



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Probleme der
Richtlinie über die Rechte der Verbraucher

Verfasserin

Mag. Carina Romanek

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

em. o. Univ.-Prof.Dr. Attila Fenyves

Meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

1. KAPITEL

EINLEITUNG	1
I. Problemstellung.....	1
II. Verbraucherschutz im Allgemeinen	3
III. Auslegung von Richtlinien	4
1. Wortinterpretation	6
2. Historische Interpretation	7
3. Teleologische-systematische Interpretation	8
IV. Gerichtsstand und Gerichtsstandsvereinbarung	11
1. EUGVVO	12
1.1. <i>Verbrauchergerichtsstand</i>	13
1.2. <i>Gerichtsstandsvereinbarung</i>	16
V. Internationales Privatrecht	16
1. EVÜ	17
1.1. <i>Internationales Privatrecht des Verbrauchers</i>	18
1.2. <i>Rechtswahl</i>	18
2. Kollisionsnormen der RL	20
2.1. <i>Gemeinschaftsrecht</i>	20
2.2. <i>Umsetzung durch § 13a KSchG</i>	21
3. Rom-I-VO	22
3.1. <i>Kollisionsnormen für Verbraucherverträge der Rom-I-VO</i>	22
3.2. <i>Rechtswahl</i>	24
3.3. <i>Form</i>	24

2. KAPITEL

GESCHICHTE UND ENTWICKLUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZRECHTS.....	25
I. Entstehen des Verbraucherschutzgedankens.....	25
II. Anfänge einer europäischen Verbraucherpolitik.....	26
III. Erste Gemeinschaftsaktionen zugunsten der Verbraucher	27
1. Erstes Programm für eine Politik zum Schutz der Verbraucher	27
2. Zweites Programm.....	28
3. EuGH: Verbraucherschutz als Schranke der Warenverkehrsfreiheit	29
4. Erste Verbraucherschutz-RL	29
5. Verbraucherschutz durch die EEA	30
6. Verbraucherpolitische Aktionspläne	31
7. Vertrag von Maastricht: Verbraucherschutz als eigene Politik	31
8. Vertrag von Amsterdam: Ausbau der Verbraucherpolitik.....	32
IV. Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht 2001	33
V. Grünbuch zum Verbraucherschutz 2001.....	34
VI. Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006	34
VII. Aktionsplan für ein kohärentes Vertragsrecht 2003.....	35
VIII. Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht 2004	37
IX. Grünbuch 2007	38

X.	Entwurf einer Verbraucherrichtlinie	39
XI.	Grünbuch 2010	40
XII.	Verabschiedung der Verbraucherrechterichtlinie	40
XIII.	Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	41

3. KAPITEL

GRUNDSATZ DER VOLLHARMONISIERUNG	43
I. Begriffsbestimmungen	44
1. Begriff der Vollharmonisierung	44
2. Begriff der Mindestharmonisierung	45
3. Begriff der differenzierenden Vollharmonisierung	46
II. Kompetenz zur Vollharmonisierung	47
1. Art 169 AEUV keine taugliche Grundlage	47
1.1. Art 169 Abs 2 lit b AEUV	48
1.2. Art 169 Abs 2 lit a AEUV	48
2. Art 114 AEUV als Kompetenzgrundlage	48
2.1. Tatbestandsmerkmal Binnenmarktverwirklichung	50
2.2. Auslegung durch den EuGH	51
2.3. Anwendbarkeit auf die RL	53
3. Verletzung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips?	57
III. Verhältnis zu anderen mitgliedstaatlichen Rechtsbehelfen	60
IV. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten	62
1. Anforderungen an die Umsetzung	62
3. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten	64
3. Erweiternde Umsetzung	66
4. Konkretisierung von Generalklauseln	68
V. Kritik	71

4. KAPITEL

RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES ÜBER DIE RECHTE DER VERBRAUCHER	74
I. Anwendungsbereich	74
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	74
2. Sachlicher Anwendungsbereich	74
2.1. Verbraucher	75
2.2. Unternehmer	77
2.3. „Dual use“-Problematik	78
2.4. Weder Verbraucher, noch Unternehmer?	79
2.5. Kaufvertrag	81
2.6. Dienstleistungsvertrag	84
2.7. Ausnahmen	85
a. Soziale Dienstleistungen	85
b. Gesundheitsdienstleistungen	86
c. Glücksspiele	87
d. Finanzdienstleistungen	88
e. Begründung, Erwerb oder Übertragung von Rechten an Immobilien	89

f.	Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen oder Vermietung von Wohnraum	89
g.	Pauschalreisen	90
h.	Timesharing.....	90
i.	Vor einem Öffentlichen Amtsträger geschlossene Verträge	90
j.	Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs	91
k.	Beförderung von Personen.....	92
l.	Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen	92
m.	Nutzung von Fernsprechern oder einzelnen Telefon-, Internet- oder Faxverbindungen	93
3.	Konkretisierungstiefe.....	93
II.	Allgemeine Informationspflichten	95
1.	Allgemeines	95
2.	Vorvertragliche Informationspflichten für Verbraucherverträge	96
3.	Sich aus den Umständen ergebende Informationen.....	99
4.	Zu den einzelnen Informationspflichten	100
4.1.	<i>Wesentliche Produktmerkmale</i>	100
4.2.	<i>Daten des Unternehmers</i>	101
4.3.	<i>Preis, Steuern, Abgaben</i>	102
4.4.	<i>Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen</i>	105
4.5.	<i>Gewährleistung und Garantie</i>	105
4.6.	<i>Laufzeit oder Kündigungsbedingungen</i>	106
4.7.	<i>Funktionsweise digitaler Inhalt</i>	107
4.8.	<i>Interoperabilität digitaler Inhalte</i>	107
5.	Ausnahme: Geschäfte des täglichen Lebens	108
6.	Verhältnis zu Informationspflichten anderer Rechtsakte.....	108
7.	Informationen als Vertragsbestandteil?	109
8.	Rechtsfolgen bei Verletzung	110
8.1.	<i>Fehlender Vertragsabschluss</i>	110
8.2.	<i>Schadenersatzansprüche</i>	111
8.3.	<i>Vertragsanfechtung</i>	112
8.4.	<i>Verbandsklage</i>	112
8.5.	<i>Bewertung</i>	113
III.	Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte	114
1.	Sachlicher Anwendungsbereich	114
1.1.	<i>Begriff des Fernabsatzvertrages</i>	114
1.2.	<i>Begriff des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages („Haustürgeschäft“)</i>	117
a.	Ausnahmeoption für „geringfügige“ Haustürgeschäfte	121
b.	Geschäftsanhahnung durch den Verbraucher.....	123
2.	Vorvertragliche Informationspflichten	124
2.1.	<i>Zu den einzelnen Informationspflichten</i>	125
a.	Wesentliche Produktmerkmale	125
b.	Identität des Unternehmers.....	125

c.	Kontaktdaten des Unternehmers	126
d.	Geschäftsanschrift des Unternehmers	126
e.	Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen	126
f.	Kosten für Fernkommunikationstechnik	127
g.	Zahlungs-, Lieferungs- und Leistungsbedingungen	127
h.	Bestehen eines Widerrufsrechtes	127
i.	Rücksendekosten im Widerrufsfall	128
j.	Zahlung eines angemessenen Betrages	129
k.	Nichtbestehen eines Widerrufsrechtes	130
l.	Gewährleistungsrecht	130
m.	Kundendienstleistungen und Garantie	130
n.	Verhaltenskodex	130
o.	Laufzeit oder Kündigungsbedingungen	131
p.	Minstdauer der Verpflichtungen	131
q.	Kautio oder finanzielle Sicherheit	131
r.	Funktionsweise digitaler Inhalte	132
s.	Interoperabilität digitaler Inhalte	132
t.	Außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren	132
2.2.	<i>Verhältnis zu Informationspflichten anderer Rechtakte</i>	133
2.3.	<i>Informationen als Vertragsbestandteil</i>	134
a.	Nichtigkeit eines Vertrages bei Verletzung der Informationspflichten? .	134
b.	Nicht erteilte Informationen als Vertragsbestandteil?	135
2.4.	<i>Rechtsfolgen bei Verletzung</i>	136
a.	Allgemeines	136
b.	Nichtaufklärung über zusätzliche und sonstige Kosten	137
c.	Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht	137
d.	Nichtaufklärung über die Zahlung eines angemessenen Betrages	139
2.5.	<i>Harmonisierungsgrad</i>	139
2.6.	<i>Sprachliche Anforderung an Informationen</i>	139
3.	Formvorschriften	140
3.1.	<i>Formale Anforderungen für Haustürgeschäfte</i>	140
a.	Vorvertragliche Pflichten	140
b.	Nachvertragliche Pflichten	140
c.	Optionales, weniger strenges Informationsregime für Handwerker- arbeiten	141
3.2.	<i>Formale Anforderungen an Fernabsatzgeschäfte</i>	143
a.	Vorvertragliche Pflichten - Allgemeines	143
b.	Vorvertragliche Pflichten für Onlinehandel	143
c.	Vorvertragliche Pflichten - Begrenzter Raum oder begrenzte Zeit für die Darstellung von Informationen	145
d.	Vorvertragliche Pflichten - Telefonische Anrufe	145
e.	Nachvertragliche Pflichten – Allgemeines	146
f.	Nachvertragliche Pflichten - Optionale Regelung für Telefonanrufe	146
g.	Verhältnis zu Artt 9 und 11 E-Commerce-RL	147

3.3.	<i>Erfordernis bei Beginn der Dienstleistung oder Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme während der Widerrufsfrist</i>	147
3.4.	<i>Informationserteilung durch die Muster-Widerrufsbelehrung</i>	148
4.	<i>Widerruf</i>	148
4.1.	<i>Allgemeines</i>	148
4.2.	<i>Widerrufsfrist</i>	149
a.	14-Tages-Frist	149
b.	Fristverlängerung bei Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht	150
c.	Berechnung der Widerrufsfrist	151
4.3.	<i>Ausübung des Widerrufsrechts</i>	152
a.	Verwendung des Muster-Widerrufsformulars	152
b.	Erklärung des Widerrufs in beliebiger anderer Form	152
c.	Optionale Erklärung auf der Webseite des Unternehmers	153
d.	Beweislast	153
4.4.	<i>Beendigungswirkung des Widerrufs</i>	154
4.5.	<i>Rückabwicklung – Pflichten des Unternehmers im Widerrufsfall</i>	154
a.	Zurückzuerstattende Zahlungen	154
b.	Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen?	155
c.	Zahlungsmittel des Rückzahlungsbetrages	155
d.	Zurückzahlungsfrist – Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers	156
4.6.	<i>Rückabwicklung – Pflichten des Verbrauchers im Widerrufsfall</i>	158
a.	Zurücksendung der Waren	158
b.	Frist	158
c.	Kostentragung durch den Verbraucher	158
d.	Haftung für einen Wertverlust	159
e.	Sonderregelung bei Beginn der Dienstleistung oder Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme während der Widerrufsfrist	161
f.	Sonderregelung für digitale Inhalte	164
g.	Harmonisierungsgrad	165
4.7.	<i>Wirkung des Widerrufs auf akzessorische Verträge</i>	165
4.8.	<i>Ausnahmen vom Widerrufsrecht</i>	166
a.	Dienstleistungsverträge	167
b.	Waren mit vom Finanzmarkt abhängigen Preisschwankungen	168
c.	Nach Kundenspezifikationen angefertigte Waren	168
d.	Schnell verderbliche Waren	169
e.	Versiegelte Waren	169
f.	Waren, die nach der Lieferung mit anderen Gütern vermischt werden	170
g.	Alkoholische Getränke	170
h.	Dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten	171
i.	Versiegelte Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware	172
j.	Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierte	172
k.	Auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossene Verträge	172
l.	Freizeit-Dienstleistungen	172
m.	Digitale Inhalte	173
IV.	<i>Öffentliche Versteigerungen</i>	175
1.	Definition	175

1.1.	„Versteigerung“ iSd Art 2 Abs 15 RL-Entwurf.....	175
1.2.	„Öffentliche Versteigerung“ iSd Art 2 Z 13 Verbraucher-RL	177
2.	Informationspflichten	178
3.	Ausnahme vom Widerrufsrecht	178
V.	Sonstige Verbraucherrechte	179
1.	Lieferung.....	179
1.1.	Fälligkeit der Lieferung	179
1.2.	Anforderungen an die Lieferung	181
1.3.	Rücktritt wegen Lieferverzuges.....	182
1.4.	Rücktrittsfolgen	185
1.5.	Den Mitgliedstaaten überlassene Regelungsbereiche iZm Lieferungen.....	186
2.	Gefahrtragung beim Versendungskauf.....	186
3.	Besondere Entgelte	189
3.1.	Entgelte für bestimmte Zahlungsmittel.....	189
3.2.	Entgelte für telefonische Kommunikation	190
3.3.	Zusätzliche Zahlungen.....	191
5.	Nicht bestellte Waren und Dienstleistungen	194
VI.	Ergänzende Bestimmungen	196

5. KAPITEL

AUSBLICK	198
----------------	-----

ANHANG	201
--------------	-----

I. Muster-Widerrufsbelehrungsformular	201
II. Muster-Widerrufsformular	205

LITERATUR	206
-----------------	-----

JUDIKATUR DES EUGH	219
--------------------------	-----

JUDIKATUR DES OGH UND DES BGH.....	224
------------------------------------	-----

ABSTRACT	225
----------------	-----

CURRICULUM VITAE	229
------------------------	-----

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 946/1811
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in Kraft seit 1.12.2009, C 115/47
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh	Anhang
Art	Artikel
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch, dRGBI 1896, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt [österreichisch: Jahr/Nummer; ab 1997: Teil Jahr/Nummer]
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BR	Bundesrepublik
bspw	beispielsweise
d	deutscher, -e, -es (vor einer anderen Abkürzung)
Diss	Dissertation
dt	deutscher, -e, -es
E	Entscheidung
EEA	Einheitliche Europäische Akte, ABl. L 169 vom 29.6.1987
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ist durch den Vertrag von Lissabon mit Wirkung zum 1.12.2009 in AEUV umbenannt worden
endg	endgültig
ErwG	Erwägungsgrund, -gründe
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (sog Brüssel-I-Verordnung), ABl L 12 vom 16.1.2001, 1-23
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

	(sog Brüsseler Übereinkommen, das von der EUGVVO abgelöst wurde); ABI L 299 vom 31.12.1972, 32-42; BGBl III 1998/209
EUV	Vertrag von Maastricht über die Europäische Union, ABI. C 191 vom 29.07.1992
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Europäisches Schuldvertragsübereinkommen); ABI L 266 vom 9.10.1980, 1-19; BGBl III 1998/208
EZB	Europäische Zentralbank
f	folgender, -e, -es
Fernabsatz-RL	RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 1997/144, 19
ff	und die folgenden
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung 1994, BGBl 194/1994
gg	gegen
ggf	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
GRR	Gemeinsamer Referenzrahmen, „Common Frame of Reference“, daher auch CFR, ein Rahmenentwurf für ein einheitliches europäisches Zivilrecht
grs	grundsätzlich
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idgF	in der geltenden Fassung
idF	in der Fassung
idS	in diesem Sinne
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz vom 15.6.1978 über das Internationale Privatrecht, BGBl 1978/304
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JBf	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm

Kap	Kapitel
Klausel-RL	RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 1993/95, 29
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (sog Lugano-Übereinkommen), BGBl 1996/448
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
MRK	Menschenrechtskonvention, vom 4.11.1950
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (dt)
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
österr	österreichischer, -e, -es
Prot	Protokoll
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rom-I-VO	VO (EG) 2008/593 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Rom I-Verordnung, die seit 17.12.2009 das EVÜ abgelöst hat), ABI L 177 vom 4.7.2008, 6-16
Rom II-VO	VO (EG) 2007/864 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Rom-II-Verordnung, die seit 11.1.2009 die entsprechenden IPRG-Regelungen abgelöst hat), ABI L 199 vom 31.7.2007, 40-49
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung (die Entscheidungen des EuGH werden in den Slg der Rsp des EuGH veröffentlicht)
sog	sogenannter, -e, -es
stRsp	ständige Rechtsprechung

SZ	Entscheidungen des OGH in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen
TKG	Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003
TNG	Bundesgesetz über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an unbeweglichen Sachen (Teilnutzungsgesetz), BGBl I 1997/32
ua	unter anderem; und andere, -s
uÄ	und Ähnliche(s)
udgl	und dergleichen
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé, (Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts) mit Sitz in Rom, gegründet 1926
Unterabs	Unterabsatz
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

1. KAPITEL

EINLEITUNG

I. Problemstellung

Gegenstand meiner Dissertation ist die am 10.10.2011 verabschiedete Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher (in der Folge kurz als „Verbraucher-RL“ bezeichnet)¹, in der die Fernabsatz-RL² sowie die Haustürgeschäfte-RL³ aufgehen. Die Verbraucher-RL ist eine Kompromisslösung von Rat und Europäischem Parlament, der das Europäische Parlament am 23.06.2011 zustimmte. Seit 12.12.2011, 20 Tage nach Veröffentlichung der RL im Amtsblatt, steht sie in Kraft und ist von den Mitgliedstaaten bis zum 13.12.2013 umzusetzen⁴. Ihr Ziel ist die Vereinfachung der Verbraucherrechte durch die kohärente systematische Zusammenfassung der Fernabsatz- und der Haustürgeschäfte-RL, wie auch die Angleichung der Verbraucherrechte mit Hilfe eines vollharmonisierenden Ansatzes⁵.

Der ursprünglich im November 2008 von der Europäischen Kommission veröffentlichte Entwurf für eine Verbraucherrichtlinie⁶ (in der Folge kurz als „RL-Entwurf“ bezeichnet), in der die Fernabsatz-RL, die Klausel-RL⁷, die Haustürgeschäfte-RL, sowie die Verbrauchsgüterkauf-RL⁸ harmonisiert werden sollten, wurde in weiten Teilen abgeändert, insbesondere aber wurde von der Einbeziehung der Klausel-RL sowie der Verbrauchsgüterkauf-RL abgesehen

¹ RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI L 304/64 vom 22.11.2011.

² RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 144 vom 4.6.1997, 19.

³ RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 372 vom 31.12.1985, 31.

⁴ Art 28 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁵ Lerm, Die Verbraucherrechte-Richtlinie im Widerspruch zur Kompetenzordnung des europäischen Primärrechts, GPR 2012, 166.

⁶ Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg.

⁷ RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 95 vom 21.4.1993, 29.

⁸ RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 171 vom 7.7.1999, 12.

und der im RL-Entwurf vorgesehene allgemeine Vollharmonisierungsansatz überarbeitet.

Die vorliegende Verbraucher-RL ist sohin eine im Zuge einer mehrere Jahre andauernden Diskussion gefundene Kompromisslösung.

Die wohl am meisten umstrittene Regelung normierte Art 4 des ursprünglich veröffentlichten RL-Entwurfs der Europäischen Kommission, mit welchem ein Paradigmenwechsel vom Prinzip der Mindestharmonisierung hin zur Vollharmonisierung stattfinden sollte. Die zahlreiche Kritik dazu, vor allem betreffend die partielle Absenkung des Verbraucherschutzniveaus in einigen Mitgliedstaaten, führte zu einer Kompromisslösung in der Form, dass zwar nunmehr grundsätzlich als Grad der Harmonisierung die Vollharmonisierung vorgesehen ist, dies allerdings mit der Einschränkung „sofern diese Richtlinie nichts anderes bestimmt“⁹.

In der Geschichte des europäischen Zivilrechts bedeutet die Verabschiedung der vorliegenden RL mit einer – wenn auch im Vergleich zum ursprünglich veröffentlichten RL-Entwurf relativierten – immer noch weitgehenden Vollharmonisierung einer Materie, die Kernbereiche des Zivilrechts berührt, einen weiteren Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts. Im 2. Kapitel „Geschichte und Entwicklung des Verbraucherschutzes“ soll die wachsende Bedeutung des Verbraucherschutzes innerhalb der EU, sowie die stete Entwicklung des Verbraucherschutzes aufgezeigt werden, die mit der vorliegenden RL ihren vorläufigen Höhepunkt durch Normierung der Vollharmonisierung erreicht. Aufgrund der Vorreiterrolle des Verbraucherrechts für die Vereinheitlichung von Zivilrecht auf europäischer Ebene wird sie für die weitere Entwicklung der Zivilrechtsvereinheitlichung - möglicherweise in einiger Ferne mit dem (derzeit nicht erklärten) Ziel eines europäischen Zivilgesetzbuches – wegweisend sein. Von dementsprechender politischer Brisanz ist diese Frage der Normierung der Vollharmonisierung nicht zuletzt auch deshalb, weil durch die vorliegende Verbraucher-RL Kernbereiche des Vertragsrechtes berührt werden.

Ziel meiner Dissertation ist es, den aktuellen Diskussionsstand zur Verbraucher-RL zusammen zu fassen und zu bewerten, die Neuerungen des Verbraucherrechts durch die RL im Detail zu erörtern, Auswirkungen und Inkohärenzen mit dem derzeitigen österreichischen Verbraucherrecht aufzuzeigen, den Versuch einer Einordnung des Vollharmonisierungsgrundsatzes zu unternehmen und dessen Umfang zu erörtern.

⁹ Vgl Art 4 Verbraucher-RL.

Zunächst werde ich die durch die ständige Rsp des EuGH entwickelten methodischen Grundlagen zur Auslegung von RL umreißen, mithilfe derer die zu behandelnde RL auszulegen ist.

II. Verbraucherschutz im Allgemeinen

Unter den Begriff des Verbraucherschutzes fallen alle jene Regelungen, welche dem Schutz des Verbrauchers dienen¹⁰.

Verbraucherschutz ist eine Querschnittsmaterie und lässt sich keiner klassischen rechtswissenschaftlichen Teildisziplin zuordnen. Regelungen dieser Materien finden sich in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten wie dem Zivil-, Verwaltungs-, Zivilverfahrens-, Europa- und Strafrecht. Es gibt nicht eine abgeschlossene Verbraucherschutzkodifikation, verbraucherschutzrechtliche Vorschriften sind vielmehr in verschiedenen Gesetzen anzutreffen. Welche Regelungen dem Verbraucherschutzrecht zuzuschreiben sind, ergibt sich aus dem jeweiligen Schutzzweck der Vorschriften¹¹.

Im Verwaltungsrecht etwa hat ein Teil der Bestimmungen der GewO einen verbraucherschützenden Hintergrund, im Unternehmensrecht ist beispielsweise im UWG seit der Novelle 1971 klargestellt worden, dass das UWG auch den Schutz der Verbraucher zum Zweck hat¹².

Das liberale Modell der Privatautonomie im Zivilrecht wird bei b2c¹³-Geschäften aufgrund der typisiert betrachteten wirtschaftlichen Überlegenheit der Unternehmers gegenüber dem Verbraucher der Realität nicht gerecht. Dem möchte der Verbraucherschutz entgegen wirken. Das Ziel des Verbraucherschutzes liegt im Ausgleich eines zwischen Unternehmern und Verbrauchern bestehenden Macht- und Informationsgefälles und der damit einhergehenden Ungleichgewichtslage durch wirtschaftliche Unterlegenheit und mangelnde Rechtskenntnis des Verbrauchers¹⁴. Dieser Zweck rechtfertigt auch eine Einschränkung der Vertragsfreiheit¹⁵. Gleichmaßen wird formuliert, dass das Verbraucherrecht das faktisch zwischen Verbrauchern und Unternehmern

¹⁰ Zöchling-Jud in Mayer/Stöger, EUV/AEUV (2011), Art 169 Rz 1.

¹¹ Borchert, Verbraucherschutzrecht (1994) 3.

¹² Rüffler, Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht, in Aicher/Holoubek (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 194.

¹³ Abkürzung für Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmern und Konsumenten, entlehnt von Business-to-Consumer.

¹⁴ Perner/Spitzer, Bürgerliches Recht. Lernen – Üben – Wissen (2007) 27.

¹⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 402.

bestehende Ungleichgewicht auszugleichen versucht und umgekehrt auf diese Weise die Vertragsfreiheit wieder herstellt¹⁶. Eine scharfe Abgrenzung des „Verbraucherschutzrechts“ ist insofern nicht möglich, als der Begriff des Verbrauchers je nach Materie und Rechtsakt aufgrund unterschiedlicher Zielsetzungen (noch) divergiert.

Verbraucherschutz ist einer der erklärten Ziele der EU¹⁷, welche gemäß Art 169 Abs 1 AEUV zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen leistet.

III. Auslegung von Richtlinien

An sich normiert Art 288 Abs 3 AEUV¹⁸ für RL die Verbindlichkeit nur hinsichtlich ihrer jeweiligen Ziele und überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel für die Umsetzung. Rechtsverbindlich wird der Inhalt einer RL erst, wenn ein Mitgliedstaat ihre Vorgaben umsetzt und sein nationales Recht entsprechend ändert¹⁹. Obwohl daher RL in der Regel keine unmittelbare Wirkung für den einzelnen Bürger entfalten, ist die Auslegung von RL dennoch von erheblichem Interesse. Einerseits hat jeder Mitgliedstaat, bevor er die RL in nationales Recht transformiert, zunächst die RL auszulegen, um seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Umsetzung entsprechend nachkommen zu können. Andererseits gibt es nach stRsp des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit von RL²⁰. Weiters haben es die Gerichte der Mitgliedstaaten ab Inkrafttreten einer RL soweit wie möglich zu unterlassen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit der RL verfolgten Ziels nach

¹⁶ Borth-Böhler, Vorlesung Verbraucherrecht WS 2012/13.

¹⁷ Durch Art 2 des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon wurde der EGV in den AEUV umbenannt. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die EG aufgelöst und all ihre Funktionen von der EU übernommen. Im Folgenden wird „EU“ nicht im technischen Sinn verwendet, sondern synonym zum Gemeinschaftsgesetzgeber, wiewohl bis 1.12.2009 Gemeinschaftsgesetzgeber die EG war und die EU nur politischer Dachverband der drei Säulen. Seit 1.12.2009 sind alle Funktionen der EG von der EU übernommen, womit diese nunmehr Gemeinschaftsgesetzgeberin ist. Der besseren Lesbarkeit wegen wird im Folgenden stets einheitlich die Bezeichnung „EU“ verwendet, wenn auch teilweise auf Zeitpunkte Bezug genommen wird, als die Bezeichnung noch „EWG“ oder „EG“ lautete.

¹⁸ Ex Art 249 Abs 3 EGV.

¹⁹ Brandt, Die Chance für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches (2009) 240.

²⁰ Erstmals EuGH 6.10.1970, C-9/70, *Franz Grad/Finanzamt Traunstein*, Slg 1970, 00825; im Detail Streinz, *Europarecht*⁷ (2005) Rz 443 ff.

Ablauf der Umsetzungsfrist gefährden würde²¹.

Eine RL kann unmittelbar angewendet werden, wenn

- der Inhalt der RL hinreichend bestimmt ist, sodass daraus unmittelbar Rechte abgeleitet werden können, kurzum kein Spielraum für den nationalen Gesetzgeber mehr vorhanden ist,
- die für die RL festgelegte Umsetzungsfrist abgelaufen ist und
- die unmittelbare Wirkung der RL keine Verpflichtung eines Bürgers²² zur Folge hat.

Kann allerdings eine RL trotz unzureichender Umsetzung mangels hinreichender Bestimmtheit nicht unmittelbar angewendet werden, so kann der Betroffene uU Schadenersatz gegen den Mitgliedstaat geltend machen²³.

Voraussetzungen dafür sind

- ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß des Mitgliedstaates gegen seine Umsetzungspflicht und dem Schaden des Betroffenen,
- die Verleihung von Rechten an einen Einzelnen als vorgegebenes Ziel der RL, sowie
- die Bestimmbarkeit des Inhalts dieser Rechte auf Grundlage der RL.

Zur Gewährleistung eines einheitlichen Standards in der EU kommt gemäß Art 267 AEUV dem EuGH das Auslegungsmonopol für sämtliche Quellen des Gemeinschaftsrechts zu²⁴. Der EuGH entscheidet über die Auslegung des AEUV, über Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

Nationale Gerichte kommen dennoch nicht um die Auslegung von EU-RL herum, weil sie die RL-Konformität österreichischen Rechts grundsätzlich selbst zu beurteilen haben²⁵. Bei Unsicherheiten kann oder muss dem EuGH die abstrakte Auslegungsfrage zur Vorabentscheidung vorgelegt werden²⁶. Die vom EuGH vorgenommene Interpretation der RL bindet in diesem Gerichtsverfahren. Da das Gemeinschaftsrecht selbst über keine positivierten

²¹ EuGH 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler ua/Ellinikos Organismos Galaktos*, Slg 2006 I-6057, Rz 123 f bzw Art 4 Abs 3 EUV und Art 288 Abs 3 AEUV.

²² RL können keine direkte Wirkung auf Beziehungen zwischen Privatrechtssubjekten entfalten, EuGH 14.7.1994, C-91/92, *Paola Faccini Dori/Recreb Srl.*, Slg 1994, I-03325, Rz 22 ff.

²³ EuGH 19.11.1991, C-9/90 und C-6/90, *Andrea Francovich ua/Italienische Republik*, Slg 1991, I-05357; *Hetmeier in Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 249 Rz 15.

²⁴ *Streinz*, Europarecht⁷ (2005) Rz 632.

²⁵ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil I (2007) Rz 1/44.

²⁶ Gemäß Art 234 EGV können alle Gerichte der Mitgliedstaaten, wenn sie die Vorabentscheidung für den Erlass ihres Urteils für erforderlich halten, eine Auslegungsfrage dem EuGH abstrakt vorlegen. Gerichte hingegen, deren Entscheidung nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden können, sind zur Vorlage bei Auslegungsschwierigkeiten an den EuGH verpflichtet.

Auslegungsregeln vergleichbar etwa mit jenen gem §§ 6 ff ABGB verfügt, werden Auslegungsgrundsätze für Gemeinschaftsrecht laufend durch die Rsp des EuGH entwickelt und geformt²⁷.

Grundsätzlich wendet der EuGH den in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorgesehenen Interpretationsmethoden vergleichbare Auslegungsmethoden an, und zwar Wort-, systematische, historische und teleologische Interpretation, ergänzt um gemeinschaftsrechtliche Eigenheiten. Die Gewichtung erfolgt meist zugunsten der teleologischen Interpretation. Der EuGH zieht damit die Auslegungsmethoden für Gesetze von Staaten jenen des Völkerrechts vor²⁸. Dies ist darin begründet, dass die Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts wie RL und VO keine völkerrechtlichen Verträge, sondern Rechtsakte einer supranationalen Gemeinschaft sind. Damit liegt der Vergleich zu Gesetzesrecht näher.

1. Wortinterpretation

Ausgangspunkt der Auslegung einer Vorschrift ist die Ermittlung des Sinns durch Wortinterpretation²⁹. Begriffe in gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften sind autonom auszulegen, sie dürfen daher nicht im Sinne einer einzelnen nationalen Rechtsordnung verstanden werden, sondern „im Lichte der gemeinsamen Rechtstradition der Mitgliedstaaten“³⁰. Eine Schwierigkeit bei der Wortinterpretation stellt dabei freilich dar, dass es auf Gemeinschaftsebene derzeit 24 Amtssprachen³¹ gibt. Alle Sprachfassungen sind dabei gleichermaßen verbindlich³². Es darf nach stRsp auch kein Unterschied nach der Bevölkerungsgröße der Mitgliedstaaten gemacht werden, die eine Sprache gebrauchen³³. In Zusammenschau mit dem Grundsatz der einheitlichen Auslegung ergibt sich folglich, dass bei der Auslegung eines Wortes nicht eine Sprachfassung für sich ausgelegt werden soll, sondern alle andere

²⁷ Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, 933.

²⁸ Schulze, Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999), 12.

²⁹ Neuner, Die Rechtsfortbildung in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) § 13 Rz 17.

³⁰ EuGH 7.12.1995, C-449/93, *Rockfon A/S/Specialarbejderforbundet i Danmark*, Slg 1995, I-04291; Weigl, ÖJZ 1996, 933.

³¹ VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. L 17 vom 6.10.1958, S 385 idF vom 1.7.2013.

³² EuGH 6.10.1982, C-283/81, *Srl Cilfit und Lanificio di Gavardo SpA/Ministero della Sanità*, Slg 1982, 03415.

³³ EuGH 20.11.2003, C-152/01, *Kyocera Electronics Europe GmbH/Hauptzollamt Krefeld*, Slg 2003, I-13821, Rz 32; EuGH 2.4.1998, C-296/95, *The Queen/ Commissioner of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, Slg 1998, I-01605, Rz 36; EuGH 9.1.2003, C-257-00, *Nani Givane ua/Secretary of State for the Home Department*, Slg 2003, I-00345 Rz 36.

Sprachfassungen mit einbezogen werden müssen³⁴. Bietet allerdings die Auslegung der verschiedenen Sprachfassungen keinen Anhaltspunkt für eine eindeutige Auslegung, so kann man aus der verwendeten Terminologie auch keine rechtlichen Folgen ableiten³⁵.

Abgesehen von der Auslegung im Lichte aller Sprachfassungen kann solange davon ausgegangen werden, dass jeder Textunterschied auch einen Bedeutungsunterschied in sich birgt, dies etwa bei Neufassung einer Bestimmung, solange der Beweis des Gegenteils nicht erfolgt. Es wird vermutet, dass der Verfasser der neuen Vorschrift den Willen hatte, vom bisherigen Maßstab abzugehen.³⁶

Angesichts der Sprachenvielfalt in der EU sind die Grenzen der Wortinterpretation oft schnell erreicht³⁷. Es muss dann anhand der anderen Interpretationsmethoden, insbesondere nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung, ausgelegt werden³⁸. Auch kann es im Einzelfall vorkommen, dass es über den eindeutigen Wortlaut eines Begriffs hinaus andere – teleologische oder systematische - Gesichtspunkte gibt, die eine weite, über den Wortlaut hinausreichende Auslegung zur Folge haben³⁹. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH nicht scharf zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, zu der er nach Art 220 EGV befugt ist⁴⁰, unterscheidet⁴¹. Richtigerweise liegt mE bei teleologischer Auslegung über den Wortlaut eines Begriffes hinaus ohne Vorliegen einer planwidrigen Lücke keine Auslegung im eigentlichen Sinn mehr vor, sondern eine für den Rechtsanwender insofern schwer einschätzbare und daher Unsicherheiten bergende Rechtsfortbildung durch das Gericht.

2. Historische Interpretation

Bei der Interpretation einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts ist auch der Wille der Vertragsschöpfer oder des Gemeinschaftsgesetzgebers eine Auslegungshilfe. Vom EuGH wird die Entstehungsgeschichte einer Richtlinie dann in die Auslegung mit einbezogen, wenn sie den Parteien des Verfahrens

³⁴ EuGH 11.7.1975, C-107/84, *Kommission/BR Deutschland*, Slg 1985, 02655, Rz 10.

³⁵ EuGH 27.10.1977, C-30-77, *Regina/Bouchereau*, Slg 1977, 01999, Rz 13/14.

³⁶ EuGH 1.6.1961, C-15-60, *Gabriel Simon/Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Slg 00241.

³⁷ *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 15.

³⁸ EuGH 1.4.2004, C-1/02, *Privat-Molkerei Borgmann GmbH&Co KG/Hauptzollamt Dortmund*, Slg 2004, I-03219, Rz 25.

³⁹ EuGH 11.7.1975, C-107/84, *Kommission/BR Deutschland*, Slg 1985, 02655, Rz 12f; *Weigl*, ÖJZ 1996, 933.

⁴⁰ Näher dazu *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 42.

⁴¹ *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis (2006), 278.

sowie den nationalen Gerichten zugänglich war⁴². In späteren Entscheidungen erklärte der EuGH, dass Dokumente, wie etwa Protokolle, zur Interpretation eines Rechtsakts überhaupt nur dann herangezogen werden dürfen und rechtliche Bedeutung haben sollen, wenn deren Inhalt im Wortlaut des Rechtsaktes Niederschlag gefunden hat⁴³.

Wenn allerdings Erwägungen in Protokollen im Wortlaut der Rechtsvorschrift ihren Niederschlag gefunden haben müssen, so wird bei deren Auslegung als Bestandteil des Rechtsaktes mE zumeist eine „gewöhnliche“ Wortinterpretation oder im Fall der Einbeziehung der vorangestellten ErwG eine „systematische“ Interpretation durchgeführt.

Der historischen Interpretation kommt in der Rsp des EuGH insgesamt eine wenig eigenständige Bedeutung zu - sie wird vor allem zur Bestätigung des Auslegungsergebnisses der teleologischen Interpretation herangezogen⁴⁴.

Die Grenze zur teleologisch-systematischen Interpretation ist dabei eine fließende, geben etwa die Begründungserwägungen, die jeder Richtlinie vorangestellt werden, nicht nur die subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers wieder, sondern vor allem auch den systematischen Zusammenhang und die bezweckten Ziele⁴⁵.

3. Teleologische-systematische Interpretation

Divergieren Sprachfassungen einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, so ist die fragliche Bestimmung nach dem Geist⁴⁶, der Systematik und dem Zweck der Regelung auszulegen⁴⁷. Der systematischen und der teleologischen Auslegung kommt in der Rsp des EuGH insgesamt die wohl größte Bedeutung zu⁴⁸. Hintergrund dieser Interpretationsmethoden ist es, Norm- und Wertungswidersprüche im Gesamtsystem innerhalb einer RL und mit dem

⁴² Weigl, ÖJZ 1996, 933.

⁴³ EuGH 19.3.1996, C-25/94, *Kommission/Rat*, Slg 1996, I-01469, 3. Leitsatz; EuGH 6.5.2003, C-104/01, *Libertel Groep BV/Benelux-Merkenbureau*, Slg 2003, I-03793, Rz 25.

⁴⁴ EuGH 9.1.2003, C-321/96, *Wilhelm Mecklenburg/Kreis Pinneberg*, Slg 1998, I-03809, Rz 28.

⁴⁵ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 23.

⁴⁶ EuGH 5.2.1963, C-26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, Slg 1963, 00003, 5. Leitsatz.

⁴⁷ EuGH 7.12.1995, C-449/93, *Rockfon A/S /Specialarbejderforbundet i Danmark*, Slg 1995, I-4291, Rz 28; EuGH 24.10.1996, C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K.Kraaijeveld BV e.a./Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, Slg 1996, I-05403, 1. Leitsatz; EuGH 9.9.2004, C-292/02, *Meiland Azweijn BV /Hauptzollamt Duisburg*, Slg 2004, I-07905, Rz 40; EuGH 30.1.2001, C-36/98, *Königreich Spanien /Rat*, Slg 2001, I-00779, Rz 49.

⁴⁸ Da sie sich oft kaum voneinander unterscheiden und ineinander übergehen, werden sie in diesem Kapitel gemeinsam behandelt.

primären Gemeinschaftsrecht durch Auslegung zu vermeiden. Es soll damit Sinn und Zweck eines Regelwerkes wie jenes einer RL ergründet und gleichzeitig Konformität mit dem primären Gemeinschaftsrecht erreicht werden. Notwendiges Postulat ist die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts⁴⁹, womit ein einheitlicher Anwendungsbereich sichergestellt werden soll. Daraus folgt, dass Begriffe des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten gleich auszulegen sind, unabhängig von und gegebenenfalls auch unterschiedlich zu den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Könnten Mitgliedstaaten nämlich die Begriffsinhalte festlegen, so hätten sie – entgegen der Kompetenzverteilung zwischen nationalen Gesetzgebern und dem europäischen Gesetzgeber – den Anwendungsbereich einer Gemeinschaftsrechtsvorschrift selbst in der Hand⁵⁰. Definiert das Gemeinschaftsrecht allerdings ein und denselben Rechtsbegriff in verschiedenen Rechtsakten unterschiedlich, so ist selbstverständlich eine Auslegung für jeden einzelnen Rechtsakt selbstständig vorzunehmen⁵¹.

Bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht sind weiters die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu beachten⁵², wie etwa das Recht auf Anhörung⁵³, der Grundsatz, dass sich Verfahrensmängel, die vom Leistungsempfänger nicht zu vertreten sind, für diesen nicht nachteilig auswirken dürfen⁵⁴ oder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵⁵. Bei ihnen handelt es sich um ungeschriebenes Primärrecht⁵⁶, das sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtsordnungen ergibt, konkret aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den von ihnen eingegangenen völkerrechtlichen Verträgen, insbesondere der MRK⁵⁷.

Darüber hinaus ist bei der Auslegung der „effet utile“, das sog Effizienzgebot, welches besagt, dass Gemeinschaftsrecht so auszulegen und anzuwenden ist, dass die Ziele des Gemeinschaftsrechtsaktes am besten und einfachsten erreicht werden, zu berücksichtigen. Dieses Prinzip, das in der Literatur auch

⁴⁹ EuGH 16.9.2004, C-227/01, *Kommission/Königreich Spanien*, Slg 2004, I-08253.

⁵⁰ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 25.

⁵¹ *Dessulemoustier-Bovekercke*, Die EG-Richtlinie über Pauschalreisen des Rates vom 13.Juni 1990 (90/314/EWG) im Rechtsvergleich mit Österreich und Deutschland (1997) 9.

⁵² EuGH 28.4.2009, C-420/07, *Meletis Apostolides/David Charles Orams und Linda Elizabeth Orams*, Slg 2009, I-03571, Rz 41; EuGH 15.2.2007, C-292/05, *Eirini Lechouritou ua/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, Slg 2007, I-01519, Rz 29.

⁵³ EuGH 10.7.2001, C-315/99P, *Ismeri Europa Srl/Rechnungshof der Europäischen Gemeinschaften*, Slg 2001, I-05281, Rz 28.

⁵⁴ EuGH 12.3.1987, C-22/86, *Giuseppe Rindone/Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münningen*, Slg 1987, I-01339, Rz 18.

⁵⁵ EuGH 19.6.1980, C-41/79, C-121/79 und C-796/79, *Vittorio Testa ua/Bundesanstalt für Arbeit*, Slg 1980, Seite 01979, 6. Leitsatz.

⁵⁶ Weigl, ÖJZ 1996, 933.

⁵⁷ *Hengstschläger*, Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts (Teil Ib), JBl 2000, 414.

als „dynamische Auslegung“ bezeichnet wird⁵⁸, besagt, dass eine Rechtsvorschrift des Gemeinschaftsrechts nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass die Ziele der Unionsverträge weitgehend und besonders wirksam erreicht werden⁵⁹. Auf dieser Grundlage begründete der EuGH beispielsweise die unmittelbare Anwendbarkeit von RL⁶⁰ und die Staatshaftung für den Fall des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht durch einen Mitgliedstaat⁶¹, da die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht gewährleistet wäre, wenn sich der Einzelne bei Verstoß eines Mitgliedstaates gegen Gemeinschaftsrecht auf die umzusetzenden Maßnahmen nicht berufen bzw keine Entschädigung verlangen könnte.

Aufgrund des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit erscheint es selbstverständlich, dass RL als erzeugtes Recht konform zu den Gründungsverträgen als erzeugendes Recht ausgelegt werden müssen. Allgemeiner gesprochen ist bedingt durch die Normenhierarchie bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des Sekundärrechts jenem Auslegungsergebnis der Vorzug zu geben, das mit dem Primärrecht vereinbar ist⁶².

Als weitere Auslegungsmaxime wird in der Lit das Regel-/Ausnahme-Prinzip genannt⁶³. Demzufolge werden die für die Gemeinschaftsrechtsordnung grundlegenden Begriffe und Rechtsfiguren, wie va die Grundfreiheiten, weit, Ausnahmen und Vorbehalte hingegen eng ausgelegt. Beschränkungen von Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten werden vom EuGH grundsätzlich restriktiv ausgelegt.

Eine wesentliche Stütze bei Vornahme der systematischen und teleologischen Interpretation durch den EuGH sind oftmals die ErwG, die als integraler Bestandteil des Rechtsaktes angesehen und daher auch zur Auslegung einer nachfolgenden RL herangezogen werden⁶⁴. Lässt sich ein Normtext durch Wortinterpretation nicht näher konkretisieren, so ist die Interpretation auch allein

⁵⁸ Posch, Auslegung von Gemeinschaftsrecht und umgesetztem Richtlinienrecht, AnwBl 1995, 703.

⁵⁹ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 26; EuGH 5.3.1996, C-46/93 und C-48-93, *Brasserie du Pecheur SA/BR Deutschland und The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd ua*, Slg 1996, I-01029, Rz 20.

⁶⁰ EuGH 6.10.1970, C-9/70, *Franz Grad/Finanzamt Traunstein*, Slg 1970, 00825, Rz 5; Posch, AnwBl 1995, 703.

⁶¹ EuGH 19.11.1991, C-6/90 und C-9/90, *Andrea Francovich ua/Italienische Republik*, Slg 1991, I-05357, Rz 33.

⁶² EuGH 13.12.1983, C-218/82, *Kommission/Rat*, Slg 1983, 04063, Rz 15; EuGH 29.7.1995, C-135/93, *Königreich Spanien/Kommission*, Slg 1995, I-01651, Rz 37.

⁶³ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 31.

⁶⁴ EuGH 15.5.1997, C-355/95, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Kommission und BR Deutschland*, Slg 1997, I-02549.

auf Grundlage der ErwG zulässig⁶⁵.

In der Lit gibt es zur Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs allein aufgrund allgemeiner RL-Ziele ausgesprochen kritische Stimmen, die darin eine unzulässige Überantwortung der Konkretisierung auf den EuGH sehen⁶⁶. Nach dieser Ansicht ziehe der EuGH nämlich unzulässigerweise, meistens unter Rückgriff auf die allgemeinen Ziele eines Rechtsaktes, etwa Verwirklichung des Binnenmarktes oder Stärkung des Verbrauchervertrauens, etc, die Konkretisierungskompetenz an sich.

Grundsätzlich bildet die Grenze jeder Auslegung der äußerst mögliche Wortsinn. Oftmals werden bei der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzung als Formelkompromisse⁶⁷ besonders allgemeine Begriffe verwendet. Dementsprechend gibt es dann einen erheblichen Auslegungsspielraum, bei dem aufgrund der Problematik im Zusammenhang mit der Wortinterpretation von gemeinschaftsrechtlichen Begriffen auch die Grenzen hin zur systematisch-teleologischen Interpretation fließend sind⁶⁸. Da gleichermaßen die Grenzen von Auslegung und Rechtsfortbildung ineinander über gehen, ist in diesem Zusammenhang auf die Grenzen der Rechtsfortbildung durch den allgemeinen Kompetenzrahmen der EU, die inhaltlichen Vorgaben des Verfassungsgesetzgebers und die Problematik der Akzeptanzfähigkeit von Urteilen hinzuweisen⁶⁹.

IV. Gerichtsstand und Gerichtsstandvereinbarung

Im Rahmen dieser Arbeit werden im Folgenden Rechtsfragen des IPR und der internationalen Zuständigkeit nur im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen erörtert. In diesem Kapitel wird kursorisch darauf eingegangen, wie Verbraucher mit Hilfe von Zuständigkeitsregeln geschützt werden⁷⁰.

Ein Prozess im Ausland ist für den Verbraucher insofern nachteilig, als ihm mit Übersetzungen, Dolmetschern, anwaltlicher Vertretung und Beratung im Ausland deutlich höhere Kosten entstehen als im eigenen nationalen Verfahren. Darüber hinaus stellen oftmals auch die Kosten der Vollstreckung im Ausland angesichts des bei Verbrauchersachen oft geringen Streitwerts ein Hindernis

⁶⁵ Herresthal, Die Regelungsdichte von (vollharmonisierenden) Richtlinien, in Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 152 f.

⁶⁶ Herresthal in Gsell/Herresthal 151.

⁶⁷ Weigl, ÖJZ 1996, 933.

⁶⁸ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 27.

⁶⁹ Borchardt in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ (2006) Art 220 Rz 44.

⁷⁰ Im Detail dazu siehe Van Husen, Gerichtsstand in Verbraucherangelegenheiten im Österreichischen und Europäischen Zivilprozessrecht (2009).

dar. Außerdem erschweren bspw langwierige, weil grenzüberschreitende Zustellungen sowie die Entfernung zum Prozessgericht und die fremde Verfahrenssprache die Rechtsdurchsetzung⁷¹. Unternehmer sind demgegenüber häufigere Prozessierer, haben daher Routine mit Prozessen und tendenziell die bessere, weil standardisierte Rechtsberatung. Um diesbezüglich Waffengleichheit im Prozess herzustellen und um der Gefahr vorzubeugen, dass Verbraucher womöglich auf Ansprüche verzichten, weil für Sie ein Prozess im Ausland angesichts der aufgezeigten Probleme abschreckend erscheint, werden Gerichtsstände für Verbraucher gesondert geregelt.

Das europäische Zuständigkeitsrecht der EuGVVO⁷² geht dem autonomen österreichischen internationalen Zivilprozessrecht vor und wird dementsprechend auch nachfolgend vorrangig behandelt.

1. EUGVVO

Seit 1.3.2002 in Kraft, regelt die EuGVVO die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen auf Unionsebene. Als Verordnung ist sie gem Art 288 Abs 2 AEUV⁷³ in all ihren Teilen verbindlich, gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat und hat daher Vorrang vor nationalem autonomen Recht⁷⁴. Der räumliche Anwendungsbereich umfasst seit 1.7.2007 das gesamte Gebiet der Mitgliedstaaten⁷⁵.

Grundsätzliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der EuGVVO ist zunächst eine zivil- oder handelsrechtliche Streitigkeit, womit die Nichtanwendbarkeit der EuGVVO auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten klargestellt wird. Weiters ist der Wohnsitz des Beklagten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erforderlich - auf die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt kommt es hingegen nicht an. Hat der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in einem Mitgliedstaat, so hat das angerufene Gericht seine eigenen Zuständigkeitsregeln anzuwenden. Zudem regelt die EuGVVO nur

⁷¹ Kleinknecht, Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht (2007) 66.

⁷² Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (sog Brüssel-I-Verordnung), ABl L 12 vom 16.1.2001, 1-23.

⁷³ Ex Art 249 Abs 2 EGV.

⁷⁴ Kleinknecht, Gerichtsstände 62.

⁷⁵ Seit 1.7.2007 erstreckt sich die EuGVVO auch auf Dänemark. Im Verhältnis zu Dänemark gilt die EuGVVO allerdings nicht unmittelbar, sondern auf der Grundlage eines am 1.7.2007 in Kraft getretenen Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark (ABl. Nr. L 299 vom 16.11.2005, 62, ABl. Nr. L 94 vom 4.4.2007, 70).

grenzüberschreitende Sachverhalte, wobei ein Bezug zu einem Vertragsstaat und einem Drittstaat bereits den Auslandsbezug herstellt und es nicht notwendig ist, dass mehrere Vertragsstaaten mit einbezogen sind⁷⁶. Die EuGVVO kommt nur auf solche Klagen zur Anwendung, die nach dem 28.2.2002 gerichtsanhängig geworden sind⁷⁷.

Das zweite Kapitel dieser Verordnung behandelt die Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Zivil- und Handelssachen. Grundsätzlich sind nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Art 2 Abs 1 EuGVVO jene Gerichte des Mitgliedstaats international zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat. Dieser allgemeine Gerichtsstand „schützt“ sozusagen den Beklagten⁷⁸. Daneben stehen auch der Gerichtsstand der Agentur oder Niederlassung des Unternehmers (Art 5 Abs 5 EuGVVO) sowie der Erfüllungsortgerichtsstand zur Verfügung (Art 5 Abs 1 EuGVVO).

1.1. Verbrauchergerichtsstand

In Abweichung zu dieser allgemeinen Regel enthält der vierte Abschnitt Sonderzuständigkeiten für Verbraucher, der die allgemeinen Gerichtsstände der Art 2 bis 7 EuGVVO verdrängt und den Schutz der schwächeren Partei, des Verbrauchers, bezweckt.

Verbrauchersachen iSd Art 15 bis 17 EuGVVO liegen bei Verträgen jeglicher Art vor⁷⁹, wenn der Vertrag von einem Verbraucher abgeschlossen wurde, dh zu einem Zweck, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann⁸⁰. Verträge teils zu beruflichen und teils zu privaten Zwecken sind nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann als Verbraucherverträge zu qualifizieren, wenn der berufliche Zweck eine nebensächliche, ganz untergeordnete Rolle spielt⁸¹.

Der Sondergerichtsstand für Verbraucher besteht nach Art 15 Abs 1 EuGVVO unter folgenden alternativen Voraussetzungen für Verfahren, die den Gegenstand von Verbraucherverträgen oder Ansprüche aus solchen zum Gegenstand haben:

⁷⁶ EuGH 1.3.2005, C-281/02, *Andrew Owusu/N.B. Jackson*, Slg 2005 I-01383, 2. Leitsatz.

⁷⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ (2009) Rz 116.

⁷⁸ *Kleinknecht*, Gerichtsstände 70.

⁷⁹ *Gottwald*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2007), VO (EG) 44/2001 Art 15 Rn 1.

⁸⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ (2009) Rz 135.

⁸¹ EuGH 20.1.2005, C 464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg 2005, I-00439 zu Art 13 Abs 1 Brüsseler Übereinkommen, der Vorläuferbestimmung des Art 15 EuGVVO.

- wenn es sich um den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung handelt,
- wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt ist, oder
- in allen anderen Fällen, wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet, und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Hinsichtlich des dritten Falls, der Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf den Mitgliedstaat des Wohnsitzes des Verbrauchers sollte vor allem der elektronische Handel über das Internet erfasst werden⁸².

Inhaltlich stimmen die Tatbestandsmerkmale des Ausrichtens der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf einen Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat sowie das Erfordernis, dass der Vertrag auch in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, mit jenen des Art 6 Abs 1 lit b Rom-I-VO überein, welcher bei Vorliegen dieser Voraussetzungen vorsieht, dass ein unter solchen Umständen geschlossener Verbrauchervertrag dem Recht des Mitgliedstaates unterliegt, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der europäische Gesetzgeber hat bei Erlass der Rom-I-VO in den ErwG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Übereinstimmung mit der EuGVVO gewahrt werden soll⁸³. In einer gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission zu Art 15 EuGVVO wurde entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Art 15 EuGVVO darüber hinaus zum Ausdruck gebracht, dass für die Begründung dieses Sondergerichtsstandes für Verbraucher das Zustandekommen eines Fernabsatzvertrages erforderlich ist⁸⁴.

Die Zugänglichkeit in einem Mitgliedstaat zu einer Website des Unternehmers allein reicht allerdings für die Anwendung der Sonderzuständigkeiten für Verbraucher nach den Artt 15 ff EuGVVO noch nicht für eine Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf diesen Mitgliedstaat aus. Es ist über die Zugänglichkeit der Website im Mitgliedstaat des Verbrauchers hinaus erforderlich, dass über diese Website der Vertragsabschluss im Fernabsatz angeboten wurde und tatsächlich ein Vertragsabschluss im Fernabsatz

⁸² Gottwald, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2007) VO (EG) 44/2001 Art 15 Rn 1.

⁸³ ErwG 24 der Rom-I-VO.

⁸⁴ Nr. 44/2001.

erfolgte⁸⁵. Es soll daher bei Aktivwerden des Verbrauchers in einem anderen als seinem Wohnsitz-Mitgliedstaat nicht ausreichen, wenn dieser nachträglich herausfindet, dass der Unternehmer eine Website unterhält, die auch auf seinen Wohnsitz-Mitgliedstaat ausgerichtet ist⁸⁶. Der EuGH hat das Tatbestandselement des „Ausrichtens“ dahingehend näher konkretisiert, dass der Unternehmer seinen Willen zum Ausdruck gebracht haben muss, Geschäftsbeziehungen zu Verbrauchern eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten herzustellen. Zu solchen Anhaltspunkten gehören ua die Angabe des Unternehmers, dass er seine Dienstleistungen oder Produkte in einem oder mehreren namentlich genannten Mitgliedstaaten anbietet, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, wie bspw auch die Verwendung einer anderen Top Level Domain⁸⁷.

Beförderungsverträge fallen nach Art 15 Abs 3 EuGVVO nicht in den Anwendungsbereich der EuGVVO, mit Ausnahme von Reiseverträgen, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen. Solche Verträge unterliegen der Verbrauchergerichtsstandsregelung.

Der Verbraucher hat nach Art 16 Abs 1 EuGVVO die Möglichkeit, den Unternehmer bei den Gerichten des Mitgliedstaates zu klagen, in dem der Unternehmer seinen „Wohnsitz“⁸⁸ hat. Festgelegt wird damit nur die internationale Zuständigkeit, nicht auch die örtliche⁸⁹. Alternativ wird dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt, den Unternehmer vor dem Gericht des Ortes zu klagen, in dem der Verbraucher seinen eigenen Wohnsitz hat. Diesfalls wird neben der internationalen Zuständigkeit auch die örtliche Zuständigkeit geregelt⁹⁰.

Der Unternehmer hingegen hat nach Abs 2 nur die Möglichkeit, Klage vor dem Gericht jenes Mitgliedstaates zu erheben, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Lediglich im Fall einer Widerklage kann, wenn er vom Verbraucher vor dem Gericht seines Wohnsitzes geklagt wurde, für eine Klage des Unternehmers die Zuständigkeit seines Wohngerichtsstandes begründet werden. Die örtliche Zuständigkeit für Klagen des Unternehmers gegen den

⁸⁵ ErwG 24 der Rom-I-VO.

⁸⁶ *Mankowski*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 142.

⁸⁷ EuGH 7.12.2010, C-585/08 und C-144/09, *Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* sowie *Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller*, Slg 2010, I-12527.

⁸⁸ Nach Art 60 EuGVVO haben Gesellschaften und juristische Personen für die Anwendung der EuGVVO ihren „Wohnsitz“ an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz/ihre Hauptverwaltung/ihre Hauptniederlassung befindet.

⁸⁹ *Gottwald*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2007) VO (EG) 44/2001 Art 16 Rn 1.

⁹⁰ *Gottwald*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2007) VO (EG) 44/2001 Art 16 Rn 4.

Verbraucher ist dem nationalen Recht zu entnehmen⁹¹.

Erweiterten Schutz bietet insbesondere Art 15 Abs 2 EuGVVO, der es dem Verbraucher entgegen dem grundsätzlichen Erfordernis des Beklagtenwohnsitzes in einem Mitgliedstaat ermöglicht, einen Unternehmer aus einem Drittstaat bei Vorliegen einer Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung in einem dieser Mitgliedstaaten zu klagen. Es wird dabei für Unternehmer ohne Wohnsitz, aber mit einer Niederlassung in einem Mitgliedstaat, der Unternehmenshauptsitz am Ort der Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung in diesem Mitgliedstaat fingiert⁹².

1.2. Gerichtsstandsvereinbarung

Gerichtsstandsvereinbarungen mit Verbrauchern werden durch die EuGVVO fast zur Gänze ausgeschlossen und sind in den praktisch wichtigsten Fällen unzulässig. So sind insbesondere formularmäßige Zuständigkeitsabreden und solche Vereinbarungen in Verbindung mit einem Hauptvertrag ungültig bzw ist die Klausel des ausschließlichen Gerichtsstands am Sitz des Unternehmens rechtsmissbräuchlich⁹³. Art 17 EuGVVO ermöglicht lediglich für Ausnahmefälle Gerichtsstandsvereinbarungen mit Verbrauchern⁹⁴. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist nur dann wirksam, wenn sie nach Entstehen der Streitigkeit vereinbart wird oder dem Verbraucher zusätzliche Gerichtsstände eingeräumt werden⁹⁵.

Wurde eine Gerichtsstandsvereinbarung mit einem Verbraucher geschlossen, die nicht den notwendigen Voraussetzungen nach Art 17 EuGVVO entspricht, so ist eine Heilung nach Art 24 EuGVVO durch rügelose Einlassung in das Verfahren allerdings möglich.

V. Internationales Privatrecht

Die Frage, welche Rechtsordnung in Privatrechtsfällen mit Auslandsberührung anzuwenden ist, ist eine des Internationalen Privatrechts. Das nationale Kollisionsrecht wird in Österreich durch das IPRG⁹⁶ geregelt. Viele

⁹¹ Gottwald, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2007) VO (EG) 44/2001 Art 16 Rn 8.

⁹² Kleinknecht, Gerichtsstände 77.

⁹³ So auch EuGH 4.6.2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt/Erzsébet Sustikné Györfi*, Slg 2009, I-04713 ; Zak 2009/340.

⁹⁴ Dazu sehr ausführlich Kleinknecht, Gerichtsstände 126 ff.

⁹⁵ Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2005) 192.

⁹⁶ Bundesgesetz vom 15.6.1978 über das Internationale Privatrecht, BGBl 1978/304.

völkerrechtliche Vereinbarungen schränken allerdings den Anwendungsbereich des IPRG ein:

Auf vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen und vor dem 17.12.2009 geschlossen wurden, kommt das EVÜ⁹⁷ zur Anwendung und verdrängt in diesem Bereich das IPRG.

Für die Grenzen mehrerer Mitgliedstaaten überschreitende Verträge, die nach dem 17.12.2009 geschlossen wurden, findet anstelle des EVÜ die Rom-I-Verordnung⁹⁸ unmittelbar - dies aufgrund ihrer Eigenschaft als Verordnung - Anwendung. Eine Umsetzung in nationales Recht ist nicht erforderlich und wäre auch nicht zulässig.

Obwohl die Verbraucher-RL an sich in Art 4 den Grundsatz der vollständigen Harmonisierung anordnet und insofern bei Inkrafttreten der Verbraucher-RL der in nationales Recht umzusetzende Inhalt in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen zu gelten hat, ist das IPR dennoch von Interesse, zumal trotz des Vollharmonisierungsansatzes hinsichtlich einzelner Bereiche, wie etwa hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Verletzung von Informationspflichten, den Mitgliedstaaten Spielraum zur Umsetzung eröffnet wird und in diesem Bereich auf einen bestimmten Lebenssachverhalt – je nach anwendbarer nationaler Rechtsordnung der Mitgliedstaaten – unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden.

1. EVÜ

Da das Kollisionsrecht des EVÜ nur noch auf vor dem 17.12.2009 geschlossene Verträge anzuwenden ist, wird es an dieser Stelle nur cursorisch behandelt.

Grundsätzlich ist nach Art 3 EVÜ das von den Parteien gewählte Recht für ein vertragliches Schuldverhältnis maßgeblich. Wurde keine Rechtswahl getroffen, so ist jenes nationale Recht auf das vertragliche Schuldverhältnis zur Anwendung zu bringen, mit welchem der Vertrag die engste Verbindung aufweist (Art 4 Abs 1 EVÜ). Es gilt dabei die Vermutung, dass die engste Verbindung zu dem Staat besteht, in dem die Partei, welche die

⁹⁷ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Europäisches Schuldvertragsübereinkommen); ABl L 266 vom 9.10.1980, 1-19; BGBl III 1998/208.

⁹⁸ VO (EG) 2008/593 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Rom I-Verordnung, die seit 17.12.2009 das EVÜ abgelöst hat), ABl L 2008/177, 6-16.

charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw bei Unternehmern die Hauptniederlassung hat⁹⁹.

1.1. Internationales Privatrecht des Verbrauchers

Art 5 EVÜ sieht für Verbraucherverträge eine von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung vor. Der Bedarf an einer eigenen Regelung für Verbraucherverträge wurde damit begründet, dass der Verbraucher regelmäßig eine Geldleistung und der Unternehmer somit die „charakteristische“ Leistung erbringt, womit gemäß Art 4 EVÜ das Recht des Staates der Hauptniederlassung des Unternehmers zur Anwendung gelangen würde. Überdies wird die Rechtswahl üblicherweise im Rahmen der AGB getroffen und somit faktisch – da Verbraucher idR keine eigenen AGB verwenden - vom Unternehmer vorgegeben.

Es ist im EVÜ allerdings kein allgemeiner, sondern ein sehr eingeschränkter kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz vorgesehen¹⁰⁰.

Es werden im Anwendungsbereich des Art 5 EVÜ Verbraucherverträge betreffend die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen, Verträge zur Finanzierung solcher Geschäfte sowie Pauschalreiseverträge mit kombinierter Beförderungs- und Unterbringungsleistung umfasst. Mangels Rechtswahl ist in diesen Fällen nach Art 5 Abs 3 EVÜ das Recht jenes Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

1.2. Rechtswahl

Art 5 Abs 2 EVÜ ermöglicht eine Rechtswahl für Verbraucherverträge mit der Einschränkung, dass die Anwendung solcher Normen seines Aufenthaltsstaates gesichert sind, die zwingenden Charakter haben und dem Schutz der schwächeren Vertragspartei dienen¹⁰¹. Wird eine Rechtswahl getroffen, so darf dadurch nicht der Schutz des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers geschmälert werden. Dabei wird hinsichtlich eines bestimmten Rechtsproblems ein Günstigkeitsvergleich angestellt. Das gewählte Recht ist dann nur soweit anzuwenden, als der Schutz des Verbrauchers zumindest gleich hoch ist wie jener seines Aufenthaltsstaates. Ein Gesamtvergleich der gewählten Rechtsordnung und der Rechtsordnung des

⁹⁹ Art 4 Abs 2 EVÜ.

¹⁰⁰ Ähnlich auch schon Schwimann, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (2001) 118.

¹⁰¹ Meškić, Europäisches Verbraucherrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs 2007 (2008) 152.

Verbraucherstaates wird jedoch nicht vorgenommen¹⁰².

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art 5 EVÜ sind bestimmte Anbahnungs- oder Absatzhandlungen im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers, konkret

- dass einem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen ist, oder
- dass die Entgegennahme einer Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat erfolgte, oder
- der Verkauf einer Ware, wenn der Verbraucher von diesem Staat ins Ausland gereist ist, dort die Ware bestellt hat und die Reise vom Verkäufer mit dem Ziel herbeigeführt worden ist, den Verbraucher zum Vertragsabschluss zu veranlassen (sog „Kaffeefahrten“).

Der Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes nach dem EVÜ ist insgesamt als eng zu bezeichnen. So werden etwa durch das Tatbestandsmerkmal „Lieferung beweglicher Sachen“ implizit Verträge über Liegenschaften wie Grundstücksverträge, Mietverträge, Timesharingverträge, weiters Verträge über Forderungsübertragung und Wertpapierveräußerung ebenso wie die Lieferung von Software ausgenommen¹⁰³.

Aufgrund der in Art 5 Abs 2 geforderten Fallkonstellationen (bestimmte Anbahnungs- und Absatzhandlungen des Unternehmers im Verbraucherstaat) wurden die Regeln des EVÜ für Verbraucherverträge als „altmodisches Schutzkonzept“ empfunden¹⁰⁴, weil sie von einem „passiven Verbraucher“ ausgehen und nicht auch dem eigenständigen, aktiven und grenzüberschreitenden Verbraucher zu Gute kommen. Vor allem im Hinblick auf Internetgeschäfte gibt es einige Schwierigkeiten hinsichtlich der Auslegung der Anforderungen des Art 5 Abs 2 EVÜ¹⁰⁵, etwa bei der Beurteilung der Fragen, ob eine Website eines Unternehmers als Werbung zu qualifizieren ist sowie ob und unter welchen Voraussetzungen die darin enthaltenen Angebote als auf den Verbraucherstaat zugeschnitten betrachtet werden können, damit dieser in den Genuss des besonderen Schutzes nach Art 5 Abs 2 EVÜ kommt.

¹⁰² Lurger/Augenhofer, Konsumentenschutzrecht 196.

¹⁰³ Schwimann, Internationales Privatrecht 119.

¹⁰⁴ Nemeth, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa, wbl 2000, 341.

¹⁰⁵ Weiterführend dazu Mochar/Seidl, Internationales Verbraucherschutzrecht und e-commerce, ÖJZ 2003/13.

2. Kollisionsnormen der RL

2.1. Gemeinschaftsrecht

Mehrere jüngere Verbraucher-RL beinhalten eigene Kollisionsnormen¹⁰⁶. Diese Schutzbestimmungen zugunsten von Verbrauchern sehen im Allgemeinen vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, dass der Verbraucher den durch die jeweilige RL gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittstaates als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist. Damit soll erreicht werden, dass die Regeln der Verbraucher-RL auch wirklich auf alle Sachverhalte Anwendung finden, die nach der jeweiligen Verbraucher-RL als „Gemeinschaftssachverhalte“ zu beurteilen sind¹⁰⁷.

Als schützenswert werden Verbraucher vom Gemeinschaftsgesetzgeber grundsätzlich¹⁰⁸ dann angesehen, wenn eine Rechtswahl eines Drittstaatenrechts getroffen wurde, nicht jedoch bei Anwendung eines Drittstaatenrechts aufgrund objektiver Anknüpfung¹⁰⁹. Es wird daher bei objektiver Anknüpfung an ein Drittstaatenrecht hingenommen, wenn der Schutz des Drittstaates hinter jenem der jeweiligen RL zurück bleibt. Weiters muss ein enger Zusammenhang zum Gebiet zumindest eines Mitgliedstaates gegeben sein, wobei ein Verbraucherwohnsitz in einem Mitgliedstaat nicht Voraussetzung ist. Damit kommt der Schutz der Sonderkollisionsnormen der RL sowohl aktiven, als auch passiven Verbrauchern zu Gute.

Liegen die Voraussetzungen vor, so ist ein Günstigkeitsvergleich anzustellen. Unterschreitet das gewählte Recht des Drittstaates das gemeinschaftsrechtliche Schutzniveau, so bleibt es insofern unangewendet und kommt der von der jeweiligen RL gewährte höhere Schutz zur Anwendung.

Sonderkollisionsnormen von RL genießen nach Art 20 EVÜ und Art 23 Rom-I VO Anwendungsvorrang gegenüber dem Kollisionsrecht des EVÜ und der Rom-I VO.

¹⁰⁶ So etwa Art 9 Timesharing-RL, Art 6 Abs 2 Klausel-RL, Art 12 Abs 2 Fernabsatz-RL, Art 7 Abs 2 Verbrauchsgüterkauf-RL sowie Art 11 Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-RL.

¹⁰⁷ Meškić, Europäisches Verbraucherrecht 157.

¹⁰⁸ Eine Ausnahme bildet Art 9 Timesharing-RL, die allerdings, da ihr Inhalt nicht Gegenstand der Verbraucher-RL ist, hier nicht näher thematisiert wird.

¹⁰⁹ Unter „objektiver Anknüpfung“ versteht man die Prüfung des anwendbaren Rechts aufgrund der Rechtsvorschriften, unabhängig von einer vertraglichen Regelung.

2.2. Umsetzung durch § 13a KSchG

Durch § 13a KSchG werden Sonderkollisionsnormen diverser RL¹¹⁰ zum Verbraucherschutzrecht umgesetzt. Sowohl Art 20 EVÜ, als auch Art 23 Rom-I-VO normieren zugunsten von Sonderkollisionsnormen einen Vorbehalt¹¹¹. Der Wortlaut des Art 23 Rom-I-VO spricht von „Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“, die nicht durch die Rom-I-VO berührt werden.

Für den Fall, dass Parteien die Anwendbarkeit des Rechts eines Nichtvertragsstaates vereinbaren, normiert § 13a KSchG einen Günstigkeitsvergleich, wobei das Recht des Nichtvertragsstaates mit dem bei objektiver Anknüpfung, sohin dem bei Fehlen einer Rechtswahlklausel zur Anwendung gelangenden Recht, verglichen wird. Sind bestimmte in Abs 1 aufgezählte Aspekte für den Verbraucher ungünstig, so bleibt die Rechtswahl der Vertragsparteien unbeachtlich¹¹². Dies ist etwa dann der Fall, wenn das bei objektiver Anknüpfung zur Anwendung gelangende Recht günstiger im Hinblick auf die Gültigkeit von Vertragsbestimmungen ist, die nicht eine der beiden Hauptleistungen festlegen.

Nach § 13a Abs 2 KSchG sind § 6 KSchG sowie die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB ohne Rücksicht darauf, welchem Recht der Vertrag unterliegt, anzuwenden. Insofern geht § 13a KSchG über die jeweiligen Sonderkollisionsnormen in Verbraucherschutz-RL hinaus, da dabei keine Maßnahme getroffen wird, damit ein Verbraucher den konkret in einer RL vorgesehenen Schutz nicht verliert.

Demzufolge müsste nach der Meinung von *Heiss* der über die zugrunde liegenden Sonderkollisionsnormen der RL „überschießende“ Teil des § 13a KSchG, welcher die einschlägigen RL-Bestimmungen nicht nur umsetzt, sondern auch im Sinne einer Erweiterung ergänzt, von der Rom-I-VO bei Vorliegen von Sachverhalten, welche die Grenzen von Mitgliedstaaten überschreiten, im überschießenden Teil verdrängt werden bzw sollte de lege ferenda § 13a KSchG auf die reine Umsetzung der entsprechenden RL-Bestimmungen beschränkt werden¹¹³.

Die Verbraucher-RL verzichtet auf RL-Bestimmungen, wie sie § 13a KSchG zugrunde liegen, wie etwa Art 7 Abs 2 Verbrauchsgüterkauf-RL, der anordnet, dass der dem Verbraucher durch die RL gewährte Schutz nicht dadurch

¹¹⁰ Timesharing-RL, Fernabsatz-RL, Klausel-RL und Verbrauchsgüterkauf-RL.

¹¹¹ *Heiss*, Rom I und II: Vorschlag für ein österreichisches Anpassungsgesetz, ZfRV 2009/4, 21.

¹¹² *Krejci in Rummel*³, KSchG § 13a Rz 1 ff.

¹¹³ *Heiss*, ZfRV 2009/4, 21.

vorenthalten werden darf, dass das Recht eines Nichtmitgliedstaates als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wird, sofern dieses gewählte Recht für den Verbraucher nachteiliger ist als das Recht, das ohne die Rechtswahl maßgebend wäre. Eine solche Regelung ist vor dem Hintergrund der seit 17.12.2009 in Kraft stehenden Rom-I-VO insofern nicht mehr notwendig, als Art 6 Abs 2 leg cit ohnehin vorsieht, dass durch eine Rechtswahl dem Verbraucher nicht der Schutz entzogen werden darf, der ihm durch jene Bestimmungen des mangels Rechtswahl anwendbaren Rechts gewährt wird.

3. Rom-I-VO

Am 17.12.2009 ist die Rom-I-VO in Kraft getreten, die für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen gilt, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind gem Art 1 Abs 2 lit i vorvertragliche Schuldverhältnisse, die der Rom-II-Verordnung¹¹⁴ unterliegen. Die für Verbraucher wesentlichen Bestimmungen sind in Art 6 anzutreffen.

Die Rom-I-VO kommt nach Art 1 Abs 1 dann zur Anwendung, wenn das vertragliche Schuldverhältnis eine Verbindung zu mehreren Staaten aufweist, wenn sie auch Nichtmitgliedstaaten sind.

Als wesentliche Schwäche der verbraucherschützenden Vorschriften der Rom-I-VO wird die Tatsache angesehen, dass neben der horizontalen Kollisionsnorm für Verbraucherverträge des Art 6 Rom-I-VO nach wie vor – wie Art 23 Rom-I-VO anordnet - zahlreiche verstreute sektorale Regelungen im RL-Recht weiterbestehen¹¹⁵.

3.1. Kollisionsnormen für Verbraucherverträge der Rom-I-VO

Grundsätzlich unterliegt nach Abs 1 ein Verbrauchervertrag dem Recht jenes Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (in weiterer Folge als „Verbraucherstaat“ bezeichnet), wenn der Unternehmer entweder

- seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem

¹¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Rom-II-Verordnung, seit 11.1.2009 in Kraft), ABI L 199 vom 31.7.2007, 40-49.

¹¹⁵ Pfeiffer, Neues Internationales Vertragsrecht. Zur Rom-I-Verordnung, EuZW 2008, 622. Siehe dazu auch 1. Kap, IV.2.

der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder

- eine solche Tätigkeit in irgendeiner Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet,

und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Liegen diese Voraussetzungen auf Seiten des Unternehmers nicht vor, so sind auf den Verbrauchervertrag die allgemeinen kollisionsrechtlichen Bestimmungen der Artt 3 und 4 Rom-I-VO anzuwenden.

Das Kriterium der Ausrichtung einer Tätigkeit auf einen Staat soll gleich ausgelegt werden wie jenes in Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO¹¹⁶.

Im Vergleich zum sachlichen Anwendungsbereich des EVÜ ist jener der Rom I-VO weiter, zumal Art 6 Rom-I-VO grs alle Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern erfasst, dies unabhängig vom Vertragsgegenstand¹¹⁷. Das Vorliegen eines Vertrages über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen ist nicht mehr gefordert. Dadurch entfällt auch das Kriterium der Körperlichkeit einer Leistung, mit der Folge, dass bspw Verbraucherverträge über Kredite, den Bezug immaterieller Güter, Lizenzen, Informationen, Bausparverträge, die von Art 5 EVÜ ausgenommen waren, nun dem Schutz des Art 6 Rom-I-VO unterliegen¹¹⁸, was zweifelsohne im Hinblick auf die heutige Informationsgesellschaft sachgerechter ist.

Die Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich normiert Art 6 Abs 4 lit a bis e Rom-I-VO, und erfasst Dienstleistungsverträge, die ausschließlich in einem anderen als dem Verbraucherstaat erbracht werden, Beförderungsverträge mit Ausnahme von Pauschalreiseverträgen, Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, mit Ausnahme der Verträge über Teilnutzungsrechte an Immobilien, bestimmte Finanzgeschäfte mit Ausnahme jener über die Erbringung von Finanzdienstleistungen und in multilateralen Handelssystemen geschlossene Verträge.

Für Versicherungsverträge ist Art 7 Rom-I-VO maßgebend, für Beförderungsverträge mit Ausnahme von Pauschalreiseverträgen Art 5 Rom-I-VO.

¹¹⁶ ErWG 24 der Rom-I-VO.

¹¹⁷ Rudolf, Internationales Vertragsrecht für die EU, ecolex 2008, 1072.

¹¹⁸ Mankowski, IHR 2008, 141.

3.2. Rechtswahl

Den Parteien steht es auch frei, das anzuwendende Recht zu vereinbaren. Die Rechtswahl wird durch Art 3 *leg cit* geregelt. Eine verbraucherschutzrechtliche Besonderheit ergibt sich durch Art 6 Abs 2, demzufolge die Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass „dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Abs 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“. Es ist daher ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem gewählten Recht und dem *ius cogens* des Verbraucherstaates anzustellen. Bieten diese zwingenden Bestimmungen des Verbraucherstaates einen besseren Schutz, so ersetzen sie insofern das gewählte Recht¹¹⁹. Ob dabei ein Einzel- oder Gesamtvergleich zwischen gewähltem Recht und jenem des Verbraucherstaates anzustellen ist, wird durch Art 6 Abs 2 Rom-I-VO nicht ausdrücklich geklärt¹²⁰. ME führt ein Gruppenvergleich zu einer sachgerechten Lösung, weshalb eine die Günstigkeitsprüfung sachlich und rechtlich zusammenhängender Vorschriften vorzunehmen ist.

3.3. Form

Nach Art 11 Abs 4 Rom-I-VO ist für die Form von Verbraucherverträgen das Recht des Verbraucherstaates maßgebend. Fraglich ist, ob eine Rechtswahl Einfluss auf Formvorschriften insofern hat, als sich der Verbraucher auf günstigere Formvorschriften berufen kann. Dies wird von der hA zum wortidenten Art 9 Abs 5 Satz 2 EVÜ verneint. Im Sinne des Verbraucherschutzes sollte mE allerdings *Rudolf* zustimmend auch auf Formvorschriften ein Günstigkeitsvergleich angestellt werden¹²¹.

¹¹⁹ *Rudolf*, *ecolex* 2008, 1072.

¹²⁰ *Pfeiffer*, *EuZW* 2008, 622.

¹²¹ *Rudolf*, *ecolex* 2008, 1072.

2. KAPITEL

GESCHICHTE UND ENTWICKLUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZRECHTS

I. Entstehen des Verbraucherschutzgedankens

Erste verbraucherschutzrechtliche Tendenzen im weitesten Sinn kann man schon in der Wettbewerbs- und Preispolitik des Mittelalters, die sich unter anderem in Fest- und Höchstpreisen manifestiert hat, erkennen, zumal diese Maßnahmen in dem dem Verbraucherschutzrecht immanenten Interessengegensatz zwischen Produzenten und Verbrauchern wurzeln¹²².

Das Verbraucherschutzrecht nach unserem heutigen Verständnis ist allerdings erst ein Ergebnis einer Entwicklung infolge von Massenproduktion und Industrialisierung. Erste, noch Einzelgesetze darstellende Vorschriften, die (auch) dem Verbraucherschutz zugeschrieben werden können¹²³, waren in Österreich beispielsweise das Ratengesetz 1896¹²⁴ und auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts unter anderem die GewO 1859¹²⁵. Es wurden schon damals Einschränkungen der Erwerbsfreiheit in der GewO mit der Notwendigkeit des Schutzes der Verbraucher begründet. So sollte etwa durch die Vorgabe bestimmter abgelegter Prüfungen, sowie bestimmter praktischer Erfahrungen sichergestellt werden, dass die von Verbrauchern nachgefragten Leistungen eine gewisse Qualität aufweisen¹²⁶.

In den Sechziger und Siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts begann sich eine regelrechte Verbraucherschutzbewegung in Gang zu setzen, die vor allem in England, Skandinavien und den USA ihren Ursprung nahm¹²⁷.

Besonders hervorzuheben ist die Erklärung des US-Präsidenten J.F.Kennedy

¹²² Lurger/Augenhofer, Konsumentenschutzrecht 8.

¹²³ Denkinger, Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherschutzrechtlichen Schutzvorschriften in Europa (2007) 175; Lurger/Augenhofer, Konsumentenschutzrecht 9.

¹²⁴ Gesetz vom 27.4.1896 betreffend Ratengeschäfte, RGBI 1896/70.

¹²⁵ Gewerbeordnung 1859, RGBI Nr. 227/1859.

¹²⁶ Raschauer, Verbraucherschutzrechtliche Dimensionen im Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftsaufsichtsrecht in Aicher/Holoubek (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 18.

¹²⁷ Rösler, 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa. Rechtsvergleichende, programmatische und institutionelle Faktoren, in ZfVR 2005/21.

vom 15.3.1962 vor dem amerikanischen Kongress, in der er vier Rechte als grundlegende Verbrauchergrundrechte definierte: „The right to safety, the right to be informed, the right to choose, the right to be heard“¹²⁸. Diese Grundideen wurden schließlich in den westlichen Industrieländern rezipiert.

Vorerst kam es in Europa nur auf nationaler Ebene zu gesetzlich verankerten Verbraucherschutzmaßnahmen. Im Zuge der Bewusstseinsbildung, dass Verbraucher besonderen rechtlichen Schutzes bedürfen, wurde in Österreich am 8.3.1979 das KSchG¹²⁹ verabschiedet. Dabei handelt es sich nicht um eine Kodifikation verbraucherschutzrechtlicher Regelungen¹³⁰, sondern um ein Gesetz, das einzelne ausgewählte zivil- und verfahrensrechtliche Ordnungsfragen des Konsumentenschutzes regelt. Es ist daher zum einen keine Kodifikation, weil es bloße Teilbereiche des Konsumentenschutzes regelt, zum anderen, weil es auch andere, allgemeine Ordnungsprobleme zum Gegenstand hat, wie etwa Reiseveranstaltungsverträge, die nicht ein Unternehmer-Verbraucher Rechtsverhältnis zum Grundtatbestand haben und daher etwa auch auf Geschäfte nur zwischen Unternehmern zur Anwendung gelangen.

II. Anfänge einer europäischen Verbraucherpolitik

Der Verbraucherschutz-Gesetzgebungsprozess auf supranationaler Ebene setzte erst ein wenig später ein, wenn auch die Forderung nach einer Vereinheitlichung der Privatrechtsordnungen, oder genauer des Verbraucherrechts, schon weitaus früher postuliert und diskutiert wurde. Die ersten Wurzeln einer Verbraucherpolitik im Rahmen der EU gehen bis 1961 zurück: Der damalige Landwirtschaftskommissar, Sicco Mansholt, lud Verbrauchervertreter zur Diskussion über Verbraucherschutz ein¹³¹. Er führte aus, dass die Interessen der Verbraucher auf EU-Ebene nicht in gleicher Weise vertreten wären, wie jene der Produzenten und meinte, dass sich Verbraucherverbände selbst organisieren müssten¹³². Daraufhin organisierten sich Konsumentenvereinigungen erstmals auf Ebene der EU und gründeten 1962 das Contact Committee of Consumers, das sich als Vertreter der Verbraucherinteressen innerhalb der EU verstand. Seine Aufgaben sah es in der Überwachung der Preisentwicklung der Landwirtschafts- und

¹²⁸ Eike von Hippel, Verbraucherschutzrecht³ (1986) 282; Schmoeckel, Über die drei Arten der Verbraucherhistoriographie in FS Huber (2006) 61 insb Fn 55; Rösler, ZfVR 2005/21.

¹²⁹ Konsumentenschutzgesetz vom 8.3.1979, BGBl 1979/140.

¹³⁰ Krejci in Rummel³, KSchG Vor § 1 KSchG Rz 3; Lurger/Augenhofer, Österreichisches Konsumentenschutzrecht 11.

¹³¹ KOM (90) 98, 2.

¹³² Commission of the European Communities, Consumer representation in the European Communities (1982) 10.

Industrieprodukte, der Wettbewerbspolitik und der Produktentwicklung, sowie in der Zurverfügungstellung von Informationen für Verbraucher. Größtes Manko dieses Komitees war das Fehlen von Geldmitteln¹³³.

Die kontinuierliche Entwicklung des Verbraucherschutzes auf Gemeinschaftsebene nahm ihren Anfang mit der Pariser Gipfelkonferenz vom 19. und 20. Oktober 1972, als die Staats- und Regierungschefs die Organe der Gemeinschaft aufforderten, die Maßnahmen zugunsten des Verbraucherschutzes zu stärken und zu koordinieren. Mit Beschluss der Kommission von 1973¹³⁴ wurde dazu ein beratender Verbraucherausschuss eingesetzt. Zusammengesetzt war dieser Ausschuss aus Vertretern diverser Verbraucherschutzorganisationen. Die ihm zugeordnete Aufgabe war die Interessenvertretung der Verbraucher bei der Kommission, sowie die Beratung der Kommission in allen Fragen der Planung und Durchführung der Politik und von Aktionen hinsichtlich des Schutzes und der Aufklärung der Verbraucher.

III. Erste Gemeinschaftsaktionen zugunsten der Verbraucher

Nachfolgend werden die einzelnen besonders erwähnenswerten Etappen in der Entwicklung des Verbraucherschutzes auf europäischer Ebene ab 1975 dargestellt. Erste gemeinsame verbraucherorientierte Maßnahmen der EU wurden ab 1975 als Aktionspläne durchgeführt.

1. Erstes Programm für eine Politik zum Schutz der Verbraucher

Der erste Aktionsplan war die EntschlieÙung des Rates vom 14.4.1975¹³⁵, betitelt als „Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“. Es wurde darin festgestellt, dass die Verbesserung der Lebensqualität eine Aufgabe der Gemeinschaft sei, und diese Aufgabe den Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bedinge. Dazu sei die Durchführung einer Gemeinschaftspolitik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher erforderlich. Dieses erste Programm galt für einen Zeitraum von vier Jahren und stellte einen ersten Schritt in Richtung Gemeinschaftsaktion zugunsten der Verbraucher dar. Grundlegend wurde ausgeführt, dass als Verbraucher nicht nur Käufer oder Benutzer von Gütern und Dienstleistungen anzusehen seien, sondern ein Verbraucher als jemand zu

¹³³ Commission of the European Communities, Consumer representation in the European Communities (1982) 11.

¹³⁴ ABI L 1973/283, 18.

¹³⁵ ABI C 1975/092, 1.

betrachten ist, der an allen Aspekten des Lebens Anteil nehme. Das Programm enthielt die „Bill of Rights“ der Verbraucher¹³⁶, die die Interessen der Verbraucher in fünf fundamentalen Rechten zusammenfassten:

- Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit,
- Recht auf Schutz der wirtschaftlichen Interessen,
- Recht auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens,
- Recht auf Unterrichtung und Bildung,
- Recht auf Vertretung (Recht, gehört zu werden).

Diese fünf „Verbrauchergrundrechte“ erinnern sehr stark an die vier „Kennedy-Grundrechte“. Der bedeutendste Unterschied zwischen den programmierten europäischen Verbrauchergrundrechten und jenen Kennedy's lag im Schwerpunkt des Verbraucherschutzrechts in den USA, die Stellung des Verbrauchers im Zivilprozess zu verbessern („access to justice“). Der US-amerikanische Verbraucherschutz ist stark von der Anwaltschaft vorangetrieben worden, was durch die Möglichkeit erfolgsabhängiger Anwaltshonorare, Strafschadenersatz sowie „jury trials“ gefördert wurde. In der EU hingegen erfolgte Verbraucherschutz vorerst eher durch Harmonisierung des materiellen Rechts, während die Regelung des Prozessrechts zunächst den Mitgliedstaaten überlassen blieb.¹³⁷

2. Zweites Programm

Das zweite Programm¹³⁸ sollte die Grundideen des ersten Programms weiterführen und ausbauen und zur Schaffung eines besseren Dialogs zwischen Verbrauchern und Herstellern/Händlern beitragen. Die deklarierten Ziele waren folgende:

- Schutz der Verbraucher vor Gefährdung ihrer Gesundheit und Sicherheit,
- Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher,
- Verbesserung der rechtlichen Stellung der Verbraucher (Beistand, Beratung, Schadenersatzansprüche),
- Verbesserung der Bildung und Unterrichtung der Verbraucher,
- angemessene Anhörung und Vertretung der Verbraucher bei der

¹³⁶ Lawlor, 1992: Größeres Angebot und Wirtschaftsaufschwung, 19.

¹³⁷ Rösler, ZfVR 2005/21. Derzeit - seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam, mit dem der zivilverfahrensrechtliche Teil der justiziellen Zusammenarbeit in das supranationale Recht überführt wurde - hingegen wird besonderes Augenmerk auf das Verfahrensrecht gelegt, zumal Verfahrensrecht häufig als Ausgangsmaterie für Rechtsvereinheitlichung dient. Dazu König, Zum Spannungsverhältnis zwischen Europäischem und nationalem Verfahrensrecht in König/Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II (2009), 1.

¹³⁸ ABI C 1981/133, 1 vom 23.06.1986.

Ausarbeitung sie betreffender Entscheidungen.

Obwohl diese Programme nicht bindend waren und es sich dabei lediglich um eine schwache Form von „soft law“¹³⁹ handelte, zeigten sie doch langfristig Wirkung in Politik und Rsp des EuGH und waren hierfür richtungsweisend.

3. EuGH: Verbraucherschutz als Schranke der Warenverkehrsfreiheit

Als Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzes ist das Urteil „Cassis de Dijon“ des EuGH anzusehen¹⁴⁰, demzufolge Hemmnisse, die sich aus unterschiedlichen nationalen Regelungen ergeben, für den Binnenhandel der Gemeinschaft hinzunehmen sind, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerecht zu werden. Verbraucherschutz ist nach der „Cassis“-Formel als eine immanente Schranke des Art 34 AEUV anzusehen.

4. Erste Verbraucherschutz-RL

1985 wurde die erste RL zum Verbrauchervertragsrecht verabschiedet¹⁴¹, die den Verbraucherschutz für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge zum Inhalt hat¹⁴². Sie enthält bereits die übliche Verbraucherdefinition, nämlich eine natürliche Person, deren Handlungszweck weder einer beruflichen, noch einer gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, sowie ein Rücktrittsrecht zugunsten der Verbraucher.

Im gleichen Jahr bezeichnete die Kommission in einem Weißbuch das über 25 Jahre verfolgte Vollharmonisierungskonzept als gescheitert und stellte fest, dass ein „echter gemeinsamer Markt bis 1992 nicht verwirklicht werden kann“ und eine Strategie, die gänzlich auf einer Vollharmonisierung aufbaut „zu viel reglementieren würde, zu zeitraubend und unflexibel wäre und Innovationen ersticken könnte.“¹⁴³

In einer Entschließung von 1986¹⁴⁴, durch welche die Mitteilung der Kommission an den Rat mit dem Titel „Neuer Impuls für die Politik der

¹³⁹ Rösler, ZfVR 2005/21.

¹⁴⁰ EuGH 20.02.1979, C-120/78, *REWE-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“)*, Slg 1979, 00649.

¹⁴¹ Rösler, ZfVR 2005/21.

¹⁴² RL 85/577/EWG des Rates v 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 1985/ 372, 31.

¹⁴³ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310, Juni 1985.

¹⁴⁴ ABI C 1986/167, 1.

Verbraucher“ gebilligt wurde, erklärte der Rat Maßnahmen, die auf ein hohes Niveau von Sicherheit und Gesundheit der Verbraucher abzielten, sowie auf die Steigerung der Möglichkeit der Verbraucher, auch selbst Nutznießer des Gemeinsamen Marktes zu werden, zu unterstützen. Er sprach auch die Vollendung des Binnenmarktes an, für die er sich ein hohes Verbraucherschutzniveau insbesondere hinsichtlich Qualität und Sicherheit der Erzeugnisse wünschte und war der Auffassung, dass sich Gesetzgebungsvorschläge auf jene Bereiche konzentrieren sollten, die einen Gemeinschaftsrechtsbezug aufweisen.

Noch vor Inkrafttreten der EEA¹⁴⁵ am 1.7.1987 wurden im Bereich des Verbraucherschutzes vier RL erlassen: die RL über irreführende Werbung¹⁴⁶, die Produkthaftungs-RL¹⁴⁷, die Haustürgeschäfte-RL, sowie die Verbraucherkredit-RL¹⁴⁸. Sie wurden auf der Grundlage des allein zur Verfügung stehenden Art 100 Abs 1 EGV erlassen, was formell aufgrund der Notwendigkeit von Einstimmigkeit und materiell wegen der Voraussetzung, dass sie nur in Bezug auf Vorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirkten, erlassen werden konnte, problematisch war¹⁴⁹.

5. Verbraucherschutz durch die EEA

Die Römischen Verträge¹⁵⁰ erklärten in ihrer Präambel die „stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel“. Mit der EEA von 1987 sollte das Binnenmarktprojekt umgesetzt werden, insbesondere durch Intensivierung der Rechtsangleichung. Art 100a Abs 3 E(W)G-Vertrag, der durch die EEA Eingang in den E(W)G-Vertrag gefunden hat, ordnete an, dass die Vorschläge der Kommission in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz auf hohem Schutzniveau harmonisiert werden sollen und schuf damit eine deutlich breitere Basis für die Rechtsentwicklung des Verbraucherschutzes¹⁵¹.

¹⁴⁵ Einheitliche Europäische Akte, ABl. L 169 vom 29.6.1987.

¹⁴⁶ RL 84/450/EWG des Rates vom 10.09.1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. L vom 19/9/1984, 17.

¹⁴⁷ RL 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 vom 07/08/1985, 29.

¹⁴⁸ RL 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. L 42 vom 12.02.1987, 48.

¹⁴⁹ Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998) 46.

¹⁵⁰ EWG-Vertrag, EURATOM-Vertrag und das Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaft, in Kraft getreten am 1.1.1958.

¹⁵¹ Schnyder/Heiss/Reichert-Facilides/Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 89.

Durch eine neuerliche EntschlieÙung des Rates über künftige Prioritäten bei der Neubelebung der Verbraucherschutzpolitik 1989 unterstrich der Rat das Ziel der Verbesserung der Lebensqualität und die Notwendigkeit einer Gemeinschaftspolitik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher. Ein wirksamer Verbraucherschutz könne Harmonisierungsmaßnahmen erforderlich machen, die das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes gewährleisten sollten¹⁵².

6. Verbraucherpolitische Aktionspläne

1990 wurde der erste von vier dreijährigen verbraucherpolitischen Aktionsplänen beschlossen. Mit Blick auf die bevorstehende Umsetzung des Binnenmarktkonzepts ab 1.1.1993 liegt der Fokus im ersten Aktionsplan auf der Vertrauensbildung der Verbraucher, insbesondere auf den Themen Vertretung, Information, Sicherheit und Geschäfte der Verbraucher¹⁵³.

Die primären Ziele des „Verbraucherpolitischen Aktionsplans“¹⁵⁴ waren mehr Gehör für die Verbraucher in der gesamten EU, die Gewährleistung eines hohen Gesundheits- und Sicherheitsstandards, sowie die uneingeschränkte Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher in der EU.

7. Vertrag von Maastricht: Verbraucherschutz als eigene Politik

Seit der Einführung der Art 3 lit s und Art 129a EGV aF durch den Vertrag von Maastricht über die Europäische Union (kurz EUV¹⁵⁵) ist die Verbraucherpolitik nicht mehr bloÙe Begleitmaßnahme zur Binnenmarktverwirklichung, sondern vielmehr ein eigenständiger Politikbereich der Gemeinschaft¹⁵⁶. Es wurde erstmals ein hohes Verbraucherschutzniveau als explizites und eigenständiges Ziel der EU anerkannt und entwickelte sich damit von einer die Harmonisierung des Binnenmarktes begleitenden Politik zu einer selbstständigen Politik¹⁵⁷. Es wurde klargestellt, dass die Verbraucherpolitik sowohl auf der Binnenmarktpolitik aufbaut, als auch auf der Unterstützungspolitik

¹⁵² EntschlieÙung des Rates vom 9.11.1989 über künftige Prioritäten bei der Neubelebung der Verbraucherpolitik, ABI 1989 C 294 S 1.

¹⁵³ KOM (90) 98.

¹⁵⁴ http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/serv_gen/links/action_plan/ap01_de.pdf (19.4.2009)

¹⁵⁵ Vertrag von Maastricht über die Europäische Union (kurz EUV), ABL C 191 vom 29.7.1992.

¹⁵⁶ Schnyder/Heiss/Reichert-Facilides/Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht (1995) 89.

¹⁵⁷ Čikara, Die Angleichung des Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechtes in der Republik Kroatien, hrcak.srce.hr/file/39790 (20.4.2009) 1069.

mitgliedstaatlicher Aktionen. Daraus folgt, dass der Gemeinschaft keine Exklusivzuständigkeit für Verbraucherschutz zukommt und sie daher nur nach Maßgabe der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit auf diesem Gebiet tätig werden darf¹⁵⁸.

8. Vertrag von Amsterdam: Ausbau der Verbraucherpolitik

Im Vertrag von Amsterdam¹⁵⁹ wurde die Verbraucherpolitik aus eigenem Recht weiterentwickelt und die Handlungsbasis für Verbraucherpolitik verstärkt. Durch ihn wurde Art 129a EGV aF in den neuen Art 153 EGV überführt. Das System des Art 153 Abs 3 EGV sah vor, dass VO und RL auf Grundlage der Binnenmarktkompetenz des Art 95 EGV zu ergehen haben (Art 153 Abs 3 lit a), während ausschließlich „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten“ auf der Grundlage von Art 153 EGV ergehen konnten (Art 153 Abs 3 lit b).

Diese Vorgabe, dass RL und VO das Verbraucherschutzrecht betreffend nur aufgrund von Art 95 EGV erlassen werden konnten, hatte zur Folge, dass sie den Anforderungen des Abs 1 des Art 95 EGV gerecht werden mussten; es musste sich dabei insbesondere um anzugleichende Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten handeln, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Maßnahmen nach Art 95 EGV waren überwiegend RL, die dem Subsidiaritätsprinzip des Gemeinschaftsrechts Rechnung trugen.

Verbraucherschutzrichtlinien werden dementsprechend regelmäßig durch drei Ziele gerechtfertigt (sog „Begründungsdreiklang“)¹⁶⁰:

- Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt werden beseitigt, die durch unterschiedliche nationale Vorschriften hervorgerufen wurden. Es werde damit grenzüberschreitendes Tätigwerden der Unternehmer und somit auch der Wettbewerb gefördert.
- Das Vertrauen der Verbraucher werde gestärkt, rechtsgeschäftlich grenzüberschreitend zu den gleichen Bedingungen tätig zu werden.
- Das hohe Schutzniveau werde für Verbraucher gewahrt oder angehoben.

¹⁵⁸ Lurger/Augenhofer, Konsumentenschutzrecht 10.

¹⁵⁹ Vertrag von Amsterdam, in Kraft getreten am 1.5.1999, ABI C 340 vom 10.11.1997.

¹⁶⁰ Lachmayer/Bauer, Praxiswörterbuch Europarecht (2008) Begründungsdreiklang, 102.

IV. Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht 2001

Für die Weiterentwicklung des Verbraucherschutzrechts in der EU war die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht 2001 sehr maßgeblich¹⁶¹. In diesem Dokument wurde die bisherige Entwicklung der Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Privatrechts unter Bezugnahme auf den Aufruf des Parlaments in den Jahren 1989 und 1994, mit den Vorarbeiten zu einem einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuch zu beginnen, zusammen gefasst. Zweck dieser Mitteilung war es, eine breite Diskussion über die Weiterentwicklung des europäischen Vertragsrechts in Gang zu setzen. Der Inhalt der Mitteilung gliedert sich im Wesentlichen in zwei große Teile: Zum einen wird der aktuelle Stand des Vertragsrechts dargestellt, zum anderen werden die möglichen Optionen für künftige Initiativen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Vertragsrechts aufgezeigt. Das Augenmerk des ersten Teils lag darauf festzustellen, welche Probleme sich aus der unterschiedlichen Ausgestaltung des Vertragsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten ergeben könnten. Dabei sollte herausgefunden werden, ob und in welchem Umfang die Tatsache, dass nebeneinander in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Vertragsrechtsordnungen existieren, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes mittelbar oder unmittelbar beeinträchtigt.

Die Kommission zeigte vier Lösungsansätze im Umgang mit der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsordnungen auf:

- Option I: Es werden keine Maßnahmen ausgearbeitet.
- Option II: Die Ausarbeitung gemeinsamer Vertragsrechtsgrundsätze, die zu einer Annäherung der nationalen Rechtsordnungen führen, wird gefördert.
- Option III: Die Qualität der bereits geltenden europäischen Rechtsvorschriften wird verbessert.
- Option IV: Neue umfassende Rechtsvorschriften auf Gemeinschaftsbene werden erlassen.

Sowohl Organe der EU als auch die „Öffentlichkeit“, insbesondere die Wirtschaft, Verbraucherverbände, Juristen aus Wissenschaft und Praxis wurden aufgefordert, sich an der Diskussion zu beteiligen, dies vor allem anhand konkreter Beispielfälle, welche die Probleme der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes aufgrund des Nebeneinanders von unterschiedlichen Vertragsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten demonstrieren.

¹⁶¹ KOM (2001) 398 endg vom 11.7.2001, ABI Nr C 255 vom 13.9.2001.

Im Anhang I wurde der *acquis communautaire*¹⁶² dargestellt, der für das Privatrecht und insbesondere das Vertragsrecht von Relevanz ist.

V. Grünbuch zum Verbraucherschutz 2001

Das am 2.10.2001 erschienene Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU sollte die Debatte zur Ausrichtung des Verbraucherschutzes in der EU voran bringen¹⁶³. Es enthält eine Analyse des seinerzeitigen Verbraucherschutzstandes, sowie verschiedene Optionen zur künftigen Vorgehensweise.

Ziel für die Zukunft sei es,

- ein möglichst hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten bei geringstmöglichem Kostenaufwand für die Wirtschaft, sowie
- ein möglichst unkompliziertes System zu schaffen, das dennoch ausreichend flexibel ist, um auf Marktveränderungen rasch reagieren zu können und
- rechtliche Sicherheit zu bieten. Es soll weiters eine wirksame, effektive Durchsetzung des Rechts insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gewährleistet werden.

VI. Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006

In der „Verbraucherpolitischen Strategie“ der Kommission wurden für die Jahre 2002-2006 drei Ziele als Verbraucherschutzmaßnahmen definiert:

- ein gleichmäßig hohes Verbraucherschutzniveau in den Mitgliedstaaten,
- die wirksame Durchsetzung der Rechtsvorschriften zum Schutz der Verbraucher und
- die Einbeziehung der Verbraucherverbände in die EU-Politik¹⁶⁴.

Betont und propagiert wurde die Notwendigkeit einer Überarbeitung und Novellierung der geltenden EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz mit dem Ziel der Aktualisierung und dem stetigen Abgehen von der Mindestharmonisierung hin zu einer vollständigen Harmonisierung¹⁶⁵. Erstmals seit dem Weißbuch aus Juni 1985 wurde in einem Dokument ausdrücklich vom Ziel einer „vollständigen

¹⁶² Amtlich übersetzt „der gemeinschaftliche Besitzstand“, das sind alle Rechtsakte, die für die Mitgliedstaaten der EU verbindlich sind.

¹⁶³ KOM (2001) 531 endg.

¹⁶⁴ KOM (2002) 208 endg.

¹⁶⁵ KOM (2002) 208 endg, 14.

Harmonisierung“ gesprochen. Vorab wurde dargetan, dass darunter nicht die Regelung des Verbraucherschutzes auf europäischer Ebene bis ins kleinste Detail zu verstehen sei. Vielmehr sollte der Verbraucherschutz mit den geeignetsten Mitteln nicht nur im Hinblick auf Gesundheit und Sicherheit harmonisiert werden, sondern vor allem in jenen Belangen, von denen Vertrauen und Bereitschaft der Verbraucher abhängen würden, im gesamten Binnenmarkt rechtsgeschäftlich zu agieren.

Hinsichtlich des zweiten Ziels wurden praktische und rechtliche Probleme aufgezeigt, dieses Ziel zu erreichen, wie etwa, dass die Kompetenz zur Rechtsdurchsetzung bei den nationalen Behörden liege, die EU hingegen nur koordinierend tätig werden könne. Vorgeschlagen wurde zu diesem Punkt etwa ein Rechtsrahmen für die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz, ein Sammeln und ein Austausch von Informationen und Daten zu gefährlichen Konsumgütern auf EU-Ebene, zu den mit bestimmten Dienstleistungen verbundenen Risiken und zur Unfallträchtigkeit von Konsumgütern und Dienstleistungen, weiters eine Erleichterung des Zugangs der Verbraucher zu Gerichten und Schlichtungsstellen für die Beilegung grenzüberschreitender Sachverhalte, sowie die Förderung der Verbraucherverbände durch Fortbildungsmaßnahmen. Im Anhang dieser „Verbraucherpolitischen Strategie“ findet sich ein straffer Zeitplan mit für im Zeitraum 2002-2006 durchzusetzenden Maßnahmen.

VII. Aktionsplan für ein kohärentes Vertragsrecht 2003

In diesem Aktionsplan für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht teilte die Kommission die Schlussfolgerungen aus der Diskussion, die sich aus dem Grünbuch zum Verbraucherschutz 2001 ergeben hat, zur Frage, wie man Probleme behandeln soll, die aus den Unterschieden aufgrund der nationalen Vertragsrechtsordnungen resultieren, mit¹⁶⁶. Die Mehrheit der Diskussionsbeiträge befürwortete Option III der Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht 2001, die Verbesserung der geltenden europäischen Rechtsvorschriften¹⁶⁷. Option I, der Lösungsvorschlag, festgestellte Probleme dem Markt zu überlassen, fand ebenso wie Option IV, neue Rechtsvorschriften zum europäischen Vertragsrecht zu erlassen, wenig Anklang. Die Kommission sah darin ihren Kurs des sektorenspezifischen Ansatzes bestätigt.

Zum einen wurden Probleme aufgelistet, welche die einheitliche Anwendung von Gemeinschaftsrecht und das Funktionieren des Binnenmarktes betreffen, zum anderen gesetzgeberische und nichtgesetzgeberische zu ergreifende

¹⁶⁶ KOM (2003) 68 endg.

¹⁶⁷ Vgl 2. Kap IV.

Maßnahmen.

Als Problemgruppen des gemeinschaftlichen Besitzstandes wurden erkannt:

- die Verwendung abstrakter Rechtsbegriffe in RL, die zu wenig konkret definiert sind,
- Probleme, die durch die Anwendung der RL in der Praxis nicht gelöst werden können,
- Unterschiede in den nationalen Durchführungsvorschriften, die sich durch die Mindestharmonisierung ergeben, sowieso
- Unstimmigkeiten im EU-Vertragsrecht.

Beispielhaft wurde die unterschiedliche Regelung des Widerrufsrechts in Bezug auf Dauer und Art der Berechnung der Widerrufsfristen in den RL über Haustürgeschäfte, Timesharing und Fernabsatz angeführt.

Der Aktionsplan sah innerhalb eines festen Zeitplans kurz-, mittel- und langfristige Maßnahmen vor, so, wie es vom Europäischen Parlament am 15.11.2001 gefordert worden war¹⁶⁸.

Die nicht-sektorspezifischen Maßnahmen sollten

- die Kohärenz des EU-Rechts auf dem Gebiet des Vertragsrechts erhöhen,
- die Ausarbeitung EU-weiter allgemeiner Geschäftsbedingungen fördern,
- eingehend untersuchen, ob nicht-sektorspezifische Lösungen wie etwa ein optionales Rechtsinstrument erforderlich sind.

Als eine Maßnahme des Aktionsplans teilte die Kommission mit, dass sie gemeinsam mit der Forschung und allen Interessierten beabsichtigte, einen Gemeinsamen Referenzrahmen (GRR) zu erarbeiten, welcher gemeinsame Terminologie und Regeln herausarbeiten sollte, wie bspw die Definition von „Vertrag“ oder „Schaden“. Dadurch sollten Probleme von inkohärentem EU-Vertragsrecht behoben, redaktionell verbessert und bestehende Vorschriften geklärt oder vereinfacht werden, aber auch die Grundlage für ein optionales Rechtsinstrument auf dem Gebiet des europäischen Vertragsrechts geschaffen werden.

Die zweite Maßnahme betraf die Förderung der Ausarbeitung EU-weiter

¹⁶⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, KOM (2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS).

Standardvertragsklauseln dergestalt, dass eine Website einzurichten beabsichtigt wurde, auf der schon existierende Initiativen auf EU-Ebene und auf Ebene der Mitgliedstaaten aufgefunden werden können sollten.

Als dritte Maßnahme sollte reflektiert werden, ob nicht-gesetzgeberische Maßnahmen zweckmäßig wären, wie bspw ein optionales Rechtsinstrument. Gedacht wurde dabei an ein an grenzüberschreitende Verträge im Binnenmarkt angepasstes, modernes Regelwerk, auf welches Vertragsparteien als anwendbares Recht verweisen könnten, um den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr zu erleichtern.

VIII. Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht 2004

Diese Mitteilung schloss direkt an den Aktionsplan 2003 an und legte das weitere Vorgehen zur Verbesserung der Qualität und Kohärenz des Gemeinschaftsrechts genauer fest¹⁶⁹.

Den Schwerpunkt bildete das Vorhaben des GRR¹⁷⁰, das in den Beiträgen zum Aktionsplan¹⁷¹ besonders großen Anklang fand. Als ausdrückliches „Hauptziel“ bezeichnete die Kommission in diesem Zusammenhang die Stärkung des Vertrauens der Verbraucher und Unternehmer in den Binnenmarkt und zwar durch ein gemeinsames hohes Verbraucherschutzniveau, den Abbau von Binnenmarktschranken und die Vereinfachung von Rechtsvorschriften.

Es wurde das folgende weitere Vorgehen von der Kommission abgesteckt: Acht Verbraucherschutzrichtlinien¹⁷² sollten dahingehend überprüft werden, ob dieses Hauptziel der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher und Unternehmer trotz bestehender Mindestharmonisierung der Richtlinien bereits erreicht ist oder ob Änderungsbedarf besteht. Damit wurde die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherrecht eingeleitet. Die Kommission führte für diese Auswertung eine Reihe zu behandelnder Fragen an. Würde die Überprüfung die Notwendigkeit einer Abänderung von Richtlinien ergeben, so könnte auf das Instrumentarium des GRR zurückgegriffen werden. Ein zusätzlicher Nutzen des GRR wäre außerdem ua dessen Heranziehung bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht, bei Schiedsverfahren, als mögliche Grundlage für ein optionales Rechtsinstrument und als Auslegungshilfe für Gemeinschaftsrecht, auch für den EuGH.

¹⁶⁹ KOM(2004) 651.

¹⁷⁰ Gemeinsamer Referenzrahmen, „Common Frame of Reference“, daher auch CFR, ein Rahmenentwurf für ein einheitliches europäisches Zivilrecht.

¹⁷¹ Vgl 2. Kap VII. „Aktionsplan für ein kohärentes Vertragsrecht 2003“.

¹⁷² RL 85/577; 90/314; 93/13; 94/47; 97/7; 98/6; 98/27; 99/44.

Hinsichtlich der zweiten Maßnahme des Aktionsplans, der Förderung der Verwendung EU-weiter AGB, versuchte die Kommission die Skepsis in den Stellungnahmen auszuräumen, indem sie klarstellte, dass sie sich gewissermaßen als „ehrlicher Makler“ von AGB sehe und nicht selbst die Ausarbeitung von AGB plane¹⁷³. Weiterhin hielt sie an der Einrichtung einer eigenen Website fest, die als Plattform für Informationen über verwendete oder geplante EU-weite AGB dienen sollte.

Nahezu beschwichtigend mutet die Erklärung der Kommission zur dritten Maßnahme des Aktionsplans an, dass sie als Ergebnis ein „Europäisches Zivilgesetzbuch“, welches das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten harmonisieren würde, nicht beabsichtige.

IX. Grünbuch 2007

Der Weg hin zur Vollharmonisierung hat sich bereits im Grünbuch 2007 abgezeichnet, in welchem die Präferenz der Kommission für eine Vollharmonisierung zum Ausdruck kam¹⁷⁴.

Dem Grünbuch 2007¹⁷⁵ liegt die Überprüfung, wie in der Mitteilung zum europäischen Vertragsrecht vorgesehen und angekündigt, von insgesamt acht Verbraucher-RL durch eine Wissenschaftlergruppe zugrunde¹⁷⁶, welche mit dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes und der Modernisierung der RL zum Verbraucherschutz vorgenommen wurde.

Mit diesem Grünbuch teilte die Kommission ihre durch Analyse des gemeinschaftlichen Besitzstandes, im Speziellen der acht Verbraucher-RL, gewonnenen Erkenntnisse mit, verbunden mit der Aufforderung, zu diesen Erkenntnissen Stellung zu nehmen.

Zusammenfassend gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, dass es den Verbrauchern an Vertrauen bspw in den Onlinehandel mit Unternehmern außerhalb ihres Wohnstaates mangle. Weiters ist die zentrale Aussage des Grünbuchs, dass sich die unterschiedlichen Regelungen, welche auf die in den überprüften Verbraucher-RL vorgegebene Mindestharmonisierung zurück zu

¹⁷³ KOM(2004) 651 endg., 7.

¹⁷⁴ *Rott/Terryn*, Proposal for a Directive on Consumer Rights, ZEuP 2009, 458.

¹⁷⁵ KOM(2006) 744 endg, Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz. Ausführlich zu diesem Grünbuch Meškić, Europäisches Verbraucherrecht.

¹⁷⁶ Aus Österreich waren beteiligt: *Peter Bydlinski*, *Martin Stefula* und *Thomas Schoditsch*, Neuordnung des europäischen Konsumentenschutzrechtes? ÖJZ 2007/16.

führen seien, unter Umständen negativ auf den Binnenmarkt auswirken könnten. Es wurde die aufgrund der Mindestharmonisierung bestehende Rechtszersplitterung sowie die mangelnde Kohärenz der RL betreffend Verbraucherschutz bemängelt.

Im Grünbuch kommt die Präferenz der Kommission für ein „horizontales Instrument in Kombination mit vertikalem Vorgehen“ deutlich zum Ausdruck¹⁷⁷, welches als Lösung für eine erhebliche Vereinfachung des Regelungsumfeldes der Verbraucher wie auch für Wirtschaft und Handel gesehen wird. Die weiteren beiden Optionen neben dem horizontalen Instrument seien ein vertikaler Ansatz, worunter die Verbesserung jeder einzelnen RL zu verstehen ist, sowie die Beibehaltung des Status quo¹⁷⁸.

Zur weiteren Diskussion wurden zentrale Fragen in den Raum gestellt, wie die Frage nach dem Harmonisierungsgrad eines horizontalen Instruments, nach dem Anwendungsbereich, dem Verbraucherbegriff, sowie nach Informations- und Widerrufsrechten.

X. Entwurf einer Verbraucherrichtlinie

Die Entwicklung des Verbraucherrechtes gipfelte schließlich vorerst in der Annahme und Veröffentlichung eines Vorschlages einer Verbraucherrichtlinie durch die Kommission am 8. Oktober 2008, in der die Fernabsatz-RL¹⁷⁹, die Klausel-RL¹⁸⁰, die Haustürgeschäfte-RL¹⁸¹, sowie die Verbrauchsgüterkauf-RL¹⁸² aufgehen sollten¹⁸³.

Dieser Veröffentlichung folgten zahlreiche Debatten¹⁸⁴, Tagungen, Konferenzen¹⁸⁵, Stellungnahmen¹⁸⁶, Kontroversen und rechtswissenschaftliche Abhandlungen.

¹⁷⁷ KOM(2004) 651 endg., 9, Option II.

¹⁷⁸ *Bydlinski/Stefula/Schoditsch* ÖJZ 2007/16.

¹⁷⁹ RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 144 vom 4.6.1997, 19.

¹⁸⁰ RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 95 vom 21.4.1993, 29.

¹⁸¹ RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 372 vom 31.12.1985, 31.

¹⁸² RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 171 vom 7.7.1999, 12.

¹⁸³ Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg.

¹⁸⁴ ZB im Rat der Europäischen Union am 25.5.2010, PRES/10/136.

¹⁸⁵ ZB Konferenz des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Europäischen Tag am 15.3.2010.

Die wohl am meisten umstrittene Neuerung des RL-Entwurfs normierte Art 4 RL-Entwurf, mit welchem ein Paradigmenwechsel vom Prinzip der Mindestharmonisierung hin zur Vollharmonisierung stattfinden sollte. Die zahlreiche Kritik dazu, vor allem betreffend die partielle Absenkung des Verbraucherschutzniveaus, war mitunter ein maßgeblicher Grund dafür, weshalb der RL-Entwurf in dieser Form nicht verabschiedet wurde.

Hinsichtlich der Regelungen betreffend die Verbrauchsgüterkauf-RL stand in erster Linie die zwingend vorgesehene Rügepflicht für Verbraucher im Zentrum der Kritik¹⁸⁷.

XI. Grünbuch 2010

Parallel zu den laufenden Beratungen über den RL-Entwurf veröffentlichte die Kommission im Juli 2010 ein weiteres Grünbuch als Grundlage für eine öffentliche Konsultation¹⁸⁸.

In diesem Grünbuch wurden von der Kommission sieben teils sehr weitreichende Optionen zur Stärkung des Binnenmarktes durch die Entwicklung eines europäischen Vertragsrechts aufgezeigt. Diese Optionen reichen von der Option der Veröffentlichung der Ergebnisse der Expertengruppe, über eine VO zur Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechtsinstruments bis hin zur Option einer RL eines europäischen Vertragsrechts, einer VO zur Einführung eines europäischen Vertragsrechts sowie einer VO zur Einführung eines europäischen Zivilgesetzbuches.

Dem Grünbuch kann eine Präferenz der Kommission für die Option IV, die Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechtsinstruments, entnommen werden¹⁸⁹.

XII. Verabschiedung der Verbraucherrechterichtlinie

Am 23.06.2011 nahm das Europäische Parlament die RL des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher in geänderter Fassung an.

¹⁸⁶ ZB Stellungnahmen des Ausschusses der Regionen, ABl C 200 vom 25.8.2009, 76; des Ausschusses Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments vom 1.10.2010; des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 24.1.2011; des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl C 317 vom 23.12.2009, 54.

¹⁸⁷ Vgl etwa Frey, Verbraucherschutz droht Schwächung, Der Standard 2009/05/04.

¹⁸⁸ KOM(2010) 348 endg.

¹⁸⁹ Zöchling-Jud in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 169 AEUV, Rz 29.

Am 10.10.2011 wurde die RL schließlich vom Rat angenommen¹⁹⁰.

Vom ursprünglich ausgesprochen ambitionierten Vorhaben des Grünbuchs 2007 sogar 8 Verbraucherschutz-RL in einem horizontalen Rechtsinstrument zu harmonisieren¹⁹¹, sowie dem Vorschlag für eine RL über Rechte der Verbraucher¹⁹², vier RL zu harmonisieren, ist letztlich in der vorliegenden verabschiedeten RL die Harmonisierung der Fernabsatz- sowie der Haustürgeschäfte-RL geblieben, welche im 4. Kapitel ausführlich behandelt werden wird. Der Grund für das Scheitern einer großen Rahmen-RL wird in den Schwächen des Vollharmonisierungskonzepts gesehen¹⁹³.

Da die Fernabsatz- und die Haustürgeschäfte-RL als eher vertriebsbezogen zu qualifizieren sind und im Wesentlichen Informationspflichten und Rücktrittsrechte zum Inhalt haben, waren diese leichter einem Kompromiss zur Harmonisierung zugänglich, als die weitaus mehr vertragsrechtlich orientierte Klausel-RL sowie die Verbrauchsgüterkauf-RL¹⁹⁴.

XIII. Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht

Am 11.10.2011 hat die Kommission einen Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vorgelegt, womit die Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts vorläufig einen weiteren Höhepunkt erfahren hat. Die Besonderheit dieses Vorschlags liegt in einer Abkehr vom System der Regelung von Verbraucherrecht durch mindest- oder vollharmonisierende RL hin zu einem optionalen Regelwerk¹⁹⁵, wobei ein „opt-in“-Modell vorgesehen ist¹⁹⁶. Dieses Regelwerk über Kaufvorschriften sollte ein zweites paralleles Rechtssystem in den Mitgliedstaaten bilden, das von Parteien, die einen Vertrag im grenzüberschreitenden Verkehr schließen, gewählt werden können sollte¹⁹⁷.

¹⁹⁰ PE-CONS 26/11.

¹⁹¹ Siehe 2. Kap IX.

¹⁹² KOM(2008) 614.

¹⁹³ Kroll-Ludwigs, Ein optionales Vertragsrecht für Europa, GPR 2012, 181.

¹⁹⁴ Reich, EU-Verbraucherkaufrecht in neuen Dokumenten und in einem Optionalen Instrument, ZfRV 2011/26, 197.

¹⁹⁵ Kroll-Ludwigs, GPR 2012, 181.

¹⁹⁶ Zimmermann, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts, JBI 2012, 2.

¹⁹⁷ Pisuliński, Die Entwicklung des europäischen Zivilrechts, GPR 2013, 254 (255).

Durch die intensive Diskussion über den Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts geriet die Verbraucher-RL beinahe in den Hintergrund¹⁹⁸.

¹⁹⁸ *Tonner/Fangerow*, Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?, *euvr* 2012, 67; *Grundmann*, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, *JZ* 2013, 53; *Stürner*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, *GPR* 2013, 271.

3. KAPITEL

GRUNDSATZ DER VOLLHARMONISIERUNG

Die Bestimmung der Verbraucher-RL, die den meisten kontroversiellen Diskussionen ausgesetzt ist, ist die Bestimmung des Art 4, welcher in der angenommenen Endfassung folgenden Wortlaut aufweist:

„Grad der Harmonisierung

Sofern diese Richtlinie nichts anderes bestimmt, erhalten die Mitgliedstaaten weder von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrecht noch führen sie solche ein; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus“.

Damit wurde die folgende umfassendere Formulierung des Art 4 des ursprünglichen RL-Entwurfs aufgegeben:

„Vollständige Harmonisierung

Die Mitgliedstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“

Es wurde daher im Interesse einer Kompromisslösung von der ursprünglichen Formulierung einer umfassenden Vollharmonisierung abgegangen und die RL letztlich mit dem Ansatz einer sog „gezielten Vollharmonisierung“¹⁹⁹ verabschiedet.

Mit dieser Bestimmung verlässt der europäische Gesetzgeber, auch in der letztlich beschlossenen Textierung, ein weiteres Mal das im Bereich des Verbraucherprivatrechts etablierte System der Mindestharmonisierung und vollzieht einen Paradigmenwechsel hin zur Vollharmonisierung²⁰⁰.

¹⁹⁹ Siehe näher 3. Kap I.3. zur gezielten Vollharmonisierung.

²⁰⁰ Vollharmonisierend konzipiert sind bislang die RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der RL 97/7/EG und 98/27/EG, ABI 2002 L 271, 16), die Verbraucherkredit-RL (RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, ABI 2008 L 133, 66) sowie die Timesharing-RL (RL

Im Folgenden wird ausgeführt, was unter Voll- und Mindestharmonisierung sowie unter einer gezielten Vollharmonisierung zu verstehen ist und die kompetenzrechtliche Grundlage der vollharmonisierenden Bestimmung des Art 4 leg cit untersucht. Weiters wird insbesondere der Vollharmonisierungsansatz des Art 4 der RL im Hinblick auf das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip hinterfragt.

Schließlich wird analysiert, welche Auswirkungen der Paradigmenwechsel von der Mindestharmonisierung hin zur Vollharmonisierung auf die Umsetzung und Eingliederung des RL-Rechts in das nationale Privatrecht haben könnte, wobei insbesondere die Problematik des Verhältnisses von in der RL vorgesehenen zu bestehenden nationalen Rechtsbehelfen skizziert wird und letztlich damit auch in Frage gestellt wird, ob das Modell der Vollharmonisierung sämtliche Rechtsvereinheitlichungsprobleme lösen kann.

I. Begriffsbestimmungen

1. Begriff der Vollharmonisierung

Die Vollharmonisierung ist begrifflich von der Mindest- und der teilweisen Harmonisierung zu unterscheiden. In der Literatur ist darüber hinaus auch der Begriff der differenzierenden Vollharmonisierung vorzufinden²⁰¹, *Schwab*²⁰² prägte den Begriff der gezielten Vollharmonisierung²⁰³.

Der Begriff der Vollharmonisierung wird in zweierlei Hinsicht verwendet, zum einen im Hinblick auf die Harmonisierungsintensität²⁰⁴, zum anderen aber auch hinsichtlich der Frage des räumlichen Anwendungsbereiches.

Art 4 leg cit normiert die Vollharmonisierung im Hinblick auf die Harmonisierungsintensität. Dieser Regelung zufolge bleibt den nationalen Gesetzgebern eine überschießende Richtlinienumsetzung verwehrt²⁰⁵. Soweit die RL daher Regelungen über Verbraucherschutz enthält, bleibt den nationalen Gesetzgebern, sofern in der RL nicht für eine konkrete Bestimmung explizit eine

2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.1.2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABI 2009 L 33, 10.

²⁰¹ *Schmidt-Kessel*, Der Vorschlag im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009), 28.

²⁰² *Schwab*, Andreas, Berichterstatter im IMCO-Ausschuss des Europäischen Parlaments.

²⁰³ Entwurf eines Berichts vom 25.6.2010, PE442.789v04-00.

²⁰⁴ *Roth*, Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts in *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 18.

²⁰⁵ *Effer-Uhe/Watson*, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie, GPR 2009/1, 8.

Mindestharmonisierung vorgesehen ist, insofern kein Entscheidungsspielraum. Gleichmaßen vom Vollharmonisierungsansatz betroffen ist in weiterer Folge neben den nationalen Gesetzgebern, welche die RL binnen 2 Jahren ab Inkrafttreten umzusetzen haben, die Rechtsprechung aufgrund des Gebotes der richtlinienkonformen Interpretation, die dann „sklavisch an die Auslegung der Richtlinie durch den EuGH gebunden“²⁰⁶ ist.

Nach Meinung von *Roth*²⁰⁷ muss die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, um einer Vollharmonisierung zu entsprechen, nicht punktgenau sein, sondern kann auch Wahlmöglichkeiten der Mitgliedstaaten kennen, oder sich auch auf die Setzung eines eher lockeren Rahmens beschränken, sodass den Mitgliedstaaten noch ein Wertungs- und Gestaltungsspielraum bleibt. Dem ist allerdings mE entgegenzuhalten, dass immer dann, wenn nur ein vollharmonisierter Rahmen gesetzt wird, eine bloß teilweise Vollharmonisierung vorliegt; weil der Bereich innerhalb des vorgegebenen Rahmens in den einzelnen Mitgliedstaaten divergierend geregelt werden kann.

Vollharmonisierung im Hinblick auf den räumlichen Anwendungsbereich bedeutet, dass die RL nicht nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte, sondern auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte angewendet wird²⁰⁸. Ihr wird in der Literatur auch der Begriff der Maximalharmonisierung gegenübergestellt²⁰⁹. Bei Umsetzung einer maximalharmonisierenden RL wird dem nationalen Gesetzgeber, ebenso wie bei der Vollharmonisierung, die Überwiege Unterschreitung des vorgegebenen Schutzniveaus verwehrt, geregelt werden bei der Maximalharmonisierung allerdings bloß grenzüberschreitende und nicht auch, wie bei der Vollharmonisierung, rein innerstaatliche Sachverhalte.

2. Begriff der Mindestharmonisierung

Mindestharmonisierende RL enthalten die ausdrückliche Bestimmung, wie bspw Art 8 Haustürgeschäfte-RL, dass „die vorliegende RL die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindert, noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet der RL zu erlassen oder beizubehalten“.

²⁰⁶ *Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006/21, 1035.

²⁰⁷ *Roth* in *Gsell/Herresthal* 18.

²⁰⁸ Ähnlich *Roth* in *Gsell/Herresthal* 19, der eine Regelung beschränkt auf zwischenstaatliche Sachverhalte als Teilharmonisierung versteht.

²⁰⁹ *Möllers*, Vollharmonisierung im Kapitalmarkt (2009) 250; *Schürmbrand*, Vollharmonisierung im Gesellschaftsrecht (2009) 274.

Das System der Mindestharmonisierung sieht vor, dass der europäische Gesetzgeber einen Mindeststandard in Form einer sog. Öffnungsklausel festlegt²¹⁰, der von den Mitgliedstaaten umgesetzt wird – den Mitgliedstaaten ist es durch eine Öffnungsklausel gestattet, das nationale Verbraucherschutzniveau gegenüber der RL zu erhöhen. Der Vorteil der Mindestharmonisierung liegt für die Mitgliedstaaten durch die Möglichkeit der Festsetzung eines höheren Schutzniveaus vor allem darin, die RL derart in das nationale Recht zu implementieren, dass keine Inkonsistenzen oder Inkohärenzen mit dem restlichen Rechtsbestand auftreten²¹¹. Zu den Nachteilen werden Effektivitätseinbußen, Wettbewerbsverzerrungen und ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit gezählt²¹².

Da es den Mitgliedstaaten im Fall der Mindestharmonisierung vorbehalten bleibt, ein höheres Verbraucherschutzniveau beizubehalten oder einzuführen und zusätzliche Schutzinstrumente innerstaatlich zur Verfügung zu stellen²¹³, führt dies zu dem Ergebnis, dass sich zwar Verbraucher auf einen europäischen Mindeststandard verlassen können, jedoch im Ergebnis 28 verschieden über das Mindestmaß der jeweiligen RL hinausgehende divergierende Standards in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten antreffen werden. Die geplante Vollharmonisierung soll vor allem dieser durch die Mindestharmonisierung bewirkten Rechtszersplitterung entgegen wirken.

3. Begriff der differenzierenden Vollharmonisierung

Ein Spezifikum ist die sogenannte differenzierende Vollharmonisierung, welche zwar für gemeinschaftsrechtliche Pflichten bzw. Tatbestände eine Vollharmonisierung vorsieht, hingegen die Rechtsfolgen bei Verstoß gegen diese Pflichten unbehandelt lässt und somit den nationalen Gesetzgebern zur Regelung überlässt²¹⁴.

Als differenzierende Vollharmonisierung wird außerdem auch der Ansatz verstanden, die Vollharmonisierung auf „eher technische Regelungen“ zu beschränken²¹⁵, wie etwa auf die Dauer der Widerrufsfrist²¹⁶, bzw. nur solche

²¹⁰ Meškić, Europäisches Verbraucherrecht 66.

²¹¹ Loos, Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders, Centre for the Study of European Contract Law, 2010/03, 5.

²¹² Kroll-Ludwigs, GPR 2012, 181.

²¹³ Rott/Terryn, ZEuP 2009, 459.

²¹⁴ Schmidt-Kessel in *Jud/Wendehorst* 28.

²¹⁵ So findet etwa Gsell, Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht (2009) 244 eine Vollharmonisierung nur für technische Regelungen sinnvoll.

²¹⁶ Zypries, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte, ZEuP 2009, 225.

Aspekte vollharmonisierend zu regeln, „bei denen die Vorteile für den Binnenmarkt die Kosten klar überwiegen“²¹⁷.

Insofern ist der Begriff auch gleichzusetzen mit dem Begriff der gezielten vollständigen Harmonisierung, worunter eine umfassende Harmonisierung, die sich auf bestimmte Aspekte bestimmter Verträge beschränkt, zu verstehen ist²¹⁸.

II. Kompetenz zur Vollharmonisierung

Nachstehend soll die Rechtsgrundlage für die Vollharmonisierung des Regelungsinhalts der Verbraucher-RL näher untersucht werden.

Nach der ständigen Rsp des EuGH muss sich im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsaktes auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen, wobei zu diesen Umständen insbesondere das Ziel und der Inhalt eines Rechtsakts gehören²¹⁹. Im Folgenden werden dementsprechend die näher in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen auf ihre Tauglichkeit als Grundlage für eine vollharmonisierende Verbraucherschutzrichtlinie überprüft.

Die Verbraucher-RL nennt Art 114 AEUV iVm Art 169 Abs 2 lit a AEUV als ihre Kompetenzgrundlage.

Stellt der EuGH fest, dass für einen Rechtsakt eine falsche Kompetenzgrundlage gewählt wurde, so erklärt er den gesamten Rechtsakt für nichtig²²⁰. Zu untersuchen ist daher, ob die gewählte Rechtsgrundlage des Art 114 AEUV iVm Art 169 Abs 2 lit a AEUV eine tragfähige Rechtsgrundlage für eine vollharmonisierende Verbraucherrichtlinie ist.

1. Art 169 AEUV keine taugliche Grundlage

Der aufgrund seiner Überschrift „Verbraucherschutz“ auf den ersten Blick passend erscheinende Art 169 AEUV begründet eine (Politik-)²²¹Kompetenz der

²¹⁷ *Jud/Wendehorst*, Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *ecolx* 2009, 280.

²¹⁸ *Schwab*, Entwurf eines Berichts, PE442.789v04-00, 115.

²¹⁹ EuGH 10.12.2002, C-491/01, *British American Tobacco*, Slg 2002, I-11453, Rn 93; EuGH 4.4.2000, C-269/97, *Kommission gegen Rat*, Slg 2000, I-2257, Rn 43.

²²⁰ *Hofmann*, *Europarecht* (SS 2010), 6, abrufbar unter <http://www.jura.uni-frankfurt.de> (12.12.2010).

²²¹ *Roth in Gsell/Herresthal* 20.

EU zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus²²².

1.1. Art 169 Abs 2 lit b AEUV

Da Art 169 Abs 4 iVm Art 169 Abs 2 lit b AEUV explizit anordnet, dass die nach Art 169 Abs 2 lit b AEUV von der EU beschlossenen Maßnahmen die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindern, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern sie mit den Verträgen vereinbar sind, ist Art 169 Abs 2 lit b AEUV als Grundlage für eine vollharmonisierende Richtlinie untauglich und kann für eine Vollharmonisierung nicht kompetenzbegründend sein.

1.2. Art 169 Abs 2 lit a AEUV

Maßnahmen nach Art 169 Abs 2 lit a AEUV richten sich nach dem Hauptzweck der Binnenmarktverwirklichung und können ausschließlich auf die Kompetenznorm des Art 114 AEUV gestützt werden. Art 169 Abs 2 lit a AEUV ist selbst keine Kompetenznorm, weshalb Maßnahmen nach lit a ausschließlich auf die Kompetenznorm des Art 114 AEUV gestützt werden können. Die Wahl dieser Kompetenznorm bedeutet, dass eine von den Bedürfnissen des Binnenmarktes losgelöste Verbraucherpolitik nicht möglich ist²²³.

2. Art 114 AEUV als Kompetenzgrundlage

Es ist daher, zumal Art 169 Abs 2 lit b AEUV nicht für eine Vollharmonisierung kompetenzbegründend sein kann und Art 169 Abs 2 lit a AEUV keine Kompetenznorm ist, die Anwendbarkeit von Art 114 AEUV²²⁴, einer sogenannten Querschnitts-Kompetenz-Bestimmung²²⁵, mit der Überschrift „Angleichung der Rechtsvorschriften“, auf die Tauglichkeit als Kompetenzgrundlage hin zu prüfen. Die RL selbst nennt den AEUV, insbesondere Art 114 AEUV²²⁶, als ihre Kompetenzgrundlage:

²²² Art 169 Abs 2 AEUV, ex Art 153 EGV.

²²³ *Lerm*, GPR 2012, 168.

²²⁴ Ex Art 95 EGV.

²²⁵ *Roth in Gsell/Herresthal* 20.

²²⁶ ex Art 95 EGV.

Art 114 Abs 1:

„Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 [Anm: Verwirklichung und Funktionieren des Binnenmarktes] die nachstehende Regelung. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen [...] die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.“

Art 114 Abs 3:

„Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus [...]“

Abgesehen vom eindeutigen Wortlaut dieser beiden Bestimmungen, wonach auf Grundlage von Art 114 AEUV auch vollharmonisierende, auf Art 169 Abs 2 lit b AEUV hingegen nur mindestharmonisierende Rechtsvorschriften gestützt werden können, ergibt auch die historische Interpretation mit Blick auf die Entstehungsgeschichte von Kompetenzvorschriften, dass Politikkompetenzen, die erst nachträglich Eingang in den EGV gefunden haben, als mindestharmonisierende Kompetenzen konzipiert wurden, während Querschnittskompetenzen, die funktional und final auf die Vollendung des Binnenmarktes ausgerichtet sind, ursprünglich als Vollharmonisierungskompetenzen zur Beseitigung von Hemmnissen für den Binnenmarkt verstanden wurden²²⁷. Erst durch das Weißbuch 1985²²⁸ wurde das ursprünglich verfolgte Konzept der Vollharmonisierung geschwächt und durch jenes der Mindestharmonisierung kombiniert mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung abgelöst. Damals wurde bereits erwogen, dass für das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zwar die Beseitigung von Handelshemmnissen spricht und sie auch zur Schaffung eines „echten Gemeinsamen Marktes im kaufmännischen Sinne führen würde“, sie aber nicht zur Errichtung eines auf die industrielle Wettbewerbsfähigkeit gestützten expandierenden Marktes ausreicht. Andererseits wurde aber wiederum erkannt, dass die Vollharmonisierung zu viel reglementieren würde, „zu zeitraubend und unflexibel wäre und Innovationen ersticken könnte“²²⁹.

²²⁷ Roth in Gsell/Herresthal 20 f.

²²⁸ Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(85) 310, Juni 1985.

²²⁹ KOM(85) 310, Juni 1985, Rn 64.

Vor dem Hintergrund der hitzigen Diskussion²³⁰ über die zum Teil angezweifelte Kompetenz der EU zur Verabschiedung einer derart umfassenden vollharmonisierenden RL formulierte dem entgegen *Roth* angesichts der historischen Interpretation der Querschnittskompetenzen als Kompetenzen zur Vollharmonisierung die durchaus provokante Frage, ob Art 114 AEUV den europäischen Gesetzgeber überhaupt auch zu Maßnahmen der Mindestharmonisierung oder nur zu solchen der Vollharmonisierung ermächtige²³¹.

Dieser Kompetenzartikel bzw dessen Vorgängerbestimmung ex Art 95 EGV wurde bislang auch für die Erlassung von mindestharmonisierenden Verbraucher-RL strapaziert. Nicht selten wurden Kompetenzüberschreitungen, wie bspw bei der Produkthaftungs-RL oder der Haustürgeschäfte-RL bemängelt²³², obwohl sich bei näherer Prüfung der Eingrenzungskriterien des Art 114 AEUV bzw dessen Vorgängerbestimmung für den EuGH die binnenmarktfinalen Tatbestandsvoraussetzungen als gegeben erwiesen²³³. Art 169 AEUV bzw dessen Vorgängerbestimmung ex Art 153 EGV hingegen wurde demgegenüber lediglich als Kompetenzgrundlage für die Preisauszeichnungs-RL²³⁴ beansprucht.

2.1. Tatbestandsmerkmal Binnenmarktverwirklichung

Gemäß Art 114 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

Im Unterschied zu Art 169 AEUV ist Art 114 AEUV nicht sachgebietsbezogen und –beschränkt, sondern final und funktional auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ausgerichtet²³⁵ und schafft eine Angleichungsermächtigung.

Im Hinblick auf das in Art 1 ausdrücklich erklärte Ziel der RL, durch Angleichung bestimmter Aspekte der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmen geschlossen werden, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen und damit

²³⁰ Lerm, GPR 2012, 168. Lerm geht nach eingehender Auseinandersetzung mit den Kompetenzartikeln überhaupt von einer Vertragswidrigkeit der Verbraucher-RL aus; Paschke/Husmann, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts, GPR 2010, 262.

²³¹ Roth in Gsell/Herresthal 22.

²³² Müller-Graff, Gestaltung und Gestalt der europäischen Rechtsetzung, EuZ 2010/4, 86.

²³³ Zur näheren Auslegung der Kompetenzbestimmung des ex Art 95 EGV, EuGH 5.10.2000, C 376/98, *Erste Tabakwerke-Entscheidung*, Slg 2000, I-08419.

²³⁴ RL 98/6/EG vom 16.2.1998; Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht (2005) 58.

²³⁵ Roth in Gsell/Herresthal 21.

zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen, vermag das Tatbestandsmerkmal der Binnenmarktverwirklichung des Art 114 AEUV prima facie erfüllt sein.

Es wird erläuternd ausgeführt, dass derzeit in den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils ein unterschiedlicher Schutzzumfang des Verbraucherrechts anzutreffen sei, eine unangemessene Rechtszersplitterung vorherrsche und sich diese Tatsache auf das Vertrauen der Verbraucher negativ auswirke²³⁶. Die vollständige Harmonisierung einiger wesentlicher Aspekte soll dem entgegen wirken und die Rechtssicherheit für Verbraucher wie für Unternehmer erhöhen. Vorrangiges Ziel sei letztlich die Beseitigung der sich aus der Rechtszersplitterung ergebenden Hindernisse und die Vollendung des Binnenmarktes auf diesem Gebiet²³⁷. Darüber hinaus würden die Verbraucher in den Genuss eines hohen, einheitlichen Verbraucherschutzniveaus in der gesamten Gemeinschaft kommen²³⁸.

Primär wird daher die Vollendung des Binnenmarktes als wichtiges Tatbestandsmerkmal zur Angleichungsermächtigung des Art 114 AEUV angestrebt, Nebenzweck bzw Begleiterscheinung soll die Erzielung eines hohen vereinheitlichten Verbraucherschutzniveaus sein²³⁹.

2.2. Auslegung durch den EuGH

Der EuGH hat zur Auslegung und den Grenzen von ex Art 95 EGV, der Vorgängerbestimmung von Art 114 AEUV, im ersten „Tabakwerbe-Urteil“ Stellung genommen²⁴⁰.

In dieser Entscheidung hat er mE zurecht erkannt, dass (ex) Art 95 EGV dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt, da dies mit dem Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung nach Art 5 Abs 1 EUV unvereinbar wäre und dem Wortlaut der Kompetenzbestimmung widerspräche. Außerdem würden, wenn bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehende Wettbewerbsverzerrungen genügen würden, der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede

²³⁶ ErwG 6 der Verbraucher-RL.

²³⁷ ErwG 7 der Verbraucher-RL.

²³⁸ ErwG 7 der Verbraucher-RL.

²³⁹ So auch zu Art 95 EGV grundsätzlich *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht (2005) 60; *Schulze*, Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsprivatrecht in *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 65.

²⁴⁰ EuGH 5.10.2000, C-376/98, *Erste Tabakwerbe-Entscheidung*, Slg 2000, I-08419.

Wirksamkeit genommen werden²⁴¹. Dementsprechend soll daher Rechtsangleichung kein Selbstzweck sein²⁴².

So muss nach dieser Judikatur ein auf diesem Kompetenzartikel erlassener Rechtsakt tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern²⁴³. Eine solche Maßnahme muss den Binnenmarkt zielgerichtet verbessern, eine Harmonisierung und Verbesserung des Binnenmarktes bloß nebenbei ist nicht ausreichend²⁴⁴. Sie kann zwar als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen, es wird allerdings ein strenger Maßstab angelegt, ob das Entstehen solcher Hindernisse wahrscheinlich ist und ob die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezweckt²⁴⁵.

Es muss daher für die Annahme einer Kompetenz der EU nach Art 114 AEUV alternativ eine der folgenden Voraussetzungen konkret vorliegen²⁴⁶:

- Bestehen von Hemmnissen für die Grundfreiheiten,
- Wahrscheinlichkeit des Entstehens von Hemmnissen für die Grundfreiheiten, oder
- Befürchtung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen.

Hingegen genügt die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehende Wettbewerbsverzerrungen nicht zur Rechtfertigung der Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes nach Art 114 AEUV²⁴⁷.

Liegen aber die gerichtlich vollständig nachprüfbaren Tatbestandsvoraussetzungen dieses Kompetenzartikels tatsächlich vor, so sind Kommission, Rat und Europäisches Parlament nach Art 114 Abs 3 AEUV sogar dazu verpflichtet, in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau auszugehen²⁴⁸.

²⁴¹ EuGH 5.10.2000, C-376/98, *Erste Tabakwerbe-Entscheidung*, Slg 2000, I-08419, Rn 84.

²⁴² Roth in Gsell/Herresthal 32.

²⁴³ EuGH 8.6.2010, C-58/08, *The Queen, auf Antrag von Vodafone Ltd ua/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Slg 2010, I-04999, Rn 32; EuGH 10.12.2002, C-491/01, *British American Tobacco*, Slg 2002, I-11453, Rn 60.

²⁴⁴ Beiser/Zorn in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 114 AEUV, Rz 15.

²⁴⁵ EuGH 5.10.2000, C-376/98, *Erste Tabakwerbe-Entscheidung*, Slg 2000, I-08419, 2. Leitsatz.

²⁴⁶ Roth in Gsell/Herresthal 32.

²⁴⁷ EuGH 5.10.2000, C-376/98, *Erste Tabakwerbe-Entscheidung*, Slg 2000 I-08419.

²⁴⁸ Streinz, Europarecht⁷ (2005) 361.

2.3. Anwendbarkeit auf die RL

Die Prüfung der subjektiven Zielsetzung der vorliegenden RL anhand deren Art 1 sowie der ErwG fällt im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzung des Zieles der Binnenmarktverwirklichung - wie bereits im vorangehenden Kapitel dargestellt - zweifelsfrei positiv aus, da mehrfach betont wird, dass die Verbraucher-RL der Verbesserung des Binnenmarktes dienen soll.

Die Prüfung der objektiven Seite wiederum, ob die RL tatsächlich geeignet ist, spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, stellt sich freilich schwieriger dar.

Wie vom EuGH im ersten „Tabakwerbe-Urteil“ heraus gearbeitet wurde²⁴⁹, kann Art 114 AEUV bzw dessen Vorgängerbestimmung als Kompetenzgrundlage allein mit der Begründung der Anhebung des Verbraucherschutzniveaus nicht heran gezogen werden. Es muss vielmehr im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle geprüft werden, ob die Wettbewerbsverzerrungen, die es zu beseitigen gilt, auch spürbar sind.

Aufgrund dieses Judikats ist hinsichtlich einiger Verbraucher-RL bezweifelt worden, ob sie zulässigerweise auf Art 114 AEUV bzw Art 95 EGV gestützt wurden²⁵⁰, wiewohl die jeweiligen Rechtsakte selbstverständlich auf die Behauptung gestützt worden sind, es gäbe Unterschiede in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen, welche die Wettbewerbsbedingungen beeinflussen und den Wettbewerb verzerren - dies allerdings ohne einen Nachweis im Einzelnen erbracht zu haben²⁵¹.

Diese Frage ist allerdings mE für die vorliegende RL aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes weniger kritisch. Im Unterschied zu den bisherigen mindestharmonisierenden Verbraucher-RL, für deren Erlass die Kompetenz der EU in Zweifel gezogen wurde, werden durch die gegenständliche vollharmonisierende RL (eher) gleiche Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt geschaffen werden und (eher) die grenzüberschreitende Nachfrage von Verbrauchern auf dem Binnenmarkt erleichtert und gefördert als dies durch eine Mindestharmonisierung der Fall wäre. Insofern kann die Kompetenzgrundlage des Art 114 AEUV, auch vor dem Hintergrund der Rsp des EuGH, leichter für die Verabschiedung einer vollharmonisierenden RL strapaziert werden, als für eine mindestharmonisierende. Schließlich divergieren bei mindestharmonisierenden

²⁴⁹ EuGH 5.10.2000, C-376/98, *Erste Tabakwerbe-Entscheidung*, Slg 2000 I-08419.

²⁵⁰ *Lurger/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht 37.

²⁵¹ *Roth in Gsell/Herresthal* 32.

RL aufgrund des großen Spielraums bei der RL-Umsetzung, die Wettbewerbsbedingungen infolge stark divergierender nationaler Rechtsordnungen jedenfalls stärker und können sich daher auch grenzüberschreitend nachfragende Verbraucher nicht auf ein einheitliches Schutzniveau verlassen²⁵². Paradoxerweise lässt sich daher mE die Kompetenz zur Vollharmonisierung wesentlich einfacher begründen als die Kompetenz zur Mindestharmonisierung, obwohl die einzelnen Mitgliedstaaten bei Ausübung einer Vollharmonisierungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers selbstverständlich massiver in ihrer Gestaltungsmöglichkeit durch Rechtssetzung beschnitten werden.

Ausgesprochen intensiv erörtert wird von der Kommission, dass die Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen die Wettbewerbsbedingungen beeinflussen und Wettbewerbsverzerrungen verursachen²⁵³. Aufgrund der mindestharmonisierungsbedingten Rechtszersplitterung entstünden grenzüberschreitend tätigen Unternehmen hohe Rechtsberatungskosten, um das jeweilige Schutzniveau in Erfahrung zu bringen, zumal sie im Rahmen der Gestaltung ihrer Verträge mit Verbrauchern zu beachten haben, dass sie nach der Rom-I-VO das Niveau des Staates des jeweiligen Verbrauchers nicht unterschreiten dürfen. Diese Kosten würden den Unternehmen den Ansporn nehmen, grenzüberschreitend tätig zu werden und würden ohnedies letztlich auf die Verbraucher überwälzt werden²⁵⁴. In der Literatur wird dieser allgemein gehaltenen Aussage demgegenüber kritisch begegnet, mit der Begründung, dass das für die Anbieterseite durch die Verbraucher-RL verursachte Kostenvolumen nicht bekannt sei und gleichermaßen der erzielbare Transaktionskostenvorteil spekulativ bleibe²⁵⁵.

Beispielhaft wird von der Kommission der Fernabsatz mit seinem bislang nicht ausgeschöpften Potenzial angeführt, mit der Behauptung, dass bislang Verbraucher den Vorteil der zum Teil beachtlichen Preisdifferenzen innerhalb der Mitgliedstaaten für sich fast (noch) nicht nutzen würden²⁵⁶.

Ein Vergleich der Spezial Eurobarometer Nr. 193 (2003), Nr. 252 (2005) sowie Nr. 298 (2008) ergibt, wie aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich²⁵⁷, dass etwa im Jahr 2005 rund 23 % an Inlandskaufverträgen über das Internet

²⁵² Ähnlich im Zusammenhang mit mindestharmonisierenden RL, *Lurger/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht 37.

²⁵³ So noch in ErwG 6 des RL-Entwurfs.

²⁵⁴ Commission staff working document accompanying the proposal for a directive on consumer rights, 8, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf (12.12.2010).

²⁵⁵ *Schulze in Gsell/Herresthal* 71.

²⁵⁶ ErwG 5 der RL.

²⁵⁷ Commission staff working document, Tabelle 1 des Anhang 2 zum RL-Entwurf, 7.

zustande gekommen sind, während gleichzeitig 6 % an grenzüberschreitenden (EU-Auslands-) Kaufverträgen zustande gekommen sind. Aus der Entwicklung im Vergleich zum Jahr 2008, in welchem 30 % an Inlandskaufverträgen über das Internet abgewickelt wurden, sohin eine Steigerung von 7 Prozentpunkten im Vergleich zu 2005, und 7 % an grenzüberschreitenden (EU-Auslands-) Kaufverträgen, sohin lediglich eine Steigerung um einen Prozentpunkt im Vergleich zur Erhebung aus dem Jahr 2005, leitet die Kommission ab, dass offenbar eine gewisse Zurückhaltung der Verbraucher gegenüber grenzüberschreitenden Kaufverträgen über das Internet besteht²⁵⁸, der es entgegen zu wirken gelte. Mithilfe der Verbraucher-RL soll dieser Diskrepanz zwischen den Wachstumsraten des Inlands-b2c-Handels und des EU-Auslands-b2c-Handels begegnet werden²⁵⁹.

Anhang 2, Tabelle 1

Means of purchase	Purchasing from seller from abroad			Purchasing from domestic seller	
	2003	2005	2008	2005	2008
Distance selling	N/A	7	-	41	-
- Internet	3	6	7	23	30
- phone	1	1	1	14	15
- post		2	2	25	27
Direct selling	0.4	1	1	7	8

Source: Special Eurobarometer No. 193 (2003), No. 252 (2005) and No. 298 (2008).

In einer weiteren Tabelle²⁶⁰ werden exemplarisch die unterschiedlichen Preise für bestimmte Markenprodukte vergleichend in den einzelnen Mitgliedstaaten dargestellt. Bei Abschluss von grenzüberschreitenden Verträgen ergebe sich für Verbraucher teilweise bei diesen Produkten erhebliches Einsparpotenzial.

Anhang 2, Tabelle 2

Excess prices paid for a sample of three products across Member States

²⁵⁸ So auch in der Mitteilung der Kommission, Überwachung von verbraucherrelevanten Ergebnissen im Binnenmarkt. Zweite Ausgabe des Verbraucherbarometers, Kom(2009) 25, 3.

²⁵⁹ *Föhlisch*, Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht? MMR 2009, 75 f.

²⁶⁰ Commission staff working document, Tabelle 1 des Anhang 2 zum RL-Entwurf, 7.

	Perfume (Euphoria perfume by Calvin Klein)		MP3 player (iPod nano 8 GB)		Sports shoe (Nike Dart V)	
	Quote in Euro	Excess price paid (%)	Quote in Euro	Excess price paid (%)	Quote in Euro	Excess price paid (%)
Austria	62.90	21.2	189.00	11.5	50.00	8.8
France	61.70	18.9	199.00	17.4	50.00	8.8
Germany	66.50	28.2	189.00	11.5	50.00	8.8
Hungary			268.96	58.7		
Ireland	58.50	12.8	189.00	11.5		
Romania	63.55	22.5	231.56	36.7	57.27	24.6
Spain	62.80	21.0	179.00	5.6	50.00	8.8
UK	51.88	0.0	169.44	0.0	45.96	0.0
Average*	60.67	16.9	186.60	10.1	49.02	6.7

Source: GHK web survey quoted in: Preparatory study for the Impact Assessment on the review of the Consumer Acquis, Draft final report, CPEC, March 2008 (draft)

*Weighted average of individual country deviations, with the calculated volume of household expenditure on goods potentially sold through distance means being used as weights

Im Einzelnen wird in der Literatur trotz dieser Versuche der Kommission, anhand von Zahlen die spürbaren Wettbewerbsverzerrungen zu demonstrieren, die Spürbarkeit von Wettbewerbsverzerrungen in Frage gestellt²⁶¹, wie auch eine positive Effizienzprognose²⁶² und kritisiert, dass sich die Aussagen nicht auf eine geeignete Datengrundlage stützen würden²⁶³. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass es neben der fehlenden Vereinheitlichung des Verbraucherprivatrechts durchaus weitere Faktoren gibt, die ein wesentliches Hindernis für den innergemeinschaftlichen Handel darstellen, wie etwa ein regional unterschiedlicher Verbrauchergeschmack, Sprachbarrieren oder der effektive Zugang zur Justiz in einem anderen Mitgliedstaat²⁶⁴. Schließlich äußerte sich die Kommission im Zuge der Einführung des ersten „Verbraucherbarometers“ selbst dahingehend, dass eigentlich die für die Indikatoren verfügbaren Daten unzureichend seien, für die meisten Indikatoren nur eine sehr begrenzte Anzahl an Sektoren zur Verfügung stehe, nicht immer für alle Mitgliedstaaten Daten zur Verfügung stehen und sich diese, selbst wenn

²⁶¹ Roth in Gsell/Herresthal 34; .

²⁶² Schulze in Gsell/Herresthal 63 ff.

²⁶³ So Reichert, Stellungnahme des CEP (Centrum für Europäische Politik), http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Verbraucherbarometer_II/CEP-KA_Zweites_Verbraucherbarometer.pdf.

²⁶⁴ Riehm, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden RL in Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 86.

sie vorliegen, nicht immer vergleichen lassen²⁶⁵. Ebenso teilte sie hinsichtlich des zweiten Verbraucherbarometers mit, dass es „mehr zuverlässiger Daten bedarf, um eine faktengesicherte Grundlage für Verbraucherfragen zu schaffen“²⁶⁶.

Letztlich ist es selbstverständlich schwierig genau festzustellen, ob Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen, die zweifelsfrei und unstrittig hinsichtlich des Regelungsgegenstandes der RL vorliegen, zu „spürbaren Wettbewerbsverzerrungen“ führen.

Ob bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art 114 AEUV ein Wahlrecht der EU zwischen Mindest- und Vollharmonisierung besteht, ist fraglich²⁶⁷. Anzunehmen ist aber, dass auch eine Mindestharmonisierung von der Kompetenznorm des Art 114 AEUV gedeckt wird²⁶⁸, vor allem auch deshalb, weil die Harmonisierung einer Rechtsmaterie oftmals nicht schlagartig vorgenommen werden kann, sondern erst schrittweise in Etappen.

3. Verletzung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips?

Mancher Kritiker ortet in Art 4 der RL, der Bestimmung des Vollharmonisierungsgrundsatzes, darüber hinaus eine Verletzung des in Art 5 Abs 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzips sowie des in Art 5 Abs 4 EUV verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder sieht zu diesen Bestimmungen zumindest ein Spannungsverhältnis²⁶⁹. Nach dem Subsidiaritätsprinzip soll die Union nur dann tätig werden, wenn die Ziele durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend umgesetzt und auf Unionsebene besser verwirklicht werden können²⁷⁰.

Die Lösung im Umgang mit Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten sei nach diesen Meinungen etwa nicht in einer Vollharmonisierung, sondern in einem einheitlichen IPR gelegen oder könne

²⁶⁵ Mitteilung der Kommission – Überwachung von verbraucherrelevanten Ergebnissen im Binnenmarkt: das Verbraucherbarometer, Kom(2008) 31 endg., Rn 38.

²⁶⁶ Mitteilung der Kommission – Überwachung von verbraucherrelevanten Ergebnissen im Binnenmarkt: Zweite Ausgabe des Verbraucherbarometers, Kom(2009) 25 endg., 3.

²⁶⁷ Befürwortend Loos, Full harmonisation as a regulatory concept, Centre for the Study of European Contract Law, 2010/03, 4.

²⁶⁸ Roth in Gsell/Herresthal 41.

²⁶⁹ Paschke, Analyse de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, <http://www.cecluxembourg.lu/online/www/content/10/18/92/94/114/FRE/index.html>.

²⁷⁰ Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 10.6.2011, KOM(2011) 314 endg.

auch durch eine mindestharmonisierende Rechtsvorschrift sachgerecht herbei geführt werden²⁷¹.

Nach stRsp des EuGH ist jedenfalls der Subsidiaritätsgrundsatz auch dann anzuwenden, wenn ein Gemeinschaftsrechtsakt auf Art 114 AEUV gestützt wird, da dieser Kompetenzartikel dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht²⁷², sondern nur die Zuständigkeit zur Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen²⁷³.

Die Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes umfasst zwei Prüfschritte:

- Prüfung, ob das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden kann als auf Ebene der Mitgliedstaaten (Optimierungskriterium);
- Feststellung, ob die Regelungsdichte der getroffenen Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Verwirklichung des von ihr angestrebten Zieles erforderlich ist (Erforderlichkeitskriterium).

Das erste Kriterium ist bei der gegenständlichen Verbraucher-RL mE jedenfalls erfüllt, da sich die erklärten Ziele durch eine Maßnahme allein auf Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreichen lassen, wie die derzeit vorherrschende Rechtszersplitterung zeigt.

Als zweites Prüfkriterium der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist zu hinterfragen, ob die Maßnahmen der RL nur so weit reichen, wie es zur Verwirklichung des von ihr angestrebten Zieles erforderlich ist.

Ziel der RL ist die Förderung des Binnenmarktes, indem durch Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften die Hemmnisse durch die derzeit vorherrschende Rechtszersplitterung und die damit bewirkte Zurückhaltung der Unternehmer grenzüberschreitend tätig zu werden, aufgrund der damit verbundenen Kosten für die Einhaltung der Rechtsvorschriften der verschiedenen Mitgliedstaaten, beseitigt werden. Das grenzüberschreitende Tätigwerden der Unternehmer wiederum soll vor allem Verbrauchern insofern

²⁷¹ Berger, Zu europäischen Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEuP 2009, 451.

²⁷² EuGH 10.12.2002, C-491/01, *British American Tobacco*, Slg 2002, I-11453, 6. Leitsatz.

²⁷³ EuGH 10.12.2002, C-491/01, *British American Tobacco*, Slg 2002, I-11453, Rn 179.

zugutekommen, als sie von einer größeren Produktvielfalt und einem stärkeren Wettbewerb, der günstigere Preise bedingt, profitieren sollen.

Kollisionsnormen schaffen es nicht, dieses Problem zu lösen und das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Sie können zwar den Verbrauchern gewährleisten, dass ihnen nicht der Schutz ihres eigenen Heimatstaates entzogen wird, nicht aber die Beschwerlichkeiten für die Unternehmer lösen, die mit der Rechtszersplitterung verbunden sind.

Ebenso wenig wäre mE eine Teilharmonisierung in der Form, dass die Anwendbarkeit lediglich auf grenzüberschreitende Sachverhalte gegeben sein soll, zweckmäßig. Vor allem die Regelung ua des Fernabsatzrechts macht eine Erstreckung der Angleichung der harmonisierten Vorschriften auch auf reine Inlandssachverhalte notwendig, da sich nationale Sachverhalte in der Realität der Internetanwender faktisch nicht von grenzüberschreitenden Sachverhalten unterscheiden und eine solche Differenzierung von Ungewissheiten begleitet wäre (in der Praxis setzt sich ein Internetanwender regelmäßig nicht damit auseinander, welchem Land der Anbieter einer Website zugehörig ist und vice versa).

Im Wesentlichen wird im Schrifttum das Konzept der Mindestharmonisierung als Alternative zur vorgesehenen Vollharmonisierung gesehen. Letztlich liegt es aber wiederum auf der Hand, dass nur eine Vollharmonisierung ein optimales Funktionieren des Binnenmarktes ohne Reibungsverluste durch das Bestehen unterschiedlicher nationaler Vorschriften bewerkstelligen kann.

Weiters wird in der Literatur auch die Einführung eines optionalen Regelwerkes in Erwägung gezogen (sog „opt in“-Lösung), dies mit der Begründung einer höheren ökonomischen Effizienz, da ein solches Instrument gelöst vom nationalen Recht anzuwenden sei und auch eine eigene Systematik entwickle²⁷⁴. Außerdem sei dann kein Anpassungs- und Implementierungsaufwand gegeben und eine bessere Vorhersehbarkeit erwiesen. Ich halte eine solche Lösung im Bereich des Verbraucherschutzrechtes für wenig stichhaltig, da in der Praxis zumeist der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher in der stärkeren Verhandlungsposition ist und die Unterwerfung unter ein solches optionales Instrument für den Unternehmer keinen Anreiz bietet. Dem Verbraucherschutzrecht immanent sollte ja vielmehr ein zwingend vorgegebener Schutz des Verbrauchers sein, auf den er auch vertrauen können soll.

²⁷⁴ Schulze in Gsell/Herresthal 67, Fn 21, 82.

Die demgegenüber deutlich interessantere und näher zu erörternde Frage ist, ob aufgrund der Komplexität der Materie und der Tatsache, dass Kernbereiche des Zivilrechts betroffen sind, die Harmonisierung in mehreren Etappen schrittweise, wie es in einer ersten Stufe durch die in der RL aufgehenden mindestharmonisierenden Fernabsatz- und Haustürgeschäfte-RL bereits erfolgt ist, vorzunehmen ist.

Kompetenzrechtlich wäre eine solche Rechtsangleichung in mehreren Schritten, wie ja bislang bereits praktiziert, gedeckt²⁷⁵.

In diesem Sinne kann auch der Vorschlag des „differenzierten Ansatzes“²⁷⁶ verstanden werden, wonach eher technische Regelungen wie etwa die Dauer der Widerrufsfrist vollständig harmonisiert werden können, da es in einem ersten Schritt für die Mitgliedstaaten einfacher ist, diese in ihre nationalen Rechtsordnungen zu implementieren. Hingegen sollten nach dem differenzierten Ansatz in anderen Bereichen im Rahmen einer Übergangsphase vorerst nach wie vor „nur“ Mindeststandards vorgegeben werden und eventuell ergänzend eine Informationsplattform über bestehende Unterschiede in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen eingerichtet werden.

Abschließend sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und der Subsidiaritätskontrolle mithilfe des durch den Vertrag von Lissabon eingeführten „Frühwarnsystems“ möglich ist²⁷⁷. Darüber hinaus hat ein Mitgliedstaat, der konkret eine Kompetenz durch die EU überschritten sieht, auch die Möglichkeit, ex-post diesen Umstand mithilfe einer Klage wegen Verstoßes eines europäischen Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip beim Europäischen Gerichtshof geltend zu machen²⁷⁸.

III. Verhältnis zu anderen mitgliedstaatlichen Rechtsbehelfen

Die Bestimmung des Art 4 leg cit wirft, abgesehen von der kompetenzrechtlichen Frage, auch zahlreiche weitere Probleme auf. Es ist eine grundsätzliche und wesentliche Frage, ob Verbrauchern die über die in der RL vorgesehenen Rechte hinaus gehenden nationalen Rechtsbehelfe des Zivilrechts neben jenen der RL zustehen oder nicht. Würde etwa Art 4 der RL tatsächlich bedeuten, dass weitergehende Rechtsbehelfe des allgemeinen

²⁷⁵ Roth in Gsell/Herresthal 41 f.

²⁷⁶ Zypries, ZEuP 2009, 225.

²⁷⁷ Dickert, Politische Implikationen der Vollharmonisierung (2009) 185, weiters auch Schima in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 5 EUV, Rz 47 ff.

²⁷⁸ Art 3 EUV iVm dem (dem EUV beigefügten) Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 16.12.2004, ABI C-310/207.

Vertragsrechtes den betroffenen Verbrauchern nicht zustünden, so würde diese Bestimmung einer Verbraucher“schutz“-RL uU dazu führen, dass paradoxerweise für ein und dieselbe Person im Rahmen eines Verbrauchervertrages ein geringerer Schutz, vorgegeben durch die Verbraucher-RL, gewährleistet würde, als im Rahmen eines „herkömmlichen“ Vertrages, für den das nationale Recht eventuell günstigere Rechtsbehelfe bereithält²⁷⁹. Den Mitgliedstaaten würden bei einer solchen Auslegung des Art 4 leg cit letztlich zwei Alternativen bleiben, darauf zu reagieren, entweder diese paradoxe Situation hinzunehmen, oder aber, um Systembrüche innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu vermeiden, auch das allgemeine Vertragsrecht entsprechend den Inhalten der Verbraucher-RL zu überarbeiten und anzupassen.

Besonders entscheidend für die Umsetzung der vorliegenden vollharmonisierenden RL ist für die Mitgliedstaaten, ob neben einer für einen bestimmten durch die RL geregelten Sachverhalt angeordneten Rechtsfolge weitere Rechtsbehelfe durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden können. Diese Problematik wird in der Literatur auch als Frage der Regelungsdichte der vollharmonisierten RL behandelt²⁸⁰.

Aus Art 3 Abs 1 der RL, welcher ausdrücklich anordnet „Diese Richtlinie gilt unter den Bedingungen und in dem Umfang, wie sie in ihren Bestimmungen festgelegt sind...“, ergibt sich, dass neben einer Regelung durch die RL weitere andere Rechtsbehelfe der Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen werden, wenn dieser Ausschluss nicht in der RL selbst ausdrücklich vorgesehen ist. Voraussetzung für die Beibehaltung und Einführung eigener Rechtsbehelfe der Mitgliedstaaten für einen bestimmten Sachverhalt ist, dass sich die rechtlichen Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfes von den in der RL geregelten unterscheiden²⁸¹. Insofern ist selbstverständlich keine vollständige Rechtsvereinheitlichung im Sinne identischer Rechtslagen gewährleistet, da weiterhin für einen Sachverhalt neben jene von der RL vorgesehene Rechtsfolge in den verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils andere Rechtsfolgen hinzutreten können²⁸². Andererseits wiederum bleibt dadurch den

²⁷⁹ Schulte-Nölke, The Potential Impact of the Consumer Rights Directive on the Member States' Contract Law – Side effects on the Member States' general contract law or general sales law, veröffentlicht unter <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=de&file=27920> (20.11.2010), 7.

²⁸⁰ Riehm in Gsell/Herresthal, 94.

²⁸¹ Kuneva, Meglena (Mitglied der Kommission), Plenardebatte in Straßburg am 4.5.2009, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090504&secondRef=ITEM-024&language=DE> (22.1.2011).

²⁸² Wendehorst, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 175; *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 97.

Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ihre Rechtsordnungen „sanft“ auf die RL einzustellen, sie mit der bestehenden nationalen Rechtsordnung in ein kohärentes System zu bringen und bewährte Rechtsbehelfe beizubehalten.

Verwirrung stiftete in diesem Zusammenhang beispielhaft der nunmehr mangels Einbeziehung der Verbrauchsgüterkauf-RL in die vorliegende RL obsolet gewordene und daher ersatzlos gestrichene Art 27 Abs 2 leg cit RL-Entwurf²⁸³. Diese Bestimmung besagte, dass unbeschadet der Bestimmungen über sonstige Verbraucherrechte in Bezug auf Kaufverträge nach dem 4. Kapitel des RL-Entwurfs der Verbraucher den Ersatz aller Schäden verlangen kann, denen nicht gemäß Art 26 Abhilfe verschafft wurde. Sollte damit gemeint sein, dass die Mitgliedstaaten über Art 26 RL-Entwurf hinaus Rechtsbehelfe für weitergehende Schäden vorsehen dürfen, so erschien diese Regelung wegen Art 3 Abs 1 leg cit hinfällig, da es nach Art 3 Abs 1 RL-Entwurf den Mitgliedstaaten ohnehin unbenommen blieb, andersartige Rechtsbehelfe vorzusehen. Sollte damit hingegen ein eigenes gemeinschaftsrechtliches Haftungsregime für Schadenersatz geschaffen werden²⁸⁴, so hätte dieser Norm jede nähere Ausgestaltung und Regelung für eine taugliche Anspruchsgrundlage gefehlt. Letztlich beschränkte sich wohl der Regelungsgehalt von Art 27 Abs 2 leg cit mE darauf, dass, soweit nach Art 26 Abhilfe verschafft wird, nicht auch durch einen anderen mitgliedstaatlichen Rechtsbehelf Ersatz verlangt werden kann („Verbot der Doppelliquidation“)²⁸⁵, zumal ansonsten die Hierarchie von Art 26 konterkariert werden würde²⁸⁶.

IV. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten

1. Anforderungen an die Umsetzung

Die Umsetzung einer vollharmonisierenden RL beschränkt sich grs auf die Eingliederung in das nationale Rechtsgefüge²⁸⁷. Im Unterschied zu einer VO, die manchem Kritiker wegen ihres geringeren Anpassungs- und Implementierungsaufwandes²⁸⁸ als das für eine „echte Rechtsvereinheitlichung“ geeigneteres Instrument erscheint, bietet die RL für die Mitgliedstaaten zumindest den Vorteil, die umzusetzenden Normen systematisch zugehörig und stimmig in ihr Rechtssystem integrieren bzw das bestehende nationale Recht

²⁸³ KOM(2008) 614.

²⁸⁴ Dieser Ansicht sind offenbar *Micklitz/Reich*, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“, EuZW 2009, 285.

²⁸⁵ *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 98.

²⁸⁶ *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 480

²⁸⁷ *Schulze* in *Gsell/Herresthal* 77.

²⁸⁸ *Schulze* in *Gsell/Herresthal* 67.

an geeigneter Stelle novellieren zu können, um Systembrüche tunlichst zu vermeiden.

Aufgrund der Tatsache, dass in keiner Weise von dem vorgegebenen Schutzniveau, weder zu Lasten noch zu Gunsten der Verbraucher, abgewichen werden darf, bleibt den Mitgliedstaaten vor allem die Anpassung der bestehenden nationalen Rechtsvorschriften an die zwingend vorgegebenen Vorschriften der RL.

Zudem besteht aufgrund des Anwendungsvorranges von Gemeinschaftsrecht die Verpflichtung, nationale Rechtsvorschriften, die im Geltungsbereich der vollharmonisierenden RL liegen und mit ihr in Widerspruch stehen, nicht mehr zur Anwendung zu bringen²⁸⁹ sowie die Verpflichtung des nationalen Rechtsanwenders zur richtlinienkonformen Interpretation des gesamten Rechtsbestandes eines Mitgliedstaates²⁹⁰. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den gesamten Bestand des Vertragsrechts dahingehend zu überprüfen, ob es mit der vollharmonisierenden RL kollidiert und allfällige abweichende Vorschriften abzuändern oder zu beseitigen²⁹¹, wie von *Riehm* konkret im Zusammenhang mit der Umsetzung der RL ausgeführt wurde, widerspricht mE der bisherigen Rsp des EuGH, wonach kollidierendes nationales Recht nicht nichtig ist bzw wird, sondern die Existenz dieser Rechtsvorschrift im Kollisionsfall mit Gemeinschaftsrecht unberührt bleibt und die nationale Rechtsvorschrift lediglich ohne Weiteres unangewendet bleibt (sog „Anwendungsvorrang“ des Gemeinschaftsrechts)²⁹².

Freilich stellt die Umsetzung einer vollharmonisierenden RL die Mitgliedstaaten vor eine große Herausforderung, da jede Abweichung vom Wortlaut, jede Adaptierung oder jeder Verweis innerhalb der um das umgesetzte RL-Recht ergänzten nationalen Rechtsordnung das Risiko in sich birgt, gegen das Abweichungsverbot zu verstoßen²⁹³. Bei der Umsetzung einer vollharmonisierenden RL ist dem nationalen Gesetzgeber im Unterschied zur Umsetzung einer mindestharmonisierenden RL die Möglichkeit benommen, sich bei Bestehen von Auslegungszweifeln und Vorliegen mehrerer Interpretationsmöglichkeiten für die verbraucherfreundlichste zu entscheiden²⁹⁴.

²⁸⁹ *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 84.

²⁹⁰ OGH 15.2.2011, 4 Ob 208/10g; EuGH 5.10.2004, C-397/01, C-398/01, C-399/01, C-400/01, C-401/01, C-402/01, C-403/01, *Bernhard Pfeiffer ua/Deutsches Rotes Kreuz*, Kreisverband Waldshut eV, Slg 2004 I-08835, Rn 115.

²⁹¹ So *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 84.

²⁹² Vgl. EuGH 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH/Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, Slg 2010, I-08015, Rn 53; EuGH 9.3.1978, C-106/77, *Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal*, Slg 1978, I-00629, Leitsätze 3 und 4 sowie Rn 17.

²⁹³ *Schulze* in *Gsell/Herresthal* 78.

²⁹⁴ *Gsell*, Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht 231.

Über der Transformation einer vollharmonisierenden RL in nationales Recht schwebt somit ständig das Damoklesschwert der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung des RL-umsetzenden Mitgliedstaates.

Dazu kommt, dass das Ausmerzen von Systembrüchen und Schaffen von Kohärenz innerhalb einer Rechtsordnung durch die Rsp bei den Vorgaben einer vollharmonisierenden RL nicht im gleichen Maße möglich ist, wie bei einer mindestharmonisierenden RL, da mit der Bindung des Gesetzgebers an die vollharmonisierende RL auch eine Bindung der Gerichte an die vollharmonisierende RL und deren Auslegung durch den EuGH einhergeht. Konnten Gerichte in der Praxis bei der Auslegung einer unklaren Bestimmung einer mindestharmonisierenden RL bislang mithilfe der ungeschriebenen Auslegungsmaxime „in dubio pro consumptore“ sicher gehen, dass diese Auslegung durch das Gemeinschaftsrecht gedeckt ist, so bleibt bei Vorliegen einer auf einer vollharmonisierenden RL beruhenden auslegungsbedürftigen Rechtsvorschrift nur die Möglichkeit, im Wege der Vorabentscheidung die Meinung des EuGH einzuholen, weshalb *Riehm* die Höchstgerichte im vollharmonisierten Bereich zu „bloßen Subsumtionsautomaten“ degradiert sieht²⁹⁵. Nach der Rsp des EuGH hat das nationale Gericht die Auslegung nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer RL auszurichten²⁹⁶. Aus diesem Grund ist meiner Einschätzung nach bei der Konzeption einer RL als vollharmonisierender Rechtsakt tatsächlich zu erwarten, dass die Inanspruchnahme des EuGH durch - schwerfällige²⁹⁷ - Vorabentscheidungsverfahren sprunghaft ansteigen wird.

3. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten

Hinsichtlich des zu erreichenden Zieles ist die RL für die Mitgliedstaaten verbindlich, den Mitgliedstaaten bleibt lediglich die Wahl der „Form“ und der „Mittel“ überlassen²⁹⁸.

An die von den Mitgliedstaaten umgesetzten Rechtsakte erhebt der EuGH einen gewissen Qualitätsanspruch, in dem er vorgibt, dass das nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der RL mit hinreichender Klarheit und Genauigkeit gewährleisten muss, um die Begünstigten, soweit eine RL

²⁹⁵ *Riehm* in Gsell/Herresthal, 85.

²⁹⁶ EuGH 27.6.2000, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA/Rocío Murciano Quintero ua/José M. Sánchez Alcón Prades ua*, Slg 2000, I-04941.

²⁹⁷ Gsell, Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht 232 sieht den Vollharmonisierungsgrundsatz bei qualitativ mangelhaften europäischen Regelungen ua auch wegen des Aspektes der Schwerfälligkeit von Vorabentscheidungsverfahren kritisch.

²⁹⁸ Siehe Art 288 Abs 3 AEUV.

Ansprüche eines Einzelnen begründen soll, in die Lage zu versetzen, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen. Die nationalen Bestimmungen müssen daher so bestimmt, klar und transparent sein, dass der Einzelne wissen kann, welche Rechte und Pflichten sich für ihn daraus ergeben, wobei es keiner förmlichen oder wörtlichen Übernahme der Bestimmungen einer RL ins nationale Recht bedarf²⁹⁹. Hinsichtlich der Terminologie ist der nationale Gesetzgeber demnach frei³⁰⁰ und kann etwa den „Verbraucher“ als „Konsumenten“, den „Gewerbetreibenden“ als „Unternehmer“ und das „Widerrufsrecht“ als „Rücktrittsrecht“ bezeichnen. In ErwG 15 der Verbraucher-RL wird ausdrücklich klargestellt, dass die sprachlichen Anforderungen für Verbraucherverträge nicht harmonisiert werden und die Mitgliedstaaten daher sprachliche Anforderungen in Bezug auf Vertragsinformationen und Vertragsklauseln in ihrem nationalen Recht beibehalten oder einführen dürfen. Es stört dabei nicht, wenn der Begriffshof jenes Terminus, den der nationale Gesetzgeber wählt, weiter als jener der RL ist, soweit damit lediglich der personelle Anwendungsbereich erweitert wird. So darf etwa weiterhin auch eine juristische Person, die keine unternehmerischen Zwecke verfolgt, und somit nicht vom Verbraucherbegriff der Verbraucher-RL erfasst wird³⁰¹, durch das KSchG als Verbraucher definiert werden.

Eine besondere Problematik stellt die Frage dar, inwiefern im Zuge der Umsetzung eine Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und Generalklauseln einer Gemeinschaftsvorschrift erfolgen darf³⁰².

Die Vollharmonisierung von Gemeinschaftsrecht ist nicht gleich zu setzen mit einer umfassenden Konkretisierungskompetenz des EuGH³⁰³, weshalb die Kompetenz des EuGH zur Auslegung im Einzelnen geprüft werden muss, da diese uU auch bei den Mitgliedstaaten verbleiben kann. Enthält daher eine vollharmonisierende RL Begriffe und Generalklauseln, die von den Mitgliedstaaten ausgelegt werden müssen, verbleiben den Mitgliedstaaten trotz Vorliegens einer vollharmonisierenden RL Umsetzungsspielräume, die zur Aufrechterhaltung und Abgrenzung mitgliedstaatlicher Besonderheiten sowie zur Wahrung der internen Wertungs-Kohärenz der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates genutzt werden können³⁰⁴.

²⁹⁹ EuGH 30.5.1991, C-361/88, *Kommission der EG/Bundesrepublik Deutschland*, Slg 1991, I-02567, 1. Leitsatz; EuGH 29.10.2009, C-474/08, *Europäische Kommission/Belgien*, Slg 2009, I-175, Rn 19, EuGH 28.1.2010, C-456/08, *Europäische Kommission/Irland*, Slg 2010, I-859, Rn 65.

³⁰⁰ *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, Neue Anforderungen an die Umsetzung Verbraucherschützender Richtlinien, GPR 2013, 242 (244).

³⁰¹ Vgl 4. Kap I.2.1. „Verbraucher“.

³⁰² Vgl dazu 3. Kapitel, IV.3. „Auslegung von Generalklauseln“.

³⁰³ *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 157.

³⁰⁴ *Gebauer*, Vollharmonisierung und Wertungs-Kohärenz in *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 167 f.

Neben diesen Umsetzungsspielräumen in dem Kompetenzbereich, der den Mitgliedstaaten verbleibt, steht es den Mitgliedstaaten im vollharmonisierenden RL-Bereich frei, die Terminologie sowie das äußere System, an welcher Stelle der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung die RL-umsetzenden Normen eingefügt werden (etwa in ein eigenes Gesetz oder in eine bestehende Kodifikation³⁰⁵), zu wählen.

3. Erweiternde Umsetzung

Außerhalb der gemeinschaftsrechtlichen „Regelungsinself“³⁰⁶ ist, soweit der Gemeinschaftsgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Regelung von Verbraucherprivatrecht keinen Gebrauch macht, die originäre Souveränität der Mitgliedstaaten unbeschränkt. Innerhalb dieses Bereiches, in welchem der Gemeinschaftsgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht, steht es den Mitgliedstaaten selbstverständlich frei, eine RL erweiternd umzusetzen³⁰⁷, etwa eine Regelung der vollharmonisierenden Verbraucher-RL grs auf alle Verträge zu erstrecken und Standards der RL für Verbraucherverträge auf das allgemeine Vertragsrecht auszudehnen³⁰⁸. In diesem Bereich der Kompetenz der Mitgliedstaaten steht es den Mitgliedstaaten daher gänzlich frei, die RL gar nicht, modifiziert, ergänzt um zusätzliche Regelungen oder vollständig zur Anwendung kommen zu lassen, soweit kein Verstoß gegen das primäre Recht oder die Grundfreiheiten gegeben ist oder eine diesen sachlichen Bereich regelnde RL entgegen steht. Ein Rezipieren des RL-Rechts in den autonomen, sohin den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzbereich ist daher möglich und bislang auch von den Mitgliedstaaten praktiziert, wie etwa bspw in Österreich im Bereich der Umsetzung von Bestimmungen der Verbrauchsgüterkauf-RL in das allgemeine Gewährleistungsrecht des ABGB. Durch diese erweiternde Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL durch den österreichischen Gesetzgeber kommt deren Inhalt nicht nur auf Verbraucherverträge, sondern auf sämtliche Verträge, dh auch auf b2b- und c2c-Verträge, zur Anwendung. Diese Form der erweiternden

³⁰⁵ Gebauer in Gsell/Herresthal, 173.

³⁰⁶ Denninger, Verbraucherbegriff 457; Riehm in Gsell/Herresthal, 90, bezeichnet diesen Bereich als „extra muros“. Gebauer in Gsell/Herresthal, 169, hält hingegen die Metapher der „europäischen Regelungsinself“ insofern nicht mehr für treffend, als sich seiner Meinung nach das Verhältnis umgekehrt hat und das Europarecht nunmehr zu einem Kontinent und einem eigenen System wächst.

³⁰⁷ Riehm in Gsell/Herresthal, 90.

³⁰⁸ Zur diesbezüglichen Zulässigkeit der erweiternden Umsetzung EuGH 4.6.2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer/Dalkia France ua*, Slg 2009, I-04733, Rn 31 sowie 3. Leitsatz.

Umsetzung wird in der Literatur auch als überschießende Umsetzung³⁰⁹, Erstreckung³¹⁰ oder Extension³¹¹ bezeichnet.

Die Abgrenzung zwischen dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber geregelten und dem den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzbereich ist im Einzelfall durch Auslegung der jeweiligen RL vorzunehmen. Diese Zuordnung ist aber insbesondere hinsichtlich negativer Regelungsvorgaben, das sind durch eine RL den Mitgliedstaaten auferlegte Verbote, für bestimmte Sachverhalte bestimmte Rechtsfolgen zu normieren, mitunter schwierig zu ermitteln³¹². Zu den Ausnahmen vom Widerrufsrecht nach Art 16 Verbraucher-RL wird bspw vertreten, dass diese eine „Sperrwirkung“ entfalten, mit dem Ergebnis, dass der nationale Gesetzgeber die betreffenden Lücken nicht füllen und den Anwendungsbereich nicht auch auf diese Fälle erstrecken darf³¹³.

*Wendehorst*³¹⁴ und *Riehm*³¹⁵ führten als plakatives Beispiel die in Art 21 des RL-Entwurfs vorgesehene Ausnahme der Anwendbarkeit des Kapitels über den Verbrauchsgüterkauf für Ersatzteile, die der Unternehmer bei der Beseitigung der Vertragswidrigkeit der Waren durch Nachbesserung ersetzt hat, an. Man kann nun diese Bestimmung etwa dahingehend auslegen, dass Ersatzteile vom Anwendungsbereich des Kapitels über den Verbrauchsgüterkauf ausgenommen sind und die Mitgliedstaaten in diesem Bereich, konkret im Bereich der Regelung über Ersatzteile, souverän Rechtsvorschriften erlassen können, etwa auch in der Form, dass die Regelungen nach dem Kapitel über den Verbrauchsgüterkauf der RL auch auf Ersatzteile für anwendbar erklärt werden können. Umgekehrt könnte diese Ausnahme allerdings auch als Verbot oder „Sperrwirkung“ verstanden werden, diese Ersatzteile auf keinen Fall dem Regime des Kapitels über den Verbrauchsgüterkauf zu unterstellen.

Meiner Ansicht nach ergab sich aus der Systematik des RL-Entwurfes eindeutig (zu Beginn jedes Kapitels des RL-Entwurfes war der Anwendungsbereich in einem eigenen Artikel mit der Überschrift „Geltungsbereich“ definiert, der eine Aufzählung von „gilt für...“ und „gilt nicht für...“ enthielt), dass der Bereich, dessen Regelungskompetenz der Gemeinschaftsgesetzgeber wahrgenommen hat, von jenem, der den Mitgliedstaaten zur freien Regelung verbleiben, abgegrenzt werden sollte. Für ein sich aus einem Umkehrschluss ergebendes

³⁰⁹ Gebauer in *Gsell/Herresthal*, 167.

³¹⁰ *Wendehorst* in *Jud/Wendehorst*, 170 ff.

³¹¹ Gebauer in *Gsell/Herresthal*, 173.

³¹² *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 91.

³¹³ *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, GPR 2013, 242 (246), unter Rückgriff auf den Regelungsstil und die Systematik dieser Ausnahmeregelungen.

³¹⁴ *Wendehorst* in *Jud/Wendehorst*, 164.

³¹⁵ *Riehm* in *Gsell/Herresthal*, 93.

Verbot für die Mitgliedstaaten, diese Bereiche autonom zu regeln, findet sich zum einen keine Deckung im Wortlaut, zum anderen auch kein einziger systematischer Hinweis, auch nicht etwa in den ErwG.

Da die Verbrauchsgüterkauf-RL in der vorliegenden RL entgegen dem ursprünglichen RL-Entwurf neben der Fernabsatz- und der Haustürgeschäfte-RL nicht wie ursprünglich geplant aufgenommen wurde, handelt es sich bei der Auslegung von Art 21 des RL-Entwurfs nur noch um eine rein akademische Frage. Grundsätzlich sind aber jedenfalls, da über die Auslegung negativer Regelungsvorgaben Zweifel und Unsicherheiten bestehen können, klare und ausdrückliche Regelungen wünschenswert, wonach nur dort ein Verbot besteht, wo es eine RL explizit vorsieht, wie etwa Art 16 Verbraucher-RL, welcher ausdrücklich die Ausnahmen vom Widerrufsrecht auflistet.

4. Konkretisierung von Generalklauseln

Im Rahmen der Umsetzung einer RL und Implementierung in nationales Recht stellt sich den nationalen Gesetzgebern und in weiterer Folge den nationalen Gerichten die wesentliche Frage, inwieweit ihnen die Kompetenz zur Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zukommt.

Primär sind Rechtsbegriffe eines Gemeinschaftsrechtsaktes selbstverständlich autonom auszulegen, dh im Sinne der Richtlinienvorgabe und des Regelungsgehaltes eigenständig und unabhängig von einem nationalen Vorverständnis, da ihnen grundsätzlich eine von den mitgliedstaatlichen Vorstellungen unabhängige Bedeutung zukommt³¹⁶. Zu berücksichtigen sind dabei der Wortlaut und Sachzusammenhang sowie die Zielsetzung, das Verständnis des historischen Gemeinschaftsgesetzgebers, der Normzweck und die Systematik einer RL, wobei dem EuGH nach Art 19 Abs 3 EUV die Kompetenz zur autonomen Auslegung zukommt³¹⁷. Macht der europäische Gesetzgeber von der Möglichkeit der ausdrücklichen Konkretisierung in Form von Legaldefinitionen Gebrauch, so ist selbstverständlich ein unbestimmter Rechtsbegriff anhand dieser Legaldefinition auszulegen. Es kann allerdings selbst bei Vorhandensein einer Legaldefinition die Auslegung des Rechtsbegriffes nur bis zu einer gewissen Grenze möglich sein, weshalb dann jenseits dieser Grenze der Generalklausel keine weiteren Details mehr ausgemacht werden können³¹⁸.

³¹⁶ Schmidt, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (2009) 40.

³¹⁷ Vgl 1. Kap III. zur Auslegung von RL.

³¹⁸ Herresthal in Gsell/Herresthal 147.

Wenn sämtliche Interpretationsmethoden keine Anhaltspunkte zur (weiteren) Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes mehr bieten, ist die Kompetenz zur Konkretisierung dieses auslegungsbedürftigen Begriffs einer RL zu klären.

Die Verteilung der Kompetenz zur Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht ist Gegenstand ausführlicher Abhandlungen³¹⁹ und in letzter Konsequenz nicht vollständig geklärt.

Man könnte in der Verwendung von Generalklauseln durch den Gemeinschaftsgesetzgeber eine Ermächtigung oder Delegation an die Mitgliedstaaten sehen, diese allgemein gehaltenen Begriffe aufzufüllen und zu konkretisieren, darin sozusagen eine Eröffnung eines Umsetzungsspielraumes für den nationalen Gesetzgeber sehen³²⁰. Es ist daher möglich, dass vom Gemeinschaftsgesetzgeber eine Generalklausel gewählt wurde, um den Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes gerecht zu werden, oder weil ein weiterer Harmonisierungsbedarf nicht gesehen wurde. Faktisch ist die Verwendung einer Generalklausel häufig auch darauf zurück zu führen, dass schlicht eine entsprechende Einigung im Gesetzgebungsverfahren nicht erzielt werden konnte³²¹.

Die Rechtsansicht, dass den Mitgliedstaaten die Kompetenz zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes zukommt, wird auch von der Konzeption von RL getragen, zumal RL grundsätzlich nur punktuelle Regelungen vorsehen und per definitionem lediglich Zielvorgaben aufstellen³²². Es entspricht dem Wesen einer RL, dass die Durchführungsautonomie den Mitgliedstaaten verbleibt, wobei sich der verbleibende Regelungsraum der Mitgliedstaaten umgekehrt proportional zur zunehmenden Regelungsichte verhält.

Dieser Ansatz entspricht auch der (älteren) Rsp des EuGH, wonach er bei Fehlen von Gemeinschaftsrechtsvorschriften auf innerstaatliches Recht verweist. Grenzen bei der Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts sind nach dieser Rsp-Linie des EuGH lediglich insofern gesetzt, als das Diskriminierungsverbot und das Verbot, die Wirksamkeit der Gemeinschaftsnorm praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren, zu beachten sind³²³. So hat der EuGH im Rahmen der Auslegung

³¹⁹ Ausführlich dazu *Schmidt*, Konkretisierung; *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 119 ff.

³²⁰ *Schmidt*, Konkretisierung 43.

³²¹ *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 135, mit weiteren systematischen Argumenten diese Ansicht der Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Konkretisierung belegend, 136 f.

³²² *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 133.

³²³ EuGH 12.6.1980, C-130/79, *Express Dairy Foods Limited/Intervention Board of Agriculture Produce*, Slg 1980, 01887, Rn 12.; dazu *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 117; EuGH 8.3.2001, C-

einer im Vorabentscheidungsverfahren zu prüfenden vollharmonisierten Bestimmung (konkret zum Begriff der „Billigkeit“) ausgesprochen, dass diese zwar zwingend ist, aber nur einen Rahmen festlegt und mangels detaillierter Angaben den Mitgliedstaaten innerhalb dieses Rahmens ein Gestaltungsspielraum zukommt³²⁴.

Umgekehrt wiederum hat der EuGH³²⁵ unter Rückgriff auf den Harmonisierungszweck von Gemeinschaftsrecht³²⁶, bspw bei der Beurteilung der Reichweite der Schadenersatzpflicht nach der Pauschalreise-RL, seine Auslegungskompetenz zu dieser Generalklausel unter anderem darauf gestützt, dass das Bestehen einer Ersatzpflicht immaterieller Schäden in einigen Mitgliedstaaten und das Fehlen dieser Verpflichtung in anderen Mitgliedstaaten zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, weshalb der Begriff des Schadens einheitlich dahingehend auszulegen ist, dass auch der Ersatz des immateriellen Schadens durch die Pauschalreise-RL gedeckt ist³²⁷. Mit dieser Argumentationslinie - unter Rückgriff auf die Begründung, dass verschiedene Regelungen in den Mitgliedstaaten zu einer Wettbewerbsverzerrung führen können - gelangt man zu einer, wenn auch umstrittenen³²⁸ Konkretisierungskompetenz des EuGH. Der Konkretisierungskompetenz des EuGH stehen nach Ansicht von *Herresthal* aber „durchgreifende Bedenken aufgrund des Demokratieprinzips im Gemeinschaftsrecht“ entgegen³²⁹, mit der nicht von der Hand zu weisenden Begründung, dass im europäischen Gesetzgebungsprozess oftmals keine Einigung auf eine nähere Konkretisierung erzielt werden kann und die Konkretisierung daher auch nicht im Wege der Auslegung durch den EuGH vorgenommen werden dürfe.

Zusammenfassend ist somit mE im Einzelfall eine Generalklausel dahingehend zu untersuchen, ob dem EuGH die Kompetenz zur Konkretisierung einer Generalklausel zukommt, weil ihm diese vom Gemeinschaftsgesetzgeber eingeräumt wurde, um flexibler auf Besonderheiten einzelner Sachverhalte eingehen zu können (sog „regelungsinduzierte Begrenzung der

397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd ua/Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General*, Slg 2001, I-01727, 2. Leitsatz.

³²⁴ EuGH zu Art 17 der Handelsvertreter-RL (86/653/EWG), 23.3.2006, C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl/Mariella De Zotti*, Slg 2006, I-02879, 2. Leitsatz und Rn 34 ff, ebenso EuGH 26.3.2009, C-348/07, *Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*, Slg 2009, I-02341, Rn 18.

³²⁵ Neben dem Rückgriff auf den Zweck der RL, Unterschiede in den Mitgliedstaaten zu beseitigen.

³²⁶ Kritisch dazu *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 139, mit der Begründung, dass der *effe-utile*-Grundsatz nicht gegen die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Konkretisierung instrumentalisiert werden dürfe.

³²⁷ EuGH 12.3.2002, C-168/00, *Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co KG*, Slg 2002, I-02631, Rn 19 ff.

³²⁸ Äußerst kritisch *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 154, wonach der Telos einer RL allein eine implizite Konkretisierung nicht zu rechtfertigen vermag.

³²⁹ *Herresthal* in *Gsell/Herresthal* 157.

Regelungsdichte“)³³⁰, oder ob aufgrund des Zwecks einer Generalklausel, einen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber zu eröffnen oder aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes die Kompetenz zur Auslegung den einzelnen mitgliedstaatlichen Gesetzgebern und Gerichten zukommt³³¹ (sog „integrationsinduzierte Begrenzung der Regelungsdichte“)³³². Aufgrund des Harmonisierungszwecks von Gemeinschaftsrecht wird zum Teil auch von einer Vermutung der Zuständigkeit des EuGH ausgegangen³³³.

In der Praxis ist es mitunter schwierig, den vollharmonisierten Regelungsbereich von den Spielräumen, die den Mitgliedstaaten eingeräumt wurden, und somit eine zulässige Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten von einer unzulässigen Modifizierung abzugrenzen³³⁴. Oftmals konkretisiert der EuGH eine Generalklausel bloß abstrakt und gibt somit einen Rahmen vor. Auf diese Weise überlässt er den Mitgliedstaaten die Ausdifferenzierung und Prüfung, ob im konkreten Fall gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen wurde³³⁵ (in der Literatur wird dementsprechend zwischen „Auslegung“ und „Anwendung“ differenziert³³⁶ - diese Unterscheidung ist mE wenig aussagekräftig, da jeder Anwendung eines Rechtsaktes auch eine Auslegung des anzuwendenden Rechtsaktes vorauszugehen hat).

V. Kritik

Die Nachteile der Vollharmonisierung wurden politisch und im Schrifttum bislang schon ausreichend detailliert erörtert und reichen von der Befürchtung, dass damit in Staaten mit einem hohen Verbraucherschutzniveau der Schutz der Verbraucher gesenkt, weiters eine Versteinerung des Rechtszustandes erreicht werde, da der Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen mit der Vollharmonisierung beendet wird³³⁷, sowie systematische Kollateralschäden im gewachsenen nationalen Recht auftreten werden³³⁸, bis hin zu dem Vorwurf, dass die Kommission den Mitgliedstaaten Eingriffe in ihre Souveränität

³³⁰ Ebenso Herresthal in Gsell/Herresthal 139 f.

³³¹ Schmidt, Konkretisierung 62.

³³² Herresthal in Gsell/Herresthal 139 ff.

³³³ Leupold/Ramharter, 20. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e.V., 2.-5.9.2009, Osnabrück, ÖJZ 2009/98, aus dem Vortrag von Dr. Herbert Zech; aA Herresthal in Gsell/Herresthal 132 ff sowie 146 ff.

³³⁴ Gebauer in Gsell/Herresthal, 173.

³³⁵ EuGH 4.4.2000, C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV/Adolf Darbo AG*, Slg 2000, I-02297, Rn 20 ff zur Auslegung der „Irreführung“; Möllers, Zur „Unverzüglichkeit“ einer Ad-hoc-Mitteilung im Kontext nationaler & europäischer Dogmatik in Berger, Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext, (2006), 484.

³³⁶ Riehm in Gsell/Herresthal, 107.

³³⁷ Schulze in Gsell/Herresthal 81.

³³⁸ Schmidt-Kessel in Jud/Wendehorst 28.

aufzwingen³³⁹ und es unverantwortlich sei, die RL vollharmonisierend zu gestalten³⁴⁰.

Aufgrund der Nachteile der Vollharmonisierung und damit einhergehender Probleme wird zum Teil auch die mE radikale Position bezogen, dass entweder die Mindestharmonisierung unter Hinnahme diverser Divergenzen beibehalten oder aber gleich ein „gründlich wissenschaftlich vorbereitetes umfassendes und konsistentes europäisches Vertrags-, wenn nicht gar Zivilgesetzbuch“ geschaffen werden soll³⁴¹.

Es zeigt sich an dieser überbordenden Kritik, dass eine Vollharmonisierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber nur sehr gezielt und behutsam vorgenommen werden kann. Dies war auch maßgeblicher Grund dafür, warum der ursprüngliche Plan, auch die Verbrauchsgüterkauf-RL sowie die Klausel-RL in der neuen Verbraucher-RL aufgehen zu lassen, aufgegeben wurde und bloß die eher technische Vorschriften beinhaltende Fernabsatz- und Haustürgeschäfte-RL der Vollharmonisierung zugeführt wurden. Gleichzeitig, neben der Kritik des Vollharmonisierungsansatzes, wird aber dennoch auch die Kompromisshaftigkeit des Mindestharmonisierungskonzepts erkannt und kritisiert³⁴².

Meiner Ansicht nach ist jedenfalls der Weg in Richtung vollharmonisiertes Verbraucherrecht erstrebenswert und im Zeitalter eines immer größer werdenden Aktionsradius von Verbrauchern und Unternehmen über die nationalen Grenzen hinaus auch erforderlich, weshalb ich das Mindestharmonisierungsprinzip auch nur als vorübergehende Notwendigkeit auf dem Weg hin zu einem vereinheitlichten europäischen Recht erkennen kann.

Ein übereilt beschlossener vollharmonisierender Rechtsakt, wie es etwa noch der RL-Entwurf gewesen wäre, könnte allerdings ungewollte schwerwiegende Probleme nach sich ziehen und Skeptikern noch mehr Grundlage für Kritik an weiterer Rechtsvereinheitlichung geben, womit dann wohl das Gegenteil von dem eigentlich bezweckten Ziel erreicht wäre. Effizienter ist demnach die schrittweise, behutsame Harmonisierung einer Rechtsmaterie, welche der nunmehr in der vorliegenden RL in Art 4 getroffene Harmonisierungsansatz bezweckt.

³³⁹ Riehm in Gsell/Herresthal, 85.

³⁴⁰ Riehm in Gsell/Herresthal, 99, Unverantwortlich sei es, „die RL vollharmonisierend und damit zwingend zu gestalten, ohne dass die Grenzen dieser zwingenden Wirkung ersichtlich wären“.

³⁴¹ Gsell, Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht 244 f.

³⁴² Ackermann, Vollharmonisierung im Wettbewerbsrecht (2009) 306.

In einem weiteren Schritt, nach der bereits bestehenden Mindestharmonisierung des Fernabsatzrechts, des Verbrauchsgüterkaufs, der Regelung von missbräuchlichen Vertragsklauseln und der Haustürgeschäfte, wie sie bisher in den vier in Kraft stehenden Einzel-RL erfolgt ist, ist mE sehr wohl die Zusammenfassung dieser und weiterer Verbraucherschutz-RL in einer umfassenden RL notwendig, um langfristig ein einheitliches kohärentes System des Verbraucherschutzrechtes zu schaffen.

Für eine vollharmonisierende RL wäre mE allerdings eine positiviertete gemeinschaftsprivatrechtliche Dogmatik, etwa im Sinne eines „Allgemeinen Teils“, wie auch die Existenz eines inneren Systems des harmonisierten Rechtsbereiches wünschenswert und vonnöten, um die reibungslose Anwendung dieser Rechtsvorschriften zu bewerkstelligen.

4. KAPITEL

RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES ÜBER DIE RECHTE DER VERBRAUCHER

Nach langer Diskussion hat das Europäische Parlament am 23.6.2011 eine neue Verbraucher-RL verabschiedet³⁴³, welche der Rat am 10.10.2011 angenommen hat³⁴⁴. Diese neue Verbraucher-RL fasst die Fernabsatz-RL³⁴⁵ sowie die Haustürgeschäfte-RL³⁴⁶ zusammen.

Soweit nachfolgend auch Bezug zum ursprünglichen RL-Entwurf genommen wird und Abänderungen der Verbraucher-RL im Verhältnis zum RL-Entwurf erörtert werden, beziehen sich diese auf das von der Kommission am 8.10.2008 veröffentlichte Dokument³⁴⁷.

I. Anwendungsbereich

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Mitgliedstaaten haben nach Art 28 Verbraucher-RL die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bis 13.12.2013 zu erlassen und zu veröffentlichen. Die Maßnahmen, die durch die RL in nationales Recht umgesetzt werden, sind dreißig Monate nach deren Inkrafttreten anzuwenden. Die RL gilt für Verträge, die nach dem 13.06.2014 geschlossen werden³⁴⁸.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich³⁴⁹ wird im Detail im Rahmen der einzelnen

³⁴³ P7_TA-PROV(2011)0293; siehe 2. Kapitel, XII.

³⁴⁴ PE-CONS 26/11; siehe 2. Kapitel, XII.

³⁴⁵ RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 144 vom 4.6.1997, 19.

³⁴⁶ RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 372 vom 31.12.1985, 31.

³⁴⁷ Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg; siehe 2. Kap X.

³⁴⁸ Art 28 Abs 2 Verbraucher-RL.

³⁴⁹ *Wendehorst in Jud/Wendehorst*, 162 hält den Begriff „Anwendungsbereich“ für nicht treffend, mit der Begründung, dass eine RL nicht unmittelbar anwendbares Recht darstellt. Im Folgenden wird dennoch der Begriff „Anwendungsbereich“ für den Geltungsbereich der Verbraucher-RL strapaziert, da jede RL sehr wohl auch einen Anwendungsadressaten in Form der einzelnen Mitgliedstaaten

Regelungsbereiche der RL erörtert und ist im Einzelnen mithilfe der Auslegungsmethoden, die durch den EuGH entwickelt wurden, zu ergründen³⁵⁰.

Entscheidend ist die Ermittlung des sachlichen Anwendungsbereiches vor allem vor dem Hintergrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes der RL. Außerhalb des harmonisierten Anwendungsbereiches sind die Mitgliedstaaten im Erlass von Rechtsvorschriften mit Ausnahme der Einschränkung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes und des Verbots, die praktische Wirksamkeit von Gemeinschaftsrecht zu konterkarieren („effet utile“-Prinzip), frei. Im harmonisierten Anwendungsbereich hingegen sind die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Zielvorgaben gebunden, wobei im vollharmonisierten Anwendungsbereich keine Möglichkeit besteht, bei Bestehen von Zweifeln die Vorgaben einer RL überschießend umzusetzen³⁵¹. Insofern ist die genaue Ermittlung des sachlichen Anwendungsbereiches der vollharmonisierenden Verbraucher-RL für die Mitgliedstaaten im Zuge der Umsetzung der RL in nationales Recht unumgänglich. Im Folgenden werden einige der grundlegenden Legaldefinitionen der Verbraucher-RL, die eine entscheidende Auslegungshilfe des Anwendungsbereiches bilden (sollen), einer näheren Betrachtung unterzogen.

Grundsätzlich regelt Art 3 den Anwendungsbereich der Verbraucher-RL. Demnach gilt die RL für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden. In diesem Punkt weicht die endgültig verabschiedete Fassung des Geltungsbereiches von jener des ursprünglichen Entwurfes ab³⁵². Im RL-Entwurf war geregelt, dass die RL für Kauf- und Dienstleistungsverträge gelten soll, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden, während nunmehr jegliche Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern vom Geltungsbereich erfasst werden.

2.1. Verbraucher

Zunächst soll auf den der Verbraucher-RL zugrunde gelegten Verbraucherbegriff näher eingegangen werden. Verbraucher ist nach Art 2 Abs 1 *leg cit* jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. Die beiden RL, welche durch die Verbraucher-RL zusammengefasst

hat; für die einzelnen Unionsbürger ist eine RL selbstverständlich nur mediatisiert in Form des eine RL umsetzenden nationalen Rechts anwendbar.

³⁵⁰ Siehe 1. Kap III. Auslegung von Richtlinien.

³⁵¹ Vgl 3. Kap IV.1. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten.

³⁵² Art 3 Abs 1 RL-Entwurf.

werden, enthalten gleichermaßen die Definition des Verbrauchers als natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann³⁵³.

Zur negativen Abgrenzung des Verbraucherbegriffs sind daher die geschäftliche und die handwerkliche Tätigkeit hinzugekommen. Ein Verbraucher handelt zu Zwecken, die (auch) außerhalb seiner geschäftlichen und handwerklichen Tätigkeit liegen.

Irreführend und unglücklich gewählt ist mE die Aufnahme des abgrenzenden Kriteriums der Nichtverfolgung eines handwerklichen Zwecks. Dieses neu hinzugekommene Unterscheidungsmerkmal der nicht einen handwerklichen Zweck verfolgenden Handlung des Verbrauchers ist bereits durch die RL über unlautere Geschäftspraktiken bekannt³⁵⁴, allerdings nicht weiter definiert. Damit wäre dem reinen Wortlaut zufolge auch jedem in seiner Eigenschaft als Heimhandwerker auftretenden Vertragspartner die Verbrauchereigenschaft abgesprochen. Eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung in Form eines geringeren Schutzbedürfnisses einer Person, die zu handwerklichen Zwecken handelt, ist nicht erkennbar. Daher wäre mE mit der Voraussetzung des Zwecks außerhalb der gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit das Auslangen zu finden und „handwerklich“ aus dieser Aufzählung ersatzlos zu streichen. Wahrscheinlich sollte mit der Einfügung von „handwerklich“ aber ohnehin keine Änderung der Verbraucherdefinition bewirkt, sondern der Begriff gewerblich oder beruflich nur näher konkretisiert werden³⁵⁵ und ist „handwerklich“ wohl auch in diesem Sinn als „gewerbsmäßige“ Ausübung eines Handwerkes zu verstehen.

Im Vergleich zur Verbraucherdefinition der Verbraucher-RL ist der Anwendungsbereich des Verbraucherbegriffs des österreichischen KSchG weiter gefasst. Im Zuge der Umsetzung der Verbraucher-RL könnte aber der Verbraucherbegriff des KSchG dennoch beibehalten werden, da eine personelle Ausweitung der Anwendbarkeit trotz Vollharmonisierung einer RL zulässig ist³⁵⁶.

So können entsprechend der Rsp des EuGH zu einer ähnlichen

³⁵³ Art 2 erster Spiegelstrich Haustürgeschäfte-RL, Art 2 lit b Klausel-RL, Art 2 Abs 1 Fernabsatz-RL.

³⁵⁴ Art 2 lit a RL über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG vom 11.5.2005, ABI L 149/22 vom 11.6.2005.

³⁵⁵ *Stuyck*, Unfair Terms in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 128.

³⁵⁶ Siehe 3. Kap IV.2. Erweiternde Umsetzung.

Verbraucherdefinition³⁵⁷ nach der Verbraucher-RL nur natürliche Personen – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Verbraucher sein, während juristischen Personen niemals Verbrauchereigenschaft zukommt. Anders hingegen ist die Verbraucherdefinition im KSchG, wonach juristische Personen, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, uU als Verbraucher anzusehen sind, wie bspw. „kleine Idealvereine mit wenigen Mitgliedern und ohne einen organisatorischen Apparat“³⁵⁸.

Überdies ist das KSchG im Hinblick auf die Anforderung an eine unternehmerische Tätigkeit strenger, weshalb der Verbraucherbegriff weiter gesteckt ist. Eine unternehmerische Tätigkeit iSd KSchG ist eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit. Für eine unternehmerische Tätigkeit iSd Verbraucher-RL ist demgegenüber weder das dauerhafte Element, noch eine gewisse Organisation Voraussetzung.

Ob vom Verbraucherschutz der vorliegenden RL auch Gründungsgeschäfte angehender Unternehmer umfasst sind, wird ebenso wenig klar gestellt, wie die Frage, inwieweit auch gemischte Verträge wie etwa Bauträgerverträge vom Anwendungsbereich der RL umfasst sind³⁵⁹. Es ist aber vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH³⁶⁰ – mangels Ausnahmeregelung – davon auszugehen, dass bei Verträgen, die eine Person im Hinblick auf ihre zukünftige Unternehmertätigkeit schließt, als Unternehmer anzusehen ist.

Eine Ausdehnung des Verbraucherbegriffes auch auf werdende Unternehmer ist im Rahmen einer erweiternden Umsetzung auch bei Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucher-RL mangels gegenteiligen Anhaltspunktes oder ausdrücklichen in der RL normierten Verbotes und aufgrund des diesbezüglich bei den Mitgliedstaaten verbleibenden Kompetenzbereiches zulässig³⁶¹.

2.2. Unternehmer

Dem Verbraucher steht der Unternehmer gegenüber. Er wird definiert als jede natürliche oder juristische Person, die bei von der RL erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder

³⁵⁷ EuGH 22.11.2001, C-541/00, *Sape Snc/ Idealservice Srl*, Slg 2001, I-9049; Begriff Verbraucher, LMRR 2001, 59.

³⁵⁸ *Krejci in Rummel*³, KSchG § 1 Rz 7 f; *Dehn*, Der Unternehmer nach §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006/5.

³⁵⁹ *Hohensinn/G. Koziol*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? ZEuP 2009, 657.

³⁶⁰ EuGH 3.7.1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, Slg 1997, I-3767.

³⁶¹ Vgl. diesbezüglich 3. Kap IV.2.

beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können³⁶². Unerheblich ist, ob die juristische Person öffentlicher oder privater Natur ist.

Diese Definition unterscheidet sich von der ursprünglichen Fassung im RL-Entwurf. Während im RL-Entwurf noch der Terminus „Gewerbetreibender“ vorgesehen war, wurde letztlich dem Begriff des „Unternehmers“ der Vorzug gegeben. Im Unterschied zum Begriff des Verbrauchers gibt es im Gemeinschaftsrecht keinen einheitlichen Begriff für den Vertragspartner des Verbrauchers, zum Teil wird er etwa auch als „Gewerbetreibender“³⁶³, „Verkäufer“³⁶⁴ oder „Lieferer“³⁶⁵ bezeichnet.

Aus meiner Sicht ist zu begrüßen, dass der Ausdruck „Gewerbetreibender“ durch den Terminus „Unternehmer“ ausgetauscht wurde, da es insofern auch nicht zu Verwechslungen mit „Gewerbetreibenden“ iSd GewO geben kann. Der Begriff der Unternehmers ist sowohl nach der dt, als auch nach der ö Rechtsordnung deutlich weiter gesteckt als jener des Gewerbetreibenden, da er auch Freiberufler, Selbstständige, Handwerker, etc umfasst, die nicht unter den nationalen Begriff der „Gewerbetreibenden“ fallen.

2.3. „Dual use“-Problematik

Inwieweit eine Person, die teilweise für unternehmerische und teilweise für nichtunternehmerische Zwecke handelt (sog „Dual use“-Problematik), als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist, wird in ErwG 17 der RL ausdrücklich klargestellt. Ist im Gesamtzusammenhang des Vertrages der unternehmerische Zweck nicht überwiegend, so ist die Person als Verbraucher zu behandeln. Entscheidend ist daher der durch Auslegung des Rechtsgeschäftes zu ermittelnde Zweck.

Zum Verbraucherbegriff der EuGVVO hat der EuGH ausgesprochen, dass ein beruflich-gewerblicher Zweck die Anwendung von Verbrauchervorschriften nicht erst dann ausschließt, wenn er überwiegt, sondern bereits dann, wenn er nicht bloß ganz untergeordnet war³⁶⁶. Der europäische Gesetzgeber weicht daher insofern mit der „dual use“-Regelung des ErwG 17 der Verbraucher-RL von der Rsp des EuGH zur Verbraucherdefinition nach der EuGVVO ab, da erst ein Überwiegen des beruflich-gewerblichen Zwecks bei Vorliegen eines Doppel-

³⁶² Art 2 Abs 2 Verbraucher-RL.

³⁶³ Haustürgeschäfte-RL, Klausel-RL.

³⁶⁴ Verbrauchsgüterkauf-RL.

³⁶⁵ Fernabsatz-RL.

³⁶⁶ EuGH 20.01.2005, C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg 2005, I-439, Rn 42 ff, siehe dazu auch *Jud*, Neuere Rechtsprechung zum Konsumentenschutz, ÖJZ 2007/1, 1 f.

zwecks die Verbrauchereigenschaft ausschließt, während nach der Rsp diese bereits dann ausgeschlossen ist, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck nicht nur ganz nebensächlich war. Insgesamt wäre jedenfalls ein einheitlicher europäischer Verbraucherbegriff wünschenswert und wäre es dringend geboten, einen solchen für das gesamte Unionsrecht zu schaffen, da es dem einzelnen Rechtsanwender enorme Schwierigkeiten bereitet, von Rechtsakt zu Rechtsakt den abweichenden Inhalt des Verbraucherbegriffs jedes Mal aufs Neue zu ergründen. Im Konkreten wären sogar bei Prüfung desselben Sachverhaltes unterschiedliche Verbraucher-Definitionen zu berücksichtigen, zuerst bei der Prüfung des Gerichtsstandes, in weiterer Folge bei der inhaltlichen Beurteilung des Sachverhaltes.

Fraglich ist weiters, ob es bei der Ermittlung des Zwecks auf eine objektive Betrachtungsweise und Überprüfung ankommt, oder ob auf den Empfängerhorizont des Vertragspartners und darauf, welche Vorstellungen dieser vom Geschäftszweck hatte, abzustellen ist³⁶⁷. Hierzu hat der EuGH in seiner Entscheidung zum Verbraucherbegriff der EuGVVO ausgeführt, dass grundsätzlich Umstände und Merkmale, die für den Vertragspartner desjenigen, der sich auf die Verbrauchereigenschaft beruft, erkennbar waren, nicht zu berücksichtigen sind. Primär ist daher die Verbrauchereigenschaft anhand des objektiven Zwecks zu beurteilen.

Dann allerdings, wenn sich eine Person so verhalten hat, dass ihr Vertragspartner zu Recht davon ausgehen konnte, sie handle zu beruflich-gewerblichen Zwecken, ist die Verbrauchereigenschaft ausgeschlossen. Es soll daher jemand, der sich als Unternehmer ausgibt, auch als solcher behandelt werden³⁶⁸. Ähnlich hat auch der BGH ausgesprochen, dass eine Zurechnung entgegen dem objektiven Zweck nur dann in Betracht kommt, „wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umständen eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt“³⁶⁹.

2.4. Weder Verbraucher, noch Unternehmer?

Aufgrund der Regelungstechnik der Verbraucher-RL, dass sowohl Verbraucher als auch Unternehmer eigens definiert werden, gibt es Personen, die uU weder der Gruppe der Verbraucher noch jener der Unternehmer zuzurechnen sind. Zwar entspricht dies dem bereits durch die beiden der Verbraucher-RL

³⁶⁷ Mangold, Verbraucherschutz und Kunstkauf im deutschen und europäischen Recht (2008), 125.

³⁶⁸ Jud, ÖJZ 2007/1, 1 f; ebenso BGH 22.12.2004, VIII ZR 91/04.

³⁶⁹ BGH 30.09.2009, VIII ZR 7/09.

zugrunde liegenden RL bekannten Modus, ist aber im Hinblick auf die Vollharmonisierung bemerkenswert.

Nach der Verbraucher-RL ist aufgrund des Umkehrschlusses aus den Definitionen weder Verbraucher, noch Unternehmer, wer eine juristische Person ist, die bei von der Verbraucher-RL erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. So könnte beispielsweise ein Sportverein als ideeller Verein, der Sportdressen anschafft, aufgrund seiner Eigenschaft als juristische Person kein Verbraucher sein. Da allerdings der Erwerb auch nicht gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken dient, ist in einem solchen Fall auch die Unternehmereigenschaft nicht gegeben.

Im KSchG wird durch die Negativdefinition des § 1 Abs 1 Z 2, wonach Verbraucher ist, wer nicht Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist, erreicht, dass es keine Restmenge mehr geben kann, die weder Verbrauchern noch Unternehmern zuzurechnen ist.

Fraglich ist, ob durch den Vollharmonisierungsgrad die Definitionen des Verbrauchers und des Unternehmers abschließend geregelt sind und somit Gruppen, die diesen Definitionen nicht unterliegen, nicht vom Geltungsbereich der Verbraucher-RL erfasst sind.

Mangels anderer Anhaltspunkte im RL-Text ist mE davon auszugehen, dass die Gruppe jener Personen, die weder Verbraucher, noch Unternehmer sind, nicht vom Anwendungsbereich der RL erfasst wird und die Regelung der „Restmenge“ den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, womit für den grenzüberschreitenden Handel die nicht zufrieden stellende Unsicherheit verbleibt, wer in welchem Mitgliedstaat als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist³⁷⁰.

Die Anmerkung in ErwG 13, wonach es den Mitgliedstaaten weiterhin frei steht, die Anwendung dieser RL auf juristische oder natürliche Personen auszudehnen, die keine „Verbraucher“ sind, steht im Einklang mit der Rsp des EuGH zur Zulässigkeit der erweiternden Umsetzung³⁷¹. Demonstrativ werden Nichtregierungsorganisationen, neu gegründete oder kleine und mittlere Unternehmen als Beispiele genannt.

³⁷⁰ Dehn, Allgemeine Informationspflichten nach Art 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 42.

³⁷¹ Vgl 3. Kap IV.2. „Erweiternde Umsetzung“.

Aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes des Art 4 dürfen die Mitgliedstaaten keine zu den Bestimmungen der RL abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder solche einführen. Kleine und mittlere Unternehmen fallen unter die Begriffsdefinition des Unternehmers nach Art 2 Abs 2 leg cit. Es ist daher unverständlich und nicht nachvollziehbar, weshalb Mitgliedstaaten uU doch von der Definition des Unternehmers abgehen dürfen. Vor dem Hintergrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes ist mE, da die Anmerkung des ErwG 13 in eindeutigen Widerspruch zu Art 4 leg cit steht und dem ausdrücklichen Wortlaut der RL gegenüber einer im Wege der systematischen Interpretation in der ErwG gefundenen Auslegung der Vorzug zu geben ist, davon auszugehen, dass von einer ausdrücklich in der RL vorgesehenen Regelung nicht abgewichen werden darf. Hingegen darf der Anwendungsbereich der RL auf einen von der RL unregelmten Bereich, wie etwa der Verbraucherbegriff auf die nicht von der RL umfassten juristischen Personen, die nicht zu gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken handeln, ausgedehnt werden.

2.5. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag wird von der RL definiert als jeder Vertrag, durch den der Unternehmer das Eigentum an Waren an den Verbraucher überträgt oder deren Übertragung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt, einschließlich von Verträgen, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben³⁷².

Unter Waren werden bewegliche körperliche Gegenstände verstanden, mit Ausnahme von Gegenständen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden³⁷³. Wasser, Gas und Strom gelten dann als Waren iSd RL, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden³⁷⁴.

Argumentum e contrario sind Verträge über unkörperliche oder unbewegliche Gegenstände keine Kaufverträge iSd RL. Die Feststellung, wann eine Sache körperlich ist oder nicht, kann sich uU auch als schwierig erweisen oder zu Wertungswidersprüchen führen.

Da nunmehr – entgegen der ursprünglichen Fassung des RL-Entwurfes – nach

³⁷² Art 2 Abs 5 Verbraucher-RL.

³⁷³ Art 2 Abs 3 Verbraucher-RL.

³⁷⁴ Art 2 Abs 3 Verbraucher-RL.

Art 3 Abs 1 Verbraucher-RL grs jegliche Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern vom Anwendungsbereich umfasst sind, wurde die Problematik der Abgrenzung von Verträgen über unkörperliche von solchen über körperliche Sachen etwas entschärft. Eine Rolle spielt diese Unterscheidung für die Anwendbarkeit mancher Bestimmungen des IV. Kapitels der Verbraucher-RL über sonstige Verbraucherrechte, die das Vorliegen eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrages zur Voraussetzung haben³⁷⁵.

Dehn geht zum RL-Entwurf ohne nähere Begründung davon aus, dass beispielsweise Computersoftware von der Begriffsdefinition des Kaufvertrages mangels Körperlichkeit nicht erfasst ist³⁷⁶. Nach der ursprünglichen Fassung des RL-Entwurfes hätte diese Ansicht zur Folge gehabt, dass ein solcher Vertrag mangels Vorliegens einer Ware und dementsprechend auch mangels Vorliegens eines Kaufvertrages gar nicht in den Anwendungsbereich des RL-Entwurfs gefallen wäre.

In den ErwG der Verbraucher-RL wurde nunmehr klargestellt, dass zwar sämtliche Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten in den Geltungsbereich der Verbraucher-RL fallen, allerdings nur die Bereitstellung von digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger wie etwa auf einer CD oder einer DVD eine Ware iSd RL ist³⁷⁷. Verträge über digitale Inhalte, welche nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, werden demnach weder als Kauf- noch als Dienstleistungsverträge qualifiziert, unterliegen aber dem Anwendungsbereich der Verbraucher-RL.

Diese Regelung entspricht auch der bisherigen Rsp des OGH, wonach der Kauf einer Computersoftware auf einem Datenträger als Kauf einer körperlichen beweglichen Sache anzusehen ist, während beim Herunterladen von Software aus dem Internet von einer unkörperlichen Sache ausgegangen werden muss³⁷⁸.

Da es Verbraucherschutzinteressen verfolgend keinen Unterschied machen sollte, ob ein Verbraucher ein und dieselbe Software direkt im Internet herunterlädt oder sie auf einem Datenträger über das Internet bestellt und geliefert bekommt, ist die grs Aufnahme jeglicher Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern in den Anwendungsbereich der Verbraucher-RL diesbezüglich zu begrüßen; die Schutzwürdigkeit ist hier wie dort gleichermaßen gegeben. Die nach wie vor vorhandene Unterscheidung im

³⁷⁵ Vgl 4. Kap V.

³⁷⁶ *Dehn* in *Jud/Wendehorst*, 47.

³⁷⁷ ErwG 19 der Verbraucher-RL.

³⁷⁸ So nach österreichischem Recht OGH 14.10.1997, 5 Ob 504/96; JBI 1998/577.

Hinblick auf die Anwendbarkeit einiger Regelungen des IV. Kapitels der Verbraucher-RL³⁷⁹ erscheint aber mangels sachlicher Rechtfertigung nicht nachvollziehbar.

Diese Änderung, dass es für die grs Anwendbarkeit der Verbraucher-RL nach der endgültigen Fassung nicht mehr auf das Vorliegen einer körperlichen Sache ankommt, spielt in der Praxis eine vermutlich nicht zu unterschätzende Rolle, wächst doch vor allem der Konsum des Herunterladens von Software, Musik, Videos, Noten oder E-Books stetig³⁸⁰ und stellt im Grunde genommen die klassische Form des alltäglichen grenzüberschreitenden Geschäftes dar.

Entgegen der Ansicht von *Handig*³⁸¹ ist nunmehr aufgrund der Klarstellung im Rahmen der ErwG eindeutig, dass Dateien, die aus dem Internet heruntergeladen werden, unkörperliche Sachen sind und der Vertrag nicht nur wegen des Bereitstellens der Software im Internet als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren ist. Ungeeignet scheint zur Klärung dieser Frage im Übrigen darüber hinaus der Verweis auf Entscheidungen des EuGH aus den Jahren 1980³⁸² und 1982³⁸³, die im Wesentlichen die Frage erörtern, ob das Ausstrahlen von Filmen dem Dienstleistungs- oder Warenleistungsverkehr zuzuschreiben ist. Eine solche Ansicht würde in Analogie zu den Entscheidungen des EuGH bedeuten, dass Portale wie „youtube“ durch das Bereitstellen von Streamloads Dienstleistungen erbringen, weil die Videos nicht herunter geladen werden können und man sie daher lediglich – wie im Kino der Fernsehen – ansehen kann.

Gemischte Verträge, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sind nach Art 2 Abs 5 leg cit ebenfalls als Kaufverträge zu qualifizieren.

Hervorzuheben ist überdies, dass nach dem Wortlaut des Art 2 Abs 5 Verbraucher-RL nur solche Verträge als Kaufverträge zu qualifizieren sind, bei denen der Unternehmer als Verkäufer auf den Plan tritt und der Verbraucher die Rolle des Käufers einnimmt, womit der Anwendungsbereich verglichen etwa mit dem der Fernabsatz-RL deutlich eingeschränkt ist. Dies ist insbesondere deshalb unverständlich, als das Macht- und Informationsgefälle des

³⁷⁹ Vgl 4. Kap V.

³⁸⁰ Verbraucherbarometer 2013: Noch Handlungsbedarf bis zur Vollendung eines echten Binnenmarktes für Verbraucher, Europäische Kommission, IP/13/718, 23.7.2013.

³⁸¹ *Handig*, Rücktrittsrecht für Verbraucher auch bei Downloads? ecolex 2007, 19, allerdings nicht zur Verbraucher-RL.

³⁸² EuGH 18.3.1980, C-62/79, *Coditel SA, campagne générale pour la diffusion de la télévision ua/Ciné-Vog Films ua*, Slg 1980, 00881.

³⁸³ EuGH 6.10.1981, C-262/81, *Coditel SA, campagne générale pour la diffusion de la télévision ua/Ciné-Vog Films ua*, Slg 1982, 03381.

Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer auch in Branchen, in denen üblicherweise der Verbraucher als Verkäufer auftritt, typisiert gegeben ist, wie etwa bei Verkauf eines Gebrauchtwagens durch einen Verbraucher an einen Gebrauchtwagenhändler.

In Zusammenschau mit Art 3 Verbraucher-RL müsste sich für solche Verträge, in denen der Verbraucher als Verkäufer auftritt und der Unternehmer Käufer ist, ergeben, dass dieser Vertrag zwar in den Anwendungsbereich der Verbraucher-RL fällt, dieser jedoch nicht als Kaufvertrag iSd Verbraucher-RL zu qualifizieren ist. An diesem Beispiel zeigt sich mE eine erhebliche legislative Schwäche der Verbraucher-RL. De lege ferenda wäre aus meiner Sicht, um solche, womöglich vom europäischen Gesetzgeber unbeabsichtigte Unstimmigkeiten zu vermeiden, ein „Allgemeiner Teil Schuldrecht“, zumindest aber ein Kapitel mit allgemeinen Vertragsrechtsdefinitionen, losgelöst von den Personen der Verbraucher und der Unternehmer, notwendig. Es ist begrifflich nicht logisch, weshalb ein Vertrag, mit welchem ein Unternehmer einem Verbraucher Eigentum an Waren verschafft, als Kaufvertrag zu qualifizieren ist, ein Vertrag, wodurch ein Verbraucher einem Unternehmer Eigentum verschafft, hingegen nicht. Es wäre legislativ der Vorzug zu geben, dass der Anwendungsbereich für Verbraucherverträge sowie dessen Ausnahmen detailliert neben dem Bestehen eines allgemeinen Kapitels beschränkt auf für die Verbraucher-RL notwendige Vertragsrechtsdefinitionen geregelt wird. Eine Regelung des Anwendungsbereiches allerdings über allgemeine Vertragsrechtsbegriffe erscheint mir wenig geglückt.

2.6. Dienstleistungsvertrag

Ein Dienstleistungsvertrag ist nach Art 2 Abs 6 Verbraucher-RL ein Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer für den Verbraucher eine Dienstleistung erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt.

Da der Begriff der Dienstleistungen in der Verbraucher-RL nicht eigens definiert wird, wird wohl auf den Begriff der Dienstleistung des Art 57 AEUV (ex-Art 50 EGV) und die diesbezügliche Rsp des EuGH zurückzugreifen sein³⁸⁴, wonach als Dienstleistungen insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten gelten.

Als Dienstleistungen bzw Dienstleister sind demnach etwa die Verbreitung von Fernsehsendungen, der Filmverleih, die Tätigkeit als Rechtsbeistand,

³⁸⁴ Dehn in *Jud/Wendehorst*, 48.

Wertpapierdienstleistungen, Arbeitnehmerüberlassung, medizinische Behandlung, Versicherungsleistungen, Bauarbeiten, Reinigungsarbeiten, Seeschifffahrt, Testamentsvollstreckung, Autoleasing oder etwa auch das Glücksspiel zu qualifizieren³⁸⁵.

Dem Begriff des Dienstleistungsvertrages unterliegen allerdings analog zur Definition des Kaufvertrages nur jene Dienstleistungen, die der Unternehmer an den Verbraucher erbringt, in denen also der Unternehmer als Dienstleister auftritt.

2.7. Ausnahmen

Da der sachliche Anwendungsbereich im Vergleich zum ursprünglichen RL-Entwurf von Kauf- und Dienstleistungsverträgen auf sämtliche Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern ausgedehnt wurde, wurde auch die Regelung über Ausnahmen wesentlich überarbeitet und erweitert.

Zunächst wurde in Art 2 Verbraucher-RL klargestellt, dass, sofern eine Bestimmung der RL mit einer Bestimmung eines anderen Unionsrechtsaktes kollidiert, der spezifische Sektoren regelt, diese Bestimmung des anderen Unionsrechtsaktes Vorrang hat und auf diese spezifischen Sektoren Anwendung findet.

Weiters kommt in den ErwG zum Ausdruck, dass Arbeitsverträge und Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts deshalb vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen sind, weil die Regelungen der Verbraucher-RL nur auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern zur Anwendung kommen³⁸⁶.

Folgende Verträge werden vom sachlichen Anwendungsbereich durch Art 3 Abs 3 leg cit ausdrücklich ausgenommen:

a. Soziale Dienstleistungen

Soziale Dienstleistungen einschließlich der Bereitstellung und Vermietung von Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung oder der Unterstützung von dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Familien oder Personen, einschließlich Langzeitpflege sind vom Anwendungsbereich ausgenommen. Es fallen unter

³⁸⁵ Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union 38.EL, Art 49, Art 50 EGV (2009) Rn 38, sowie Budischowsky, in Mayer/Stöger EUV/AEUV, Art 57 AEUV (2011) Rz 14.

³⁸⁶ ErwG 8 Verbraucher-RL.

diesen Ausnahmetatbestand nicht nur durch den Staat erbrachte Sozialdienstleistungen, sondern auch soziale Dienstleistungen privater Anbieter³⁸⁷.

Einem Dokument des Rates der EU über den RL-Entwurf sowie den ErwG³⁸⁸ kann entnommen werden, dass diese Ausnahme ihre Rechtfertigung in unterschiedlichen Merkmalen von Sozialdienstleistungen zu sonstigen Dienstleistungen hat, die in sektorspezifischen Regelungen ihren Niederschlag finden³⁸⁹. Meines Erachtens sind Sozialdienstleistungen mit Dienstleistungen für besonders benachteiligte oder einkommensschwache Personen sowie Dienstleistungen für Personen und Familien, die bei routinemäßigen Handlungen und alltäglichen Verrichtungen auf Hilfe angewiesen sind, sowie Dienstleistungen für alle Menschen, die in einer besonderen Phase ihres Lebens Hilfe, Unterstützung, Schutz oder Zuspruch benötigen, ausgesprochen vage umschrieben. Nach den weiteren Ausführungen des Rates gehören dazu etwa Dienstleistungen für Kinder und Jugendliche, Dienstleistungen zur Unterstützung von Familien, Alleinerziehenden und älteren Menschen sowie Dienstleistungen für Migranten. Aus der allgemeinen Definition des Art 3 Abs 3 lit a leg cit ergibt sich, dass nicht nur staatliche Sozialdienstleistungen unter die Ausnahmebestimmungen fallen, sondern auch sämtliche Sozialdienstleistungen privater Anbieter.

Es ist hinsichtlich dieser Ausnahmebestimmung mE zu erwarten, dass es mangels näherer Konkretisierung und Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffes „sozial“ zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten von sozialen zu sonstigen Dienstleistungen geben wird, zumal Dienstleistungen nicht selten auch mehrere Zwecke verfolgen.

Den Mitgliedstaaten steht es aber offen, die Anwendbarkeit der RL auch auf soziale Dienstleistungen auszudehnen³⁹⁰.

b. Gesundheitsdienstleistungen

Es werden Gesundheitsdienstleistungen gemäß Art 3 lit a der Gesundheitsversorgungs-RL³⁹¹ in der grenzüberschreitenden Gesundheits-

³⁸⁷ Cap, Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 9.

³⁸⁸ ErwG 29 Verbraucher-RL.

³⁸⁹ Rat der Europäischen Union vom 10.12.2010, Allgemeine Ausrichtung zum Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, 16933/10, 12.

³⁹⁰ Cap in *Bydlinski/Lurger*, 9; ErwG 13 Verbraucher-RL.

³⁹¹ RL 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl L 88/45.

versorgung vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen, unabhängig davon, ob sie von einer Einrichtung des Gesundheitswesens erbracht werden. Gesundheitsdienstleistungen werden von der Gesundheitsversorgungs-RL definiert als Dienstleistungen, die von Angehörigen der Gesundheitsberufe (Arzt, Krankenschwester, Krankenpfleger, Zahnarzt, Hebamme, Apotheker) gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, einschließlich der Verschreibung, Abgabe und Bereitstellung von Arzneimitteln und Medizinprodukten. Informationsrechte der Patienten werden in dieser RL eigens sektorspezifisch geregelt, weshalb sie vom Geltungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen werden. Es werden damit bspw Leistungen von Internetapotheken vom Anwendungsbereich ausgenommen, mit der Begründung, dass diese Ausnahme den Vorteil für die Mitgliedstaaten mit sich bringe, dass auch strengere Vorschriften erlassen werden können³⁹². Dem steht aber freilich der Nachteil gegenüber, dass es insofern hinsichtlich Informationspflichten und Rücktrittsrechten keinen europaweit vereinheitlichten Standard gibt.

Hintergrund der Ausnahme von Verträgen über Gesundheitsdienstleistungen ist, dass dieser Rechtsbereich starke Besonderheiten sowie eine eigene technische Komplexität aufweist und dementsprechend eigener Regelungen bedarf, die diesen Besonderheiten Rechnung tragen³⁹³.

c. Glücksspiele

Eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL sind Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten.

Auch diese Ausnahme wird damit gerechtfertigt, dass dann die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, auch strengere Verbraucherschutzmaßnahmen in Bezug auf diese Tätigkeiten einführen zu können³⁹⁴. Glücksspielverträge sind gänzlich vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen. Medienberichten zufolge dürfte diese Ausnahme viel mehr einen politischen als einen rechtlichen Hintergrund haben, da sich einige Mitgliedstaaten mit Glücksspielmonopol gegen eine Aufnahme von Glücksspielverträgen in den Anwendungsbereich

³⁹² Cap in Bydlinski/Lurger, 10.

³⁹³ So Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung vom 24.09.2010, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/3016, 5; Rat der Europäischen Union vom 10.12.2010, 16933/10, 12; weiters ErwG 30 Verbraucher-RL.

³⁹⁴ ErwG 31 Verbraucher-RL.

ausgesprochen haben³⁹⁵. Glücksspiele werden definiert als Spiele, bei denen ein geldwerter Einsatz verlangt wird, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Spielkasinos und Wetten³⁹⁶.

d. Finanzdienstleistungen

Finanzdienstleistungsverträge sind – ebenso wie bisher auch vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-RL³⁹⁷ - vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen. Unter Finanzdienstleistungen versteht Art 2 Abs 12 leg cit jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung.

Der Grund dafür, dass Finanzdienstleistungen nicht in das horizontale Rechtsinstrument der Verbraucher-RL mit einbezogen wurden, liegt darin, dass das geltende EU-Recht für Finanzdienstleistungen ohnehin zahlreiche Verbraucherschutzbestimmungen enthält³⁹⁸. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher³⁹⁹, die Verbraucherkredit-RL⁴⁰⁰, die RL betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit⁴⁰¹, die RL über Märkte für Finanzinstrumente⁴⁰², die RL für harmonisierte Investmentfonds⁴⁰³ und die Prospekt-RL⁴⁰⁴.

Im Sinne der weitgehenden Vereinheitlichung von Verbraucherschutzrecht und auch der Übersichtlichkeit wäre es mE dennoch zweckmäßig gewesen, die Regelungen über Finanzdienstleistungen in das vorliegende horizontale Rechtsinstrument zu integrieren.

³⁹⁵ Siehe etwa der Bericht „Online Glücksspiel von den Verbraucherrechten ausgeschlossen“, <http://www.onlinecasinohilfe.net/1002-verbraucher-rechte-richtlinie.html> (5.11.2011).

³⁹⁶ ErwG 31 Verbraucher-RL.

³⁹⁷ Art 3 Abs 1 Fernabsatz-RL.

³⁹⁸ ErwG 32 Verbraucher-RL.

³⁹⁹ RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABI L 271 vom 9.10.2002.

⁴⁰⁰ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge, ABI L 133 vom 22.5.2008.

⁴⁰¹ RL 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit, ABI L 335 vom 17.12.2009.

⁴⁰² RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABI L 145 vom 30.4.2004.

⁴⁰³ RL 85/611/EG, RL des Rates vom 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABI L 375 vom 31.12.1985.

⁴⁰⁴ RL 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren, oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, ABI L 345/64 vom 31.12.2003.

e. *Begründung, Erwerb oder Übertragung von Rechten an Immobilien*

Während Immobilien im RL-Entwurf noch vom Begriff des „Produkts“ erfasst wurden⁴⁰⁵ und Verträge über den Verkauf von Immobilien lediglich vom Anwendungsbereich der Artt 8 bis 19 RL-Entwurf, konkret von speziellen Bestimmungen für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte, nicht aber von den allgemeinen Informationspflichten ausgenommen wurden, werden in der vorliegenden Verbraucher-RL Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder Rechten an Immobilien gänzlich vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Dieser Ausnahme liegt die Annahme zugrunde, dass die existierende und ins Detail gehende nationale Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten wie bspw in Österreich das MRG und das BTVG diese Ausnahme erforderlich machen⁴⁰⁶.

f. *Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen oder Vermietung von Wohnraum*

Auch die Ausnahme von Wohnraummietverträgen entspricht den historischen Gegebenheiten, wonach bislang das Wohnraummietrecht noch nicht Gegenstand eines speziellen Sekundärrechtsaktes war⁴⁰⁷.

Die weitere Ausnahme von Verträgen über den Bau von neuen Gebäuden sowie erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden, welche im RL-Entwurf noch nicht vorgesehen war, entspricht der Ausnahme des Art 3 Abs 1 4. Spiegelstrich Fernabsatz-RL sowie der Ausnahme des Art 3 Abs 2 lit a Haustürgeschäfte-RL.

Diese Ausnahme ist mE nicht besonders überzeugend und scheint nicht sachgerecht. Aus den Ausnahmebestimmungen für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte, für welche kein Widerrufsrecht vorgesehen ist, ergibt sich, dass Verträge, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich zu einem Besuch aufgefordert hat, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen, zwar grs dem Anwendungsbereich der RL unterliegen, für diese jedoch das Widerrufsrecht ausgenommen ist. Gleichzeitig ist in Bezug auf den Anwendungsbereich der Verbraucher-RL davon auszugehen, dass kleinere Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten dem Anwendungsbereich grs unterliegen und nur dann ein Widerruf ausgeschlossen

⁴⁰⁵ Vgl Art 2 Abs 12 RL-Entwurf.

⁴⁰⁶ Cap in Bydlinski/Lurger, 11.

⁴⁰⁷ Hau, Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahmen und Perspektiven, DMT 2010, www.mietgerichtstag.de/downloads (5.11.2011) 19.

ist, wenn die Tatbestandsmerkmale des Art 16 lit h erfüllt sind⁴⁰⁸.

Unverständlich ist in diesem Zusammenhang, weshalb zwar ein für den Verbraucher wohl wirtschaftlich weniger bedeutender Vertrag über „kleinere“ Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten der Verbraucher-RL und deren Schutzbestimmungen unterliegt, ein Vertrag über „erhebliche“ Umbaumaßnahmen oder sogar über einen Bau von neuen Gebäuden hingegen nicht.

g. Pauschalreisen

Ausgenommen sind weiters Verträge, die in den Geltungsbereich der Pauschalreise-RL⁴⁰⁹ fallen, da diese zugunsten von Verbrauchern ohnehin auf die Eigenheiten von Pauschalreiseverträgen zugeschnittene eigene Schutzbestimmungen normiert.

h. Timesharing

Ebenso werden Teilnutzungsverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederkaufs- und Tauschverträge, welche der Timesharing-RL⁴¹⁰ unterliegen, vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL ausgenommen, da diese ebenfalls als *lex specialis* bereits detaillierte Verbraucherschutzregelungen bereit hält.

i. Vor einem Öffentlichen Amtsträger geschlossene Verträge

Mit der Ausnahme jener Verträge, die nach dem Recht der Mitgliedstaaten vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossen werden, der zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet ist und durch umfassende rechtliche Aufklärung sicherzustellen hat, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt, sind in Österreich wohl nur solche Verträge erfasst, welche in Notariatsaktsform abgeschlossen werden.

Ein lediglich beglaubigt unterfertigter Vertrag fällt mE nicht unter diese Ausnahmebestimmung, da bei einer Beglaubigung gemäß §§ 76 ff NO nur die

⁴⁰⁸ Zu dieser Ausnahme vom Widerrufsrecht vgl 4. Kap III.4.8.h „Dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten“.

⁴⁰⁹ RL 90/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen; ABl L 158 vom 23.6.1990, S 59. Die Pauschalreise-RL wird derzeit überarbeitet, es liegt ein Entwurf einer Novelle vom 9.7.2013 vor.

⁴¹⁰ RL 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.1.2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilnutzungsverträgen, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen; ABl L 33/10 vom 3.2.2009.

Identität der Unterschrift eines bereits in einer privaten Urkunde dokumentierten Rechtsgeschäfts bezeugt wird, indem vor Gericht oder vor dem Notar erneut unterschrieben wird und die beiden Unterschriften miteinander verglichen werden. Bei einer bloßen Beglaubigung ist der Notar nicht zur umfassenden rechtlichen Aufklärung verpflichtet und hat auch nicht sicherzustellen, dass der Verbraucher den Vertrag nur aufgrund gründlicher rechtlicher Prüfung und in Kenntnis seiner rechtlichen Tragweite abschließt.

Nur ein Notariatsakt iSd § 52 NO erfüllt den Ausnahmetatbestand eines vor einem öffentlichen Amtsträger geschlossenen Vertrages, da ein Notar bei Aufnahme eines Notariatsakts verpflichtet ist, die persönliche Fähigkeit und Berechtigung jeder Partei zum Abschluss des Geschäfts nach Möglichkeit zu erforschen, die Parteien über den Sinn und die Folgen desselben zu belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zu überzeugen und sich durch persönliches Befragen der Parteien zu vergewissern, dass derselbe ihrem Willen entsprechend ist.

Unklar ist aufgrund der getroffenen Formulierung aber, ob es nur auf den Abschluss des Vertrages vor einem öffentlichen Amtsträger ankommt, oder ob auch nach dem Recht des Mitgliedstaates eine Verpflichtung zum Abschluss vor einem öffentlichen Amtsträger für diesen Vertragstyp bestehen muss⁴¹¹.

j. Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs

Weiters ist die Verbraucher-RL ebenso wenig auf Verträge, welche die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers durch einen Unternehmer betreffen, der in der Nähe seiner Geschäftsräume häufig und regelmäßig Verkaufsfahrten unternimmt, anzuwenden.

Diese Ausnahme entspricht Art 3 Abs 1 Fernabsatz-RL sowie Art 3 Abs 2 lit b Haustürgeschäfte-RL.

Diese Ausnahmeregelungen betreffend die Lieferung von Lebensmitteln oder Getränken wurden durch § 5c Abs 4 Z 2 KSchG umgesetzt, der den Unternehmern lediglich - entgegen der in der Fernabsatz-RL normierten Vollausschüttung - von bestimmten Informationspflichten entbunden hat. Da die Mitgliedstaaten trotz des Vollharmonisierungsgrundsatzes weiterhin befugt sind, die Verbraucher-RL auch für Bereiche umzusetzen, die nicht in deren

⁴¹¹ Cap in Bydlinski/Lurger, 12.

Anwendungsbereich fallen⁴¹², kann mE die Bestimmung des § 5c Abs 4 Z 2 KSchG beibehalten werden, da es sich dabei nur um eine zulässige Ausweitung des Anwendungsbereiches handelt.

k. Beförderung von Personen

Weiters werden vom Anwendungsbereich Verträge über die Beförderung von Personen ausgenommen, mit Ausnahme der Bestimmungen des Art 8 Abs 2 Verbraucher-RL betreffend Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen sowie der Artt 19 und 22 Verbraucher-RL, welche bestimmte Entgelte zum Gegenstand haben⁴¹³.

Bislang waren Beförderungsverträge, bei denen sich der Dienstleister zur Erfüllung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums verpflichtete, von den Bestimmungen über Informationspflichten und vom Rücktrittsrecht der Fernabsatz-RL gem Art 3 Abs 2 ausgenommen. Der EuGH qualifizierte auch einen Vertrag über einen Mietwagen als Beförderungsvertrag⁴¹⁴.

Diese Ausnahme geht auf VO der EU über den Luftverkehr, den Schienenverkehr, sowie der geplanten VO über den Omnibusverkehr zurück, welche bereits Schutzvorschriften enthalten.

l. Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen

Diese Ausnahme der Verträge, welche unter Verwendung eines Warenautomaten oder von automatisierten Geschäftsräumen geschlossen werden, entspricht wörtlich der Ausnahme des Art 3 Abs 1 2. Spiegelstrich Fernabsatz-RL. Der Hintergrund, weshalb solche Verträge von dem besonderen Verbraucherschutzregime ausgenommen sind, liegt auf der Hand. Da ein Unternehmer durch das Zurverfügungstellen von Warenautomaten lediglich die Möglichkeit zu einem Vertragsabschluss bietet und dabei den Verbraucher denkunmöglich unter Druck setzen kann, sowie aufgrund des Umstandes, dass die Initiative zum Vertragsabschluss jedenfalls vom Verbraucher ausgehen muss⁴¹⁵, ist inhaltlich betrachtet für solche Verträge eine Ausnahme geboten.

⁴¹² Vgl ErwG 13 der Verbraucher-RL.

⁴¹³ 4. Kap V.3. „Besondere Entgelte“.

⁴¹⁴ EuGH 10.3.2005, C-336/03, *easyCar*, Slg 2005, I-1947.

⁴¹⁵ Ähnlich *Krejci in Rumme*³, KSchG § 5 i Rz 8.

m. Nutzung von Fernsprechern oder einzelnen Telefon-, Internet- oder Faxverbindungen

Verträge, die mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln mit Hilfe öffentlicher Fernsprecher zu deren Nutzung geschlossen werden oder die zur Nutzung einer einzelnen von einem Verbraucher hergestellten Telefon-, Internet- oder Faxverbindung geschlossen werden, sind nach Art 3 Abs 3 lit m leg cit ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Obwohl diese Ausnahme von Art 3 Abs 1 3. Spiegelstrich Fernabsatz-RL wortwörtlich übernommen wurde, wird sie aufgrund des Vollharmonisierungsprinzips für Österreich insofern eine Änderung bringen, als diese Ausnahme bislang - aufgrund des Mindestharmonisierungsprinzips zulässigerweise - ebenso wie in Belgien und Griechenland nicht umgesetzt wurde⁴¹⁶ und keinen Eingang ins KSchG gefunden hat. Aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes müsste diese Ausnahme mE ins österreichische Recht übernommen werden⁴¹⁷.

In der Praxis ist allerdings mE ohnedies kein Anwendungsbereich für solche Verträge aufgrund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern denkbar, zumal für Dienstleistungen, mit deren Ausführung vereinbarungsgemäß binnen siebentägiger⁴¹⁸ Frist begonnen wird, kein Widerrufsrecht vorgesehen ist und für Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz einer Fernkommunikationstechnik im Sinne des Art 5 Abs 2 Fernabsatz-RL erbracht werden, auch nicht die Informationspflichten nach Art 5 Abs 1 Fernabsatz-RL vorgesehen sind.

3. Konkretisierungstiefe

Neben dem zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich ist für die Mitgliedstaaten vor allem auch die Ermittlung der Konkretisierungstiefe von RL-Vorgaben wesentlich und von Bedeutung, um die Grenzen der Zuständigkeit des Mitgliedstaates zum Erlass autonomer nationaler Regelungen innerhalb des durch das Diskriminierungsverbot und das Effektivitätsgebot abgesteckten Rahmens feststellen zu können.

Es ist bei jeder Regelung der Verbraucher-RL im Einzelnen die

⁴¹⁶ Schulte-Nölke und Böger, Verbraucherrechtskompendium, http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2e_de.pdf (1.5.2011), 26.

⁴¹⁷ Diese Schlussfolgerung hängt freilich von der Auslegung der negativen Regelungsvorgabe ab. Siehe dazu ausführlich 3. Kap IV.2. „Erweiternde Umsetzung“.

⁴¹⁸ Art 6 Abs 3 1. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

Konkretisierungsdichte zu ermitteln. Soweit detailreiche Vorgaben vorhanden sind, sind die Mitgliedstaaten hinsichtlich Inhalt und Zweck daran gebunden. Liegt hingegen keine nähere Ausgestaltung durch die Regelungsvorgabe vor, so „bleibt die detailreiche Ausdifferenzierung auf den nächsten Konkretisierungsstufen dem nationalen Recht überlassen“⁴¹⁹. Die Konkretisierungstiefe ist für jede einzelne Regelung konkret unter Anwendung sämtlicher Auslegungsgrundsätze zu ermitteln.

Im Rahmen der Umsetzung der vorliegenden vollharmonisierenden RL bildet es die wahrscheinlich größte Herausforderung für die nationalen Gesetzgeber, diese Grenzen des Anwendungsbereichs der Verbraucher-RL auszuloten⁴²⁰. Schließlich ist überall dort, wo eine ausreichend konkretisierte RL-Regelung vorhanden ist, diese aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes hinsichtlich Inhalt und Zweck unverändert in das nationale Recht zu übernehmen – bei Abweichungen sind die Mitgliedstaaten mitunter dem Risiko von Staatshaftungsansprüchen wegen mangelhafter RL-Umsetzung ausgesetzt.

⁴¹⁹ Herresthal in Gsell/Herresthal 131.

⁴²⁰ Dazu ausführlich 3. Kap IV. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.

II. Allgemeine Informationspflichten

1. Allgemeines

Die Verpflichtung des Unternehmers zur Information bildet in Kombination mit dem Widerrufsrecht der Verbraucher den klassisch europarechtlichen Verbraucherrechtsschutz in RL. Diese Dualität soll wirksamen Schutz der Verbraucher gewährleisten, indem das typisiert vermutete Informationsgefälle (fachlicher, allgemein geschäftlicher, organisatorischer Vorsprung)⁴²¹ gemildert wird, damit letztlich das Vertrauen der Verbraucher in den Gemeinsamen Markt gestärkt und somit der Handel gefördert wird. Informationspflichten sollen Markttransparenz schaffen, dem Verbraucher einen Vergleich konkurrierender Produkte ermöglichen und im Unterschied zu Widerrufsrechten weniger in die Privatautonomie und in die Freiheit des Handelsverkehrs eingreifen⁴²².

Grundsätzlich sollten Informationspflichten in dem Ausmaß vorgeschrieben werden, wie Informationen für eine Entscheidungsfindung des Verbrauchers notwendig sind, gleichzeitig aber so gering gehalten werden wie möglich, weil sie einerseits einen Kostenfaktor für den Verpflichteten darstellen und andererseits bei einer Flut an Informationen - womöglich sogar im Kleingedruckten - zum Ergebnis führen, dass sich Verbraucher überfordert fühlen und die für sie notwendigen Informationen nicht mehr herauslesen können, sodass ein Zuviel an Information auch zur Verwirrung⁴²³ des Verbrauchers führen kann. Eine Überfülle an Informationen kann daher den bezweckten Schutz sogar konterkarieren⁴²⁴. Zweifelhaft scheint auch, ob das durch die Informationspflichten erhoffte Ziel – die Stärkung des Vertrauens der Verbraucher in grenzüberschreitende Geschäfte – durch eine Überfülle an Informationen erreicht werden kann oder das mangelnde Vertrauen in und die vorhandene Skepsis gegenüber grenzüberschreitenden Geschäften dadurch nicht uU sogar vergrößert wird⁴²⁵.

⁴²¹ Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 749.

⁴²² Dehn in Jud/Wendehorst, 42; Meškić, Europäisches Verbraucherrecht 111.

⁴²³ Limmer, Vollharmonisierung und traditionelle Schutzinstrumente des nationalen Rechts (2009) 189.

⁴²⁴ So auch Limmer, Vollharmonisierung 189.

⁴²⁵ Nordhausen Scholes, Information Requirements, in Howells/Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 216.

2. Vorvertragliche Informationspflichten für Verbraucherverträge

Art 5 Verbraucher-RL schreibt Unternehmen allgemeine Informationspflichten vor Abschluss von Verbraucherverträgen in klarer und verständlicher Weise vor, sofern sich diese Informationen nicht bereits unmittelbar aus den Umständen ergeben. Diese Informationspflichten nach Art 5 Verbraucher-RL beziehen sich auf sämtliche Verbraucherverträge, mit Ausnahme von Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften. Im ursprünglichen Entwurf waren die Informationspflichten lediglich für Kauf- und Dienstleistungsverträge vorgesehen, die vorliegende endgültig verabschiedete Verbraucher-RL normiert die Informationspflichten demgegenüber für jegliche Verbrauchergeschäfte⁴²⁶.

Der im RL-Entwurf geregelte Katalog an allgemeinen Informationspflichten wurde zunächst als die große Neuerung gesehen, weil diese Regelung ursprünglich als vollharmonisiertes horizontales Instrument ausgestaltet war und unabhängig von bestimmten Vertriebsformen und Vertragstypen Geltung haben sollte⁴²⁷. Im Zuge des Gesetzgebungsprozesses einigte man sich schließlich darauf, dass die Regelung über allgemeine Informationspflichten bloß mindestharmonisierend verabschiedet werden sollte. Neben den verpflichtend vorgeschriebenen allgemeinen Informationspflichten sind die Mitgliedstaaten berechtigt, weitere vorvertragliche Informationspflichten aufrechtzuerhalten oder einzuführen⁴²⁸.

Es handelt sich dabei somit um vorvertragliche Informationspflichten⁴²⁹. Diese Informationen werden in weiterer Folge bei Abschluss eines Verbrauchervertrages grs Vertragsinhalt⁴³⁰.

Aus der Verpflichtung des Unternehmers, die Informationen dem Verbraucher in klarer und verständlicher Weise zu erteilen, ergibt sich, dass der Unternehmer den besonderen Bedürfnissen eines Verbrauchers, der aufgrund seiner geistigen oder körperlichen Behinderung, seiner psychischen Labilität, seines Alters oder seiner Leichtgläubigkeit in einer Weise besonders schutzwürdig ist, Rechnung tragen sollte, wenn diese besondere Schutzwürdigkeit dem Unternehmer vernünftigerweise erkennbar ist⁴³¹. Widersprüchlich hierzu erscheint die Aussage des letzten Satzes des ErwG 34 Verbraucher-RL, wonach die Berücksichtigung dieser besonderen Bedürfnisse jedoch nicht zu unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus führen sollte. Mutmaßlich sollte

⁴²⁶ Cap, Die Verbraucherrechte-Richtlinie kommt, ÖJZ 2011/62.

⁴²⁷ Stabentheiner/Cap, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2011/111, 1055.

⁴²⁸ Art 5 Abs 4 Verbraucher-RL.

⁴²⁹ Dehn in Jud/Wendehorst, 42.

⁴³⁰ Vgl 4. Kap II.7. „Informationen als Vertragsbestandteil?“.

⁴³¹ ErwG 34 Verbraucher-RL.

damit klargestellt werden, dass zwar das Wie der Informationserteilung entsprechend den Bedürfnissen des Verbrauchers unterschiedlich sein kann – etwa durch eine umfassendere oder deutlichere Erklärung für einen besonders schutzwürdigen Verbraucher – der Inhalt der Informationen und der weiteren Verbraucherrechte jedoch für sämtliche Verbraucherverträge gleich sein sollte.

Der Unternehmer hat den Verbraucher nach Art 5 Abs 1 Verbraucher-RL zu informieren über:

- a) *die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang;*
- b) *die Identität des Unternehmers, beispielsweise seinen Handelsnamen und die Anschrift des Ortes, an dem er niedergelassen ist, sowie seine Telefonnummer;*
- c) *den Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit des Produkt vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Zustellkosten oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzliche Kosten anfallen können;*
- d) *gegebenenfalls die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Termin, bis zu dem die Waren zu liefern oder die Dienstleistung zu erbringen der Unternehmer sich verpflichtet hat, sowie das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden;*
- e) *zusätzlich zu dem Hinweis auf das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts für die Waren gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen nach dem Verkauf und gewerblichen Garantien;*
- f) *gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge;*
- g) *gegebenenfalls die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte;*
- h) *gegebenenfalls – soweit wesentlich – die Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese dem Unternehmer bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein muss.*

Als Besonderheit dieser allgemeinen Informationspflichten ist hervorzuheben, dass sie grundsätzlich für alle Verbraucherverträge gelten, obwohl bisher in den der Verbraucher-RL zugrunde liegenden RL vorvertragliche

Informationspflichten in unterschiedlichem Ausmaß vorgesehen waren. Sie sind zugleich größter gemeinsamer Nenner der Bestimmungen über Verbraucherverträge und daher die einzige völlig horizontale Regelung der Verbraucher-RL⁴³². Es ist an Art 5 leg cit nicht der Inhalt der geforderten Informationen per se neu, sondern seine horizontale Harmonisierung⁴³³.

Die Informationspflichten des Art 5 Abs 1 leg cit werden als überbordend kritisiert, als nicht praxistauglich, entbehrlich sowie als das Subsidiaritätsrecht der Mitgliedstaaten verletzend⁴³⁴. Darüber hinaus erschiene mE, um den unterschiedlichen Umständen bei Vertragsschließung Rechnung zu tragen, eine Differenzierung des Ausmaßes der Informationserteilung zwischen face-to-face Verträgen und Distanzverträgen erforderlich.

Vor allem aber das weiterhin bestehende Nebeneinander verschiedener Informationspflichten in diversen RL führt zu Unsicherheiten und macht es Unternehmern in der Praxis schwierig, den Überblick darüber zu behalten⁴³⁵. So gelten bspw neben den Informationspflichten der Verbraucher-RL jene der UGP-RL, der Dienstleistungs-RL, sowie der E-Commerce-RL. Angesichts der Vielzahl und Verschiedenartigkeit (auch) Verbrauchergeschäfte betreffender RL, liegt es allerdings auf der Hand, dass es freilich schwierig ist, eine Kohärenz mit sämtlichen anderen RL zu schaffen und einen einzigen allgemein gültigen Informationskatalog zu erstellen, wie sehr dies auch für die Praxis von Nöten wäre.

Ebenso problematisch ist mE die Formulierung „der Unternehmer informiert den Verbraucher“, da der Schutz des Verbrauchers auch schon dann gegeben ist, wenn er die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Informationen hat. Aus der in Art 5 Abs 1 Verbraucher-RL vorliegenden Formulierung könnte man schließen, dass positive Kenntnis des Verbrauchers über die Informationen verlangt wird. Für den Verbraucherschutz ausreichend und dem Unternehmer entgegenkommend, weil weniger überspannt, wäre anstelle dessen eine solche Formulierung, die vorsieht, dass der Verbraucher lediglich über die entsprechenden Informationen verfügen muss⁴³⁶.

⁴³² Dehn in *Jud/Wendehorst*, 44.

⁴³³ Nordhausen Scholes in *Howells/Schulze*, 218.

⁴³⁴ Positionspapier vom 16.2.2009 der Wirtschaftskammer Österreich zum Richtlinienvorschlag, veröffentlicht unter portal.wko.at (23.5.2010), 3.

⁴³⁵ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins von Februar 2009 zu einigen Fragen des Vorschlags, veröffentlicht unter www.anwaltverein.de (23.5.2010).

⁴³⁶ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins von Februar 2009 zu einigen Fragen des Vorschlags, veröffentlicht unter www.anwaltverein.de (23.5.2010), 9.

Formvorschriften – wie etwa in Artt 7 und 8 Verbraucher-RL vorgesehen – gibt es für die allgemeinen Informationspflichten keine. Dies ist vor allem insofern ausgesprochen sinnvoll, als es verschiedene alltägliche Situationen gibt, in denen ein Schriftformgebot undenkbar ist, wie etwa beim Einkauf im Supermarkt oder bei einer Bestellung im Restaurant⁴³⁷. Da die Verbraucher-RL den Mitgliedstaaten diesbezüglich keinerlei Vorgaben macht, ist davon auszugehen, dass es dem jeweiligen nationalen Recht überlassen bleibt, Formvorschriften aufzuerlegen.

Aus Art 5 Abs 4 *leg cit* ergibt sich, dass es sich beim Katalog dieser allgemeinen Informationspflichten um eine demonstrative Aufzählung von Informationspflichten handelt. Nationale Gesetzgeber haben daher die Möglichkeit, zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einzuführen oder aufrechtzuerhalten, um auf diese Weise auf nationale Gegebenheiten besser Bedacht nehmen zu können.

Das bedeutet, dass das Vollharmonisierungsgebot für die konkret aufgelisteten Informationspflichten besteht, und dass weder in die eine, noch in die andere Richtung zugunsten oder zulasten der Verbraucher von den Informationspflichten abgewichen werden darf, jedoch die Auflistung selbst eine bloß demonstrative ist, die von den Mitgliedstaaten erweitert werden darf.

3. Sich aus den Umständen ergebende Informationen

Informationspflichten des Unternehmers unterbleiben insofern, als sich Informationen bereits unmittelbar aus den Umständen ergeben⁴³⁸. Die Information über die Identität des Unternehmers kann bspw eine solche Eigenschaft sein, die sich bei einem Vertragsabschluss in dessen einzigem Geschäftslokal aus den Umständen ergeben kann⁴³⁹.

Aufgabe der Rsp wird es sein, den sich unmittelbar aus den Umständen ergebenden Informationen Konturen zu verleihen. Inwieweit Werbung dieses Kriterium erfüllt, hängt wohl vom Einzelfall ab. Sind bspw große Werbeplakate in einem Geschäftslokal in unmittelbarer Nähe zu einem Produkt angebracht, sind die darin enthaltenen Informationen mE sehr wohl als solche sich aus den Umständen ergebenden Informationen zu qualifizieren, die der Unternehmer gesondert zu erteilen nicht mehr verpflichtet ist. Inhalte von Werbung hingegen

⁴³⁷ Dehn in *Jud/Wendehorst*, 50.

⁴³⁸ Art 5 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁴³⁹ Schwarzenegger, Informationspflichten in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 31.

an anderer Stelle, womöglich sogar außerhalb des Geschäftslokals, ergeben sich nicht unmittelbar aus den Umständen.

Bemerkenswerterweise wird in der englischen Version der Verbraucher-RL durch die Formulierung „...*if that information is not already apparent from the context*“ nicht auf die Unmittelbarkeit abgestellt⁴⁴⁰.

Problematisch ist diese Formulierung insofern, als es sich um ein ausgesprochen indifferentes Unterscheidungsmerkmal handelt, anhand dessen man in der Praxis schwer feststellen kann, wann Informationen gesondert zu erteilen sind.

4. Zu den einzelnen Informationspflichten

Art 5 Abs 1 lit a bis d Verbraucher-RL entsprechen im Wesentlichen Art 7 Abs 4 lit a bis d UGP-RL, weshalb daher grs auf diesbezügliche Literatur und Rsp zurück gegriffen werden kann - dies freilich stets unter der Berücksichtigung, dass somit Bestimmungen des Wettbewerbsrecht ins Zivilrecht übernommen werden⁴⁴¹. Die Verbraucher-RL soll erklärtermaßen im Interesse einer besseren Rechtsetzung auch für Kohärenz zwischen den einzelnen RL⁴⁴² sorgen⁴⁴³.

4.1. Wesentliche Produktmerkmale

Art 5 Abs 1 lit a Verbraucher-RL schreibt vor, dass der Unternehmer den Verbraucher über die wesentlichen Merkmale der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang zu informieren hat.

In der Literatur wird dazu die Meinung vertreten, dass es nicht einzusehen sei, weshalb in unterschiedlichen Vertragskonstellationen ein unterschiedliches Maß an Informationen zu erteilen ist⁴⁴⁴. Dem kann entgegen gehalten werden, dass im Umgekehrten auch nicht einzusehen ist, weshalb ungleiche Konstellationen gleich behandelt werden sollten. So ist etwa bspw der für den Verbraucher erforderliche Umfang der zu erteilenden Informationen für ein Getränk, das sofort konsumiert wird, jedenfalls ein anderer als für ein Auto, welchem als teurerem Wirtschaftsgut grs auch für den Verbraucher eine größere Bedeutung zukommt, womit ein anderes Ausmaß an Information gerechtfertigt erscheint.

⁴⁴⁰ Howells/Schulze, Overview of the proposed Consumer Rights Directive, in Howells/Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 14; Dehn in Jud/Wendehorst, 56 f.

⁴⁴¹ Micklitz, EuZW 2009, 282.

⁴⁴² Konkret eben auch zwischen der UGP-RL und Verbraucher-RL.

⁴⁴³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8.10.2008, C6-0349/08, 3.

⁴⁴⁴ Nordhausen Scholes in Howells/Schulze, 219.

Erwähnenswert ist, dass Art 5 Abs 1 lit a Verbraucher-RL lediglich auf objektive Kriterien abstellt, nämlich auf den Datenträger als Informationsmedium, und auf die Ware oder Dienstleistung, nicht jedoch auf die Person des Verbrauchers.

Fraglich ist allerdings, wie das Tatbestandselement der Wesentlichkeit auszulegen ist und ob nicht die Wesentlichkeit einer Eigenschaft wiederum zumindest auch subjektive Gesichtspunkte des Verbrauchers mit einschließt.

Stehen sich Verbraucher und Unternehmer etwa in einem Geschäftslokal gegenüber, scheint ein Abstellen auf die konkrete Situation und den Informationsbedarf des Verbrauchers sachgerecht. Ist für den Unternehmer eine bestimmte Verwendungsabsicht des Verbrauchers erkennbar und besteht diesbezüglich ein wesentlicher Informationsbedarf, sollte der Unternehmer zur Information verpflichtet sein, wenn er weiß, dass es sich dabei um eine für den Verbraucher wesentliche Eigenschaft des Produkts handelt.

Andererseits wiederum ist es auch nicht sinnvoll, einen Unternehmer dazu zu verpflichten, einen offensichtlich entsprechend fachkundigen Verbraucher ebenfalls standardisiert zu informieren.

Womöglich ließe sich die Person des Verbrauchers in die Beurteilung der zu erteilenden Informationen durch entsprechende Auslegung des Tatbestandselements der „Wesentlichkeit“ der Merkmale des Produkts einbeziehen, und zwar als für den konkreten Verbraucher wesentliches Produktmerkmal⁴⁴⁵, dh abstellend auf den konkreten Informationsbedarf eines bestimmten Verbrauchers.

4.2. Daten des Unternehmers

Der Unternehmer hat den Verbraucher über seine Identität zu informieren. Demonstrativ werden hierfür von Art 5 Abs 1 lit b leg cit sein Handelsname, die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers sowie seine Telefonnummer angeführt.

Schwierig mag sich die Abgrenzung gestalten, wann sich Informationen über Identität und Anschrift des Unternehmers unmittelbar aus den Umständen ergeben. Bei den meisten face-to-face Geschäften, im Supermarkt etwa oder an der Tankstelle, ergeben sich mE aufgrund des persönlichen Aufsuchens der

⁴⁴⁵ Dehn in *Jud/Wendehorst*, 56.

Geschäftsräume diese Informationen jedenfalls unmittelbar aus den Umständen⁴⁴⁶ und sind daher nicht gesondert zu erteilen.

Hintergrund dieser Informationspflicht ist, dass diese Informationen über den Unternehmer wesentlich für einen effektiven Verbraucherrechtsschutz sind. Schließlich ist spätestens dann, wenn ein Verbraucher seine Rechte gegenüber einem Unternehmer gerichtlich durchsetzen möchte, dessen genaue Anschrift und Identität vonnöten.

Da sämtliche Unternehmer nach dieser Vorschrift dazu verpflichtet sind, bereits im vorvertraglichen Stadium den Verbraucher über Identität und Anschrift zu informieren, kann mit den bestehenden nationalen Regelungen nicht das Auslangen gefunden werden. Punktuell⁴⁴⁷, so etwa für im Firmenbuch eingetragene Unternehmer, ist die Angabe von Firma, Firmenbuchnummer, Rechtsform und Sitz auf Geschäftsbriefen zwingend vorgeschrieben, dies allerdings eben nicht für alle Unternehmer und auch nicht für das vorvertragliche Stadium, weshalb es diesbezüglich der Einführung einer allgemeinen Regelung in das österreichische Verbraucherrecht bedarf.

4.3. Preis, Steuern, Abgaben

Aufgrund von § 2 Abs 1 Preisauszeichnungsgesetz, welcher auf die Preisauszeichnungs-RL⁴⁴⁸ zurück geht, haben Unternehmer die Preise für Sachgüter auszuzeichnen, sofern diese sichtbar ausgestellt sind oder in den Geschäftsräumlichkeiten in anderer Weise zum Verkauf bereitgehalten werden.

Die Informationspflicht nach Art 5 Abs 1 lit c Verbraucher-RL geht darüber hinaus. Unternehmer haben aufgrund dieser Bestimmung den Gesamtpreis für sämtliche Waren und Dienstleistungen vor Vertragsabschluss anzugeben, unabhängig davon, wie diese Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Es wird etwa nicht darauf abgestellt, ob diese Waren oder Dienstleistungen im Internet oder in einem Geschäftsraum angeboten werden und ob diese sichtbar ausgestellt sind.

Bemerkenswert erscheint zudem die Notwendigkeit der Information auch über alle Steuern und Abgaben sowie über die Preisberechnung bei Produkten, bei denen aufgrund ihrer Beschaffenheit der Preis vernünftigerweise nicht im

⁴⁴⁶ AA Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins von Februar 2009 zu einigen Fragen des Vorschlags, veröffentlicht unter www.anwaltverein.de (23.5.2010), 8.

⁴⁴⁷ § 14 UGB, § 63 GewO, § 5 ECG, § 5c Abs 1 Z 1 KSchG.

⁴⁴⁸ RL 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl L 080 vom 18.3.1998.

Voraus berechnet werden kann, ebenso wie über alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten bzw wenn solche Kosten im Voraus nicht berechnet werden können, der Information darüber, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können.

Hinsichtlich dieser letzten Verpflichtung wird in der Literatur gefordert, dass, sofern Kosten nicht im Voraus berechnet werden können, ein allgemeiner Hinweis auf das Anfallen solcher Kosten nicht genügen soll, sondern analog zu Preisen, die nicht im Voraus berechnet werden können, ebenfalls über die Kostenberechnung informiert werden sollte⁴⁴⁹.

Kritisiert wird an der Regelung weiters, dass es einem Unternehmer selbst überlassen bleiben sollte, seine Preiskalkulation und –festlegung offen zu legen⁴⁵⁰. Da die Verpflichtung der Information über die Preisberechnung allerdings nur dann gegeben ist, wenn aufgrund der Beschaffenheit des Produkts der Preis vernünftigerweise nicht im Voraus konkret berechnet werden kann, ist es mE nur sinnvoll und im Interesse einer Transparenz für den Verbraucher sachgerecht, dass vorweg dargelegt werden muss, wie der Preis, der sich noch nicht beziffern lässt, zustande kommen wird. Andernfalls würde mangels Angabe eines Preises oder zumindest Bestimmbarkeit des Preises ohnehin eine notwendige Grundlage für einen wirksamen Vertragsabschluss fehlen.

In der Verpflichtung zur Information über die Preisberechnung kann man eine Abweichung zu den entsprechenden Regelungen des ABGB erkennen, wobei die Verbraucher-RL strengere Vorschriften durch die Verpflichtung zur Angabe der Art der Preisberechnung vorgibt als das ABGB⁴⁵¹.

Nach § 1054 ABGB darf das Konsenserfordernis des Preises für das Zustandekommen eines Kaufvertrages nicht unbestimmt sein, was von stRsp und hL dahingehend ausgelegt wird, dass der Preis zumindest bestimmbar sein muss⁴⁵². Eine konkrete Bezifferung des Preises ist nicht erforderlich. Die Rsp zu § 1054 ABGB geht sogar soweit, dass für die Frage der Bestimmbarkeit die Verkehrssitte maßgeblich ist. Wer von einem erkennbar ein Gewerbe Treibenden ohne Preisvereinbarung eine in dieses Gewerbe einschlagende Leistung verlangt, den bei diesem Gewerbetreibenden kundenüblichen Preis zu bezahlen hat⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Nordhausen Scholes in Howells/Schulze, 220.

⁴⁵⁰ Bundesverband der Deutschen Industrie, Positionspapier vom 23.1.2009, 8.

⁴⁵¹ Ausführlich dazu Dehn in Jud/Wendehorst, 58 f.

⁴⁵² Aicher in Rummel³, § 1054 Rz 10, RIS-Justiz RS0019952.

⁴⁵³ RIS-Justiz RS0025390.

Für Werkverträge ist nicht einmal die Vereinbarung eines bestimmten oder bestimmbaren Preises erforderlich, da nach § 1152 ABGB für den Fall, dass die Parteien kein Entgelt bestimmt haben, ein angemessenes Entgelt als vereinbart gilt.

Für Verbraucherverträge besteht mE daher für das nationale österreichische Recht im Hinblick auf die Informationsverpflichtung des Unternehmers über einen bestimmten Preis oder die Preisberechnung Anpassungsbedarf⁴⁵⁴.

Von dieser sich aus dem Primärrecht ergebenden Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die RL ausreichend umzusetzen, sind die zivilrechtlichen Folgen zu unterscheiden, welche bei Nichtinformation über den Preis oder die Preisberechnung iSd Art 5 Verbraucher-RL eintreten. Da die Rechtsfolgen bei mangelnder Informationserteilung in der Verbraucher-RL nicht näher vorgegeben werden, sind die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Rechtsfolgen grundsätzlich frei. Einzig die allgemeinen Vorschriften des Kapitels V der Verbraucher-RL sind zu beachten, wonach die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, mit denen die Einhaltung der RL sichergestellt wird⁴⁵⁵, sowie Sanktionen für Verstöße gegen die aufgrund der RL erlassenen innerstaatlichen Vorschriften festgelegt und Maßnahmen getroffen werden⁴⁵⁶.

Meiner Einschätzung nach kann daher der österreichische Gesetzgeber die Regelungen des § 1054 sowie § 1152 ABGB beibehalten und für die Verletzung der Informationspflicht über den Preis entsprechend Art 5 Abs 1 lit c Verbraucher-RL andere, von der zivilrechtlichen Gültigkeit für Verträge unabhängige Sanktionen, wie beispielsweise Verwaltungsstrafen für Unternehmen, welche qualifiziert gegen ihre Informationspflichten verstoßen oder schadenersatzrechtliche Folgen aus culpa in contrahendo vorsehen.

Während im ursprünglichen RL-Entwurf noch vorgesehen war, dass, wenn ein Unternehmer seiner Pflicht zur Information über Zusatzkosten wie Fracht-, Liefer- oder Zustellkosten nicht nachkommt, diese auch nicht vom Verbraucher verlangen kann, existiert eine solche Regelung in der gegenständlichen Verbraucher-RL nicht und wird es daher den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, entsprechende Sanktionen für Verstöße gegen diese Informationspflicht zu treffen.

⁴⁵⁴ Zurückhaltender *Dehn* in *Jud/Wendehorst*, 59.

⁴⁵⁵ Art 23 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁴⁵⁶ Art 24 Abs 1 Verbraucher-RL.

4.4. Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen

Der Unternehmer hat nach Art 5 Abs 1 lit d leg cit gegebenenfalls über Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, über den Liefertermin oder den Termin, bis zu dem vom Unternehmer die Dienstleistung zu erbringen ist, sowie über das Verfahren des Unternehmers im Umgang mit Beschwerden zu informieren.

Die RL gibt keinen näheren Anhaltspunkt dafür, wann der Fall der Verpflichtung des Unternehmers zur Erteilung dieser Informationen vorliegt, dh wie „gegebenenfalls“ auszulegen ist. Da es dazu auch in den ErWG keine nähere Erklärung gibt, ist mE davon auszugehen, dass für den Fall, dass die Ware nicht sofort übergeben und bezahlt wird, über Zahlungs-, Liefer und Leistungsbedingungen zu informieren ist, da ansonsten wohl von einer umgehenden Leistungs- und Zahlungsverpflichtung – wie auch im nationalen Recht § 904 ABGB mangels abweichender Parteienvereinbarung sofortige Fälligkeit normiert – als Grundfall auszugehen ist.

Die Information über die Zahlungs- und Leistungsbedingungen soll den Verbraucher davon in Kenntnis setzen, wann und wie er den Preis für die Ware oder Dienstleistung zu bezahlen hat⁴⁵⁷.

Csoklich kritisiert bezüglich der Information über Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, dass ebensolche Verfahrensbestimmungen umfassende Regelwerke darstellen würden, welche für einen Verbraucher keinesfalls entscheidungsrelevant sind und eine solche Verpflichtung die Informationspflichten überstrapaziert, ohne gleichzeitig für den Verbraucher einen Vorteil zu bedeuten⁴⁵⁸.

Es empfiehlt sich für Unternehmer, um dieser Verpflichtung nachzukommen, eine Beschwerdeline, ein Kontaktformular oder eine E-Mailadresse für Beschwerden einzurichten, mit dem Hinweis, dass die jeweilige Kontaktmöglichkeit für Beschwerden eingerichtet ist.

4.5. Gewährleistung und Garantie

Nach Art 5 Abs 1 lit e leg cit hat der Unternehmer über das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechtes aufzuklären.

⁴⁵⁷ Börper, Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten (2010) 41.

⁴⁵⁸ Csoklich, RL-Vorschlag über Rechte der Verbraucher (2008), veröffentlicht unter www.rechtsanwaelte.at (29.5.2010), 2.

Weiters hat der Unternehmer gegebenenfalls über das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen nach dem Verkauf, welche gesetzlich nicht verpflichtend vorgesehen sind, sowie über gewerbliche Garantien zu informieren.

Die Bestimmung des § 9b KSchG, welche Art 6 Verbraucherkredit-RL umsetzt, sah bislang bereits in Österreich für Verbrauchergeschäfte im Allgemeinen vor, dass der Unternehmer, welcher eine Garantieverpflichtung gegenüber dem Verbraucher abgibt, auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers und darauf hinzuweisen hat, dass die Gewährleistungspflicht durch die Garantie nicht eingeschränkt wird. Diese Regelung kann im Zuge der Umsetzung der Verbraucher-RL beibehalten werden, da die zusätzliche Information darüber, dass die Gewährleistungspflicht nicht durch die Garantie eingeschränkt wird, aufgrund von Abs 4 leg cit, wonach Mitgliedstaaten zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einführen oder aufrechterhalten dürfen, der vollharmonisierten Verbraucher-RL nicht entgegen steht. Neu hingegen ist, dass der Unternehmer hinkünftig auch dann, wenn es keine Garantie gibt, über das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts aufzuklären hat. Diesbezüglich ist eine Umsetzung in nationales Recht vorzunehmen.

Die Regelung, wonach der Unternehmer auf Bestehen und Bedingungen von Kundendienstleistungen nach dem Verkauf hinzuweisen hat, ist mE, da ohnedies keine Verpflichtung seitens des Unternehmers zur Gewährung von Kundendienstleistungen nach dem Verkauf besteht, entbehrlich. Entweder bietet der Unternehmer solche Kundendienstleistungen an, dann wird er diese bereits aus werbetechnischen Gründen entsprechend kommunizieren, oder eben nicht. Dass er bei Gewähren von sonstigen Kundendienstleistungen nach dem Verkauf aufklärt, versteht sich von selbst – sie würden ansonsten erst gar nicht Vertragsinhalt werden⁴⁵⁹.

4.6. Laufzeit oder Kündigungsbedingungen

Wie auch bereits in Art 4 Abs 1 lit i Fernabsatz-RL vorgesehen, verpflichtet Art 5 Abs 1 lit f Verbraucher-RL gegebenenfalls – wohl dann, wenn der Vertrag eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat - zur Information über die Laufzeit des Vertrags. Bei unbefristeten Verträgen sowie bei sich automatisch verlängernden Verträgen muss der Verbraucher über Kündigungsbedingungen informiert werden.

⁴⁵⁹ Ähnlich BDI Bundesverband der Deutschen Industrie, Positionspapier zum EU-Richtlinienvorschlag über Rechte der Verbraucher, 9.

4.7. Funktionsweise digitaler Inhalt

Der Unternehmer hat nach Art 5 Abs 1 lit g leg cit den Verbraucher gegebenenfalls über die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte, zu informieren. Der Begriff „digitale Inhalte“ wird definiert als „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, wie etwa Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos oder Texte, unabhängig davon, ob auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit (Streaming), von einem körperlichen Datenträger oder in sonstiger Weise zugegriffen wird“⁴⁶⁰. Demgegenüber gelten Daten auf einem dauerhaften Datenträger als Waren iS der Verbraucher-RL⁴⁶¹.

Durch die Information über die Funktionsweise soll der Verbraucher davon in Kenntnis gesetzt werden, wie digitale Inhalte verwendet werden können. Beispielhaft führt ErWG 19 leg cit hierfür die Nachverfolgung des Verhaltens des Verbrauchers an. Weiters sollte davon auch das Vorhandensein bzw Fehlen von technischen Beschränkungen wie der Schutz mittels digitaler Rechteverwaltung oder Regionalcodierung⁴⁶² umfasst sein.

4.8. Interoperabilität digitaler Inhalte

Sofern wesentlich, hat ein Unternehmer gegebenenfalls über die Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese dem Unternehmer bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein muss, zu informieren.

Unter Interoperabilität ist die Information in Bezug auf die standardmäßige Umgebung an Hard- und Software, mit der die digitalen Inhalte kompatibel sind, etwa das Betriebssystem, die notwendige Version und bestimmte Eigenschaften der Hardware, zu verstehen⁴⁶³. Es muss daher der Verbraucher bspw darüber informiert werden, mit welcher Hard- und Software das zu kaufen beabsichtigte Programm kompatibel ist, um zu vermeiden, dass das Produkt für den Verbraucher auf seinem Computer überhaupt nicht verwendbar ist.

⁴⁶⁰ ErWG 19 Verbraucher-RL.

⁴⁶¹ *Maimier*, Rücktrittsrecht bei App-Käufen? MR 2012, 47.

⁴⁶² Ein Regionalcode ist ein technisches Merkmal zB von DVDs, welches verhindern soll, dass darauf gespeicherte Filme weltweit abgespielt werden können. Durch entsprechende Softwareeinrichtungen wird überprüft, ob ein Abspielgerät über den gleichen Regionalcode verfügt. (Wikipedia, <http://de.wikipedia.org/wiki/Regionalcode>, 12.12.2011).

⁴⁶³ ErWG 19 Verbraucher-RL.

5. Ausnahme: Geschäfte des täglichen Lebens

Von den allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Verbraucher-RL können Mitgliedstaaten Verträge ausnehmen, die Geschäfte des täglichen Lebens zum Gegenstand haben und zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sofort erfüllt werden.

Mit dieser Möglichkeit wurde der Kritik am RL-Entwurf Rechnung getragen, dass die überbordenden Informationspflichten insbesondere für Geschäfte des täglichen Lebens oder bei sofortiger Leistungserbringung nicht zweckmäßig sind⁴⁶⁴.

Nähere Anhaltspunkte dafür, welche Geschäfte genau als Geschäfte des täglichen Lebens zu verstehen sind, liefert die vorliegende Verbraucher-RL nicht, weshalb es letztlich am EuGH liegen wird, diesem Terminus Konturen zu verleihen. Beim Kauf von Lebensmitteln wird es sich wohl um ein Geschäft des täglichen Bedarfs handeln, inwiefern davon aber etwa auch Kaufverträge über Kleidung, sowie über Elektro- und Sportgeräte erfasst werden, wird durch die Rsp erst ausgearbeitet werden müssen⁴⁶⁵.

Da diese Wendung allerdings autonom ausgelegt werden muss, ist eine gewisse Vorsicht bei der Heranziehung des nationalen Begriffsverständnisses, welches etwa für die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens nach § 284b ABGB oder die Geschäfte des täglichen Lebens nach § 105a BGB entwickelt wurde, geboten.

6. Verhältnis zu Informationspflichten anderer Rechtsakte

Selbstverständlich gibt es eine große Zahl von EU-Rechtsakten, wie etwa die UGP-RL⁴⁶⁶ oder die Preisangaben-RL⁴⁶⁷, deren Verhältnis zu Art 5 leg cit nicht klar gestellt wird.

Ohne ausdrückliche normative Regelung ließe sich das Verhältnis anderer Rechtsakte zu Art 5 leg cit entweder mithilfe des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* lösen, sodass andere Bestimmungen anderer EU-

⁴⁶⁴ Stellungnahme zur RL über Rechte der Verbraucher des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. vom 8.10.2009 (veröffentlicht unter www.bdi.eu, abgerufen am 2.1.2012).

⁴⁶⁵ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1055.

⁴⁶⁶ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern vom 11.5.2005, ABI 2005/149, 22.

⁴⁶⁷ RL 1998/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse vom 16.2.1998, ABI 1998/80, 27.

Rechtsakte als *leges speciales* die allgemeinen Informationspflichten der Verbraucher-RL verdrängen, oder aber auf die Weise, dass sie durch Art 5 *leg cit* ergänzt werden⁴⁶⁸.

Die Verbraucher-RL normiert durch ihren Art 3 Abs 2, dass, wenn eine Bestimmung dieser RL mit einer Bestimmung eines anderen Unionsrechtsaktes, der spezifische Sektoren regelt, kollidiert, die Bestimmung dieses anderen Unionsrechtsaktes Vorrang hat und auf diese spezifischen Sektoren Anwendung findet. Es wäre daher im Einzelfall zu prüfen, inwiefern einzelne Regelungen der Verbraucher-RL mit einer konkreten Bestimmung des Unionsrechtsaktes kollidieren und daher nicht zur Anwendung gelangen, oder ob eine nähere Analyse ergibt, dass die einem Vergleich zu unterziehenden Informationspflichten nicht denselben Regelungsinhalt haben und daher nebeneinander Anwendung finden.

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Nebeneinanders von Informationspflichten diverser Rechtsakte ergibt sich aus Art 5 Abs 4 *leg cit*, wonach die Mitgliedstaaten für Verträge, auf die dieser Artikel anwendbar ist, zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einführen oder aufrechterhalten können.

7. Informationen als Vertragsbestandteil?

In Art 5 Abs 3 RL-Entwurf hieß es lapidar „Die in Absatz 1 genannten Informationen sind Bestandteil des Kauf- oder Dienstleistungsvertrags.“. Diese Bestimmung fehlt in der letztlich verabschiedeten Fassung der vorliegenden Verbraucher-RL für Verbraucherverträge im Allgemeinen.

Der in der Verbraucher-RL gewählte Weg führt wohl zu einer größeren Kohärenz innerhalb der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, da die RL selbst grs keine Aussage darüber trifft, ob die erteilten oder zu erteilen unterlassenen Informationen Vertragsbestandteil werden oder nicht. Im Rahmen dieser Vorgaben bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, selbst eine für ihre Vertragsrechtsordnung passende Rechtsfolge zu normieren.

Im Ergebnis bedeutet dies für die ö Rechtslage, dass anhand der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre für jede erteilte oder zu erteilende Information gesondert überprüft wird, ob übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen und ob dementsprechend vertragliche Vereinbarungen überhaupt zustande gekommen sind.

⁴⁶⁸ Dehn in *Jud/Wendehorst*, 49.

8. Rechtsfolgen bei Verletzung

Welche Sanktionen mangelnde Information oder Nichtinformation nach sich ziehen, wird durch die Verbraucher-RL selbst kaum geregelt. Art 24 leg cit, systematisch zu den allgemeinen Vorschriften der Verbraucher-RL gehörig, sieht grundlegend vor, dass die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen die die Verbraucher-RL umsetzenden nationalen Vorschriften festlegen. Mangels näherer Vorgaben für die Mitgliedstaaten bedeutet dies, dass der Verletzung von Informationspflichten innerstaatlich bspw auch etwa ausschließlich mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen begegnet werden könnte, sofern sie wirksam, angemessen und abschreckend sind – in Art 6 Abs 2 RL-Entwurf war demgegenüber noch vorgegeben, dass für den Fall eines Verstoßes gegen die Informationspflichten nach Art 5 die Mitgliedstaaten in ihrem innerstaatlichen Recht wirksame vertragsrechtliche Rechtsbehelfe vorsehen.

Zunächst ist ein durchsetzbarer Anspruch des Verbrauchers auf Informationserteilung denkbar⁴⁶⁹.

Es wird nachfolgend untersucht, ob darüber hinaus mit den bereits bestehenden innerstaatlichen Vorschriften für die Verletzung von Informationspflichten das Auslangen gefunden werden kann, oder ob eigene Rechts- und Verwaltungsvorschriften erforderlich sein werden, um der Verbraucher-RL nachzukommen. Jedenfalls müssen die innerstaatlichen Vorschriften daran gemessen werden, ob sie – wie von Art 24 Verbraucher-RL gefordert – wirksame, abschreckende und angemessene Sanktionen vorsehen.

8.1. Fehlender Vertragsabschluss

Nach nationalem österreichischem Zivilrecht könnte etwa auf die Vorschriften nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zurück gegriffen werden, wonach bei Nichtvorliegen der essentialia negotii der Vertrag aufgrund Dissenses nichtig ist (§ 869 ABGB). Demnach wäre die rechtliche Konsequenz, die sich an die Verletzung der Informationspflichten über Ware oder Preis nach Art 5 Abs 1 lit a oder lit b leg cit knüpft, das Nichtzustandekommen des Vertrages.

Darüber hinaus werden nach nationalem österreichischem Zivilrecht Geschäftsbedingungen und Vertragsklauseln, die dem Verbraucher nicht bekannt gegeben wurden, mangels Einbeziehung erst gar nicht

⁴⁶⁹ Schwarzenegger Bydlinski/Lurger, 37.

Vertragsbestandteil⁴⁷⁰. Die ö Rechtslage steht damit insbesondere mit Art 6 Verbraucher-RL im Einklang, wonach der Unternehmer bei Unterlassen der gebotenen Information über zusätzliche Kosten des Transports und im Widerrufsfall des Rücktransports keinen Anspruch auf diese Kosten hat.

Soweit es sich aber um für den Verbraucher begünstigende Vertragsklauseln handelt, fehlt es dann an einer für den Unternehmer abschreckenden und angemessenen Sanktion, wenn die Rechtslage nur darin besteht, dass jene Vertragsklauseln, über die er nicht ordnungsgemäß informiert hat, nicht Vertragsbestandteil werden. Wenn bspw ein Unternehmer seine Informationspflicht über das Bestehen einer allfälligen gewerblichen Garantie verletzt, ist es keine Sanktion mit abschreckender Wirkung, wenn der Unternehmer in der Folge in den Genuss des Nichtzustandekommens einer Garantie kommt.

8.2. Schadenersatzansprüche

Neben der Sanktion, dass nicht bekannt gegebene Geschäftsbedingungen und Vertragsklauseln nicht Vertragsinhalt werden, können bei Fehl- oder Nichtinformation bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, wie insbesondere schuldhafte Verletzung, Kausalität und Schadenseintritt, Schadenersatzansprüche entstehen. Bei einer gesetzlichen Verpflichtung wie etwa nach Art 5 Abs 1 lit e leg cit zur Informationserteilung über das Bestehen einer gewerblichen Garantie, liegt bei deren Verletzung oft vorwerfbare Rechtswidrigkeit vor – aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung braucht im Unterschied zu gesetzlich nicht normierten Informationsinhalten nicht geprüft werden, inwiefern die einzelnen in Art 5 und 6 Verbraucher-RL enthaltenen Informationsgegenstände für den Vertragsabschluss aus Sicht des Verbrauchers von wesentlicher Bedeutung waren⁴⁷¹ bzw inwiefern nach den allgemeinen Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwartet werden durfte⁴⁷².

Bei Vorliegen der übrigen für die Begründung eines Schadenersatzanspruches erforderlichen Voraussetzungen kann sich der Verbraucher hinsichtlich jener Nachteile, die aus der mangelnden Information resultieren, zu deren Erteilung der Unternehmer aber vor Vertragsabschluss verpflichtet wäre, wegen culpa in contrahendo am Unternehmer schadlos halten.

⁴⁷⁰ Dehn in *Jud/Wendehorst*, 63.

⁴⁷¹ Neuner, Die Informationspflichten der Verbraucherrechterichtlinie (2012) 165.

⁴⁷² RIS-Justiz RS0016390.

8.3. **Vertragsanfechtung**

Hat der Verbraucher aufgrund einer Fehl- oder Nichtinformation des Unternehmers eine unzutreffende Vorstellung von der Wirklichkeit bzw vom Vertragsinhalt, so kann ein Irrtum iSd § 871 ABGB vorliegen⁴⁷³.

§ 871 Abs 2 ABGB kommt einem Verbraucher bei Verletzung einer durch die Verbraucher-RL vorgeschriebenen Informationspflicht insoweit entgegen, als darin vorgesehen ist, dass ein Irrtum über einen Umstand, über den ein Vertragsteil nach den geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloß als ein Irrtum über den Beweggrund oder den Endzweck behandelt wird.

Da neben dem Vorliegen eines Irrtums sämtliche weitere Voraussetzungen des § 871 ABGB vom Verbraucher, der sich darauf beruft, nachgewiesen werden müssen, nämlich die Wesentlichkeit des Irrtums für die Vertragsaufhebung und alternativ die Veranlassung durch den Unternehmer, die Tatsache, dass dem Unternehmer dieser Irrtum auffallen hätte müssen oder der Irrtum noch rechtzeitig aufgeklärt wurde, ist hinsichtlich dieser Rechtsfolge allerdings fraglich, ob sie tatsächlich eine wirksame vertragsrechtliche Sanktion iSd Verbraucher-RL darstellt⁴⁷⁴. Bei fehlender oder mangelnder Information durch den Unternehmer ist mE bei Bestehen entsprechender gesetzlicher Informationspflichten ein Irrtum regelmäßig einer, der vom Unternehmer veranlasst wurde⁴⁷⁵. Dementsprechend hätte der Verbraucher meist ohnehin nur die mangelnde oder fehlende Information zu beweisen. Je nachdem, ob es sich um einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrtum handelt, kann der Verbraucher den Vertrag anfechten oder anpassen.

8.4. **Verbandsklage**

Dehn hat zum RL-Entwurf bereits angeregt, dass eine Ausweitung der Befugnis zur Verbandsklage, konkret des § 28a Abs 1 KSchG sinnvoll wäre⁴⁷⁶.

Nunmehr ist durch Art 23 Abs 2 Verbraucher-RL das Nebeneinander von vertraglichen Ansprüchen des Verbrauchers bei Verstößen gegen Informationspflichten oder Unterlassen von Informationserteilung durch den Unternehmer neben der Möglichkeit der Anrufung von Gerichten oder

⁴⁷³ *Schwarzenegger Bydlinski/Lurger*, 38.

⁴⁷⁴ *Schauer*, Fernabsatzverträge in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 117.

⁴⁷⁵ Ebenso *Dehn* in *Jud/Wendehorst*, 63.

⁴⁷⁶ *Dehn* in *Jud/Wendehorst*, 64.

zuständigen Verwaltungsbehörden durch qualifizierte Einrichtungen⁴⁷⁷ ausdrücklich normiert⁴⁷⁸.

Eine Verbandsklage auf Unterlassung stellt mE ein ausgesprochen wirksames - wenn auch nicht vertragsrechtliches - Mittel dar, systematischer Fehl- oder Nichtinformation zu begegnen.

8.5. Bewertung

Die Frage, ob die bestehenden nationalen Rechtsvorschriften wirksame, abschreckende und angemessene Sanktionen vorsehen, oder ob allenfalls entsprechend wirksame Vorschriften zu erlassen wären, kann zusammenfassend zumindest für die österreichischen Vorschriften dahingehend beantwortet werden, dass meiner Einschätzung nach ein umfangreiches Instrumentarium zur Verfügung steht, der mangelhaften oder fehlerhaften Information durch den Unternehmer zu begegnen. Das Zusammenspiel von Nichtvorliegen des Vertrages mangels Einigung über die essentialia negotii, der Möglichkeit der Anfechtung oder Anpassung des Vertrages wegen Irrtums und der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen dürfte wohl den Prämissen wirksamer, abschreckender und angemessener Sanktionen Rechnung tragen. Allenfalls wäre über die vertragsrechtlichen Rechtsfolgen hinaus noch eine Ausweitung der Befugnis zur Verbandsklage auf Unterlassung für solche Pflichtverletzungen wünschenswert bzw auch verwaltungsrechtliche Strafen für systematische Fehl- oder Nichtinformation durch Unternehmer denkbar.

⁴⁷⁷ Öffentliche Einrichtungen oder ihre Vertreter; Verbraucherverbände, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben; Berufsverbände, die ein berechtigtes Interesse daran haben, tätig zu werden.

⁴⁷⁸ Klocke, Rechtsfortbildung im und am Unterlassungsklagegesetz, VuR 6/2012, abrufbar unter http://www.vur.nomos.de/fileadmin/vur/doc/2013/Aufsatz_VuR_13_06.pdf (7.12.2013).

III. Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte

1. Sachlicher Anwendungsbereich

1.1. Begriff des Fernabsatzvertrages

Der Fernabsatzvertrag wird in Art 2 Abs 7 Verbraucher-RL definiert als jeder Vertrag, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw Dienstleistungssystems geschlossen wird, wobei bis einschließlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet werden.

Unter Fernkommunikationsmittel werden Kommunikationsmittel verstanden, die ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers für den Vertragsabschluss eingesetzt werden können, wie es zB bei Bestellungen per E-Mail, Internet, Telefon oder Fax der Fall ist⁴⁷⁹.

Im ursprünglichen RL-Entwurf war der Anwendungsbereich des Fernabsatzvertrages noch weiter gefasst als jener in der Fernabsatz-RL und der vorliegenden Verbraucher-RL. Während die Verbraucher-RL sowie die Fernabsatz-RL als Tatbestandsmerkmal für einen Vertragsabschluss im Fernabsatz verlangen, dass der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wurde, war dies im RL-Entwurf nicht Bestandteil der Definition des Vertragsabschlusses im Fernabsatz. Diese Regelung wurde in diversen Stellungnahmen – maßgeblich von Unternehmervetretern – entsprechend kritisiert, da nach der Definition des RL-Entwurfs auch Verträge, die im Fernabsatz mit Unternehmen geschlossen werden, die nur gelegentlich Fernkommunikationsmittel einsetzen, den Sonderregeln über den Fernabsatz des RL-Entwurfs unterlagen⁴⁸⁰. Vor allem kleine Unternehmer empfanden es als nicht sachgerecht, dass sie bei Abschluss eines Vertrages mit einem Verbraucher beispielsweise über E-Mail dem Regime über Fernabsatzverträge samt entsprechenden Informationspflichten sowie einem Widerrufsrecht des Verbrauchers unterliegen sollten, wenn ihr Vertriebs- und Dienstleistungssystem grs nicht auf einen Vertragsabschluss über Fernkommunikationsmittel ausgelegt ist⁴⁸¹. Aufgrund des starken Widerstandes

⁴⁷⁹ Art 2 Abs 7 RL-Entwurf, ErWG 20 Verbraucher-RL.

⁴⁸⁰ Schurr in Klang³ (2006) Vorbemerkung zu §§ 5a ff KSchG Rz 16.

⁴⁸¹ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1054.

sowie des Drängens des Europäischen Parlaments⁴⁸² wurde das einschränkende Tatbestandsmerkmal des Abschlusses im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw Dienstleistungssystems für die Definition des Fernabsatzvertrages beibehalten.

Der Begriff eines für die Lieferung im Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungserbringungssystems erfasst von einem Dritten angebotene Fernabsatz- oder Dienstleistungssysteme, die von Unternehmen verwendet werden, wie bspw eine Online-Plattform⁴⁸³. Weshalb die Fernabsatz- oder Dienstleistungssysteme von einem Dritten angeboten werden müssen, leuchtet nicht ein und wird in den ErWG auch nicht näher begründet. Es kann wohl keinen Unterschied machen, ob jemand etwa seinen Internetauftritt, mit welchem ein Fernabsatzsystem eingerichtet wird, von einem Dritten einrichten lässt, oder selbst programmiert – dafür liefert der Wortlaut des Art 2 Abs 7 Verbraucher-RL auch keinerlei Anhaltspunkt und ist die Ausführung im Rahmen des ErWG 20 daher wohl eher als demonstratives Beispiel zu verstehen. Den ErWG kann entnommen werden, dass von diesem Begriff eines für den Fernabsatz organisierten Fernabsatz- oder Dienstleistungssystems allerdings nicht jene Fälle erfasst werden sollen, bei denen Webseiten lediglich Informationen über den Unternehmer, seine Waren und/oder Dienstleistungen und seine Kontaktdaten enthalten.

Da es für die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers keinen Unterschied macht, ob der Unternehmer das Fernabsatzgeschäft im Rahmen eines eigenen organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystem abschließt oder nicht, konnte das Weglassen dieses Tatbestandselements im RL-Entwurf im Interesse der Rechtssicherheit nur begrüßt werden⁴⁸⁴ - umso weniger kann nachvollzogen werden, warum der europäische Gesetzgeber in der endgültigen Fassung der Verbraucher-RL dieses Tatbestandsmerkmal wieder eingefügt hat. Oftmals kann ein Verbraucher gar nicht erkennen, ob der Abschluss im Rahmen eines organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem erfolgt ist. Für Unternehmer würde überdies im Weglassen dieses Tatbestandselements der Vorteil der vorgenommenen Regelung darin bestehen, dass diese einfachere Vertragsdefinition mehr Rechtssicherheit bietet und vor unlauterem

⁴⁸² Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1054.

⁴⁸³ ErWG 20 Verbraucher-RL.

⁴⁸⁴ Ebenso Schauer in *Jud/Wendehorst*, 103; anders hingegen Positionspapier der Wirtschaftskammer Österreich zum Richtlinienentwurf über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg vom 16.2.2009; *Schulte-Nölke*, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009) 36 sowie Artz, *Vorschlag für eine vollharmonisierte Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht* (2009) 212, der nicht aktiv am Distanzhandel beteiligte Unternehmer benachteiligt sieht.

Wettbewerb schützt⁴⁸⁵. Mehrere Mitgliedstaaten, darunter Frankreich, Lettland und die Slowakei, haben bisher ohnehin bei der Umsetzung der Fernabsatz-RL dieses Tatbestandsmerkmal in die nationalen Gesetze gar nicht erst aufgenommen⁴⁸⁶.

Das Erfordernis des Abschlusses ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien gem § 5a KSchG für das Vorliegen eines Fernabsatzvertrages wurde dahingehend ausgelegt, dass die Beteiligten einander bis zum Vertragsschluss nie persönlich begegnet sind und der Vertrag auch nicht durch persönliche Verhandlungen mit einem Vertreter zustande gekommen ist⁴⁸⁷. Demgegenüber wird in den ErwG ausdrücklich klargestellt, dass ein Fernabsatzvertrag auch dann vorliegt, wenn der Verbraucher die Geschäftsräume nur zum Zweck der Information über die Waren oder Dienstleistungen aufsucht und den Vertrag anschließend aus der Ferne verhandelt und abschließt⁴⁸⁸. Lediglich der Fall, dass der Vertrag in den Geschäftsräumen des Unternehmers ausverhandelt wurde, schließt das Vorliegen eines Fernabsatzvertrages aus. Selbstverständlich ist daher auch, dass ein Vertrag, der über ein Fernkommunikationsmittel angebahnt wurde und in den Geschäftsräumen des Unternehmers schließlich geschlossen wird, nicht als Fernabsatzvertrag zu qualifizieren ist, ebenso wenig wie ein Vertrag, der in den Geschäftsräumen des Unternehmers nach einer Terminvereinbarung über ein Fernkommunikationsmittel zustande kommt⁴⁸⁹. Die Aussage, dass im Vergleich zu Art 2 Abs 1 Fernabsatz-RL, wonach der Vertrag nicht nur als Distanzgeschäft abgeschlossen, sondern auch entsprechend angebahnt worden sein muss, der Anwendungsbereich der Verbraucher-RL insofern erweitert wurde, als er nur noch auf den Vertragsabschluss abstelle und auch im persönlichen Gespräch angebahnte und später im Fernabsatz abgeschlossene Verträge vom Fernabsatzrecht der Verbraucher-RL umfasst würden, ist daher verfehlt⁴⁹⁰.

Diese Unterscheidung zwischen der Einholung von Informationen, die nicht schädlich ist, sowie des Ausverhandelns, jeweils in den Geschäftsräumen des Unternehmers, wird häufig schwer zu treffen sein und wird letztlich durch die Rsp des EuGH zu konkretisieren sein.

Während die Bestimmungen über Fernabsatzverträge im RL-Entwurf in Abweichung zur Definition der Fernabsatz-RL nur auf Kauf- und

⁴⁸⁵ ErwG 13 RL-Entwurf.

⁴⁸⁶ KOM (2006)514 endg.

⁴⁸⁷ *Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, § 5b KSchG Rz 2.

⁴⁸⁸ ErwG 20 Verbraucher-RL.

⁴⁸⁹ ErwG 20 Verbraucher-RL.

⁴⁹⁰ Artz, Horizontalrichtlinie 212.

Dienstleistungsverträge zur Anwendung kamen⁴⁹¹, bezieht sich die Definition des Art 2 Abs 7 Verbraucher-RL auf jegliche Verbraucherverträge. Es können daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch auf Kauf- und Tauschverträge ebenso wie auf entgeltliche oder unentgeltliche Verträge über Dienstleistungen, sowie auf Werkverträge, Geschäftsbesorgungsverträge, freie Dienstverträge, etc die Bestimmungen der Verbraucher-RL über Fernabsatzverträge zur Anwendung kommen.

1.2. Begriff des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages („Haustürgeschäft“)

Ein außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossener Vertrag, in weiterer Folge trotz der Unschärfe dieses Terminus als „Haustürgeschäft“ bezeichnet, wird durch Art 2 Abs 8 Verbraucher-RL definiert als ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher,

- a) der bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers an einem Ort geschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist;
- b) für den der Verbraucher unter den unter Buchstabe a genannten Umständen ein Angebot gemacht hat;
- c) der in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen wird, unmittelbar nachdem der Verbraucher an einem anderen Ort als den Geschäftsräumen des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers persönlich und individuell angesprochen wurde; oder
- d) der auf einem Ausflug geschlossen wird, der von dem Unternehmer in der Absicht oder mit dem Ergebnis organisiert wurde, dass er für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen beim Verbraucher wirbt und entsprechende Verträge mit dem Verbraucher abschließt.

Augenfällig ist bei oberflächlicher Betrachtung dieser Definition im Vergleich zur Definition des Art 1 der Haustürgeschäfte-RL die Kürze und Übersichtlichkeit der Definition. Die Tendenz von einer äußerst kasuistischen Regelung hin zu

⁴⁹¹ Schauer ist demgegenüber offenbar der Ansicht, dass sich die Definitionen sowohl der Fernabsatz-RL als auch des RL-Entwurfs gleichermaßen auf Kauf- und Dienstleistungsverträge beziehen und somit decken, Schauer in *Jud/Wendehorst*, 103.

einer allgemeineren übersichtlicheren Definition ist zu begrüßen, wenn auch im Einzelnen aufgrund des weiter gesteckten Anwendungsbereiches mehr Fälle erfasst sind, hinsichtlich derer die sachliche Rechtfertigung für den besonderen Schutz dieses Kapitels über Haustürgeschäfte in Frage gestellt werden kann.

Im Unterschied zur Definition der Haustürgeschäfte-RL wird nun nicht mehr auf einen Vertragsabschluss an einem bestimmt definierten Ort (in der Wohnung des Verbrauchers⁴⁹², am Arbeitsplatz des Verbrauchers⁴⁹³) abgestellt, sondern auf einen Vertrag, der – egal wo – außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmers zumindest ausverhandelt, wenn nicht sogar abgeschlossen wurde. In den ErWG werden die Vertragsabschlüsse in der Wohnung oder am Arbeitsplatz des Verbrauchers bloß beispielhaft angeführt⁴⁹⁴.

Die Tatbestandsvoraussetzung, dass der Unternehmer und der Verbraucher gleichzeitig körperlich anwesend sein müssen, ist als Abgrenzungskriterium zu Fernabsatzverträgen zu verstehen⁴⁹⁵, die unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien zustande kommen⁴⁹⁶.

Damit die Schutzvorschriften nicht dadurch umgangen werden können, dass ein Unternehmer einen Verbraucher außerhalb seiner Geschäftsräume anspricht, mit diesem dort einen Vertrag ausverhandelt oder den Verbraucher dort persönlich und individuell anspricht und ihn anschließend in seinen Geschäftsräumen abschließt, sollen vom Anwendungsbereich auch solche Verträge umfasst werden, die zustande kommen, nachdem der Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen persönlich und individuell angesprochen wurde⁴⁹⁷.

Nach der Legaldefinition von „Geschäftsräumen“ handelt es sich dabei um

- unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, oder
- bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt.⁴⁹⁸

⁴⁹² Art 1 Abs 1 2. Spiegelstrich i) Haustürgeschäfte-RL.

⁴⁹³ Art 1 Abs 1 2. Spiegelstrich ii) Haustürgeschäfte-RL.

⁴⁹⁴ ErWG 21 Verbraucher-RL.

⁴⁹⁵ Lukas, Außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 84.

⁴⁹⁶ Siehe 4. Kap III. 1.1. Begriff des Fernabsatzvertrages.

⁴⁹⁷ ErWG 21 Verbraucher-RL.

⁴⁹⁸ Art 2 Abs 9 Verbraucher-RL.

Den ErWG ist zu entnehmen, dass als Geschäftsräume alle Arten von Räumlichkeiten gelten sollen, wie etwa Geschäfte, Stände oder Lastwagen, an denen der Unternehmer sein Gewerbe ständig oder gewöhnlich ausübt⁴⁹⁹. Gleichzeitig sollen auch Markt- und Messestände als Geschäftsräume behandelt werden, wenn diese Bedingung der ständigen oder gewöhnlichen Ausübung erfüllt ist. Ebenso werden auch Verkaufsstätten, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit saisonal ausübt, wie etwa während der Fremdenverkehrssaison an einem Schi- oder Badeort, als Geschäftsräume qualifiziert, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit in diesen Geschäftsräumen für gewöhnlich ausübt. Hingegen sollen nach der in den ErWG zum Ausdruck kommenden Vorstellung des europäischen Gesetzgebers solche Orte nicht vom Begriff der Geschäftsräume umfasst sein, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, wie etwa Straßen, Einkaufszentren, Strände, Sportanlagen und öffentliche Verkehrsmittel, die der Unternehmer nur ausnahmsweise für seine Geschäftstätigkeit nutzt, einschließlich Privatwohnungen und Arbeitsplätze⁵⁰⁰.

Die in den ErWG aufgezählten Beispiele sind meines Erachtens im Hinblick auf Schlüssigkeit und Konsistenz bedenklich. Die getroffene Unterscheidung zwischen zeitweiliger bzw gewöhnlicher Nutzung von Markt- und Messeständen, die als Geschäftsräume zu behandeln sind und kurzfristiger Ausübung der Tätigkeit des Unternehmers in einem Einkaufszentrum, das nicht als Geschäftsraum des Unternehmers anzusehen ist, überzeugt mangels sachlicher Rechtfertigung nicht.

Vorsicht geboten ist jedenfalls vor der unreflektierten Übernahme des Begriffsverständnisses des „Geschäftsraumes“ des KSchG idGF bei der Auslegung des Begriffes des „Geschäftsraumes“. In diesem Zusammenhang zeigt sich – vor dem Hintergrund einer vollharmonisierenden RL unerlässlich – deutlich die Notwendigkeit der Untersuchung des gemeinschaftsrechtlichen Begriffsverständnisses⁵⁰¹. Die Auslegung des „Geschäftsraumes“ iSd KSchG idGF kann für die Auslegung des „Geschäftsraumes“ iSd Verbraucher-RL nicht ohne Weiteres herangezogen werden. Wiewohl der österreichische Gesetzgeber mit der Einführung von § 3 Abs 3 Z 3 KSchG den Kauf einer Zeitung vom Kolporteur, einer Erfrischung vom Eisverkäufer oder eine Taxifahrt vom Begriff eines „Geschäftsraumes“ als nicht umfasst verstand⁵⁰², sind meines Erachtens diese Beispiele plakativ für unbewegliche oder bewegliche Verkaufsstätten, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft oder für gewöhnlich ausübt und somit für Verträge, die per definitionem, da sie Verträge

⁴⁹⁹ ErWG 22 Verbraucher-RL.

⁵⁰⁰ ErWG 22 Verbraucher-RL.

⁵⁰¹ Kritisch zu sehen ist daher die Auslegung des Begriffes „Geschäftsraum“ unter Rückgriff auf das österreichische Begriffsverständnis durch Lukas in *Jud/Wendehorst*, 86.

⁵⁰² Vgl RV 744 Blg Nr 14 GP 19.

innerhalb „von Geschäftsräumen“ darstellen, vom Anwendungsbereich des III. Kapitels der Verbraucher-RL ausgenommen sind.

Die Kritik von *Lukas*, dass grs dann, wenn ein Verbraucher einen Elektriker oder einen Installateur in seine Wohnung bestellt, dieser Vertrag ebenso dem Schutzregime von Haustürgeschäften unterliegen würde⁵⁰³, überzeugt nicht, zumal der Verbraucher den Elektriker oder Installateur in den meisten Fällen über ein Fernkommunikationsmittel kontaktiert und somit der Vertrag als Fernabsatzvertrag zu qualifizieren ist, oder der Verbraucher mit dem Elektriker oder Installateur in dessen Geschäftsräumen den Kontakt aufnimmt und den Vertrag dort schließt, womit weder ein Fernabsatzvertrag noch ein Haustürgeschäft zustande kommt. Es ist praxisfern, dass ein Elektriker oder Installateur von Wohnung zu Wohnung zieht und ein Verbraucher ohne vorherige Kontaktaufnahme mit dem zufällig vorbeikommenden Handwerker einen Vertrag ohne Verwendung von Fernkommunikationsmitteln außerhalb dessen Geschäftsräumlichkeiten ausverhandelt und abschließt.

In den ErwG wird überdies klargestellt, dass vom Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte jene Situationen nicht erfasst sein sollen, in denen der Unternehmer zunächst zur Aufnahme lediglich von Maßen oder zur Vornahme einer Schätzung in die Wohnung des Verbrauchers kommt und der Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder mittels Fernkommunikationsmittel abgeschlossen wird, da der Vertrag nicht unmittelbar nachdem der Unternehmer den Verbraucher angesprochen hat, geschlossen wird, sondern erst nach einer Bedenkzeit des Verbrauchers vor Vertragsabschluss über die Schätzung des Unternehmers⁵⁰⁴.

Hintergrund und Rechtfertigung der besonderen Schutzbestimmungen für Haustürgeschäfte ist erklärtermaßen der situativ bedingte psychische Druck, dem Verbraucher in diesen Fällen ausgesetzt sind sowie auch, dass Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen einem Überraschungsmoment ausgesetzt sind. Da nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers dieser psychische Druck derselbe ist, unabhängig davon, ob der Verbraucher den Besuch des Unternehmers herbeigeführt hat oder nicht, soll der Verbraucher auch den gleichen Schutz genießen⁵⁰⁵. Diese Begründung überzeugt mE nicht.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum auf das Kriterium der Vertragsanbahnung durch den Unternehmer, das von der Haustürgeschäfte-RL gefordert wird, verzichtet wurde, da typischerweise ein Überraschungsmoment des

⁵⁰³ *Lukas* in *Jud/Wendehorst*, 84 f.

⁵⁰⁴ ErwG 21 Verbraucher-RL.

⁵⁰⁵ ErwG 21 Verbraucher-RL.

Verbrauchers im Fall des Vertragsabschlusses aufgrund seiner Initiative zur Kontaktaufnahme jedenfalls nicht gegeben ist und auch der in diesem Zusammenhang strapazierte „psychologische Druck“ strukturell mE der gleiche sein sollte, wie bei einem sonstigen Vertragsabschluss in Geschäftsräumen des Unternehmers – hier wie dort setzt sich der Verbraucher bewusst und gewollt einer Vertragsverhandlungssituation aus und kann sich darauf einstellen. Insofern ist die in der Verbraucher-RL getroffene Regelung für einen durch den Verbraucher angebahnten Vertragsabschluss außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers mangels nachvollziehbarer sachlicher Rechtfertigung zu hinterfragen⁵⁰⁶. Die Regelung des § 3 Abs 3 Z 1 KSchG, wonach dem Verbraucher das Rücktrittsrecht dann nicht zusteht, wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten zwecks Schließung dieses Vertrages angebahnt hat, wird bei Umsetzung der Verbraucher-RL daher zu streichen sein.

Verträge, abgeschlossen im Zuge von Werbefahrten, gelten nach Art 2 Abs 8 lit d leg cit Verbraucher-RL jedenfalls als Haustürgeschäfte, wenn im Rahmen eines vom Unternehmer organisierten Ausfluges die erworbenen Erzeugnisse beworben und zum Verkauf angeboten wurden⁵⁰⁷. Die Unterstellung von Werbefahrten unter das Regime der Haustürgeschäfte will dem Umstand Rechnung tragen, dass Verbraucher bei Werbe- und Ausflugsfahrten unter einem besonderen Abschlussdruck stehen, da sie sich aufgrund des günstigen Preises der Reise zum Kauf verpflichtet fühlen⁵⁰⁸.

a. Ausnahmeoption für „geringfügige“ Haustürgeschäfte

Art 3 Abs 4 Verbraucher-RL eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Haustürgeschäfte, bei denen die vom Verbraucher zu zahlende Gegenleistung Euro 50,-- nicht übersteigt, eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Verbraucher-RL bzw von deren umsetzenden nationalen Bestimmungen vorzusehen sowie keine entsprechenden nationalen Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder einzuführen. Es steht den Mitgliedstaaten zur Anpassung an die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse⁵⁰⁹ auch frei, in ihren nationalen Rechtsvorschriften einen niedrigeren Schwellenwert festzusetzen.

Während im RL-Entwurf im Unterschied zur Haustürgeschäfte-RL⁵¹⁰ noch die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten abgeschafft wurde, solche Haustürgeschäfte

⁵⁰⁶ Ebenso bezweifelt die Gefahr der Überrumpelung in solchen Fällen Artz, Horizontalrichtlinie 214.

⁵⁰⁷ ErWG 21 Verbraucher-RL.

⁵⁰⁸ Borth-Böhler, VO Verbraucherrecht, WS 2012/13.

⁵⁰⁹ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1054.

⁵¹⁰ Vgl Art 3 Abs 1 Haustürgeschäfte-RL.

vom Anwendungsbereich des RL-Entwurfs auszunehmen, bei denen der vom Verbraucher zu zahlende Gegenwert nicht über eine bestimmte Höhe hinausgeht, wurde davon in der endgültigen Fassung der Verbraucher-RL wieder Abstand genommen und dem Grunde nach die Regelung der Haustürgeschäfte-RL beibehalten.

Den Mitgliedstaaten wird es somit durch Art 3 Abs 4 Verbraucher-RL wie in der Haustürgeschäfte-RL freigestellt, Verbrauchern für Bagatellgeschäften den speziellen Verbraucherschutz zu versagen⁵¹¹. Die Regelung des § 3 Abs 3 Z 3 KSchG, wonach das Rücktrittsrecht dem Verbraucher bei Verträgen nicht zusteht, bei denen die beiderseitigen Leistungen sofort zu erbringen sind, wenn sie üblicherweise von Unternehmern außerhalb ihrer Geschäftsräume geschlossen werden und das vereinbarte Entgelt 15 Euro, oder wenn das Unternehmen nach seiner Natur nicht in ständigen Geschäftsräumen betrieben wird und das Entgelt 45 Euro nicht übersteigt, kann mE somit beibehalten werden, da es kraft eines Größenschlusses auch zulässig sein muss, geringfügige Haustürgeschäfte nicht vom gesamten Anwendungsbereich, sondern lediglich hinsichtlich einzelner Teilaspekte, wie etwa von den Bestimmungen über das Widerrufsrecht oder über die Informationspflichten, auszunehmen.

Die Streichung dieser Möglichkeit im RL-Entwurf erntete zahlreiche Kritik, da befürchtet wurde, dass eine Taxifahrt oder der Kauf eines Eisbechers hinkünftig den besonderen Bestimmungen über Haustürgeschäfte unterliegen würden⁵¹².

Diesen Befürchtungen konnte mE allerdings die Definition von „Geschäftsräumen“ entgegen gehalten werden, wonach sowohl ein Eisstand als auch ein Taxi zweifelsfrei unter „bewegliche Verkaufsstätten einschließlich saisonal betriebener Verkaufsstätten, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit regelmäßig oder vorübergehend ausübt“ subsumiert werden konnten und daher unter den Begriff der „Geschäftsräume“ iSd Legaldefinitionen des Art 2 Abs 9 lit a RL-Entwurf fielen. Bei richtiger Auslegung des Begriffes „Geschäftsraum“ unterlagen daher weder Taxiunternehmer noch Eisstände dem Verbraucherschutzregime des III. Kapitels für Haustürgeschäfte des RL-Entwurfs.

Meines Erachtens war der Ausschluss solcher „Bagatellgeschäfte“ über die Vornahme einer weiten Definition von Geschäftsräumen deutlich eleganter als

⁵¹¹ Lukas in *Jud/Wendehorst*, 70, der dies als Bsp sehen will, wie lebensfremd der RL-Entwurf ausgearbeitet sei.

⁵¹² Lukas in *Jud/Wendehorst*, 86.

eine willkürlich festgelegte Wertgrenze, welche je nach Gebrauch der Mitgliedstaaten von dieser Ausnahmeeoption wieder differieren wird.

Zweck dieser Option ist es, Verwaltungsaufwand für Unternehmer zu vermeiden. Der Schwellenbetrag wurde so gewählt, dass nach den ErwG nur Geschäfte von geringer Bedeutung ausgeschlossen werden. Werden gleichzeitig mehrere Verbraucherverträge, die in Bezug auf ihren Gegenstand zusammenhängen, geschlossen, so sind deren Gesamtkosten für den Schwellenwert maßgebend⁵¹³.

Von der Option zur Ausnahme geringfügiger Haustürgeschäfte vom Anwendungsbereich der Verbraucher-RL unabhängig besteht daneben eine Option der Mitgliedstaaten zur Einführung eines weniger strengen Informationsregimes bei Handwerkerarbeiten, für die das vom Verbraucher zu bezahlende Entgelt höchstens Euro 200,-- beträgt⁵¹⁴.

b. Geschäftsanbahnung durch den Verbraucher

Während § 3 Abs 3 Z 1 KSchG für Haustürgeschäfte vorsieht, dass dem Verbraucher kein Rücktrittsrecht zusteht, wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten zwecks Vertragsschließung angebahnt hat, kennt die Verbraucher-RL eine solche Differenzierung nicht, weshalb die Ausnahmeregelung des § 3 Abs 3 Z 1 KSchG im Zuge der Umsetzung der gegenständlichen RL ersatzlos zu streichen sein wird⁵¹⁵. In ErwG 21 wird hierzu festgehalten, dass es keine Rolle spielt, ob der Verbraucher den Besuch des Unternehmers herbeigeführt hat oder nicht – der Verbraucher stehe in beiden Fällen außerhalb von Geschäftsräumen möglicherweise psychisch unter Druck oder sei einem Überraschungsmoment ausgesetzt.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass ein Verbraucher immerhin solche Haustürgeschäfte oder Fernabsatzverträge nicht widerrufen kann, bei denen er den Unternehmer ausdrücklich zu einem Besuch aufgefordert hat, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen⁵¹⁶.

⁵¹³ ErwG 28 Verbraucher-RL.

⁵¹⁴ Vgl 4. Kap III.3.1.c. „Optionales, weniger strenges Informationsregime für Handwerkerarbeiten“.

⁵¹⁵ *Zöchling-Jud*, Verbraucherrechte-RL: Die wesentlichsten Umsetzungserfordernisse im Überblick, *ecolex* 2012, 196.

⁵¹⁶ Siehe Art 16 lit h Verbraucher-RL sowie das 4. Kap III.4.8.h.

2. Vorvertragliche Informationspflichten

Die in Art 6 Verbraucher-RL für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte vorgesehenen Informationspflichten übersteigen bei weitem jene, welche derzeit nach § 3 KSchG für Haustürgeschäfte und nach den §§ 5c und 5d KSchG für Fernabsatzverträge vom Unternehmer zwingend zu erteilen sind, weshalb der Katalog der Informationspflichten va für Haustürgeschäfte, für welche derzeit im Wesentlichen bloß die Information über das Bestehen des Rücktrittsrechtes erforderlich ist, daher mit der Umsetzung der gegenständlichen RL deutlich zu erweitern sein wird⁵¹⁷.

Während im RL-Entwurf für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte neben der Geltung der allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 RL-Entwurf zusätzlich spezielle Informationspflichten jeweils gesondert für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte in Art 9 bis 11 RL-Entwurf vorgesehen waren, wurde mit der vorliegenden Verbraucher-RL der deutlich übersichtlichere Weg einer eigenen einheitlichen Auflistung der vorvertraglichen Informationspflichten für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte in Art 6 Verbraucher-RL gewählt.

Die folgenden im Vergleich zu Art 5 Verbraucher-RL für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte erweiterten Informationspflichten haben den Hintergrund, dass sich bei Abschluss dieser Verträge einige dieser Informationen uU nicht aus dem Kontext ergeben, wie dies bei Vertragsabschlüssen in Geschäftsräumen der Fall wäre⁵¹⁸ und andernfalls ein dementsprechendes Informationsdefizit bei Verbrauchern bestehen würde.

Im Unterschied zur Regelung über die allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Verbraucher-RL sind die Informationspflichten nach Art 6 für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte vollharmonisiert⁵¹⁹, da keine Art 5 Abs 4 leg cit vergleichbare Regelung vorgesehen ist, dass die Mitgliedstaaten ergänzend Informationspflichten zu dem in Art 6 leg cit enthaltenen Katalog einführen oder aufrechterhalten dürfen.

Es handelt sich dabei um vorvertragliche Informationspflichten, dh der Unternehmer ist zur Informationserteilung vor vertraglicher Bindung oder Abgabe eines Angebotes durch den Verbraucher verpflichtet.

Da sich die Informationspflichten für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte

⁵¹⁷ Zöchling-Jud, ecolex 2012, 196.

⁵¹⁸ ErwG 17 RL-Entwurf.

⁵¹⁹ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1056.

teilweise mit jenen für sämtliche andere Verbraucherverträge decken, wird in diesen Fällen auf Kapitel 4.II.4. dieser Arbeit über die allgemeinen Informationspflichten verwiesen.

2.1. Zu den einzelnen Informationspflichten

In 20 Absätzen wird in Art 6 Verbraucher-RL aufgelistet, welche Informationen der Unternehmer dem Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes erteilen muss. Dieser vorvertragliche Katalog an Informationen wird Vertragsinhalt des nachfolgend abgeschlossenen Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäfts⁵²⁰.

a. Wesentliche Produktmerkmale

Der Unternehmer hat nach Art 6 Abs 1 lit a Verbraucher-RL den Verbraucher in dem für das Kommunikationsmittel und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen zu informieren. Zur näheren Auslegung dieser Informationsverpflichtung wird auf das Kapitel 4.II.4.1. verwiesen.

Zum Umfang dieser Informationspflicht ist im Speziellen zu Fernabsatzverträgen darüber hinaus festzuhalten, dass die Informationspflichten so angepasst werden sollten, dass den technischen Beschränkungen, denen bestimmte Medien unterworfen sind, Rechnung getragen werden kann, so etwa der beschränkten Anzahl der Zeichen auf bestimmten Displays von Mobiltelefonen oder angepasst an den Zeitrahmen für Werbespots im Fernsehen⁵²¹. Nach den in den ErwG zum Ausdruck kommenden Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers sollte sich der Unternehmer in diesen Fällen an Mindestanforderungen hinsichtlich der Information halten und den Verbraucher an eine andere Informationsquelle verweisen, wobei beispielhaft die Angabe einer gebührenfreien Telefonnummer oder eines Hypertext-Links zu einer Website des Unternehmers, auf der die einschlägigen Informationen unmittelbar abrufbar und leicht zugänglich sind, angeführt wird⁵²².

b. Identität des Unternehmers

Art 6 Abs 1 lit b Verbraucher-RL fordert Informationen über die Identität des

⁵²⁰ Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL; Hall/Howells/Watson, The Consumer Rights Directive, ERCL 2/2012, 146; vgl auch 4. Kap III.2.3. „Informationen als Vertragsbestandteil“.

⁵²¹ ErwG 36 Verbraucher-RL.

⁵²² ErwG 36 Verbraucher-RL.

unternehmerischen Vertragspartners, wie bspw die Bekanntgabe des Handelsnamens.

Mit der Einschränkung, dass es nach Art 6 Abs 1 lit b leg cit nicht ausreichen würde, wenn sich die Identität bereits unmittelbar aus den Umständen ergibt, sondern die Informationspflicht über die Identität uneingeschränkt besteht, kann auf die Ausführungen zu Kapitel 4.II.4.2. verwiesen werden.

Dieser Informationspflicht wird durch § 5c Abs 1 Z 1 KSchG, wonach der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung über den Namen und die ladungsfähige Adresse des Unternehmers informiert werden muss, mE ausreichend Rechnung getragen, weshalb für das österreichische Verbrauchervertragsrecht keine Änderung diesbezüglich erforderlich sein wird

c. Kontaktdaten des Unternehmers

Darüber hinaus hat der Unternehmer nach Art 6 Abs 1 lit c den Verbraucher über die Anschrift seiner Niederlassung, sowie gegebenenfalls über seine Telefonnummer, Faxnummer und E-Mailadresse zu informieren. Der Verbraucher soll damit in die Lage versetzt werden, schnell Kontakt zum Unternehmer aufnehmen und mit ihm effizient kommunizieren zu können. Gegebenenfalls sind auch die Anschrift und die Identität des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt, bekannt zu geben.

Diesbezüglich besteht hinsichtlich der im KSchG getroffenen Regelung insofern Adaptierungsbedarf, als der Unternehmer bei Vorhandensein einer Telefon-, Faxnummer oder E-Mailadresse zusätzlich auch darüber den Verbraucher in Kenntnis zu setzen hat.

d. Geschäftsanschrift des Unternehmers

Sollte die Geschäftsanschrift von der zu Art 6 Abs 1 lit c Verbraucher-RL erteilten Niederlassungsadresse des Unternehmers abweichen, so ist nach Art 6 Abs 1 lit d leg cit auch die Geschäftsanschrift, an welche sich der Verbraucher mit einer Beschwerde wenden kann, anzuführen und gegebenenfalls die Geschäftsanschrift des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt.

e. Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen

Die nach Art 6 Abs 1 lit d leg cit bestehende Verpflichtung zur Information über den Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen einschließlich aller Steuern

und Abgaben entspricht im Wesentlichen der Informationspflicht bei sonstigen Verbraucherverträgen nach Art 5 Abs 1 lit c leg cit, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen in Kapitel 4.II.4.3. verwiesen wird.

Darüber hinausgehend ist für den Fall eines unbefristeten Vertrages oder eines Abonnement-Vertrages vorgeschrieben, dass der Gesamtpreis die pro Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten zu umfassen hat. Werden für einen solchen Vertrag Festbeträge in Rechnung gestellt, so umfasst der Gesamtpreis ebenfalls die monatlichen Gesamtkosten – können die Gesamtkosten allerdings vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden, ist die Art der Preisberechnung anzugeben.

f. Kosten für Fernkommunikationstechnik

Werden die Kosten für den Einsatz der für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationstechnik nicht nach dem Grundtarif berechnet, hat der Unternehmer den Verbraucher hierüber gemäß Art 6 Abs 1 lit f leg cit vor Vertragsabschluss zu informieren. Diese Verpflichtung entspricht jener nach § 5c Abs 1 Z 7 KSchG.

Als Grundtarif sind die für das jeweilige Kommunikationsmedium üblichen zu entrichtenden Gebühren zu verstehen, wie etwa Ortstarife oder Tarife für Ferngespräche für die Benutzung des Telefons⁵²³.

g. Zahlungs-, Lieferungs- und Leistungsbedingungen

In Abweichung zu der allgemeinen Informationspflicht nach Art 5 lit d RL-Entwurf, wonach der Unternehmer bloß gegebenenfalls über Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, sowie über den Liefertermin und das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden zu informieren verpflichtet ist, ist er aufgrund der Verbraucher-RL bei Abschluss eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes in jedem Fall zur diesbezüglichen Informationserteilung angehalten, da sich diese bei solchen Verträgen „möglicherweise nicht aus dem Kontext ergeben“⁵²⁴. Inhaltlich kann aber auf die Erläuterungen in Kapitel 4.II.4.4. verwiesen werden.

h. Bestehen eines Widerrufsrechtes

Bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften muss der Unternehmer den

⁵²³ Franck, Europäisches Absatzrecht (2006) 23.

⁵²⁴ ErwG 17 RL-Entwurf.

Verbraucher im Fall des Bestehens eines Widerrufsrechtes, wie bisher⁵²⁵, über Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung dieses Rechtes gem Art 11 Abs 1 Verbraucher-RL informieren. Er kann sich hierzu, wie nachstehend im Kapitel 4.III.3.4. näher ausgeführt, des Muster-Widerrufsformulars bedienen.

Der Unternehmer kann die Informationen mittels eines eigens im Anhang der Verbraucher-RL vorformulierten Muster-Widerrufsbelehrungsformulars, welches ebenfalls dem Anhang dieser Dissertation entnommen werden kann, erteilen. Seine Informationspflicht gilt als erfüllt, wenn er das Muster-Widerrufsbelehrungsformular korrekt ausgefüllt dem Verbraucher übermittelt hat⁵²⁶. Das Muster-Widerrufsbelehrungsformular soll den Unternehmern die geforderte Informationserteilung erleichtern⁵²⁷.

Aufgrund der an die Nichtaufklärung über das Bestehen eines Widerrufsrechtes geknüpften Rechtsfolge, dass sich die Widerrufsfrist grundsätzlich um 12 Monate verlängert⁵²⁸, sind Unternehmer dazu angehalten, dieser Informationsverpflichtung auch ausreichend nachzukommen – auf der sicheren Seite sind sie, wenn sie das Muster-Belehrungsformular benutzen.

i. Rücksendekosten im Widerrufsfall

Wenn sich der Unternehmer nicht bereit erklärt, die Kosten der Rücksendung der Waren im Fall des Widerrufs durch den Verbraucher zu übernehmen, hat der Verbraucher die unmittelbaren Kosten der Rücksendung zu tragen.

Gegebenenfalls hat dementsprechend der Unternehmer den Verbraucher darüber zu informieren, dass der Verbraucher im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat, sowie bei Fernabsatzverträgen die Rücksendekosten, wenn die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht auf dem normalen Postweg zurückgesendet werden können⁵²⁹.

Die Informationspflicht des Unternehmers über die Rücksendekosten der Waren bei Fernabsatzverträgen, wenn die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit auf dem normalen Postweg nicht zurückgesendet werden können, gilt als erfüllt, wenn der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher etwa einen Beförderer und einen Preis für die Rücksendung der Waren angibt⁵³⁰. Können diese Kosten

⁵²⁵ Art 4 Haustürgeschäfte-RL, umgesetzt durch § 3 Abs 1 KSchG und Art 4 Abs 1 Fernabsatz-RL, umgesetzt durch § 5c Abs 1 Z 6 KSchG.

⁵²⁶ Art 6 Abs 4 Verbraucher-RL.

⁵²⁷ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1056.

⁵²⁸ Näher dazu 4. Kap III.2.4.c. „Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht“.

⁵²⁹ Art 6 Abs 1 lit i Verbraucher-RL.

⁵³⁰ ErwG 36 Verbraucher-RL.

vom Unternehmer vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden, etwa weil der Unternehmer die Beförderung nicht selbst vornimmt oder nicht anbietet, die Rücksendung der Waren selbst zu organisieren, sollte er den Verbraucher darüber in Kenntnis setzen, dass Kosten anfallen werden und wie hoch diese sein können. Er hat dem Verbraucher eine vernünftige Schätzung der Maximalkosten bekannt zu geben, welche er bspw anhand der Lieferkosten an den Verbraucher veranschlagen könnte⁵³¹.

Unterlässt der Unternehmer diese Aufklärung über die Tragung der Rücksendekosten durch den Verbraucher, hat er selbst die Kosten nach Art 14 Abs 1 leg cit zu übernehmen.

Zur Information über die Rücksendekosten kann sich der Unternehmer ebenfalls des Muster-Widerrufbelehrungsformulars bedienen. Sofern es korrekt ausgefüllt und an den Verbraucher übermittelt wurde, gilt auch diese Informationspflicht des Unternehmers nach Art 6 Abs 4 leg cit als erfüllt.

j. Zahlung eines angemessenen Betrages

Hat ein Verbraucher mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom abgeschlossen, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, oder von Fernwärme abgeschlossen und nach Erklärung, dass die Lieferung während der Widerrufsfrist beginnen soll, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht, so hat der Verbraucher grs nach Art 14 Abs 3 leg cit für die bis zur Widerrufserklärung erbrachten Leistungen aliquot ein Entgelt zu leisten.

Nach Art 6 Abs 1 lit j leg cit hat der Unternehmer den Verbraucher auf diese Verpflichtung zur Zahlung des angemessenen Betrages im Fall des Widerrufs eines solchen Vertrags hinzuweisen. Diese Verpflichtung kann er ebenfalls mit der Verwendung des Muster-Widerrufbelehrungsformulars erfüllen. Unterlässt er die Erteilung der Information über die Zahlung eines angemessenen Betrages, hat der Verbraucher hierfür nicht aufzukommen⁵³². Diese Rechtsfolge bei Obliegenheitsverletzung knüpft sich ausdrücklich an das Unterlassen des Unternehmers, die Information zu erteilen – auf ein Nichtwissen des Verbrauchers kommt es demgegenüber dem Wortlaut nach nicht an⁵³³.

⁵³¹ ErwG 36 Verbraucher-RL.

⁵³² Art 14 Abs 4 lit a i) iVm Art 6 Abs 1 lit j Verbraucher-RL.

⁵³³ So aber *Neuner*, Informationspflichten 142.

k. Nichtbestehen eines Widerrufsrechtes

Im Unterschied zum RL-Entwurf wurde die Verpflichtung zur Information auch über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechtes eingeführt. Gemäß Art 6 Abs 1 lit k Verbraucher-RL hat der Unternehmer dem Verbraucher in jenen Fällen, in welchen nach Art 16 leg cit kein Widerrufsrecht besteht, den Hinweis darauf zu erteilen, dass der Verbraucher nicht über ein Widerrufsrecht verfügt und gegebenenfalls über die Umstände, unter welchen er sein Widerrufsrecht verliert.

Da das Bestehen bzw Nichtbestehen eines Widerrufsrechtes uU die Kaufentscheidung eines Verbrauchers mit beeinflussen kann, ist diese Neuerung zur Information über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechtes im Sinne des Verbraucherschutzes zu begrüßen.

l. Gewährleistungsrecht

Verpflichtend hat der Unternehmer den Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes analog zu den allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Abs 1 lit e leg cit über das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechtes nach Art 6 Abs 1 lit l leg cit zu informieren⁵³⁴.

m. Kundendienstleistungen und Garantie

Gegebenenfalls hat der Unternehmer gemäß Art 6 Abs 1 lit m leg cit weiters auch auf das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienst, Kundendienstleistungen und gewerblichen Garantien hinzuweisen. Diese Formulierung entspricht ebenfalls jener im Katalog der allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Abs 1 lit e Satz 2 leg cit⁵³⁵.

n. Verhaltenskodex

Weiters besteht nach Art 6 Abs 1 lit n leg cit die Verpflichtung des Unternehmers, auf bestehende einschlägige Verhaltenskodizes gemäß Art 2 lit f UGP-RL⁵³⁶ hinzuweisen, sowie darauf, wie Exemplare davon erhalten werden können.

⁵³⁴ Vgl 4. Kap II.4.5.

⁵³⁵ Vgl 4. Kap II.4.5.

⁵³⁶ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ABI L 149/22 vom 11.6.2005.

Ein Verhaltenskodex ist nach der Legaldefinition des Art 2 lit f UGP-RL eine Vereinbarung oder ein Vorschriftenkatalog, die bzw der nicht durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates vorgeschrieben ist und das Verhalten der Unternehmer definiert, die sich in Bezug auf eine oder mehrere spezielle Geschäftspraktiken oder Wirtschaftszweige zur Einhaltung dieses Kodex selbst verpflichten.

Da ein Verhaltenskodex die Selbstverpflichtung oder Selbstunterwerfung unter bestimmte Verhaltensmuster bedeutet, ist es mE sinnfrei, den Unternehmer zur Information über einen solchen freiwilligen Verhaltenskodex und darüber, wo dieser zu finden ist, zu verpflichten⁵³⁷. Durch das Wort „gegebenenfalls“ ist auch unklar, in welcher Ausgestaltung über einen Verhaltenskodex informiert werden muss⁵³⁸.

o. Laufzeit oder Kündigungsbedingungen

Die Verpflichtung nach Art 6 Abs 1 lit o Verbraucher-RL, wonach der Unternehmer dem Verbraucher gegebenenfalls Informationen über Vertragslaufzeit oder die Kündigungsbedingungen unbefristeter oder sich automatisch verlängernder Verträge zu erteilen hat, entspricht jener der allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Abs 1 lit f leg cit⁵³⁹.

p. Mindestdauer der Verpflichtungen

Gegebenenfalls ist der Unternehmer nach Art 6 Abs 1 lit p leg cit auch verpflichtet, über die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht, zu informieren.

q. Kautio oder finanzielle Sicherheit

Weiters hat der Unternehmer gegebenenfalls nach Art 6 Abs 1 lit q leg cit auf die Tatsache, dass der Unternehmer vom Verbraucher die Stellung einer Kautio oder die Leistung anderer finanzieller Sicherheiten verlangen kann, sowie deren Bedingungen, hinzuweisen.

Der Verbraucher ist daher im Voraus über etwaige Geschäftsmodalitäten wie etwa die Leistung einer Kautio zu informieren, wozu auch Modalitäten

⁵³⁷ Ebenso Bundesverband der Deutschen Industrie, Positionspapier zum EU-Richtlinienvorschlag über Rechte der Verbraucher, vom 23.01.2009

⁵³⁸ Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, vom 9.12.2008, RL-Vorschlag über Rechte der Verbraucher, abrufbar unter http://www.oerak.at/downloads/21_08_192_kom_2008_614.pdf vom 15.04.2010.

⁵³⁹ Vgl 4. Kap II.4.6.

gehören, bei denen ein Betrag auf der Kredit- oder Debitkarte des Verbrauchers gesperrt wird⁵⁴⁰.

Diese Verpflichtung erscheint entbehrlich. Es liegt ohnehin im Interesse des Unternehmers, mit dem Verbraucher die Stellung einer Kautions- oder Leistung einer anderen finanziellen Sicherheit zu vereinbaren. Findet eine solche Regelung keinen Eingang in den mit dem Verbraucher abgeschlossenen Vertrag, so ist der Unternehmer mangels gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage schlicht nicht berechtigt, eine Kautions- oder finanzielle Sicherheit vom Verbraucher zu verlangen.

r. Funktionsweise digitaler Inhalte

Gegebenenfalls hat der Unternehmer den Verbraucher nach Art 6 Abs 1 lit r leg cit wie nach Art 5 Abs 1 lit g leg cit auch über die Funktionsweise digitaler Inhalte einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte zu informieren⁵⁴¹.

s. Interoperabilität digitaler Inhalte

Wie auch im Rahmen der allgemeinen Informationspflichten nach Art 5 Abs 1 lit h leg cit muss der Unternehmer den Verbraucher gegebenenfalls - soweit wesentlich - vor Vertragsabschluss über die Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software informieren, soweit diese dem Unternehmer bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein dürfte⁵⁴².

t. Außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren

Eine weitere der Fernabsatz-RL bislang unbekannte Pflicht ist jene nach Art 6 Abs 1 lit t Verbraucher-RL, gegebenenfalls über das Bestehen der Möglichkeit des Zugangs zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren, dem der Unternehmer unterworfen ist, und über die Voraussetzungen für diesen Zugang zu informieren.

Aus der Formulierung „dem der Unternehmer unterworfen ist“ geht mE hervor, dass es sich dabei nicht um ein internes vom Unternehmer freiwillig angebotenes Beschwerdemanagementverfahren handelt⁵⁴³.

⁵⁴⁰ ErWG 33 Verbraucher-RL.

⁵⁴¹ Vgl 4. Kap II.4.7.

⁵⁴² Art 6 Abs 1 lit s Verbraucher-RL; vgl 4. Kap II.4.8.

⁵⁴³ Anders offenbar *Neuner*, Informationspflichten 90, mit Verweis auf 51, in der Annahme, ein „außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren, dem der Unternehmer unterworfen

Unter außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren werden wohl jegliche Formen von Schlichtungsstellen zu verstehen sein, eine nähere Definition liefert die Verbraucher-RL allerdings nicht. Aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs zur Entstehung der RL über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten⁵⁴⁴, die eine flächendeckende Infrastruktur an außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen für verbraucherrechtliche Streitigkeiten zum Ziel hat⁵⁴⁵, ist mE dieser Terminus auch im Kontext dieser RL als - außerhalb des Unternehmens eingerichtete - Streitbeilegungsstelle zu verstehen.

2.2. Verhältnis zu Informationspflichten anderer Rechtsakte

In Bezug auf die Dienstleistungs-RL⁵⁴⁶ und die E-Commerce-RL⁵⁴⁷ legt Art 6 Abs 8 Verbraucher-RL ausdrücklich fest, dass die in diesen RL festgelegten Informationspflichten zusätzlich neben jenen der gegenständlichen RL gelten und dass überdies die Mitgliedstaaten weitere Informationspflichten im Einklang mit diesen RL vorsehen dürfen⁵⁴⁸.

Sollten Regelungen der Dienstleistungs-RL oder der E-Commerce-RL mit Bestimmungen der Verbraucher-RL betreffend den Inhalt der Information und die Art und Weise, wie die Information bereitzustellen ist, kollidieren, so sind die entsprechenden Regelungen der Verbraucher-RL vorrangig anzuwenden⁵⁴⁹.

Mangels einer eigener Regelung für den Fall, dass eine Bestimmung der Verbraucher-RL betreffend Informationspflichten mit einer anderen Bestimmung eines sonstigen Rechtsaktes kollidiert, hat, wie unter Punkt 4.II.6. näher ausgeführt, die speziellere Norm Vorrang gegenüber der allgemeinen. An diesem Grundsatz ändert mE auch der Vollharmonisierungsansatz nichts, sieht doch Art 3 Abs 2 Verbraucher-RL ausdrücklich vor, dass wenn eine Bestimmung dieser RL mit einer Bestimmung eines anderen Unionsrechtsakts, der spezifische Sektoren regelt, kollidiert, die Bestimmung dieses anderen

ist“ (Art 6 Abs 1 lit t) sei gleichzusetzen mit einem „Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden“ (Art 5 Abs 1 lit d).

⁵⁴⁴ RL 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABI L Nr 165/63 vom 18.6.2013.

⁵⁴⁵ Becklein, Verbesserter Zugang zum Recht für Verbraucher? GPR 2012, 233.

⁵⁴⁶ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI Nr L 376 vom 27.12.2006.

⁵⁴⁷ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI Nr L 178/1 vom 17.7.2000.

⁵⁴⁸ Art 6 Abs 8 Verbraucher-RL.

⁵⁴⁹ Art 6 Abs 8 Unterabs 2 Verbraucher-RL.

Unionsrechtsakts Vorrang hat und auf diese spezifischen Sektoren Anwendung findet⁵⁵⁰.

2.3. Informationen als Vertragsbestandteil

In Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL heißt es schlicht, dass die vorvertraglichen Informationen nach Abs 1 leg cit fester Bestandteil des Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes sind und nicht geändert werden dürfen, es sei denn, die Vertragsparteien vereinbaren ausdrücklich etwas anderes.

So klar diese Bestimmung auf den ersten Blick scheint, so bereitet sie dennoch, wie nachfolgend aufgezeigt wird, im Detail Schwierigkeiten bei der Auslegung.

a. Nichtigkeit eines Vertrages bei Verletzung der Informationspflichten?

Zunächst einmal könnte sie so ausgelegt werden, dass sämtliche Informationen des Art 6 Abs 1 leg cit aufgrund Abs 5 essentialia negotii darstellen und dass folglich bei Fehlen auch nur einer der aufgelisteten Informationen vom Nichtbestehen eines Vertrages auszugehen wäre⁵⁵¹. Angesichts des Art 24 Abs 1 Verbraucher-RL, wonach die Mitgliedstaaten für Verstöße wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen festzusetzen haben, kann man mE annehmen, dass der europäische Gesetzgeber keinerlei Rechtsfolge bei Verletzung einer aufgrund der RL erlassenen innerstaatlichen Vorschrift vorgeben wollte. Vor diesem Hintergrund sind die nach Art 6 Abs 1 leg cit zu erteilenden Informationen – unter Außerachtlassung der österreichischen zivilrechtlichen Regelungen – keine essentialia negotii, deren Fehlen das Nichtzustandekommen eines Vertrages zur Folge hat, wiewohl diese aufgrund ausdrücklicher Regelung „fester Bestandteil“ des Vertrages sind.

Dieses Ergebnis wird weiters durch das Ergebnis einer teleologisch-systematischen Interpretation von Art 10 Verbraucher-RL, welcher für den Fall der Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht die Verlängerung der Widerrufsfrist um 12 Monate vorsieht, gestützt. Diese Regelung des Art 10 macht konsequenter Weise nur dann Sinn, wenn der Fernabsatzvertrag oder das Haustürgeschäft wirksam zustande gekommen sind. Erst dann, wenn man zunächst vom wirksamen Zustandekommen eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes ausgeht, kann denklologisch ein Recht zum Widerruf des bestehenden Vertrages vorgesehen sein.

⁵⁵⁰ AA offenbar Schwarzenegger in Bydlinski/Lurger, 47, der davon ausgeht, dass kollidierende Vorschriften anderer RL nicht zu beachten sind.

⁵⁵¹ Nordhausen Scholes in Howells/Schulze, 223.

Argumentum a maiori ad minus müsste dann auch bei Verletzung von weiteren, neben der Information über das Bestehen eines Widerrufsrechtes, nach Art 6 leg cit zu erteilenden Informationen vom Bestehen und der Wirksamkeit eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes auszugehen sein, da die Information über das Bestehen eines Widerrufsrechtes jene Information des Katalogs des Art 6 ist, welche am meisten vertragliche Rechte und Pflichten tangiert⁵⁵².

b. Nicht erteilte Informationen als Vertragsbestandteil?

Nicht eindeutig ist vom Wortlaut her weiters auch der Inhalt von Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL, der nicht klar stellt, welche Informationen Vertragsbestandteil werden, ob nur solche, die tatsächlich seitens des Unternehmers dem Verbraucher mitgeteilt wurden oder aber auch jene Informationen, welche er dem Verbraucher erteilen hätte müssen.

Sollte mit der Bestimmung gemeint sein, dass alle Informationen, über die der Unternehmer tatsächlich informiert hat, Vertragsbestandteil werden, so ist Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL jedenfalls für die österreichische Rechtslage insofern entbehrlich, als es sich ohnehin bereits aufgrund allgemeiner Vertragslehre ergibt, dass, wenn ein Vertragspartner bei Vertragsabschluss Informationen bekannt gibt und der andere Vertragspartner diese widerspruchsfrei und zustimmend zur Kenntnis nimmt, diese Informationen zumindest konkludent Vertragsinhalt werden. Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL bliebe bei einer solchen Auslegung – zumindest im ö Recht – kaum ein eigener Anwendungsbereich.

Um Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL eine eigenständige Bedeutung zu geben, müsste man unterstellen, es sollten aufgrund dieser Regelung auch jene Informationen Vertragsinhalt werden, über die der Unternehmer nicht aufgeklärt hat, aber iSd Abs 1 aufklären hätte müssen.

Diesfalls sollte man mE allerdings Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL vor dem Hintergrund des intendierten Verbraucherschutzes wohl dahingehend teleologisch reduzieren, dass nur für den Verbraucher günstige, entgegen Art 6 Abs 1 leg cit nicht erteilte Informationen, trotz Nichterteilung durch den Unternehmer, Vertragsbestandteil werden sollten. Würde etwa ein Unternehmer die Information über das Bestehen von gewerblichen Garantien oder das Bestehen eines Kundendienstes entgegen Art 6 Abs 1 lit m Verbraucher-RL unterlassen, so ließe sich aufgrund des nicht eindeutigen Wortlautes des Art 6 Abs 5 leg cit argumentieren, dass diese nach Abs 1 zu erteilenden Informationen fester Bestandteil des Vertrages sind.

⁵⁵² So auch Lukas in *Jud/Wendehorst*, 90.

Klärt ein Unternehmer demgegenüber entgegen seiner Verpflichtung nach Abs 1 nicht über für ihn günstige Informationen auf, so wäre es mE rechtsmissbräuchlich, könnte sich der Unternehmer auf seine eigene Rechtsverletzung berufen. So sollte mE bspw die Nichtaufklärung des Verbrauchers über Kosten für den Einsatz der für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationstechnik (Art 6 Abs 1 lit f leg cit) nicht aufgrund der Regelung in Art 6 Abs 5 leg cit dazu führen, dass der Unternehmer dennoch, trotz unterlassener Informationserteilung, vom Verbraucher Kosten für den Einsatz der für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationstechnik fordern kann. Ein solches Ergebnis wäre nahezu absurd und würde zu massiven Wertungswidersprüchen zum allgemeinen Vertragsrecht, wonach Inhalte grs nur bei deren Einbeziehung Vertragsinhalt werden, führen.

Im Ergebnis führt diese der Regelung des Art 6 Abs 5 leg cit eine eigenständige Bedeutung unterstellende Interpretation zu einer Fiktion eines vereinbarten Vertragsinhaltes, da unabhängig vom Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien demnach ein Vertrag eines bestimmten Inhaltes zustande kommt, auch wenn die Parteien diesen Inhalt gar nicht ausdrücklich vereinbart haben.

Da allerdings Art 6 Abs 5 Verbraucher-RL mangels näherer Ausführungen – wie vorstehend dargestellt - nur Mutmaßungen über seine Auslegung zulässt⁵⁵³, wäre an dieser Stelle eine Klarstellung durch den europäischen Gesetzgeber wünschenswert und angebracht bzw wird die entsprechende Auslegung durch den EuGH abzuwarten sein.

Jedenfalls ist – im Unterschied zur Formulierung des RL-Entwurfs – nun zumindest klargestellt, dass eine ausdrückliche Vereinbarung über die Änderung des Inhalts des anschließend abgeschlossenen Vertrages zulässig ist⁵⁵⁴.

2.4. Rechtsfolgen bei Verletzung

a. Allgemeines

Zur Frage, welche Sanktionen die Verletzung von Informationspflichten nach sich ziehen kann, wird auf die Darstellung in Kapitel 4.II.8 verwiesen. Zusammengefasst kann nach geltender ö Rechtslage bei einer Verletzung von

⁵⁵³ Ähnlich Schmidt-Kessel in *Jud/Wendehorst* 34.

⁵⁵⁴ Art 6 Abs 5 und ErwG 35 Verbraucher-RL.

Informationspflichten das Nichtvorliegen des Vertrages mangels Einigung über die *essentialia negotii*, die Anfechtung oder Anpassung des Vertrages wegen Irrtums und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten angedacht werden.

Jedenfalls haben die Mitgliedstaaten aufgrund von Art 24 Verbraucher-RL wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Verstöße festzusetzen. Aufgrund des Wortlautes dieser Bestimmung kann der in der Literatur vertretenen Ansicht, es müsste eine Verletzung von Informationspflichten auch zivilrechtliche Konsequenzen haben⁵⁵⁵, nicht beigeprägt werden. Dies hatte zwar für die Textierung des RL-Entwurfs seine Richtigkeit, da in Art 6 Abs 2 RL-Entwurf ausdrücklich normiert wurde, dass die Mitgliedstaaten für Verstöße gegen die Erteilung der Informationen nach Art 5 RL-Entwurf wirksame vertragsrechtliche Rechtsbehelfe vorzusehen haben. Sofern das Verwaltungsrecht allerdings wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorsieht, ist der Bestimmung des Art 24 Verbraucher-RL ausreichend Rechnung getragen, zumal die Sanktionen dem Wortlaut nach nicht auf vertragsrechtliche Sanktion eingeschränkt sind.

Aufgrund der ausdrücklich normierten Beweislastregel des Art 6 Abs 9 Verbraucher-RL trägt die Beweislast für die Erfüllung der Informationspflichten für Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge der Unternehmer⁵⁵⁶.

b. Nichtaufklärung über zusätzliche und sonstige Kosten

Für den Fall, dass Informationen über die zusätzlichen und sonstigen Kosten gemäß Art 6 Abs 1 lit e und i Verbraucher-RL nicht erteilt wurden, sieht die Verbraucher-RL selbst eine Rechtsfolge vor. In diesen Fällen hat der Verbraucher, wenn der Unternehmer seiner Verpflichtung zur entsprechenden Information nicht nachgekommen ist, die zusätzlichen und sonstigen Kosten nicht zu tragen⁵⁵⁷.

c. Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht

Die Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht zieht die für den Unternehmer nachteilige Folge mit sich, dass sich die Widerrufsfrist von 14 Tagen⁵⁵⁸ um 12 Monate verlängert⁵⁵⁹. Weiters haftet der Verbraucher nicht für den Wertverlust

⁵⁵⁵ Haidmayer, Die Verbraucherrechte-RL, *ecolx* 2012, 194, diese unter Verweis auf Dehn in *Jud/Wendehorst*, 63 f.

⁵⁵⁶ Art 6 Abs 9 Verbraucher-RL.

⁵⁵⁷ Art 6 Abs 6 Verbraucher-RL.

⁵⁵⁸ Art 9 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁵⁵⁹ Art 10 Abs 1 Verbraucher-RL.

der Waren, wenn er nicht gem Art 6 Abs 1 lit h über sein Widerrufsrecht belehrt wurde⁵⁶⁰.

Erteilt der Unternehmer hingegen innerhalb von 12 Monaten Informationen betreffend das Widerrufsrecht, zu denen er nach Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL verpflichtet ist, so endet die Widerrufsfrist 14 Tage nach dem Tag, an dem der Verbraucher diese Informationen erhalten hat⁵⁶¹.

Im Zuge der Umsetzung der gegenständlichen RL wird eine entsprechende Änderung des § 3 Abs 1 KSchG für Haustürgeschäfte und des § 5e Abs 3 KSchG für Fernabsatzverträge vorzunehmen sein. Derzeit kann ein Verbraucher bei Verletzung der Belehrungspflicht des Unternehmers über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften unbefristet vom Vertrag zurück treten⁵⁶², bei Fernabsatzverträgen verlängert sich in einem solchen Fall das Widerrufsrecht um drei Monate. Aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes ist es den Mitgliedstaaten bei Umsetzung nicht möglich, ein unbefristetes Rücktrittsrecht beizubehalten bzw einzuführen, weshalb die absolute Rücktrittsfrist von 14 Tagen und 12 Monaten gem Art 10 Verbraucher-RL in das nationale Recht zu übernehmen sein wird⁵⁶³.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob lediglich die gänzliche Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht die Verlängerung der Widerrufsfrist zur Folge hat, oder auch die mangelhafte Aufklärung iSd Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL. Kommt der Unternehmer bspw seiner Verpflichtung zur Information über die Bedingungen und Fristen des Widerrufsrechtes, nicht hingegen seiner Verpflichtung zur Informationserteilung über das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechtes nach, stellt sich die Frage, ob auch in einem solchen Fall die Rechtsfolge des Art 10 leg cit der Fristverlängerung eintreten soll.

Eine systematische Interpretation durch Heranziehung der ErwG ergibt, dass wohl auch bei mangelhafter Informationserteilung über das Widerrufsrecht die Rechtsfolge des Art 10 leg cit eintritt, da in ErwG 43 erläuternd ausgeführt wird, dass sich die Widerrufsfrist verlängern sollte, wenn der Verbraucher vom Unternehmer nicht angemessen informiert wurde. Daraus ergibt sich, dass

⁵⁶⁰ Art 14 Abs 2 Satz 2 Verbraucher-RL.

⁵⁶¹ Art 10 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁵⁶² *Riedler*, Änderungen des KSchG durch das ZRÄG 2004, RZ 2003, 266. Diese unbefristete Rücktrittsmöglichkeit wurde durch das ZRÄG 2004, BGBl I 2003/91 aufgrund des Urteils des EuGH vom 13.12.2001, C-481/99, *Georg und Helga Heininger/Bayrische Hypo-Vereinsbank AG*, Slg 2001 I 09945, über das Erlöschen der Widerrufsmöglichkeit ohne Belehrung des Verbrauchers über das Widerrufsrecht geschaffen.

⁵⁶³ *Zöchling-Jud*, *ecolex* 2012, 197.

selbst dann, wenn zwar der Unternehmer den Verbraucher über das Bestehen des Widerrufsrechtes informiert hat, diese Information aber nicht angemessen gewesen sein sollte, sich die Widerrufsfrist verlängert.

d. Nichtaufklärung über die Zahlung eines angemessenen Betrages

Verletzt ein Unternehmer seine Obliegenheit, den Verbraucher im Fall des Bestehens eines Widerrufsrechtes über die Bedingungen, Fristen und das Verfahren über die Ausübung dieses Rechtes zu belehren⁵⁶⁴ oder darüber zu informieren, dass wenn der Verbraucher das Widerrufsrecht ausübt, er auch verpflichtet ist, dem Unternehmer einen angemessenen Betrag für bereits geleistete Dienstleistungen sowie für Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, zu bezahlen⁵⁶⁵, sofern er selbst die Lieferung oder Dienstleistung während der Widerrufsfrist ausdrücklich verlangt hat⁵⁶⁶, hat der Verbraucher für Dienstleistungen sowie die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, oder von Fernwärme, die während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise erbracht wurden, nicht aufzukommen⁵⁶⁷.

2.5. Harmonisierungsgrad

Sowohl für Haustürgeschäfte, als auch für Fernabsatzverträge ist es den Mitgliedstaaten ausdrücklich untersagt, hinsichtlich der Erfüllung der in der Verbraucher-RL festgelegten Informationspflichten weitere formelle vorvertragliche Informationsanforderungen als durch die Verbraucher-RL normiert festzulegen⁵⁶⁸.

2.6. Sprachliche Anforderung an Informationen

Es wird den Mitgliedstaaten im Hinblick auf sprachliche Anforderungen in Bezug auf die Vertragsinformationen ein Gestaltungsspielraum⁵⁶⁹ in der Weise eingeräumt, dass sie sprachliche Anforderungen in Bezug auf die Vertragsinformationen in ihrem nationalen Recht aufrechterhalten oder einführen dürfen, um damit sicherzustellen, dass diese Angaben vom

⁵⁶⁴ Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL; vgl 4. Kap III.2.1.h.

⁵⁶⁵ Art 6 Abs 1 lit j Verbraucher-RL; vgl 4. Kap III.2.1.j.

⁵⁶⁶ Art 7 Abs 3 bzw Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL.

⁵⁶⁷ Art 14 Abs 4 lit a i Verbraucher-RL.

⁵⁶⁸ Art 7 Abs 5 und Art 8 Abs 10 Verbraucher-RL.

⁵⁶⁹ Schulte-Nölke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 16.4.2013, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/44_Verbraucherrecht_richtlinie/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schulte-N__lke.pdf

Verbraucher ohne Weiteres verstanden werden⁵⁷⁰.

3. Formvorschriften

3.1. Formale Anforderungen für Haustürgeschäfte

a. Vorvertragliche Pflichten

Der Unternehmer hat bei Haustürgeschäften dem Verbraucher die nach Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL verpflichtend zu erteilenden Informationen auf Papier oder bei Einverständnis des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger bereitzustellen. Diese Informationen müssen lesbar und in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sein⁵⁷¹.

Soweit ein Datenträger dem Verbraucher die Speicherung dieser an ihn persönlich gerichteten Informationen erlaubt sowie die Gewähr dafür bietet, dass ihr Inhalt und ihre Zugänglichkeit während einer angemessenen Dauer nicht verändert werden, und dem Verbraucher die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe eröffnet, ist dieser Datenträger als „dauerhaft“ anzusehen⁵⁷².

Dauerhafte Datenträge sind insbesondere Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern sowie E-Mails. Die Informationserteilung auf einem solchen Datenträger soll es dem Verbraucher ermöglichen, Informationen so lange zu speichern, wie es für den Schutz seiner Interessen gegenüber dem Unternehmer erforderlich ist⁵⁷³.

b. Nachvertragliche Pflichten

Nach Vertragsabschluss hat der Unternehmer dem Verbraucher eine Kopie des unterzeichneten Vertrages oder eine Bestätigung des Vertrages auf Papier zur Verfügung zu stellen. Alternativ besteht bei Zustimmung des Verbrauchers die Möglichkeit der Zurverfügungstellung auf einem anderen dauerhaften Datenträger⁵⁷⁴.

In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber von der ursprünglich in Art 10 Abs 2 RL-Entwurf für Haustürgeschäfte vorgesehenen Gültigkeitsvoraussetzung der Unterschriftlichkeit Abstand genommen hat. Nach

⁵⁷⁰ Art 6 Abs 7 Verbraucher-RL.

⁵⁷¹ Art 7 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁵⁷² Art 2 Z 10 Verbraucher-RL; EuGH 5.7.2012, C-49/11, *Content Services Ltd/Bundesarbeitskammer*, Slg 2012, Rz 43 f.

⁵⁷³ ErwG 23 Verbraucher-RL.

⁵⁷⁴ Art 7 Abs 2 Verbraucher-RL.

Art 10 Abs 2 RL-Entwurf war ein Haustürgeschäft nur bei Unterzeichnung eines Bestellformulars durch den Verbraucher oder bei Erhalt einer Kopie des Bestellformulars auf einem anderen dauerhaften Datenträger gültig. Die letztlich mit der Verbraucher-RL verabschiedete Regelung bedeutet, dass die Frage, wann ein Vertrag gültig zustande kommt, weiterhin durch die nationalen Rechtsordnungen geregelt wird, was in einer größeren Kohärenz der innerstaatlichen Rechtsordnungen sinnvoll ist.

Sollte der Verbraucher gemäß Art 16 lit m Verbraucher-RL bei einer Lieferung digitaler Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, vor der Ausführung ausdrücklich zugestimmt und zur Kenntnis genommen haben, dass er hierdurch sein Widerrufsrecht verliert, und aus diesem Grund das Widerrufsrecht zulässigerweise ausgeschlossen worden sein, so umfasst die nachvertragliche Information auch die Bestätigung dieser ausdrücklich erklärten Zustimmung und Kenntnisnahme⁵⁷⁵.

c. Optionales, weniger strenges Informationsregime für Handwerkerarbeiten

Für Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten enthält Art 7 Abs 4 die über Initiative des Europäischen Parlaments eingefügte Möglichkeit zur optionalen Einführung eines weniger strengen Informationsregimes⁵⁷⁶. Die Erleichterungen im Verhältnis zur Grundregel betreffen nur zeitliche und formale Komponenten im Zusammenhang mit der Informationserteilung, nicht hingegen den Inhalt der Informationen überhaupt⁵⁷⁷.

Die nachfolgend näher ausgeführten Erleichterungen können für Verträge vorgesehen werden, für welche folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- es handelt sich um ein Haustürgeschäft,
- der Verbraucher hat die Dienste des Unternehmers zur Ausführung von Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten ausdrücklich angefordert,
- der Unternehmer und der Verbraucher erfüllen ihre vertraglichen Verpflichtungen sofort und
- das vom Verbraucher zu bezahlende Entgelt beträgt höchstens EUR 200.

⁵⁷⁵ Art 7 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁵⁷⁶ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1056.

⁵⁷⁷ Schwarzenegger Bydlinski/Lurger, 40.

Wenn sämtliche dieser Voraussetzungen erfüllt sind, muss der Unternehmer den Verbraucher nur über seine Identität⁵⁷⁸ und seine Kontaktdaten⁵⁷⁹, sowie über den Preis oder die Art der Preisberechnung zusammen mit einem Kostenvoranschlag über die Gesamtkosten informieren. Diese Information hat er auf Papier oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erteilen⁵⁸⁰.

Die Informationen über wesentliche Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen⁵⁸¹, über das Widerrufsrecht⁵⁸² und über das Nichtbestehen des Widerrufsrechtes⁵⁸³ hat der Unternehmer ebenfalls zu erteilen, darf aber bei Zustimmung des Verbrauchers diese auch auf andere Weise als auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger, etwa mündlich, bereit stellen.

Hinsichtlich der Informationspflichten nach Vertragsabschluss besteht für solche Handwerkerarbeiten keine vergleichbare Erleichterung; vielmehr sieht Art 4 lit b Verbraucher-RL ausdrücklich vor, dass die Kopie des unterzeichneten Vertragsdokuments oder die Vertragsbestätigung, welche auf Papier oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen ist, die Informationen des Katalogs des Art 6 Abs 1 leg cit enthalten muss.

Diese ausgesprochen kasuistische und durchaus komplizierte Sonderbegünstigungsregelung des Art 7 Abs 4 leg cit ist vor dem Hintergrund des Abgehens von der Option zur Ausnahme von Verträgen vom Regelungsregime über Haustürgeschäfte, deren Abschluss vom Verbraucher angebahnt wurde, zu verstehen⁵⁸⁴. Konnten die Mitgliedstaaten nach der Haustürgeschäfte-RL noch Verträge, deren Abschluss der Verbraucher angebahnt hat, vom Anwendungsbereich ausnehmen, so kennt Art 2 Abs 8 eine solche Differenzierung danach, wer den Vertrag angebahnt hat, nicht.

Die Regelung des Art 7 Abs 4 Verbraucher-RL ist von der Bemühung getragen, Handwerkern, die von einem Verbraucher zur Vornahme von Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten kontaktiert wurden, eine Vereinfachung der Formalitäten zu bieten⁵⁸⁵. Meiner Ansicht nach verfehlt die in Art 7 Abs 4 Verbraucher-RL getroffene Regelung, die zu Recht als „verwirrendes

⁵⁷⁸ Art 6 Abs 1 lit b Verbraucher-RL.

⁵⁷⁹ Art 6 Abs 1 lit c Verbraucher-RL.

⁵⁸⁰ Art 7 Abs 4 lit a Verbraucher-RL.

⁵⁸¹ Art 6 Abs 1 lit a Verbraucher-RL.

⁵⁸² Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL.

⁵⁸³ Art 6 Abs 1 lit k Verbraucher-RL.

⁵⁸⁴ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1057.

⁵⁸⁵ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1057.

Wechselspiel⁵⁸⁶ und „qualifiziert unsinnig“⁵⁸⁷ bezeichnet wird, dieses Ziel deutlich und erscheint für den Alltag nicht besonders praktikabel.

Zum einen werden aufgrund der Wertgrenze von EUR 200 nur wenige Handwerkerarbeiten dieses Kriterium erfüllen, zum anderen ist die differenzierte Verpflichtung zur Informationserteilung - über Identität und Kontaktdaten des Unternehmers auf Papier oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger, über wesentliche Eigenschaften und das Widerrufsrecht auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger und bei Zustimmung des Verbrauchers auch mündlich sowie sämtliche Informationen des Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL nach Vertragsabschluss auf der Vertragsbestätigung, welche in Papierform oder bei Zustimmung des Verbrauchers auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu übermitteln ist – alles andere als übersichtlich und summa summarum eine missglückte Kompromisslösung⁵⁸⁸.

3.2. Formale Anforderungen an Fernabsatzgeschäfte

a. Vorvertragliche Pflichten - Allgemeines

Bei Fernabsatzverträgen hat der Unternehmer die im Katalog des Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL aufgelisteten Informationen dem Verbraucher in klarer und verständlicher Sprache in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zu erteilen bzw zur Verfügung zu stellen. Soweit diese Informationen auf einem dauerhaften Datenträger erteilt werden, hat der Unternehmer sicher zu stellen, dass diese auch lesbar sind.⁵⁸⁹

b. Vorvertragliche Pflichten für Onlinehandel

Vor Abschluss eines auf elektronischem Weg geschlossenen Fernabsatzvertrages, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, hat der Unternehmer den Verbraucher klar, in hervorgehobener Weise und unmittelbar vor seiner Bestellung auf die in Art 6 Abs 1 lit a, e, o und p Verbraucher-RL genannten Informationen, sohin auf wesentliche Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, auf den Gesamtpreis einschließlich Fracht-, Liefer und Versandkosten, auf die Laufzeit des Vertrages und Kündigungsbedingungen sowie auf eine allfällige Mindestdauer des Vertrages hinzuweisen⁵⁹⁰. Damit soll

⁵⁸⁶ Schwarzenegger Bydlinski/Lurger, 40.

⁵⁸⁷ Wendehorst, Die neue Richtlinie über Rechte der Verbraucher, in FS Griss (2011) 728.

⁵⁸⁸ Ähnlich Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1057.

⁵⁸⁹ Art 8 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁵⁹⁰ Art 8 Abs 2 Verbraucher-RL.

der Verbraucher in die Lage versetzt werden, sich von den Hauptbestandteilen des Vertrages vor der Durchführung seiner Bestellung Kenntnis zu verschaffen. Den ErwG ist zu entnehmen, dass zu diesem Zweck diese Vertragsbestandteile in unmittelbarer Nähe zu jenem Button angezeigt werden sollen, mit welchem die Bestellung abgegeben wird⁵⁹¹. Eine eigene Rechtsfolge bei Verletzung dieser Bestimmung des Art 8 Abs 2 Unterabs 1 sieht die Verbraucher-RL nicht vor⁵⁹².

Der Unternehmer hat technisch weiters seine Webseite so einzurichten, dass der Verbraucher bei seiner Bestellung ausdrücklich die mit der Bestellung verbundene Zahlungspflicht bestätigt, etwa durch Versehen des Buttons mit einem Schriftzug wie „zahlungspflichtig bestellen“⁵⁹³. Diese Regelung soll der sog „Internetabzocke“⁵⁹⁴ Abhilfe verschaffen und Verbrauchern vergegenwärtigen, wann sie eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer eingehen⁵⁹⁵. Es ist in diesem Zusammenhang vorgesehen, dass, wenn beim Bestellvorgang eine Schaltfläche („Klick auf einen Button“)⁵⁹⁶ oder eine ähnliche Funktion zu aktivieren ist, diese Schaltfläche oder entsprechende Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu kennzeichnen ist. Auf diese Weise soll die Aufmerksamkeit der Verbraucher darauf gelenkt werden, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist⁵⁹⁷. Verletzt der Unternehmer diese Bestimmung des Art 8 Abs 2 Unterabs 2 leg cit, so ist der Verbraucher an den Vertrag oder die Bestellung kraft ausdrücklich normierter Rechtsfolge nicht gebunden.

Spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs ist der Verbraucher auf einer Webseite für den elektronischen Geschäftsverkehr klar und deutlich darüber aufzuklären, ob Lieferbeschränkungen bestehen und welche Zahlungsmittel akzeptiert werden⁵⁹⁸. Diese Bestimmung, welche auf einen Vorschlag des Europäischen Parlaments zurück geht, ist inhaltlich neu und wird in das innerstaatliche Recht zu implementieren sein⁵⁹⁹.

⁵⁹¹ ErwG 36 Verbraucher-RL.

⁵⁹² *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1057.

⁵⁹³ *Schwarzenegger Bydlinski/Lurger*, 42.

⁵⁹⁴ *Cap*, ÖJZ 2011/62, *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1057 und *Haidmayer*, *ecolex* 2012, 193.

⁵⁹⁵ ErwG 39 Verbraucher-RL.

⁵⁹⁶ *Faber*, *Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz*, Jahrbuch Europarecht 2012, 408.

⁵⁹⁷ ErwG 39 Verbraucher-RL.

⁵⁹⁸ Art 8 Abs 3 Verbraucher-RL und ErwG 38 Verbraucher-RL.

⁵⁹⁹ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1057

c. *Vorvertragliche Pflichten - Begrenzter Raum oder begrenzte Zeit für die Darstellung von Informationen*

Wenn der Fernabsatzvertrag mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen wird, auf dem für die Darstellung der Information nur begrenzter Raum oder begrenzte Zeit zur Verfügung steht, so hat der Unternehmer über dieses Fernkommunikationsmittel vor Vertragsabschluss zumindest folgende Informationen gem Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL zu erteilen:

- wesentliche Merkmale der Waren oder Dienstleistungen (lit a)
- Identität des Unternehmers (lit b)
- Gesamtpreis (lit e)
- Widerrufsrecht (lit h)
- Vertragslaufzeit (lit o)
- Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge (lit o).

Die anderen Informationen des Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL hat der Unternehmer dann in weiterer Folge dem Verbraucher in geeigneter Weise entsprechend Art 8 Abs 1 leg cit zur Verfügung zu stellen.

Es soll mit dieser Bestimmung technisch bedingten Beschränkungen mancher Medien Rechnung getragen werden. Beispielhaft wird in den ErWG etwa die beschränkte Anzahl der Zeichen auf bestimmten Displays von Mobiltelefonen oder der Zeitrahmen für Werbespots im Fernsehen angeführt⁶⁰⁰. Bei einer solchen Beschränkung sollte der Unternehmer die Mindestanforderungen hinsichtlich der Information erfüllen und auf eine andere, ausführlichere Informationsquelle verweisen, wie etwa auf eine gebührenfreie Telefonnummer oder auf seine Webseite, auf der die einschlägigen Informationen zum unmittelbaren Abruf bereit und leicht zugänglich gehalten werden⁶⁰¹.

d. *Vorvertragliche Pflichten - Telefonische Anrufe*

Für Telefonanrufe des Unternehmers hält die Verbraucher-RL eine § 5c Abs 3 KSchG vergleichbare Regelung bereit⁶⁰². Der Unternehmer hat, wenn er den Verbraucher im Hinblick auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrages anruft, zu Beginn des Gesprächs seine Identität und gegebenenfalls die Identität der Person, in deren Auftrag er anruft, sowie den geschäftlichen Zweck des Anrufes offen zu legen⁶⁰³.

⁶⁰⁰ ErWG 36 Verbraucher-RL.

⁶⁰¹ ErWG 36 Verbraucher-RL.

⁶⁰² Haidmayer, ecolex 2012, 194.

⁶⁰³ Art 8 Abs 5 Verbraucher-RL.

e. *Nachvertragliche Pflichten – Allgemeines*

Innerhalb einer angemessenen Frist ab Vertragsabschluss hat der Unternehmer dem Verbraucher die Bestätigung des abgeschlossenen Vertrages auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, spätestens jedoch bei der Lieferung der Ware oder vor Beginn der Ausführung der Dienstleistung⁶⁰⁴. Die Bestätigung hat sämtliche in Art 6 Abs 1 Verbraucher-RL aufgelisteten Informationen zu enthalten, sofern der Unternehmer diese dem Verbraucher nicht ohnehin bereits vor Vertragsabschluss auf einem dauerhaften Datenträger zukommen hat lassen.

Sollte der Verbraucher gemäß Art 16 lit m leg cit bei einer Lieferung digitaler Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, vor der Ausführung ausdrücklich zugestimmt und zur Kenntnis genommen haben, dass er hierdurch sein Widerrufsrecht verliert, und aus diesem Grund das Widerrufsrecht zulässigerweise ausgeschlossen worden sein, so umfasst die nachvertragliche Information auch die Bestätigung dieser ausdrücklich erklärten Zustimmung und Kenntnisnahme⁶⁰⁵.

f. *Nachvertragliche Pflichten - Optionale Regelung für Telefonanrufe*

Die Bestimmung des Art 8 Abs 6 Verbraucher-RL eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für telefonisch abgeschlossene Fernabsatzverträge vorzusehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot zu bestätigen hat und der Verbraucher erst dann an den Vertrag gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Für die Form der Bestätigung können die Mitgliedstaaten wiederum optional vorsehen, dass diese auf einem dauerhaften Datenträger zu erfolgen hat.

Dieses optionale Modell hat zum Ergebnis, dass der Vertrag erst dann rechtswirksam zustande kommt, wenn der Verbraucher den Vertrag doppelt bestätigt. Er kommt dann zustande, wenn er sowohl telefonisch das Vertragsangebot des Unternehmers annimmt, als auch nachfolgend das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt („doppelte Bestätigungslösung“⁶⁰⁶).

Fraglich ist, ob im Zuge der Umsetzung der gegenständlichen RL die durch das KSchRÄG 2011 neu eingeführten Bestimmungen der § 5f Abs 2 und § 5f Abs 2

⁶⁰⁴ Art 8 Abs 7 Verbraucher-RL.

⁶⁰⁵ Art 8 Abs 7 lit b Verbraucher-RL.

⁶⁰⁶ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1057.

KSChG betreffend unerwünschte Werbeanrufe ohne vorherige Zustimmung des Verbrauchers, sog „Cold Calling“⁶⁰⁷-Regelungen, beibehalten werden können oder ob diese neu eingeführten KSChG-Bestimmungen aufgrund des Vollharmonisierungsgrundsatzes und der Regelung des Art 8 Abs 6 Verbraucher-RL zu streichen sind. Da Art 8 Abs 6 leg cit nicht zwischen erbetenen und unerwünschten Anrufen iSd Datenschutz-RL⁶⁰⁸ sowie der aufgrund dieser RL erlassenen Bestimmung des § 107 TKG⁶⁰⁹ differenziert und in keiner Weise darauf eingeht, ob die Zustimmung des Verbrauchers im Zeitpunkt des Anrufes durch den Unternehmer vorgelegen ist, ist sie wohl unterschiedslos auf Anrufe mit Zustimmung des Verbrauchers, wie auch auf „Cold calls“ anzuwenden, weshalb die eingeführten Sonderbestimmungen für „Cold calls“ im KSChG zu streichen sein werden⁶¹⁰.

g. Verhältnis zu Artt 9 und 11 E-Commerce-RL

In Art 8 Abs 9 Verbraucher-RL wird das Verhältnis zu den Bestimmungen über den Abschluss von elektronischen Verträgen und Bestellungen gemäß den Artt 9 und 11 E-Commerce-RL ausdrücklich geregelt und festgelegt, dass die Bestimmungen der Verbraucher-RL die angeführten Bestimmungen der E-Commerce-RL nicht berühren.

3.3. Erfordernis bei Beginn der Dienstleistung oder Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme während der Widerrufsfrist

Bei Wunsch des Verbrauchers, dass die Erbringung der Dienstleistung oder die mengenmäßig nicht begrenzte Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme während der Widerrufsfrist beginnen soll, hat der Unternehmer den Verbraucher aufzufordern, ein entsprechendes ausdrückliches Verlangen auf einem dauerhaften Datenträger zu erklären⁶¹¹.

Dem Verbraucher soll damit die Tragweite seines Verlangens auf Beginn der Dienstleistung während der Widerrufsfrist und der daran geknüpften Folge des Ausschlusses des Widerrufs bei vollständiger Erbringung der Dienstleistung⁶¹² und Verpflichtung zur Zahlung eines aliquoten Betrages bei teilweiser

⁶⁰⁷ Radler, Wenn das Glück den Verbraucher kalt erwischt – Cold Calling im KSChG, ecolex 2012, 677; Cap, „Cold Calling“ – Das KSChRÄG 2011, ÖJZ 2011/46.

⁶⁰⁸ RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31-50.

⁶⁰⁹ Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003.

⁶¹⁰ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1057.

⁶¹¹ Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL.

⁶¹² Art 16 lit a Verbraucher-RL.

Erbringung der Dienstleistung im Fall seines Widerrufs⁶¹³ bewusst gemacht werden⁶¹⁴.

3.4. Informationserteilung durch die Muster-Widerrufsbelehrung

Der Unternehmer hat die Möglichkeit, die Informationen über das Widerrufsrecht nach Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL, über die Kosten für die Rücksendung der Waren nach Abs 1 lit i sowie über den angemessenen Betrag bei Ausübung des Widerrufsrechtes nach Abs 1 lit j dem Verbraucher mittels der Muster-Widerrufsbelehrung zu geben, welche dem Anhang I dieser Dissertation entnommen werden kann⁶¹⁵. Seine Informationspflicht nach Abs 1 lit h, i und j hat er dann erfüllt, wenn er dieses Formular richtig ausgefüllt dem Verbraucher übermittelt hat⁶¹⁶.

Das Vorhandensein eines eigenen Muster-Widerrufsbelehrungsformulars zeigt um die Bedeutung der Widerrufsbelehrung für den europäischen Gesetzgeber und soll vor allem eine Erleichterung für den Unternehmer darstellen⁶¹⁷.

4. Widerruf

4.1. Allgemeines

Widerrufsrechte, im KSchG bezeichnet als Rücktrittsrechte, bilden gemeinsam mit den Informationspflichten das Fundament der Verbraucher-RL. Dieses kombinierte Schutzkonzept entspricht dem „klassischen EU-Regelungsdesign“⁶¹⁸. Die Regelungen betreffend das Widerrufsrecht umfassen insgesamt acht Artikel und gelten aufgrund ihrer Platzierung im III. Kapitel der Verbraucher-RL für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte gleichermaßen. Im Unterschied zur geltenden Fernabsatz-RL und Haustürgeschäfte-RL ist das Widerrufsrecht wesentlich detaillierter und umfassender geregelt.

Im Zuge der Diskussion über die Vereinheitlichung von Verbraucherschutzregelungen wurde vor allem das Widerrufsrecht exemplarisch für die fehlende Kohärenz von Verbraucherschutzregeln

⁶¹³ Art 14 Abs 3 Verbraucher-RL.

⁶¹⁴ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1056.

⁶¹⁵ Art 6 Abs 4 Verbraucher-RL iVm Anhang I Teil A der Verbraucher-RL.

⁶¹⁶ Art 6 Abs 4 2. Satz Verbraucher-RL.

⁶¹⁷ *Zöchling-Jud*, *ecolex* 2012, 197; *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1056.

⁶¹⁸ *Stabentheiner in Jud/Wendehorst*, Neuordnung (2009) 7.

angeführt⁶¹⁹. Diese mangelnde Kohärenz ist einerseits auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Widerrufsrechte in den verschiedenen Verbraucherschutz-RL zurück zu führen⁶²⁰, andererseits aber auch bedingt dadurch, dass Widerrufsrechte bislang bloß mindestharmonisierend ausgestaltet waren und es den Mitgliedstaaten frei stand, strengere Regelungen zu erlassen. So bestehen in den nationalen Rechtsordnungen beträchtliche Unterschiede im Hinblick auf die Dauer der Widerrufsfrist, Gültigkeitsbeginn und Berechnung dieser Zeiträume (Kalender- oder Werktage)⁶²¹.

Durch eine vollharmonisierende Regelung über die Art und Weise der Ausübung des Widerrufsrechtes sollte das Widerrufsverfahren vereinfacht und Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Handel geschaffen werden, um Kosten aufgrund der Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen für im grenzüberschreitenden Handel tätige Unternehmer zu vermeiden⁶²².

Ein weiterer Grund dafür, dem Verbraucher im Versandhandel ein Widerrufsrecht einzuräumen, liegt für den Gesetzgeber darin, dass der Verbraucher die Waren vor Vertragsabschluss nicht sehen kann und daher die Möglichkeit haben soll, die Waren, die er gekauft hat, zu überprüfen und zu untersuchen, um die Beschaffenheit, die Eigenschaften und die Funktionsweise der Waren festzustellen⁶²³.

Beim Abschluss eines Haustürgeschäftes wiederum soll dem Verbraucher deshalb ein Rücktrittsrecht zustehen, weil er den Vertrag möglicherweise in einem Überraschungsmoment bzw unter psychologischem Druck abgeschlossen haben könnte⁶²⁴.

4.2. Widerrufsfrist

a. 14-Tages-Frist

Der Verbraucher hat gem Art 9 Abs 1 Verbraucher-RL die Möglichkeit, einen Fernabsatzvertrag oder ein Haustürgeschäft binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zu widerrufen.

⁶¹⁹ Loos, Rights of Withdrawal in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, 242.

⁶²⁰ 7 Kalendertage gem Art 5 Haustürgeschäfte-RL, 14 Kalendertage gem Art 6 Abs 1 Timesharing-RL, 7 Werktage gem Art 6 Abs 1 Fernabsatz-RL, 14 Werktage gem Art 14 Abs 1 Verbraucherkredit-RL.

⁶²¹ Grünbuch, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM/2006/0744 endg.

⁶²² ErwG 40 und 44 Verbraucher-RL.

⁶²³ ErwG 37 Verbraucher-RL.

⁶²⁴ ErwG 37 Verbraucher-RL.

Hinsichtlich der Widerrufsfrist bedeutet die Verbraucher-RL für Verbraucher nach der österreichischen Rechtslage eine deutliche Verbesserung, zumal die Widerrufsfrist für Haustürgeschäfte nach § 3 Abs 1 KSchG nur eine Woche und für Fernabsatzverträge nach § 5e Abs 2 KSchG nur sieben Werktage beträgt.

Es wird in Art 9 Abs 2 leg cit hinsichtlich des fristauslösenden Ereignisses zwischen folgenden Vertragstypen differenziert:

- Dienstleistungsverträge: Fristbeginn mit Vertragsabschluss
- Kaufverträge: Fristbeginn grs mit dem Tag, an dem der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, in den Besitz der Ware gelangt, oder
 - bei getrennter Lieferung mehrerer Waren, die der Verbraucher zwar einheitlich bestellt hat, die aber getrennt geliefert werden: Fristbeginn mit dem Tag, an dem der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, in den Besitz der letzten Ware gelangt;
 - bei Lieferung einer Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken: Fristbeginn mit dem Tag, an dem der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, in den Besitz der letzten Teilsendung oder des letzten Stücks gelangt;
 - bei Verträgen zur regelmäßigen Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum hinweg: Fristbeginn mit dem Tag, an dem der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, in den Besitz der ersten Ware gelangt.
- Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom in einem nicht begrenzten Volumen oder einer unbestimmten Menge, von Fernwärme oder von nicht auf einem körperlichen Datenträger gelieferten digitalen Inhalten: Fristbeginn 14 Tage ab dem Tag des Vertragsabschlusses.

b. Fristverlängerung bei Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht

Hat der Unternehmer seine Pflicht zur Information über die Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechtes gem Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL verletzt, so verlängert sich die 14-tägige Widerrufsfrist gem Art 9 Abs 1 leg cit um 12 Monate⁶²⁵.

Erhält der Verbraucher vom Unternehmer die Informationen über das Widerrufsrecht gem Art 6 Abs 1 leg cit innerhalb von 12 Monaten ab dem Tag

⁶²⁵ Art 10 Abs 1 Verbraucher-RL; vgl auch 4. Kap III.2.4.c. „Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht“.

des fristauslösenden Ereignisses gemäß Art 9 Abs 2 leg cit, so endet die Widerrufsfrist 14 Tage nach Erhalt dieser nachträglichen Informationen⁶²⁶.

Die zeitliche Begrenzung der Möglichkeit zum Widerruf trotz Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht durch den Unternehmer dient der Rechtssicherheit bezüglich der Dauer der Widerrufsfrist⁶²⁷. Dieses Erlöschen des Widerrufsrechtes trotz fehlender Aufklärung nach Ablauf von zwölf Monaten wird mit dem Hinweis kritisiert, es mangle an einer fundierten Begründung für diese Regelung⁶²⁸, wiewohl mE das Bedürfnis nach Rechtssicherheit nach Ablauf einer gewissen Zeit als gewichtiges Argument ins Treffen geführt werden kann – wann genau das Bedürfnis nach Rechtssicherheit jenes des Verbrauchers auf Widerruf überwiegt, ist freilich eine gesetzgeberische Ermessensentscheidung.

c. Berechnung der Widerrufsfrist

Im Unterschied zur Fernabsatz-RL wird die Widerrufsfrist nach der gegenständlichen Verbraucher-RL nach Kalender- und nicht nach Werktagen bemessen⁶²⁹. In entsprechender Anwendung der VO zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine⁶³⁰ umfasst die 14-Tages-Frist – da sie nicht nach Werktagen bemessen ist – auch Feiertage, Samstage und Sonntage⁶³¹. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen solchen Tag, so endet die Frist mit 24:00 Uhr des folgenden Arbeitstages. Diese Regelung über den letzten Tag der Frist könnte - ebenso wie bei bisher in einigen RL wie der Fernabsatz-RL vorgegebenen Fristen - zu Rechtsunsicherheit bei Verbrauchern führen⁶³², da wegen der Berücksichtigung von Feiertagen bei Bestimmung des letzten Tages der Frist Unsicherheit über die in einem Land gültigen nationalen Feiertage herrschen kann.

In den ErWG wird in diesem Zusammenhang ausdrücklich klargestellt, dass, wenn für den Anfang einer nach Tagen bemessenen Frist der Verbraucher-RL der Zeitpunkt maßgebend ist, zu dem ein Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, dieser Tag bei der Berechnung der Frist nicht mitgerechnet werden sollte⁶³³.

⁶²⁶ Art 10 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁶²⁷ ErWG 43 Verbraucher-RL.

⁶²⁸ Artz, Horizontalrichtlinie 218 zum RL-Entwurf.

⁶²⁹ ErWG 41 Verbraucher-RL.

⁶³⁰ ErWG 41 Verbraucher-RL.

⁶³¹ VO (EWG, EURATOM) 1182/71 des Rates v 3.6.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl L 1971/124, 1.

⁶³² Grünbuch KOM(2007) C 61/13 vom 15.3.2007.

⁶³³ ErWG 41 Verbraucher-RL.

Für die Wahrung der Frist ist auf das Absenden und nicht auf das Einlangen beim Unternehmer abzustellen⁶³⁴.

4.3. *Ausübung des Widerrufsrechts*

Zur Ausübung seines Widerrufsrechtes hat der Verbraucher folgende Möglichkeiten, den Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist über seinen Entschluss, vom Vertrag zurück zu treten, zu informieren:

- Verwendung des Muster-Widerrufsformulars⁶³⁵, oder
- Erklärung des Widerrufs in beliebiger anderer Form, aus der sein Entschluss zum Widerruf eindeutig hervorgeht.

a. Verwendung des Muster-Widerrufsformulars

Über das Muster-Widerrufsformular hinaus ist es den Mitgliedstaaten ausdrücklich untersagt, weitere Formvorschriften als im Muster-Widerrufsformular gem Anhang I Teil B der Verbraucher-RL festgelegt, vorzusehen, wie etwa Anforderungen an die optische Gestaltung des Widerrufs etwa in Bezug auf die Schriftgröße⁶³⁶.

Der Einführung eines unionsweit einheitlichen Musterformulars ist aus meiner Sicht zu begrüßen und erleichtert Verbrauchern die Ausübung des Widerrufsrechts, weil damit für den Verbraucher eine zusätzliche Möglichkeit geschaffen wird, durch bloßes Ausfüllen einer Maske, ohne selbst einen Text formulieren zu müssen, den Vertrag zu widerrufen.

b. Erklärung des Widerrufs in beliebiger anderer Form

Dem Verbraucher steht es frei, den Widerruf in beliebiger anderer Form mit seinen eigenen Worten zu erklären, vorausgesetzt, dass seine an den Unternehmer gerichtete Erklärung, aus der die Widerrufsentscheidung hervorgeht, unmissverständlich ist. Es ist sohin auch möglich, seinen Widerruf mittels Brief, Telefonanruf oder Rücksendung der Waren verbunden mit einer deutlichen Erklärung mitzuteilen⁶³⁷.

Es ist diesbezüglich zu begrüßen, dass in der letztlich verabschiedeten Fassung der Verbraucher-RL vom ursprünglich noch in Art 14 Abs 1 RL-Entwurf

⁶³⁴ Art 11 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁶³⁵ Anhang I Teil B Verbraucher-RL, vgl Anhang II dieser Dissertation.

⁶³⁶ ErwG 44 Verbraucher-RL.

⁶³⁷ ErwG 44 Verbraucher-RL.

vorgesehenen Erfordernis der Widerrufserklärung auf einem dauerhaften Datenträger, sofern das Standardwiderrufsformular nicht verwendet wird, abgegangen wurde. Der Verbraucher kann dadurch seinen Widerruf ebenso mündlich oder telefonisch gegenüber dem Unternehmer aussprechen, wie dies auch schon bislang beim Rücktritt vom Fernabsatzvertrag nach der geltenden Fernabsatz-RL und gem § 5e KSchG⁶³⁸ zulässig war. Für Haustürgeschäfte wiederum normiert § 3 Abs 4 KSchG für den Rücktritt die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung, weshalb diese Bestimmung daher im Zuge der Umsetzung der Verbraucher-RL zu ändern sein wird⁶³⁹.

c. *Optionale Erklärung auf der Webseite des Unternehmers*

Da viele Unternehmer und Verbraucher die Kommunikation über die Webseite des Unternehmers vorziehen, wurde mit Art 11 Abs 3 Verbraucher-RL dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben, den Verbrauchern als freiwilligen Service ein Web-Musterformular für den Widerruf zur Verfügung zu stellen⁶⁴⁰ und auf diese Weise dem Verbraucher neben den in Art 11 Abs 1 angeführten Möglichkeiten weiters die Wahl einzuräumen, entweder das Muster-Widerrufsformular oder eine Erklärung in beliebiger anderer Form auf der Webseite des Unternehmers elektronisch auszufüllen und abzuschicken.

Im Fall des Widerrufs durch den Verbraucher über die Webseite des Unternehmers hat der Unternehmer dem Verbraucher unverzüglich eine Bestätigung über den Eingang eines solchen Widerrufs auf einem dauerhaften Datenträger, bspw per E-Mail, zu übermitteln⁶⁴¹.

d. *Beweislast*

Die Beweislast dafür, dass der Widerruf fristgerecht erklärt wurde, trägt der Verbraucher⁶⁴².

Es ist daher für Verbraucher aus Gründen der Beweissicherung empfehlenswert, den Rücktritt auf einem dauerhaften Datenträger zu erklären, wiewohl dies – im Unterschied zum RL-Entwurf – nicht mehr zwingend erforderlich ist⁶⁴³.

⁶³⁸ Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger² (2007) § 5e KSchG Rz 1; Apathy in Schwimann³ (2006) § 5e KSchG Rz 2.

⁶³⁹ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1058.

⁶⁴⁰ ErWG 45 Verbraucher-RL.

⁶⁴¹ Art 11 Abs 3 Verbraucher-RL.

⁶⁴² Art 11 Abs 4 Verbraucher-RL.

⁶⁴³ ErWG 44 Verbraucher-RL.

4.4. Beendigungswirkung des Widerrufs

Erklärt der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer den Widerruf, so enden die wechselseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien zur Erfüllung des Fernabsatzvertrages oder des Haustürgeschäftes⁶⁴⁴. Die Aufhebung des Vertrages wirkt schuldrechtlich ex tunc, sachenrechtlich hingegen ex nunc⁶⁴⁵.

Hat der Verbraucher ein Angebot zum Abschluss eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes abgegeben und wurde dieses vom Unternehmer noch nicht angenommen, so endet mit Ausübung des Widerrufsrechtes die Bindungswirkung seines Angebots und ist er daher nicht mehr zum Abschluss des Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes verpflichtet⁶⁴⁶.

4.5. Rückabwicklung – Pflichten des Unternehmers im Widerrufsfall

a. Zurückzuerstattende Zahlungen

Der Unternehmer hat im Widerrufsfall alle Zahlungen, die er vom Verbraucher erhalten hat, einschließlich allfälliger Lieferkosten, zurückzuzahlen⁶⁴⁷.

Diese Bestimmung trägt der Rsp des EuGH zur Fernabsatz-RL Rechnung, welcher im Rahmen einer Vorabentscheidung klarstellte, dass die Belastung des Verbrauchers mit den Kosten für die Zusendung, auch bezeichnet als „Hinsendekosten“, eine solche ist, die „zwangsläufig geeignet ist, ihn von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten“⁶⁴⁸.

Zusätzliche Kosten, die deshalb entstanden sind, weil der Verbraucher ausdrücklich eine andere Art der Lieferung gewünscht hat als die vom Unternehmer angebotene, günstige Standardlieferung, wie etwa Kosten einer Expresslieferung innerhalb von 24 Stunden, hat der Unternehmer dem Verbraucher im Widerrufsfall nicht zurück zu erstatten⁶⁴⁹. Die Differenz zwischen den Kosten der vom Unternehmer angebotenen normalen und allgemein akzeptablen Art der Lieferung zu den Kosten der vom Verbraucher ausdrücklich gewünschten Lieferung hat somit der Verbraucher zu tragen⁶⁵⁰.

⁶⁴⁴ Art 12 lit a Verbraucher-RL.

⁶⁴⁵ Lurger in Bydlinski/Lurger, 76 mwN.

⁶⁴⁶ Art 12 lit b Verbraucher-RL.

⁶⁴⁷ Art 13 Abs 1 Unterabs 1 Verbraucher-RL.

⁶⁴⁸ EuGH 15.4.2010, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH gegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., Rs C-511/08.

⁶⁴⁹ Art 13 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁶⁵⁰ ErWG 46 Satz 2 Verbraucher-RL.

b. Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen?

Ob der Verbraucher auch einen Anspruch auf Verzinsung hat, wird in der Verbraucher-RL – ebenso wie in den die Fernabsatz-RL umsetzenden Bestimmungen des KSchG – nicht geregelt.

Zur Nichtberücksichtigung des Zinsanspruchs in § 5g KSchG wird argumentiert, es könnte sich dabei entweder um eine planwidrige Lücke handeln oder aber das Fehlen einer Regelung für die Erstattung von Zinsen gewissermaßen als „Ausgleich für das Rücktrittsrecht“⁶⁵¹ angesehen werden. Die Überlegungen zum Zinsanspruch für den zurückzuerstattenden Kaufpreis nach § 5g KSchG tendieren eher in Richtung Bejahung des Zinsanspruchs nach den Grundsätzen des allgemeinen Bereicherungsrechts⁶⁵², damit der Verbraucher im Verhältnis zu jenen Vertragspartnern, auf welche ausschließlich die Regeln des ABGB zur Anwendung kommen, nicht schlechter gestellt wird⁶⁵³.

In Anbetracht des Vollharmonisierungsgrundsatzes wird bei der Verbraucher-RL mE der Zinsanspruch mangels ausdrücklicher Regelung zu negieren sein und dürfen die Mitgliedstaaten wegen des Vollharmonisierungsansatzes auch keine dementsprechende Regelung vorsehen. Letztlich handelt es sich dabei um eine Frage der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis in unmittelbarer Nähe zu einer RL-Bestimmung, sohin um eine Frage der erweiternden Umsetzung und wird diese Auslegung im Zuge einer diffizilen Interpretation vom EuGH vorzunehmen sein⁶⁵⁴.

c. Zahlungsmittel des Rückzahlungsbetrages

Die Rückerstattung soll unter Verwendung desselben Zahlungsmittels erfolgen, das der Verbraucher bei der ursprünglichen Transaktion eingesetzt hat, sofern der Unternehmer mit dem Verbraucher nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart hat und sofern hierdurch dem Verbraucher keine Kosten entstehen⁶⁵⁵.

Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass der Unternehmer die Rückerstattung in Form eines Gutscheins vornimmt, außer wenn der Verbraucher bereits für die ursprüngliche Transaktion einen Gutschein verwendet oder dies ausdrücklich akzeptiert hat⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ Zankl, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416.

⁶⁵² Apathy in Schwimann³ ABGB (2006) § 5g KSchG Rz 4.

⁶⁵³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 412.

⁶⁵⁴ Vgl 3. Kap IV.2. „Erweiternde Umsetzung“.

⁶⁵⁵ Art 13 Abs 1 Unterabs 2 Verbraucher-RL.

⁶⁵⁶ ErwG 46 Verbraucher-RL.

d. Zurückzahlungsfrist – Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers

Zahlungen, die der Unternehmer dem Verbraucher im Widerrufsfall zurück zu erstatten hat, hat der Unternehmer unverzüglich, spätestens jedoch binnen 14 Tagen ab dem Tag, an dem der Unternehmer vom Entschluss des Verbrauchers, den Vertrag zu widerrufen, informiert wird, zurück zu zahlen⁶⁵⁷.

Stabentheiner/Cap sehen mit dieser Regelung für die Rückabwicklung das österreichische Zug-um-Zug-Prinzip aufgeweicht⁶⁵⁸. Dem ist entgegen zu halten, dass nach dem Wortlaut der Bestimmung des Art 13 Abs 1 Verbraucher-RL alle Zahlungen grs unverzüglich zurückzuzahlen sind, was auch dem im österreichischen Verbraucherschutzrecht für die Rückabwicklung geltenden Zug-um-Zug-Prinzip⁶⁵⁹ entspricht. Die in Art 13 Abs 1 Verbraucher-RL angeführte 14-tägige Frist ist mE aufgrund der Formulierung des Art 13 leg cit als Maximalfrist und nicht als Regelfall zu verstehen.

Zuzustimmen ist hingegen der Kritik, dass die Bestimmung des Art 13 Abs 3 leg cit eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers⁶⁶⁰ und somit ein Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers⁶⁶¹ bewirkt. Gem Art 13 Abs 3 leg cit kann der Unternehmer nämlich - sofern er nicht angeboten hat, die Waren selbst abzuholen - die Rückzahlung bei Kaufverträgen solange verweigern, bis er entweder die Waren wieder zurück erhalten hat oder bis der Verbraucher den Nachweis erbracht hat, dass er die Waren zurückgeschickt hat, je nachdem, was zeitlich früher eintritt.

In Zusammenschau mit der Bestimmung des Art 14 Abs 1 Verbraucher-RL, wonach der Verbraucher in jedem Fall bis spätestens 14 Tage ab Mitteilung des Widerrufsentschlusses die Waren an den Unternehmer zu übersenden hat, ergibt sich daraus die für den Verbraucher nachteilige Vorleistungspflicht. Insbesondere im Fall der Insolvenz des Unternehmers ist dieses Abgehen vom Zug-um-Zug-Prinzip⁶⁶², das nach österreichischem Zivilrecht auch auf Rückleistungsverpflichtungen nach § 1052 ABGB analog angewendet wird⁶⁶³, für den Verbraucher ausgesprochen unbefriedigend, da er nach Erklärung des Widerrufs die Ware zurück zu senden hat, selbst aber nur eine der Insolvenzquote entsprechende Rückzahlung erhält. Weiters bewirkt diese

⁶⁵⁷ Art 13 Abs 1 Unterabs 1 Verbraucher-RL.

⁶⁵⁸ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1059.

⁶⁵⁹ § 4 Abs 1 KSchG für Haustürgeschäfte und § 5g Abs 1 KSchG für Fernabsatzverträge.

⁶⁶⁰ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, FN 91; zum RL-Entwurf *Schauer* in *Jud/Wendehorst*, 114.

⁶⁶¹ *Lurger*, Widerrufsrechte in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 90 f.

⁶⁶² So § 5g KSchG.

⁶⁶³ *Aicher* in *Rummel*³, § 1052 Rz 4.

Vorleistungspflicht des Verbrauchers unabhängig vom Insolvenzrisiko des Unternehmers, dass er seine Rückzahlung leisten muss, im Gegenzug allerdings eine erst durchzusetzende Forderung erlangt und somit in die für ihn nachteilige Klägerrolle gedrängt wird⁶⁶⁴.

Das Abweichen vom Zug-um-Zug Prinzip erfolgte ohne sachliche Rechtfertigung zu Lasten des Verbrauchers mit der Begründung, dass der Unternehmer nicht verpflichtet sein soll, einem Verbraucher, der die Ware nicht zurückgegeben hat, den Preis zu erstatten⁶⁶⁵. Diese Argumentation ließe sich genauso gut zu Gunsten des Verbrauchers umdrehen, warum ein Verbraucher die Ware zurückerstatten soll, solange er den Kaufpreis noch nicht zurück erhalten hat. Aus diesem Grund wäre mE de lege ferenda das Zug-um-Zug Prinzip bei der Rückabwicklung im Widerrufsfall der fairste Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmers und des Verbrauchers. Dem kann freilich wertungsmäßig entgegen gehalten werden, dass das Abgehen vom Zug-um-Zug Prinzip für den Fall der Rückabwicklung nach Ausübung des Widerrufsrechtes dadurch gerechtfertigt ist, dass dem Verbraucher überhaupt das Widerrufsrecht eingeräumt wird, das es ihm ermöglicht, einen wirksamen Vertrag ohne Angabe von Gründen aufzulösen⁶⁶⁶.

Der österreichische Gesetzgeber wird bei der Umsetzung dieser Regelung vor derselben Schwierigkeit wie 1998 vor der Umsetzung der mit einer ähnlichen Schwierigkeit gespickten Bestimmung des Art 6 Abs 2 Fernabsatz-RL stehen. Er hat sich damals entschieden, diese Bestimmung nicht zu übernehmen, da sie „widersprüchlich ist und mit den Grundsätzen der Rückabwicklung eines Rechtsgeschäfts nach dem Rücktritt eines Vertragspartners nicht in Einklang gebracht werden kann.“⁶⁶⁷.

Art 6 Abs 2 Fernabsatz-RL sieht vor, dass eine vom Verbraucher geleistete Zahlung „sobald wie möglich, in jedem Fall jedoch binnen 30 Tagen“ zu erstatten ist. Der österreichische Gesetzgeber hat hierzu in der Regierungsvorlage zum Fernabsatz-Gesetz⁶⁶⁸ zutreffend ausgeführt, dass mit der RL-Regelung der Eintritt des Verzuges des Unternehmers unklar ist. Einerseits müsste der Verzug immer dann eintreten, wenn der Unternehmer die Zahlung nicht „so bald wie möglich“ erstattet, wobei in diesem Fall die 30-tägige

⁶⁶⁴ Lurger in Bydlinski/Lurger 91.

⁶⁶⁵ ErWG 32 RL-Entwurf.

⁶⁶⁶ Bydlinski, Allgemeines Verbrauchervertragsrecht in Bydlinski/Lurger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 109.

⁶⁶⁷ ErläutRV 1998 BlgNr 20. GP 28.

⁶⁶⁸ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über den Vertragsabschluß im Fernabsatz in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 sowie das Produkthaftungsgesetz geändert werden.

Frist kaum eine Bedeutung hätte. Andererseits würde aber die Auslegung dahingehend, dass der Unternehmer grs 30 Tage für die Rückerstattung Zeit hätte, seine Verpflichtung zur Leistung „sobald wie möglich“ aushebeln.

Damals war es aufgrund des Mindestharmonisierungsansatzes der Fernabsatz-RL noch möglich, dieses Problem auf die Weise zu lösen, in § 5g Abs 1 KSchG die aus Sicht des Verbrauchers ohnehin ausgesprochen lange 30-Tagesfrist nicht aufzunehmen⁶⁶⁹. Eine solche Lösung ist freilich bei der Umsetzung der gegenständlichen RL aufgrund des Vollharmonisierungsprinzips nicht mehr möglich.

Die Neuregelung zieht die Konsequenz nach sich, dass der Verbraucher bei Nichtzurücksendung der Waren automatisch nach 14 Tagen in Schuldnerverzug gerät⁶⁷⁰, zu einem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer womöglich seine Leistung selbst noch nicht (real) angeboten hat, womit auch die Preisgefahr auf ihn über geht.

4.6. Rückabwicklung – Pflichten des Verbrauchers im Widerrufsfall

a. Zurücksendung der Waren

Der Verbraucher hat die Waren im Widerrufsfall an den Unternehmer oder an eine vom Unternehmer zur Entgegennahme ermächtigte Person zurückzusenden oder zu übergeben, sofern der Unternehmer nicht angeboten hat, die Waren selbst abzuholen⁶⁷¹.

b. Frist

Die Zurücksendung der Waren durch den Verbraucher hat unverzüglich, jedenfalls aber spätestens binnen 14 Tagen ab dem Tag, an dem er den Unternehmer über seinen Widerruf unterrichtet hat, zu erfolgen. Es wird in der Verbraucher-RL ausdrücklich geregelt, dass für die Fristwahrung das Absenden innerhalb der 14-tägigen Frist ausreicht⁶⁷².

c. Kostentragung durch den Verbraucher

Der Verbraucher hat im Widerrufsfall für die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren aufzukommen, wenn der Unternehmer nicht der Kostentragung zugestimmt oder es entgegen seiner Verpflichtung nach Art 6

⁶⁶⁹ ErläutRV 1998 BlgNr 20. GP 28.

⁶⁷⁰ Föhlisch, MMR 2009, 78.

⁶⁷¹ Art 14 Abs 1 Unterabs 1 Verbraucher-RL.

⁶⁷² Art 14 Abs 1 Unterabs 1 Satz 1 Verbraucher-RL.

Abs 1 lit i Verbraucher-RL unterlassen hat⁶⁷³, den Verbraucher darüber zu informieren, dass er im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat⁶⁷⁴.

Ihm werden somit die „Rücksendekosten“ aufgebürdet, was als Ausgleich für das Aufkommen für die „Hinsendekosten“ durch den Verbraucher angesehen werden kann⁶⁷⁵ und darüber hinaus auch der Praxis der Verbraucher, unüberlegt in Kenntnis ihres Widerrufsrechts Sachen zu bestellen, den Vertrag zu widerrufen und die Ware zu retournieren, Einhalt gebieten soll⁶⁷⁶.

Diese Regelung bedeutet für das österreichische Verbraucherrecht eine inhaltliche Neuerung für Fernabsatzverträge, da derzeit nach § 5g Abs 2 KSchG nur bei entsprechender Parteienvereinbarung die Rücksendekosten der Verbraucher zu tragen hat⁶⁷⁷. Aufgrund der gegenständlichen RL hat der Verbraucher hinkünftig von Gesetzes wegen die Rücksendekosten zu tragen. Da die Rücksendekosten in AGB der Unternehmer allerdings ohnehin regelmäßig auf die Verbraucher überwälzt wurden, wird die Neuregelung faktisch keinen großen Unterschied bewirken.

Für den Fall, dass bei einem Haustürgeschäft die Waren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Wohnung des Verbrauchers geliefert worden sind, hat der Unternehmer im Widerrufsfall die Waren auf eigene Kosten abzuholen, wenn die Waren so beschaffen sind, dass sie normalerweise nicht per Post zurückgesandt werden können, wie dies etwa bei großen sperrigen Möbeln der Fall ist⁶⁷⁸.

d. Haftung für einen Wertverlust

Für einen allfälligen Wertverlust der Waren haftet der Verbraucher nur dann, wenn dieser Wertverlust auf einen Umgang zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war und wenn er vom Unternehmer gem Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL über sein Widerrufsrecht belehrt wurde⁶⁷⁹.

Zur Prüfung der Beschaffenheit und Funktionsweise einer Ware ist er

⁶⁷³ Vgl hierzu das 4. Kap III.2.1.i. „Rücksendekosten im Widerrufsfall“.

⁶⁷⁴ Art 14 Abs 1 Unterabs 2 Verbraucher-RL.

⁶⁷⁵ Föhlisch, MMR 2009, 78.

⁶⁷⁶ Rühl, Die Kosten der Rücksendung bei Fernabsatzverträgen: Verbraucherschutz versus Vertragsfreiheit? EuZW 2005, 199.

⁶⁷⁷ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1059.

⁶⁷⁸ Art 14 Abs 1 Unterabs 3 Verbraucher-RL; Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2011/111, 1059.

⁶⁷⁹ Art 14 Abs 2 Verbraucher-RL.

berechtigt, mir ihr so umzugehen oder sie so auszuprobieren, wie es den Verkehrssitten in einem Ladengeschäft entspricht⁶⁸⁰. Kleidungsstücke etwa dürfen Kunden in einem Geschäft anprobieren, hingegen nicht länger tragen. Damit soll der Verbraucher bei Abschluss eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes einem Käufer gleich gestellt werden, der die Ware in einem Geschäft sieht und überprüfen kann⁶⁸¹. Er soll aber auch nicht besser gestellt werden, weshalb bspw. die Ingebrauchnahme von Kaffeemaschinen, Kopfhörern oder Fritteusen – die ja auch in Einkaufsläden nicht in Betrieb genommen werden dürfen – wertersatzpflichtig macht⁶⁸². Die genaue Abgrenzung zwischen notwendigem Ausprobieren der Ware und Nutzung könnte in der Praxis größere Schwierigkeiten bereiten⁶⁸³, zumal die Grenzen freilich fließend sind und das Kriterium, was man mit der Ware üblicherweise in einem Geschäft machen darf, als ziemlich vage bezeichnet werden kann. Jedenfalls ist ein Verbraucher gut beraten, wenn er die Waren während der Widerrufsfrist sorgfältig behandelt⁶⁸⁴.

Der Ersatz des Wertverlustes der Ware, der auf einen den notwendigen Gebrauch übersteigenden Umgang zurückzuführen ist, erfolgt nach allgemeinem Bereicherungsrecht. Wird etwa ein Flachbildmonitor über 43 Stunden in Gebrauch genommen, stellt dies jedenfalls eine Überschreitung des zulässigen Ausprobierens dar⁶⁸⁵. Die mit dieser - im Verhältnis zur Lebensdauer eines solchen technischen Gerätes - kurzzeitigen Benützung erfolgte überproportionale Wertminderung kann dem Verbraucher auferlegt werden und nicht nur die Wertminderung im Rahmen eines „linearen Wertverlaufs“.

Dieser Ersatz des Wertverlustes ist in Österreich bereits durch § 4 Abs 1 Z 2 KSchG für Haustürgeschäfte und durch § 5g Abs 1 Z 2 KSchG für Fernabsatzverträge bekannt, die dem Verbraucher jeweils die Verpflichtung zur Entschädigung der mit der Benützung verbundenen Minderung des gemeinen Wertes der Leistung auferlegen. Überdies sehen § 4 Abs 1 Z 2 und § 5g Abs 1 Z 2 KSchG darüber hinaus vor, dass bei der Rückabwicklung im Fall des Rücktritts der Verbraucher dem Unternehmer auch ein Entgelt für die Benützung zu leisten hat. Aufgrund des Vollharmonisierungsprinzips der gegenständlichen RL sowie aufgrund der Regelung des Art 14 Abs 5 Verbraucher-RL, wonach der Verbraucher bei Ausübung seines

⁶⁸⁰ ErWG 47 Verbraucher-RL.

⁶⁸¹ So, wenn auch zum Ersatz des Wertverlustes nach der Fernabsatz-RL - *Karl*, HG Wien: Benutzungsentgelt bei Widerruf eines Fernabsatzvertrags, MMR 2005, 830.

⁶⁸² *Buchmann/Föhlisch*, „Globales Leihhaus Internet“ statt Onlinehandel? – Wertersatz für Nutzungen nach fernabsatzrechtlichem Widerruf, MMR 2010, 3.

⁶⁸³ *Föhlisch*, MMR 2009, 75.

⁶⁸⁴ ErWG 47 Verbraucher-RL.

⁶⁸⁵ OGH 27.9.2005, 1 Ob 110/05s.

Widerrufsrechtes nicht über die in den in Art 13 Abs 2 und Art 14 Verbraucher-RL getroffenen Regelungen hinaus in Anspruch genommen werden kann, wird diese Verpflichtung zur Leistung auch eines Benützungsentgeltes im Zuge der Umsetzung der Verbraucher-RL nicht aufrecht erhalten werden können. Mit der Nichtauferlegung von Benützungsentgelt wird im Übrigen der Rsp des EuGH Rechnung getragen, der zu Art 6 Abs 2 Fernabsatz-RL festgestellt hat, dass die generelle Auferlegung eines Wertersatzes für die Nutzung der Waren mit den Zielen der Fernabsatz-RL und den Regelungen über das Widerrufsrecht unvereinbar ist, da ein Verbraucher ansonsten nur gegen Zahlung dieses Benützungsentgelts sein Widerrufsrecht ausüben könnte und damit die Effektivität des Rechts auf Widerruf beeinträchtigt wäre⁶⁸⁶.

e. *Sonderregelung bei Beginn der Dienstleistung oder Lieferung von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme während der Widerrufsfrist*

Art 14 Abs 3 Verbraucher-RL hält eine Sonderregelung für den Fall bereit, dass der Verbraucher wollte, dass die Dienstleistung oder die Lieferung von volums- und mengenmäßig nicht begrenztem Wasser, Gas oder Strom oder von Fernwärme während der Widerrufsfrist beginnt⁶⁸⁷. Es handelt sich dabei um „Waren, die nicht zurück gegeben werden können“⁶⁸⁸.

In Zusammenschau mit Art 14 Abs 4 Verbraucher-RL müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit der Verbraucher einen aliquoten Betrag für die erbrachten Leistungen zu bezahlen hat⁶⁸⁹:

- Der Unternehmer muss den Verbraucher dazu aufgefordert haben, ein ausdrückliches Verlangen zu erklären, mit der Erbringung der Dienstleistung während der Widerrufsfrist zu beginnen⁶⁹⁰.
- Der Verbraucher muss verlangt haben, dass die Leistungserbringung während der Widerrufsfrist beginnen soll.
- Der Unternehmer muss den Verbraucher über sein Widerrufsrecht informiert haben⁶⁹¹.
- Der Unternehmer muss den Verbraucher auch über die Zahlungspflicht im Fall des Widerrufs bei vorzeitigem Lieferbeginn informiert haben⁶⁹².

⁶⁸⁶ EuGH 3.9.2009, C-489/07, *Pia Messner/Stefan Krüger*, Slg 2009, I-07315, Rz 22 ff.

⁶⁸⁷ Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL.

⁶⁸⁸ *Lurger* in *Bydlinski/Lurger* 80.

⁶⁸⁹ *Lurger* in *Bydlinski/Lurger* 82.

⁶⁹⁰ Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL.

⁶⁹¹ Art 6 Abs 1 lit h Verbraucher-RL.

⁶⁹² Art 6 Abs 1 lit j Verbraucher-RL.

Der Verbraucher hat bei Widerruf eines der angeführten Verträge einen aliquoten Betrag zu bezahlen, der dem entspricht, was bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Unternehmer über die Ausübung des Widerrufsrechtes informiert, im Vergleich zum Gesamtumfang der vertraglich vereinbarten Leistungen geleistet worden ist. Dieser anteilige Betrag ist auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten Gesamtpreises zu berechnen. Ist der Gesamtpreis aber überhöht, wird der anteilige Betrag auf Basis des Marktwerts der erbrachten Leistung berechnet. Der Marktwert ist dabei anhand eines Vergleiches des Preises mit dem Preis einer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von anderen Unternehmern erbrachten gleichwertigen Dienstleistung zu ermitteln⁶⁹³.

Diese Regelung weicht von der Fernabsatz-RL ab, wonach Dienstleistungsverträge, bei denen die Ausführung der Dienstleistung mit Zustimmung des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen hat, gänzlich vom Widerrufsrecht ausgenommen sind⁶⁹⁴.

Argumentum e contrario kann der Verbraucher innerhalb der Widerrufsfrist von einem Dienstleistungsvertrag zurücktreten und hat für die Erbringung der Dienstleistung während der Widerrufsfrist nicht aufzukommen, wenn er der bereits begonnenen Ausführung nicht ausdrücklich zugestimmt hat. Nachvollziehbar ist diesbezüglich daher die Sorge der Unternehmer wegen der Abgrenzung allein durch das Kriterium der „ausdrücklichen Zustimmung“ Dienstleistungen unter Umständen bei berechtigtem Widerruf „gratis“ zu erbringen⁶⁹⁵. Unternehmer sind in diesem Zusammenhang gut beraten, nicht nur den Verbraucher gem Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL dazu aufzufordern, ein ausdrückliches Verlangen des Beginns der Dienstleistung während der Widerrufsfrist auf einem dauerhaften Datenträger zu erklären, sondern auch den Erhalt der Erklärung des Verbrauchers auf einem dauerhaften Datenträger aus Beweissicherungsgründen tatsächlich abzuwarten.

Der Verbraucher hat hingegen dann keinen Betrag für während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise geliefertes Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme zu bezahlen, wenn es der Unternehmer unterlassen hat, den Verbraucher gem Art 6 Abs 1 lit h oder j leg cit über das Widerrufsrecht oder die Tatsache, dass er im Widerrufsfall verpflichtet ist, einen aliquoten Betrag zu

⁶⁹³ ErwG 50 Verbraucher-RL.

⁶⁹⁴ Art 6 Abs 3 Fernabsatz-RL, umgesetzt durch § 5f Z 1 KSchG.

⁶⁹⁵ Positionspapier der Wirtschaftskammer Österreich zum Richtlinien-vorschlag über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg vom 16.02.2009, 5.

bezahlen, zu informieren⁶⁹⁶.

Ebenso wenig hat er einen Betrag für während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise geliefertes Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme zu bezahlen, wenn er nicht ausdrücklich auf einem dauerhaften Datenträger den Beginn der Lieferung während der Widerrufsfrist verlangt hat⁶⁹⁷.

In diesen Fällen des Art 14 Abs 4 lit a Verbraucher-RL, wenn der Unternehmer seine Informationspflicht verletzt hat, hat die Verletzung die Sanktion des „Gratisbezuges“⁶⁹⁸ zur Folge. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang unter Verweis auf die Gesetzessystematik und unter Rückgriff auf teleologische Gesichtspunkte die Ansicht vertreten, dass der in Art 14 Abs 4 leg cit normierte Gratisbezug auf den Grundfall der 14-tägigen Widerrufsfrist des Art 9 Abs 2 Verbraucher-RL beschränkt ist⁶⁹⁹. Ins Treffen geführt werden für diese Argumentation zum einen die Verweise des Art 14 Abs 3 Verbraucher-RL auf die Artt 7 Abs 3 und 8 Abs 8, welche ihrerseits wiederum ausschließlich auf Art 9 Abs 2 Verbraucher-RL Bezug nehmen, der den Grundfall der 14-tägigen Widerrufsfrist zum Inhalt hat. Zum anderen wird angeführt, dass es sehr unwahrscheinlich sei, dass der Gesetzgeber ein Vierundzwanzigfaches an Gratisbezug im Fall der Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht gem Art 10 Abs 1 leg cit beabsichtigt habe⁷⁰⁰.

Meiner Ansicht nach steht dieser Auslegung der Wortlaut der Bestimmung des Art 14 Abs 4 lit a sowie die Systematik der Art 14 Abs 3 und Abs 4 Verbraucher-RL entgegen. So regelt ausschließlich Abs 4 den Gratisbezug, der selbst nicht unmittelbar auf Art 9 Abs 2 Bezug nimmt, sondern allgemein formuliert, dass der Verbraucher für Dienstleistungen, Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme, die „während der Widerrufsfrist“ ganz oder teilweise erbracht wurden, unter den erwähnten Voraussetzungen nicht aufzukommen hat. Die Widerrufsfrist wiederum wird durch Art 9 Abs 2 und Art 10 Verbraucher-RL geregelt und beträgt je nach Belehrung durch den Unternehmer 14 Tage oder 14 Tage und 12 Monate. Es bleibt mE aufgrund des klaren Wortlautes des Art 14 Abs 4 kein Spielraum für eine teleologische oder historische Interpretation, die sich vorrangig auf einen mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers stützt. Letztlich wird diese Frage selbstverständlich der EuGH aufgrund des Auslegungsmonopols gem Art 267 AEUV zu beantworten haben.

⁶⁹⁶ Art 14 Abs 4 lit a Verbraucher-RL; vgl 4. Kap III.2.4.c. „Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht“.

⁶⁹⁷ Art 14 Abs 4 lit a Verbraucher-RL; vgl 4. Kap III.2.4.c. „Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht“.

⁶⁹⁸ Lurger in Bydlinski/Lurger 82.

⁶⁹⁹ Lurger in Bydlinski/Lurger 83.

⁷⁰⁰ Lurger in Bydlinski/Lurger 83.

f. Sonderregelung für digitale Inhalte

Unter den folgenden Umständen hat der Verbraucher für die vollständige oder teilweise Bereitstellung von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, im Widerrufsfall nicht aufzukommen⁷⁰¹:

- wenn sich der Verbraucher nicht vor Bereitstellung ausdrücklich damit einverstanden erklärt hat, dass der Vertrag innerhalb der Widerrufsfrist erfüllt wird;
- wenn der Verbraucher nicht zur Kenntnis genommen hat, dass er mit seiner Zustimmung sein Widerrufsrecht verliert, sowie
- wenn es der Unternehmer unterlassen hat, dem Verbraucher eine Bestätigung des Vertrages samt Bestätigung der vorher ausdrücklich erklärten Zustimmung und der Kenntnisnahme des Verbrauchers gem Art 16 lit m auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen⁷⁰².

Im Unterschied zum Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes über den Bezug von Strom, Wasser, Gas oder Fernwärme, entfällt daher eine Ersatzpflicht im Fall des ausgeübten Widerrufs eines Vertrages über die Bereitstellung von digitalen Inhalten unter den vorstehend angeführten Voraussetzungen zur Gänze und führt der Widerruf nicht zu einer anteiligen Ersatzpflicht. Diese, von Dienstleistungsverträgen und Verträgen über die Lieferung von Gas, Wasser, Strom und Fernwärme abweichende Regelung über die Sanktion des Gratisbezuges wird in der Literatur als sachlich nicht rechtfertigbar kritisiert⁷⁰³. Bei Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht durch den Unternehmer und entsprechender Verlängerung der Widerrufsfrist um 12 Monate hat dies bspw bei einem Spiele-App für den Verbraucher zur Konsequenz, dass er, wenn er nach einem Jahr bei Vorliegen einer der vorstehend angeführten Voraussetzungen den Vertrag widerruft, das ganze Spiel durchgespielt haben kann, ohne hierfür ein Entgelt bezahlen zu müssen⁷⁰⁴. In Anbetracht der Regelung des Art 14 Abs 5 Verbraucher-RL darf innerstaatlich für diesen Fall auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Unternehmers gegen den Verbraucher für die Benützung vorgesehen werden.

Eine Zusammenschau von Art 14 Abs 4 lit b mit Art 16 lit m Verbraucher-RL, welcher das Widerrufsrecht für Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte unter bestimmten Voraussetzungen ausschließt, ergibt für eine besondere

⁷⁰¹ Art 14 Abs 4 lit b Verbraucher-RL.

⁷⁰² Vgl die Informationspflichten nach Art 7 Abs 2 und Art 8 Abs 7 Verbraucher-RL.

⁷⁰³ Lurger in Bydlinski/Lurger 86.

⁷⁰⁴ Maimer, MR 2012, 47 (49).

Fallkonstellation einen „Gratisbezug“ des Verbrauchers bei gleichzeitigem Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit des Vertrages: Wenn die Ausführung mit vorheriger ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen und der Verbraucher zur Kenntnis genommen hat, dass er hierdurch sein Widerrufsrecht verliert, es jedoch der Unternehmer gleichzeitig unterlassen hat, eine Bestätigung gem Art 7 Abs 2 oder Art 8 Abs 7 Verbraucher-RL zur Verfügung zu stellen, kann der Verbraucher zwar den Vertrag aufgrund Art 16 lit m Verbraucher-RL nicht widerrufen, ihn trifft aber gleichzeitig nach Art 14 Abs 4 lit b leg cit keine Zahlungspflicht⁷⁰⁵. Hierbei handelt es sich wohl um einen dem europäischen Gesetzgeber legislativ unterlaufenen Fehler – es schließt sich denkllogisch aus, einerseits unter „Pflichten des Verbrauchers im Widerrufsfall“ (so die Überschrift des Art 14 Verbraucher-RL) den Fall, dass der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung gem Art 7 Abs 2 oder Art 8 Abs 7 leg cit nicht zur Verfügung stellt, zu regeln und dafür den Entfall der Zahlungspflicht des Verbrauchers vorzusehen, gleichzeitig aber eine Ausnahme vom Widerrufsrecht vorzusehen, sodass unter gewissen Voraussetzungen Nichtzahlung bei Widerruf und gleichzeitigem Ausschluss des Widerrufs vorgesehen ist⁷⁰⁶.

g. Harmonisierungsgrad

Aufgrund der Ausübung seines Widerrufsrechtes darf der Verbraucher nicht über die Regelungen des Art 13 Abs 2 sowie Art 14 Verbraucher-RL hinaus in Anspruch genommen werden⁷⁰⁷.

4.7. Wirkung des Widerrufs auf akzessorische Verträge

Übt der Verbraucher sein Recht auf Widerruf eines Fernabsatzvertrages oder Haustürgeschäftes gem Artt 9 ff Verbraucher-RL aus, so werden automatisch alle akzessorischen Verträge beendet, ohne dass dem Verbraucher dafür weitere als gem Art 13 Abs 2 und 14 Verbraucher-RL vorgesehene Kosten entstehen dürfen⁷⁰⁸. Die Einzelheiten bezüglich der Beendigung dieser akzessorischen Verträge haben die Mitgliedstaaten festzulegen⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Lurger in Bydlinski/Lurger, 87.

⁷⁰⁶ Vgl hierzu auch den Rohentwurf des Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden und ein Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge erlassen wird, Seite 11, Punkt 2. zu § 16 Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge; Lurger in Bydlinski/Lurger, 87.

⁷⁰⁷ Art 14 Abs 5 Verbraucher-RL.

⁷⁰⁸ Art 15 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁷⁰⁹ Art 15 Abs 2 Verbraucher-RL.

Dieser Tatbestand entspricht jenem des Art 6 Abs 1 Fernabsatz-RL und unterscheidet sich davon lediglich durch die Herausnahme der Definition des akzessorischen Vertrages aus dem Tatbestand des Art 15 und Aufnahme in den Katalog der Legaldefinitionen des Art 2 Z 15 Verbraucher-RL.

Bei einem akzessorischen Vertrag handelt es sich um einen Vertrag, mit dem der Verbraucher Waren oder Dienstleistungen erwirbt, die im Zusammenhang mit einem Fernabsatzvertrag oder Haustürgeschäft stehen und bei dem diese Waren oder Dienstleistungen entweder vom Unternehmer oder von einem Dritten auf Grundlage einer Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Unternehmer erbracht oder geliefert werden⁷¹⁰. Bei dem Fernabsatzvertrag oder Haustürgeschäft und dem akzessorischen Vertrag ist somit von einer „wirtschaftlichen Einheit“ auszugehen⁷¹¹. Ein typisch akzessorischer Vertrag wäre bspw ein Versicherungsvertrag, der in einem mit einem Kaufvertrag abgeschlossen wird, wie zB eine Diebstahlversicherung bei einem Fahrradkauf⁷¹².

§ 5h Abs 1 KSchG sollte die Bestimmung des Art 6 Abs 1 Fernabsatz-RL umsetzen, sieht jedoch bei Widerruf des Fernabsatzvertrages lediglich für akzessorische Kreditverträge vor, dass diese automatisch beendet werden. Im Zuge der Umsetzung der gegenständlichen RL besteht insofern Anpassungsbedarf, als die Beendigungswirkung auf sämtliche zu Fernabsatzverträgen oder Haustürgeschäften akzessorischen Verträge auszudehnen ist.

Art 15 der Verbraucherkredit-RL⁷¹³, der das Schicksal des verbundenen Vertrages bei Widerruf des Vertrages über die Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen regelt, soll durch die Bestimmungen des RL-Entwurfes unberührt bleiben.

4.8. Ausnahmen vom Widerrufsrecht

In Art 16 Verbraucher-RL findet sich eine Reihe von Ausnahmen vom Widerrufsrecht. In der Literatur wird vor allem diese Regelung als enttäuschend empfunden, da in diesem Bereich eine Verstärkung von Ungerechtigkeit und Unklarheit gesehen wird⁷¹⁴, der Ausnahmekatalog des Art 16 Verbraucher-RL

⁷¹⁰ Art 2 Z 15 Verbraucher-RL.

⁷¹¹ Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger² (2007) § 5h KSchG Rz 1.

⁷¹² Lurger in Bydlinski/Lurger, 92.

⁷¹³ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates.

⁷¹⁴ Föhlisch, MMR 2009, 79 zu den Ausnahmen im RL-Entwurf.

als Lobbyistenwerk erscheint⁷¹⁵ und viele der Ausnahmen für sachlich nicht rechtfertigbar gehalten werden⁷¹⁶.

Ausnahmen vom Widerrufsrecht sollten grs wertungsmäßig eigentlich solche Fälle erfassen, in denen die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers typischerweise nicht gegeben ist oder der Widerruf den Unternehmer unverhältnismäßig härter träfe als den Verbraucher die Vertragsbindung⁷¹⁷.

Teilweise wurde bei Erstellung des Ausnahmenkatalogs auf die Ausnahmebestimmungen zum Widerrufsrecht der Fernabsatz-RL zurückgegriffen⁷¹⁸, womit eine Ausdehnung dieser Ausnahmen auch auf Haustürgeschäfte erfolgte⁷¹⁹, für welche bislang keine Ausnahmen vom Widerrufsrecht normiert waren⁷²⁰.

Es können beim Katalog der Ausnahmebestimmungen des Art 16 Verbraucher-RL zwei verschiedene Gruppen von Ausnahmefällen erfasst werden: Einerseits die Ausnahmen nach lit a hinsichtlich Dienstleistungsverträgen und nach lit m hinsichtlich Verträgen über digitale Inhalte und andererseits sämtliche andere Ausnahmebestimmungen gem lit b bis lit l. Bei der ersten Gruppe besteht eine Informationspflicht des Unternehmers, die gestaltend wirkt, dh bei Nichterteilung behält der Verbraucher sein Widerrufsrecht, während bei der zweiten Gruppe der Unternehmer den Verbraucher zwar im Rahmen der allgemeinen Informationspflichten nach Art 6 Abs 1 lit k Verbraucher-RL über das Widerrufsrecht zu informieren hat, dem Verbraucher aber auch bei Verletzung dieser Informationspflicht kein Widerrufsrecht zusteht⁷²¹.

a. Dienstleistungsverträge

Zunächst sind Dienstleistungsverträge, bei denen die Dienstleistung vollständig erbracht worden ist, unter folgenden Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, vom Widerrufsrecht ausgenommen:

- der Unternehmer hat den Vertrag bereits vollständig erfüllt,
- der Verbraucher hat der vorzeitigen Dienstleistungserbringung ausdrücklich zugestimmt,

⁷¹⁵ Föhlisch, Umsetzung der VRRL: Neue Ausnahmen vom Widerrufsrecht, <http://www.shopbetreiber-blog.de/2012/10/19/umsetzung-der-vrrl-neue-ausnahmen-vom-widerrufsrecht/> (23.6.2013).

⁷¹⁶ Lurger in Bydlinski/Lurger, 65.

⁷¹⁷ ErläutRV 1998 BlgNR 20. GP 26; Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger² (2007) § 5f KSchG Rz 1; Apathy in Schwimann³ (2006) § 5f KSchG Rz 1.

⁷¹⁸ Art 6 Abs 3 Fernabsatz-RL.

⁷¹⁹ Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 410.

⁷²⁰ Haidmayer, ecolex 2012, 194.

⁷²¹ Lurger in Bydlinski/Lurger, 64.

- der Verbraucher hat zur Kenntnis genommen, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert⁷²².

Wurde hingegen die Dienstleistung nach vorheriger ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers nur teilweise erbracht, so kann er, wie bereits ausgeführt⁷²³, den Vertrag widerrufen und hat für die erbrachte Dienstleistung einen aliquoten Betrag zu entrichten⁷²⁴.

Diese unterschiedliche Regelung von Dienstleistungsverträgen, bei welchen die Dienstleistung vollständig erbracht wurde und solchen, bei welchen die Dienstleistung teilweise erbracht wurde, führt dazu, dass ein Verbraucher möglichst rasch entscheiden sollte, ob er einen Dienstleistungsvertrag widerrufen möchte: Während er bei vollständig erbrachter Dienstleistung vom Vertrag nicht zurücktreten kann und das gesamte vertraglich vereinbarte Entgelt zu entrichten hat, hat er bei einem Dienstleistungsvertrag, bei dem die Dienstleistung bspw. zu 99 % erbracht wurde, im Fall des Widerrufs den Vorteil, dass er u.U., wenn der Marktwert unter dem vertraglich vereinbarten Entgelt gelegen ist, nur 99 % vom Marktwert zu leisten hat und sich so die Differenz vom Marktwert zum vereinbarten Kaufpreis erspart⁷²⁵. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich.

b. Waren mit vom Finanzmarkt abhängigen Preisschwankungen

Die Ausnahme gem. Art. 16 lit. b Verbraucher-RL, dass Verträge über die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen vom Widerrufsrecht ausgenommen sein sollen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat, wurde von der Fernabsatz-RL übernommen und gilt hinkünftig auch für Haustürgeschäfte⁷²⁶. Sie soll Spekulationen der Verbraucher zu Lasten der Unternehmer vorbeugen⁷²⁷.

c. Nach Kundenspezifikationen angefertigte Waren

Unangemessen nachteilig für den Unternehmer wäre ein Widerrufsrecht bei Waren, die

- nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder
- eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers

⁷²² Art. 16 lit. a Verbraucher-RL.

⁷²³ Siehe 4. Kap. III.4.6.e.

⁷²⁴ Art. 14 Abs. 3 Verbraucher-RL.

⁷²⁵ Vgl. die Regelung des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 Verbraucher-RL.

⁷²⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 3 2. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁷²⁷ Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger² (2007) § 5f. KSchG Rz. 1; Lurger in Bydlinski/Lurger, 66.

zugeschnitten sind⁷²⁸.

Es handelt sich dabei um Waren, die vom Unternehmer nicht auf Vorrat angefertigt, sondern nur auf Grund der Bestellung des Verbrauchers angefertigt wurden. Exemplarisch wird in den ErWG die Lieferung von Maß gefertigten Vorhängen angeführt⁷²⁹. Da solche Waren tendenziell schwerer abzusetzen sind und sie der Unternehmer meist nur mit erheblichen wirtschaftlichen Verlusten weiter veräußern kann⁷³⁰, erscheint diese Ausnahme auch sachlich gerechtfertigt. Auch diese Warengruppe wird bislang schon von den Ausnahmen vom Widerrufsrecht in der Fernabsatz-RL erfasst⁷³¹.

d. Schnell verderbliche Waren

Weiters sind solche Waren, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde, vom Widerrufsrecht ausgenommen⁷³².

e. Versiegelte Waren

Auch von Verträgen über die Lieferung von versiegelten Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde, ist ein Widerruf nicht möglich⁷³³.

Es handelt sich hierbei um eine inhaltlich neue Ausnahmeregelung, die unter Druck der Interessenvertreter der Wirtschaft eingefügt wurde und einen Widerruf eines Vertrages über die Lieferung unter anderem von Kosmetika, Medikamenten oder Unterwäsche ausschließen soll.

Abzuwarten bleibt, wie das Tatbestandselement der „Versiegelung“ vom EuGH ausgelegt werden wird, etwa ob eine reine Cellophanhülle bereits eine derartige Versiegelung ist, bei deren Entfernung das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist⁷³⁴.

⁷²⁸ Art 16 lit c Verbraucher-RL.

⁷²⁹ ErWG 49 Verbraucher-RL.

⁷³⁰ Wagner, Verbraucherschutz bei Vertragsabschluss im Internet (2010) 148.

⁷³¹ Art 6 Abs 3 3. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁷³² Art 16 lit d Verbraucher-RL.

⁷³³ Art 16 lit e Verbraucher-RL.

⁷³⁴ Verneinend das OLG Hamm am 30.3.2010, 4 U 1212/09, siehe hierzu Föhlisch, Umsetzung der VRRL: Neue Ausnahmen vom Widerrufsrecht, <http://www.shopbetreiber-blog.de/2012/10/19/umsetzung-der-vrrl-neue-ausnahmen-vom-widerrufsrecht/> (23.6.2013).

f. Waren, die nach der Lieferung mit anderen Gütern vermischt werden

Verträge über solche Waren, die nach der Lieferung aufgrund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt werden, werden ebenfalls erstmalig durch die Verbraucher-RL ausdrücklich vom Widerrufsrecht ausgenommen⁷³⁵.

Als Beispiel für diese Ausnahme wird die Lieferung von Brennstoff angeführt⁷³⁶.

Es handelt sich bei diesem Ausnahmetatbestand um eine Gruppe jener Waren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Dieser Ausnahmetatbestand des Art 6 Abs 3 3. Spiegelstrich Fernabsatz-RL, innerstaatlich umgesetzt durch § 5f Z 3 KSchG, fand in den Ausnahmekatalog des Art 16 Verbraucher-RL zwar in dieser Formulierung keinen unmittelbaren Eingang, wurde allerdings durch Bestimmungen wie etwa lit f inhaltlich aufgegriffen. So wurde Heizöl, das in den Tank des Verbrauchers gepumpt wurde und zur Rücksendung deshalb ungeeignet ist, weil es durch Vermischung mit altem Öl nicht mehr rein ist und dem Unternehmer nicht mehr zum Verkauf möglich wäre⁷³⁷, exemplarisch dafür genannt, wann der Ausschluss des Widerrufsrechts zugunsten des Unternehmers angemessen ist, weil die Ware aufgrund ihrer Beschaffenheit für eine Rücksendung nicht geeignet ist.

g. Alkoholische Getränke

Eine weitere Ausnahme vom Widerrufsrecht stellen alkoholische Getränke dar, deren Preis beim Kaufvertragsabschluss vereinbart wurde, deren Lieferung erst nach 30 Tagen erfolgen kann und deren aktueller Wert von Schwankungen auf dem Markt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat⁷³⁸.

Beispielhaft werden in diesem Zusammenhang in den ErwG Verträge über Wein, der erst lange nach Abschluss eines Vertrages spekulativer Art geliefert wird, angeführt. Es hängt dabei der Wert des Weins von den Schwankungen der Marktpreise ab („vin en primeur“)⁷³⁹.

Diese Regelung, die im RL-Entwurf noch ausschließlich auf Wein zugeschnitten war⁷⁴⁰, erntete besonders viel Kritik. In der Literatur wird dieser

⁷³⁵ Art 16 lit f Verbraucher-RL.

⁷³⁶ ErwG 49 Verbraucher-RL.

⁷³⁷ Apathy in *Schwimann*³ (2006) § 5f KSchG Rz 4.

⁷³⁸ Art 16 lit g Verbraucher-RL.

⁷³⁹ ErwG 49 Verbraucher-RL.

⁷⁴⁰ Art 19 Abs 1 lit d RL-Entwurf.

Ausnahmetatbestand als "ein kasuistischer Tatbestand von einiger Kuriosität" bezeichnet⁷⁴¹, der - so die zynische Mutmaßung von *Föhlisch* - wohl auf dem Wege Eingang in den RL-Entwurf und nachfolgend in die Verbraucher-RL gefunden habe müssen, dass „der EU-Beamte, der die RL geschrieben hat, von der Weinhändlerlobby eine Kiste Wein geschickt bekommen und diese vor Abfassen des Richtlinienentwurfs ausgetrunken hat“⁷⁴².

Diese Ausnahme soll gewährleisten, dass das Widerrufsrecht nicht von Verbrauchern als Möglichkeit für Marktspekulationen missbraucht wird⁷⁴³.

h. Dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten

Eine Ausnahme hält der Katalog des Art 16 Verbraucher-RL für Verträge bereit, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich zu einem Besuch aufgefordert hat, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen⁷⁴⁴.

Diese Bestimmung erinnert an die sog „Anbahnungsgeschäfte“ iSd § 3 Abs 3 Z 1 KSchG, wonach ein Verbraucher dann von einem Haustürgeschäft nicht zurücktreten kann, wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten angebahnt hat⁷⁴⁵. Es hat der europäische Gesetzgeber zwar auch Anbahnungsgeschäfte mangels Ausnahmeregelung dem Anwendungsbereich der Verbraucher-RL unterstellt, dafür steht dem Verbraucher gem Art 16 lit h Verbraucher-RL für bestimmte von ihm angebaute Geschäfte kein Widerrufsrecht zu.

Erbringt der Unternehmer neben den dringenden Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten auch weitere vom Verbraucher nicht ausdrücklich verlangte Dienstleistungen oder liefert er Waren, die zur Instandhaltung oder Reparatur nicht unbedingt als Ersatzteile benötigt werden, so wird folgendermaßen differenziert: Es steht dem Verbraucher hinsichtlich der nicht ausdrücklich verlangten Dienstleistungen und Waren, die zur Instandhaltung oder Reparatur nicht unbedingt erforderlich sind, ein Widerrufsrecht zu, für die anderen hingegen nicht⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ Schauer in *Jud/Wendehorst*, 116.

⁷⁴² *Föhlisch*, MMR 2009, 79.

⁷⁴³ *Lurger* in *Bydlinski/Lurger*, 66.

⁷⁴⁴ Art 16 lit h Verbraucher-RL.

⁷⁴⁵ *Faber*, Jahrbuch Europarecht 2012, 410.

⁷⁴⁶ Art 16 lit h Satz 2 Verbraucher-RL.

i. Versiegelte Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware

Verträge über die Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder von Computersoftware in einer versiegelten Packung können nicht widerrufen werden, sofern die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde⁷⁴⁷.

Hierbei handelt es sich durchwegs um eine sachlich gerechtfertigte Ausnahme. Ist einmal die Versiegelung von einer solchen Ware entfernt worden, kann leicht eine Kopie der Inhalte angefertigt werden, ohne dass der Unternehmer technisch eine Möglichkeit hat, dies nachzuweisen. Würde dann aber die Möglichkeit des Widerrufs eröffnet sein, könnte dies den Handel mit Ton- und Videoaufnahmen wie auch von Computersoftware entsprechend belasten⁷⁴⁸.

j. Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierte

Wie auch schon bisher § 5f Z 5 KSchG in Umsetzung von Art 6 Abs 3 5. Spiegelstrich Fernabsatz-RL als Ausnahme normiert hat, können Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierten nicht widerrufen werden, Abonnement-Verträge über die Lieferung solcher Publikationen hingegen schon⁷⁴⁹.

k. Auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossene Verträge

Verträge, die auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossen werden, können ebenso wenig widerrufen werden. Siehe zu dieser Ausnahme im Detail das ausführliche Kapitel „Öffentliche Versteigerungen“⁷⁵⁰.

l. Freizeit-Dienstleistungen

Für Dienstleistungen in den Bereichen Beherbergung zu nicht-Wohnzwecken, Beförderung von Waren, Mietwagen, Lieferung von Speisen und Getränken und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Freizeitbetätigungen besteht auch bislang schon eine Ausnahme für Fernabsatzverträge. Sie werden in § 5c Abs 4 Z 2 KSchG unter dem Begriff der „Freizeit-Dienstleistungen“ zusammengefasst und bilden, wenn der Vertrag für die Erbringung einen spezifischen Termin oder Zeitraum vorsieht, einen weiteren Ausnahmetatbestand⁷⁵¹.

Die Ausnahmebestimmung für die Erbringung von Dienstleistung im

⁷⁴⁷ Art 16 lit i Verbraucher-RL.

⁷⁴⁸ Lurger in Bydlinski/Lurger, 66.

⁷⁴⁹ Art 16 lit j Verbraucher-RL.

⁷⁵⁰ 4. Kap IV. „Öffentliche Versteigerungen“.

⁷⁵¹ Art 16 lit l Verbraucher-RL.

Zusammenhang mit Mietwägen wird darauf zurückgeführt, dass diese Ausnahmebestimmung Auslegungsschwierigkeiten bereitet hat⁷⁵². So prüfte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens (Rs *easyCar*)⁷⁵³, ob das Vermieten eines Autos ohne Fahrer über das Internet unter die Ausnahmebestimmung „Erbringung von Dienstleistungen [im Bereich] Beförderung“ der Fernabsatz-RL zu subsumieren ist. Er kam zu dem Schluss, dass das Vermieten von Autos im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter den Begriff der „Beförderung“ fällt und es darüber hinaus der Schutzzweck der Ausnahmebestimmung gebiete, auch dem Entstehen von Nachteilen für Autovermietungsunternehmen durch die kostenlose und ohne Angaben von Gründen erfolgende Stornierung von Bestellungen von Dienstleistungen Einhalt zu gebieten.

Mit der ausdrücklichen Ausnahme von „Mietwägen“ aus den Regeln über das Widerrufsrecht wurde wohl dieser Entscheidung Rechnung getragen. Die noch im RL-Entwurf gewählte Variante, Dienstleistungen im Zusammenhang mit Mietwägen zur Gänze auch von den Informationspflichten auszunehmen, erschien demgegenüber überschießend, da der vom EuGH angeführte Zweck schon durch die bloße Ausnahme vom Widerrufsrecht erreicht wird⁷⁵⁴.

m. Digitale Inhalte

Zuletzt können Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, unter folgenden Voraussetzungen nicht widerrufen werden:

- die Ausführung der digitalen Inhalte hat begonnen,
- der Verbraucher hat vor der Ausführung ausdrücklich zugestimmt,
- der Verbraucher hat zur Kenntnis genommen, dass er bei Ausführung sein Widerrufsrecht verliert.⁷⁵⁵

Diese Regelung ist grs vergleichbar mit der Ausnahmeregelung für Verträge über Dienstleistungen, die vollständig erbracht wurden⁷⁵⁶. Hier wie dort handelt es sich um Leistungen, die nicht mehr zurückgegeben werden können⁷⁵⁷.

Im Detail unterscheiden sich die Regelungen für Dienstleistungsverträge gem lit a und für digitale Inhalte gem lit m in der Formulierung dadurch, dass bei

⁷⁵² KOM (2006)514.

⁷⁵³ EuGH 10.3.2005, C-336/03, *easyCar*, Slg 2005 I-01947.

⁷⁵⁴ Ebenso *Schauer* in *Jud/Wendehorst*, 107.

⁷⁵⁵ Art 16 lit m Verbraucher-RL.

⁷⁵⁶ Vgl Art 16 lit a Verbraucher-RL und Kapitel „Dienstleistungsverträge“ 4.III.4.8.a.

⁷⁵⁷ *Lurger* in *Bydlinski/Lurger*, 84.

ersteren das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Verbraucher zur Kenntnis genommen hat, dass er „sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert“, bei letzteren hingegen, wenn der Verbraucher zur Kenntnis genommen hat, dass er „sein Widerrufsrecht verliert“.

Es stellt sich die Frage, ob das Widerrufsrecht für Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte nur bei vollständig erbrachter Lieferung ausgeschlossen ist, oder auch bei teilweiser Lieferung.

Lurger vertritt in diesem Zusammenhang unter Kohärenzerwägungen die Ansicht, dass Art 16 lit m Verbraucher-RL nur für vollständig gelieferte digitale Inhalte bzw für Zielschuldverträge gilt, damit Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte gleich behandelt werden wie die Gruppe der Dienstleistungsverträge und Verträge über Strom, Wasser, Gas und Fernwärme⁷⁵⁸.

Dieser Interpretation kann allerdings der eindeutige Wortlaut des Art 16 lit m leg cit, welcher keine Einschränkung auf vollständige Lieferungen oder Zielschuldverträge vornimmt, entgegen gehalten werden, wie auch die Ausnahme des Art 16 lit a leg cit, bei welcher der Gesetzgeber ausdrücklich die Einschränkung auf vollständig erbrachte Dienstleistungen vorgenommen hat. Es kann daraus, dass der Gesetzgeber die Ausnahmetatbestände des Art 16 lit a und lit m Verbraucher-RL unterschiedlich formuliert hat, wohl auch gefolgert werden, dass er Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte anders regeln wollte als die Gruppe der Dienstleistungsverträge und dass er bei Verträgen über die Lieferung digitaler Inhalte den Verlust des Widerrufsrechtes eben auch für Dauerschuldverhältnisse sowie bei bloß teilweiser Leistungserbringung vorgesehen hat. Der Differenzierungswille des Gesetzgebers lässt sich weiters daraus erschließen, dass für Dienstleistungsverträge und Verträge über die Lieferung von Strom, Wasser, Gas und Fernwärme eine Obliegenheit des Unternehmers normiert ist, den Verbraucher zu einem ausdrücklichen Verlangen nach Leistungserbringung vor Ablauf der Widerrufsfrist aufzufordern⁷⁵⁹, wohingegen für Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte eine solche Informationspflicht nicht existiert.

⁷⁵⁸ *Lurger* in *Bydlinski/Lurger*, 84.

⁷⁵⁹ Vgl Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 Verbraucher-RL.

IV. Öffentliche Versteigerungen

Versteigerungen haben durch die Verbraucher-RL eine Neuregelung erfahren. Während Versteigerungen etwa vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-RL gänzlich ausgenommen waren⁷⁶⁰, unterliegen öffentliche Versteigerungen grs der Verbraucher-RL. Es bestehen nur partiell abweichende Regelungen zu den Fernabsatz- und Haustürgeschäften, wobei insbesondere die Ausnahme vom Widerrufsrecht nach Art 16 lit k Verbraucher-RL hervorzuheben ist.

1. Definition

Im Entstehungsprozess der vorliegenden Verbraucher-RL war die eingehende Diskussion betreffend die Regelung von Onlineauktionen Anlass dafür, die Definition der Versteigerung, wie sie noch im RL-Entwurf enthalten war, zu überarbeiten.

1.1. „Versteigerung“ iSd Art 2 Abs 15 RL-Entwurf

Unter einer Versteigerung iSd Art 2 Abs 15 RL-Entwurf ist eine Verkaufsmethode zu verstehen, bei der Waren oder Dienstleistungen vom Unternehmer in einem auf konkurrierenden Geboten basierenden Verfahren angeboten werden, das den Rückgriff auf Fernkommunikationsmittel einschließen kann und bei dem derjenige, der das höchste Gebot abgibt, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

Zur Frage, ob Online-Auktionen dieser Definition unterliegen, gab es keine eindeutige Äußerung des Normengebers⁷⁶¹. Die Unterscheidung, ob Online-Auktionen die Definition der Versteigerung erfüllen, ist entscheidend für die Frage, ob dem Verbraucher auch bei Abschluss eines Geschäftes im Wege einer Online-Auktion ein Widerrufsrecht zusteht, da im RL-Entwurf für Versteigerungen, wie auch in der Verbraucher-RL für öffentliche Versteigerungen, eine Ausnahme vom Widerrufsrecht normiert ist.

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes und des Hinweises, dass eine Versteigerung auch solche Verfahren erfasst, die den Rückgriff auf Fernkommunikationsmittel einschließen können, sind Online-Auktionen mE unzweifelhaft von der Legaldefinition der Versteigerungen iSd Art 2 Abs 15 RL-Entwurf erfasst worden⁷⁶². Dieses Ergebnis hat aber die für Verbraucher

⁷⁶⁰ Art 3 Abs 1 5. Spiegelstrich Fernabsatz-RL.

⁷⁶¹ So die Kritik von *Schauer* in *Jud/Wendehorst*, 108.

⁷⁶² So auch *Tacou*, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? ZRP 2009, 142; *Föhlisch*, MMR 2009, 75. AA *Schummer/Weinberger*, Zum Rücktrittsrecht bei „Online-Auktionen“, JBl 2005, 765 zur Frage, ob Online-Auktionen unter den Begriff der Versteigerungen iSd § 5b Z 4

nachteilige Konsequenz mit sich gebracht, dass dadurch das Widerrufsrecht für Online-Auktionen wie zB bei eBay ausgeschlossen wurde⁷⁶³.

Das grs Unterstellen von Versteigerungen unter das Regime der Bestimmungen über den Fernabsatz im RL-Entwurf wurde mit dem Schutzzweck der Regeln über den Fernabsatz und der Gefahr ihrer Umgehung argumentiert⁷⁶⁴. Es sollte damit zahlreichen Verbraucherbeschwerden insbesondere hinsichtlich Online-Auktionen Rechnung getragen werden, die seit Erlassung der Fernabsatz-RL massiv an Bedeutung gewonnen haben. Plattformen wie bspw eBay werden zunehmend auch zwischen Unternehmen und Verbrauchern genutzt, auch wenn sie zunächst nur für Transaktionen zwischen Verbrauchern vorgesehen waren⁷⁶⁵. Inkonsequent schien dabei im Ergebnis freilich, einerseits die Bedeutung von Online-Auktionen und das damit im Zusammenhang stehende Schutzbedürfnis von Verbrauchern hervor zu streichen, andererseits aber dennoch auch solche im Zuge von Online-Auktionen abgeschlossene Geschäfte vom Widerrufsrecht auszunehmen.

Es war aufgrund der Definition der Versteigerung im RL-Entwurf daher zu befürchten, dass Unternehmer möglicherweise sogar versuchen könnten, ihre Geschäfte mit Verbrauchern anstelle von herkömmlichen Verkäufen über das Internet via Verkäufen über Online-Auktionen abzuwickeln, um so lediglich dem eingeschränkten Anwendungsbereich der Informationspflichten zu unterliegen⁷⁶⁶ und das Widerrufsrecht, das der Verbraucher bei Abschluss eines herkömmlichen Fernabsatzgeschäftes hätte, zu umgehen⁷⁶⁷. Es war jedenfalls aus Sicht des Verbrauchers nicht nachvollziehbar, warum ihm bei einer Versteigerung im Fernabsatz nicht auch ein Widerrufsrecht zustehen sollte, zumal das Schutzbedürfnis des Verbrauchers bei einer Online-Auktion gleichermaßen wie bei sonstigen Fernabsatzgeschäften gegeben ist⁷⁶⁸, da er

KSchG fallen, im Wesentlichen ablehnend mit der Begründung, die jeweiligen Gesetzgeber haben zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Fernabsatz-RL und des KSchG Online-Auktionen wie ebay gar nicht in ihre Überlegungen mit einbeziehen können, zumal Onlineauktionshäuser wie ebay zu diesen Zeitpunkten noch gar nicht existierten. Dieses Argument ist im Hinblick auf die vorliegende RL jedenfalls nicht mehr schlagend, zumal bereits in KOM (2006)514, 8 die Problematik der Subsumtion von Online-Auktionen unter den Begriff Versteigerungen ausführlich erörtert wurde.

⁷⁶³ Dies wurde vom BGH dadurch vermieden, dass er eBay-Auktionen nicht unter den Ausnahmetatbestand „Versteigerungen“ der Fernabsatz-RL subsumierte; BGH 3.1.2004, VIII ZR 375/03, JurPC Web-Dok 281/2004 Abs 1-23.

⁷⁶⁴ So wurde auch schon für die Ausnahmebestimmung von Versteigerungen in § 5b KSchG eine einschränkende Auslegung befürwortet, *Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, § 5 b KSchG Rz 2.

⁷⁶⁵ KOM (2006)514.

⁷⁶⁶ *Riefa*, A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions, in *Howells/Schulze*, Modernising and harmonising consumer contract law (2009) 181.

⁷⁶⁷ *Riefa*, A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions, abrufbar unter <http://ssrn.com>, 9.

⁷⁶⁸ *Schauer in Jud/Wendehorst*, 109.

die Ware bei einer Versteigerung im Fernabsatz ebenso wenig wie bei einem Verkauf im Fernabsatz überprüfen, besichtigen und sich die Eigenschaften der Ware im persönlichen Gespräch erläutern lassen kann⁷⁶⁹.

1.2. „Öffentliche Versteigerung“ iSd Art 2 Z 13 Verbraucher-RL

Während der RL-Entwurf, wie unter Punkt 1.1. ausgeführt, Regelungen für Versteigerungen im Allgemeinen enthielt und Versteigerungen nach Art 2 Abs 15 RL-Entwurf als Verkaufsmethoden definierte, bei der Waren oder Dienstleistungen vom Unternehmer in einem auf konkurrierenden Geboten basierenden Verfahren angeboten werden, das den Rückgriff auf Fernkommunikationsmittel einschließen kann und bei dem derjenige, der das höchste Gebot abgibt, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist, hält die Verbraucher-RL eine Definition für die „öffentliche Versteigerung“ bereit.

Eine „öffentliche Versteigerung“ ist eine Verkaufsmethode, bei welcher der Unternehmer Verbrauchern, die bei der Versteigerung persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist⁷⁷⁰.

Im Unterschied zur deutlich weiteren Definition der Versteigerung nach dem RL-Entwurf sind daher bei einer „öffentlichen Versteigerung“ iSd Verbraucher-RL Unternehmer und Verbraucher persönlich anwesend oder erhalten die Möglichkeit, bei ihr persönlich anwesend zu sein. In den ErwG wird in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgehalten, dass die Verwendung von Online-Plattformen, die Verbrauchern und Unternehmern zu Versteigerungszwecken zur Verfügung stehen, nicht als öffentliche Versteigerung iSd Verbraucher-RL gelten⁷⁷¹.

Diese Definition hat zum Ergebnis, dass auf im Wege von Online-Auktionen abgeschlossene Geschäfte unterschiedslos die Regelungen über Fernabsatzgeschäfte anzuwenden sind und somit für Versteigerungen im Internet keine Ausnahme vom Widerrufsrecht, wie sie für öffentliche Versteigerungen besteht⁷⁷², vorgesehen ist.

⁷⁶⁹ Stomper-Rosam, Rücktrittsrecht bei Internetauktionen, MR 2009, 107; zum Schutzbedürfnis bei Online-Auktionen auch BGH 3.1.2004, VIII ZR 375/03, JurPC Web-Dok 281/2004 Abs 1-23.

⁷⁷⁰ Art 2 Z 13 Verbraucher-RL.

⁷⁷¹ ErwG 24 Verbraucher-RL.

⁷⁷² Art 16 lit k Verbraucher-RL.

2. Informationspflichten

Die Informationspflichten bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften finden nach Art 6 Verbraucher-RL auch auf öffentliche Versteigerungen Anwendung, mit der einzigen Modifikation, dass anstelle der Identität des Unternehmers gem Art 6 Abs 1 lit b Verbraucher-RL, der Anschrift und Daten des Unternehmers nach Art 6 Abs 1 lit c leg cit und der Geschäftsanschrift des Unternehmers nach Art 6 Abs 1 lit d leg cit die entsprechenden Angaben des Versteigerers übermittelt werden können⁷⁷³.

3. Ausnahme vom Widerrufsrecht

Wenn Verträge auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossen werden, besteht das für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte im Allgemeinen normierte Widerrufsrecht nach den Artt 9 bis 15 Verbraucher-RL nicht⁷⁷⁴.

Demgegenüber können Verträge, die im Rahmen einer Versteigerung auf einer Internetplattform geschlossen wurden, widerrufen werden. Auf diese Verträge kommen die Verbraucher-RL und somit auch die Regelungen über das Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte uneingeschränkt zur Anwendung⁷⁷⁵.

Im Ergebnis wird der Verbraucher daher bei öffentlichen Versteigerungen durch die Verbraucher-RL nur im Hinblick auf die Informationspflichten, die dem Unternehmer auferlegt werden, geschützt.

⁷⁷³ Art 6 Abs 3 Verbraucher-RL.

⁷⁷⁴ Art 16 lit k Verbraucher-RL.

⁷⁷⁵ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011/111, 1055.

V. Sonstige Verbraucherrechte

Das Kapitel IV. der Verbraucher-RL hat „sonstige Verbraucherrechte“ in Form einer Ansammlung sehr unterschiedlicher Regelungen für Verbraucherverträge zum Inhalt, die teilweise noch aus dem Regelwerk des RL-Entwurfs verblieben sind⁷⁷⁶, in welchem neben der Fernabsatz- und der Haustürgeschäfte-RL auch die Klausel-RL und die Verbrauchsgüterkauf-RL aufgehen sollten. Teilweise enthält dieses Kapitel erstmalig auf Ebene des Unionsrechts geregelte verbraucherrechtliche Vorschriften wie etwa zur Lieferpflicht des Verkäufers (Art 18) oder zum Gefahrenübergang beim Versendungskauf (Art 20)⁷⁷⁷, die auch zivilrechtliche Kernfragen betreffen.

Für dieses Sonderregime zivilrechtlicher Kernfragen für Verbraucherverträge wird in der Literatur teilweise kein Bedarf gesehen, weshalb es als unnötige Verkomplizierung der Rechtslage empfunden wird⁷⁷⁸.

Die Bestimmungen der Artt 18 und 20 Verbraucher-RL gelten nur für Kaufverträge⁷⁷⁹ mit Ausnahme von Kaufverträgen über die volums- und mengenmäßig nicht begrenzte Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder von digitalen Inhalten, während die übrigen Artikel (19, 21 und 22) auf Kauf- und Dienstleistungsverträge sowie auf Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitalen Inhalten Anwendung finden⁷⁸⁰.

1. Lieferung

Mit der Begründung, eine der Hauptschwierigkeiten der Verbraucher und eine der Hauptquellen für Konflikte mit Unternehmern betreffe die Lieferung, weshalb es zweckmäßig sei, die Vorschriften darüber, wann die Lieferung erfolgen sollte, zu harmonisieren, wurde Art 18 Verbraucher-RL eingefügt⁷⁸¹.

1.1. Fälligkeit der Lieferung

Primär bestimmt sich der Zeitpunkt der Lieferung nach der Parteienvereinbarung⁷⁸².

⁷⁷⁶ Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 99 (100); Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 410.

⁷⁷⁷ Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 411; Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 99.

⁷⁷⁸ Stabentheiner/Cap, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2012/7, 53.

⁷⁷⁹ Zur Definition des Kaufvertrages nach der Verbraucher-RL vgl das 4. Kap I.2.5. „Kaufverträge“.

⁷⁸⁰ Art 17 Verbraucher-RL.

⁷⁸¹ ErWG 51 Verbraucher-RL.

⁷⁸² Argumentum e contrario aus Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL.

Haben allerdings der Unternehmer und der Verbraucher keine Vereinbarung über den Zeitpunkt der Lieferung getroffen, so stellt Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL eine Dispositivregel bereit, wonach der Unternehmer die Waren unverzüglich, jedoch nicht später als 30 Tage nach Vertragsabschluss zu liefern hat.

Gleichermaßen wie bei der Auslegung von Art 13 Abs 1 und Art 14 Abs 1 leg cit, in welchen für die Erfüllung der Pflichten im Widerrufsfall jeweils festgelegt wird, dass diese „unverzüglich, in jedem Fall spätestens nach 14 Tagen“ zu erfolgen hat⁷⁸³, stellt sich auch bei dieser Lieferfrist die Frage des Verhältnisses von „unverzüglich“ zur angeführten 30-tägigen Lieferfrist.

Man könnte davon ausgehen, dass mit dieser Fälligkeitsregelung der Eintritt des Verzuges des Unternehmers unklar ist. Einerseits müsste der Verzug immer dann eintreten, wenn der Unternehmen die Lieferung nicht „unverzüglich“ vornimmt, wobei in diesem Fall die 30-tägige Frist kaum eine Bedeutung hätte. Andererseits würde aber die Auslegung dahingehend, dass der Unternehmer grs 30 Tage für die Lieferung Zeit hätte, seine Verpflichtung zur „unverzüglichen“ Lieferung aushebeln.

Richtigerweise wird man aber aufgrund der Formulierung nicht davon ausgehen können, dass Unternehmer mit ihrer Lieferung grs 30 Tage Zeit haben, sondern dass primär die Lieferung den Umständen entsprechend „unverzüglich“ vorzunehmen ist, dass längstens jedoch die Lieferung binnen 30 Tagen zu erfolgen hat, sodass die „Unverzüglichkeit“ mit 30 Tagen „gedeckt“ ist⁷⁸⁴. Der europäische Gesetzgeber versteht „unverzüglich“ offenbar als dehnbaren Begriff, für welchen ein genauer Zeitraum wohl im Einzelfall anhand von Kriterien wie etwa der Art der Ware, etwa ob diese erst entsprechenden Kundenspezifikationen anzupassen oder zusammenzubauen ist⁷⁸⁵, festzumachen ist. Wenn allerdings die bestellte Ware längere Lieferzeiten als 30 Tage hat, wie dies bspw häufig bei der Lieferung einer nach Kundenspezifikationen angefertigten Küche der Fall ist, so muss der Unternehmer mit dem Verbraucher vertraglich eine längere Lieferfrist vereinbaren, um zu vermeiden, dass er nach spätestens 30 Tagen in Verzug gerät.

Die innerstaatliche Regelung des § 904 Satz 1 ABGB wird mE vor dem Hintergrund des Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL abzuändern sein. Gem § 904 ABGB kann die Erfüllung, wenn nichts anderes vertraglich vereinbart worden

⁷⁸³ Vgl hierzu die 4. Kap III.4.5.d. und III.4.6.b.

⁷⁸⁴ Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 411.

⁷⁸⁵ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7, 54.

ist, sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub, gefordert werden. Sie wird wohl insofern abzuändern sein, als bei Verbraucherverträgen die Erfüllung erst dann verlangt werden kann, wenn nicht unverzüglich geliefert wurde, was uU auch 30 Tage dauern kann⁷⁸⁶.

1.2. Anforderungen an die Lieferung

Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL beschreibt weiters, wie die Lieferung des Unternehmers an den Verbraucher zu erfolgen hat.

Der Unternehmer hat, um seiner Lieferverpflichtung nachzukommen, dem Verbraucher den „physischen Besitz an den Waren“ oder „die Kontrolle über die Waren“ zu übertragen.

Der erste Fall, die Übertragung der Waren in den physischen Besitz, ist dann gegeben, wenn der Verbraucher die Waren körperlich übergeben oder per Post zugestellt erhält.

Näheres zur Auslegung, wann ein Verbraucher die Kontrolle über die Waren erlangt, findet sich in ErwG 51. Der Verbraucher hat dann die Kontrolle über die Waren erlangt, wenn er oder ein von ihm angegebener Dritter Zugang zu den Waren zum Zweck der Nutzung als Eigentümer oder die Möglichkeit zu ihrer Weiterveräußerung hat, bspw etwa durch Erhalt der Schlüssel oder indem ihm der Unternehmer die Eigentumsdokumente übergibt. Der Erhalt der Eigentumsdokumente alleine ist idR für die Übergabe der Waren freilich nicht ausreichend, sondern nur dann, wenn damit der tatsächliche Zugriff auf die Waren verschafft wird. Außerdem wird ein Unternehmer regelmäßig nur dann seine Lieferverpflichtung zur Gänze etwa durch Übergabe der Schlüssel oder der Eigentumsdokumente erfüllt haben, wenn diese Art der Besitzverschaffung vertraglich so vereinbart wurde⁷⁸⁷.

Offen lässt die Regelung des Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL, wann der Unternehmer seine Lieferverpflichtung beim Versendungskauf erfüllt hat. Nach der derzeit einschlägigen innerstaatlichen Vorschrift des § 429 ABGB erfolgt die Übergabe der Ware bereits mit der Übergabe an den Transporteur, wenn der Unternehmer die Überschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte. Richtigerweise wird der Verbraucher beim Versendungskauf wohl erst dann physischen Besitz oder Kontrolle an der Ware erlangen, wenn er diese vom Transporteur in Empfang nimmt bzw wenn die Ware in seine Gewahrsame

⁷⁸⁶ AA Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 411.

⁷⁸⁷ Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 108.

gerät⁷⁸⁸. Insoweit besteht daher hinsichtlich des Besitzübergangs beim Versendungskauf Anpassungsbedarf durch den österreichischen Gesetzgeber zumindest für Verbraucherverträge.

Anzumerken bleibt, dass nach der Formulierung des Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL nur der Lieferzeitpunkt dispositives Recht ist und somit nur darüber eine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen werden kann. Die Anforderung an die Lieferung und Übergabeform stellt demgegenüber ausgehend vom Wortlaut zwingendes Recht dar⁷⁸⁹, weshalb andere mögliche Übergabeformen als in Art 18 Abs 1 Verbraucher-RL angeführt, wie zB die Übergabe in Form eines Besitzkonstitutes, nicht vertraglich vereinbart werden könnten bzw würde der Unternehmer genauer gesagt damit seine Lieferverpflichtung gem Art 18 Verbraucher-RL nicht erfüllen⁷⁹⁰.

1.3. Rücktritt wegen Lieferverzuges

Ist der Unternehmer in Verzug geraten, weil er seiner Pflicht zur Lieferung der Waren zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt oder mangels vertraglicher Vereinbarung nicht unverzüglich nachgekommen ist, so kann der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten, wenn er zuvor den Unternehmer aufgefordert hat, die Lieferung innerhalb einer den Umständen angemessenen zusätzlichen Frist vorzunehmen und der Unternehmer dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist⁷⁹¹.

Die Aufforderung des Verbrauchers ist ebenso wenig wie die Rücktrittserklärung an eine bestimmte Form gebunden⁷⁹². In den ErWG weist der europäische Gesetzgeber eigens darauf hin, dass nationale Bestimmungen über die Art und Weise, wie der Verbraucher dem Unternehmer den Vertragsrücktritt zu erklären hat, nicht berührt werden⁷⁹³.

Fraglich ist, ob für Verbraucherverträge die ö Rechtslage zum Vertragsrücktritt unverändert beibehalten werden kann. Aus der Formulierung und Gestaltung des Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL iVm ErWG 52 ergibt sich mE in zeitlicher Hinsicht eindeutig, dass der Verbraucher zunächst den Unternehmer zur Lieferung aufzufordern hat, dann die den Umständen angemessene gesetzte zusätzliche Frist abwarten muss und erst in weiterer Folge berechtigt ist, vom

⁷⁸⁸ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7, 54.

⁷⁸⁹ Faber, Jahrbuch Europarecht 2012, 412.

⁷⁹⁰ So, wenn auch mit anderer Begründung, Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 108.

⁷⁹¹ Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL.

⁷⁹² Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7, 55.

⁷⁹³ ErWG 52, letzter Satz Verbraucher-RL.

Vertrag zurück zu treten. Aufgrund dieser eindeutigen zeitlichen Abfolge scheint es mE nicht möglich, die Aufforderung zur Lieferung mit Nachfristsetzung in einem mit der Rücktrittserklärung auszusprechen⁷⁹⁴. Das ö Modell, dass Rücktrittserklärung und Nachfrist eine Einheit darstellen⁷⁹⁵, wie auch dass ein bloßes „Gewähren“ einer Nachfrist ausreichend ist⁷⁹⁶, kann mE für Verbraucherverträge daher nicht aufrecht erhalten werden⁷⁹⁷.

Bydlinski weist idZ zutreffend darauf hin, dass ein Vorteil der Regelung des Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL für den Verbraucher im Vergleich zur Regelung des § 918 ABGB darin gelegen ist, dass der Verbraucher im Zuge der Aufforderung zur Leistung noch nicht zu erklären braucht, ob er bei Nichtleistung nach Fristablauf am Vertrag weiterhin festhalten oder den Rücktritt erklären wird⁷⁹⁸. Dieser Umstand bedingt auch, dass betreffend die ö Rechtslage ein Aufrechterhalten einer verpflichtenden Kombination von Fristsetzung und Rücktritt in einer einheitlichen Erklärung nicht möglich ist⁷⁹⁹.

In einigen Fällen ist, wenn der Unternehmer die Waren nicht zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt oder unverzüglich liefert, die Setzung einer Nachfrist nicht erforderlich und somit ein sofortiger Rücktritt möglich:

- wenn sich der Unternehmer geweigert hat, die Waren zu liefern;
- wenn die Lieferung innerhalb der vereinbarten Frist unter Berücksichtigung aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände wesentlich ist;
- wenn der Verbraucher dem Unternehmer vor Vertragsabschluss mitteilt, dass die Lieferung bis zu einem bestimmten Datum oder einem bestimmten Tag wesentlich ist⁸⁰⁰.

Wesentlich ist die Lieferung innerhalb der vereinbarten Frist bspw im Fall des Kaufs eines Hochzeitskleides, das vor der Hochzeit geliefert werden sollte⁸⁰¹.

⁷⁹⁴ AA *Bydlinski*, der eine aufschiebend bedingte Widerrufserklärung für wirksam erachtet, *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 111; sowie *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7 55.

⁷⁹⁵ *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 918 Rz 34.

⁷⁹⁶ *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 918 Rz 34; *Reischauer* in *Rummel*³, § 918 Rz 15.

⁷⁹⁷ AA *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7, 55 unter Hinweis auf Rechtsansichten von Kommissionsvertretern, welche versichert haben, dass Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL eine Änderung der ö Regelungen nicht erforderlich macht.

⁷⁹⁸ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 111.

⁷⁹⁹ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 111.

⁸⁰⁰ Art 18 Abs 2 Unterabs 2 Verbraucher-RL.

⁸⁰¹ ErWG 52 Verbraucher-RL.

Kraft Größenschlusses *argumentum maiore ad minus* ist der Leistungsverweigerung des Unternehmers wohl die Unmöglichkeit der Lieferung gleichzuhalten⁸⁰².

Neben der Möglichkeit zum Rücktritt wegen Verzugs bleiben dem Verbraucher sämtliche von der nationalen Rechtsordnung vorgesehene Rechtsfolgen, wie bspw das Recht auf Vertragszuhaltung, unbenommen⁸⁰³.

Den von *Faber*⁸⁰⁴ vertretenen Vorschlag, die Rücktrittskonstruktion des Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL eigens umzusetzen und daneben die Rücktrittskonstruktion des § 918 ABGB sozusagen als Wahlmöglichkeit für Verbraucher beizubehalten, halte ich trotz des Verweises in ErwG 51, dass der Verbraucher gem den geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften andere Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen kann, für nicht zulässig. Es handelt sich dabei grs um eine Frage der Regelungsdichte der gegenständlichen RL. Eine Zusammenschau aus Art 18 Abs 2 iVm Art 4 Verbraucher-RL ergibt, dass der Rechtsbehelf des Vertragsrücktritts durch die Verbraucher-RL geregelt ist. Aufgrund des normierten Vollharmonisierungsgrundsatzes ist es mE auch nicht möglich, einen Vertragsrücktritt unter anderen, für den Verbraucher leichteren Voraussetzungen einzuführen oder beizubehalten. Lediglich andere Rechtsbehelfe, wie bspw Schadenersatzansprüche dürfen gem Art 18 Abs 2 Verbraucher-RL neben dem geregelten Rechtsbehelf des Vertragsrücktritts aufrechterhalten werden.

In vielerlei Hinsicht ist die Regelung des Rücktritts wegen Lieferverzugs des Unternehmers lückenhaft. So lässt die Verbraucher-RL etwa Antworten auf die Frage des Teilrücktritts bei bloß teilweisem Verzug, sowie die Fragen, wie die Rücktrittserklärung nach bloßem Zuwarten oder der Rücktritt nach einer zu kurz bemessenen Nachfrist zu qualifizieren sind, vermissen⁸⁰⁵. Letztlich wird diesbezüglich der EuGH Klarheit darüber zu verschaffen haben, ob diese Lücken aus dem Unionsrecht heraus zu schließen sind oder ob diese Fragen der Regelung durch das jeweilige nationale Recht verbleiben. Tendenziell ist der Begriff der „internen Lücke“, das ist eine solche, die auf Unionsebene geschlossen wird, extensiv auszulegen⁸⁰⁶. In Verbindung mit der Lehre vom „*effet utile*“ und in Zusammenschau mit ErwG 7, worin es heißt, dass sich Verbraucher und Unternehmer auf einen einheitlichen Rechtsrahmen stützen

⁸⁰² *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7 56; *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 112 und FN 112, idZ darauf hinweisend, dass immer hinterfragt werden müsse, ob die Leistung nicht mit Hilfe Dritter doch erbracht werden könnte.

⁸⁰³ Vgl in diesem Zusammenhang ErwG 53 Verbraucher-RL.

⁸⁰⁴ *Faber*, Jahrbuch Europarecht 2012, 413.

⁸⁰⁵ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 112.

⁸⁰⁶ *Rybarz*, Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts (2011.)

können sollten, der auf eindeutig definierten Rechtskonzepten basiert und bestimmte Aspekte von Verbraucherverträgen unionsweit regelt, wodurch es zu einer Beseitigung der sich aus der Rechtszersplitterung ergebenden Hindernisse kommen soll, sind mE die angeführten Fragen iZm mit dem Rücktritt wegen Lieferverzugs des Unternehmers auch aus dem Unionsrecht heraus zu schließen.

1.4. Rücktrittsfolgen

Als Folge des Rücktritts ordnet Art 18 Abs 3 Verbraucher-RL an, dass der Unternehmer unverzüglich alle „gemäß dem Vertrag gezahlten Beträge“ zurückzuerstatten hat.

Auch diese Regelung über die Rücktrittsfolgen kann als ausgesprochen rudimentär bezeichnet werden.

Zum einen ist in keinsten Weise geregelt, ob der Rücktritt ex nunc oder ex tunc wirkt und ob der Verbraucher auch einen Anspruch auf Erstattung von Zinsen für den Rückzahlungsbetrag gegen den Unternehmer hat⁸⁰⁷. Dies ergibt sich auch aus keinem sonstigen Rechtsakt der EU - auch nicht aus der Zahlungsverzugs-RL⁸⁰⁸, deren sachlicher Anwendungsbereich auf Geschäfte zwischen Unternehmern und Geschäfte zwischen Unternehmern und öffentlichen Stellen eingeschränkt ist. Mangels irgendeiner Regelung betreffend Zinsen ist in Zusammenschau mit Art 18 Abs 4 Verbraucher-RL, wonach dem Verbraucher auch andere Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt werden können, mE wohl davon auszugehen, dass diesbezüglich ein den Mitgliedstaaten zur Regelung durch das nationale Bereicherungsrecht überlassener Bereich vorliegt.

Zum anderen ist der Fall des Rücktritts bei nur teilweiser Leistungserbringung des Unternehmers bzw die Rückabwicklung in einem solchen Fall ungeregt. Die Verbraucher-RL trifft keine Aussage darüber, ob für den Fall der Rückabwicklung eines Vertrages, in Hinblick dessen der Unternehmer bereits teilweise Leistungen erbracht hat, dem Unternehmer die Zug-um-Zug Einrede zusteht⁸⁰⁹. Auch in dieser Hinsicht werden die nationalen Gesetzgeber nähere Regelungen zu treffen haben.

⁸⁰⁷ Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 113.

⁸⁰⁸ RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl L 48/1.

⁸⁰⁹ Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 113.

1.5. Den Mitgliedstaaten überlassene Regelungsbereiche iZm Lieferungen

Der zu Art 18 Verbraucher-RL korrespondierende ErwG⁸¹⁰ trifft eine Abgrenzung, welche Aspekte im Zusammenhang mit der Warenlieferung weiterhin der Regelung durch die nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben.

So soll der Ort und die Modalitäten der Lieferung und die Regeln für die Bestimmung der Bedingungen und des Zeitpunkts des Eigentumsübergangs an den Waren weiterhin den einzelstaatlichen Recht unterliegen und von der Verbraucher-RL nicht berührt werden.

Neben dem Recht auf Rücktritt vom Vertrag bei Lieferverzug des Unternehmers können andere Rechtsbehelfe vorgesehen werden, wie bspw Schadenersatzansprüche sowie das Recht auf Zurückbehaltung von Zahlungen oder Gewährung einer zusätzlichen Lieferfrist⁸¹¹.

Die Verbraucher-RL führt in einem mit den sonstigen Rechtsbehelfen auch die Möglichkeit des Verbrauchers an, weiterhin auf die Vertragserfüllung zu bestehen⁸¹². Selbstverständlich handelt es sich dabei nicht um einen weiteren Rechtsbehelf, sondern um den primären vertraglichen Anspruch, weshalb diese Aufzählung als etwas missglückt bezeichnet werden kann⁸¹³.

2. Gefahrtragung beim Versandungskauf

Während im RL-Entwurf die Frage der Gefahrtragung bei Ausübung des Widerrufsrechts und Rücksendung an den Unternehmer nicht ausdrücklich geregelt war⁸¹⁴, hält Art 20 Verbraucher-RL nun unter dem Titel „Risikoübergang“ eine ausdrückliche allgemeine Bestimmung für den Gefahrenübergang beim Versandungskauf bereit. Es werden hiervon sowohl Fälle des Transportes durch Dritte, als auch Fälle, bei welchen der Unternehmer selbst den Transport durchführt, erfasst⁸¹⁵.

Bislang hat die Fernabsatz-RL die Frage der Gefahrtragung den nationalen Gesetzgebern zur Regelung überlassen. Nach der ö Rechtslage ist § 429

⁸¹⁰ ErwG 51 Verbraucher-RL.

⁸¹¹ ErwG 53 Verbraucher-RL.

⁸¹² ErwG 53 Verbraucher-RL.

⁸¹³ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 114.

⁸¹⁴ *Jud/Wendehorst*, *ecolex* 2009, 282.

⁸¹⁵ *Faber*, *Jahrbuch Europarecht* 2012, 413, unter Verweis auf ErwG 55, aus welchem sich ergibt, dass von „Versendung“ iSd Art 20 Verbraucher-RL auch vom Unternehmer durchgeführte Transporte erfasst sind.

ABGB einschlägig, der zwar primär die Übergabe der Sache und somit den Übergang von Besitz und Eigentum regelt, jedoch mittelbar auch für den Gefahrenübergang maßgeblich ist⁸¹⁶. Nach der Regelung des § 429 ABGB geht beim Versendungskauf die Gefahr eines Untergangs der Sache mit der Übergabe der Sache an den Transporteur auf den Käufer über, wenn der Käufer die Übersendungsart bestimmt hat oder damit einverstanden war. Da regelmäßig eine stillschweigende Genehmigung bei üblicher Versendung angenommen wird, erfolgt der Gefahrenübergang auf den Käufer meist bereits mit der Übergabe der Sache an die Transportperson⁸¹⁷. Der Verbraucher als Käufer trägt somit beim Versendungskauf nach ö Rechtslage die Gefahr bei Hinsendung, wobei er durch Ausüben seines Rücktrittsrechts nach § 5e KSchG aus teleologischen Gesichtspunkten die Möglichkeit hat, die allgemeinen Gefahrtragungsregeln des Versendungskaufes auszuhebeln⁸¹⁸. Entgegen der Auffassung von *Föhlisch*⁸¹⁹ ist mE bislang bei der Rücksendung in entsprechender Anwendung des § 429 ABGB - da für den Fall des Widerrufs idR dieselbe Überschickungsart wie bei der Hinsendung als vom Unternehmer genehmigt angesehen werden darf - die Gefahr vom Verbraucher als Absender an den Unternehmer als Empfänger übergegangen und trägt somit der Unternehmer die Gefahr der Rücksendung, dies allerdings nur, wenn der Verbraucher zum Widerruf befugt ist⁸²⁰.

Nach Art 20 Verbraucher-RL geht das Risiko des Verlustes oder der Beschädigung einer Ware, sohin die sog Sachgefahr, bei Versendung der Waren durch den Unternehmer an den Verbraucher auf den Verbraucher über, sobald er oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, die Waren in Besitz nimmt⁸²¹. Dem Unternehmer wird damit grs das Transportrisiko bis zur Ablieferung an den Verbraucher aufgebürdet⁸²².

Als Ausnahme zu dieser Regel normiert Art 20 Satz 2 Verbraucher-RL, dass wenn der Verbraucher den Beförderer mit der Beförderung der Waren beauftragt hat und diese Option auch nicht vom Unternehmer angeboten wurde, in diesem Fall die Sachgefahr mit der Übergabe der Ware an den Beförderer auf den Verbraucher übergeht. Maßgeblich dafür, ob der Unternehmer die Sachgefahr zu tragen hat, ist, ob er den Transport faktisch organisiert oder

⁸¹⁶ *Hofmann/Linder*, Gedanken zur Gefahrtragung beim Versendungskauf, JBl 2008, 623.

⁸¹⁷ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 115.

⁸¹⁸ *Hofmann/Linder*, Fernabsatz-Rücktrittsrecht bei Untergang der Ware, wbl 2006, 308; *Hofmann/Linder*, JBl 2008, 625.

⁸¹⁹ *Föhlisch* in *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, 19. EL (2008) Rn 308 (allerdings zur deutschen Rechtslage).

⁸²⁰ OGH 18.11.1965, 5 Ob 301/65 = SZ 38/201; *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 429 Rz 3.

⁸²¹ Art 20 Satz 1 Verbraucher-RL.

⁸²² *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 116.

durchführt⁸²³ bzw den Beförderer aussucht⁸²⁴. Das in der Verbraucher-RL nicht näher definierte Anbieten einer Option wird daher womöglich auch dann vorliegen, wenn der Unternehmer einen konkreten Transporteur nur auf Nachfrage des Verbrauchers namhaft macht⁸²⁵.

Aus der Ausnahmeregelung ergibt sich, dass der Unternehmer sogar dann die Sachgefahr bei der Versendung der Waren trägt, wenn der Verbraucher den Beförderungsvertrag mit dem Beförderer abgeschlossen hat, vorausgesetzt, der Unternehmer hat diese Option dem Verbraucher angeboten⁸²⁶.

Eine weitere Ausnahme ergibt sich für *Bydlinski* systematisch für den Annahmeverzug, mit der Begründung, dass Art 20 leg cit nur den Regelfall vor Augen hat⁸²⁷. Der Fall des Annahmeverzugs wird in Art 20 leg cit gar nicht angedacht. Technisch gelangt man zu diesem Ergebnis einer Ausnahme im Fall des Annahmeverzugs durch den Verbraucher mit einer teleologischen Reduktion um den Fall des Annahmeverzugs, mit der Begründung, dass der europäische Gesetzgeber zwar um die Problematik des Gefahrenübergangs ohne Lieferung jedenfalls wusste⁸²⁸, jedoch den Annahmeverzug den nationalen Rechtsordnungen zur Regelung überließ⁸²⁹. Im Fall einer teleologischen Reduktion bei Annahmeverzug geht die Sachgefahr dann auf den Verbraucher über, wenn ihm die Sache ordnungsgemäß zur Übernahme angeboten wurde.

Da davon ausgegangen wird, dass es nur eher selten vorkommt, dass der Verbraucher selbst den Transportauftrag an einen Beförderer erteilt, der nicht vom Unternehmer vorgeschlagen wurde, wird in der Regelung der Gefahrtragung beim Versendungskauf durch die Verbraucher-RL eine erhebliche Verbesserung der Rechtsposition des Verbrauchers im Vergleich zur geltenden ö Rechtslage gesehen⁸³⁰.

⁸²³ ErwG 55 Verbraucher-RL.

⁸²⁴ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 116 f.

⁸²⁵ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, Fn 60.

⁸²⁶ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 115.

⁸²⁷ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 116.

⁸²⁸ Das ergibt sich aus ErwG 14 der Verbrauchsgüterkauf-RL, wo es heißt, dass die Bezugnahmen auf den Zeitpunkt der Lieferung nicht bedeuten, dass die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefahrenübergang ändern müssen.

⁸²⁹ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 118.

⁸³⁰ *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7 (56).

3. Besondere Entgelte

Art 19, Art 21 und Art 22 Verbraucher-RL halten eigene Regeln betreffend die Preistransparenz bereit und sollen Praktiken entgegen wirken, mit denen versteckte Zahlungsverpflichtungen begründet werden⁸³¹.

3.1. Entgelte für bestimmte Zahlungsmittel

Die Mitgliedstaaten haben gem Art 19 Verbraucher-RL Unternehmern zu verbieten, von Verbrauchern für die Nutzung von Zahlungsmitteln Entgelte zu verlangen, die über jene Kosten hinausgehen, die dem Unternehmer für die Nutzung solcher Zahlungsmittel entstehen. Es ist daher umgekehrt formuliert die Überwälzung nur tatsächlich entstandener Kosten für die Nutzung eines Zahlungsmittels zulässig, darüber hinausgehend ist die Forderung weitergehender Entgelte unzulässig⁸³².

Der europäische Gesetzgeber sieht diese Regelung als Ergänzung⁸³³ von Art 52 Abs 3 Zahlungsdienste-RL⁸³⁴, wonach es den Mitgliedstaaten freisteht, das Recht auf Erhebung von Entgelten zu untersagen oder zu begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.

Bydlinski sieht in Art 19 Verbraucher-RL auch ein Verbot der Pauschalierung. Für ihn stellt sich damit zusammenhängend auch die Frage, was der Unternehmer in seine Kostenkalkulation aufnehmen darf⁸³⁵.

Dem kann entgegen gehalten werden, dass durch Art 19 Verbraucher-RL die Freiheit des Unternehmers der Preisfestsetzung für den Endpreis nicht eingeschränkt wird⁸³⁶. Art 19 Verbraucher-RL zielt vielmehr darauf ab, dass der Verbraucher nicht mit im Verhältnis zum Kaufpreis überproportional hohen Zusatzkosten für Zahlungsmittel konfrontiert werden soll⁸³⁷. Diese Regelung dient daher insofern der Preistransparenz, als der Preis „an der richtigen Stelle“ auszuweisen ist, damit das Angebot nicht vordergründig besonders billig erscheint, während es letztlich durch überproportional hohe Gebühren für Zahlungsmittel „quersubventioniert“ wird⁸³⁸. Es soll damit vor allem auch der

⁸³¹ Grundmann, JZ 2/2013, 61.

⁸³² Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7 (56).

⁸³³ ErWG 54 Verbraucher-RL.

⁸³⁴ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, vom 5.12.2007, ABL L 319/1.

⁸³⁵ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 118.

⁸³⁶ Grundmann, JZ 2/2013, 61.

⁸³⁷ Hall/Howells/Watson, ERCL 2/2012, 164.

⁸³⁸ Grundmann, JZ 2/2013, 61.

Praxis bspw bei Flugreisen Einhalt geboten werden, wo Preise für Verbraucher bei Vergleich verschiedener Angebote auf diese Weise oft verzerrt wahrgenommen werden und erst bei Abschluss der Transaktion der Endpreis für den Verbraucher ersichtlich wird⁸³⁹.

Ungeachtet dessen ist selbstverständlich der Einwand berechtigt, dass nicht definiert ist, wie bzw nach welcher Berechnungsmethode der Unternehmer die ihm tatsächlich entstehenden Kosten zu berechnen hat.

Fraglich scheint, ob die innerstaatliche Regelung des § 27 Abs 6 ZaDiG⁸⁴⁰, der die Richtlinienvorgaben der Zahlungsdienste-RL umsetzt, aufrecht erhalten werden darf. Gem § 27 Abs 6 ZaDiG dürfen Unternehmer jenen Verbrauchern, die ein bestimmtes Zahlungsinstrument nutzen, keine Zusatzgebühren verrechnen; umgekehrt wiederum können Unternehmer aber für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anbieten. Aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes spricht einiges dafür, dass ein Unternehmer nach Art 19 Verbraucher-RL jedenfalls die Kosten verlangen darf, die ihm für die Nutzung von Zahlungsmitteln entstehen⁸⁴¹. Folgt man dieser Auslegung, wäre § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG, der die Erhebung von Entgelten durch den Unternehmer im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes für unzulässig erklärt, richtlinienwidrig.

Zuletzt sei in diesem Zusammenhang noch auf die innerstaatliche Regelung des § 41b VersVG hingewiesen, die inhaltlich vergleichbar mit Art 19 Verbraucher-RL ist⁸⁴². Nach § 41b VersVG darf der Versicherer vorbehaltlich des § 27 Abs 6 ZaDiG neben der Prämie nur solche Gebühren verlangen, die der Abgeltung von Mehraufwendungen dienen, die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind. Die Vereinbarung von davon abweichenden Nebengebühren ist unwirksam. § 27 Abs 6 ZaDiG ist im Verhältnis zu § 41b VersVG die jüngere und speziellere Bestimmung; insofern wird § 41b VersVG durch § 27 Abs 6 ZaDiG, wie auch durch eine allfällig Art 19 Verbraucher-RL umsetzende Norm eingeschränkt⁸⁴³.

3.2. Entgelte für telefonische Kommunikation

Nach der Bestimmung des Art 21 Verbraucher-RL haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass der Verbraucher nicht verpflichtet ist, bei einer

⁸³⁹ Grundmann, JZ 2/2013, 61; Hall/Howells/Watson, ERCL 2/2012, 164.

⁸⁴⁰ Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (ZahlungsdiensteG) BGBl I 2009/66.

⁸⁴¹ Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 120.

⁸⁴² Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 118.

⁸⁴³ OGH 23.1.2013, 7 Ob 201/12b.

telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Unternehmer mehr als den Grundtarif zu zahlen, wenn

- der Unternehmer eine Telefonleitung eingerichtet hat,
- um mit ihm im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag telefonisch Kontakt aufzunehmen.

Diese Norm ist auf alle Kauf- und Dienstleistungsverträge einschließlich auf Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitalen Inhalten anwendbar, unabhängig davon, auf welche Weise der Vertrag zustande gekommen ist⁸⁴⁴.

Es soll damit Kostenfallen für Verbraucher durch vom Unternehmer angebotene Telefonverbindungen entgegen gewirkt werden⁸⁴⁵ sowie der Praxis, dass Unternehmer den Kaufpreis niedrig auspreisen und den Preis nachträglich über hohe Entgelte für Telefonate nach Vertragsabschluss querfinanzieren⁸⁴⁶.

Werden dem Verbraucher von seinem Telekommunikationsvertragspartner für solche Telefonate höhere Entgelte als der Grundtarif verrechnet, so hat der Verbraucher zunächst dieses Entgelt zu begleichen und vom Unternehmer die über den Grundtarif hinausgehenden Kosten zurück zu fordern, womit er faktisch regelmäßig in die Rolle des Klägers gedrängt wird⁸⁴⁷.

3.3. Zusätzliche Zahlungen

Der Unternehmer hat gem Art 22 Verbraucher-RL die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zu jeder Extrazahlung einzuholen, die über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Unternehmers hinausgeht, noch bevor der Verbraucher durch den Vertrag oder das Angebot gebunden ist.

Hat der Unternehmer vom Verbraucher keine ausdrückliche Zustimmung eingeholt, sondern hat er die Zustimmung des Verbrauchers dadurch herbeigeführt, dass er Voreinstellungen verwendet hat, die vom Verbraucher abgelehnt werden müssen, wenn er die zusätzliche Zahlung vermeiden will, so hat der Verbraucher Anspruch auf Erstattung dieser Zahlung.

Der Unternehmer hat daher nicht die Möglichkeit, die Zustimmung des Verbrauchers durch Verwendung von Voreinstellungen herbeizuführen, die vom

⁸⁴⁴ Grundmann, JZ 2/2013, 61.

⁸⁴⁵ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7 (57).

⁸⁴⁶ Hall/Howells/Watson, ERCL 2/2012, 164.

⁸⁴⁷ Art 21 Abs 2 Verbraucher-RL; Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 120.

Verbraucher abgelehnt werden müssen, wenn er diese zusätzliche Zahlung vermeiden will⁸⁴⁸.

Dieser Schutz des Verbrauchers umfasst auch die Zusatzkosten, die von einem rechtlich und wirtschaftlich unabhängigen Dritten ausgehen, bspw etwa bei einer beim Vorgang der Flugbuchung von einem Dritten fakultativ angebotenen Reiseversicherung. Könnte nämlich der Schutz des Verbrauchers von der Eigenschaft des Anbieters dieser Zusatzleistung in der Weise abhängig gemacht werden, dass er nur dann gewährt würde, wenn die Zusatzleistung im angeführten Beispiel vom Luftfahrtunternehmen erbracht würde, könnte der Schutz leicht umgangen werden und der Zweck wäre dann beeinträchtigt. Für den Schutz des Art 22 Verbraucher-RL kommt es sohin nur darauf an, dass die Zusatzleistung im Rahmen des zur Buchung der Hauptleistung vorgesehenen Vorgangs angeboten wird.⁸⁴⁹

Die Verbraucher-RL lässt den Fall der Vereinbarung einer Extrazahlung nach Vertragsabschluss ungeregelt, weshalb hierfür nationales Recht zur Anwendung kommt. Eine Regelung für eine Vereinbarung einer Extrazahlung nach Vertragsabschluss hat der europäische Gesetzgeber offensichtlich nicht für erforderlich gehalten, womöglich deshalb, weil er davon ausgeht, dass der Verbraucher nach Vertragsabschluss keiner Drucksituation mehr ausgesetzt ist⁸⁵⁰.

Die Regelung des Art 22 Verbraucher-RL gibt keinen Aufschluss darüber, ob nur Extrazahlungen für die Hauptleistungspflicht oder auch Extrazahlungen für Zusatzleistungen erfasst werden. Aus der Rsp des EuGH ergibt sich diesbezüglich aber jedenfalls implizit, dass der EuGH von Art 22 Verbraucher-RL gleichermaßen Extrazahlungen für Extraleistungen erfasst sieht und darauf zur Anwendung bringt⁸⁵¹.

In Art 22 Verbraucher-RL sind keine Rechtsfolgen für eine fehlende ausdrückliche Vorwegvereinbarung einer Extrazahlung normiert, insbesondere wird nicht ausdrücklich klargestellt, ob etwa der Verbraucher in solchen Fällen Anspruch auf die Zusatzleistung ohne Entgeltpflicht hat⁸⁵². Es ergibt sich mE aber aus der Systematik des Art 22 Verbraucher-RL, dass im Fall der fehlenden

⁸⁴⁸ EuGH 19.7.2012, C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Slg 2012, Rz 16.

⁸⁴⁹ EuGH 19.7.2012, C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Slg 2012, Rz 17 f.

⁸⁵⁰ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 120.

⁸⁵¹ EuGH 19.07.2012, C-112/11.

⁸⁵² *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 121.

Vorwegvereinbarung lediglich die Entgeltpflicht des Verbrauchers für die Zusatzleistung entfällt, die restliche Vereinbarung hinsichtlich der Zusatzleistung aber aufrecht bleibt. Der europäische Gesetzgeber hätte ohne Weiteres auch die gesamte Vereinbarung über die Zusatzleistung für unzulässig erklären können. Aus der Formulierung, dass der Verbraucher diesfalls einen Anspruch auf Erstattung dieser Zahlung hat, folgt mE im Umkehrschluss, dass die restliche Vereinbarung rechtswirksam und weiter aufrecht ist⁸⁵³.

Unglücklich gewählt ist freilich die Formulierung, dass der Verbraucher einen Anspruch auf Erstattung dieser Zahlung hat. Gemeint ist wohl richtiger Weise, dass der Unternehmer keinen Anspruch auf die Extrazahlung hat und der Verbraucher, wenn er die Zusatzzahlung noch nicht geleistet hat, sie daher auch nicht schuldet⁸⁵⁴.

Der europäische Gesetzgeber hat mit dieser Lösung offenbar in Kauf genommen, dass einem Unternehmer auch dann kein Entgelt für eine Zusatzleistungen zusteht, wenn ein Verbraucher sich der Voreinstellung bewusst war, diese gebilligt hat und sozusagen durch „gezieltes Nichtwegklicken“ eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Zusatzleistung herbeiführen wollte. Dass der Verbraucher trotz entsprechenden Abschluss- und Bindungswillens nach dem Wortlaut des Art 22 Satz 2 Verbraucher-RL bei Voreinstellung der Erklärung durch den Unternehmer nicht zur Leistung verpflichtet ist, stellt mE einen enormen Eingriff in die Privatautonomie dar und erscheint insofern überschießend, als ein Verbraucher, der diese Zusatzleistung tatsächlich in Anspruch nehmen möchte, nicht übervorteilt werden sollte und auch keines Schutzes bedarf. Diese Bestimmung wird zwar wahrscheinlich die gewünschte Wirkung erzielen, dass hinkünftig von Unternehmern Zusatzleistungen nicht mehr als voreingestellte Option angeboten werden, es stellt sich idZ aber jedenfalls die Frage, ob der Zweck die Mittel zu rechtfertigen vermag und lauterkeitsrechtlich fragwürdige Praktiken von Unternehmern mit derartigen zivilrechtlichen Maßnahmen eingedämmt werden sollen.

Der Kritik von *Bydlinski* kann daher nur beigespflichtet werden, dass es unselig ist, nur eine Seite eines synallagmatischen Verhältnisses zu regeln, konkret nur den Zahlungsanspruch des Unternehmers bei Außerachtlassung des Leistungsanspruches des Verbrauchers⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Für diese Auslegung auch *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7 (56) 57 und *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 122.

⁸⁵⁴ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, Fn 74.

⁸⁵⁵ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 122 f.

5. Nicht bestellte Waren und Dienstleistungen

Art 27 Verbraucher-RL regelt den Fall, dass ein Unternehmer ohne Bestellung durch den Verbraucher Waren, Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitale Inhalte liefert oder Dienstleistungen erbringt. Sie ersetzt die Bestimmung des Art 9 Fernabsatz-RL, wonach von den Mitgliedstaaten erforderliche Maßnahmen zu treffen sind, um zu untersagen, dass einem Verbraucher ohne vorherige Bestellung Waren geliefert oder Dienstleistungen erbracht werden, sofern damit eine Zahlungsaufforderung verbunden ist.

Die Regelung des Art 27 Verbraucher-RL knüpft an die Regelung des Art 5 Abs 5 iVm Anh I Nr 29 der UGP-RL an⁸⁵⁶. Für die Anwendbarkeit von Art 27 Verbraucher-RL wird daher voraus gesetzt, dass die unbestellte Lieferung oder Dienstleistung als unlautere Geschäftspraktik iSd zitierten Norm der RL über unlautere Geschäftspraktiken zu qualifizieren ist.

Der Ansicht von *Bydlinski*⁸⁵⁷, dass mit der Neuregelung durch Art 27 Verbraucher-RL nunmehr eine Anknüpfung nicht nur an unbestellte Waren iSd Nr 29 des Anh I der UGP-RL normiert ist, sondern eine Anknüpfung allgemein auf unlautere unbestellte Lieferungen schlechthin, kann mE nicht gefolgt werden. Diese Rechtsansicht setzt voraus, das „und“ semantisch alternativ zu verstehen, wofür es mE keinen Anhaltspunkt gibt. Es liegt näher, dass Art 27 Verbraucher-RL dann anwendbar ist, wenn ein Verstoß gegen Art 5 Abs 5 in Verbindung mit Nr 29 des Anh I der UGP-RL vorliegt. Nr 29 des Anh I UGP-RL lediglich als beispielhafte Aufzählung zu sehen, entbehrt zum einen einer Grundlage im Wortlaut des Art 27 Verbraucher-RL, zum anderen ergeben sich auch aus den ErwG und sonstigen Materialien zur Verbraucher-RL keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Interpretation.

Art 5 Abs 5 iVm Anh I Nr 29 der UGP-RL kommt auf unbestellte Waren oder Dienstleistungen zur Anwendung, ausgenommen auf Produkte, bei denen es sich um Ersatzlieferungen gem Art 7 Abs 3 Fernabsatz-RL handelt, sohin um die Lieferung einer qualitätsmäßig und preislich gleichwertigen Ware oder um die Erbringung einer qualitätsmäßig und preislich gleichwertigen Dienstleistung, wenn eine solche Lieferung oder Erbringung einer Dienstleistung vor Vertragsabschluss oder im Vertrag vereinbart wurde.

Da die Fernabsatz-RL durch die Verbraucher-RL ersetzt wird, wurde insbesondere seitens des Europäischen Parlaments erneut Regelungsbedarf für unbestellte Waren und Dienstleistungen gesehen, weil die Regelung der RL

⁸⁵⁶ In Österreich umgesetzt durch § 1a Abs 3 UWG iVm Nr 29 des Anhangs zum UWG.

⁸⁵⁷ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 103.

über unlautere Geschäftspraktiken mangels vertragsrechtlichen Rechtsbehelfs allein als unzureichend empfunden wird⁸⁵⁸.

Bei der Lieferung unbestellter Waren oder der Erbringung unbestellter Dienstleistungen ist der Verbraucher nach Art 27 Verbraucher-RL von seiner Leistungspflicht befreit. Es gilt in diesen Fällen - gemeint sind wohl Fälle der unlauteren unbestellten Warenlieferung oder Leistungserbringung⁸⁵⁹ - das Ausbleiben einer Antwort des Verbrauchers auf eine solche unbestellte Lieferung oder Erbringung nicht als Zustimmung.

Zutreffend wird die Wortwahl des europäischen Gesetzgebers kritisiert, wonach der Verbraucher von seiner Leistung „befreit“ ist, weil dies impliziert, dass eine Zahlungspflicht bestanden hat, was bei einer Zusendung ohne Vertrag und Zustimmung des Verbrauchers selbstverständlich nicht der Fall ist⁸⁶⁰. Offen und letztlich durch den EuGH klar zu stellen ist, ob die Regelung des Art 27 Verbraucher-RL dem Verbraucher auch die Rückforderung einer für eine unbestellte Lieferung an den Unternehmer getätigten Zahlung ermöglicht, oder ob diese Frage dem jeweiligen nationalen Recht zur Regelung überlassen ist sowie inwiefern der Unternehmer bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen den Verbraucher hat, der die Waren oder Dienstleistungen bestimmungsgemäß genutzt hat. Letztlich laufen diese Überlegungen auf die Frage hinaus, ob eine unlautere bestellte Lieferung oder Leistungserbringung als solche als Titel für einen Eigentumserwerb durch den Verbraucher verstanden werden kann. Dem Wortlaut nach entfaltet Art 17 Verbraucher-RL zwar mE nur relative Wirkung, weil nur das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer geregelt wird, andererseits wiederum steht der Wortlaut des Art 17 Verbraucher-RL einem Eigentumserwerb auch nicht zwingend entgegen.

Es stellt sich im gegebenen Zusammenhang die Frage, ob auch bei entsprechendem Abschlusswillen des Verbrauchers das Ausbleiben einer Antwort nicht als Zustimmung gilt. Der uneingeschränkte Wortlaut des Art 27 Verbraucher-RL bedeutet mE sehr wohl, dass das Ausbleiben einer Antwort alleine nicht als konkludente Zustimmung gewertet werden darf, auch für den Fall eines entsprechenden Abschlusswillens des Verbrauchers.

Auch kann mE § 864 Abs 1 ABGB nicht für den Fall strapaziert werden, dass zwar eine Antwort des Verbrauchers unterbleibt, er aber das Anbot des Unternehmers auf andere Weise „still“ durch sog Willensbetätigung annimmt. Aufgrund der Regelung des Art 27 Verbraucher-RL ist sogar positiviert, dass bei

⁸⁵⁸ ErWG 60 Verbraucher-RL; *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012/7 (56) 57.

⁸⁵⁹ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, Fn 20.

⁸⁶⁰ *Bydlinski* in *Bydlinsky/Lurger*, 104.

einer unbestellten Warenlieferung eine Erklärung nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, weshalb § 864 Abs 1 ABGB auf solche Fälle auch nicht zur Anwendung gebracht werden kann⁸⁶¹. Auch das Tatbestandselement „Ausbleiben einer Antwort“ schließt mE einen Vertragsabschluss ohne Zugang einer Erklärung des Verbrauchers an den Unternehmer aus, weil schon begriffsmäßig bei einer Willensbetätigung, der das fehlende Zugangserfordernis immanent ist⁸⁶², eine Antwort ausbleibt.

VI. Ergänzende Bestimmungen

Abschließend enthält die Verbraucher-RL in ihren letzten beiden Kapiteln ergänzende Bestimmungen, wie sie im Besonderen für Verbraucherschutz-RL „zur Komplettierung des Regulativs“ Standard sind⁸⁶³, betreffend die Rechtsdurchsetzung, Sanktionen und Unabdingbarkeit der Verbraucher-RL.

Die Mitgliedstaaten haben für die Sicherstellung der Einhaltung der Verbraucher-RL angemessene und wirksame Mittel vorzusehen⁸⁶⁴, einschließlich Rechtsvorschriften betreffend die Verbandsklage. Es sind daher insbesondere Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Anrufung der Gerichte oder zuständigen Verwaltungsbehörden, die über Beschwerden entscheiden oder geeignete gerichtliche Schritte einleiten können⁸⁶⁵, durch folgende nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften bestimmte Einrichtungen zu ermöglichen:

- öffentliche Einrichtungen oder ihre Vertreter;
- Verbraucherverbände, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben;
- Berufsverbände, die ein berechtigtes Interesse daran haben, tätig zu werden⁸⁶⁶.

Für Verstöße gegen die aufgrund der Verbraucher-RL erlassenen innerstaatlichen Vorschriften haben die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen festzulegen und die zu ihrer Anwendung erforderlichen Maßnahmen zu treffen⁸⁶⁷.

⁸⁶¹ AA Bydlinski in Bydlinsky/Lurger, 104.

⁸⁶² Rummel in Rummel³, § 864 Rz1.

⁸⁶³ Stabentheiner/Cap, ÖJZ 2012/7 (57).

⁸⁶⁴ Art 23 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁸⁶⁵ ErwG 56 Verbraucher-RL.

⁸⁶⁶ Art 23 Abs 2 Verbraucher-RL; Hall/Howells/Watson, ERCL 2/2012, 165.

⁸⁶⁷ Art 24 Abs 1 Verbraucher-RL.

Weiters normiert die Verbraucher-RL, dass Verbraucher auf die Rechte, die ihnen mit den einzelstaatlichen Maßnahmen zur Umsetzung dieser RL eingeräumt werden, nicht verzichten können⁸⁶⁸. Vertragsklauseln, die einen Verzicht auf die sich aus der Verbraucher-RL ergebenden Rechte oder deren Einschränkung unmittelbar oder mittelbar bewirken, sind für den Verbraucher nicht bindend⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ Art 25 Abs 1 Verbraucher-RL.

⁸⁶⁹ Art 25 Abs 2 Verbraucher-RL.

5. KAPITEL

AUSBLICK

Die Verbraucher-RL bleibt hinter den Erwartungen und Wünschen vieler zurück. Es waren wohl die im Grünbuch 2007 genannten Ziele der horizontalen Harmonisierung von 8 RL zu ehrgeizig gesteckt.

Der durchaus zutreffende Vorhalt der Kritiker, es gebe aufgrund verbleibender Umsetzungsspielräume weiterhin ein Fortbestehen der „Rechtszersplitterung“ in Form von „gemeinschaftsrechtlichen Regelungsinself⁸⁷⁰ bzw „pointilistischen“ Regelungen⁸⁷¹, da neben einer europaweit vollharmonisierten Regel weiterhin 28 die Umsetzungsspielräume unterschiedlich ausgestaltende nationale Rechtsordnungen bestehen, weshalb der Vollharmonisierungsansatz vereitelt und unverhältnismäßig sei, vermag mE nicht die Vorteile einer zunehmenden Rechtsvereinheitlichung aufzuwiegen. Ich sehe die vorliegende Verbraucher-RL lediglich als eine Etappe in Richtung Vereinheitlichung des Verbraucherschutzrechtes, auch wenn derzeit seitens des europäischen Gesetzgebers erklärt wird, dass eine Gesamtkodifikation oder ein europäisches Zivilgesetzbuch nicht angestrebt werde.

Die letztlich politisch zu beantwortende Frage, ob eine weitere Rechtsvereinheitlichung von Vertragsrecht in der EU gewünscht wird, führt bei deren Bejahung nicht an Rechtsakten wie der vorliegenden Verbraucher-RL vorbei, da eine Rechtsvereinheitlichung nur schrittweise möglich scheint.

Selbstverständlich ist, dass in der Umsetzungsphase sicherlich auch Schwierigkeiten im Einzelnen mit Anpassungen des nationalen Rechts bestehen werden, um insgesamt ein kohärentes Rechtsgefüge zu gewährleisten und dass zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des neuen Rechtsaktes einhergehen werden.

⁸⁷⁰ Denninger, Verbraucherbegriff 457; Riehm in Gsell/Herresthal, 90, bezeichnet diesen Bereich als „extra muros“.

⁸⁷¹ Wobei es durchaus auch Stimmen gibt, die eine Trendwende insofern sehen, als sie meinen, dass von europäischen Regelungsinself keine Rede mehr sein kann, sondern eher von einem „Kontinent“ mit einem eigenen System, siehe Gebauer in Gsell/Herresthal, 169.

Jedenfalls befindet sich der europäische Rechtsetzungsprozess bis zur gänzlichen Vollharmonisierung und Etablierung einer einheitlichen konsistenten Verbrauchervertragsrechtsordnung in einem Dilemma. Je weniger der europäische Gesetzgeber sowohl in quantitativer Hinsicht, bezogen auf den Anwendungsbereich, wie auch in qualitativer Hinsicht, bezogen auf die Regelungsintensität, harmonisiert, desto mehr wird der Vorwurf laut, es liege keine kohärente europäische Rechtsordnung vor, sondern „europäische Regelungsinseln“. Umgekehrt jedoch, je mehr der europäische Gesetzgeber in quantitativer wie qualitativer Hinsicht harmonisiert, desto massiver wird die Kritik, dass die Kohärenz, Systematik und Eigenart der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gefährdet wird. Damit wächst wiederum der Druck für den europäischen Gesetzgeber, ein zusammenhängendes stimmiges System zu schaffen, ist doch die Kohärenzbildung der Rechtsordnungen auf Ebene der Mitgliedstaaten mit dem Gemeinschaftsrecht bei einer hohen Regelungsichte des Gemeinschaftsrechtes nicht mehr ohne Weiteres konfliktfrei möglich.

Dieses in der Literatur über die Maßen strapazierte Argument, dass die Kohärenz der Mitgliedstaaten durch die Verbraucher-RL gefährdet wäre, kann mE einer Vollharmonisierungsinitiative des europäischen Gesetzgebers nicht vorgehalten werden, zumal er zwar zur Kohärenz des Gemeinschaftsrechts berufen ist, ihm allerdings im Gesetzgebungsakt die Wahrung der Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nur sehr eingeschränkt zugemutet werden kann⁸⁷².

In einem immer enger zusammenwachsenden Europa, in dem etwa für die junge Generation der freie Personenverkehr selbstverständlich ist, bietet letztlich nur eine in weitest möglichem Maße vereinheitlichte Gemeinschaftsrechtsordnung die Gewährleistung der uneingeschränkten Nutzung der durch den AEUV vorgesehenen Rechte und Freiheiten der Unionsbürger.

Innerstaatlich würde ich die im Vergleich zu bisherigen RL doch als umfassend zu bezeichnende vollharmonisierende Verbraucher-RL als Chance sehen. Der österreichische Gesetzgeber sollte diese Gelegenheit im Zuge der Umsetzung der Verbraucher-RL auch wahrnehmen, um das Konsumentenschutzrecht in Österreich zu systematisieren und in einem einheitlichen stringenten Verbraucherschutzgesetz zu regeln.

Eine vollharmonisierende RL verlangt jedenfalls von den nationalen Gesetzgebern, welche die RL umzusetzen haben, eine besonders intensive Auseinandersetzung mit dem RL-Text und bedeutet vor dem Hintergrund der

⁸⁷² So auch Gebauer in Gsell/Herresthal, 170.

richtlinienkonformen Interpretation auch für den einzelnen Rechtsanwender bei der Anwendung von umgesetztem Recht die Notwendigkeit einer tiefergehenden Analyse des dem nationalen Gesetzestext zugrunde liegenden RL-Rechts.

Das größte Manko der vorliegenden Verbraucher-RL ist mE die mangelnde legislative Qualität, die darauf zurück geführt werden kann, dass es sich bei dem Regelwerk um einen politischen Kompromiss handelt, der im Zuge von mehrere Jahre andauernder Verhandlungen getroffen wurde, weshalb sie auch mit dem Attribut „legistisches Desaster“ versehen wurde⁸⁷³.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere seit der Verabschiedung vollharmonisierender RL die Einführung eines „Allgemeinen Teils“ durch den europäischen Gesetzgebers dringend notwendig wäre. Für eine gelungene Rechtsvereinheitlichung halte ich de lege ferenda die Erlassung eines solchen für geboten, da aufgrund der Vollharmonisierung bei Bestehen von Auslegungsschwierigkeiten ein im Zweifel für den Verbraucher günstiges Auslegen von Regelungsbestimmungen nicht mehr möglich ist.

⁸⁷³ Schmidt-Kessel, Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz – Meilensteine auf dem Weg zum legislatischen Desaster, GPR 2012, 129.

ANHANG

I. Muster-Widerrufsbelehrungsformular⁸⁷⁴

Widerrufsrecht

Sie haben das Recht, binnen vierzehn Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen.

Die Widerrufsfrist beträgt vierzehn Tage ab dem Tag 1.

Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns (2) mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. ein mit der Post versandter Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren. Sie können dafür das beigelegte Muster-Widerrufsformular verwenden, das jedoch nicht vorgeschrieben ist. 3

Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht es aus, dass Sie die Mitteilung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absenden.

Folgen des Widerrufs

Wenn Sie diesen Vertrag widerrufen, haben wir Ihnen alle Zahlungen, die wir von Ihnen erhalten haben, einschließlich der Lieferkosten (mit Ausnahme der zusätzlichen Kosten, die sich daraus ergeben, dass Sie eine andere Art der Lieferung als die von uns angebotene, günstigste Standardlieferung gewählt haben), unverzüglich und spätestens binnen vierzehn Tagen ab dem Tag zurückzuzahlen, an dem die Mitteilung über Ihren Widerruf dieses Vertrags bei uns eingegangen ist. Für diese Rückzahlung verwenden wir dasselbe Zahlungsmittel, das Sie bei der ursprünglichen Transaktion eingesetzt haben, es sei denn, mit Ihnen wurde ausdrücklich etwas anderes vereinbart; in keinem Fall werden Ihnen wegen dieser Rückzahlung Entgelte berechnet. 4

5

6

Gestaltungshinweise:

1. Fügen Sie einen der folgenden in Anführungszeichen gesetzten Textbausteine ein:

⁸⁷⁴ Formular gemäß Anhang I.A. der RL 2011/83/EU, ABI L 304/64 vom 22.11.2011.

- a) im Falle eines Dienstleistungsvertrags oder eines Vertrags über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme oder von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden: „des Vertragsabschlusses.“;
- b) im Falle eines Kaufvertrags:„, an dem Sie oder ein von Ihnen benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die Waren in Besitz genommen haben bzw. hat.“;
- c) im Falle eines Vertrags über mehrere Waren, die der Verbraucher im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt hat und die getrennt geliefert werden:„, an dem Sie oder ein von Ihnen benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die letzte Ware in Besitz genommen haben bzw. hat.“;
- d) im Falle eines Vertrags über die Lieferung einer Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken:„, an dem Sie oder ein von Ihnen benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die letzte Teilsendung oder das letzte Stück in Besitz genommen haben bzw. hat.“;
- e) im Falle eines Vertrags zur regelmäßigen Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum hinweg:„, an dem Sie oder ein von Ihnen benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die erste Ware in Besitz genommen haben bzw. hat.“

2. Fügen Sie Ihren Namen, Ihre Anschrift und, soweit verfügbar, Ihre Telefonnummer, Faxnummer und E-Mail-Adresse ein.

3. Wenn Sie dem Verbraucher die Wahl einräumen, die Information über seinen Widerruf des Vertrags auf Ihrer Webseite elektronisch auszufüllen und zu übermitteln, fügen Sie Folgendes ein: „Sie können das Muster-Widerrufsformular oder eine andere eindeutige Erklärung auch auf unserer Webseite [Internet-Adresse einfügen] elektronisch ausfüllen und übermitteln. Machen Sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, so werden wir Ihnen unverzüglich (z. B. per E-Mail) eine Bestätigung über den Eingang eines solchen Widerrufs übermitteln.“

4. Im Falle von Kaufverträgen, in denen Sie nicht angeboten haben, im Fall des Widerrufs die Waren selbst abzuholen, fügen Sie Folgendes ein: „Wir können die Rückzahlung verweigern, bis wir die Waren wieder zurückerhalten haben oder bis Sie den Nachweis erbracht haben, dass Sie die Waren zurückgesandt haben, je nachdem, welches der frühere Zeitpunkt ist.“

5. Wenn der Verbraucher Waren im Zusammenhang mit dem Vertrag erhalten hat:

a) Fügen Sie ein:

- „Wir holen die Waren ab.“ oder
- „Sie haben die Waren unverzüglich und in jedem Fall spätestens binnen vierzehn Tagen ab dem Tag, an dem Sie uns über den Widerruf dieses Vertrags unterrichten, an ... uns oder an [hier sind gegebenenfalls der Name und die Anschrift der von Ihnen zur Entgegennahme der Waren ermächtigten Person einzufügen] zurückzusenden oder zu übergeben. Die Frist ist gewahrt, wenn Sie die Waren vor Ablauf der Frist von vierzehn Tagen absenden.“

b) Fügen Sie ein:

- „Wir tragen die Kosten der Rücksendung der Waren.“;
- „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.“;
- Wenn Sie bei einem Fernabsatzvertrag nicht anbieten, die Kosten der Rücksendung der Waren zu tragen und die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht normal mit der Post zurückgesandt werden können: „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren in Höhe von ... EUR [Betrag einfügen].“, oder wenn die Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können: „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. Die Kosten werden auf höchstens etwa ... EUR [Betrag einfügen] geschätzt.“ oder
- wenn die Waren bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht normal mit der Post zurückgesandt werden können und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Wohnung des Verbrauchers geliefert worden sind: „Wir holen die Waren auf unsere Kosten ab.“ und

c) Fügen Sie ein: „Sie müssen für einen etwaigen Wertverlust der Waren nur aufkommen, wenn dieser Wertverlust auf einen zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren nicht notwendigen Umgang mit ihnen zurückzuführen ist.“

6. Im Falle eines Vertrags zur Erbringung von Dienstleistungen oder der Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, oder von Fernwärme fügen Sie Folgendes ein: „Haben Sie verlangt, dass die Dienstleistungen oder Lieferung von Wasser/Gas/ Strom/Fernwärme [Unzutreffendes streichen] während der Widerrufsfrist beginnen soll, so haben Sie uns einen angemessenen Betrag zu zahlen, der dem Anteil der bis zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie uns von der Ausübung des Widerrufsrechts hinsichtlich

dieses Vertrags unterrichten, bereits erbrachten Dienstleistungen im Vergleich zum Gesamtumfang der im Vertrag vorgesehenen Dienstleistungen entspricht.“

II. Muster-Widerrufsformular⁸⁷⁵

(Wenn Sie den Vertrag widerrufen wollen, dann füllen Sie bitte dieses Formular aus und senden Sie es zurück)

- An [hier ist der Name, die Anschrift und gegebenenfalls die Faxnummer und E-Mail-Adresse des Unternehmers durch den Unternehmer einzufügen]:
- Hiermit widerrufe(n) ich/wir (*) den von mir/uns (*) abgeschlossenen Vertrag über den Kauf der folgenden Waren (*)/ die Erbringung der folgenden Dienstleistung (*)
- Bestellt am (*)/erhalten am (*)
- Name des/der Verbraucher(s)
- Anschrift des/der Verbraucher(s)
- Unterschrift des/der Verbraucher(s) (nur bei Mitteilung auf Papier)
- Datum

(*) Unzutreffendes streichen

⁸⁷⁵ Formular gemäß Anhang I.B. der RL 2011/83/EU, ABI L 304/64 vom 22.11.2011.

LITERATUR

- Apathy, Peter* in *Schwimann, Michael*, Praxiskommentar ABGB (2006) V³
- Artz, Markus* Vorschlag für eine vollharmonisierte Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)
- Becklein, Martin* Verbesserter Zugang zum Recht der Verbraucher? Eine Bewertung der Regelungsvorschläge der EU-Kommission zur Alternativen Streitbeilegung, GPR 2012, 232
- Beiser, Reinhold/Zorn, Nikolaus*
Kommentar für Europarecht, *Mayer, Heinz/Stöger, Karl*, EUV/AEUV (2010)
- Berger, Maria* Zu europäischen Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEuP 2009, 451
- Börger, Andreas* Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten (2010)
- Borchert, Günter* Verbraucherschutzrecht (1994)
- Brandt, Lars-Peter* Die Chance für eine einheitliche Auslegung eines europäischen Zivilgesetzbuches (2009)
- Buchmann, Felix/Föhlisch, Carsten*
„Globales Leihhaus Internet“ statt Onlinehandel?
Wertersatz für Nutzungen nach fernabsatzrechtlichem Widerruf, MMR 2010, 3
- Budischowsky, Jens*
Kommentar für Europarecht, *Mayer, Heinz/Stöger, Karl*, EUV/AEUV (2011)
- Bydlinski, Franz* System und Prinzipien des Privatrechts (1996)
- Bydlinski, Peter* Allgemeines Verbrauchervertragsrecht in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012)

<i>Cap, Verena</i>	„Cold Calling“ – Das KSchRÄG 2011, ÖJZ 2011/46
<i>Cap, Verena</i>	Die Entstehung der Verbraucherrechte-Richtlinie, Zak 2011/124, 67
<i>Cap, Verena</i>	Die Verbraucherrechte-Richtlinie kommt, ÖJZ 2011/62
<i>Cap, Verena</i>	Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad in Bydlinski/Lurger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012)
<i>Čikara, Emilia</i>	Die Angleichung des Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechtes in der Republik Kroatien hrcak.srce.hr/file/39790 (20.04.2009)
<i>Dehn, Wilma</i>	Allgemeine Informationspflichten nach Art 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher in <i>Jud/Wendehorst</i> , Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)
<i>Dehn, Wilma</i>	Der Unternehmer nach §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006/5
<i>Denkinger, Fleur</i>	Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa (2007)
<i>Dickert, Thomas</i>	Politische Implikationen der Vollharmonisierung in <i>Gsell, Beate/Herresthal, Carsten</i> , Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)
<i>Effer-Uhe, Oliver/Watson, Jonathon Mark</i>	Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7
<i>Faber, Wolfgang</i>	Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz, Jahrbuch Europarecht 2012, 401
<i>Föhlisch, Carsten</i>	Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht? Auswirkungen der geplanten Europäischen

Verbraucherrechtsrichtlinie, MMR 2009, 75.

Föhlisch, Carsten Umsetzung der VRRL: Neue Ausnahmen vom Widerrufsrecht, <http://www.shopbetreiber-blog.de/2012/10/19/umsetzung-der-vrrl-neue-ausnahmen-vom-widerrufsrecht/> (23.6.2013).

Franck, Jens-Uwe Europäisches Absatzrecht (2006)

Gebauer, Martin Vollharmonisierung und Wertungs-Kohärenz in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin
Das Recht der Europäischen Union 38. EL (2009)

Graf, Georg EuGH: Amtswegige Prüfung von missbräuchlichen Vertragsklauseln, *ecolex* 2009, 720

Grundmann, Stefan Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, *JZ* 2/2013, 53

Grundmann, Stefan Europäisches Schuldvertragsrecht: Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (1999)

Gsell, Beate Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Gsell, Beate/Schellhase, Hans Martin
Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht als Vorbild?, *JZ* 1/2009, 20

Haberl, Andrea Die aktuelle Diskussion um ein verbesserungswürdiges Europäisches Vertragsrecht, *ZfVR* 2009/5

Haidmayer, Barbara
Die Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU, *ecolex* 2012, 192

Handig, Christian Rücktrittsrecht für Verbraucher auch bei Downloads? *ecolex* 2007, 19

Heiss, Helmut Rom I und II: Vorschlag für ein österreichisches

Anpassungsgesetz, ZfRV 2009/4

Herresthal, Carsten Die Regelungsdichte von (vollharmonisierenden) Richtlinien in Gsell, Beate/Herresthal, Carsten, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Hau, Wolfgang Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahmen und Perspektiven, Deutscher Mietrechtstag 2010, www.mietgerichtstag.de

von Hippel, Eike Verbraucherschutzrecht³ (1986)

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich
Handbuch Multimedia-Recht, 19. Ergänzungslieferung (2008)

Hofmann, Tanja/Linder, Florian
Fernabsatz-Rücktrittsrecht bei Untergang der Ware, wbl 2006, 308

Hofmann, Tanja/Linder, Florian
Gedanken zur Gefahrtragung beim Versendungskauf, JBl 2008, 623

Hohensinn, Sabine/Koziol, Gabriele
Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Tagung am 22.1.2009, http://consumer-rights.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/ag_consumer-rights/Berichte/tagungsbericht.pdf (14.12.2013)

Jud, Brigitta Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 29

Jud, Brigitta Neuere Rechtsprechung zum Konsumentenschutz, ÖJZ 2007/1

Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane
Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)

Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane,
Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Ein akademisches Positionspapier, ecolex 2009, 279

- Karl, Roland* HG Wien: Benutzungsentgelt bei Widerruf eines Fernabsatzvertrags, MMR 2005, 830
- Kleinknecht, Andreas* Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht (2007)
- Klocke, Matthias* Rechtsfortbildung im und am Unterlassungsklagegesetz, VuR 6/2012, abrufbar unter http://www.vur.nomos.de/fileadmin/vur/doc/2013/Aufsatz_VuR_13_06.pdf (7.12.2013).
- König, Bernhard* Zum Spannungsverhältnis zwischen Europäischem und nationalem Verfahrensrecht in *König/Mayr*, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II (2009)
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* Kurzkomentar zum ABGB² (2007)
- Koziol, Helmut/Welser, Rudolf* Bürgerliches Recht II¹³ (2007)
- Kramer, Ernst* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung (Institutionen, Methoden, Perspektiven), in JBI 1988, 477
- Krejci, Heinz* in *Rummel, Peter*³, KSchG
- Kroll-Ludwigs, Kathrin* Ein optionales Vertragsrecht für Europa, GPR 2012, 181.
- Lachmayer/Bauer*, Praxiswörterbuch Europarecht (2008)
- Lawlor, Eamonn* 1992: Größeres Angebot und Wirtschaftsaufschwung. Aufgabe der Europäischen Verbraucherpolitik., in Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1988
- Lerm, Verena* Die Verbraucherrechte-Richtlinie im Widerspruch zur Kompetenzordnung des europäischen Primärrechts, GPR 2012, 166.

- Limmer, Peter* Vollharmonisierung und traditionelle Schutzinstrumente des nationalen Rechts in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)
- Leupold, Petra/Ramharter, Martin* 20. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e.V., 2.-5.9.2009, Osnabrück. Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz nationalen und europäischen Privatrechts, ÖJZ 2009/98
- Loos, Marco* Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders – The example of the Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law, 2010/03, 5.
- Lukas, Meinhard* Außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)
- Lurger, Brigitta/Augenhofer, Susanne* Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2005)
- Lurger, Brigitta* Widerrufsrechte in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012)
- Maimer, Katharina* Rücktrittsrecht bei App-Käufen?, MR 2012, 47
- Mangold, Stephan* Verbraucherschutz und Kunstkauf im deutschen und europäischen Recht (2008)
- Mankowski, Peter* Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133
- Meller-Hannich, Caroline* Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht (2005)
- Meškić, Zlatan* Europäisches Verbraucherrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs 2007 (2008)
- Micklitz, Hans-Wolfgang/Reich, Norbert* Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine

Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“, EuZW 2009, 279

Mochar, Veronika/Seidl Simone

Internationales Verbraucherschutzrecht und e-commerce, ÖJZ 2003/13

Möllers, Thomas M.J.

Vollharmonisierung im Kapitalmarktrecht in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Möllers, Thomas M.J.

Zur „Unverzüglichkeit“ einer Ad-hoc-Mitteilung im Kontext nationaler & europäischer Dogmatik, in *Berger, Klaus Peter*, Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext

Müller-Graff, Peter-Christian

Gestaltung und Gestalt der europäischen Rechtsetzung, EuZ/4, 82

Nemeth, Kristin

Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa, wbl 2000, 341

Neuner, Jörg

Die Rechtsfortbildung in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010)

Neuner, Sophie

Die Informationspflichten der Verbraucherrechterichtlinie (2012)

Nordhausen Scholes, Annette

Information Requirements, in *Howells, Geraint/Schulze, Reiner*, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009)

Paschke, Marian

Analyse de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, Conférences CEC 2009, <http://www.cecluxembourg.lu/online/www/content/10/18/92/94/114/FRE/index.html>

- Paschke, Marian/Husmann, Peter*
Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts –
Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmonisierung
- Perner, Stefan* Erweiternde Umsetzung von Richtlinien des Europäischen
Verbraucherrechts, ZfRV 2011/28
- Perner, Stefan/Spitzer, Martin*
Bürgerliches Recht. Lernen – Üben – Wissen (2007)
- Pfeiffer, Thomas* Neues Internationales Vertragsrecht. Zur Rom I-
Verordnung, EuZW 2008, 622
- Pisuliński, Jerzy* Die Entwicklung des europäischen Zivilrechts, GPR 2013,
254
- Radler, Moritz* Wenn das Glück den Verbraucher kalt erwischt – Cold
Calling im KSchG, ecolex 2012, 677
- Raschauer, Bernhard*
Verbraucherschutzrechtliche Dimensionen im
Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftsaufsichtsrecht in
Aicher, Josef/Holoubek, Michael (Hrsg), Der Schutz von
Verbraucherinteressen (2000)
- Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim*
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung III³ (2008)
- Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane*
Zivilprozessrecht⁷ (2009)
- Reich, Norbert* EU-Verbraucherkaufrecht in neuen Dokumenten und in
einem Optionalen Instrument, ZfVR 2011/26
- Riedler, Andreas* Änderungen des KSchG durch das ZRÄG 2004, RZ 2003,
266
- Riefa, Christine* A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of
Right to Withdraw from Online Auctions in *Howells/Schulze*,
Modernising and harmonising consumer contract law (2009)
- Riehm, Thomas* Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-

Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006/21, 1035

- Riehm, Thomas* Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)
- Rybarz, Jonas* Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts (2011)
- Rösler, Hannes* 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa. Rechtsvergleichende, programmatische und institutionelle Faktoren, in *ZfVR* 2005/21
- Rott, Peter/Terryn, Evelyne*
Proposal for a Directive on Consumer Rights, *ZEuP* 2009, 456
- Roth, Wulf-Henning*, Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg? (2009)
- Rudolf, Claudia* Internationales Vertragsrecht für die EU, *ecolex* 2008, 1069
- Rüffler, Friedrich* Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht, in *Aicher, Josef/Holoubek, Michael* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 193
- Rühl, Giesela* Die Kosten der Rücksendung bei Fernabsatzverträgen: Verbraucherschutz versus Vertragsfreiheit? *EuZW* 2005, 199
- Rummel, Peter* Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)³ (2000-2007)
- Schauer, Martin* Fernabsatzverträge in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)
- Schima, Bernhard* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV (2011)
- Schmidt, Martin* Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (2009)

Schmidt-Kessel, Martin

Der Vorschlag im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)

Schmidt-Kessel, Martin

Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz – Meilensteine auf dem Weg zum legislatischen Desaster, GPR 2010, 129

Schmidt-Kessel, Martin/Sorgenfrei,

Ramona, Neue Anforderungen an die Umsetzung verbraucherschützender Richtlinien, GPR 2013, 242

Schmoeckel, Mathias

Über die drei Arten der Verbraucherhistoriographie in FS Huber (2006) 51.

Schnyder, Anton/Heiss, Helmut/Reichert-Facilides, Fritz/Rudisch, Bernhard

Internationales Verbraucherschutzrecht (1995)

Schoibl, Norbert

Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüssel-I-Verordnung (Teil I) – Neuerungen im europäischen Zivilprozessrecht, JBI 2003, 149

Schulte-Nölke, Hans

Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009)

Schulte-Nölke, Hans

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie vom 16.4.2013, veröffentlicht unter

http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/4_4_Verbraucherrechterichtlinie/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schulte-N_lke.pdf

Schulte-Nölke, Hans

The Potential Impact of the Consumer Rights Directive on the Member States' Contract Law – Side effects on the

Member States' general contract law or general sales law,
veröffentlicht unter

<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=de&file=27920> (20.11.2010)

Schulze, Reiner Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999)

Schulze, Götz Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsprivatrecht in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Schummer, Gerhard/Weinberger, Markus
Zum Rücktrittsrecht bei „Online-Auktionen“, JBI 2005, 765

Schürnbrand, Jan Vollharmonisierung im Gesellschaftsrecht in *Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009)

Schurr, Francesco in *Klang, Heinrich (Begr)*³, KSchG

Schwarzenegger, Peter
Informationspflichten in *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012)

Schwimann, Michael
Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (2001)

Spitzer, Martin Der Unternehmer im PHG. Richtlinienwidrigkeit des Haftpflichtigen und des zu ersetzenden Sachschadens im Produkthaftungsrecht in JBI 2003, 414

Stabentheiner, Johannes
Der Vorschlag aus österreichischer Sicht in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009)

Stabentheiner, Johannes/Cap, Verena
Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie in ÖJZ 2011/111

Stabentheiner, Johannes/Cap, Verena
Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie in ÖJZ 2012/7

- Stomper-Rosam, Bettina*
Rücktrittsrecht bei Internetauktionen, MR 2009, 107
- Streinz, Rudolf* Europarecht⁷ (2005)
- Stürner, Michael* Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht – Methode, Implikationen und Durchführung, GPR 2013, 271
- Stuyck, Jules* Unfair Terms in Howells/Schulze, Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009)
- Tacou, Theofanis* Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009, 140
- Tonner, Klaus/ Fangerow, Kathleen*
Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law? in euvr 2012, 67
- Van Husen, Norbert*
Gerichtsstand in Verbraucherangelegenheiten im Österreichischen und Europäischen Zivilprozessrecht
- Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen*
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁶ (2003)
- Wagner, Sandra* Verbraucherschutz bei Vertragsabschluss im Internet (2010)
- Welser, Rudolf* Österreich und der gemeinschaftliche Besitzstand im Verbraucherschutz – Bemerkungen zum „Grünbuch“ in ZfRV 2008/4
- Wendehorst, Christiane*
Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte in *Jud, Brigitte/Wendehorst, Christiane*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa (2009)
- Wendehorst, Christiane*
Die neue Richtlinie über Rechte der Verbraucher, in FS

Griss (2011)

Zankl, Wolfgang Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet),
ecolex 2000, 416

Zimmermann, Reinhard

Savignys Vermächtnis – Rechtsgeschichte,
Rechtsvergleichung und die Begründung der Europäischen
Rechtswissenschaft, JBl 1998, 273

Zimmermann, Reinhard

Perspektiven des künftigen österreichischen und
europäischen Zivilrechts, JBl 2012, 2

Zöchling-Jud, Brigitta

Kommentar für Europarecht, *Mayer, Heinz/Stöger, Karl*,
EUV/AEUV (2011)

Zöchling-Jud, Brigitta

Verbraucherrechte-RL: Die wesentlichsten Umsetzungs-
erfordernisse im Überblick, ecolex 2012, 196

Zypries, Brigitte

Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte,
ZEuP 2009, 225

JUDIKATUR DES EUGH

Datum	GZ	Parteien	Slg	Nr
01.06.1961	C-15/60	Gabriel Simon/Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften		00241
05.02.1963	C-26/62	NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung	1963	00003
06.10.1970	C-9/70	Franz Grad/Finanzamt Traunstein	1970	00825
11.07.1975	C-107/84	Kommission/BR Deutschland	1985	02655
27.10.1977	C-30/77	Regina/Bouchereau	1977	01999
09.03.1978	C-106/77	Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal	1978	00629
20.02.1979	C-120/78	REWE-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“)	1979	00649
18.03.1980	C-62/79	Coditel SA, campagne générale pour la diffusion de la télévision ua/Ciné-Vog Films ua	1980	00881
12.06.1980	C-130/79	Express Dairy Foods Limited/Intervention Board of Agriculture Produce	1980	01887
19.06.1980	C-41/79, 121/79, 796/79	Vittorio Testa ua/Bundesanstalt für Arbeit	1980	01979
06.10.1981	C-262/81	Coditel SA, campagne générale pour la diffusion de la télévision ua/Ciné-Vog Films ua	1982	03381
06.10.1982	C-283/81	Srl Cilfit und Lanificio di Gavardo	1982	03415

SpA/Ministero della Sanità

13.12.1983,	C-218/82	Kommission/Rat	1983	04063
12.03.1987	C-22/86	Giuseppe Rindone/Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münzingen	1987	01339
30.05.1991	C-361/88	Kommission der EG/Bundesrepublik Deutschland	1991	I-02567
19.11.1991	C-9/90 und C-6/90	Andrea Francovich ua/ Italienische Republik	1991	I-05357
14.07.1994	C-91/92	Paola Faccini Dori/Recreb Srl.	1994	I-03325
29.07.1995	C-135/93	Königreich Spanien/Kommission	1995	I-01651
07.12.1995	C-449/93	Rockfon A/S / Specialarbejderforbundet i Danmark	1995	I-04291
05.03.1996,	C-46/93 und C-48-93	Brasserie du Pecheur SA/BR Deutschland und The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd ua	1996	I-01029
19.03.1996	C-25/94	Kommission/Rat	1996	I-01469
24.10.1996	C-72/95	Aannemersbedrijf P.K.Kraaijeveld BV e.a./Gedeputeerde Staten von Zuid-Holland	1996	I-05403
15.05.1997	C-355/95	TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Kommission und BR Deutschland	1997	I-02549
03.07.1997	C-269/95	Benincasa/Dentalkit	1997	I-03767
02.04.1998	C-296/95	The Queen/Commissioner of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham	1998	I-01605

04.04.2000	C-269/97	Kommission/Rat	2000	I-02257
04.04.2000	C-465/98	Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV/Adolf Darbo AG	2000	I-02297
27.06.2000	C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98	Océano Grupo Editorial SA, Roció Murciano Quintero und Salvat Editores SA/José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane und Emilio Viñas Feliú	2000	I-04941
05.10.2000	C 376/98	Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union ("Erste Tabakwerbe-Entscheidung")	2000	I-08419
30.01.2001	C-36/98	Königreich Spanien /Rat	2001	I-00779
08.03.2001	C-397/98 und C-410/98	Metallgesellschaft Ltd ua, Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd /Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General	2001	I-01727
10.07.2001	C-315/99	Ismeri Europa Srl/Rechnungshof der Europäischen Gemeinschaften	2001	I-05281
22.11.2001	C-541/00	Sape Snc/ Idealserivce Srl	2001	I-09049
13.12.2001	C-481/99	Georg und Helga Heininger/Bayrische Hypo- und Vereinsbank AG	2001	I-09945
12.03.2002	C-168/00	Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co KG	2002	I-02631
10.12.2002	C-491/01	The Queen/Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd	2002	I-11453

09.01.2003	C-257/00	Nani Givane ua/Secratary of State for the Home Department	2003	I-00345
09.01.2003	C-321/96	Wilhelm Mecklenburg/Kreis Pinneberg	1998	I-03809
06.05.2003	C-104/01	Libertel Groep BV/Benelux-Merkenbureau	2003	I-03793
20.11.2003	C-152/01	Kyocera Electronics Europe GmbH/Hauptzollamt Krefeld	2003	I-13821
01.04.2004	C-1/02	Privat-Molkerei Borgmann GmbH&Co KG/Hauptzollamt Dortmund	2004	I-03219
09.09.2004	C-292/02	Meiland Azweijn BV /Hauptzollamt Duisburg	2004	I-07905
16.09.2004	C-227/01	Kommission/Königreich Spanien	2004	I-08253
05.10.2004	C-397/01, C-398/01, C-399/01, C-400/01, C-401/01, C-402/01, C-403/01	Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller, Matthias Döbele/Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV	2004	I-08835
20.01.2005	C 464/01	Johann Gruber/Bay Wa AG	2005	I-00439
01.03.2005	C-281/02	Andrew Owusu/N.B. Jackson	2005	I-01383
10.03.2005	C-336/03	EasyCar/Office of Fair Trading	2005	I-01947
23.03.2006	C-465/04	Honyvem Informazioni Commerciali Srl/Mariella De Zotti	2006	I-02879
04.07.2006	C-212/04	Adeneler ua/Ellinikos Organismos Galaktos	2006	I-06057
15.02.2007	C-292/05	Eirini Lechouritou ua/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias	2007	I-01519

26.03.2009	C-348/07	Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH	2009	I-02341
28.04.2009	C-420/07	Meletis Apostolides/David Charles Orams und Linda Elizabeth Orams	2009	I-03571
04.06.2009	C-243/08	Pannon GSM Zrt/Erzsébet Sustikné Györfi	2009	I-04713
04.06.2009	C-285/08	Moteurs Leroy Somer/Dalkia France und Ace Europa	2009	I-04733
03.09.2009	C-489/07	Pia Messner/Stefan Krüger	2009	I-07315
29.10.2009	C-474/08	Europäische Kommission/Belgien	2009	I-00175
28.01.2010	C-456/08	Europäische Kommission/Irland	2010	I-00859
08.06.2010,	C-58/08	The Queen, auf Antrag von Vodafone Ltd ua/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform	2010	I-04999
08.09.2010	C-409/06	Winner Wetten GmbH/Bürgermeisterin der Stadt Bergheim	2010	I-08015
07.12.2010	C-585/08 und C-144/09	Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG sowie Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller	2010	I-12527
05.07.2012	C-49/11	Content Services Ltd/Bundesarbeiterkammer	2012	
19.07.2012	C-112/11	ebookers.com Deutschland GmbH/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V	2012	

JUDIKATUR DES OGH UND DES BGH

OGH	18.11.1965	5 Ob 301/65
OGH	14.10.1997	5 Ob 504/96
OGH	27.09.2005	1 Ob 110/05s
OGH	15.02.2011	4 Ob 208/10g
OGH	23.01.2013	7 Ob 201/12b
OGH		RS0019952
OGH		RS0025390
OGH		RS0016390
BGH	03.01.2004	VIII ZR 375/03
BGH	22.12.2004	VIII ZR 91/04
BGH	30.09.2009	VIII ZR 7/09

ABSTRACT

Verfasserin: Carina Romanek
Titel: Probleme der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher
Umfang: 200 Seiten
Typ: Dissertation am Institut für Zivilrecht der Universität Wien
Ort, Jahr: Wien, 2014
Begutachter: Attila Fenyves

Die Harmonisierung des Verbraucherschutzrechts wird von der Europäischen Kommission als einer der wesentlichen Faktoren zur Erreichung eines vollendeten Binnenmarkts angesehen. Dem Verbraucherrecht wird nicht zuletzt deshalb eine besonders große Bedeutung zugesprochen, weil es eine Vorreiterrolle für die Vereinheitlichung von allgemeinem Zivilrecht einnimmt.

Gegenstand dieser Dissertation ist die umfassende Aufarbeitung der am 10.10.2011 vom Rat der Europäischen Union verabschiedeten Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, kurz bezeichnet als „Verbraucherrechterichtlinie“. In dieser Richtlinie gehen die Fernabsatzrichtlinie und die Haustürgeschäftsrichtlinie auf. Im Unterschied zu ihren Vorgängern schafft die Verbraucherrechterichtlinie neben einer horizontalen Harmonisierung der vorvertraglichen Informationspflichten für Verbraucherverträge eine weitgehende Vollharmonisierung in Bezug auf die Bestimmungen über Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte sowie über sonstige Verbraucherrechte, wenngleich das ursprüngliche ambitionierte Vorhaben des europäischen Gesetzgebers, 8 Richtlinien in einer Richtlinie zu vereinheitlichen, nicht realisiert wurde.

Das Ziel der Arbeit war dabei insbesondere, dem Rechtsanwender einen Gesamtüberblick über diese neue Rechtsgrundlage für Verbraucherschutzrecht in Europa zu bieten. Nach einer kurzen zusammenfassenden Darstellung der Auslegungsgrundsätze von Richtlinien sowie der aktuellen Rechtslage des Kollisionsrechts und der internationalen Zuständigkeit in Bezug auf Verbraucherverträge wird die Geschichte des Verbraucherschutzrechtes zur Veranschaulichung der Bedeutung der Verbraucherrechterichtlinie im Kontext der historischen Entwicklung aufgezeigt. Daran anschließend wird der in der Verbraucherrechterichtlinie normierte Vollharmonisierungsansatz, seine Kompetenzgrundlage und seine Bedeutung für die Mitgliedstaaten eingehend erörtert.

Den Kern der Arbeit bildet schließlich die Auseinandersetzung mit den Problemstellungen, die in den einzelnen Kapiteln der Verbraucherrechterichtlinie

aufgeworfen werden, insbesondere die Auslegung der einzelnen Regelungen, die Systematik und das Verhältnis zueinander, sowie die teilweise auftretenden Wertungswidersprüche zu anderen Rechtsakten und zu derzeit in Österreich in Geltung stehendem nationalen Recht. Die Aufarbeitung der Verbraucherrechte-richtlinie reicht vom Anwendungsbereich über die für Verbraucherverträge im Allgemeinen geltenden Informationspflichten, die im Besonderen für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte geltenden Informationspflichten, Formvorschriften und Regelungen zum Widerruf bis hin zu sonstigen Verbraucherrechten, die auch Regelungsbereiche von zivilrechtlichen Kernfragen tangieren, wie beispielsweise die Lieferpflicht des Verkäufers und der Gefahrenübergang beim Versendungskauf.

Die Autorin der gegenständlichen Dissertation kommt zum Ergebnis, dass die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher eine politische Kompromisslösung darstellt, die in ihrer derzeitigen Fassung noch Wertungswidersprüche aufweist und weit hinter den sicherlich hoch gesteckten Erwartungen zurück bleibt. Vor allem vor dem Hintergrund, dass sich diese Richtlinie mit dem erklärten Ziel einer Vollharmonisierung an 28 nationale – mitunter sehr verschiedene – Rechtssysteme wendet, wäre wohl eine dem Pandektensystem entsprechende Systematisierung, zumindest aber die Normierung eines Allgemeinen Teils de lege ferenda hilfreich, um das selbst definierte Ziel einer tatsächlichen Vollharmonisierung auch zu erreichen.

Die in die Untersuchung einbezogene Literatur umfasst dabei überwiegend Literatur aus Österreich und Deutschland, sowie Veröffentlichungen von Organen der EU.

ABSTRACT

Author: Carina Romanek
Title: Problems of the Directive on Consumer Rights
Scope: 200 pages
Type: Doctoral Thesis submitted at the Department of Civil Law of the University of Vienna
Place, year: Vienna, 2014
Supervisor: Attila Fenyves

The European Commission views the harmonisation of consumer protection law as one of the key factors in optimising the internal market. Consumer law is considered particularly significant, not least because it leads the way in standardising general civil law.

The object of this dissertation is to comprehensively reappraise the Directive approved by the Council of the European Union regarding the rights of consumers, referred to as "the Consumer Rights Directive" for the sake of brevity. The Distance-Selling Directive and the Doorstep-Selling Directive are taken up in this Directive. In contrast to its predecessors, the Consumer Rights Directive creates, alongside horizontal harmonisation of the pre-contractual information obligations for consumer contracts, a far-reaching full harmonisation in relation to the provisions regarding distance-selling contracts and doorstep-selling contracts as well as about other consumer rights; however, the original, the European legislators' original, ambitious intention of standardising 8 Directives in one Directive has not been achieved.

Within this, the objective of the work was in particular to offer legal practitioners an overview of this new legal basis for consumer protection law in Europe. After a short summary of the interpretive principles of Directives, as well as the current legal situation regarding conflict of laws and international jurisdiction in relation to consumer contracts, the history of consumer protection law is demonstrated in order to illustrate the significance of the Consumer Rights Directive in the context of its historical development. Following this, the full harmonisation approach standardised in the Consumer Rights Directive, its basis and its significance for member states will be discussed in detail.

This work's key focus is solely examining the problems that are posed in the individual Chapters of the Consumer Rights Directive, and in particular the interpretation of the individual regulations, their classification and relation to one

another, as well as the contradictions in evaluation that arise in parts in comparison with other legal acts and the national law currently applicable in Austria. The reappraisal of the Consumer Rights Directive spans from its scope to the informational obligations that are generally applicable for consumer contracts, to the information obligations that apply in particular for distance-selling contracts and doorstep-selling contracts, to formalities and regulations on revocation, to other consumer rights that also affect scopes of core civil rights questions such as the seller's delivery obligation and the transfer of risk with sale by dispatch.

The author of this dissertation comes to the conclusion that the Directive regarding the rights of the consumer represents a solution that is a political compromise, which in its current form contains contradictions in evaluation and is far from fulfilling – certainly ambitious – expectations. First and foremost in the context that the stated goal of this Directive is a full harmonisation across 28 legal systems, which in part vary greatly, a systematisation in line with the Pandects system – but at least the standardisation of a general part – would be helpful *de lege ferenda* in also achieving the objective it itself defines in the form of an actual full harmonisation.

The literature included in this investigation predominantly comprises literature from Austria and Germany, as well as publications issued by EU institutions.

CURRICULUM VITAE

Persönliche Daten:

Mag. Carina Romanek, geb. 19.02.1986

Ausbildung:

- | | |
|------|--|
| 2012 | Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung am OLG Wien mit ausgezeichnetem Erfolg |
| 2008 | Abschluss des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften, Universität Wien |
| 2007 | Abschluss der Ausbildung zur Mediatorin gem ZivMediatG, ARGE Bildungsmanagement GmbH |

Berufliche Tätigkeit:

- | | |
|-----------|---|
| 2014 | Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte als selbstständige Rechtsanwältin |
| 2013-2014 | Absolvierung der restlichen Zeit der Konzipiententätigkeit bei Grohs Hofer Rechtsanwälte GmbH, Wien |
| 2010-2013 | Konzipientin bei Beck Krist Bubits und Partner Rechtsanwälte, Mödling |
| 2009-2010 | Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien |
| 2008-2009 | Juristische Mitarbeiterin bei Beck Krist Bubits und Partner Rechtsanwälte, Mödling |
| 2005-2007 | Studienassistentin bei Univ.-Prof. i.R. Dr. Willvonseder und Univ.-Prof. Dr. Benke, LL.M., Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien |

Vortragstätigkeit:

Abhaltung von kanzeleiinternen In-House-Seminaren und Vorträge bei Klienten
(vor allem in den Bereichen des allgemeinen Zivil- und Unternehmensrechts)

Schwerpunkte der anwaltlichen Tätigkeit:

Verbraucherschutzrecht, Gesellschaftsrecht, Liegenschaftsrecht, Gemeinde-
recht, Baurecht, Vergaberecht, Prozessführung