

42/SN 78/ME

Ausschuss der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer

8010 Graz, Salzamtsgasse 3/IV, Telefon (0316) 83 02 90, Telefax (0316) 82 97 30

GZ: 2000/0453

Obige Nummer bei Rückantwort erbeten

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstrasse 7
1070 Wien

versendet am	25.10.00
per	<input type="radio"/> Post <input type="radio"/> Email
	<input checked="" type="radio"/> Telefax <input type="radio"/> Boten
an	Europa
von	[Signature]

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Steiermärkische Rechtsanwaltskammer dankt für die Übersendung des Entwurfes des Bundesgesetzes, mit dem das Gewährleistungsrecht im ABGB und im Konsumentenschutzgesetz (GewRÄG) geändert werden soll und erlaubt sich, folgende

Stellungnahme

abzugeben:

Die Reform des Gewährleistungsrechts, welche nunmehr im Zuge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG vorgeschlagen wird, ist auch aus der Sicht der steirischen Rechtsanwaltskammer notwendig. Der vorgelegte Entwurf des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes (GewRÄG) erscheint im wesentlichen ausgewogen und zustimmenswert. Im Detail sind jedoch aus Sicht der Praxis einige Änderungsvorschläge bzw. Kritikpunkte anzubringen.

1. Zum vorgeschlagenen § 923 ABGB:

Nach dem Wortlaut des § 923 ABGB nF wird weiterhin jener Fall dass jemand, eine nicht mehr vorhandene Sache als die seinige veräußert, ausdrücklich als ein Fall der Gewährleistung angeführt.

Wenn die Sache allerdings tatsächlich nicht mehr vorhanden ist, kann es auch zu keiner Übergabe mehr kommen. Wesentliches Abgrenzungskriterium für einen Fall der Gewährleistung ist aber nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung, dass die Sache bereits übergeben sein muss. Es handelt sich in dem hier angeführten Fall daher tatsächlich entweder um eine "anfängliche Unmöglichkeit", "nachträgliche Unmöglichkeit" oder einen "Verzug".

Die Reform sollte daher zum Anlass genommen werden, den Wortlaut "wer eine nicht mehr vorhandene Sache" aus § 923 ABGB herauszustrichen.



2. Zu § 933 ABGB nF (Gewährleistungsfrist):

2.1 Zu § 933 Abs 1 ABGB:

Im Gegensatz zu § 933 Abs 1 ABGBaF enthält der vorgeschlagene § 933 Abs 1 ABGB nicht mehr den ausdrücklichen Hinweis, dass die Gewährleistung gerichtlich geltend gemacht werden muss.

Nach den Erläuterungen zum Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz soll das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung weiterhin aufrecht bleiben. Dies ist auch aus Sicht der Praxis begrüßenswert. Es scheint daher unbedingt empfehlenswert, die Verpflichtung zur gerichtlichen Geltendmachung auch in den Wortlaut des § 933 Abs 1 ABGB n.F. ausdrücklich aufzunehmen. In der Praxis bleibt sonst zu befürchten, dass in einem Rechtsstreit über die allfällige Verfristung des Gewährleistungsanspruches mangels gerichtlicher Geltendmachung in der vorgesehenen Frist, der Einwand ausjudiziert werden müsste, dass im neugefassten § 933 Abs 1 ABGB das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung nicht mehr enthalten sei.

2.2 Ebenfalls zu § 933 Abs 1 ABGB nF:

Nicht nur aus praktischer, sondern auch aus dogmatischer Sicht scheint die nunmehr längere Gewährleistungsfrist von zwei Jahren für Fälle der Rechtsmängel nicht gerechtfertigt. Völlig zu Recht beginnen die Fristen für Rechtsmängel im Gegensatz zu jenen der Sachmängel nicht schon mit dem Zeitpunkt der Übergabe, sondern erst ab Erkennbarkeit zu laufen. Es besteht daher bei Rechtsmängeln im Gegensatz zu Sachmängeln nicht die Gefahr, dass diese erst nach längerer Zeit hervortreten und die Gewährleistungsfrist zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen sein könnte. Wenn nun aber die Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln erst ab Erkennbarkeit zu laufen beginnt, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Gewährleistungsberechtigte ab diesem Zeitpunkt zwei Jahre lang Zeit haben soll, sein Gewährleistungsrecht auszuüben. Hiefür schiene eine kürzere sechsmonatige Gewährleistungsfrist wie bisher angebracht.

2.3 Zu § 933 Abs 4 ABGB nF:

Gewährleistungsfristen können sowohl verlängert als auch verkürzt werden. Im vorgeschlagenen § 933 Abs 4 ABGB wird jedoch ausdrücklich nur erwähnt, dass die Gewährleistungsfrist verlängert werden kann. Es erscheint daher aus Sicht der Praxis dringend geboten, diesen Wortlaut insofern zu ergänzen, als die Gewährleistungsfrist auch verkürzt werden kann. Andernfalls läge nämlich der Umkehrschluss nahe, dass die Gewährleistungsfrist nur verlängert, aber nicht verkürzt werden könne.

2.4 Zu § 933 a ABGB nF:

Der Intention des Reformvorschlages, bei den möglichen Rechtsbehelfen, welche im Rahmen der Gewährleistung zur Verfügung stehen, grundsätzlich der Verbesserung den Vorrang einzuräumen, stehen keine Einwände.

Dies lässt sich aus Sicht der Praxis allerdings nicht für jene Fälle aufrecht erhalten, in denen die geltend gemachten Mängel schuldhaft herbeigeführt wurden. Der Reformvorschlag enthält



allerdings auch für jene Fälle in § 933 a ABGB nF ausdrücklich fest, dass der Gewährleistungsberechtigte auch aus dem Titel des Schadenersatzes zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch, nicht allerdings Geldersatz verlangen könne.

Dies scheint aus Sicht der Praxis nicht angemessen zu sein. Für jene Fälle, in denen der Mangel durch den Gewährleistungspflichtigen schuldhaft herbeigeführt wurde, hat sich in den letzten Jahren in der Praxis herausgebildet, dass der Gewährleistungsberechtigte in diesen Fällen nicht gezwungen sein dürfe, den Gewährleistungspflichtigen zunächst wiederum zur Verbesserung auffordern zu müssen. Der Grund liegt nachvollziehbarerweise darin, dass der Käufer nicht gezwungen sein dürfe, weiterhin mit einem schuldhaft vertragsbrüchigen und somit vertrauensunwürdigen Geschäftspartner kontrahieren zu müssen.

Die gefestigte Rechtsprechung, dass der Gewährleistungsberechtigte in diesem Fall sofort das "Deckungskapital" verlangen kann, hat sich zu dieser Problematik in den letzten Jahren entwickelt, sich bisher bestens bewährt und scheint auch weiterhin angemessen zu sein.

Die Absicht des Reformvorschlages, die Rechtsfolgen der Gewährleistung, unabhängig davon, ob diese aus dem Titel der Gewährleistung oder jenem des Schadenersatzes geltend gemacht werden, einheitlich zu gestalten und auf solche Weise eine scheinbare "Rechtssicherheit" zu gewinnen, bedeutet aus Sicht der Praxis ein Abgehen von einer angemessenen und gerechtfertigten Lösung und kann daher ein Abgehen davon nicht rechtfertigen.

Sollte es bei der vorgeschlagenen Regelung des § 933 a ABGB nF bleiben, so ist zu beachten, dass der Übernehmer unter anderem dann sofort den Geldersatz fordern kann, wenn für diesen die Verbesserung als auch der Austausch unzumutbar ist. Es ist bereits jetzt voraussehbar, dass sich in der Praxis wiederum die Ansicht durchsetzen wird, dass eine Verpflichtung des Käufers, den Verkäufer, welcher den Mangel schuldhaft herbeigeführt hat, zunächst zur Verbesserung auffordern zu müssen, unzumutbar ist, sodass es de facto wiederum zu jener Regelung kommen wird, nach der der Gewährleistungsberechtigte im Rahmen des Schadenersatzes sofort das Deckungskapital einklagen können wird. Aus Sicht der Praxis ist daher der neu gefasste § 933 a ABGB dringend entsprechend zu modifizieren.

§ 933 a Abs 2 ABGB nF hätte in diesem Fall wie folgt zu lauten:

"Der Übernehmer kann zunächst nicht nur Verbesserung oder Austausch, sondern unverzüglich auch Geldersatz verlangen."

2.5. Zu § 933 a Abs 3 ABGB nF:

Die vorgeschlagene Regelung des § 933 a Abs 3 ABGB nF, dass der Übernehmer nach Ablauf von 10 Jahren den Beweis des Verschuldens des Übergebers erbringen muss, scheint auch aus Sicht der Praxis grundsätzlich zustimmenswert.

Die dogmatische Begründung, welche hierfür in den Erläuterungen angeführt wird, ist jedoch nicht zutreffend. Die 30jährige Verjährungsfrist belastet den Übergeber vor allem deshalb, weil es ihm im Laufe der Zeit immer schwerer fällt, die Verschuldensvermutung des § 1298 ABGB zu entkräften. Die Erläuterungen führen nun als Argument für die Aufhebung der Beweislastumkehr nach 10 Jahren an, dass das Argument, der Übergeber einer Sache oder eines Werkes sei in der Mangelfrage näher am Beweis als der Übernehmer, mit der Zeit

immer mehr an Schlagkraft verliere. Dagegen steige die Nähe zum Beweis auf Seiten des Übernehmers, der die Sache jahrelang benütze und daher ständig beobachten könne.

Diese Argumentation geht fehl. Wesentlich für den Gewährleistungsanspruch ist der Beweis, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorgelegen hat. Dieser Umstand ist jedoch für den Übernehmer auch dann nicht leichter beweisbar, wenn dieser die Sache bereits über mehrere Jahre in seiner Verfügungsgewalt hat. Tatsächlich ändert sich daher an der Erleichterung einer allfälligen Beweisführung nichts; im Gegenteil, bleibt der Beweis, dass die Sache oder das Werk bereits bei Übergabe mangelhaft waren, für den Übernehmer, auch nach Ablauf einer längeren Zeit weiterhin schwieriger als für den Übergeber.

Diese aus Sicht der Praxis offenbar rechtspolitisch getroffene Regelung des § 933 a Abs 3 ABGB könnte aber entgegen den Erläuterungen anders begründet werden.

Je länger ein Vertragsverhältnis aufrecht war, umso weniger schutzwürdig erscheint der Käufer, umso höher hingegen erscheint das Interesse des Verkäufers an der endgültigen Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestehens des Vertrages.

Die in § 933 a Abs 3 ABGB vorgeschlagene Regelung scheint daher auch aus Sicht der Praxis begrüßenswert. Ausdrücklich hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass es tatsächlich keinesfalls gerechtfertigt erscheint, die Ausnahmeregelung hinsichtlich der Verjährungsvorschriften nur auf die Fälle der Gewährleistung anzuwenden. Dies müsste vielmehr zu einem allgemeinen Grundsatz aller vertraglichen Ansprüche erhoben werden und somit zu einer allgemeinen Regelung zugeführt werden. So könnte und sollte die entsprechende Regelung etwa in § 1298 ABGB Eingang finden.

3. Zu § 1167 ABGB nF:

Die beabsichtigte Angleichung des Gewährleistungsrechtes bei Kauf- und Werkverträgen scheint grundsätzlich auch aus Sicht der Praxis geboten und wünschenswert.

Aus der Sicht der Praxis scheint in diesem Zusammenhang allerdings hervorhebenswert zu sein, dass die Regelungen der §§ 1168 und 1168 a ABGB, welche sich in der Praxis bewährt und zu einer ausgewogenen Verteilung der Risiken zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller beigetragen haben, voll inhaltlich beibehalten werden.

Diesbezüglich scheint eine Klarstellung zur Rechtssicherheit geboten, sodaß sich in § 1167 ABGB ausdrücklich ein Hinweis finden sollte, dass die §§ 1168 und 1168 a ABGB weiterhin zu berücksichtigen sind.

4. Zu § 9 Abs 3 KSchG nF:

Die vorgeschlagene Bestimmung des § 9 Abs 3 KSchG scheint aus Sicht der Praxis zu unpräzise gefasst. Die Bestimmung müsste richtigerweise wie folgt lauten:

"Die Bestimmungen über die Tiermängel (§§ 925 – 927, § 933 Abs 2 ABGB) finden auf jene Verträge, in denen der Käufer ein Verbraucher ist, keine Anwendung".

Es wären in der Praxis auch Fälle denkbar, in denen zwar ein Verbrauchervertrag vorliegt, weil der Verkäufer Verbraucher, als socher aber nicht schutzwürdig ist. Zu denken wäre etwa

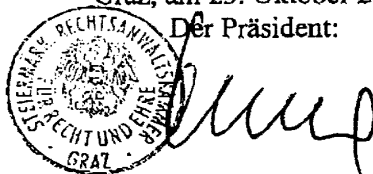
an einen privaten Tierzüchter, welcher seine gezüchteten Tiere an einen unternehmerischen Hundezüchter verkauft. Es würde sich in diesem Fall um einen Verbrauchervertrag handeln, weil auf der einen Seite der Verkäufer als Verbraucher einem Käufer als Unternehmer gegenübersteht. Sinn und Zweck des Konsumentenschutzgesetzes ist es allerdings, nur den Käufer als Verbraucher zu schützen, sodass dieser Fall vom Anwendungsbereich des § 9 Abs 3 ABGB nF ausgenommen sein müsste.

Eine diesbezügliche Klarstellung scheint daher geboten.

Für den Ausschuss der
Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer

Graz, am 23. Oktober 2000

Der Präsident:



Dr. Guido Held

Referent: RAA Dr. Andreas Kaufmann