

Verein für Konsumenteninformation
Bereich Recht
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

SB: Dr. Petra Leupold
pleupold@vki.at

An das Präsidium des Nationalrats
per E-Mail
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

An das Bundesministerium für Justiz
per E-Mail
team.z@bmj.gv.at

Betrifft: Ministerialentwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG) erlassen wird (Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – VRUG)

Begutachtungsverfahren

Wien, am 26.2.2014

Der Verein für Konsumenteninformation dankt für die Einladung zur Stellungnahme und äußert sich zum og Entwurf wie folgt:

Einleitende Bemerkungen zur Richtlinie

1. Der og Entwurf dient der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU), die weitgehend dem Prinzip der Vollharmonisierung folgt (Art 4). Im Folgenden soll zum Entwurf nur insofern Stellung genommen werden, als dem nationalen Gesetzgeber hinsichtlich der Umsetzung der RL und ihrer Einbettung in das bestehende Regelungsumfeld Spielräume verbleiben. Ausgeklammert bleiben dagegen jene Bestimmungen und Regelungsinhalte, die die RL zwingend determiniert.

2. Angemerkt sei nur, dass die RL die mit dem Regelungsansatz einer Vollharmonisierung verbundenen – entsprechend höheren – Qualitätsanforderungen nicht in der gebotenen Weise erfüllt. So ist schon jetzt absehbar, dass etliche Fragen letztlich einer Klärung durch den EuGH zugeführt werden müssen, was der mit einer Rechtsvereinheitlichung bezweckten Rechtssicherheit diametral zuwider läuft. Die mit unpräzisen Formulierungen, bloß punktuellen, teils unnötig komplizierten und im Einzelnen nicht ausreichend aufeinander abgestimmten Regelungen sowie dem offenkundig kompromisshaften Charakter mancher Regelungen einhergehende Rechtsunsicherheit hätte sich wohl zu einem großen Teil vermeiden lassen. Sie wiegt im hier besonders sensiblen Bereich des Verbraucherschutzes

umso schwerer, als die gegebenen Unsicherheiten aufgrund der weitgehenden Vollharmisierung unmittelbar auf die beteiligten Verkehrskreise – Verbraucher wie Unternehmer – durchschlagen und eine Rezeption der Regelungen in der Praxis erschweren. Ob die Richtlinie das von ihr angestrebte Ziel der Förderung grenzüberschreitenden Handels durch Abbau hinderlicher Rechtszersplitterung und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzstandards (vgl ErwGr 5 ff, Art 1) vor diesem Hintergrund praktisch erreichen wird, erscheint zweifelhaft.

3. Angesichts der skizzierten Ausgangssituation ist die Qualität, Ausführlichkeit und Klarheit des vorliegenden Ministerialentwurfs aus Sicht des VKI vorab besonders positiv hervorzuheben. Im Folgenden wird nur auf jene Aspekte eingegangen, bei denen nach Ansicht des VKI Änderungen oder Klarstellungen nach dem Regime der RL möglich sind und geboten erscheinen.

Allgemeines zum Entwurf – teilweise Absenkung des Verbraucherschutzstandards / massive Rechtsunsicherheit durch Rechtszersplitterung

4. Das Regierungsprogramm sowohl für die letzte als auch die nunmehrige Gesetzgebungsperiode bekennt sich zur Wahrung bzw Stärkung des in Österreich gültigen Verbraucherschutzstandards. Auch im ME wird einleitend ausgeführt, die Umsetzung werde zwar nicht zum Anlass für ein über das bisherige Verbraucherschutzniveau hinausgehendes „Gold-Plating“ genommen; als zwingende Vorgabe zu beachten sei aber, dass abseits zwingender Vorgaben der RL Verminderungen des geltenden Verbraucherschutzstandards zu vermeiden sind.

Zu Verschlechterungen für Verbraucher im Vergleich zur geltenden Rechtslage führt der Entwurf gleichwohl in zweierlei Hinsicht:

a) Zum Einen enthält die RL selbst einige Regelungen und Optionen, die bei entsprechend „enger“ Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber zu einer **Absenkung des Verbraucherschutzstandards in materieller Hinsicht** führen. Zur Vermeidung dieser Konsequenz wäre vereinfacht eine – nach ErwGr 13 eindeutig zulässige – weitgehende Erstreckung der RL auf die in Art 3 Abs 3 angeführten Vertragstypen denkbar oder die (entsprechend adaptierte) Aufrechterhaltung bisheriger Regelungen als „parallele Schutzregime“. Der vorliegende Entwurf verfolgt den letzteren Ansatz, schöpft die von der RL gelassenen Spielräume und Optionen hier jedoch zum Teil nicht konsequent genug aus. So wird zwar der bisherige Standard beim Haustürgeschäft weitgehend aufrecht erhalten, nicht aber beim Fernabsatzgeschäft, wo die Ausnahmen vom FAGG voll durchschlagen; ferner wurde beim Haustürgeschäft ohne Umsetzungszwang iSe Gold-Plating zugunsten der Unternehmer eine in dieser Form dem österr Recht bislang unbekannt pauschale „Bagatellgrenze“ iHv € 50 eingezogen. Das „alte Schutzregime“ des § 3 KSchG federt die Schlechterstellung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nur unzureichend ab, weil die Umsetzung laut Entwurf zugleich zum Anlass genommen werden soll, die dortigen Wertgrenzen anzuheben.

b) Vor allem aber hat der Entwurf – aufgrund zahlreicher Ausnahmen und der Zweigleisigkeit zweier nur unzulänglich harmonisierter Rücktrittsregime im Haustürgeschäft – eine **unübersichtliche und unpraktikable Rechtszersplitterung** zur Folge. Diese führt innerhalb des österr Rechts für unterschiedliche Vertragstypen zu sachlich nicht gerechtfertigten Unterschieden im Verbraucherschutzniveau und schafft in rechtstatsächlicher Hinsicht unnötige Hürden für die Rechtsdurchsetzung der betroffenen Verbraucher. Konterkariert erscheint damit letztlich auch der übergeordnete RL-Zweck nach Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung sowie das Ziel einer Effektuierung der Verbraucherrechte in der Praxis, wie es ua in der Empfehlung der Europäischen Kommission zur Einführung kollektiver Rechtsschutzmechanismen und der kürzlich beschlossenen ADR-Richtlinie neuerlich bekräftigt wurde.

c) Die Wirkungsfolgenabschätzung hinsichtlich der konsumentenschutzpolitischen Auswirkungen sieht neben der Frage der Rechtsposition der KonsumentInnen dezidiert auch jene nach Auswirkungen auf den Beratungsaufwand durch Konsumentenschutzeinrichtungen vor (§ 3 Abs 2 Z 2 WFA-KV, BGBl II 2012/494). Abseits der negativen Auswirkungen der mit dem Entwurf verbundenen Rechtszersplitterung auf die betroffenen Verkehrskreise (Verbraucher wie Unternehmer) sind daher auch die **unmittelbaren Folgen für Konsumentenschutz-Einrichtungen** wie den VKI zu berücksichtigen: Die beschriebenen neu entstehenden Zersplitterungen stellen Konsumentenschutzeinrichtungen zweifelsohne vor neue Herausforderungen. Dies gilt insbesondere – angesichts der vielen letztlich im allgemeinen Interesse an Rechtssicherheit wohl nur gerichtlich zu klärenden offenen Auslegungs- und Rechtsfragen aber freilich: nicht nur – im Rahmen der Rechtsberatung. Zum Einen ist zu erwarten, dass sich angesichts der – MRG-ähnlichen – Unübersichtlichkeit der Regelungen und damit verbundener Fragen, welche Regelungen im konkreten Fall zur Anwendung gelangen, künftig vermehrt KonsumentInnen an den VKI wenden werden. Parallel zum erhöhten Beratungsbedarf erhöht sich aber freilich auch der Aufwand, der durch den Schulungsbedarf der BeraterInnen im VKI entsteht.

Zu den einzelnen Bestimmungen

5. § 3 KSchG – Parallelität der Rücktrittsregime bei AGV und Haustürgeschäft

Die nur teilweise Angleichung des „Rücktrittsrechts österr Prägung“ (ME 4) an die neuen Regelungen zum AGV im FAGG und die damit einhergehende **Notwendigkeit einer Abgrenzung der Anwendungsbereiche mit teils unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen, Ausschlussgründen und Rechtsfolgen ist verwirrend, erzeugt Rechtsunsicherheit und ist der Rezeption in der Praxis abträglich**. Letzteres sowie die Sicherstellung der Informationslage aufseiten des Verbrauchers, die eine Grundvoraussetzung zur Wahrnehmung von Verbraucherrechten darstellt, als vordringliche Ziele auch des europäischen Gesetzgebers sind mit dieser Lösung nicht gewährleistet.

Eine weitergehende Angleichung der Regelungen erscheint mangels sachlicher Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung insb in Bezug auf folgende Aspekte geboten:

a) das **Anbahnungskriterium** als Ausschlussgrund für § 3 KSchG, nicht aber § 11 FAGG

b) keine Pflicht zur **Übermittlung des Widerrufsformulars** bei § 3 KSchG, wohl aber bei § 11 FAGG

c) die **Rechtsfolgen nach Rücktritt**

6. § 3 Abs 3 Z 3 KSchG – Anhebung der Wertgrenzen

Die Bestimmung sieht Ausnahmen vom Rücktrittsrecht bei bestimmten Bargeschäften vor. Mit dem Entwurf sollen die dafür geltenden Wertgrenzen angehoben werden, von € 15 auf € 25 (wenn sie üblicherweise außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden), von € 45 auf € 50 (wenn das Unternehmen nach seiner Natur nicht in ständigen Geschäftsräumen betrieben wird). Die damit verbundene Schlechterstellung der Verbraucher ist abzulehnen, zumal in § 1 Abs 2 Z 1 FAGG von der in Art 3 Abs 4 RL eingeräumten Option Gebrauch gemacht und für die Anwendbarkeit des FAGG eine pauschale „Bagatellgrenze“ iHv € 50 vorgesehen wird. Bei einer – mit € 50 für den Kreis der typischerweise betroffenen Verbraucher iÜ deutlich zu hoch angesetzten – Bagatellgrenze für das Rücktrittsrecht ginge der Schutzzweck des § 3 KSchG bei Geschäften unterhalb dieser Grenze teilweise ins Leere. Das Schutzbedürfnis der Verbraucher vor Überrumpelung und psychischem Verkaufsdruck besteht freilich bei Haustürgeschäften gleich welcher wirtschaftlichen Bedeutung in gleicher Weise. Schutzwürdige (!) Unternehmerinteressen wiederum erfordern hier keine Anhebung der Wertgrenzen, weil durch die – weiterhin gültigen – Ausschlussgründe in § 3 Abs 3 Z 1 und 2 KSchG, wonach kein Rücktrittsrecht besteht, wenn der Verbraucher selbst den Vertrag angebahnt hat oder dem Vertragsabschluss keinerlei Besprechungen vorangegangen sind, ohnehin sichergestellt ist, dass das Rücktrittsrecht auf jene Vertragsabschlüsse beschränkt bleibt, in denen eine typische Überrumpelungsgefahr des Verbrauchers gegeben ist und diese sich auf ein Verhalten des Unternehmers zurückführen lässt.

7. § 6c KSchG – Zusätzliche Zahlungen

Die Bestimmung sieht ein ausdrückliches Zustimmungserfordernis aufseiten des Verbrauchers für Vereinbarungen über zusätzliche Zahlungen vor.

- Die Formulierung in Abs 2 („[...] so hat der Unternehmer *dem* Verbraucher geleistete Zahlungen zurückzuerstatten“) ist missverständlich und sollte abgeändert werden auf: „[...] so hat der Unternehmer *vom* Verbraucher geleistete zusätzliche Zahlungen *an diesen* zurückzuerstatten“ oder „[...] so hat der Unternehmer *dem* Verbraucher *von diesem* geleistete zusätzliche Zahlungen zurückzuerstatten“.
- Abs 4 nimmt zahlreiche Vertragstypen vom Anwendungsbereich der Bestimmung aus (zB Pauschalreiseverträge, Timesharingverträge, Verträge über Finanzdienstleistungen, Gesundheits- und Sozialdienstleistungen, aber auch sofort erfüllte Geschäfte des täglichen Lebens). Mangels sachlicher Rechtfertigung und aufgrund universaler Gültigkeit des Regelungszwecks sollten die **Ausnahmen – wie bei § 6b KSchG (Telefonkosten) – gestrichen** werden.
- **Rechtsfolgen bei Verstoß:** § 6c KSchG sieht in Abs 1 vor, dass die Vereinbarung ohne ausdrückliche Zustimmung nicht wirksam zustande kommt, in Abs 3 wird eine nachträgliche Genehmigungsmöglichkeit des Verbrauchers normiert, die zur Wirksamkeit der Vereinbarung führen soll. Die EB (17) führen dazu aus, der Bestimmung liege das Konzept einer „schwebenden Unwirksamkeit“ der Vereinbarung

zugrunde; dementsprechend sei die fehlende Zahlungspflicht bei Erstattung der geleisteten Zahlungen Folge der Unwirksamkeit der Zusatzvereinbarung.

Art 22, der mit § 6c KSchG umgesetzt wird, regelt die Rechtsfolgen bei fehlender „ausdrücklicher Zustimmung“ des Verbrauchers demgegenüber grundsätzlich nicht. Die einzige Rechtsfolgenanordnung enthält S 2 leg cit, wonach der Verbraucher bei entsprechenden Voreinstellungen Anspruch auf Erstattung der Zahlung hat. Unstrittig dürfte hier sein, dass den Verbraucher *a minori ad maius* auch im ungeregelten Fall = in der Sachverhaltsvariante vor Zahlung keine Zahlungspflicht treffen kann. Der Wortlaut differenziert aber nicht dahingehend, ob die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers überhaupt nachgeholt werden könnte oder – zur Erlangung der Gegenleistung allenfalls sogar – müsste, sondern sieht als **isolierte Rechtsfolge den Entfall der Leistungspflicht des Verbrauchers** vor. Auf den tatsächlichen (oder hypothetischen) Willen des Verbrauchers zur Inanspruchnahme der Leistung kommt es dabei nicht an. Etwaige Auswirkungen auf die – allenfalls bereits erbrachte – Gegenleistung des Unternehmers gehen nach dem Wortlaut mit der Erstattung der Zahlung ebenfalls nicht einher. Daraus ließe sich aber nicht nur ableiten, dass der Verbraucher die *bereits erbrachte* Leistung des Unternehmers ggf „behalten darf“, weil nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen – zumindest bei Dienstleistungen – ansonsten der Erstattungsanspruch potentiell ins Leere ginge (vgl auch Art 27) und die RL sogar beim Rücktritt Wertersatz- und anteilige Zahlungspflicht bei fehlender Information entfallen lässt, sondern auch, dass der Verbraucher *weiterhin Anspruch auf die Gegenleistung* hat, womit iE eine Gratisleistung einherginge; eine Rechtsfolge, die systematisch gestützt würde durch andere RL-Bestimmungen, die eine solche dezidiert vorsehen (vgl Art 14 Abs 4 lit a sublit ii). Ferner lässt sich aus einigen Bestimmungen der RL ableiten, dass ihr das – der österr Zivilrechtsdogmatik immanente – Verständnis einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fremd ist (vgl Art 13 Abs 3); auch hinsichtlich der normierten (einseitigen) Rechtsfolgen ist insofern nicht auszuschließen, dass der Wortlaut der RL abschließend zu verstehen sein könnte. Dafür spräche nicht zuletzt die Parallele zu Art 6 Abs 6 (§ 4 Abs 5 FAGG), wonach auch dort die „zusätzlichen und sonstigen Kosten“ bei Verletzung der Informationspflicht „nicht vom Verbraucher zu tragen“ sind, der Anspruch auf die Gegenleistung aber gleichwohl – zwingend: Beispiel Versandkosten – aufrecht bleiben dürfte. Die Bestimmung weist schon deshalb eine besondere Nähe zu Art 22 auf, weil ihr Anwendungsbereich nicht klar abgrenzbar ist und ein erheblicher Überschneidungsbereich bestehen dürfte.

Zur Vermeidung einer möglichen Richtlinienwidrigkeit empfiehlt sich daher die Streichung der Abweichungen von der RL-Textierung in Abs 1 und 3 und der entsprechenden Passage in den EB.

8. **§ 32 Abs 1 KSchG** bedroht nur Verstöße gegen § 5a und § 7a KSchG mit Verwaltungsstrafe.

- ISd Gebots wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktion gem Art 24 ist es erforderlich, die Strafbestimmungen auch auf Verstöße gegen § 5b, § 6b und § 6c KSchG zu erstrecken.

- Die Sanktionierung gem § 19 Z 5 FAGG bezieht sich nur auf Verstöße gegen § 9 Abs 1 FAGG und gilt daher – anders als der in § 32 Abs 1 Z 7 KSchG geregelte Fall – nicht für die vom Geltungsbereich des FAGG ausgenommenen Verträge gem § 1 Abs 2 FAGG. Die Strafdrohung für die in Abs 1 Z 7 geregelten Sachverhalte erübrigt sich insofern nicht und sollte daher auch nicht entfallen.
- Die Höhe der Verwaltungsstrafe wurde seit einigen Jahren nicht angehoben. Für eine gleichbleibende Strafdrohung wäre aber freilich die Relation zur Geldentwicklung zu berücksichtigen. Dass das VRUG ein geeigneter Ort wäre, derlei Erwägungen Rechnung zu tragen, zeigt die mit der Geldentwertung begründete – uE freilich ungerechtfertigte (s oben unter Pkt 6.) – Anhebung der Wertgrenzen in § 3 Abs 3 Z 1 KSchG. Zum Anderen erscheint eine doch deutliche **Erhöhung der Verwaltungsstrafen** aus generalpräventiver Sicht zweckmäßig und zur Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben angemessener Sanktionierung auch geboten. Als Richtschnur dafür könnten die vom Europäischen Parlament für Verstöße gegen vergleichbare Pflichten im Finanzdienstleistungsbereich zuletzt mehrfach herangezogenen Strafen iHv bis zu 10 % des Jahresumsatzes dienen (die gleichfalls genannten Strafen bis zu € 5 Mio erscheinen demgegenüber im hier vorliegenden Kontext weder zweckmäßig noch verfassungsrechtlich zulässig).
- Um sicherzustellen, dass die (erhöhten) Verwaltungsstrafen aus Verstößen gegen die Bestimmungen des KSchG und des FAGG der Gesamtheit aller Verbraucher zugute kommen, wird – analog zur Festlegung im Regierungsprogramm über die Zweckwidmung der Bußgelder aus Kartellrechtsverstößen – eine **Zweckwidmung dieser Beträge für die Förderung von Verbraucherinteressen** durch einen Verbraucherschutzverband (VKI oder Arbeiterkammern) vorgeschlagen. In Hinblick auf den mit dem derzeitigen Entwurf absehbar einhergehenden erhöhten Beratungs-, Klags- und Schulungsaufwand des VKI s bereits oben unter Pkt 4.c.
- Das zur Höhe der Verwaltungsstrafe Gesagte gilt für § 19 FAGG entsprechend.

9. **§ 5 Abs 1 FAGG**: Zur Klarstellung empfiehlt sich, in den Gesetzestext oder die Materialien den Hinweis aufzunehmen, dass das Formgebot (auf Papier bzw – bei Zustimmung des Verbrauchers – einem anderen dauerhaften Datenträger) für die in § 4 Abs 1 FAGG genannten Informationen vorvertraglich zu erfüllen ist und die **Formpflicht nicht alternativ** erst im Rahmen der in Abs 2 vorgesehenen Vertragsausfertigung bzw Bestätigung „nachgeholt“ werden kann (dass dem nicht so ist, ergibt sich ohnehin ua aus § 6 Abs 2 FAGG).

10. **§ 8 Abs 4 FAGG – „Button-Lösung“**

- Die Bestimmung erweitert den Anwendungsbereich der „Button-Lösung“ auf **Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen**, was aus Verbrauchersicht nachdrücklich zu begrüßen ist. Dass betroffenen Unternehmen in diesem Bereich nach § 20 Abs 1 FAGG fast eineinhalb Jahre eingeräumt wird, um sich auf die neue Rechtslage einzustellen, erscheint sachlich jedoch nicht begründbar; im Interesse einheitlicher Standards sowie zur besseren Orientierung betroffener Verbraucher sollte vielmehr von einem späteren Inkrafttreten Abstand genommen werden. Auch ist der in Abs 4 normierte Verweis auf Abs 2 zu eng, weil er sich nur auf Satz 2 und 3 leg cit bezieht und die bezweckte Warnung des

Verbrauchers in Bezug auf die Zahlungsverpflichtung daher nach dem Gesetzeswortlaut wohl nur dann greifen würde, wenn der Unternehmer überhaupt einen Button im Bestellvorgang vorsieht, womit Umgehungen denkbar sind. Zur lückenlosen Erfassung aller Fernabsatz-Verträge sollte der Verweis in Abs 4 daher auf den gesamten Abs 2 (daher auch: S 1 als allgemeinere Regelung) erweitert werden.

- Dieselben Erwägungen, die der Button-Lösung bei den geregelten Vertragstypen zugrunde liegen, gelten unterschiedslos auch für die in § 1 Abs 2 Z 5 (**Finanzdienstleistungen**), 8 (**Pauschalreiseverträge**) und 9 FAGG (**Timesharing-Verträge**) angeführten Vertragstypen. § 8 Abs 4 FAGG sollte daher um diese Ziffern **erweitert oder** die Button-Lösung (ohne Einschränkung in Bezug auf bestimmte Vertragstypen und Abschlussituationen) **im KSchG geregelt** werden.
- Eine spürbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit österr Unternehmer (vgl ME) ginge damit – zumindest im Vergleich zu deutschen – jedenfalls nicht einher, weil Deutschland die Button-Lösung bereits Mitte vergangenen Jahres flächendeckend eingeführt hat und österr Unternehmer angesichts der großzügigen Rsp des EuGH zum Tatbestand des Ausrichtens nach Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO (C-585/08, C-144/09 – *Pammer* und *Hotel Alpenhof*, C-190/11 – *Mühlleitner*, zuletzt C-218/12 – *Emrek/Sabranovic*:kein Kausalzusammenhang zwischen dem Mittel des Ausrichtens, zB Website und dem Vertragsabschluss erforderlich) und Art 6 Abs 1 Rom I-VO somit iaR ohnehin zur Einhaltung der strengeren deutschen Regelungen verpflichtet sein werden. Eine weitergehende Umsetzung auch in Österreich vermag folglich keine Unternehmer-Beeinträchtigung relevanten Ausmaßes zu begründen, würde aber umgekehrt zu einem Schutzniveau-Gefälle zwischen deutschen und österr Verbrauchern führen und könnte im *worst case* – in Hinblick auf die negative Anreizwirkung für unseriöse deutsche Unternehmer – weitergehende unerwünschte Auswirkungen zeitigen.
- **Rechtsfolgen bei Verstoß:** § 8 Abs 2 S 3 FAGG entspricht nahezu wortwörtlich der umzusetzenden RL Bestimmung des Art 8 Abs 2 Unterabs 2 letzter Satz, wonach der Verbraucher bei Verstoß „durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden [ist]“. In den EB (28) wird ergänzend ausgeführt, Konsequenz sei eine **schwebende Unwirksamkeit des Vertrags**; hält der Verbraucher am Vertrag fest und verlangt Erfüllung vom Unternehmer, sei damit „selbstverständlich“ die Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts verbunden.

UE empfiehlt es sich, diese Passagen zu streichen: Welche Rechtsfolgen mit einem Verstoß gegen Art 8 Abs 2 Unterabs 2 im Einzelnen verbunden sein sollen, bleibt nach der RL dunkel. So wäre es in Hinblick auf die bloß einseitig auf die Leistungspflicht des Verbrauchers bezogene Rechtsfolgenanordnung, die in mehreren RL-Regelungen dezidiert vorgesehene Außerachtlassung synallagmatischer Zusammenhänge und den vordringlichen Schutzzweck der Bestimmung, Verbraucher vor sog Internet-Abzocken zu schützen, insb nicht auszuschließen, dass eine Auslegung, wonach der Vertrag schwebend unwirksam ist, richtlinienwidrig wäre, weil die Leistungspflicht des Unternehmers (zwecks Sanktionierung) aufrecht bleiben soll (vgl etwa den Schutzzweck des – freilich nicht RL-basierten – § 5j KSchG). S zur schwebenden Unwirksamkeit bei § 6c KSchG ferner oben unter Pkt 7.

11. § 9 Abs 2 FAGG – Doppelbestätigungsmechanismus

- Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der „Doppelbestätigung“ auf *Dienstleistungsverträge* ist in der RL nicht vorgesehen und sollte mangels sachlicher Rechtfertigung einer Differenzierung zwischen Dienstleistungs- und Kaufverträgen entfallen.
- Entfallen sollte ferner die Beschränkung auf „gemäß § 107 Abs 1 TKG 2003 unzulässige“ Anrufe; die vergleichbare Regelung des § 5e Abs 4 KSchG hat sich in der Praxis bislang nicht als ausreichend effektiv erwiesen. § 107 Abs 1 TKG 2003 hat ferner in seiner jetzigen Fassung einen sehr engen Anwendungsbereich, der zur Anknüpfung für § 9 Abs 2 FAGG schon deshalb nicht geeignet erscheint, weil er unseriösen Praktiken aufgrund des Erfordernisses des Anrufes durch den Unternehmer (und nicht auch: den Verbraucher) nicht hinlänglich Einhalt gebietet, sondern **zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten eröffnet**. Hier empfiehlt sich die Übernahme des in § 5b KSchG ME weiter geregelten Tatbestands („während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs“).

12. § 11 Abs 1 Z 2 lit b FAGG – Fristbeginn bei einheitlicher Bestellung mehrerer Waren

- In Hinblick auf die Regelung zum Beginn des Rücktrittsrechts bei einheitlicher Bestellung mehrerer Waren empfiehlt sich an geeigneter Stelle eine Klarstellung, wonach ein „Teilrücktritt“ bloß hinsichtlich einer Ware – grundsätzlich wohl: unabhängig davon, ob mehrere Kaufverträge oder ein (teilbarer) Kaufvertrag vorliegen – gleichwohl möglich ist.
- Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit wünschenswert wäre ferner eine Klarstellung, was unter der – freilich auch in der RL nicht näher determinierten – „einheitlichen“ Bestellung iSd Bestimmung im Einzelnen zu verstehen ist (gleichzeitig? einheitlicher Bestellvorgang?).

13. § 11 Abs 2 lit d FAGG regelt den Beginn der Rücktrittsfrist „bei Verträgen über die regelmäßige Lieferung von Waren über einen bestimmten Zeitraum hinweg“. Vorzugswürdig erscheint, den Passus „über einen bestimmten Zeitraum hinweg“ zu streichen, um Auslegungsproblemen auf Basis des FAGG vorzubeugen. Nach der RL erhellt trotz der dort gleichlautend missverständlichen Formulierung aus dem Kontext der Definition von Kaufverträgen (Art 2 Z 5) und Dienstleistungsverträgen (Art 2 Z 6) zweifelsfrei, dass auch *unbefristete* Verträge über die Lieferung von Waren unter diese Bestimmung fallen. Abonnement-Verträge über Zeitschriften oder Illustrierte (vgl die klarstellende Gegen Ausnahme in § 18 Abs 1 Z 9 FAGG) sind nach der RL demzufolge eindeutig nicht etwa als „Dienstleistungsverträge“ anzusehen, für die die Rücktrittsfrist gem § 11 Abs 2 Z 1 FAGG bereits mit dem Tag des Vertragsabschlusses beginnen würde, sondern als Kaufverträge iSd § 11 Abs 2 Z 2 lit d FAGG, für die als Fristbeginn der – zeitlich spätere – Tag des Erhalts der ersten Ausgabe heranzuziehen ist. Dementsprechend wäre auch in der Umsetzungsnorm des § 11 Abs 2 Z 2 lit d FAGG klarzustellen, dass dies unabhängig von einer etwaigen Befristung des Vertrags gilt.

14. § 14 Abs 2 FAGG – Mehrkosten für die Lieferung

Nach dieser Bestimmung hat der Verbraucher nach Rücktritt keinen Anspruch auf Erstattung der ihm entstandenen Mehrkosten aus einer anderen Art der Lieferung als der vom Unternehmer angebotenen günstigsten Standardlieferung, sofern er sich ausdrücklich für diese entschieden hat. Sie entspricht nahezu wortgleich Art 13 Abs 2 der RL. In systematischer Gesamtschau mehrerer Bestimmungen (Art 6 Abs 1 lit e bis j, q; Art 6 Abs 6) und nach dem telos der in der RL vorgesehenen Informationspflichten, wonach der Verbraucher über etwaige mit der Vertragserfüllung iWS anfallende Kosten (für zusätzliche Leistungen, aber auch Versand- und Lieferkosten), aber auch über seine Kostenbelastung im Rücktrittsfall vorab genau Bescheid wissen soll, ist der RL in wertender Betrachtung zu entnehmen, dass der **Verbraucher auch darüber aufzuklären ist, dass er die Mehrkosten für eine ausdrücklich gewünschte andere Art der Lieferung im Rücktrittsfall nicht erstattet erhält**. Dafür spricht ferner die Textierung der Muster-Widerrufsbelehrung in Anhang I A der RL (vgl den unklaren Terminus „Bedingungen“ in Art 6 Abs 1 lit h; dazu auch unter Pkt 15.b). Um Schwierigkeiten bei einer diesbezüglichen nachträglichen Korrektur bzw richtlinienkonformen Interpretation zu vermeiden, empfiehlt sich insofern, diese Klarstellung schon jetzt – etwa analog zur Tragung der Rücksendekosten in § 15 Abs 2 S 2 FAGG („dies gilt nicht, wenn ...“) – in den Gesetzestext aufzunehmen.

15. § 15 Abs 4 FAGG – Berechnung und Pflicht zur Leistung von Wertersatz

a) Die vom Verbraucher nach Rücktritt ggf zu leistende Entschädigung für eine objektive Wertminderung der Ware ist in der RL nicht näher determiniert. In den Erläuterungen zum ME wird dazu ausgeführt, die **Berechnung** erfolge **auf Basis der** – aus dem Kontext der gewährleistungsrechtlichen Preisminderung und irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung bekannten – **relativen Berechnungsmethode**. Zur Klarstellung empfiehlt sich der Hinweis, dass die relative Berechnungsmethode nur dann heranzuziehen ist, wenn der vom Verbraucher zu leistende Kaufpreis *unter* dem Marktwert liegt. Diesfalls wäre es in wertender Betrachtung nicht gerechtfertigt, den Unternehmer zu entlasten, der ein ungünstiges Geschäft abschließt. Umgekehrt wäre die relative Berechnungsmethode aber nicht sachgerecht, wenn der Kaufpreis *über* dem Marktwert liegt. Dafür spricht in wertender Betrachtung ferner die Parallele zur anteiligen Entgeltzahlungspflicht bei „vorzeitiger“ Leistungserbringung beim Dienstleistungsvertrag (vgl § 16 Abs 1 FAGG: Berechnung auf Basis des Verkehrswerts der erbrachten Leistungen bei überhöhtem Entgelt).

b) Informationspflicht auch über Wertersatz bei Rücktritt

Die RL zielt iZm dem Rücktrittsrecht darauf ab, dass der Verbraucher nicht nur über seine Rücktrittsrechte zu informieren ist, sondern auch über die mit deren Ausübung möglicherweise verbundenen Kosten; zugleich werden diese Kosten weitgehend beschränkt, um die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht leer laufen zu lassen.

Gleichwohl enthält die RL keine dezidierte Pflicht des Unternehmers, über eine etwaige Wertersatzpflicht bei Rücktritt aufzuklären (lit h bezieht sich auf „Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung“ des Rücktrittsrechts; lit i regelt die Rücksendekosten; lit j die anteilige Leistungspflicht gem Art 14 Abs 3). Teleologische und systematische Erwägungen legen jedoch nahe, dass eine derartige Pflicht nach der RL besteht. Valide Anhaltspunkte

dafür bietet insb die Musterwiderrufsbelehrung gem Anhang I Teil A, die dezidiert auf den Wertersatz hinweist und dessen Voraussetzungen erörtert und deren (korrekte) Verwendung gem Abs 4 die Informationspflicht des Unternehmers gem lit h, i und j erfüllen soll. Dafür spricht ferner der Vergleich mit der vorzeitigen Leistungserbringung beim Dienstleistungsvertrag. Dass die RL eine Informationspflicht über ein im Rücktrittsfall zu leistendes anteiliges Entgelt nur bei Dienstleistungsverträgen vorsieht (lit j), nicht aber in der in wertender Betrachtung völlig vergleichbaren Situation einer „vorzeitigen“ Leistungserbringung beim Kaufvertrag, wäre wertungswidersprüchlich. Für die hier vertretene Auslegung spricht ferner, dass der RL-Gesetzgeber diesen Fall – sprachlich freilich äußerst unglücklich und unpräzise – unter die Aufklärungspflicht gem Art 6 Abs 1 Z h subsumiert haben dürfte. Unter die „Bedingungen des Rücktrittsrechts“ oder auch – grammatikalisch unklar – die Bedingungen „für die Ausübung dieses Rechts“ lassen sich etwaige Zahlungspflichten des Verbrauchers als Rechtsfolgen nach Rücktritt zwar nach dem Wortlaut streng genommen nicht subsumieren. Angesichts der mangelnden legislativen Qualität der RL (s oben unter Pkt 2) ist das aber wohl nicht überzubewerten. Auch darf der Übersetzung der englischen Fassung „conditions“ (auch: Gegebenheiten, Rahmen) nicht der im deutschsprachigen Raum übliche juristische Bedeutungsgehalt beigemessen werden. Dass die „Bedingungen“ hier insb auch auf eine Informationspflicht *über die Folgen des Rücktritts*, daher auch den Wertersatz abzielen, erhellt auch daraus, dass ansonsten nicht klar ist, was damit gemeint sein sollte. Fristen und Ausübungserfordernisse werden ohnehin separat angeführt; Gleiches gilt für die Umstände, unter denen der Verbraucher sein Rücktrittsrecht verliert oder dieses – aufgrund der speziellen Ausnahmen in Art 18 – von vornherein nicht besteht (lit k).

Zur Vermeidung von Unsicherheiten bei Auslegung und Anwendung von § 4 Abs 1 Z 8 FAGG empfiehlt sich daher eine ausdrückliche Klarstellung, wonach die **Aufklärungspflicht auch für das im Rücktrittsfall allfällige Anfallen von Entschädigungszahlungen** bei über eine bloße Prüfung der Ware hinausgehender Benutzung gilt. Allenfalls klarzustellen wäre ferner, dass die **Pflicht zur Leistung von Wertersatz** nicht nur dann **entfällt**, wenn über die Modalitäten des Rücktrittsrechts nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, sondern auch dann, **wenn über die allfällige Pflicht zum Wertersatz nicht aufgeklärt wurde**. Letzteres erschiene freilich aufgrund der Anknüpfung an § 4 Abs 1 Z 8 FAGG in § 15 Abs 4 FAGG entbehrlich, wenn dort klargestellt wird, dass die Informationspflicht sich auch auf das allfällige Anfallen eines Wertersatzes erstreckt.

Um weitergehende Rechtsfolgen zu vermeiden, wäre allenfalls auch sinnvoll, die Klarstellung bezüglich des Wertersatzes wie für Dienstleistungsverträge in § 4 Abs 1 Z 10 in einer eigenen Ziffer vorzunehmen. Ansonsten würde sich etwa gem § 12 Abs 1 FAGG auch die Verlängerung der Rücktrittsfrist an eine (isolierte) Verletzung (nur) der Wertersatz- Informationspflicht knüpfen. Die neue Ziffer zur Informationspflicht über das etwaige Anfallen eines Wertersatzes beim Kaufvertrag wäre dann freilich bei § 15 Abs 4 FAGG entsprechend zu berücksichtigen.

Zusammenfassend: Nach der – uE allein RL-konformen – Auslegung entspricht die Rechtslage beim Rücktritt vom Kaufvertrag (in Hinblick auf den Wertersatz) jener beim Rücktritt vom Dienstleistungsvertrag (in Hinblick auf die anteilige Zahlungspflicht). Wie § 16

Abs 2 FAGG sollte daher auch § 15 Abs 4 FAGG die Pflicht zum Wertersatz nicht nur von der ordnungsgemäßen Belehrung über das Rücktrittsrecht ieS, sondern auch von der ordnungsgemäßen Aufklärung über die etwaig damit verbundene Pflicht zum Wertersatz abhängig machen.

Für einen weitergehenden Wertungsgleichklang zwischen Dienstleistungsverträgen und Kaufverträgen empfiehlt sich ferner als Sanktion eines Verstoßes gegen § 4 Abs 1 Z 11 Fall 1 FAGG bezüglich der vom Rücktrittsrecht gem § 18 FAGG ausgenommenen Waren ein „Aufleben“ des Rücktrittsrechts bei gleichzeitigem Entfall der Wertersatzpflicht für Benutzung (s dazu auch unter Pkt 18).

16. § 16 Abs 2 FAGG – Entfall der anteiligen Zahlungspflicht

Die Bestimmung setzt Art 14 Abs 4 lit a sublit i) um. Zur Klarstellung empfiehlt sich die Einfügung des Passus „seinen Informationspflichten nach ... nicht *ordnungsgemäß* nachgekommen ist“. Damit wird iSd RL sichergestellt, dass die Aufklärungspflichten nicht nur richtig und vollständig erfüllt werden müssen, sondern auch die gebotene Form der Informationserteilung eingehalten werden muss.

17. § 17 FAGG – Akzessorischer Vertrag

Laut Definition in § 3 Z 7 FAGG ist darunter ein Vertrag zu verstehen, „mit dem der Verbraucher Waren oder Dienstleistungen erwirbt, die im Zusammenhang mit einem Fern- oder Auswärtsgeschäft stehen und bei dem diese Waren oder Dienstleistungen von [...] einem Dritten auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen diesem Dritten und dem Unternehmer geliefert oder erbracht werden“. Gem § 17 FAGG gilt der Rücktritt vom Vertrag gem § 11 Abs 1 FAGG auch für den akzessorischen Vertrag. In Satz 2 wird formuliert, dem Verbraucher dürfen „außer den in §§ 15, 16“ angeführten Zahlungen keine sonstigen Lasten auferlegt werden.

- Unsicher und daher klärungsbedürftig erscheint zum Einen, welcher Art die „Vereinbarung zwischen Drittem und Unternehmer“ sein muss, um die Rechtsfolgen gem § 17 FAGG auszulösen. Unklar ist aber zB auch, ob ein – vom Anwendungsbereich des FAGG ausgenommener – Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung oder ein Versicherungsvertrag (dh das „eigentliche Hauptgeschäft“) im Verhältnis zum Maklervertrag akzessorischer Vertrag sein kann.
- Zum Anderen sollte Satz 2 gestrichen werden. Sofern es sich beim akzessorischen Vertrag selbst um einen Vertrag handelt, der als AGV oder FAV iSd FAGG den Regeln der §§ 4 ff, 11 ff unterliegt, ergibt sich die Anwendbarkeit auch der §§ 15 f zwanglos schon daraus. Dort ist das Bestehen der Zahlungspflichten unstrittig auch von den Voraussetzungen ordnungsgemäßer Aufklärung (gem § 4 Abs 1 Z 8 in Hinblick auf den Wertersatz; § 4 Abs 1 Z 10 für die anteilige Entgeltspflicht bei Dienstleistungsverträgen) abhängig. Sofern es sich aber beim akzessorischen Vertrag um einen Vertrag handelt, der nicht dem FAGG unterliegt (zB Versicherungsverträge, Kreditverträge), ist eine bloß einseitige Erstreckung der in §§ 15 f FAGG vorgesehenen Zahlungspflichten entweder sinnlos (weil die RL-Voraussetzungen für deren Bestehen – insb die Einhaltung der jeweiligen vorvertraglichen Informationspflichten – beim akzessorischen Vertrag ohnehin iaR nicht erfüllt sein werden) oder wertungswidersprüchlich und

nachteilig für den Verbraucher (wollte man die Ansicht vertreten, es komme für die Zahlungspflichten beim akzessorischen Vertrag anders als beim Grundgeschäft auf die Einhaltung der FAGG-Voraussetzungen gar nicht an).

18. § 18 FAGG – Rechtsfolgen bei Verletzung der Aufklärungspflicht gem § 4 Abs 1 Z 11 Fall 1 FAGG

Gem § 4 Abs 1 Z 11 Fall 1 FAGG ist in den Fällen des § 18 FAGG **über das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts aufzuklären**. Anders als für den in § 4 Abs 1 Z 11 FAGG geregelten zweiten Fall – den Verlust des Rücktrittsrechts bei Abschluss der Dienstleistung vor Ablauf der Rücktrittsfrist und nach Beginn der Lieferung unkörperlicher digitaler Inhalte – sind hier weder in der RL noch im FAGG spezielle Rechtsfolgen für den Fall einer Aufklärungspflichtverletzung vorgesehen. Aus Rechtssicherheitsabwägungen empfiehlt sich uE eine – § 18 Abs 1 Z 1 und Z 11 FAGG vergleichbare – **Regelung, die dem Verbraucher bei Verstoß ein Rücktrittsrecht einräumt**. Ohne derartige Rechtsfolgenanordnung erscheint die nach Art 24 RL gebotene Effektivität der Verpflichtung in Ansehung der Schwierigkeiten des – dem Verbraucher obliegenden – Kausalitätsbeweises für anderweitige zivilrechtliche Instrumentarien in Form von Schadenersatz oder Irrtumsrecht nicht hinreichend sichergestellt. Das „Aufleben“ des Rücktrittsrechts entspräche in Hinblick auf die Vergleichbarkeit einiger in § 18 FAGG enthaltener Tatbestände (zB versiegelte Ware) ferner der für einen Verstoß gegen § 4 Abs 1 Z 11 Fall 2 FAGG angeordneten Rechtsfolge.

19. § 19 FAGG – Strafbestimmung

In der Aufzählung der Z 4 fehlt der Tatbestand des § 8 Abs 2 FAGG („Button-Lösung“). Dasselbe gilt für die Nichteinhaltung der besonderen Formvorschrift in § 9 Abs 2 FAGG („Doppelbestätigungsmechanismus“); eine – etwaig unzulässige – verwaltungsrechtliche Doppelbestrafung ginge damit auch bei – aus Verbrauchersicht nicht zu befürwortender (s oben unter Pkt 11) – Beibehaltung der Anknüpfung an § 107 Abs 1 TKG aufgrund der unterschiedlichen Verstöße und strafbewehrten Handlungen nicht einher. Ferner muss bezweifelt werden, dass die jeweils bereits in der RL vorgesehenen spezifischen zivilrechtlichen Rechtsfolgen in Form einer (relativen) Nichtigkeit bzw schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags den **Erfordernissen angemessener, wirksamer und abschreckender Sanktionierung (Art 24)** genügen, zumal dem individuellen Verbraucher typischerweise bereits infolge Unkenntnis seiner Rechte keine diesbezügliche Rolle als Hüter eines übergeordneten öffentlichen Interesses an generalpräventiver Rechtsdurchsetzung zugeordnet werden kann. Wollte man nicht die Auffassung vertreten, der Verbraucher sei nach der RL einseitig von seiner Leistungspflicht befreit (arg „nicht gebunden“), während die Leistungspflicht des Unternehmers unverändert aufrecht bleibe, dürfte eine (zusätzliche) Sanktionierung mittels Verwaltungsstrafe daher iSd Art 24 unumgänglich sein. Zur Höhe der Strafdrohung s unter Pkt 8.

20. § 20 Abs 1 FAGG – Inkrafttreten

Die Sonderregelung zum (deutlich) späteren Inkrafttreten des § 8 Abs 4 FAGG ist aus Verbrauchersicht nachteilig, nicht durch zwingende Unternehmerinteressen gerechtfertigt und sollte daher entfallen.

21. Inkassokosten – Wiederaufnahme der im Vorentwurf enthaltenen Regelungen

Im Vorentwurf des VRUG war mit § 1333 Abs 2 S 2 ABGB eine Regelung zum Ersatz außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungskosten vorgesehen, die im Interesse von Transparenz und zur Vermeidung für den Schuldner nicht überprüfbarer und nachteiliger Praktiken bei der Eintreibung von Forderungen eine – zugunsten von Verbrauchern zwingende (§ 12a KSchG) – Fälligkeitsregel in Form eines urkundlichen Nachweises der Kostenzahlung durch den Gläubiger statuierte. Die Einhaltung der Regelungen in der Praxis war mit einer entsprechenden Erweiterung der Verbandsklagsbefugnis gem § 28a KSchG abgesichert. Damit wurde der anhaltenden Beschwerdeträchtigkeit und den bekannten rechtlichen Unsicherheiten iZm manchen Praktiken der Inkassobranche Rechnung getragen. Im vorliegenden Entwurf sind diese Bestimmungen nicht mehr enthalten, wiewohl sich das aktuelle Regierungsprogramm iZm Inkassokosten ausdrücklich zur **Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz für den Schuldner** bekennt. **Die Wiederaufnahme der Regelungen erscheint dringend geboten:** Die derzeitigen Regelungen sehen zwar eine Begrenzung auf die „notwendigen Kosten zweckentsprechender“ Rechtsverfolgung vor (§ 1333 Abs 2 ABGB); in der Praxis besteht freilich mangels Transparenz de facto keine effektive Handhabe zur Überprüfung der Höhe der Kosten für Schuldner und Berater. (Zumindest potentiell) negative Anreizwirkung haben ferner Vertragsgestaltungen zwischen Gläubiger und Inkassobüro, die – *de lege lata* im Spannungsfeld von (selbst herbeigeführter) Schadensverlagerung und fiktivem Schadenersatz – iE zur Überwälzung nicht entstandener Kosten führen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Peter Kolba
Leiter Bereich Recht VKI