

Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195  
1045 Wien  
T +43 (0)5 90 900-4239DW | F +43 (0)5 90 900-114239  
E [karina.karlovits@wko.at](mailto:karina.karlovits@wko.at)  
W <http://www.wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, Sachbearbeiter  
Rp 552 /12/MSt/FB/KK/

Durchwahl  
4296

Datum  
26.03.2012

## **Stellungnahme zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Wirtschaftskammer Österreich gibt zum Annex I des Vorschlages der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM (2011) 635 endg) folgende Stellungnahme ab:

### **Einleitende Bemerkungen**

Die vorliegende Stellungnahme bezieht sich - wie oben bereits angemerkt - auf den Annex I zum Verordnungsvorschlag für das Gemeinsame Kaufrecht, der ein (relativ) umfassendes Regelungswerk für ein Vertragsrecht bei grenzüberschreitenden Geschäften beinhaltet, die den Kauf von Waren, die Bereitstellung digitaler Inhalte und die Erbringung verbundener Dienstleistungen betreffen. Die Regelungstechnik ist dergestalt, dass in der eigentlichen Verordnung selbst, die insgesamt nur 16 Artikel umfasst und in der u.a. Begriffsdefinitionen, Bestimmungen zum Anwendungsbereich und Regelungen darüber getroffen werden, wie und zwischen welchen Vertragspartnern dieses Vertragsrecht überhaupt vereinbart werden könnte, nicht die materiellen Inhalte geregelt werden, sondern dies in Annex I erfolgt.

Eine Stellungnahme zu dieser Grundverordnung wurde von der WKÖ bereits im Dezember 2011 erstellt. Diese liegt dem Bundesministerium für Justiz auch vor. Deren Inhalt soll hier nicht umfänglich wiederholt werden. Lediglich in Erinnerung rufen möchten wir, dass wir bereits dort zum Ausdruck gebracht haben, dass die Bemühungen der Kommission, die auf die Verwirklichung des Binnenmarktes abzielen, zwar grundsätzlich zu begrüßen wären, dass aber dieser Versuch unzweifelhaft mit dem konsequenten Bemühen einhergeht, das Verbraucherschutzniveau auf einem derart hohen Niveau festzulegen, dass von einem fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Unternehmer und jenen der Verbraucher nicht mehr gesprochen werden kann. Daher haben wir schon in dieser Stellungnahme zur Grundverordnung unsere strikt ablehnende Haltung zum Ausdruck gebracht.

Es wurde in dieser Stellungnahme auch darauf hingewiesen, dass die Inangriffnahme dieses Projektes deshalb nicht zielführend und sinnvoll ist, weil erst kürzlich die Richtlinie über Rechte der Verbraucher verabschiedet wurde, die gerade für den E-Commerce-Bereich in bestimmtem Umfang eine Vollharmonisierung bringen wird. Es wäre sinnvoller, zunächst die Wirkungen dieser Richtlinie - auch wenn wir den Inhalten derselben in weiten Bereichen sehr kritisch gegenüberstehen -, abzuwarten und einige Jahre nach der Umsetzung, die bis Dezember 2013 zu erfolgen hat, zu evaluieren. Damit sollen aber auch schon die Ausführungen und Hinweise auf unsere Stellungnahme zur Grundverordnung ihren Abschluss finden.

Wir haben nun den Annex I, der mit 186 Artikeln das eigentliche Gemeinsame Europäische Kaufrecht gleichsam als Gesetzbuch regelt, einer eingehenden Prüfung unterzogen. Dabei hat sich die Einschätzung, dass die Vorgaben dieses Entwurfes keine faire Balance schaffen, nicht nur bestätigt, sondern vielmehr verstärkt.

Dieses Kaufrecht soll als optionales Instrument zur Verfügung stehen, also vertraglich vereinbart werden können. Dafür, dass dieses Kaufrecht gewählt wird, bedarf es eines attraktiven Instrumentes, das soweit wie nur irgendwie möglich Rechtssicherheit bieten kann, das die potentiellen Vertragspartner verstehen können und das für beide Parteien angemessene Lösungen bietet. Das ist aber nicht der Fall. Es ist nicht möglich, an dieser Stelle auch nur annähernd die Punkte aufzuzeigen, die uns zu dieser Einschätzung führen, dafür ist insgesamt auf die folgenden Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen zu verweisen. Dennoch sollen einige Aspekte herausgegriffen werden:

Der Entwurf (im folgenden CESL) beinhaltet an vielen Stellen unbestimmte und in höchstem Grade auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe. Dies ist zwar in bestimmten Bereichen des Zivilrechts, das generell einen höheren Abstraktionsgrad aufweisen muss als vielleicht andere Rechtsmaterien, nachvollziehbar. Bedauerlich ist allerdings in dieser Hinsicht besonders, dass nicht einmal der Versuch unternommen wurde, gerade in derartigen Fällen durch entsprechende Erläuterungen Hilfestellung zu bieten. Die Komplexität des vorliegenden Entwurfes dürfte sogar in der Materie vertraute Leser bzw. einigermaßen erfahrene „Gesetzesbegutachter“ vor eine große Herausforderung stellen. Dass hier ein gewissermaßen „blankes“ Regelwerk vorgelegt wurde, zu dem es nicht einmal ansatzweise wirkliche Erläuterungen gibt, die vielleicht manches erhellen könnten, zeugt nicht von einer guten Rechtssetzungstechnik. Dass im Vorschlag der Kommission unter dem Titel „Erläuterung des Vorschlages“ auf einer einzigen Seite (S. 14) wenig informative Ausführungen zu einem Gesetzeswerk mit 186 Artikeln gemacht werden, ist gelinde gesprochen enttäuschend.

Im Zusammenhang mit den zahlreichen unbestimmten und neuen Rechtsbegriffen, die der Entwurf enthält, ist auf ein grundsätzliches Problem hinzuweisen: Mit der unerprobten neuen Rechtsquelle werden sich zwangsläufig Auslegungsschwierigkeiten ergeben. Vieles wird sich erst von den Gerichten bzw. dem EuGH klären lassen. Dies wird dazu führen, dass die Rechtsunsicherheit, die das CESL zweifellos mit sich bringen wird, lange Jahre andauern wird. Dem Erfolg des Projekts CESL kann die große Anzahl unbestimmter Rechtsbegriffe nur abträglich sein. Das CESL würde aber in jedem Fall - auch wenn es noch so gut und ausgewogen gestaltet wäre - für diejenigen, die es wagen sollten, es den Verträgen zugrunde zu legen, einen Sprung in unbekannte Gewässer bedeuten. Dafür, dass sich Unternehmen auf das „Abenteuer“ CESL einlassen, bedürfte es daher jedenfalls entsprechender Anreize, die wir allerdings vergeblich gesucht haben. Vielmehr haben wir gravierende Mängel und Regelungsbereiche insbesondere bei Verbraucherverträgen geortet, die nicht anders als abschreckend - gerade, aber nicht nur - für KMU zu werten sind.

Hier ist u.a. das Verjährungsregime zu erwähnen, das die Frist auch für die Mängelgewährleistung dramatisch auf bis zu 10 Jahre, möglicherweise sogar auf unbestimmte Dauer erhöhen würde. Anzuführen ist aber ganz besonders auch der Wegfall der Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe, mit der Konsequenz, dass u.a. auch die Vertragsaufhebung sofort, ohne dem Verkäufer eine 2. Chance geben zu müssen, zustehen würde. Eng mit diesen Punkten in Zusammenhang stehend ist an dieser Stelle auch anzuführen, dass die Rückabwicklungsbestimmungen dergestalt sind, dass Produkte, die gebrauchstauglich sind, aber vielleicht einen unbedeutenden Mangel aufweisen, unter Umständen jahrelang kostenlos genutzt werden könnten. Die Liste ließe sich noch fortsetzen, was den Umfang dieser einleitenden Anmerkungen aber sprengen würde. Nicht unerwähnt bleiben darf aber die Problematik der Haftung. Das vorgeschlagene schadenersatzrechtliche Regime würde Verkäufern eine verschuldensunabhängige Haftung für Mangelfolgeschäden auferlegen, die nur im Falle höherer Gewalt nicht greifen würde.

Schließlich ist besonders bedauerlich zu vermerken, dass auch das CESL dem überbordenden Informationspflichtenmodell verhaftet bleibt, anstatt die Chance zu nutzen, durch ein Zurückschrauben dieses Ansatzes, einen Anreiz für die Verwendung desselben zu schaffen, den das CESL wahrlich nötig hätte.

Vor den Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen möchten wir klarstellen, dass der Umstand, dass wir nicht zu allen Artikel Anmerkungen gemacht haben, nicht bedeuten soll, dass wir diesen zustimmend gegenüberstehen. Die Abkürzung „CESL“ bezieht sich auch im Folgenden auf den Annex I.

## Teil I - Einleitende Bestimmungen

### Kapitel 1

#### Zu Art. 1 - Vertragsfreiheit

##### Art. 1 Abs. 1:

Ein Bekenntnis zur Vertragsfreiheit an den Beginn zu stellen, ist sicher sinnvoll. Allerdings muss doch gesagt werden, dass diese durch die übrigen Regeln des CESL gerade im Hinblick auf Verbraucherverträge in weitreichendem Maße eingeschränkt wird.

Die Formulierung des Abs. 1 ist insofern nicht ganz glücklich, als sich die vorgesehene Einschränkung (...“vorbehaltlich einschlägiger zwingender Vorschriften“) auch auf die Abschlussfreiheit bezieht. Die Abschlussfreiheit wird aber doch wohl nicht durch zwingende Vorschriften des CESL eingeschränkt.

##### Art. 1 Abs. 2:

Unklarheiten kann das Verhältnis zwischen Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 GrundVO aufwerfen. Während in der Verordnung vorgesehen ist, dass im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht in Teilen, sondern nur in seiner Gesamtheit verwendet werden darf, können die Parteien nach Art. 1 Abs. 2 CESL die Anwendung von (offenbar einzelnen) Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ausschließen, davon abweichen oder ihre Wirkungen abändern. Es ist aber eigentlich nicht erkennbar, wo es im B2C-Bereich überhaupt noch einen Handlungsspielraum für Unternehmen gäbe, werden doch eigentlich alle Regelungen des CESL in den einzelnen Kapiteln zwingend gestellt.

#### Zu Art. 2 - Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehr

##### Art. 2 Abs. 1:

Die Bestimmung statuiert die Pflicht jeder Vertragspartei im Einklang mit dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln. Die „Definition“ oder der Versuch einer solchen bzw. die Umschreibung dessen, was unter „Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehr“ zu verstehen ist, wird in Art. 2 lit b) der GrundVO vorgenommen. Mit welchem Inhalt diese Regelungen tatsächlich ausgefüllt werden, kann derzeit nicht abgeschätzt werden, sondern würde sich erst langsam durch die Judikatur zeigen. Ganz offensichtlich sind mit dieser Bestimmung große Unsicherheiten verbunden. Das Bemühen muss dahin gehen, eine möglichst weitgehende Konkretisierung zu erreichen.

Dass man sagen kann, dass diese Generalklausel Fälle auffangen soll, in denen es sonst zu einem gravierenden Ungleichgewicht zwischen den jeweiligen Interessen der Parteien käme,<sup>1</sup> lässt sich

---

<sup>1</sup> Schauer in Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012) 56

dem Wortlaut der Bestimmung und deren Stellung im gesamten Gefüge aber nicht entnehmen. Dieses Verständnis wäre ohne Zweifel sinnvoll, müsste aber textlich auch verankert werden.

Der Verhaltensmaßstab des Art. 2 lit b) GrundVO wird offenbar durch drei (wiederum höchst auslegungsbedürftige) kumulativ vorgesehene Kriterien bestimmt, nämlich Redlichkeit und Offenheit und Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei. Auch wenn sich ein Vertragspartner redlich und offen verhält, wäre eine Verletzung des Sorgfaltsmaßstabes gegeben, wenn er nicht auch noch Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei nimmt. Die WKÖ bekennt sich seit jeher zu redlichem Verhalten sowohl im Sinne des Lauterkeitsrechts als auch hinsichtlich des Verhaltens bei individuellen Geschäftsbeziehungen. Wir geben aber zu bedenken, dass jedenfalls die allgemeine Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen der jeweils anderen Partei generell doch zu weit geht. Es kann angenommen werden, dass sich das „Rücksichtnahmekriterium“, das sich nach Art. 2 lit. b) auf das fragliche Geschäft „oder Rechtsverhältnis“ bezieht, durch die Bezugnahme auf das „Rechtsverhältnis“ z.B. auch auf Fälle der Rückabwicklung bzw. der Frage des Wertersatzes erstrecken würde. Das würde aber unter dem Blickwinkel des Art. 2 Abs. 2 CESL, wonach die Verletzung der Treu- und-Glauben-Pflicht, der doch die Rücksichtnahmepflicht inhärent ist, bedeuten, dass z.B. ein Anspruch auf Wertersatz gänzlich entfallen könnte, weil es eben die Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Partei erfordert. Das wäre jedenfalls nicht angemessen.

#### **Art. 2 Abs. 2:**

Das Bedürfnis nach einer Konkretisierung und vorhersehbarer „Verdichtung“ der Treu- und Glauben-Pflicht stellt sich insbesondere unter dem Blickwinkel, dass die Verletzung dieser Pflicht mit gravierenden Sanktionen verbunden ist, die - wie oben bereits angemerkt - im gänzlichen Ausschluss eines Anspruches (z.B. auf Wertersatz) oder aber auch zur schadenersatzrechtlichen Haftung führen kann. Anzumerken ist bereits auch hier, dass eine schadenersatzrechtliche Haftung für alle Bereiche des CESL auf das Vorliegen eines Verschuldens abstellen soll. Es ist jedenfalls abzulehnen, dass an die Verletzung einer derart unbestimmten bzw. „schwammigen“ Pflicht doch solche weitreichende Sanktionen geknüpft werden sollen.

#### **Art. 2 Abs. 3:**

Die generelle und umfassende Zwingendstellung dieser Bestimmung durch Abs. 3 ist besonders kritisch zu sehen, würde diese doch auch im B2B-Bereich z.B. die Möglichkeit einer im Vertrag vorgesehenen generellen Vereinbarung einer vielleicht haftungsbeschränkenden Klausel aushebeln. Es stellt sich aber auch die Frage, weshalb es z.B. zwei Unternehmen nicht möglich sein sollte, diese doch mit besonders großer Rechtsunsicherheit verbundene Bestimmung auszuschließen und statt dessen zu vereinbaren, dass sich die hier angesprochenen Aspekte nach einem für beide Parteien vielleicht vertrauteren nationalen Recht richten sollen. Außerdem käme es wahrscheinlich durch diese hier vorgenommene Zwingendstellung zu einem „Durchschlagen“ dieser Zwingendstellung auf alle Bestimmungen des CESL, in denen dezidiert auf dieses Treu- und-Glauben-Gebot Bezug genommen wird.

## **Zu Art. 5 - Angemessenheit, Vernünftigkeit**

### **Art. 5 Abs. 1:**

Die jedenfalls in höchstem Maße auslegungsbedürftigen Begriffe der „Angemessenheit und Vernünftigkeit“, auf die in zahlreichen Bestimmungen des CESL abgestellt wird, lassen sich unzweifelhaft schwer umschreiben bzw. definieren. Der Umstand, dass es dabei jedenfalls auf einen objektiven Maßstab ankommen soll, ist daher umso wichtiger. Rechtsunsicherheit bergen derartige Formulierungen aber jedenfalls in sich. Dass dabei die Gebräuche und Gepflogenheiten der jeweiligen Gewerbe und Berufe zu berücksichtigen wären, erscheint zwar grundsätzlich sinnvoll, doch gilt es zu bedenken, dass die „Erhebung“ der Gebräuche und Gepflogenheiten gerade bei grenzüberschreitenden Verträgen mit Sicherheit ein schwieriges Unterfangen sein wird. Es stellt sich jedenfalls die Frage, ob es sich bei den Gebräuchen um „europäische“ Gebräuche handeln muss, oder ob es sich dabei um solche handeln soll, die in den Mitgliedstaaten der beiden Vertragspartner bestehen.

Wir kennen die Bezugnahme auf Gebräuche insbesondere aus § 346 UGB. Die WKÖ führt immer wieder Erhebungen zum Bestehen von Handelsbräuchen im Sinne dieser Bestimmung durch entsprechende Mitgliederumfragen auf Antrag von Gerichten durch. Nach unserem Informationsstand erfolgt derartige auch durch den DIHK. Ob auch Wirtschafts- oder Handelskammern in anderen Staaten in dieser Form tätig sind, entzieht sich unserer Kenntnis. Die WKÖ kann dabei aber jedenfalls nur in Österreich bestehende Handelsbräuche erheben. Wie derartige Erhebungen zu den Gebräuchen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erfolgen sollten, lässt sich derzeit noch nicht abschätzen.

Anzumerken ist weiters, dass die Frage, ob ein bestimmter Handels- oder Unternehmerbrauch iSd § 346 UGB besteht, im österreichischen Recht jedenfalls eine Tatsachenfrage ist, und daher eine Bindung des OGH an diesbezügliche Feststellung der Untergerichte besteht. Wie dies nun bei den hier in Art. 5 bei der Beurteilung von „angemessen“ und „vernünftig“ zu berücksichtigenden Gebräuchen zu sehen wäre, ist zumindest klärungsbedürftig. Es stellt sich jedenfalls die Frage, ob es jemals zu einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition bzw. Auslegung der Begriffe „angemessen“ oder „vernünftig“ kommen wird, oder kommen kann.

### **Art. 5 Abs. 2:**

Die mit unbestimmten Begriffen verbundenen Schwierigkeiten werden auch hier deutlich. Es bringt keinen deutlichen Erkenntnisgewinn, wenn hier bestimmt wird, dass das, was eine Person erwarten oder von ihr in einer bestimmten Situation erwartet werden darf, das ist, was vernünftigerweise erwartet werden kann. Zumindest sollte auch hier deutlicher auf den Aspekt eines objektiven Maßstabes abgestellt werden.

## **Zu Art. 6 - Formfreiheit**

Das Bekenntnis zur Formfreiheit ist sicher zu begrüßen. Allerdings wird diese gerade für Verbraucherverträge und ganz besonders für elektronisch zu schließende Fernabsatzverträge (FAV) ganz erheblich eingeschränkt.

## **Zu Art. 7 - Nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen**

### **Art. 7 Abs. 5:**

Es ist fraglich, wem Vertragsbestimmungen zuzurechnen sind, die zwar von einem Dritten erstellt wurden, aber vom Verbraucher in den Vertrag eingebracht wurden. Eine deutlichere Klarstellung dahingehend, dass diese dann dem Verbraucher zuzurechnen sind, wäre sinnvoll. Generell sollte die Regelung dergestalt sein, dass nur solche Vertragsbestimmung als vom Unternehmer gestellt gelten, „die er selbst oder eine nur ihm zuzurechnende Hilfsperson entworfen hat“.<sup>2</sup>

## **Zu Art. 8 - Beendigung des Vertrages**

Etwas unvermittelt scheint die Bestimmung über die Beendigung von Verträgen an dieser Stelle.

### **Art. 8 Abs. 2:**

Wie in vielen anderen Bestimmungen auch, wird hier offenbar losgelöst von den Regelungen der Art. 159 ff eine schadenersatzrechtliche Regelung geschaffen, wobei nicht klar ist, ob z.B. die Bestimmung über die Schadensminderung des Art. 163 in diesen Fällen überhaupt zum Tragen käme. Während hinsichtlich der Rückabwicklung klar auf die Anwendung des Kapitel 17 verwiesen wird, fehlt ein derartiger Verweis auf das Kapitel 16. Auch an dieser Stelle ist zu deponieren, dass Schadenersatzansprüche an ein entsprechendes Verschulden des Schädigers anknüpfen sollen.

## **Teil II - Zustandekommen eines bindenden Vertrages**

### **Kapitel 2 - Vorvertragliche Informationen**

#### **Zu Art. 13 - Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen (FAV) und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (AGV)**

Bedauerlicher Weise wurde es schon bei der Verabschiedung der RLV verabsäumt, das vom EU-Gesetzgeber in den letzten Jahren immer ausufernder werdende Informationspflichtenmodell mit sich überschneidenden Informationspflichten in zahlreichen verschiedenen Richtlinien zu hinterfragen und dieses für die Unternehmen immer belastender werdende Modell angesichts der mehr als berechtigten Zweifel an der Sinnhaftigkeit zurückzufahren.<sup>3</sup> Vielmehr hat die RLV die

---

<sup>2</sup> Schauer in Wendehorst/Zöchling-Jud, 59.

<sup>3</sup> siehe dazu Lurger in Wendehorst/Zöchling-Jud, 67, „Die Verbraucherinformationsvorschriften des CESL-Entwurfes halten nicht den Erkenntnissen neuerer interdisziplinärer Verbraucherbeforschung stand, nach denen Informationen nur einen viel geringeren Schutzeffekt haben, als der EU-Gesetzgeber offenbar voraussetzt.“ mit Hinweis auf u.a. eine

Informationspflichten entscheidend erweitert und auch kein einheitliches, kohärentes Regime geschaffen. Mit dem CESL soll dieser Ansatz leider weiter zementiert werden, die Unübersichtlichkeit der Informationspflichten bleibt aufrecht, insbesondere nachdem Art. 12 der GrundVO festschreibt, dass die VO die Informationspflichten unberührt lässt, die die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Dienstleistungs-RL erlassen haben.

Bei dem überbordenden Informationspflichtenmodell des europäischen Gesetzgebers ist ganz besonders zu kritisieren, dass in zunehmendem Ausmaß Unternehmen zur Belehrung über die Rechtslage verpflichtet werden. Das ist nicht deren Aufgabe. Informationspflichten bedeuten bürokratischen Aufwand für Unternehmen und erschweren zunehmend unternehmerisches Handeln. Überbordende und unüberschaubare, in unterschiedlichen Regelungswerken enthaltene Informationspflichten belasten gerade KMU in besonderem Maße. Nicht nur unter dem Blickwinkel des von der EU häufig zitierten „Think Small First“-Prinzips ist diese Tendenz auch an dieser Stelle nachdrücklich zu kritisieren.

Grundsätzlich ist anzumerken, dass sich die vorvertraglichen Informationspflichten an den Bestimmungen der Richtlinie über Verbraucherrechte (RLV) orientieren, dass aber insbesondere die verwendeten Begriffe und Formulierungen doch Abweichungen aufweisen, die zwar zum Teil nicht so tragisch erscheinen, aber nicht zuletzt auch durch den Umstand, dass dann in der Folge ja wieder in alle Amtssprachen übersetzt werden muss, weiteres Potential für zusätzliche (aber leicht vermeidbare) Rechtsunsicherheit in sich tragen. Daher sollte ein wörtlicher Gleichklang mit den Begrifflichkeiten und Formulierungen der RLV unbedingt hergestellt werden. Nicht sinnvoll und wenig benutzerfreundlich ist es auch, dass z.B. die zu gebenden Informationen nicht umfassend im jeweiligen Artikel geregelt werden, sondern mit Verweisungen gearbeitet wird. (z.B. Art. 13 Abs. 1 lit b), c), d), e) verweisen auf die Art. 14, 15, 16).

Keinesfalls darf es dazu kommen, dass die Informationspflichten im Rahmen des CESL im Vergleich zur RLV noch eine Erweiterung erfahren. Alle Informations- und Offenlegungspflichten sind im Rechtsetzungsverfahren zumindest genau daraufhin zu überprüfen, ob sie mit der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher deckungsgleich sind um jedenfalls einen Gleichklang mit dieser herzustellen. Auch an dieser Stelle ist weiters zu kritisieren, dass nach Art. 12 GrundVO die Informationspflichten in Umsetzung der DL-RL auch bei Vereinbarung des CESL „durchschlagen“ würden. Vielmehr ist die Klarstellung zu fordern, dass das CESL Vorrang gegenüber den Informationspflichten nach der DL-RL hat.

#### **Art. 13 Abs. 1 lit i):**

Hier wäre der wörtliche Gleichklang mit der RLV herzustellen und bei der Interoperabilität auf die Wesentlichkeit abzustellen und hinsichtlich der Kenntnis das Adjektiv „vernünftigerweise“ zu ergänzen.

#### **Art. 13 Abs. 5:**

Die Ausnahme für die hier erwähnten Geschäfte nur von den vorvertraglichen Informationspflichten dieses Artikels ist - unabhängig vom Umstand, ob für diese das CESL praktisch große Relevanz haben könnte oder nicht - jedenfalls zu eng, würde dies doch bedeuten, dass z.B. die Bestätigungserfordernisse betreffend sämtliche Informationspflichten



grundsätzlich auch in diesen Fällen zum Tragen kämen. Außerdem soll auch statt der 50 Euro-Grenze ein höherer Betrag vorgesehen werden.

## **Zu Art. 19 - Fernabsatzverträge - zusätzliche Informations- und sonstige Erfordernisse**

### **Art. 19 Abs. 2:**

Hier wird festgelegt, dass die übrigen nach Art. 13 genannten Informationen dem Verbraucher in geeigneter Weise zu erteilen sind. Ein Klarstellung dahingehend, dass dies durch Linksetzung erfolgen kann, wäre notwendig.

### **Art. 19 Abs. 4:**

In dieser Bestimmung wird nach dem Vorbild der RLV sogar noch verschärfend die in Art. 8 Abs. 6 RLV den Mitgliedstaaten eingeräumte Option für ein Bestätigungserfordernis bei telefonisch zu schließenden Verträgen als Regelungslösung des CESL statuiert. Telefonisch können danach FAV nicht mehr geschlossen werden. Die völlig absurden Vorgaben für die Gültigkeit eines FAV sind praktisch nicht erfüllbar, wird doch gefordert, dass offenbar nach dem Telefonat der Verbraucher das Angebot unterzeichnet oder seine schriftliche Zustimmung übermittelt (wie soll der Unternehmer den Verbraucher dazu bewegen?), und dann auch nochmals der Unternehmer dem Verbraucher eine „Bestätigung dieser Einverständniserklärung“ auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen muss (dieses Erfordernis ist selbst in der Mitgliedstaatsoption der RLV nicht enthalten). Wenn offenbar der Wille der Entwurfsverfasser dahin geht, telefonische Vertragsabschlüsse nach dem CESL unmöglich zu machen - wobei anzumerken ist, dass bei FAV ja ohnehin ein Rücktrittsrecht besteht - könnte doch gleich offen ein Verbot derartiger Verträge ausgesprochen werden.

Dass es aber durchaus im Interesse der Verbraucher liegt, auch telefonisch Bestellungen bei einem Fernabsatzhändler tätigen zu können, wird dabei völlig ausgeblendet. Gerade Verbrauchern in entlegenen Gebieten oder älteren Personen würde damit der Zugang zu Waren unnötig erschwert. Nach wie vor tätigen gerade auch ältere Menschen gerne Bestellungen auf Basis eines Versandhandelskataloges. Weshalb soll es zu derartigen Erschwernissen kommen, wie sie nun nach dem CESL vorgeschlagen werden, wenn ein Verbraucher von sich aus die im Katalog angegebene Kundennummer wählt, sich beraten lässt und seine Bestellung telefonisch abgibt? Die Bestimmung ist als völlig überzogen und unpraktikabel abzulehnen.

## **Zu Art. 20 - Informationspflichten für alle Nicht- FAV/AGV**

Zu Art. 20 Abs. 1 lit e) gilt das oben zu Art. 13 Abs. 1 lit. i) Ausgeführte.

## **Zu Art. 23 - Offenlegungspflicht in Bezug auf Waren und digitale Inhalte B2B**

### **Art. 23 Abs. 1:**

Mit Art. 23 wird ein Informationspflichtenmodell - allerdings im Sinne einer Generalklausel - für das B2B-Verhältnis vorgesehen. Angesichts der höchst auslegungsbedürftigen Kriterien von „Treu

und Glauben und redlichem Geschäftsverkehr“ ist diese Pflicht jedenfalls mit Rechtsunsicherheit verbunden. Wir behalten uns, wie insgesamt, noch eine eingehendere Prüfung vor. Anzumerken ist aber jedenfalls, dass hier offenbar eine Unterscheidung bzw. Trennung zwischen dem Gebot von Treu und Glauben einerseits und dem Grundsatz des redlichen Geschäftsverkehrs bestehen dürfte, während nach Art. 2 lit b) der GrundVO diese gewissermaßen als Einheit definiert werden und auch in Art. 2 als Begriffspaar verwendet werden.

Anzumerken ist hier, dass durch die weitreichende Zwingendstellung des Art. 2 über das Gebot von Treu und Glauben (siehe dazu oben zu Art. 2 Abs. 3) diese Zwingendstellung auch auf diese Bestimmung des Art. 23 „durchschlagen“ dürfte. Inwieweit nun diese Bestimmung noch dispositiv ist, auch wenn dies mangels gegenteiliger Festlegung anzunehmen wäre, bleibt fraglich.

#### **Art. 23 Abs. 2:**

Ein zu berücksichtigendes Kriterium sollte die bestehende Geschäftsbeziehung sein, auf deren Basis vielleicht schon viele vergleichbare Verträge geschlossen wurden.

Unklar ist jedenfalls, was nach lit. f mit „die gute Handelspraxis“ gemeint ist.

#### **Zu Art. 24 - Zusätzliche Informationspflichten beim Abschluss von Fernabsatzverträgen auf elektronischem Wege**

In Art. 24 werden zum Teil die Informationspflichten bzw. Vorgaben des Art. 10 und Art. 11 E-Commerce-RL übernommen, dabei aber doch wieder Abweichungen vorgenommen. Auffallend ist dabei u.a., dass lit. e) des Art. 24 Abs. 3 als solche keine Entsprechung in der E-Commerce-RL hat, und dass auch nicht klar ist, was nun eigentlich unter „Vertragsbestimmungen“ zu verstehen ist; ob damit z.B. AGB gemeint wären. Es gibt nach der E-Commerce-RL jedenfalls keine Verpflichtung AGB zu verwenden. Wenn solche aber verwendet werden, dann sind diese dem Nutzer so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und reproduzieren kann (Art. 10 Abs. 3 E-Commerce-RL). Wenn nun Art. 24 Abs. 3 CESL anordnet, dass (jedenfalls) vorvertraglich über „die Vertragsbestimmungen“ bzw. AGB zu informieren sei, käme das einer Pflicht zur Verwendung von AGB gleich. Das kann nicht gewollt sein und soll daher nicht vorgesehen werden.

Den „Vertragsbestimmungen“ nach lit e) widmet sich auch ein eigener Absatz. Abs. 4 normiert, dass die „Vertragsbestimmungen in Buchstaben oder anderen verständlichen Zeichen auf einem dauerhaften Datenträger in einer Form zur Verfügung gestellt werden, die das Lesen und Auffinden der im Text enthaltenen Informationen sowie deren Wiedergabe in materieller Form ermöglicht“. Verständlich ist das nicht. Möglicherweise -und das könnte sich auf die englische Sprachfassung stützen - ist damit gemeint, dass die Vertragsbestimmungen in „alphabetischer“ Form dargestellt werden sollten. Sollte tatsächlich Derartiges gemeint sein, so ist das als völlige Überregulierung jedenfalls abzulehnen.

Vielmehr muss die Regelung so gestaltet sein, wie jene des Art. 10 Abs. 3 E-Commerce-RL, dass die AGB so zur Verfügung gestellt werden, dass sie speicher- und reproduzierbar sind. Jedenfalls stützt die Regelung des Abs. 4 die Vermutung, dass es sich bei den „Vertragsbestimmungen“ um AGB handelt. Daher soll lit. e) des Art. 24 Abs. 3 jedenfalls gestrichen werden.

## **Zu Art. 25 - Zusätzliche Erfordernisse beim Abschluss von Fernabsatzverträgen auf elektronischem Wege**

In Art. 25 werden die Bestimmungen des Art. 8 Abs. 2, 3 der RLV - wiederum mit leichten sprachlichen Abweichungen - übernommen und damit leider ein Regime zementiert, das ganz besonders für Fernabsatzverträge über Waren völlig überzogen und unnötig ist. Der Regelungsintention dieser Bestimmungen der RLV lag die Problematik der „Internetabzocke“ zugrunde, d.h. vermeintlich kostenlose Angebote meist zum Herunterladen über Lebensprognosen, Kochrezepte etc., die dem Verbraucher erst bei Erhalt von Rechnungen und Mahnungen als kostenpflichtig erkennbar werden. Die zugrundeliegenden Problemfälle haben sich nie bei Lieferungen und Angeboten von Waren im Fernabsatz ergeben. Jedem Verbraucher, der im Fernabsatz Waren bestellt, ist wohl klar, dass diese nicht kostenlos sind.

Nun aber sind bereits durch die RLV leider auch die klassischen Fernabsatzhändler mit diesen Regelungen belastet. Die Vorgaben des Art. 25 Abs. 2 sind - so wie auch schon nach der RLV - mit einer besonders gewichtigen „Rechtsfolge“ sanktioniert, nämlich der, dass „der Verbraucher nicht durch den Vertrag oder die Bestellung gebunden“ ist.

Aber was soll das nun bedeuten? Man denke daran, dass die Schaltfläche vielleicht nicht mit den Worten „Bestellung mit Zahlungspflicht“ beschriftet ist, sondern eben mit einer nach ursprünglicher Einschätzung des Unternehmers ähnlichen eindeutigen Formulierung. Dies z.B. deshalb, weil ein Unternehmer - berechtigter Weise - meinen könnte, dass doch die Formulierung, die Art. 25 Abs. 2 vorgibt, nämlich „Bestellung mit Zahlungspflicht“ eigentlich sogar irreführend für einen Käufer sein kann, da ja „die Bestellung“ als solche nicht die Zahlungspflicht auslöst bzw. kostenpflichtig ist. Nun nehmen wir einmal an, der Unternehmer verwendet also eine andere, aus seiner Sicht eindeutigere Beschriftung, bei der sich leider später - vielleicht durch eine Entscheidung des EuGH - herausstellt, dass eben die von unserem Unternehmer gewählte Formulierung doch nicht den Vorgaben des Art. 25 Abs. 2 entspricht. Er hatte sich also nicht an diesen Absatz des Art. 25 gehalten. Das würde aber bedeuten, dass er sich in vielleicht tausenden von Fällen nicht an diese Vorgaben gehalten hat, denn über diese im Nachhinein als nicht den Vorgaben entsprechend beschriftete „Schaltfläche“ waren tausende von Verträgen abgeschlossen worden. Für alle diese Verträge würde sich im Nachhinein ergeben, dass die Verbraucher doch „nicht durch den Vertrag gebunden waren“.

Welche Ansprüche ergeben sich daraus, wenn z.B. der Vertrag vielleicht von beiden Seiten noch nicht erfüllt ist? Nachdem der Vertrag ja nur „für den Verbraucher nicht bindend“ ist, müsste der Unternehmer in diesem Fall doch eigentlich trotzdem liefern. Muss der Verbraucher aber nichts für die Waren bezahlen? Welche Folgen ergeben sich, wenn der Vertrag von beiden Seiten schon erfüllt wurde? Kann der Verbraucher den Kaufpreis zurückverlangen, die Ware aber behalten? Nachdem dem CESL das Konzept von Treu und Glauben zugrundeliegt, könnte man vielleicht geneigt sein, letzteres zu verneinen, wiewohl die Lösung dieser Fragen nicht diesem Grundsatz allein überlassen bleiben sollte. Gibt es eine zeitliche Schranke, ab der der Verbraucher sich nicht mehr darauf berufen könnte, dass er doch nicht an den Vertrag gebunden ist, denn schließlich müsste der Unternehmer genaue Aufzeichnungen und Datenspeicherungen vornehmen, um allfälligen Behauptungen, dass der Verbraucher nicht ausdrücklich die Zahlungspflicht anerkannt hat, begegnen zu können? Trifft den Verbraucher eine Mitteilungspflicht, in der er zumindest erklärt, dass er nicht durch den Vertrag gebunden ist?

Antworten auf diese und sicher noch weitere Fragen in diesem Zusammenhang lassen sich offenbar im CESL nicht finden. Dies hängt wohl damit zusammen, dass es sich dabei um eine

Bestimmung handelt, die angesichts der entsprechenden Regelung in der RLV „noch schnell“ in das CESL integriert wurde, ohne auch nur den Versuch einer Abstimmung mit anderen Regelungsbereichen (u.a. Verjährung und Rückabwicklung) zu machen.

Aus unserer Sicht lässt sich weder aus Kapitel 5 noch aus Art. 8 oder Teil IV etwas zur Lösung dieser Fragen gewinnen. Es lässt sich auch aus Teil VII nichts entnehmen, da dieser Teil auf die Rückabwicklung bei Anfechtung oder Beendigung des Vertrages abstellt, nach Art. 25 Abs. 2 der Verbraucher aber einfach nur „nicht gebunden“ ist. Auch die Frage einer allfälligen zeitlichen Schranke bleibt durch das CESL unbeantwortet, da Teil VIII über die Verjährung insbesondere bei Betrachtung von Art. 185 über die Wirkung der Verjährung wohl nicht für diese Fälle des Art. 25 Abs. 2 herangezogen werden kann.

In einem zentralen Bereich des E-Commerce, dessen Ankurbelung das CESL eigentlich dienen sollte, würden die Rechtsunterworfenen mit ihren Fragen somit wahrscheinlich wohl auf das jeweils nach den Regeln des IPR anwendbare Recht des jeweiligen Verbraucherwohnsitzstaates, somit auf 27 bzw. 28 Rechtsordnungen verwiesen. Aber auch das kann zweifelhaft sein, wenn man sich Art 4. Abs. 2 vor Augen hält. Dieser besagt, dass Fragen, die in den Anwendungsbereich des CESL fallen, darin jedoch nicht ausdrücklich geregelt werden, in Einklang mit den ihm zugrunde liegenden Zielen und Grundsätzen und all seinen Bestimmungen gerade ohne Rückgriff auf das nach IPR anwendbare Recht zu lösen sind. Die Klärung dieser Fragen würde damit allenfalls der Judikatur des EuGH überantwortet. Das ist kein Modell, das zur Ankurbelung des E-Commerce beiträgt, sondern gerade kleine und mittlere Unternehmen abschrecken muss. Wollte man tatsächlich einen Anreiz für die praktische Anwendung des CESL schaffen, dann wäre die Streichung des Art. 25 eine Möglichkeit dafür.

Abschließend ist noch anzumerken, dass bei der Zusammenschau der Art. 24 und 25 besonders deutlich ein schon leider in der RLV vorgegebenes Problem hervortritt: Die Vorgaben des Art. 25 (im Gegensatz zu Art. 24, der eben individuelle Kommunikation u.a. per E-Mails dezidiert ausnimmt) sollen auch im Falle individueller Kommunikation mittels E-Mail gelten.

### **Zu Art. 28, 29 - Pflicht zur Sicherstellung der Richtigkeit von Informationen und Abhilfen bei Verletzung von Informationspflichten**

Im Vergleich zur RLV neu sind nun die Art. 28 und 29, da insbesondere die Frage der Rechtsfolgen einer Informationspflichtenverletzung bis auf einige Ausnahmen (z.B. Verlängerung der Widerrufsfrist bei Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht, bzw. vergleichbare Regelung wie jene in Art. 29 Abs. 2) nicht in der RLV geregelt sind, sondern sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten richten. Eine ausdrückliche Pflicht wie jene nach Art. 28 findet sich nicht in der RLV, sie ist auch nicht erforderlich bzw. birgt die Gefahr in sich, dass das an sich schon überbordende Informationspflichtenregime durch die Statuierung eines überzogenen Sorgfaltsmaßstabes noch verschärft wird.<sup>4</sup> Primär wird die Verpflichtung zu richtiger Information schadenersatzrechtlich sanktioniert, daneben steht insb. die Irrtumsanfechtung zur Verfügung.

Ins Auge springt auch hier, dass auch für den „Verlust“ im Falle einer Informationspflichtverletzung verschuldensunabhängig gehaftet werden soll. Offenbar gilt aber auch das sonstige, an sich den Schadenersatz regelnde Regime der Art. 159 ff nicht, d.h., die

---

<sup>4</sup> siehe Lurger in Wendehorst/Zöchling-Jud, 71, die ausführt, dass nur die Gerichte entscheiden können, ob mit dieser Bestimmung ein strenges Verständnis der Informationssorgfalt verknüpft ist oder nicht.

dort vorgesehene „entschuldigte“ Nichterfüllung, das Kriterium der Vorhersehbarkeit des Verlusts oder die Minderungspflicht kämen möglicherweise in Fällen der Verletzung von Informationspflichten nicht zum Tragen. Eine sachliche Rechtfertigung für eine im Vergleich zu sonstigen Fällen einer Haftung noch schärfere Sanktionierung der Informationspflichtenverletzung ist nicht erkennbar.

Klärungsbedürftig ist das Verhältnis dieser Bestimmung zu Unterlassungsansprüchen. Geht man davon aus, dass die Abhilfen erschöpfend geregelt sind, so stellt sich die Frage, ob es dennoch möglich wäre, die Verletzung von Informationspflichten insbesondere auf Basis des UWG oder vergleichbarer Gesetze in den Mitgliedstaaten zu sanktionieren.

## **Kapitel 3 - Vertragsschluss**

Die Normen des Entwurfs über Angebot und Annahme in Kapitel 3 „Vertragsabschluss“ entsprechen im Wesentlichen dem österreichischen Recht. Ins Auge springt aber, dass eine Definition der essentialia negotii nicht vorgenommen wird.

### **Zu Art. 30 - Erfordernisse für den Abschluss eines Vertrags**

#### **Art. 30 Abs. 1 lit a):**

Der Entwurf stellt konsequent ausschließlich auf die rechtsgeschäftliche Begründung von Schuldverhältnissen ab. Der Kreis der Rechtsgeschäfte wird ausdrücklich auf jedenfalls zweiseitige Rechtsgeschäfte eingeschränkt (arg: „die Parteien eine Einigung erzielen“).

#### **Art. 30 Abs. 1 lit b):**

Die inhaltliche Unterscheidung zwischen einer Parteeinigung (Z 1 lit a) und dem Willen der Parteien, ihrer Einigung Rechtswirkung verleihen zu wollen (Z 1 lit b), ist aus praktischer Sicht zu ambitioniert. Es mag sein, dass die sogenannte Rechtsfolgentheorie auch dem österreichischen Privatrechtsverständnis zugrunde liegt und vielleicht auch bei vereinzelt gerichtlichen Entscheidungen eine Rolle gespielt hat. Dieses dogmatische Konzept ist aber nicht für eine Verankerung in einem Gesetzestext geeignet, sondern wäre vielleicht ein Aspekt, der in den leider zu vermissenden Erläuterungen des CESL ausgeführt hätte werden können. Im Gesetzestext soll aber darauf jedenfalls verzichtet werden. Vielmehr wäre durch die gesetzliche Verankerung dieses Kriteriums eine weitere Hürde für den gültigen Abschluss eines Vertrages oder vielmehr ein zusätzliches Einfallstor für die Möglichkeit geschaffen, sich unter Berufung darauf, dass der Einigung doch keine Rechtswirkungen verliehen werden sollten, von einem geschlossenen Vertrag wieder zu lösen. Art. 30 Abs. 1 lit b) soll somit ebenso gestrichen werden, wie die damit in Zusammenhang stehende Bestimmung des Art. 30 Abs. 3.

#### **Art. 30 Abs. 1 lit c):**

Die Wendung „wenn (...) diese Einigung (...) einen ausreichenden Inhalt hat und hinreichend bestimmt ist“ ist zu unbestimmt. Adäquater und rechtssicherer wäre ein Abstellen auf Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der gegenseitigen Leistungen.

### **Art. 30 Abs. 3:**

Im Sinne der obigen Ausführungen zu Art. 30 Abs. 1 lit b) soll auch Abs. 3 gestrichen werden.

### **Art. 30 Abs. 4:**

Abs. 4 dürfte aus Sicht des österreichischen Rechts möglicherweise festhalten, dass Rechtsgeschäfte unter Bedingungen abgeschlossen werden können. Im hier geregelten Fall handelt es sich um die aufschiebende Bedingung der Einigung über einen bestimmten Vertragspunkt. Ob darüber hinaus nach dem CESL weitere Bedingungen zulässig sind, scheint aufgrund des Wortlauts des Abs. 4 fraglich. Stellt diese Bestimmung doch ausschließlich auf die Einigung über einen bestimmten Punkt ab und nicht auch auf den Eintritt einer bestimmten - aufschiebenden oder auflösenden - Bedingung. Hier eröffnet sich daher wiederum ein Einfallstor für die nationalen Normen der Mitgliedstaaten über die Bedingungen im Rechtsgeschäft, was zu unerwarteten Verwerfungen zwischen dem CESL und einzelnen nationalen Privatrechtsordnungen führen kann.

## **Zu Art. 31 - Angebot**

### **Art. 31 Abs. 2:**

Die Bestimmung scheint vor dem Hintergrund eines österreichischen Privatrechtsverständnisses redundant zu sein.

### **Art. 31 Abs. 3:**

Die im Vergleich zur Machbarkeitsstudie vorgenommene Änderung ist zu begrüßen, hätte doch Art. 30 Abs. 3 der Machbarkeitsstudie dazu geführt, dass die an einen unbestimmten Kundenkreis gerichtete Werbung in Katalogen oder auf der Website als verbindliches Angebot gegolten hätte, das durch die Bestellung des Kunden zu einem gültigen Vertrag geführt hätte. Dies wäre ein Abgehen vom Konstrukt der „*invitatio ad offerendum*“ gewesen, das keinesfalls angemessen wäre, hätte der Verkäufer doch in diesen Fällen überhaupt keine Möglichkeit mehr gehabt, einen Vertrag mit einem Kunden (der z.B. bereits hohe Ausstände hat) nicht zu schließen, was einem Kontrahierungszwang gleichgekommen wäre. Der nunmehrige Ansatz ist daher richtig und sachgemäß; allenfalls wäre es sinnvoll, noch eine Klarstellung (allenfalls in den Erwägungsgründen) dahingehend zu machen, dass unter den „an die Allgemeinheit gerichteten Vorschlägen“ u.a. Vorschläge in Katalogen, Werbung oder auf Websites zu verstehen sind.

Im Hinblick auf den Umstand, dass jedenfalls die Mitgliedstaatenoption besteht, das CESL auch für innerstaatliche Geschäfte anwendbar zu erklären, wäre es angebracht, die oben erwähnte Klarstellung für Angebote in Schaufenster und in Geschäften zu treffen. Derzeit wird das Anbieten von Waren im Geschäftslokal nach österreichischem Recht nämlich als Einladung zu einem Anbot interpretiert.

## **Zu Art. 32 - Rücknahme des Angebots**

Gemäß dieser Bestimmung kann ein Angebot selbst nach Zugang beim Empfänger noch zurückgenommen werden, sofern es noch nicht angenommen wurde. Diese Ausgestaltung steht

im Gegensatz zu geltendem österreichischem Recht, nach welchem ein einmal erklärtes Angebot nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, sobald es dem Empfänger zugegangen ist.

### **Zu Art. 33 - Ablehnung des Angebots**

Der Tatbestand „Erlöschen des Angebots“ sollte aus Gründen der Einfachheit und Verständlichkeit und damit der Rechtsökonomie in einem Artikel abschließend geregelt werden. Derzeit normiert auch Art. 36 Abs. 2 - der zwar von der Annahme handelt - den Tatbestand des Erlöschens nach Ablauf einer angemessenen Frist. Eine mögliche Formulierung könnte daher dahingehend lauten, dass das Angebot auch dann als erloschen gilt, wenn es nicht binnen angemessener Frist angenommen wurde. Die derzeitige Regelung geht davon aus, dass das Angebot auch nach Ablauf einer angemessenen Frist noch grundsätzlich gültig ist, was dazu führen kann, dass alte, bereits vergessene Angebote noch angenommen werden.

### **Zu Art. 34 - Annahme**

Konkludentes Handeln, begleitet von Schweigen, ist als Annahme zu werten. Eine ausdrückliche Erklärung, begleitet von (sonstiger) Untätigkeit, bedeutet ebenfalls eine Annahme. Nur daraus, dass der potenzielle Vertragspartner sowohl schweigt als auch (sonst) untätig ist, soll keine Annahme abgeleitet werden können. Es stellt sich die Frage, ob diese Varianten durch die gewählte Formulierung des Art. 34 Abs. 2, wonach Schweigen „oder“ Untätigkeit allein keine Annahme darstellen, abgedeckt sind.

### **Zu Art. 36 - Annahmefrist**

Wie schon zu Art. 33 ausgeführt wurde, ist die erschöpfende Regelung des Tatbestandes „Erlöschens des Angebots“ wünschenswert.

### **Zu Art. 38 - Geänderte Annahme**

#### **Art. 38 Abs. 2:**

Der Einfachheit halber wäre wohl jede Abweichung vom Angebot in der Annahme als neue Offerte zu deuten. Eine gesetzliche Vermutung der Erheblichkeit von Änderungen (es handelt sich dabei um die im Entwurf freilich nicht oder nur indirekt, was etwa den Preis betrifft, definierten essentialia negotii) wäre im Zuge einer solchen Regelung, nach welcher sämtliche Annahmen, die nicht zur Gänze das Angebot widerspiegeln, neue Angebote sind, nicht erforderlich.

Der Entwurf verliert sich hier in Unklarheiten: Die Art. 30 und 38 schweigen über den Mindestinhalt des Vertrags (essentialia negotii). Es wäre sinnvoll, im Rahmen des Art. 38 abschließend zu bestimmen, was „ausreichender Inhalt“ und „hinreichende Bestimmtheit“ konkret bedeuten.

### **Art. 38 Abs. 3:**

Eine vergleichbare Bestimmung enthält zwar auch das UN-Kaufrecht (Art. 19 Abs. 2 UN-Kaufrecht), sie ist dennoch zu kritisieren. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, wonach der Abschluss von Verträgen auf Kosten der Privatautonomie zu fördern ist. Wenn Dissens auch nur betreffend unerheblicher Abweichungen vom Angebot (Nebenbestimmungen) herrscht, ist der Privatautonomie der Vorzug zu geben. Zu eben diesen, wenn auch nur unerheblich vom eigenen Angebot abweichenden Bedingungen will der Anbietende allenfalls gar nicht kontrahieren. Dennoch müsste er sich den Abschluss eines solchen Vertrags zu nicht gewollten Nebenbedingungen gefallen lassen. Dies entspräche im Übrigen auch der derzeitigen österreichischen Rechtslage, wonach bei Abweichung der Annahme vom Anbot prinzipiell Dissens besteht und ein Vertrag nicht zustande kommt; die „Annahme“ gilt als neue Offerte.<sup>5</sup> Dies gilt jedenfalls für Dissens über die *essentialia negotii*. Aber auch für den Fall des versteckten Dissens über Nebenpunkte ist die österreichische Rechtslage weniger permissiv als der vorliegende Entwurf, der im Übrigen nicht zwischen offenem und verstecktem Dissens<sup>6</sup> zu unterscheiden scheint: Bei entsprechendem Parteiwillen tritt Teilnichtigkeit analog zu § 878 S 2 ABGB ein; die Lücke ist durch positives Recht und ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.<sup>7</sup>

Die vom Anbot abweichenden Bestimmungen würden, obwohl darüber keine Willensübereinstimmung vorliegt, Inhalt des Vertrages, wodurch Streitfragen bezüglich des Zustandekommens und des Inhalts des Vertrages geradezu vorprogrammiert sind, was keinesfalls iSd vom Entwurf gewünschten Rechtsicherheit sein kann.

Sollte die eben geforderte Regelung des Dissens ohne Unterscheidung nach erheblichen und unerheblichen Änderungen nicht konsensfähig sein, wäre einer Regelung zum Teildissens, wonach das Geschäft ohne die abweichenden Nebenbedingungen zustande käme, der Vorrang zu geben.

### **Art. 38 Abs. 4:**

Diese „salvatorische“ Bestimmung wäre bei Aufnahme der oben dargestellten Dissensregel entbehrlich.

## **Zu Art. 39 - Widersprechende Standardvertragsbestimmungen**

### **Art. 39 Abs. 1:**

Diese Regelung wird nur im B2B-Bereich zur Anwendung kommen, zumal Verbraucher - wenn überhaupt - nur in Ausnahmefällen von Standardvertragsbestimmungen Gebrauch machen werden. Im B2B-Rechtsverkehr ist die vorgeschlagene Bestimmung zu begrüßen, weil sie Rechtssicherheit schafft. Tatsächlich ist es geradezu der Normalfall, dass Unternehmen untereinander nur zu den jeweils eigenen Standardvertragsbestimmungen kontrahieren wollen. Die jeweiligen Standardvertragsbestimmungen werden sich in den meisten Fällen „kreuzen“, d.h. sich widersprechen, unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen bzw. vom dispositiven Recht

---

<sup>5</sup> vgl. *Bollenberger* in *KBB*<sup>2</sup>, § 861, 7; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 861, Rz 4.

<sup>6</sup> Der offene Dissens ist beiden Parteien bekannt. Beim versteckten Dissens glaubt mindestens eine der Parteien, dass in allen Punkten Einigkeit erzielt worden sei (*Rummel* aoO, § 869, Rz 9 f).

<sup>7</sup> *Bollenberger* aoO, § 870, Rz 8.



abweichen. Auch nach österreichischer Rechtslage liegt in diesen Fällen Teilunwirksamkeit vor<sup>8</sup>, im Übrigen bleibt der Vertrag freilich aufrecht.

#### **Art. 39 Abs. 2:**

Diese beiden „Notbremsen“ sind praktikabel und vernünftig und werden daher begrüßt.

## **Kapitel 4 - Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen**

Die Bestimmung dürfte sich weitgehend an Art. 16 RLV iVm Art. 3 orientieren, doch zeigen sich an verschiedenen Stellen insbesondere sprachliche Abweichungen, die rechtliche Unsicherheit mit sich bringen können und daher vermieden werden sollten.

### **Zu Art. 41- Ausübung des Widerrufsrechts:**

#### **Art. 41 Abs. 3:**

Auffallend ist, dass auch hier eine eigene Schadenersatzregelung getroffen wird, die - so wie in Art. 29 - losgelöst von einem Verschulden, aber sogar auch von dem sonstigem Regime der Art. 159 ff vorgesehen wird, was aus Sicht der Wirtschaft abzulehnen ist (siehe dazu auch oben zu Art. 29).

### **Zu Art. 42 - Widerrufsfrist**

Vorlage der Regelungen ist Art. 9 RLV. Sprachliche (und damit vielleicht doch auch inhaltliche) Abweichungen sind aber gegeben. So wird z.B. in der RLV hinsichtlich des Beginns des Fristenlaufes bei Waren auf die Erlangung des physischen Besitzes abgestellt, hier auf die Empfangnahme. Außerdem berücksichtigt Art. 42 beim Beginn des Fristenlaufes nicht den Umstand, dass auch ein vom Verbraucher benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die Waren in Empfang nehmen kann, wie dies in Art. 9 RLV der Fall ist.

#### **Art. 42 Abs. 1 lit. e):**

Es wird in dieser lit. e) auf Verträge über verbundene Dienstleistungen Bezug genommen, die erst „nach Lieferung der Waren geschlossen werden“. Wie passt dies mit der Definition der verbundenen Dienstleistung in Art. 2 lit. m) der GrundVO zusammen, der gemäß eine verbundene Dienstleistung zwar in einem gesonderten (gemeint ist vom Kaufvertrag bzw. Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte) Vertrag vereinbart werden kann, dies aber nur, wenn er „zeitgleich“ mit dem Kaufvertrag bzw. Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte geschlossen wurde? Zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren ist doch der Kaufvertrag längst geschlossen - rechtlich wäre es nicht möglich, zu diesem Zeitpunkt einen gesonderten Vertrag

---

<sup>8</sup> Bollenberger aoO, § 864a, Rz 8.

über eine verbundene Dienstleistung abzuschließen, der in den Anwendungsbereich des CESL fällt.

### **Zu Art. 45 - Verpflichtungen des Verbrauchers im Widerrufsfall**

Art. 45 scheint sich in weiten Teilen mit Art. 14 der RLV zu decken, übernimmt damit aber auch dessen aus Unternehmersicht unangemessene Wertungen.

#### **Art. 45 Abs. 3:**

Der Ersatz der Wertminderung durch den Verbraucher wird von der Information über das Widerrufsrecht nach Art. 17 Abs. 1 abhängig gemacht. Das ist - auch wenn dies bereits in der RLV vorgesehen ist - eine unangemessene Sanktion für eine unterlassene, aber vielleicht auch nur nicht ganz richtige Belehrung über die Rechtslage. Zu bedenken ist vor allem auch, dass die Unterlassung der Information über das Widerrufsrecht bereits durch eine gravierende Verlängerung der Widerrufsfrist sanktioniert ist.

Wie einleitend bereits ausgeführt, ist die zunehmende Übertragung von Informationspflichten über die Rechtslage an Unternehmen vehement zu kritisieren. Dass nun eine Sanktionierung durch eine gravierende Verlängerung der Widerrufsfrist um ein Jahr erfolgt und zusätzlich auch noch Wertersatz entfällt, ist unangemessen. Derartige Sanktionen, wie sie jüngst mit der RLV geschaffen wurden und nunmehr auch im CESL Eingang finden sollen, würden eine Prüfung nach der Grundrechtecharta erfordern. Dass dies bei Erlassung der RLV oder nunmehr beim CESL erfolgt wäre, ist - uns jedenfalls - nicht erkennbar. Es ist darauf hinzuweisen, dass entsprechend der Mitteilung der Kommission „Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Kommission“ ( KOM (2010) 573 endg, 19.10.2010) bei Rechtssetzungsmaßnahmen anhand einer Grundrechte-Checkliste eine derartige Prüfung vorzunehmen wäre.

#### **Art. 45 Abs. 4:**

Jedenfalls abzulehnen ist, dass nun das CESL sogar noch eine weitere Verschlechterung für die Unternehmen bringen würde. Das Widerrufsrecht wird in immer zahlreicher werdenden Fällen von Verbrauchern missbraucht. Es werden z.B. Abend- und Hochzeitskleider, Faschingskostüme für bestimmte Anlässe bestellt und getragen und dann unter Ausnutzung des Widerrufsrechts retourniert. Erstaunlich ist, dass sich z.B. Eltern auch bei Taufkleidern oft in der Größe des Taufkindes „irren“ dürften und daher auch bei dieser Produktgruppe oft vom Widerrufsrecht Gebrauch machen müssen. Aber nicht nur im Bekleidungsbereich gibt es Missbrauch, sondern gerade auch bei Elektronikprodukten, wie Fernseher (für die EM, WM) oder Camcordern (für den Urlaub) etc.. Die Waren werden bestellt, verwendet und dann retourniert. Dass derartige Missbrauch eingedämmt werden soll, müsste eigentlich auch ein Anliegen der Konsumentenschutzseite sein, denn entweder nehmen Unternehmen bestimmte Produktgruppen aus ihrem Fernabsatzangebot, was zu einer Verringerung des Angebotes für alle Verbraucher führt, oder die durch den Missbrauch entstehenden „Verluste“ spiegeln sich in der Preiskalkulation für alle Angebote wieder, was auch nicht im Interesse jener Verbraucher sein kann, die sich nicht missbräuchlich verhalten.

Das CESL regelt in Abs. 4 des Art. 45, dass unbeschadet des Abs. 3 der Verbraucher nicht zur Zahlung einer Entschädigung „für die Nutzung“ der Waren während der Widerrufsfrist verpflichtet ist. Damit wird aber auch gesagt, dass eine Nutzung erlaubt ist. Derartige ist geradezu eine Einladung dazu, die Waren während der Widerrufsfrist nutzen zu können und dann eben kostenlos zurückzutreten. Abs. 4 steht auch - ohne erkennbare sachliche Rechtfertigung - in Widerspruch zu Art. 45 Abs. 5, wonach bei Erbringung verbundener Dienstleistungen ein angepasstes Entgelt zu bezahlen ist. In der RLV ist das nicht in dieser Form geregelt. Vielmehr stellt Erwägungsgrund 47 folgendes klar: Wenn er Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren feststellen will, sollte der Verbraucher mit ihnen nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen, wie er das in einem Geschäft tun dürfte. So sollte der Verbraucher z.B. ein Kleidungsstück nur anprobieren, nicht jedoch tragen dürfen.

Eine derartige Aussage fehlt im vorliegenden CESL und muss daher jedenfalls anstelle der Regelung des Abs. 4, dass keine Zahlung für die Nutzung zu tragen ist, Eingang in den Gesetzestext nehmen.

Darüber hinaus fordert die WKÖ aber auch nachdrücklich, überhaupt dem oben dargestellten Missbrauch Einhalt zu gebieten, und zwar mit einer einfachen Regelung, die darin besteht, dass das Widerrufsrecht ausgeschlossen wird, wenn die Ware genutzt bzw. gebraucht wurde. Es ist zu betonen, dass es für Unternehmen eines wirklichen Anreizes bedarf, sich auf das „Abenteuer“ CESL einzulassen. Dieser Punkt wäre als ein solcher zu sehen.

#### **Art. 45 Abs. 6:**

Die eingangs erwähnten unangemessenen Wertungen schon der RLV kommen ganz besonders in den Bestimmungen des Abs. 6 zum Ausdruck und würden daher mit dem CESL zementiert. Dass als Sanktion für eine unterlassene oder auch nicht ganz gesetzeskonforme Belehrung über die Rechtslage (Art. 45 Abs. 6 lit. a) i) die Kostenlosigkeit der Leistung statuiert wird, stellt ein punitives Element dar, das im Zivilrecht fehl am Platz ist und das auch nach der Grundrechtecharta auf den Prüfstand zu stellen ist. Das gleiche gilt für den Fall der lit. a) ii) und die Bestimmungen der lit. b). Dieses Regime haben wir schon im Rahmen des Rechtssetzungsverfahrens zur RLV heftigst kritisiert, dennoch soll diese Kritik auch an dieser Stelle nochmals angebracht werden. Ganz besonders hier fragt man sich, ob diese Regelung einem Grundrechtscheck unterzogen wurde.

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Ablehnung ist aber folgendes anzumerken:

Was bedeutet es im Gefüge des CESL, dass nun der Verbraucher „nicht verpflichtet ist“, die Kosten für die Dienstleistung zu tragen? Angenommen der Vertrag wurde schon von beiden Seiten erfüllt, die Rücktrittsfrist ist schon längst abgelaufen, und es stellt sich in einem, einen anderen Sachverhalt betreffenden gerichtlichen Verfahren heraus, dass die von einem Unternehmer gegebenen Informationen nach Art. 17 Abs. 1 und 3 doch nicht den Anforderungen entsprochen haben, weil z.B. das Widerrufsbelehrungsformular in einem Punkt doch nicht ganz ordnungsgemäß ausgefüllt war, wie dies Art. 17 Abs. 4 verlangt.

Der Unternehmer - und man muss sich bewusst sein, dass die überwiegende Mehrheit der Unternehmen KMU sind, die nicht über eine Rechtsabteilung verfügen - hat dann denselben Fehler sicher bei einer Vielzahl von Verträgen gemacht. Können nun alle Verbraucher das Entgelt zurückverlangen? Auf welcher Grundlage des CESL würde dies erfolgen? Gibt es irgendeine zeitliche Schranke dafür? Eigentlich müsste der Unternehmer alle ausdrücklich erklären

„Verlangen“ auf vorzeitige Ausführung entsprechend archivieren und speichern, um allfälligen Einwänden, dass eben ein derartiges Verlangen nicht bestanden habe, begegnen zu können.

Wiederum - wie auch im Fall des Art. 25. Abs. 2 - handelt es sich um Bestimmungen, die ohne weitere Überlegungen schnell in das CESL integriert wurden, weil sie schon in der RLV verankert sind. Auf die oben dargestellten Fragen lassen sich aber im CESL keine Antworten finden. Abgesehen von der grundsätzlichen Ablehnung dieses Konzepts ist daher auch zu kritisieren, dass man sich das Regime und dessen Einbindung in das Regelungsgefüge des CESL nicht überlegt hat.

### **Zu Art. 47 - Zwingender Charakter**

Ein gewisser Widerspruch dürfte zwischen dieser Bestimmung und Art. 8 Abs. 3 GrundVO bestehen. Während Art. 47 den Ausschluss oder die Abänderung (zum Nachteil des Verbrauchers) nur des Kapitels 4 verbietet, verlangt Art. 8 Z 3 GrundVO die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher jedenfalls in seiner Gesamtheit.

## **Kapitel 5 - Einigungsmängel**

### **Zu Art. 48 - Irrtum**

#### **Art. 48 Abs. 1**

Leicht und insbesondere für die potentiellen Nutzer verständlich, ist - so wie viele andere auch - die Bestimmung des Art. 48 nicht. Jedenfalls scheinen sich die unter lit. b i), ii) und iii) normierten Kriterien jeweils zu überschneiden. Ein Fall der lit. ii) oder der lit. iii) wird wohl immer auch unter lit. i) subsumierbar sein. Lit. i) wäre daher zu streichen. Außerdem sollte auch besser in allen Fällen anstelle des Begriffs „verursachen“ auf die „Veranlassung“ abgestellt werden.

Es ist zu befürchten, dass gerade die in lit. ii) angesprochene Verletzung vorvertraglichen Informationspflichten - wobei diese Pflichten angesichts ihres großen Umfanges von Unternehmen eigentlich nicht mehr erfüllbar sind - in zunehmenden Maße Grundlage einer Irrtumsanfechtung werden kann. Keinesfalls darf es dazu kommen, dass z.B. eine Verletzung der nunmehr auch vorgesehenen vorvertraglichen Pflicht zur Belehrung über das „Nichtbestehen“ eines Widerrufsrechts, letztlich immer über die Irrtumsanfechtung sanktionierbar wäre. Das liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass zwar in bestimmten Fällen kein Widerrufsrecht eingeräumt wird, über die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung aber faktisch doch ein solches „entsteht“, das zudem über einen unangemessen langen bzw. unbestimmten Zeitraum hin geltend gemacht werden könnte (siehe unten zu Art. 52, der den Beginn des Fristenlaufes für die Irrtumsanfechtung an die Kenntnis der maßgebenden Umstände anknüpft).

Jedenfalls soll auch die Fallkategorie des in lit. iv) angesprochenen gemeinsamen Irrtums, die völlig losgelöst von einer Verursachung bzw. Veranlassung besteht, entfallen. Diese von der Judikatur bzw. Teilen der Lehre geschaffene Kategorie, wird auch in der österreichischen

Literatur berechtigter Weise kritisiert<sup>9</sup>. Dieser Ansatz würde in vielen Fällen zu nicht sinnvollen Überschneidungen mit den Rechtsbehelfen für Fälle nicht vertragskonformer Leistungen nach Kapitel 11 führen. Bei Verkauf einer nicht vertragsmäßigen bzw. mangelhaften Ware wird der Händler den Mangel wohl nicht kennen (z.B. Produktionsfehler oder bei Verkauf eines gebrauchten KFZ ein manipulierter Kilometerstand), sonst wäre es wohl ein Fall der Arglist gem. Art. 49 CESL. Selbstverständlich kennt auch der Käufer den Mangel nicht. Es wären also beide im Irrtum und somit ein Fall der lit. iv) gegeben<sup>10</sup>. Eine nicht wünschenswerte Überschneidung mit dem ohnehin schon sehr komplexen und schwer durchdringbaren Rechtsbehelfssystem nach Teil IV muss daher unbedingt vermieden werden.

Zudem ist es keinesfalls angemessen, dass offenbar auch in einem Fall des beidseitigen Irrtums gem. Art. 55 ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch zustehen soll. Dass dieser nur ausgeschlossen wäre, wenn die andere Partei die maßgebenden Umstände kannte oder kennen musste, ist nicht ausreichend, da zu befürchten ist, dass dies gerade bei B2C-Verträgen von den Gerichten regelmäßig zu Lasten des Verkäufers ausschlagen dürfte.

#### **Art. 48 Abs. 2:**

Der Sinngehalt dieser Bestimmung erschließt sich uns mangels Erläuterungen nicht.

#### **Zu Art. 51 - Unfaire Ausnutzung**

Mit dieser Bestimmung ergibt sich unweigerlich eine weitere, große Quelle der Rechtsunsicherheit<sup>11</sup>, die es nicht einfacher machen wird, das CESL auch tatsächlich zu verwenden. Die Bestimmung greift entscheidend in die Privatautonomie der Vertragspartner ein. Ein Vertrag ist danach anfechtbar, wenn ein Vertragspartner z.B. unwissend oder unvorsichtig war und der andere dies ausgenutzt hat, um sich einen übermäßigen Nutzen oder unfairen Vorteil zu verschaffen. Die Regelung geht jedenfalls über den uns bekannten Wuchertatbestand hinaus, der nur bei einem auffallenden Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung verwirklicht ist. Wann man z.B. von einem „übermäßigen Nutzen“ oder „unfairen Vorteil“ sprechen kann, wird sich wohl schwer beurteilen lassen. Jedenfalls soll stattdessen - so wie im österreichischen Wuchertatbestand - unbedingt auf das Kriterium eines auffallenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung abgestellt werden.

Die Befürchtung, dass mit dieser Bestimmung ein allgemeines Anfechtungsrecht für Verbraucher geschaffen werden würde, da diese letztlich vor den Gerichten regelmäßig als unvorsichtig, unwissend oder unerfahren gelten werden, kann wohl nicht wirklich entkräftet werden, wenn man sich die Entscheidungen des EuGH der letzten Zeit vergegenwärtigt, die den Aspekt des Verbraucherschutzes über alles stellen.

Allein die verschiedenen Sprachfassungen des in der deutschen Fassung verwendeten Begriffs „unvorsichtig“ werden Anlass zu unterschiedlichen Auslegungen geben. Gerade im Falle der Unvorsichtigkeit des Vertragspartners ist es aber grundsätzlich fraglich, diesen übermäßig zu schützen. Dieser Aspekt sollte entfallen. Seine Beibehaltung wäre jedenfalls ein falsches Signal

---

<sup>9</sup> vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht <sup>13</sup>, 158 mit Hinweisen auf weitere Literatur.

<sup>10</sup> siehe zur Parallelität zwischen Irrtum und Gewährleistung *Honsell*, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, JBl 1989, 207.

<sup>11</sup> vgl. auch *Lurger* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 82

dahingehend, dass sich Sorglosigkeit auszahlt und sich Eigenverantwortung nicht lohnt. Außerdem bestehen im CESL ohnehin weitreichende Schutzmechanismen in anderer Form.

Ebenso entfallen soll das Kriterium der „Unwissenheit“, denn nach dem (überbordenden) Informationspflichtenmodell, sollte doch gerade durch die vorvertraglichen Informationspflichten bei Vertragsschluss ein Unwissen nicht mehr gegeben sein können. Andernfalls wäre dies das Eingeständnis, dass dieses Informationspflichtenmodell gescheitert ist.

Zu streichen wäre weiters auch der Aspekt der „Unerfahrenheit“. Weshalb sollen sich geschäftsfähige Personen auf ihre Unerfahrenheit berufen können? Sind sie aus irgendwelchen Gründen doch nicht geschäftsfähig, dann wird dies unter Rückgriff auf das anwendbare Recht zu beurteilen sein, da das CESL diesen Aspekt nicht regelt. Das CESL, das von einem ungemein hohen Verbraucherschutzniveau ausgeht, schafft gerade für Verbraucher ein engmaschiges Schutznetz, das eine zusätzlich Absicherung durch ein Anfechtungsrecht für den Fall der „Unerfahrenheit“ eigentlich nicht mehr rechtfertigen kann.

Verzichtet werden sollte auch auf das Kriterium der „dringenden Bedürfnisse“ und der „Notlage“ als Anknüpfung für die Anfechtungsmöglichkeit. Im Sinne des österreichischen Wuchertatbestandes, sollte stattdessen zumindest auf eine „Zwangslage“ abgestellt werden.

### **Zu Art. 52 - Anfechtungsmitteilung**

Auffallend ist, dass für die Anfechtung von Verträgen keine gerichtliche Geltendmachung notwendig ist, sondern die Anfechtung durch Mitteilung an die andere Partei ausgeübt werden kann. Ganz besonders unter dem Blickwinkel des Art. 51 wird das wohl dazu führen, dass viele, die aus irgendwelchen Gründen aus einem Vertrag „raus wollen“ sicherheitshalber die Anfechtungsmitteilung auf Basis dieser Bestimmung erklären werden, auch wenn dann letztlich Streitigkeiten über die Berechtigung zur Anfechtung vor Gericht geklärt werden müssen.

Ungeklärt ist aber jedenfalls, ab wann die in lit. a) und b) des Abs. 2 vorgesehenen Fristen überhaupt zu laufen beginnen. Hier besteht dringender Nachbesserungsbedarf. Es bedarf eines klaren, nachprüfbaren Anknüpfungzeitpunktes, der grundsätzlich der Vertragsabschluss sein soll. Lediglich für den Fall der Drohung ist es angebracht, dass die Frist mit Wegfall der Drohung zu laufen beginnt. Zusätzlich ist jedenfalls eine absolute Frist vorzusehen, nach deren Ablauf eine Geltendmachung ausgeschlossen ist.

### **Zu Art 54 - Wirkungen der Anfechtung**

Notwendig und sinnvoll wäre es, nicht nur eine Anfechtung zu ermöglichen, sondern auch eine Möglichkeit der Vertragsanpassung vorzusehen.<sup>12</sup>

### **Zu Art. 55 - Schadenersatz für Verluste**

Auch in dieser Bestimmung wird nun offenbar ein verschuldensunabhängiger, von den Bestimmungen der Art. 159 ff „losgelöster“ Schadenersatzanspruch normiert. Dass es nur darauf ankommen soll, dass die potentiell haftpflichtige Partei, die maßgebenden Umstände kannte,

---

<sup>12</sup> siehe so auch *Lurger in Wendehorst/Zöchling-Jud*, 83.

aber vor allem kennen musste, ist als Zurechnung zu wenig. Auf die Ausführungen zu Art. 48 Abs. 1 lit. b) iv) zum gemeinsamen Irrtum darf verwiesen werden.

### **Zu Art. 56 - Ausschluss oder Einschränkung von Abhilfen**

Dass mit dieser Bestimmung jeglicher Gestaltungspielraum auch für B2B-Verträge gerade auch im Hinblick auf den Tatbestand des Art. 51 genommen wird, wird ohne Zweifel auch dazu beitragen, dass das Instrument von den Unternehmen nicht angenommen würde. Wieso sollte es gerade im B2B-Bereich nicht möglich sein, dass sich die Parteien angesichts der Unbestimmtheit und damit Unvorhersehbarkeit, wie diese Bestimmung letztlich ausgelegt wird, eben darauf einigen, dass diese nicht zur Anwendung kommen soll, sondern derartige Aspekte, die in Art. 51 angesprochen sind, nach dem gemäß IPR anwendbaren nationalen Recht gelöst werden sollen?

### **Zu Art. 57 - Wahl der Abhilfe**

Die volle Anspruchskonkurrenz der Anfechtungsmöglichkeiten nach diesem Kapitel mit sämtlichen Abhilfen wegen Nichterfüllung macht das CESL für die potentiellen Nutzer unüberschaubar. Insbesondere die Konkurrenz zwischen Irrtumsanfechtung und Abhilfen wegen nicht vertragsgemäßer Leistung muss jedenfalls ausgeschlossen werden, würde doch damit das dortige Regime (siehe z.B. die Heilungsmöglichkeit) in vielen Fällen gar nicht zum Tragen kommen, weil sich der Käufer auf die Irrtumsanfechtung berufen könnte und damit ein sofortiges Vertragsauflösungsrecht hätte. (Siehe dazu auch die Anmerkungen zu Art 48).

## **Teil III - Bestimmung des Vertragsinhaltes**

### **Kapitel 6 - Auslegung**

#### **Zu Art. 58 - Allgemeine Regeln zur Auslegung von Verträgen**

Auf die inhaltliche Problematik der Verwendung des Begriffs „vernünftig“ wurde bereits in unseren Ausführungen zu Artikel 5 hingewiesen. Gleiches gilt für den Begriff „normal“.

#### **Zu Art. 59 - Erhebliche Umstände**

Das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss zur Interpretation des Vertrages selbst heranzuziehen erscheint auf den ersten Blick überraschend. Da aber andererseits primär der Vertragswille zu erforschen ist, kann sich dieser auch aus dem Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss ergeben. Fraglich ist, ob dies extra in Art. 59 festgeschrieben werden muss oder ob dadurch nicht Rechtsunsicherheit geschaffen wird.

## **Zu Art. 64 (Auslegung zugunsten des Verbrauchers) und 65 (Auslegungsregeln bei gestellten Vertragsbestimmungen)**

Es wäre einfacher, die Artikel 64 und 65 zusammenzufassen und durch eine dem § 915 ABGB entsprechende Regelung (Auslegung einer unklaren Bestimmung geht zu Lasten des Verfassers) zu ersetzen, die im Ergebnis regelmäßig den viel komplizierteren Bestimmungen der Art. 64 und 65 entspricht.

Nach der derzeitigen Fassung ist überdies die Abgrenzung von Art. 64 bzw. Art. 65 zu Art. 82, 79 Abs. 1 (Klausel bei Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht bindend) unklar und muss v.a. im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen klargestellt werden.

## **Kapitel 7 - Inhalt und Wirkung**

### **Zu Art. 66 - Vertragsbestimmungen**

Nicht vollkommen klar ist, ob zwischen den Auslegungsregeln a) bis d) eine Rangordnung besteht. Nach dem Aufbau bzw. dem Wortlaut der Bestimmungen Art. 66 - 68 liegt folgende Reihenfolge nahe: Zwingendes Recht, individuelle Vereinbarung (beide lit. a), Gebräuche und Gepflogenheiten (lit. b), dispositives Recht (lit. c), ergänzende Vertragsbestimmungen nach Art. 68 (lit. d). Unklar ist vor allem die Einordnung der Gebräuche und Gepflogenheiten (lit. b) im Verhältnis zum dispositiven Recht (hier gilt wohl der Vorrang der Gebräuche) bzw. zu nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen. Hier würde wohl der Vorrang der AGB gelten, zumal diese auch Parteienvereinbarung gemäß lit. a) sind. Allerdings ergibt sich nach Art. 67 Abs.3, dass von Unternehmerbräuchen nur durch individuelle Vereinbarungen abgewichen werden kann. Hier besteht Klarstellungsbedarf.

### **Zu Art. 67 - Gebräuche und Gepflogenheiten in Verträgen zwischen Unternehmern**

Auch hier begegnet man wieder dem Unternehmerbrauch, dem zunächst schon bei der Bestimmung der Angemessenheit und Vernünftigkeit in Art. 5 und auch nach Art. 59 bei der Auslegung eines Vertrages Relevanz zukommen soll. Mit der Bestimmung des Art. 67 erhalten Unternehmerbräuche aber eine zusätzliche und gravierend andere „Dimension“.

#### **Art. 67 Abs. 1:**

Eine Bestimmung, wonach die Parteien an Gebräuche gebunden sind, die sie als anwendbar vereinbart haben, dürfte wohl überflüssig sein, zumal nach unserem Verständnis dann sowieso eine „Vereinbarung der Parteien“ im Sinne von Art. 66 lit. a) vorliegt.<sup>13</sup>

#### **Art. 67 Abs. 2 und 3:**

Wie *Wendehorst* ausführt, würde Unternehmensbräuchen nach dieser Bestimmung Normqualität zukommen, die nur durch individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen abbedungen werden könnten.<sup>14</sup> Sie würden damit als „mittelbarer Gesetzesinhalt“ gelten.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> siehe auch *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 92.

<sup>14</sup> *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 92.



Nach § 346 UGB kommt dem Handelsbrauch für die Ermittlung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen, also als Mittel der Auslegung Relevanz zu, er kann aber auch vertragsergänzende Funktion haben, durch Regelungen, die nicht im Vertrag ausdrücklich enthalten, aber üblich sind.<sup>16</sup>

Wir haben oben zu Art. 5 schon auf die Schwierigkeiten der Erhebung von Handels- bzw. Unternehmerbräuchen hingewiesen. Auch ist es - wie oben zu Art. 5 bereits ausgeführt - unklar, in welchem „räumlichen Geltungsbereich“ die hier nun sogar mit Normfunktion ausgestatteten Unternehmerbräuche Wirkung haben müssten. Zudem gilt es zu bedenken, dass mit der Erhebung von Unternehmerbräuchen als solchen zu Normen, ohne dass es auch nur annähernd einen Überblick darüber geben kann, ob und in welcher Form diese bestehen, zumindest ein Spannungsverhältnis mit dem Legalitätsprinzip verbunden ist. Jedenfalls handelte es sich nicht - so wie bei den Unternehmerbräuchen nach § 346 UGB - um eine Tatsachenfrage, sondern um einen „Umstand“, der wohl von den Gerichten von Amts wegen zu ermitteln wäre. Zu befürchten ist, dass die Gerichte die Kosten zur Erhebung derartiger Bräuche auf die Parteien abwälzen werden, wodurch Gerichtsverfahren äußerst kostspielig werden können. Darüber hinaus erscheint eine einheitliche Auslegung äußerst unwahrscheinlich.

Ganz besonders schwierig ist es aber für Unternehmer, wenn Unternehmerbräuchen Normqualität zukommen sollte, von denen zudem nur durch individuelle Vereinbarung - also nicht durch AGB - abgewichen werden könnte. Damit man überhaupt wissen kann, ob eine abweichende Vereinbarung erforderlich wäre, müssten die Unternehmen zunächst wissen, dass es einen Unternehmerbrauch gibt oder vielleicht geben könnte. Abgesehen davon, dass mit Sicherheit kein europaweite „Sammlung von bestehenden Unternehmerbräuchen“ vorliegt, ist auch zu bedenken, dass Unternehmerbräuche im Zeitablauf Änderungen erfahren können. Derartige Änderungen hätten dann unmittelbare Auswirkung auf das vertraglich Vereinbarte.

Die Frage, ob im österreichischen Recht Unternehmerbräuche dem dispositiven Recht vorgehen<sup>17</sup>, und nur im zwingenden Recht eine Schranke besteht, ist umstritten. Jedenfalls kann sich die Frage einer Lücke, die allenfalls unter Heranziehung von Unternehmerbräuchen auszufüllen wäre, nur dann stellen, wenn es keine diesbezügliche Regelung im Vertrag - einschließlich der AGB - gibt. Eine vertragliche Vereinbarung müsste jedenfalls einem Handelsbrauch vorgehen. Das ist aber nach Art. 67 Abs. 3 nicht der Fall. Danach würden also AGB den Bräuchen nicht vorgehen, sondern eben nur individuell ausgehandelte Bedingungen.

Die mit diesem umfassenden Ansatz der Einbeziehung von Unternehmerbräuchen bzw. mit Erhebung derselben zur Norm verbundenen Fragen und Unwägbarkeiten sind immens und der Rechtssicherheit mit Sicherheit abträglich. Dieses Konzept bedarf daher jedenfalls einer Änderung.

### **Zu Art. 69 - Aus bestimmten vorvertraglichen Erklärungen abgeleitete Vertragsbestimmungen**

Art. 69 geht nach dem Wortlaut sehr weit und bezieht sämtliche öffentlichen Aussagen des Unternehmers bzw. eines Dritten (insbesondere Werbeaussagen) in den Vertrag mit ein. Nach österreichischem Recht sind derartige Aussagen nur im Rahmen der Gewährleistung zu

---

<sup>15</sup> siehe Weiss, Der Handelsbrauch (1992) 11, der unter Hinweis auf Judikatur ausführt: „Handelsbrauch und Verkehrssitte sind keine Rechtsquelle, sondern eine „faktische Ordnung“ und daher gemäß § 10 ABGB nur rechtswirksam, wenn sich das Gesetz darauf beruft.“; Kramer/Rauter in Straube I § 346 RZ 9.

<sup>16</sup> Weiss, Handelsbrauch, 11f; Kramer/Rauter aaO, § 346 RZ 21.

<sup>17</sup> siehe Kramer/Rauter aaO, § 346 RZ 38, 40 zum diesbezüglichen Meinungsstand.

berücksichtigen. Werden sie generell Vertragsinhalt, so sind daran auch Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche anknüpfbar (dies liegt grundsätzlich im System der Leistungsstörungen des CESL). Es fehlt auch eine Klarstellung, dass z.B. erkennbar übertriebene Werbeaussagen nicht Vertragsinhalt werden können. Aus unserer Sicht bestehen bereits genügend Vorschriften zur Regulierung von Werbung (insbesondere aus der UGP-Richtlinie).

Gemäß Art. 69 Abs. 3 werden auch solche öffentlichen Erklärungen Vertragsinhalt, die von (irgend-)„einer anderen Person abgegeben“ wurden. Dies geht weit über das Regime der Verbrauchsgüterkaufs-RL hinaus, wonach nur Äußerungen des Verkäufers und ganz bestimmter Dritte (z.B. des Herstellers oder dessen Vertreters) Relevanz zukommt und zudem nur solche, sich auf die konkreten Eigenschaften der Ware beziehen. Nach Art. 69 wären beispielsweise auch diverse Test- oder Erfahrungsberichte von Dritten (z.B. in Bewertungsportalen im Internet) mit umfasst und es würde im Extremfall eine quasi unbegrenzte Überwachungspflicht des Unternehmers hinsichtlich sämtlicher Internetinhalte Dritter festgelegt.

Einer Erweiterung dieses Konzeptes über den nach der Verbrauchsgüterkaufs-RL bereits bestehenden Umfang hinaus stehen wir daher insbesondere auch aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnend gegenüber. Die Vorschrift des Art. 69 bringt nur Rechtsunsicherheit, ist überflüssig und daher zu streichen. Eine Verortung dieses Ansatzes soll nur im Rahmen des Art. 100 über die Kriterien für die Vertragsmäßigkeit und zwar in der Form, wie es Art. 2 Abs. 2 lit. d) Verbrauchsgüterkaufs-RL vorsieht, erfolgen.

### **Zu Art. 70 - Pflicht zum Hinweis auf nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen**

Eine einschneidende Verschlechterung beinhaltet Art. 70. Die Bestimmung wird auch in der Praxis große Rechtsunsicherheit bringen. Danach reicht es nicht aus, dass vom Unternehmer als Verwender der AGB ein Verweis auf diese gemacht wird, damit diese im Verhältnis zu einem Verbraucher Vertragsinhalt werden. Dies selbst dann nicht, wenn der Verbraucher das Dokument, in dem er hingewiesen wird, unterschreibt. Vielmehr müssen „angemessene Schritte“ unternommen werden, um die andere Partei auf die gewünschte Verwendung der AGB aufmerksam zu machen.

Äußerst unklar bleibt, welche Schritte als „angemessen“ im Sinne dieser Bestimmung ausreichen. Es sollte genügen, auf die AGB hinreichend deutlich hinzuweisen und die Kenntnisnahme vor bzw. spätestens bei Vertragsschluss zu ermöglichen sowie diese vom Kunden (idR konkludent durch vorbehaltlosen Abschluss des Vertrages) akzeptieren zu lassen. Hier sollte im Sinne der Rechtssicherheit auf jeden Fall auch mit positiven Beispielen gearbeitet werden (z.B. Anklicken einer Checkbox auf der Website oder Ähnliches; auch ein vom restlichen Text deutlich abgehobener, z.B. im Fettdruck gehaltener, Hinweis sollte ausreichen).

Diese Regelung stellt bei strenger Auslegung einen wesentlichen Mehraufwand für Unternehmer dar, da diese bei jedem Vertragsabschluss sicherstellen müssen, dass auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Kunden ausdrücklich akzeptiert werden.

Die Regelung gilt zwingend auch im B2B-Bereich. Sie ist dort überflüssig und daher zu streichen.

### **Zu Art. 71 - Zusätzliche Zahlungen bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher**

Ebenfalls eine nicht sachgerechte Erschwernis für Unternehmer stellt die in Art. 71 normierte Ungültigkeit zusätzlicher Zahlungen (die nicht die Hauptleistung betreffen), denen der

Verbraucher nicht vor Vertragsabschluss ausdrücklich zugestimmt hat, dar. Die Bestimmung orientiert sich (ohne wörtlichen Gleichklang) zwar an Art. 22 der RL über Verbraucherrechte (RLV), was aber nichts daran ändert, dass die Regelung Probleme und Auslegungsschwierigkeit mit sich bringt. Zu denken wäre hier bspw. an Versandkosten, denen der Verbraucher dann wohl in einem eigenen Bestellschritt gesondert zustimmen müsste. Sinnvoll erscheint hier, diesen Punkt zu streichen bzw. alternativ zusätzlich eine quantitative Grenze (wonach die zusätzlichen Zahlungen z.B. nur dann unzulässig sind, wenn sie den Wert der Hauptsache überschreiten), einzuführen.

Unklar bleibt vor allem - wie auch schon nach der RLV -, auf welche Art und Weise das Kriterium der „Ausdrücklichkeit“ erfüllt wird. Auch hier sollte zumindest mit positiven Beispielen gearbeitet werden.

Da derartige Regelungen regelmäßig gleichzeitig mit dem Hauptvertrag und nicht vorher abgeschlossen werden, sollte der Halbsatz „bevor er durch den Vertrag gebunden wurde“, gestrichen werden. Ansonsten wäre es nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht möglich, dass die Vertragsparteien „bei“ oder möglicherweise auch nach Vertragsschluss Zusatzleistungen (z.B. Verlängerung der Wartung, Expresszustellung) zur Hauptleistung vereinbaren können, selbst wenn diese aus Verbrauchersicht sinnvoll erscheinen.

Die Fragen, was es eigentlich bedeutet, dass die Vereinbarung für den Verbraucher nicht bindend ist, und wie lange eine allfällige Zahlung zurückgefordert werden kann, stellen sich auch hier. Siehe dazu ausführlich die Ausführungen zu den Art. 25 und 45 Abs. 6.

### **Zu Art. 72 - Integrationsklauseln**

Abs. 3 ist zu streichen. Die sogenannte Integrationsklausel (Vereinbarung, dass ein Dokument alle Vertragsbestimmungen enthält) soll auch zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher Wirksamkeit entfalten können. Dies ist insbesondere in Fällen erforderlich, in denen der Unternehmer zunächst diverse Zusatzleistungen anbietet, von denen dann aber im Rahmen der Vertragsverhandlungen, z.B. um einen vom Verbraucher gewünschten niedrigeren Kaufpreis zu erreichen, abgegangen wird. Nach der derzeitigen Fassung könnte der Verbraucher unter Umständen sowohl den niedrigeren Preis als auch die Zusatzleistungen fordern. Dies ist keinesfalls sachgerecht und wohl auch nicht intendiert. Vergleichsweise findet sich im österreichischen Recht (§ 10 Abs. 3 KSchG) nur das Verbot des vertraglichen Ausschlusses mündlicher Erklärungen.

### **Zu Art. 74 und Art. 75 - Festsetzung des Preises bzw. sonstiger Vertragsbestimmungen**

Nicht auszuschließen ist, dass die Regelungen der Art. 74 und Art. 75 mittelbar eine Preiskontrolle ermöglichen. Dies sollte noch einmal ausdrücklich verneinend klargestellt werden. Hier ist insbesondere fraglich, wie die hierin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe auszulegen sind, etwa wann eine Festsetzung „grob unangemessen“ ist und welcher Vergleichsmaßstab zur Berechnung eines „normalen“ oder „angemessenen“ Preises heranzuziehen ist. Hier zeigt sich wiederum deutlich die Gefahr der Rechtsunsicherheit aufgrund der Verwendung zu zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe.

Etwas unklar erscheint auch die Bezugnahme auf andere Vertragsbestimmungen. Hier sollte zumindest mit positiven Beispielen gearbeitet werden.

## **Zu Art. 76 - Sprache**

Es fehlt eine Regelung für den Fall, dass eine einzige verwendete Sprache nicht ermittelt werden kann.

## **Zu Art. 77 - Unbefristete Verträge**

Die Regelung, wonach die Kündigungsfrist bei unbefristeten Verträgen über eine fortlaufende oder wiederkehrende Leistung 2 Monate nicht überschreiten darf, stellt einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Die Regelung übersieht, dass in bestimmten Fällen längere Bindungsfristen auch im Interesse von Verbrauchern sein können, z.B. um einen günstigen Preis länger zu sichern. Aus Unternehmenssicht ist es entscheidend, unter Umständen eine längere Vertragslaufzeit bzw. Kündigungsfrist vorzusehen, um entsprechend wirtschaftlich planen zu können. In § 15 KSchG findet sich eine ähnliche Regelung, wobei die Kündigung bei auf unbestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossenen Verträgen über wiederkehrende Leistungen zwingend erst nach dem ersten Jahr unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist möglich ist bzw. im Falle einer sachlichen Rechtfertigung die Kündigungstermine und -fristen auch angemessen verlängert werden können.

Das Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 85 lit. w) ist unklar.

## **Kapitel 8 - Unfaire Vertragsbestimmungen**

Die Bestimmungen in Kapitel 8 - Unfaire Vertragsbestimmungen (Art. 79 ff) stimmen in vielen Teilen mit den Formulierungen der Klausel-RL (93/13/EWG) überein. Die Bestimmungen sind vollharmonisiert und zwingend (Art. 81). Die Vorgaben sind sie sehr umfassend - insgesamt handelt es sich um 34 (!) Bestimmungen, wodurch es für den Rechtsanwender an Unmöglichkeit grenzt, allen Kriterien entsprechende Bestimmungen zu entwerfen. Die Folge sind hohe Rechtsanwaltskosten, die aus der unumgänglichen Inanspruchnahme professioneller Hilfe entstehen. Überdies finden sich einige „Klauselverbote“ auch versteckt in anderen Bestimmungen (z.B. Art. 71, 72, 77 CESL) wieder. Generell gilt, dass in den Art. 84 und 85 auch eine Reihe von Materien behandelt wird, die vom CESL eigentlich gar nicht umfasst sind, z.B. Aufrechnung, Prozessrecht, Deliktsrecht, etc. Dadurch kommt es aber einerseits zu einem gewissen Systembruch, zumal diese Bereiche gerade nicht im CESL geregelt werden sollten, andererseits ist die Kompetenzgrundlage hier besonders strittig.

## **Zu Art. 79 - Wirkung unfairen Vertragsbestimmungen**

Der Anwendungsbereich von Kapitel 8 über unfaire Vertragsbestimmungen umfasst von einer Partei „gestellte“ Vertragsbedingungen. Die Abgrenzung zu den in Art. 2 d) definierten Standardvertragsbestimmungen ist unklar. Nach unserem Verständnis werden damit nur klassische AGB gemeint, die vom Unternehmer einseitig in den Vertrag eingebracht wurden, ohne dass sie im Einzelnen verhandelt wurden. Soweit zwar vorformulierte Klauseln verwendet werden, über diese aber verhandelt wird, sollten die Regelungen dieses Kapitels nicht anwendbar sein. Dies ist insbesondere aufgrund der abweichenden Definitionen von AGB in den einzelnen Mitgliedsstaaten bzw. im Hinblick auf die verschiedenen sprachlichen Fassungen des CESL klarzustellen.

Nach dem derzeitigen Wortlaut von Art. 79 ist eine als unfair qualifizierte Klausel nicht bindend, d.h., eine geltungserhaltende Reduktion findet auch im B2B-Bereich nicht statt. Dies ist als überschießend abzulehnen, zumal das Ergebnis der Unlauterkeitsprüfung gemäß Art. 86 im B2B-

Bereich von der Auslegung mehrerer unbestimmter Gesetzesbegriffe abhängt und damit mit einer gewissen Rechtsunsicherheit belastet ist. Sollte sich im Einzelfall nach einem langen und idR kostenintensiven Gerichtsstreit die gänzliche Unwirksamkeit einer Klausel und damit eine vertragliche Lücke herausstellen, wäre damit idR keinem der beteiligten Unternehmen geholfen. Es wird daher eine Klarstellung dahingehend gefordert, dass die geltungserhaltende Reduktion im B2B-Bereich zur Anwendung kommt.

### **Zu Art. 80 - Ausnahmen von der Prüfung der Unfairness**

Art. 80 Abs. 1 ist unklar. Gemeint ist offenbar, dass die Inhaltskontrolle hinsichtlich der Bestimmungen, die nur das CESL wiedergeben, nicht zur Anwendung kommt. Dies sollte klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

Klargestellt werden müsste außerdem, dass es für einen Unternehmer zulässig ist, bereits in der Werbung auf die mögliche Anwendung des CESL bzw. allfällige sich daraus ergebende Abweichungen im Vergleich zum nationalen Recht hinzuweisen. Dies ist insbesondere im Hinblick auf Anhang 1 Z 10 UGP-Richtlinie erforderlich, wonach es unlauter ist, wenn den Verbrauchern gesetzlich zugestandene Rechte als Besonderheit des Gewerbetreibenden präsentiert werden. Sollte dies auch in Bezug auf die Anwendung des CESL gelten, wäre dies der Verbreitung desselben wohl äußerst hinderlich.

Art. 80 Abs. 2 und Abs. 3 schließen eine Inhaltskontrolle hinsichtlich des Hauptgegenstandes des Vertrages sowie des Preises aus, soweit (Abs. 2) der Unternehmer dem Transparenzgebot gem. Art. 82 nachgekommen ist. Die Beschränkung der Inhaltskontrolle hinsichtlich der Hauptleistungspflichten ist aus unserer Sicht grundsätzlich positiv, wird hier allerdings ohne jedwede sachliche Rechtfertigung daran geknüpft, ob das Transparenzgebot des Art. 82 eingehalten wurde. Diese Einschränkung ist jedenfalls zu streichen, würde dies doch im Umkehrschluss bedeuten, dass im Falle eines Verstoßes gegen das - äußerst vage formulierte und damit mit großer Rechtsunsicherheit behaftete - Transparenzgebot selbst die Hauptleistungen des Vertrages der Inhaltskontrolle unterliegen würden und somit nachträglich festgestellt werden könnte, dass das Verhältnis von Hauptgegenstand zu Preis unfair iSd CESL ist. Dies ist abzulehnen.

### **Zu Art. 82 - Pflicht zur Transparenz bei nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen**

Art. 82 bezieht sich auf AGB, die demnach in einfacher und verständlicher Sprache abgefasst und mitgeteilt werden müssen. Dies entspricht im Wesentlichen Art. 5 Klausel-RL („klar und verständlich“) bzw. Art. 6 Abs. 3 KSchG, allerdings sollte hier - um widersprechenden Auslegungen vorzubeugen - die bereits aus der Klausel-RL bekannte Diktion übernommen werden.

Weiters ist klarzustellen, dass das Verbraucherleitbild des CESL jenem der ständigen Judikatur des EuGH vom mündigen, durchschnittlich informierten und vernünftigen Verbraucher entspricht. Eine derartige Anpassung ist im Sinne einer Vollharmonisierung erforderlich, zumal das Verbraucherleitbild z.B. im Bezug auf das Transparenzgebot (vgl. Art. 83) von großer Bedeutung ist und zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen führen kann. Diese Klarstellung ist bevorzugt in Art. 2 f) der GrundVO bei der Definition des Verbrauchers vorzunehmen.

Die in Art. 82 enthaltene Mitteilungspflicht könnte bei strenger Auslegung Art. 70 CESL widersprechen und ist unklar bzw. zu weitgehend: Es sollte ausreichen, auf die AGB ausreichend deutlich hinzuweisen sowie diese vom Kunden (idR konkludent durch vorbehaltlosen Abschluss

des Vertrages) akzeptieren zu lassen. Im Einzelnen verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Art. 70 CESL.

Die Abgrenzung von Art. 82, 79 Abs. 1 (Klausel bei Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht bindend) zu Art. 64 (günstigste Auslegung gegenüber Verbrauchern) muss v.a. im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen klargestellt werden. In Österreich geht § 6 Abs. 3 KSchG (Transparenzgebot) der Klauselkontrolle vor.<sup>18</sup> Die Auslegung zu Lasten des Verwenders der AGB geht wiederum dem Transparenzgebot vor.<sup>19</sup>

### **Zu Art. 83 - Bedeutung von „unfair“ in Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher**

Art. 83 ist als Generalklausel entsprechend § 879 Abs. 3 ABGB (wenngleich dort auf eine „gröbliche Benachteiligung“ abgestellt wird) konzipiert und damit mögliches Auffangbecken für jede sonstige (vermutete) Unfairness, die nicht bereits durch die spezifischen Klauselbestimmungen in Art. 84 und Art. 85 abgedeckt sind. Dadurch, dass diese Klauselbestimmungen aber bereits sehr umfassend sind, ist die Generalklausel nicht mehr erforderlich. Soweit sie erhalten bleibt, ist es essentiell, die Bestimmung des Art. 83 ausreichend gegen ein mögliches Ausufern durch extensive Auslegung in der späteren Rechtsanwendung durch die Gerichte abzusichern.

Im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL ist zu bemerken, dass nunmehr neben „Treu und Glauben“ zusätzlich auf den „redlichen Geschäftsverkehr“ Bezug genommen wird. Der Versuch einer Definition dieses Begriffspaares wird in Art. 2 lit b) GrundVO vorgenommen. Die mit diesem auslegungsbedürftigen Kriterium verbundene Rechtsunsicherheit ist jedenfalls erheblich. Es darf auch auf die Ausführungen zu Art. 2 CESL verwiesen werden.

Des Weiteren wurde im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL die Bezugnahme auf ein (neben der Erheblichkeit zusätzlich) „ungerechtfertigtes“ Missverhältnis gestrichen. Dies ist jedoch verfehlt, zumal eine Bestimmung im Einzelfall und isoliert betrachtet zwar ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verbrauchers bedeuten könnte, dies aber durchaus gerechtfertigt sein kann, z.B. indem dem Verbraucher in einem anderen Bereich weitere als die gesetzlichen Rechte eingeräumt werden. Ein Hinweis auf eine derartige Rechtfertigungsmöglichkeit bzw. das Kriterium des „ungerechtfertigten“ Missverhältnisses ist daher in den Text von Art. 83 Abs. 1 aufzunehmen.

### **Zu Art. 86 - Bedeutung von „unfair“ in Verträgen zwischen Unternehmern**

Allgemein ist der Anwendungsbereich der Generalklausel im B2B-Bereich flexibler gestaltet, d.h., es besteht ein höheres Maß an Vertragsfreiheit. Rechtsunsicherheit ergibt sich aber jedenfalls durch die Bezugnahme auf das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs, aber auch durch die Bezugnahme auf die „gute Handelspraxis“, die offenbar nirgends näher definiert ist.

---

<sup>18</sup> Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG<sup>3</sup> § 6 Rz 109.

<sup>19</sup> Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 915 Rz 4.

## **Zu Art. 84 - Per se unfaire Vertragsbestimmungen**

Art. 84 entspricht im Wesentlichen Art. 3 Abs. 1 bzw. dem Anhang der Klausel-RL und enthält insgesamt 11 per-se-Verbote. Auffällig ist, dass weder Art. 84 noch Art. 85 auf Art. 7 CESL Bezug nehmen und daher zumindest nach dem Wortlaut sowohl für AGB als auch für Individualvereinbarungen gelten. Eine derartige Auslegung erscheint aber nicht sachgerecht.

### **Art. 84 lit. d):**

Art. 84 lit. d) verbietet den Verzicht auf Rechtsbehelfe, z.B. durch die Wahl eines Schiedsverfahrens. Als per-se-Verbot konzipiert, ist es grundsätzlich strenger als die österreichische Regelung (§ 6 Abs. 2 Z 7 KSchG bzw. § 617 ZPO).

### **Art. 84 lit. e):**

Die Bestimmung verbietet die Wahl eines ausschließlichen Gerichtsstandes, soweit es sich dabei um den für den Sitz des Unternehmers zuständigen handelt und nicht gleichzeitig auch um den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers. Die Bestimmung ist im Vergleich zu § 14 KSchG sehr eng gefasst und kann in einigen Fällen eine sachgerechte Wahl des Gerichtsstandes verhindern, z.B. wenn der Unternehmenssitz am Ort der Beschäftigung des Verbrauchers liegt. Der Sitz des Unternehmers muss immer dann als Gerichtsstand gewählt werden können, wenn dort entweder i) der gewöhnliche Aufenthaltsort, ii) der Wohnsitz oder iii) der Beschäftigungsort des Verbrauchers liegt. Klargestellt werden muss außerdem, dass es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, d.h., dass ein späterer Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung hat.

### **Art. 84 lit. h):**

Gemäß Art. 84 h) darf für die Beendigung des Vertrages kein strengeres Formerfordernis als für den Vertragsschluss gelten. Ein schlichtes Schriftformgebot für Erklärungen des Verbrauchers stellt keinen Nachteil für den Verbraucher dar, ist aber ein wichtiges Instrument für den Unternehmer, um Gewissheit über die Erklärungen seines Vertragspartners zu haben (ähnlich § 6 Abs. 1 Z 4 KSchG).

Die Bezugnahme auf Art. 8 CESL erscheint überdies unklar (vgl. auch Art. 85 f).

### **Art. 84 lit. i):**

Gemäß Art. 84 i) darf dem Unternehmer keine kürzere Frist für die Beendigung des Vertrages eingeräumt werden als dem Verbraucher. Diese Bestimmung vernachlässigt, dass eine solche Vereinbarung auch eine sachliche Rechtfertigung haben kann und dem Unternehmer ermöglicht, effizient zu handeln und zu planen.

### **Art. 84 lit. j):**

Wenn unter dieser Bestimmung zu verstehen ist, dass ein Verbraucher nicht dazu verhalten werden darf, Waren zu bezahlen, die ihm niemals geliefert werden, dann versteht sie sich von selbst. Wenn aber unter „nicht gelieferter Ware“ auch „noch nicht gelieferte Ware“ verstanden wird, würden durch diese Klausel alle Warengeschäfte mit Vorkasse unmöglich gemacht werden (vgl. auch Art. 85 s). Vgl. auch § 6 Abs. 1 Z 6 KSchG und die dazu ergangene Judikatur, wonach die Vereinbarung der Vorleistungspflicht des Verbrauchers bei Vorliegen eines sachlichen Grundes grundsätzlich zulässig ist.

Die Regelung nimmt im Übrigen keine Rücksicht darauf, aus welchem Grund die Leistung nicht erbracht wird, d.h. sie betrifft nach dem Wortlaut auch Fälle, in der die „Nichtlieferung“ aus

Gründen erfolgt, die dem Verbraucher zuzurechnen sind, er sich also z.B. in Annahmeverzug befindet.

Die Regelung geht auch konform mit der in Art. 142 normierten Gefahrtragungsregel, wonach die Gefahr erst mit der Besitzerlangung durch den Verbraucher übergeht. Auch dies ist für den Unternehmer nachteilig, da ihm ohne erkennbare sachliche Rechtfertigung das gesamte rechtsgeschäftliche Risiko auferlegt wird. Auf die Ausführungen zu Art. 142 wird verwiesen.

## **Zu Art. 85 - Vermutung der Unfairness**

Art. 85 enthält insgesamt 23 (!) Vertragsbestimmungen, hinsichtlich derer die Unfairness vermutet wird. Offen bleibt allerdings, wie die Vermutung der Unfairness widerlegt und den betroffenen Bestimmungen zu Gültigkeit verholfen werden kann. Dies ist jedenfalls durch eine demonstrative Aufzählung der wichtigsten Fälle klarzustellen, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

### **Art. 85 lit. b):**

Diese Bestimmung behandelt den Ausschluss oder die Beschränkung der Abhilfen des Verbrauchers bei Nichterfüllung (Art. 106ff CESL). Die Abhilfen umfassen Erfüllung, Reparatur, Ersatz der Waren, Zurückbehaltungsrecht, Vertragsbeendigung, Preisminderung, Schadenersatz.

Etwas unklar erscheint das Verhältnis zu Art. 108 CESL, wonach die genannten Bestimmungen im B2C-Bereich sowieso zwingend sind, d.h., eine Abänderung gar nicht (und nicht wie nach Art. 85 lit. b) nur nicht in „unangemessener Weise“) vorgenommen werden darf. Nach unserem Verständnis kann sich der Anwendungsbereich des Art. 85 b) in der derzeitigen Fassung damit nur auf jene Fälle beziehen, in denen eine Regelung über die Abhilfen des Käufers getroffen wird, nachdem der Verbraucher dem Unternehmer die Vertragswidrigkeit zur Kenntnis gebracht hat. Damit ist der Anwendungsbereich der Bestimmung aber bereits erheblich eingeschränkt und die juristische Handlungsfreiheit des Unternehmers massiv beschränkt. Nach § 9 Abs. 1 KSchG sind Vereinbarungen bzgl. Gewährleistung nach Kenntnis des Mangels zulässig. Ohne unserer detaillierten Stellungnahme zu Art. 106ff CESL vorgreifen zu wollen, betonen wir an dieser Stelle unsere massiven Bedenken zu diesen Bestimmungen.

Wenn nun diese Bestimmung des Art. 85 lit. b) tatsächlich so zu verstehen wäre, dass Vereinbarungen nach Mitteilung über die Vertragswidrigkeit eigentlich unmöglich wären bzw. unter dem Damoklesschwert der Vermutung der Unfairness stehen, sprechen wir uns ganz nachdrücklich gegen diese Bestimmung aus, würde es doch damit unmöglich gemacht, rechtssichere Lösungen für die Vorgehensweise zur Behebung von Vertragswidrigkeiten gemeinsam mit dem Kunden zu finden.

Des Weiteren erscheint das Verhältnis zu Art. 85 lit. q) etwas unklar; eine Vereinfachung bzw. Klarstellung ist erforderlich.

### **Art. 85 lit. c):**

Art. 85 c) enthält die Bestimmung, dass das Recht zur Aufrechnung für den Verbraucher nicht in unangemessener Weise ausgeschlossen oder beschränkt werden darf. Diese Formulierung ist sehr unbestimmt und führt zu Rechtsunsicherheit für beide Seiten. Einer klaren Aufzählung, wann die Aufrechnung zulässig ist (z.B. im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers, vgl. § 6 Abs. 1 Z 8 KSchG), wäre hier eindeutig der Vorzug zu geben.



**Art. 85 lit. d):**

Gemäß dieser Bestimmung besteht die Vermutung der Unfairness für eine Vereinbarung von Angeld, Reugeld, etc., sofern diese nicht auch für den Unternehmer vorgesehen sind (lit. d). Diese Regelung verkennt die Situation, dass der Unternehmer regelmäßig daran interessiert ist, seine Leistung zu vertreiben und daher gar keinen Grund hat, von einem Vertrag zurückzutreten. Für den Unternehmer daher ebenso Elemente wie Angeld und Reugeld erzwingen zu wollen, erhöht bloß dessen administrativen Aufwand und ist praxisfern.

**Art. 85 lit. e):**

Diese Bestimmung untersagt die Vereinbarung einer unverhältnismäßig hohen Entschädigung oder festgelegten Zahlung (lit. e) für den Fall der Nichterfüllung durch den Verbraucher. Gemeint ist wohl auch hinsichtlich der festgelegten Zahlung (und nicht nur bzgl. der Entschädigung), dass diese nur dann nicht zulässig ist, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist. Eine angemessene Stornogebühr oder ähnliches muss weiterhin erlaubt sein, um die auflaufenden Kosten des Unternehmers im Fall eines vom Verbraucher verursachten Rücktrittes aufzufangen. Dies ist klarzustellen.

**Art. 85 lit. f):**

Die Bezugnahme auf Art. 8 CESL erscheint unklar (vgl. auch Art. 84 h)

**Art. 85 lit. h):**

Art. 85 lit. h) behandelt die Verlängerung eines unbefristeten Vertrages und ist etwas unklar formuliert.

**Art. 85 lit. k):**

In Art. 85 lit. k) 2.Satz (einseitige Preiserhöhungen) muss eine Formulierung gewählt werden, wonach sachlich gerechtfertigte, vom Willen des Unternehmers unabhängige (z.B. Gesetzesänderungen, Änderung behördlich festgelegter Tarife, behördliche Verfügungen, etc.) ohne Kündigungsrecht des Verbrauchers zulässig sind. Soweit dies durch den Verweis auf die Preisindexklauseln sowieso zulässig sein soll, wäre dies klarzustellen.

**Art. 85 lit. l):**

Die Bestimmung wiederholt, dass der Verbraucher nicht dazu angehalten werden darf, seine sämtlichen vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, wenn der Unternehmer nicht auch seine eigenen Verpflichtungen erfüllt. Es ist unklar, an welche Fälle hier gedacht wurde, die nicht bereits durch die umfassenden anderen Klauselverbote geregelt sind (vgl. insbesondere Art. 84 lit. g), j); Art. 85 lit. b), d), e). Art. 85 lit. l) ist daher zu streichen.

**Art. 85 lit. m):**

Die Regelung untersagt mit wenigen Ausnahmen (Tochtergesellschaft, Zusammenschluss) die Abtretung der vertraglichen Rechte und Pflichten des Unternehmers an einen Dritten. Dem Wortlaut nach sind auch bspw. die Abtretung einfacher Geldforderungen, Factoring oder Sicherungsabtretungen untersagt. Dies müsste in jedem Fall korrigiert werden. Eine bessere Lösung bietet bspw. § 6 Abs. 2 Z 2 KSchG, der auf die Pflichten des Unternehmers oder den gesamten Vertrag (und nicht auf seine Rechte, d.h. idR das Recht auf Erhalt des Kaufpreises) abstellt und eine Abtretung an Dritte dann erlaubt, wenn sie (i) im einzelnen ausgehandelt wurde, sowie ii) der Dritte im Vertrag genannt wird. Soweit die derzeitige Formulierung

beibehalten wird, sind jedenfalls auch die Abtretung an sonstige verbundene Unternehmen, z.B. die Mutter- oder eine Schwestergesellschaft, zuzulassen. In der Praxis kommt es bspw. häufig vor, dass die Forderungsbetreibung zentral von der Muttergesellschaft übernommen wird.

**Art. 85 lit. q):**

Die Regelung verbietet den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Abhilfen oder Einwände des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer. Da die Bestimmungen im B2C nach dem Konzept des CESL zwingend sind (vgl. auch Art. 56 CESL), stellt sich auch hier wie bei Art. 85 lit. b) die Frage des Anwendungsbereiches der Bestimmung. Wir verweisen auf unsere diesbezüglichen Anmerkungen.

**Art. 85 lit. s):**

Die in Art. 85 lit. s) normierte Unzulässigkeit, überhöhte Vorauszahlungen oder Sicherheiten zu verwenden, ist sehr unbestimmt und stellt zudem einen massiven Eingriff in die Privatautonomie dar. Dem Wortlaut nach könnte die Bestimmung ein Verbot der Vorkasse (vgl. auch § 6 Abs. 1 Z 6 KSchG und die dazu ergangene Judikatur, wonach die Vereinbarung der Vorleistungspflicht des Verbrauchers grundsätzlich zulässig ist) bewirken, die aber durch Art. 113 Abs. 2 CESL (bzw. ebenso e contrario Art. 85 lit. f) 2. Satz) implizit für zulässig erachtet wird. Die Bestimmung sollte gestrichen, jedenfalls aber konkretisiert werden.

**Art. 85 lit. t)**

Art. 85 lit. t) behandelt Lieferungen und Reparaturleistungen von Dritten und ist sehr unbestimmt.

**Art. 85 lit. v):**

Art. 85 lit. v) behandelt die Beendigung eines unbefristeten Vertrages, die nicht „übermäßig“ erschwert werden darf, und ist sehr unbestimmt. Überdies ist das Verhältnis zu Art. 77, der bei Verträgen über fortlaufende oder wiederkehrende Leistungen eine höchst zulässige Kündigungsfrist von 2 Monaten vorsieht, unklar.

**Art. 85 lit. w):**

Die Regelung untersagt es, die erstmalige Laufzeit bestimmter Verträge (z.B. über die lang andauernde Lieferung von Waren) auf mehr als ein Jahr festzusetzen, außer der Verbraucher kann den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von höchstens 30 Tagen jederzeit beenden. Die Bestimmung ist überschießend und unternehmerfeindlich, zumal sie verkennt, dass in bestimmten Situationen eine längere erstmalige Vertragslaufzeit im Hinblick auf die wirtschaftliche Planung des Unternehmens bzw. eine sonstige sachliche Rechtfertigung notwendig sein kann (vgl. auch die Regelung in § 15 KSchG).

## **Teil IV - Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte**

### **Kapitel 9 - Allgemeine Bestimmungen**

Der CESL-Entwurf geht von einem umfassenden bzw. weiten Konzept der Nichterfüllung aus und erfasst damit u.a. Fälle der Nichtlieferung wegen Unmöglichkeit, des Verzugs oder der mangelhaften Leistung. Dieser Ansatz ist auch vom UN-Kaufrecht (UNK) beeinflusst, wobei generell gewisse Übereinstimmungen zu diesem deutlich sind, aber doch auch wiederum erhebliche Abweichungen bestehen.

Generell ist zu sagen, dass die Zugrundelegung der im UNK vorgenommenen Wertungen und Ansätze nicht zur Hoffnung verleiten sollte, dass dadurch die potentiellen Nutzer eher bereit sein würde, sich auf das „Abenteuer“ CESL einzulassen. Auch wenn das UNK nun schon seit geraumer Zeit Bestandteil des österreichischen Rechtes ist, muss doch - ohne dies werten zu wollen - offen gesagt werden, dass Unternehmer mit dem UNK nicht oder bzw. wenig vertraut sind. Regelmäßig - sofern sich die Betroffenen überhaupt bewusst sind, dass das UNK zur Anwendung kommen kann - wird die Anwendung des UNK nach wie vor ausgeschlossen. Vielmehr ist zu vermuten, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Unternehmen erst bei Entstehen eines konkreten Rechtsstreites vom Umstand, dass das UNK für die Beurteilung desselben zum Tragen kommt, überrascht werden. Dass das UNK sich in der Praxis als bewährtes Instrument durchgesetzt hat, kann angesichts dessen nicht gesagt werden. Dieses Faktum sollte daher im Auge behalten werden.

#### **Zu Art. 87 - Nichterfüllung und wesentliche Nichterfüllung**

##### **Art. 87 Abs. 1:**

Im Sinne der obigen Ausführungen schiene es daher angebracht das Konzept der einheitlichen Nichterfüllung, das auch keine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten kennt<sup>20</sup>, zu überdenken. Das vorgeschlagene Konzept bringt, wie sich an verschiedenen Stellen zeigt, eher Unübersichtlichkeit, als einen nutzerfreundlichen Aufbau des Regelungswerkes. So wäre es sinnvoll, insbesondere den Bereich der Schlechterfüllung bzw. das Gewährleistungsrecht, der doch in der wirtschaftlichen Praxis für die Verträge, die vom CESL erfasst werden sollen, am wichtigsten ist, eigens und zwar in Gleichklang mit der Verbrauchsgüterkaufs-RL zu regeln, und nicht mit allen anderen Formen der Nichterfüllung in einen Topf zu werfen. Dass es dafür eigener Regelungen bedarf, ist klar und wird auch durch die dann doch wieder gesonderten diesbezüglichen Regelungen des CESL deutlich.

Insbesondere die in lit. f) vorgesehene Regelung, wonach jede sonstige behauptete Erfüllung, die nicht vertragsgemäß ist, eine Nichterfüllung darstellt, ist unklar und birgt große Rechtsunsicherheit in sich.

---

<sup>20</sup> Schopper in Wendehorst/Zöchling-Jud, 109

## Art. 87 Abs. 2:

Art. 87 Abs. 2 enthält eine Regelung, wann eine Nichterfüllung wesentlich ist, die an Art. 25 UNK orientiert ist, dieser aber nicht gänzlich entspricht. An das Kriterium der Wesentlichkeit der Nichterfüllung knüpft insbesondere nach Art. 114 Abs. 1 das Recht zur Vertragsbeendigung an. Insofern kommt diesem Kriterium entscheidende Bedeutung zu.

Lit. a) definiert die Wesentlichkeit der Nichterfüllung dahingehend, dass „sie der anderen Partei einen erheblichen Teil dessen vorenthält, was diese nach dem Vertrag erwarten durfte“. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut des Art. 87 Abs. 2 lit. a) CESL und des UNK - nicht unwesentlich - voneinander abweichen, als es in Art. 25 UNK bei der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung auf einen Nachteil ankommt, der zur Folge hat, dass der anderen Vertragspartei „im wesentlichen“ entgeht, was sie erwarten hätte können, und nicht darauf, dass der anderen Vertragspartei ein „erheblicher Teil vorenthalten“ wird. Die Wesentlichkeitsschwelle nach dem CESL wird damit wohl schneller überschritten als nach dem UNK. Ein Grund für diese Abweichung ist aber nicht erkennbar. Es ist nicht zu erwarten, dass ein Unternehmer in der Praxis abschätzen kann, ob nun eine wesentliche Nichterfüllung vorliegt oder nicht.<sup>21</sup>

Ein Vorenthalten eines erheblichen Teils wäre wohl auf den ersten Blick jedenfalls die verspätete Lieferung der Ware, denn der Erhalt der Ware als solcher ist bei den primär vom CESL erfassten Kaufverträgen wohl der erheblichste Teil. Insofern wäre also zunächst nach dem Wortlaut dieser Bestimmung der Verzug wohl regelmäßig als wesentliche Nichterfüllung zu werten, der dann nach Art. 114 zu Vertragsauflösung berechtigen würde, und zwar ohne Setzung einer Nachfrist.

Dass dem aber vielleicht doch nicht immer so sein soll, kann nur dadurch erschlossen werden, dass in Art. 115 davon die Rede ist, dass der Käufer im Fall der verspäteten Lieferung eine Nachfrist setzen soll. Dabei wird aber wiederum darauf verwiesen, dass die verspätete Lieferung nicht als solche als „wesentlich“ anzusehen ist. Dass aber davon auszugehen wäre, dass die verspätete Lieferung „per se“ in aller Regel nicht als wesentliche Nichterfüllung zu werten sein wird, sondern nur in bestimmten Fällen, wie z.B. bei einem Fixgeschäft<sup>22</sup> lässt sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen. Diese Interpretation, die sich vielleicht auf Kommentare zu Art. 25 UNK stützen kann - wobei aber wie oben gezeigt, der Wortlaut des UNK doch entscheidend anders ist - ist zwar sinnvoll, sollte aber angesichts des Umstandes, dass Verzug ebenso wie Gewährleistung für die Praxis besonders wichtige rechtliche Fragen darstellen, im Gesetzestext selbst zum Ausdruck kommen.

Auch in diesem Punkt zeigt sich, dass der Ansatz eines einheitlichen Nichterfüllungsbegriffs mehr Schwierigkeiten bereitet als er Vorteile bringt.

Im Vergleich zum UNK fällt bei Art. 87 Abs. 2 weiters besonders ins Auge, dass die in lit. b) vorgesehene Bestimmung, wonach auch dann von der Wesentlichkeit der Nichterfüllung einer Verpflichtung auszugehen ist, wenn sie klar erkennen lässt, dass sich die andere Partei nicht auf die künftige Erfüllung durch die nichterfüllende Partei verlassen kann, im UNK nicht zu finden ist. Angesichts der Unklarheit und Schwierigkeit zu erkennen, welche Fälle von dieser „Definition“ von Wesentlichkeit überhaupt erfasst sein sollen, birgt diese Bestimmung jedenfalls

---

<sup>21</sup> In diesem Sinne auch Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 114.

<sup>22</sup> Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 110.

erhebliche Rechtsunsicherheit in sich, die durch deren Streichung leicht vermeidbar wäre. Sie sollte daher jedenfalls entfallen.

### **Zu Art. 88 - Entschuldigte Nichterfüllung**

Die in Art. 88 vorgenommene Regelung über die entschuldigte Nichterfüllung ist insofern von zentraler Bedeutung als bei Vorliegen einer Nichterfüllung nur in diesen Fällen nach Art. 106 Abs. 4 ein Schadenersatzanspruch (bzw. auch der Erfüllungsanspruch) ausgeschlossen wäre. Das bedeutet aber im Umkehrschluss, dass ein Schadenersatzanspruch im Falle einer Nichterfüllung, wie sie auch die Schlechterfüllung wäre, eigentlich gegenüber einem Verkäufer fast immer zustehen würde. Vorbild im bereits geltenden Recht ist wohl Art. 79 UNK. Auch diesbezüglich ist - wie oben bereits ausgeführt - zu bemerken, dass sich das UNK in der Praxis nicht durchgesetzt hat, wobei gerade der Umstand, dass Art. 79 UNK eben nur diese enge Haftungsbefreiungsmöglichkeiten kennt, als ein wesentlicher Grund für diesen Umstand zu sehen ist.

Entschuldigt ist die Nichterfüllung gem. Art. 88 nur dann, wenn sie auf einem außerhalb des Einflussbereichs der Partei liegenden Hindernis beruht, das erwartungsgemäß nicht in Betracht gezogen oder vermieden bzw. überwunden werden konnte. Eigentlich bedeutet das nur eine Haftungsbefreiung für Fälle höherer Gewalt. Als Entlastungsmöglichkeit für Schadenersatzansprüche ist dies aus Verkäufersicht keinesfalls ausreichend.

Wenn dieser Ansatz, der eine verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung für Verkäufer und damit für den europäischen Handel bedeutet, auch dem CESL zugrundegelegt wird, ist wohl davon auszugehen, dass das CESL in der Praxis keine breitere Anwendung finden wird, die über Verkäufe von wenig schadensgeneigten Waren (z.B. Bücher) hinausgeht. Siehe dazu insbesondere auch die Ausführungen zu Kapitel 16.

### **Zu Art. 89 - Änderung der Umstände**

Es ist zu bezweifeln, ob diese Bestimmungen bzw. insbesondere die Regelungen über die Nachverhandlungspflicht in der Praxis sinnvoll zu erachten sind, oder nicht vielmehr vermeidbare Rechtsstreitigkeiten verursachen und eine Einfallstor für rechtsmissbräuchliches Verhalten sein würden.<sup>23</sup> Dies schon angesichts der schwierigen Beurteilung, wann von einer außergewöhnlichen Änderung der Umstände auszugehen wäre bzw. was unter einer übermäßigen Belastung verstanden werden kann. Außerdem ist auch das Verhältnis bzw. die Abgrenzung zu Art. 110 Abs. 3 unklar, wonach der Erfüllungsanspruch ausscheidet, wenn die Erfüllung unmöglich geworden ist oder die Erfüllung im Vergleich zu dem Vorteil, den der Käufer erlangen würde, unverhältnismäßig aufwändig oder kostspielig wäre.<sup>24</sup> Wenn auch in dieser Bestimmung keine Aussage darüber getroffen wird, was die Folge einer Verletzung der Nachverhandlungspflicht sein soll, so wäre wahrscheinlich doch iVm Art. 2 (Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehr) eine Haftung und/oder der Entfall von Rechtsbehelfen naheliegend<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> so auch Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 116.

<sup>24</sup> Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 117.

<sup>25</sup> siehe dazu insgesamt Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 115 ff.

## **Zu Art. 90 - Erweiterte Anwendung der Vorschriften über Zahlungen sowie über die Nichtannahme von Waren oder digitalen Inhalten**

Die Einbindung von Art. 90 in Kapitel 9 ist nicht sinnvoll und wohl der falsche Platz für diese Regelungen.

## **Kapitel 10 - Verpflichtungen des Verkäufers**

### **Zu Art. 91 - Hauptverpflichtungen des Verkäufers**

Notwendig wäre eine Klarstellung, dass sich die Verkäuferpflichten selbstverständlich primär nach dem Inhalt des Vertrages bestimmen, so wie dies in Art. 30 UNK der Fall ist („Der Verkäufer ist nach Maßgabe des Vertrages verpflichtet...“).

Unklarheiten wird die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums in lit. b) aufwerfen, als Fragen des Eigentumsübergangs im CESL nicht geregelt werden. So kann sich die praktisch durchaus sehr relevante Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts stellen, die dann wohl nur unter Zuhilfenahme des IPR zu lösen wäre.

Nicht sachgerecht ist es, bereits in dieser Bestimmung über die Hauptverpflichtungen des Verkäufers die lit. c) und d) über „die Sicherstellung“ der Vertragsgemäßheit der Waren bzw. der Nutzungsmöglichkeit von digitalen Inhalten aufzunehmen. Dieses Kriterium ergibt sich aus den Art. 99 ff iVm mit den betreffenden Behelfen bzw. sollte dies - allerdings in anderer Art und Weise - dort verortet sein. Hinsichtlich der Problematik dieser „Sicherstellungspflicht“ wird besonders bei den Ausführungen zu Art. 159 eingegangen. Auch Art. 30 UNK beinhaltet dieses Kriterium jedenfalls nicht an dieser Stelle, sondern in Art. 35 zusammen mit den Kriterien von Vertragsgemäßheit. Dafür, dass diese Verkäuferpflichten nicht bereits in dieser Bestimmung aufgenommen werden soll, spricht insbesondere auch, dass dann auch die Verpflichtung zum vertraglich vereinbarten Liefertermin etc. bereits in dieser Bestimmung verankert werden müsste.

### **Zu Art. 97 - Nichtannahme der Waren oder digitalen Inhalte durch den Käufer**

Der Verkäufer hat bei Nichtannahme der Ware durch den Käufer (obwohl dieser dazu verpflichtet ist) die Pflicht angemessene Vorkehrungen zum Schutz und Erhaltung der Ware zu treffen. Man wird wohl nicht - wie nach dem österreichischem Recht - sagen können, dass im Falle des Annahmeverzuges des Käufers keine Haftung des Verkäufers für leichte Fahrlässigkeit besteht. Dies wäre aber jedenfalls angemessen und notwendig.

## **Zu Art. 99 und Art. 100 - Vertragsmäßigkeit und Kriterien für die Vertragsmäßigkeit**

### **Art. 99 - Vertragsmäßigkeit**

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb im CESL in 2 Artikeln kompliziert und vom bestehenden Besitzstand wieder abweichend die „Vertragsgemäßheit“ geregelt werden soll, wo es in Art. 2 der RL über den Verbrauchsgüterkauf doch eine einfach zu übernehmende Vorlage gäbe. Die Regelungen der lit. a) bis c) des Art. 99 Abs. 1, die immer wieder darauf abstellen, dass den

Anforderungen des Vertrages zu entsprechen ist, sind überflüssig, wie überhaupt der gesamte Art. 99.

Dass in Art. 99 Abs. 2 geregelt wird, dass die Waren überdies den Anforderungen der Art. 100, 101 und 102 genügen müssen, soweit „die Parteien nichts anderes vereinbart haben“, ist ein weiteres Beispiel für die Verzichtbarkeit dieses Artikels. Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit ist - und muss es auch bleiben - die vertragliche Vereinbarung.

Jedenfalls abzulehnen ist, dass nach Art. 99 Abs. 3 bei Verbraucherverträgen eine Abweichung von den Kriterien des Art. 100, die dort offenbar kumulativ vorgesehen sind, nur nach Kenntnis und nur dann, möglich wäre, wenn der Verbraucher sie als vertragsgemäß „akzeptiert“ hat.

### **Art. 100 - Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Waren und digitalen Inhalte**

Im Einleitungssatz muss auf das Primat der vertraglichen Vereinbarung abgestellt und in der Folge grundsätzlich so wie in der RL über den Verbrauchsgüterkauf die - nicht kumulativ zum Tragen kommenden - Kriterien angeführt werden, bei deren Vorliegen die Vertragsgemäßheit „anzunehmen“ ist. Eine kumulative Anwendung würde z.B. gerade im Hinblick auf die Kriterien der lit. a) und b) in vielen Fällen zu Widersprüchen führen. Wenn sich die Waren für einen bestimmten vertraglich vereinbarten Zweck eignen (lit. a), kann es sein (und muss es auch möglich sein), dass sie sich eben nicht für die gewöhnlichen Zwecke (lit. b) eignen.

Aus der Formulierung, dass die die Waren und digitalen Inhalte, die in lit. a) - g) vorgesehenen Kriterien erfüllen „müssen“, wäre wohl eine gravierende Änderung zu befürchten, dass nämlich die Beweislast für die Vertragsgemäßheit beim Verkäufer liegen würde. Derzeit ist es gesichert auch durch die Judikatur des OGH so, dass die Mangelhaftigkeit selbst vom Käufer zu beweisen ist, die bestehende Vermutungsregelung zugunsten des Käufers bezieht sich nur auf den zeitlichen Aspekt des Vorliegens des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe. Daran darf sich nichts ändern.

Hinsichtlich der in Art. 100 angegebenen Kriterien ist folgendes anzumerken:

#### **Art. 100 lit. a)**

Auch wenn die Formulierung auf die RL über den Verbrauchsgüterkauf zurückgeht, ist eine Nachbesserung dahingehend erforderlich, dass es nicht nur darauf ankommen kann, dass der „Zweck“ dem Verkäufer zur Kenntnis gebracht wurde, sondern dass dieser auch zum Vertragsbestandteil wurde, in dem dieser vom Verkäufer akzeptiert wurde.

#### **Art. 100 lit. d)**

Dass die vielleicht nicht ordnungsgemäße Verpackung (lit. d) als solche eine Mangelhaftigkeit darstellen soll, die dann sämtliche Rechtsbehelfe auslösen kann, ist nicht sachgerecht, auch wenn es zugegebenermaßen eine vergleichbare Bestimmung im UNK gibt, die dort aber unter dem Blickwinkel des internationalen Geschäftsverkehrs zu sehen ist, aber aus gutem Grund nicht in die RL über den Verbrauchsgüterkauf übernommen wurde. Wenn die Ware als solche vertragsgemäß ist, kann der Umstand, dass die Verpackung allein mangelhaft war, nicht zur Vertragswidrigkeit der Leistung führen. Es ist zu befürchten, dass dieses Kriterium in missbräuchlicher Weise herangezogen würde, um damit z.B. noch eine Preisminderung

herauszuschlagen. Zudem geht nach dem CESL die Gefahr bei einem Versandkauf bei Verbraucherverträgen erst mit der Übernahme an den Käufer und nicht schon an den Transporteur über. Wird die Ware selbst z.B. wegen mangelnder Verpackung am Transport beschädigt, stehen dem Käufer die vorgesehenen Rechtsbehelfe ja alle zur Verfügung. Die Bestimmung der lit. d) ist daher jedenfalls zu streichen.

#### **Art. 100 lit. g)**

Auch die ausdrückliche Erwähnung von Montageanleitungen (lit. e) soll entfallen, weil derartige Fälle wohl unter lit. a) oder b) subsumierbar sind.

#### **Art. 100 lit. f)**

Abzulehnen ist ganz besonders lit. f). Art. 2 Abs. 1 lit. d) Verbrauchsgüterkaufs-RL beinhaltet eine Regelung, in gewissem Umfang die u.a. in der Werbung gemachten Erklärungen auch des Herstellers bei der Beurteilung der Vertragsgemäßheit zu berücksichtigen. Durch den Verweis der lit. f) auf Art. 69 erfolgt eine gravierende Erweiterung im Vergleich zu RL über den Verbrauchsgüterkauf, die jedenfalls nicht angemessen ist (siehe dazu auch die Ausführungen zu Art.69).

#### **Art. 100 lit. g)**

Mit besonderem Nachdruck sprechen wir uns auch gegen das in lit. g) vorgesehene, alles umfassende „Käufererwartungskriterium“ aus, das nicht nur angesichts seiner Unbestimmtheit keinesfalls sachgerecht ist und hohe Streitgeneigtheit in sich birgt, und daher aus gutem Grund auch bei der Ausarbeitung der Verbrauchsgüterkaufs-RL fallen gelassen wurde. Die WKÖ ruft auch an dieser Stelle in Erinnerung, dass das CESL, will man ihm nicht jede Chance auf Verwendung in der Praxis nehmen, keinesfalls zur Spielwiese für experimentelle Legistik werden darf.

Aus unserer Sicht sollten daher die Art. 99 und 100 gestrichen und durch eine weitgehend dem Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufs-RL entsprechende Bestimmung ersetzt werden.

### **Zu Art. 104 - Kenntnis des Käufers von der Vertragswidrigkeit bei B2B-Verträgen**

Die Regelung des Art. 104, wonach der Verkäufer nicht für die Vertragswidrigkeit der Waren haftet, wenn der Käufer den Mangel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder kennen hätte müssen, ist auf B2B-Verträge beschränkt. Dies ist keinesfalls sachgerecht, die Regelung ist auch auf B2C Verträge auszudehnen und die Bestimmung des Art. 99 Abs. 3 - wie oben bereits ausgeführt - zu streichen.

Auch die RL über den Verbrauchsgüterkauf sieht eine derartige Bestimmung (Art. 2 Abs. 3) für Verbraucherverträge vor und das ABGB (§ 928) regelt dies ebenso. Zusätzlich zur Ausdehnung dieser Bestimmung auch auf B2C-Verträge soll auch entsprechend der Verbrauchsgüterkaufs-RL eine Regelung aufgenommen werden, wonach keine Vertragswidrigkeit vorliegt, wenn diese auf den vom Käufer bereitgestellten Stoff zurückzuführen ist. Soweit hier § 106 Abs.5 zur Anwendung kommt, wäre dies klarzustellen.



## **Zu Art. 105 - Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit**

Mit der Bestimmung des Abs. 1 ergibt sich ohne Zweifel eine Verschärfung im Vergleich zum geltenden österreichischen Recht, als damit der Verkäufer bei B2C-Verträgen auch bei Wahl einer üblichen Transportart, das Risiko zu tragen hat, wenn die Ware beschädigt beim Käufer einlangt.

Abs. 2 beinhaltet die Vermutungsregelung für das Vorliegen eines Mangels, wobei nun nicht so wie in der RL über den Verbrauchsgüterkauf auf den Zeitpunkt der Lieferung sondern auf den des Gefahrenübergangs abgestellt wird. Im Vergleich zum österreichischen Recht fällt dabei auf, dass diese Regelung auf B2C-Verträge beschränkt ist.

Gänzlich neu sind nun Regelungen des Art. 105 Abs. 3, die nicht gerade leicht durchschaubare Sonderregelungen für die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts des Gefahrenübergangs im Falle von Montagen bzw. Installierungen treffen. Sie sind nicht angemessen und führen zu einer gravierenden bzw. vor allem völlig unbestimmten Verlängerung der Vermutungsfrist, da der Beginn des Fristenlaufes an den Zeitpunkt anknüpft, an dem der Verbraucher die Montage innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen hat. Der Beginn des Fristenlaufes ist damit in keinsten Weise objektiv bestimmt und keinesfalls überprüfbar. Diese Regelung ist daher ganz klar abzulehnen.

## **Kapitel 11 - Abhilfen des Käufers**

### **Zu Art. 106 - Übersicht über die Abhilfen des Käufers**

#### **Art. 106 Abs. 1:**

Art. 106 Abs. 1 nennt im Überblick die Abhilfen, die einem Käufer im Falle einer der vielen möglichen Formen der Nichterfüllung im Sinne des CESL durch den Verkäufer zustehen, wobei sich die konkreten Inhalte der Rechtsbehelfe dann nach den jeweiligen Bestimmungen richten, auf die jeweils verwiesen wird und die dann doch wieder eine Differenzierung nach der jeweiligen, speziellen Art der Nichterfüllung (z.B. vertragswidrige Leistung, Verzug) treffen und wohl auch treffen müssen. Die Sinnhaftigkeit des einheitlichen Nichterfüllungsbegriffs ist daher sehr in Zweifel zu ziehen.

Der Käufer hat demnach folgende Rechtsbehelfe: Erfüllung (darin eingeschlossen Verbesserung bzw. Reparatur und Austausch), Zurückbehaltung der eigenen Leistung, Vertragsbeendigung, Preisminderung und Schadenersatz. Allerdings ergibt sich zudem - und das ist hier nicht erkennbar - in vielen Fällen auch die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung (siehe Ausführungen zu Art. 48).

Dabei fällt zunächst besonders auf, dass der Erfüllungsanspruch als ein Rechtsbehelf ausgestaltet ist. Ob dieser aus dem Common-Law übernommene Ansatz<sup>26</sup> sinnvoll ist und ob er noch nicht abschließend abschätzbare Wirkungen auch auf Ebene des Prozessrechts entfalten wird, ist noch zu prüfen.

---

<sup>26</sup> siehe Schopper in Wendehorst/Zöchling-Jud, 127.

Insgesamt scheint das System der Abhilfen - gelinde gesprochen - nicht gerade leicht verständlich und durchschaubar. Herauszufinden, welche Ansprüche nun tatsächlich im Falle der praktisch wohl besonders relevanten Sachmängelgewährleistung zustehen, ist kein leichtes Unterfangen. Es fragt sich, weshalb nicht gerade für diesen wichtigen Bereich auf das bereits bestehende Regelungsregime der Verbrauchsgüterkaufs-RL zurückgegriffen wurde und statt dessen ein neues Konstrukt (u.a. der Regelungsansatz der „Heilung“ - der aber nur für B2B-Verträge gelten soll - statt einer klaren Hierarchie der Gewährleistungsrechte) erfunden wird, das zudem für Verbraucherverträge einen völlig unangemessenen Lösungsansatz beinhaltet, der mit folgenden Worten zusammengefasst werden kann: Der Verbraucherkäufer hat immer und ewig alle Ansprüche, wie immer es ihm gefällt. Von einer ausgewogenen Balance zwischen Unternehmer- und Verbraucherinteressen sind die vorgeschlagenen Regelungen weit entfernt.

Es ist für Fälle der Vertragswidrigkeit der Leistung dringend erforderlich, die in der RL über den Verbrauchsgüterkauf vorgesehene Hierarchie der Behelfe mit dem Primat der Verbesserung auch dem CESL zugrunde zu legen.

Die Belastung des Handels wird aber ganz besonders durch den Umstand verschärft, dass der Verkäufer verschuldensunabhängig für Schadenersatz einzustehen hätte, denn die enge Haftungsbefreiungsmöglichkeit nach Art. 88 würde wohl im seltensten Falle greifen. Für den Händler, der sich auf das „Abenteuer“ CESL einlassen wollte, käme es daher im Ergebnis zu einer Art „Produkthaftung“ (im Vertragsverhältnis), die weit über das Regime der Produkthaftungs-RL hinausgeht, würde eine solche für Personenschäden nach Art. 179 doch für 30 Jahre bestehen, die auch nicht so wie nach dem Produkthaftungsregime durch Bekanntgabe des Herstellers bzw. Erstinverkehrsbringers im EWR entfallen würde. Aus der Sicht des Handels ist unter dem Blickwinkel dieser allumfassenden Haftung auch darauf hinzuweisen, dass mangels einer Regelung über das Rückgriffsrecht bzw. auch mangels der Möglichkeit eine solche im CESL zu verankern, sich die Regressfrage praktisch ungemein verschärfen würde. (Siehe zur Frage des Schadenersatzes auch die Ausführungen zu Teil VI.)

### **Art 106 Abs 3:**

Wenn auch der Wortlaut der Bestimmung des Abs. 3 unklar ist, soll diese wohl im Ergebnis dazu führen, dass Verbrauchern eine völlig freie Wahl von sämtlichen (Gewährleistungs)-Abhilfen zustehen würde, und die „Heilungsmöglichkeit“ nach Art. 109 bei Verbraucherverträgen nicht zum Tragen kommen soll. Dies ist seitens der Wirtschaft nachdrücklich abzulehnen. Eine Hierarchie der Behelfe bei Vertragswidrigkeit soll so wie nach der Verbrauchsgüterkaufs-RL mit dem Vorrang der Verbesserung auch im CESL vorgesehen werden.

Außerdem ist es nicht sachgerecht, dass für Verbraucherverträge die Anwendung des Abschnittes 7 über die Mängelrüge nicht zur Anwendung kommen soll. Jedenfalls soll die in Art. 109 vorgesehene „Heilungsmöglichkeit“ auch für Verbraucherverträge vorgesehen werden.

### **Zu Art. 109 - Heilung durch den Verkäufer**

Mit dieser Bestimmung wird nun ein neues Konzept der „Heilung“ vorgeschlagen. Es handelt sich dabei offenbar um die Möglichkeit des Verkäufers u.a. im Fall der vom Käufer erklärten Vertragsbeendigung ein Angebot zur „Verbesserung“ zu machen. Der Ansatz ist aber ein anderer als der uns auch nach der Verbrauchsgüterkaufs-RL bekannte, der eben von einer Hierarchie der

Ansprüche ausgeht, und dem der Vorzug zu geben wäre. Wie bereits oben ausgeführt, muss - sofern nicht überhaupt auf den vertrauten Ansatz der RL über den Verbrauchsgüterkauf umgeschwenkt wird - diese Möglichkeit des Art. 109 auch für B2C-Verträge eingeräumt werden.

Nicht eindeutig erkennbar ist, was die Folge wäre, wenn z.B. der Heilungsversuch scheitert.

#### **Art. 109 Abs. 2:**

Außerdem ist auch nicht klar, in welchen Fällen nun die Möglichkeit für den Verkäufer, die Heilung anzubieten, überhaupt bestehen soll. Abs. 1 dieser Bestimmung stellt auf Fälle des „vorzeitigen Anbietens“ ab, Abs. 2 stellt ebenfalls auf das „Anbieten“ ab. Käme das „Heilungsregime“ damit überhaupt nur dann zum Tragen, wenn der Verkäufer die nicht vertragsgemäße Leistung angeboten, der Käufer sie aber nicht übernommen bzw. nicht angenommen hat? Dieses Verständnis kann sich insbesondere aus der Zusammenschau dieser Bestimmung mit der Regelung des Art. 120 über die Preisminderung ergeben, wird dort doch daran angeknüpft, dass der Käufer eine nicht vertragskonforme Leistung „annimmt“. Dieses mögliche Ergebnis, das das Heilungsregime auf nur sehr wenige Fälle reduzieren würde, ist keinesfalls angemessen. Eine diesbezügliche Klarstellung im Text, dass das Heilungsregime auch dann zum Tragen kommt, wenn eine Annahme bzw. Übernahme der Lieferung durch den Käufer erfolgt ist, muss vorgenommen werden.

#### **Art. 109 Abs. 4:**

Aus Abs. 4 lit. a) ergibt sich, dass der Käufer das Angebot ablehnen kann, wenn die Heilung „nicht umgehend“ bewirkt werden kann. Das ist zu eng und steht jedenfalls auch in Widerspruch zu Abs. 5, wonach doch der Verkäufer „über einen angemessenen Zeitraum für die Heilung“ verfügt.

### **Zu Art. 111 - Wahl des Verbrauchers zwischen Reparatur und Ersatzlieferung**

Die Wahlmöglichkeit zwischen Austausch und Reparatur soll dem Unternehmer zustehen. Diese Lösung hat bis zur Reform des Gewährleistungsrechts auch in Österreich in bewährter Form bestanden und würde zur Erhöhung der Akzeptanz des CESL für die Unternehmen beitragen.

### **Zu Art. 112 - Rücknahme ersetzter Gegenstände**

Dass kein Wertersatz für die Nutzung von Waren in der Zeit vor der Ersatzlieferung zustehen soll, ist insbesondere unter dem Blickwinkel der langen Fristen nach Teil VIII über die Verjährung unangemessen.

### **Zu Art. 114 - Beendigung wegen Nichterfüllung**

Hier werden als Voraussetzung für die Vertragsauflösung unterschiedliche „Kategorien“ vorgesehen, was jedenfalls zu kritisieren ist. Während nach Abs. 1 der Unternehmerkäufer bei einer wesentlichen Nichterfüllung im Sinne von Art. 87 Abs. 2 zur Vertragsbeendigung berechtigt ist, beinhaltet Abs. 2 nun einigermaßen überraschend als Sonderregelung für

Verbraucherverträge ein Recht auf Vertragsbeendigung bei Nichtvertragsgemäßheit der Waren, das nur dann nicht zusteht, wenn die Vertragswidrigkeit „unerheblich“ ist.

Anhaltspunkte, wann nun eine unerhebliche Vertragswidrigkeit anzunehmen ist, bzw. was unter einer wesentlichen Nichterfüllung zu verstehen ist, lassen sich dem Text nicht entnehmen, weshalb die Klärung dieser Frage den Gerichten obliegt. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit ist gravierend. Offenbar wird durch die Verwendung der Formulierung „unerheblich“ anstelle des in der RL über den Verbrauchsgüterkauf verwendeten Begriffs der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ aber sogar bezweckt, die Schwelle weiter zu senken und die Möglichkeit der Vertragsbeendigung in Verbraucherverträgen noch leichter zu machen<sup>27</sup>.

Es ist nachdrücklich zu kritisieren, dass mit dem CESL bei Verbraucherverträgen anstelle des Primats der Verbesserung das Primat der Vertragsaufhebung verankert werden soll. In Verbindung mit den unklaren oder jedenfalls langen Fristen (siehe unten zu Art 119 und zu Art 178) für die Ausübung der Vertragsbeendigung in Zusammenschau mit den Bestimmungen über die Rückabwicklung (siehe dazu unten zu Art. 173 und zu Art. 174) führt ein derartiges Regime zu völlig unangemessenen Ergebnissen, vor allem jenem, dass eine Ware vielleicht jahrelang gratis genutzt werden kann.

### **Zu Art. 116 - Beendigung wegen voraussichtlicher Nichterfüllung**

Die Problematik der Beurteilung, ob nun die Vertragsbeendigung berechtigt ist, stellt sich hier besonders, wenn es darauf ankommt, dass „anderweitig offensichtlich ist, dass Nichterfüllung eintreten wird“. Wenn es in diesem Fall auch keiner Nachfrist bedarf, so reicht eine mehr oder weniger begründete Behauptung des Käufers, dass die voraussichtliche Nichterfüllung (offensichtlich) ist.

### **Zu Art. 119 - Verlust des Rechts auf Vertragsbeendigung**

Abs. 2 dieser Bestimmung nimmt Verbraucherkäufer von dem an sich nach Abs. 1 vorgesehenen Verlust des Vertragsbeendigungsrechts, wenn dieses nicht binnen angemessener Frist ausgeübt wird, aus. Dem Verbraucher steht nach dem vorgeschlagenen Regime dieses Kapitels ein sofortiges Vertragsaufhebungsrecht zu, ohne dem Verkäufer die Möglichkeit der Verbesserung einräumen zu müssen.

Die Bestimmung des Art. 119 Abs. 2 lit a) bedeutet für Verbraucherverträge aber zudem einen eigentlich nicht bestimmbar langen Zeitraum zur Geltendmachung der Vertragsauflösung. Es ist schon nach dem Wortlaut des Art. 178 über die der Verjährung unterliegenden Rechte nicht klar (siehe dazu auch die Ausführungen zu dieser Bestimmung), ob das im Teil VIII vorgesehene Verjährungsregime z.B. für Fälle der Vertragsbeendigung greift. Dass Art. 119 Abs. 1 (für B2B-Verträge) eine ausdrückliche Regelung über den Verlust des Rechts auf Vertragsbeendigung schafft, spricht eher dagegen, dass die Verjährungsbestimmungen des Teil VIII im Falle der Vertragsbeendigung überhaupt zur Anwendung kämen. Dies würde aber bedeuten, dass einem Verbraucher im Falle der Vertragswidrigkeit bzw. eines Mangels ein zeitlich unbefristetes Vertragsbeendigungsrecht zustünde<sup>28</sup>. Das ist völlig unangemessen. Aber auch eine Lösung

---

<sup>27</sup> so auch *Faber in Wendehorst/Zöchling-Jud*, 210.

<sup>28</sup> siehe *Schopper in Wendehorst/Zöchling-Jud*, 138, der die Frage aufwirft, ob dem Verbraucher ein „ewiges Rücktrittsrecht“ zusteht.

dahingehend, dass das in Kapitel 19 vorgesehene Verjährungsregime doch gelten würde, wäre aus Sicht der Wirtschaft nicht ausreichend.

Die Bestimmung des Abs. 1 soll auch bei Verbraucherverträgen zur Anwendung kommen. Abs. 2 lit. a) ist daher jedenfalls zu streichen.

### **Zu Art. 120 - Preisminderung**

Auch an dieser Stelle ist zu kritisieren, dass der Entwurf nicht von einer Hierarchie der Gewährleistungsbefehle ausgeht, wie dies die RL über den Verbrauchsgüterkauf vorsieht, sondern insbesondere bei Verbraucherverträgen eine völlig freie Wahl der Rechtsbefehle statuiert und damit auch die Preisminderung sofort, ohne dass dem Verkäufer eine 2. Chance eingeräumt wird, möglich wäre.

Hinsichtlich der Preisminderung stellt sich jedenfalls die Frage, ob es dafür seitens des Käufers einer Mitteilung über die Vertragswidrigkeit und den Umstand, dass er eine Preisminderung geltend macht, bedarf. Erkennbar ist derartiges nicht. Unklar ist insbesondere auch innerhalb welchen Zeitraumes das Recht auf Preisminderung zusteht.

Außerdem stellt sich - gerade in der Zusammenschau mit Art. 109 (siehe dazu auch die Ausführungen zu Art. 109) - die Frage, was darunter zu verstehen ist, dass der Käufer eine nicht vertragsgemäße Leistung „annimmt“. Muss es sich dabei (also bei „annehmen“ im Sinne dieser Bestimmung) um ein „aktives“ Akzeptieren der nicht vertragsgemäßen Leistung handeln? Diese Vermutung könnte sich insbesondere nach der englischen Sprachfassung ableiten lassen („A buyer who accepts a performance not conforming to the contract.....“).

Außerdem stellt sich die Frage, ob auch dann, wenn die Ware dergestalt ist, dass deren Wert eigentlich null ist (aber auch eine solche könnte vielleicht ohne großen Aufwand repariert werden), Preisminderung geltend gemacht werden könnte. Dies wäre nicht sachgerecht. Damit hätte es der Käufer z.B. bei einem leicht reparierbaren Mangel in der Hand, anstelle der Vertragsaufhebung eine Preisminderung auf null vorzunehmen, also den gesamten Kaufpreis nicht zu zahlen oder zurückzufordern, könnte sich die Sache aber behalten, denn die Rückabwicklungsbestimmungen stellen ja nur auf Fälle der Anfechtung oder Beendigung des Vertrages ab.

### **Zu Art. 121- Prüfung der Waren bei einem Vertrag zwischen Unternehmern**

Mit einer starren Frist von 14 Tagen für die Prüfung von Waren, wird nicht ausreichend Bedacht auf Umstände genommen, in denen eine Prüfung - etwa aus technischen Gegebenheiten und dem Erfordernis der Inbetriebnahme zur Prüfung der Funktionstüchtigkeit bei komplexeren Gütern - nicht in diesem Zeitraum erfolgen kann. Ein flexiblerer Ansatz wäre bei B2B-Geschäften sinnvoller. Für die Mängelrüge selbst ist dagegen eine angemessene Frist vorgesehen, was wiederum die Sinnhaftigkeit einer konkreten, starren Frist für die Prüfung in Frage stellt.

Unklar ist, wie sich Art.121 Abs. 1 zu Art. 168 Abs. 3 verhält, der ebenfalls von einer Prüfung der Vertragsmäßigkeit der Waren spricht und dabei aber eine max. Frist von 30 Tagen normiert.

## **Zu Art. 122 - Mitteilungspflicht bei nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung im Falle von Kaufverträgen zwischen Unternehmern**

Da ein Käufer, der Unternehmer ist, seine Rechte aus der Vertragswidrigkeit jedenfalls verliert, wenn die Mängelrüge nicht spätestens innerhalb von 2 Jahren nach Übergabe mitgeteilt wird, beträgt die „Gewährleistungsfrist“ für Unternehmer in der Regel zwei Jahre. Für Verbraucherverträge ist die Fristenfrage - wie bereits ausgeführt - ungeklärt bzw. wäre auch das Verjährungsregime des Kapitel 18 mit einer unzumutbar langen 10-jährigen Verjährungsfrist unangemessen. Die Regelung des Art. 122 muss daher auch für B2C-Geschäfte zur Anwendung kommen.

## **Kapitel 12 - Verpflichtungen des Käufers**

### **Zu Art. 124 - Zahlungsweise**

#### **Art. 124 Abs. 4**

Hier wird eine andere Formulierung als in Art 19 RLV verwendet.

### **Zu Art. 126 - Zeitpunkt der Zahlung**

Die Zahlung des Preises ist bei Lieferung fällig. Der Verkäufer kann eine Zahlung vor Fälligkeit bei berechtigtem Interesse ablehnen. Die Zahlung vor Lieferung scheint daher grundsätzlich möglich zu sein, was auch für die Möglichkeit der Vorkassa spricht (siehe Ausführungen zu Art. 84 lit j).

### **Zu Art. 129 - Annahme der Lieferung**

Gemäß Art. 129 ist die Übernahme der Ware eine Pflicht des Käufers, nicht eine bloße Obliegenheit, wie dies im österreichischen Recht der Fall ist. Da die Nichtannahme der Ware in der Praxis oft Schwierigkeiten verursacht, wäre grundsätzlich zu begrüßen, dass auch aus der Nichtannahme die Rechtsfolgen der Nichterfüllung geltend gemacht werden können. Siehe dazu aber unten zu Art. 132.

## **Kapitel 13 - Abhilfen des Verkäufers**

### **Zu Art 132 - Forderung nach Erfüllung der Verpflichtungen des Käufers**

#### **Art .132 Abs. 2:**

Eine diesbezügliche Pflicht des Käufers zur Übernahme gemäß Art. 129 wird durch Art. 132 Abs. 2 sehr relativiert. Danach kann der Verkäufer vom Käufer verlangen, die Lieferung anzunehmen, es sei denn, der Verkäufer hätte ohne nennenswerten Aufwand ein „angemessenes

Deckungsgeschäft“ abschließen können. Beruft sich der Verkäufer gegenüber dem (nicht übernahmewilligen) Käufer auf dessen Pflicht zur Übernahme, würde dieser wohl in einer Vielzahl von Fällen den „Deckungsgeschäftseinwand“ erfolgreich vorbringen können. Welche Ansprüche der Verkäufer nun in diesem Fall eines möglichen Deckungsgeschäftes hat, erschließt sich nicht leicht, doch dürften dies von der Übersichtsliste über die Rechtsbehelfe des Verkäufers in Art. 131 die Beendigung des Vertrages (allerdings bei B2C-Verträgen erst nach Setzung einer Nachfrist von mindestens 30 Tagen) sowie Schadenersatz sein, wobei dies dann nicht der Fall ist, wenn die Nichterfüllung auf Seiten des Käufers entschuldigt ist. Was in diesem Fall zu gelten hätte, bleibt überhaupt unklar.

Die Verankerung einer „Annahmepflicht“ des Käufers angesichts der doch vorgenommenen Relativierungen sollte also nicht überbewertet werden. Dass durch die Verankerung einer derartigen Pflicht ein verkäuferfreundlicher Ansatz gewählt würde, kann nicht wirklich gesagt werden. Zudem ist zu bedenken, dass ein Annahmeverzug des Käufers in der überwiegenden Zahl der Fälle auch ein Fall des Verzuges mit der Zahlung des Kaufpreises sein wird. Und hier käme nun wiederum die Regelung des Art. 132 Abs. 2 zum Tragen, dass nämlich auch die Zahlung des Kaufpreises nur verlangt werden kann, wenn der Verkäufer nicht ein Deckungsgeschäft abschließen hätte können. Das ist nicht sachgerecht.

Letztlich würde ein Verkäufer, der damit konfrontiert ist, dass sich der Käufer nicht an den Vertrag hält, indem er weder die Waren übernimmt noch den Kaufpreis zahlt, vor der folgenden Situation stehen, wenn er nun den Kaufpreis einklagen wollte:

Er müsste den Beweis antreten, dass eine Nichterfüllung vorliegt (dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf konzipiert ist und aus Art. 131 Abs. 1), dass also der Kaufpreis nicht gezahlt wurde, d.h. einen Negativbeweis erbringen, was mitunter kein leichtes Unterfangen ist.<sup>29</sup> Außerdem müsste er wohl auch beweisen, dass der Käufer die Waren nicht übernommen hat (das würde ihm vielleicht noch leichter gelingen), aber darüber hinaus, dass der Käufer „offensichtlich nicht bereit ist, die Leistung entgegenzunehmen“, denn von all diesen Bedingungen hängt nach Art. 97 Abs. 2 nicht nur der Anspruch auf Erfüllung betreffend die Übernahme der Ware ab, sondern auch, dass der Verkäufer „die Zahlung des Preises verlangen“ kann. Und selbst wenn ihm all diese Beweise gelingen würden, könnte der Käufer noch geltend machen, dass der Verkäufer ein angemessenes Deckungsgeschäft schließen hätte können. In vielen Fällen würde der Verkäufer angesichts dieser Hürden wohl mit seiner Klage gegen einen vertragsbrüchigen Käufer scheitern. Das stellt keine ausgewogene die Interessen beider Parteien berücksichtigende Lösung dar, sondern eine solche, die primär die Käuferinteressen im Auge hat.

Den Verkäufer trifft im Falle des Annahmeverzuges des Käufers weiters nach Art. 97 die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zum Schutz der Ware zu treffen. Bei Verletzung derselben würde er darüber hinaus potentiell schadenersatzpflichtig werden. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass Art. 135 eine Mindestnachfrist von 30 Tagen bei Verbrauchergeschäften normiert.

Sicher hat der Verkäufer nach Art. 97 Abs. 2 die Möglichkeit der Hinterlegung bzw. auch des Verkaufs an einen Dritten. Wie sich aber diese Möglichkeit der Hinterlegung im Hinblick auf die sich eigentlich aus Art. 132 Abs. 2 ergebende indirekte Pflicht zum Abschluss eines Deckungsgeschäftes verhält, ist unklar. Es stellt sich somit z.B. die Frage, ob dem Verkäufer,

---

<sup>29</sup> siehe dazu bzw insgesamt zur Frage des Erfüllungsanspruches als Rechtsbehelf *Weller*, Die Struktur des Erfüllungsanspruches im BGB, common law und DCFR - ein kritischer Vergleich, JZ 2008, 764ff, 771

wenn er die Sache gem. Art. 97 Abs. 2 hinterlegt, bei Geltendmachung des Kaufpreises nach Art. 132 Abs. 2 der Einwand des möglichen Deckungsgeschäftes entgegengehalten werden könnte.

Aber auch das Verhältnis des Deckungsgeschäftseinwandes wie er sich aus Art. 132 Abs. 2 ergibt zur Regelung des Art. 97 Abs. 2 lit. b), die dem Verkäufer die „Möglichkeit“ des Verkaufs an einen Dritten einräumt, ist unklar.

Jedenfalls entfallen sollen in Art. 132 Abs. 2 im Sinne der obigen Ausführungen das Kriterium, dass „er (= Käufer) offensichtlich nicht bereit ist, die Leistung entgegenzunehmen“ und das Abstellen auf den Abschluss eines angemessenen Deckungsgeschäftes.

### **Zu Art. 135 - Beendigung wegen Verspätung nach Setzen einer Nachfrist für die Erfüllung**

Dass bei Verbraucherverträgen im Falle einer verspäteten Erfüllung der Pflichten des Käufers die vom Verkäufer zu setzende Nachfrist mindestens 30 Tage betragen soll, war in der Machbarkeitsstudie nicht enthalten. Dass z.B. im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises jedenfalls noch eine Nachfrist von 30 Tagen gesetzt werden müsste, ist nicht angemessen, man denke insbesondere an die mögliche Insolvenz des Käufers. Aber auch der Umstand, dass den Verkäufer nach Art. 97 die Verpflichtung trifft, die Ware in jedem Fall entsprechend sorgsam zu verwahren, spricht gegen eine solche lange Frist.

Unklar ist jedenfalls der Verweis auf Art. 167 („...darf die Nachfrist nicht vor Ablauf von 30 Tagen gemäß Art. 167 Abs. 2 enden.“). Nachdem Art. 167 Abs. 2 eine Regelung darüber trifft, dass die Verzinsung bei Zahlungsverzug des Verbrauchers erst 30 Tage nach einer entsprechenden Mitteilung über die Pflicht zur Zahlung von Zinsen erfolgen soll, ist nicht klar, warum in Art. 135 Abs. 2 auf diese Bestimmung verwiesen wird.

## **Kapitel 14 - Gefahrenübergang**

Der Regelung des Zeitpunkts des Gefahrenübergangs kommt im CESL aus mehreren Gründen zentrale Bedeutung zu: Zum einen wird durch den Gefahrenübergang geregelt, wer die Preisgefahr trägt, d.h. der Gefahrenübergang iSd CESL regelt, bis wann im Falle des Unterganges oder der Beschädigung der Hauptleistung der Verkäufer die Gefahr trägt, keinen Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung zu haben, bzw. ab wann der Käufer die Gegenleistung in vollem Umfang zu erbringen hat, obwohl er die Hauptleistung nicht oder nur beschädigt erhält.

Zum anderen ist der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs nach Art. 105 CESL maßgeblich, wenn es um die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit der Leistung geht. Nur wenn eine Leistung im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vertragswidrig ist, stehen dem Käufer die Abhilfen des Art. 106 CESL zu.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Schopper in Wendehorst/Zöchling-Jud, 141f.



## Zu Art. 140 - Wirkung des Gefahrübergangs

Diese Norm bestimmt, dass der Käufer nach dem Gefahrenübergang die volle Gegenleistung auch dann erbringen muss, wenn die Hauptleistung (Waren oder digitale Inhalte) untergegangen ist oder beschädigt wurde, sofern der Untergang oder die Beschädigung nicht auf einer Handlung oder Unterlassung des Verkäufers beruht.

Die im letzten Satz des Art. 140 normierte Einschränkung der Preisgefahr stellt lediglich darauf ab, dass der Untergang bzw. die Beschädigung der Waren oder digitalen Inhalte auf einem Handeln oder Unterlassen des Verkäufers beruht. Diese Formulierung kann so ausgelegt werden, dass lediglich ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Handeln oder Unterlassen des Verkäufers und dem Untergang bzw. der Beschädigung der Hauptleistung erforderlich ist<sup>31</sup>. Ob das Handeln oder Unterlassen des Verkäufers im Sinne der Adäquanztheorie seiner Natur nach überhaupt geeignet war, den Untergang oder die Beschädigung der Waren bzw. digitalen Inhalte herbeizuführen oder ob es sich lediglich um eine außergewöhnliche Verkettung von Ereignissen handelte, würde im Falle dieser Interpretation keine Rolle spielen. Ebenso stellt der Entwurf überhaupt nicht darauf ab, ob den Verkäufer ein Verschulden an dem Untergang bzw. der Beschädigung der Waren und digitalen Inhalte trifft. Im österreichischen Recht geht die Preisgefahr im Falle des Annahmeverzugs des Käufers auf diesen über, d.h. wenn die Sache während des Annahmeverzugs „untergeht“ z.B. beschädigt wird oder verloren geht, wird der Verkäufer von seiner Leistungsverpflichtung frei, behält jedoch seinen Anspruch auf die Gegenleistung, also den Kaufpreis. Er haftet im Falle des Annahmeverzugs des Käufers nicht mehr für leichte Fahrlässigkeit, sondern nur für grobes Verschulden.

Art. 97 statuiert eine Pflicht des Verkäufers im Falle der (pflichtwidrigen) Nichtannahme der Waren durch den Käufer „angemessene Vorkehrungen zu ihrem Schutz und ihrer Erhaltung zu treffen“. Art. 140 bestimmt zudem, dass dann, wenn der Untergang oder die Beschädigung auf einer Handlung oder (irgendeiner) Unterlassung des Verkäufers auch nur „beruht“, der Käufer von der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises befreit wird. Das ist nicht angemessen, wenn man sich insbesondere in Erinnerung ruft, dass doch die Übernahme der Ware nach Art. 123 zu den Hauptverpflichtungen des Käufers zählt.

Um diese unausgewogenen Ergebnisse einzuschränken, wär es notwendig, Art. 140 insofern zu ergänzen, dass der Käufer die Preisgefahr in jedem Fall nur dann nicht trägt, wenn der Untergang bzw. die Beschädigung der Hauptleistung adäquat auf einem grob fahrlässigen Handeln oder Unterlassen des Verkäufers beruht.

## Zu Art.141 - Zuordnung der Waren oder digitalen Inhalte zum Vertrag

Während die Abschnitte 2 und 3 den Gefahrenübergang in bestimmten Konstellationen regeln, enthält Art. 141 die generelle Regel, dass die Gefahr erst dann übergeht, wenn die Waren oder digitalen Inhalte eindeutig als diejenigen identifiziert sind, die nach dem Vertrag geliefert werden müssen. Der Regelungsgehalt dieser Norm ist nicht vollständig klar. Aller Wahrscheinlichkeit nach setzt sie, in Ergänzung zu den folgenden Bestimmungen, eine generelle Voraussetzung fest, vor deren Eintreten der Gefahrenübergang nicht stattfindet.

---

<sup>31</sup> Dieses bloße Abstellen auf die Kausalität findet sich auch im englischsprachigen Entwurf, der von „is due to“ spricht.

## **Zu Art.142 - Gefahrenübergang bei einem Verbraucherkaufvertrag**

Diese Bestimmung regelt den Gefahrenübergang bei Verträgen im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher - die Überschrift ist jedoch irreführend, da auf Verbraucherkaufverträge (die lediglich den Warenkauf umfassen würden) Bezug genommen wird, während die Norm selbst auch auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte Bezug nimmt.

### **Art 142 Abs 1:**

Abs.1 des Art. 142 regelt, dass die Gefahr auf den Verbraucher übergeht, sobald er oder ein von ihm bezeichneter Dritter mit Ausnahme des Beförderers Besitz an den Waren erlangt. Es ist festzuhalten, dass eine im Wesentlichen gleichlautende Regel in Art. 20 RLV normiert ist.

Die Bezugnahme auf den „Besitz“ erscheint insofern problematisch, als das CESL Angelegenheiten des Sachenrechts nicht regelt und diese folglich nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht zu beurteilen sind. Eine Anlehnung an die englische Terminologie des CESL („physical possession“) wäre zu bevorzugen<sup>32</sup>.

Ungeachtet der Sonderregelung des Abs.4, welcher inhaltlich ebenfalls in Art. 20 RLV enthalten ist, ist nicht nachvollziehbar, warum der Verkäufer die Preisgefahr während des Transportes durch einen Beförderer, den der Verbraucher „bezeichnet“ hat, tragen muss (arg: „von ihm bezeichneten Dritten, mit Ausnahme des Beförderers“). Abs. 4 betrifft den Fall, dass der Verbraucher die Beförderung überhaupt selbst veranlasst hat. Wenn aber der Verbraucher einen bestimmten Beförderer bezeichnet, den er sich für die Beförderung wünscht, die Veranlassung der Beförderung dann aber entsprechend diesem Wunsch vom Verkäufer erfolgt, sollte dieser Fall ebenso geregelt werden, wie die Veranlassung der Beförderung durch den Verbraucher nach Abs. 4, d.h. die Gefahr sollte in diesem Fall auch mit der Übergabe an den Beförderer übergehen.

### **Art 142 Abs 3:**

Abs.3 des Art. 142 regelt die Auswirkungen des Annahmeverzugs im Verbrauchergeschäft auf den Gefahrenübergang. Kommt der Verbraucher unentschuldig seiner Pflicht zur Annahme der Leistung nicht nach, geht die Gefahr bereits zu jenem Zeitpunkt über, zu dem der Käufer Besitz bzw. Kontrolle über Waren bzw. digitale Inhalte erlangt hätte, wenn er seine Annahmeverpflichtung erfüllt hätte. Die begrüßenswerte Rechtsfolge des Gefahrenübergangs bei Annahmeverzug wird allerdings durch den ersten Satz des Abs.3 eingeschränkt, der Fernabsatz-Verträge und Außergeschäftsraum-Verträge von dieser Regelung ausnimmt, sodass bei diesen Verträgen gemäß Abs. 1 und 2 auch bei Annahmeverzug die Gefahr erst dann übergeht, wenn der Käufer Besitz an den Waren, bzw. Kontrolle über die digitalen Inhalte erlangt. Das ist unangemessen. Wir haben bereits oben zu Art 140 die österreichische Rechtslage im Falle des Annahmeverzuges dargestellt, die eine faire Lösung bietet.

Es ist nicht sachgerecht, den Annahmeverzug - der eindeutig der Sphäre des Käufers zuzurechnen ist, wobei nochmals zu betonen ist, dass die Übernahme der Ware eine Hauptverpflichtung des Käufers darstellt - zulasten des Verkäufers auszugestalten. In Bezug auf

---

<sup>32</sup> Beispielsweise könnte auf die „physische Innehabung“ abgestellt werden.

die Ausnahmeregelung für FAV und AGV gilt diese eben angestellte Überlegung umso mehr, da es nicht zu rechtfertigen ist, weshalb den Verkäufer die Preisgefahr trifft, wenn der Käufer im Annahmeverzug ist. Dabei ist nochmals anzuführen, dass den Verkäufer im Falle der Nichtannahme der Waren nach Art. 97 Pflichten zu deren Schutz und Erhaltung treffen, wobei weiters noch anzumerken ist, dass ihn diese für mindestens 30 Tage treffen würden, denn solange beträgt die Mindestnachfrist gemäß Art. 135 bevor der Unternehmer die Möglichkeit der Vertragsbeendigung hätte.

### **Zu Art. 143 - Zeitpunkt des Gefahrübergangs**

Art. 143 statuiert, dass unter Unternehmern (als Grundregel, welche allerdings weitgehende Einschränkungen erfährt) die Gefahr übergeht, sobald der Käufer die Waren oder digitalen Inhalte oder die diese vertretenden Dokumente angenommen hat. Die Bezeichnung „angenommen“ könnte darauf schließen lassen, dass für den Gefahrenübergang auch eine subjektive Komponente auf Seiten des Käufers erforderlich ist. Dieser Schluss dürfte aber verfehlt sein, worauf auch die englische Formulierung („...takes delivery of...“) hindeutet; vielmehr ist auch unter Unternehmern die Erlangung der Sachherrschaft entscheidend. Die gewählte Formulierung scheint zu bezwecken, eine klare Abgrenzung zur Wortfolge des Art. 142 herzustellen, da nach dieser Norm die Besitzerlangung an den vertretenden Dokumenten nicht ausreicht, um den Gefahrenübergang zu bewirken<sup>33</sup>. Eine klarere Formulierung, die lediglich auf die Besitzerlangung abstellt, wäre im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert.

### **Zu Art. 144 - Dem Käufer zu seiner Verfügung bereitgestellte Waren**

#### **Art. 144 Abs. 1:**

Diese Norm beschreibt den Gefahrenübergang für den Fall, dass dem (unternehmerischen) Käufer die Hauptleistung des Vertrags zur Verfügung gestellt wurde. Abs. 1 legt fest, dass die Gefahr auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer die Waren bzw. digitalen Inhalte an seinem Geschäftssitz<sup>34</sup> zur Verfügung des Käufers anbietet, und dieser davon Kenntnis hat. Zu beachten ist, dass Abs. 1 nicht auf die Fälligkeit der Hauptleistung Bezug nimmt. Da gem. Art. 130 den Käufer in der Regel<sup>35</sup> auch dann eine Annahmepflicht trifft, wenn der Verkäufer vorzeitig liefert, scheint ein Gefahrenübergang vor Fälligkeit gem. Abs. 1 möglich.

Die Ausnahme des Art. 144 Abs. 1 letzter Teilsatz ist jedenfalls nicht einfach zu durchdringen („...es sei denn, der Käufer war berechtigt, die Annahme der Lieferung gemäß Art 113 zurückzuhalten“), da Art. 113 von der „Zurückhaltung der Leistung“ des Käufers spricht, worunter man wohl primär die Zahlung des Kaufpreises verstehen könnte, nicht aber von der Zurückhaltung der „Annahme der Lieferung“. Erklärbar ist dies vielleicht damit, dass die die Annahme der Lieferung des Käufers, die doch eine Hauptverpflichtung des Käufers ist, gewissermaßen auch eine Leistung darstellt, die im Sinne einer Abhilfe „zurückgehalten werden kann“. Derartige Konstruktionen sind den Normunterworfenen mit Sicherheit nicht verständlich.

---

<sup>33</sup> Schopper in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 142f.

<sup>34</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht explizit in Abs.1 des Art. 144 CESL genannt, ergibt sich aber systematisch aus dessen Abs.2

<sup>35</sup> Ausgenommen es besteht ein berechtigtes Interesse die Annahme zu verweigern.

## **Art. 144 Abs. 2:**

Werden die Waren oder digitalen Inhalte dem Käufer an einem anderen Ort als dem Geschäftssitz des Verkäufers zur Verfügung gestellt, so geht, Abs. 2 folgend, die Gefahr über, wenn die Hauptleistung fällig ist und der Käufer Kenntnis von der Bereitstellung erhält.

Interessanterweise enthält Art. 144 Abs. 2, anders als Abs. 1, keinen Verweis auf das Zurückbehaltungsrecht des Art. 113, woraus folgt, dass die Gefahr - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - auch dann mit Fälligkeit auf den Käufer übergeht, wenn dieser berechtigterweise die Annahme verweigert. Ob dies vom Gesetzgeber gewollt ist, ist fraglich.

Um eine Übersetzungsfehler dürfte es sich in Abs. 2 bei der Formulierung „Kenntnis davon erhält<sup>36</sup>“ handeln, die suggeriert, dass der Käufer über den Umstand, dass ihm die Waren bzw. digitalen Inhalte zur Verfügung bereitgestellt wurden, in jedem Fall aktiv informiert werden müsste, um den Gefahrenübergang zu bewirken. Die englische Sprachfassung verwendet in beiden Absätzen dieselbe Formulierung („...the buyer is aware of...“), dergemäß es lediglich darauf ankommt, dass der Käufer Kenntnis hat.

## **Teil V - Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien bei einem Vertrag über verbundene Dienstleistungen**

### **Kapitel 15 Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien**

#### **Zu Art. 152 - Verpflichtung zur Ankündigung unvorhergesehener oder unverhältnismäßig hoher Kosten**

Die in Art. 152 Abs. 1 lit. a) vorgesehene Pflicht den Kunden zu benachrichtigen und dessen Zustimmung zur weiteren Leistungserbringung einzuholen, wenn die Kosten die vom Dienstleistungserbringer bis dahin dem Kunden genannten Kosten übersteigen würde auch nur bei geringfügiger Überschreitung bestehen.<sup>37</sup> Das ist überzogen. Derartiges sollte nur im Fall einer „beträchtlichen“ Überschreitung vorgesehen werden. Der in Abs. 1 lit. b) umschriebene Fall sollte gänzlich gestrichen werden.

Ungeklärt ist jedenfalls, was zu gelten hat, wenn der Kunde die Zustimmung nicht erteilt, und einfach nicht reagiert. Eine Lösung dahingehend, dem Dienstleister die Möglichkeit zu geben, dem Kunden eine Frist zur Abgabe einer Erklärung zu geben, bei deren ungenutztem Verstreichen die Zustimmung als erteilt gilt<sup>38</sup>, wäre erforderlich.

#### **Zu Art. 154 - Zugangsverschaffung**

Art. 154 beinhaltet zwar eine Verpflichtung des Kunden Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen, wenn die Erbringung der Dienstleistung dies erfordert, wie aber aufgezeigt wurde,

---

<sup>36</sup> Abs. 1 spricht dagegen nur von „...ist dem Käufer dies bekannt...“.

<sup>37</sup> *Faber in Wendehorst/Zöchling-Jud*, 189.

<sup>38</sup> so ein Vorschlag von *Faber in Wendehorst/Zöchling-Jud*, 192.

wäre der Dienstleister in diesem Fall mit der Preisgefahr belastet<sup>39</sup>, was jedenfalls nicht angemessen wäre und einer entsprechenden Nachbesserung bedarf.

### **Zu Art. 155 - Abhilfen des Kunden**

Auch an dieser Stelle ist der dem CESL zugrundeliegende verschuldensunabhängige Schadenersatzanspruch zu kritisieren. Auch hier ist das zu Teil IV Ausgeführte, dass für den Bereich der Schlechterfüllung auf das Regime der RL über den Verbrauchsgüterkauf zurückgegriffen werden soll, nochmals zu betonen, wenn auch eingeräumt werden muss, dass hier zumindest teilweise das „Heilungsregime“ auch bei Verbraucherverträgen gewährt wird.

Nicht sachgerecht ist es, dass nach Art. 155 Abs. 5 lit. b) die Anwendung der Bestimmung des Art. 111 Abs. 2 ausgeschlossen wird, wonach die Geltendmachung von anderen Rechtsbehelfen als die Zurückbehaltung der eigenen Leistung, während der für die Reparatur vorgesehenen Frist nicht möglich ist.

### **Zu Art. 156 - Mitteilungspflicht bei Vertragswidrigkeit im Falle von Verträgen über verbundene Dienstleistungen zwischen Unternehmern**

Wie auch bereits oben zum Rechtsbehelfssystem bei Kaufverträgen ausgeführt, ist es nicht einsichtig, weshalb eine Rügepflicht nicht auch bei Verbraucherverträgen vorgesehen wird. Auffallend ist, dass hier im Gegensatz zu Art. 122 keine absolute Frist vorgesehen ist. Dies wäre wohl auch im gegenständlichen Bereich notwendig.

### **Zu Art. 158 - Recht des Kunden auf Ablehnung der Leistung**

Art. 158 beinhaltet, dass der Kunde dem Dienstleister „jederzeit mitteilen kann“, dass die Erbringung der Dienstleistung nicht länger benötigt wird.

Wir sprechen uns gegen diese Bestimmung aus. Sie erfasst jedenfalls nicht nur Werkverträge im engeren Sinne, sondern auch Dauerschuldverhältnisse wie z.B. Wartungsverträge. Das hier vorgesehene Recht einen Vertrag jederzeit zu beenden, stellt insofern ein fristloses Kündigungsrecht dar. Dass der Dienstleister den Entgeltanspruch behält, scheint nur auf den ersten Blick die Einwände gegen diese Bestimmung zu entkräften, denn dieses Entgelt wäre nicht nur um die Einsparungen, die der Dienstleister infolge der Nichterfüllung gemacht hat, zu kürzen, sondern auch um die, die er „hätte machen können“. Abgesehen davon, dass sich die „Einsparungen“ nur schwer kalkulieren werden lassen, ergibt sich aus dem Umstand, dass auch die Einsparungen, die der Dienstleister hätte machen können, berücksichtigt werden, wohl regelmäßig eine Kürzung des Entgelts. Eine Planung der erforderlichen Kapazitäten würde durch dieses jederzeitige Kündigungsrecht gerade für KMU erschwert. Unklar ist jedenfalls auch das Verhältnis dieser Bestimmungen zu Art. 77.

---

<sup>39</sup> Faber in Wendehorst/Zöchling-Jud, 206.

## Teil VI - Schadenersatz und Zinsen

### Kapitel 16 - Schadenersatz und Zinsen

Kapitel 16 widmet sich dem Themenbereich Schadenersatz. Ein unbefangener Leser könnte sich wundern, dass es dafür nur sechs Artikel bedarf. Nun, vieles findet sich eben nicht hier, sondern breit versprengt in zahlreichen anderen Bestimmungen des CESL bzw. der GrundVO. Daher ist zunächst auch auf die Definitionen, die in der GrundVO vorgenommen werden, einzugehen.

#### Zu Art. 2 lit c) und g) GrundVO

So wird die Definition von „Verlust“ in Art. 2 lit. c) und jene von „Schadenersatz“ in Art. 2 lit. g) GrundVO vorgenommen. Dabei fallen gewisse „Ungereimtheiten“ zwischen diesen Bestimmungen ins Auge. Jedenfalls ist die Formulierung in lit. g), die zusätzlich zum erlittenen Verlust auch noch einen körperlichen oder sonstigen Schaden erwähnt, unnötig und nur verwirrend.<sup>40</sup> Nach Art. 2 lit. c) umfasst die Definition von Verlust ja bereits den materiellen Verlust sowie den immateriellen Verlust in Form erlittener Schmerzen und erlittenen Leids. Außerdem stellt sich die Frage, was unter „sonstigem Schaden“ gemeint sein könnte. Um kreative Interpretationen bzw. auch Verwirrung hintanzuhalten, sollte die Formulierung „oder einen körperlichen oder sonstigen Schaden“ in Art. 2 lit. g) GrundVO jedenfalls gestrichen werden. Angesichts dessen, dass die Beurteilung bzw. Bewertung des erlittenen Leids ganz besondere Schwierigkeiten bereiten dürfte und unterschiedliche Auslegungen der Gerichte mit Sicherheit zu erwarten wären, sollte auch dieser Aspekt in Art. 2 lit. c) entfallen.

#### Zu Art. 159 - Recht auf Schadenersatz

Art. 159 bezieht sich auf „Verluste“ durch die Nichterfüllung, für die der Schuldner nur dann nicht einzustehen hätte, wenn die Nichterfüllung entschuldigt ist. Die Anspruchsgrundlagen ergeben sich im Falle einer Schlechtlieferung aber aus Art. 106 iVm Art. 91, die Beantwortung der Frage, wann eine entschuldigte Nichterfüllung vorliegt aus Art. 88. Wie bereits oben zu Art. 88 ausgeführt wurde, müssen die engen Gründe für eine „Entschuldigung“, die jedenfalls nichts mit einem Verschulden nach vertrautem Verständnis zu tun hat, und damit die weite Haftung des Verkäufers aus Sicht der Wirtschaft als abschreckend bezeichnet werden.

Für Händler würde es nach dem Konzept des CESL zu einer gravierenden Haftungsverschärfung kommen. Dabei ist vor allem zu kritisieren, dass das CESL eine verschuldensunabhängige Haftung für Händler schafft, die das von der Produkthaftungs-RL geschaffene Haftungsregime weitgehend aus den Angeln heben würde.

Derzeit stellt sich die haftungsrechtliche Situation unter dem Blickwinkel des österreichischen Schadenersatzrechts für einen Händler kurz zusammengefasst wie folgt dar:

Verkauft ein Händler z.B. eine Dämmfolie, die dann bestimmungsgemäß zur Abdichtung eines Daches verwendet wird, und ist diese z.B. aufgrund eines Produktionsfehlers mangelhaft und lässt Wasser durch, dann hat er gewährleistungsrechtlich für diesen Mangel einzustehen. Es

---

<sup>40</sup> siehe dazu auch Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 227.

kommen wahrscheinlich vor allem Austausch oder Vertragsauflösung in Frage. Angesichts der Judikatur des EuGH in den RS Weber/Putz hat sich der Umfang der Gewährleistung jedenfalls bei Verbraucherverträgen bereits erweitert, indem der Austauschanspruch nun - und zwar unabhängig von einem Verschulden - auch den Ausbau der schadhaften und den Einbau der neuen Dämmfolie umfassen würde, auch wenn der ursprüngliche Vertrag den Einbau nicht umfasste. Angenommen durch den Fehler der Dämmfolie bzw. die dadurch eindringende Feuchtigkeit wird die Dachkonstruktion derart beschädigt, dass diese abgetragen und neu aufgebaut werden muss, also ein Mangelfolgeschaden vorliegt, gilt wie folgt:

Nach derzeitigem österreichischen Verständnis gründet ein Schadenersatzanspruch auf einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten des Schädigers, wobei bei der vertraglichen Haftung die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB hinsichtlich des Verschuldens Platz greift. Einen Händler trifft selbstverständlich kein Verschulden an einem Produktionsfehler. Es kann sich für ihn nur eine Haftung aus der Verletzung einer Verpflichtung zur Kontrolle der Waren oder allfälliger Aufklärungspflichten ergeben bzw. haftet er nur für die ihn treffenden Pflichten<sup>41</sup> (der Aspekt, dass die Mangelhaftigkeit allenfalls durch eine unsachgemäße Lagerung beim Händler entstanden sein könnte, soll hier ausgeklammert bleiben). Der OGH hat mehrmals ausgesprochen, dass das Ausmaß der Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden darf, da es wirtschaftlich sinnlos wäre, wenn nicht nur der Herstellerbetrieb, sondern jeder Zwischenhändler kostspielige Maßnahmen zur Kontrolle der Produkte treffen müsste.<sup>42</sup> Es würde die Sorgfaltspflicht des Händlers überspannen, würde ihm die Verpflichtung auferlegt, die vom Hersteller zugesicherten oder allgemein vorausgesetzten Eigenschaften der von ihm bloß vertriebenen Produkte durch eigene Tests überprüfen zu müssen<sup>43</sup>. Wenn mangels besonderer Umstände keine Prüfpflicht besteht und daher auch die Möglichkeit einen Konstruktionsfehler zu erkennen nicht gegeben ist, dann liegt - so der OGH - auch kein Verschulden des Händlers vor.<sup>44</sup> Ob nun - so wie der OGH ausführt - davon auszugehen ist, dass kein Verschulden anzunehmen, oder allenfalls in diesem Fall auch gar keine Rechtswidrigkeit gegeben wäre, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist das Ergebnis, dass ein Händler außer bei Bestehen besonderer Umstände nicht das Risiko des Einstehenmüssens für Mangelfolgeschäden in vielleicht exorbitanter Höhe zu tragen hat.

Nach dem Konzept des CESL wäre dies aber der Fall. Voraussetzung für die schadenersatzrechtliche Haftung bei Nichterfüllung ist gem. Art. 105 iVm Art. 159 das Vorliegen einer vertragswidrigen Leistung im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs. Nur wenn diese gem. Art. 88 entschuldigt wäre, wäre die schadenersatzrechtliche Haftung ausgeschlossen. Bisher vertraute Zurechnungsgründe wie das Verschulden, vielleicht aber auch in einem gewissen Sinn die Rechtswidrigkeit, wie wir sie jedenfalls kennen, sind keine Kategorien des schadenersatzrechtlichen CESL-Konzepts (eigenartigerweise wird aber bei den unzulässigen Klauseln hinsichtlich des Haftungsausschlusses doch wieder darauf Bezug genommen). Festzuhalten ist, dass im oben dargestellten Fall der schadhaften Dachfolie, ein Händler nach dem CESL wohl für die weitreichenden Mangelfolgeschäden haftbar wäre. Die Lieferung einer undichten Folie wird wohl jedenfalls eine Vertragswidrigkeit darstellen.

Wenn man annimmt, dass auch dem CESL ein Ansatz zugrundeliegt, der auch auf die Rechtswidrigkeit als Zurechnungsgrund abstellt, dann wäre danach wohl die Lieferung einer mangelhaften Sache als solche schon rechtswidrig. Dass aber die Nichterfüllung als solche z.B.

---

<sup>41</sup> OGH 27.08.1981, 6 Ob 521/81; OGH 17.12.1986, 3 Ob 604/86

<sup>42</sup> OGH 27.08.1981, 6 Ob 521/81; OGH 24.03.2004, 2 Ob 124/02b

<sup>43</sup> OGH 29.01.1997, 7 Ob 2361/96y; OGH 22.11.2005, 1 Ob 113/05g

<sup>44</sup> OGH 22.11.2005, 1 Ob 113/05g

bei Vertragswidrigkeit die Rechtswidrigkeit begründet kann nach derzeitigem Stand des österreichischen Rechts nicht gesagt werden. Wird die versprochene Leistung nicht vertragsgemäß erbracht, dann ist zwar der Tatbestand der Nichterfüllung gesetzt, haftbar kann der Verkäufer aber nur dann werden, wenn er zudem (objektiv) sorgfaltswidrig handelt.<sup>45</sup> Darauf kommt es im CESL aber nicht an. Jedenfalls trifft den Verkäufer nach Art. 91 CESL nicht nur die Pflicht die Ware zu liefern, sondern nach Art. 91 lit. c) auch die Pflicht, „sicherzustellen“, dass die Waren vertragsgemäß sind. Derartiges ist sogar im UNK nicht vorgesehen.

Dass man nun zum Ergebnis kommen könnte, der Händler hätte im Falle des besagten Produktionsfehlers doch die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass die Nichterfüllung nach Art. 88 entschuldigt sei, kann wohl nicht gesagt werden. Die Bestimmung entspricht Art. 79 UNK. Es ist bereits für das UNK nicht mit Sicherheit geklärt<sup>46</sup>, ob die Lieferung einer vertragswidrigen Ware dem Art. 79 unterliegt oder nicht, spricht doch dieser und auch Art. 88 CESL davon, dass ein „Hindernis“ für die Nichterfüllung vorliegt, was vermuten ließe, dass es sich um ein solches handelt, das die Lieferung an sich behindert,<sup>47</sup> die Bestimmung also insbesondere auf Fälle der verspäteten Lieferung abstellt. Auch für Art. 88 Abs. 1 muss gesagt werden, dass das Abstellen auf ein „Hindernis“ im Zusammenhang mit der Schlechtlieferung nicht wirklich treffend ist. Außerdem sprechen auch die Abs. 2 und 3 über die Aspekte des vorübergehenden Hindernisses und die Mitteilungspflichten über das Bestehen eines Hindernisses eher dagegen, dass Art. 88 auf Fälle der Schlechtlieferung zugeschnitten ist.<sup>48</sup> Wie dem auch sei. Es ist jedenfalls nach dessen Wortlaut nicht klar, ob Art. 88 für Fälle der Schlechtlieferung überhaupt anwendbar ist.

Aber auch wenn man dies grundsätzlich bejahen könnte, dann würde dieser Entschuldigungsgrund wohl regelmäßig nicht greifen. Es ist angesichts des Gleichklangs des Art. 88 mit Art. 79 UNK offenbar gewollt, dessen Wertungen zu übernehmen. Und diese sehen eine strenge Haftung des Verkäufers vor. Art. 88 ist somit lediglich als eine *force majeure*-Regelung<sup>49</sup> zu betrachten. Ein Zwischenhändler hat jedenfalls nach dem UNK für die Vertragswidrigkeit der von seinem Lieferanten gelieferten Waren einzustehen und die Berufung darauf, dass ein nicht in seiner Sphäre liegender Hinderungsgrund vorliegt, scheidet nach dem UNK in diesem Fall aus.<sup>50</sup>

Dies würde nach dem CESL umso mehr gelten, als nach diesem den Händler auch noch ausdrücklich eine eigene „Sicherstellungspflicht“ für die Vertragsgemäßheit der Waren trifft (Art. 91). Die oben dargestellten, vom OGH sachgerechter Weise vorgenommene Wertung, dass die Sorgfaltspflichten eines Händlers zur Überprüfung der Ware nicht zu überspannen sind, können im CESL-Konzept wohl nirgends Platz greifen.

---

<sup>45</sup> siehe *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), 190, wonach eben der Aspekt der objektiven Sorgfaltswidrigkeit auf Ebene der Rechtswidrigkeit zu prüfen ist und von der Prüfung des Verschuldens zu trennen ist.

<sup>46</sup> auch der BGH, 24. 3.1999, VIII ZR 121/98, ließ die Beantwortung dieser Frage „dahingestellt“.

<sup>47</sup> *Stoll/Gruber*, in *Schlechtriem/Schweitzer*, CISG<sup>4</sup> Art. 79 Rz 6.

<sup>48</sup> siehe *Stoll/Gruber*, in *Schlechtriem/Schweitzer*, CISG<sup>4</sup> Art. 79 Rz 6, wonach jene, die eben die Anwendung des Art. 79 CISG für Fälle der vertragswidrigen Leistung überhaupt verneinen, dies auch damit begründen, dass eine Pflicht zur Mitteilung über die Gründe und Auswirkungen des Leistungshindernisses, wie dies auch Art. 79 IV 1 vorsieht, bei Schlechtlieferung keinen Sinn machen.

<sup>49</sup> siehe *Wilhelm*, Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Nichterfüllung nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, IHR 2011, 225 ff, 233.

<sup>50</sup> *Posch* in *Schwimann*<sup>3</sup>, UN-K Art. 79 Rz 7 mit Hinweis auf BGH, 24. 3.1999, VIII ZR 121/98, abrufbar unter CISG-online Nr. 396.



Aber auch die in Art. 161 vorgesehene Bestimmung, wonach der Schuldner „nur“ für den Verlust haftet, den er zu dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder voraussehen hätte können, wird wohl in den seltensten Fällen greifen. Im oben angeführten Dachfolienbeispiel als Verkäufer den Beweis zu erbringen, dass derartige Folgen einer schadhafte Dämmfolie nicht vorhersehbar gewesen wären, wird nicht gelingen. Ähnliches gilt wohl z.B. auch im Falle eines schadhafte Heizlüfters, der vielleicht einen Brand in einem Wohnhaus verursacht.

Die weitreichende Haftung, die das CESL dem Verkäufer auferlegen würde, führte damit zu einem verschuldensunabhängigen, völlig ausufernden und auch angesichts der langen Verjährungsfristen völlig prekären (Gefährdungs-oder Garantie-)Haftung für europäische Händler.

Dabei wird auch - wie oben bereits angesprochen - das von der Produkthaftungs-RL vorgesehene, wohl austarierte Haftungsregime (jedenfalls soweit der Geschädigte Vertragspartner ist, wobei mit hoher Wahrscheinlichkeit durch die Judikatur letztlich auch eine Einbeziehung anderer zumindest dem Geschädigten nahestehender Personen erfolgen würde), ausgehebelt. Es ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen, in denen ein Fehler des Produkts im Sinne des Produkthaftungsrechts vorliegt, auch eine Vertragswidrigkeit der Ware anzunehmen sein wird. Nach dem Produkthaftungsregime könnte die Haftung einen Händler, der nicht selbst EWR-Importeur ist, nur dann treffen, wenn er seinen Lieferanten nicht binnen angemessener Frist benennen kann. Überdies kennt das Produkthaftungsregime eine 10-jährige Verjährungsfrist, während die Haftung nach dem CESL jedenfalls im Falle von Personenschäden eine sogar 30-jährige Verjährungsfrist vorsieht.

Die Wertungen des (vollharmonisierten!) Produkthaftungsregimes würden durch das dem CESL zugrundeliegenden Schadenersatzkonzept konterkariert. Produkte, die den Sicherheitserwartungen iSd Produkthaftungsregimes nicht entsprechen sind sicher die große Ausnahme. Dies nicht nur da der Gemeinschaftsgesetzgeber durch das bestehende Produkthaftungsregime der primären Verantwortlichkeit des Herstellers auch der Präventivfunktion Rechnung tragen will, dass fehlerhafte Produkte von den Herstellern möglichst nicht in den Verkehr gebracht werden sollen, sondern auch, da die Herstellung funktionierender Produkte selbstverständlich auch im Sinne der Unternehmer ist.<sup>51</sup>

Die Gründe für die „Konzentration“ der Produkthaftung auf den Hersteller, wurden in der Begründung des Vorschlages der Kommission dargelegt, die der EuGH wie folgt zusammengefasst hat: „Zwar wird anerkannt, dass die Möglichkeit, den Lieferanten eines fehlerhaften Produktes in der Art wie es die Richtlinie vorsieht, haftbar zu machen, die Verfolgung der Rechte der Geschädigten erleichtern würde, es wird aber festgestellt, dass diese Erleichterung teuer würde erkaufte werden müssen, da jeder Lieferant sich gegen eine solche Haftung würde versichern müssen, was zu einer starken Verteuerung der Produkte führen würde. Darüber hinaus würde diese Erleichterung zu einer zahlenmäßigen Zunahme der Klagen führen, da der Lieferant seinerseits seine eigenen Lieferanten bis hin zum Hersteller in Anspruch nehmen würde. Da der Lieferant in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle lediglich das gekaufte Produkt unverändert weitergebe und nur der Hersteller die Möglichkeit habe, auf die Qualität des Produktes

---

<sup>51</sup> siehe dazu *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechtes (1994), 61.

einzuwirken, wird es als angebracht angesehen, die Haftung für fehlerhafte Produkte auf den Hersteller zu konzentrieren“.<sup>52</sup>

Aber auch ein anderer Aspekt des gemeinschaftsrechtlichen Produkthaftungsregimes würde mit einem Konzept, das Händler in weitem Umfang mit dem Produkthaftungsrisiko belastet, in Frage gestellt. Die letztlich nach jahrelangen Vorarbeiten verwirklichte Produkthaftungs-RL war Teil des groß angelegten Projektes „Verwirklichung des Binnenmarktes“ mit dem damaligen Zielzeitpunkt 1992. Der Umstand, dass primär der Hersteller und der (damals) EWG-Importeur bzw. nunmehr EWR-Importeur haften soll, ist wohl auch unter dem Blickwinkel zu sehen, den Handel im Binnenmarkt zu forcieren bzw. den innergemeinschaftlichen Handel anzukurbeln. Ein Händler, der vor der Wahl steht seine Waren bei einem Hersteller im Binnenmarkt zu beziehen oder außerhalb desselben, ist wohl geneigter, den Binnenmarkthersteller zu wählen, wenn er nicht zum EWR-Importeur und damit nach dem Produkthaftungsregime selber zum primär Haftenden werden möchte.

Die Wertungen der Produkthaftungs-RL würden mit dem vorgeschlagenen, dem CESL zugrundeliegenden Konzept über Bord geworfen. Den vielleicht zu erwartenden Einwänden, dass es sich doch nur um ein freiwillig zu wählendes Instrument handelt, und es daher jedem unbenommen ist, das CESL eben nicht zu verwenden und daher auch dessen Haftungsregime zu vermeiden, oder, dass das oben - bewusst in Anlehnung an eine vom OGH beurteilte Frage - gewählte Dämmfolienbeispiel auf eine Produktkategorie abstellt, die doch nicht jenen Warenverkäufen entspricht, die das CESL für seine grenzüberschreitenden Fernabsatzgeschäfte im Auge hat, muss folgendes in aller Deutlichkeit entgegengehalten werden: Ersterer Einwand würde das gesamte Projekt in Frage stellen. Es ist in der Tat richtig, dass ganz besonders das schadenersatzrechtliche Konzept des CESL dazu führen würde, dass die Verwendung desselben nicht empfohlen werden kann. Aber will man wirklich nach nunmehr jahrzehntelangen Vorarbeiten ein Instrument schaffen, das mit Sicherheit nicht angenommen wird? Dann sollte man sich die weiteren Arbeiten daran eigentlich ersparen. Zu beiden möglichen Einwänden muss man sagen, dass, auch wenn es sich „nur“ um ein freiwillig wählbares Instrument handelt, mit diesem Instrument gewissermaßen ein „gemeinschaftsrechtlicher Besitzstand“ auch für einen der zentralsten Bereiche des Zivilrechts, nämlich jenem des Schadenersatzrechts geschaffen würde, dem trotz des freiwilligen Charakters „Strahlkraft“ (und zwar auch dann, wenn es in der Praxis nicht Verwendung findet) für andere Bereiche zukommen würde. So wie es nun vorgeschlagen ist, darf das Konzept jedenfalls nicht zum schadenersatzrechtlichen Besitzstand werden.

Die WKÖ spricht sich vehement gegen dieses im CESL vorgeschlagene Haftungssystem aus. Es ist unbedingt erforderlich, das Schadenersatzregime generell an das Kriterium eines Verschuldens zu knüpfen. Nicht nur angesichts des Umstandes, dass sich die Grenzlinien zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit europaweit unterschiedlich darstellen dürften,<sup>53</sup> würde das Abstellen auf ein Verschulden jedenfalls nur im subjektiven Sinn allein nicht ausreichen. Sicherzustellen ist jedenfalls, dass es nicht wie oben dargestellt, zu einer umfassenden schadenersatzrechtlichen Haftung der Händler für Mangelfolgeschäden insbesondere bei nicht vertragsgemäßer Lieferung im Falle von Mängeln oder Fehlern kommt, die sie nicht einmal verursacht haben. Es darf auch

---

<sup>52</sup> EuGH 10. Jänner 2006, RS C-402/03: Der EuGH gelangte zu dem Ergebnis, *„dass die Richtlinie [...] eine vollständige Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten bezweckt. [...] Es wurde die Entscheidung getroffen, die Haftung für durch fehlerhafte Produkte verursachte Schäden in der durch die Richtlinie geschaffenen rechtlichen Regelungen grundsätzlich dem Hersteller und nur in einigen beschränkten Fällen dem Importeur und dem Lieferanten aufzubürden.“*

<sup>53</sup> Koziol, Grundsatzfragen, 173.

nicht dazu kommen, dass Händler vielleicht weitreichende Kontroll- und Überprüfungspflichten für die von ihnen nur verkauften Waren treffen.

Darauf, dass in zahlreichen Artikeln des CESL gesonderte schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlagen vorgesehen sind, die nicht einmal auf die Bestimmungen des Kapitel 16 Bezug nehmen, wurde bereits an verschiedenen Stellen hingewiesen.

## **Abschnitt 2 Verzugszinsen: Allgemeine Bestimmungen**

### **Zu Art. 167 - Zinsen im Falle eines im Verzug befindlichen Verbrauchers**

#### **Art. 167 Abs. 1:**

Um Unklarheiten zu vermeiden, was mit „entschuldigt“ im Sinne dieser Bestimmung gemeint ist, sollte auf Art. 88 verwiesen werden.

#### **Art. 167 Abs. 2:**

Dass bei Verbraucherverträgen Verzugszinsen erst nach Ablauf von 30 Tage nach einer entsprechenden Mitteilung über den Umstand und deren Höhe zu zahlen wären ist nicht angemessen. Auch hier ist zu betonen, dass es nicht immer mehr Aufgabe der Unternehmen werden darf, über die Rechtslage informieren zu müssen.

Abgesehen davon kann der Verpflichtung „über deren Höhe“ zu informieren, praktisch gar nicht nachgekommen werden. Die Höhe „der Zinsen“ kann vorab gar nicht bekannt gegeben werden. Es wäre wohl nur möglich, über den Zinssatz zu informieren.

#### **Art. 167 Abs. 3:**

Angesichts dessen, dass die Frage, wann eine Unfairness bei Vereinbarung eines höheren Zinssatzes, nicht wirklich beantwortbar ist, wird die Vereinbarung eines höheren Zinssatzes wohl unmöglich gemacht. Das ist angesichts des im Vergleich zum Zinssatz bei B2B-Verträgen geringen Zinssatzes für Verbrauchergeschäfte nicht sachgerecht.

## **Teil VII - Rückabwicklung**

### **Kapitel 17 - Rückabwicklung**

Die Regelungen zur Rückabwicklung sind in der derzeitigen Form jedenfalls inkonsistent und auch nicht leicht zu durchdringen, was dem Regelungsziel des CESL nicht entgegenkommt. Inhaltlich kommt diesen Bestimmungen vor allem deshalb große Bedeutung zu, weil der CESL-Entwurf Fristen für die Anfechtung<sup>54</sup> und bei wesentlicher Nichterfüllung die Beendigung<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> 6 Monate bei Irrtum bzw. 1 Jahr bei Täuschung, Drohung und unfairer Ausnutzung ab Kenntnis der maßgebenden Umstände, d.h. bloßen „Kennenmüssen“ reicht nicht aus; ob die absolute 10-jährige Verjährungsfrist auf die Anfechtung anwendbar ist, ist überhaupt fraglich.

vorsieht, die sich ganz besonders im Verhältnis B2C dramatisch darstellen. Das bedeutet, dass die in Kapitel 17 getroffenen Regelungen unter Umständen erst lange Zeit nach dem Vertragsabschluss zum Tragen kommen.

Ganz allgemein ist es bedauerlich, dass es der Entwurf verabsäumt hat, die Gesamtheit aller Normen, welche die Rückabwicklung betreffen, einheitlich in Kapitel 17 zu regeln. Vielmehr wird die Rückabwicklung im Falle eines Widerrufs im Verhältnis B2C bei FAV und AGV in den Artikel 44f. geregelt.

### **Zu Art. 172:**

Die Absätze 1 und 2 bestimmen, dass bei Anfechtung (richtigerweise müsste es „bei Vernichtung eines Vertrages durch Anfechtung“ heißen, da die bloße Anfechtung an sich die Rückabwicklung noch nicht auslöst<sup>56</sup>) und Beendigung eines Vertrages eine Partei all das, was sie von der anderen Partei erhalten hat, sowie allfällige daraus gezogene Sach- und Rechtsfrüchte zurückzugeben hat. Die Rückgabepflicht in Bezug auf Sach- und Rechtsfrüchte ist dabei unabhängig von der Redlichkeit der Parteien, bzw. vom Input, den die Parteien zur Fruchtziehung aufgewendet haben<sup>57</sup>. Als Ausgleich für nützliche<sup>58</sup> Aufwendungen des Herausgabepflichtigen steht Letzterem, sofern er den Anfechtungs- bzw. Beendigungsgrund weder kannte noch kennen musste, ein Entschädigungsanspruch gegen den Herausgabeberechtigten zu. Das ABGB regelt derartige Konstellationen anders, indem es in §§1437 iVm 330 und 335 festhält, dass dem redlichen Besitzer einer Sache alle aus ihr entspringenden Früchte gehören, während der unredliche Besitzer alle Vorteile herauszugeben hat. Weiters gilt nach österreichischem Zivilrecht, dass auch ein unredlicher Besitzer einen Anspruch auf einen Teil der Früchte hat, sofern die Fruchtziehung auf Aufwendungen des Bereicherten zurückgeht.<sup>59</sup>

Absatz 3 schränkt diese Grundregel ein, indem er normiert, dass eine wechselseitige Rückstellung nicht erfolgt, soweit einzelne Teilleistungen zwischen den Parteien beiderseits ausgetauscht wurden und diese Teilleistungen auch ohne eine vollständige Erfüllung des Restvertrages für die Parteien von Interesse sind.<sup>60</sup> Diese Einschränkung der Grundregel scheint allerdings nur für den Fall zu gelten, dass es zur Beendigung des Vertrages iSd Art. 8 CESL kommt, nicht aber im Falle einer Vernichtung des Vertrages nach Anfechtung. Die differenzierte Lösung des ABGB erscheint uns sachgerechter.

---

<sup>55</sup> B2B: „Angemessener Zeitraum“ ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen der Nichterfüllung; B2C: Zeitliche Grenze für die Geltendmachung ist unklar, da fraglich ist, ob die Verjährungsregelungen des Teil VIII auf Fälle der Vertragsbeendigung überhaupt anwendbar sind. Aber selbst, wenn das Verjährungsregime des Teil VIII zum Tragen käme, ergäbe sich eine unangemessen lange Frist, nämlich 2 Jahre ab Kenntnis bzw. „Kennenmüssen“ der Nichterfüllung innerhalb eines Rahmens der absoluten Frist von 10 Jahren ab Rechtsbegründung.

<sup>56</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 242.

<sup>57</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 243.

<sup>58</sup> Das sind solche, durch die der anderen Partei ein Vorteil entsteht, wobei mE auch der Erwerb von Früchten, durch die andere Partei ein Vorteil ist.

<sup>59</sup> vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Band II<sup>12</sup>, 267f.

<sup>60</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 244.

## Zu Art. 173 - Zahlung des Geldwertes

### Art. 173 Abs. 1:

Abs. 1 dieser Bestimmung sieht vor, dass in drei Fällen der Rückgabeverpflichtete nicht das Erlangte und die daraus gezogenen Früchte zurückzugeben hat, sondern deren Geldwert zu erstatten hat. Der erste Fall ist einleuchtend, denn er betrifft die Unmöglichkeit der Rückgabe, z.B. durch Untergang des Erlangten. Der zweite Fall spricht undifferenziert davon, dass generell bei digitalen Inhalten die Rückabwicklung nicht in der Rückgabe des Erlangten besteht, sondern in der Zahlung eines Geldbetrages. Schließlich kann sich der Rückgabeverpflichtete für die Zahlung des Geldwertes entscheiden, sofern die tatsächliche Herausgabe für ihn mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden wäre, wobei dieses Wahlrecht nur zusteht, „soweit dadurch nicht die Eigentumsrechte der anderen Partei verletzt werden“. Es kann nur vermutet werden, dass damit der Fall gemeint sein dürfte, dass der Rückgabeberechtigte ohnehin Eigentümer der Sache ist.

Problematisch ist vor allem, dass Art. 173 nicht beschreibt, wie der gegebenenfalls zu erstattende Geldwert genau zu berechnen ist.

### Art. 173 Abs. 2:

Abs. 2 legt fest, dass der Geldwert einer Ware jener Wert ist, den sie bei Fälligkeit der Zahlung des Geldwertes gehabt hätte, wäre sie beim Rückgabeverpflichteten geblieben, ohne bis dahin untergegangen oder beschädigt worden zu sein. Die konkrete Wertberechnung ist unklar. Vor allem bleibt aber auch der Aspekt der Wertminderung der Sache völlig unberücksichtigt, der gerade angesichts der zum Teil offenen bzw. langen Verjährungsfristen vielleicht schon langen Nutzung beträchtlich sein wird. Das ist nicht sachgerecht. In Bezug auf Waren ist weiters nicht geklärt, was mit einer beschädigten Ware geschieht, wenn deren Rückgabe prinzipiell noch möglich ist. Aus Art. 173 Abs. 2 könnte man schließen, dass die Beschädigung der Ware (unabhängig vom Grad der Beschädigung) einem Untergang derselben gleichkommt<sup>61</sup>. Diese nicht auf den Grad der Beschädigung abstellende Lösung wäre allerdings nicht sachgerecht. Es besteht Klärungsbedarf.

### Art. 173 Abs. 3 und 4:

Abs. 3 setzt den Geldwert einer verbundenen Dienstleistung mit der dem Rückgabeverpflichteten durch deren Erbringung erwachsenen Ersparnis gleich.

Auch bei digitalen Inhalten wird in Abs. 4 auf die durch ihre Verwendung entstandene Ersparnis abgestellt - diese Ersparnis dürfte jedoch in vielen Fällen unmöglich zu ermitteln sein<sup>62</sup>. Neben dem Problem der nicht definierten Wertbestimmung bestehen in Bezug auf die Rückabwicklung von Verträgen, deren Gegenstand digitale Inhalte sind, weitere Regelungsmängel. So stellt beispielsweise Abs. 4 lediglich auf jenen Betrag ab, den sich ein Verbraucher durch die Nutzung gespart hat. Was im Falle eines Unternehmers, der digitale Inhalte erworben hat, als Richtschnur

---

<sup>61</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 245.

<sup>62</sup> Was spart sich ein Kunde durch die Nutzung eines Betriebssystems? Was spart sich ein Kunde durch das Spielen eines Videospieles?

für die Berechnung des Geldwertes gilt, wird nicht genannt. Zurecht hegt Koch<sup>63</sup> den leisen Verdacht, dass es sich hierbei um einen Übertragungsfehler handelt.

Die vom Gesetzgeber in Abs. 4 angedachte Methode, den Geldwert von digitalen Inhalten als Nutzungsentgelt auszugestalten<sup>64</sup>, ist generell fraglich. Zum einen ist unklar, welcher Betrag zu bezahlen wäre, wenn die Ersparnis derart hoch wäre, dass sie den Neupreis des digitalen Inhaltes übersteigen würde; zum anderen - und dieser Fall wird aufgrund der Tatsache, dass die Ersparnis nur sehr schwer zu ermitteln bzw. nachzuweisen ist, sehr häufig auftreten - scheint es nicht sachgerecht, dass ein Käufer eines digitalen Inhaltes, der nur eine geringe (nachweisbare) Ersparnis hat, lediglich diesen Betrag zahlen muss, jedoch weiterhin über den digitalen Inhalt verfügen kann. Im Extremfall handelt es sich etwa um eine noch nicht verwendete CD-Rom: Eine Ersparnis durch Nutzung ist nicht vorhanden; trotzdem kann, dem aktuellen Entwurf folgend, der Rückgabeverpflichtete den digitalen Inhalt behalten - eine Regelung, die geradezu zu rechtsmissbräuchlichem Verhalten einlädt.

#### **Art. 173 Abs. 5:**

Die Regelung des Art. 173 Abs. 5 ist unklar. Nach unserem Verständnis enthält Art. 173 Abs. 5 eine spezielle Regelung für den Fall, dass der Rückgabeverpflichtete ein Surrogat (also Geld- oder Naturalersatz) von einem Dritten für den ursprünglichen Vertragsgegenstand erhalten hat: War er gutgläubig, so steht ihm die Wahl zu, ob er das Surrogat oder den Geldwert des Surrogats herausgeben will. War er schlechtgläubig, so steht dieses Wahlrecht dem Rückgabeberechtigten zu. Diese Regelung kann dazu führen, dass der Rückgabeberechtigte massiv verkürzt wird und dies unabhängig davon, ob der Rückgabeverpflichtete gut- oder schlechtgläubig ist. Hat nämlich der Rückgabeverpflichtete eine Sache von bloß symbolischem Wert als Surrogat erhalten, so wird er selbst - wenn er gutgläubig ist - diese herausgeben.<sup>65</sup> War der Rückgabeverpflichtete schlechtgläubig, so ist der Rückgabeberechtigte aber nicht besser gestellt, denn ihm steht unter diesen Umständen nur die Alternative zu, den Geldwert des Surrogats (und nicht etwa den Geldwert des ursprünglich hingegebenen Vertragsgegenstandes) herauszufordern. Er kann daher nur zwischen einer vielleicht wertlosen Sache (=Surrogat) oder dem „Wert“ der wertlosen Sache wählen, der dann aber gegen Null gehen würde. Es handelt sich um eine Regelung, die zu rechtsmissbräuchlichem Verhalten verleitet, denn sie würde es zulassen, ganz bewusst eine Sache gegen ein Surrogat von nur geringem Wert einzutauschen, um im Anschluss den Vertrag rückabzuwickeln, d.h. die geringwertige Sache (bzw. deren Geldwert) hinzugeben und selbst den ursprünglich dafür bezahlten Preis zu erhalten.

#### **Zu Art. 174 - Vergütung der Nutzung und Verzinsung des erhaltenen Geldbetrages**

Diese Bestimmung regelt das Entgelt, welches der Empfänger einer Ware im Falle der Rückabwicklung des Vertrages für deren Nutzung zu entrichten hat, sowie die Verzinsung des erhaltenen Geldbetrages. Wie bereits erwähnt findet die Bestimmung nur auf Waren

---

<sup>63</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 246.

<sup>64</sup> Dies ist insbesondere auch daran erkennbar, dass der an sich die Vergütung der Nutzung regelnde Art. 174 nur auf die Nutzung von Waren beschränkt ist.

<sup>65</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 247.

Anwendung, da bei digitalen Inhalten der zu bezahlende Geldwert iSd Art. 173 als Nutzungsentgelt ausgestaltet ist.<sup>66</sup>

Nutzungsentgelt ist nach Abs. 1 iVm Abs. 3 nur dann zu bezahlen, wenn der Empfänger der Waren die Anfechtung oder Beendigung des Vertrages zu vertreten hat (a), wenn ihm vor Beginn des Nutzungszeitraumes der Anfechtungs- oder Beendigungsgrund bekannt war (b) oder wenn es [...] unbillig wäre, dem Empfänger die unentgeltliche Nutzung zu gestatten (c).

Vorweg gilt Ähnliches, wie bereits zu Art. 173 ausgeführt wurde: Es wird an keiner Stelle geregelt, wie der „Geldwert der Nutzung“ zu ermitteln ist.

Unklar ist weiters, was unter der Formulierung „die Anfechtung oder Beendigung [...] zu vertreten hat“ zu verstehen ist. Achtet man nur auf den deutschen Wortlaut, so könnte man versucht sein, die Pflicht zur Zahlung eines Nutzungsentgelts nur dann zu bejahen, wenn der Nutzer der Ware ein Verschulden an der Beendigung/Anfechtung des Vertrages trifft. Der englische Wortlaut spricht dagegen nur von „caused the ground for...“ was als ein verschuldensunabhängiges Verursachen zu interpretieren ist.<sup>67</sup> Wir sehen die Notwendigkeit, den deutschen Wortlaut an jenen der englischen Sprachfassung anzupassen.

Besonders kritisch ist der zweite Fall, welcher die Pflicht zur Zahlung eines Nutzungsentgelts auslöst: Es wird darauf abgestellt, dass der Nutzer vor Beginn des Nutzungszeitraums den Grund der Anfechtung bzw. Beendigung kannte.

Zum einen befremdet das Erfordernis der Kenntnis vom Anfechtungs- bzw. Beendigungsgrund, denn es ist - ganz abgesehen von der Tatsache, dass der Nachweis dieser positiven Kenntnis nur sehr schwer zu erbringen sein wird - nicht nachvollziehbar, wieso dem Rückgabeberechtigten kein Nutzungsentgelt zustehen sollte, wenn der Nutzer zwar nicht vom Beendigungs- bzw. Anfechtungsgrund gewusst hat, davon aber hätte wissen müssen.

Zum anderen führt die Einschränkung, dass ein Nutzungsentgelt nur bezahlt werden muss, wenn der Nutzer vor Beginn des Nutzungszeitraums schlechtgläubig war, zu weiteren nicht sachgerechten Ergebnissen. Erlangt der Nutzer nämlich erst während der Nutzung Kenntnis vom Anfechtungs- bzw. Beendigungsgrund- und das wird wohl regelmäßig der Fall sein, so besteht für ihn ein Anreiz, die Anfechtung bzw. Beendigung des Vertrages hinauszuzögern, was ihm eine kostenlose Nutzung der Ware ermöglicht. Im Falle der Anfechtung bleiben, Art. 52 folgend, dem Irrenden sechs Monate, dem Getäuschten, Bedrohten oder Ausgenützten ein Jahr bis zur Übermittlung der Anfechtungserklärung - auch während dieser Zeit könnte er, sofern er erst während der Nutzung Kenntnis vom Anfechtungsgrund erlangt hat, die Ware gratis nutzen. Im Falle der Beendigung ist die Situation noch schwerwiegender, da Art. 119 Abs. 1, welcher vorsieht, dass die Beendigung binnen angemessener Frist ab Kenntnis vom Beendigungsgrund ausgesprochen werden muss, auf Verbraucher keine Anwendung findet. Wie bei den Ausführungen zu Art. 119 und auch zu Kapitel 18 bereits erörtert, ist es fraglich, ob für B2C-Verträge überhaupt eine zeitliche Schranke für die Geltendmachung der Vertragsbeendigung besteht. Aber auch wenn die Verjährungsregeln des Kapitel 18 zum Tragen kämen, würde das vorgesehene Regime für die Vergütung der Nutzung zu gänzlich unangemessenen Wertungen führen. Ab Kenntnis vom Beendigungsgrund würden dem Verbraucher innerhalb der absoluten

---

<sup>66</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 247.

<sup>67</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 248.

Frist von 10 Jahren also max. zwei Jahre<sup>68</sup> zur Verfügung stehen, in denen die Beendigung mitgeteilt werden kann. Er könnte die Waren also grundsätzlich an die 10 Jahre gratis nutzen, wenn ihm der Beendigungsgrund vielleicht erst kurz vor Ende der absoluten Frist bekannt wurde. Auch an dieser Stelle ist anzumerken, dass wohl jeder behaupten würde, dass er den Grund für die Anfechtung nicht früher „kannte“.

Prinzipiell sollte jede Art der Nutzung uneingeschränkt einen Anspruch auf Nutzungsentgelt begründen, da es nicht nachvollziehbar ist, wieso jemand in den Genuss einer unentgeltlichen Nutzung kommen sollte. Sollte es dazu kommen, dass Nutzungsentgelt tatsächlich nur unter bestimmten Voraussetzungen gebührt, sollte jedenfalls nicht auf die Kenntnis des Anfechtungs- bzw. Beendigungsgrundes vor dem Nutzungszeitraum abgestellt werden.

### **Zu Art. 175 - Aufwendungsersatz**

Dieser Artikel regelt die Ansprüche auf Ersatz von nützlichen Aufwendungen und solchen, die zum Schutz und Werterhalt der Waren bzw. digitalen Inhalte getätigt wurden, wobei auf die Gutgläubigkeit des Rückgabeverpflichteten abgestellt wird. Verbesserungsbedarf wird bei der Formulierung des Abs. 2 festgestellt: Während die deutsche Sprachfassung lediglich darauf abstellt, dass Aufwendungen zum Schutz vor Untergang oder Wertverlust angefallen sind, spricht die englische Sprachfassung sachgerechterweise nur von notwendigen Aufwendungen („...expenditure that was necessary to protect...“)<sup>69</sup>.

### **Zu Art. 176 - Mögliche Abweichung nach Billigkeitsgesichtspunkten**

Diese Regelung erlaubt es, bestehende Rückgabe- oder Rückzahlungsverpflichtungen aus Billigkeitsgründen zu ändern. Diese Bestimmung führt dazu, dass die ohnehin nicht durch ein hohes Maß an Rechtssicherheit geprägten Regelungen - erneut sei auf die nicht vorhandenen Wertberechnungsregeln verwiesen - zusätzlich an Vorhersehbarkeit einbüßen.<sup>70</sup>

## **Teil VIII - Verjährung**

### **Kapitel 18 - Verjährung**

#### **Zu Art. 178 - Der Verjährung unterliegende Rechte**

Kapitel 18 regelt gemäß seinem Art. 178 die Verjährung des Rechts, die Erfüllung einer Pflicht zu (etwas unklar:) „vollstrecken“ sowie die Verjährung etwaiger Nebenrechte. Art. 178 versucht den Gegenstand der Verjährung festzulegen, was ihm allerdings nur ungenügend gelingt.

---

<sup>68</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass die Regeln der Verjährung, im Gegensatz zu den Regeln über das Nutzungsentgelt sehr wohl auch auf das bloße „Kennenmüssen“ abstellen.

<sup>69</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 249f.

<sup>70</sup> Vgl. Koch in Wendehorst/Zöchling-Jud, 250.



Insbesondere ist nicht klar, ob alle in den Kapiteln 11 und 13 geregelten Abhilfen wegen Nichterfüllung der

Verjährung unterliegen: In jedem Fall erfasst der genannte Wortlaut des Art. 178 das Recht, die Erfüllung zu verlangen. Ob das Retentionsrecht, das Recht, den Vertrag zu beenden, die Möglichkeit der Preisminderung oder das Recht auf Schadenersatz ebenfalls unter die Formulierung „ein Recht die Erfüllung einer Verpflichtung zu vollstrecken, sowie etwaige Nebenrechte“ fällt, ist allerdings offen. Gerade im Falle der Abhilfe durch Vertragsbeendigung scheint die Anwendbarkeit des Kapitels 18 mehr als zweifelhaft, da Art. 119 für die Frage des Verlusts des Rechts auf Vertragsbeendigung durch Zeitablauf ein Sonderregime schafft, welches einem Verbraucher diese Abhilfe zeitlich unbeschränkt zur Verfügung stellt.

Auch die in Art. 185 getroffene Regelung, dass der Gläubiger nach Ablauf der Verjährungsfrist alle ihm wegen Nichterfüllung zustehenden Abhilfen verliert, kann keine Klarheit bringen, da sie sich mit der Wirkung der Verjährung befasst, nicht aber mit den Rechten, die dieser unterliegen.<sup>71</sup>

Es ist jedenfalls dringender Klarstellungsbedarf gegeben und darauf hinzuwirken, dass für alle Formen der Abhilfe ein unternehmensakzeptables Verjährungsregime greift, da es für einen Unternehmer nicht tragbar ist, dass beispielsweise einem Verbraucher die Möglichkeit der Beendigung des Vertrages zeitlich unbegrenzt zusteht. Auf die ungeklärten Fragen auch unter dem Blickwinkel des Verjährungsrechts, die sich bei Art. 25 (Abschluss von FAV), wonach der Verbraucher nicht an den Vertrag gebunden ist, wenn die Vorgaben des Art. 25 Abs. 2 nicht eingehalten werden, wurde bereits hingewiesen. Auch die Ausführungen zu Art. 45 Abs. 6 (Widerrufsrecht des Verbrauchers) sind hier in Erinnerung zu rufen.

In besonderem Ausmaß gilt das eben Dargelegte auch für die Anfechtung wegen Einigungsmängel. Zwar bestimmt Art. 52 eine Frist, vor deren Ablauf eine Anfechtungsmittelteilung erklärt werden muss. Der Beginn dieser Frist hängt jedoch in vielen Fällen von der Kenntnis der anfechtenden Partei über die maßgebenden Umstände ab. Eine absolute Frist fehlt, d.h. bei mangelnder Kenntnis von den für die Anfechtung maßgebenden Umständen ist die Anfechtung zeitlich unbegrenzt möglich - ein Zustand, der der Rechtssicherheit schadet. Dies ist deshalb besonders problematisch, als nach der vorgeschlagenen Konzeption des Art. 52 und der nach Art. 57 vorgesehenen vollen Konkurrenz zwischen Irrtumsanfechtung und den Abhilfen wegen Nichterfüllung in vielen Fällen eines Mangels bzw. einer Vertragswidrigkeit - wie oben bereits aufgezeigt - auch die Irrtumsanfechtung möglich wäre.

## **Zu Art. 179 - Verjährungsfristen**

Diese Bestimmung legt eine kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren, sowie eine lange Verjährungsfrist von 10 Jahren bzw. bei Personenschäden von 30 Jahren fest. Auf die Anwendung dieser beiden Verjährungsfristen wird in den Erläuterungen zu Art. 180 näher eingegangen.

Bereits an anderer Stelle ins Treffen geführt wurde die Problematik der verschuldensunabhängigen Haftung der Verkäufer für Mangelfolgeschäden, die eine Haftung für Personenschäden sogar innerhalb einer Frist von 30 Jahren bedeuten würde. Dieses Regime ist

---

<sup>71</sup> *Zöchling-Jud in Wendehorst / Zöchling-Jud*, 256.

mit den Wertungen der Produkthaftungs-RL nicht in Einklang zu bringen, die eine 10-jährige Verjährungsfrist vorsieht, und eine Haftung des Händlers, sofern er nicht als EWR-Importeur fungiert, nur dann vorsieht, wenn er nicht binnen angemessener Frist seinen Vormann benennen kann.

### **Zu Art. 180 - Beginn der Verjährungsfristen**

Art. 180 regelt, wann die beiden in Art. 179 beschriebenen Fristen zu laufen beginnen. Im Falle der kurzen Verjährungsfrist beginnt der Lauf der Frist zu jenem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger von den das Recht begründenden Umständen Kenntnis erhielt oder erhalten hätte müssen. Anders als im österreichischen Gewährleistungsrecht wird also nicht auf den Zeitpunkt der Übergabe abgestellt, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem Kenntnis erlangt wurde bzw. werden hätte müssen. Problematisch daran ist vor allem, dass dieser Zeitpunkt sehr schwer nachzuweisen ist. Verschärfend kommt hinzu, dass derjenige, der die Einrede der Verjährung geltend machen will, genau diesen Beweis erbringen muss, um mit seiner Einrede durchzudringen, die Beweislast also bei ihm liegt. Während für B2B-Transaktionen Art. 122 Abs. 2 regelt, dass der unternehmerische Käufer sein Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit zu berufen, jedenfalls verliert, sofern er nicht innerhalb von 2 Jahren ab tatsächlicher Übergabe der Waren den Mangel rügt, würde für B2C-Verträge die 2-jährige Frist überhaupt erst ab Kenntnis laufen.

Eine absolute zeitliche Grenze eines Rechts wird durch die lange Verjährungsfrist gebildet, die ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab dem der Schuldner leisten muss, beziehungsweise im Falle von Schadenersatzansprüchen ab jenem Zeitpunkt, zu dem die schädigende Handlung gesetzt wird. Diese ungewöhnlich lange Verjährungsfrist führt dazu, dass in B2C-Geschäften ein Verbraucher noch sehr lange Zeit nach dem Vertragsschluss einen Mangel geltend machen kann. Sofern die Abhilfen der Kapitel 11 und 13 überhaupt Gegenstand der Verjährung sind wäre es möglich, dass die „Gewährleistungsfrist“ bis zu 10 Jahre beträgt; dies verursacht für Unternehmer eine untragbare Situation.

Wendet der Unternehmer den Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist ein, so liegt es an ihm, zu beweisen, dass der Verbraucher bereits seit mehr als zwei Jahren Kenntnis von den relevanten Umständen hatte bzw. haben hätte müssen - ein Beweis, der ihm nur in den seltensten Fällen gelingen wird. Diese Regelungen werden in der Praxis ein Hemmschuh für die Verwendung des CESL sein, da durch sie auf lange Sicht keine Gewähr für Rechtsfrieden besteht.

Erneut sei darauf hingewiesen, dass das CESL ein bloß fakultatives Rechtsregime ist, d.h. seine Anwendung hängt davon ab, dass die beiden Vertragspartner sie vereinbaren. Derart lange Gewährleistungsfristen sind jedoch für den Verkäufer abschreckend, sodass für ihn kein Anreiz besteht, auf das CESL zurückzugreifen, weshalb - bei der momentanen Ausgestaltung - die Befürchtung mehr als begründet ist, der Entwurf könnte Makulatur werden.

Jedenfalls für den Bereich der Mängelgewährleistung ist dringend eine Änderung im Sinne des bestehenden Regimes einer zweijährigen Verjährungsfrist laufend ab Ablieferung der Sache zu fordern.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> siehe dazu auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht - Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, JZ 2012, 269 ff, 284.

### **Zu Art. 182 - Ablaufhemmung bei Verhandlungen**

Verhandeln die Parteien über das strittige Recht [...] so enden beide Verjährungsfristen nicht vor Ablauf eines Jahres, nachdem die letzte Mitteilung im Rahmen der Verhandlungen erfolgt ist, oder nachdem eine Partei der anderen mitgeteilt hat, dass sie die Verhandlungen nicht fortsetzen möchte. Diese Bestimmung wird deshalb kritisch gesehen, da sie leicht durch rein taktische Verhandlungsführung ausgenützt werden kann, um die Verjährungsfrist erheblich zu verlängern.

Ein Unternehmer, gegen den Ansprüche bestehen könnten, wird durch diese Bestimmung gezwungen, sich so zu verhalten, dass er nicht in das Stadium von Verhandlungen gelangt, was de facto bedeutet, dass sich Unternehmer bei an sie gerichteten Anfragen zum Vertragsgegenstand und dessen Eigenschaften unkooperativ verhalten werden. Dies kann nicht im Sinne des Verbrauchers sein.

Um diese Folge abzuwenden wäre es notwendig, dem Zeitraum von Verhandlungen zwar aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, die - aus unserer Sicht - übertrieben lange Ablaufhemmung<sup>73</sup> jedoch drastisch zu verkürzen beziehungsweise gänzlich entfallen zu lassen.

### **Zu Art. 183 - Ablaufhemmung bei fehlender Geschäftsfähigkeit**

Dieser Artikel legt fest, dass bei fehlender Geschäftsfähigkeit und gleichzeitigem Mangel eines gesetzlichen Vertreters die Verjährungsfristen gehemmt sind und frühestens ein Jahr nachdem die betreffende Person Geschäftsfähigkeit erlangt hat oder ein Vertreter bestellt wurde, endet. Die vorgesehene Verlängerung um mindestens ein Jahr ist nicht angemessen.

### **Zu Art. 184 - Neubeginn infolge Anerkenntnis**

In Art. 184 wird geregelt, dass im Falle eines Anerkenntnisses des Rechts durch den Schuldner die kurze Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt. Als Anerkenntnis werden explizit die Teilzahlung, die Zahlung von Zinsen, die Leistung einer Sicherheit sowie die Aufrechnung genannt.

Unklar bleibt, ob das objektive Vorliegen der explizit genannten Fälle bereits als Anerkenntnis zu verstehen ist oder ob für das Vorliegen eines Anerkenntnisses, wie in der österreichischen Rechtsordnung, auch das subjektive Anerkennen der Restforderung durch den Schuldner erforderlich ist.<sup>74</sup>

### **Zu Art. 185 - Wirkung der Verjährung**

Abs. 1 hält fest, dass nach Ablauf der Verjährungsfrist (genauer: einer der beiden Verjährungsfristen) der Schuldner berechtigt ist, die Erfüllung der Verpflichtung zu verweigern,

---

<sup>73</sup> siehe *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 260, die die Festlegung einer Frist im Interesse der Rechtssicherheit aber positiv hervorhebt.

<sup>74</sup> *Zöchling-Jud* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, 261.

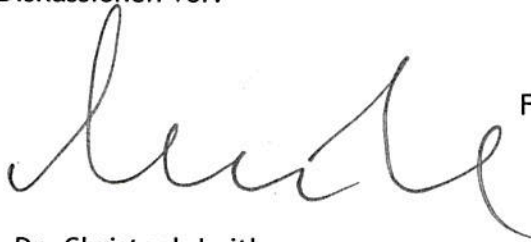
während dem Gläubiger mit Ausnahme des Retentionsrechts keine Abhilfen mehr zur Verfügung stehen. Wie bereits erwähnt kann auch diese Bestimmung keine endgültige Klarheit darüber schaffen, welche Rechte konkret den Gegenstand der Verjährung bilden.

Abs. 2 bestimmt, dass die verjährte Schuld in Form einer Naturalobligation weiterbesteht.<sup>75</sup>

### Zu Art. 186

Gemäß dieser Norm, können die Verjährungsfristen in gewissen Grenzen durch Parteienvereinbarung modifiziert werden. Aus Unternehmersicht ist allerdings zu beachten, dass gemäß Absatz 5 keine für den Verbraucher nachteilige Vereinbarung<sup>76</sup> getroffen werden darf, d.h. B2C kann eine Verjährungsfrist in Bezug auf Ansprüche eines Verbrauchers nur verlängert werden, bzw. kann eine Verjährungsfrist in Bezug auf Ansprüche des Unternehmers nur verkürzt werden<sup>77</sup>. Dass somit den Unternehmen im B2C-Bereich überhaupt kein Handlungsspielraum für eine unternehmensverträglichere Gestaltung bleiben würde, ist nicht nur angesichts der unangemessenen Länge der Verjährungsfristen gänzlich unverständlich. Unangemessen ist jedenfalls auch, dass es nicht einmal eine Möglichkeit der Verkürzung der Frist bei gebrauchten Sachen gibt, wie dies in der Verbrauchsgüterkaufs-RL vorgesehen ist.

Die Wirtschaftskammer Österreich ersucht um Berücksichtigung der dargestellten Positionen bei den Verhandlungen auf Ratsebene. Wir betonen auch abschließend, dass der Umstand, dass zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfes keine Äußerung erfolgt ist, nicht bedeuten soll, dass wir diesen zustimmend gegenüberstehen. Wir behalten uns insbesondere ergänzende Stellungnahmen im Laufe und unter dem Blickwinkel der weiteren Verhandlungen und Diskussionen vor.



Dr. Christoph Leitl  
Präsident

Freundliche Grüße



Mag. Anna Maria Hochhauser  
Generalsekretärin

<sup>75</sup> Zöchling-Jud in Wendehorst / Zöchling-Jud, 261.

<sup>76</sup> Maßstab ist das dispositive Recht.

<sup>77</sup> Zöchling-Jud in Wendehorst / Zöchling-Jud, 263.