

Bundesministerium für Justiz
Museumstrae 7
1070 Wien

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

ZI. 13/1 14/12

BMJ-Z7.012E/0001-I 2/2014

**BG, 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)**

Referent: Mag. Dr. Georg Fialka, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung
des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Zu Artikel 1 (anderung des ABGB):

Die in diesem Abschnitt enthaltenen Änderungen erscheinen sachgerecht und
dienen insofern der Rechtssicherheit, als sie die Grundsätze der zu solchen Fällen
bisher ergangenen Judikatur generalisieren und in objektives Recht umwandeln.

Zu Artikel 2 (anderung des Konsumentenschutzgesetzes):

Zu  3 Abs 1 (Rücktrittsrecht):

Da die vorliegenden Bestimmungen auch für Dienstleistungen gelten, stellt sich die
Frage, ob dem Verbraucher die in  3 Abs 1 vorgesehene schriftliche Belehrung über
sein Rücktrittsrecht auch dann auszufolgen ist, wenn nach den gegebenen
Umständen ihm ein solches Rücktrittsrecht gar nicht zusteht.



Ein praktisches Beispiel:

Im Anschluss an eine Gerichtsverhandlung wendet sich der Geschäftsführer einer GmbH an den die GmbH vertretenden Rechtsanwalt und ersucht diesen, ihn auch in seinem privaten Ehescheidungsverfahren zu vertreten. Dieses Gespräch zwischen Rechtsanwalt und Geschäftsführer findet im Gerichtsbuffet statt.

Da die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht vorliegen, wird die Formalität der „schriftlichen Belehrung“ eingehalten werden müssen, auch wenn dem Geschäftsführer als Verbraucher deshalb kein Rücktrittsrecht zukommt, weil er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Rechtsanwalt angebahnt hat (§ 3 Abs 3 Z 1 KSchG).

Aus der Sicht der Praxis erscheint es befremdend, eine Person über ein Recht belehren zu müssen, welches ihr gar nicht zusteht. Eine derartige Belehrungspflicht ist eher geeignet, den Verbraucher rechtlich zu verunsichern, statt ihm Gewissheit über seine Rechte zu verschaffen.

Zu § 3 Abs 4:

Diese Regelung erscheint widersprüchlich. Einerseits wird für die Erklärung des Rücktritts „keine bestimmte Form“ verlangt, doch ergibt sich aus dem zweiten Satz dieser Bestimmung, dass die Rücktrittserklärung „abgesendet“ werden muss. Unklar ist bei dieser Formulierung, ob die Erklärung in lesbarer Form erfolgen muss, oder auch eine gesendete „Audio-Datei“ genügt, während eine auf einer Mobilbox des Unternehmers hinterlassene Erklärung des Verbrauchers mangels „Absendung“ anscheinend nicht ausreicht.

Nach der vorgeschlagenen Fassung ist nicht einmal erforderlich, dass die Erklärung des Rücktritts für den Empfänger als solche erkennbar ist (zB also bei einer schriftlichen Erklärung in fremder Schrift, zB kyrillischer Schrift für den Empfänger unlesbar ist oder einfach unleserlich ist).

Zu § 5a Abs 1 Z 4 (Allgemeine Informationspflichten des Unternehmers):

Bei Dienstleistungen, wie sie insb von Angehörigen Freier Berufe erbracht werden, sind der Leistungsumfang, die Dauer der Leistung und der Termin, zu dem die Leistung abgeschlossen ist, im Vorhinein oft nicht abschätzbar. Die Einhaltung dieser Bestimmung ist zB für Rechtsanwälte im Zusammenhang mit der Vertretung von Verbrauchern in einem gerichtlichen Mietrechtsverfahren in den meisten Fällen nicht möglich. Ferner unterliegen Rechtsanwälte ohnehin strengen Berufsregeln, die sie dazu verpflichten, ihre Klienten umfassend aufzuklären und zu informieren. Andernfalls drohen ihnen bei schuldhaftem Handeln nicht nur zivilrechtliche Konsequenzen, wobei sie dem erhöhten Haftungsmaßstab eines Sachverständigen unterliegen, sondern auch disziplinarrechtliche Konsequenzen. Aus diesem Grund sollten rechtsanwaltliche Dienstleistungen insoweit von den in Abs 1 festgelegten Informationspflichten ausgenommen werden.

Zu § 5a Abs 2 Z 6 und Z 11:

Zudem scheint im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot nicht sachgerecht und nicht nachvollziehbar, weshalb beispielsweise Verträge über Finanzdienstleistungen von der Informationspflicht gem Abs 1 ausgenommen sein sollen, nicht aber Verträge mit Rechtsanwälten. Das gleiche gilt für Verträge, die vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, da Rechtsanwälte ebenfalls entsprechenden strengen Berufsregeln unterliegen, durch welche sie gesetzlich zur Unabhängigkeit verpflichtet sind und wonach sie durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen haben, dass der Verbraucher (ihr Klient) den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt (§ 5a Abs 2 Z 11).

Da, wie bereits ausgeführt, auch der Rechtsanwalt entsprechenden strengen Berufspflichten unterliegt, erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt, sie gegenüber anderen Dienstleistern, wie Finanzdienstleistern oder öffentlichen Amtsträgern, zu diskriminieren.

Zu § 6b (Kosten telefonischer Kontaktaufnahme nach Vertragsabschluss):

Diese Bestimmung zur Umsetzung des Richtlinieninhalts scheint änderungsbedürftig. Während in der Richtlinie noch von „Grundtarif“ die Rede ist, spricht der vorliegende Entwurf nunmehr von „den Kosten der eigentlichen Kommunikationsdienstleistung“ und meint damit anscheinend nur die reine Telefongebühr, die beim Telefon des Verbrauchers anfällt.

Bei konsequenter Anwendung dieser Bestimmung wären weder die einem Rechtsanwalt gem Tarifpost 8 zum RATG zu entlohnenden telefonischen Beratungsgespräche zu honorieren, noch die Kosten eines vom Verbraucher in Anspruch genommenen telefonischen EDV-Supports oder sonstige derzeit legitimerweise auch gegenüber Verbrauchern telefonisch erbrachten Dienstleistungen. Da gerade der Bereich der telefonischen Dienstleistungen eine mögliche berufliche Betätigung für Ein-Personen-Unternehmen darstellt, deren InhaberInnen ihren Beruf oft auch mit familiären Aufgaben (Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen) verbinden, stellt das mit der vorliegenden Formulierung zum Ausdruck kommende Verbot, auch nur irgendetwas für die tatsächlich erbrachte Dienstleistung in Rechnung zu stellen, eine weder sozial noch wirtschaftlich gerechtfertigte Diskriminierung der auf die Verwendung des Telefons angewiesenen Dienstleistungserbringer dar. Rechtlich wünschenswert wäre, dass der Terminus „Grundtarif“, wie er in der Richtlinie verwendet wird, auch für § 6b herangezogen wird und gleichzeitig in dieser Bestimmung klargestellt wird, dass derjenige, der eine telefonische Dienstleistung erbringt, die Kosten seiner Dienstleistung im Vorhinein gegenüber dem Verbraucher so bekanntmachen muss, dass dieser im vornhinein weiß, wieviel ihn die telefonisch erbrachte Dienstleistung kosten wird, wenn das Telefonat so und so lange dauert. Dieser Grundtarif sollte mit dem Verbraucher entweder individuell vereinbart werden können, oder generell im Internet oder durch einen „Telefonvorspann“ gegenüber dem Verbraucher kundgemacht werden. Gibt es für eine derartige Dienstleistung einen gesetzlichen Tarif, so wäre nur im Fall eines davon abweichenden vertraglich vereinbarten „Grundtarifs“ eine gesonderte Kundmachung oder Mitteilung erforderlich.

Zu § 6c (Zusätzliche Zahlungen):

Bei dieser Bestimmung könnten sich Abgrenzungsprobleme ergeben, ob eine Leistung eine bloße Zusatzleistung ist, oder aber Bestandteil einer aus mehreren einzelnen Leistungen bestehenden „Gesamtleistung“ (Leistungspaket) ist. Gerade bei „Leistungspaketen“ könnte es auch strittig sein, welches die Hauptleistung ist. Dies kann bei unterschiedlicher Betrachtungsweise des Verbrauchers und des Unternehmers durchaus von einander abweichen.

Auch alltägliche Situationen könnten unversehens mit rechtlicher Problematik kontaminiert werden.

Darf der Gastwirt das in der Speisekarte angegebene Entgelt für das Gedeck von seinem Gast verlangen, wenn dieser bloß Speisen und Getränke, nicht aber das Gedeck ausdrücklich bestellt hat? Oder muss der Gastwirt den Verbraucher zu einer ausdrücklichen Zustimmung (§ 6c Abs 3) „auffordern“, ehe er den Gast sich setzen lässt, will der Gastwirt nicht sein Entgelt für das Gedeck riskieren.

Auch bei Berufsangehörigen gibt es häufig „Leistungspakete“, die in vielen Fällen kaum in ihre Teile zerlegt werden können. So fallen beispielsweise bei der rechtsanwaltlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit Ehescheidungen Entwürfe für Aufteilungsvereinbarungen, Ehescheidungsvergleiche, Eingaben um pflegschaftsgerichtliche Genehmigung oder Eingaben um verwaltungsbehördliche Genehmigung zB bei wohnbaugeförderten Objekten, etc., an, die mehr oder weniger alle „Teil des Ganzen“ sind, jedoch ebenso gut auch als „einzelne Zusatzleistungen“ verstanden werden könnten. Gleiches gilt im Zusammenhang mit der Errichtung und Verbücherung eines Wohnkaufvertrages, etc.

Nicht unproblematisch ist auch der Begriff der „Voreinstellung“, die vom Verbraucher ausdrücklich angenommen werden muss, damit sie gilt. Hier müsste eine Ausnahme zu Gunsten „verkehrsüblicher Voreinstellungen“ vorgesehen werden, denn es ist beispielsweise schwer denkbar, dass ein Verbraucher „Übernachtung mit Frühstück“ bucht und schließlich erklärt, es sei ihm nur an der Übernachtung als Hauptleistung gelegen gewesen die er auch zu bezahlen bereit sei. Das „voringestellte“ Frühstück könne sich der Quartiergeber hingegen gerne behalten, dafür sei er nicht bereit zu bezahlen.

Zu § 28a (Gefahrenübergang bei Übersendung der Ware):

Die sich aus dieser Bestimmung ergebende Möglichkeit einer Unterlassungsklage macht deutlich, wie sehr eine Präzisierung der Regelungen der §§ 6b und 6c erforderlich ist.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Stellungnahme erlaubt sich der ÖRAK weiters die Anregung, die Fristen des KSchG aus Gründen der Rechtssicherheit zu vereinheitlichen. So erscheint es beispielsweise angesichts der nun in der Novelle durchgängig vorgesehenen 14-tägigen Rücktrittsfrist wenig sinnvoll, zB im § 3a Abs 3 weiterhin eine bloß einwöchige Rücktrittsfrist aufrecht zu erhalten.

Zu Artikel 3 (Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetze – FAGG)):

Zu § 1 Abs 2 (Geltungsbereich):

Da für die Ausübung des Berufs eines Rechtsanwalts, anders als für die Erbringung von Finanzdienstleistungen (§ 1 Abs 2 Z 5) und Verträge, die gem § 1 Abs 2 Z 10 geschlossen werden, keine Ausnahmebestimmung besteht, stellt sich auch hier, wie bereits oben ausgeführt, die Frage der sachlichen Rechtfertigung für eine derartige Differenzierung. Aus diesem Grund müsste die Ausnahme für Verträge, bei welchen nach umfassender rechtlicher Aufklärung des Verbrauchers sicherzustellen ist, dass er den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt, dahingehend erweitert werden, dass auch solche durch Rechtsanwälte geschlossenen Verträge hievon ausgenommen sind.

Auch die zwischen solchen Berufsangehörigen und ihren Klienten abgeschlossenen Verträge undifferenziert den Bestimmungen des im Entwurf vorliegenden Gesetzes unterwerfen zu wollen, führt abgesehen von der verfassungsrechtlich nicht nachvollziehbaren Privilegierung von Finanzdienstleistern und anderen Dienstleistern, zB jenen nach § 1 Abs 2 Z 10, zu teilweise völlig praxisfremden Konsequenzen, wie im Folgenden dargelegt wird.

Fraglich erscheint auch, ob die Tätigkeit eines Rechtsanwalts, der als Verfahrenshelfer tätig wird, in den Anwendungsbereich des Gesetzes oder unter dessen Ausnahmebestimmung für „soziale Dienstleistungen“ gem § 1 Abs 2 Z 2 fällt.

Zu § 3 (Begriffsbestimmungen) Z 1 lit a:

Aus den Begriffsbestimmungen ergibt sich, dass zB auch ein Rechtsanwalt, der einen künftigen Mandanten über dessen Wunsch aufsucht und schließlich dessen Mandat übernimmt, als Unternehmer der einen unter § 3 Z 1 lit a fallenden Vertrag geschlossen hat, zu behandeln ist. Welche Abläufe ein solcher Vertragsabschluss erfordert, sei am folgenden Beispiel dargestellt:

Der Verteidiger, der einen soeben festgenommenen Verdächtigen, der die Beiziehung eines Verteidigers an der Vernehmung verlangt hat, im Polizeikommissariat aufsucht, um dort dessen Mandatserteilung entgegenzunehmen, muss, um seine künftige Tätigkeit als Verteidiger honoriert zu erhalten, die folgenden Formalitäten gem FAGG beachten und einhalten:

1. den Festgenommenen gem § 4 Abs 1 in der durch § 5 Abs 1 festgelegten Form (schriftlich auf Papier) informieren;
2. sich die Ausfolgung dieser Informationserteilung gem § 5 Abs 2 auf Papier bestätigen lassen;
3. sich danach vom verhafteten Verdächtigen gem § 10 Abs 1 schriftlich auf Papier ausdrücklich bestätigen lassen, dass der Rechtsanwalt bereits vor Ablauf der 14-tägigen Rücktrittsfrist mit der Vertragserfüllung beginnen soll und der Festgenommene in Kenntnis ist vom Verlust des Rücktrittsrechtes bei vollständiger

Vertragserfüllung (§ 18 Abs 1 Z 1) und von der Verpflichtung zu anteiliger Honorierung (§ 16 Abs 1 und 2 und § 18 Abs 1 Z 1);
4. dem Festgenommenen auf Papier eine Bestätigung des geschlossenen Mandatsvertrags übergeben (§ 5 Abs 2).

Rechtsanwaltliche Tätigkeit zeichnet sich – gleich ob es sich um ein Strafverfahren oder eine Zivilangelegenheit handelt – vielerorts durch die Notwendigkeit raschen Einschreiten aus, widrigenfalls dem Mandanten ein Schaden entstehen könnte. Rechtsanwälte unterliegen, wie bereits oben erwähnt, einem strengen Berufs- und Disziplinarrecht. Aus dem Berufsrecht – im Besonderen der anwaltlichen Treuepflicht – ergeben sich ohnehin weitgehende Informationspflichten gegenüber dem Mandanten.

Aber auch im Bereich des Zivilrechts ist oftmals rasches anwaltliches Einschreiten im Interesse eines Verbrauchers erforderlich, zB wenn dieser in einem Provisorialverfahren sich zu einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen drei Tagen äußern muss. Auch in einem solchen Fall müssen Klient und Rechtsanwalt das oben dargelegte Procedere absolvieren, ehe der Rechtsanwalt im Interesse des Klienten tätig werden kann.

Soweit ersichtlich, kennt der vorliegende Entwurf keine Ausnahmebestimmung für bereits bestehende Vertragsverhältnisse, also im Falle eines Rechtsanwalts: keine Ausnahme für ein zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt bereits bestehendes Beratungs- oder Vertretungsmandat.

Dies führt dazu, dass die oben geschilderten Abläufe zB. auch dann eingehalten werden müssen, wenn der Mandant, der vom Rechtsanwalt bereits beispielsweise in einer Verkehrsunfallsangelegenheit vertreten wird, anlässlich einer Verhandlung den Rechtsanwalt fragt, ob ihn dieser auch beim beabsichtigten Erwerb einer Eigentumswohnung vertreten könnte und der Rechtsanwalt daraufhin dem Klienten ein bestimmtes Pauschalhonorar für die Vertragserrichtung und Vertragsabwicklung anbietet. Da es für die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 lit b lediglich auf das Angebot ankommt, ist der bürokratische Aufwand auch dann erforderlich, wenn sich der Klient das Angebot des Rechtsanwalts reiflich überlegt und erst zwei Tage später dem Anwalt mitteilt, dass er sein Angebot annehmen möchte.

Besonders schwierig wird es, wenn der Rechtsanwalt seinem Klienten in einem laufenden Verfahren per E-Mail über das Vorliegen einer Entscheidung berichtet, gegen die zweckmäßiger Weise ein Rechtsmittel zu erheben wäre.

Erteilt der Mandant daraufhin seinem Rechtsanwalt ebenfalls mittels eines Fernkommunikationsmittels (zB E-Mail oder Telefon) den Auftrag, für ihn das Rechtsmittel zu erheben, so ist dieser Vertrag unter den Bedingungen des § 3 Z 1 lit c zu Stande gekommen und erfordert nicht nur ebenfalls das oben genannte Procedere, sondern darüber hinaus auch noch eine Bestätigung des Vertrags auf einem dauerhaften Datenträger (§ 7 Abs 3).

Eine besonders unklare Rechtslage ergibt sich dann, wenn der Klient zwar den Auftrag zur Einbringung eines binnen 14 Tagen fälligen Rechtsmittels per E-Mail oder telefonisch erteilt, es aber unterlässt, zeitgerecht die von ihm gem § 10 Abs 1

iVm § 16 Abs 1 und 2 und § 18 Abs 1 Z 1 „auf einem dauerhaften Datenträger“ abzugebende Erklärung zu übermitteln, wonach der Rechtsanwalt vor Ablauf der 14-tägigen Rücktrittsfrist bereits tätig werden soll. Muss der Rechtsanwalt in einem solchen Fall gem § 11 RAO interessenwährend für seinen Klienten tätig werden und riskieren, dafür kein Entgelt zu erhalten oder muss er davon ausgehen, dass der Klient gar nicht möchte, dass der Rechtsanwalt für ihn tätig wird?

Selbst wenn der verständige Verbraucher und sein Rechtsanwalt Bürokratie vermeiden wollen und eine Vereinbarung treffen, wonach der Rechtsanwalt all diese Formalitäten nicht einzuhalten und eine Erklärung gem § 10 Abs 1 nicht abzuwarten hat, nützt dies nichts. Gem § 2 sind derartige Vereinbarungen rechtsunwirksam.

Zu § 4 (Informationspflichten; Inhalt der Informationspflicht; Rechtsfolgen) Abs 1 Z 8:

Zu § 4 Abs 1 Z 8:

Rechtlich unklar erscheint, ob die Ausübung des Rücktrittsrechts gem § 11 Abs 1 des Entwurfes die Verpflichtung des Rechtsanwalts gem § 11 Abs 2 RAO relativiert, wonach der Rechtsanwalt auch bei Kündigung des Mandats seine Partei noch durch 14 Tage weiter insoweit zu vertreten hat, als dies nötig ist, um die Partei vor Rechtsnachteilen zu schützen.

Die dem Schutz des Klienten dienende Bestimmung des § 11 Abs 2 RAO lässt sich mit den Bestimmungen des § 4 Abs 1 Z 10, § 10 Abs 1 und § 16 des Entwurfs kaum befriedigend in Einklang bringen.

Selbst wenn der im Sinn des § 4 Abs 1 umfassend aufgeklärte Verbraucher im Hinblick auf die Notwendigkeit sofortigen anwaltlichen Einschreitens gem § 10 Abs 1 formgerecht erklärt hat, der Rechtsanwalt möge noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist nach § 11 mit der Vertragserfüllung beginnen, und der Verbraucher dies auch in der erforderlichen Form „auf einem dauerhaften Datenträger“ erklärt hat, bedeutet dies nicht, dass der Verbraucher damit auf sein Rücktrittsrecht verzichtet hätte. Dem Rechtsanwalt, der beispielsweise das vom Klienten gewünschte Rechtsmittel gegen eine vorliegende Entscheidung fristgerecht innerhalb einer 14-Tages-Frist vorbereitet, aber noch nicht bei Gericht eingebracht hat, steht im Fall eines fristgerechten Rücktritts des Klienten nur dann die Bezahlung der erbrachten Leistung zu, wenn er dem Klienten, die gem. § 4 Abs 1 Z 10 erforderliche Belehrung erteilt hat. Hat er dies nicht, so hat der Rechtsanwalt gleichsam umsonst die vom Klienten gewünschte Leistung erbracht. Noch kritischer ist es, wenn der Klient nach erteiltem Auftrag zur Einbringung des Rechtsmittels den Rücktritt erklärt, aber der Rechtsanwalt aus Gründen des § 11 Abs 2 RAO zur Wahrung der Interessen des Klienten dieses Rechtsmittel unter Umständen dennoch einbringen muss (zB dann, wenn er den Klienten nicht mehr erreichen kann, um diesen über die für den Klienten nachteiligen Rechtsfolgen eines Unterbleibens des Rechtsmittels hinreichend aufzuklären).

Diese Rechtsunsicherheit folgt daraus, dass bei Dienstleistungen weitaus weniger klar ist, wann sie „vollständig erbracht“ wurden, als zB bei Warenlieferungen.

Hat der Rechtsanwalt beispielsweise das Rechtsmittel vollständig verfasst und sendet es nun zur Stellungnahme und Freigabe an seinen Klienten und erklärt dieser daraufhin den Rücktritt gem § 11 Abs 1, so ist unklar, ob die Dienstleistung „Verfassung des Rechtsmittels“ bereits vollständig erbracht wurde oder diese noch nicht vollständig ist, weil das Rechtsmittel eben noch nicht bei der jeweiligen Behörde bzw beim zuständigen Gericht eingebracht wurde.

Zu § 5 (Informationserteilung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen):

Angesichts dessen, dass sowohl die öffentliche Verwaltung (zB FinanzOnline) aber auch die Verbraucher selbst (zB NetBanking) für den Austausch rechtserheblicher Willenserklärungen digitale Instrumente verwenden, stellt sich die Frage, ob es zweckmäßig ist, für die in § 4 Abs 1 genannten Informationen eine Dokumentation „auf Papier“ oder einem anderen „dauerhaften Datenträger“ (denkbar wäre wohl eine CD oder DVD oder ein USB-Stick bzw. eine Speicherkarte) zu fordern. Alle diese Datenträger bedürfen eines körperlichen Transports per Post oder Botendienst und verlängern damit den Zeitraum, innerhalb dessen es zwischen den Parteien noch ungewiss ist, ob ein geschlossener Vertrag bereits endgültig bindend geworden ist oder nicht.

Die im Absatz 2 vorgesehene „Ausfertigung des unterzeichneten Vertragsdokuments“ erscheint nicht nur für Massenverträge über Billigprodukte überzogen, sondern insgesamt reichlich anachronistisch.

Der ÖRAK regt daher an, diese in § 5 vorgesehene „feierliche Vertragsdokumentation“ nur für Verträge oberhalb einer bestimmten Bagatellgrenze vorzusehen. Die Anwendungsgrenze des § 1 Abs 2 Z 1 von € 50,- erscheint dafür jedenfalls zu niedrig. Auch die Betragsgrenze des § 6 Abs 1 von € 200,- scheint für diese Formalität zu niedrig.

Zu § 6 (Vereinfachte Informationserteilung bei Handwerkerverträgen):

Die angestrebte vereinfachte Informationserteilung bei Handwerkerverträgen mit einem Entgelt bis zu € 200,- ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass auch bei solchen einfachen Handwerker-Einsätzen ein gewaltiger Bürokratieaufwand stattfindet. Der Installateurhilfe, der die Dichtung im Wasserhahn des Verbrauchers ersetzt oder der Mann vom Schlüsseldienst, der dem ausgesperrten Verbraucher den Zutritt zu seiner Wohnung wieder ermöglicht, könnten überfordert sein, wenn sie ad hoc eine individuelle Preisberechnung oder einen individuellen Kostenvoranschlag und die sonstigen in § 6 Abs 2 vorgesehenen Informationen dem Verbraucher auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger einschließlich einer Vertragsbestätigung nach § 5 Abs 2 zur Verfügung stellen müssen. Wahrscheinlich werden in diesen Fällen „Standard-Schablonen“ mit „Einheitspreisen“ verwendet werden.

Aus Beweisgründen wird sich der einschreitende Handwerksgehilfe wohl auch die ausdrückliche Einverständniserklärung des Verbrauchers (§ 6 Abs 2) schriftlich bestätigen lassen müssen.

Zu bedenken ist, dass die vollständige und formgerechte Erfüllung der in § 6 Abs 2 festgelegten Informationspflichten vom einschreitenden Mitarbeiter des Handwerksbetriebs ganz andere Fähigkeiten erfordert, als handwerkliches Geschick. Auch der Zeitaufwand für die Erfüllung der Informationspflichten darf nicht unterschätzt werden. Er wird in manchen Fällen größer sein als jener für die Durchführung der beauftragten handwerklichen Leistung.

Mittelfristig wird davon ausgegangen werden müssen, dass sich Handwerksbetriebe von derlei „undankbaren Kleinbetrags-Aufträgen“ völlig zurückziehen und derlei Arbeiten künftig primär im Wege der „Nachbarschaftshilfe“ (Pfuscher) erledigt werden. Wegen des damit verbundenen Aufwandes werden derlei Arbeiten nämlich entweder für den Handwerker zu unwirtschaftlich oder für den Verbraucher zu teuer geworden sein.

Zu § 7 (Informationserteilung bei Fernabsatzverträgen):

Fraglich könnte sein, ob bereits zB die Bereitstellung eines „elektronischen Kontaktformulars“ auf der Homepage eines Berufsangehörigen als Indiz „eines für den Fernabsatz organisierten Dienstleistungssystems“ anzusehen ist. Der fortschreitende Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel zB auch zwischen Anwälten und Mandanten (die Verbraucher sind) bringt es mit sich, dass anwaltliche Leistungen oft ohne vorausgegangene Besprechung mit dem Mandanten erbracht werden, wie zB dann, wenn ein Verbraucher einen ihm vorgelegten Mietvertragsentwurf einem ihm bekannten oder empfohlenen Rechtsanwalt zur Überprüfung und Stellungnahme per E-Mail übersendet.

Die genaue Einhaltung der auch in einem solchen Fall vorgesehenen Informationspflichten und wechselseitigen Erklärungen auf „dauerhaften Datenträgern“ wird jedenfalls zu einer für den Verbraucher ärgerlichen Verzögerung bei der Erbringung der vom Verbraucher erwarteten (und oft rasch benötigten) Leistung (zB der fachkundigen Stellungnahme zum Vertrag) führen.

Zu § 10 (Beginn der Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist):

In diesem Zusammenhang ist vorerst zu bedenken, dass der umfassende Einsatz der Elektronik im Alltag gerade auch bei Verbrauchern die Erwartung auslöst, die von ihnen gewünschte Ware oder Dienstleistung würde vom Unternehmer möglichst unmittelbar nach Eingang einer Anfrage oder Bestellung geliefert oder erbracht.

Anders als Waren können individuelle Dienstleistungen im Falle eines Rücktritts nicht – auch nicht zu einem verringerten Preis – „wiederverkauft“ werden. Im Fall, dass individuelle Dienstleistungen Vertragsgegenstand sind, wird daher regelmäßig der Unternehmer den Verbraucher dazu auffordern müssen, ihm ein ausdrücklich auf die vorzeitige Vertragserfüllung gerichtetes Verlangen auf einem dauerhaften Datenträger zu erklären (§ 10 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 Z 8 und 10 iVm § 16 Abs 1 und 2 iVm § 18 Abs 1 Z 1).

Der „dauerhafte Datenträger“ wird in den meisten Fällen wohl ein per Post (allenfalls per Telefax) gesendetes Schreiben sein. Vor Erhalt einer derartigen Erklärung des

Verbrauchers wird der Dienstleister nicht tätig werden wollen, muss er doch sonst die nachteiligen Folgen eines Rücktritts (Verlust des Entgelts-Anspruchs) befürchten.

Faktisch wird dies einerseits zu einer zeit- und kostenaufwendigeren Kommunikation zwischen Verbraucher und Unternehmer führen und andererseits zu einer beträchtlichen Verlangsamung der Erbringung individueller Dienstleistungen.

Es ist davon auszugehen, dass sich damit im Anwendungsbereich dieses Gesetzes die Kosten der Dienstleistungs-Vorbereitung und die Dauer bis zur Erbringung der Dienstleistung beträchtlich erhöhen werden, und eine geringere Lebensqualität für Verbraucher bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen bei gleichzeitiger Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für Unternehmer (im Vergleich zu solchen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie) die Folge sein wird.

Zu § 11 (Rücktrittsrecht und Rücktrittsfrist):

Auf die Problematik eines Rücktritts im Fall eines anwaltlichen Mandatsvertrages, die sich aus der Regelung des § 11 Abs 2 RAO ergibt, wurde bereits an anderer Stelle oben (zu § 4) hingewiesen.

Zu § 12 (Unterbliebene Aufklärung über das Rücktrittsrecht):

Die Verlängerung der Rücktrittsfrist um 12 Monate bei Unterlassung der Informationspflicht gem § 4 Abs 1 Z 8 erscheint unverhältnismäßig lang, da während der gesamten Rücktrittsfrist von einer bloß schwebenden Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen ist. Dienstleistungen werden vor dem Ablauf von 12 Monaten im Regelfall bereits vom Verbraucher konsumiert worden sein und Waren werden nach Ablauf von 12 Monaten möglicherweise gar nicht mehr wiederverkaufbar sein.

Zu § 13 (Auskunft des Rücktrittsrechts):

Bereits an anderer Stelle, nämlich oben zu § 3 Abs 4 KSchG, wurde auf die Widersprüchlichkeit dieser Regelung hingewiesen, die einerseits „keine bestimmte Form“ erfordert, andererseits aber davon ausgeht, dass die Rücktrittserklärung „abgesendet wird“.

Wie bereits oben erwähnt, bleibt damit offen, ob die Rücktrittserklärung in lesbarer Form, in einer für den Empfänger verständlichen Weise, abgegeben werden muss oder ob die Erklärung auch dann gültig ist, wenn sie für den Empfänger völlig unleserlich, unverständlich und als Rücktrittserklärung nicht erkennbar ist.

Lediglich aus § 14 Abs 1 ist ableitbar, dass die Rücktrittserklärung dem Unternehmer immerhin zugegangen sein muss, um wirksam zu sein.

Zu § 14 (Pflichten des Unternehmers bei Rücktritt des Verbrauchers vom Vertrag):

Vorweg ist anzumerken, dass das FAGG anscheinend davon ausgeht, dass der Verbraucher das vertraglich vereinbarte Entgelt regelmäßig im Vorhinein an den Unternehmer bezahlt.

Zweckmäßig erscheint, dass für die Rückzahlung „das selbe Zahlungsmittel“ gefordert wird, wie es vom Verbraucher für die Leistung seiner Zahlung verwendet worden war.

Zweckmäßig erscheint auch die in Abs 3 enthaltene Bestimmung, wonach der Unternehmer die Rückzahlung verweigern kann, bis er entweder die Ware zurückerhalten oder ihm der Verbraucher einen Nachweis über die Rücksendung der Ware erbracht hat.

Da § 14 eine „allgemeine Regel“ für die Pflichten des Unternehmers bei Rücktritt des Verbrauchers vom Vertrag aufstellt, aber lediglich für den Verkauf von Waren ein Rückzahlungsverweigerungsrecht des Unternehmers vorsieht, stellt sich die Frage, ob das Fehlen einer Regelung für Dienstleistungen eine ungewollte „Regelungslücke“ darstellt, oder ob die vom Gesetz gewollte Lösung für Dienstleistungserbringer durch einen Umkehrschluss aus Abs 3 zu ermitteln ist. Ein solches Ergebnis wäre für die Dienstleistungserbringer aber schlichtweg verheerend, denn sie hätten keinerlei Rückzahlungsverweigerungsrecht, selbst dann nicht, wenn der Verbraucher sich die ihm gegenüber erbrachte individuelle Dienstleistung bereits endgültig und unabänderlich zugewendet hat. Ob dem Dienstleistungserbringer in diesem Fall subsidiäre Bereicherungsansprüche und die durch solche gebotene Aufrechnungsmöglichkeit zu Hilfe kommen oder auch diese durch das FAGG als *lex specialis* ausgeschlossen sind, lassen sowohl der Gesetzestext wie auch die Erläuterungen unbeantwortet.

Zu § 15 (Pflichten des Verbrauchers bei Rücktritt vom Kaufvertrag):

Die im Absatz 4 vorgesehene Bestimmung ist in mehrerlei Hinsicht fragwürdig.

Einerseits ist die aus dem letzten Satz des Absatz 4 vorgesehene Pönale zu Lasten des Unternehmers sachlich nicht gerechtfertigt, der schon allein deswegen keinen Ersatz für einen Wertverlust der von ihm gelieferten Ware erhält, wenn er seiner Informationspflicht gem. § 4 Abs 1 Z 8 nicht nachgekommen war.

Mangels eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwischen der Unterlassung der Informationspflicht gem. § 4 Abs 1 Z 8 und einem vom Verbraucher verursachten Wertverlust der Ware erscheint diese Rechtsfolge sachlich nicht gerechtfertigt.

Zu eng ist überdies die Regelung des Wertverlust-Ersatzes, wenn nur der „nicht notwendige Umgang“ mit der Ware Ersatzansprüche auslösen kann. Wurde beispielsweise eine gelieferte neue Waschmaschine zwecks Funktionstest irrtümlich nicht an einer 220-Volt-Leitung angeschlossen, sondern an einer Drehstromleitung mit 360 Volt und brannte dadurch der Motor durch, so kann in dem vom Verbraucher angestrebten Funktionstest noch kein „nicht notwendiger Umgang“ mit der

Waschmaschine erblickt werden, sondern war ein „fehlerhafter oder irrtümlicher Umgang“ mit der Waschmaschine ursächlich für deren Zerstörung. Nach dem derzeitigen Wortlaut des § 15 Abs 4 hätte der Verbraucher den Wertverlust (der unbrauchbar gewordenen) Waschmaschine nicht zu ersetzen.

Zu § 16 (Pflichten des Verbrauchers bei Rücktritt von einem Vertrag über Dienstleistungen, Energie- und Wasserlieferungen oder digitale Inhalte):

Bereits oben (zu § 10) war darauf hingewiesen worden, dass das Procedere, dessen es bedarf, um dem Verbraucher die von ihm meist gewünschte rasche Dienstleistungserbringung zu verschaffen, überaus aufwendig ist und de facto zu erheblichen Verzögerungen bei der Erbringung von Dienstleistungen führen wird.

Aus § 16 Abs 2 lässt sich geradezu eine gesetzliche Vermutung für die Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen ableiten. Nur dann besteht Anspruch auf Entgelt, wenn der Unternehmer auf die Bestimmungen des § 4 Abs 1 Z 8 und 10 hingewiesen hatte.

Aus dieser Regelung ergibt sich, dass selbst jener Dienstleister, der seine Dienstleistung vollständig erbracht hat und diese Dienstleistung vom Verbraucher auch zur Gänze in Anspruch genommen worden war, das von ihm vereinnahmte Entgelt für seine Dienstleistung vollständig an den Verbraucher zurückerstatten muss, wenn dieser keine Erklärung gem. § 10 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 und 2 iVm § 18 Abs 1 Z 1 abgegeben hatte oder vom Dienstleistungserbringer nicht gem § 4 Abs 1 Z 8 und 10 belehrt worden war.

In die gleiche Richtung der Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen verweist der Absatz 3 dieser Bestimmung betreffend Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeicherten digitalen Inhalten. Diese Bestimmung kann sowohl digitale Medien wie auch die Angebote bestimmter Datenbanken betreffen.

Die genannten Bestimmungen lassen auf eine geringe Wertschätzung von Dienstleistungen schließen. Dies ist umso bemerkenswerter, als gerade die europäischen Volkswirtschaften und insb auch die österreichische Volkswirtschaft besonders stark vom Dienstleistungssektor geprägt und von dessen Beitrag zum BIP angewiesen ist.

Zu § 18 (Ausnahmen vom Rücktrittsrecht):

Aus der Z 1 dieser Bestimmung wird nochmals deutlich, wie sehr der vorliegende Entwurf formale Aspekte in ihrer Bedeutung gegenüber materiellen Aspekten in den Vordergrund rückt.

Neuerlich hinzuweisen wäre darauf, dass gerade bei einer Dienstleistung, die aus vielen einzelnen Komponenten besteht, wie zB bei den Vertretungs- oder Beratungsleistungen eines Rechtsanwaltes leicht zweifelhaft sein kann, ob und wann sie „vollständig erbracht wurde“.

Unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebotes erscheint fragwürdig, dass zwar gem § 18 Abs 1 Z 3 Waren, die nach Kundenspezifikationen angefertigt wurden

oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind, vom Rücktrittsrecht ausgenommen sind, nicht aber Dienstleistungen die nach Kundenspezifikation erbracht wurden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind. Eine sachliche Rechtfertigung für diese unterschiedliche Behandlung von Waren und Dienstleistungen lässt sich in diesem Zusammenhang nicht erkennen.

§ 18 Abs 1 Z 11:

Auch aus dieser Bestimmung ergibt sich das Erfordernis eines bürokratischen und zeitaufwendigen Vorgehens:

Benötigt ein Verbraucher dringend mehrere Grundbuchsauszüge deren Kosten € 50,- übersteigen könnten (§ 1 Abs 2 Z 1) und beauftragt er einen Rechtsanwalt, ihm diese zu besorgen, so kann der Rechtsanwalt dieser Aufforderung nicht ohne weiteres nachkommen, sondern muss erst eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauches nach § 10 Abs 2 verbunden mit dessen Kenntnisnahme vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vorzeitigem Beginn der Vertragserfüllung (in Schriftform!) abwarten, sodann dem Verbraucher eine Ausfertigung oder Bestätigung des Vertrages nach § 5 Abs 2 oder § 7 Abs 3 – ebenfalls auf einem dauerhaften Datenträger, also nicht per E-Mail – zukommen lassen, ehe er darauf vertrauen kann, die Grundbuchsauzüge für den Verbraucher aus der Datenbank des Bundesrechenzentrums kostenpflichtig abrufen zu können ohne dem Risiko ausgesetzt zu sein, selbst auf den Kosten dieser Datenbankabfrage „sitzen zu bleiben“.

Angesichts des Erfordernisses der Absendung und des Empfangs schriftlicher Erklärungen und Bestätigungen wird der Rechtsanwalt es in unserem Beispiel wohl vorziehen, seinem Klienten nahezu legen, sich seine Grundbuchsauszüge doch bitte selbst beim nächstgelegenen Bezirksgericht abzuholen, wenn er sie wirklich dringend braucht.

Zu § 18 Abs 2 wäre anzumerken, dass eine gleichartige Regelung wie sie hier für die Fälle, in denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich zu einem Besuch zur Ausführung der Arbeiten aufgefordert hat, nicht nur für dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten gelten sollte, sondern auch für die Erbringung anderer Dienstleistungen, die der Verbraucher dringend benötigt und bei deren Verzögerung dem Verbraucher schwerwiegende Nachteile drohen. Dies würde nicht nur für den von einem Strafverfahren betroffenen oder von einer „einstweiligen Verfügung“ bedrohten Verbraucher einen erheblichen Vorteil mit sich bringen, sondern hätte überdies zur Folge, dass nach dem derzeitigen Wortlaut bestehende Wertungswiderspruch (Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten rechtfertigen eine Ausnahme, Freiheitsentzug jedoch nicht) in einer auch verfassungsrechtlich gebotenen Weise aufgelöst würde.

Diesbezüglich wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf das in der Stellungnahme zu § 3 Z 1 lit a dargelegte Beispiel verwiesen.

Zu § 19 (Strafbestimmungen):

Es stellt sich die Frage, welches Signal die Rechtsordnung aussendet, wenn sie die bloße Verletzung formaler Hinweispflichten zusätzlich zu zivilrechtlichen Rechtsfolgen (zB Verlust des Entgeltsanspruchs) unter Strafe stellt, es hingegen bei tatsächlichen Schäden aus der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung von Verträgen bei lediglich zivilrechtlichen Rechtsfolgen belässt.

Zusammenfassung:

Zusammenfassend weist der ÖRAK darauf hin, dass der Spielraum, welchen die Richtlinie 2011/83/EU den Mitgliedstaaten für möglichst sachgerechte Regelungen belässt – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – vom österreichischen Gesetzgeber genützt werden sollte.

Voraussichtlich wird die Verwirklichung dieses Gesetzesvorhabens für die österreichische Volkswirtschaft nicht ohne Kostenfolgen bleiben. Der Aufwand für wechselseitige Absicherung, Versendung wechselseitiger Erklärungen und Bestätigungen auf Papier oder dauerhaften Datenträgern wird zu Kostenerhöhungen und Verzögerungen bei der Leistungserbringung führen.

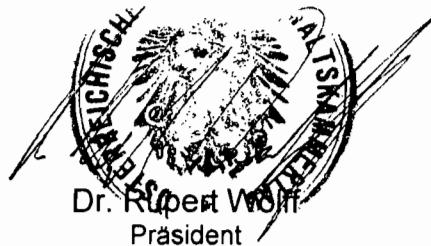
Die Wettbewerbsfähigkeit der im Geltungsbereich der Richtlinie befindlichen Volkswirtschaften wird zweifellos nicht erhöht, wenn an die Stelle rascherer und einfacher handhabbarer Kommunikationsmittel wieder Papier und „dauerhafte Datenträger“ treten, oder eine Vielzahl wechselseitiger Erklärungen und Erhaltsbestätigungen auszutauschen und abzuwarten sind.

Sowohl wegen den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einzelne Bestimmungen wie auch wegen der unsachlichen Ergebnisse einer undifferenzierten Anwendbarkeit des Gesetzes auf alle Arten von Dienstleistungen hegt der ÖRAK erhebliche Bedenken gegen etliche Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs.

Der ÖRAK dankt abschließend für die Möglichkeit zur Abgabe der gegenständlichen Stellungnahme.

Wien, am 4. März 2014

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Rupert Wolf
Präsident