollte jedenfalls eine Ausdehnung auf **unbewegliche Sachen** – welche nach der WK-RL problemlos möglich ist – vorgesehen werden: Neben dem Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung wäre eine Erstreckung aufgrund des hohen Schutzbedürfnisses im Immobilienbereich sowie aus Kohärenzgesichtspunkten dringend erforderlich.

Eine Aufteilung der Gewährleistungsregimes würde etwa dazu führen, dass bei unbeweglichen Sachen nur eine Vermutungsfrist von sechs Monaten (§ 924 ABGB), bei beweglichen jedoch eine von 1 Jahr (§ 11 VGG) zur Anwendung kommt. Würde sich nun bei der festen Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache (zB Kachelofen in einem Einfamilienhaus) die Vermutungs- bzw Gewährleistungsfrist nach dem ABGB oder nach dem VGG richten?

§ 1 Abs 1 Z 1 VGG sieht weiters eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des VGG auf Kaufverträge sowie manche Werkverträge (Werklieferungsverträge) vor. Dies würde zu erheblichen Unklarheiten, in welchen Fällen das VGG und in welchen das ABGB anwendbar ist (so auch bei gemischten Verträgen, wie zB Leasingverträgen), führen. Besonders fällt der enge Anwendungsbereich bei Werkverträgen ins Gewicht – warum sollte für manche Arten von Werkverträgen eine kürzere Vermutungsfrist gelten als für andere? Die nach ErwGr 21 der WK-RL den Mitgliedstaaten mögliche **Erstreckung auf alle Vertragstypen und Vertragsinhalte** würde daher nicht nur Wertungswidersprüche, sondern auch komplexe Abgrenzungsfragen vermeiden.

Das gewährleistungsrechtliche Schutzregime wird sich künftig auch auf Verträge, die als Gegenleistung die **Hingabe von personenbezogenen Daten** vorsehen, erstrecken (§ 1 Abs 1 Z 2b VGG). Dies sollte aber nicht wie derzeit vorgesehen nur auf Verträge über digitale Leistungen beschränkt sein, sondern auch Verträge im analogen Bereich erfassen. Schon jetzt gibt es Geschäftsmodelle, die Waren gegen die Hingabe von VerbraucherInnen Daten anbieten (zB Treuepunktemodelle, „Gratis“-Kaffee) und es erscheint wahrscheinlich, dass diese Geschäftsmodelle in naher Zukunft weitere Verbreitung finden werden. Eine sachliche Rechtfertigung, warum hier in Hinblick auf das gewährleistungsrechtliche Schutzregime eine Differenzierung zwischen analogen und digitalen Vertragsinhalten getroffen wird, ist nicht ersichtlich und bringt Rechtsschutzlücken mit sich.

## § 6 VGG – Objektiv erforderliche Eigenschaften

Mit dieser Bestimmung soll ein gesetzlicher Mindeststandard der Vertragsmäßigkeit eingeführt werden. Eine Vereinbarung über eine Abweichung von den objektiv erforderlichen Eigenschaften nach den Richtlinien ist demnach nur dann wirksam, wenn dabei bestimmte Formerfordernisse eingehalten werden: Erstens muss der Verbraucher vor seiner Zustimmungserklärung von der Abweichung eines bestimmten Merkmals von den objektiv erforderlichen Eigenschaften „eigens“ in Kenntnis gesetzt werden und zweitens muss er dieser Abweichung bei Vertragsabschluss „ausdrücklich und gesondert“ (durch ein „aktives und eindeutiges Verhalten“) zustimmen (§ 1 Abs 1 2.S). Die „ausdrückliche und gesonderte“ Zustimmung kann nach Erwägungsgrund 49 der DIDL-RL zB durch das „Anklicken eines Kästchens“ oder die „Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion“ erfolgen (so auch in den Erläuterungen).

Hier müsste aus Sicht der BAK noch in den Materialien klargestellt werden, dass eine solche Zustimmung – angelehnt an die Anforderungen für eine wirksame Einwilligung in der DSGVO – **immer gesondert und getrennt von anderen Erklärungen** (zB der Zustimmung zum Vertragsabschluss, der Datenschutzerklärung, den AGBs) erfolgen muss.<sup>11</sup> Vom Unternehmer vorformulierte Zustimmungserklärungen unterliegen weiters gegebenenfalls einer Klauselkontrolle (zB auf ihre Transparenz).<sup>12</sup>

### Zur Haltbarkeit als objektiv erforderliche Eigenschaft:

Nach § 6 Abs 2 Z 5 ist die Haltbarkeit, die bei derartigen Waren oder digitalen Leistungen üblich ist und die der Verbraucher aufgrund der Art der Ware oder der digitalen Leistungen und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen vernünftigerweise erwarten kann, nunmehr eine objektiv erforderliche Eigenschaft. Der Begriff der Haltbarkeit wird zudem in § 2 Z 11 definiert.

Den Haltbarkeitserwartungen der VerbraucherInnen müssen nun noch vom nationalen Gesetzgeber durch entsprechende Fristenregimes ergänzt werden – **andernfalls bestünden bezüglich des objektiven Leistungskriteriums der Haltbarkeit mitunter gar keine Gewährleistungsrechte**, was weder den Intentionen der Richtlinien noch den Vorhaben des Regierungsprogramms entspricht (zu der in vielen Fällen weit über 2 Jahre liegenden Haltbarkeitserwartung siehe oben im Punkt *Haftung für Haltbarkeit*).

In der Regel ist die mangelnde Haltbarkeit einer Ware oder einer digitalen Leistung nicht zum Lieferzeitpunkt erkennbar, womit es sich um einen versteckten Mangel handelt. Insofern vermögen die Lösungsansätze von *Bydlinski* und *Faber* (Näheres hierzu bei den Ausführungen unter § 10 VGG) besonders zu überzeugen.

### Einfügung eines Rücktrittsrechts („Right to Reject“)

Die WK-RL räumt den Mitgliedstaaten die Option ein, VerbraucherInnen eine spezielle Abhilfemaßnahme zu gestatten, wenn die Vertragswidrigkeit der Ware innerhalb eines höchstens 30-tägigen Zeitraums nach Lieferung, offenbar wird. Die BAK regt daher die Einfügung eines derartigen Rücktrittsrechts in den 2. Abschnitt des VGG (Gewährleistung beim Warenkauf) im Sinne eines für VerbraucherInnen unkomplizierten Rechtsbehelfs an.

<sup>11</sup> Vgl *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU - ausgewählte Auslegungsfragen und Umsetzungsoptionen (2019) 26.

<sup>12</sup> *Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling/Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), 63, (85f).

Angesichts des bereits bestehenden, vom Vorliegen eines Mangels unabhängigen, 14-tägigen Rücktrittsrechts bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen erscheint die Einführung eines (im Sinne einer einheitlichen Regelung auch) **14-tägigen Rücktrittsrechts** bei Auftreten eines Mangels innerhalb dieses so knapp an der Übergabe liegenden Zeitraums nur sachgerecht.

Es ist anzunehmen, dass ein **einheitliches** Rücktrittsrecht auch dem stationären Handel zugutekommen würde – der diesen Umstand in vielen Fällen durch die Gewährung eines freiwilligen, mangelunabhängigen 14 - 30-tägigen Umtausch- bzw. Rückgaberechts bereits selbst erkannt hat.

Klarstellend sollte bei der Einführung einer derartigen Abhilfe noch ergänzt werden, dass VerbraucherInnen im Falle der Ausübung dieses Rücktrittsrechts kein Benützungsentgelt zu leisten haben.

### **§ 7 Aktualisierungspflicht**

Immer mehr Produkte werden „smart“ und somit im Sinne der Richtlinien zu Waren mit digitalen Elementen (zB Staubsaugerroboter). Diese Entwicklung ist in Hinblick auf Verbraucherrechte und Nachhaltigkeitserwägungen aufmerksam zu verfolgen, da hierdurch unter anderem eine Verkürzung der Gesamtnutzungsdauern zu befürchten ist – ein wesentlicher Grund hierfür können fehlende Softwareupdates sein.

Dementsprechend stellt die Ausdehnung des Mangelbegriffs im Sinne einer Verpflichtung des Unternehmers, Updates zur Erhaltung der Vertragsgemäßheit der Ware zur Verfügung zu stellen (zB Sicherheitsupdates), eine sehr zu begrüßende Neuerung dar.

In den Erläuterungen sollte präzisiert werden, dass nicht nur eine Vertragswidrigkeit aufgrund einer unterbliebenen Aktualisierung, sondern auch eine **Vertragswidrigkeit, die erstmals aufgrund einer erfolgten Aktualisierung auftritt**, haftungsauslösend ist<sup>13</sup>. Aus Sicht der BAK wäre es in diesem Zusammenhang nur sachgerecht, dass für jene Vertragswidrigkeiten in der Folge eine erneute Beweislastumkehr zum Tragen kommen muss.

Zusätzlich sollte der Verbraucher jedenfalls auch seine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Hersteller bzw EWR-Importeur (Online-Marktplatz) geltend machen können (siehe oben).

Zur möglichen Zustimmung des Verbrauchers zu einem Abweichen von der Aktualisierungspflicht ist auf die Ausführungen unter § 6 zu verweisen.

### **§ 10 VGG - Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist**

Nach § 10 Abs 1 und 2 des Entwurfs wird eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren ab Übergabe normiert, bei Waren mit digitalen Elementen stimmt die Gewährleistungsfrist bei fortlaufender Bereitstellung der digitalen Leistung mit der Dauer der Bereitstellungspflicht überein, beträgt jedoch mind. zwei Jahre. Die Mitgliedstaaten können hier längere Fristen vorsehen, diese Option sollte aus den obigen Erwägungen heraus (siehe *Haftung für Haltbarkeit* sowie § 6 VGG) unbedingt genutzt werden. Hier gäbe es aus Sicht der BAK mehrere Möglichkeiten: *Bydlinski* plädiert dafür, dass – in Anlehnung an den versteckten Mangel – bei typischerweise nicht innerhalb der Frist erkennbaren Mängeln (Rechtsmängeln und Haltbarkeitsmängeln) die Frist erst ab Erkennen zu laufen beginnen sollte. Dafür könne in diesen Fällen eine kürzere Verjährungsfrist zur Geltendmachung vorgesehen werden.

---

<sup>13</sup> Vgl *Wendehorst*, Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), 111 (127 f).

*Faber* tritt für einen Gleichlauf von Gewährleistungs- und Verjährungsfristen ein, diese sollten aber erst bei Kenntnis des (versteckten) Mangels zu laufen beginnen und dann jeweils 2 Jahre laufen. Parallel sollte eine absolute Verjährungsfrist von max. 10/15/20 Jahre festgesetzt werden.<sup>14</sup>

Aus Sicht der BAK könnten auch die Bestimmungen in den Niederlanden und in Finnland herangezogen werden, wonach Gewährleistungsrechte für die gesamte Lebensdauer des Produkts bestehen, aber innerhalb bestimmter Fristen, nachdem der Mangel in Erscheinung getreten ist, geltend gemacht werden müssen. In Finnland beträgt die Frist 3 Jahre ab Erkennbarkeit des Mangels, wobei die Haftung mit 10 Jahren ab Übergabe begrenzt ist.<sup>15</sup>

Letztlich könnte bei langlebigen Waren auch an eine längere, starre Frist gedacht werden – eine solche sehen mehrere europäischen Staaten vor (Island, Norwegen (5 Jahre für langlebige Güter), Schweden, Dänemark, Spanien (3 Jahre), Irland und Vereinigtes Königreich (6 Jahre)<sup>16</sup> sowie Deutschland (5 Jahre für Bauwerke und Baustoffe gem. § 438 Abs 1 Z 2 BGB)). § 10 Abs 4 legt fest, dass die Gewährleistungsfrist bei **gebrauchten Waren** vertraglich auf 1 Jahr verkürzt werden kann, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird. Eine diesbezügliche Verkürzungsmöglichkeit wird von der BAK abgelehnt. Ein Grund hierfür ist § 10 Abs 2, der vorsieht, dass bei Waren mit digitalen Elementen bei vereinbarter fortlaufender Bereitstellung von digitalen Leistungen für einen Mangel an denselben für mindestens 2 Jahre Gewähr zu leisten ist – bei einem 2 Jahre übersteigenden Bereitstellungszeitraum sogar für den gesamten Bereitstellungszeitraum, der zeitlich weit über 2 Jahren liegen kann. Hier erscheint eine Verkürzung auf 1 Jahr unverhältnismäßig, auch da bei digitalen Leistungen (bei gewährleisteten Aktualisierungen) nicht von einer Abnutzung auszugehen ist. In der DIDL-RL findet sich dementsprechend auch keine korrespondierende Fristverkürzungsmöglichkeit.

Klargestellt werden sollte nach Ansicht der BAK auch, dass die **Gewährleistungsfrist mit Ablieferung der verbesserten bzw ausgetauschten Sache neu zu laufen beginnt**.

### **§ 11 VGG – Vermutung bei Hervorkommen eines Mangels; Beweislast**

Nach dem derzeit vorgesehenen § 11 Abs 1 VGG besteht für Waren eine Vermutungsfrist von einem Jahr. Hier sollte im Sinne der obigen Argumentation (*Beweislastumkehr*) nach Ansicht der BAK die den Mitgliedstaaten eingeräumte Regelungsoption genutzt werden und eine **Vermutungsfrist von zwei Jahren** eingeführt werden.

### **Rügeobliegenheit**

Positiv hervorzuheben ist, dass im vorliegenden Umsetzungsentwurf von einer nach der Warenkauf-RL zwar möglichen, dem österreichischen Recht aber fremden Rügeobliegenheit des Verbrauchers kein Gebrauch gemacht wurde.

### **§ 12 VGG – Rechte aus der Gewährleistung**

Abs 4 Z 3 bestimmt, dass der Verbraucher zum Umstieg auf die Gewährleistungsbehelfe der 2. Stufe (Preisminderung, Vertragsauflösung) dann berechtigt ist, wenn sich aus den Erklärungen des Unternehmers ergibt oder nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer den mangelfreien Zustand entweder gar nicht oder **nicht in angemessener Frist** oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird.

---

<sup>14</sup> *Faber*, Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II), VbR 2020/34, 59 ff.

<sup>15</sup> Vgl *Kodek/Leupold*, 33f.

<sup>16</sup> *Bizer/Führ/Proeger*, 13.

Abs 4 Z 4 regelt ebenfalls das Recht des Verbrauchers zum Umstieg auf die Gewährleistungsbeihilfe der 2. Stufe, wenn der Unternehmer den mangelfreien Zustand nicht in Einklang mit § 13 Abs 2 und 3 hergestellt hat oder den **mangelfreien Zustand trotz Ablaufs einer angemessenen Frist noch nicht hergestellt hat**.

Zum Begriff der „*angemessenen Frist*“ siehe unten zu § 13 VGG.

### § 13 – Verbesserung und Austausch

Der hier in Abs 1 umgesetzte Art 14 Abs 1 WK-RL sieht eine Verbesserung bzw einen Austausch innerhalb einer „angemessenen Frist“ vor, diese sollte nach ErwGr 55 der **kürzesten Frist entsprechen, in der die Verbesserung oder der Austausch vorgenommen werden kann**. Da in der Praxis aber gerade eine lange Dauer der Verbesserung bzw des Austausches häufig für Probleme sorgt, sollte die Formulierung in der Umsetzungsbestimmung unmissverständlich sein – hier bietet sich die Verwendung des Begriffs „**unverzüglich**“ an (so auch § 14 Abs 1 und § 15 Abs 1 FAGG). Notwendig wäre jedenfalls eine Klarstellung in den Erläuterungen, wonach zB ein oft Wochen dauerndes Einsenden an den Hersteller anstatt einer sofortigen Verbesserung/eines Austausches (bei Elektrogeräten üblich) nicht dem Verständnis von „unverzüglich“ oder auch „angemessene Frist“ entspricht und Verbraucher sohin zum Umstieg auf die 2. Stufe der Gewährleistungsbeihilfe (Preisminderung, Vertragsauflösung) berechtigt. Aus Sicht der BAK wäre allenfalls an eine mögliche Ausdehnung der zeitlichen Vorgaben bei Zurverfügungstellung eines **Ersatzgerätes** zu denken.

Sehr erfreulich für VerbraucherInnen ist die Klarstellung in den Erläuterungen zu Abs 2, dass unter den Kosten der Rücknahme durch den Unternehmer (auch) die **Transportkosten** zu verstehen sind.

Die BAK begrüßt weiters ausdrücklich die Klarstellung in den Erläuterungen zu Abs 1, dass zu den möglichen Kosten der Mangelbehebung, die VerbraucherInnen nicht angelastet werden dürfen, auch die **Kosten der Mangelerhebung** – also der Prüfung, ob ein gewährleistungsrechtlich relevanter Mangel vorliegt, zu zählen sind.

### § 14 VGG – Preisminderung

Begrüßt wird die Klarstellung, dass die Ausübung des Preisminderungsanspruches aufgrund des aus Art 16 Abs 1 Warenkauf-RL abgeleiteten Größenschlusses ebenfalls durch formlose Erklärung erfolgt.

### Zu §§ 14 Abs 1, 15 Abs 1 und 22, 23, 25 Abs 2 VGG – Erklärungen

Die WKRL und die DIRM schreiben in Art 16 (WK-RL) bzw. in Art 15 (DIRM-RL) vor, dass die Ausübung des Rechts auf Vertragsbeendigung durch (**formlose**) **Erklärung** zu erfolgen hat. Die Richtlinien regeln ausdrücklich kein Zugangserfordernis der Erklärung als Voraussetzung für eine wirksame Vertragsauflösung.

In den Erläuterungen (zu § 15, stellvertretend für die übrigen Regelungsorte) wird zu diesem Thema ausgeführt, dass auf den Zugang der Erklärung abgestellt werden muss, wobei gleichzeitig eingeräumt wird, dass sich hieraus Überschneidungsprobleme ergeben können (zB verspäteter Austausch/Verbesserung durch den Unternehmer bevor diesem die Erklärung postalisch zugegangen ist). Der weitere Hinweis in den Erläuterungen, dass dieses Problem durch elektronische Kommunikation vermieden werden kann, übersieht, dass der Zugang eines E-Mails von VerbraucherInnen im Gegensatz zum postalischen Versand kaum bewiesen werden kann.

Wenn auf den Zugang der Erklärung abgestellt wird und elektronische Erklärungen die daraus folgenden Problematiken hintanhaltend sollen, müsste der Zugang der Erklärung daher mit **Ab-senden eines entsprechenden E-Mails an den Unternehmer vermutet werden**.

### § 15 VGG – Auflösung des Vertrags

§ 15 Abs 3 S 2 ist aufgrund der aus der WK-RL zwingend vorgegebene Vorleistungspflicht des Verbrauchers bei Rückabwicklung des Vertrags grundsätzlich eine für Verbraucher sehr **ungünstige und sachlich nicht gerechtfertigte Regelung**.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Modalitäten der Rückgabe und Erstattung besteht jedoch eine Regelungsoption der Mitgliedstaaten (Art 16 Abs 3 aE Warenkauf-RL), die nach Ansicht der BAK **umso mehr genutzt werden sollte**: Im Sinn der Kohärenz mit § 25 Abs 3 VGG, der für Verträge über digitale Leistungen auch im Fall der Auflösung vorsieht, dass **kein Benutzungsentgelt** zu zahlen ist, sollte dies auch in § 15 Abs 3 VGG für den Kauf von Waren explizit verankert werden. **Insbesondere in Hinblick auf Waren mit digitalen Inhalten** ist keine sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung ersichtlich.

Nach § 15 Abs. 3 VGG hat der Verbraucher nach Auflösung des Vertrags dem Unternehmer die Ware auf dessen Kosten zurückzugeben. Nach Ansicht der BAK sollte klargestellt werden, dass hier neben den Kosten für den Rücktransport auch **frustrierte Ein- und Ausbaurkosten** zu verstehen sind. Derart ließe sich auch ein nach dem derzeitigen Entwurf bestehender Wertungswiderspruch zu § 13 Abs. 3 VGG auflösen. Ergänzt werden sollte auch, dass die Gefahrtragung für den Rücktransport (wie in § 7b S 1 KSchG) beim Unternehmer liegt, indiziert wird dieses Verständnis auch dadurch, dass nach § 15 Abs. 3 S 2 eine Rückzahlung durch den Unternehmer bereits nach Erhalt des Nachweises über die Rücksendung erfolgen muss. Einen weiteren Punkt im Hinblick auf eine möglichst einheitliche Umsetzung der Richtlinien im Gleichklang mit dem Rücktrittsregime des FAGG stellt die zu ergänzende Aufnahme der in § 26 Abs. 1 und 2 VGG für digitale Leistungen vorgesehenen Rückzahlungsmodalitäten in § 15 Abs. 3 VGG für den Bereich des Warenkaufs dar: Eine **Rückzahlung** muss demnach nach Erhalt der Ware bzw. des Nachweises über die Rücksendung **kostenfrei und unverzüglich, spätestens jedoch binnen 14 Tagen unter Verwendung desselben Zahlungsmittels** geleistet werden.

Auch sollte die Wortfolge in § 15 Abs. 3 VGG („den für die Ware gezahlten Preis“) an die weitere Formulierung des § 24 Abs 1 VGG bei einer Vertragsauflösung bei digitalen Leistungen („die aufgrund des Vertrags geleisteten Zahlungen“) angeglichen werden.

Damit wäre sichergestellt, dass Verbraucherinnen im Falle einer Vertragsauflösung zu auch **Lieferkosten** erstattet erhalten – dies entspricht auch der Regelung des § 14 Abs. 1 FAGG. Eine Abstimmung mit dem FAGG erscheint auch unter dem Gesichtspunkt sachgerecht, dass andernfalls Verbraucherinnen im Fall einer hier vom Unternehmer zu vertretenden Vertragswidrigkeit schlechter gestellt wären als im Fall des rechtsgrundlos möglichen Rücktritts im Fernabsatz.

---

<sup>17</sup> *Stabentheiner*, Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling/Jud* (Hrsg), 1 (29), gleichlautend *Koch*, Das System der Rechtsbehelfe ebendort, 157 (193f).

### § 16 Abs. 2 – Paketverträge

Paketverträge sehen neben der Bereitstellung von digitalen Leistungen auch die Erbringung anderer Dienstleistungen oder die Leistung von Waren vor. In § 16 Abs. 2 VGG findet sich nun teilweise der Digitale Inhalte und Dienstleistungen-RL entsprechende Regelung dieser Verträge – die Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Leistungsänderungsregelungen bei digitalen Leistungen nach dem VGG betreffen nur die digitalen Leistungen umfassenden Teile des Vertrages. Offen bleibt, wie sich die Beendigung eines Vertragsteils auf den restlichen Vertrag auswirkt, dies bleibt einer Regelung durch die Mitgliedstaaten überlassen.

Nach Ansicht der BAK sollte in diesem Fall für die anderen Teile des Pakets eine **weitgehende Auflösungsmöglichkeit** eingeräumt werden. Diese sollte dem Verbraucher zumindest dann zustehen, wenn von ihm analog zu § 15 Abs. 2 2.S vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, die anderen Bestandteile zu behalten.

### § 18 VGG – Gewährleistungsumfang und Gewährleistungsfrist

Art 11 Abs. 2 USA 2 DIDL-RL sieht bei einmaliger oder mehrmals einzelner Bereitstellung der digitalen Leistung eine Mindestfrist von zwei Jahren vor, wobei sogar eine **unbegrenzte Frist** möglich wäre. In Zusammenhang mit der Umsetzung dieser Bestimmung in § 18 wäre daher aus Verbrauchersicht eine über die 2jährige Mindestfrist hinausgehende Gewährleistungsfrist wünschenswert – die BAK schlägt in diesem Zusammenhang eine **5-jährige Frist** vor.

### § 19 VGG – Vermutung bei Hervorkommen eines Mangels; Beweislast

Abs. 4 sieht eine Mitwirkungsobliegenheit des Verbrauchers zur Prüfung der Frage, ob ein als Mangel erscheinender Fehler bei der Nutzung der digitalen Leistung von der digitalen Umgebung des Verbrauchers verursacht wird, vor. Eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit durch den Verbraucher hat zur Folge, dass die Vermutungs- und Beweislastumkehrregeln des Abs. 1 und 2 nicht zum Tragen kommen und die Beweislast für das Vorliegen des Mangels zum relevanten Zeitpunkt den Verbraucher trifft. Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass der Verbraucher vom Unternehmer vor Vertragsabschluss klar und verständlich über diese Mitwirkungsobliegenheit informiert wurde.

Hier sollte in den Erläuterungen eine **Auslegung im Sinne der jeweils subjektiven Möglichkeiten der Verbraucherinnen** sichergestellt werden (Art. 12 Abs. 5 DIDL-RL – *Der Verbraucher arbeitet mit dem Unternehmer zusammen soweit dies vernünftigerweise notwendig und möglich ist*) – technisch weniger versierte, vulnerable Verbrauchergruppen (via ältere Menschen) wären andernfalls durch den drohenden Verlust der Beweislastumkehr (zur daraus folgenden Problematik siehe oben) unmäßig belastet.

### § 21 VGG – Herstellung des mangelfreien Zustands

In Bezug auf die Kosten der Mangelerhebung sowie auf das Erfordernis einer unverzüglichen Herstellung des mangelfreien Zustands verweist die BAK auf den § 13 VGG.

### § 27 VGG – Änderung der digitalen Leistung

§ 27 sieht - Art 19 der DIDL-RL entsprechend – bei Verträgen zur fortlaufenden Bereitstellung von digitalen Leistungen ein einseitiges Änderungsrecht des Unternehmers vor. § 27 Abs. 1 Z 1 legt fest, dass die Änderung im Vertrag vorgesehen sein muss und bindet sie an das Vorliegen eines „triftigen Grundes“.

Da diese vertraglich vorzusehende Änderungsmöglichkeit regelmäßig in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) erfolgen wird, ist anzumerken, dass diese ergänzend zu den Voraussetzungen des § 27 VGG einer **AGB-Kontrolle** (zu betreffend die Transparenz der Bestimmung in Hinblick auf Art und Umfang der Änderung) unterworfen ist.

### **Vorzeitiges Kündigungsrecht bei Langzeitverträgen**

Ein Kündigungsrecht bei längerfristigen Verträgen wurde in die DIDL-RL letztlich mangels eines tauglichen Kompromisses in Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung nicht aufgenommen<sup>18</sup>, eine derartige Regelung kann aber nach Art 3 Abs. 10 sowie Erwägt 12 der DIDL-RL von den Mitgliedstaaten getroffen werden und wäre auch ein **sinnvolles Gegengewicht zum einseitigen Änderungsrecht des Unternehmers**, welches lediglich bei nicht nur geringfügigen Beeinträchtigungen durch die Änderungen ein Recht des Verbrauchers auf Vertragsauflösung vorsieht (s.o. zu § 27)<sup>19</sup>.

Die BAK spricht sich daher für die Normierung eines allgemeinen vorzeitigen Kündigungsrechts bei Verträgen über digitale Leistungen mit einer **Laufzeit von über 12 Monaten** aus – als Zusatz zu der grundsätzlichen Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund sowie der ordentlichen Kündbarkeit von unbefristeten Dauerschuldverhältnissen.

### **§ 28 VGG – Verjährung**

Das Regelungskonzept einer an den Ablauf der Gewährleistungsfrist anschließenden Verjährungsfrist zur gerichtlichen Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs stellt eine große Erleichterung für Verbraucherinnen dar und wird von der BAK dementsprechend begrüßt. Um diesen Zweck zu erfüllen, muss die Verjährungsfrist jedoch auch in entsprechender Länge ausgestaltet sein – dies spielt insbesondere bei Mängeln, die zu Ende der Gewährleistungsfrist hervorkommen, eine entscheidende Rolle.

Die Beratungserfahrung der BAK zeigt, dass Verbraucherinnen zuallererst um eine außergerichtliche Einigung mit dem gewährleistungspflichtigen Unternehmen bemüht sind, was oftmals mehrere Wochen in Anspruch nimmt. Bei Erfolglosigkeit ist der nächste Schritt regelmäßig die (außergerichtliche) Intervention einer Konsumentenorganisation. Auch diese nimmt üblicherweise einige Wochen Zeit in Anspruch und führt vielfach auch zu einer Einigung zwischen VerbraucherInnen und Unternehmen.

In Fällen, in denen die Gewährleistung jedoch anschließend verwehrt wird, sollte ein ausdauerndes Bemühen um eine außergerichtliche Einigung mit Unternehmen bei Mängeln zu Ende der Gewährleistungsfrist nicht zum zeitlichen Nachteil werden.

Um anschließend eine – für rechtlich unerfahrene VerbraucherInnen ohnehin grundsätzlich immer eine herausfordernde Entscheidung darstellende – Prozessführung abzuwägen, bedarf es nämlich darüber hinaus noch weiterer zeitintensiver Schritte (zB weiterführende Beratung durch Verbraucherschutzinstitutionen, Suche nach bzw Beratung durch RechtsanwältInnen in Hinblick auf das im Gewährleistungsrecht im Verhältnis zum Streitwert typischerweise hohe Prozesskostenrisiko, Korrespondenz mit etwaigen Rechtsschutzversicherungen, Überlegung möglicher Verfahrensdauern in Zusammenhang mit persönlichen und zeitlichen Ressourcen usw).

In diesem Zusammenhang erscheint nach der Erfahrung der BAK als sowohl beratende als auch verfahrensführende Konsumentenschutzorganisation die ursprünglich vorgesehene Ver-

<sup>18</sup> Stabentheiner in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling/Jud (Hrsg), 1 (30f).

<sup>19</sup> Kodek/Leupold, 93.

jährungsfrist von **6 Monaten als noch ausreichend** – auch wenn aus Sicht der BAK eine entsprechend längere Frist<sup>20</sup> natürlich zu bevorzugen wäre.

Hinsichtlich **Rechtsmängeln** wird das Konzept des § 933 Abs 1 Satz 2 ABGB in die Regelungen des VGG (§§ 10 Abs 3, 18 Abs 1 und 2 sowie hier) übernommen, was aus Sicht der BAK sehr positiv zu bewerten ist. Hiernach knüpft der Beginn des Fristenlaufs (der Verjährung) an das Bekanntwerden des Mangels an.

## **ABGB**

### **§ 923 ABGB - Aktualisierungspflicht**

Die hier vorgesehene Erstreckung der Aktualisierungspflicht bei Waren mit digitalen Elementen und digitalen Leistungen (vgl § 7 VGG) wird als sachgerechte Maßnahme von der BAK begrüßt.

### **§ 932 ABGB – Rechte aus der Gewährleistung**

Im neuen Abs 3 wird nun die Kostenlosigkeit der Gewährleistungsansprüche der ersten Stufe (Verbesserung, Austausch) bei gleichzeitigem Entfall des § 8 Abs 3 KSchG vorgesehen. Hier müsste aus Sicht der BAK jedoch spezifiziert werden, dass – **wie bisher in § 8 Abs 3 KSchG vorgesehen – hierunter auch Versand-, Arbeits- und Materialkosten zu verstehen sind.**

### **§ 933 ABGB – Gewährleistungsfrist; Verjährung**

Abs 3 legt jetzt ebenso wie § 27 VGG eine zusätzlich zur Gewährleistungsfrist bestehende Verjährungsfrist fest. Die BAK begrüßt eine diesbezügliche Einheitlichkeit und verweist auf die Ausführungen zu § 27 VGG.

### **§ 933b ABGB**

Grundsätzlich sind erweiterte Regressmöglichkeiten aus Verbrauchersicht begrüßenswert, da diese die Bereitschaft der VerkäuferInnen erhöhen, Gewährleistungspflichten entsprechend nachzukommen.

Im Fall des Abs 2 muss jedoch angenommen werden, dass es im Fall einer Verbesserung/eines Austauschs gegenüber VerbraucherInnen schon allein dadurch zu einer Verzögerung kommen wird, dass eine weitere Person (der Vormann des Übergebers) in die Kommunikation mit einbezogen werden muss. Umso mehr ist zur Vermeidung weiterer Verzögerungen zu Lasten der VerbraucherInnen das Erfordernis einer **unverzüglichen (siehe §§ 13, 21 VGG) Vornahme der Verbesserung/des Austausches gegenüber VerbraucherInnen** zu wiederholen. Eine effektive **Direkthaftung des Herstellers** (siehe oben) gegenüber dem Verbraucher würde ergänzend Abhilfe schaffen und durch Vermeidung von Regressen entlang der Lieferkette zu einer maßgeblichen Entlastung des Handels führen.

## **KSchG**

### **§ 8 KSchG - Erfüllungsort**

Die Beibehaltung des § 8 Abs 1 KSchG, der den Erfüllungsort bei Verbesserung oder Austausch regelt, wird begrüßt.

### **§ 9a KSchG – Vertragliche Garantien**

---

<sup>20</sup> Vgl hierzu die in *Kodek/Leupold*, 47 vorgeschlagene gängige 3-jährige Verjährungsfrist.

Die Begriffe Garantie und Gewährleistung werden oft vermischt verwendet und den meisten VerbraucherInnen ist nicht bewusst, dass es sich hierbei um voneinander unabhängige Rechtsinstitute handelt. Diese Verschleierungsproblematik wurde bisher in § 9b Abs 3 KSchG und nun im neukonzipierten § 9a Abs 3 mit der Formulierung „*Sie [die Garantieerklärung] muss auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinweisen, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt wird*“ (in Artikel 6 Abs 1 Ua 1 der Verbrauchsgüterkauf-RL lautete die Formulierung „[...] dass diese Rechte von der Garantie nicht berührt werden“) abgebildet.

Die BAK schlägt nun vor, diese Formulierung angelehnt an den Wortlaut des Erwägungsgrunds 62 der Warenkauf-RL zu vereinfachen: „*Sie [die Garantieerklärung] muss auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinweisen, dass die Garantie eine Verpflichtung darstellt, die zusätzlich zur gesetzlichen Gewährleistung besteht*“. Aus Verbrauchersicht könnte hierdurch für größere Klarheit gesorgt werden, da anzunehmen ist, dass der Gesetzestext in vielen Fällen (wörtlich) in die jeweiligen Garantieerklärungen einfließen wird.

Weiters sollte aus den historischen Erläuterungen zu § 9b KSchG übernommen werden<sup>21</sup>, **dass eine Garantie dem Verbraucher ein Plus zur gesetzlichen Gewährleistung bieten muss** (zB Herstellerhaftung, Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen). Aus Sicht der BAK würde sohin eine Garantie nur insoweit Gültigkeit erlangen, als sie dem Verbraucher mehr Rechte einräumt als die gesetzliche Gewährleistung. Eine „Garantie“, die im Vergleich zur gesetzlichen Gewährleistung ein Minus bedeutet, kann somit auf Grund der Tatsache, dass das Gewährleistungsrecht gegenüber VerbraucherInnen zwingendes Recht ist, keine Bedeutung haben.<sup>22</sup>

### § 28a KSchG - Verbandsklagsbefugnis

Die Ergänzung des § 28a Abs 1 KSchG um die neu normierten Verzugsregelungen sowie um die Bereitstellung digitaler Leistungen wird seitens der BAK grundsätzlich ausdrücklich begrüßt. Damit ist unter anderem sichergestellt, dass im Bereich der Gewährleistung und Garantie künftig nicht nur bei beweglichen körperlichen Sachen Verbandsklagen geführt werden können, sondern auch bei digitalen Leistungen.

Bezugnehmend auf die zu § 1 VGG ausgeführte Forderung nach einer möglichst erstreckenden Umsetzung auf sämtliche Vertragstypen im digitalen und analogen Bereich (zB unbewegliche Sachen, Bestandverträge), sollte aus Sicht der BAK korrespondierend auch in § 28a Abs 1 KSchG eine entsprechende Erstreckung vorgesehen sein.

Aufgrund des engen Zusammenhangs der Richtlinien (va der Digitale Inhalte und Dienstleistungen-RL) mit der DSGVO sollten weiters datenschutzrechtliche Bestimmungen in die Liste des § 28 Abs 1 eingefügt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorliegende Gesetzesentwurf in wesentlichen Punkten leider nicht der **dringend notwendigen zukunftsweisenden und mutigen Beseitigung von Rechtsschutzdefiziten** entspricht – dies trotz der diesbezüglich überzeugenden Beiträge aus der Wissenschaft.

Die BAK bedauert in diesem Zusammenhang auch, dass eine Publikation zweier sehr renommierter RechtswissenschaftlerInnen, die sich *ausschließlich* mit Umsetzungsoptionen und Auslegung der hier gegenständlichen Richtlinien beschäftigt, in die in den Erläuterungen dar-

<sup>21</sup> ErlRV 422 BlgNR XXI. GP, 25.

<sup>22</sup> Krejci in Rummel ABGB3 § 9b KSchG Rz 3 (Stand 1.1.2002, rdb.at)

gelegten Überlegungen bzw das dort angeführte Schrifttum keinen Eingang gefunden hat: *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU – ausgewählte Auslegungsfragen und Umsetzungsoptionen (2019).

Abschließend plädiert die BAK neuerlich für eine **Wahrnehmung der sich mit diesem Umsetzungsvorhaben bietenden Chancen im Sinne eines möglichst hohen und Nachhaltigkeitsanliegen geschuldeten Konsumentenschutzniveaus** und ersucht um Berücksichtigung ihrer Anliegen und Anregungen.

