

Johannes Stabentheiner

Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung

Übersicht:

- I. Ausgangslage und frühere Anläufe
 - A. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aus dem Jahr 1999
 - B. Die zwei gescheiterten Versuche zur Vollharmonisierung des europäischen Gewährleistungsrechts
- II. Der dritte Versuch und die eigentliche Triebfeder des Geschehens
 - A. Fortsetzung der Bemühungen nun mit digitalem Spin
 - B. Durchwachsene Stimmungslage und der Fitness-Check
 - C. Unbeirrtes Voranschreiten und die Gründe dafür
- III. Die anfänglichen Verhandlungen zu den beiden Richtlinievorschlägen
 - A. Verhandlungen im Rat: Generaldebatte und Beratungen zur Digitale-Inhalte-Richtlinie
 - B. Allgemeine Ausrichtung zur Digitale-Inhalte-Richtlinie
 - C. Ausdehnung des Warenhandelsvorschlags auf alle Vertriebsarten
 - D. Die Verhandlungen im Europäischen Parlament
- IV. Die schwierige Ausgangssituation für die österreichische Ratspräsidentschaft
 - A. Beginn der legislativen Arbeiten zum Warenkauf bereits im Vorfeld der Präsidentschaft
 - B. Rechtspolitischer Rollenwechsel
 - C. Ein überarbeitungsbedürftiger Kommissionsvorschlag
 - D. Phasenverschiebung und Zeitdruck
 - E. Vertrauensbildung
- V. Die inhaltlichen Orientierungslien für die Arbeit der österreichischen Ratspräsidentschaft zum Warenkauf
 - A. Sachgerechte und praktikable Lösungen
 - B. Inhaltliche Positionen der Mitgliedstaaten
 - C. Back to the basics
 - D. Kohärenz mit der Allgemeinen Ausrichtung zur Digitale-Inhalte-Richtlinie
 - E. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie als bewährte Referenz
 - F. Regelungswünsche des Europäischen Parlaments
- VI. Das Verhandlungsgeschehen während der österreichischen Ratspräsidentschaft
 - A. Die Fortschritte bei der Digitale-Inhalte-Richtlinie
 - B. Das Ringen um eine Allgemeine Ausrichtung zum Warenkauf
- VII. Die inhaltlichen Veränderungen des Warenhandels-Vorschlags während der österreichischen Präsidentschaft
 - A. Back to the basics – die Beschränkung auf gewährleistungsrechtliche Kernpunkte
 - B. Reaktionen des Richtliniengabers auf die gewährleistungsrechtliche EuGH-Judikatur

- C. Die Abgrenzung zwischen den beiden Richtlinien und der neue Begriff der „Waren mit digitalen Elementen“
 - D. Die Aufnahme einer Update-Verpflichtung in die Richtlinie
 - E. Sonstige Änderungen
- VIII. Die weiteren Geschehnisse nach dem Justizministerrat vom 7. Dezember 2018
- A. Trilogverhandlungen am 12. Dezember 2018
 - B. Der Abschluss der Verhandlungen unter rumänischem Vorsitz
 - C. Das Finale

I. Ausgangslage und frühere Anläufe

A. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aus dem Jahr 1999

Die beiden Richtlinien, mit denen wir uns in diesem Tagungsband näher befassen, sind – in der Terminologie deutschsprachiger Dogmatik – grosso modo dem Rechtsbereich der *Gewährleistung* zuzuordnen.¹⁾ Dazu gab und gibt es ja bereits ein unionsrechtliches Instrument, nämlich die VGKRL,²⁾ die sich freilich – genauso wie unsere beiden Richtlinien – nur auf das vertragliche Verhältnis zwischen einem Unternehmer (als Verkäufer und Gewährleistungspflichtigen) und einem Verbraucher (als Käufer und Gewährleistungsberechtigten) bezieht. In Österreich wurde diese Richtlinie bekanntermaßen mit dem am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz³⁾ umgesetzt, und zwar primär durch entsprechende Neuerungen im ABGB mit einigen Sonderregelungen im KSchG.

Das europäische Verbraucherschutzrecht dieser Zeit und damit auch die VGKRL hatten sich noch auf eine bloße Mindestharmonisierung beschränkt, also nur bestimmte Mindeststandards an Verbraucherschutz vorgegeben, über die die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht auch hinausgehen konnten. Einige Jahre nach dem Jahrtausendwechsel begann die Europäische Kommission (EK) jedoch, die zweite Generation der zivilrechtlichen Verbraucherschutzrichtlinien auf den Weg zu bringen, die allesamt vom *Prinzip der Vollharmonisierung* geprägt sind, das den Mitgliedstaaten auch keinen Regelungsspielraum in Richtung eines höheren Verbraucherschutzniveaus mehr belässt. Nur exemplarisch für diese zweite Richtlinienstaffel seien die Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG,⁴⁾ die Wohnimmobilienkredit-

¹⁾ Zu diesen beiden Richtlinien wurden schon sehr bald nach ihrer Verabschiedung erste literarische Aufarbeiten vorgelegt, etwa *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115; C. Kern/T. Maier, Die neue Warenkauf-Richtlinie, Zak 2019, 204; C. Kern/T. Maier, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, Zak 2019, 208; aus der deutschen Literatur etwa auch Bach, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705; Metzger, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Neuer BGB-Vertrags- typus oder punktuelle Reform? JZ 2019, 577.

²⁾ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 1999/171, 12.

³⁾ BGBI I 2001/48.

⁴⁾ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABI L 2008/133, 66. Die in diesem Kontext an sich ebenfalls zu nennende Wohnimmobilien-

Richtlinie 2014/17/EU,⁵⁾ die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU⁶⁾ und die Pauschalreise-Richtlinie (EU) 2015/2302⁷⁾ genannt.

B. Die zwei gescheiterten Versuche zur Vollharmonisierung des europäischen Gewährleistungsrechts

Die Vorgeschichte unserer beiden Richtlinien reicht bis in das Jahr 2008 zurück. Denn im Oktober 2008 legte die EK ihren Vorschlag für eine vollharmonisierende *Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*⁸⁾ vor; und in Kapitel IV dieses Vorschlags waren Bestimmungen zur Gewährleistung sowie andere vertragsrechtliche Regelungen enthalten, die die VGKRL ersetzen hätten sollen. Dies war also der erste Versuch zur umfassenden Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts unter dem Leitgedanken der Vollharmonisierung. Allerdings trafen besonders diese Teile des Entwurfs im Rat auf Ablehnung durch etliche Mitgliedstaaten, weshalb die gewährleistungsrechtlichen Teile unter belgischem Vorsitz aus dem Vorschlag ausgeschieden wurden, um so letztlich den Weg zur Verabschiedung einer auch insofern abgespeckten Verbraucherrechte-Richtlinie⁹⁾ freizumachen.¹⁰⁾

Von diesem Rückschlag ließ sich die EK jedoch nicht beirren und unternahm einen weiteren Anlauf zur Schaffung eines einheitlichen, vollharmonisierten Verbrauchervertragsrechts, mit dem auch ein neues europäisches Gewährleistungsregime etabliert werden sollte. Gemeint ist der Vorschlag für ein „*Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*“, den die EK im Oktober 2011 vorlegte.¹¹⁾ Doch auch dieser Vorschlag,

kredit-Richtlinie 2014/17/EU – s FN 5 – gibt allerdings noch weitgehend eine bloße Mindestharmonisierung vor (vgl. ihren Art 2).

⁵⁾ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl L 2014/60, 34; s hier zum Harmonisierungsgrad FN 4.

⁶⁾ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2011/304, 64.

⁷⁾ Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl L 2015/326, 1.

⁸⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

⁹⁾ Siehe FN 6. Im Weiteren wird diese RL mit VRRL abgekürzt.

¹⁰⁾ Vgl. dazu *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011, 1045 (1046).

¹¹⁾ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg; Kapitel 10 Abschnitt 3 und Kapitel 11. Siehe aus der sehr umfanglichen Literatur zum GEKR etwa die beiden Sammelbände *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012) und *Schmidt-Kessel* (Hrsg), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (2012) sowie *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 269; aus dem österreichischen Schrifttum dazu *Stabentheiner*, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteris-

der auf umfassenden wissenschaftlichen Vorarbeiten beruhte, rief sowohl bei wichtigen europäischen Interessenvereinigungen als auch bei zahlreichen Mitgliedstaaten neuerlich beträchtlichen Widerstand hervor. Nach mehrjährigen, umfänglichen Beratungen richteten schließlich im November 2014 die Justizminister von sechs Mitgliedstaaten¹²⁾ ein gemeinsames Schreiben an die Justizkommissarin Jourová, mit dem sie dieses Regelungsprojekt aus eingehend dargelegten Gründen dezidiert ablehnten und darum ersuchten, von diesem Vorhaben Abstand zu nehmen. Tatsächlich zog die EK als Reaktion darauf den Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht im Jänner 2015 zurück.¹³⁾

II. Der dritte Versuch und die eigentliche Triebfeder des Geschehens

A. Fortsetzung der Bemühungen nun mit digitalem Spin

Doch auch dieser Fehlschlag war für die EK nicht etwa Anlass dazu, die Flinte ins Korn zu werfen. Im Gegenteil orteten die Kommissionseinheiten, die schon zuvor die europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung propagiert und angestrebt hatten, nun im großen *Programm* der Juncker-Administration für einen digitalen Binnenmarkt die geeignete Plattform, um ihr Herzensprojekt ungeachtet der vergangenen Misserfolge endlich auf Schiene zu bringen. Man musste dazu nur die besonderen Regelungsbedürfnisse des elektronischen Marktgeschehens sowie bei digitalen Produkten ansprechen und die digitalen Komponenten der lancierten Regelungsvorschläge herausstellen, um den dritten Anlauf zur Vertragsrechtsharmonisierung als essentielles Element der neuen Binnenmarktstrategie argumentieren zu können. Zu diesem Zweck arbeitete die EK zwei Vorschläge für verbraucherschutzrechtliche Instrumente mit einem Bezug zum digitalen Kosmos aus, wobei dieser Bezug zum Teil den Vertragsgegenstand, zum Teil die Vertriebsform betraf. Es handelte sich dabei um die Entwürfe für eine *Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte*¹⁴⁾ und für eine *Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren*.¹⁵⁾ Diese zwei Vorschläge wurden Anfang Dezember 2015 veröffentlicht. In der

tika und rechtspolitische Aspekte, wbl 2012, 61; Grüblinger, Ein gemeinsames Kaufrecht für Europa – Weichenstellung für die Europäische Zivilrechtsentwicklung? Zak 2012, 343; Stabentheiner, Konzeptionelle Probleme des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, RdW 2013, 13.

¹²⁾ Nämlich von Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Finnland, den Niederlanden und – last but not least – auch von Österreich.

¹³⁾ Vgl zu diesem Geschehen Cap/Stabentheiner, Neues aus Europa zum Vertragsrecht: Die verbrauchervertragsrechtlichen Vorschläge im Rahmen der digitalen Binnenmarktstrategie, wbl 2016, 177, 237 (178).

¹⁴⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final.

¹⁵⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final. Der Anwendungsbereich dieser Richtlinie hätte also nach dem ursprünglichen Vorschlag nur den Fernabsatz von Waren, nicht aber etwa das so genannte „Platzgeschäft“ und daher im Besonderen nicht den Kauf im Geschäftslokal des Unternehmers umfasst.

Begründung zu den Entwürfen wurde unter anderem ausgeführt, dass man damit das Wachstum des digitalen Binnenmarkts zum Nutzen der Verbraucher und der Unternehmer vorantreiben wolle. Es werde damit zum einen eine für beide Seiten nachteilige Rechtslücke geschlossen, weil die vertraglichen Rechte der Konsumenten bei mangelhaften digitalen Inhalten noch nicht auf unionsrechtlicher Ebene harmonisiert seien. Zum anderen erstrecke sich der Anwendungsbereich des ersten Vorschlags auch auf solche digitale Inhalte, die gegen eine andere Gegenleistung als Geld bereitgestellt würden. Beide Richtlinien sollten vollharmonisiert sein, um ein einheitliches hohes Verbraucherschutzniveau zu schaffen.¹⁶⁾

B. Durchwachsene Stimmungslage und der Fitness-Check

Dem Vernehmen nach löste dieser dritte Anlauf im Kollegium der Kommissare keine große Begeisterung aus. Warum sollte man sich neuerlich mit diesem Vertragsrechtsprojekt befassen, das sich schon in der Vergangenheit als so mühselig und schwer durchsetzbar erwiesen hatte? Und in etwa zeitgleich mit der ersten Phase der Verhandlungen zu diesem Projekt stellte sich noch eine Erkenntnis ein, die ebenfalls gegen diese neuerliche Initiative sprach: Die EK unterzog nämlich die bestehende VGKRL – gemeinsam mit mehreren anderen verbraucherrechtlichen Richtlinien – in den Jahren 2016 und 2017 einem so genannten Fitness-Check (der auch als „REFIT“¹⁷⁾ bezeichnet wurde). Im Zuge dieses *REFIT-Prozesses* sollte vor allem überprüft werden, ob EU-Rechtsvorschriften ihre Ziele erreichen. Ende Mai 2017 veröffentlichte die EK ihren Bericht über den Fitness-Check. Interessant ist nun, dass sie darin auch der VGKRL – wie im Übrigen den anderen untersuchten Richtlinien auch – insgesamt ein durchaus gutes Zeugnis ausstellt und ausführte, dass diese Richtlinie für ihren Zweck geeignet („*fit for purpose*“) sei und auch dem digitalen Wandel gerecht werden könne.¹⁸⁾ Zur Verbesserung der Effizienz der sechs untersuchten Richtlinien ortete der Abschlussbericht Handlungsbedarf lediglich hinsichtlich der Vermittlung einer besseren Kenntnis des EU-Verbraucherrechts auch an Richter und sonstige Angehörige von Rechtsberufen, hinsichtlich einer verschärften Durchsetzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen und einer leichteren Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen¹⁹⁾ und hinsichtlich einer „Vereinfachung des Regulierungsumfelds“ bei den Informationsanforderungen.

C. Unbeirrtes Voranschreiten und die Gründe dafür

Für eine *inhaltliche Erneuerung* der VGKRL wurde also *in diesem Fitness-Check kein Bedarf* gesehen. Zur gewährleistungsrechtlichen Erfassung auch von digitalen Inhalten und Dienstleistungen auf europäischer Ebene hätte es daher ausgereicht,

¹⁶⁾ Vgl neuerlich *Cap/Stabentheiner*, wbl 2016, 177, 237 (178f, 242); vgl auch *Tamm/Tonner*, *Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes*, EWS 2015, 241.

¹⁷⁾ REFIT: Regulatory Fitness and Performance programme.

¹⁸⁾ Zusammenfassung der Eignungsprüfung vom 23. 5. 2017, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SWD(2017) 208 final.

¹⁹⁾ Das zweitgenannte Verbesserungsbedürfnis mündete vor allem in den so genannten „*New Deal for Consumers*“, auf den hier aber nicht weiter eingegangen werden kann.

den Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch auf diese neuen Phänomene auszudehnen und einige Adaptierungen dafür vorzunehmen. Warum hat die EK dennoch das *Projekt eines neuen europäischen Gewährleistungsrechts* mit solcher Entschiedenheit lanciert und – trotz mehrerer harter Rückschläge – *mit solcher Beharrlichkeit weiterverfolgt*?

Freilich gab es schon *Gründe* für diese schier unerschütterliche Hartnäckigkeit der zuständigen Kommissionsabteilung. Ein Stück weit mag da durchaus der Glaube an die sachliche Notwendigkeit eines solchen Reformprojekts Pate gestanden sein. Doch zumindest gleichgewichtig ist hier schon auch ein Legitimationsbemühen zu erkennen: Man hatte doch in der Vergangenheit einen zu hohen logistischen und wohl auch monetären Aufwand betrieben, um ein sang- und klangloses Scheitern einigermaßen vertretbar darstellen zu können. Insofern war das Projekt bereits „too expensive to fail“. Und schließlich dürften sicherlich auch persönliche Aspekte eine Rolle gespielt haben, nämlich die individuelle Ambition der Proponenten, ihr langjähriges Engagement und Bemühen am Ende doch noch mit einem erfolgreichen Abschluss zu krönen. Letztlich gab der Erfolg der EK ja auch Recht und wurde daher ihre Hartnäckigkeit belohnt. Dass dafür gerade die österreichische Ratspräsidentschaft eine ganz maßgebliche Rolle spielte, also gerade jenes Österreich, das dem Projekt immer – berechtigte – Skepsis entgegengebracht hatte,²⁰⁾ kann dazu als pikantes Detail angemerkt werden.

III. Die anfänglichen Verhandlungen zu den beiden Richtlinienvorschlägen²¹⁾

A. Verhandlungen im Rat: Generaldebatte und Beratungen zur Digitale-Inhalte-Richtlinie

Das Verhandlungsgeschehen zu den beiden Entwürfen verlief recht komplex. Im Rat wurde nach einer Generaldebatte zunächst der *Vorschlag für eine DIRL* in Verhandlung genommen; der andere Entwurf wurde einstweilen hintangestellt, weil man dazu noch die Ergebnisse des REFIT-Programms abwarten wollte. Es würde zu viel Raum in Anspruch nehmen, hier die einzelnen Wendungen dieses Verhandlungsgeschehens wiederzugeben; und aus heutiger Sicht sind diese Einzelheiten angesichts der dann später folgenden Verabschiedung der Richtlinien auch nur noch wenig interessant. Ich beschränke meine Schilderung deshalb auf die wichtigsten Eckpunkte.

B. Allgemeine Ausrichtung zur Digitale-Inhalte-Richtlinie

Im Juni 2017 gelang es dem maltesischen Vorsitz, auf Grundlage einer gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag erheblich veränderten Fassung eine Allgemeine Ausrichtung zu einer künftigen DIRL zu erzielen. Die diesem Ratsent-

²⁰⁾ So war Österreich etwa der einzige Mitgliedstaat, der der Allgemeinen Ausrichtung des Rates zur DIRL unter maltesischem Vorsitz nicht zustimmte.

²¹⁾ Siehe zu den Inhalten der beiden Entwürfe die Beiträge im Sammelwerk *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? (2016).

schluss zugrunde gelegte Version²²⁾ war in großer Eile erstellt worden, weil der maltesische Vorsitz – tatkräftig unterstützt von der EK – mit allen Mitteln diesen Erfolg erzielen wollte. Die Hast der Vorbereitung war daran erkennbar, dass die damalige Fassung noch gar keine adaptierten Erwägungsgründe enthielt; diese wurden erst im Nachhinein erstellt. Dennoch wurde die Allgemeine Ausrichtung *mit sehr großer Mehrheit verabschiedet*; wie schon erwähnt,²³⁾ war Österreich der einzige Mitgliedstaat, der ihr nicht zustimmte.

C. Ausdehnung des Warenhandelsvorschlags auf alle Vertriebsarten

In der Folge wandte sich das Augenmerk dem Kommissionsvorschlag für den Warenhandel²⁴⁾ zu. Dieser umfasste ja nur den Online-Handel und andere Arten des Fernabsatzes von Waren, sodass etwa für den klassischen Warenkauf im Geschäftslokal weiterhin die VGKRL gegolten hätte. Dieses Nebeneinander hätte zu einer beträchtlichen Rechtszersplitterung geführt, weil für digitale Inhalte die eine und für den Fernabsatz von Waren die andere Richtlinie und für den klassischen Warenhandel ein drittes Regulativ, nämlich die inhaltlich durchaus divergente VGKRL, zu beachten gewesen wären. Dagegen regte sich unter den Mitgliedstaaten immer größerer Widerstand. Diese – von allem Anfang an absehbare, weil schon den beiden Kommissionsvorschlägen immanente – Problemlage und das geschilderte Meinungsbild im Rat kam nun freilich der EK nur allzu gelegen. Unter Bezugnahme auf diese Kritik legte die EK Ende Oktober 2017 einen *geänderten Richtlinienvorschlag zum Warenhandel* vor, wobei die einzige inhaltlich relevante Änderung gegenüber der Vorfassung darin bestand, dass der Anwendungsbereich nun *auf alle Kaufverträge über Waren unabhängig von der Art des Vertriebs ausgedehnt* wurde.²⁵⁾ Begründet wurde dieser Schritt im Wesentlichen damit, dass für den Fernabsatz und für den klassischen Einzelhandel kohärente Regelungen erforderlich seien. Eine Folgenabschätzung zu dieser ja doch sehr wesentlichen Änderung wurde nicht durchgeführt. Im Rat wurde der geänderte Vorschlag recht rasch, nämlich noch im November 2017, in Verhandlung genommen. Er wurde dabei von den meisten Mitgliedstaaten begrüßt, weil durch die Ausdehnung auch auf den Offline-Warenhandel eine Zersplitterung des Gewährleistungsrechts vermieden werde. Allerdings zeigten sich sogleich aufs Neue tiefgreifende

²²⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (erste Lesung) – Allgemeine Ausrichtung 2015/0287(COD) 9901/17 ADD 1.

²³⁾ FN 20.

²⁴⁾ Erst im Finale des Gesetzgebungsgeschehens, nämlich erst im Zuge der Erstellung der einzelnen Sprachfassungen nach der politischen Einigung, wurde in der deutschen Fassung der Richtlinie die Bezeichnung ihres Gegenstandes von „Warenhandel“ auf „Warenkauf“ geändert. In der Allgemeinen Ausrichtung vom Dezember 2018 war noch vom „Warenhandel“ die Rede. Im Folgenden wird daher – wenn es um die Schilderung der Gesetzwerdung geht – zuweilen ebenfalls noch vom „Warenhandel“ gesprochen.

²⁵⁾ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, zur Änderung der Verordnung(EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, COM(2017) 637 final.

de Meinungsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zum Inhalt des Vorschlags, insbesondere zur Länge der Gewährleistungsfrist, zur Frage einer Rügeobligieheit, zur Ausgestaltung der Beweislastumkehr und der dabei zum Tragen kommenden Vermutungsfrist sowie zur Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe.²⁶⁾ Vor dem Hintergrund dieser sehr unterschiedlichen Standpunkte wurde auch der von der EK verfolgte Ansatz der Vollharmonisierung kritisch kommentiert.

D. Die Verhandlungen im Europäischen Parlament

Auch im EP wurde *getrennt über die beiden Richtlinienvorschläge beraten*. Diese Trennung spiegelte sich auch bei den parlamentarischen Akteuren wider: Die Berichterstatter und die Schattenberichterstatter waren jeweils verschiedene Abgeordnete; für die digitalen Inhalte waren primär die Vizepräsidentin des EP *Evelyne Gebhardt* und MEP *Axel Voss*, für den Warenhandel MEP *Pascal Arimont* zuständig. Und auch im EP wandte man sich zunächst dem Richtlinienvorschlag über die digitalen Inhalte zu. Im November 2017 wurde dieser Vorschlag im IMCO-Ausschuss und im JURI-Ausschuss gemeinsam – freilich mit zahlreichen Änderungsanträgen – angenommen; und in der Folge wurden noch im Jahr 2017 die Trilogverhandlungen zu diesem Instrument eingeleitet.

Eine nähere Befassung des EP mit dem Warenhandel fand erst aufgrund des geänderten Kommissionsvorschlags vom Oktober 2017²⁷⁾ statt – der Bericht des IMCO-Ausschusses darüber wurde im Februar 2018 verabschiedet. Eine der für das EP wichtigsten Fragen betraf bei beiden Richtlinien ihren jeweiligen *Anwendungsbereich*: Gefordert wurde, dass die Regeln der DRL auch für solche digitalen Inhalte und Dienstleistungen gelten sollten, die in Waren „eingebettet“ sind; für die Ware selbst – wenn man so will: für die „Hardware“ – sollte hingegen das Regime der Warenhandels-RL anzuwenden sein. Das EP vertrat also einen so genannten „*split approach*“; demnach wäre etwa bei einem Smartphone die Gewährleistung für das Betriebssystem durch die eine und die Gewährleistung für die Hardwarekomponente durch die andere Richtlinie ausgestaltet gewesen; und auch etwa bei einem PKW hätten für das elektronische Motormanagement, für das ABS und das Navigationssystem andere Gewährleistungsregeln gegolten als für die Karosserie.²⁸⁾ Der Hintergrund für diese Position war die Befürchtung des EP, dass der Kommissionsvorschlag zum Warenkauf nicht mehr realisiert werden würde, weshalb man der als „chancenreicher“ eingeschätzten DRL einen möglichst weiten Geltungsbereich ge-

²⁶⁾ Auch noch während der österreichischen Ratspräsidentschaft waren die Mitgliedstaaten in der Frage, ob eine Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe beibehalten werden sollte, gespalten. Während die einen Mitgliedstaaten ua aus Nachhaltigkeitserwägungen für die Beibehaltung der zweistufigen Hierarchie waren, sprachen sich andere Mitgliedstaaten für das freie Wahlrecht des Verbrauchers aus.

²⁷⁾ Siehe FN 25.

²⁸⁾ Andere Forderungen des EP betrafen etwa die Statuierung einer vom Unternehmer einzuhaltenden Maximalfrist von einem Monat für die Mängelbehebung durch Reparatur oder Austausch, eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Etablierung von Regeln für den Ersatz von Mangelfolgeschäden sowie die Aufnahme von Regelungen zur Haltbarkeit von Waren in die RL.

ben wollte. Im Rat jedoch traf dieser *split approach* – mE zu Recht – auf entschiedene Ablehnung.²⁹⁾

IV. Die schwierige Ausgangssituation für die österreichische Ratspräsidentschaft

A. Beginn der logistischen Arbeiten zum Warenkauf bereits im Vorfeld der Präsidentschaft

Offiziell begann die österreichische Ratspräsidentschaft zwar erst am 1. Juli 2018, für das Vertragsrechtsteam des BMVRDJ setzte die präsidentielle Phase jedoch schon deutlich früher ein. Als *Incoming Presidency* arbeitete man mit dem bulgarischen Ratsvorsitz schon seit Jahresbeginn 2018 eng zusammen; und ab April 2018 galt es, gemeinsam mit den vorsitzführenden Bulgaren die erforderlichen logistischen Arbeiten zur Weiterentwicklung des Kommissionsentwurfs über den Warenhandel voranzutreiben. Denn hier mussten noch entscheidende Änderungen und Vereinfachungen vorgenommen werden, um eine taugliche Grundlage für die Ratsverhandlungen unter österreichischem Vorsitz und in letzter Konsequenz auch ein mehrheitsfähiges Dokument herzustellen.

B. Rechtspolitischer Rollenwechsel

Die Situation, die das Team dabei vorfand, kann getrost als vielschichtig bezeichnet werden. Das beginnt schon beim Rechtspolitischen. Aus guten Gründen hatte ja die österreichische Delegation dieser Regelungsinitiative der EK von Anfang an große Skepsis entgegegebracht. Nun aber musste ein *Rollenwechsel* vollzogen werden: Man war nicht mehr Delegation; es war nicht mehr der österreichische Blickwinkel die maßgebende Leitlinie, sondern die Aufgabe bestand nun darin, die Standpunkte aller Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und die Interessen des Rates als europäisches Gesetzgebungsorgan wahrzunehmen. Und die Delegationen der Mitgliedstaaten wünschten sich durchaus, dass dieses Dossier noch in dieser europäischen Legislaturperiode zu einem Abschluss gebracht würde. Unter den *Mitgliedstaaten* gab es nämlich *breite Zustimmung zum Regelungsvorhaben im Grundsätzlichen*, auch wenn im Konkreten der Kommissionsvorschlag praktisch in sämtlichen Fragen und Facetten fundamental kritisiert wurde. Angesagt war daher ein Perspektivenwechsel, zumal auch der damalige BMVRDJ Dr. Josef Moser explizit den Arbeitsauftrag erteilt hatte, dass die österreichische Präsidentschaft auch im Vertragsrecht entscheidend vorankommen und im Speziellen beim Warenhandel eine Allgemeine Ausrichtung erzielen sollte.

C. Ein überarbeitungsbedürftiger Kommissionsvorschlag

Eine zweite Herausforderung war inhaltlicher Art. Der *Kommissionsvorschlag zum Warenhandel*, mit dem sich das Präsidentschaftsteam als Ausgangsprodukt primär zu befassen hatte, wies nämlich einige *logistische Schwächen* und eine bei den verschiedenen Sachfragen sehr *unterschiedliche Regelungstiefe* auf; überdies war er

²⁹⁾ Das war etwa das eindeutige Stimmungsbild beim Justizministerrat vom 5. Juni 2018.

gerade in zentralen Punkten nicht konsensfähig. Die größte Schwäche des Kommissionsentwurfs war darin zu erblicken, dass er sich nicht grundsätzlich auf das zur europäischen Harmonisierung des Gewährleistungsrechts Gebotene beschränkte, sondern – insofern in einem partiellen Spannungsverhältnis zum Subsidiaritätsgrundsatz – *etliche Regelungsdetails* enthielt, die in einer Richtlinie zum Vertragsrecht fehl am Platze waren, weil es dazu in jedem Mitgliedstaat bereits gewachsene und seit Jahrzehnten gelebte Bestimmungen, Judikaturlinien und Verständnisse gibt, in die einzugreifen unter dem Aspekt einer wohlverstandenen Harmonisierung keinesfalls notwendig, ja zum Teil sogar *kontraproduktiv* wäre. So enthielt der Kommissionsentwurf – nur um einige Beispiele zu nennen – etwa Definitionen der Begriffe „Vertrag“ und „Nachbesserung“,³⁰⁾ weiters recht komplizierte Regelungen über den für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt, in denen durch teilweise Übernahme von Passagen aus der VRRL auch Fragen der Übergabe und des Risikoübergangs anklangen,³¹⁾ oder auch Bestimmungen zur Frage, was bei Vertragsauflösung im Fall der Zerstörung oder des Verlustes der Waren gelten sollte.³²⁾ Doch handelte es sich dabei nur um sehr punktuelle normative Aussagen zu damit bloß angerissenen Regelungsfragen. Insgesamt erschien dieses Beiwerk an Bestimmungen daher entbehrliech. Denn den Mitgliedstaaten muss – beispielsweise – nicht erst durch das Unionsrecht gesagt werden, was etwa ein Vertrag ist; und auch Regelungen über die Rückabwicklung aufgelöster oder für nichtig erklärter Verträge sind in jedem Mitgliedstaat existent und müssen nicht durch Europa vorgegeben werden.

Weitere *bemerkenswerte Aspekte* des Kommissionsvorschlags waren etwa die allgemeine Statuierung einer zweijährigen Vermutungsfrist bei der Beweislastumkehr,³³⁾ der uneingeschränkte Nachvollzug der EuGH-Judikatur *Weber, Putz* zum jedenfalls gegebenen Mängelbehebungsanspruch des Verbrauchers auf der ersten Stufe auch bei unverhältnismäßigen Kosten,³⁴⁾ eine Bestimmung über den Entfall des Gewährleistungsrechts, soweit der Verbraucher zur Vertragswidrigkeit beigetragen hat,³⁵⁾ der Ausschluss von Wertersatz für die Nutzung von später ersetzen Waren durch den Verbraucher³⁶⁾ sowie eine Regelung zur Reichweite der Vertragsauflösung bei bloß teilweiser Vertragswidrigkeit (wonach die Vertragsauflösung jedenfalls nur hinsichtlich der betroffenen Waren und ihres Zubehörs möglich gewesen wäre).³⁷⁾ Diese Anordnungen und Positionierungen erschienen dem österreichischen Präsidentensteam zum Teil unnötig, zum Teil noch nicht ausgereift oder zumindest diskussionswürdig.

³⁰⁾ Art 2 lit g und h des Entwurfs COM(2017) 637 final.

³¹⁾ Art 8 Abs 1 und 2 sowie ErwGr 24 des Entwurfs.

³²⁾ Art 13 Abs 3 lit c und d sowie ErwGr 31 des Entwurfs.

³³⁾ Art 8 Abs 3 des Entwurfs.

³⁴⁾ Art 9 – 11 des Entwurfs, die kein Verweigerungsrecht des Verkäufers für diesen Fall vorsahen.

³⁵⁾ Art 9 Abs 5 des Entwurfs.

³⁶⁾ Art 10 Abs 3 des Entwurfs.

³⁷⁾ Art 13 Abs 2 des Entwurfs.