

Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher

(2011/83/EU vom 25. Oktober 2011)

Entstehung – Inhalt – Umsetzung

herausgegeben von

Dr. Peter Bydlinski

o. Universitätsprofessor in Graz

und

Dr. Brigitta Lurger

Universitätsprofessorin in Graz

Wien 2012

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
<i>Verena Cap</i>	
Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad	1
Diskussionsbericht	21
<i>Peter Schwarzenegger</i>	
Informationspflichten	25
Diskussionsbericht	50
<i>Brigitta Lurger</i>	
Widerrufsrechte	53
Diskussionsbericht	96
<i>Peter Bydlinski</i>	
Allgemeines Verbrauchervertragsrecht („Sonstige Verbraucherrechte“)	99
Diskussionsbericht	124
<i>Johannes Stabentheiner</i>	
Zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in Österreich	127
Diskussionsbericht	158
Anhang: Text der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU	161
Stichwortverzeichnis	187

Allgemeines Verbrauchervertragsrecht („Sonstige Verbraucherrechte“)

Peter Bydlinski

Inhaltsverzeichnis:

I. Einleitung und Überblick	99
II. Zusendung unbestellter Waren und Erbringung unbestellter Dienstleistungen (Art 27)	102
III. Lieferung und Risikoübergang (Art 18 und 20)	107
A. Anwendungsbereich	107
B. Die Richtlinienvorgaben zur Warenlieferung sowie zu den Folgen des Leistungsverzugs (Art 18)	107
C. Die Richtlinienvorgaben zur Gefahrtragung beim Versandungskauf (Art 20)	115
IV. Besondere Entgelte (Art 19, 21, 22)	118
A. Anwendungsbereich	118
B. Entgelte für die Verwendung bestimmter Zahlungsmittel (Art 19)	118
C. Entgelte für telefonische Kommunikation (Art 21)	120
D. Zusätzliche Zahlungen (Art 22)	121
V. Resümee	123

I. Einleitung und Überblick

Neben den in den Kapiteln II und III geregelten zentralen Materien „Verbraucherinformation“ und „Widerrufsrecht“ enthält die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (in der Folge kurz: VR-RL) im IV.¹ und V.² Kapitel auf den ersten Blick ziemlich willkürlich anmutende Ansammlungen von Rechtsfragen, die für viele (Verbraucher-)Verträge von Bedeutung sind. Diese Bestimmungen stellen wohl den Rest des ursprünglich weit ambitionierteren Vorhabens dar, auch das bisher in der Klausel- und in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie Geregelte in eine neue, umfassende Richtlinie über die Rechte der Verbraucher aufzunehmen.³ Aber auch dieser Torso verdient nähere Aufmerksamkeit, finden sich dort doch erstmals etwa verbraucherrechtliche Vorgaben zur Lieferpflicht des Verkäufers oder zum Gefahrübergang beim Versandungskauf.

¹ Überschrift: „Sonstige Verbraucherrechte“.

² Überschrift: „Allgemeine Vorschriften“.

³ Näher dazu und auch zu den Gründen, die schließlich zum Abspecken des Projekts geführt haben, vgl. aus österreichischer Sicht *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie (I), ÖJZ 2011, 1045, 1049 f, sowie bei *Cap*, in diesem Band S 2 ff.

Im folgenden Beitrag können selbstverständlich nicht alle Bestimmungen des IV. und V. Kapitels behandelt werden. Vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf folgende drei Bereiche: *Zusendung unbestellter Waren und Dienstleistungen* (V. Kapitel, Art 27⁴), *Lieferung und Risikoübergang* (IV. Kapitel, Art 18 und 20) sowie „*Sonderentgelte*“; also Zahlungspflichten des Verbrauchers, die nicht seine vertragliche Hauptpflicht (etwa die Kaufpreis- oder Werklohnzahlung) betreffen (IV. Kapitel, Art 19, 21 und 22).

Bevor mit Details begonnen wird, seien noch folgende Hinweise zu zentralen konstruktiven Aspekten der VR-RL gestattet, die unmittelbar zu schwierigen Methodenfragen führen: Die behandelten Vorschriften geben dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich *keinerlei Umsetzungsspielraum*, da die Richtlinie eine *Vollharmonisierung* des Verbraucherschutzniveaus anstrebt (Art 4). Diese Vollharmonisierung bereitet dann besondere Schwierigkeiten, wenn die Richtlinien-Vorgaben unklar oder lückenhaft sind. Auch die Lückenfüllung muss ja autonom „aus der Richtlinie“ (bzw dem gesamten europäischen Recht) heraus erfolgen,⁵ sofern die betroffenen Rechtsfragen nicht der freien Regelung durch die Mitgliedstaaten überlassen bleiben sollten. Wann das der Fall ist, kann aber häufig nur schwer beantwortet werden. Die Erwägungsgründe (ErwG) der Richtlinie enthalten dazu zwar manche Andeutungen; was daraus für konkrete Einzelfragen folgt, bleibt jedoch häufig offen. So wird zwar mehrfach betont, dass keine Vorgaben für Abschluss und Wirksamkeit von Verträgen gemacht werden (vgl nur Art 3 Abs 5 und die darauf bezogenen ErwG 13 bis 16). Dass Fragen der Sittenwidrigkeit (dazu ErwG 14) oder der Stellvertretung (dazu ErwG 15) durch die VR-RL nicht vereinheitlicht werden sollen, sieht man aber ohnehin mit freiem Auge. Eher kryptisch wird es hingegen dort, wo sich die konkreten Fragen stellen; so, wenn es am Ende des ErwG 13 heißt, dass in der Richtlinie nicht speziell behandelte Fragen Sache der Mitgliedstaaten sind. Als ein Beispiel werden „zusätzliche Vorschriften über Kaufverträge, auch im Hinblick auf die Lieferung von Waren“ genannt. Ähnliches gilt für den Beginn des ErwG 14: „Diese Richtlinie sollte das innerstaatliche Vertragsrecht unberührt lassen, soweit vertragsrechtliche Aspekte durch diese Richtlinie nicht geregelt werden.“ Unbeabsichtigte Unvollständigkeiten sind damit wohl nicht gemeint. Aber welche „Lücken“ blieben bewusst und welche nicht? Anders gefragt: Welche Unvollständigkeiten sind bereits auf der Ebene des europäischen Rechts zu füllen und was darf und soll der nationale Gesetzgeber (autonom) regeln? Kommt keine eindeutige Klärung des vom Richtliniengeber Gewollten in Betracht, muss es mE zumindest dann tendenziell zu einer „europäischen Lückenfüllung“ kommen, wenn der Zweck der Vereinheitlichung in einem konkreten, an sich von der Richtlinie geregelten Teilbereich nur so erreicht werden kann.

⁴ Artikel ohne Zusatz sind solche der VR-RL.

⁵ Vgl nur P. Bydlinski, Verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung für Aus- und Einbau(kosten) nach Selbsteinbau mangelhafter Sachen durch den Käufer? – Zugleich Überlegungen zur rechtlichen Bedeutung von EuGH-Urteilen, ÖJZ 2011, 893, 896 mit FN 16; Heinrich, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011, 1068.

Anerkannt dürfte in diesem Zusammenhang sein, dass für die Feststellung der Lückenhaftigkeit eines Rechtsaktes der Europäischen Union als Vergleichsmaßstab die europäische Teilrechtsordnung heranzuziehen ist, wobei zu den zwingenden Erfordernissen europäischer Lückenfüllung eine entsprechende Regelungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers gehört. Ferner ist eine Planwidrigkeit im internen System des Sekundärrechts zu fordern.⁶ Wie bereits angedeutet, ist ein bewusstes Offenlassen von Fragen im Kernbereich einer getroffenen Regelung bei grundsätzlicher Vollharmonisierungsabsicht im Zweifel nicht anzunehmen. Gelangt man zu einer „europarechtsinternen“ Lücke, stellt sich die Frage ihrer Ausfüllung. Das führt ebenfalls ins Grundsätzliche und kann im vorliegenden Zusammenhang nicht näher erörtert werden.⁷ Prinzipiell anders als bei der Fortbildung nationalen Rechts ist methodisch aber nicht vorzugehen⁸ (zu einem Beispiel, der Frage nach dem Gebot einer Abwicklung Zug um Zug, noch unter III. B. 4.).

Die eben angestellten Überlegungen sprechen – ich greife vor – etwa dafür, bereits auf europarechtlicher Ebene zu entscheiden, ob der Verbraucher im Bereich des Art 22 unentgeltlich Anspruch auf die „Zusatzleistung“ hat, wenn er mangels ausdrücklicher Zustimmung das dafür an sich vorgesehene Zusatzentgelt nicht leisten muss (dazu noch näher unter IV. D.). Gleiches gilt mE für die Frage, wie die Rückabwicklung nach Rücktritt infolge Lieferverzugs des Unternehmers zu erfolgen hat, wenn von diesem schon Teilleistungen erbracht wurden (dazu unter III. B. 9.). Umgekehrt gibt es keine Anhaltspunkte in der Richtlinie – auch wenn man das als ernstes Manko empfindet –, dass das europäische Recht den Mitgliedstaaten Vorgaben für die Regelung des Verzugs eines Verbrauchers mit der Entgeltzahlung macht oder auch nur machen wollte. Daher ist der nationale Gesetzgeber diesbezüglich frei.

Doch wie auch immer: Jede zweifelhafte, das europäische Recht auch nur möglicherweise betreffende Auslegungsfrage (iWS)⁹ ist dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.¹⁰ Dass solche Lücken nun immer wieder bestehen, wird sich – wie eben zum Teil schon erwähnt – etwa bei der unbestellten Zusendung (unter II.), va aber am Beispiel des Lieferungsverzugs (unter III. B.) deutlich zeigen.

⁶ Neuner, Die Rechtsfortbildung, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre² (2010) § 13 Rz 26 ff.

⁷ Ausführlich Neuner aaO § 13.

⁸ Vgl nur Neuner aaO § 13 Rz 5.

⁹ Darunter wird nicht nur die eigentliche Auslegung, sondern auch die Rechtsfortbildung (Lückenfüllung) verstanden: Details dazu bei Neuner, aaO § 13 (S 373 ff). Wenn der EuGH dennoch von „Auslegung“ spricht, so verwendet er diesen Begriff in einem weiteren Sinn, der die Rechtsfortbildung mit einschließt (vgl W.-H. Roth, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² § 14 Rz 17 mwN).

¹⁰ Dazu bereits Schoibl, Zum Umfang der Vorlagepflicht nationaler Gerichte an den Europäischen Gerichtshof nach Art 177 EG-V, wbl 1996, 10. Aktuell und mwN zur Vorlagepflicht der nationalen Höchstgerichte (aus der Warte des deutschen Rechts) Schmidt-Rantsch, Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OGB), in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² § 23 Rz 24 ff (zu einer Ausnahme bei Offenkundigkeit des EU-Rechts Rz 30 ff).

Umgekehrt kann das *einheitliche Verbraucherschutzniveau* jedoch schon aufgrund des Inhalts der Richtlinie selbst häufig gar *nicht erreicht* werden. Einerseits bestehen manche Ausnahmen; als Beispiel sei Art 18 Abs 4 genannt, der zulässt, dass nationale Gesetzgeber bei Leistungsverzug des Unternehmers – unkoordiniert – dem Verbraucher neben dem in Art 18 allein vorgesehenen Rücktrittsrecht auch andere Rechtsbehelfe zugestehen. Andererseits führen die Vorgaben der Richtlinie im Ergebnis nur zu einem verbraucherrechtlichen *Mindeststandard*: Zwar müssen die *Gesetze* den Vorgaben der Richtlinie voll entsprechen. Art 25 lässt es – unter der wohl unpassenden Überschrift „Unabdingbarkeit der Richtlinie“ – aber zu, dass der nationale Gesetzgeber dem Unternehmer – in grundsätzlich vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen – *vertragliche* Ausgestaltungen gestattet, die den Verbraucher rechtlich besser stellen;¹¹ eine Option, die aus Wettbewerbsgründen durchaus praktisch werden kann. Mangels klarer Regelung fraglich ist allerdings, ob es nach der Richtlinie zulässig wäre, die Umsetzungsgesetze beiderseits zwingend auszugestalten, also keinerlei Spielraum für verbrauchergünstige Abweichungen einzuräumen. ME ist das abzulehnen: zum einen aufgrund des schon angesprochenen Wettbewerbsaspekts, wonach es wünschenswert erscheint, dass Unternehmer auch besonders günstige Vertragsbedingungen anbieten können; zum anderen aufgrund des Verbraucherschutzgedankens, der keiner Begrenzung bedarf, soweit es um vom Unternehmer selbst getroffene rechtsgeschäftliche Entscheidungen geht. Eine solche Vertragsfreiheit zugunsten des Verbrauchers ist selbstverständlich auch rechtspolitisch positiv zu bewerten.

II. Zusendung unbestellter Waren und Erbringung unbestellter Dienstleistungen (Art 27)

1. Begonnen sei mit jener Konstellation, in der (noch) *kein Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher* besteht, der Unternehmer aber dennoch Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt.¹² Dazu existieren schon jetzt europäische und nationale Regelungen:¹³ So verlangt(e) Art 9 der Fernabsatz-RL (97/7/EG)

¹¹ Art 25 ist zwar negativ formuliert; er ordnet an, dass Verbraucher auf die Rechte, die ihnen das innerstaatliche Recht in Umsetzung der Richtlinie gewährt, rechtsgeschäftlich nicht verzichten können. Der Umkehrschluss daraus – verbrauchergünstige Vertragsklauseln sind zulässig – ist aber nicht nur zwingend. Vielmehr findet sich eine entsprechende ausdrückliche positive Formulierung bereits in Kapitel I der VR-RL (Art 3 Abs 6), dessen Überschrift allerdings „Gegenstand, Begriffsbestimmungen und Geltungsbereich“ lautet, wozu diese die Privatautonomie betreffende Regelung nicht passt.

¹² Im folgenden Text ist aus Gründen der Vereinfachung meist nur von der Warenlieferung die Rede.

¹³ Zum wettbewerbsrechtlichen Aspekt unbestellter Leistungserbringung siehe Art 5 Abs 5 und Anhang I Nr 29 der RL über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) aus dem Jahre 2005 sowie die Umsetzung in § 1a Abs 3 UWG und Nr 29 des Anhangs zum UWG. Die Rechtfertigung des Art 27 der VR-RL liegt nach deren ErWG 60 darin, dass die UGP-Richtlinie keinen *vertraglichen* Rechtsbehelf vorsieht. Es ist allerdings nicht zu sehen, was der vertragliche Charakter einer Regel ist, nach der der Verbraucher – gerade mangels Vertrags! – keine Gegenleistung erbringen muss.

von den Mitgliedstaaten, erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um zu untersagen, dass einem Verbraucher ohne vorherige Bestellung Waren geliefert oder Dienstleistungen erbracht werden, sofern damit eine Zahlungsaufforderung verbunden ist. Als Rechtsfolge solchen Tuns war innerstaatlich anzuordnen, dass der Verbraucher von jeder Gegenleistung befreit ist. Ferner war zu gewährleisten, dass das Ausbleiben einer Reaktion des Verbrauchers nicht als Zustimmung gilt. Aufgrund dieser Vorgaben hat der österreichische Gesetzgeber bereits im Jahre 1997 einen neuen § 864 Abs 2 ABGB geschaffen, demzufolge das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen unverlangt zugesandter Sachen¹⁴ durch den Empfänger nicht als Annahme des Realoffers gilt. Ferner wird ausdrücklich geregelt, dass der Empfänger nicht zur Verwahrung oder Zurückleitung der Sache verpflichtet ist; er darf sich ihrer sogar entledigen.¹⁵

Nachdem nunmehr ua die Fernabsatz-Richtlinie durch die VR-RL ersetzt wird, sah der europäische Gesetzgeber hinsichtlich solcher Leistungen ohne Bestellung neuerlich Regelungsbedarf. Ergebnis ist der bereits regelungstechnisch wenig geglückte Art 27. Er knüpft an *unbestellte Lieferungen (Dienstleistungen)* an, die eine *unlautere Geschäftspraktik* iS des Art 5 der UGP-Richtlinie einschließlich ihres Anhangs I darstellen. Das sind nach Nr 29 dieses Anhangs jedenfalls unbestellte Warenlieferungen an Verbraucher, die mit der Aufforderung zur Bezahlung oder zur Rücksendung oder zur Verwahrung verbunden sind. Art 27 der VR-RL bezieht sich nun aber nicht bloß auf diese Nummer, sondern auf unlautere unbestellte Lieferungen schlechthin. Die Unlauterkeit könnte sich also auch aus anderen Umständen als den in Nr 29 des Anhangs I zur UGP-Richtlinie genannten ergeben.¹⁶ Nach dem Tatbestand des Art 27 (iVm dem *gesamten* Anhang I der UGP-Richtlinie) wären Zusendungen aber etwa auch dann unlauter, wenn für die Ware zwar kein Entgelt verlangt wird, der Unternehmer aber in einem Beibrif zu Unrecht erklärt, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodex zu gehören (Anhang I Nr. 1). Ob diese Ausweitung gewollt ist, bedürfte wohl noch näherer Klärung, die in diesem Überblicksbeitrag nicht geleistet werden kann. Dem einschlägigen ErWG 60 ist dazu jedenfalls nichts zu entnehmen. Vielmehr soll danach nur eine vertragsrechtliche Lücke geschlossen werden.¹⁷

Für eine Fallgruppe, die allerdings durchaus besonderer Erwähnung wert gewesen wäre, könnte die *Einschränkung auf unlautere Geschäftspraktiken* jedoch bedeutsam sein. Ich denke an die *irrtümliche* Lieferung durch den Unternehmer, der entweder von einem Vertrag mit dem Verbraucher ausging oder die Sendung falsch adressierte. Solche, allenfalls fahrlässige Verhaltensweisen im Einzelfall stellen sicherlich keine unlauteren Geschäftspraktiken dar und sind somit von

¹⁴ Zur Bedeutung der Nichterwähnung unbestellter erbrachter Dienstleistungen siehe nur *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 57 FN 22a.

¹⁵ Besonderes gilt nach Satz 3 *leg cit* bloß für die erkennbar irrtümliche Zusendung.

¹⁶ Wie bereits erwähnt, verbietet die Fernabsatz-Richtlinie in ihrem Art 9 allerdings nur unbestellte Lieferungen bzw Dienstleistungen, die mit einer Zahlungsaufforderung verbunden sind.

¹⁷ Siehe dazu bereits in FN 13.

Art 27 nicht erfasst. Diese Konstellationen sind also allein nach nationalem Recht zu entscheiden.¹⁸

2. Die Frage nach der Reichweite des Tatbestands von Art 27 kann jedoch wohl schon deshalb auf sich beruhen, weil diese Norm offenkundig an Konstellationen denkt, in denen der Unternehmer *Zahlung verlangt*. Als Rechtsfolge einer unlauteren unbestellten Lieferung wird nämlich vorgesehen, dass der Verbraucher „von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit“ ist (Satz 1). Zumindest aus der Sicht kontinentaleuropäischer Privatrechtsordnungen dürfte der Begriff „befreit“ hier ganz unpassend sein. Von einer Pflicht befreit werden kann nur jemand, den eine solche Pflicht entweder bereits getroffen hat oder doch zumindest in solchen Konstellationen in aller Regel trifft. Ohne Vertrag ist das jedoch *nie* der Fall; und ohne zustimmende Willenserklärung des Verbrauchers kann es keinen Vertrag geben.

3. Wohl um insoweit keinerlei Unsicherheit aufkommen zu lassen, erklärt Satz 2 *leg cit.*,¹⁹ dass „in diesen Fällen“²⁰ das Ausbleiben einer Antwort des Verbrauchers, also *Schweigen*, nicht als Zustimmung gelte.²¹ Aus österreichischer Sicht – und nicht nur aus dieser²² – ist das wiederum selbstverständlich. Will der Verbraucher den Vertrag jedoch tatsächlich abschließen, dürfte es keinen ersichtlichen Grund geben, ihm gewisse Abschlussformen, die das nationale Recht kennt, zu verwehren.²³ So hindert Art 27 (bzw seine korrekte Umsetzung) nicht die „stille Annahme“ durch Willensbetätigung iS des § 864 Abs 1 ABGB.²⁴ Vermieden werden soll ja bloß, dass der Verbraucher auf vertraglicher Grundlage zahlungspflichtig wird, obwohl er keinen Abschlusswillen hatte und sich auch nicht entsprechend geäußert oder betätigt hat. Für diese Lösung spricht nicht zuletzt Art 3 Abs 5 (mit ErWG 14), nach dem die VR-RL das allgemeine innerstaatliche Vertragsrecht wie zB die Regeln über das Zustandekommen eines Vertrages ausdrücklich unberührt lässt.

¹⁸ Hinsichtlich jener Rechtsfolgen, die Art 27 vorsieht und die im Folgenden erörtert werden, dürfte es allerdings keine Unterschiede geben (keine Pflicht zur Entgeltzahlung; Schweigen gilt nicht als Zustimmung). – Zu Pflichten des Empfängers beim Erhalt erkennbar irrtümlich zugesandter Sachen siehe § 864 Abs 2 Satz 3 ABGB; eine Regelung, die außerhalb des Tatbestands von Art 27 steht und daher von der Umsetzungspflicht unberührt bleibt.

¹⁹ Ähnlich schon bisher die Regelung in Art 9 der Fernabsatz-Richtlinie.

²⁰ Diese Einschränkung ist wenig klar. Sie bezieht sich offensichtlich auf den Tatbestand des Art 27, so dass die hier erörterten Rechtsfolgen offenbar dann nicht eingreifen sollen, wenn es um eine *lautere* unbestellte Zusendung geht. Lauter ist aber wohl immer nur eine Lieferung ohne Zahlungsaufforderung, bei der sich die Frage einer Zustimmung des Verbrauchers (wozu eigentlich?) von vornherein nicht stellt.

²¹ Gedacht ist wohl insb an Konstellationen, in denen der Unternehmer seine Zusendung mit der Erklärung verbindet, Nichtablehnung des Angebots binnen bestimmter Frist sei als Zustimmung des Empfängers zu verstehen und der Kaufpreis in Höhe von x € werde damit fällig.

²² Vgl nur *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie (II), ÖJZ 2012, 53, 57, die von einem in der Zivilrechtsdogmatik anerkannten Grundsatz sprechen.

²³ So zur geltenden Rechtslage statt mancher *Bollenberger* in KBB³ (2010) § 864 Rz 4, 3.

²⁴ Ausführlich zu dieser Norm *P. Bydlinski*, Zum Vertragsabschluß durch „stille Annahme“ (§ 864 ABGB), JBl 1983, 169. – Zum deutschen Recht siehe § 151 BGB.

4. Während Art 27 somit weitgehend bloß Selbstverständliches regelt, werden einige deutlich heiklere Rechtsfragen, die für ein einheitliches Verbraucherschutzniveau ohne Zweifel ebenfalls von Bedeutung sind, von der Richtlinienvorgabe nicht einmal gestreift. Das gilt insb für die Behandlung einer vom Konsumenten schon geleisteten *Zahlung*; einen Bereich, für den die Antwort nicht unmittelbar auf der Hand liegt.

Auf das grundsätzliche Problem, ob Art 27 selbst fortzudenken und so eine Lösung zu gewinnen ist, oder ob insofern allein das nationale Recht entscheidet, soll hier nicht nochmals eingegangen werden (dazu bereits etwas näher unter I.). Nicht zuletzt, weil die Probleme schon lange bekannt sind und Art 27 weitestgehend den bisherigen europäischen Vorgaben entspricht (vgl unter I.), spricht hier manches dafür, dass der europäische Gesetzgeber die Entscheidung dem nationalen Recht überlassen wollte. In der Sache dürfte wohl folgende Differenzierung am ehesten überzeugen: Leistet der Verbraucher, weil er sich irrtümlich für verpflichtet hält, steht ihm ein Rückforderungsanspruch (in Österreich: nach § 1431 ABGB) zu.²⁵ Leistet er einen Teilbetrag, etwa weil er die Ware verwendet hat und sich (bloß) moralisch verpflichtet fühlt, zumindest eine gewisse „Gegenleistung“ zu erbringen, wird keine Kondiktion zu gewähren sein (vgl § 1432 ABGB). Und zahlt der Verbraucher den gewünschten Kaufpreis, weil er den Vertrag tatsächlich abschließen will, so leistet er mit (vertraglichem) Rechtsgrund. Fraglich wäre dann bloß, ob ihm das Recht zur Irrtumsanfechtung zusteht, wenn er im Nachhinein erfährt, dass er aufgrund der geltenden Rechtslage die Sache auch ohne jede Zahlung hätte verwenden können. Ein solcher Rechtsirrtum wird aber als grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum zu qualifizieren sein.²⁶

5. Art 27 sagt ferner kein Wort zum *Schicksal der gelieferten Ware*; zumindest kein deutliches. Die Wendung, der Verbraucher sei von der *Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit*, könnte auf der Ebene der Wortinterpretation darauf hindeuten, dass ansonsten alles wie bei einem Kaufvertrag sein solle. Daraus folgte, dass der Verbraucher die Ware behalten darf. Dann müsste bereits die unlautere unbestellte Lieferung als solche als Titel für den Verbraucher oder zumindest als Rückforderungssperre verstanden werden. Überzeugend wäre das jedoch nicht; uzw weder konstruktiv noch sachlich. Dem Absolutsetzen des Präventionsgedankens („abschreckend“) ist das Streben nach angemessenen („verhältnismäßigen“) Lösungen entgegen zu halten. Insofern sollte man dem Unternehmer zumindest das Recht zugestehen, die Ware, soweit sie beim Verbraucher noch vorhanden ist, bei diesem auf eigene Kosten abzuholen. Die Interessen des Verbrauchers sind hinreichend gewahrt, wenn er keinen Geldansprüchen wegen Verwendung (oder Zerstörung) der Sache ausgesetzt ist, die er aus eigenem Vermögen erfüllen müsste.

6. Damit ist ein weiteres Problem angesprochen, das in Art 27 ebenfalls nicht einmal ansatzweise vorkommt: Kann der Unternehmer zumindest von jenen Verbrauchern einen *Bereicherungsausgleich* verlangen, die die *Sache ohne Vertrag*

²⁵ In Fällen unlauterer Lieferung unbestellter Ware wird der Unternehmer die Zahlung nicht iS des § 863 ABGB als stillschweigende Zustimmung zu seinem Angebot deuten dürfen.

²⁶ Vorgaben für das Irrtumsrecht hat die VR-RL sicherlich nicht angestrebt (vgl nur deren Art 3 Abs 5 sowie den ErWG 14).

bestimmungsgemäß genutzt und damit – meist auch wirtschaftliche – Vorteile aus der unbestellten Lieferung gezogen haben? Zumindest auf den ersten Blick wird man das wohl verneinen müssen: Gerade bei der nunmehrigen Beschränkung auf unlautere Verhaltensweisen des Unternehmers spricht viel dafür, bereits aus Präventionsgründen²⁷ auch etwaige Bereicherungsansprüche auszuschließen; jedenfalls solche, für deren Tilgung eigenes Vermögen herangezogen werden müsste.

7. Eine Mittelstellung nimmt insoweit jene Bereicherung ein, die der Verbraucher durch (*Weiter-Veräußerung der unbestellt erhaltenen Ware*) erlangt. Lehnt man es ab, die unbestellte Zusendung für sich als Erwerbstitel zu verstehen, zieht hier der Verbraucher ja Vorteile aus fremder Sache. Überdies führte die Erlösherausgabe zu keiner unzumutbaren Belastung des Verbrauchers. Natürlich wäre es verbraucherfreundlicher, auch hier jeden Anspruch des Unternehmers abzulehnen.²⁸ Darum geht es aber nicht; vielmehr ist – das gilt sowohl für europäische Lückenfüllung als auch für nationale (konkretisierende) Umsetzung – eine zwar abschreckende, zugleich jedoch verhältnismäßige Rechtsfolge zu suchen. Da sich die beweisbare (!) entgeltliche Weiterveräußerung unbestellt gelieferter Waren im Promillebereich bewegen wird, sollte den Unternehmer seine grundsätzliche „Rechtlosigkeit“ ausreichend abschrecken; völlige Anspruchslosigkeit sogar dann, wenn die entgeltliche Weiterveräußerung fest steht, wäre mE aber nicht mehr verhältnismäßig.²⁹

8. Dem europäischen Gesetzgeber können all diese Fragen kaum verborgen geblieben sein. Deshalb ist sein Schweigen dazu unverständlich. Auch in den Erwägungsgründen sind keine Erklärungen dafür zu finden. Bloß Selbstverständliches zu „regeln“, für wirkliche Probleme aber nicht einmal Lösungswege anzudeuten, ist für jeden Beteiligten unbefriedigend. Was die zuletzt angesprochenen Fragen nach dem Schicksal der Ware bzw einem etwaigen Bereicherungsausgleich anbelangt, so gab es aber wohl offenbar tatsächlich keinen Vereinheitlichungswillen des Gemeinschaftsgesetzgebers, so dass sich die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Rechtsfolgen im Rahmen des Art 24 Abs 1 – Anordnung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen – bewegen dürfen (und müssen).

²⁷ Siehe dazu auch Art 24 (einschließlich ErwG 57) mit seinem bereits bekannten Verlangen nach wirksamen, verhältnismäßigen und *abschreckenden* Sanktionen.

²⁸ In diesem Sinn für das österreichische Recht *Saria*, Rechtsfragen des neuen § 864 Abs 2 ABGB, RdW 1997, 647 (650 f), der die Veräußerung ohne bereicherungsrechtliche Konsequenzen für den Verbraucher für zulässig hält und dies ua mit dem verbraucherfreundlichen Zweck rechtfertigt; zudem behauptet er die rechtliche Gleichwertigkeit aller denkbaren Alternativen (Verbrauch, Verwendung, sich der Sache entledigen, auch Veräußerung). – Die Regelung in Art 9 der Fernabsatz-Richtlinie, wonach der Verbraucher von „*jedweder Gegenleistung*“ zu befreien ist (gleich lautend die Neufassung des Art 9 durch Art 15 Nr 1 der UGP-Richtlinie), konnte keinesfalls als Argument herangezogen werden, fallen doch Bereicherungs- und Rückforderungsansprüche evidentermaßen niemals unter den Begriff „Gegenleistung“ (auch der die unbestellte Zuwendung betreffende ErwG 16 sagt dazu nichts). AA unter Berufung auf Begründungen zu Vorentwürfen *Saria* aaO 650 mit FN 19.

²⁹ Diese Argumentation trifft mE auch die unter 5. erörterte – sicherlich ebenfalls ganz seltene – Konstellation, in der sich der Unternehmer die gelieferte Ware auf eigene Kosten zurückholen möchte.

III. Lieferung und Risikoübergang (Art 18 und 20)

A. Anwendungsbereich

Gem Art 17 sind die Vorschriften über Lieferung und Risikoübergang auf *Kaufverträge* beschränkt. Dabei ist die weite Definition des Kaufvertrages in Art 2 Nr 5 zu beachten, wonach es auf die Übereignung von Waren gegen Entgelt ankommt, was etwa auch Werklieferungsverträge einschließt; ferner, dass Verträge, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ebenfalls erfasst sind. **Ausdrücklich ausgenommen** sind nicht mengen- oder volumenmäßig begrenzte Bezugsverträge über Wasser-, Gas- und Stromlieferung; ferner die Lieferung von Fernwärme sowie von digitalen Inhalten ohne körperlichen Datenträger (Art 18 Satz 2).

B. Die Richtlinienvorgaben zur Warenlieferung sowie zu den Folgen des Leistungsverzugs (Art 18)

1. Den *Lieferungszeitpunkt*, also die Fälligkeit der Warenleistung, können die Parteien auch unter der Richtlinie – erfreulicherweise – nach wie vor vertraglich frei festlegen. Tun sie das nicht, hat der Unternehmer *unverzüglich* nach dem Vertragsschluss, längstens aber binnen 30 Tagen zu liefern³⁰ (Abs 1). Das ähnelt dem österreichischen Dispositivrecht (vgl die Wendung „ohne unnötigen Aufschub“ in § 904 Satz 1 ABGB), weicht davon aber doch insoweit deutlich ab, als Art 18 Abs 1 (iVm Abs 2 Unterabs 1) für die Fälligkeit gerade *keine Mahnung* des Verbraucher-Gläubigers verlangt. Das ist ein Modell, dessen Verallgemeinerung ernsthaft zu überlegen wäre: Wird ein Vertrag abgeschlossen und nichts Weiteres vereinbart, spricht die typische Interessenlage der Parteien wohl tatsächlich regelmäßig dafür, dass sofort (bzw so rasch wie möglich) erfüllt werden soll.³¹ Auf Verbraucher beschränkte Überlegungen scheinen nicht hinter dem Verzicht auf Mahnung zu stehen.³² Dies zeigt auch ein Vergleich mit den Vorgaben der Zahlungsverzugs-Richtlinie für den Rechtsgeschäftsverkehr zwischen Unternehmern: Für den Verzugseintritt hinsichtlich geschäftlich begründeter Geldschulden ist nach Art 3 Abs 1 leg cit ausdrücklich vom Erfordernis einer Mahnung abzusehen.³³

³⁰ Die Richtlinie verwendet die normativ wenig glückliche Formulierung „*liefert der Unternehmer*“ (statt „*hat ... zu liefern*“).

³¹ § 904 Satz 1 könnte daher in diesem Sinn verändert werden. Eine Umformulierung dieser Norm ist aber in jedem Fall angezeigt: Wenn es dort heißt, dass die Erfüllung „*sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub, gefordert werden*“ kann, so ist ganz offensichtlich gemeint, dass nach Leistungsaufforderung ohne Aufschub *geleistet* werden muss (statt aller *Bollenberger* in KBB¹ § 904 Rz 2). Das sollte dann aber auch so im Gesetz stehen!

³² Im Konzept des Art 18 VR-RL hat die Mahnung aber wohl auch schon deshalb keinen Platz, weil bei Verzug des Unternehmers ohnehin bereits (zumindest) zwei Aktivitäten des Verbrauchers vorgesehen sind: zuerst Nachfristsetzung und dann Entscheidung zwischen Erfüllungsbegehren und Rücktritt.

³³ Ebenso Art 4 Abs 1 leg cit für den Geschäftsverkehr zwischen einem Unternehmer und einer „*öffentlichen Stelle*“.

Neben dem Unverzüglichkeitsgebot erscheint die Nennung einer *Höchstfrist*³⁴ eher verwirrend als förderlich. Normativ kann ihr nur entnommen werden, dass *spätestens* nach Ablauf des 30. Tages Verzug eintritt; keinesfalls, dass Lieferung innerhalb der 30 Tage immer noch unverzüglich ist.³⁵

2. Inhaltlich wird die *Lieferung* als *Übertragung des physischen Besitzes* an der Ware definiert: Ihr gleich steht die Übertragung der Kontrolle über die Ware. Die erste Variante entspricht wohl der Verschaffung von (alleiniger) Innehabung bzw. Gewahrsame. Mit der *Kontrollübertragung* ist nicht etwa die Übergabe von Transportpapieren gemeint. Der Verbraucher-Käufer soll auf die Ware ja auch tatsächlich zugreifen können. ErWG 51 nennt zwar auch die Besitzverschaffung an Eigentumsdokumenten. Allein die Übergabe solcher Papiere kann aber wie gezeigt die typischen Verbraucherinteressen nicht erfüllen. Liest man den ErWG genau, zeigt sich jedoch, dass Übergabe dieser Papiere – ebenso wie der dort genannten Schlüssel – nur insofern ausreicht, als damit tatsächlich Zugriff auf die Ware genommen werden kann. Ergänzen müsste man, dass diese Form der Besitzverschaffung (durch Verschaffung des Zugangs zur Ware) *vertragsgemäß* sein muss, was bei Verkäufen an Verbraucher wohl nur ausnahmsweise (bei entsprechender Abrede) der Fall sein wird.

Entgegen dem – insoweit missglückten – Richtlinienwortlaut besteht die Pflicht zur Besitzverschaffung iS des Abs 1 selbstverständlich auch dann, wenn die Parteien hinsichtlich des *Lieferzeitpunktes* eine konkrete Vereinbarung getroffen haben. Ob und inwieweit auch diesbezüglich rechtsgeschäftliche Abweichungen zulässig sind (wie etwa die Vereinbarung eines Besitzkonstituts), ist der Regelung nicht zu entnehmen. Aufgrund des typischen Verbraucherinteresses sowie dem Umstand, dass im ErWG 51 als „Aufweichung“ bloß die Möglichkeit genannt wird, dass der Verbraucher einem *Dritten* gestattet, in seinem Namen Besitz oder Kontrollmöglichkeit zu erlangen, wird man die Zulässigkeit solcher Modifikationen vermutlich ablehnen müssen.

3. Der Konstellation, dass die *Lieferung aus vom Verbraucher zu vertretenden Gründen unterbleibt* (Gläubiger- bzw. Annahmeverzug), wird in Art 18 nicht gedacht. Da aber nicht anzunehmen ist, dass der Unternehmer auch in solchen Fällen in Verzug geraten soll, ist der weite Wortlaut der Vorschrift entsprechend zu reduzieren. Wiederum fragt sich, ob es sich um eine aus dem Europarecht selbst zu schließende Lücke handelt oder ob allein das nationale Recht darüber entscheidet, wann und ob Annahmeverzug vorliegt sowie was dessen Konsequenzen für den Lieferungsanspruch sind. Dass uU ein Gefahrübergang ohne Lieferung auch vom europäischen Recht anerkannt wird, ergibt sich etwa aus dem ErWG 14 der Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG), wo es in Hinblick auf die Richtlinienvorgaben zur vertragswidrigen Leistung heißt: „Die Bezugnahmen auf den Zeitpunkt der Lieferung bedeuten nicht, dass die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefahrübergang ändern müssen.“³⁶ Dieser Hinweis auf das nationale Recht

³⁴ ErWG 52 formuliert: „so bald wie möglich und in jedem Fall spätestens binnen 30 Tagen“.

³⁵ In diesem Sinn ganz zu Recht etwa *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 54.

³⁶ Wie man sieht, ist dort allerdings nur allgemein von „Gefahrübergang“ die Rede; der Annahmeverzug wird hingegen nicht ausdrücklich erwähnt. Zu dieser Problematik demnächst

sowie der Umstand, dass dem europäischen Gesetzgeber auch bei Verabschiedung der VR-RL das Problem sicherlich bewusst war, er sich aber einer entsprechenden Vorgabe enthielt, sprechen dafür, das Vorliegen von Annahmeverzug des Verbrauchers, aber auch dessen Auswirkungen auf den Lieferanspruch des Unternehmers allein nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht zu entscheiden (siehe zum Grundproblem auch noch unter 11.).

4. Überdies fehlt jede Regelung zum *Verhältnis des Lieferungsanspruchs zur Zahlungspflicht* des Verbraucher-Käufers. Nach österreichischem Recht würde mangels anderer Vereinbarung das *Zug-um-Zug-Prinzip* gelten (§§ 1052, 1062), so dass auch einen Unternehmer-Verkäufer keine Pflicht zur Vorleistung trifft. Es ist ein besonderes Manko des geltenden europäischen Rechts, dass ein gesamthafter Blick auf das Vertragssynallagma fehlt. So regelt Art 18 der VR-RL isoliert den Sachleistungsanspruch, während die Zahlungsverzugs-Richtlinie bloß isoliert auf die Geldleistungspflicht blickt; und auch das nur für das vertragliche Verhältnis zwischen Unternehmern (bzw. zwischen Unternehmern und öffentlichen Stellen)! Auch ist symptomatisch, dass der – zur Erläuterung von Art 18 Abs 4 formulierte – ErWG 53 bloß die Nichtleistung des Unternehmers im Auge hat und insoweit den Mitgliedstaaten ua zugesteht, dem Verbraucher zu gestatten, seine Zahlung zurückzuhalten. Daraus folgt wohl, dass die Ausgestaltung der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung in der nationalen Regelungskompetenz verbleiben soll, wenn dies der ErWG 53 ausdrücklich auch nur für die eine (verbrauchergünstige) Seite der Medaille ausspricht.

Keine allgemeinen Schlüsse dürfen aus der Regel des Art 13 Abs 3 der VR-RL gezogen werden. Dort ist als eine *Folge des Widerrufs* durch den Verbraucher vorgesehen, dass der Unternehmer die *Rückzahlung des Kaufpreises* so lange *verweigern* kann, bis er die Ware zurückerhalten oder der Verbraucher den *Nachweis* der Rücksendung der Ware erbracht hat.³⁷ Dieses Abgehen vom Zug-um-Zug-Prinzip zu Lasten des Verbrauchers lässt sich – wenn überhaupt³⁸ – wohl nur damit rechtfertigen, dass das Widerrufsrecht von vornherein teleologisch auf schwachen Beinen steht: Es gab einen wirksamen Vertrag, den der Verbraucher ohne Angabe von Gründen aufgelöst hat. Keinesfalls kann daraus ein Argument für die Abwicklung der Vertragsleistungen selbst gewonnen werden.

Auch in anderen Richtlinien ist diesbezüglich nichts Brauchbares zu finden. Zwar kommt gelegentlich der Begriff „Zug-um-Zug“ vor, allerdings in ganz spe-

ausführlich *P. Bydliński*, Gewährleistung und Annahmeverzug, FS NN (2013). Zum Annahmeverzug nach dem Vorschlag einer Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK bzw. CESL) vgl. insb. die dortigen Art 142 und 88. Zur Bedeutung einer solchen möglichen künftigen Verordnung für die Auslegung und Lückenfüllung anderer europäischer Rechtsakte noch kurz unter 4.

³⁷ Im Vergleich dazu blickte Art 6 Abs 2 der Fernabsatz-Richtlinie bloß einseitig auf die Zahlung des Verbrauchers und sah für die Rückzahlung eine Maximalfrist von 30 Tagen vor, während das Schicksal der Warenleistung im Text keinerlei Erwähnung fand. Gem. dem ErWG 14 ist es Sache der Mitgliedstaaten, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“ (so geschehen in § 5g KSchG, der sich auch den Verbraucherplichten ausführlich widmet).

³⁸ Sehr kritisch zur Vorleistungspflicht des Verbrauchers gem. Art 13 Abs 3 *Lurger*, in diesem Band S 90 f.

ziellen Zusammenhängen, so dass die entsprechenden Vorschriften hier nicht fruchtbar gemacht werden können.³⁹

Was bleibt, ist ein Blick auf den Entwurf der Verordnung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.⁴⁰ Sobald eine entsprechende Verordnung einmal verabschiedet sein wird, wird man sie ohne Zweifel als Fundgrube europäischer vertragsrechtlicher Grundsätze ansehen und benutzen können; ein bloßer Entwurf dazu reicht zur Lückenfüllung jedoch sicherlich noch nicht aus. Dennoch soll dort kurz nach Anhaltspunkten für oder gegen ein „gesetzliches“ Zug-um-Zug-Prinzip gesucht werden. Das ist wegen des komplizierten Aufbaus dieses Entwurfs allerdings alles andere als einfach. Erst eine Zusammenschau dreier verstreuter Vorschriften lässt erkennen, dass das geplante Gemeinsame Kaufrecht grundsätzlich von einer Abwicklung Zug um Zug ausgeht: Art 95 sieht vor, dass mangels anderer Vereinbarung unverzüglich nach Vertragsschluss bzw. einem Verbraucher binnen 30 Tagen zu liefern ist. Art 126 legt die Fälligkeit der Zahlung mit der Lieferung⁴¹ durch den Verkäufer fest. Art 113 und Art 106 Nr 1 lit b geben dem Käufer für den Fall der Nichterfüllung durch den Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht, sofern der Käufer gleichzeitig mit oder nach der Leistung des Verkäufers erfüllen muss. Entsprechendes gilt für die Nichterfüllung durch den Käufer (Art 133 und Art 131 Nr 1 lit b).

5. Für die *nicht rechtzeitige Lieferung durch den Unternehmer* haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass dem Verbraucher nach erfolgloser Aufforderung zur Lieferung „innerhalb einer den Umständen angemessenen zusätzlichen Frist“ das Recht zusteht, vom Vertrag *zurückzutreten* (Abs 2 Unterabs 1). Nach Aufbau und Wortlaut dieser Bestimmung sowie der Textierung des ErWG 52 sind Aufforderung (Satz 1) und Rücktritt⁴² (Satz 2) *zwei Schritte*, so dass der Verbraucher zwei – auch zeitlich – getrennte Willenserklärungen abgeben müsste, um vom Vertrag loszukommen. Ob nur eine solche Konstruktion richtlinienkonform ist, erscheint jedoch fraglich. Verlangt der Verbraucher zunächst bloß die Leistung, kann er nach Ablauf der Nachfrist immer noch entscheiden, ob er zurücktritt oder weiterhin Lieferung begehrt. Diese *Entscheidungsmöglichkeit* nach Fristablauf muss der nationale Gesetzgeber dem Verbraucher wohl zugestehen. Nichts spricht aber mE dagegen, den Verbraucher – wie von § 918 ABGB bekannt – bereits *vorweg* entscheiden zu lassen, dass der Vertrag bei fruchtlos verstrichener

³⁹ So sieht zB Art 5 Abs 2 lit b der Elektro- und Elektronik-Altgeräte-RL (2002/96/EG) vor, dass der Verkäufer beim Kauf eines neuen Gerätes ein Altgerät kostenlos Zug um Zug zurücknehmen muss. Auch der EuGH (Rs C-101/08 *Audiolux*) hat ausdrücklich ausgesprochen, dass eine induktive Gewinnung eines Grundsatzes aus einzelnen Regelungen in Sekundärrechtsakten abzulehnen ist, wenn sie sich nur auf bestimmte Situationen beziehen.

⁴⁰ Zu diesem Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11. 10. 2011 (KOM) 2011 635 endg siehe nur *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012).

⁴¹ Unklar bleibt bei dieser Formulierung allerdings, ob erst die tatsächliche (Ab-)Lieferung oder bereits das vertragsgemäße Angebot zur Leistungserbringung durch den Unternehmer zur Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs führt.

⁴² Details dazu, insb seine Form, können die Mitgliedstaaten festlegen. Vgl ErWG 52 aE: „Diese Richtlinie sollte nationale Bestimmungen über die Art und Weise, wie der Verbraucher dem Unternehmer seinen Willen zum Rücktritt vom Vertrag mitteilen sollte, nicht berühren.“

Nachfrist wegfallen soll. Eine solcherart bedingte Rücktrittserklärung sollte daher auch unter Beachtung der Vorgaben des Art 18 als zulässig und wirksam angesehen werden.⁴³ Eine nationale Rechtslage, wonach dem Verbraucher-Käufer – wie derzeit – bloß eine Kombination von Fristsetzung und Rücktritt in einer einheitlichen Erklärung gestattet ist, entspräche hingegen nicht der Richtlinie, da sie dem Verbraucher die in Art 18 Abs 2 vorgesehene Entscheidungsmöglichkeit nach Fristablauf nehmen würde.⁴⁴

6. Auf der Auslegungsebene klärungsbedürftig ist die Frage, ob der Verbraucher eine konkret bemessene Nachfrist setzen muss oder ob es etwa genügt, wenn er „Lieferung innerhalb angemessener Nachfrist“ verlangt. Dem einschlägigen ErWG 52 ist dazu nichts zu entnehmen. Mangels klarer Regelung, der verbraucher-schützenden Tendenz der Richtlinie sowie der Tatsache, dass die Abschätzung der Angemessenheit einer Nacherfüllungsfrist einem Verbraucher regelmäßig schwerer fallen wird als dem Unternehmer, dürften die überwiegenden Gründe dafür sprechen, eine Erklärung des Verbrauchers ausreichen zu lassen, in der dieser sinngemäß die Lieferung innerhalb angemessener Frist fordert. Die Angabe einer konkreten Zeitspanne sollte demgegenüber nicht verlangt werden. Dem Unternehmer geschieht dadurch nichts Schlimmes. Erklärt ein Verbraucher etwa bereits drei Tage später den Rücktritt, obwohl zumindest fünf Tage angemessen gewesen wären, so führt diese (zweite) Erklärung mangels Vorliegens der rechtlichen Voraussetzungen für sich nicht zur Vertragsaufhebung.

7. Ähnlich wie in vielen nationalen Rechten enthält auch die Vorschrift zum Rücktrittsrecht einige *Lücken*; manche im Rechtsalltag auftretende Konstellationen bleiben ungeregelt. So wird es gerade bei rechtsunkundigen Verbrauchern nicht selten sein, dass diese ab Fälligkeit schlicht längere Zeit zuwarten – was immer wieder länger als eine angemessene Nachfrist dauert – und dann entnervt

⁴³ So auch schon *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 55, deren Einschätzung, die Regelung des § 918 Abs 1 ABGB sei „erheblich gläubigerfreundlicher“ als die Vorgabe der Richtlinie – wobei als Gläubiger hier offenbar der kaufende Verbraucher angesehen wird –, ich jedoch nicht teile. Zwar reicht nach dem ABGB eine Erklärung des Sachgläubigers aus. Umgekehrt führt die im ersten Schritt erfolgte bloße Fristsetzung aber dazu, dass der Gläubiger nach Ablauf *frei entscheiden* kann, wie er weiter vorgeht, während der fruchtlose Ablauf einer zugleich mit der (bedingten) Rücktrittserklärung gesetzten Nachfrist den Vertrag beseitigt, ohne dass ihn der Gläubiger noch retten könnte.

⁴⁴ *AA Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 55 sowie *Stabentheiner*, in diesem Band S 141 f, wonach es im Zuge der Umsetzung der VR-RL bei der bewährten Konstruktion des § 918 ABGB bleiben könne. Wenn *Stabentheiner* meint, auch nach § 918 ABGB könne der Gläubiger sein Erfüllungsbegehren zunächst bloß mit einer Nachfrist verknüpfen, so folgt daraus noch nicht, dass nach Ablauf dieser Frist ein Rücktritt ohne (neuerliche) Nachfristsetzung möglich ist. Die beiden von *Stabentheiner* (aaO in FN 30) zitierten Entscheidungen des OGH beschäftigen sich denn auch nur mit der – zu Recht bejahten – Frage, ob dem Gläubiger, der nach eingetretener Schuldnerverzug zunächst ein Erfüllungsbegehren erhoben hat, in einem zunächst auf Erfüllung gerichteten Prozess oder gar noch im Exekutionsverfahren noch das Recht zum Rücktritt zusteht. Die zentrale Begründung dafür kann eigentlich nur sein, dass der Verzug nach wie vor andauert, so dass § 918 ABGB voll anwendbar bleibt. (In diese Richtung OGH 3 Ob 210/97x EvBl 1997/199, während noch in 7 Ob 14 und 15/64 SZ 37/17, primär darauf abgestellt wird, dass keine echte Wahlschuld – zwischen Erfüllung und Rücktritt – vorliege, was selbstverständlich ebenfalls zutrifft.)

schlicht den Rücktritt erklären. Ebenso gut ist es denkbar, dass der Verbraucher nach Fälligkeit bloß „rasche“ Lieferung verlangt oder dem Unternehmer bloß eine zu kurz bemessene Nachfrist einräumt. Auch zur Frage, ob und wann dem Verbraucher ein *Teilrücktritt* wegen Teilverzugs möglich oder er womöglich auf einen solchen beschränkt ist, findet sich in Art 18 nicht einmal eine Andeutung.⁴⁵ Das alles ist deswegen besonders unerfreulich, weil jeder Konkretisierungsversuch des nationalen Gesetzgebers oder eines Gerichts mit dem Risiko der Richtlinienwidrigkeit und/oder der Verpflichtung zur Beantragung eines Vorabentscheidungsverfahrens einhergeht, wobei hinzu kommt, dass auch dem EuGH keine wirklichen Maßstäbe zur Schließung der genannten oder ähnlicher Lücken zur Verfügung stehen. Misslich erscheint überdies die Nichtnormierung einer Obliegenheit des Unternehmers, auf von ihm als fehlerhaft erkannte Erklärungen des Verbrauchers entsprechend zu reagieren, zumal Vorweginformationspflichten wie hinsichtlich des Widerrufsrechts nicht bestehen.

8. Nur kurz sei auf Unterabs 2 von Art 18 Abs 2 hingewiesen, der *Ausnahmen vom Nachfristsetzungserfordernis* enthält. Dabei geht es im Wesentlichen um das, was uns im nationalen Recht unter dem Terminus „*Fixgeschäft*“ geläufig ist (siehe insb § 919 ABGB). Gleich gestellt wird die *Weigerung* des Unternehmers, seiner Leistungspflicht nachzukommen.⁴⁶ Bemerkenswert ist, dass die Richtlinie auch hier nach Eintritt der Fälligkeit eine *Rücktrittserklärung* des Verbrauchers verlangt (Satz 2), womit die Fallgruppe, in der der Verbraucher schlicht untätig bleibt (und sich womöglich am nächsten Tag woanders eindeckt), da er wegen der Termin- bzw Fristüberschreitung überhaupt nicht mehr mit dem Weiterbestand des Vertrages rechnet, keine Regelung erfährt. Nach dem Wortlaut der Regelung (Satz 2: „In diesen Fällen“) muss der Verbraucher überdies sogar bei vom Unternehmer vor Fälligkeit geäußelter Weigerung, vereinbarungsgemäß zu liefern, den vereinbarten Fälligkeitstermin abwarten, bevor er wirksam zurücktreten kann; eine alles andere als sachgerechte Vorgabe, deren methodisch zulässige Zähmung ich noch nicht ganz absehe. Ein Ansatz könnte bei Art 18 Abs 4 liegen, wonach das nationale Recht dem Verbraucher neben dem Rücktrittsrecht weitere Rechtsbehelfe gewähren kann (dazu noch unter 10.). Im vorliegenden Zusammenhang ist an das in Österreich anerkannte Auflösungsrecht aus wichtigem Grund zu denken: Dem Verbraucher ist es ja auch vorläufig – nämlich bis zum vereinbarten Leistungstermin – nicht zumutbar, an einen Vertrag gebunden zu sein, dessen Erfüllung sein Partner bereits verweigert hat. Eine zweite, wort-

⁴⁵ Darauf (und auf die offen gebliebene Verzinsungsfrage) weist etwa *Wendehorst*, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, FS Griss (2011) 717, 732 hin, die von einer „rudimentären Regelung“ spricht.

⁴⁶ Dafür, trotz Nichterwähnung auch die offensichtliche Unfähigkeit des Unternehmers zur Leistungserbringung als Grund für einen Rücktritt ohne Fristsetzung zu akzeptieren, *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 56, die – wohl irrtümlich – von der Unfähigkeit des *Gläubigers* sprechen und deren Begründung so weit nicht überzeugt, wie es um Argumente aus dem geltenden österreichischen Recht geht. Leistungsunmöglichkeit wird schon kraft Größenschlusses hinsichtlich der Fristsetzung nicht anders als Leistungsverweigerung behandelt werden können. In concreto wird man vorher aber immer fragen müssen, ob der Schuldner nicht zumindest mit Hilfe Dritter erfüllen kann und muss. Subjektive Unfähigkeit wäre ja nur bei höchstpersönlicher Leistungspflicht ein rechtliches Hindernis für die Erfüllung.

lautnähere Möglichkeit läge darin, vom Verbraucher zwar eine Rücktrittserklärung nach Fälligkeit zu verlangen, diesen Rücktritt aber unbedingt und dauerhaft zuzulassen; also auch und gerade dann, wenn der Gläubiger seine Leistung nun doch noch – verspätet – anbietet. Diese Auslegung würde auch bei Fixgeschäften die Notwendigkeit einer Rücktrittserklärung deutlich entschärfen.⁴⁷

9. Die *Rücktrittsfolgen* kommen in Art 18 nur ganz knapp und punktuell vor: Gem Abs 3 leg cit hat der Unternehmer „unverzüglich alle gem dem Vertrag gezahlten Beträge zurückzuerstatten“. Abgesehen davon, dass die Formulierung wenig gelungen erscheint – einerseits müsste es wohl „erhaltenen“ statt „gezahlten“ heißen (der zahlende Verbraucher kommt in der Regelung überhaupt nicht vor) und andererseits verwirrt die Wendung „gemäß dem Vertrag“ wohl mehr als sie klärt⁴⁸ – fehlt zum einen jeder Hinweis zur naheliegenden Frage nach der *Verzinsung* des Rückzahlungsanspruchs⁴⁹ (und damit auch zur Wirkung des Rücktritts ex tunc oder ex nunc). Zum anderen wird jener praktisch durchaus denkbaren Sachverhaltskonstellation nicht gedacht, in der der Unternehmer bereits *Teilleistungen* erbracht hat, der Verbraucher aber anschließend wegen Verzugs mit dem Rest vom gesamten Vertrag zurücktritt. Dass die erhaltene Teilleistung zurückzugeben ist, dürfte kaum zweifelhaft sein. Fraglich ist aber, ob dem Unternehmer insoweit die Zug-um-Zug-Einrede zu gewähren ist, wenn

⁴⁷ Da Art 18 Abs 2 aber auch bei Fixgeschäften einen Rücktritt verlangt (wobei im Detail offen bleibt, was bei Unterbleiben des Rücktritts gilt), kann es in Österreich nicht beim automatischen Vertragswegfall bleiben. Daher muss § 919 ABGB entsprechend *geändert* (bzw eine verbraucherrechtliche Sondervorschrift eingeführt) werden, sofern keine richtlinienkonforme Auslegung in Betracht kommt. Das dürfte aber nicht möglich sein: § 919 ABGB sieht vor, dass der Gläubiger ohne unverzügliches Erfüllungsverlangen nach Fälligkeit keinen Erfüllungsanspruch mehr besitzt. Diesen muss es nach Art 18 aber noch geben, wenn bzw solange der Verbraucher keinen Rücktritt erklärt hat. Offenbar keinen Änderungsbedarf bei § 919 ABGB sehen jedoch *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 55 f; ganz ausdrücklich gegen eine Änderungsnotwendigkeit nunmehr *Stabentheiner*, in diesem Band S 142 f. Das Sachargument, auch nach dem geltenden § 919 ABGB habe der Gläubiger das Wahlrecht zwischen Auflösung und Erfüllung des Vertrages, ist sicherlich richtig. Zu beachten ist aber auch, dass eine Rettung des Vertrages nach dem ABGB nur *unverzüglich* nach Verzugsbeginn möglich ist; eine Einschränkung, die Art 18 Abs 2 zumindest nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, wird dort (Unterabs 2 Satz 2) doch bloß ein sofortiges Rücktrittsrecht des Verbrauchers und gerade keine Obliegenheit vorgesehen (großzügigeres Verständnis bei *Stabentheiner* aaO). Jedenfalls nicht überzeugend ist in diesem Zusammenhang *Stabentheiners* Hinweis auf Art 18 Abs 4, da es dort nur um *zusätzliche* Rechte des Verbrauchers (neben dem Rücktrittsrecht) geht. Nun ist aber zum einen das Bestehen eines Erfüllungsanspruchs beim Fixgeschäft bereits nach Art 18 Abs 2 Unterabs 2 unzweifelhaft gegeben (vgl auch die Ausführungen hier in FN 50); und zum anderen führt *Stabentheiners* Ansicht (Erfüllung kann nur unverzüglich verlangt werden) – jedenfalls bei einem wortlautnahen Auslegungsansatz – zu einer *Einschränkung* (und gerade nicht zu einer Erweiterung) der Gläubigerrechte.

⁴⁸ Insb fällt auf, dass diese Formulierung deutlich von der des Art 13 Abs 1 über die Unternehmerpflichten im Falle eines Widerrufs abweicht, so dass es fraglich erscheint, ob und inwieweit Art 13 (einschließlich des ErWG 46) für die Auslegung des Art 18 Abs 3 fruchtbar gemacht werden kann.

⁴⁹ Die neue, bis 16. 3. 2013 umzusetzende Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU (siehe dazu bereits den ME eines ZVG vom November 2011) kann hier ebenso wenig Hilfe leisten wie ihre Vorgängerin (RL 2000/35/EG), da sie nur auf Geschäfte zwischen Unternehmern bzw zwischen Unternehmern und öffentlichen Stellen Anwendung findet.

der Verbraucher die Rückzahlung des gesamten Entgelts verlangt, oder ob er gar analog Art 13 Abs 3 Vorleistung des Verbrauchers begehren kann. Eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers ist jedenfalls abzulehnen, da – wie bereits unter 4. gezeigt – die unternehmergünstige Regelung für die Rückabwicklung nach Widerruf für den berechtigten Rücktritt des Verbrauchers wegen Verkäuferverzugs wertungsmäßig keinesfalls passt. Aber auch die Vorleistungspflicht des Unternehmers wäre ein einseitiges und daher unsachliches Ergebnis. ME sollte es für die Durchsetzbarkeit des Entgeltrückforderungsanspruchs jedoch genügen, wenn der Verbraucher erklärt, der Unternehmer könne die erbrachte Teilleistung gegen Rückzahlung des Kaufpreises jederzeit bei ihm abholen. Dies genauer zu regeln, ist aber wohl Sache des nationalen Gesetzgebers: Wenn der ErWG 53 den Mitgliedstaaten bereits die – mehr oder weniger starke – Verknüpfung der vertraglichen Leistungen miteinander anheimstellt (dazu bereits unter 4.), muss Gleiches wohl umso mehr für die Rückabwicklung gelten.

10. Art 18 Abs 4 gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, dem Verbraucher neben dem Rücktrittsrecht *zusätzliche Rechtsbehelfe* zur Verfügung zu stellen (bzw derartige Behelfe aufrecht zu erhalten). Gedacht ist dabei insb an die Zurückhaltung der Kaufpreiszahlung sowie an Schadensersatzansprüche wegen Verzugs,⁵⁰ die etwa § 918 Abs 2 ABGB (für den Fall des Verschuldens) ausdrücklich vorsieht. Aber auch die Zuerkennung von Verzugszinsen in Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch käme hier, da von der VR-RL merkwürdigerweise gänzlich unregelt, in Betracht. Wie bereits erwähnt, kann es auf diesem Weg zu Differenzierungen im Verbraucherschutzniveau kommen.

11. Da die Richtlinie etwas einseitig die Rechte der Verbraucher in den Vordergrund stellt (so schon im Titel der Richtlinie, aber auch in der Überschrift des IV. Kapitels „Sonstige Verbraucherrechte“), fehlt bedauerlicherweise eine Regelung des Parallelproblems, wann *der Verbraucher* zu leisten hat und welche Konsequenzen sein *Zahlungsverzug* auslöst. Es überzeugt nicht, die Rechte des Verbrauchers auf Lieferung (weitestgehend) gleichzuschalten, hinsichtlich seiner Pflichten den Mitgliedstaaten aber freie Hand zu lassen. So wäre es den Mitgliedstaaten nach der VR-RL offenbar gestattet, den *Rücktritt des Unternehmers* bei Zahlungsverzug des Verbrauchers *ohne Nachfristsetzung* zuzulassen. Das ist aber nur eine rechtspolitische Kritik an der geltenden europäischen Rechtslage. Selbstverständlich war dem Richtliniengeber die Problematik des Verzugs mit Verbraucherpflichten bewusst; er hat sich aber dennoch einer Regelung enthalten, was grundsätzlich dazu führt, dass der nationale Gesetzgeber diesbezüglich frei ist, zu regeln, was ihm selbst am besten passend erscheint. Eine „europäische Lücke“ besteht nicht, somit auch weder Pflicht noch Recht zur Ergänzung nach

⁵⁰ Vgl ErWG 53, der daneben auch noch die Selbstverständlichkeit erwähnt, dass der Verbraucher Erfüllung verlangen bzw dem Unternehmer eine zusätzliche Lieferfrist gestatten kann. Der *Erfüllungsanspruch* ist nun aber sicherlich *kein zusätzliches Recht*, sondern der ganz primäre Vertragsanspruch, dessen grundsätzliche Durchsetzbarkeit sich ohne Ausübung des Rücktrittsrechts von selbst ergibt. Allein aus dem Schuldnerverzug kann ja niemals der Verlust der Gläubigerrechte resultieren! Tatsächlich ergibt sich das Bestehen des Erfüllungsanspruchs somit schlicht aus dem aufrechten Vertrag, ohne dass die Mitgliedstaaten von der Option des Art 18 Abs 4 Gebrauch machen müssten.

europäischen Kriterien. Der kritische Befund bleibt: So ist Vollharmonisierung bloß eine halbe Sache.

C. Die Richtlinienvorgaben zur Gefahrtragung beim Versendungskauf (Art 20)

1. Auf EU-Ebene gab es bisher keine Regelung zur Gefahrtragung beim Kauf. Und in Österreich ist die Rechtslage wenig übersichtlich. § 429 ABGB regelt an sich nur die Übergabe bei Versendung, also den *Eigentumserwerb* des Käufers.⁵¹ Die hA zieht die Norm aber auch für den Gefahrübergang heran.⁵² Im Grundsatz geht die Bestimmung des § 429 ABGB vom Eigentumserwerb des Käufers erst mit Ablieferung bei diesem aus. Eine Ausnahme davon – und damit, wenn auch unausgesprochen, Eigentumserwerb bereits mit Übergabe an die Transportperson – greift jedoch dann ein, wenn der Übernehmer die „Überschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt“ hat. Zumindest stillschweigende Genehmigung wird bei üblicher Versendung nun aber regelmäßig bejaht, so dass auch der Gefahrübergang auf den Käufer in den meisten Fällen bereits mit Übergabe an die Transportperson angenommen wird.⁵³ Das entspricht dem heutzutage national und international Anerkannten,⁵⁴ wobei aber darauf hinzuweisen ist, dass diese Bestimmungen bzw entsprechende Vorschläge zur internationalen Rechtsvereinheitlichung nicht den Verbrauchsgüterkauf im Auge haben. Wird diesem gesondert gedacht, finden sich immer wieder verbrauchergünstige Sondervorschriften.⁵⁵

2. Damit nun aber zu Art 20. Bereits dessen *Tatbestand* enthält Unklarheiten. Die Regelung knüpft an einen Vertrag an, „*bei dem der Unternehmer die Waren an den Verbraucher versendet*“. Weder wird klargestellt, was Versendung (durch den Unternehmer) bedeutet, noch lässt sich erkennen, ob es bloß auf das Faktum der Versendung ankommt oder ob etwa eine entsprechende Pflicht im Vertrag vereinbart worden sein muss. Überdies kann unter Beachtung von Art 20 Satz 2 eine Versendung durch den Unternehmer offenbar sogar dann vorliegen, wenn *der Verbraucher* den Beförderungsvertrag abgeschlossen, den Transporteur also regelmäßig auch mit der Abholung beim Unternehmer beauftragt hat: Die Rechtsfolgen des Satzes 1, die an den Tatbestand „Versendung durch den Unternehmer“ anknüpfen, kommen nach Satz 2 ja nur dann nicht zur Anwendung, wenn der Verbraucher den Beförderer ohne Wahrnehmung einer vom Unternehmer angebotenen Option beauftragt hat (dazu noch unter 4.).

⁵¹ Bis zum 31. 12. 2006 galt für den Handelsverkehr die mit dem Inkrafttreten des UGB ersatzlos aufgehobene Regelung des Art 8 Nr 20 der 4. EVHGB, wonach – in wörtlicher Übernahme des § 447 BGB – bei Geschäften zwischen Unternehmern die Gefahr bereits auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Ware an die Transportperson übergibt.

⁵² Statt vieler *Eccher* in KBB³ § 429 Rz 1.

⁵³ Siehe nur OGH HS 5345; SZ 62/138; *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 56 mwN.

⁵⁴ Beispiele: Art 67 CISG; § 447 BGB.

⁵⁵ Gelegentlich wird daher auch differenziert. So gilt etwa die Regelung des § 447 BGB (Gefahrübergang auf den Käufer mit Übergabe an die Transportperson) gem ausdrücklicher Anordnung in § 474 Abs 2 BGB nicht für den Verbrauchsgüterkauf. Vgl auch etwa IV. A. – 5.103 DCFR. Der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts unterscheidet ebenfalls und stellt den Verbraucher-Käufer in Art 142 Nr 4 besser.

Wohl kein Zweifel besteht aber daran, dass der österreichische Gesetzgeber den dispositivrechtlichen Grundsatz der *Holschuld* (§ 905 Abs 1 ABGB) beibehalten kann und dass die Vertragsparteien – ebenso wie bei der Leistungszeit – hinsichtlich des Ortes und der Art der Leistungserbringung grundsätzlich Beliebiges vereinbaren können. In diesem Zusammenhang wird im ErWG 55 ua ausgeführt, dass die Transportgefahr den Verbraucher trifft, wenn es dessen Sache ist, „die Waren selbst abzuholen oder einen Beförderer mit der Lieferung zu beauftragen“. Problematisch könnte allenfalls folgende Konstellation sein, die man aber vermutlich mit Umgehungsüberlegungen in den Griff bekommen dürfte: Im Kaufvertrag wurde – womöglich mittels AGB – zunächst Abholen durch den Käufer vereinbart. Dieser wohnt jedoch nicht in der Nähe des Verkäufers, weshalb er an diesen herantritt und ihn nach einem geeigneten Transporteur befragt. Daraufhin nennt der Unternehmer-Verkäufer einen oder mehrere ihm geeignet erscheinende Beförderungsunternehmer; einen davon beauftragt der Verbraucher-Käufer schließlich (und macht damit in gewisser Weise von einer vom Unternehmer angebotenen Option Gebrauch; zu dieser in Art 20 Satz 2 zwecks Differenzierung gebrauchten Formulierung noch unter 4.).

3. Wie sehen nun aber das zentrale Sachproblem und die Vorgaben der Richtlinie dazu aus? Wird die Kaufsache (Ware) in der Obhut des Beförderers beschädigt bzw zerstört oder gerät sie in Verlust, stellt sich die Frage, welche der beiden Kaufvertragsparteien intern mit diesem Risiko belastet sein soll.⁵⁶ Die Richtlinie entscheidet sich mit einer engen Ausnahme – nicht überraschend – für eine verbrauchergünstige Lösung: Das Risiko für Verlust oder Beschädigung, also die *Sachgefahr*, geht in aller Regel erst dann auf den Verbraucher-Käufer über, wenn er (oder ein von ihm benannter dritter Empfänger)⁵⁷ die Ware „in Besitz genommen“ hat. Somit trifft das gesamte Transportrisiko bis zur Ablieferung den Verkäufer-Unternehmer, wobei allerdings wieder darauf hinzuweisen ist, dass Art 20 nur an den Regelfall denkt, so dass insb bei Annahmeverzug die Gefahr dann übergeht, wenn die Sache dem Käufer vertragsgemäß – wenn auch vergeblich – zur Übernahme angeboten wird.

4. Die bereits angesprochene *Ausnahme*, bei der schon die Übergabe der Ware an den Beförderer die Gefahr auf den Käufer übergehen lässt, setzt voraus, dass der Beförderer *vom Verbraucher* mit der Beförderung *beauftragt* und „diese Option“ *nicht vom Unternehmer angeboten* wurde. Diese Wendung ist unklar und auslegungsbedürftig. Gemeint dürfte sein, dass der Verbraucher nur dann mit der Transportgefahr belastet sein soll, wenn er den Beförderer tatsächlich *selbst individuell ausgewählt* hat. Dafür reicht es aber nicht aus, dass der Verbraucher in dem vom Unternehmer vorbereiteten Vertragsformblatt eine von drei angebotenen Versandungsmöglichkeiten durch Ankreuzen wählt und sich daraufhin der Unternehmer um den konkreten Transport – auf wessen Kosten auch immer – kümmert. Vielmehr soll dann, wenn der Beförderer faktisch vom Unternehmer

⁵⁶ Die *Schadenersatzhaftung des Beförderers*, kurz erwähnt in Satz 2 leg cit, steht auf einem anderen Blatt und wird hier daher nicht behandelt.

⁵⁷ Sicherheitshalber wird in Art 20 noch ausdrücklich betont, dass der Beförderer selbst nicht ein solcher Dritter sein kann.

ausgesucht wird,⁵⁸ auch dieser das Transportrisiko tragen. Gibt der Unternehmer hingegen zB auf Nachfrage des Verbrauchers bloß Möglichkeiten bekannt wie etwa, dass für die konkrete Ware am ehesten ein Paketdienst oder eine Beförderung durch Klein-LKW in Betracht kommt, und beauftragt der Verbraucher daraufhin einen konkreten Beförderer seiner Wahl zum Transport mittels Klein-LKW, so wird das Transportrisiko den Verbraucher treffen;⁵⁹ anders wohl dann, wenn der Unternehmer einen ganz bestimmten Klein-LKW-Transporteur genannt hat.⁶⁰ Allein die Option „Klein-LKW“ genügt also nicht immer, um den Unternehmer mit der Gefahr zu belasten.

5. Art 20 greift jedenfalls ein, wenn die Versendung der Ware aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung der Kaufvertragsparteien erfolgt. Die Rechtsfolgen passen aber auch bei der – wohl eher seltenen – *Versendung ohne eine solche Abrede*.⁶¹ Die Gefahr trägt bis zur Ablieferung beim Käufer der Verkäufer; zugleich ist in dieser Konstellation kein Platz für die eben behandelte Ausnahme.

6. Die letzte hier behandelte offene Frage betrifft das Verständnis des Begriffs „Beförderer“. An sich ist das jemand, der die Ware tatsächlich transportiert. Nun kann es im Einzelfall aber auch als zweckmäßig angesehen werden, die Ware zunächst einem Spediteur oder einem Lagerhalter zu übergeben, von dem aus der eigentliche Transport startet. ME geht es darum, die Sphäre der Parteien von der neutralen Drittsphäre abzugrenzen, weshalb jeder, der als außen stehender Dritter in den Versendungsvorgang eingeschaltet wird, als Beförderer anzusehen bzw im Analogiewege wie ein solcher zu behandeln ist.⁶² Große praktische Bedeutung hat diese „Erweiterung“ für Art 20 aber wohl nicht, weil es nicht allzu wahrscheinlich ist, dass ein Verbraucher für die von ihm bestellte Ware einen Spediteur oder gar einen Lagerhalter einsetzt.

⁵⁸ Vgl ErWG 55, wo davon die Rede ist, dass der Verbraucher während eines vom Unternehmer *organisierten oder durchgeführten* Transports geschützt sein soll.

⁵⁹ In einem solchen Fall sollte es dem Unternehmer daher auch nicht schaden, wenn er den Beförderer aufgrund einer entsprechenden Vollmacht im Namen des Verbrauchers beauftragt.

⁶⁰ Aufgrund der Formulierung „Option ... angeboten“ in Art 20 wäre hier allerdings auch die Position gut begründet, dass damit bloß aktives Anbieten vor Vertragsschluss gemeint ist und Vorschläge auf Anfrage des Verbrauchers nach Vertragsschluss generell nicht erfasst sind. ME erscheint es jedoch konsequenter, in allen Fällen auf die Nennung des konkreten – und schließlich betrauten – Beförderers durch den Unternehmer abzustellen. In der hier genannten Sachverhaltsvariante wird der Unternehmer ja typischerweise nur jemanden nennen, mit dem er üblicherweise zusammenarbeitet, was nach der Intention des Art 20 zur Zuweisung des Beförderungsrisikos zu seiner Sphäre ausreichen sollte.

⁶¹ Nach geltendem österreichischem Recht liegt mangels anderer Vereinbarung eine *Holschuld* vor (vgl § 905 Abs 1 ABGB).

⁶² Zum vergleichbaren Problem bei Art 67 CISG, der ebenfalls nur von „Beförderer“ spricht“, siehe etwa P. Huber in MünchKomm⁵ III Art 67 CISG Rz 5 ff mwN der Diskussion. Demgegenüber deutlich klarer § 447 BGB, der neben dem Frachtführer ausdrücklich auch den Spediteur und jede sonstige zur Ausführung der Versendung bestimmte Person (oder Anstalt) erwähnt.

IV. Besondere Entgelte (Art 19, 21, 22)

A. Anwendungsbereich

Gem Art 17 Abs 2 finden die Art 19, 21 und 22 auf Kauf- und Dienstleistungsverträge Anwendung; ferner auf Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Wärme, Fernwärme oder digitalen Inhalten. Die erwähnten Normen betreffen jeweils nur „Zusatzzahlungen“ bzw. *besondere Entgelte*. Regelungen für die *vertragliche Hauptpflicht des Verbrauchers*, nämlich für seine Pflicht zur Erbringung der – meist in Geld bestehenden – Hauptleistung, enthält die Richtlinie erstaunlicherweise überhaupt nicht! Vielmehr bleiben alle damit zusammenhängenden – praktisch alles andere als unwichtigen – Fragen (wie etwa die Folgen des Zahlungsverzugs oder die Verknüpfung der Leistungspflichten) sorgfältig ausgespart.

B. Entgelte für die Verwendung bestimmter Zahlungsmittel (Art 19)

1. Gem Art 19 haben die Mitgliedstaaten Unternehmern zu verbieten, für die Nutzung von Zahlungsmitteln Entgelte zu verlangen, die über ihre eigenen daraus entstehenden Kosten hinausgehen. Der Unternehmer darf seinen Gewinn also *ausschließlich* über den Preis der Hauptleistung machen und nicht auch noch an den Zahlungsmodalitäten verdienen; Modalitäten, die womöglich nicht besonders offenkundig sind.⁶³ Das damit zugleich ausgesprochene Verbot der Pauschalierung bringt allerdings zumindest praktische Probleme mit sich. So stellt sich bereits die Frage, was der Unternehmer in seine *Kostenkalkulation* aufnehmen darf. Überdies ist die *Beweislastfrage* zu entscheiden, wenn der Unternehmer erklärt, das Verlangte entspreche präzise seinen tatsächlichen Kosten.

2. Vorher fanden sich vergleichbare europäische Regelungen bloß in Art 52 Abs 3 der Zahlungsdienste-RL (2007/64/EG), woran die VR-RL ausweislich ihres ErwG 54 ausdrücklich anknüpft. Während es die Zahlungsdienste-Richtlinie (in Satz 2 leg cit) den Mitgliedstaaten aber noch freistellte, das Recht auf Erhebung solcher Entgelten für die Nutzung bestimmter Zahlungsinstrumente zu begrenzen oder zu untersagen (Art 52 Abs 3 letzter Satz Zahlungsdienste-Richtlinie), wird nunmehr in Art 19 der VR-RL zwingend festgeschrieben, dass dem Unternehmer das Verlangen – und damit wohl auch schon das Vereinbaren – von über die tatsächlichen Kosten hinausgehenden Entgelten für bestimmte Zahlungsmittel zu verbieten ist (ErwG 54 VR-RL).

Der österreichische Gesetzgeber hat die bisherigen Richtlinienvorgaben⁶⁴ durch § 27 Abs 6 ZaDiG umgesetzt. Dort ist vorgesehen, dass es der Zahlungsdienstleister (insb ein Kreditkartenunternehmen) dem Zahlungsempfänger nicht verwehren darf, für die Nutzung eines bestimmten Instruments (zB Barzahlung

⁶³ Von einem „versteckten Zusatzentgelt“ spricht etwa *Wendehorst*, FS Griss 733.

⁶⁴ Art 52 Abs 3 Satz 1 Zahlungsdienste-Richtlinie lautet: „Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder eine Ermäßigung anzubieten.“

oder Zahlung mittels „Bankomatkarte“)⁶⁵ eine *Ermäßigung* anzubieten (Satz 1). Zugleich hat der österreichische Gesetzgeber von der in der Zahlungsdienste-Richtlinie vorgesehenen Befugnis Gebrauch gemacht, dem Zahlungsempfänger die Erhebung von Zusatzentgelten bei Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes zu *verbieten* (Satz 2). Gedacht war dabei wohl nicht zuletzt an Vereinbarungen, nach denen für eine Zahlung mit Zahlschein (Überweisung) ein bei Zahlung mittels Einzugsermächtigung nicht anfallendes Sonderentgelt verrechnet wird.⁶⁶

Als zwar punktuelle, praktisch jedoch bedeutsame Regelung des Problems sei zusätzlich auf § 41b *VersVG* hingewiesen, der schon seit dem Jahr 1995 normiert, dass der Versicherer neben der Prämie nur solche „Gebühren“ verlangen darf, die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasste Mehraufwendungen des Versicherers abdecken; andere „Nebengebühren“ können im Bereich der Versicherungsverträge nicht wirksam vereinbart werden.

3. Wenn als Beispiel für den Anwendungsbereich des Art 19 die *Kreditkarte* genannt wird,⁶⁷ so passt gerade diese mE weniger gut in das Konzept dieser Norm: Das komplexe mehrpersonale Kreditkartenverhältnis⁶⁸ ist ua dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer-Verkäufer gewisse Prozentsätze seines Umsatzes dem Kreditkartenunternehmen als Entgelt für die Beteiligung am System der Kartenzahlung abführen muss. Somit hat der Unternehmer bei jeder Kartenzahlung entsprechende Kosten, die ihn bei Barzahlung des Verbrauchers nicht getroffen hätten. Selbstverständlich ist nicht vorgesehen, dass diese Kosten auf den Verbraucher überwält werden. Das ergibt sich aber aus den dem Kreditkartensystem zugrunde liegenden Verträgen und gerade nicht aus Art 19 der VR-RL. Ein besseres Beispiel wäre daher wohl etwa die immer wieder verlangte „Zahlscheingebühr“, jedenfalls soweit sie über die tatsächlichen Kosten des Unternehmers für den Einsatz dieses „Zahlungsmittels“ hinausgeht. ME sollte man dabei aber auch beachten, welche Zahlungsalternativen dem Verbraucher angeboten wurden.⁶⁹

4. Was nun die *Auslegung von Art 19* anbelangt, so fragt sich nicht zuletzt unter dem Aspekt der beabsichtigten Vollharmonisierung, ob die Norm von den Mitgliedstaaten tatsächlich nur ein Verbot der Vereinbarung kostenübersteigen-

⁶⁵ Vgl dazu *Harrich*, Zivilrechtliche Aspekte des Zahlungsdienstgesetzes (2011) 115.

⁶⁶ Dazu siehe etwa *B. Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstgesetz – Ein Überblick, ÖBA 2009, 879. Zur Rechtfertigung solcher Zusatzentgelte – Abgeltung des Mehraufwands – zB *Schopper/Fichtinger*, Das Zahlungsdienstgesetz – Neue Regeln für den Zahlungsverkehr, JAP 2009/2010, 179. Zur Frage, ob die Mitgliedstaaten solche Zusatzentgelte nach der Zahlungsdienste-Richtlinie verbieten dürfen, und um zu klären, wie § 27 Abs 6 ZaDiG richtlinienkonform zu interpretieren ist – insb: Ist der Zahlschein als [eigenständiges] Zahlungsinstrument iS der Richtlinie zu verstehen oder doch nur die Banküberweisung als Ganzes? –, hat der OGH im November 2011 zu 10 Ob 31/11y (ÖBA 2012/1777, 115 = wbl 2012/37, 105) ein Vorabentscheidungsverfahren angestrengt.

⁶⁷ So etwa von *Wendehorst*, FS Griss 733.

⁶⁸ Näher dazu etwa *Vogel*, Mißbrauch von Kreditkarten (2000) 5 ff.

⁶⁹ Bis in die jüngste Vergangenheit war das häufig bloß die „Einziehungsermächtigung“, nicht aber etwa die ebenfalls papierfreie Bezahlung per Internet-Banking. (Zu Fragen rund um die „Zahlscheingebühr“ plane ich für 2013 einen gesonderten Beitrag.)

der Entgelte verlangt und ansonsten volle Regelungsfreiheit gewährt. Wenn ja, dürfte § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG mit seinem gänzlichen Ausschluss von Zusatzentgelten für bestimmte Zahlungsinstrumente aufrecht bleiben. Art 19 könnte aber auch – quasi im Umkehrschluss – in dem Sinn verstanden werden, dass die Vereinbarung und Verrechnung von Entgelten in Höhe der *tatsächlichen* Zusatzkosten den Unternehmern immer *gestattet sein muss*. Dafür spricht mE einiges. Maßstab für die Frage, ob und in welcher Höhe Zusatzkosten berücksichtigt werden dürfen, müsste dann aber wohl die übliche (zB Banküberweisung) und nicht die vom Unternehmer primär gewünschte – weil aus seiner Sicht ideale – Zahlungsart wie insb die Einzugsermächtigung sein.

C. Entgelte für telefonische Kommunikation (Art 21)

1. Mit Art 21 verstärkt die VR-RL den Kampf gegen die zu Unrecht so genannten *Mehrwertnummern* auf der Ebene des Vertragsrechts. Schon bisher ist ja etwa vorgeschrieben, dass bei Nummern mit besonderen Tarifen diese Tarife den (möglichen) Teilnehmern bekannt zu geben sind und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten dazu ermächtigt sind, bei Missbrauch oder Betrug die Dienste zu sperren und die dafür bezahlten Entgelte einzubehalten.⁷⁰

2. Die Vorgabe des Art 19, dass der Verbraucher nicht verpflichtet werden kann, für eine telefonische Kontaktaufnahme *mehr als den Grundtarif* zu bezahlen, steht unter zwei kumulativen Voraussetzungen: Zum ersten muss bereits ein Vertrag bestehen; und zum zweiten muss der Unternehmer „diese Telefonleitung eingerichtet“ haben, damit der Verbraucher mit ihm im Zusammenhang mit diesem Vertrag in Kontakt treten kann.⁷¹

3. Die VR-RL zielt allerdings ausschließlich auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmer als Verkäufer oder Dienstleister iS des Art 17 Abs 2 und dem Verbraucher ab. Daher wird im zweiten Teil von Art 21 ausgeführt, dass die eben erwähnte Regel (des Unterabs 1)⁷² das Recht von Telekommunikationsanbietern unberührt lässt, „Entgelte für solche Anrufe zu berechnen“, womit offenbar – was man auch hätte sagen können – gemeint ist, dass der anrufende *Verbraucher* zunächst auch diese *höheren* Entgelte an seinen Telekommunikationsvertragspartner zu bezahlen hat (der sie an den Unternehmer-Verkäufer bzw -Dienstleister weiter leitet) und darauf verwiesen ist, die über dem Grundtarif liegenden Kosten aktiv vom Unternehmer zu fordern.

⁷⁰ Vgl Art 21 Abs 3 lit a und Art 28 der Universaldienste-RL (2002/22/EG idF 2009/136/EG). Siehe ferner die nationalen Umsetzungen in den §§ 24 und 24a TKG 2003; die genauen Modalitäten von „Mehrwertdiensten“ regelt die Mehrwertdienste-Verordnung (BGBl II 2009/212 idF BGBl II 2010/333).

⁷¹ Auf einem ganz anderen Blatt steht selbstverständlich, ob und inwieweit der Unternehmer dem Verbraucher unentgeltlich Auskünfte erteilen und Hilfe in Hinblick auf die veräußerte Ware gewähren muss; etwa was Funktion und Montage anbelangt.

⁷² Warum eigentlich Unterabsatz und nicht Absatz?

D. Zusätzliche Zahlungen (Art 22)

1. Abschließend sei auf die *Generalklausel* des Art 22 eingegangen, wonach dem Unternehmer nur dann Ansprüche auf „*Extrazahlungen*“ zustehen, wenn er vom Verbraucher die *ausdrückliche Zustimmung* zu einer solchen Zahlung eingeholt hat, *bevor* dieser an den Vertrag oder an sein Angebot gebunden ist (Satz 1). Der Umkehrschluss, dass *nach* Vertragsschluss ausdrücklich getroffene Abreden über Zusatzzahlungen generell unwirksam sind, darf aber wohl nicht gezogen werden; schon deshalb nicht, weil bzw wenn sich der Verbraucher nunmehr in keinerlei Drucksituation befindet und er solche Wünsche (nach Vertragsänderung) ja ohne weiteres ablehnen kann. Der Zweck der einschränkenden Formulierung ist somit nicht wirklich klar. Möglicherweise war an Zusatzzahlungen für Zusatzleistungen⁷³ (neben der Hauptleistung) gedacht, ohne die ein Verbraucher üblicherweise nicht auskommt; so etwa ein Datenpaket beim Kauf eines Smartphones, ohne dass gewisse Funktionen des Smartphones wie mobiles Surfen oder etwa ein E-Mail-Push-Dienst nicht oder nicht günstig genutzt werden können. Auch diese Kosten soll der Verbraucher kennen, bevor er sich vertraglich bindet. Die Konsequenzen fehlender (ausdrücklicher) Vorwegvereinbarung bleiben allerdings offen: Sollte der Verbraucher in solchen Fällen Anspruch auf die *unentgeltliche* Zurverfügungstellung der gewünschten Zusatzleistungen haben, obwohl er mit Gratisleistungen niemals rechnen durfte; oder wie sonst als durch Vereinbarung sollte das Entgelt für eine vom Verbraucher nachträglich gewünschte Zusatzleistung bestimmt werden?

2. Wie Satz 2 leg cit zeigt, scheint die Voraussetzung „*ausdrücklich*“ besonders ernst gemeint zu sein. Ausdrücklich nicht als „ausdrücklich“ akzeptiert sind nämlich vom Unternehmer installierte „*Voreinstellungen*“, die vom Verbraucher vor Abgabe seiner – elektronischen – Vertragserklärung abgelehnt werden müssten. Beispiel: Bei Buchung eines Fluges per Internet wird dem Verbraucher zugleich ein Mietwagen am Zielflughafen bis zum Rückflugtermin angeboten. Schließt man dieses Angebot nun nicht durch eine zusätzliche Aktivität („Wegklicken“ als „Opting Out“) aus und bringt man die Buchung der Flugreise zum Abschluss, hat man mittels dieses elektronischen Formulars auch den Mietwagen mitgebucht. Wer einen Wagen vor Ort für nützlich hält, sollte in Zukunft eine solche voreingestellte Option – die sich dann aber vermutlich leider nirgends mehr wird finden lassen – unbedingt wahrnehmen, sieht doch Art 22 in seinem zweiten Satz vor, dass der Verbraucher dann „Anspruch auf Erstattung dieser Zahlung“ hat. Auch wenn die Verfasser dieser Richtlinienvorgabe wieder einmal nicht imstande waren, das normativ vermutlich Gemeinte einigermaßen klar auszudrücken, ist damit wohl Folgendes gemeint: Zum einen erwirbt der Unternehmer – mangels ausdrücklicher Vereinbarung – *keinen Anspruch* auf die Zu-

⁷³ Nur darum (und nicht um eine Zusatzzahlung für die Hauptleistung) kann es gehen, da in Art 22 Satz 1 bloß von einem Entgelt die Rede ist, das „über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Unternehmers hinausgeht“. Dennoch spricht die Richtlinie wieder einmal nur von der einen Seite des Leistungsaustauschs (hier dem Entgelt) und erwähnt die andere nicht einmal!

satzzahlung.⁷⁴ Zum anderen dürften dem Verbraucher die *Rechte* aus der mittels Voreinstellungen geschlossenen Zusatzvereinbarung aber zustehen.⁷⁵ Bei anderer Sicht – gar keine wirksame Einigung hinsichtlich des Zusatzes – wäre jenen Verbrauchern, die die Zusatzleistung tatsächlich haben wollten, ihren Willen aber nicht anders als durch Stehenlassen des Voreingestellten artikulieren konnten, ja in keiner Weise geholfen!

Obwohl die Rechtsfolge „Anspruch auf Erstattung“ nur in Satz 2 leg cit steht, der bloß die „Voreinstellungen“ betrifft, muss selbstverständlich Gleiches auch dann gelten, wenn es aus anderen Gründen an einer ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers zu einer Extrazahlung fehlt; also im Anwendungsbereich der allgemeineren Regel des Satzes 1 leg cit. Satz 2 scheint ja bloß klarstellen zu wollen, dass Willenserklärungen, die in Bezug auf Zusatzentgelte (und Zusatzleistungen?) mit Hilfe von Voreinstellungen des Unternehmers abgegeben werden, nicht als ausdrückliche Zustimmungen des Verbrauchers iS des Art 22 anzusehen sind. Auch sachlich gibt es somit keinerlei Grund, hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen Satz 2 und Satz 1 zu differenzieren.

3. Mögliche „Zusatzentgelte“, allerdings nur bestimmte, offenbar besonders hauptleistungsnahe, lösen bereits *Informationspflichten* des Unternehmers aus. Dabei geht es einerseits um Steuern und Abgaben (wohl als Bestandteil des Gesamtpreises) sowie um „Fracht-, Liefer- oder Versandkosten und alle sonstigen Kosten“ (Art 6 Abs 1 lit e), andererseits um Rücksendekosten nach Verbraucherrücksendung (lit i leg cit). Für die Verletzung dieser Pflichten sieht bereits Abs 6 leg cit ausdrücklich als Rechtsfolge vor, dass der Verbraucher diese („zusätzlichen und sonstigen“)⁷⁶ *Kosten* „nicht zu tragen“ hat; also offenbar auch dann nicht, wenn sich die Kostentragung an sich bereits aus dem Gesetz ergäbe oder wenn sie nachträglich vertraglich verankert wird. Das Verhältnis dieser Vorschrift zur „Generalklausel“ des Art 22 kann hier nicht im Detail geklärt werden. Auf den ersten Blick scheint Art 6 Zahlungspflichten zu behandeln, die den Verbraucher *allein aufgrund des Kaufvertrags* bzw des Dienstleistungsvertrags treffen sollen, während es bei Art 22 – wie die Voreinstellungsbeispiele zeigen – wohl doch bloß um *Zusatzentgelte für gesonderte Zusatzleistungen* geht.⁷⁷

4. Die verunglückte Vorschrift des Art 22 ist ein weiteres Beispiel dafür, wie unselig es ist, bei der Schaffung von Normen nur immer eine Hälfte des Regelungsbereichs – hier: mögliche Zahlungsansprüche des Unternehmers – im Auge

⁷⁴ Die Wendung „Anspruch auf Erstattung“ ist möglicherweise damit zu erklären, dass dem Verbraucher im Regelfall – auch wegen der im Internet häufig sofort erfolgenden Kreditkartenabbuchung – das Problem erst bewusst wird, nachdem er bereits bezahlt hat. Das ändert aber nichts daran, dass es von vornherein keinen Anspruch des Unternehmers auf diese Zusatzzahlung gab. Die Frage des Beginns der Verzinsung des zu Unrecht abgebuchten Betrages wurde übrigens auch in diesem Zusammenhang keiner Klärung zugeführt.

⁷⁵ Für diese Auslegung vermutlich auch – wenngleich nicht deutlich – *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2012, 57.

⁷⁶ Eine weitere besonders missglückte Formulierung, zumindest in der deutschen Sprachfassung. In der englischen Fassung wird von „charges or costs“ gesprochen. Damit sollten also offenbar (Post-)Gebühren und sonstige Kosten erfasst werden.

⁷⁷ Zu den auf Zahlungspflichten des Verbrauchers bezogenen Informationspflichten gem Art 6 kurz *Schwarzenegger*, in diesem Band S 32.

zu haben.⁷⁸ Zugleich ist aber auch die Sachgerechtigkeit solcher rein präventiv gedachter Regelungen zu bezweifeln, die wohl primär – und vermutlich sehr erfolgreich – darauf abzielen, Voreinstellungen mit Zusatzangeboten in der Spielart „Opting Out“ aus dem elektronischen Handel zu verbannen. Zum einen ist es problematisch, dieses Ziel durch ein passendes Hinbiegen des im Vertragsrecht nicht gerade unwichtigen Begriffs der *ausdrücklichen Erklärung* erreichen zu wollen. Zum anderen können zivilrechtliche Sanktionen, die darin bestehen, zweiseitig verpflichtende Verträge zu unentgeltlichen zu machen, schon von ihrem Ansatz her nicht überzeugen.

V. Resümee

Für den von mir behandelten Bereich fällt das Resümee wenig rosig aus. So sind manche Richtlinienvorgaben nahezu selbstverständlich und daher unnötig, während stattdessen tatsächlich Regelungsbedürftiges offen gelassen wurde (so insb in Art 27). Gelegentlich fehlen sogar ganz zentrale Aspekte zur Gänze; etwa die *Pflichten* des Verbraucher-Käufers sowie die Folgen ihrer Verletzung und die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

Immer wieder findet man Unklarheiten bei der Auslegung, die sich dadurch verstärken, dass die VR-RL dem Grundsatz der Vollharmonisierung folgt, so dass jede Abweichung des nationalen Rechts von den Richtlinien-Vorgaben – also auch eine zu Gunsten des Verbrauchers! – europarechtswidrig ist. Zu den damit für lange Jahre offen bleibenden Auslegungsfragen⁷⁹ treten viele Regelungslücken im Detail. Erinnerung sei bloß an jene Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Rücktritt des Verbrauchers stellen.

Die beabsichtigte Gleichschaltung der nationalen Rechte gelingt dort nicht, wo Öffnungsklauseln bestehen (so in Art 18 Abs 4 zu den Verzugsfolgen).⁸⁰

Das *Fazit* für die von mir näher in Augenschein genommenen Teile der VR-RL könnte daher lauten: Zwar wurde in diese Bestimmungen nicht nur Altes neu verpackt; vielmehr findet sich gerade in diesen Teilen bisher Ungeregeltes. Sowohl in ihrer Gesamtheit als auch einzeln betrachtet stellen die getroffenen Regelungen jedoch sicherlich keinen echten Fortschritt in der europäischen Rechtsentwicklung dar.

⁷⁸ Voreinstellungen, in denen es nur darum geht, dem Unternehmer *ohne Zusatzleistung* eine Extrazahlung zukommen zu lassen, werden ja wohl kaum in großer Zahl vorkommen.

⁷⁹ Auch wenn die Rechtswissenschaft nachdenken und Vorschläge machen kann und soll, wird (vgl nur *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 898) die Rechtspraxis erst zufrieden sein, wenn konkrete Fragen durch eine – dann hoffentlich zumindest weitgehend überzeugende – Entscheidung des EuGH geklärt sein werden.

⁸⁰ Das kann man allerdings je nach Zugang und Temperament bedauern oder erfreut zur Kenntnis nehmen.