

Positionspapier

Deutsche Übersetzung des *Position Paper*

Am 22. Jänner 2009 kam eine Gruppe führender Experten im Verbraucherrecht und Europäischen Privatrecht aus Österreich und den benachbarten Ländern zusammen, um über den Vorschlag der Kommission über Rechte der Verbraucher vom 8. Oktober 2008 [KOM(2008) 614 endgültig] zu diskutieren. Die gemeinsam von *Brigitta Jud* und *Christiane Wendehorst* von der Universität Wien initiierte und geleitete Tagung fand mit der großzügigen Unterstützung des österreichischen Bundesministeriums für Justiz in dessen Räumlichkeiten statt. Der Einladung folgten mehr als 150 Vertreter aus Wissenschaft und Praxis.

Die gesamte Tagung zeigte breite Zustimmung zum Schritt der Kommission in Richtung eines kohärenteren und weniger fragmentierten Europäischen Verbrauchervertragsrechts. Die Teilnehmer respektierten einhellig, dass die Kommission eine Harmonisierung dem Ansatz der Vereinheitlichung oder gegenseitigen Anerkennung vorzieht. Der Großteil stimmte außerdem grundsätzlich mit der Kommission darin überein, dass ein höherer Grad an Harmonisierung erforderlich ist, um den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, insbesondere für KMU zu erleichtern. Die Experten äußerten allerdings einstimmig große Bedenken in Bezug auf mögliche Auswirkungen auf die derzeitige Rechtslage in Europa, den generellen Regelungsansatz des Vorschlages sowie eine Vielzahl darin enthaltener Regelungsdetails.

Die Referenten der Wiener Tagung waren:

Dr. *Wilma Dehn*, Richterin am Oberlandesgericht Wien

Univ.-Prof. Dr. *Georg Graf*, Universität Salzburg

Univ.-Prof. Dr. *Brigitta Jud*, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. *Meinhard Lukas*, Universität Linz

MDgt. *Karl-Heinz Oehler*, Deutsches Bundesministerium der Justiz

Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer*, Universität Wien

Prof. Dr. *Martin Schmidt-Kessel*, Institut für Europäische Rechtswissenschaft, Osnabrück

Hon.-Prof. Dr. *Johannes Stabentheiner*, Universität Linz, Österreichisches Bundesministerium für Justiz

Univ.-Prof. Dr. *Christiane Wendehorst*, LL.M. (Cantab.), Universität Wien

Abgerundet wurde die Tagung von einer Podiumsdiskussion mit Vertretern von Seiten der Konsumenten, der Wirtschaft und der Rechtsberufe.

I. Position innerhalb der Europäischen Rechtslandschaft

- (1) Angesichts des Ausmaßes an Inkohärenz und Zersplitterung innerhalb des derzeitigen *acquis communautaire* sowie der in früheren Dokumenten erklärten ehrgeizigen Ziele der Kommission wird der Vorschlag den Erwartungen nicht gerecht und stellt einen bloßen Torso dar (*Oehler, Stabentheiner*). Er enthält nur wenige horizontale Elemente und kann eher als eine Aneinanderreihung von vier vertikalen Instrumenten beschrieben werden, wobei Bereiche mit einem weit höheren Horizontalisierungspotential nicht aufgenommen wurden (*Wendehorst*),

insbesondere Timesharing, Verbraucherkredite und Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (*Schauer, Stabentheiner*).

- (2) Bedenkt man, dass viele Mitgliedstaaten erst jüngst ihr nationales Kaufrecht reformiert haben, um die durch die Richtlinie 1999/44/EG gesetzten Mindeststandards umzusetzen, so kommen erneute weitreichende Änderungen des Verbrauchsgüterkaufrechts zur Unzeit (*Stabentheiner*). Von mehreren durch die Richtlinie 1999/44/EG eingeführten Regelungen, wie etwa dem Händlerregress, wurde nunmehr abgegangen, ohne dafür auch nur eine Begründung zu geben (*Schmidt-Kessel*).
- (3) Erstaunlich ist, dass das einst von der Kommission selbst initiierte und großzügig unterstützte Projekt des Gemeinsamen Referenzrahmens nicht erwähnt wird, geschweige denn die im DCFR veröffentlichten Ergebnisse von jahrelanger Forschungsarbeit berücksichtigt werden (*Oehler, Schmidt-Kessel*).

II. Genereller Regelungsansatz

- (4) In gewissem Widerspruch zur Aussage von Art 249 Abs 3 EGV beraubt das Konzept der Vollharmonisierung den nationalen Gesetzgeber nicht nur der Möglichkeit, ein unterschiedliches Maß an Verbraucherschutz vorzusehen, sondern darüber hinaus auch beinahe jeder anderen legislativen Technik der Richtlinienumsetzung (*Wendehorst*). Dies führt zu erheblich höheren Anforderungen an das gesetzgeberische Niveau auf Gemeinschaftsebene (*Schmidt-Kessel*).
- (5) Für den harmonisierten Bereich bedeutet dies die Notwendigkeit einer sorgfältigeren Folgenabschätzung (zB der Praktikabilität des Bestellformulars, vgl Nr 21), einer besseren Koordinierung mit konkurrierenden Gemeinschaftsinstrumenten (zB der Dienstleistungs-Richtlinie), die Vermeidung von vagen Regelungen mit nahezu unvorhersehbaren Auswirkungen (zB Art 27 über den Schadenersatz, vgl Nr 24) und eines kohärenteren Regelungsansatzes bezüglich allgemeiner Konzepte und wiederkehrender Rechtsprobleme (zB der Rückabwicklung, zu der es in nicht weniger als sieben im Vorschlag geregelten Fällen kommt) (*Schmidt-Kessel ua*).
- (6) Nach dem Konzept der „differenzierten Vollharmonisierung“ sollte die Vollharmonisierung auf jene Aspekte beschränkt werden, bei denen die Vorteile für den Binnenmarkt die Kosten klar überwiegen (*Oehler, Stabentheiner*). Dies ist zB der Fall bei der Länge der Rücktrittsfrist oder der Form, in welcher der Rücktritt durch den Verbraucher zu erfolgen hat. Vollharmonisierung ist aber zu vermeiden, wo
 - (a) ein eminenter Bedarf der Mitgliedstaaten besteht, rasch auf neue Praktiken zu reagieren (zB neue AGB, neue Absatzstrategien, vgl Nr 29; *Stabentheiner*);
 - (b) der harmonisierte Bereich selbst unscharf ist, wodurch die Auswirkungen auf das nationale Vertragsrecht weitgehend unvorhersehbar werden (zB die Auswirkungen vollharmonisierter vorvertraglicher Informationspflichten auf innerstaatliche Regelungen über Vertragsabschluss und Vertragsverhandlungen, vgl Nr 9; *Dehn, Wendehorst*);
 - (c) die erreichten Ergebnisse aufgrund deren Abhängigkeit von ihrem innerstaatlichen rechtlichen Kontext notwendigerweise ohnehin auseinanderklaffen werden (zB die Qualifikation von Vertragsklauseln als missbräuchlich; vgl Nr 28; *Graf*); oder

- (d) Fragen des allgemeinen Vertragsrechts betroffen sind. Hier droht nämlich die paradoxe Konstellationen einzutreten, dass das Schutzniveau für Kunden, die keine Verbraucher sind, höher ist als für Verbraucher (zB in Bezug auf vorvertragliche Informationen, vgl Nr 10; *Dehn*) oder dass Verbraucherschutz in nichtharmonisierten Bereichen strenger ist als in harmonisierten Bereichen (zB individuell vereinbarte Vertragsklauseln im Vergleich zu vorformulierten Klauseln, vgl Nr 30; *Graf, Stabentheiner*). Da die Mitgliedstaaten versuchen werden, solche Unstimmigkeiten durch Herabsetzung des allgemeinen Schutzniveaus im nicht harmonisierten Bereich zu beheben, würden sich die Richtlinien indirekt auf Bereiche auswirken, für welche die Regelungskompetenz der Gemeinschaft umstritten ist (*Wendehorst*).

III. Einzelfragen

A. Gegenstand, Definitionen und Anwendungsbereich

- (7) Die Definition des „Verbrauchers“ in Art 2 Abs 1 ist insofern enttäuschend, als sie nicht zur Klärung derjenigen Zweifelsfragen beiträgt, die im Zusammenhang mit dem Verbraucherbegriff entstanden sind. Insbesondere schweigt sie zur Einordnung von Fällen, in denen eine Person nur teilweise für geschäftliche, gewerbliche oder berufliche Zwecke handelt („dual use“), und zur Einordnung von unselbständiger Arbeit oder privater Vermögensverwaltung (*Jud, Wendehorst*).
- (8) Einige der in Art 2 enthaltenen Definitionen lassen noch immer weiten Raum für Spekulationen. So bleibt es zB nach wie vor unklar, ob Verträge erfasst sind, die eine Kombination aus Dienstleistung und Immobilienverkauf enthalten (zB Bauträgervertrag) (*Dehn*), da Art 2 Abs 3 nur die Kombination von Dienstleistungen mit dem Verkauf von beweglichen Sachen erwähnt. Auf ähnliche Weise zweideutig ist Art 2 Abs 4 hinsichtlich der Frage, ob Kaufverträge über Gas, Wasser und Elektrizität im Sinne des Richtlinienvorschlages als Dienstleistungsverträge zu qualifizieren sind oder ob sie überhaupt nicht in den Anwendungsbereich fallen (*Wendehorst*).

B. Allgemeine Verbraucherinformation

- (9) Kapitel II stellt das einzige tatsächlich horizontale Element des Vorschlages dar und greift möglicherweise in großem Ausmaß in das allgemeine Vertragsrecht ein, was ein starkes Argument gegen die Vollharmonisierung ist, vgl Nr 6. Jedenfalls müssen die Auswirkungen auf innerstaatliche Regelungen der Vertragsverhandlung und des Vertragsabschlusses (zB Vorverträge, Formvoraussetzungen, Mindestinhalt) sowie der *culpa in contrahendo* zweifelsfrei klargestellt werden (*Dehn*).
- (10) Einige Punkte des Kataloges von Informationspflichten müssen neu formuliert werden. Vor allem Art 5 Abs 1 lit a ist zu eng, da allein auf die Eigenschaften des Produktes abgestellt wird und die individuellen Bedürfnisse der einzelnen Verbraucher im konkreten Einzelfall vernachlässigt werden. Angesichts der Vollharmonisierung könnte es Mitgliedstaaten sogar verwehrt sein, den Unternehmer haftbar machen für verweigerte oder falsche Antworten auf Fragen

des Verbrauchers, wenn die Fragen über die unmittelbaren Eigenschaften des Produktes hinausgehen (*Dehn*).

- (11) Art 5 sollte ein ähnliches Transparenzerfordernis enthalten wie Art 31 Abs 1 und 2 für vorformulierte Vertragsklauseln. Auf der anderen Seite ist eine Klarstellung erforderlich, ob die Mitgliedstaaten Formvorschriften für vorvertragliche Informationen einführen dürfen, was für vorformulierte Vertragsklauseln in Art 31 Abs 4 ausdrücklich untersagt wird (*Dehn*).

C. Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge

1. Allgemeine Vorschriften

- (12) Gemäß Art 9 lit f hat der Gewerbetreibende den Verbraucher darüber zu informieren, dass dieser einen Vertrag mit einem Gewerbetreibenden schließt und daher den Schutz der Richtlinie genießt. Unklar ist jedoch, welche Angaben damit gemeint sein können, die über die bereits nach Art 9 lit b mit Anhang I zu leistenden Informationen zum Widerrufsrecht hinausgehen, und weshalb diese nur bei Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträge erforderlich sind (*Schauer*).
- (13) Art 16 sieht bei der Rückabwicklung im Falle des Widerrufs eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers vor und erlaubt es dem Gewerbetreibenden darüber hinaus, die Rückzahlung an den Verbraucher bis zu 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung zurückzuhalten. Das stellt eine grobe Benachteiligung des Verbrauchers dar und sollte zugunsten einer Rückabwicklung Zug um Zug aufgegeben werden (*Lukas, Schauer, Stabentheiner*).
- (14) Weiters stellen die Regelungen der Wirkungen des Widerrufs nicht ausreichend klar, ob der Verbraucher für die Benützung der Sache ein Entgelt zu zahlen hat, da Art 17 Abs 2 nur die Haftung für eine Wertminderung regelt. Offen ist auch die Frage der Gefahrtragung beim Rücktransport der Waren an den Gewerbetreibenden (*Schauer*).
- (15) Die Bestimmung des Art 17 Abs 2 S 3, wonach der Verbraucher keinerlei Zahlung für eine Dienstleistung schuldet, die vor Ende der Widerrufsfrist erbracht wurde, wird in der Praxis dazu führen, dass Gewerbetreibende erst 14 Tage nach Vertragsabschluss mit der Erfüllung beginnen, auch wenn der Verbraucher die Dienstleistung sehr dringend benötigt (*Lukas*).

2. Ausschließlich auf Fernabsatzverträge anwendbare Vorschriften

- (16) Der Vorschlag folgt einer weiten Definition von Fernabsatzvertrag, die kein organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem mehr voraussetzt. Dies trägt zur Klarheit und Rechtssicherheit bei, insbesondere im Zusammenhang mit Internetplattformen und ähnlichen von Dritten betriebenen Systemen, und findet daher die Zustimmung zahlreicher Experten (*Schauer*). Andererseits ist Gewerbetreibenden, die nicht auf Fernabsatzgeschäfte spezialisiert sind, kaum zumutbar, die in Art 9 geregelten Informationspflichten zu erfüllen oder Widerrufsfälle abzuwickeln. Das könnte zur Folge haben, dass diese nicht länger bereit sind, Leistungen etwa auf einen Anruf des Verbrauchers hin zu erbringen, was wiederum für viele Verbraucher nachteilig wäre, insbesondere für ältere oder gebrechliche Personen (*Jud, Wendehorst*).

- (17) Die Bestimmung des Art 19 Abs 1 lit a, wonach das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Verbraucher der Ausführung einer Dienstleistung ausdrücklich zugestimmt hat, schützt den Verbraucher nicht vor vielen immer häufiger auftretenden Praktiken in Zusammenhang mit unerwünschten Telefonanrufen oder Kostenfallen im Internet. Da der Verbraucher die rechtlichen Folgen gewöhnlich nicht abschätzen kann, wird er in diesen Fällen meist die sofortige Ausführung der Dienstleistung verlangen. Abgesehen davon ist eine klare Definition erforderlich, was im Rahmen von Fernkommunikation eine „ausdrückliche“ Zustimmung des Verbrauchers darstellt, ob also etwa die Veranlassung der Dienstleistung durch Anklicken eines Feldes auf einer Website ausreichend ist (*Wendehorst*).
- (18) Werden Ausnahmen vom Widerrufsrecht so eng wie in Art 19 Abs 1 lit d über *vin en primeur* definiert, so besteht die Gefahr, dass die Regelungen inkohärent werden. Daher sollten diese Bestimmungen durch einen Ausnahmetatbestand ersetzt werden, der die zugrundeliegende *ratio* zum Ausdruck bringt, im konkreten Beispielsfall das aleatorische Element des Geschäftes (*Schauer*).
- (19) Es ist nicht klar, ob bei im Internet geschlossenen Fernabsatzverträgen die Zurverfügungstellung eines Rücktrittsformulars auf der Website des Gewerbetreibenden bloß optional ist, wie der Wortlaut des Art 14 Abs 2 nahelegt, oder aber verpflichtend, wie aus Anhang I A 4 hervorzugehen scheint (*Schauer*).

3. Ausschließlich auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge anwendbare Vorschriften

- (20) Der Anwendungsbereich ist bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen sehr weit gefasst, wodurch auch Alltagsgeschäfte betroffen werden, die dem Verbraucher durchaus Nutzen bringen, wie etwa der Kauf einer Zeitung von einem Kolporteur. Es ist zumindest eine Grenze für Bagatellgeschäfte einzuführen, die von beiden Parteien sofort und vollständig erfüllt werden. Weiters ist auch die Definition von „Geschäftsraum“ zu präzisieren und unzweifelhaft klarzustellen, dass etwa Verträge mit einem Taxifahrer oder einem öffentlichen Beförderungsunternehmen nicht vom Vorschlag erfasst werden (*Lukas*).
- (21) Das formale Erfordernis, dass der Verbraucher ein Bestellformular auszufüllen hat, ist bei außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen kaum praktikabel (*Lukas*). Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb der Verbraucher nur dann eine Kopie des Bestellformulars erhalten soll, wenn dieses nicht auf Papier ist, wie aus den Art 10 Abs 2 und 12 Abs 2 hervorgeht. Da in der Mehrzahl der Fälle Papierformulare verwendet würden, erhielte der Verbraucher damit im Normalfall keine Kopie und wäre daher nicht in der Lage, die enthaltenen Informationen zu einem späteren Zeitpunkt zu überprüfen oder das Standard-Widerrufsformular zu verwenden (*Wendehorst*).
- (22) Die Definition der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge in dem Vorschlag lässt die typische Konstellation einer Kaffeefahrt unberücksichtigt, bei der der Verbraucher an einer von einem Gewerbetreibenden organisierten Ausflugsfahrt teilnimmt und während der Ausflugsfahrt einer Verkaufsveranstaltung in den Geschäftsräumen desselben oder eines anderen Gewerbetreibenden ausgesetzt wird (*Wendehorst*).

D. Verbrauchsgüterkauf

- (23) Anders als bisher regelt der Richtlinienvorschlag auch den Schuldnerverzug. Nach Art 22 Abs 2 hat der Verbraucher bei Verzug des Gewerbetreibenden augenscheinlich keine anderen Ansprüche als jenen auf die Rückzahlung bereits geleisteter Zahlungen. Insbesondere kann er offenbar weder Erfüllung noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Verglichen mit den Rechten, die Gläubigern unabhängig von ihrer Verbrauchereigenschaft nach fast allen nationalen Rechtsordnungen zustehen, würde dies zu einem bedeutenden Nachteil für Verbraucher führen (*Jud*).
- (24) Obwohl nach der Begründung des Richtlinienvorschlags (3. Abschnitt) die Zuerkennung von Schadenersatz unberührt bleiben soll, gibt Art 27 Abs 2 Anlass zu Spekulationen. Möglicherweise soll der Verbraucher lediglich davon abgehalten werden, Ersatz für Schäden zu verlangen, die bereits durch einen der in Art 26 vorgesehenen Behelfe ausgeglichen wurden (*Schmidt-Kessel*). Allerdings wäre auch eine Auslegung dahingehend möglich, dass das nationale Recht keinen Ersatz für Schäden gewähren darf, die grundsätzlich durch einen der in Art 26 vorgesehenen Behelfe ausgeglichen werden könnten (kein Schadenersatz statt Gewährleistung), oder dass das nationale Recht Ersatz für jegliche Folgeschäden, einschließlich immaterieller Schäden, gewähren muss, und zwar unabhängig von einem Verschulden. Letztere Auslegung könnte zu schweren Eingriffen in das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten führen (*Jud*).
- (25) Art 24 stellt nicht hinreichend klar, ob die Bestimmungen über die Vertragsmäßigkeit auch Fälle der Aliud-Lieferung oder des Rechtsmangels erfassen (*Jud*).
- (26) Nach Art 21 Abs 3 sind die Bestimmungen des Kapitels IV nicht auf Ersatzteile anwendbar, die der Gewerbetreibende bei der Beseitigung der Vertragswidrigkeit durch Nachbesserung verwendet hat. Dies scheint in Widerspruch zu der Regelung des Art 28 Abs 2 zu stehen, nach der bei Ersatzlieferung neuerlich eine Frist von zwei Jahren zu laufen beginnt. Es scheint auch nicht mit Art 26 Abs 4 vereinbar, der bestimmt, dass der Verbraucher eine der Abhilfemöglichkeiten des Art 26 wählen kann, wenn die Nachbesserung endgültig gescheitert ist. Für den Fall, dass Art 21 Abs 3 die Regelung der Haftung für mangelhafte Ersatzteile den Mitgliedstaaten überlassen will, sollte dies auch ausdrücklich klargestellt werden (*Jud*).
- (27) Der Vorschlag sollte klarstellen, dass die Wirkungen des Vertragsrücktritts durch das nationale Recht auszugestalten sind. Weiters sollte wie in der Richtlinie 1999/44/EG klargestellt werden, dass die Regelung der Verjährung den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, solange sie nicht Art 28 widerspricht (*Jud*).

E. Allgemeine Geschäftsbedingungen

- (28) Vollharmonisierung im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird keine einheitlichen Ergebnisse herbeiführen können, denn in den Fällen, die der „grauen“ Liste in Anhang III oder der Generalklausel des Art 32 unterliegen, hängt die Qualifizierung einer Klausel als missbräuchlich vom nationalrechtlichen Kontext ab, vgl Nr 6. Wenn jedoch die Vollharmonisierung ihre Hauptfunktion ohnehin nicht zu erfüllen vermag, so darf der Gemeinschaftsrechtsgesetzgeber die Mitgliedstaaten nicht über das erforderliche Maß hinaus einschränken (*Graf*).
- (29) Darüber hinaus nimmt die Vollharmonisierung den Mitgliedstaaten die Flexibilität, rasch auf neue missbräuchliche Klauseln in AGB zu reagieren und

die „graue“ und „schwarze“ Liste von Vertragsklauseln in den Anhängen II und III nach den Erfordernissen im betreffenden Mitgliedstaat zu erweitern, vgl Nr 6. Auch wenn es den Gerichten der Mitgliedstaaten frei steht, Vertragsbedingungen unter der Generalklausel des Art 32 Abs 1 als missbräuchlich einzustufen, wäre in Hinblick auf die Rechtssicherheit möglicherweise eine Adaptierung der Listen zu bevorzugen (*Stabentheiner*).

- (30) In einigen Mitgliedstaaten könnte die Vollharmonisierung sogar zu der paradoxen Situation führen, dass der Schutz vor individuell vereinbarten Klauseln strenger ist als vor vorformulierten Klauseln, vgl Nr 6 (*Graf*), was diese Staaten mittelbar dazu zwingen würde, ihr Verbraucherschutzniveau auch außerhalb des harmonisierten Bereichs zu senken. In Österreich beispielsweise sind gemäß § 6 Abs 1 KSchG bestimmte Klauseln jedenfalls unwirksam, auch wenn sie individuell vereinbart wurden. Dies müsste möglicherweise geändert werden, sollte der Richtlinienvorschlag in Kraft treten (*Stabentheiner*).

IV. Abschließende Bemerkungen

Die oben angeführten Bedenken und Bemerkungen wurden von den Referenten in ihren Vorträgen, während der Diskussion und in zusammenfassenden Darstellungen kurz nach der Veranstaltung formuliert. Auch wenn manche Auslegungsfragen sowie einige wenige inhaltliche Punkte, nämlich vor allem der Grundsatz der Vollharmonisierung an sich und die Neudefinition der Fernabsatzverträge, strittig blieben, so herrschte doch weitestgehende Einigkeit in der Bewertung des Vorschlags allgemein sowie der einzelnen Vorschriften. Die Einschätzung der Referenten wurde von der überwiegenden Mehrheit der anwesenden Wissenschaftler und Praktiker geteilt.

Die im vorliegenden Positionspapier angeführten Punkte sind weder abschließend formuliert noch vollständig, sondern bedürfen der Weiterentwicklung in einer europaweiten Diskussion. Sie sind nicht als politische Aussage zur neuen Richtlinie gedacht, sondern als akademischer Beitrag zum gemeinsamen Bestreben nach besserer Rechtssetzung.