

Vorblatt

Problem

Die beiden gewährleistungsrechtlichen Richtlinien, nämlich die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019 S. 1 („Digitale-Inhalte-Richtlinie“), und die Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019 S. 28 („Warenkauf-Richtlinie“), sind bis zum 1. Juli 2021 in das österreichische Recht umzusetzen. Die Umsetzungsvorschriften sind sodann ab Jahresbeginn 2022 anzuwenden. Die zweitgenannte Richtlinie ersetzt die frühere Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG, die in Österreich durch das mit Jahresbeginn 2002 in Kraft getretene Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG), BGBl. I Nr. 48/2001, umgesetzt wurde. Die erstgenannte Richtlinie, die sich mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen befasst, hat weder im Unionsrecht noch im österreichischen Recht einen unmittelbaren Vorläufer. Die beiden Richtlinien folgen grundsätzlich dem Konzept der Vollharmonisierung, doch bieten sie den Mitgliedstaaten durch Regelungsoptionen und gewisse Ausnahmemöglichkeiten durchaus weite Spielräume. In den inhaltlichen und systematischen Regelungsansätzen schreiben die beiden Richtlinien im Grundsatz das gewährleistungsrechtliche Konzept fort, das bereits aus der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bekannt ist; das betrifft im Besonderen das abgestufte System der Gewährleistungsbehelfe. In zahlreichen Detailfragen bringen die beiden Richtlinien jedoch markante Neuerungen mit sich; hier seien etwa die nunmehrige Erfassung auch von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen, die neue Kategorie der Waren mit digitalen Elementen mit der dafür vorgesehenen Aktualisierungspflicht, die Neuregelung zur objektiven Vertragskonformität oder die Verlängerung der Vermutungsfrist für die Beweislastumkehr auf ein oder zwei Jahre genannt.

Für die Umsetzung stellen sich rechtstechnische und rechtspolitische Herausforderungen. Die recht komplexen, zuweilen nicht leicht verständlichen und nicht durchgängig miteinander abgestimmten Vorgaben der beiden Richtlinien sollen möglichst einheitlich, möglichst klar und nachvollziehbar und möglichst harmonisch eingebettet in den umgebenden Rechtsbestand umgesetzt werden. Inhaltlich gilt es, einerseits den ambitionierten Zielen der Richtlinien zur Verbesserung des Verbraucherschutzes gerecht zu werden, andererseits aber Wettbewerbsnachteile für österreichische Unternehmen, die durch die derzeitige Krisensituation ohnehin belastet sind, durch eine inselhafte Übererfüllung zu vermeiden. Überdies soll der Rückgriff in der Vertragskette gegenüber der derzeitigen Rechtslage verbessert werden.

Ziele und Inhalte des Entwurfs

Die Regelungsinhalte der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkauf-Richtlinie sollen der besseren Übersicht und der besseren Systematik wegen zusammengefasst in einem einheitlichen, systematisch aufgebauten und gegliederten Gesetz, nämlich dem Verbrauchergewährleistungsgesetz, umgesetzt werden. Ergänzend dazu sind auch gewisse Änderungen im Konsumentenschutzgesetz vorzunehmen. Das allgemeine Gewährleistungsrecht des ABGB soll zwar größtenteils und vor allem in seinem Kern unangetastet bleiben; gewisse Anpassungen sind aber zur Sicherstellung eines harmonischen Verhältnisses mit dem Verbrauchergewährleistungsgesetz auch hier vonnöten; das betrifft den terminologischen Gleichklang ebenso wie etwa Fragen der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe oder des Zusammenspiels von Gewährleistungsfrist und Verjährung sowie die gewährleistungsrechtliche Aktualisierungspflicht des Unternehmers bei Waren mit digitalen Elementen und bei digitalen Leistungen. Und durch einen inhaltlichen Ausbau der bereits bestehenden Rückgriffsregelung soll die Wirksamkeit dieses Rechtsinstruments im praktischen Rechtsleben deutlich gesteigert werden. All diese Regelungsmodule sollen in einem übergreifenden Gesetzeswerk, nämlich dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, zusammengefasst werden.

Alternativen

Zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie sowie des Regierungsprogramms gibt es keine Alternative.

Auswirkungen des Regelungsvorhabens

- Finanzielle Auswirkungen

Die öffentlichen Haushalte werden durch das Vorhaben nicht belastet. Auch ist daraus keine Mehrbelastung der Gerichte zu erwarten.

- Wirtschaftspolitische Auswirkungen

-- Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich

Die vorgeschlagenen Regelungen werden keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich haben.

-- Auswirkungen auf die Verwaltungskosten für Bürgerinnen und Bürger sowie für Unternehmen

Da im Allgemeinen die gewährleistungsrechtlichen Pflichten von Unternehmen durch den Entwurf gegenüber der bisherigen, durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geprägten Rechtslage ihrer Substanz nach nicht markant erweitert werden, sondern das Gewährleistungsrecht in seinen systematischen und dogmatischen Grundpfeilern unverändert bleibt, werden sich aus der Neuregelung für Unternehmen keine besonders ins Gewicht fallenden Mehrkosten ergeben.

Für Bürgerinnen und Bürger enthält der Entwurf gegenüber der bisherigen Rechtslage keine zusätzlichen Verpflichtungen.

- Auswirkungen in umweltpolitischer Hinsicht, insbesondere Klimaverträglichkeit

Keine

- Auswirkungen in konsumentenschutzpolitischer und sozialer Hinsicht

Durch die vorgeschlagenen Regelungen wird das Verbraucherschutzniveau im fraglichen Bereich insgesamt verbessert.

- Geschlechtsspezifische Auswirkungen

Keine.

Aspekte der Deregulierung

Keine.

Verhältnis zu den Rechtsvorschriften der Europäischen Union

Die vorgeschlagenen Regelungen dienen der innerstaatlichen Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 und der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 und sind somit unionsrechtskonform.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Keine.

Kompetenzgrundlage

Die Kompetenz des Bundes zur Erlassung dieses Bundesgesetzes gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

Allgemeiner Teil

A. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie und die Warenkauf-Richtlinie

Im Mai 2019 verabschiedeten die europäischen Gesetzgebungsorgane nach jahrelangen – unter anderem auch während der österreichischen Ratspräsidentschaft geführten – Verhandlungen in erster Lesung die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019 S. 1, sowie die Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019 S. 28. Gemeinsam können die beiden Richtlinien als **Neuordnung des europäischen Gewährleistungsrechts** in Nachfolge der zwei Jahrzehnte zuvor geschaffenen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG bezeichnet werden. Dabei ist die Warenkauf-Richtlinie die unmittelbare Nachfolgerin der bisherigen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ersetzt diese zur Gänze. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hingegen tritt in ihrem sachlichen Anwendungsbereich Neuland; sie befasst sich nämlich mit einem Leistungsangebot, das seit der Jahrtausendwende im Geschäftsleben zusehends vielfältiger und wichtiger geworden ist und in Zukunft an Bedeutung noch erheblich gewinnen wird, das aber bisher vom europäischen Gewährleistungsrecht nicht erfasst war, nämlich mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen.

Ein wesentlicher Unterschied des neuen Regulativs gegenüber dem früheren Richtlinienrecht liegt darin, dass es sich dabei um **grundsätzlich vollharmonisierende Vorschriften** handelt, die also den Mitgliedstaaten im Ausmaß der Vollharmonisierung inhaltlich keine Regelungsspielräume mehr belassen, dies auch nicht etwa in die Richtung, in den von den Richtlinien behandelten Regelungsfragen innerstaatlich ein höheres Verbraucherschutzniveau vorzusehen, als dies unionsrechtlich vorgegeben ist. Das Vollharmonisierungsprinzip, dem die beiden Richtlinien verschrieben sind, wird in ihnen allerdings durch die Einräumung zahlreicher fakultativer Umsetzungsmöglichkeiten und Regelungsoptionen durchbrochen, durch die den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung doch einige Gestaltungsbefugnisse eingeräumt werden. Ob man bei der innerstaatlichen Umsetzung der Richtlinien von diesen Spielräumen Gebrauch macht und bejahendenfalls in welche Richtung, ist seltener eine sachliche, allein aus den Gegebenheiten des jeweiligen Regelungszusammenhangs heraus zu lösende Frage, sondern ist zumeist – zumindest auch – von politischen Entscheidungen abhängig. Von welchen Überlegungen zur Wahrnehmung der eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten die Konzeption des vorliegenden Entwurfs getragen ist, wird im nachfolgenden Abschnitt C beleuchtet.

In den inhaltlichen und systematischen Regelungsansätzen schreiben die beiden Richtlinien im Grundsatz das **gewährleistungsrechtliche Konzept** fort, das bereits aus der **Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie** bekannt ist; das betrifft im Besonderen das abgestufte System der Gewährleistungsbehelfe. In zahlreichen Detailfragen bringen die beiden Richtlinien jedoch markante Neuerungen mit sich; hier seien etwa die nunmehrige Erfassung auch von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen, die neue Kategorie der Waren mit digitalen Elementen mit der dafür vorgesehenen Aktualisierungspflicht, die Neuregelung zur objektiven Vertragskonformität oder die Verlängerung der Vermutungsfrist für die Beweislastumkehr auf ein oder zwei Jahre genannt.

Die beiden Richtlinien sind bis zum 1. Juli 2021 in das österreichische Recht umzusetzen. Die Umsetzungsvorschriften sind sodann ab Jahresbeginn 2022 anzuwenden.

Im Weiteren wird die Richtlinie (EU) 2019/770 immer als „**Digitale-Inhalte-Richtlinie**“ bezeichnet und mit „**DIRL**“ abgekürzt.

Die Richtlinie (EU) 2019/771 wird immer als „**Warenkauf-Richtlinie**“ bezeichnet und mit „**WKRL**“ abgekürzt.

B. Grundsätzliche Überlegungen zur Umsetzung der beiden Richtlinien

1. Zum Regelungsort

Bei der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs stellte sich zuerst die Frage, welcher Regelungsort für die Umsetzung gewählt werden sollte; und damit verbunden waren auch Fragen der Regelungskonzeption zu beantworten.

Dabei wurde zunächst **geprüft, ob** die beiden Richtlinien – ebenso wie seinerzeit die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – schwerpunktmäßig oder allenfalls sogar zum allergrößten Teil **im ABGB** umgesetzt werden könnten, was eine Anwendbarkeit der Umsetzungsbestimmungen auch außerhalb eines Unternehmer-

Verbraucher-Verhältnisses zur Folge hätte. Aus formalen und inhaltlichen Überlegungen wurde dieser Weg jedoch nicht beschritten. Zum einen würden die sehr umfangreichen Regelungen der beiden Richtlinien – schon auf Grund ihrer Komplexität und Technikbezogenheit – im Umkreis der geltenden Bestimmungen zum allgemeinen Vertragsrecht wohl als ein **Fremdkörper**, ja geradezu als „Kulturbruch“ empfunden. Zum anderen muss auch in Zweifel gezogen werden, ob die großteils sehr verbraucherfreundlichen Anordnungen der beiden Richtlinien auch als allgemeingültige Regelungen zwischen zwei egalitären, annähernd über die gleiche „Vertragsmacht“ verfügenden Vertragspartnern adäquat wären. Wäre es beispielsweise sachgerecht, auch bei einem Kaufvertrag zwischen zwei Unternehmern eine gewährleistungsrechtliche Beweislastumkehr mit einer Vermutungsfrist von einem Jahr vorzusehen? Oder ist – um ein anderes Beispiel zu nennen – das Regelungskonzept der Richtlinien mit ihrer Parallelität von subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragskonformität und einer Abweichung von den objektiven Kriterien nur durch eine qualifizierte Vereinbarung dazu geeignet, auch außerhalb eines Unternehmer-Verbraucher-Verhältnisses zwischen zwei ebenbürtigen Partnern als gesetzliches Modell statuiert zu werden? Das scheint doch sehr fragwürdig zu sein. Weitere Beispiele für Regelungen aus den beiden Richtlinien, die für das allgemeine Zivilrecht **nicht passend** wären, ließen sich anfügen.

Eine weitere Möglichkeit läge darin, die Umsetzungsbestimmungen zu den beiden Richtlinien **in das Konsumentenschutzgesetz einzufügen**. Hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs und der grundsätzlichen Regelungskonzeption für Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmern und Verbrauchern wären sie hier zwar an der richtigen Stelle, doch würde auch eine solche Vorgangsweise zu Problemen führen. Zum einen bietet nämlich das Konsumentenschutzgesetz trotz seiner heutigen, durch verschiedene unionsrechtlich bedingte „Auslagerungen“ bewirkten Lückenhaftigkeit letztlich zu wenig Platz, um sämtliche Bestimmungen aus beiden Richtlinien geordnet und zusammengefasst aufzunehmen. Immerhin umfassen beide Richtlinien jeweils 27 Artikel, von denen zwar nicht sämtliche einen Umsetzungsbedarf mit sich bringen, die aber zum Teil sehr umfanglich sind, sodass ihre Zerlegung in mehrere Einzelbestimmungen sinnvoll erscheint. Selbst bei einer Zusammenfassung korrespondierender Bestimmungen aus den beiden Richtlinien – dazu noch Näheres unten – verbliebe **zu viel „Material“**, um es an ein und derselben Stelle ins Konsumentenschutzgesetz einzufügen. Und eine Aufteilung der Umsetzungs Vorschriften in mehrere Gruppen, um diese **an unterschiedlichen Stellen** in das Konsumentenschutzgesetz aufzunehmen, schiene aus systematischen Gründen **nicht ideal**.

Doch gibt es noch einen zweiten Aspekt, der gegen eine „KSchG-Lösung“ spricht: Aus legislatischen Gründen ist es **zweckmäßig**, die **Umsetzungsbestimmungen in verschiedene Abschnitte zu gliedern**, die zunächst einmal dazu dienen sollen, zwischen übergreifenden, für beide Regelungskreise gleichermaßen geltenden Anordnungen einerseits und den – nicht zusammenfassbaren – besonderen Regelungen für digitale Leistungen und für den Warenkauf andererseits zu unterscheiden und dadurch eine **saubere Systematik** zu schaffen. Eine weitere, mindestens ebenso wichtige Funktion dieser Abschnittsbildung besteht darin, die von den beiden Richtlinien **zwingend vorgegebenen Abgrenzungen** und die ebenfalls vollharmonisierten Regelungen zu ihrem **jeweiligen Anwendungsbereich** konsistent und legislatischen Standards entsprechend **umzusetzen**. Gemeint sind hier vor allem die Abgrenzungsregelungen in Art. 3 Abs. 4 DURL und in Art. 3 Abs. 3 WKRL samt den darin enthaltenen Zweifelsregeln sowie die Bestimmungen über ein „Paket“ von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen einerseits und anderen Dienstleistungen oder Waren andererseits in Art. 3 Abs. 6 DURL; hinzu kommen noch die Anwendungsregeln für körperliche Datenträger (Art. 3 Abs. 3 DURL; Art. 3 Abs. 4 lit. a WKRL). Nun würden aber schon die Umsetzungsbestimmungen zu den beiden Richtlinien als solche einen eigenen Abschnitt im I. Hauptstück des Konsumentenschutzgesetzes bilden, sodass man für eine weitere Untergliederung Unterabschnitte schaffen müsste. Das wäre nicht nur eine systematisch fragwürdige Novität im Konsumentenschutzgesetz, sondern wäre letztlich auch der Übersichtlichkeit des Gesetzes nicht zuträglich.

Aus all diesen Gründen wurde entschieden, die beiden Richtlinien in **einem eigenen, neuen Gesetz umzusetzen**, nämlich dem **Verbrauchergewährleistungsgesetz**. Damit wird der Weg weiter beschritten, der bereits bei früheren Richtlinientransformationen im Bereich des Verbraucherschutzes eingeschlagen wurde; man denke hier nur an das Verbraucherkreditgesetz, an das Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz, an das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz sowie zuletzt an das Pauschalreisegesetz.

2. Der Aufbau und die wesentlichen Inhalte des neuen Verbrauchergewährleistungsgesetzes

Das neue Verbrauchergewährleistungsgesetz (im Langtitel „Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen“, abgekürzt „VGG“) bietet – wie oben bereits umfassend ausgeführt – die Möglichkeit einer **systematischen und geordneten Umsetzung sowohl der Digitale-Inhalte-Richtlinie als auch der Warenkauf-Richtlinie**. Es ist in **vier Abschnitte** gegliedert,

nämlich in einen 1. Abschnitt mit allgemeinen Bestimmungen, einen 2. und 3. Abschnitt jeweils mit den Sonderbestimmungen für den Warenkauf und für digitale Leistungen sowie in einen abschließenden 4. Abschnitt mit den Verjährungs- und Schlussbestimmungen.

Der **1. Abschnitt** enthält nicht nur die Regelungen über den Geltungsbereich, die Begriffsbestimmungen und die Anordnung über den zwingenden Charakter der Vorschrift, sondern es werden darin auch die Vorgaben aus beiden Richtlinien zu allen Fragen der Vertragskonformität zusammengeführt, weil in diesem Bereich die Inhalte der beiden Richtlinien große Parallelen aufweisen und sich daher für eine übergreifende Zusammenführung eignen.

Anderes gilt jedoch für die jeweiligen Richtlinienvorgaben zu den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung – also zu den Fristen sowie zur Beweislastumkehr – und zu den einzelnen Gewährleistungsbehelfen; hier sind die Divergenzen zwischen den beiden Richtlinien doch zu groß, als dass sinnvoll eine Vereinheitlichung unternommen werden könnte. Hinzu kommt, dass es in diesem Themenfeld in jeder Richtlinie Vorgaben gibt, die in der jeweils anderen keine Entsprechung haben; die prominentesten Beispiele dafür sind die Rückabwicklungsregelungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie deren Vorgaben über die Änderung der digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen. Auf Seiten der Warenkauf-Richtlinie wäre hier an die zahlreichen Sonderregelungen über Waren mit digitalen Elementen oder an die Vorgabe über das Zurückbehaltungsrecht des Verbrauchers zu denken (die allerdings in Österreich keiner gesonderten Umsetzung bedarf) sowie an die Bestimmungen über die Garantie (die allerdings in Österreich weiterhin im KSchG belassen werden können). Die Umsetzung dieser jeweils spezifischen Richtlinienvorgaben geschieht daher getrennt im **2. Abschnitt** für die Warenkauf-Richtlinie und im **3. Abschnitt** für die Digitale-Inhalte-Richtlinie.

Die abschließenden Bestimmungen über das Inkrafttreten, über das Übergangsrecht und die Vollziehung sowie die aus noch zu erörternden Gründen hinzugefügten Regelungen über die Verjährung sind sodann wieder einer Vereinheitlichung zugänglich und werden daher gemeinsam für beide Richtlinien im **4. Abschnitt** des VGG vorgesehen.

3. Die Neuerungen im ABGB und im KSchG

Doch kann es allein mit dem Verbrauchergewährleistungsgesetz nicht sein Bewenden haben. Denn ergänzend dazu sind auch noch **Änderungen im Konsumentenschutzgesetz** vonnöten. Und auch im **Gewährleistungsrecht des ABGB** müssen parallel zum Verbrauchergewährleistungsgesetz **einige Änderungen** vorgenommen werden. Das betrifft die von den Richtlinien vorgegebene Formfreiheit der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe (im Gegensatz zum Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung im bisherigen österreichischen Recht) sowie eine konstruktive Frage, die im allgemeinen Gewährleistungsrecht nicht anders gelöst werden sollte als im Verbrauchergewährleistungsrecht, nämlich die auf Grund der Richtlinienvorgaben naheliegende Konstruktion der Dauer des Gewährleistungsrechts als (echte) Gewährleistungsfrist, kombiniert mit einer geringfügig längeren Verjährungsfrist zur Ermöglichung einer gerichtlichen Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe für den Fall der Verweigerung durch den Gewährleistungspflichtigen. Hinzu kommen gewisse Anpassungen und Ergänzungen, wie etwa die Ersetzung des nun – im Hinblick auf die neue Form der Geltendmachung – nicht mehr passenden Begriffs der „Wandlung“ durch den Begriff der „Auflösung des Vertrags“ oder die Anfügung einer Regelung über die Tragung der Kosten von Austausch und Verbesserung. Über dieses „Mindestprogramm“ hinaus wird zudem die Rückgriffsregelung des § 933b ABGB ausgebaut und dadurch effizienter gestaltet.

Das Verbrauchergewährleistungsgesetz wird gemeinsam mit den Änderungen dieser beiden weiteren Vorschriften in einem Sammelgesetz zusammengefasst, das – dem Beispiel des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes folgend – als **„Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz“** (abgekürzt: GRUG) bezeichnet wird. Die soeben genannte Abkürzung „GRUG“ wurde als solche bisher vom österreichischen Gesetzgeber noch nicht verwendet und kann daher verwechslungsfrei herangezogen werden. Zwar wurde diese Buchstabenfolge bereits einmal in Kombination mit einer Jahreszahl als Abkürzung gebraucht, nämlich für das „Gesundheitsreformumsetzungsgesetz 2017“, die Buchstabenfolge als solche ist jedoch als Abkürzung neu.

4. Anpassung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes im Zuge der Novellierung dieses Gesetzes

Eine bloße Verweisungsanpassung war im **Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz** vorzunehmen, und zwar zur Berücksichtigung der geänderten Fassung, die die Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (die neue „CPC-Verordnung“) durch Art. 23 Abs. 1 DIRM und Art. 22 Abs. 1 WKRL erhalten

hat. Diese Verweisungsanpassung ist bereits im Zuge der Novellierung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes, BGBl. I Nr. 57/2021, geschehen.

C. Regelungen, die über das von den beiden Richtlinien zwingend Gebotene hinausgehen

1. Ausgangslage und grundsätzliche Überlegungen

Eingangs wurde bereits ausgeführt, dass die beiden Richtlinien trotz ihres grundsätzlich vollharmonisierenden Charakters den Mitgliedstaaten etliche Regelungsspielräume offen lassen, vor allem um einen noch weitergehenden Verbraucherschutz zu gewähren oder um Bestimmungen zur Förderung der Nachhaltigkeit von Produkten beizubehalten oder einzuführen. Für die österreichische Umsetzung war daher zu überlegen, ob und bejahendenfalls bei welchen Regelungsfragen und in welchem Ausmaß von diesen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden sollte. Diese Überlegungen setzten bei der normativen und wirtschaftlichen Ausgangslage an, wie sie sich aktuell darstellt. In der derzeitigen Gesetzgebungsperiode ist zwar ein „Verbot“ eines Goldplatings nicht mehr als Regierungslinie festgeschrieben, doch gilt es gerade in der gegenwärtigen, für die Wirtschaft ohnehin sehr schwierigen Situation, allzu große Mehrbelastungen für Unternehmen durch eine über das Richtlinienprogramm weit hinausreichende Gesetzgebung zu vermeiden.

2. Die dazu erstatteten Vorschläge

Im **Regierungsprogramm** für die aktuelle Gesetzgebungsperiode werden Ziele im Zusammenhang mit der Umsetzung der beiden Gewährleistungsrichtlinien genannt: Im Kapitel „Konsumentenschutz“ des Regierungsprogramms 2020 bis 2024 wird ausgeführt, dass „durch rasche Umsetzung der RL Waren und digitale Inhalte“ die Nachhaltigkeit von Produkten gefördert und Maßnahmen gegen geplante Obsoleszenz (u.a. Haltbarkeit, Reparaturfreundlichkeit) gesetzt werden sollen (Seite 39 des Programms). Und noch ein weiterer Programmpunkt kann in einen Zusammenhang mit dem hier erläuterten Gesetzgebungsprojekt gebracht werden, nämlich die Ankündigung, dass durch eine effektive Umsetzung des europäischen Verbraucherrechts „faire Bedingungen“ hergestellt werden sollten; damit wird erkennbar das Ziel eines noch weiter ausgebauten Konsumentenschutzes angesprochen.

In der Folge wurden von verschiedenen Seiten zahlreiche Vorschläge darüber erstattet, welche gesetzlichen Maßnahmen anlässlich der Umsetzung der beiden Richtlinien über deren obligatorische Vorgaben hinaus getroffen werden sollten, damit den Zielen im Regierungsprogramm zum Durchbruch verholfen werden kann. Schon bei einer im Juni 2019 abgehaltenen **Fachtagung** zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht (auf die später noch zurückzukommen sein wird) legten die Referent*innen und Podiumsdiskutant*innen zu verschiedenen Themenfeldern mehrere Vorschläge für die Umsetzung ins österreichische Recht vor. Und auch im **rechtswissenschaftlichen Schrifttum** sowie in Aussendungen von **Interessenvertretungen** wurden etliche Regelungsideen entwickelt, Anregungen unterbreitet und Forderungen an den Gesetzgeber herangetragen. Sehr konkrete, auch textlich ausgestaltete Regelungsvorschläge wurden schließlich im Rahmen der vom Bundesministerium für Justiz zur Beratung eines ersten Umsetzungsentwurfs einberufenen **Arbeitsgruppe** unterbreitet; mehrere der akademischen Mitglieder dieser Gruppe arbeiteten Teilentwürfe zu verschiedenen Regelungsfragen aus; und zum Teil flankierten sie diese auch mit einschlägigen Beiträgen in rechtswissenschaftlichen Zeitschriften.

Zuletzt wurden in der erwähnten Arbeitsgruppe noch folgende Vorschläge für zusätzliche Regelungen oder weiterreichende Umsetzungsbestimmungen besprochen:

- die – nach der Warenkauf-Richtlinie zulässige – Verlängerung der Vermutungsfrist für die Beweislastumkehr über das Vorliegen eines Mangels bei Übergabe von einem Jahr auf zwei Jahre,
- die Einführung einer vorvertraglichen Informationspflicht des Verkäufers über die Mindesthaltbarkeit von Waren, zumindest bei bestimmten Produktgruppen,
- die Kombination einer kurzen subjektiven Gewährleistungsfrist, beginnend entweder ab Kenntnis oder Erkennbarkeit des Mangels, mit einer längeren absoluten Gewährleistungsfrist von zum Beispiel 10, 15 oder 20 Jahren ab Übergabe,
- alternativ zum vorangegangenen Punkt die Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf zum Beispiel fünf Jahre bei Waren, die nach der Verbrauchererwartung eine längere Lebensdauer aufweisen sollten, allenfalls kombiniert mit einer Regelung über den Beginn der Gewährleistungsfrist erst mit positiver Kenntnis des Mangels bei Waren, bei denen ein Mangel bei gewöhnlichem Gebrauch schwer erkennbar ist,

- der inhaltliche Ausbau der Rückgriffsregelung des § 933b ABGB, etwa durch einen Anspruch des Händlers gegen seinen Vormann auch auf Ersatz des ihm durch die Mangelbehebung entstandenen Aufwands, sowie durch eine Zwingendstellung oder erschwerte Abdingbarkeit der Bestimmung, und
- ein Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller oder Importeur.

3. Die zu diesen Vorschlägen angestellten Erwägungen und deren Ergebnisse

Zu all diesen Vorschlägen wurde das jeweilige Für und Wider umfassend abgewogen und bedacht; das führte zu folgenden Ergebnissen:

3.1. Zur Verlängerung der Vermutungsfrist

Art. 11 Abs. 2 WKRL lässt es zu, bei der Beweislast für das Vorliegen eines Mangels bei Lieferung anstelle einer Vermutungsfrist von einem Jahr eine solche Frist von zwei Jahren ab Lieferung der Waren vorzusehen. Zweifellos würde durch eine solche Maßnahme die Rechtsposition des Verbrauchers massiv verbessert. Doch scheint es doch nicht sachgerecht, von Gesetzes wegen generell davon auszugehen, dass ein Mangel, der bis zu zwei Jahren nach Übergabe auftritt, bereits zum Übergabezeitpunkt vorgelegen wäre, und den Beweis des Gegenteils dem Unternehmer aufzubürden. Ein Zeitraum von zwei Jahren scheint letztlich doch eine zu große Zeitspanne zu sein, um einen gesetzlich typisierten Konnex zwischen einem angelegten Bestehen und dem Auftreten des Mangels vorzusehen. Auch die sowohl im früheren als auch im neuen Unionsrecht eingezogene Abmilderung, dass diese Vermutung nicht zum Tragen komme, wenn sie mit der Art der Waren oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar sei (Art. 11 Abs. 1 WKRL), wäre bei einer Vermutungsfrist von zwei Jahren wohl nicht ausreichend, um nicht sachgerechte Ergebnisse in der Praxis hintanzuhalten. In diesem Zusammenhang darf ja auch nicht übersehen werden, dass schon die von der Warenkauf-Richtlinie zwingend vorgegebene Mindestvermutungsfrist von einem Jahr gegenüber der bisherigen Rechtslage eine ganz deutliche Stärkung des Verbraucherschutzes mit sich bringt, galt doch bisher nur eine solche Frist von sechs Monaten. Eine Verdoppelung der bisherigen Vermutungsfrist scheint bei einer Abwägung, die alle Interessen im Blick behält, derzeit durchaus ausgewogen und ausreichend. Dieser Vorschlag wurde daher nicht umgesetzt.

3.2. Zur Informationspflicht über die Mindesthaltbarkeit von Waren

Die Einführung einer solchen Informationspflicht war im Vorfeld der Erstellung des Gesetzentwurfs zwar erwogen worden, doch wurde davon nach reiflichen Überlegungen wieder Abstand genommen. Denn erstens wäre eine Abgrenzung zwischen jenen Produktgruppen, für die eine solche Informationspflicht gelten sollte, und sonstigen Waren, auf die das nicht zuträfe, kaum sachgerecht zu ziehen. Zweitens wäre letztlich nicht klar, welche Wirkung eine solche Informationspflicht auf die Gewährleistung hätte; denn eine gesetzliche Anordnung des Inhalts, dass jedes Unterschreiten der angegebenen Haltbarkeit bereits als Mangel im gewährleistungsrechtlichen Sinn anzusehen wäre, ginge bei zum Gebrauch bestimmten Waren doch zu weit und würde im Ergebnis häufig zu einer erheblichen Verlängerung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers führen. Drittens würden der Wirtschaft durch eine solche Regelung gravierende Verwaltungskosten angelastet, die ihr gerade in der aktuell durch die Pandemie ohnehin sehr angespannten Situation nicht aufgebürdet werden sollen. Und viertens ist ohnehin zu erwarten, dass der europäische Gesetzgeber im Bereich der Nachhaltigkeit des Warenverkehrs neuerlich aktiv werden wird, weshalb ein nationaler Vorgriff in diese Richtung nicht sinnvoll erscheint. Vielmehr soll in diesem – aus Nachhaltigkeitsgesichtspunkten wichtigen – Punkt die europäische Entwicklung abgewartet werden.

3.3. Zur partiellen Verlängerung der Gewährleistungsfrist bzw. zur vorgeschlagenen Umstellung auf ein duales System der Gewährleistungsfristen

Beide Richtlinien bleiben hinsichtlich der zwingenden Vorgaben für die Mindestdauer der Gewährleistungsfrist – wenn man von der fortlaufenden Bereitstellung absieht – bei den schon durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgesehenen zwei Jahren, lassen aber den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Statuierung längerer Fristen offen. An diese Erweiterungsmöglichkeit knüpften mehrere Vorschläge an, längere Fristen einzuführen. Auch diese Vorschläge wurden eingehend diskutiert und abgewogen. Schließlich wurde jedoch auch hier von einer Umsetzung dieser Vorschläge abgesehen. Ausschlaggebend dafür waren ähnliche Überlegungen, wie sie schon zu Punkt 3.2 dargelegt wurden: die Schwierigkeit einer sachgerechten (und damit verfassungskonformen) Grenzziehung, die damit einhergehende Mehrbelastung der Wirtschaft und erwartbare Initiativen des europäischen Gesetzgebers in Richtung nachhaltiger Ökonomie.

3.4. Zum inhaltlichen Ausbau der Rückgriffsregelung des § 933b ABGB

Bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch das Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I Nr. 48/2001, wurde mit dem neu ins ABGB eingefügten § 933b zwar eine Regressregelung eingeführt, doch beschränkte sich diese im Wesentlichen auf eine Fristerstreckung,

nämlich die Möglichkeit zur Geltendmachung des Regressanspruchs auch nach Ablauf der zweijährigen Gewährleistungsfrist zwischen dem Unternehmer und seinem Vormann innerhalb eines absolut mit fünf Jahren begrenzten Zeitraums. Inhaltlich gelten allerdings für die Gewährleistungsansprüche in der Regresskette keine Besonderheiten (vgl. RV 422 BlgNR 21. GP 22), weshalb der Regressanspruch der Höhe nach mit dem vom Unternehmer aus dem Vertrag mit seinem Vormann geleisteten Entgelt begrenzt ist und daher möglicherweise nicht alle Aufwendungen, die der Unternehmer zur Erfüllung seiner Gewährleistungspflicht gegenüber dem Übernehmer getätigt hat, abdeckt (3 Ob 243/18h VbR 2019/82 = Zak 2019/274 = JBl 2019, 521). Im Lichte der europäischen Rechtsentwicklung, nämlich insbesondere des EuGH-Urteils *Gebr. Weber und Putz* (mit dem der gewährleistungsrechtliche Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten zugestanden wurde, auch wenn der ursprüngliche Leistungsumfang den Einbau oder die Montage gar nicht umfasst hatte), scheint es nicht mehr sachgerecht, den Regressanspruch des Unternehmers gegenüber seinem Vormann mit dem Leistungsumfang aus diesem Vertragsverhältnis zu limitieren. Wenn die Gewährleistungspflicht des Unternehmers gegenüber seinem Kunden nicht mit dem vertraglichen Leistungsinhalt begrenzt ist, liegt es nahe, auch den Regressanspruch des Unternehmers gegen seinen Vormann über das Ausmaß des dortigen Leistungsaustausches hinaus anzuerkennen: Dem Unternehmer soll der Ersatz seiner Aufwendungen für die Erfüllung des Gewährleistungsanspruchs des Endkunden durch Austausch oder Verbesserung auch dann zugestanden werden, wenn diese Aufwendungen höher sind als das vom Unternehmer an seinen Vormann geleistete Entgelt. Für eine solche erweiterte Rückgriffsregelung haben drei Mitglieder der Arbeitsgruppe Textvorschläge erstattet, nämlich *Peter Bydlinski, Andreas Geroldinger und Wolfgang Faber*. Ihre Vorschläge und Überlegungen sind in die Neufassung des § 933b ABGB eingeflossen. Auf die Einzelheiten dieser Neufassung wird im Besonderen Teil bei den Erläuterungen zu § 933b ABGB näher eingegangen.

3.5. Zum Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller oder Importeur

Schon bei den auf Ratsebene geführten Verhandlungen zu den beiden Richtlinien wurde von manchen Mitgliedstaaten vorgeschlagen, darin auch einen direkten Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller zu schaffen. Diese Überlegung stieß jedoch schon in ihrem Grundansatz auf erheblichen Widerstand und wurde daher letztlich nicht weiterverfolgt.

Als Impuls für das österreichische Umsetzungsgeschehen in diese Richtung legte sodann *Christiane Wendehorst*, die ebenfalls der einberufenen Arbeitsgruppe angehört, einen „Wissenschaftlichen Zusatz-Entwurf“ zu der vom BMJ erarbeiteten Diskussionsgrundlage vor, der umfassende Regelungsvorschläge für eine gewährleistungsrechtliche Direkthaftung des Herstellers und des Importeurs gegenüber dem Verbraucher enthielt, kombiniert mit einer korrespondierenden schadenersatzrechtlichen Haftung und Regelungen über den Rückgriff zwischen den beteiligten Unternehmen und auch bereits versehen mit sehr eingehenden Erläuterungen. Sie stellte diesen Zusatz-Entwurf auch der interessierten Öffentlichkeit in Gestalt eines Zeitschriftenbeitrags vor (*Wendehorst, Direkthaftung des Herstellers. Eine Machbarkeitsstudie für die Umsetzung der neuen Gewährleistungs-RL in Österreich, VbR 2020, 94, 138*). Obwohl der Entwurf von *Wendehorst* sehr detailliert und konsistent ausgearbeitet ist und einen wirklich innovativen und verbraucherfreundlichen Grundansatz bietet, wurde letztlich entschieden, ihn nicht in den ministeriellen Gesetzesvorschlag aufzunehmen. Dafür waren rechtsdogmatische Überlegungen ebenso ausschlaggebend wie rechtstechnische und rechtspolitische Gründe. Schon in den Arbeitsgruppensitzungen wies *Zöchling-Jud* darauf hin, dass ein solcher Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller bereits vor 20 Jahren, nämlich bei den Arbeiten zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (die dann in das GewRÄG mündeten) überlegt worden war, dass man aber schon damals aus dogmatischen Rücksichten davon Abstand genommen habe. Die Gesetzesmaterialien zum GewRÄG sprechen diese Frage auch explizit an; man habe eine Haftung des Herstellers deshalb nicht vorgesehen, weil dies im österreichischen Recht einen weitreichenden Systemwandel bedeutet hätte, der zudem – schon aus Wettbewerbsgründen – möglichst im europäischen Gleichklang verwirklicht werden sollte. Außerdem könne eine gesetzliche Herstellerhaftung wirtschaftlich im Ergebnis zu nicht gewollten Umwälzungen führen (RV 422 BlgNR 21. GP 10). Auch heute begegnen der Einführung eines unmittelbaren Durchgriffs des Verbrauchers gegen den Hersteller gleichartige Bedenken. Rechtsdogmatisch wäre es ein heikler, in seinen Folgewirkungen nicht gänzlich einschätzbarer Weg, dem Endkunden einen Gewährleistungsanspruch gegen eine Person einzuräumen, mit der er nicht in einem vertragsrechtlichen Verhältnis steht. In rechtstechnischer Betrachtung ist anzumerken, dass der vorgelegte Entwurf doch recht komplex und umfänglich erscheint und der Praxis einige nicht ganz leicht zu lösende Abgrenzungsfragen aufgäbe. Zudem schien es fraglich, ob sich im alltäglichen Rechtsleben ein Verbraucher mit seinem Gewährleistungsanspruch tatsächlich an einen wirtschaftlich mächtigen, häufig nicht unmittelbar greifbaren und allenfalls auch im Ausland situierten Hersteller wenden würde, wenn ihm die einfachere Alternative offensteht, nämlich seinen Gewährleistungsanspruch unmittelbar gegen seinen Vertragspartner, eben den – gleichsam „um die Ecke“ erreich- und ansprechbaren – Händler, geltend zu machen. Unter

rechtspolitischen Gesichtspunkten spricht gegen eine gewährleistungsrechtliche Herstellerhaftung im österreichischen Recht, dass die meisten EU-Mitgliedstaaten – und darunter auch die für die österreichische Wirtschaft besonders wichtigen Handelspartner – ein solches Rechtsinstitut bislang nicht kannten und nach dem derzeit möglichen Umblick auch nicht in absehbarer Zeit außerhalb einer einheitlichen europäischen Initiative einführen werden. Dieses Faktum hat umso mehr deshalb Gewicht, weil bei einem großen Anteil jener Waren, die in Österreich vertrieben werden, der Hersteller seinen Sitz im Ausland hat; Wettbewerbsfragen haben deshalb auf mehreren Betrachtungsebenen eine große Bedeutung für die Entscheidung über eine weitgehend isolierte Einführung einer Herstellerhaftung in Österreich (einzuräumen ist freilich, dass es prima vista für den österreichischen Händler entlastend sein könnte, wenn nicht er, sondern der ausländische Hersteller mit dem Gewährleistungsanspruch des Kunden konfrontiert wird; fraglich ist allerdings – siehe oben –, ob das so „funktionieren“ würde). Und schließlich würden sich bei einem solchen Ansatz auch einige beträchtliche Detailprobleme und –fragen ergeben, wie etwa die erhebliche Komplexität eines „Abwärtsrückgriffs“ in der Praxis, die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme sowohl des Händlers als auch des Herstellers durch den Verbraucher bzw. umgekehrt die Gefahr einer Fristversäumung bei einer sukzessiven Rechtsverfolgung durch den Verbraucher etwa zunächst gegen den Hersteller und bei Erfolglosigkeit gegen den Händler (gegen den dann der Anspruch möglicherweise schon verfristet sein könnte). Aus all diesen Gründen wurde – wie schon seinerzeit bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufs-Richtlinie – entschieden, dass ein solcher Direktanspruch nur im europäischen Gleichklang eingeführt werden soll.

4. Verallgemeinerung der Regelung über die Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen und für digitale Leistungen

Die beiden Richtlinien enthalten einerseits für Waren mit digitalen Elementen und andererseits für digitale Leistungen Regelungen, die jeweils einen Aspekt der Dauer betreffen, nämlich die Pflicht des Unternehmers zur Zurverfügungstellung von Aktualisierungen. Diese Richtlinienvorgaben werden in § 7 VGG umgesetzt. Da es sich dabei auch außerhalb eines Unternehmer-Verbraucher-Verhältnisses um eine wichtige Regelungsfrage handelt, für die es bislang im ABGB noch keine entsprechende Bestimmung gibt, werden die dafür in den Richtlinien getroffenen Anordnungen in etwas adaptierter und vereinfachter Ausgestaltung auch in das allgemeine Gewährleistungsrecht übernommen (§ 923 Abs. 2 ABGB).

D. Terminologischer Hinweis

Ergänzend ist noch ein terminologischer Hinweis angebracht: Eine der formalen Herausforderungen bei der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie besteht darin, aus deren sehr dichten, häufig etwas schwerfällig formulierten und zahlreiche Wortwiederholungen und Redundanzen aufweisenden Regelungen ein einigermaßen übersichtliches und verständliches Gesetzeswerk zu erstellen, das einerseits den üblichen Standards der Zivilrechtslegistik entspricht und andererseits die Richtlinienvorgaben vollständig und zutreffend in das österreichische Recht einfügt. Um die Umsetzungsbestimmungen möglichst klar und nachvollziehbar zu gestalten, muss danach getrachtet werden, den Text zu reduzieren und zusammenzufassen. Eine wichtige Facette dieser Textentlastung kann auf terminologischem Terrain geschehen, indem die sehr oft wiederkehrende Wendung „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen“ – auf Grundlage einer entsprechenden Definition – durch einen kürzeren, verbundenen Terminus ersetzt wird. Dafür wurde der Begriff der „**digitalen Leistung**“ gewählt, weil nach österreichischer Terminologie die „Leistung“ das vertraglich Geschuldete bezeichnet und sich dieses Hauptwort in Verbindung mit dem Adjektiv „digital“ daher sehr gut als Überbegriff sowohl für einen digitalen Inhalt als auch für eine digitale Dienstleistung eignet. Die Formulierung der Umsetzungsregelungen mit diesem Überbegriff leistet einen erheblichen Beitrag zur Textreduktion und damit zur besseren Erfassbarkeit des Gesetzestextes.

E. Bisheriger Werdegang des Gesetzesvorhabens

Nach einem durchaus langwierigen und wechselvollen Verhandlungsgeschehen – von dem wesentliche Teile auch in den Zeitraum der österreichischen Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2018 fielen (die Allgemeine Ausrichtung zur Warenkauf-Richtlinie wurde unter dem österreichischen Ratsvorsitz beschlossen) – wurden die beiden Richtlinien am 22.5.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union kundgemacht und traten am 11.6.2019 in Kraft. Nur einen Tag später, also am 12.6.2019, richteten das (damalige) Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz und das Institut für Zivilrecht der Universität Wien ein **rechtswissenschaftliches Symposium** aus, das einer ersten ausführlichen Analyse der neuen europäischen Vorgaben für das Gewährleistungsrecht und damit auch der notwendigen Änderungen im österreichischen Recht gewidmet war (vgl. dazu den Tagungsband *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue europäische Gewährleistungsrecht [2019]).

Diese Tagung erbrachte schon sehr wesentliche Impulse für die innerstaatlichen Umsetzungsarbeiten. In den darauf folgenden Wochen wurde ein **erster ministerieller Entwurf für ein Umsetzungsgesetz** erarbeitet, der sich noch ganz auf die Transformation der obligatorisch zu übernehmenden Richtlinieninhalte konzentrierte und die – ja immer auch rechtspolitisch konnotierten – Fragen der Wahrnehmung von Regelungsoptionen und zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten aussparte. Bei diesen Arbeiten war die noch aus der österreichischen Ratspräsidentschaft herrührende Sachnähe von Vorteil, zumal besonders die Warenkauf-Richtlinie in wesentlichen Teilen auf Gestaltungsentscheidungen aus dieser Zeit zurückging. Nach Beginn der neuen (27.) Gesetzgebungsperiode wurde noch im Herbst 2019 zur Beratung über die Richtlinienumsetzung und im Besonderen über den erstellten Umsetzungsentwurf eine **Arbeitsgruppe** einberufen, die aus Vertreter*innen der inhaltlich betroffenen Ministerien und Interessenvertretungen, der Kammern und der Rechtsberufe sowie aus namhaften Vertreter*innen der Zivilrechtslehre, die sich mit gewährleistungsrechtlichen Fragen gerade auch im europäischen Kontext besonders befasst hatten, zusammengesetzt war und am 2.12.2019 das erste Mal tagte. Es folgten zahlreiche weitere Sitzungen dieser Arbeitsgruppe, die im Frühjahr 2020 nur kurzzeitig wegen der COVID-19-Pandemie unterbrochen, dann aber in Gestalt von Videokonferenzen fortgesetzt wurden. Bei diesen Arbeitsgruppensitzungen wurde das Umsetzungsvorhaben in allen Facetten und sehr detailliert besprochen. Dieses sehr substantielle Diskussionsgeschehen eröffnete zu so manchen Fragen und Formulierungen wichtige Erkenntnisse und lieferte zahlreiche nützliche Hinweise für das Umsetzungsvorhaben. Parallel zu diesen Sitzungen und Konferenzen wurde der ministerielle Umsetzungsentwurf auf Grund der Besprechungsergebnisse fortwährend weiterentwickelt. Wie in Punkt C.2 bereits erwähnt, wurden von den Arbeitsgruppenmitgliedern aus der rechtswissenschaftlichen Lehre mehrere Textentwürfe für zusätzliche Regelungselemente entworfen und zur Verfügung gestellt, die als Grundlage für das weitere Beratungsgeschehen in der Arbeitsgruppe dienten und zum Teil auch Eingang in diesen Gesetzentwurf fanden. Neben den Konsultationen in der Arbeitsgruppe wurde sowohl in Umsetzungsworkshops der Europäischen Kommission als auch in bilateralen Kontakten der **Austausch mit anderen Mitgliedstaaten** gepflogen, um zumindest einen rudimentären Umblick darüber zu gewinnen, wie es andernwärts mit der Umsetzung der beiden Richtlinien steht und welche Lösungen dort ins Auge gefasst werden.

Auch abgesehen von dem bereits erwähnten Symposium am 12.6.2019 und dem daraus entstandenen Tagungsband fanden die beiden Richtlinien eine recht breite **Resonanz in der österreichischen Rechtswissenschaft**; in zahlreichen Beiträgen wurden sie in ihren einzelnen Aspekten untersucht und beleuchtet. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien aus dem inländischen Schrifttum genannt: *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115; *C. Kern/T. Maier*, Die neue Warenkauf-Richtlinie, Zak 2019, 204; *dieselben*, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, Zak 2019, 208; *C. Kern*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, VbR 2019, 164; *Parapatits/Stabentheiner*, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht, ÖJZ 2019, 1041 und ÖJZ 2020, 101; *Weißensteiner*, Der Mangelbegriff der WarenkaufRL, ZfRV 2019, 199; *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU. Ausgewählte Auslegungsfragen und Umsetzungsoptionen (2019); *Parapatits/Stabentheiner*, Neues europäisches Gewährleistungsrecht: die jeweiligen Rechtsfolgen aus der Inanspruchnahme der einzelnen Gewährleistungsbehelfe, Zak 2020, 5; weiters die Beiträge von *Stabentheiner*, *C. Kern*, *T. Maier*, *Krenmayr/Schwamberger*, *Faber*, *Wendehorst*, *Kodek*, *Koch*, *Zöchling-Jud* und *Geroldinger* im oben bereits erwähnten Tagungsband sowie die bereits in Punkt C.2 genannten Beiträge von *Faber* und *Wendehorst*. Auch aus diesen rechtswissenschaftlichen Aufarbeitungen konnten Denkanstöße gewonnen werden.

Auf der Grundlage vor allem der Beratungsergebnisse der Arbeitsgruppe, aber auch unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Beiträge und des internationalen Austausches erarbeitete das Bundesministerium für Justiz einen **Ministerialentwurf** für ein Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz einschließlich umfassender Erläuterungen und versendete diesen Anfang April 2021 zur allgemeinen Begutachtung. Im **Begutachtungsverfahren** fand das Gesetzesvorhaben grundsätzlich sehr positive Aufnahme; auch die Regelungskonzeption (siehe dazu näher in Punkt B) erntete weit überwiegend Zustimmung. In den zahlreich übermittelten Stellungnahmen wurden aber noch etliche Änderungs- und Ergänzungsanregungen erstattet, die eingehend geprüft und erwogen wurden. Unter Bedachtnahme auf diese Anregungen wurde der Entwurf noch an mehreren Stellen überarbeitet. Der so modifizierte Gesetzentwurf wird nun als Regierungsvorlage der parlamentarischen Behandlung zugeleitet.

F. Alternativen

Dazu sei – zwecks Vermeidung von Wiederholungen – auf die Bemerkungen im Vorblatt verwiesen.

G. Rahmenbedingungen der Rechtsetzung und Auswirkungen des Vorhabens

Zu diesen Fragenkreisen sei – zwecks Vermeidung von Wiederholungen – auf die Bemerkungen im Vorblatt verwiesen.

H. Kompetenzgrundlage

Die Kompetenz des Bundes zur Erlassung dieses Bundesgesetzes gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Verbrauchergewährleistungsgesetz)

Allgemein zum Verbrauchergewährleistungsgesetz

Die Gründe für die Schaffung eines eigenen Gesetzes zur Umsetzung der meisten Regelungsinhalte der beiden Richtlinien wurden bereits in Punkt B.1 des Allgemeinen Teils umfassend dargelegt. Der Langtitel dieses Gesetzes „Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen“ umschreibt den wesentlichen Regelungsgegenstand der Vorschrift. Freilich gibt es im 3. Abschnitt des Gesetzes auch zwei Bestimmungen, die mit der Gewährleistung keinen unmittelbaren Zusammenhang haben, nämlich § 17 über die Erfüllung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen und § 27 über die Leistungsänderung, doch ändert das nichts daran, dass das Gesetz zum allergrößten Teil Fragen der Gewährleistung gewidmet ist. Die Kurzbezeichnung lautet „Verbrauchergewährleistungsgesetz“, die Abkürzung „VGG“.

Zu § 1

1. § 1 leitet den 1. Abschnitt des Gesetzes ein, der die allgemeinen Bestimmungen enthält (siehe zur Systematik des Verbrauchergewährleistungsgesetzes Punkt B.2 des Allgemeinen Teils). Darin wird entsprechend den Vorgaben von Art. 3 DIRL und Art. 3 WKRL der **Geltungsbereich** des Gesetzes geregelt, indem zunächst die grundsätzliche Anordnung über die vom VGG erfassten Verträge getroffen (Abs. 1) und sodann die Ausnahmen vom Anwendungsbereich statuiert werden (Abs. 2).

2. **Abs. 1** enthält die grundsätzliche Regelung über den Geltungsbereich des Gesetzes. Entsprechend den Vorgaben der beiden umzusetzenden Richtlinien umfasst dieser die **zwischen Unternehmern und Verbrauchern** geschlossenen Verträge über den Kauf von Waren sowie über die Bereitstellung digitaler Leistungen. Im Einleitungssatz des Abs. 1 wird klargestellt, dass nur Unternehmer-Verbraucher-Geschäfte erfasst werden, nicht auch Verträge zwischen zwei Unternehmern oder zwischen zwei Verbrauchern. Aus den weiteren Bestimmungen des Gesetzes ergibt sich unzweifelhaft, dass es nur um solche Verträge geht, bei denen der Unternehmer als Anbieter (also als Verkäufer oder Bereitsteller) und der Verbraucher als Nachfrager (also als Käufer oder als Bezieher oder Nutzer) auftritt. Denn in den einzelnen Bestimmungen wird immer nur der Unternehmer als Leistungspflichtiger bzw. Gewährleistungspflichtiger, der Verbraucher hingegen immer als Gewährleistungsberechtigter angeführt. Deshalb bedarf es im einleitenden § 1 keiner zusätzlichen Klarstellung, dass das Gesetz nur auf solche Verträge anzuwenden ist, bei denen Unternehmer und Verbraucher in den „klassischen“ Partierollen als Anbieter und Nachfrager auftreten („B2C-Verträge“), und nicht auch auf solche, bei denen sich dies ausnahmsweise einmal umgekehrt verhält.

3. Während die Digitale-Inhalte-Richtlinie vom „Unternehmer“ spricht, wird der Anbieter in der Warenkauf-Richtlinie als „Verkäufer“ bezeichnet. Im Verbrauchergewährleistungsgesetz – mit dem sowohl die Digitale-Inhalte-Richtlinie als auch die Warenkauf-Richtlinie umgesetzt wird – soll aber ein einheitlicher Begriff für die Bezeichnung des Vertragspartners des Verbrauchers verwendet werden. Dafür bietet sich jener des „**Unternehmers**“ an, der ja auch im KSchG oder im FAGG Verwendung findet.

Durch das Klammerzitat im Einleitungssatz des Abs.1 wird klargestellt, dass auch im Verbrauchergewährleistungsgesetz der weitere **Verbraucherbegriff des § 1 KSchG** maßgeblich ist; dies ist vom Gestaltungsspielraum gedeckt, den die Richtlinien den Mitgliedstaaten hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs einräumen (vgl. ErwGr. 16 DIRL und ErwGr. 21 WKRL).

4. Die Definition des Kaufvertrags in Art. 2 Z 1 und Art. 3 Abs. 2 WKRL geht über jene des ABGB hinaus, indem ganz allgemein auch erst noch herzustellende oder zu erzeugende bewegliche körperliche Gegenstände einbezogen werden. Damit sind nicht nur Verträge erfasst, die man im österreichischen Recht als Kaufverträge im Sinn der §§ 1053 ff. ABGB qualifizieren würde, sondern etwa auch so genannte Werklieferungsverträge. Erfasst sind im Übrigen auch die Montage oder Installation von Waren, wenn sie nach dem Vertrag geschuldet sind (vgl. Art. 8 und ErwGr. 17 WKRL). Eine bloße Anknüpfung an den österreichischen Kaufvertragsbegriff wäre deshalb für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie zu eng. Daher wird in **Abs. 1 Z 1** nicht vom „Kaufvertrag“ gesprochen, sondern vom „**Kauf von Waren** [...] einschließlich solcher, die noch herzustellen sind“. Überdies wird in Z 1 durch die Parenthese „das sind bewegliche körperliche Sachen“ die Definition des **Warenbegriffs** in Art. 3 Z 5 lit. a WKRL in ihrem wesentlichen Kern übernommen, die freilich ohnehin mit dem österreichischen Begriffsverständnis identisch ist.

Ein **Werkvertrag „klassischer Ausprägung“**, der entweder gar keine kaufvertraglichen Elemente oder nur solche von untergeordneter Bedeutung aufweist, wird **nicht** unter den „Kauf von Waren“ im Sinn des Abs. 1 Z 1 zu subsumieren sein. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Werkunternehmer nur eine Dienstleistung zu erbringen hat (etwa bei der Herstellung eines Anzugs durch einen Herrenschneider, sofern der Verbraucher dafür den anlässlich eines London-Urlaubs selbst erworbenen Wollstoff beistellt) oder wenn der Materialeinsatz des Werkunternehmers bei einer wertenden Betrachtung deutlich hinter das Dienstleistungselement, das den Kern der Leistung ausmacht, zurücktritt.

5. Zu dem in **Abs. 1 Z 2** erstmals verwendeten Begriff der „**digitalen Leistungen**“ sei auf Punkt D des Allgemeinen Teils sowie auf die Definition in § 2 Z 1 hingewiesen. Der in dieser Bestimmung verwendete Begriff der „**Zahlung**“ (der aus Art. 3 Abs. 1 DIRL übernommen wurde) ist – wie auch im ABGB (vgl. etwa dessen §§ 1412 ff.) – weit zu verstehen und umfasst jedes Entgelt. So wäre – auch wenn dies in der Praxis wohl kaum vorkommen wird – etwa auch der Tausch erfasst.

Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 DIRL, der in **Abs. 1 Z 2 lit. b** umgesetzt wird, trägt dem Umstand Rechnung, dass digitale Leistungen immer häufiger nicht gegen Zahlung, sondern gegen **Zurverfügungstellung personenbezogener Daten** bereitgestellt werden. In ErwGr. 24 DIRL wird dazu ausgeführt: „[...] Obwohl in vollem Umfang anerkannt wird, dass der Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht ist und daher personenbezogene Daten nicht als Ware betrachtet werden können, sollte mit dieser Richtlinie sichergestellt werden, dass die Verbraucher im Zusammenhang mit solchen Geschäftsmodellen Anspruch auf vertragliche Rechtsbehelfe haben. [...]“ Dies ist nach den weiteren Ausführungen in ErwGr. 24 DIRL zum Beispiel in Fällen relevant, in denen „[...] ein Verbraucher ein Konto in sozialen Medien eröffnet und dem Unternehmer Namen und E-Mailadresse bereitstellt, die nicht ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verwendet werden [...]“ (etwa zu einer gesetzlich vorgesehenen Registrierung). Das Gleiche gilt, wenn der Verbraucher Fotos oder Textbeiträge ins Internet stellt und diese von einem Unternehmer etwa zu Marketingzwecken verwendet werden.

Zu dem oben angesprochenen **Schutz personenbezogener Daten** wird in ErwGr. 37 ff DIRL klargestellt, dass die DSGVO unberührt bleibt. Soweit für die innerstaatliche Umsetzung von Bedeutung, seien hier die Ausführungen in den ErwGr. 38 bis 40 DIRL wiedergegeben: „[...] Eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einem Vertrag, der in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, ist daher nur rechtmäßig, wenn sie mit den Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679 über die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Einklang steht. Stützt sich die Verarbeitung personenbezogener Daten auf eine Einwilligung, insbesondere nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2016/679, finden die spezifischen Bestimmungen der genannten Verordnung, auch in Bezug auf die Bedingungen für die Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, Anwendung. Die vorliegende Richtlinie sollte nicht die Gültigkeit der gegebenen Einwilligung regeln. Die Verordnung (EU) 2016/679 enthält auch umfassende Rechte in Bezug auf die Löschung von Daten und die Datenübertragbarkeit. Die vorliegende Richtlinie sollte die Rechte unberührt lassen, die für alle personenbezogenen Daten gelten, die im Zusammenhang mit einem vom Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie erfassten Vertrag dem Unternehmer vom Verbraucher bereitgestellt werden oder vom Unternehmer erhoben werden, wenn der Verbraucher den Vertrag gemäß der vorliegenden Richtlinie beendet hat. Das Recht auf Löschung personenbezogener Daten und das Recht des Verbrauchers auf Widerruf der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten sollten auch im Zusammenhang mit den von dieser Richtlinie erfassten Verträgen uneingeschränkt gelten. Das Recht des Verbrauchers auf Beendigung des Vertrags gemäß der vorliegenden Richtlinie sollte das Recht des Verbrauchers auf Widerruf einer Einwilligung zur Verarbeitung der den Verbraucher betreffenden personenbezogenen Daten gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 unberührt lassen. Diese Richtlinie sollte nicht die Folgen für die von ihr erfassten Verträge regeln, die sich ergeben, wenn der Verbraucher die Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten widerruft. Solche Folgen sollten weiterhin dem nationalen Recht unterliegen.“

Im Sinne des Freiwilligkeitserfordernisses in Art. 7 Abs. 4 DSGVO sind Vereinbarungen, die für den Fall des **Widerrufs der Einwilligung** zur Datenverarbeitung für den Verbraucher negative Rechtsfolgen vorsehen, unzulässig. Eine Vereinbarung etwa des Inhalts, dass der Unternehmer bei Einwilligungswiderruf leistungsfrei wäre, hätte wohl die Beurteilung zur Folge, dass die Einwilligung zur Datennutzung nicht freiwillig erteilt worden wäre. Welche vertragsrechtlichen Konsequenzen der Widerruf der Einwilligung des Verbrauchers für einen Vertrag nach Abs. 1 Z 2 lit. b hat, muss von der Rechtsanwendung nach den jeweiligen Gegebenheiten einzelfallbezogen geprüft werden. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung etwa in der Art eines Sonderkündigungsrechts des Unternehmers wird nicht vorgesehen, weil es kaum möglich wäre, die verschiedenen denkbaren Konstellationen in diesem Zusammenhang auch nur

einigermaßen vollständig zu erfassen und auf einer allgemeinen Normebene eine für alle diese Konstellationen angemessene und ausgewogene Lösung zu finden.

Abschließend sei zu diesem Vertragstypus erwähnt, dass es in der Praxis auch **Mischformen** geben kann, bei denen der Verbraucher zusätzlich zur Hingabe von Daten auch ein – gegenüber alleiniger Preiszahlung als Gegenleistung vermindertes – Entgelt zu leisten hat.

6. Abs. 2 enthält die Regelung über die **Ausnahmen** vom Geltungsbereich des Gesetzes, die ihre Grundlage in Art. 3 Abs. 5 DURL sowie in Art. 3 Abs. 4 und 5 WKRL hat.

Die in **Z 1** vorgesehene Ausnahme für den **Kauf lebender Tiere** ist von der Warenkauf-Richtlinie nicht zwingend vorgegeben, sondern basiert auf der Regelungsoption in Art. 3 Abs. 5 lit. b WKRL. Von mehreren Seiten wurde der Wunsch geäußert, von dieser Ausnahmemöglichkeit Gebrauch zu machen. Und tatsächlich scheinen die Gewährleistungsbestimmungen der Warenkauf-Richtlinie für lebende Tiere nicht durchgängig passend zu sein. Schon der Mangelbegriff ist bei einem Lebewesen tendenziell fragwürdig. Ebenso kommt etwa – um nur ein weiteres Beispiel zu nennen – die Verbesserung bei lebenden Tieren wohl nur in Ausnahmefällen in Betracht; ein Tier lässt sich nicht „reparieren“. Die Ausnahmeoption der Warenkauf-Richtlinie und deren Wahrnehmung bei der österreichischen Umsetzung hat im Übrigen zur Folge, dass die bisherige Ausnahme des Verbrauchergeschäfts von den Regelungen des ABGB über Viehmängel (§ 9 Abs. 2 KSchG) nicht mehr aufrechterhalten werden muss. Künftig werden diese ABGB-Bestimmungen daher auch wieder für B2C-Geschäfte gelten.

Die Ausnahmen in den **Z 2 bis 10** entsprechen – in dieser Reihenfolge – den Vorgaben in Art. 3 Abs. 5 lit. a bis h DURL sowie in Art. 3 Abs. 4 lit. b WKRL.

Die in Art. 3 Abs. 4 DURL vorgesehene Ausnahme von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen, die digitale Elemente von Waren im Sinn von Art. 2 Z 5 lit. b WKRL sind, sowie die in Art. 3 Abs. 4 lit. a WKRL normierte Ausnahme von körperlichen Datenträgern, die lediglich als Träger von digitalen Inhalten dienen, sind an dieser Stelle nicht erforderlich, weil der 1. Abschnitt dieses Gesetzes sowohl den Anwendungsbereich der Digitale-Inhalte-Richtlinie als auch jenen der Warenkauf-Richtlinie umfasst. Entsprechende Einschränkungen der jeweiligen (Teil-)Anwendungsbereiche werden jedoch zur Abgrenzung jeweils zu Beginn des 2. und des 3. Abschnitts vorgenommen.

7. Von der in Art. 3 Abs. 5 lit. a WKRL vorgesehenen Möglichkeit einer Ausnahme der **„öffentlichen Versteigerung“** (im Sinn von Art. 2 Z 15 WKRL und daher deutlich zu unterscheiden von einer gerichtlichen Versteigerung; siehe zu dieser Art. 3 Abs. 4 lit. b WKRL bzw. § 1 Abs. 2 Z 10 VGG) **gebrauchter Waren** vom Anwendungsbereich soll nach eingehenden Überlegungen nicht Gebrauch gemacht werden, um eine fragwürdige Differenzierung zu vermeiden. Es besteht nämlich kein Grund dafür, derartige Verkaufsvorgänge von den konsumentenschutzrechtlichen Regelungen über die Gewährleistung auszunehmen, zumal der Verbraucher hier nicht weniger schutzwürdig ist als bei einem von vornherein bloß bilateral angebahnten Geschäft. Überdies wäre die Ausnahme an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Verbraucher über die Rechtsfolgen dieser Ausnahme vorweg umfassend informiert würde, was zu einer für den Rechtsanwender im Detail unnötig komplizierten Regelung führen würde.

8. Verträge über die Bereitstellung **analoger Dienstleistungen** sind vom Anwendungsbereich der Digitale-Inhalte-Richtlinie (und ebenso von jenem der Warenkauf-Richtlinie) nicht umfasst. Das gilt schon aufgrund der Grundregel von Art. 3 Abs. 1 DURL, die sich eben nur auf digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen bezieht. Die (zusätzliche) Anordnung in Art. 3 Abs. 5 lit. a DURL ist daher in Wahrheit keine Ausnahmeregelung, sondern dient lediglich der Klarstellung. Um allerdings allfällige Missverständnisse und Zweifel zu vermeiden, wird diese „Ausnahmebestimmung“ der Richtlinie dennoch in **Z 2** des Abs. 2 übernommen. Solche „klassischen“ Dienstleistungen sind nach dieser Klarstellung auch dann nicht erfasst, wenn digitale Mittel eingesetzt werden, um das Ergebnis der Dienstleistung zu erzeugen oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln. Zu denken ist dabei z. B. an die Rechtsanwältin, die die Analyse einer Rechtsfrage unter Zuhilfenahme von digitalen Datenbanken vornimmt und das Resultat ihrer Recherche dem Verbraucher anschließend elektronisch übermittelt, oder an den Architekten, der mithilfe eines elektronischen Zeichenprogramms Pläne erstellt (vgl. auch ErwGr. 27 DURL). Ein weiteres Beispiel wäre etwa die Mitarbeiterin eines Reisebüros, die mittels einer Buchungssoftware ein Reiseangebot für einen Kunden zusammenstellt.

9. In **Z 3** wird Art. 3 Abs. 5 lit. b DURL übernommen (elektronische Kommunikationsdienste). Die Gegen Ausnahme von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten betrifft die mittlerweile weit verbreiteten digitalen Dienste, die eine interpersonelle Kommunikation über das Internet ermöglichen, wie z. B. web-basierte E-Mail-Dienste oder Online-Mitteilungsdienste (vgl. ErwGr. 28 DURL).

Mit **Z 4** wird Art. 3 Abs. 5 lit. c DIRL umgesetzt (Gesundheitsdienstleistungen). Die Ausnahme soll aber nach ErwGr. 29 DIRL nicht für digitale Leistungen gelten, die Medizinprodukte darstellen, die ohne Verschreibung oder Bereitstellung durch einen Angehörigen eines Gesundheitsberufs erworben werden können; ein Beispiel dafür wäre etwa eine Anwendung (App) zur Beobachtung der Herzschlagfrequenz.

Zu dem mit **Z 8** umgesetzten Art. 3 Abs. 5 lit. g DIRL wird in ErwGr. 31 DIRL Folgendes ausgeführt: „Die vorliegende Richtlinie sollte nicht für digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen gelten, die einem Publikum als Teil einer künstlerischen Darbietung oder sonstigen Ereignisses, wie z. B. einer digitalen Filmvorführung oder einer audiovisuellen Theateraufführung, bereitgestellt werden. Diese Richtlinie sollte jedoch gelten, wenn digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen einem Publikum durch Signalübertragung, wie etwa digitale Fernsehdienste, bereitgestellt werden.“

10. Die Richtlinienvorgaben über die **Aktualisierungspflicht** des Unternehmers bei digitalen Leistungen (in Art. 8 Abs. 2 und 3 DIRL) sowie bei Waren mit digitalen Elementen (in Art. 7 Abs. 3 und 4 WKRL) werden in § 7 umgesetzt (siehe dazu im Einzelnen die Erläuterungen zu dieser Bestimmung). Im Zuge der Beratungen zu diesem Gesetzesvorhaben hat sich ein Bedürfnis danach gezeigt, diese Regelungen **auch für das Verhältnis zwischen Unternehmern** in Geltung zu setzen, um dem Einzelhändler für die Erfüllung seiner eigenen Aktualisierungspflicht gegenüber dem Verbraucher eine taugliche Grundlage zu bieten. Zu diesem Zweck soll also auch dem Einzelhändler gegenüber seinen „Vormännern“ in der Vertragskette ein Anspruch auf Zurverfügungstellung von Aktualisierungen im Ausmaß der beiden soeben genannten Richtlinienregelungen eingeräumt werden. Im Ministerialentwurf wurde dies in Gestalt eines dem § 923 ABGB angefügten Abs. 2 vorgesehen, mit dem die Kernelemente des § 7 VGG in das allgemeine Gewährleistungsrecht übernommen werden sollten. Im Begutachtungsverfahren wurde gegen diese Konstruktion eingewendet, dass dabei die zahlreichen Ausnahmen vom Geltungsbereich der beiden Richtlinien und damit auch des Verbrauchergewährleistungsgesetzes unberücksichtigt blieben, wodurch es zu einer problematischen Ausdehnung auch des sachlichen Anwendungsbereichs der Aktualisierungspflicht komme (und zwar sowohl bei Unternehmer- als auch bei Verbrauchergeschäften). Dieser Einwand ist berechtigt. Daher wurde nun ein anderer Lösungsweg gewählt: Durch einen dem § 1 VGG neu angefügten Abs. 3 wird – **als Ausnahme** von der Grundregel, wonach die Bestimmungen dieses Gesetzes nur für Verbrauchergeschäfte gelten – die Bestimmung des § 7 über die Aktualisierungspflicht auch **für Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmern für anwendbar erklärt**. Damit bleiben aber auch für diese Konstellation die Ausnahmen des § 1 Abs. 2 VGG zu beachten.

Die solchart verankerte gesetzliche Aktualisierungspflicht in einem Vertragsverhältnis zwischen zwei Unternehmern kann allerdings **durch vertragliche Vereinbarung eingeschränkt oder abbedungen** werden. Denn die Regelung des § 3 über die Zwingendstellung der Bestimmungen des Verbrauchergewährleistungsgesetzes sieht eine Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen nur vor, wenn diese zum Nachteil des Verbrauchers getroffen werden. Da in der hier fraglichen Konstellation aber kein Verbraucher am Vertragsverhältnis beteiligt ist, kommt hier diese Wirksamkeitsbeschränkung nicht zum Tragen.

Zu § 2

1. Die beiden Richtlinien enthalten jeweils in ihrem Art. 2 umfangreiche **Begriffsbestimmungen**. Nicht alle dieser Definitionen bedürfen einer expliziten Umsetzung, zumal einige von ihnen ohnehin dem österreichischen Begriffsverständnis entsprechen (z. B. „Preis“, „Ware“ oder „Haltbarkeit“) und andere Begriffe durch den Verweis auf andere Vorschriften ausreichend bestimmt sind. So werden die Definitionen des „Verbrauchers“ (Art. 2 Z 2 WKRL und Art. 2 Z 6 DIRL) und des „Verkäufers“ (Art. 2 Z 3 WKRL) bzw. des „Unternehmers“ (Art. 2 Z 5 DIRL) nicht in das innerstaatliche Recht übernommen, weil für die ausreichende Umgrenzung dieser Begriffe schon der in § 1 Abs. 1 VGG aufgenommene Verweis auf § 1 KSchG ausreicht, der hinsichtlich des Verbraucherbegriffs eine – unionsrechtlich zulässige – Erweiterung mit sich bringt (vgl. dazu schon die Ausführungen in Punkt 3 der Erläuterungen zu § 1). Zum Begriff der „Waren“ in Art. 2 Z 5 lit. a WKRL sei noch erwähnt, dass diese Umschreibung inhaltlich mit jener identisch ist, die in der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU gegeben wurde (Art. 2 Z 3 dieser Richtlinie). Schon bei der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie wurde eine Übernahme des dortigen Warenbegriffs in das österreichische Recht für entbehrlich gehalten, was von der Europäischen Kommission – die die damalige Umsetzung über längere Zeit und in mehreren Schritten kritisch geprüft hatte – nicht beanstandet wurde (wie im Übrigen letztlich alle Facetten der damaligen Umsetzung von der EK gutgeheißen wurden). Dass Waren bewegliche körperliche Sachen sind und dass auch eine Flasche Mineralwasser, eine Gaskartusche oder eine Batterie etwa für eine Fernbedienung von diesem Warenbegriff umfasst sind, bedarf nach österreichischem Verständnis nicht erst einer Definition durch eine gesetzliche Vorschrift. Einem diesbezüglichen Klarstellungswunsch entsprechend wurde allerdings das Zentralelement

dieser unionsrechtlichen Begriffsbeschreibung („bewegliche körperliche Sachen“) in die Anwendungsregelung des § 1 Abs. 1 Z 1 aufgenommen.

2. Die Übernahme des Begriffs des „Kaufvertrags“ in Art. 2 Z 1 WKRL (in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 WKRL) in das österreichische Recht wäre nicht adäquat, weil dieser Terminus in der ihm in der Richtlinie gegebenen Umschreibung mit dem österreichischen Begriffsverständnis nicht in Einklang zu bringen wäre. Wie in Punkt 4 der Erläuterungen zu § 1 bereits ausgeführt wurde, wird dem weiteren Ansatz der Warenkauf-Richtlinie durch die Anwendungsregelung des § 1 Abs. 1 Z 1 VGG Rechnung getragen.

Da Art. 17 WKRL zu den gewerblichen Garantien im KSchG umgesetzt wird, ist eine Definition des „Herstellers“ im VGG nicht notwendig.

3. Weit überwiegend sind jedoch die Begriffsbestimmungen der Richtlinien ins innerstaatliche Recht zu übernehmen. Das gilt unter anderem auch für die Definitionen der „digitalen Inhalte“ (Z 2), der „digitalen Dienstleistung“ (Z 3) und von „Waren mit digitalen Elementen“ (Z 4). Wie schon in Punkt D des Allgemeinen Teils ausgeführt, werden digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen im VGG unter dem Überbegriff „digitale Leistungen“ (Z 1) zusammengefasst.

4. Unter „**Waren mit digitalen Elementen**“ sind bewegliche körperliche Sachen zu verstehen, die ihre Funktionen ohne die in ihnen enthaltenen oder mit ihnen verbundenen digitalen Leistungen nicht erfüllen können (Z 4). Letzteres bezieht sich – im Gegensatz zu früheren Entwurffassungen zur WKRL – auf sämtliche Funktionen der Ware und nicht mehr nur auf ihre Hauptfunktionen. Für die Beurteilung der Frage, ob es sich um eine solche Ware mit digitalen Elementen handelt, ist der Vertragsinhalt ausschlaggebend. Dabei ist zum einen darauf abzustellen, was explizit im Vertrag geregelt ist, zum anderen aber auch darauf, was sich aus der Vertragsauslegung, insbesondere im Hinblick auf die allgemeine Verkehrsauffassung ergibt. In ErwGr. 15 WKRL wird dazu ausgeführt: „Ob die Bereitstellung enthaltener oder verbundener digitaler Inhalte oder Dienstleistungen Bestandteil des Kaufvertrags mit dem Verkäufer ist, sollte vom Inhalt dieses Kaufvertrags abhängen. Dies sollte für enthaltene oder verbundene digitale Inhalte oder Dienstleistungen gelten, deren Bereitstellung im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Dies sollte zudem für Kaufverträge gelten, die dahin gehend verstanden werden können, dass sie die Bereitstellung spezifischer digitaler Inhalte oder einer spezifischen digitalen Dienstleistung abdecken, weil diese bei Waren der gleichen Art üblich sind und der Verbraucher sie — in Anbetracht der Beschaffenheit der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder anderen Personen in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette, einschließlich des Herstellers abgegeben wurden — vernünftigerweise erwarten könnte. Würde beispielsweise in der betreffenden Werbung angegeben, dass ein Smart-TV eine bestimmte Video-Anwendung enthält, so würde diese Video-Anwendung als Bestandteil des Kaufvertrags angesehen werden. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung auf der Ware selbst vorinstalliert ist oder anschließend auf einem anderen Gerät heruntergeladen werden muss und mit der Ware nur verbunden ist. Beispielsweise könnten auf einem Smartphone gemäß Kaufvertrag standardisierte vorinstallierte Anwendungen zu finden sein wie beispielsweise eine Alarmpfunktion oder eine Kameraanwendung. Ein anderes mögliches Beispiel ist die intelligente Armbanduhr. In einem solchen Fall würde die Uhr selbst als die Ware mit digitalen Elementen gelten, die ihre Funktionen nur mittels einer Anwendung erfüllen kann, die gemäß Kaufvertrag bereitgestellt wird, aber vom Verbraucher auf ein Smartphone heruntergeladen werden muss. Die Anwendung wäre dann das verbundene digitale Element. Dies sollte auch gelten, wenn die enthaltenen oder verbundenen digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht vom Verkäufer selbst, sondern gemäß Kaufvertrag von einem Dritten bereitgestellt werden. Bestehen Zweifel, ob die Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen Teil des Kaufvertrags ist, sollten die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten, um Unsicherheit sowohl bei den Händlern als auch bei den Verbrauchern zu vermeiden. Darüber hinaus sollte das Bestehen einer bilateralen Vertragsbeziehung zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher, zu der die Bereitstellung enthaltener oder verbundener digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen gehört, nicht allein dadurch in Frage gestellt werden, dass der Verbraucher einer Lizenzvereinbarung mit einem Dritten zustimmen muss, um digitale[r] Inhalte oder digitale[r] Dienstleistungen nutzen zu können.“

Auf Waren mit digitalen Elementen sind im Besonderen auch die Bestimmungen über die Gewährleistung beim Warenkauf des 2. Abschnitts anzuwenden (siehe dazu im Einzelnen §§ 9 – 15 und die Erläuterungen hierzu).

Doch können in bestimmten Fällen auch „analoge“ Waren, die an sich ohne Software verwendet werden, vom Begriff der „Waren mit digitalen Elementen“ umfasst sein. So ist etwa ein Sprach- oder Musiklehrbuch, welches gemeinsam mit einem Datenträger (z. B. CD oder CD-ROM) geliefert wird, auf welchem sich Hörbeispiele und Übungen befinden, als Ware mit digitalen Elementen zu qualifizieren. Bei den auf dem Datenträger gelieferten Inhalten handelt es sich nämlich um wesentliche Ergänzungen des

Lehrbuchs, ohne die die Ware ihre Funktion nicht vollständig erfüllen kann. Bei einer Gebrauchsanleitung hingegen handelt es sich lediglich um Zubehör. Der Umstand, dass eine solche Anleitung auf einem Datenträger mitgeliefert wird, macht eine Ware nicht zu einer solchen mit digitalen Elementen.

5. Kann eine Ware hingegen ihre Funktion ohne verbundene digitale Elemente erfüllen oder ist die Bereitstellung solcher digitalen Elemente aufgrund des Vertrags über den Kauf der Ware nicht geschuldet, fällt ein **separater Vertrag**, den der Verbraucher **über die Bereitstellung einer digitalen Leistung** abschließt, nicht unter die Regelungen des 2. Abschnitts für den Warenkauf, sondern allenfalls unter die Bestimmungen des 3. Abschnitts (Gewährleistung und weitere vertragsrechtliche Bestimmungen bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Leistungen). Dazu wird in ErwGr. 16 WKRL Folgendes ausgeführt: „Wenn der Verbraucher beispielsweise eine Spielanwendung aus einem App-Store auf ein Smartphone herunterlädt, ist der Vertrag über die Bereitstellung der Spielanwendung nicht Bestandteil des Kaufvertrags über das Smartphone selbst. Daher sollte die vorliegende Richtlinie nur für den Kaufvertrag über das Smartphone gelten, während die Bereitstellung der Spielanwendung unter die Richtlinie (EU) 2019/770 fallen sollte, sofern die Bedingungen der genannten Richtlinie erfüllt sind. Ein anderes Beispiel wäre eine Vereinbarung, wonach der Verbraucher ein Smartphone ausdrücklich ohne ein bestimmtes Betriebssystem kauft, und der Verbraucher anschließend einen Vertrag für die Bereitstellung eines Betriebssystems durch einen Dritten abschließt. In einem solchen Fall wäre die Bereitstellung des getrennt erworbenen Betriebssystems nicht Bestandteil des Kaufvertrags und würde daher nicht in den Geltungsbereich der vorliegenden Richtlinie, könnte aber in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/770 fallen, sofern die Bedingungen der genannten Richtlinie erfüllt sind.“

In diesen Fällen sind also die Bestimmungen des 2. Abschnitts auf den Vertrag über den Kauf des Smartphones anzuwenden, während die Bereitstellung der Spielanwendung bzw. des Betriebssystems, sofern die Voraussetzungen für die Anwendung des 3. Abschnitts erfüllt sind, nach diesem zu beurteilen ist.

Vgl. zu diesen Abgrenzungen auch *C. Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 33 (43 ff) mit mehreren Abgrenzungsbeispielen.

6. Mit den Z 5 bis 12 werden die weiteren Definitionen aus den beiden Richtlinien in das innerstaatliche Recht übernommen, nämlich jene zu den Begriffen „Kompatibilität“ (**Z 5**), „Funktionalität“ (**Z 6**) und „Interoperabilität“ (**Z 7**), „digitale Umgebung“ (**Z 8**), „Integration“ (**Z 9**), „dauerhafter Datenträger“ (**Z 10**) und „Haltbarkeit“ (**Z 11**). Zum Begriff der „personenbezogenen Daten“ (**Z 12**) wird – wie in Art. 2 Z 8 DURL – auf die einschlägige Definition in der Datenschutz-Grundverordnung verwiesen.

Zum Begriff der „Funktionalität“ finden sich in ErwGr. 43 DURL folgende Ausführungen: „Der Begriff der Funktionalität sollte so verstanden werden, dass er sich darauf bezieht, wie digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen verwendet werden können. Beispielsweise kann das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein von technischen Beschränkungen wie der Schutz mittels digitaler Rechteverwaltung oder Regionalcodierung Auswirkungen darauf haben, ob die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen alle für ihren Zweck erforderlichen Funktionen erfüllen können.“

7. Abschließend zu § 2 sei erwähnt, dass die Definition des Begriffs „unentgeltlich“ in Art. 2 Z 14 WKRL deshalb nicht in das österreichische Recht zu übernehmen ist, weil in den Umsetzungsbestimmungen zu den beiden Richtlinien dieser Begriff nicht verwendet wird. Stattdessen wird darin jeweils von „kostenfrei“ oder „ohne Kosten“ gesprochen und in den Erläuterungen die Selbstverständlichkeit klargestellt, dass sich diese Kostenfreiheit auch auf Versand-, Beförderungs-, Arbeits- und Materialkosten bezieht.

Zu § 3

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 22 DURL und Art. 21 WKRL und stellt klar, dass von den in diesem Gesetz verankerten Bestimmungen **nicht durch vertragliche Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen** werden darf. Anderes gilt freilich ab dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat; ab diesem Zeitpunkt sind abweichende Vereinbarungen wirksam. Dieser aus den Richtlinien stammenden zeitlichen Differenzierung liegt erkennbar der Gedanke zugrunde, dass der Verbraucher, sobald er vom jeweiligen Mangel Kenntnis erlangt und diesen dem Unternehmer angezeigt hat, wegen des Bewusstseins der Mangelhaftigkeit nicht mehr Gefahr läuft, vom Unternehmer durch eine abweichende Vereinbarung übervorteilt zu werden. Und andererseits wollen die beiden Richtlinien dadurch ebenso erkennbar Vereinbarungen über die konkrete Abwicklung des Gewährleistungsfalls zulassen; konsensuale Gestaltungen darüber sollen nicht durch das Korsett der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen behindert werden. Dieses Konzept entspricht ja

auch der bisherigen Rechtslage (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bzw. § 9 Abs. 1 erster Satz KSchG).

Sehr wohl kann der Unternehmer dem Verbraucher aber schon von vornherein Vertragsbedingungen anbieten, die über den in den Richtlinien vorgesehenen Schutz hinausgehen.

2. Siehe dazu auch die korrespondierenden Zwingendstellung der Gesetzesbestimmungen über die Leistungsänderung in § 27 Abs. 5 VGG sowie über die Erfüllung und den Verzug bei der Bereitstellung digitaler Leistungen in § 7d Abs. 3 KSchG.

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch auf die in § 10 Abs. 4 vorgesehene Möglichkeit hingewiesen, die Gewährleistungsfrist für gebrauchte Waren auf ein Jahr zu verkürzen.

Zu § 4

1. Diese einleitende Grundsatzbestimmung über die **Gewährleistungspflicht des Unternehmers** entspricht in etwa den präambelartigen Regelungen in Art. 6 DURL und Art. 5 WKRL, die den jeweiligen Richtlinienanordnungen über die Vertragskonformität vorangestellt sind. Sie lehnt sich überdies an die Regelung des § 922 Abs. 1 ABGB an, der gleichsam die Grundnorm über die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Leistung (vgl. RV 422 BlgNR 21. GP 13) bildet und damit die fundamentale Prämisse für die nachfolgenden Bestimmungen des ABGB-Gewährleistungsrechts zum Ausdruck bringt.

2. Die beiden Richtlinien verwenden durchwegs die Begriffe „Vertragsgemäßheit“ und „Vertragswidrigkeit“. Bei der Umsetzung sollen jedoch – insofern schon der Tradition des GewRÄG (BGBl. I Nr. 48/2001 siehe RV 422 BlgNR 21. GP 9, 13) folgend – die aus dem ABGB bekannten Begriffe „**Mangel**“ bzw. „**mangelhaft**“ und als Gegenstück der Begriff „**mangelfreier Zustand**“ verwendet werden. Durch den Nachsatz „also keinen Mangel aufweist“ im ersten Satz des § 4 wird klargestellt, dass es sich beim Begriff „Mangel“ um ein Synonym für „Vertragswidrigkeit“ handelt.

3. Vom Mangelbegriff sind nach österreichischem Verständnis sowohl Sach- als auch Rechtsmängel umfasst. Die beiden Richtlinien gehen nach ihren Regelungen über die Vertragsmäßigkeit erkennbar vom Sachmangel aus. Der Bereich der **Rechtsmängel** wird allerdings – wenngleich nur sehr spezifisch für Nutzungsbeschränkungen durch Rechte Dritter – durch Art. 10 DURL und 9 WKRL angesprochen. Freilich enthalten diese Richtlinienbestimmungen weder eine vom österreichischen Begriffsverständnis abweichende Definition des Rechtsmangels noch sehen sie eigene Regelungen für Rechtsmängel vor. Sie räumen den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit ein, im Fall einer Beeinträchtigung durch die Rechte Dritter bei einer für diesen Fall innerstaatlich vorgesehenen Vertragsnichtigkeit oder Auflösbarkeit des Vertrags zu bleiben, anstatt das Regime der Richtlinien für diesen Fall zu etablieren. Da in Österreich aber der Rechtsmangel – vom Beginn des Fristenlaufs abgesehen – ohnehin gleich wie der Sachmangel behandelt wird, bedarf es **keiner Umsetzung von Art. 10 DURL und 9 WKRL**.

Zu § 5

1. Mit dieser Bestimmung werden die Regelungen von Art. 7 DURL und Art. 6 WKRL über die „**subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit**“ umgesetzt. Nach ErwGr. 26 WKRL handelt es sich dabei um jene Anforderungen, „die der Verkäufer und der Verbraucher im Kaufvertrag vereinbart haben“; ErwGr. 42 DURL spricht von den Anforderungen, „die zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher vertraglich vereinbart worden sind“. In den einzelnen Regelungselementen von Art. 7 DURL und Art. 6 WKRL wird in unterschiedlichen Formulierungen auf den Vertrag (bzw. Kaufvertrag) Bezug genommen (z. B. „die sich aus dem Vertrag ergeben“ oder „den Anforderungen des Vertrags entsprechend“ oder „wie im Kaufvertrag bestimmt“). Es spricht daher viel dafür, dass die subjektiven Anforderungen in etwa den „bedungenen Eigenschaften“ im Sinn des § 922 Abs. 1 ABGB gleichzuhalten sind (vgl. zur Dualität von subjektiven und objektiven Anforderungen und zu deren Abgrenzung *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019, 1041 [1043 ff.]). Deshalb werden diese Konformitätskriterien – anstelle ihrer Bezeichnung als „subjektive Anforderungen“ in den Richtlinien, die in der österreichischen Rechtssprache ein Fremdkörper wäre – bei ihrer Umsetzung in § 5 „**vertraglich vereinbarte Eigenschaften**“ genannt. Gegen diese Bezeichnung könnte eingewendet werden, dass es sich bei „vertraglich vereinbart“ um einen Pleonasmus handelt, doch entspricht diese Wendung eher dem täglichen Sprachgebrauch und findet sich auch in etlichen anderen zivilrechtlichen Bestimmungen (auch im ABGB). Vor allem aber ist diese Bezeichnung gut geeignet, den Unterschied zu den „objektiv erforderlichen Eigenschaften“ nach § 6 zu kennzeichnen.

„Vertraglich vereinbart“ sind freilich auch **konkudent vereinbarte Eigenschaften** bzw. Anforderungen, die sich aus der Vertragsauslegung anhand der konkreten Umstände des Vertragsabschlusses ergeben (vgl. *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019, 1041 [1044]).

2. In den **Z 1 – 4** werden **beispielhaft** Eigenschaften aufgelistet, die aufgrund vertraglicher Vereinbarung geschuldet sein können. Freilich sind nicht bei jedem Vertrag alle der hier genannten Anforderungen relevant, sondern es sind nur die jeweils vereinbarten Anforderungen zu erfüllen; dies wird durch die Wendung „soweit zutreffend“ im voranstehenden Einleitungssatz zum Ausdruck gebracht. Umgekehrt ist es natürlich denkbar, dass weitere Eigenschaften vereinbart werden, die in der Auflistung des § 5 keine Erwähnung finden. Bei der Beurteilung dessen, was vertraglich vereinbart wurde, sind auch vorvertragliche Informationen miteinzubeziehen, soweit sie Vertragsbestandteil geworden sind (ErwGr. 42 DIRL und ErwGr. 26 WKRL).

Zu den **sonstigen Merkmalen** nach **Z 1** können auch bestimmte rechtliche Eigenschaften gehören, wie zum Beispiel die Benutzbarkeit des Leistungsgegenstands aufgrund einer entsprechenden Lizenzvereinbarung oder die Typisierung eines Autos; die Grenze zu den objektiv erforderlichen Eigenschaften nach § 6 ist dabei allerdings fließend.

Vom vertraglich vereinbarten **Zweck** nach **Z 2** sind aufgrund des weiten Vertragsbegriffs des § 863 ABGB alle Arten der Bekanntgabe und Akzeptanz des Vertragszwecks erfasst. So kann etwa auch die Zustimmung des Unternehmers zu dem vom Verbraucher angestrebten Zweck konkludent geschehen.

Von einem **Kundendienst** ist nur in Art. 7 lit. c DIRL, nicht aber in Art. 6 lit. c WKRL die Rede. In § 5 **Z 3** wird daher dem Richtlinienrecht entsprechend nur für den Fall einer digitalen Leistung der Kundendienst erwähnt. Dennoch kann die Vertragsauslegung durchaus ergeben, dass auch bei herkömmlichen Waren oder Waren mit digitalen Inhalten die Bereitstellung eines Kundendienstes geschuldet ist. Und darüber hinaus kann es natürlich auch sein, dass bei Waren die Bereitstellung eines Kundendienstes ausdrücklich vereinbart ist.

Die vertraglich vereinbarten **Aktualisierungen** („Updates“) nach **Z 4** sind von jenen nach § 7 zu unterscheiden (siehe dazu auch die Erläuterungen zu § 7). Sie können – je nach Vertragsinhalt – die digitale Leistung bzw. das digitale Element verbessern, ihre Funktionen erweitern, sie an die technischen Entwicklungen anpassen, sie gegen neue Sicherheitsbedrohungen schützen oder auch anderen Zwecken dienen (vgl. ErwGr. 28 WKRL). Die unterbliebene Bereitstellung von vereinbarten Aktualisierungen stellt ebenso einen Mangel dar wie eine unvollständige oder fehlerhafte Aktualisierung (ErwGr. 44 DIRL und ErwGr. 28 WKRL).

Zu § 6

1. § 6 dient der Umsetzung der Regelungen von Art. 8 Abs. 1, 5 und 6 DIRL und Art. 7 Abs. 1, 2 und 5 WKRL über die „**objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit**“. Die Regelungen in Art. 8 DIRL und in Art. 7 WKRL, die sich mit Aktualisierungen sowie mit der erforderlichen Dauer der Vertragsmäßigkeit von digitalen Leistungen befassen, werden an anderer Stelle umgesetzt.

Die explizite, jeweils in einen eigenen Artikel aufgenommene Auflistung von objektiven Voraussetzungen der Vertragskonformität, von denen nur unter qualifizierten Voraussetzungen vertraglich abgewichen werden kann, war ein erhebliches Novum der beiden Richtlinien gegenüber der früheren Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Damit wurde nämlich gleichsam ein gesetzlicher Mindeststandard der Vertragsmäßigkeit eingeführt. Anstatt der in den Richtlinien gewählten Bezeichnung werden die hier statuierten Konformitätskriterien in Annäherung an die österreichische Terminologie (vgl. § 922 Abs. 1 ABGB) „**objektiv erforderliche Eigenschaften**“ genannt. Auch wenn sich aus einer Analyse der von den Richtlinien etablierten objektiven Anforderungen an die Vertragskonformität ergibt, dass diese mit den „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ im Sinn des § 922 Abs. 1 ABGB wohl weitgehend deckungsgleich sind (vgl. *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019, 1041 [1044 f.]), wird in § 6 nicht dieser Terminus des österreichischen Gewährleistungsrechts verwendet. Vielmehr soll durch die neue Bezeichnung „objektiv erforderliche Eigenschaften“ zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei diesem Mindeststandard um ein ganz neues Konzept handelt.

2. **Abs. 1** enthält zunächst im ersten Satz die Grundsatzanordnung, dass der Leistungsgegenstand zusätzlich zu den vertraglich vereinbarten Eigenschaften nach § 5 auch die objektiv erforderlichen Eigenschaften nach den nachfolgenden Absätzen aufweisen muss. Der zweite Satz regelt in Umsetzung der entsprechenden Vorgaben in den Richtlinien (in Art. 8 Abs. 5 DIRL und Art. 7 Abs. 5 WKRL) die Frage, auf welche Weise die Vertragsparteien die objektiven Konformitätskriterien abbedingen oder sonst abweichend festlegen können. Eine **Vereinbarung über eine Abweichung** von den objektiv erforderlichen Eigenschaften ist demnach nur 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**“ **zustimmen**.

Es reicht dabei nicht aus, dass der Verbraucher generell darüber informiert wird, dass Abweichungen von objektiv erforderlichen Eigenschaften vorliegen, und er dem in der Folge zustimmt. Die Information und die Zustimmung müssen sich vielmehr auf eine bestimmte, konkretisierte Abweichung beziehen. Zum Erfordernis der „ausdrücklichen und gesonderten“ Zustimmung wird in ErwGr. 49 DIRL ausgeführt, dass diese durch ein „aktives und eindeutiges Verhalten“ zum Ausdruck gebracht werden müsse. Als Beispiele für ein solches Verhalten werden „das Anklicken eines Kästchens“ oder die „Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion“ genannt. Das besondere Zustimmungserfordernis gilt aber nicht nur bei online geschlossenen Verträgen, sondern ebenso im stationären Handel. Es ist freilich nicht etwa als Formgebot in Richtung Textform (geschriebene Form) oder dauerhafter Datenträger oder gar in Richtung Schriftlichkeit im Sinn des § 886 ABGB zu verstehen; auch eine bloß mündlich gegebene Zustimmung reicht aus. Aus Beweisgründen kann allerdings die Vorlage einer Zustimmungserklärung zur Unterfertigung auch bei mündlich abgeschlossenen Kaufverträgen zweckmäßig sein.

3. In Abs. 2 werden jene Konformitätskriterien aufgelistet, die die Ware oder digitale Leistung aufweisen muss, um mangelfrei zu sein. Zur Klarstellung sei erwähnt, dass nicht jeder Leistungsgegenstand sämtliche dieser Kriterien erfüllen muss, sondern jeweils nur die im konkreten Einzelfall relevanten Kriterien zur Anwendung kommen. Bei den objektiven Kriterien wird zum Teil auf die **übliche Verwendung** (Z 1), zum Teil auf **Proben, Muster oder Testversionen** (Z 2 und 3) und zum Teil darauf abgestellt, was der **Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann** (Z 4); in der für die Praxis wohl wichtigsten Z 5 werden die Elemente der Verkehrsüblichkeit und der vernünftigen Verbrauchererwartung kombiniert. Zur „vernünftige Verbrauchererwartung“ wird in ErwGr. 46 DIRL ausgeführt: „Der Standard für Vernünftigkeit bei allen Verweisen in dieser Richtlinie darauf, was eine Person vernünftigerweise erwarten kann, sollte objektiv und unter Berücksichtigung der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, der Umstände des Einzelfalls und der Gebräuche und Gepflogenheiten der Vertragsparteien bestimmt werden. [...]“. Vgl. zur Überlegung, für eine differenzierende Beurteilung der objektiv erforderlichen Eigenschaften Referenzgruppen zu bilden, *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019, 1041 (1045 ff.).

4. Die Regelung des **Abs. 3** über die ausnahmsweise Irrelevanz öffentlicher Erklärungen setzt Art. 8 Abs. 1 lit. b sublit. i – iii DIRL und Art. 7 Abs. 2 WKRL um; sie entspricht im Wesentlichen Art. 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, der in § 922 Abs. 2 letzter Satz ABGB umgesetzt wurde.

5. Abs. 4 setzt Art. 8 Abs. 6 DIRL um. Dieser ordnet an, dass die digitale Leistung, sofern nichts anderes vereinbart wurde, in der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **neuesten verfügbaren Version** bereitgestellt werden muss. Für abweichende Vereinbarungen zu dieser Vorschrift sind in der Digitale-Inhalte-Richtlinie keine besonderen Formerfordernisse vorgesehen, insbesondere nicht die im obigen Punkt 2 besprochenen Voraussetzungen für die Abbedingung von den objektiv erforderlichen Eigenschaften nach Art. 8 Abs. 5 DIRL und Art. 7 Abs. 5 WKRL (Art. 8 Abs. 5 DIRL, der die besondere Form der Abbedingung normiert, nimmt nicht auf den nachfolgenden Art. 8 Abs. 6 DIRL Bezug). Demgemäß kann eine Vereinbarung, die die Bereitstellung einer digitalen Leistung in einer älteren Version vorsieht, gemäß § 6 Abs. 4 formfrei und ohne besondere Voraussetzungen getroffen werden; darauf wird zur Klarstellung im zweiten Halbsatz ausdrücklich hingewiesen.

In der Warenkauf-Richtlinie gibt es keine mit Art. 8 Abs. 6 DIRL korrespondierende Bestimmung, insbesondere auch nicht im Hinblick auf solche digitalen Leistungen, die bei Waren mit digitalen Elementen in der Ware enthalten oder mit dieser verbunden sind.

Zu § 7

1. Die Richtlinienvorgaben über die als objektive Anforderung vorgesehene **Aktualisierungspflicht** des Unternehmers bei digitalen Leistungen (in Art. 8 Abs. 2 und 3 DIRL) sowie bei Waren mit digitalen Elementen (in Art. 7 Abs. 3 und 4 WKRL) werden der besseren Übersichtlichkeit halber zusammengefasst in einer eigenen Bestimmung – eben in § 7 – umgesetzt. Es geht dabei nur um solche Aktualisierungen (also „Updates“), die erforderlich sind, damit der Leistungsgegenstand **weiterhin dem Vertrag entspricht** („Erhalt der Vertragsmäßigkeit“; vgl. auch ErwGr. 30 WKRL). Die dem in Art. 8 Abs. 2 DIRL und Art. 7 Abs. 3 WKRL hinzugefügte Wendung „einschließlich Sicherheitsaktualisierungen“ bedarf keiner gesonderten Umsetzung, weil zu jenen Aktualisierungen, die notwendig sind, damit die Ware oder digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht, ohnehin auch Sicherheitsaktualisierungen zählen.

Aus § 7 ergibt sich somit, dass eine Ware oder digitale Leistung mangelhaft wird (was entsprechende Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers zur Folge hat), wenn eine Aktualisierung, die etwa aufgrund neuer technischer Entwicklungen erforderlich wäre, um die Vertragskonformität aufrecht zu erhalten, nicht bereitgestellt wird. Das Gleiche gilt, wenn eine mangelhafte oder nicht ausreichende Aktualisierung zur Verfügung gestellt wird. Zu denken ist hier zum Beispiel an eine Sicherheitsaktualisierung, die erforderlich

wird, um gegen eine neue Schadsoftware gerüstet zu sein. Wird eine solche Aktualisierung nicht bereitgestellt oder wird nur eine Aktualisierung geliefert, die bloß teilweise gegen diese neue Schadsoftware wirksam ist, oder eine solche, die zwar gegen die Schadsoftware hilft, aber eine andere Sicherheitslücke aufweist, so entsteht dadurch ein Mangel, für den der Unternehmer gewährleistungsrechtlich haftet. Und gleichermaßen hat der Unternehmer für einen Mangel einzustehen, der durch die Aktualisierung erst verursacht oder ausgelöst wird. Wie schon erwähnt, ist der Unternehmer aber nach dieser Bestimmung nicht dazu verpflichtet, bloß verbesserte Versionen der digitalen Leistung bereitzustellen.

2. Die Aktualisierungspflicht des Unternehmers nach § 7 bezieht sich auf allgemein – also unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen – gebotene Aktualisierungen, die zusätzlich zu allenfalls im Sinn des § 5 Z 4 vereinbarten Aktualisierungen bereitzustellen sind. Für die **Abbedingung** dieser Aktualisierungspflicht gelten dieselben besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie nach § 6 Abs. 1 zweiter Satz (vgl. § 7 Abs. 1 zweiter Satz); siehe zu diesen Voraussetzungen die Ausführungen zu § 7 Punkt 2).

3. **Abs. 2** regelt – in Übernahme der Vorgaben in Art. 8 Abs. 2 DURL und Art. 7 Abs. 3 WKRL – die **Zeiträume**, während derer die **Aktualisierungspflicht** des Unternehmers besteht. Dabei wird zwischen der einmaligen (oder der mehrmals einzelnen) Bereitstellung und der fortlaufenden Bereitstellung unterschieden.

Z 1 legt für Verträge über die einmalige oder über die mehrmals einzelne Bereitstellung (siehe zu diesen Begriffen Näheres im nachfolgenden Punkt 4) einer digitalen Leistung keinen konkreten Zeitraum fest, sondern stellt dafür darauf ab, für welche Zeitspanne der Verbraucher derartige Aktualisierungen vom Unternehmer „**vernünftigerweise erwarten**“ kann. Siehe zum Verständnis des Begriffs der „vernünftigen Verbrauchererwartung“ die Erläuterungen zu § 6 Punkt 3.

Für Verträge über die fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum sieht Z 2 eine Aktualisierungspflicht für die gesamte **Dauer der Bereitstellungspflicht**, bei Waren mit digitalen Elementen jedoch mindestens für zwei Jahre nach deren Übergabe vor.

Innerhalb der genannten Zeiträume muss also (technischen) Entwicklungen erforderlichenfalls durch die Zurverfügungstellung einer geeigneten Aktualisierung entsprochen werden, um die Ware oder digitale Leistung in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Eine fehlende oder unzureichende Aktualisierung ist daher im Rahmen der Gewährleistung nachzureichen oder zu verbessern. Fraglich könnte sein, ob sich der Zeitraum, innerhalb dessen die Ware oder digitale Leistung durch Aktualisierung in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten ist, durch eine vom Unternehmer in Erfüllung seiner Aktualisierungspflicht nach § 7 bereitgestellte Aktualisierung verlängert oder nicht. Diese Frage kann letztlich nur der EuGH im Rahmen seiner Auslegung der Richtlinienvorgaben beantworten; die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass sie zu verneinen ist.

4. Die Begriffe der einmaligen oder mehrmals einzelnen Bereitstellung und der fortlaufenden Bereitstellung finden sich nicht nur in § 7, sondern auch in den §§ 18 und 19. Zu ihrer Bedeutung lässt sich den Erwägungsgründen zu den Richtlinien Folgendes entnehmen:

Eine **einmalige Bereitstellung** einer digitalen Leistung liegt nach ErwGr. 56 DURL etwa vor, wenn „[...] ein Verbraucher ein E-Book herunterlädt und auf seinem persönlichen Gerät abspeichert. Ähnlich kann die Bereitstellung aus einer Reihe solcher einzelnen Vorgänge bestehen, beispielsweise wenn der Verbraucher wöchentlich einen Link für das Herunterladen eines neuen E-Books erhält. Diese Kategorie digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ist dadurch gekennzeichnet, dass die Verbraucher danach unbefristeten Zugang auf und unbefristete Nutzungsrechte für die digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen haben.“ Die **mehrmals einzelne Bereitstellung** kann dieselbe Leistung betreffen, kann aber auch darin bestehen, dass voneinander verschiedene Leistungen sukzessive bereitzustellen sind.

Digitale Leistungen können dem Verbraucher aber auch **fortlaufend** über einen bestimmten oder einen unbestimmten Zeitraum **bereitgestellt** werden. Dies ist nach ErwGr. 57 DURL beispielsweise der Fall „bei Zweijahresverträgen für eine Cloud-Speicherung oder bei einer unbefristeten Mitgliedschaft bei einer Plattform für soziale Medien. Diese Kategorie ist dadurch gekennzeichnet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist. [...] Fortlaufende Bereitstellung sollte nicht unbedingt bedeuten, dass es sich dabei um eine langfristige Bereitstellung handelt. Beispielsweise sollte das Streaming eines Videoclips unabhängig von der tatsächlichen Abspieldauer der audiovisuellen Datei als eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum betrachtet werden. Fälle, in denen bestimmte Elemente der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen während des Zeitraums, in dem die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist, regelmäßig oder wiederholt bereitgestellt werden, sollten ebenfalls als fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum betrachtet werden, beispielsweise wenn der Vertrag vorsieht, dass ein Antivirenprogramm ein Jahr lang genutzt werden kann und in diesem Zeitraum immer am Ersten jeden

Monats automatisch aktualisiert wird oder dass der Unternehmer Aktualisierungen bereitstellt, wenn neue Merkmale eines Computerspiels verfügbar sind, und die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist.“

5. Abs. 3 stellt klar, dass der Unternehmer dem Verbraucher eine **Aktualisierung nur zur Verfügung zu stellen** hat. Es steht dem Verbraucher frei, eine ihm zur Verfügung gestellte Aktualisierung zu installieren oder davon Abstand zu nehmen. Hat der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und über die Folgen eines Unterbleibens ihrer Installation informiert und ist das Unterbleiben oder die nicht sachgemäße Durchführung der Installation durch den Verbraucher nicht auf eine mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen, so haftet der Unternehmer nicht für einen etwaigen, allein auf das **Unterbleiben der Aktualisierung** zurückzuführenden Mangel.

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass im Zusammenhang mit der Aktualisierungspflicht der klassische Mangelbegriff (bzw. der in den Richtlinien verwendete Begriff der Vertragswidrigkeit) eine Ausdehnung erfährt: Denn hier hat der Unternehmer ja zu dem sonst für die Beurteilung der Mangelfreiheit oder Mangelhaftigkeit immer maßgeblichen Zeitpunkt der Übergabe durchaus eine mangelfreie Leistung erbracht. Hier entsteht der Mangel durch die unterbleibende, fehlerhafte oder unvollständige Aktualisierung erst nach Übergabe – und zeitigt dennoch gewährleistungsrechtliche Folgen.

Zu § 8

1. § 8 dient der Umsetzung von Art. 9 DIRL und Art. 8 WKRL. **Abs. 1** enthält zunächst eine Regelung für den Fall, dass der Unternehmer nach dem Vertrag zusätzlich zur Lieferung der Ware auch zur **Montage oder Installation der Ware** verpflichtet ist, dabei jedoch durch unsachgemäßes Verhalten einen Mangel an der Ware verursacht. Sodann wird der Fall geregelt, dass die Montage oder Installation nach den vertraglichen Gegebenheiten zwar Sache des Verbrauchers ist, dieser dabei jedoch aufgrund eines Fehlers in der vom Unternehmer beigestellten Anleitung unsachgemäß vorgeht, wodurch die Ware einen Mangel davonträgt. In beiden Fällen hat der Unternehmer für den Mangel gewährleistungsrechtlich einzustehen. Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen § 9a KSchG, mit welchem Art. 2 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie umgesetzt wurde. Im letzten Satz des Abs. 1 wird klargestellt, dass bei Waren mit digitalen Elementen der Unternehmer einen Fehler in der Anleitung auch dann zu verantworten hat, wenn die Anleitung nicht von ihm, sondern vom Anbieter des digitalen Elements mitgeliefert wurde.

2. Abs. 2 enthält eine weitgehend gleichgelagerte Regelung für den Fall einer unsachgemäßen **Integration der bereitgestellten digitalen Leistung in die digitale Umgebung des Verbrauchers**. Hier wird allerdings im ersten Fall – Integration durch den Unternehmer – nicht auf eine vertragliche Verpflichtung des Unternehmers abgestellt (wie bei der Montage oder Installation der Ware). Diese Abweichung ist durch Art. 9 DIRL vorgegeben und dürfte ihren Grund wohl darin haben, dass eine digitale Leistung in den meisten Fällen in die Hard- und Softwareumgebung des Verbrauchers integriert werden muss und dass aufgrund der technischen Komplexität digitaler Leistungen in aller Regel es der Unternehmer ist, der diese Integration vornimmt (oder zumindest entsprechende Anweisungen oder Anleitungen zur Verfügung stellen muss); bei Waren ist hingegen das Erfordernis einer Montage oder Installation nicht der Regelfall.

3. In Abs. 1 erster Satz wird also – wie soeben erwähnt – auf eine **vertragliche Verpflichtung** des Unternehmers zur Montage oder Installation abgestellt. Eine solche Verpflichtung muss selbstverständlich nicht explizit vereinbart sein, sondern kann sich aus der Vertragsauslegung ergeben. Freilich ist auch für die nach Abs. 2 erster Satz vorgelagerte Frage, ob und in welcher Form der Unternehmer im konkreten Fall für die Integration der digitalen Leistung verantwortlich ist, auf den Vertragsinhalt abzustellen.

4. Soweit in den Regelungen des § 8 vom „**Unternehmer**“ gesprochen wird, ist damit nur jener Unternehmer gemeint, der auch die **Ware liefert** oder die **digitale Leistung bereitstellt**, nicht aber ein Dritter. Dies ergibt sich unter anderem eindeutig aus Art. 8 lit. a WKRL, in dem vom Verkäufer die Rede ist (siehe zur einheitlichen Verwendung des Begriffs „Unternehmer“ die Erläuterungen zu § 1 Punkt 3) Wenn sich der Unternehmer allerdings zur Erfüllung seiner Montage-, Installations- oder Integrationspflicht eines Dritten bedient, muss er sich dessen unsachgemäßes Verhalten gemäß § 1313a ABGB – selbstverständlich – zurechnen lassen.

5. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinien kann ein **Fehler der Anleitung** nicht nur in technisch falschen Anweisungen, sondern auch in unvollständigen oder unklaren Angaben, die die Verwendung für den Durchschnittsverbraucher erschweren, bestehen (ErwGr. 52 DIRL und ErwGr. 34 WKRL).

Zu § 9

Mit diesem Paragraphen beginnt der 2. Abschnitt, des Gesetzes also der Abschnitt mit den besonderen Regelungen über die **Gewährleistung beim Warenkauf**. Einleitend wird in dieser Bestimmung der **Anwendungsbereich** des 2. Abschnitts festgelegt.

Abs. 1 enthält die grundsätzliche Regelung über die Anwendung des 2. Abschnitts auf Verträge über den Kauf von Waren im erweiterten Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1.

Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 zweiter Satz WKRL, enthält also für Waren mit digitalen Elementen im Sinn des § 2 Z 4 die Anordnung über die Anwendung des 2. Abschnitts auch auf die mit den Waren verbundenen oder in ihnen enthaltenen digitalen Leistungen einschließlich der Zweifelsregel. Demnach gilt im Zweifel, dass die Bereitstellung der digitalen Leistung vom Vertrag über den Warenkauf mitumfasst ist und es sich somit um eine Ware mit digitalen Elementen handelt. Zum Begriff der Waren mit digitalen Elementen siehe die Erläuterungen zu § 2 Punkt 4.

Mit **Abs. 3** wird die Abgrenzungsregelung des Art. 3 Abs. 4 lit. a WKRL über körperliche Datenträger umgesetzt. Wird eine digitale Leistung auf einem körperlichen Datenträger – etwa einer CD-ROM oder einem USB-Stick – bereitgestellt und dient dieser körperliche Datenträger nur zur Bereitstellung, so sind nicht die Bestimmungen des 2. Abschnitts, sondern jene des 3. Abschnitts anzuwenden (vgl. auch die korrespondierende Anwendungsregelung des § 16 Abs. 3).

Zu § 10

1. Diese Bestimmung enthält die Regelung über den **Gewährleistungsumfang** und die **Gewährleistungsfristen** beim Warenkauf; sie dient der Umsetzung von Art. 10 WKRL.

2. **Abs. 1** setzt Art. 10 Abs. 1 WKRL um. Die Richtlinie spricht vom „Offenbarwerden“ der Vertragswidrigkeit als Ansatzpunkt für die gewährleistungsrechtliche Haftung (so auch schon Art. 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie). Für die Umsetzung wird – wie schon im GewRAG – der aus dem ABGB bekannte (§ 924, aber auch §§ 923 und 925) Begriff des „**Hervorkommens**“ herangezogen, der die gleiche Bedeutung wie der Richtlinie verwendete Terminus hat.

3. Als zeitliche Grundvoraussetzung für die gewährleistungsrechtliche Haftung (nämlich hinsichtlich des für die Beurteilung der Vertragswidrigkeit maßgebenden Zeitpunkts) sowie als die Gewährleistungsfrist auslösendes Ereignis stellt die Richtlinie auf die **Lieferung** der Waren ab, wozu in ErwGr. 38 WKRL klargestellt wird, dass die Bedeutung des Begriffs „Lieferung“ im nationalen Recht zu regeln ist. Den Mitgliedstaaten wird hier also ein Regelungsspielraum eingeräumt; sie können nach diesem Erwägungsgrund insbesondere die Frage regeln, „was der Verkäufer tun muss, um seine Pflicht zur Lieferung der Waren zu erfüllen“. In ErwGr. 40 WKRL wird allerdings für eine bestimmte Konstellation sehr wohl eine Vorgabe statuiert: In den Fällen, in denen der Unternehmer nach dem Kaufvertrag auch die Montage oder Installation schuldet, sollte die Ware erst dann als geliefert betrachtet werden, wenn die Installation oder Montage abgeschlossen ist. Das entspricht freilich ohnehin auch dem österreichischen Verständnis darüber, wann in einem solchen Fall die Übergabe (siehe zur Wahl dieses Begriffs für die Umsetzung sogleich im Folgenden) als bewerkstelligt gilt.

In § 933 Abs. 1 zweiter Satz ABGB wurde bisher auf den Zeitpunkt der „Ablieferung“ abgestellt. Allerdings lag schon der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch das GewRAG das Verständnis zugrunde, dass der bereits in dieser Richtlinie verwendete Begriff „Lieferung“ mit der „Übergabe“ nach österreichischem Begriffsverständnis gleichzusetzen ist (RV 422 BlgNR 21. GP 14). Dass bei dieser Umsetzung für den Beginn des Fristenlaufs in § 933 Abs. 1 ABGB dennoch an die „Ablieferung“ angeknüpft wurde, erklärt sich daraus, dass man damals die schon zuvor in Geltung gestandene Rechtslage übernehmen wollte (RV 422 BlgNR 21. GP 20). Die nunmehrige Richtlinienumsetzung soll aber zum Anlass genommen werden, für den Beginn der Frist – die jetzt als Gewährleistungsfrist und nicht mehr als Verjährungsfrist (siehe auch die bisherige Überschrift des § 933 ABGB) konstruiert wird – eine Vereinheitlichung mit dem auch sonst im Gewährleistungsrecht maßgeblichen Zeitpunkt der **Übergabe** (Vorliegen des Mangels nach § 924 erster Satz ABGB, Vermutung der Mangelhaftigkeit nach § 924 zweiter Satz ABGB; vgl. auch §§ 925 – 927 sowie § 933a Abs. 3 ABGB) herzustellen. Für das Verständnis des Begriffs der Übergabe können grundsätzlich die §§ 426 ff. ABGB und der zu diesen Bestimmungen herrschende Meinungsstand herangezogen werden; freilich können aufgrund der Regelungszwecke der mit diesem Begriff operierenden gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auch abweichende Beurteilungen erforderlich sein, wie das etwa – für den Anwendungsbereich des Verbrauchergewährleistungsgesetzes irrelevant, sehr wohl aber von Bedeutung für das entsprechend angepasste Gewährleistungsrecht des ABGB – bei der Gewährleistung für unbewegliche Sachen der Fall sein kann (Maßgeblichkeit der faktischen Übergabe und nicht der

grundbücherlichen Eintragung gemäß § 431 ABGB, vgl. etwa *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 933 Rz 45 f.). In diesem Kontext ist auch zu bedenken, dass die Möglichkeit des Verbrauchers zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Rechte aus der Gewährleistung sowie seiner Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung gemäß § 28 noch zumindest drei Monate über den Ablauf der Gewährleistungsfrist hinausreicht und daher der zeitliche Rahmen für die Wahrnehmung von Gewährleistungsrechten nun weiter gesteckt wird, als das bisher der Fall war.

4. Abs. 2 setzt Art. 10 Abs. 2 WKRL um; er regelt für Waren mit digitalen Elementen die Gewährleistungsfrist bei einem **Mangel der digitalen Leistung**, wenn diese nach dem Vertrag **fortlaufend bereitzustellen** ist. Aufgrund der vertraglichen Verpflichtung zur fortlaufenden Bereitstellung muss hier – im Gegensatz zur Grundregelung des Abs. 1 – der Mangel nicht schon bei Übergabe der Ware bestanden haben. Jeder Mangel der digitalen Leistung, der während der Dauer der vertraglichen Bereitstellungspflicht „auftritt oder hervorkommt“, begründet Gewährleistungspflichten des Unternehmers. Erstreckt sich die vertragliche Bereitstellungspflicht nur über einen kürzeren Zeitraum als zwei Jahre ab Übergabe der Ware, so hat der Unternehmer dennoch für jeden Mangel, der innerhalb von zwei Jahren ab Übergabe auftritt oder hervorkommt, Gewähr zu leisten, auch wenn zum Zeitpunkt des Auftretens oder Hervorkommens die Bereitstellungspflicht bereits geendet hat. Auch hier ist also – entsprechend den Richtlinienvorgaben – eine mindestens zweijährige Gewährleistungsfrist vorgesehen.

5. Abs. 3 hat keine Entsprechung in den Richtlinien; er nimmt auf die besondere Stellung Bedacht, die **Rechtsmängel** im österreichischen Gewährleistungsrecht einnehmen. Gemäß § 933 Abs. 1 zweiter Satz ABGB verjährt das Recht auf die Gewährleistung bei Rechtsmängeln erst zwei bzw. drei Jahre nach dem Tag, an dem der **Mangel dem Übernehmer bekannt wird**; auf den Zeitpunkt der Übergabe (bzw. der „Ablieferung“) kommt es hier nicht an. Diese – nach dem Erkenntnis des VfGH vom 11.10.2016, G 418/2015, JBl 2016, 776 = Zak 2017/176 sachlich gerechtfertigte – Unterscheidung des ABGB zwischen Sach- und Rechtsmängeln beim Fristenlauf soll auch im Verbrauchergewährleistungsgesetz berücksichtigt werden, weil eine diesbezügliche Schlechterstellung des Verbrauchers in Ansehung von Rechtsmängeln bei Rechtsgeschäften im Anwendungsbereich des VGG vermieden werden soll. Mit dieser österreichischen Fristkonzeption für Rechtsmängel ist aber eine an die Übergabe anknüpfende Gewährleistungsfrist nicht in Einklang zu bringen. Deshalb wird in Abs. 3 für Rechtsmängel gar **keine Gewährleistungsfrist** vorgesehen, sondern **nur an das Vorliegen des Mangels bei Übergabe angeknüpft**. Eine Befristung der Gewährleistungsrechte bei Rechtsmängeln wird also nicht hier angeordnet, sondern wird erst über die Verjährungsbestimmung in § 28 Abs. 2 bewirkt (die primär auf die Mangelkenntnis des Verbrauchers abstellt). Mit der Warenkauf-Richtlinie steht diese Sonderregelung für Rechtsmängel durchaus im Einklang, zumal Art. 10 Abs. 5 WKRL es den Mitgliedstaaten ermöglicht, (anstelle einer Gewährleistungsfrist) auch nur eine Verjährungsfrist beizubehalten oder einzuführen. Überdies sind Rechtsmängel im umfassenden Sinn der österreichischen Rechtsordnung von den Richtlinien nicht erfasst. Soweit in Art. 9 WKRL und Art. 10 DURL auf die Rechte Dritter Bezug genommen wird, ist damit nur ein Teil des möglichen Spektrums an Rechtsmängeln angesprochen und wird den Mitgliedstaaten zudem das Abgehen von den Bestimmungen der Richtlinien freigestellt (vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt 2 zu § 4).

Im zweiten Satz des Abs. 3 wird an die Regelung des Abs. 2 über Waren mit digitalen Elementen mit **fortlaufender Bereitstellungspflicht** angeknüpft. Nach der Grundregel des Abs. 2 muss der Mangel der digitalen Leistung ja nicht bereits bei Übergabe der Ware vorliegen, sondern wird die Gewährleistungspflicht des Unternehmers auch durch einen Mangel ausgelöst, der während der Bereitstellungspflicht (bzw. innerhalb der zweijährigen Mindestgewährleistungsfrist) auftritt. Diese Konzeption muss auch bei **Rechtsmängeln an der digitalen Leistung** gelten. Demgemäß wird im zweiten Satz angeordnet, dass der Unternehmer in dieser Fallkonstellation nicht nur für einen schon bei Übergabe der Ware existenten Rechtsmangel, sondern auch für jeden Rechtsmangel zu haften hat, der bei Beginn der Bereitstellung oder zu einem beliebigen Zeitpunkt während des Bereitstellungszeitraums vorliegt. Korrespondierend zur Regelung des Abs. 2 über eine weniger als zwei Jahre währende Bereitstellungspflicht muss allerdings zur Wahrung der Richtlinienkonformität auch hier eine mindestens zweijährige Haftungsdauer vorgesehen werden. Für diese Sonderregelung des Abs. 3 zweiter Satz kann es durchaus praktische Anwendungsfälle geben. Man denke nur etwa an den Fall, dass der Unternehmer bei Übergabe der Ware durchaus noch über die für die Bereitstellung der digitalen Leistung erforderliche Lizenz verfügt, dass jedoch diese Lizenz noch vor dem Ende der Bereitstellungspflicht ausläuft, sodass also der Rechtsmangel erst im Verlauf des Bereitstellungszeitraums entsteht. In einem solchen Fall hat der Unternehmer daher auch für den erst nachträglich eingetretenen Rechtsmangel gewährleistungsrechtlich zu haften. Für die zeitliche Begrenzung eines solchen Gewährleistungsanspruchs ist die Verjährungsbestimmung des § 28 Abs. 2 zweiter Satz zu beachten.

Bei allen Einzelregelungen des Abs. 3 kommt es jeweils auf das Vorliegen des Rechtsmangels, also auf dessen Existenz an. Unmaßgeblich ist hingegen, wann der Mangel objektiv hervorkommt oder wann der Verbraucher vom Mangel Kenntnis erlangt (Letzteres spielt dann erst bei der Verjährung eine Rolle).

6. In **Abs. 4** wird – wie schon bei der seinerzeitigen Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2) – von der den Mitgliedstaaten nun in Art. 10 Abs. 6 WKRL für **gebrauchte Waren** eingeräumten Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich der Zulässigkeit der **vertraglichen Verkürzung der Gewährleistungsfrist** bis zu einer zeitlichen Untergrenze von einem Jahr Gebrauch gemacht. Im Wesentlichen werden dafür die Regelungen aus § 9 Abs. 1 zweiter und dritter Satz KSchG (Aushandeln im Einzelnen als Wirksamkeitsvoraussetzung; Einschränkung bei Gebrauchtwagen) übernommen, welche daher an ihrem bisherigen Regelungsort entfallen können.

Zu § 11

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung der **Beweislastregeln** in Art. 11 WKRL. Bei der Grundregel des Abs. 1 für den im Geschäftsleben häufigeren Fall eines bloßen Zielschuldverhältnisses (dessen Paradebeispiel der Kauf ist, bei dem die Leistungspflicht des Verkäufers in der Regel mit der Übergabe der Ware erfüllt ist) wird die Vorgabe der Richtlinie entsprechend dem bisherigen Recht durch eine Vermutungsregel umgesetzt. Bei Waren mit digitalen Elementen und einer Vertragspflicht zur fortlaufenden Bereitstellung der digitalen Leistung sind hingegen die Vorgaben der Richtlinie äußerst unklar (siehe Näheres dazu im nachfolgenden Punkt 3), weshalb zur Vermeidung von Konformitätsrisiken für den Fall einer späteren Auslegung durch den EuGH die österreichische Umsetzung konstruktiv dem Vorbild der Richtlinie folgt und in Abs. 2 eine Beweislastregel (anstelle einer Vermutungsregel) statuiert wird.

2. **Abs. 1** entspricht inhaltlich § 924 ABGB, wobei anstatt einer sechsmonatigen **Vermutungsfrist** – wie von Art. 11 Abs. 1 WKRL vorgegeben – eine solche **von einem Jahr** zum Tragen kommt. Von der Möglichkeit nach Art. 11 Abs. 2 WKRL, die Vermutungsfrist auf zwei Jahre zu verlängern, wird kein Gebrauch gemacht (siehe zu den dafür maßgeblichen Überlegungen Punkt C.3.1 des Allgemeinen Teils).

3. **Abs. 2** wurde inhaltlich ohne Änderungen aus Art. 11 Abs. 3 WKRL übernommen; die Regelung wurde lediglich terminologisch an der einen oder anderen Stelle angepasst. Allerdings ist die Bedeutung dieser **Richtlinienbestimmung unklar**; die Anordnung über die Beweislast dafür, dass die digitale Leistung „innerhalb des in dem angeführten Artikel genannten Zeitraums“ (gemeint ist die Dauer der fortlaufenden Bereitstellung im Sinn des Art. 10 Abs. 2 WKRL) „vertragsgemäß war“, lässt mehrere Interpretationsmöglichkeiten zu. Wie bereits in den Erläuterungen zu § 10 unter Punkt 4 ausgeführt, haftet der Unternehmer bei Waren mit digitalen Elementen bei fortlaufender Bereitstellung für alle Mängel an der digitalen Leistung, die während des Bereitstellungszeitraums auftreten oder hervorkommen. Der Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers hängt also nicht davon ab, dass der Mangel der digitalen Leistung bereits bei Übergabe vorlag. Dennoch sieht Art. 11 Abs. 3 WKRL bei Hervorkommen eines Mangels während des Bereitstellungszeitraums eine Beweislast des Unternehmers dafür vor, dass die digitale Leistung während dieses Zeitraums dem Vertrag entsprochen hat. Bei Hervorkommen eines Mangels muss der Unternehmer demnach beweisen, dass die digitale Leistung mangelfrei war. Doch worauf muss sich dieser Mangelfreiheitsbeweis, der ja gerade an das Hervorkommen eines Mangels während des fraglichen Zeitraums anknüpft, nun eigentlich beziehen? Dass damit von der Grundregel, dass der Verbraucher das Auftreten („Hervorkommen“, „Offenbar-Werden“) eines Mangels zu beweisen hat, abgegangen werden soll, erscheint unwahrscheinlich, wäre es doch nicht sachgerecht, dem Unternehmer generell die Beweislast dafür aufzubürden, dass seine Leistung fortwährend dem Vertrag entspricht. Die Bestimmung könnte auch so ausgelegt werden, dass beim Auftreten eines Mangels bei einer Ware mit digitalen Elementen der Unternehmer beweisen muss, dass der Fehler die Hardware-Komponente und nicht die fortlaufend bereitzustellende digitale Leistung betrifft. Diese Auslegung ergäbe bei einem fortlaufenden Bereitstellungszeitraum von mehr als zwei Jahren Sinn, weil in diesem Fall bei einem später als zwei Jahre nach Übergabe auftretenden Mangel nur dann Gewähr zu leisten ist, wenn der Mangel die digitalen Elemente betrifft. Die Bestimmung könnte aber auch dahingehend verstanden werden, dass der Unternehmer bei Hervorkommen eines Mangels zu einem bestimmten Zeitpunkt während des Bereitstellungszeitraums die Beweislast dafür trägt, dass die digitale Leistung vor diesem Zeitpunkt, also während des bereits zurückliegenden Bereitstellungszeitraums, mangelfrei war (vgl. näher zu diesen Interpretationsmöglichkeiten *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2020, 101 [102 f.]). Für den Umsetzungsgesetzgeber verbietet es sich, den Versuch zu unternehmen, im Rahmen der Transformation dieser unklaren Bestimmung ins innerstaatliche Recht gleichsam Licht ins Dunkel zu bringen und die Regelung in Richtung einer dieser Interpretationsvarianten zu verdeutlichen. Denn welches Verständnis wirklich an diese Anordnung anzulegen ist, kann letztlich nur der EuGH entscheiden; und wenn er zu einem anderen Interpretationsergebnis käme als der Umsetzungsgesetzgeber, könnte sich die „verdeutlichte“

Umsetzungsbestimmung richtlinienwidrig sein. Aus diesem Grund beschränkt sich Abs. 2 inhaltlich auf die Wiedergabe des Art. 11 Abs. 2 WKRL.

Zu § 12

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 13 WKRL; sie trifft die **Grundsatzregelung über die einzelnen Gewährleistungsbehelfe** und legt deren **Verhältnis zueinander** fest. Entsprechend dem vollharmonisierten Abhilfenregime der Warenkauf-Richtlinie wird darin neuerlich eine **Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe** vorgesehen, wie dies schon im bisherigen Gewährleistungsrecht der Fall war. In Anlehnung an § 932 ABGB lautet die Überschrift der Bestimmung „Rechte aus der Gewährleistung“.

2. Wie schon bei der Transformation der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch das GewRÄG sollen auch bei der nunmehrigen Richtlinienumsetzung grundsätzlich die im österreichischen Gewährleistungsrecht etablierten Begriffe – insbesondere auch für die einzelnen Gewährleistungsbehelfe – beibehalten werden. Deshalb ist hier vom „Mangel“ (statt „Vertragswidrigkeit“) und von der „Herstellung des mangelfreien Zustands“ (statt „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“) die Rede. Die Gewährleistungsbehelfe der ersten Stufe werden weiterhin **„Verbesserung“** (mit der Untergliederung in „Nachbesserung“ und „Nachtrag des Fehlenden“) sowie **„Austausch“** genannt (statt „Nachbesserung“ und „Ersatzlieferung“). Auf der zweiten Ebene bleibt es bei dem bekannten Begriff der **„Preisminderung“**, welcher auch in der Warenkauf-Richtlinie verwendet wird. Hingegen soll der weitestgehende Behelf, für den die Warenkauf-Richtlinie den Ausdruck „Beendigung des Kaufvertrags“ verwendet (in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie noch: „Vertragsauflösung“), im österreichischen Recht nicht mehr als „Wandlung“ bezeichnet werden, weil die beiden nunmehrigen Richtlinien in diesem Zusammenhang eine entscheidende Neuerung mit sich bringen: Die „Beendigung des Vertrags“ wird zwingend – nämlich vollharmonisiert vorgegeben – bereits durch eine bloße, formfreie Erklärung des Verbrauchers bewirkt; eine innerstaatliche Konstruktion, die die Vertragsbeendigung an eine gerichtliche Geltendmachung durch den Verbraucher knüpfte und die Vertragsbeendigung erst mit dem gerichtlichen Ausspruch bewirkt sähe, wäre nicht mehr richtlinienkonform. Auch der österreichische Gesetzgeber kann deshalb nicht mehr bei seinem bisherigen Regelungskonzept bleiben, wonach die Wandlung einer gerichtlichen Entscheidung bedurfte. Es liegt nahe, diesen Wechsel des Regelungsdesigns auch durch eine Änderung der Begrifflichkeit deutlich zu machen. Der ohnehin veraltet anmutende Begriff „Wandlung“ soll daher durch die passendere, zeitgemäßere Wendung **„Auflösung des Vertrags“** ersetzt werden. Diese terminologische Neuerung wird zudem auch dem Anliegen gerecht, dass sich die Formulierung von Gesetzestexten nicht allzu weit von einem alltagsprachlichen Verständnis entfernen solle.

3. In **Abs. 1** werden – in Übernahme des Regelungsinhalts von Art. 13 Abs. 1 WKRL – die Handlungsmöglichkeiten des Verbrauchers bei Mangelhaftigkeit der Ware präambelhaft aufgelistet. Darin wird noch nicht zwischen den beiden Gewährleistungsbehelfen der ersten Stufe unterschieden.

4. **Abs. 2** setzt inhaltlich Art. 13 Abs. 2 WKRL um und normiert den **Primat der Verbesserung oder des Austausches** (siehe dazu auch die obigen Erläuterungen unter Punkt 1 und 2). Die Formulierung der Umsetzungsbestimmung lehnt sich an die Bestimmung des § 932 Abs. 2 ABGB an. Das **Recht zur Wahl** zwischen den beiden Behelfen der ersten Stufe liegt grundsätzlich beim **Verbraucher**. Nach ErwGr. 48 WKRL „[...] sollten Verbraucher zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen können. Wird dem Verbraucher die Möglichkeit geboten, eine Nachbesserung zu verlangen, dürfte dies einen nachhaltigen Verbrauch fördern und zur Verlängerung der Haltbarkeit von Produkten beitragen. Die Möglichkeit für den Verbraucher, zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu wählen, sollte nur dann beschränkt werden, wenn die gewählte Möglichkeit rechtlich oder tatsächlich unmöglich wäre oder wenn sie dem Verkäufer im Vergleich zu der anderen in Betracht kommenden Option unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.“ Als Kriterien für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit werden in Umsetzung der lit. a bis c des Art. 13 Abs. 2 WKRL – demonstrativ – der Wert der Waren ohne Mangel, die Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe verbundenen Unannehmlichkeiten des Verbrauchers genannt.

5. **Abs. 3** dient der Umsetzung von Art. 13 Abs. 3 WKRL. Mit dieser Bestimmung wird das Recht des Unternehmers normiert, den **Verbraucher auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe zu verweisen**, wenn die Gewährleistungsbehelfe der ersten Stufe **unmöglich** sind oder für den Unternehmer mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden wären. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit sind hier ebenfalls der Wert der mangelfreien Ware sowie die Schwere des Mangels (nicht auch die Unannehmlichkeiten des alternativen Behelfs für den Verbraucher) zu berücksichtigen. In ErwGr. 49 WKRL wird ein Beispiel für einen unverhältnismäßig hohen Aufwand angeführt: „Wenn sich die Waren beispielsweise an einem anderen Ort befinden als dem, von dem aus sie ursprünglich geliefert wurden, könnten dem Verkäufer unverhältnismäßige Versand- und Beförderungskosten entstehen“.

6. Abs. 4 setzt die Vorgaben von Art. 13 Abs. 4 WKRL über die **Voraussetzungen für einen Wechsel auf die zweite Gewährleistungsstufe** auf Wunsch des Verbrauchers um. Dabei wird jedoch – weil sich die in lit. a bis d der Richtlinie angeführten Fallkonstellationen zum Teil überschneiden und auch nicht nachvollziehbar geordnet sind – zur Verbesserung der Systematik ein anderer Aufbau als in der Warenkauf-Richtlinie gewählt, welcher dem chronologischen Ablauf bei der Mängelbehebung folgt. Die Aufzählung setzt beim frühestmöglichen Zeitpunkt an, nämlich dem Fall, dass ein Mängelbehebungsversuch wegen der Gravität des Mangels von vornherein nicht in Betracht kommt. Wegen der streng chronologischen Systematik kann aus der Reihenfolge der Z 1 bis 5 des Abs. 4 keinesfalls auf die Häufigkeit der einzelnen Konstellationen geschlossen werden.

6.1. Abs. 4 Z 1 entspricht Art. 13 Abs. 4 lit. c WKRL. Eine sofortige Geltendmachung der sekundären Gewährleistungsbehelfe ist möglich, wenn dies aufgrund der **Schwere des Mangels** gerechtfertigt ist. In § 932 Abs. 4 zweiter Satz letzter Fall ABGB findet sich ein vergleichbarer Tatbestand, der auf Unzumutbarkeit wegen eines Verlustes des Vertrauens in die Person des Übergebers abstellt. Die Richtlinienbestimmung über die Schwere des Mangels läuft im Ergebnis wohl auf das Gleiche hinaus, indem aus der besonderen Art des Mangels auf die fehlende Vertrauenswürdigkeit des Übergebers hinsichtlich seiner Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Mängelbehebung geschlossen wird. Der Vertrauensverlust muss sich dabei also nicht primär auf die Person des Unternehmers beziehen, sondern kann aus der Natur des Mangels abgeleitet werden. Der letzte Satz des ErwGr. 52 WKRL besagt dazu: „Gleichermaßen könnte die Vertragswidrigkeit in bestimmten Fällen so schwerwiegend sein, dass der Verbraucher nicht mehr darauf vertrauen kann, dass der Verkäufer in der Lage ist, den vertragsgemäßen Zustand der Waren herzustellen, beispielsweise wenn die Vertragswidrigkeit die Möglichkeit des Verbrauchers zur normalen Verwendung der Waren ernsthaft beeinträchtigt und von ihm nicht erwartet werden kann, darauf zu vertrauen, dass eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung durch den Verkäufer dem Problem abhelfen würde.“ Zu denken ist dabei etwa – das ist ein Beispiel, das im Zuge der Verhandlungen zur Richtlinie mehrmals genannt wurde – an ein fabriksneues Mountainbike, das nur mit gänzlich unzureichenden Bremsen geliefert wird. Ein weiteres Beispiel für diese Konstellation ist dem ErwGr. 65 DRL zu entnehmen: „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.“

6.2. Abs. 4 Z 2 setzt einerseits Art. 13 Abs. 4 lit. a letzter Fall WKRL (**berechtigte Verweigerung** der Mängelbehebung) und andererseits eine Fallkonstellation des Art. 13 Abs. 4 lit. d WKRL (**unberechtigte Verweigerung**) um und berechtigt in beiden Fällen den Verbraucher dazu, umgehend den Preis zu mindern oder den Vertrag aufzulösen.

6.3. Abs. 4 Z 3 entspricht Art. 13 Abs. 4 lit. d WKRL. Ergibt sich aus den Erklärungen des Unternehmers oder aus sonstigen Umständen, dass der Unternehmer den **Mangel nicht, nicht in angemessener Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher **beheben wird**, so berechtigt dies den Verbraucher zur Geltendmachung der Behelfe der zweiten Stufe. Der erste Fall dieser Ziffer („aus den Erklärungen des Unternehmers“) deckt sich hinsichtlich des gänzlichen Unterbleibens der Mängelbehebung mit dem Tatbestand der unberechtigten Verweigerung nach Z 2; diese Überschneidung ist aufgrund der komplexen Richtlinienvorgaben nicht zu vermeiden.

6.4. Abs. 4 Z 4 korreliert mit Art. 13 Abs. 4 lit. a erster und zweiter Fall WKRL. Die Bestimmung deckt zwei unterschiedliche Fallkonstellationen ab: einerseits jene, dass der Unternehmer seiner **Pflicht zur Mängelbehebung nicht nachgekommen** ist (Art. 13 Abs. 4 lit. a erster Fall WKRL), und andererseits den Fall, dass der Unternehmer den Mangel zwar behoben hat, er dabei aber seiner Pflicht zur **Rücknahme** der ausgetauschten Ware nach § 13 Abs. 2 oder zur **Entfernung** der Ware bzw. zur **Montage** oder Installation der Ersatzware oder der Übernahme der Kosten dafür nach § 13 Abs. 3 nicht nachgekommen ist (Art. 13 Abs. 4 lit. a zweiter Fall WKRL).

Der erstgenannte Fall (Unterbleiben der Mängelbehebung) wird durch die Bezugnahme auf eine **„angemessene Frist“** ergänzt, weil die Bestimmung ansonsten dahingehend missverstanden werden könnte, dass der Verbraucher sogleich bei Entdeckung des Mangels umgehend ein Recht auf Preisminderung oder Vertragsauflösung habe, ohne dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Vornahme der Verbesserung einräumen zu müssen, was aber dem ausdrücklichen Willen des Richtliniengabers widerspräche (vgl. dazu ErwGr. 50 WKRL).

Im zweitgenannten Fall (Mängelbehebung zwar erfolgt, aber unter Verabsäumung der Nebenpflichten Rücknahme, Entfernung, Montage) stehen dem Verbraucher **trotz erfolgter Verbesserung oder** geschehenen **Austausches** die **Gewährleistungsbehelfe der zweiten Stufe** zu. Dies mag nach österreichischem dogmatischen Verständnis merkwürdig erscheinen, ist aber durch Art. 13 Abs. 4 lit. a

zweiter Fall WKRL vorgegeben. Ein besonders wenig sachgerechtes Ergebnis läge vor, wenn der Verbraucher in einem solchen Fall tatsächlich die Auflösung des Kaufvertrags über die nun verbesserte oder ausgetauschte Ware verlangen könnte. In der Praxis wird dies allerdings höchstens in besonderen Ausnahmekonstellationen in Betracht kommen, weil gemäß § 12 Abs. 5 eine Vertragsauflösung dann nicht möglich ist, wenn der Mangel nur geringfügig ist, und hier der eigentliche Mangel durch Verbesserung oder Austausch ja bereits behoben wurde. In aller Regel wird die Rechtsfolge dieser Bestimmung daher nur in einer Preisminderung liegen können. In dogmatischer Betrachtung könnte man diese **Preisminderung als eigentlichen Schadenersatzanspruch im gewährleistungsrechtlichen Gewand** begreifen, der sich zumeist wohl mit den Kosten für die Rücknahme der mangelhaften Ware (§ 13 Abs. 2) oder mit den Entfernung- und Montagekosten (§ 13 Abs. 3) beziffern wird. In diesem Sinn wird man für diese Konstellation die Bemessungsregelung des § 14 Abs. 2 wohl korrigierend verstehen müssen, zumal die Ware selbst keinen Mangel mehr aufweist.

6.5. In Abs. 4 **Z 5** findet sich schließlich die Umsetzung von Art. 13 Abs. 4 lit. b WKRL; diese Regelung betrifft den Fall, dass ein **Mangel trotz Verbesserungsversuchs** des Unternehmers auftritt (oder immer noch besteht). Wie viele Verbesserungsversuche der Verbraucher zu akzeptieren hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. In ErwGr. 52 WKRL wird dazu ausgeführt, dass es insbesondere bei teuren oder komplexen Waren gerechtfertigt sein könne, dem Unternehmer mehr als einen Verbesserungsversuch zu gestatten. Wenn dasselbe Problem ein zweites Mal auftrete, könne dies allerdings gegen die Gewährung eines zweiten Versuchs sprechen, sofern vom Verbraucher nicht erwartet werden könne, dass dieser weiterhin auf die Fähigkeit des Unternehmers vertraue, den Mangel zu beheben. Die Frage, ob es sich bei dem nach Z 5 trotz Verbesserung auftretenden Mangel um denselben Mangel wie vor dem Verbesserungsversuch handeln muss, ist aus dem Richtlinienentwurf nicht eindeutig zu beantworten. Es ist aber wohl davon auszugehen, dass sich dieser Tatbestand sowohl auf das neuerliche Auftreten desselben Mangels als auch auf das Auftreten eines anderen (schon bei Übergabe vorhanden gewesenen) Mangels als auch auf einen durch den Verbesserungsversuch hervorgerufenen Mangel bezieht.

7. Gemäß **Abs. 5** hat der Verbraucher bei einem bloß **geringfügigen Mangel** – der allerdings im Zweifel nicht angenommen wird – **kein Recht auf Vertragsauflösung**; damit wird Art. 13 Abs. 5 WKRL umgesetzt. In ErwGr. 53 WKRL wird dazu ausgeführt: „Um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien zu wahren, sollte der Verbraucher nur dann Anspruch auf Beendigung des Vertrags haben, wenn die Vertragswidrigkeit nicht geringfügig ist.“ Die Bestimmung entspricht – mit Ausnahme der Zweifelsregel – der bisherigen Rechtslage (Art. 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie; § 932 Abs. 4 erster Satz ABGB).

8. Einer expliziten Umsetzung von Art. 13 Abs. 6 WKRL bedarf es nicht, weil sich das **Zurückbehaltungsrecht des Verbrauchers** nach der österreichischen Rechtslage bereits aus § 1052 ABGB ergibt (so das einhellige Verständnis von Lehre und Rechtsprechung; statt aller etwa RIS-Justiz RS0018462; *Apathy/Perner* in KBB⁶ § 1052 Rz 2; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1052 Rz 17).

9. Rechtsbehelfe und Rechtsinstitute, die dem Verbraucher **nach allgemeinem Zivilrecht** parallel zu den Gewährleistungsbehelfen zur Verfügung stehen (wie etwa Irrtumsanfechtung, Sittenwidrigkeit, *laesio enormis* oder Schadenersatz) bleiben von der Richtlinienumsetzung unberührt und können bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen weiterhin alternativ zu den Handlungsmöglichkeiten nach dem Verbrauchergewährleistungsgesetz geltend gemacht werden. Dies wird in ErwGr. 18 WKRL klargestellt, in dem ausgeführt wird, dass die Richtlinie nationales Recht unberührt lässt, „soweit die betreffenden Angelegenheiten nicht durch diese Richtlinie geregelt sind, insbesondere die Rechtmäßigkeit der Waren, Schadenersatz und Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts wie das Zustandekommen, die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen von Verträgen.“

Zu § 13

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 14 WKRL und regelt die **Modalitäten der Durchführung von Verbesserung und Austausch**.

2. Abs. 1 entspricht inhaltlich der Regelung des Art. 14 Abs. 1 WKRL. In lit. a dieser Richtlinienbestimmung ist vorgesehen, dass die Nachbesserung oder Ersatzlieferung „unentgeltlich“ geschehen müsse; der genaue Inhalt dieser Anforderung erschließt sich erst aus dem Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeitsdefinition in Art. 2 Z 14 WKRL. Eine solche Definition wird in das Verbrauchergewährleistungsgesetz nicht aufgenommen (siehe dazu auch die Ausführungen in Punkt 7 zu § 2); stattdessen wird in Abs. 1 angeordnet, dass die Verbesserung oder der Austausch „**ohne Kosten für den Verbraucher**“ vorzunehmen sind. Diese Kostenlosigkeitsregelung differenziert nicht etwa nach einzelnen Kostenarten und bezieht sich daher unterschiedslos auf sämtliche Kosten, die im Zuge der Mangelbehebung entstehen können, und daher auch auf die in Art. 2 Z 14 WKRL beispielhaft genannten

Versand-, Beförderungs-, Arbeits- und Materialkosten. An dieser Stelle ist anzumerken, dass zu den möglichen Kosten der Mangelbehebung auch allfällige Kosten für die Prüfung des Vorliegens eines Mangels (sogenannte „Mangelerhebungskosten“) zählen; auch diese Kosten dürfen daher dem Verbraucher nicht angelastet werden. Die zeitlichen („innerhalb einer angemessenen Frist“) und operativen („ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“) Vorgaben für die Mangelbehebung sind inhaltlich identisch mit jenen des bisherigen Rechts (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie; § 932 Abs. 3 ABGB).

3. Abs. 2 erlegt dem Unternehmer – in Umsetzung von Art. 14 Abs. 2 zweiter Satz WKRL – die Pflicht auf, eine **ausgetauschte Ware** auf seine Kosten **zurückzunehmen**. Wenn also etwa beim Kauf einer Waschmaschine die Behebung eines Mangels durch Austausch geschieht, darf der Unternehmer die mangelhafte Maschine nicht einfach beim Verbraucher belassen, sondern muss für deren – für den Verbraucher kostenfreien – Abtransport sorgen.

Der erste Satz des Art. 14 Abs. 2 WKRL wird im neu formulierten § 8 Abs. 2 KSchG umgesetzt.

4. Abs. 3 dient der Umsetzung der **Aus- und Einbauregelung** von Art. 14 Abs. 3 WKRL; mit dieser Bestimmung hat der Richtliniengeber die Zentrale Aussage des EuGH-Urteils *Gebr. Weber und Putz* positiviert (*Stabtheiner in Stabtheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* [Hrsg.] 1 [21 ff.]). Wenn nach den Gegebenheiten des jeweiligen Gewährleistungsfalles diese zusätzliche Entfernungs- und Montagepflicht des Unternehmers zum Tragen käme, kann das freilich umso eher zum Untunlichkeitseinwand (unverhältnismäßig hoher Aufwand) des § 12 Abs. 3 führen.

5. In Abs. 4 wird Art. 14 Abs. 4 WKRL umgesetzt, mit dem eine Verpflichtung des Verbrauchers zur Leistung einer **Zahlung für die normale Verwendung einer** in der Folge dann **ausgetauschten Ware** – also eines Benützungsentgelts oder sonstigen „Wertausgleichs“ – explizit **verneint** wird. Die Warenkauf-Richtlinie enthält eine solche Regelung nur für den Fall der Ersetzung der Ware. Für die anderen Gewährleistungsbehelfe finden sich darin keine vergleichbaren Bestimmungen; dies gilt im Besonderen auch für die Frage eines allfälligen Benützungsentgelts im Fall der Vertragsauflösung. Gemäß ErwGr. 59 WKRL bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, andere als die in der Richtlinie vorgesehenen Folgen der Vertragsbeendigung zu regeln, beispielsweise die Folgen der Wertminderung der Waren oder die Folgen ihrer Zerstörung oder ihres Verlusts. Mangels einer unionsrechtlichen Vorgabe sollen zu derartigen Fragen aber keine besonderen gesetzlichen Regelungen im Gewährleistungsrecht getroffen werden. So sind daher auch die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß ein Verbraucher für den Gebrauch der Ware bis zu deren Rückstellung aufgrund einer Vertragsauflösung ein Benützungsentgelt zu zahlen oder einen sonstigen Vorteilsausgleich zu leisten hat, weiterhin nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu beantworten; die Rechtsanwendung hat dafür schon in der Vergangenheit adäquate Lösungsansätze gefunden.

Zu § 14

1. In Abs. 1 wird angeordnet, dass der Verbraucher sein **Recht auf Preisminderung** durch eine **an keine Form gebundene** (wohl aber empfangsbedürftige; vgl. dazu Punkt 2 zu § 15) **Erklärung** ausüben kann. In der Warenkauf-Richtlinie gibt es dafür zwar kein unmittelbares Vorbild. Doch bestimmt sie in ihrem Art. 16 Abs. 1, dass der Verbraucher sein Recht auf Beendigung des Kaufvertrags durch (bloße) Erklärung an den Verkäufer ausübt. Wenn aber die Warenkauf-Richtlinie schon beim weitestgehenden Gewährleistungsbehelf der Vertragsauflösung Formfreiheit der Ausübung vorgibt, kann dies nach einem Größenschluss beim weniger weitreichenden Behelf der Preisminderung nicht anders sein. Für das österreichische Recht liegt darin schon ein gewisser Paradigmenwandel, zumal ja bisher in § 933 Abs. 1 ABGB die gerichtliche Geltendmachung des Rechts auf Gewährleistung innerhalb der dort statuierten Fristen vorgesehen war. Das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung innerhalb der von den Richtlinien vorgegebenen Fristen lässt sich daher nun nicht mehr aufrechterhalten; siehe allerdings zu der an den Ablauf der Gewährleistungsfristen anschließenden Verjährungsfrist (die ihrerseits nur durch rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung wahrgenommen werden kann) die Neuregelungen in § 28 VGG sowie in § 933 Abs. 3 ABGB.

2. Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 15 WKRL betreffend die **Berechnung der Preisminderung**. Die Regelung entspricht der auch im Gewährleistungsrecht des ABGB angewendeten relativen Berechnungsmethode.

Zu § 15

1. Mit dieser Bestimmung wird Art. 16 WKRL umgesetzt, der nähere Regelungen zur **Beendigung des Kaufvertrags** vorgibt. Die wichtigste Neuerung dieser Bestimmung gegenüber der bisherigen

Unionsrechtslage liegt darin, dass die Warenkauf-Richtlinie – anders als ihre Vorgängerin, die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – eine ausdrückliche Regelung über die Ausübung des Rechts auf Vertragsbeendigung enthält (vgl. auch ErwGr. 59 WKRL). Sie sieht in ihrem Art. 16 Abs. 1 vor, dass dafür bereits eine an den Verkäufer gerichtete Erklärung ausreicht, mit der der Entschluss des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck gebracht wird; eine bestimmte Form wird für diese Erklärung nicht gefordert. Dadurch gibt die Richtlinie zwingend die Formfreiheit der Vertragsauflösung vor und führt somit im österreichischen Recht zu einer **Abkehr vom Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung** gemäß § 933 Abs. 1 ABGB (in seiner bisherigen Fassung).

2. Daher wird in **Abs. 1** – anders als bisher in § 933 Abs. 1 ABGB – vorgesehen, dass der Verbraucher den Vertrag durch **einfache Erklärung** zur Auflösung bringen kann; zur Klarheit wird darin auch angeordnet, dass die Auflösungserklärung an keine bestimmte Form gebunden ist. Selbstverständlich tritt die Rechtswirkung der Vertragsauflösung nur dann ein, wenn der Verbraucher aufgrund eines Mangels nach den Regelungen des § 12 zur Auflösung berechtigt ist. Mit welchem Zeitpunkt die Erklärung des Verbrauchers ihre Wirksamkeit entfaltet, geht aus der Warenkauf-Richtlinie nicht hervor. Nach allgemeinem Schuldrecht – das ja unberührt bleibt, „soweit die betreffenden Angelegenheiten nicht durch die Richtlinie geregelt sind“ (ErwGr. 18 WKRL) – ist davon auszugehen, dass es sich bei der Auflösungserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, sodass erstens der **Zugang der Erklärung** an den Unternehmer Voraussetzung für die Vertragsauflösung ist und zweitens der Vertrag erst mit dem Erklärungszugang (und nicht etwa schon mit der Absendung der Erklärung) aufgelöst wird. Zu Abwicklungsproblemen und Zweifelsfragen könnte dieses Verständnis freilich etwa in Fällen führen, in denen der Unternehmer die Verbesserung oder den Austausch nicht in angemessener Frist vornimmt, weswegen der Verbraucher durch ein an den Unternehmer gerichtetes, postalisch versendetes Schreiben die Vertragsauflösung erklärt und dann sogleich – beispielsweise – einen Deckungskauf vornimmt. Behebt der Unternehmer nun doch den Mangel etwa durch Zusendung einer Austauschware, bevor die Auflösungserklärung bei ihm einlangt, so könnte sich die Frage stellen, ob dennoch eine Vertragsauflösung bewirkt wurde. In Zeiten der zusehends vorherrschenden elektronischen Kommunikation kann jedoch angenommen werden, dass sich solche Überschneidungen nicht häufig ergeben werden. Letztlich wird nur eine Auslegung durch den EuGH Klarheit darüber geben, zu welchem Zeitpunkt eine vom Verbraucher übersendete Erklärung den Vertrag zur Auflösung bringt und wie eine derartige Überschneidungssituation zu lösen ist. Das hier Gesagte gilt im Übrigen gleichermaßen auch für die Digitale-Inhalte-Richtlinie.

3. Abs. 2 trifft in Umsetzung von Art. 16 Abs. 2 WKRL Regelungen für den Fall, dass **nur ein Teil der Ware(n) mangelhaft** ist. Der Verbraucher kann den Vertrag demnach nur für den mangelhaften Teil der Ware auflösen, es sei denn, vom Verbraucher kann vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass er den mangelfreien Teil der Ware behält. Hier wird man im Sinn der Rechtsprechung zur **(Un-)Teilbarkeit von Leistungen** wohl darauf abstellen, ob der Verbraucher den Vertrag zu den gleichen Bedingungen auch über einen Teil der Waren gegen entsprechend geringeres Entgelt abgeschlossen hätte (vgl. RIS-Justiz RS0017293).

4. Abs. 3 dient der Umsetzung von Art. 16 Abs. 3 WKRL und legt die durch die Vertragsbeendigung ausgelösten **Pflichten des Verbrauchers und des Unternehmers** fest. Der Verbraucher hat dem Unternehmer die Ware auf dessen Kosten zurückzugeben und der Unternehmer hat dem Verbraucher den für die Ware gezahlten Preis zu erstatten. Diese Rückabwicklung hat jedoch aufgrund der Vorgaben des Art. 16 Abs. 3 lit. b WKRL nicht etwa Zug um Zug stattzufinden; vielmehr wird dem Unternehmer im zweiten Satz das Recht eingeräumt, die Rückzahlung zu verweigern, bis er entweder die Ware zurückerhalten oder der Verbraucher ihm einen Nachweis über die Rücksendung der Ware erbracht hat. Dass hier – jedenfalls im Regelungseffekt – eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers angeordnet wird, mag für eine Verbraucherschutzvorschrift als unangemessen empfunden werden (vgl. näher zur Kritik daran *Stabentheiner in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* [Hrsg.] 1 [29]), ist aber durch das Richtlinienrecht zwingend vorgegeben.

Zu § 16

Diese Bestimmung leitet den **3. Abschnitt** des Verbrauchergewährleistungsgesetzes ein, der den besonderen Regelungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen gewidmet ist. In § 16 wird der **Anwendungsbereich** dieses Abschnitts geregelt.

Abs. 1 enthält die grundlegende Anwendungsregelung. Zu dem hier und auch im Weiteren verwendeten Begriff der „digitalen Leistung“ sei auf die Ausführungen in Punkt D des Allgemeinen Teils verwiesen.

In **Abs. 2** wird die Abgrenzungsregelung des Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 DURL für „**Paketverträge**“ umgesetzt, in denen neben der Bereitstellung einer digitalen Leistung auch noch andere Leistungen (nämlich die Erbringung anderer – also „analoger“ – Dienstleistungen oder die Leistung von Waren) vereinbart werden;

in ErwGr. 33 DIRL wird als Beispiel für einen solchen Vertrag die Bereitstellung digitalen Fernsehens und der Kauf elektronischer Geräte genannt. In einem solchen Fall gelten die Bestimmungen des 3. Abschnitts nur für jene Vertragsteile, die die digitale Leistung betreffen.

Mit **Abs. 3** wird Art. 3 Abs. 3 DIRL umgesetzt. Es ist dies die zur Nichtanwendungsbestimmung in § 9 Abs. 3 korrespondierende Anwendungsregelung für körperliche Datenträger, die nur als Träger digitaler Inhalte dienen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 9).

Auch **Abs. 4**, der die Regelung des Art. 3 Abs. 4 DIRL zur Abgrenzung gegenüber Waren mit digitalen Elementen umsetzt, hat eine spiegelbildliche Entsprechung in den Bestimmungen über den Anwendungsbereich des 2. Abschnitts, nämlich in § 9 Abs. 2. Die eigentliche Konturierung dieser Abgrenzung wird in der genannten Bestimmung vorgenommen (vgl. auch die Ausführungen bei § 9 zur Zweifelsregel), auf die hier deshalb bloß verwiesen wird (und zwar durch das Klammerzitat).

Zu § 17

1. Diese Bestimmung übernimmt die Regelungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie über die **Erfüllung** der den Unternehmer aus einem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen treffenden Hauptleistungspflicht. Für den Warenkauf findet sich eine vergleichbare Regelung in § 7a KSchG (durch den Art. 18 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie umgesetzt wurde); dass die korrespondierende Bestimmung für digitale Leistungen nicht in den dortigen Regelungszusammenhang eingefügt, sondern im Verbrauchergewährleistungsgesetz verortet wurde, entsprach einem expliziten politischen Wunsch.

2. Im **ersten Satz** des **Abs. 1** wird Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz DIRL umgesetzt, der für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen den Grundsatz **unverzögerlicher Leistungserbringung** statuiert.

3. Der **zweite Satz** des **Abs. 1** regelt in praktisch wörtlicher Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 DIRL, welche **Schritte** der Unternehmer einerseits bei digitalen Inhalten (Z 1) und andererseits bei digitalen Dienstleistungen (Z 2) setzen muss, um seine **Hauptleistungspflicht** bei der Bereitstellung digitaler Leistungen **zu erfüllen**. In ErwGr. 41 DIRL wird dazu ausgeführt: „[...] Die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen sollten als für den Verbraucher verfügbar oder zugänglich angesehen werden, wenn die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen oder etwaige Mittel, mit denen auf sie zugegriffen werden kann oder mit denen sie heruntergeladen werden können, die Sphäre des Verbrauchers erreicht haben und keine weiteren Handlungen vonseiten des Unternehmers erforderlich sind, damit der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vertragsgemäß nutzen kann.“. Zu den **Mitteln der Bereitstellung** besagt der genannte Erwägungsgrund weiter: „In der Erwägung, dass der Unternehmer grundsätzlich nicht für Handlungen oder Unterlassungen eines Dritten, der eine körperliche oder virtuelle Einrichtung — beispielsweise eine elektronische Plattform oder eine Einrichtung zur Cloud-Speicherung — betreibt, die der Verbraucher für den Empfang oder die Speicherung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen auswählt, haftbar ist, sollte es ausreichen, dass der Unternehmer die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen diesem Dritten bereitstellt. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher die körperliche oder virtuelle Einrichtung bestimmt hat, wenn sie vom Unternehmer kontrolliert wird oder mit dem Unternehmer vertraglich verbunden ist oder wenn der Verbraucher diese körperliche oder virtuelle Einrichtung für den Empfang der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen ausgewählt hat, diese Wahl aber vom Unternehmer als einzige angeboten wurde, um die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zu empfangen oder Zugang zu ihnen zu erlangen. Kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher die körperliche oder virtuelle Einrichtung ausgewählt hat, sollte die Verpflichtung des Unternehmers zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen als nicht erfüllt gelten, wenn die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zwar in der körperlichen oder virtuellen Einrichtung bereitgestellt werden, der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen jedoch nicht gemäß dieser Richtlinie empfangen oder auf diese zugreifen kann. In diesen Fällen sollten dem Verbraucher dieselben Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen wie im Fall der nicht erfolgten Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen seitens des Unternehmers. [...]“

Bei einer Bereitstellung der digitalen Leistung über eine **körperliche oder virtuelle Einrichtung** reicht es also grundsätzlich aus, dass der Unternehmer die Leistung dem Betreiber dieser Einrichtung zur Verfügung stellt, wenn der Verbraucher selbst diese Form der Bereitstellung gewählt hat. War es aber nicht der Verbraucher, der die zur Bereitstellung benutzte Einrichtung ausgewählt hat, so haftet der Unternehmer dafür, dass der Verbraucher die digitale Leistung auch tatsächlich erhält oder er auf sie zugreifen kann.

Die **Ermöglichung des Zugriffs** des Verbrauchers auf die digitale Leistung muss **ausreichend und angemessen** sein; im Besonderen muss die Leistung dem Verbraucher für einen nicht zu knapp bemessenen Zeitraum für den Zugriff zur Verfügung gestellt werden.

4. Mit der **Beweislastregel** des **Abs. 2** wird Art. 12 Abs. 1 DIRL umgesetzt.

Zu § 18

1. Diese Bestimmung enthält die Regelung über den **Gewährleistungsumfang** und die **Gewährleistungsfristen** bei der Bereitstellung digitaler Leistungen; sie dient der Umsetzung von Art. 11 Abs. 2 und 3 DIRL (und auch von Art. 8 Abs. 4 DIRL, der allerdings im Hinblick auf Art. 11 Abs. 3 UAbs. 1 DIRL keinen normativen „Mehrwert“ hat).

2. **Abs. 1** setzt Art. 11 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 DIRL um. Die Richtlinie spricht in Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 vom „Offenbarwerden“ der Vertragswidrigkeit als Ansatzpunkt für die gewährleistungsrechtliche Haftung. Für die Umsetzung wird – wie schon beim Warenkauf (vgl. § 10 Abs. 1) – der aus dem ABGB bekannte Begriff des „**Hervorkommens**“ herangezogen, der die gleiche Bedeutung wie der Richtlinie verwendete Terminus hat (vgl. auch die Ausführungen in Punkt 2 zu § 10).

Als zeitliche Grundvoraussetzung für die gewährleistungsrechtliche Haftung (nämlich hinsichtlich des für die Beurteilung der Vertragswidrigkeit maßgebenden Zeitpunkts) sowie als die Gewährleistungsfrist auslösendes Ereignis stellt die Richtlinie auf die „**Bereitstellung**“ der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen ab; in Art. 5 Abs. 2 DIRL wird dieser Begriff durch eine Regelung, welche Handlungen der Unternehmer zur Erfüllung der Bereitstellungspflicht zu setzen hat, näher umschrieben. Bei der Umsetzung in § 18 Abs. 1 wird der Begriff der Bereitstellung übernommen. Der **zweite Satz** des Abs. 1 statuiert – ebenso wie § 10 Abs. 3 für den Warenkauf – eine **Sonderregelung für Rechtsmängel**; vgl. dazu die Ausführungen in Punkt 5 zu § 10. Nach dieser Regelung kommt es nur auf das Vorliegen des Rechtsmangels zum Zeitpunkt der Bereitstellung, also auf dessen Existenz zu diesem Zeitpunkt an. Unmaßgeblich ist hingegen, wann der Mangel objektiv hervorkommt oder wann der Verbraucher vom Mangel Kenntnis erlangt (Letzteres spielt dann erst bei der Verjährung eine Rolle).

3. **Abs. 2** setzt Art. 11 Abs. 3 UAbs. 1 (und Art. 8 Abs. 4; siehe dazu oben in Punkt 1) DIRL um; er regelt die Gewährleistungsfrist bei **fortlaufend bereitzustellenden digitalen Leistungen**. Aufgrund der vertraglichen Verpflichtung zur fortlaufenden Bereitstellung muss hier – im Gegensatz zur Grundregelung des Abs. 1 – der Mangel nicht schon bei Beginn der Bereitstellung bestanden haben. Jeder Mangel der digitalen Leistung, der während der Dauer der vertraglichen Bereitstellungspflicht „auftritt oder hervorkommt“, begründet Gewährleistungspflichten des Unternehmers.

4. Auch in Abs. 2 wird auf **Rechtsmängel** Bezug genommen. Hier hat der Unternehmer für jeden Mangel Gewähr zu leisten, der entweder schon zu Beginn der Bereitstellung oder zu einem beliebigen Zeitpunkt während des Bereitstellungszeitraums vorliegt; vgl. dazu die Ausführungen im zweiten Absatz von Punkt 5 zu § 10. Das kann in der Praxis durchaus von Bedeutung sein: Wenn der Verbraucher etwa eine digitale Leistung vertragsgemäß nutzt und die dem zugrunde liegende Lizenz wegen eines Fehlers in der Sphäre des Unternehmers unzureichend oder abgelaufen ist und sodann ein Dritter nach Ende des Bereitstellungszeitraums diesbezüglich Ansprüche gegen den Verbraucher wegen geschehener Urheberrechtsverletzungen erhebt, soll der Verbraucher daraus auch noch nach dem Ende der Bereitstellungspflicht Gewährleistungsrechte gegenüber dem Unternehmer geltend machen können. Für die zeitliche Begrenzung der Gewährleistungsansprüche ist die Verjährungsbestimmung des § 28 Abs. 2 zweiter Satz zu beachten.

Zu § 19

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung der **Beweislastregeln** in Art. 12 Abs. 2 – 5 DIRL. Siehe zu deren differenzierter Umsetzung einerseits für die einmalige Bereitstellung (Vermutungsregel) und andererseits für die fortlaufende Bereitstellung (Beweislastregel) die Ausführungen in Punkt 1 zu § 11.

2. **Abs. 1** setzt Art. 12 Abs. 2 DIRL betreffend die **einmalige Bereitstellung** einer digitalen Leistung um. Bei der einzelnen oder mehrmals einzelnen Bereitstellung digitaler Inhalte wird bei Hervorkommen eines Mangels innerhalb eines Jahres nach Bereitstellung vermutet, dass dieser bereits bei Bereitstellung vorgelegen ist.

3. In **Abs. 2** findet sich die Umsetzung zu Art. 12 Abs. 3 DIRL für die Fälle der **fortlaufenden Bereitstellung**. In diesen Fällen trägt bei Hervorkommen eines Mangels innerhalb des Bereitstellungszeitraums der Unternehmer die Beweislast dafür, dass die digitale Leistung während „dieses Zeitraums“ mangelfrei war. Wie bereits zu § 11 ausgeführt, ist die Bedeutung dieser Beweislastregelung fraglich (siehe dazu im Einzelnen Punkt 3 zu § 11); trotz dieser Unklarheit kann im Rahmen der Umsetzung kein Deutungsversuch unternommen, sondern die unionsrechtliche Vorgabe nur inhaltsgetreu übernommen werden.

Abs. 3 schließt – entsprechend der Vorgabe des Art. 12 Abs. 4 DRL – die Vermutung der Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Bereitstellung nach Abs. 1 sowie die Beweislastumkehr nach Abs. 2 für den (vom Unternehmer zu beweisenden) Fall aus, dass die **technische „Umgebung“ des Verbrauchers unzureichend** ist, nämlich den technischen Anforderungen der digitalen Leistungen nicht entspricht. Eine weitere Voraussetzung dieser Ausschlussregelung liegt darin, dass der Unternehmer den Verbraucher vor Vertragsabschluss nachweislich von diesen Anforderungen klar und verständlich in Kenntnis gesetzt hat. Natürlich kann der Unternehmer die Vermutungs- und Beweislastregeln nach Abs. 1 und 2 nicht nur durch den Nachweis der Unzulänglichkeit der digitalen Umgebung des Verbrauchers entkräften, sondern auch durch den Beweis, dass gar kein Mangel vorlag.

Abs. 4 dient der Umsetzung der **Mitwirkungsobliegenheit des Verbrauchers** nach Art. 12 Abs. 5 DRL zur Prüfung der Frage, ob die Ursache des Fehlers in der digitalen Umgebung des Verbrauchers liegt. Diese Mitwirkung kann nach ErwGr. 60 DRL etwa erfolgen, „indem dem Unternehmer automatisch erzeugte Berichte über Zwischenfälle übermittelt werden, oder mittels Details der Internetverbindung des Verbrauchers. Nur in begründeten Ausnahmefällen, in denen es keine andere Möglichkeit gibt, obwohl alle anderen Mittel ausgeschöpft wurden, müssen Verbraucher möglicherweise virtuellen Zugang zu ihrer digitalen Umgebung gewähren.“ 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.

Zu § 20

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 14 DRL und regelt das **Gewährleistungsregime** bei Vorliegen eines **Mangels an der digitalen Leistung**, nämlich die einzelnen Gewährleistungsbehelfe für diesen Fall und ihr Verhältnis zueinander. Die Bestimmung orientiert sich im Aufbau und bei den Begriffen an der Parallelbestimmung zum Warenkauf in § 12, weshalb auch auf die Erläuterungen zu dieser Bestimmung verwiesen wird.

2. Im Gegensatz zum Warenkauf wird bei der Bereitstellung digitaler Leistungen **auf der ersten Stufe** der Gewährleistungsbehelfe **nicht zwischen Verbesserung und Austausch unterschieden**, sondern ist – entsprechend der Vorgabe in Art. 14 DRL – nur ein einheitlicher Anspruch auf Herstellung des mangelfreien Zustands vorgesehen (**Abs. 2**). Es ist hier also Sache des Unternehmers, welchen Weg er wählt, um den Mangel zu beheben; ein Wahlrecht des Verbrauchers wie in § 12 Abs. 2 zweiter und dritter Satz gibt es nicht. Dies ist bereits in der Digitale-Inhalte-Richtlinie so vorgegeben (vgl. dazu ErwGr. 63 DRL: „Je nach den technischen Merkmalen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen sollte der Unternehmer entscheiden dürfen, wie er den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herstellt, beispielsweise indem er aktualisierte Versionen übermittelt oder dem Verbraucher eine neue Kopie der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitstellt“) und erklärt sich der Sache nach aus den faktischen, insbesondere technischen Gegebenheiten bei digitalen Leistungen, zumal hier erstens der Verbraucher primär ein Interesse am Funktionieren der digitalen Leistung und nicht an der Vornahme eines bestimmten Gewährleistungsbehelfs hat, zweitens der Unternehmer am besten eine Entscheidung darüber treffen kann, welche Mangelbehebungsmaßnahme (etwa Installation eines Updates oder Deinstallation und neuerliche Installation) die zweckmäßigste ist und drittens in bestimmten Fällen schon auf der phänomenologischen Ebene eine Differenzierung zwischen Verbesserung und Austausch schwerfallen könnte.

3. Mit **Abs. 3** wird Art. 14 Abs. 2 DRL umgesetzt. Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt 5 zu § 12 (zur Parallelbestimmung beim Warenkauf, nämlich § 12 Abs. 3).

4. Mit **Abs. 4** wird Art. 14 Abs. 4 DRL umgesetzt. Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt 6 zu § 12 (zur Parallelbestimmung beim Warenkauf, nämlich § 12 Abs. 4). Ein geringfügiger Unterschied zu § 12 Abs. 4 liegt darin, dass es hier – schon im Richtlinienrecht – keine Bezugnahme auf die Rücknahme einer ausgetauschten Ware (vgl. § 13 Abs. 2) oder auf Aus- und Einbaukosten (vgl. § 13 Abs. 3) gibt, was bei digitalen Leistungen in der Natur der Sache liegt. Vgl. zum Umstieg auf die zweite Gewährleistungsstufe auch ErwGr. 65 DRL.

5. Eine **Preisminderung** steht dem Verbraucher nicht zu, wenn die digitale Leistung ausschließlich gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten bereitgestellt wurde (**Abs. 5**). Wenn der Verbraucher nach dem Vertrag keine Zahlung zu leisten hat, fehlt es an einem Substrat für eine Minderung seiner Zahlungspflicht. In diesem Fall ist aber die **Vertragsauflösung** – als einzig verbleibender Gewährleistungsbehelf auf der zweiten Stufe – auch bei einem bloß geringfügigen Mangel möglich (**Abs. 6**; vgl. Art. 14 Abs. 6 DRL); andernfalls stünde nämlich dem Verbraucher bei Unmöglichkeit oder Untunlichkeit der Mangelbehebung

gar kein Gewährleistungsbehelf zur Verfügung. Vgl. dazu auch ErwGr. 67 DIRL: „Werden die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt, so sollte der Verbraucher den Vertrag nur dann beenden können, wenn es sich nicht um eine geringfügige Vertragswidrigkeit handelt. Wenn die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zwar nicht gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt werden, der Verbraucher jedoch personenbezogene Daten bereitstellt, so sollte der Verbraucher das Recht haben, den Vertrag auch in Fällen einer geringfügigen Vertragswidrigkeit zu beenden, da ihm Abhilfe in Form einer Preisminderung nicht zur Verfügung steht. In Fällen, in denen der Verbraucher sowohl einen Preis zahlt als auch personenbezogene Daten bereitstellt, sollte der Verbraucher im Fall einer Vertragswidrigkeit Anspruch auf alle zur Verfügung stehenden Abhilfen haben. Insbesondere sollte der Verbraucher, sofern alle anderen Bedingungen erfüllt sind, Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, eine Minderung des für die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen gezahlten Preises oder die Beendigung des Vertrags haben.“

Vgl. im Übrigen zu Abs. 6 auch die Ausführungen unter Punkt 7 zu § 12 (zur Parallelbestimmung beim Warenkauf, nämlich § 12 Abs. 5).

Zu § 21

Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 14 Abs. 3 DIRL über die **Modalitäten der Herstellung des mangelfreien Zustands**. Nach dem Vorbild des 2. Abschnitts (§ 13) wird diese Regelung in einem eigenen Paragraphen umgesetzt. Regelungen über die Rücknahme sowie über die Entfernung und neuerliche Montage sind hier der Sache nach entbehrlich.

Zu § 22

1. Diese Bestimmung befasst sich mit **Fragen der Preisminderung**. Obwohl in der Digitale-Inhalte-Richtlinie nicht explizit vorgegeben, wird in **Abs. 1** auch für das Recht auf Preisminderung angeordnet, dass dessen Ausübung durch **formfreie Erklärung** geschehen kann. Vgl. dazu die Erläuterungen in Punkt 1 zu § 14 zur Parallelbestimmung des § 14 Abs. 1 für den Warenkauf.

2. Die **Abs. 2 und 3** dienen der Umsetzung von Art. 14 Abs. 5 DIRL betreffend die **Bemessung** der Preisminderung. Wie im 2. Abschnitt (§ 14) geschieht diese Umsetzung – zur Verbesserung der Übersichtlichkeit – in einem eigenen Paragraphen. Inhaltlich sei zunächst auf die Erläuterungen in Punkt 2 zu § 14 verwiesen. Bei der Berechnung der Preisminderung können sich im Fall eines Vertrags über die fortlaufende Bereitstellung digitaler Inhalte – dem die Regelung des Abs. 3 gewidmet ist, der Art. 14 Abs. 5 UAbs. 2 DIRL umsetzt – aufgrund der zeitlichen Komponente Besonderheiten ergeben. Dazu wird in ErwGr. 66 DIRL ausgeführt: „Hat der Verbraucher Anspruch auf eine Minderung des Preises, der für über einen Zeitraum bereitgestellte digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen gezahlt wird, so sollte bei der Berechnung der Preisminderung die Wertminderung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung sowohl aufgrund der Vertragswidrigkeit als auch aufgrund des Zeitraums, in dem der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand nutzen konnte, berücksichtigt werden.“ Diese Überlegung kann im Übrigen auch bei Waren mit digitalen Elementen zum Tragen kommen.

3. Hervorzuheben ist hier nochmals, dass die Preisminderung nur dann zusteht, wenn die digitale Leistung zumindest teilweise gegen eine Zahlung bereitgestellt wurde. Wenn die Gegenleistung des Verbrauchers ausschließlich in der Hingabe personenbezogener Daten besteht, ist eine Preisminderung nicht möglich (siehe dazu schon Punkt 5 zu § 20).

Zu § 23

Diese Bestimmung setzt Art. 15 DIRL über die Ausübung des Rechts auf Vertragsbeendigung um. Der Verbraucher kann sein Recht auf **Vertragsauflösung** durch formfreie Erklärung gegenüber dem Unternehmer ausüben; eine gerichtliche Geltendmachung ist nicht erforderlich. Vgl. dazu auch die Ausführungen in Punkt 1 und 2 zu § 15, also zur Parallelbestimmung für den Warenkauf.

Zu § 24

1. Mit dieser Bestimmung wird Art. 16 DIRL über die **Pflichten des Unternehmers** – zum Teil auch über dessen Rechte (vgl. Abs. 3 über das Nutzungsunterbindungsrecht) – **im Fall der Vertragsbeendigung** umgesetzt.

2. Die **Abs. 1 und 2** enthalten Regelungen zur **Rückzahlungsverpflichtung** des Unternehmers: Nach Abs. 1 hat der Unternehmer dem Verbraucher sämtliche aufgrund des Vertrags geleisteten Zahlungen

zurückzuerstatten. Abs. 2 sieht für den Fall der fortlaufenden Bereitstellung vor, dass die Zahlungen dann bloß anteilig zurückzuerstatten sind, wenn die Leistung für einen Teil des Bereitstellungszeitraums mangelfrei war. Zahlungen, die bereits im Voraus für die nach der Vertragsauflösung liegende Zeit geleistet wurden, sind zur Gänze zurückzuerstatten.

3. Gemäß **Abs. 3** kann der Unternehmer die weitere **Nutzung** der digitalen Leistung nach Vertragsauflösung durch den Verbraucher **unterbinden**. Dabei ist jedoch Abs. 6 zu beachten (siehe dazu Punkt 5).

4. Abs. 4 normiert in Umsetzung von Art. 16 Abs. 2 DURL im Grunde Selbstverständliches: Der Unternehmer hat im Umgang mit den personenbezogenen Daten des Verbrauchers die DSGVO einzuhalten; das gilt – ebenso selbstverständlich – auch für die Zeit nach der Auflösung des Vertrags.

5. Die **Abs. 5 und 6** treffen Regelungen zu den **nicht personenbezogenen Daten des Verbrauchers**. Abs. 5 regelt die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer diese Daten nach Vertragsauflösung weiterhin verwenden darf. Abs. 6 statuiert eine Verpflichtung des Unternehmers, dem Verbraucher dessen nicht personenbezogenen Daten „zurückzustellen“. Der Unternehmer muss es dem Verbraucher auf dessen Verlangen ermöglichen, die vom Verbraucher bei Nutzung der digitalen Leistung bereitgestellten oder erstellten Daten in angemessener Frist und in einem allgemein gebräuchlichen und maschinenlesbaren Format wiederzuerlangen. Die Bestimmung soll sicherzustellen, dass der Verbraucher bei Geltendmachung seines Gewährleistungsanspruchs keinen Verlust seiner Daten fürchten muss. ErwGr. 70 und 71 DURL besagen dazu: „Der Verbraucher könnte von der Inanspruchnahme von Abhilfen bei Vertragswidrigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen abgehalten werden, wenn ihm der Zugang zu anderem Inhalt als personenbezogenen Daten genommen wurde, den er durch die Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitgestellt oder erstellt hat. Um sicherzustellen, dass der Verbraucher im Hinblick auf das Recht zur Beendigung des Vertrags wirksamen Schutz genießt, sollte der Unternehmer dem Verbraucher auf dessen Ersuchen diese Inhalte daher nach Beendigung des Vertrags zugänglich machen. Der Verbraucher sollte das Recht haben, die Inhalte innerhalb einer angemessenen Frist, ohne Behinderung durch den Unternehmer, in einem gebräuchlichen, maschinenlesbaren Format und kostenfrei wiederzuerlangen; dies gilt nicht für Kosten wie Internetverbindungskosten, die durch die digitale Umgebung des Verbrauchers bedingt sind, da diese Kosten nicht spezifisch mit der Wiedererlangung der Inhalte zusammenhängen. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Zugänglichmachung solcher Inhalte sollte jedoch nicht gelten, wenn die Inhalte nur im Kontext der Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen von Nutzen sind, sie ausschließlich mit der Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen durch den Verbraucher zusammenhängen oder sie vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert wurden und nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden können. In diesen Fällen sind die Inhalte für den Verbraucher nicht von nennenswertem praktischen Nutzen oder von nennenswertem Belang, wobei auch die Interessen des Unternehmers zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus sollte die Verpflichtung des Unternehmers, dem Verbraucher nach Beendigung des Vertrags Inhalte bereitzustellen, die keine personenbezogenen Daten darstellen und die vom Verbraucher bereitgestellt oder erstellt wurden, unbeschadet des Rechts des Unternehmers gelten, im Einklang mit den geltenden Rechtsvorschriften bestimmte Inhalte nicht offenzulegen.“

Zu § 25

1. Mit dieser Bestimmung wird Art. 17 DURL über die **Pflichten des Verbrauchers im Fall der Vertragsbeendigung** umgesetzt.

2. Abs. 1 verbietet dem Verbraucher für den Fall der Vertragsauflösung die **weitere Nutzung** oder Weitergabe der digitalen Leistung.

3. In **Abs. 2** wird eine Verpflichtung des Verbrauchers vorgesehen, einen **körperlichen Datenträger**, auf welchem digitale Inhalte bereitgestellt wurden, auf Kosten des Unternehmers **zurückzusenden**. Es ist wohl davon auszugehen, dass der Unternehmer in den meisten Fällen kein Interesse an der Rückstellung des in der Regel bloß geringwertigen Datenträgers hat. Daher besteht die Rücksendeverpflichtung nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher binnen 14 Tagen nach Zugang der Auflösungserklärung zur Rücksendung auffordert. Dies entspricht der Vorgabe des Art. 17 Abs. 2 DURL, wonach die Aufforderung des Unternehmers „innerhalb von 14 Tagen ab dem Tag erfolgen“ muss, „an dem der Unternehmer über den Entschluss des Verbrauchers, den Vertrag zu beenden, in Kenntnis gesetzt wurde.“ In der Umsetzungsbestimmung wird verdeutlichend auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung – also jenen Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer die objektive Möglichkeit hatte, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen (vgl. etwa RIS-Justiz RS0014076) – abgestellt. Im Unterschied zu § 15 Abs. 1 und § 23 (siehe dazu die

Ausführungen in Punkt 2 zu § 15) kann es hier jedenfalls nicht bereits auf den Zeitpunkt der Absendung der Auflösungserklärung ankommen.

4. Abs. 3 bildet das Gegenstück zu § 24 Abs. 2 und hält fest, dass der Verbraucher für jenen Zeitraum, in dem die digitale Leistung mangelhaft war, kein Entgelt schuldet.

Zu § 26

Mit dieser Bestimmung werden die – inhaltlich aus Art. 13 Abs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie übernommenen – Regelungen des Art. 18 DRL über die **Frist und die Modalitäten für eine Rückzahlung des Unternehmers** an den Verbraucher umgesetzt. Dabei wird die in Art. 18 Abs. 3 DRL getroffene Regelung, wonach der Unternehmer für die Erstattung „keine Gebühr“ berechnen dürfe, in Abs. 1 mit dem nach österreichischer Terminologie passenderen Ausdruck „kostenfrei“ transformiert. Auch hier kommt es für den Beginn der 14-tägigen Frist – wie in § 25 Abs. 2 – auf den Zugang der Erklärung an; siehe dazu die Ausführungen in Punkt 3 zu § 25.

Zu § 27

1. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art. 19 DRL, der ein **Recht des Unternehmers zur einseitigen Leistungsänderung** vorsieht.

2. In **Abs. 1** werden die **Voraussetzungen** für dieses Änderungsrecht statuiert. Ein solches Änderungsrecht steht dem Unternehmer demnach zu, wenn es zusammen mit einem triftigen Grund für die Änderung im Vertrag vorgesehen ist (**Z 1**). In ErwGr. 75 DRL wird dazu ausgeführt: „Solche triftigen Gründe könnten Fälle umfassen, in denen die Änderung erforderlich ist, um die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen an eine neue technische Umgebung oder an eine erhöhte Nutzerzahl anzupassen, oder in denen sie aus anderen wichtigen betriebstechnischen Gründen erforderlich ist.“ Weiters darf die Änderung für den Verbraucher – auch wenn sie für diesen vorteilhaft ist, etwa weil sie zu einer Verbesserung der digitalen Leistung führt (vgl. ErwGr. 75 dritter Satz DRL) – nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden sein (**Z 2**). Gemäß **Z 3** ist der Verbraucher zudem klar und verständlich über die Änderung zu informieren; im Fall einer nicht nur geringfügigen Beeinträchtigung (siehe dazu die Ausführungen im nachfolgenden Punkt 3) muss diese Information in angemessener Frist im Vorhinein mittels eines dauerhaften Datenträgers gegeben werden und muss Angaben über die Merkmale und den Zeitpunkt der Änderung sowie über das Vertragsauflösungsrecht des Verbrauchers (siehe auch zu diesem die Ausführungen im nachfolgenden Punkt 3) und über die ihm – allenfalls – vom Unternehmer eingeräumte Möglichkeit der unveränderten Beibehaltung der digitalen Leistung enthalten (**Z 4**).

3. Abs. 2 räumt dem **Verbraucher** als Möglichkeit einer Reaktion auf die Leistungsänderung bei einer dadurch bewirkten, nicht bloß geringfügigen Beeinträchtigung das **Recht zur kostenfreien Auflösung des Vertrags** ein und trifft zeitliche Vorgaben für die Ausübung dieses Rechts. In ErwGr. 75 DRL wird zur Beurteilung der Frage, ob eine Beeinträchtigung als nicht bloß geringfügig anzusehen ist, Folgendes ausgeführt: „Das Maß, in dem sich Änderungen negativ auf die Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen durch den Verbraucher oder seinen Zugang zu ihnen auswirken, sollte in Anbetracht von Art und Zweck der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen und der Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität und anderer wesentlicher Merkmale, wie sie bei digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen derselben Art üblich sind, objektiv bestimmt werden.“ Der damit angesprochene objektive Maßstab ist dahingehend zu verstehen, dass solche Beeinträchtigungen zu berücksichtigen sind, die sich beim konkreten Verbraucher individuell ergeben, aber objektiv mess- und fassbar sind. Führt etwa ein Software-Update aufgrund des Alters der vom Verbraucher genutzten Hardware zu Beeinträchtigungen, so kann dies einen Auflösungsgrund darstellen. Hingegen wird eine vom individuellen Verbraucher bloß subjektiv empfundene Beeinträchtigung, etwa der Umstand, dass die Benutzeroberfläche nach der Änderung farblich nicht dem Geschmack des Verbrauchers entspricht, kein Auflösungsrecht begründen.

4. Die Verweisungsbestimmung des **Abs. 3** hinsichtlich der Pflichten der Vertragsparteien bei Vertragsauflösung entspricht Art. 19 Abs. 3 DRL. Ein Verweis auch auf § 23 ist darin entbehrlich, weil im österreichischen Recht für rechtsgeschäftliche Erklärungen ohnehin Formfreiheit gilt, sofern nicht Gegenteiliges angeordnet ist.

5. Mit **Abs. 4** wird Art. 19 Abs. 4 DRL umgesetzt und vorgesehen, dass der Verbraucher zur Auflösung des Vertrags nicht berechtigt ist, wenn der Unternehmer ihm die unveränderte Beibehaltung der digitalen Leistung ohne zusätzliche Kosten ermöglicht und die Leistung weiterhin die objektiven und subjektiven Vertragskonformitätskriterien erfüllt.

6. In **Abs. 5** werden die Regelungen des § 27 in einer dem Art. 22 Abs. 1 zweiter Fall DRL entsprechenden Weise zwingend gestellt.

7. **Abs. 6** dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 6 UAbs. 2 DIRL.

8. Die Frage der Zulässigkeit von Leistungsänderungen durch den Unternehmer wird im österreichischen Verbraucherschutzrecht auch in allgemeiner Weise geregelt, nämlich in **§ 6 Abs. 2 Z 3 KSchG**. Diese Bestimmung knüpft die Zulässigkeit einer einseitigen Leistungsänderung an eine bestimmte Vorgangsweise bei der Vereinbarung, nämlich an den vom Unternehmer zu beweisenden Umstand, dass dieses Änderungsrecht im Einzelnen ausgehandelt wurde. § 27 VGG, der nur für eine bestimmte Art von Leistungsgegenständen vorgesehen ist und an eine ganz spezifische Ausgangslage anknüpft, ist dem gegenüber die speziellere Norm, die somit in ihrem Anwendungsbereich die Regelung des § 6 Abs. 2 Z 3 KSchG verdrängt. Das bedeutet zum einen, dass auch bei einem Aushandeln im Einzelnen für die Zulässigkeit einer einseitigen Änderung der digitalen Leistung die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 VGG zu erfüllen sind, und zum anderen, dass die Zulässigkeit der Leistungsänderung bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht zusätzlich auch von einem Aushandeln im Einzelnen abhängig ist.

Zu § 28

1. Diese Bestimmung, die den abschließenden 4. Abschnitt des Gesetzes einleitet, enthält Regelungen über die **Verjährung**. Zum besseren Verständnis des damit verbundenen Regelungsanliegens muss man zunächst etwas zurückgreifen: Bei der mit dem GewRÄG geschehenen Neugestaltung der Fristenregelung des § 933 ABGB, mit der die Gewährleistungsrechte zeitlich begrenzt werden, war das Bewusstsein um die Differenzierung zwischen Gewährleistungs- und Verjährungsfristen noch nicht sehr elaboriert. Inhaltlich handelt es sich bei den Regelungen des § 933 Abs. 1 und 2 ABGB eindeutig um Verjährungsfristen; und die Bestimmung ist ja auch mit „Verjährung“ überschrieben. Auch in den damaligen Gesetzesmaterialien ist davon die Rede, dass „die Gewährleistungsfristen“ zuvor als Präklusivfristen verstanden worden wären, nun aber als Verjährungsfristen ausgestaltet würden (RV 422 BlgNR 21. GP 19). An etlichen anderen Stellen wird freilich von der Gewährleistungsfrist gesprochen. Es zeigt sich also, dass damals Gewährleistungs- und Verjährungsfrist als Synonyme gesehen wurden. Mit dem Urteil des EuGH vom 13.7.2017, Rs C-133/16, *Ferenschild*, ECLI:EU:C:2017:541, wurde sodann der Unterschied zwischen diesen beiden Fristenarten, wie sie beide bereits in Art. 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgesehen waren, deutlich herausgearbeitet: Bei der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 dieser Richtlinie genannten Frist handle es sich um „die **Haftungsdauer** des Verkäufers, die sich auf den Zeitraum bezieht, in dem das Auftreten einer Vertragswidrigkeit des in Rede stehenden Gutes die in Art. 3 der Richtlinie vorgesehene Haftung des Verkäufers auslöst und somit zur Entstehung der Rechte führt, die dieser zuletzt genannte Artikel zugunsten des Verbrauchers vorsieht. Diese Haftungsdauer des Verkäufers beträgt grundsätzlich zwei Jahre ab Lieferung des Gutes (Tz 34).“ Bei der Frist, auf die sich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie beziehe, handle es sich hingegen „um eine **Verjährungsfrist**, die dem Zeitraum entspricht, in dem der Verbraucher seine Rechte, die während der Haftungsdauer des Verkäufers entstanden sind, tatsächlich gegenüber diesem ausüben kann (Tz 34).“ Die Gewährleistungsfrist ist also der Zeitraum, in dem ein Mangel hervorkommen muss, um die gewährleistungsrechtliche Haftung des Übergebers auszulösen; die Verjährungsfrist ist der Zeitraum, innerhalb dessen der Übernehmer seine Rechte aus der Gewährleistung geltend machen kann (vgl. zu all dem und noch weiterführend *Cap*, Neuere Entwicklungen im Fristenregime des Gewährleistungsrechts, ÖJZ 2018, 245).

Dieses durch das Urteil *Ferenschild* noch geschärfte Verständnis von der Unterschiedlichkeit der beiden Fristarten floss auch in die Gestaltung der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie ein (*Stabentheiner* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* [Hrsg.] 1 [21 ff.]). In beiden Richtlinien ist zwar primär eine Gewährleistungsfrist vorgesehen (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 und Abs. 3 UAbs. 1 DIRL, Art. 10 Abs. 1 und 2 WKRL), doch lassen die Richtlinien den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen Gewährleistungsfrist und Verjährungsfrist oder auch einer Kombination dieser Fristen (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 und Abs. 3 UAbs. 2 DIRL, Art. 10 Abs. 4 und 5 WKRL). Bei Statuierung einer Verjährungsfrist oder einer Fristkombination müssen die Mitgliedstaaten jedoch sicherstellen, dass es die Verjährungsfrist dem Verbraucher ermöglicht, bei einer innerhalb der jeweiligen Haftungsdauer offenbar werdenden Vertragswidrigkeit die Abhilfen der Richtlinien in Anspruch zu nehmen.

2. So wie in den beiden Richtlinien sind die Zeiträume, während derer der Unternehmer Gewähr zu leisten hat, auch **im Verbrauchergewährleistungsgesetz** als **Gewährleistungsfristen** ausgestaltet (§§ 10 und 18). Und wie von den Richtlinien vorgegeben, kann der Verbraucher die ihm zustehenden **Rechte** aus der Gewährleistung **durch bloße Erklärung ausüben**, also etwa den Vertrag durch eine an den Unternehmer gerichtete Erklärung zur Auflösung bringen oder auf ebensolche Weise den Preis mindern (§ 14 Abs. 1, § 15 Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 23). Gleiches gilt auch für die auf der ersten Stufe stehenden Rechte des Verbrauchers auf Herstellung des mangelfreien Zustands. Wenn der Verbraucher diese Rechte erst gegen Ende der Gewährleistungsfrist ausübt und der Unternehmer den daraus resultierenden Verpflichtungen – etwa zur Rückzahlung des Preises im Fall der Vertragsauflösung – nicht sogleich nachkommt, könnte **bei**

einer **zeitlichen Gleichschaltung von Gewährleistungsfrist und Verjährung** der Fall eintreten, dass dem Verbraucher für die – dann erforderliche – gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche **nicht mehr ausreichend Zeit** verbleibt. Das gleiche Problem entstünde dann, wenn der Mangel erst sehr knapp vor dem Ende der zweijährigen Gewährleistungsfrist hervorkommt und dadurch dem Verbraucher gar keine relevante Zeit mehr dafür verbliebe, um überhaupt mit Gewährleistungsansprüchen an den Unternehmer heranzutreten.

3. Schon im Zuge der Verhandlungen zu den beiden Richtlinien und innerstaatlich sodann bei dem in Punkt E des Allgemeinen Teils erwähnten Symposium am 12. Juni 2019 wurde zur Lösung dieser Problematik erwogen, die Verjährung gewährleistungsrechtlicher Ansprüche (oder von Folgeansprüchen des Verbrauchers aus der Ausübung von Gewährleistungsrechten) immer erst eine gewisse Zeit nach Ablauf der Gewährleistungsfrist eintreten zu lassen. Diese Überlegung wird nun in **Abs. 1** realisiert, indem dem Verbraucher **nach dem Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist noch ein Zeitraum von drei Monaten** zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Rechte aus der Gewährleistung sowie seiner Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung eingeräumt wird. Dieses Regelungskonzept entspricht den Anforderungen der Effet-Utile-Rechtsprechung des EuGH und setzt auch die in Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 und Abs. 3 UAbs. 2 DIRM sowie in Art. 10 Abs. 4 WKRL geregelte Vorgabe um, eine Verjährungsfrist so zu konstruieren, dass sie der Inanspruchnahme von Abhilfen gegen Mängel, die während der Gewährleistungsfrist hervorkommen, nicht entgegensteht. Eine Frist von drei Monaten scheint ausreichend, zumal sie dem Verbraucher noch genügend Spielraum belässt, zunächst mit dem Unternehmer noch über den jeweils gewünschten Gewährleistungsbehelf zu verhandeln und im Fall eines Scheiterns dieser Verhandlungen seine Rechte gerichtlich geltend zu machen.

Zur Vermeidung von Missverständnissen ist in diesem Kontext aber auf Folgendes hinzuweisen: Die Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung eines bestimmten Gewährleistungsbehelfs bis zum Ablauf der dreimonatigen Verjährungsfrist **setzt nicht etwa voraus**, dass der Verbraucher seine Rechte aus der Gewährleistung **noch vor dem Ablauf der Gewährleistungsfrist außergerichtlich an den Unternehmer herangetragen** hätte. Erstens hängt die Berechtigung einer Gewährleistungsklage schon grundsätzlich nicht von einer vorhergehenden außergerichtlichen Erhebung des Gewährleistungsanspruchs ab (allerdings läuft der Verbraucher bei sofortiger klagsweiser Geltendmachung Gefahr, im Fall eines Anerkenntnisses gemäß § 45 ZPO kostenersatzpflichtig zu werden). Zweitens aber muss eine außergerichtliche Erklärung, mit der ein bestimmter Gewährleistungsbehelf gefordert wird, keineswegs innerhalb der Gewährleistungsfrist abgegeben werden. Wenn beispielsweise ein Mangel im letzten Monat der zweijährigen Gewährleistungsfrist hervorkommt und deshalb der Verbraucher erst im 25. Monat nach Übergabe etwa die Mangelbeseitigung oder (partielle) Kaufpreistrückzahlung infolge Preisminderung fordert, der Unternehmer dieses Ansinnen jedoch ablehnt oder gar nicht reagiert, steht dem Verbraucher noch bis zum Ablauf des 27. Monats nach Übergabe die gerichtliche Geltendmachung des jeweiligen Gewährleistungsanspruchs offen.

4. Der Lauf der dreimonatigen Verjährungsfrist setzt mit dem Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist an. Dabei gibt es – vor allem aufgrund der Vorgaben aus dem Unionsrecht – durchaus Fälle, in denen die **anwendbare Gewährleistungsfrist** von der grundsätzlich vorgesehenen Zeitdauer **von zwei Jahren ab Übergabe** (bzw. ab Bereitstellung) **abweicht**: Gemäß § 10 Abs. 2 kann die Gewährleistungsfrist für Mängel der digitalen Leistung mehr als zwei Jahre betragen, nämlich im Fall einer mehr als zweijährigen Dauer der Bereitstellungspflicht (weil sich dann die Gewährleistungsfrist entsprechend dem Bereitstellungszeitraum verlängert). Gemäß § 18 Abs. 2 ist die Gewährleistungsfrist mit der Dauer der Bereitstellungspflicht identisch. Bei gebrauchten Waren kann gemäß § 10 Abs. 4 eine bis zu einem Jahr verkürzte Gewährleistungsfrist zum Tragen kommen. In all diesen Fällen beginnt mit dem Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist die dreimonatige Verjährungsfrist des § 28 Abs. 1. Besonderes gilt für Rechtsmängel; siehe dazu den nachfolgenden Punkt 5.

5. **Abs. 2** enthält eine **Sonderregelung über die Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei Rechtsmängeln**. Wie schon in Punkt 5 zu § 10 ausgeführt, wird bei Rechtsmängeln die zeitliche Begrenzung von Gewährleistungsrechten nur durch eine Verjährungsfrist (und nicht durch eine Kombination von Gewährleistungs- und Verjährungsfrist) hergestellt, und zwar durch eine grundsätzlich **zweijährige Verjährungsfrist**, die mit der Erlangung der **Kenntnis des Verbrauchers vom Rechtsmangel** zu laufen beginnt. Diese Grundregel wird im ersten Satz des Abs. 2 statuiert. Im zweiten Halbsatz dieses ersten Satzes wird auf die denkbaren Fälle Bedacht genommen, dass der Rechtsmangel dem Verbraucher schon vor der Übergabe im Sinn des § 10 Abs. 1 oder der Bereitstellung im Sinn des § 18 Abs. 1 bekannt wird. Da die beiden Richtlinien ihre Vorgaben über eine grundsätzlich mindestens zweijährige Frist an diese Zeitpunkte (nämlich „Lieferung“ und „Bereitstellung“) anknüpfen, muss zur Sicherstellung der Richtlinienkonformität vorgesehen werden, dass die Frist des § 28 Abs. 2 keinesfalls vor der Übergabe bzw. der Bereitstellung beginnt.

Der zweite Satz bezieht sich auf die Sonderkonstellationen fortlaufender Bereitstellung in § 10 Abs. 2 und § 18 Abs. 2. Hier ist jeder Mangel der digitalen Leistung gewährleistungsrelevant, der innerhalb des vereinbarten Bereitstellungszeitraums eintritt. Um auch hier den Grundgedanken eines dreimonatigen Zeitraums für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gewährleistung zu verwirklichen, wird deshalb im zweiten Satz angeordnet, dass die Verjährungsfrist, die nach der Grundregel des ersten Satzes grundsätzlich zwei Jahre nach Mangelkenntnis beträgt, erst drei Monate nach Ende des Bereitstellungszeitraums endet. Wenn also beispielsweise eine Bereitstellungspflicht von drei Jahren vereinbart ist, tritt die Verjährung frühestens drei Jahre und drei Monate nach Bereitstellungsbeginn ein.

6. Die in **Abs. 3** vorgesehene **Perpetuierung der einredeweisen Geltendmachung** des Mangels durch Mangelanzeige innerhalb der Verjährungsfrist – entspricht der bisherigen Rechtslage (§ 933 Abs. 3 ABGB).

Zu § 29

1. Diese Bestimmung enthält die Anordnung über das **Inkrafttreten** des Gesetzes sowie die dessen intertemporalen Anwendungsbereich festlegenden **Übergangsregelungen**.

2. Das Inkrafttreten mit Jahresbeginn 2022 ist durch Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 DURL und Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 WKRL vorgegeben.

3. Mit der Übergangsregelung des **Abs. 2** wird Art. 24 Abs. 2 WKRL umgesetzt, mit jener des **Abs. 3** die differenzierende Anwendungsbestimmung des Art. 24 Abs. 2 DURL.

Zu §§ 30 und 31

Diese Bestimmungen enthalten die Vollzugsklausel und den durch Art. 24 Abs. 1 UAbs. 3 DURL und Art. 24 Abs. 1 UAbs. 3 WKRL geforderten Umsetzungshinweis.

Zu Artikel 2 (Änderung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs)

Allgemein zu den Änderungen im ABGB

Siehe zunächst zur Notwendigkeit, ergänzend zur Schaffung des Verbrauchergewährleistungsgesetzes auch einige Änderungen im Gewährleistungsrecht des ABGB vorzunehmen, die Ausführungen in Punkt B.3 des Allgemeinen Teils.

Mit diesem Gesetz werden freilich nur solche Bestimmungen geändert, deren Novellierung im Rahmen der Umsetzung der beiden Richtlinien und des Regierungsprogramms erforderlich ist oder zumindest als begleitende Anpassung angezeigt erscheint.

Zu Z 1, 2 und 3 (Änderung des § 932)

1. Die **Formfreiheit der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe** – und zwar auch jener der zweiten Stufe – wird auch im ABGB verankert. Dazu ist schon in § 932 Abs. 1 eine veränderte Formulierung erforderlich: Um zum Ausdruck zu bringen, dass der Übernehmer die Gestaltungsrechte bereits mit seiner Erklärung ausübt, wird nun wie in § 12 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 VGG davon gesprochen, dass der Übernehmer „den Preis mindern oder den Vertrag auflösen“ kann (er muss Preisminderung und Vertragsauflösung also nicht erst „fordern“, wie dies im bisherigen Gesetzestext vorgesehen ist). Im Begutachtungsverfahren wurde vorgeschlagen, diese Formfreiheit des Verlangens einer Preisminderung sowie der Vertragsauflösung zusätzlich durch eine ausdrückliche Regelung wie im Verbrauchergewährleistungsgesetz (§ 14 Abs. 1, § 15 Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 23 VGG) deutlich zu machen, wonach die entsprechenden Rechte durch bloße Erklärung ausgeübt werden könnten, die an keine bestimmte Form gebunden sei. Dieser Vorschlag wurde aus zwei Gründen nicht aufgegriffen: Erstens ergibt sich schon aus der veränderten Formulierung des § 932 Abs. 1 und vor allem aus dem Entfall des Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung in § 933 Abs. 1 ganz unzweifelhaft, dass die wirksame Ausübung dieser Rechte nicht mehr an ein bestimmtes Formerfordernis (wie etwa die gerichtliche Geltendmachung) geknüpft ist. Zweitens sind rechtsgeschäftliche bzw. auf Rechtswirkungen abzielende Erklärungen im allgemeinen Zivilrecht grundsätzlich formfrei, sofern nichts Gegenteiliges angeordnet ist. Eine singuläre Gesetzesregelung über die Formfreiheit im ABGB würde aber die Gefahr von ungewollten

Gegenschlüssen mit sich bringen, die man erst wieder durch gegenteilige Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zu bannen versuchen müsste.

2. Schon in seiner bisherigen Fassung enthält **Abs. 3** – entsprechend Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – Regelungen zu den Modalitäten von Verbesserung und Austausch, nämlich zur Frist und zur Vermeidung von Unannehmlichkeiten für den Verbraucher. Nun wird diese Bestimmung um die Regelung ergänzt, dass der Übergeber auch die **Kosten der Verbesserung oder des Austausches** zu tragen hat. Denn die Kostentragung durch den Gewährleistungspflichtigen ist auch außerhalb eines Unternehmer-Verbraucher-Verhältnisses sachgerecht und entspricht ohnehin dem allgemeinen Verständnis (vgl. etwa *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 932 Rz 250; *P. Bydlinski in KBB*⁶ § 932 Rz 3; *Ofner in Schwimann/Kodek*⁴ § 932 ABGB Rz 11).

3. Aus welchen Gründen der bisherige Terminus „Wandlung“ durch die neue Wendung „**Auflösung des Vertrags**“ ersetzt wird (**Abs. 4**), wurde bereits ausführlich in den Punkt 2 der Erläuterungen zu § 12 VGG dargelegt.

Zu Z 4, 5, 6 und 7 (Änderung des § 933)

1. Wie schon in Punkt B.3 des Allgemeinen Teils ausgeführt, sollen zwei elementare Regelungsansätze aus dem Verbrauchergewährleistungsgesetz zur Vermeidung einer störenden Differenzierung auch im Gewährleistungsrecht des ABGB eingeführt werden: Das betrifft zum einen die Konstruktion der Dauer des Gewährleistungsrechts als **Gewährleistungsfrist**, kombiniert mit einer geringfügig längeren **Verjährungsfrist** zur Ermöglichung einer gerichtlichen Geltendmachung für den Fall der Verweigerung durch den Übergeber. Zum anderen gilt das für die **Formfreiheit der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe**; das zieht also den Entfall des bisherigen Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung nach sich. Die Änderungen des § 933 dienen dieser Zielsetzung.

2. Zunächst ist aufgrund dieser Neukonzeptionen die Überschrift des § 933 neu zu fassen. Die sodann erforderlichen Neuformulierungen von § 933 Abs. 1 und 3 entsprechen den **korrespondierenden Regelungen in § 10 Abs. 1 und 3, § 18 Abs. 1 VGG sowie in § 28 VGG** (siehe auch jeweils die Erläuterungen zu diesen Bestimmungen). Von den Sonderbestimmungen des § 28 Abs. 2 VGG zu den Rechtsmängeln muss hier freilich nur die Grundregel über die zwei- (bzw. drei-)jährige Verjährungsfrist übernommen werden; hinsichtlich der weiteren Anordnungen im zweiten Halbsatz des ersten Satzes und im zweiten Satz des § 28 Abs. 2 VGG, die ja nur der Sicherstellung der Konformität mit den hier sehr spezifischen Vorgaben der Richtlinien dienen, sind hier jedoch korrespondierende Regelungen entbehrlich.

3. In der bisherigen Fassung des § 933 Abs. 1 wird die Bezugnahme auf **unbewegliche Sachen** durch einen Nebensatz hergestellt („wenn es unbewegliche Sachen betrifft“). Dieser wird nun – um die gesamte Satzkonstruktion zu vereinfachen – durch die Wendung „bei einer unbeweglichen Sache“ ersetzt (ebenso in § 933 Abs. 3 zweiter Satz). Mit dieser veränderten Konstruktion ist freilich kein abweichender Regelungswille verbunden. Nach wie vor soll daher die längere dreijährige Frist für alle Konstellationen gelten, für die sie auch bisher angewendet wurde, also etwa auch für den mit einem Selbständigkeitsverlust verbundenen Einbau einer beweglichen Sache (z. B. eines Fensters oder von Fliesen) in eine unbewegliche Sache.

4. Und noch eine weitere Klarstellung sei angebracht: Die Formfreiheit der Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe ändert nichts an der **Rechtsfolge einer Mangelanzeige** innerhalb der Verjährungsfrist (bisher § 933 Abs. 3; künftig § 933 Abs. 3 dritter Satz): Sie perpetuiert lediglich die auf den Mangel gegründete Einrede gegen die Entgeltklage des Übergebers, nicht aber etwa den Mangelbehebungsanspruch über den Ablauf der Verjährungsfrist hinaus.

5. Die bisher am Ende des Abs. 1 getroffene Regelung über die Disponibilität der Frist wird in einen der Gesetzesbestimmung neu angefügten **Abs. 4** transferiert und etwas modifiziert, um klarzustellen, dass sich die **Möglichkeit der Fristverlängerung oder –verkürzung durch Parteienvereinbarung** sowohl auf die Gewährleistungsfristen des Abs. 1 als auch auf die Gewährleistungsfrist für Viehmängel in Abs. 2 als auch auf die Verjährungsfristen des Abs. 3 bezieht.

Zu Z 8 (Änderung des § 933b)

1. Vgl. zunächst zu den grundsätzlichen Überlegungen, die dem inhaltlichen Ausbau der Rückgriffsregelung zugrunde liegen, sowie zu den diesbezüglichen Beiträgen aus der Arbeitsgruppe die Ausführungen zu Punkt C.3.4 des Allgemeinen Teils. Einleitend sei auch erwähnt, dass ursprünglich auf Basis der Vorschläge der Arbeitsgruppe noch deutlich weiterreichende Neuerungen überlegt und auch schon konzipiert worden waren, insbesondere zu Art und Ausmaß des Regressanspruchs. Im Verlauf der weiteren Diskussionen und Reflexionen ergaben sich jedoch zusehends Bedenken dagegen, eine inhaltlich

in sehr spezifischer Weise ausgestaltete Rückgriffsregelung zu schaffen, weil sich daraus unweigerlich Bruchlinien zu den „normalen“, also allgemeinen Gewährleistungsansprüchen ergeben hätten. Aus diesen Gründen wurde von diesen Überlegungen wieder Abstand genommen, weshalb § 933b auch in seiner **Neufassung grosso modo im bisherigen System** bleibt.

2. Auch in ihrer Neufassung hat die Bestimmung ihren Ansatzpunkt darin, dass der gewährleistungspflichtige **Übergeber** seinem Vertragspartner wegen eines Mangels **Gewähr geleistet** hat. Ursprünglich war erwogen worden, den personellen Anwendungsbereich der Regelung zu erweitern, nämlich sowohl auf Seiten des Übernehmers als auch auf Seiten des (letzten) Übergebers nicht mehr auf eine Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft abzustellen. Letztlich wurde jedoch entschieden, es bei der bisherigen personellen Konfiguration zu belassen, den Entwurf also wieder auf ein Ausgangsverhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zurückzuführen. Denn bei der Rückgriffsbestimmung des § 933b handelt es sich um eine Sonderregelung zu den allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen, weshalb der Anwendungsumfang dieses Rückgriffsregulativs eng gesteckt werden sollte. Die gewährleistungsrechtliche Ausgangslage der Bestimmung ist also **nach wie vor auf Unternehmer-Verbraucher-Geschäfte beschränkt**.

3. Gleiches gilt weiterhin für den **Vormann**, gegen den Rückgriff genommen wird; auch dieser muss – nach wie vor – Unternehmer sein. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regelungen des § 933b ist also ebenso wie nach dem bisherigen Recht, dass dem Vormann **Unternehmereigenschaft** im Sinn des § 1 KSchG zukommt. Diese Einschränkung auf unternehmerische Vormänner soll vermeiden, dass die zeitlich und möglicherweise auch inhaltlich erweiterte Gewährleistungspflicht aus dieser Rückgriffsregelung einen Verbraucher trifft, der dann allenfalls mit einem höheren Betrag Gewähr zu leisten hätte, als er an Entgelt aus dem Vorgeschäft erhalten hatte.

4. Während es § 933b in seiner bisherigen Fassung hinsichtlich des Rückgriffs zwischen Übergeber und Vormann dabei beließ, lediglich die Frist zu erstrecken, ohne sich mit dem Inhalt des Rückgriffs auseinanderzusetzen, wird in der Neufassung der Bestimmung für die Gewährleistungsbehelfe der ersten Stufe auch eine Regelung über das **Ausmaß des Rückgriffsanspruchs** getroffen; Näheres dazu in Punkt 8.

5. **Abs. 1** enthält zunächst – im ersten Satz – die schon aus der bisherigen Fassung der Bestimmung bekannte Grundregel über die zeitliche Erstreckung der Gewährleistungsansprüche im Rückgriffsverhältnis über die ansonsten zum Tragen kommenden Gewährleistungs- und Verjährungsfristen des § 933 hinaus. Die zeitliche Begrenzung des Rückgriffsanspruchs ergibt sich sodann aus der Regelung des Abs. 3.

6. Im zweiten Satz des Abs. 1 wird – weitgehend wortgleich mit der bisherigen Fassung der Bestimmung – angeordnet, dass die gesetzlichen Regelungen über den Rückgriff zwischen dem Übergeber und seinem unmittelbaren Vormann **auch für frühere Übergeber in der Vertragskette** im Verhältnis zu ihren Vormännern gilt, wenn die früheren Übergeber wegen eines Gewährleistungsanspruchs des letzten Übernehmers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Dabei wird nicht mehr auf den „letzten Käufer“, sondern auf den „letzten Übernehmer“ abgestellt, weil die Regelung nicht auf Kaufverträge im verhältnismäßig engen Sinn des ABGB eingeschränkt sein soll (zumal ja auch der Begriff des „Kaufs von Waren“ im Verbrauchergewährleistungsgesetz weiter ist als der Kaufvertragsbegriff im ABGB; vgl. die Ausführungen in Punkt 4 zu § 1).

7. Im letzten Satz des Abs. 1 wird der Regelungsinhalt des § 933b Abs. 1 letzter Satz in der bisherigen Fassung über die **Begrenzung des Regressanspruchs** mit der Höhe des eigenen Aufwands übernommen. Dabei wird allerdings nicht mehr der Begriff „Aufwand“ verwendet, weil dieser zu exklusiv mit dem Aufwand für Verbesserung und Austausch assoziiert wird; durch das Abstellen auf die dem Rückgriffsberechtigten **„aus dessen Gewährleistungspflicht entstandenen Nachteile“** soll die Beschränkung deutlicher als bisher auch auf die Fälle der Preisminderung und der Vertragsauflösung im Endkundenverhältnis bezogen werden.

8. In **Abs. 2** wird eine neue Regelung über das **Ausmaß des Rückgriffsanspruchs** getroffen. Die Regelung knüpft daran an, dass im Endkundenverhältnis Abhilfe auf der ersten Stufe geleistet wurde: Wenn der Übergeber den Mangel durch Verbesserung oder Austausch behoben hat, ist sein eigener Gewährleistungsanspruch gegen seinen Vormann – anders als nach der bisherigen Rechtslage (3 Ob 243/18h VbR 2019/82) – nicht mit dem von ihm an den Vormann geleisteten Entgelt begrenzt, sondern umfasst den **Ersatz des gesamten ihm durch die Mangelbehebung entstandenen Aufwands**. Allerdings soll dem Übergeber diese inhaltliche Erweiterung des Rückgriffsrechts nur dann zugute kommen, wenn er durch die im nachfolgenden Punkt näher beschriebene Aufforderung dem Vormann die Möglichkeit eingeräumt hat, den Mangel selbst zu beheben.

An dieser Stelle ist noch zu erwähnen, dass sich die Rückgriffsregelung des Art. 18 WKRL explizit auch auf die Gewährleistung wegen **Unterlassung gebotener Aktualisierungen** bezieht. Eine korrespondierende Formulierung findet sich in Art. 20 DIRM zwar nicht, doch kann dafür zwanglos das

gleiche Verständnis zugrundegelegt werden. Für die Umsetzungsregelung des § 933b ergibt sich dieses Verständnis schon daraus, dass in § 4 VGG auch die Erfüllung der Aktualisierungspflicht als Teil jenes Pflichtenkreises angeführt ist, für den der Unternehmer Gewähr zu leisten hat.

9. Im praktischen Geschäftsleben wird der Vormann des Übergebers nicht selten ein Interesse daran haben, den beim „Endkunden“ aufgetretenen Mangel selbst zu beheben, anstatt dem Übergeber dessen Aufwand für die Mangelbehebung regresshalber abzugelten. Denn der Vormann wird möglicherweise über weiterreichende Kapazitäten zur Mangelbehebung verfügen, etwa indem er Austauschstücke auf Lager hat, die er ohne große ökonomische Einbuße für den Gewährleistungszweck heranziehen kann, oder indem ihm die Verbesserung des Leistungsobjekts kostengünstiger möglich ist als dem Übergeber. Deshalb wird dem Übergeber im zweiten Satzteil des Abs. 2 eine diesem Selbstbehebungsinteresse des Vormanns dienende Obliegenheit zur **Aufforderung des Vormanns zur Herstellung des mangelfreien Zustands** auferlegt. Da Abs. 2 an die tatsächlich geschene Mangelbehebung durch Austausch oder Verbesserung anknüpft, wird diese Obliegenheit nur dann zum Tragen kommen, wenn der vom Übernehmer monierte **Mangel behebbar** ist. Die Frage der Behebbarkeit in diesem Kontext ist freilich nicht bereits dann zu verneinen, wenn der Übergeber den Übernehmer auf Grund der Unmöglichkeit bzw. Untunlichkeit im Sinn des § 12 Abs. 3 oder § 20 Abs. 3 VGG oder des § 932 Abs. 4 erster Satz ABGB auf die zweite Gewährleistungsstufe verweisen könnte. Hier wird es vielmehr auf die faktische Unmöglichkeit der Mangelbehebung ankommen, wie sie etwa im Fall einer Speziesschuld bei einem irreparablen Mangel gegeben ist.

Wenn der Übernehmer dem Übergeber einen in diesem Sinn behebbaren Mangel zur Kenntnis bringt und daran Gewährleistungsansprüche knüpft, so hat der **Übergeber seinen Vormann unverzüglich zur Herstellung des mangelfreien Zustands aufzufordern**. Der Vormann wird dadurch in die Lage versetzt, den Mangel selbst zu beheben und somit den Regressanspruch des Übergebers gegen ihn abzuwenden. Wenn der Vormann den ihm bekanntgegebenen Mangel allerdings **nicht in angemessener Frist behebt**, so steht dem Übergeber gegen den Vormann ein gewährleistungsrechtlicher **Regressanspruch auf Abgeltung seines gesamten Aufwands** zur Mangelbehebung zu, auch wenn dieser Aufwand höher ist als das vom Übergeber zuvor an den Vormann geleistete Entgelt (vgl. Punkt 8 oben).

10. Ursprünglich wurde erwogen, durch eine ausdrückliche Regelung in § 933b klarzustellen, dass die Bestimmung des **§ 377 UGB** über die unternehmensrechtliche Rügeobliegenheit **unberührt** bleibt (die freilich – im Gegensatz zu § 933b – nur für beiderseits unternehmensbezogene Geschäften gilt). Ein solcher Hinweis wurde letztlich jedoch als entbehrlich erachtet, weil ja nicht ernstlich angenommen werden kann, dass die Bestimmung über die Aufforderungsobliegenheit in § 933b ABGB die doch ganz anders gelagerte Bestimmung des § 377 UGB verdrängen oder überlagern könnte. Bei beiden Regelungen handelt es sich zwar um Obliegenheiten im Zusammenhang mit Mängeln des Leistungsobjekts, doch setzen sie an unterschiedlichen Phasen des Geschehens an und kommen daher unabhängig voneinander in der jeweils vorgesehenen Konstellation zum Tragen.

11. Ursprünglich ebenfalls erwogene Regelungen darüber, welche Rechtsfolgen eine im Endkundenverhältnis eingetretene Preisminderung oder Vertragsauflösung für das Regressverhältnis haben sollte, wurden aufgrund der in Punkt 1 erwähnten systematischen Bedenken letztlich nicht in den Entwurf aufgenommen.

12. **Abs. 3** enthält die **Fristerstreckungsregelung**, wie sie schon aus § 933b Abs. 2 in der bisherigen Fassung bekannt ist. Allerdings wird die relative, ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht des Übergebers laufende Verjährungsfrist – denn um Verjährungsfristen handelt es sich hier – auf **drei Monate** ausgedehnt; dies entspricht zeitlich der Verjährungsregelung in § 933 Abs. 3 ABGB und § 28 Abs. 1 VGG. Die absolute Verjährungsfrist für die gewährleistungsrechtliche Haftung des Rückgriffspflichtigen bleibt mit **fünf Jahren** ab Leistungserbringung durch diesen gegenüber der bisherigen Rechtslage unverändert.

13. Bei Schaffung der Stammfassung des § 933b durch das GewRÄG entschied sich der Gesetzgeber explizit (RV 422 BlgNR 21. GP 22 f.) gegen eine Zwingendstellung der Bestimmung oder sonstige Kautelen, durch die deren Abbedingung erschwert oder formalisiert würde. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass schon durch das Rechtsinstitut der gröblichen Benachteiligung gemäß § 879 Abs. 3 ABGB ausreichende Vorsorge gegen übervorteilende Ausschlüsse getroffen sei. Und tatsächlich hat sich auch in der Rechtsanwendung der vergangenen zwei Jahrzehnte die Schutzregelung des § 879 Abs. 3 ABGB ganz allgemein als ein effizientes und wirkmächtiges Instrument erwiesen.

Dennoch ist heute ein noch stärkeres Bedürfnis danach zu erkennen, nicht nur im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis, sondern auch im Geschäftsverkehr zwischen den Unternehmern einer Vertragskette solche Gesetzesbestimmungen, die einen angemessenen Interessenausgleich bewirken oder den gemeinhin schwächeren gegenüber dem stärkeren Vertragsteil schützen wollen, noch besser gegen ihre Eliminierung durch vertragliche Vereinbarungen zu immunisieren. Denn in den vergangenen Jahrzehnten haben sich durch die Globalisierung des Geschäftslebens und durch die hier zu beobachtenden

Konzentrationsmechanismen die Klüfte zwischen Konzernen und sonstigen Großunternehmen und „kleinen“ Handelstreibenden noch erheblich vergrößert und hat sich die Dominanz des Herstellers oder Importeurs gegenüber dem Letztverkäufer auch in Fragen der Vertragsgestaltung und –abwicklung noch verschärft. § 933b ist nun – besonders in seiner durch dieses Gesetz inhaltlich erweiterten Fassung – geradezu ein Paradebeispiel für eine Gesetzesbestimmung, die die Rechtsposition des in der Regel Schwächeren gegenüber dem vorangegangenen Glied in der Vertragskette mit der regelhaft größeren „Vertragsmacht“ stärken will. Daher ist nun auch eine Regelung angebracht, die den Ausschluss oder die Einschränkung dieser Bestimmung durch vertragliche Vereinbarung eindämmt. Das soll zwar nicht durch eine gänzliche Zwingendstellung geschehen, doch soll das **Abbedingen** an bestimmte, im geltenden Recht bereits bekannte Kautelen geknüpft werden. Ein Vorbild dafür sind die gesetzlichen Vorgaben für die wirksame Vereinbarung eines Zessionsverbots nach § 1396a Abs. 1 ABGB. Darin wird zum einen an das bereits zuvor erwähnte Institut der **gröblichen Benachteiligung** und zum anderen an die aus dem Verbraucherrecht bekannte Sonderform einer vertraglichen Vereinbarung, nämlich an das **Aushandeln im Einzelnen**, angeknüpft. **Abs. 4** übernimmt diese Elemente als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Vereinbarung, mit der Regressansprüche nach Abs. 1 ausgeschlossen oder beschränkt werden. Durch das Erfordernis des Aushandelns im Einzelnen wird im Besonderen verhindert, dass § 933b allein durch eine entsprechende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden könnte.

14. Abschließend ist zur Rückgriffsregelung des § 933b noch ein **terminologischer Hinweis** angebracht. Unter dem Blickwinkel der Anforderung, dass sich die Geschlechtergleichheit auch im Sprachlichen niederzuschlagen hat, fällt es prima vista irritierend ins Auge, wenn in Abs. 1 und 2 der Bestimmung von „Vormann“ und „Nachmann“ die Rede ist. Freilich handelt es sich dabei um termini technici für „eine Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette“ (so die Formulierung in Art. 18 WKRL und Art. 20 DIRM) und einer Person in nachfolgenden Gliedern der Vertragskette. Schon diese unionsrechtlichen Umschreibungen zeigen das Bedürfnis nach terminologischer Verkürzung auf. Um dieses Verkürzungsbedürfnis zu erfüllen, werden in § 933b weiterhin die genannten Begriffe verwendet, zumal sie in der Rechtssprache eingelebt sind und auch Bestandteil der bisherigen Fassung der Bestimmung waren.

Zu Z 9 (Änderung des § 1503 – Änderung von Absatzbezeichnungen und Entfall eines Beistrichs)

Hier wird vor allem ein Redaktionsversehen (aus dem Bundesgesetz, mit dem das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Landarbeitsgesetz 1984 und das Katastrophenfondsgesetz 1996 geändert werden, BGBl. I Nr. 74/2019) beseitigt, das dazu geführt hat, dass es in § 1503 zwei Absätze mit der Absatzbezeichnung „(12)“ gibt. Überdies werden Beistrichfehler im bisherigen Abs. 14 (also im künftigen Abs. 15), im bisherigen Abs. 15 (also im künftigen Abs. 16) und im bisherigen Abs. 16 (also im künftigen Abs. 17) behoben.

Zu Z 10 (Änderung des § 1503 – Anfügung des Abs. 20)

Der neue Abs. 20 regelt das **Inkrafttreten** der Änderungen im ABGB und statuiert die **Übergangsregelung** dazu. Die neuen Regelungen sind auf Verträge anzuwenden, die nach Jahresende 2021 geschlossen werden.

Für die intertemporale Anwendbarkeit des **§ 933b** in seiner neuen Fassung kommt es auf das Datum des **Vertragsabschlusses zwischen dem Rückgriffberechtigten und dem Rückgriffpflichtigen** an; dieser Vertrag muss nach dem 31. Dezember 2021 geschlossen worden sein, weil es bei § 933b ja um die Gewährleistungspflicht aus diesem Vertrag geht; auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen dem „Letztverkäufer“ und dem „Endkunden“ kommt es hingegen nicht an.

Zu Artikel 3 (Änderung des Konsumentenschutzgesetzes)

Allgemein zu den Änderungen im KSchG

Parallel zur Schaffung des Verbrauchergewährleistungsgesetzes und den korrespondierenden Änderungen im ABGB sind auch Änderungen und Ergänzungen im Konsumentenschutzgesetz vorzunehmen. Das hat mehrere Gründe. Zum einen enthält das Konsumentenschutzgesetz in seinen **§§ 8 ff. gewährleistungsrechtliche Bestimmungen**, die auch in diesem Gesetz belassen und nicht etwa in das Verbrauchergewährleistungsgesetz integriert werden, weil der Geltungskreis des Konsumentenschutzgesetzes weiter gesteckt ist als jener des Verbrauchergewährleistungsgesetzes und

nicht durch eine Überstellung in das VGG der Anwendungsbereich dieser gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen eingeschränkt werden soll. Allerdings sind diese Bestimmungen an das neue Richtlinienrecht anzupassen.

Zum anderen ist bei der **kollisionsrechtlichen Regelung des § 13a** darauf Bedacht zu nehmen, dass die beiden neuen Richtlinien – im Gegensatz zur früheren Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (vgl. deren Art. 7 Abs. 2) – keine IPR-Bestimmungen mehr enthalten, sondern nun die kollisionsrechtlichen Fragen auch beim unionsrechtlichen Gewährleistungsrecht ihre Regelung ausschließlich in der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) finden.

Drittens geben die Regelungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie über die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen (Art. 13) nun Anlass, in das Konsumentenschutzgesetz einerseits **allgemeine Regelungen über den Verzug** aufzunehmen und andererseits dort die **Sonderbestimmungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie** zu diesen Fragen umzusetzen.

Und viertens muss die **Verbandsklagenregelung des § 28a** einerseits um die soeben erwähnten Verzugsregelungen und andererseits um die Bereitstellung digitaler Leistungen erweitert werden.

Zu Z 1 (neue §§ 7c und 7d)

1. Schon die **Verbraucherrechte-Richtlinie** 2011/83/EU enthielt für die Lieferung von Waren Regelungen über die Leistungsfrist (Art. 18 Abs. 1) und über den Verzug (Art. 18 Abs. 2). Die unionsrechtliche Vorgabe über die Leistungsfrist wurde bei der Transformation dieser Richtlinie in das österreichische Recht im damals neu eingefügten § 7a KSchG umgesetzt. Bei **Verzug** des Unternehmers mit der Lieferung der Ware sieht **Art. 18 Abs. 2** UAbs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie vor, dass der Verbraucher den Unternehmer zunächst auffordert, die Lieferung innerhalb einer den Umständen angemessenen zusätzlichen Frist vorzunehmen. Wenn dann der Unternehmer die Waren nicht innerhalb dieser zusätzlichen Frist liefert, ist der Verbraucher zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Diese Richtlinienregelung unterscheidet sich insofern von der im österreichischen Recht korrespondierenden Bestimmung des § 918 Abs. 1 ABGB, als der Verbraucher nach dem Unionsrecht **für den Rücktritt zwei zeitlich aufeinanderfolgende Erklärungen** abzugeben hat, nämlich zunächst jene über die Aufforderung zur Lieferung unter Setzung einer Nachfrist und sodann bei Erfolglosigkeit dieser Aufforderung die Rücktrittserklärung. Nach § 918 Abs. 1 ABGB kann hingegen die Nachfristsetzung und die Rücktrittserklärung in einem einzigen Akt geschehen. Auch die Sonderregelung des Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie über die sofortige Rücktrittsmöglichkeit des Verbrauchers in bestimmten Fällen weicht zumindest im Regelungsdesign von den korrespondierenden Instituten des österreichischen Rechts ab. In der Richtlinie werden explizit drei Fallkonstellationen genannt, die den Verbraucher zum sofortigen Rücktritt berechtigen, nämlich wenn sich der Unternehmer geweigert hat, die Waren zu liefern, wenn die Lieferung innerhalb der vereinbarten Frist unter Berücksichtigung aller Umstände wesentlich ist oder wenn der Verbraucher dem Unternehmer vor Vertragsabschluss mitgeteilt hat, dass die Lieferung bis zu einem bestimmten Datum oder an einem bestimmten Tag wesentlich ist. Im Rahmen der Transformation der Verbraucherrechte-Richtlinie in das österreichische Recht (durch das VRUG, BGBl. I Nr. 33/2014) setzte sich der Gesetzgeber eingehend mit diesen Verzugsregelungen der Richtlinie auseinander und kam zum Schluss, dass die Schaffung eigener Umsetzungsbestimmungen dazu entbehrlich sei. Hinsichtlich der grundsätzlichen Abfolge beim Rücktritt wird in den Gesetzesmaterialien ausgeführt, dass diese konstruktiven Unterschiede zwischen Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 der Richtlinie und § 918 Abs. 1 ABGB keine Veränderung des österreichischen Rücktrittsrechts oder die Einführung einer Sonderregelung für das Rücktrittsrecht bei Fern- und Auswärtsgeschäften erfordere, weil es auch der Wortlaut der Richtlinie nicht ausschließe, die Aufforderung zur Lieferung innerhalb angemessener zusätzlicher Frist gleichzeitig mit der Erklärung zu verbinden, dass der Verbraucher bei Nichterfüllung auch über diese Zusatzfrist hinaus vom Vertrag zurücktrete. Soweit Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Richtlinie Fallkonstellationen benenne, in denen der Verbraucher zum sofortigen Rücktritt berechtigt sei, wäre für all diese Konstellationen auch nach österreichischem Recht eine Nachfristsetzung nicht zu verlangen. Für die Leistungsverweigerung ergebe sich das aus der Rechtsprechung zu § 918 ABGB, für das explizit vereinbarte oder sich aus der Natur des Vertrags ergebende Fixgeschäft aus § 919 ABGB und dem dazu herrschenden Meinungsstand. Zwar seien einzelne Konstruktionselemente dieser Bestimmungen im Richtlinienrecht anders ausgestaltet als im jeweiligen Pendant im österreichischen Recht, doch dürfe nicht übersehen werden, dass der europäische Gesetzgeber mit diesen allgemein-vertragsrechtlichen Regelungen der Richtlinie bewusst bloß punktuell gewisse Ansprüche des Verbrauchers und gewisse Standards habe vorgeben wollen. Keineswegs habe aber der Unionsgesetzgeber die Absicht gehabt, das jeweilige Rechtsinstitut eingehender oder gar abschließend zu regeln (RV 89 BlgNR 25. GP 6 f). Aufgrund dieser Überlegungen wurde davon **Abstand genommen, eigene Umsetzungsbestimmungen zu Art. 18 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie** zu schaffen.

Nach dem Inkrafttreten des VRUG wurde die dadurch bewirkte Richtlinienumsetzung von der Europäischen Kommission im Detail überprüft. Wegen einiger Fragen wurde sogar ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, das im Weiteren jedoch wieder eingestellt wurde, weil die Kommission davon überzeugt werden konnte, dass ihre Beanstandungen unbegründet waren. Die Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers, zu den Verzugsregelungen des Art. 18 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie keine eigenen Umsetzungsbestimmungen zu schaffen, war freilich von vornherein gar nicht Gegenstand dieser Beanstandungen.

2. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie enthält nun ebenfalls Regelungen über die Modalitäten der Leistungserbringung durch den Unternehmer und über die **Handlungsmöglichkeiten des Verbrauchers bei einem Verzug des Unternehmers**. In Art. 5 DIRL wird zunächst angeordnet, dass mangels anderer Vereinbarung der Unternehmer die digitale Leistung unverzüglich nach Vertragsabschluss bereitzustellen hat (Abs. 1), und wird sodann unter Bezugnahme auf die technischen Gegebenheiten jeweils spezifiziert, welche Handlungen der Unternehmer einerseits bei digitalen Inhalten und andererseits bei digitalen Dienstleistungen zu setzen hat, um seine Bereitstellungsverpflichtung zu erfüllen (Abs. 2). Die Umsetzung dieser besonderen Regelungen erfordert eine eigene Umsetzungsnorm im österreichischen Recht; sie findet sich in § 17 VGG.

Die **Verzugsregelung in Art. 13 DIRL** ähnelt im Grundsätzlichen zwar durchwegs ihrem Pendant in Art. 18 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie, weicht von dieser in Details aber doch wieder ab. Das gilt besonders für die Grundsatzregelung über die Handlungsmöglichkeit des Verbrauchers bei Verzug des Unternehmers, weil hier der Verbraucher im Verzugsfall lediglich aufzufordern hat, die digitalen Leistungen bereitzustellen, **ohne diese Aufforderung mit einer Nachfristsetzung zu verbinden**. Will der Unternehmer den Rücktritt des Verbrauchers vermeiden, so muss er demnach grundsätzlich unverzüglich die Bereitstellung bewerkstelligen; als Alternative zur unverzüglichen Bereitstellung sieht Art. 13 Abs. 1 DIRL die Bereitstellung „innerhalb einer ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten zusätzlichen Frist“ vor. Auch die Sonderregelung des Art. 13 Abs. 2 DIRL über das Recht des Verbrauchers zur sofortigen Vertragsbeendigung ist in Einzelheiten wieder anders konstruiert als jene der Verbraucherrechte-Richtlinie.

Die Konzeption von Art. 13 Abs. 1 DIRL ist **nun aber mit der allgemeinen österreichischen Regelung des § 918 Abs. 1 ABGB keinesfalls mehr in Einklang zu bringen**; dafür wäre jedenfalls eine Sonderregelung im österreichischen Recht vonnöten. Diese neuerlichen Abweichungen und Differenzierungen einerseits innerhalb der unionsrechtlichen Vorgaben und andererseits im Vergleich zum allgemeinen österreichischen Vertragsrecht gaben nun den Ausschlag für eine andere Systementscheidung, als sie bei der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie noch getroffen worden war. Nun soll nicht mehr der Versuch unternommen werden, diese vielgliedrigen Regelungen des Unionsrechts ohne gesonderte Umsetzungsbestimmung bloß argumentativ in Einklang mit den allgemeinen Leistungs- und Verzugsregeln des österreichischen Vertragsrechts zu bringen, sondern es sollen nun **eigene Umsetzungsbestimmungen** dazu in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt werden. Konkret wird nach der Bestimmung des § 7b über den Gefahrenübergang eine besondere Umsetzungsbestimmung über den Verzug im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis entsprechend den Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie geschaffen (neuer § 7c) und wird dem sodann eine Sonderregelung über den Verzug bei der Bereitstellung digitaler Leistungen angefügt (neuer § 7d).

3. Die neu geschaffene Bestimmung des § 7c enthält Regelungen über den **Leistungsverzug des Unternehmers** und den daran anknüpfenden **Rücktritt des Verbrauchers**. Unionsrechtliches Vorbild dieser Bestimmung sind die für die Lieferung von Waren geltenden Regelungen in Art. 18 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie, die damit zugleich nunmehr konkret im österreichischen Recht umgesetzt werden. Doch ist der Anwendungsbereich von § 7c nicht auf die Lieferung von Waren eingeschränkt, sondern die Bestimmung gilt für sämtliche Verträge, die dem Konsumentenschutzgesetz unterliegen. Es ist dies eine **neue verbraucherrechtliche Verzugsregelung**, die in ihrem Anwendungsbereich an die Stelle der korrespondierenden Gesetzesbestimmungen im allgemeinen Vertragsrecht, nämlich § 918 Abs. 1 und § 919 ABGB, tritt und diese insoweit verdrängt, als sie Abweichendes vorsehen. Damit gehen in diesem Teilbereich das allgemeine österreichische Vertragsrecht und das unionsrechtlich determinierte Verbraucherschutzrecht nun doch getrennte Wege; freilich werden in der konkreten Rechtsanwendung die Unterschiede wohl marginal sein.

4. § 7c Abs. 1 erfordert nun für den Rücktritt des Verbrauchers aufgrund des Leistungsverzugs des Unternehmers **zwei zeitlich aufeinanderfolgende Erklärungen des Verbrauchers**, nämlich zunächst die an den Unternehmer gerichtete **Aufforderung** zur Leistung innerhalb einer den Umständen angemessenen Nachfrist und sodann bei Erfolglosigkeit dieser Aufforderung die **Rücktrittserklärung**. Für die Frage, nach welchen Kriterien die Angemessenheit der Nachfrist zu beurteilen ist, kann es beim bisherigen Meinungsstand zu § 918 ABGB bleiben, weil sich aus den unionsrechtlichen Vorgaben kein Anhaltspunkt

für eine Abweichungsnotwendigkeit ergibt. Auf Grund des nunmehr zweiaktigen Gesamtvorgangs wird wohl auch weiterhin die bloße Nachfristgewährung ausreichen, zumal es auch nach einer Leistungsaufforderung ohne Nachfristsetzung ohnehin erst einer nachfolgenden Erklärung des Verbrauchers über den Rücktritt bedarf. Bei digitalen Leistungen gilt eine von § 7c Abs. 1 abweichende Sonderregelung, nämlich jene des § 7d Abs. 1 (siehe dazu unten unter Punkt 8).

5. § 7c Abs. 2 enthält – in erweiternder Umsetzung von Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie und Art. 13 Abs. 2 DURL – die Regelung über die **sofortige Rücktrittsmöglichkeit** des Verbrauchers bei Verzug des Unternehmers. Diese steht dem Verbraucher zum einen bei einem **Fixgeschäft** zu, wie es im zweiten Satz des Abs. 2 umschrieben ist. Der Begriff des Fixgeschäfts ist ja aus dem Meinungsstand zu § 919 ABGB bekannt, ist hier aber unionsrechtlich dadurch determiniert, dass die Leistungserbringung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder binnen einer bestimmten Frist „für den Verbraucher von wesentlicher Bedeutung ist“ (Art. 13 Abs. 2 lit. b DURL; ähnlich Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie), was sich entweder aus den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen oder „aus den den Vertragsschluss begleitenden Umständen“ ergeben kann. Dies stimmt inhaltlich jedenfalls im Ergebnis mit dem österreichischen Meinungsstand über die Konstituenten eines Fixgeschäfts überein. Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 919 ABGB und dem Fixgeschäft verbraucherrechtlicher Prägung nach § 7c Abs. 2 KSchG liegt freilich darin, dass bei § 919 ABGB das Fixgeschäft durch den Verzug gleichsam von selbst wegfällt, es also keiner Rücktrittserklärung des Gläubigers bedarf. Im Fall des § 7c Abs. 2 KSchG hingegen besteht die Wirkung des Verzugs beim Fixgeschäft nur darin, dass der Verbraucher sofort vom Vertrag zurücktreten kann. Für die Auflösung des Vertrags **bedarf es** also nach dieser unionsrechtlichen Konstruktion durchaus **noch einer Rücktrittserklärung des Verbrauchers**; lediglich das Erfordernis zur Leistungsaufforderung mit Nachfristsetzung fällt weg.

In seinem letzten Satz legt § 7c Abs. 2 noch einen zweiten Fall fest, in dem der Verbraucher zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag ohne vorherige Erfüllungsaufforderung berechtigt ist, nämlich dann, wenn der **Unternehmer explizit erklärt hat oder aus den Umständen eindeutig zu erkennen ist**, dass er **nicht erfüllen wird**. Diese zweite Konstellation einer sofortigen Rücktrittsberechtigung geht auf Art. 13 Abs. 2 lit. a DURL zurück (den Fall der Verweigerung der Leistung kennt auch Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie).

Zu den Regelungen des § 7c Abs. 2 über den sofortigen Rücktritt des Verbrauchers gibt es in der den digitalen Leistungen gewidmeten Bestimmung des § 7d keine korrespondierenden eigenen Anordnungen (zumal Erstere ja ohnehin auf die Digitale-Inhalte-Richtlinie zurückgehen), stattdessen wird lediglich in § 7d Abs. 1 letzter Satz auf § 7c Abs. 2 verwiesen.

6. In § 7c Abs. 3 wird eine zentrale Rechtsfolge des Rücktritts vom Vertrag geregelt, nämlich die **Verpflichtung des Unternehmers**, dem Verbraucher die von diesem auf Grund des Vertrags geleisteten **Zahlungen unverzüglich zurückzuerstatten**. Diese Regelung geht auf Art. 18 Abs. 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie zurück; sie wird hier jedoch allgemein in Geltung gesetzt, ist also nicht nur für die Warenlieferung anzuwenden, sondern – wie sämtliche Regelungen des § 7c – grundsätzlich für alle dem Konsumentenschutzgesetz unterliegenden Verträge. Für digitale Leistungen gilt allerdings § 7d Abs. 2, der auf die entsprechenden Bestimmungen des Verbrauchergewährleistungsgesetzes verweist.

7. § 7d enthält besondere Regelungen für die **Bereitstellung digitaler Leistungen**; mit ihr wird Art. 13 DURL umgesetzt. Für die Frage, welche Handlungen der Unternehmer setzen muss, um seine Bereitstellungspflicht zu erfüllen, ist die Regelung des § 17 VGG einschlägig.

8. Die Verzugsregelung des § 7d Abs. 1 dient der Umsetzung von Art. 13 Abs. 1 DURL. In ihrer grundsätzlichen Konzeption entspricht diese Richtlinienbestimmung zwar weitgehend ihrem Pendant in Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie (das in § 7c Abs. 1 umgesetzt wird). Doch im Detail unterscheidet sie sich davon in mehrfacher Weise. Im Unterschied zur Verbraucherrechte-Richtlinie muss der Verbraucher dem Unternehmer hier **keine angemessene Nachfrist** setzen, sondern kann ihn zur sofortigen Leistung auffordern. In ErwGr. 61 DURL wird dazu ausgeführt: „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.“ Das bedeutet freilich nicht, dass der Verbraucher schon zugleich mit der Aufforderung zur Bereitstellung den Rücktritt erklären könnte. Das wäre ja auch sinnwidrig, weil diesfalls eine solche Bereitstellungsaufforderung vom Unternehmer gar nicht mehr befolgt werden könnte. Mit dem Erwägungsgrund ist nur gemeint, dass der Verbraucher dem Unternehmer hier nicht etwa die Zeit einräumen muss, die etwa zur Bereitstellung, Verpackung und Versendung einer Ware erforderlich ist, weil ja eine digitale Leistung nicht in diesem Sinn „versendet“ werden muss, sondern gleichsam unmittelbar „auf Knopfdruck“ bereitgestellt werden kann. Wohl aber muss auch hier dem Unternehmer eine gewisse

angemessene Zeitspanne eingeräumt werden, um auf das Erfüllungsverlangen des Verbrauchers zu reagieren. Diese Zeitspanne muss der Verbraucher noch abwarten. Erst wenn der Unternehmer auf die Aufforderung zur Bereitstellung im nun dargelegten Sinn nicht „ohne unnötigen Aufschub“ (vgl. §§ 904, 1334 ABGB), also nicht unverzüglich reagiert, kann der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten.

Allerdings wird in Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz DURL auch auf die Möglichkeit Bedacht genommen, dass zwischen den Vertragsparteien eine zusätzliche Frist „ausdrücklich“ vereinbart wird. In aller Regel wird eine derartige Vereinbarung wohl erst nach Eintritt des Verzugsfalls getroffen werden; der Richtlinienentwurf lässt es aber offen, dass eine Nachfrist auch schon vorweg vereinbart wird. Die Umsetzung dieser Richtlinienregelungen in § 7d Abs. 1 lehnt sich in ihren Formulierungen an die Parallelbestimmung des § 7c Abs. 1 an.

Hinsichtlich der Konstellationen, in denen ein **sofortiger Rücktritt** möglich ist, kann es mit einer Verweisung auf die Parallelbestimmung des § 7c Abs. 2 sein Bewenden haben, weil sich in diesem Punkt die Regelungen in Art. 13 Abs. 2 DURL und in Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie nicht unterscheiden.

9. Die Verweisungsbestimmung des **Abs. 2** hinsichtlich der **durch den Rücktritt ausgelösten Pflichten der Vertragsparteien** entspricht Art. 13 Abs. 3 DURL. In den Erläuterungen zu Punkt 4 zu § 27 wurde bereits ausgeführt, warum es einer Verweisung auch auf § 23 VGG nicht bedarf.

10. Art. 22 Abs. 1 DURL enthält eine Zwingendstellungsregelung auch hinsichtlich der Richtlinienbestimmungen über die nicht erfolgte Bereitstellung. Darin werden **abweichende vertragliche Regelungen** für den Fall des Verzugs mit der Bereitstellung digitaler Leistungen ab dem Zeitpunkt erlaubt, zu dem der Verbraucher dem Unternehmer die unterbliebene Bereitstellung zur Kenntnis gebracht hat. Diese spezielle Vorgabe bedarf einer eigenen Umsetzung, zumal sie in der allgemeinen Regelung des § 2 Abs. 2 KSchG keine ausreichende Deckung findet; dieser Umsetzung dient die Bestimmung des **Abs. 3**. In der Warenkauf-Richtlinie oder der Verbraucherrechte-Richtlinie gibt es keine vergleichbaren Anordnungen für den Verzugsfall.

Zu Z 2 und 3 (Änderung des § 8)

1. Mit der Neuformulierung von § 8 Abs. 2 wird – im ersten Satz – Art. 14 Abs. 2 erster Satz WKRL umgesetzt; der zweite Satz übernimmt unverändert den bisherigen Gesetzestext. Wegen des inhaltlichen Zusammenhangs zwischen der genannten Richtlinienvorgabe („Zurverfügungstellung“ der Waren) und der schon im bisherigen Recht bestehenden Anordnung des § 8 Abs. 2 („Übersendung“ der Sache) werden nun beide Elemente an dieser Stelle zusammengefasst. Dass die Gesamtregelung weiterhin hier und nicht etwa im Verbrauchergewährleistungsgesetz getroffen wird, erklärt sich zunächst gleichsam aus der Tradition des Regelungsorts und der so gegebenen Kontinuität. Vor allem ist aber ausschlaggebend, dass eine allgemeine Bestimmung dieser Art im Konsumentenschutzgesetz einen weiteren Wirkungskreis hat, als wenn man sie nur für den Warenkauf in Geltung setzte.

2. Die Richtlinienbestimmung über die Pflicht des Verbrauchers, die **mangelhafte Ware dem Unternehmer zur Verfügung zu stellen** (Art. 14 Abs. 2 erster Satz WKRL), ist insofern unklar, als sich allein aus ihr nicht beantworten lässt, ob es für den Verbraucher bereits ausreichend wäre, die mangelbehaftete Sache zur Abholung durch den Unternehmer bereitzustellen, oder ob der Verbraucher dem Unternehmer die mangelhafte Sache zwecks Verbesserung oder Austausches übersenden muss. Die bisherige österreichische Rechtslage hat diese Frage in § 8 Abs. 2 KSchG für den Regelfall, nämlich **bei Tunlichkeit**, in Richtung einer grundsätzlichen **Übersendungspflicht** des Verbrauchers beantwortet. Die Warenkauf-Richtlinie überlässt die Bestimmung des Orts, an dem die Verbesserung oder der Austausch vorgenommen werden soll, ausdrücklich dem nationalen Recht (vgl. ErwGr. 56 WKRL). Deshalb kann es auch weiterhin bei der schon früher in § 8 Abs. 2 KSchG vorgesehenen Lösung dieser Frage bleiben. Ob vom Verbraucher verlangt werden kann, die Ware zum Unternehmer zu transportieren oder zu senden, oder ob dies für ihn mit **unzumutbaren Unannehmlichkeiten** (im Sinn einer Untunlichkeit) verbunden wäre, hängt von der Art und der Beschaffenheit der Ware ab. So wird etwa bei sperrigen Gütern der Verbraucher in der Regel nur dazu verpflichtet sein, die Ware für den Unternehmer bereitzuhalten (vgl. § 8 Abs. 1 Z 2 KSchG).

Zu Z 4 (Änderung des § 9)

1. Da die bisher in § 9 Abs. 1 zweiter und dritter Satz vorgesehene Regelung über die **Vereinbarung einer verkürzten Gewährleistungsfrist bei gebrauchten Waren** nun in § 10 Abs. 4 VGG getroffen wird, kann sie hier entfallen. Somit verbleibt nur noch der bisherige erste Satz, der die allgemeine **Zwingendstellung** der gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach dem ABGB enthält; hier wird das bisherige

Klammerzitat aus dem Text genommen, um damit klarzustellen, dass sich der Ausschluss eines rechtswirksamen Gewährleistungsverzichts auf alle Gesetzesbestimmungen über Gewährleistungsrechte eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer bezieht (vgl. 7 Ob 78/06f RZ-EÜ 2007/106; 1 Ob 241/06g immolex 2007/103). Für den Warenkauf und die Bereitstellung digitaler Leistungen wird in einem angefügten Halbsatz auf das Verbrauchergewährleistungsgesetz verwiesen, dessen § 3 den Charakter seiner Bestimmungen als zugunsten des Verbrauchers relativ zwingendes Recht zum Ausdruck bringt.

2. Der bisherige Ausschluss der Anwendbarkeit der **Viehmängelregelungen** auf Verbrauchergeschäfte im bisherigen Abs. 2 kann aufgrund der Wahrnehmung der Ausnahmemöglichkeit von Art. 3 Abs. 5 lit. b WKRL für lebende Tiere in § 1 Abs. 2 Z 1 VGG entfallen.

Zu Z 5 und 6 (neuer § 9a)

1. Die bisherige Bestimmung des § 9a über einen **Mangel bei der Montage** kann aufgrund der Umsetzung von Art. 9 DURL und Art. 8 WKRL in § 8 VGG entfallen.

2. Stattdessen wird an dieser Stelle – also als neuer § 9a – die Anordnung des Art. 17 WKRL betreffend **gewerbliche Garantien** umgesetzt. § 9b, der bisher die Regelungen zur vertraglichen Garantie enthielt, kann daher entfallen.

3. Die neue Garantieregelung weicht von ihrer Vorgängerin in § 9b aF aufgrund der veränderten und erweiterten Vorgaben des Richtlinienrechts (Art. 2 Z 12, Art. 17 WKRL) mehrfach ab. So werden in Abs. 1 zweiter Satz die Regelungen des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 WKRL über das **Abweichen** der Garantiezusagen **von der** einschlägigen **Werbung** umgesetzt, in Abs. 2 die Vorgabe des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 zweiter Satz WKRL über die **Haltbarkeitsgarantie** und in Abs. 3 die erweiterten Vorgaben des Art. 17 Abs. 2 über den **Zeitpunkt und die Inhalte der Garantieerklärung** sowie über die jedenfalls erforderliche Zurverfügungstellung auf einem dauerhaften Datenträger.

Zu Z 7 (Änderung des § 13a)

Siehe zunächst die Ausführungen in der Einleitung zu den Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes, in denen die **Veränderung der kollisionsrechtlichen Gegebenheiten für das unionsrechtliche Gewährleistungsrecht** bereits erwähnt wurde. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten in ihrem Art. 7 Abs. 2 zu Maßnahmen, damit dem Verbraucher der durch diese Richtlinie gewährte Schutz nicht dadurch vorenthalten wird, dass das Recht eines Nichtmitgliedstaats als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wird, sofern dieser Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist. Diese Vorgabe wurde – ergänzend zum damaligen EVÜ – in § 13a Abs. 1 Z 4 umgesetzt (vgl. dazu auch die ausführlichen Darlegungen in RV 422 BlgNR 21. GP 26 f). In der Warenkauf-Richtlinie und in der Digitale-Inhalte-Richtlinie sind solche kollisionsrechtlichen Vorgaben nicht mehr enthalten; vielmehr wird in ErwGr. 65 WKRL und ErwGr. 80 DURL zum Ausdruck gebracht, dass kollisionsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit ihren Regelungen ausschließlich nach der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) zu lösen sind. Daher kann nun die Z 4 des § 13 Abs. 1 aus dem Rechtsbestand genommen werden.

Zu Z 8 (Änderung des § 28a)

Die Regelung des § 28a Abs. 1 über die **Verbandsklage** wird um die Gewährleistung bei der Bereitstellung digitaler Leistungen und um Verstöße gegen die Verzugsregelungen in §§ 7c und 7d ergänzt.

Zu Z 9 (Änderung des § 41a – Änderung einer Absatzbezeichnung)

Hier wird ein Redaktionsversehen (aus dem ErwSchAG-Justiz, BGBl. I Nr. 51/2018) beseitigt, das dazu geführt hat, dass es in § 41a zwei Absätze mit der Absatzbezeichnung „(33)“ gibt. Der somit neu angefügte Abs. 34 wird um einen nicht zutreffenden Beistrich erleichtert.

Zu Z 10 (§ 41a – Anfügung eines Abs. 35)

Diese Bestimmung regelt das **Inkrafttreten** der Änderungen des KSchG und statuiert die **Übergangsregelungen** dazu. Die neuen Regelungen sind auf Verträge anzuwenden, die nach Jahresende 2021 geschlossen werden.

Zu Artikel 4 (Umsetzungshinweis)

Dieser Artikel enthält den Umsetzungshinweis zu den Art. 2 und 3 dieses Gesetzes.