



universität
wien

DISSERTATION

*„Der persönliche Geltungsbereich des europäischen Verbrauchervertragsrechts
und dessen Ausgestaltung in der österreichischen Rechtsordnung“*

Mag. iur. Stefan Mathias Ullreich

Mat.Nr.: 0300930

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im September 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

*Meinen Eltern und Großeltern
in Dankbarkeit gewidmet!*

VORWORT

Die Europäische Union und Österreich – so intensiv das politische, wirtschaftliche und historische Verhältnis zwischen Staat und Staatenverbund ist, so komplex gestaltet sich das System der Interdependenz ihrer beiden Rechtsordnungen.

Dem Unionsgesetzgeber steht eine Fülle an Rechtsformen zur Verfügung, welche je nach Normadressat und –inhalt zur Erschaffung von Unionsrecht fruchtbar gemacht werden können, und allesamt unterschiedliche Wirkungen für die Mitgliedstaaten zeitigen. Während die Verordnung etwa allgemeine Geltung besitzt und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, überlässt die Richtlinie die Wahl der Umsetzungsform und –mittel dem jeweiligen normunterworfenen Mitgliedstaat (Art 288 AEUV).

Gerade im so praxisrelevanten Bereich des Verbrauchervertragsrechts ergeben sich in diesem Zusammenhang faszinierende Abgrenzungs- und Interpretationsfragen: Das österreichische Verbrauchervertragsrecht wurde samt seiner Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen in maßgeblichen Teilen zwar bereits 1979 im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) kodifiziert, ist jedoch seit Österreichs Beitritt zur Europäischen Union mit 1. Jänner 1995 und der damit einhergehenden Implementierung des *acquis communautaire* jedenfalls auch unionsrechtlich determiniert. Das sekundärrechtliche Verbrauchervertragsrecht wurde und wird vom Unionsgesetzgeber wiederum als Richtlinienrecht ausgestaltet, womit die konkrete Umsetzung innerhalb der unionsrechtlich zulässigen Grenzen dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt.

Die vorliegende Arbeit soll nicht nur das jeweilige Verhältnis zwischen „Verbraucher“ und „Unternehmer“ sowohl auf sekundärrechtlicher als auch auf bundesgesetzlicher Ebene und die Relevanz der gegenseitigen Unterschiedlichkeit erhellen, sondern auch der Frage nach der Bedeutung der divergierenden Ansätze von Mindest- und Vollharmonisierung als Legislativinstrumente der Europäischen Union nachgehen. Gleichzeitig wird der Versuch unternommen, die generelle Rechtfertigung des vertraglichen Verbraucherschutzes sowie die verschiedenen Verbraucherbegriffskonzepte und deren Ausgestaltung in den Verbrauchervertragsrechtsakten der Europäischen Union bzw Österreichs zu analysieren. Bis Oktober 2010 veröffentlichte Literatur, Judikatur und Rechtsnormmaterialien wurden bei der Untersuchung dieser Problemstellungen berücksichtigt.

Mein größter Dank anlässlich der Finalisierung dieser Dissertation gilt meinen Eltern *Anita* und *Leopold Ullreich* sowie meinen Großeltern *Johanna* und *Stefan Mikula*, die mich im Laufe dieser Arbeit, aber auch in allen sonstigen Lebenslagen, in jeder erdenklichen Weise unterstützt, ermutigt und gefördert haben.

Ebenso danke ich meinem Erstbegutachter *em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci* für die wissenschaftliche Betreuung dieses Projekts und für die von ihm eingebrachte, schier umfassende Expertise und Kompetenz im Bereich des Verbraucherschutzes. Mein Dank gilt auch meinem Zweitbegutachter *o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher* für die kritische Durchsicht und Analyse der vorliegenden Arbeit.

Für zahllose Diskussionen, Gespräche und Ideen danke ich (in alphabetischer Reihenfolge) meinen lieben Freunden *Marcel Bäck*; *Mag. Georg Eder*; *Florian Fuchsjäger, MSc*; *Wencke Kienast-Doppler, Bakk. phil.*; *Mensur Muratovic*; *Mag. Thomas Rauer*; *Dr. Michael Taufner*; *Dr. Robert Wagner*; *Mag. Manuel Wegrostek* und *Daniela Zwierschitz*.

Zuletzt gilt mein Dank einerseits dem *Europäischen Parlament*, welches mir im Rahmen des *Robert-Schuman-Stipendiums* nicht nur ermöglicht hat, fünf Monate den Juristischen Dienst dieser Institution in Brüssel zu unterstützen, sondern auch die grandios sortierte Bibliothek für die Recherche zu sämtlichen europarechtlichen Themenstellungen der vorliegenden Dissertation in Anspruch zu nehmen; sowie andererseits der österreichischen *Finanzprokurator*, welche mir im Zuge der Ausbildung zum Prokuratoranwalt die Gelegenheit eröffnet, akquirierte Expertise und Erfahrung zu europarechtlichen Fragestellungen in der juristischen Praxis umzusetzen.

„Die Einheit Europas war ein Traum weniger.

Sie wurde eine Hoffnung für viele. Sie ist heute eine Notwendigkeit für alle.“

- Konrad Adenauer

INHALTSVERZEICHNIS

I. EINLEITUNG.....	9
A. Die Anfänge verbraucherrechtlicher Schutzpolitik.....	9
B. Entwicklungen im Mittelalter	10
1. Die Rolle der Zünfte.....	10
2. Der radikale Schutz des Schwächeren.....	10
C. Der Weg zum typisierenden Verbraucherschutzrecht.....	11
1. Die Industrielle Revolution	11
2. Die Massenproduktion und ihre Folgen	12
D. Die Abkehr vom staatsinterventionistischen Modell	12
1. Die Lehre Adam Smith'	12
2. Die liberalen Grundtendenzen früher zivilrechtlicher Kodifikationen.....	14
3. Die Entwicklung der Konsumgesellschaft	14
E. Frühe Verbrauchervertragsgesetzgebung in Österreich – vom „Allgemeinen Handelsgesetzbuch“ zum „Ratengesetz 1961“	16
F. Die institutionelle Struktur des Verbraucherschutzes in Österreich und der Europäischen Union	17
1. Die institutionelle Struktur des Verbraucherschutzes in Österreich	17
2. Die institutionelle Struktur des Verbraucherschutzes in der Europäischen Union .	18
II. DIE KOMPETENZRECHTLICHEN GRUNDLAGEN DES VERBRAUCHERSCHUTZES IM PRIMÄRRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION	19
A. Der Grundlagenvertrag von Lissabon	19
B. Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union.....	20
C. Die Stellung des Verbraucherrechts im EWG-Vertrag.....	22
D. Das Verbraucherrecht und marktintegrative Kompetenznormen	23
1. „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ – Die Rechtslage vor Inkrafttreten des AEUV	23
a) Begriffsabgrenzung und Beseitigung der Hindernisse	23
b) Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung.....	24
2. Der gesundheitliche Verbraucherschutz.....	26
3. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz	26
E. Die Kompetenzrechtslage vor In-Kraft-Treten des EUV	27
1. Art 100 EWGV.....	27
2. Art 100a EWGV	27
F. Die Kompetenzrechtslage nach In-Kraft-Treten des EUV	32
1. Der Vertrag von Maastricht.....	32
a) Eine neue Kompetenznorm	32
b) Art 129a EGV	32
2. Der Vertrag von Amsterdam	35
a) Die Änderungen.....	35
b) Art 95 EG.....	36
c) Art 153 EG.....	39
3. Der Grundlagenvertrag von Lissabon	41

G.	Verbraucherschutz und Subsidiaritätsprinzip	42
1.	Die Neufassung des Subsidiaritätsprinzips durch den Grundlagenvertrag von Lissabon	42
2.	Die Folgen der Anwendbarkeit von Art 5 EU	44
a)	Art 5 Abs 3 EU	44
b)	Art 5 Abs 4 EU	45
3.	Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips für den Kompetenzbereich des Verbraucherschutzrechts	46
H.	Die Systematik der gemeinschaftslegislativen Praxis	47
1.	Der Vorrang der marktintegrativen Kompetenznorm	47
2.	Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art 114 AEUV	49
3.	Die Tendenz der Rechtsprechung	51
4.	Kritik an der Praxis des Unionsgesetzgebers	53
I.	Schlussfolgerungen	56

III. DIE LEGITIMATION DES VERBRAUCHERSCHUTZES ALS ANKNÜPFUNGSPUNKT EINER VERBRAUCHERVERTRAGSDEFINITION..... 58

A.	Vertragsrechtlicher Verbraucherschutz als Schutz des Schwächeren?	58
B.	Die vertragsrechtliche Legitimität legislativer Eingriffe	59
1.	Frühe Zivilrechtskodifikationen	59
2.	Die Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie	60
3.	Das Konzept der Konsumentensouveränität	61
a)	Die „unsichtbare Hand des Marktes“	61
b)	Der „Homo oeconomicus“ als Ausgangspunkt der Konsumentensouveränität	63
4.	Das Element der Selbstbestimmung und dessen Voraussetzungen	64
a)	Die Rolle der Selbstbestimmung	64
b)	Die Theorie der Richtigkeitsgewähr	65
c)	Das Element menschlicher Selbstbestimmung	65
(1)	Die Voraussetzung der tatsächlichen Möglichkeit selbstbestimmter Entscheidung	65
(2)	Die Voraussetzung der intellektuellen Kapazität zur selbstbestimmten Entscheidung	67
d)	Ungleichgewichtslagen und menschliche Selbstbestimmung	68
(1)	Das Wesen der Ungleichgewichtslage	68
(2)	Der Konnex zwischen Ungleichgewichtslagen und menschlicher Selbstbestimmung	68
e)	Selbstbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung der vertraglichen Vereinbarung?	71
(1)	Die Maßgeblichkeit typisierender Definitionsmerkmale	71
(2)	Der sozio-ökonomische Charakter legislativer Typisierung	71
C.	Die spezifischen Gefahren für einen abgrenzbaren Kreis von Rechtssubjekten	72
1.	Mögliche Fälle typisierbarer Merkmale	72
a)	Die Reaktion auf die Lehre Smith'	72
(1)	Die Informationsfiktion	72
(2)	Der „homo oeconomicus“ als Produkt zweier Axiome	73
b)	Die dualistische Gestalt typisierbarer Merkmale	74
2.	Fälle intellektueller Unterlegenheit	74
a)	Allgemeines	74
b)	Verbraucherimmanente Faktoren	75
(1)	Der mangelnde Überblick	75

(2) Die fehlende Leitfunktion der Preise	76
(3) Die mangelnde rechtsgeschäftliche Erfahrung	77
c) Externe Faktoren.....	78
(1) Die Werbung	78
(2) Weitere externe Faktoren	79
3. Fälle wirtschaftlicher Unterlegenheit	79
a) Die machttheoretische Ungleichgewichtslage zwischen den Kontrahenten	79
b) Die Rolle des Wettbewerbsrechts	80
4. Fazit	81
D. Kritik an der pauschalierenden Betrachtungsweise einer geschlossenen Gruppe von Rechtssubjekten	82
E. Schlussfolgerungen	86

IV. VERBRAUCHERBEGRIFFSKONZEPTE..... 88

A. Allgemeines	88
1. Der ökonomisch konstruierte Verbraucherbegriff	88
2. Mögliche Anknüpfungspunkte eines juristischen Verbraucherbegriffs	89
B. Die möglichen Verbraucherbegriffs- und Verbrauchervertragskonzepte	89
1. Der klassentheoretische Ansatz	89
2. Der rollensoziologische Ansatz	90
a) Das Konzept	90
b) Die Kritik	91
3. Der situative Schutzansatz.....	92
a) Das Konzept	92
b) Die Kritik	93
4. Das „Kombinationsmodell“	93
5. Das Konzept der „bereichsspezifischen Geschäftskompetenz“	94
6. Das Modell des beweglichen Systems	97
C. Das Verbraucherleitbild – eine Abgrenzung.....	98
D. Schlussfolgerungen	99

**V. RELEVANTE PROGRAMME, ENTSCHEIDUNGEN UND PLÄNE DER
EUROPÄISCHEN UNION IM BEREICH DES VERBRAUCHERSCHUTZ- UND
VERBRAUCHERVERTRAGSRECHTS..... 101**

**VI. DIE VERBRAUCHERGESCHÄFTSDEFINITION DER
VERBRAUCHERVERTRAGLICHEN SEKUNDÄRRECHTSAKTE 107**

A. Überblick über Die Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen der Verbrauchervertragsrichtlinien	108
1. Verbraucher	108
2. Unternehmer	110
B. Die Entwicklung der zweiseitigen Verbrauchergeschäftskonzeption und ihre Besonderheiten	111
1. Die Sonderfälle der E-Commerce- und der Pauschalreise-Richtlinie	111
2. Die übrigen Verbrauchervertragsrichtlinien.....	112
C. Die autonome Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe.....	114
D. Die Elemente der unionsrechtlichen Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen..	115
1. Das persönliche Element	115

a)	Der Unternehmer	115
(1)	Der Richtlinienwortlaut	115
(2)	Die Würdigung durch den EuGH – Verbundene Rs C-541/99 (Idealservice/Cape) und C-542/99 (Idealservice/OMAI).....	116
(3)	Der Sonderfall Pauschalreise-Richtlinie	118
b)	Der Verbraucher	119
(1)	Nur natürliche Personen.....	119
(2)	Der Sonderfall Pauschalreise-Richtlinie	121
2.	Das funktionelle Element	122
a)	Die gemeinschaftsrechtliche Herkunft des funktionellen Definitionselements	122
(1)	Der Richtlinienwortlaut	122
(2)	Die Würdigung durch den EuGH – Rs 150/77 (Bertrand / Ott)	122
b)	Der Unternehmer	128
(1)	Die Bedeutung des funktionellen Abgrenzungskriteriums	128
(2)	Die „gewerbliche Tätigkeit“	129
(3)	Die „berufliche Tätigkeit“	130
(4)	Die „geschäftliche“ und die „handwerkliche“ Tätigkeit.....	134
(5)	Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie – der „Veranstalter“	136
c)	Der Verbraucher	137
(1)	Die Historie der negativen Formulierung – Der Vorschlag für die Verbraucherkredit-Richtlinie 1979 und der Vorschlag für die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1995	137
(2)	Der Verbraucher als reine Negativdefinition?	140
(a)	Zwei potentielle Lösungsvarianten.....	140
(b)	Der Meinungsstand der Lehre	141
(c)	Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-361/89 (Di Pinto) und Rs C-89/91 (Shearson Lehman Hutton/TVB)	143
(d)	Die Gruppe der „Nichtverbraucher“	148
(3)	Gründungsgeschäfte.....	149
(a)	Der Inhalt der Verbrauchervertragsrichtlinien	149
(b)	Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-269/95 (Benincasa / Dentalkit).....	150
(4)	Das Dual-Use-Problem und die Ermittlung des Erwerbszwecks	153
(a)	Der Inhalt der Verbrauchervertragsrichtlinien	153
(b)	Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-464/01 (Gruber / Bay Wa)	155
(5)	Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie.....	160
3.	Das agitative Element.....	161
a)	Allgemeines	161
b)	Das Handeln „im Rahmen“ einer Tätigkeit	161
c)	Das Handeln „im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden“ und jenes „im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden“	162
(1)	Die missverständliche Formulierung der Sekundärrechtsakte.....	162
(2)	Die Bedeutungslosigkeit der divergierenden Wortlaute	163
d)	Die Bedeutung der rechtsgeschäftsbezogenen Abgrenzung.....	165
e)	Vertragsspezifizierende Definitionselemente.....	166
(1)	Art 1 Abs 1 Haustürgeschäfts-Richtlinie	166
(2)	Sonstige vertragsspezifizierende Elemente / Ergebnis	168
f)	Öffentlich-rechtliche Institutionen	169
g)	Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie	170
(1)	Der „Vermittler“	170
(2)	Der Verbraucher.....	171
E.	Das Verbraucherbegriffskonzept der Europäischen Union	172

1.	Die Beurteilung auf Basis der Sekundärrechtsakte	172
2.	Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung.....	174
3.	Fazit.....	175
F.	Die Legitimation des vertraglichen Verbraucherschutzes durch den Unionsgesetzgeber.....	175
1.	Die Beurteilung auf Basis der Sekundärrechtsakte	175
2.	Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung.....	177
3.	Fazit.....	178
G.	Schlussfolgerungen	179

VII. DIE VERBRAUCHERGESCHÄFTSDEFINITION DES KSCHG 183

A.	Überblick über die Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen des KSchG.....	184
1.	Verbraucher	184
2.	Unternehmer.....	185
B.	Die Geschichte und Intention des KSchG.....	186
1.	Vom RatenG 1961 zum KSchG	186
2.	Der Leitgedanke des Gesetzgebers.....	187
C.	Die Elemente der konsumentenschutzrechtlichen Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen.....	189
1.	Das persönliche Element	189
2.	Das funktionelle Element	190
a)	Allgemeines	190
b)	Das Unternehmen (§ 1 Abs 2 KSchG)	190
(1)	Die „auf Dauer angelegte Organisation“	190
(2)	Die „wirtschaftliche Tätigkeit“	192
(3)	Die „selbstständige Tätigkeit“	194
c)	Die Zugehörigkeit des Rechtsgeschäfts zum Betrieb des Unternehmens	194
(1)	Der Einfluss handelsrechtlicher Grundprinzipien.....	194
(2)	Gründungsgeschäfte.....	196
(a)	Allgemeines	196
(b)	Die Voraussetzungen.....	197
(c)	§ 343 UGB und § 1 Abs 3 KSchG.....	198
(d)	Sonderkonstellationen	199
(e)	Die Beendigung des Betriebs oder des Unternehmens.....	201
(3)	Das Dual-Use-Problem und die Ermittlung des Erwerbszwecks	202
(a)	Allgemeines	202
(b)	Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft?	202
(c)	Sonderfall Bürgschaft	204
d)	Die Änderung des Vertragspartners	204
(1)	Die möglichen Konstellationen.....	204
(2)	Beweispflichten.....	206
3.	Das agitative Element und Einzelfragen	207
a)	Die „Beteiligung“ am Rechtsgeschäft	207
(1)	Das Grundprinzip.....	207
(2)	Der Geschäftsführer als Unternehmer	207
(a)	Die Grundlinie der Rechtsprechung	207
(b)	Die Beurteilung durch die Lehre	210
(c)	Stellungnahme	212
(3)	Die Vertretung des Unternehmers durch einen Verbraucher und vice versa.....	212

b)	Rechtsgeschäfte von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen....	213
c)	Vertragsspezifisierende Definitionselemente – Der Beitritt zu Vereinen (§ 1 Abs 5 KSchG)	214
d)	Öffentlich-rechtliche Institutionen	215
D.	Das Verbraucherbegriffskonzept des KSchG	216
1.	Die Beurteilung auf Basis des KSchG	216
2.	Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung.....	217
3.	Fazit.....	218
E.	Die Legitimation des vertraglichen Verbraucherschutzes durch den österreichischen Gesetzgeber	219
1.	Die Beurteilung auf Basis des KSchG und der Intention des Gesetzgebers	219
2.	Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung.....	220
3.	Die Rechtfertigung der limitierten Typisierung	223
4.	Fazit.....	225
F.	Schlussfolgerungen	226

VIII. DIE AUSWIRKUNGEN DES VOLLHARMONISIERUNGSKONZEPTS IM VERBRAUCHERVERTRAGSRECHT UND DIE GEPLANTE NEUREGELUNG DURCH DEN UNIONSGESETZGEBER 230

A.	Der Vollharmonisierungsansatz in verbrauchervertraglichen Sekundärrechtsakten .	230
1.	Allgemeines.....	230
2.	Die historische Entwicklung des Vollharmonisierungsansatzes - Die Einbettung in die Debatte zum Europäischen Vertragsrecht.....	232
a)	Die Vorarbeiten durch die Kommission.....	232
b)	Exkurs: Der Gemeinsame Referenzrahmen	234
(1)	Die Vorarbeiten zum Gemeinsamen Referenzrahmen	234
(2)	Der persönliche Geltungsbereich der „Principles of European Law“ (PEL).....	236
(3)	Der persönliche Geltungsbereich der „Acquis Principles“	237
(4)	Der persönliche Geltungsbereich des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR).....	239
B.	Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz 2007 und das anschliessende Konsultationsverfahren	241
1.	Allgemeines.....	241
2.	Der favorisierte Vollharmonisierungsansatz	242
3.	Der Konsultationsprozess.....	243
a)	Die Konsultationsfragen	243
b)	Österreichs Stellungnahme	244
c)	Die Schlussfolgerungen der Kommission	245
C.	Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher – KOM(2008) 614 endg.....	246
1.	Allgemeines.....	246
2.	Der persönliche Geltungsbereich des Richtlinienvorschlags	247
a)	Kontinuität zu bisherigen verbrauchervertragsbezogenen Sekundärrechtsakten.....	247
b)	Die intendierte Neuregelung der Stellvertretung.....	249
c)	Erweiterung des Geltungsbereichs auf „Dual-Use“-Geschäfte?	249
3.	Der Vollharmonisierungsansatz des Vorschlags für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher	250
a)	Die Begründung der Kommission zum Vollharmonisierungsansatz	250
b)	Kritik an der Begründung der Kommission	251
(1)	Zweifel an der Kausalität der präsentierten Argumente	251

(2) Das „Verbrauchervertrauen“ als beliebtes Begründungsinstrument.....	252
(3) Der Konnex zur gewählten Kompetenzgrundlage.....	253
4. Die Kritik der Institutionen am Richtlinienvorschlag.....	253
D. Die Rechtsfolgen der Vollharmonisierung für den persönlichen Geltungsbereich im Verbrauchervertragsrecht	254
1. Allgemeines.....	254
2. Der „harmonisierte Bereich“ und der „Harmonisierungsgrad“ eines Sekundärrechtsakts	255
a) Der harmonisierte Bereich.....	255
b) Der Harmonisierungsgrad.....	255
3. Individuelle Umsetzungsoptionen der Mitgliedstaaten.....	256
a) Das Grundprinzip	256
b) Anwendung auf den persönlichen Geltungsbereich des Verbrauchervertragsrechts	256
(1) Die Irrelevanz der Vollharmonisierung für die Erstreckung des persönlichen Geltungsbereichs	256
(2) Die Ableitung aus den Erwägungen des Gemeinschaftsgesetzgebers	257
(3) Die Ableitung aus den Erwägungen des EuGH.....	259
E. Die Wahl der Rechtsgrundlage im Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher.....	260
1. Art 95 EG (Art 114 AEUV) als Kompetenzgrundlage des Richtlinienvorschlags.....	260
a) Der Konnex zum Vollharmonisierungsansatz.....	260
b) Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art 95 EG (Art 114 AEUV) im konkreten Fall	260
2. Rechtszersplitterung trotz Vollharmonisierung – Die argumentative Untauglichkeit der binnenmarktfinalen Kompetenzbegründung.....	261
a) Allgemeines	261
b) Die Gründe der fortbestehenden Rechtszersplitterung.....	261
(1) Die weiterhin mögliche Erstreckung des Verbraucherbegriffs durch die Mitgliedstaaten	261
(2) Unterschiedliche Schutzniveaus für Verbraucher im Sinne des Sekundärrechtsakts und Verbraucher durch mitgliedstaatliche Erstreckung	261
(3) Das Kollisionsrecht im Verbrauchervertragsrecht.....	263
(a) Die maßgeblichen Rechtsquellen	263
(b) Die Rom-I-VO.....	266
(i) Allgemeines.....	266
(ii) Verbraucherverträge.....	266
(iii) Die Anknüpfung bei Nichterfüllung der Voraussetzungen des Art 6 Rom-I-VO	268
(4) Der limitierte sachliche Geltungsbereich.....	270
3. Fazit.....	272
F. Schlussfolgerungen	276

IX. ABSCHLUSS UND AUSBLICK.....	279
A. Die Umsetzung vollharmonisierender Verbraucherschutzrichtlinien in Österreich ..	279
1. Allgemeines.....	279
2. Die Umsetzung der UGP-Richtlinie.....	279
a) Die Vorgaben der UGP-Richtlinie	279
b) Die UWG-Novelle 2007	279
3. Die Umsetzung der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie	280

a)	Die Vorgaben der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie	280
b)	Das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz	280
4.	Die Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie	281
a)	Die Vorgaben der Verbraucherkredit-Richtlinie	281
b)	Das DaKRÄG 2010	282
5.	Die Umsetzung der Timesharing-Richtlinie.....	285
a)	Die Vorgaben der Timesharing-Richtlinie	285
b)	Das TNG 2011	285
B.	Ausblick	286
1.	Die Neugestaltung der Pauschalreise-Richtlinie	286
2.	Das laufende Gesetzgebungsverfahren zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher	287

X. LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS.....I

XI. JUDIKATURVERZEICHNIS.....	XXXIII
A. Judikatur Österreich	XXXIII
B. Judikatur EuGH.....	XXXVIII

XII. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XLI

XIII. CURRICULUM VITAE..... XLIII

XIV. ABSTRACT.....XLV

I. EINLEITUNG

A. DIE ANFÄNGE VERBRAUCHERRECHTLICHER SCHUTZPOLITIK

Bereits seit den ersten Ansätzen der, spätestens in der Jungsteinzeit vor ca. 6000 Jahren einsetzenden, arbeitsteiligen Differenzierung in menschlichen Handlungs- und Herstellungsabläufen stehen einander Anbieter und Nachfrager von Dienstleistungen und Gütern im Wirtschaftsleben gegenüber.¹ Oder, wie *Stromer von Reichenbach* es auszudrücken pflegt: „*Seither sind unsere Vorfahren und wir alle Verbraucher*“.²

Im Laufe des historischen Prozesses sowie in unterschiedlichen Regionen und Kulturen befasste sich die Menschheit mit der stets gleichen Frage, „*wen man vor wem, wovor und womit*“³ schützen sollte.

Sehr früh sollte dieser Problemkomplex auch im positiven Recht thematisiert werden: Bereits der mesopotamische Codex Hammurabi (ca. 1750 v. Chr.) beinhaltet Vorschriften über Kreditgeschäfte, Mieten, Preise, Gewichte etc; auch die englische Magna Charta (1215) enthielt Bestimmungen über Gewichte und Maßeinheiten.⁴

Wie die inhaltlichen Schwerpunkte der genannten Normen indizieren, wurde primär die Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen, die so genannte Daseinsvorsorge ins Visier der ersten „Verbraucherschützer“ genommen. Doch selbst die Sicherung dieser Rechtsgüter, der Versuch des Schutzes von Leben und Gesundheit, Freiheit und Vermögen, gelang anfangs keineswegs durchgängig und konsequent, zahlreiche Maßnahmen waren bloße Provisorien.⁵

¹ Vgl *Stromer von Reichenbach*, Verbraucherschutz in der Vergangenheit, in *Dichtl* (Hrsg), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft (1975) 97 (98).

² *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 98.

³ So unter Hinweis auf die sich ändernden Kriterien *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 100.

⁴ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung (2004) 59.

⁵ Vgl *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 101.

B. ENTWICKLUNGEN IM MITTELALTER

1. Die Rolle der Zünfte

Erste konkrete Ansätze des Verbraucherschutzes entwickelten sich in mittelalterlichen Städten.⁶ Sowohl Kaufleute als auch Konsumenten standen einem Anbieterkartell der Produzenten in den, zumeist politisch gut verankerten, Zünften gegenüber.⁷ Im Spannungsfeld zwischen dem Patriziat der Fernhändler und großgewerblichen Unternehmer auf der einen und den Zusammenschlüssen der Handwerker auf der anderen Seite sowie zwischen den Systemen der geschlossenen Zünfte und des freien Marktes gerieten Verbraucher zusehends in die Rolle des Schwächeren.⁸

Die Grundfrage verbraucherschutzrechtlicher Anfänge war also jene nach dem Mittel zum Interessenausgleich zwischen der Anbieterseite und jener der Konsumenten, die einerseits hinsichtlich der Warenqualität, andererseits in puncto Preisgestaltung schutzbedürftig war.⁹

Die Rolle der Zünfte kann in diesem Zusammenhang als durchaus positiv gewertet werden: Durch ihre Sorge um möglichst einheitliche Warenqualität und ihre institutionalisierten Aufnahmekriterien für jedes einzelne Mitglied kontribuierten sie ihrerseits zu einem möglichst hohen Niveau an Abnehmerschutz.¹⁰ Ein zumeist sehr striktes, internes Reglement, das unter anderem Herstellungs- und Fertigungsprozesse vorgab oder auch bei Strafe verbot, sorgte dabei für die notwendige Disziplin im Hinblick auf den einzuhaltenden Qualitätsstandard der Waren.¹¹

2. Der radikale Schutz des Schwächeren

Die Marktordnungen, eine strenge Marktpolizei sowie die Entwicklung rechtlicher Regelungen im Bereich der Leistungsstörungen gelten als erste verbraucherschutzrechtliche Kompensationsmaßnahmen der Obrigkeit. Zahlreiche Aufgaben, die heute als durch den freien Markt geregelt gelten, übernahmen also im Mittelalter das Marktordnungsrecht und die Selbstkontrolle der Zünfte.¹²

⁶ Vgl. *Augenhofer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht (2008) 9; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 59.

⁷ „Zunft“, althochdeutsch „zumpft“, hieß soviel wie zusammenfügen, sich einordnen, meinte aber auch die Ordnung, nach der eine Gemeinschaft lebte sowie letztlich „Gruppe von Handwerkern gleicher Branche“; vgl. *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte Österreichs auf der Grundlage abendländischer Kulturgeschichte (1974) 207.

⁸ Vgl. *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 102.

⁹ Vgl. *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981) 17.

¹⁰ Und das sogar „strenger und gründlicher als jede Marktpolizei“; vgl. *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 103. Zum „umfassenden Charakter der Zunft“, die „für alle Lebensbereiche zuständig war“ vgl. *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte Österreichs, 208.

¹¹ Vgl. *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 18 f.

¹² Vgl. *Tautscher*, Wirtschaftsgeschichte Österreichs 229 ff; *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 32.

Noch weit entfernt von einer Klassifizierung der Verbraucher als homogene Gruppe, die in ihrer globalen Gesamtheit Adressat von Rechtsnormen sein könnte, wurden, um den Konsumenten vor seinem Leichtsinne, seiner Willensschwäche, Unerfahrenheit und natürlichen Schwachheit zu schützen, ganze „Kategorien von Verbrauchern“ komplett oder teilweise entmündigt. Spieler, Verschwender und Kinder, aber auch Frauen, die beispielsweise gewisse Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des Mannes abschließen konnten, wurden unter diesem Gesichtspunkt entrechtet.¹³

Ziel und Intention dieser Regelungen war nicht zuletzt das Hintanhalten des Entstehens einer wirtschaftlich unterentwickelten Mehrheitsgesellschaft, die der Allgemeinheit, also in letzter Konsequenz dem Staat, zur Last fallen würde.

C. DER WEG ZUM TYPISIERENDEN VERBRAUCHERSCHUTZRECHT

1. Die Industrielle Revolution

Der Aufstieg des Massenkonsums und die Anfänge dessen typisierender rechtlicher Behandlung sind untrennbar mit der Industrialisierung und der mit ihr einhergehenden Urbanisierung, also gemeinhin mit der historischen Zäsur der Industriellen Revolution, verknüpft.¹⁴

Der im heutigen Sprachgebrauch standardisiert verwurzelte Begriff „Industrielle Revolution“¹⁵ geht in dieser Schreibweise (mit groß geschriebenem „I“) etymologisch auf *Arnold Joseph Toynbee* zurück, der damit die wirtschaftsrelevanten Vorgänge im England des 18. Jahrhunderts zu beschreiben pflegte.¹⁶ In Abkehr von der wissenschaftlichen Annahme mehrerer industrieller Revolutionen, die für sich genommen jeweils einen Schwung technologischer und maschineller Innovation bedeuteten¹⁷, wertete *Toynbee* die Entwicklung des 18. Jahrhunderts als historischen Durchbruch, der erstmals die dauerhafte Loslösung von makrowirtschaftlich-agrarischen Kleinstrukturen und das Entstehen einer technisch unterstützten, arbeitsteiligen Massenproduktion, somit den Wandel von einer Agrar- und Handwerkswirtschaft zu einer von maschineller Fabrikation und Industrie geprägten Ökonomie

¹³ Vgl. *Stromer von Reichenbach* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 109 ff.

¹⁴ Vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 53 mwN.

¹⁵ Nach *Stolte* gehört dieser Begriff „zu den umstrittensten der Wirtschaftsgeschichte“, vgl. *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 29.

¹⁶ Vgl. *Toynbee*, *The Industrial Revolution* (1884, Fifth Printing 1962) 1.

¹⁷ Zur Begriffsbestimmung näher *Landes*, *Der entfesselte Prometheus – Technologischer Wandel und Industrielle Entwicklung in Westeuropa von 1750 bis zur Gegenwart* (1969) 15.

einläutete.¹⁸ Diesem Verständnis entsprechend kann die Industrielle Revolution als zentraler Wendepunkt der Menschheitsgeschichte eingestuft werden.¹⁹

2. Die Massenproduktion und ihre Folgen

Die im Zuge der Industriellen Revolution entwickelte Massenproduktion lässt sich grob in zwei Entwicklungsstränge einteilen: die technische und die organisatorische Entwicklung.²⁰ Einerseits stand die Mechanisierung der Maschinenherstellung im Vordergrund, andererseits wurden schrittweise die systematische Organisation der Massenproduktion durch geplante Arbeitsabläufe und Arbeitsmanagement eingeführt.²¹

Diese als Folge der Industrialisierung neu auftretende funktionale Arbeitsteilung sowie die Spezialisierung und Professionalisierung im Produktionssektor führte zu größerem Absatzdruck mit entsprechenden Veränderungen im Marketing und der Preisgestaltung der Produzenten.²²

Privatrechtlich brachte die mit der Industrialisierung einhergehende Massenproduktion vor allem die Typisierung der Wirtschaftsverträge mit sich. Banken oder Versicherungen bedienten sich zunehmend vorgefertigter „Muster“, die sie den laufend abzuschließenden, inhaltlich nahezu identen Rechtsgeschäften zu Grunde legten - diese von Großbanken entwickelten „Regulative“ können als Vorläufer der heutigen AGB gesehen werden.²³

D. DIE ABKEHR VOM STAATSINTERVENTIONISTISCHEN MODELL

1. Die Lehre Adam Smith'

Die Wende von der mittelalterlich-interventionistischen Marktregulierung durch den Staat hin zur liberaleren Wirtschaftssteuerung zu Beginn des 19. Jahrhunderts war ganz entscheidend durch die wirtschaftstheoretischen Ansätze eines einzigen Werkes motiviert:

¹⁸ Vgl. *Toynbee*, *The Industrial Revolution* 58 ff.

¹⁹ Vgl. *Landes*, *Der entfesselte Prometheus* 17ff.

²⁰ Vgl. *Hobsbawm*, *Industrie und Empire 2 – Britische Wirtschaftsgeschichte seit 1750* (1969) 10.

²¹ Vgl. *Hobsbawm*, *Industrie und Empire 2*, 11.

²² Vgl. *Rösler*, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht* 50. Rösler argumentiert an dieser Stelle, dass auf diese Weise „historisch der prinzipielle Interessensantagonismus (...) zwischen Produzenten und Konsumenten entstanden“ ist.

²³ Vgl. *Kühnberg*, *Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage* (2006) 22.

Das von *Adam Smith* 1776 publizierte Werk „*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*“ forcierte den Gedanken von Marktprozessen, die, trotz individuell-eigennützigem Handeln der Parteien, zum Vorteil aller an der Wirtschaft Teilhabenden, also auch der Verbraucher, wirken.²⁴

Dem Staat kam in diesem klassisch-wirtschaftsliberalen Modell bloß die Funktion der Wahrung jener Rahmenbedingungen zu, welche die Ausübung der Wirtschaft ermöglichen sollten. Dazu zählten beispielsweise infrastrukturelle Maßnahmen oder der Aufbau und die effiziente Durchsetzung der Rechtsordnung.²⁵

Smith definierte diese Wirkung als „*unsichtbare Hand des Marktes*“. Dem Markt kommt dabei eine dienende Aufgabe zu, die Befriedigung der Verbraucherinteressen steht im Vordergrund. „*Der Verbrauch allein ist Ziel und Zweck einer jeden Produktion, daher sollte man die Interessen der Produzenten eigentlich nur soweit betrachten, wie es erforderlich sein mag, um das Wohl der Konsumenten zu fördern.*“²⁶, so *Smith*, der gleichzeitig mahnt: „*Es kann nach alledem nicht schwerfallen, zu erkennen, wer letztlich die Urheber dieses ganzen Handels- oder Merkantilsystems gewesen sind. Ganz sicher können es nicht die Konsumenten gewesen sein, denn deren Interessen hatte man völlig vernachlässigt.*“²⁷

Der freie Markt und der durch ihn generierte Wettbewerb der Anbieter sorgen gleichzeitig für die Wohlfahrt der Konsumenten, da das System von Angebot und Nachfrage zur Steigerung der Warenqualität bei gleichzeitiger Verringerung der Preise beiträgt.²⁸ Der Verbraucher könne, gleichsam als Souverän über diese Vorgänge betrachtet, unmittelbar auf marktwirtschaftliche Innovationen hinwirken.²⁹ Das bloß dem eigenen Interesse folgende und dementsprechend agierende Individuum fördere dabei auch das Gemeinwohl, was wiederum der Vermeidung von ökonomischen Krisen oder hoher Arbeitslosigkeit dienen würde.³⁰

Demnach erfüllt das Recht bloß die Rolle der dieses Marktsystem stützenden Hand; förderliche Wettbewerbspolitik kann als einzige Verbraucherpolitik im Rahmen dieses Konzepts gesehen werden.³¹

²⁴ Vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 25.

²⁵ Vgl. *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 34.

²⁶ *Smith*, Der Wohlstand der Nationen – Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen (1776, 5. Auflage 1789) 558.

²⁷ *Smith*, Der Wohlstand der Nationen 559.

²⁸ Vgl. *Simitis*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip? (1976) 87 f.

²⁹ Vgl. *Simitis*, Verbraucherschutz 87 f.; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 25.

³⁰ Vgl. *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 34.

³¹ Vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 26; *Simitis*, Verbraucherschutz 89 f.

2. Die liberalen Grundtendenzen früher zivilrechtlicher Kodifikationen

Geprägt von den eben skizzierten liberalen Grundvorstellungen, wirkte die Vorstellung rechtsstaatlich oktroyierter Ausgleichsmaßnahmen für die Schöpfer der ersten großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts geradezu befremdlich.³² Die Zivilrechtskodifikationen wie das Preußische Allgemeine Landrecht 1794, der Code Civil 1804 oder das ABGB 1811, können als Errungenschaft der ab 1789 entstandenen bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Bedürfnisse nach Vertrags- und Gewerbefreiheit, Rechtssicherheit und Freihandel gewertet werden.³³ Mit dem einzigen Korrektiv der Sittenwidrigkeit ausgestattet, war jedoch zumeist vorgesehen, dass das Verhandlungsgeschick und die Erfahrung des Einzelnen über sein vertragliches Schicksal entscheiden sollte.³⁴ Oder, wie *F. Bydlinski* ausführt: „*Wie sich der Vertrag auf die Interessen der Partner auswirkt, sollte ihrer Geschicklichkeit, praktisch aber in Wahrheit oft dem Stärkeren überlassen bleiben*“³⁵.

3. Die Entwicklung der Konsumgesellschaft

Die Genese und der Aufschwung der Konsumgesellschaft gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurden durch zwei spezifische Faktoren begünstigt:

Erstens wird gemeinhin die Entwicklung von Warenhäusern und dem ihnen immanenten kontrollierten und institutionalisierten „Konsumumfeld“ als bedeutendste Marketinginnovation des 19. Jahrhunderts genannt.³⁶ Zweitens konnte der neue und innovative Wirtschaftszweig der Werbung das Interesse der Verbraucher für neue, interessante Markenartikel gewinnen.³⁷ Die Attraktivität der meisten Konsumgüter stieg in ungeahnte Höhen, der Wille der Verbraucher zu konsumieren ebenso.

Diese Faktoren begünstigten allesamt den Konsum breiter Schichten, während auf der anderen Seite die Marktmacht der Unternehmer und die Gefahren durch illegale Preisabsprachen konstant im Zunehmen begriffen waren. Das weitgehende Fehlen rechtlicher Regelungen zum Ausgleich der ökonomischen und informativen Disparität drang langsam aber sicher ins Bewusstsein politischer Entscheidungsträger und begann als Teil der „*sozialen Frage*“³⁸ auch die Politik zu beschäftigen. Oder, wie *Rösler* formuliert: „*Der Verbraucher als Individuum rückte prinzipiell ins Zentrum und*

³² Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 49.

³³ Vgl *Rösler*, ebd.

³⁴ Das trifft vor allem für das BGB zu, vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 103.

³⁵ Vgl *F. Bydlinski*, ebd.

³⁶ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 53. Zur Bedeutung der Warenhäuser als Ausgangspunkt für die Entwicklung der Distributionsform des Versandhandels vgl *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 23 f.

³⁷ Vgl *König*, Geschichte der Konsumgesellschaft 394 ff.

³⁸ Vgl *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 36.

*verdrängte damit den Verbrauch als alleinigen Anknüpfungspunkt, der im Rahmen der Wirtschaftspolitik – je nach Standpunkt – wohl oder übel eine Rolle spielen muss.*³⁹

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts brachte also die so genannte „invisible hand“ wieder in Misskredit: Arbeits- und Wohnungsnot sowie zahlreiche ungelöste soziale Probleme ließen die Mehrheitsbevölkerung eine forcierte staatliche Intervention herbeisehnen.⁴⁰

Durch die Entwicklung immer unpersönlicherer Vertriebsformen, die in der Möglichkeit des Versandhandels kulminierte, sowie dem immer offenkundiger erkennbaren Macht- und Informationsgefälle zwischen Produzenten und Verbrauchern wurde der Ruf nach „mehr Staat“ immer lauter.⁴¹

Ideologische Divergenzen hinderten jedoch die Entwicklung einer homogenen juristischen Linie: Der Ansatz staatsinterventionistischer Vorsorge- und Schutzfunktion für die Gruppe der Konsumenten als (nicht nur ökonomisch) schwächere Marktteilnehmer per se ließ sich kaum mit *Smith*' Theorie des sich selbst regelnden und heilenden Marktes in Einklang bringen. Daher blieben verbraucherschutzrechtliche Normen zu dieser Zeit über sämtliche Materien, wie Straf-, Zivil-, Gewerbe- und Wettbewerbsrecht lose verteilt, weit entfernt von einer verbraucher- oder unternehmerbegriffsgestützten konsumentenschutzrechtlichen Systematik, oder gar einer typisierend konzipierten Dogmatik.⁴²

Was *Rösler* der deutschen Rechtsentwicklung attestiert, hat auch für Österreich uneingeschränkte Gültigkeit: Der zunehmende Druck auf das klassische Modell der Vertragsfreiheit sowie die faktischen Veränderungen weg vom kleinstädtischen, bäuerlichen Milieu hin zur urbanisierten Massengesellschaft zwangen den Gesetzgeber zum Umdenken – die Basis und Grundannahmen zahlreicher Rechtsvorschriften gingen langsam ihrer Entsprechung in der Praxis verlustig.⁴³

³⁹ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 55 f.

⁴⁰ Vgl *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 36.

⁴¹ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 53, 55 ff.

⁴² Vgl *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 41 f.

⁴³ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 58.

E. FRÜHE VERBRAUCHERVERTRAGSGESETZGEBUNG IN ÖSTERREICH – VOM „ALLGEMEINEN HANDELSGESETZBUCH“ ZUM „RATENGESETZ 1961“

Die Entwicklung von der reinen Vertragsfreiheit hin zu protektionistisch motivierten Verbraucherschutzregelungen in Österreich verlief in linearen Schritten, verteilt über einen Zeitraum von mehreren Dekaden.

Zunächst konnte der Verbraucher im 19. Jahrhundert auch von rechtlicher Seite wenig Unterstützung erwarten: Privatrechtlich sah das ADHGB von 1862, in Österreich am 01.07.1863 als „Allgemeines Handelsgesetzbuch“⁴⁴ in Kraft getreten, in Art 277 vor, dass bei einseitigen Handelsgeschäften die Bestimmungen des 4. Buches über Handelsgeschäfte prinzipiell auch auf den Nichtkaufmann anzuwenden seien.⁴⁵

Als Beispiele für auch auf Verbraucher anzuwendende Regelungen seien genannt: Handelsbräuche waren auch für den Nichtkaufmann relevant⁴⁶, die *laesio enormis* war ausgeschlossen⁴⁷, unabhängig vom Grad des Verschuldens war stets auch der entgangene Gewinn zu ersetzen⁴⁸ und für Konventionalstrafen entfiel das richterliche Ermäßigungsrecht^{49, 50}.

Nur schleppend und etappenweise konnte die Anwendung dieses unternehmensbezogenen, von den Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechts abweichenden, Privatrechts auf Verbraucher zurückgenommen werden.

Da die wirtschaftliche Situation des zu Ende gehenden 19. Jahrhunderts durch die augenscheinliche Diskrepanz zwischen der durch die Massenproduktion geförderten Menge an verfügbaren Waren und der geringen Kaufkraft bzw dem Mangel an sofort verfügbarem Kapital größter Teile der Bevölkerung gekennzeichnet war, musste aus ökonomischer Sicht ein Vehikel zur Überbrückung dieses Zustands geschaffen werden.⁵¹ Eine mögliche wie lukrative Lösung wurde in der Entwicklung des Ratengeschäfts gesehen – Bevölkerungsschichten, denen bislang vor allem höherwertige Konsumgüter versagt blieben, konnten so als neue Konsumenten akquiriert werden. Die positive gesamtwirtschaftliche Auswirkung war jedoch durch zahlreiche Gefahren, vor allem jener der

⁴⁴ RGBI 1863/1.

⁴⁵ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 39.

⁴⁶ Art 279 AHGB.

⁴⁷ Art 286 AHGB.

⁴⁸ Art 283 AHGB.

⁴⁹ Art 284 AHGB.

⁵⁰ Vgl hierzu sowie zur Entstehungsgeschichte *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 39 ff.

⁵¹ Vgl *Stolte*, Versandhandel und Verbraucherschutz 36.

Übervorteilung, für den Käufer verknüpft. Der Gesetzgeber war gefordert, seine Schutzfunktion durch einschlägige Regelungen wahrzunehmen – und kam dieser Aufgabe mit dem Ratengesetz vom 27.04.1896⁵² nach.

Das Ratengesetz kann als Geburtsstunde moderner Verbraucherschutzdogmatik gewertet werden: Das Prinzip der Vertragsfreiheit wurde zum Teil durch die Maxime des Verbraucherschutzes relativiert und ersetzt. Konkret wurden mit dem Ratengesetz erstmals einige Normen des AHGB revidiert, es trug so zum schrittweisen Abbau der oben skizzierten Regelungen bei.⁵³

Der Wirtschaftsaufschwung der österreichischen Nachkriegszeit zog als logische Konsequenz das Streben der Mehrheitsbevölkerung nach dem Erwerb von Konsumgütern und damit einen wahren „Boom“ des Ratengeschäfts nach sich. Den größten Unterschied zu Ratengeschäften des 19. Jahrhunderts stellte der Wandel des Gläubigers dar: An die Stelle der Verkäufer selbst traten nach und nach Banken, der drittfinanzierte Kauf durch Teilzahlungsbanken trug entscheidend zum raschen Anwachsen des Kundenkreises bei.⁵⁴

Das diese Konsequenzen berücksichtigende Ratengesetz 1961⁵⁵ bedeutete vor allem eine Weiterentwicklung des Schutzes des Verbrauchers vor sich selbst: Offenbar von einer prinzipiellen Unterlegenheit und auch Unerfahrenheit ausgehend, war beispielsweise die Laufzeit der Kaufpreiskreditierung beschränkt, eine Mindestanzahlung geboten sowie die Ausstellung eines Ratenbriefes verpflichtend vorgesehen.⁵⁶

F. DIE INSTITUTIONELLE STRUKTUR DES VERBRAUCHERSCHUTZES IN ÖSTERREICH UND DER EUROPÄISCHEN UNION

1. Die institutionelle Struktur des Verbraucherschutzes in Österreich

Institutionell betrachtet wurde von der Arbeiterkammer im Oktober 1954 ein „Verein für Einkaufsberatung“ gegründet, der 1956/57 vom Österreichischen Gewerkschaftsbund eine verwandte Organisation zur Seite gestellt bekam.⁵⁷ Der Verein stellte 1960 seine Arbeit ein, ab 01.01.1961 sollte der bis heute existierende „Verein für Konsumenteninformation“ (VKI), zu dessen Mitgliedern auch die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (BAK), die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ),

⁵² RGBI Nr. 70/1896.

⁵³ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 74.

⁵⁴ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 102.

⁵⁵ BGBl 1961/279.

⁵⁶ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 102 f.

⁵⁷ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucher und Recht 114.

der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) sowie die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreich (PKLKÖ) selbst zählen⁵⁸, seine Agenden übernehmen. Ebenfalls seit 1961 publiziert der Verein die Zeitschrift „Konsument“, die seit 1967 monatlich erscheint.

2. Die institutionelle Struktur des Verbraucherschutzes in der Europäischen Union

Im April 1968 wurde von der Kommission innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb ein „Dienst für Verbraucherfragen“ errichtet, der 1973 als Resultat der Pariser Gipfelkonferenz von 1972 zur „Dienststelle für Umweltfragen und Verbraucherschutz“ avancierte.⁵⁹

1981 erhielt die Dienststelle die Bezeichnung Generaldirektion (GD) XI und trug nunmehr die Kompetenz für Umwelt-, Verbraucherschutzagenden.⁶⁰ Im Februar 1989 wurde der Verbraucherschutz erstmals vom Umweltschutz, der in der GD XI verblieb, getrennt und ressortierte fortan zum neu geschaffenen unabhängigen, also nicht einer Generaldirektion zugeordneten "Dienst Verbraucherpolitik der Kommission".⁶¹

Mittels Kommissions-Beschluss vom 22.03.1995 wurde 1996 eine eigene, einem Kommissionsmitglied unterstellte Generaldirektion, die „GD XXIV – Verbraucherpolitik“ (noch ohne Erwähnung des Gesundheitsschutzes) erschaffen, die am 01.04.1997 um den verbraucherschützenden Gesundheitsschutz erweitert, in GD für „Verbraucherpolitik und Gesundheitsschutz der Verbraucher“ umbenannt und im Zuge der BSE-Krise ab 1997 mit einem größeren Mitarbeiterstab und weiteren Kompetenzen im Lebensmittelbereich ausgestattet wurde.⁶² Erst seit dem 29.09.1999 trägt die GD XXIV ihre jetzige Bezeichnung „Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz“ (intern wird sie üblicherweise nach der französischen Bezeichnung mit „SANCO“⁶³ abgekürzt).⁶⁴

⁵⁸ Diese werden als „*ordentliche Vereinsmitglieder*“ geführt, während die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz als „*außerordentliches Mitglied*“ aufscheint, vgl <http://www.konsument.at/cs/Satellite?pagename=Konsument/Artikel/Detail&cid=28820>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011.

⁵⁹ Vgl von Hippel, Verbraucherschutz³ (1986) 18 f. Rösler merkt an, dass seitdem der Verbraucherschutz „*in einem institutionellen Zickzackkurs*“ (bis zur Schaffung der eigenständigen Generaldirektion, hiezu sogleich) verlaufen ist, vgl Rösler, 30 Jahre Verbraucherpolitik, ZfRV 2005, 134 (146).

⁶⁰ Vgl von Hippel, Verbraucherschutz³ 18.

⁶¹ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 146.

⁶² Vgl ebd.

⁶³ „DG de la **santé** et des **consommateurs**“.

⁶⁴ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 146.

II. DIE KOMPETENZRECHTLICHEN GRUNDLAGEN DES VERBRAUCHERSCHUTZES IM PRIMÄRRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION

A. DER GRUNDLAGENVERTRAG VON LISSABON

Mit Inkrafttreten des „Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007“⁶⁵ am 1. Dezember 2009 wurde die Verfasstheit der Europäischen Union auf neue rechtliche Beine gestellt.⁶⁶ Während der „Vertrag über die Europäische Union“ (EU) zwar inhaltlich geändert, aber namentlich als solcher beibehalten wurde, firmiert der EG-Vertrag nunmehr unter dem Titel „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV). Gemäß Art 1 Abs 3 Satz 2 EU stehen beide Verträge im gleichen Rang.

Die wichtigste Neuerung betrifft die Neuorganisation der Europäischen Union: Durch Aufhebung des ehemaligen Art 281 EG erlischt die Europäische Gemeinschaft als eigenständige Rechtspersönlichkeit, ihre Rechte und Pflichten gehen gem Art 1 Abs 3 Satz 3 EU auf die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin über. Die Union selbst ist nunmehr mit Rechtspersönlichkeit versehen und durch den Vertrag von Lissabon durch eine „*rechtliche Alleinstellung in der Integrationsarchitektur*“⁶⁷ ausgezeichnet. Die Geltung aller Rechtsakte der EG, gleich ob es sich um Richtlinien, Verordnungen, völkerrechtliche Verträge oder andere Akte handelt, wird nicht berührt, die Europäische Union agiert gleichsam als „Universalsukzessor“ und muss im Falle der Aufhebung oder Änderung von im Rahmen der EG ergangenen Sekundärrechtsregelungen gemäß den Bestimmungen des EU und des AEUV vorgehen.⁶⁸ Da die Europäische Gemeinschaft wie überhaupt das „Drei-Säulen-Modell“ (EU-Vertrag als Dach über den Säulen Europäische Gemeinschaften; Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik; Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit)⁶⁹ untergegangen ist, wurde in zahlreichen Bestimmungen der Verträge das Wort „Gemeinschaft“ durch „Union“⁷⁰ ersetzt, aber sonst keine inhaltlichen

⁶⁵ ABI 2007 C 306, 1 ff.

⁶⁶ Vgl zur Entwicklung des Vertrags *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU² (2008) 16 ff. Zu den Auswirkungen des Vertrages von Lissabon auf die Privatrechtsangleichung vgl *Streinz*, Der Vertrag von Lissabon und die Privatrechtsangleichung, in *Stürner* (Hrsg), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010) 23 (32 ff).

⁶⁷ *Streinz/Ohler/Herrmann*, Lissabon 40.

⁶⁸ Vgl *Streinz/Ohler/Herrmann*, Lissabon 41 f.

⁶⁹ Vgl dazu *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) 44.

⁷⁰ Im Laufe der vorliegenden Arbeit wird daher stets auf das „Unionsrecht“ bzw „unionsrechtliche“ Regelungen und den „Unionsgesetzgeber“ verwiesen; lediglich für Sachverhalte vor In-Kraft-Treten des „Vertrags von

Änderungen vorgenommen – in diesem Fall wird in weiterer Folge bei sonstiger Inhaltsidentität nicht mehr gesondert auf diesen Umstand hingewiesen.

Wenn in dieser Arbeit auf Bestimmungen des AEUV rekurriert wird, wird stets auf die neue Nummerierung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁷¹ (und nicht etwa auf jene im Vertrag von Lissabon) verwiesen.

B. DIE RECHTSETZUNGSKOMPETENZEN DER EUROPÄISCHEN UNION

Die Rechtsetzungsbefugnis der Europäischen Gemeinschaft basiert auf dem Abschluss des EWG-Vertrages von 1957⁷². Die durch diese Vereinbarung zugebilligte originäre Gesetzgebungskompetenz⁷³ der supranationalen Gemeinschaft lässt hinsichtlich ihrer notwendigen Abgrenzung von jener der einzelnen Mitgliedstaaten zahlreiche Fragen offen. Fest steht, dass die Union „*nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig*“ wird, „*die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben.*“⁷⁴ („Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“). Diese Zuständigkeiten sind ihrerseits in den konkreten Bestimmungen über die einzelnen Wirtschaftsmaterien im Vertrag definiert.⁷⁵

Durch den Vertrag von Lissabon wird das bislang nicht ausdrücklich erwähnte, aber allgemein anerkannte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung also explizit in Art 5 Abs 1 Satz 1 bzw Abs 2 EU als Kompetenzabgrenzungsgrundsatz statuiert. Ebenfalls wird nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass die Union über ausschließliche Zuständigkeit (Art 2 Abs 1 AEUV), über geteilte (Art 2 Abs 2 AEUV)⁷⁶ oder auch über bloß ergänzende Kompetenz (Art 2 Abs 5 AEUV) verfügen kann. Art 4 Abs

Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007“ wird auf das „Gemeinschaftsrecht“ bzw „gemeinschaftsrechtliche“ Regelungen und den „Gemeinschaftsgesetzgeber“ abgestellt.

⁷¹ Vgl die Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2008 C 115, 47 ff.

⁷² Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957, in Kraft getreten am 01.01.1958.

⁷³ Vgl Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen (1990) 20.

⁷⁴ Art 5 Abs 2 EU; vgl zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung (2001) 55 ff; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 132 f; Streinz in ders (Hrsg), EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft (2003) Art 5 EGV Rz 7 ff.

⁷⁵ Vgl Zischka, Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes – Unter besonderer Berücksichtigung des Werberechts (1997) 27 ff; Sloot, Die Lehre von den implied powers im Recht der Europäischen Gemeinschaften (2005) 63 ff; Steindorff, EG-Kompetenzen 18 f.

⁷⁶ Wiewohl die Überschrift „Geteilte Zuständigkeit“ zuweilen als „Etikettenschwindel“ bezeichnet wird, da sich dahinter sowohl die ehemals konkurrierenden Kompetenzen als auch die zuvor als parallele Kompetenzen (vgl

1 AEUV enthält die Grundregel, dass sämtliche vom Vertrag der Union zugewiesenen Zuständigkeiten geteilte Kompetenzen sind, es sei denn sie werden in Art 3 AEUV (ausschließliche Kompetenzen) oder Art 6 AEUV (Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen) genannt.

Sowohl der Bereich „Binnenmarkt“ als auch jener des „Verbraucherschutzes“ werden gem Art 4 Abs 2 lit a bzw lit f AEUV als zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten bezeichnet. Die Mitgliedstaaten können ihre Zuständigkeit also insoweit wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihrerseits nicht tätig geworden ist bzw entschieden hat, ihre Kompetenz nicht mehr auszuüben (Art 2 Abs 2 AEUV).

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kann in zwei Fällen durchbrochen werden:

Einerseits durch die (für die vorliegende Untersuchung wenig bedeutsame) vom EuGH anerkannte⁷⁷ Lehre der „Implied Powers“, derzufolge die Gemeinschaft neben den explizit festgeschriebenen auch über jene Kompetenzen verfügt, die sie zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben benötigt. Ausgangspunkt dieser Theorie bildet die teleologische Auslegung einer ausdrücklichen Kompetenznorm, deren „nützliche Wirksamkeit“ („effet utile“) zu effektuieren sei.⁷⁸ Die Lehre der „Implied Powers“ ist in diesem Sinne ohne Probleme mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vereinbar, da sie keine außerhalb der originären Kompetenzen liegenden Befugnisse der Gemeinschaft konstituiert, sondern bloß die der Gemeinschaft ohnedies zustehenden möglichst wirkungsvoll auszuführen sucht.⁷⁹

Der zweite Fall einer Abweichung vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung soll im Rahmen dieser Arbeit näher beleuchtet werden: Für besonders bedeutsame Kompetenzbereiche enthält der AEUV eine finale Kompetenzzuweisung, welche nicht an Sachmaterien orientiert ist.⁸⁰ Diese findet sich insbesondere in den Rechtsangleichungsnormen der Art 114 AEUV (Art 95 EG; Art 100a EWGV) und Art 115 AEUV (Art 94 EG; Art 100 EWGV) sowie in der (für die vorliegende

Art 4 Abs 3 und 4 AEUV) umschriebenen Politik- und Rechtsfelder finden lassen, vgl *Streinz/Ohler/Herrmann*, Lissabon 88.

⁷⁷ Vgl EuGH, Rs C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg 1955/56, 297, 312; EuGH, Rs C-22/70, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg 1971, 263 Rn 6 ff.

⁷⁸ Vgl EuGH, Rs C-20/59, *Italienische Republik/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg 1960, 683, 708; *Sloot*, Implied powers 24 ff, 32 ff; *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004) 178 f.

⁷⁹ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 34; *Sloot*, Implied powers 28.

⁸⁰ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 31 ff, 47 ff, 61 ff.

Fragestellung nicht relevanten) Kompetenzergänzungsnorm des Art 352 AEUV (Art 308 EG; Art 235 EWGV)⁸¹.

C. DIE STELLUNG DES VERBRAUCHERRECHTS IM EWG-VERTRAG

Der EWG-Vertrag von 1957⁸² kannte die Verbraucherpolitik noch nicht als eigenständigen Politikbereich der Gemeinschaft.⁸³ Nach dem Verständnis der Gründungsväter sollte sich wohl automatisch durch den Gemeinsamen Markt sowie den freien Wettbewerb ein gewisses Schutzniveau einstellen.⁸⁴ Der EWGV war daher zunächst stark „produktivistisch“ im Sinne von anbieterorientiert ausgestaltet, in seinem Bemühen um die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes waren die primären Adressaten seiner Regelungen die Produzenten ökonomischer Werte.⁸⁵ Nichtsdestotrotz sah der EWGV, wie in der Präambel⁸⁶ und in Art 2 EWGV⁸⁷ erkennbar wird, darin bloß ein Vehikel zur Verwirklichung des Zieles gesteigerter Lebensqualität und Verbraucherwohlfahrt.⁸⁸

Der Begriff „Verbraucher“ fand sich dieser Logik entsprechend auch bloß an wenigen (insgesamt fünf) Stellen wieder, so zB in Art 85 Abs 3⁸⁹ (Art 101 Abs 3 AEUV; Art 81 Abs 3 EG) zum Thema

⁸¹ Dazu insb *Steindorff*, EG-Kompetenzen 112 ff; *Sloot*, Implied powers 72 ff.

⁸² Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.03.1957, in Kraft getreten am 01.01.1958. Im Folgenden wird die Bezeichnung „EWGV“ für Normen herangezogen, die schon vor Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags über die Europäische Union Bestandteil des Primärrechts waren. Die im Zuge der Umbenennung der EWG in EG vorgenommene Namensänderung des EWGV in EGV wird ab 1992 berücksichtigt. Auf die jeweils aktuelle Norm (AEUV) bzw die Vorgängerbestimmung vor Inkrafttreten des Grundlagenvertrags von Lissabon (EG) wird im Klammerausdruck verwiesen.

⁸³ Vgl *Lehmann*, Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht (2000) 32; *Rösler*, ZfRV 2005, 135; *Krämer*, EWG-Verbraucherrecht (1985) Rz 1 ff.

⁸⁴ Vgl *Riepl*, Europäischer Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft (2002) 25; *Lehmann*, Rezeption 32 f.

⁸⁵ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ (2003) 14, gleichlautend *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 25 f; vgl auch *Grub* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EUV/EGV - Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁴ (2006) Art 153 EGV Rz 4.

⁸⁶ „[...] in dem Vorsatz, die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel anzustreben“.

⁸⁷ „Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.“

⁸⁸ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 14. *Reich* spricht an dieser Stelle von einem durch „klassisches Freihandelsdenken“ geprägten Integrationsverständnis der EWG.

⁸⁹ „[...] unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn [...]“ im Falle der Freistellung vom Kartellverbot.

Kartellrecht oder in Art 39 Abs 1 lit e⁹⁰ (Art 39 Abs 1 lit e AEUV; Art 33 Abs 1 lit e EG) bzw Art 40 Abs 3⁹¹ (Art 40 Abs 2 AEUV; Art 34 Abs 2 EG) zur Agrarpolitik.⁹²

Die „Kompetenzfrage“ in Bezug auf das europäische Verbraucherrecht stellte sich anfangs in überschaubarem Ausmaß, da die generelle Angleichungsnorm Art 100 EWGV (Art 115 AEUV; Art 94 EG), welche die Harmonisierung der unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes abzielenden mitgliedstaatlichen Vorschriften bezweckte, herangezogen werden konnte. Der Begriff der Harmonisierung wird im Vertrag im Übrigen nicht weiter definiert⁹³, auch der Lissabon-Vertrag enthält trotz mehrmaliger Erwähnung⁹⁴ keine explizite Erklärung des Begriffs.

D. DAS VERBRAUCHERRECHT UND MARKTINTEGRATIVE KOMPETENZNORMEN

1. „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ – Die Rechtslage vor Inkrafttreten des AEUV

a) Begriffsabgrenzung und Beseitigung der Hindernisse

Das europäische Primärrecht bedient sich bis heute prinzipiell funktionaler Ermächtigungsnormen⁹⁵: Die Entwicklung eines intakten und effizienten Binnenmarktes steht im Mittelpunkt seines Regelungstelos.⁹⁶

Bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AEUV enthielt der EG-Vertrag noch die Differenzierung zwischen dem „Gemeinsamen Markt“ und dem „Binnenmarkt“. Die Termini „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ waren in diesem Zusammenhang keineswegs als ein und derselbe Begriff zu verstehen⁹⁷, sondern als ein gleichsam einem Subordinationsprinzip folgendes Begriffspaar⁹⁸: Eines

⁹⁰ „[...] *Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen* [...]“.

⁹¹ „[...] *jede Diskriminierung zwischen Erzeugern und Verbrauchern innerhalb der Gemeinschaft auszuschließen*.“.

⁹² Vgl *Höland*, Leitbilder des europäischen Verbraucherrechts, in *Krämer/Micklitz/Tonner* (Hrsg), *Law and diffuse interests in the European Legal Order – Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung*. Liber amicorum Norbert Reich (1997) 195 (197 f); *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998) 44 f; *van Miert*, Verbraucher und Binnenmarkt – Drei-Jahres-Aktionsplan der Kommission, *EuZW* 1990, 401; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 25; *Lehmann*, Rezeption 32; *Krämer*, EWG-Verbraucherrecht Rz 2 ff.

⁹³ Vgl *Streinz*, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in *Everling/Roth* (Hrsg), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt: Referate des 7. Bonner Europa-Symposiums vom 27. April 1996* (1997) 9 (17); *Wagner*, Mindestharmonisierung 18.

⁹⁴ Vgl etwa Art 2 Abs 5, Art 19 Abs 2, Art 79 Abs 4, Art 84, Art 113 oder Art 149 AEUV.

⁹⁵ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 56 f.

⁹⁶ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 77.

⁹⁷ Vgl zu den einzelnen Theorien zum Verhältnis der beiden Begriffe *Wagner*, Mindestharmonisierung 22 ff.

der primären Ziele der Gemeinschaft, nämlich die Sicherung des hohen Beschäftigungsniveaus sowie die Anhebung der Lebensstandards innerhalb der Mitgliedstaaten, sollte beispielsweise gemäß Art 2 EG durch die Errichtung eines „Gemeinsamen Marktes“ erreicht werden. Elemente dieses Gemeinsamen Marktes waren die Zollunion und die vier Grundfreiheiten (freier Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr), der freie Wettbewerb sowie die gemeinsame Landwirtschafts-, Verkehrs- und Handelspolitik.⁹⁹ Teil dieses Gemeinsamen Marktes und damit als Rechtsbegriff enger gefasst war demnach der Binnenmarkt, der ja bis heute durch die vier Grundfreiheiten charakterisiert und abgegrenzt ist. (Art 26 Abs 2 AEUV, Art 14 Abs 2 EG).¹⁰⁰

Als Maßnahme für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sah Art 3 Abs 1 lit h EG „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ vor.¹⁰¹

Aber auch die Beseitigung aller Hindernisse, die der Entwicklung bzw der Verwirklichung der vier Grundfreiheiten, also der Warenverkehrsfreiheit (Art 28 ff AEUV, Art 23 ff EG), der Personenverkehrsfreiheit (Art 45 ff AEUV, Art 39 ff EG), der Dienstleistungsfreiheit (Art 56 ff AEUV, Art 49 ff EG) und der Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 ff AEUV, Art 56 ff EG), also global betrachtet der Genese des Binnenmarktes, entgegenstehen, wurde durch das System der Rechtsangleichung zu erzielen versucht.¹⁰²

Durch Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags verabschiedete sich die Union von dieser Zweiteilung, relevant ist nur mehr der, schon bislang dominante, Binnenmarkt-Begriff. Dieser wird in Art 26 Abs 2 AEUV ident mit Art 14 Abs 2 EG definiert, die Union verfügt über die Befugnis, entsprechend der einschlägigen primärrechtlichen Maßgaben, den Binnenmarkt zu verwirklichen sowie, und dieser Halbsatz kam im AEUV neu hinzu, dessen Funktionieren zu gewährleisten. (vgl Art 26 Abs 1 AEUV)

b) Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung

Von Bedeutung erscheint in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung¹⁰³: Da die Vereinheitlichung auf Gemeinschaftsebene ausschließlich

⁹⁸ Vgl auch *Ress*, Löst Art 100 a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung des einheitlichen Binnenmarktes?, in *ders* (Hrsg), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung (1987) 9 (13).

⁹⁹ Vgl *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁵ (2006) Rz 689, 938.

¹⁰⁰ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 77. Selber Meinung, unter Darlegung der teilweise abweichenden Rsp des EuGH *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 94 ff; im Ergebnis ebenso *Wagner*, Mindestharmonisierung 26.

¹⁰¹ Vgl *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁵ Rz 938; *Steindorff*, EG-Kompetenzen 92.

¹⁰² Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 77 f. Zum Problem widerstreitender einzelstaatlicher oder sektorindustrieller Interessen bei der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung vgl *Simitis*, Verbraucherschutz 180 ff.

¹⁰³ Vgl *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht² Rz 154 ff.

mittels des Rechtsinstruments der (für Mitgliedstaaten unmittelbar geltenden und in allen Teilen verbindlichen¹⁰⁴) Verordnung umsetzbar wäre und die allgemeine und erste Binnenmarktskompetenznorm des Art 100 EWGV (Art 115 AEUV, Art 94 EG) als Rechtsgrundlage der Angleichungsnormen für deren Erlass keine Grundlage bot, muss von der tendenziellen Absicht der Harmonisierung durch Rechtsangleichung ausgegangen werden.¹⁰⁵

„Rechtsangleichung“ ist schon terminologisch nicht mit „Rechtsvereinheitlichung“ gleichzustellen: Die entsprechenden Rechtsvorschriften sollen nicht gleichgeschaltet, sondern bloß angenähert werden¹⁰⁶: *„Rechtsangleichung ist ein wesensmäßiges Minus zur vollständigen Rechtsvereinheitlichung“*¹⁰⁷. Die Harmonisierungsdichte bleibt nichtsdestotrotz auch bei der Rechtsangleichung offen, sowohl mindest- als auch vollharmonisierende Regelungen kommen demnach in Betracht.¹⁰⁸ Die Rechtsangleichung bezweckt einerseits die Überwindung der auf unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen basierenden Beschränkungen sowie andererseits die volle Ausschöpfung der durch die Freizügigkeiten eröffneten Möglichkeiten.¹⁰⁹ Dass zahlreiche Vorschläge der Kommission (vor allem in den 1980er Jahren) in ihrer detaillierten Ausformulierung wesentlich zu Instrumenten der Rechtsvereinheitlichung mutierten, kann als Resultat der strikten Binnenmarktfinalität europäischer Verbraucherrechtsnormen mit dem Ziel der Beseitigung aller Wettbewerbsverzerrungen gewertet werden.¹¹⁰

Die Rechtsangleichung durch die Gemeinschaft schränkt den Entscheidungsspielraum der nationalen Gesetzgeber nachhaltig ein.¹¹¹ Zu begründen ist dies jedoch mit ihrer nachhaltigen Funktion im größeren Ganzen des kompletten Integrationsprogramms.¹¹²

¹⁰⁴ Vgl Art 249 Abs 2 EG.

¹⁰⁵ Vgl *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁵ Rz 939, 941. *Streinz* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 17, setzt die Begriffe „Angleichung“ und „Harmonisierung“ gleich.

¹⁰⁶ Vgl *Basedow*, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in: *Schnyder/Heiss/Rudisch* (Hrsg), Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz – Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides (1995) 11 (16), der den französischen Begriff „*rapprochement*“ als zutreffenden Terminus qualifiziert.

¹⁰⁷ *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 94 Rz 17.

¹⁰⁸ Vgl *Streinz* in *ders*, EUV/EGV Art 3 EG, Rz 27.

¹⁰⁹ Vgl *Steindorff*, EG-Kompetenzen 85 f.

¹¹⁰ Vgl *Basedow* in FS Reichert-Facilides 16.

¹¹¹ Vgl *Basedow* in FS Reichert-Facilides 15.

¹¹² „Die Rechtsangleichung ist ja kein Selbstzweck, sie dient auch nicht dem naturrechtlichen Ideal, ein einheitliches Recht für die gesamte Menschheit zu schaffen, sondern ist durch spezifische Zwecke begründet und nur insoweit legitimiert.“, so *Basedow* in FS Reichert-Facilides 15; aA offenbar *Taschner*, Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht, in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 159 (173).

2. Der gesundheitliche Verbraucherschutz

Der Verbraucherschutz im Sinne eines verbraucherrechtlichen Gesundheitsschutzes kann ohne weiteres als zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes bzw des Binnenmarktes notwendig erachtet werden: Dies ergibt sich schon aus den Art 34 AEUV (Art 28 EG, Art 30 EWGV) und Art 36 AEUV (Art 30 EG, Art 36 EWGV), wonach das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen ausnahmsweise durch erlaubte mitgliedstaatliche Handelshemmnisse, die „zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen [...] gerechtfertigt sind“ aufgehoben wird. Diese nationalen Vorschriften dürfen also unionsrechtlich gebilligt den freien Warenverkehr beeinträchtigen, womit indirekt die Auswirkung des verbraucherrechtlichen Gesundheitsschutzes auf den Binnenmarkt anerkannt wird.¹¹³ Gestützt wird diese Ansicht durch eine EuGH-Entscheidung aus dem Jahr 1994, die für den Bereich der Produktsicherheit die Legitimität der auf einer funktional binnenmarktsbezogenen Kompetenznorm basierenden Verbraucherrechtsgesetzgebung feststellt: „Der freie Warenverkehr kann nämlich nur garantiert werden, wenn die Sicherheitsanforderungen für die Produkte in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht erheblich voneinander abweichen“¹¹⁴. Gleichsam e contrario zu Art 36 AEUV (Art 30 EG, Art 36 EWGV), der die Grundlage für den Binnenmarkt einschränkend tangierende mitgliedstaatliche Regelungen bildet, kann der Unionsgesetzgeber mittels der funktionalen Rechtsangleichungsnorm Art 114 AEUV (Art 95 EG, Art 100a EWGV) diesen Zustand beseitigen und ein gemeinschaftsweit einheitliches Niveau gewährleisten.¹¹⁵

3. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz

Doch auch wirtschaftliche Interessen des Verbrauchers können im Rahmen der Rechtsangleichung nach Art 114 AEUV (Art 95 EG, Art 100a EWGV) unionsrechtlich berücksichtigt werden: Schon im oftmals zitierten „Cassis de Dijon“-Judikat hat der EuGH festgehalten, dass auch abseits der im damaligen Art 36 EWGV genannten Rechtfertigungsgründe „zwingende Erfordernisse“¹¹⁶ mitgliedstaatliche Abweichungen legitimieren können. Diese „zwingenden Erfordernisse“ seien gleichsam als ungeschriebene negative Tatbestandsmerkmale des Art 30 EWGV (Art 34 AEUV, Art 28 EG) anzusehen und durch zwei Voraussetzungen bedingt: Erstens müsse die Maßnahme ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel verfolgen¹¹⁷, der EuGH erachtet neben den in Art 36 EWGV (Art

¹¹³ Vgl Zischka, Rechtsetzungskompetenzen 60.

¹¹⁴ EuGH, Rs C-359/92, BRD/Rat, Slg 1994, I-3681 Rn 34.

¹¹⁵ Vgl Zischka, Rechtsetzungskompetenzen 60.

¹¹⁶ EuGH, Rs C-120/78, REWE/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis-de-Dijon), Slg 1979, 649 Rn 8.

¹¹⁷ Vgl EuGH, Rs C-120/78, Slg 1979, 649 Rn 14; Geiger EUV/EGV – Kommentar: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁴ (2004) Art 28 EGV Rz 19; Steindorff, EG-Kompetenzen 84.

36 AEUV, Art 30 EG) genannten Rechtsgütern auch den Verbraucherschutz als gleichwertig¹¹⁸. Zweitens müsse die einzelstaatliche Regelung zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig in Relation zur Bedeutung des Gemeinschaftsgrundsatzes des freien Warenverkehrs sein.¹¹⁹ Auch im Bereich der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers kann also, wie eben dargelegt, problemlos eine kausale Verbindung zum Binnenmarkt hergestellt werden, welche die Harmonisierungskompetenz des Unionsgesetzgebers rechtfertigt.

E. DIE KOMPETENZRECHTSLAGE VOR IN-KRAFT-TRETEN DES EUV

1. Art 100 EWGV

Die in Art 100 EWGV (Art 115 AEUV, Art 94 EG) vorgesehene Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften, soweit sie unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes abzielten, erforderte Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten.¹²⁰ Da die auf den beiden Verbraucherschutzprogrammen von 1975¹²¹ und 1981¹²² fußenden Maßnahmen ebenfalls bloß auf Art 100 EWGV gestützt werden konnten, wurden die dem Einstimmigkeitserfordernis immanenten Schwierigkeiten immer augenscheinlicher.¹²³

Erst die Einheitliche Europäische Akte (EEA)¹²⁴ initiierte durch die neue Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung bei Maßnahmen der Binnenmarktverwirklichung gem Art 100a EWGV eine kompetenzrechtliche Debatte¹²⁵:

2. Art 100a EWGV

Art 100a EWGV war als Sonderregelung und *lex specialis* zu Art 100 EWGV konzipiert. Die Bestimmung brachte eine Reihe von Novationen, um das (durch den ebenfalls mit der EEA eingeführten Art 8a EWGV) vorgegebene Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes bis zum

¹¹⁸ Vgl EuGH, Rs C-120/78, Slg 1979, 649 Rn 8; Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*⁴ 83 ff.

¹¹⁹ Vgl EuGH, Rs C-221/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Republik Österreich*, Slg 2003, I-1007 Rn 47, 52, 54; Zischka, *Rechtsetzungskompetenzen* 132.

¹²⁰ Vgl Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*⁴ 31 f.

¹²¹ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl 1975 C 92, 2.

¹²² Entschließung des Rates vom 19. Mai 1981 betreffend ein zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl 1981 C 133, 1 (Anhang).

¹²³ Vgl Riepl, *Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft* 28.

¹²⁴ Einheitliche Europäische Akte vom 28.02.1986, in Kraft getreten am 01.07.1987, ABl 1987 L 169, 1.

¹²⁵ Vgl Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*⁴ 32.

31.12.1992 zu erreichen.¹²⁶ Als Anwendungsvoraussetzung sollte ausreichen, wenn bereits bestehende gleichwertige Regelungen diesem Ziel nicht gerecht werden; eine Regelungsdisparität innerhalb der Mitgliedstaaten musste nicht vorliegen.¹²⁷

Die unübersehbare, in ihrem Streben nach Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt¹²⁸ begründete Verwandtschaft der Art 100a EWGV und Art 100 EWGV macht es notwendig, die Unterschiede in detail auszumachen:

- a) Der Kompromisscharakter des Art 100 EWGV, der sich in Minimalmaßnahmen bei den darauf fußenden Richtlinien manifestierte¹²⁹, wurde nun dahingehend verändert, dass Mehrheitsbeschlüsse möglich wurden.¹³⁰ Die Möglichkeit der Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit erleichterte die Verhandlungssituation ungemein.¹³¹

- b) Drittens konnten nun alle Maßnahmen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes betrafen, getroffen werden.¹³² Während Art 100 EWGV auf die Handlungsform der Richtlinie limitiert war¹³³, war Art 100a EWGV nicht mehr auf diese Regelungstechnik fixiert.¹³⁴ Nichtsdestotrotz ist gemäß einer Erklärung der „Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“, die in der Schlussakte der EEA enthalten ist, im Falle einer notwendig gewordenen Änderung innerstaatlicher Rechtsvorschriften durch einen auf Art 100a fußenden Rechtsakt die Rechtsform der Richtlinie zu präferieren¹³⁵, dennoch wurden vereinzelt auch im Bereich des Privatrechts Verordnungen auf dieser Rechtsgrundlage erlassen¹³⁶

¹²⁶ Vgl die Erklärung der damals 12 Mitgliedstaaten zu Artikel 8a des EWG-Vertrages, AB1 1987 L 169, 24: „Die Konferenz möchte mit Artikel 8a den festen politischen Willen zum Ausdruck bringen, vor dem 1. Januar 1993 Beschlüsse zu fassen, die zur Verwirklichung des in diesem Artikel beschriebenen Binnenmarktes erforderlich sind, und zwar insbesondere die Beschlüsse, die zur Ausführung des von der Kommission in dem Weissbuch über den Binnenmarkt aufgestellten Programms notwendig sind. Die Festsetzung des Termins ‚31. Dezember 1992‘ bringt keine automatische rechtliche Wirkung mit sich.“

¹²⁷ Vgl Zischka, Rechtsetzungskompetenzen 50.

¹²⁸ Vgl Steindorff, EG-Kompetenzen 105.

¹²⁹ Vgl Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 28.

¹³⁰ Vgl Franzen, Privatrechtsangleichung 93 f.; Lehmann, Rezeption 33; Ress in ders, Rechtsangleichung 11, 13 ff; zur Frage der Legitimation einer bloß mit qualifizierter Mehrheit durchgeführten Rechtsangleichung vgl Taschner, Qualifizierte Mehrheit für Maßnahmen zur Rechtsangleichung in Ress, Rechtsangleichung 88 (90 ff).

¹³¹ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 142 f.

¹³² Zum „Binnenmarktziel“ vgl Lehmann, Rezeption 34 ff.

¹³³ Vgl Franzen, Privatrechtsangleichung 93.

¹³⁴ Vgl Steindorff, EG-Kompetenzen 104; Taschner in Everling/Roth, Mindestharmonisierung 160; Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 32. Das dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Subsidiaritätsprotokoll (näheres dazu unten) forderte allerdings die Präferenz von Richtlinien, vgl Reich ebd; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁵ Rz 941.

¹³⁵ Vgl Einheitliche Europäische Akte vom 28.02.1986, AB1 1987 L 169, 24. Zum rechtlich vagen Charakter dieser Erklärung und zum dennoch weiten Ermessensspielraum der Kommission vgl Ress in ders, Rechtsangleichung 14 ff.

¹³⁶ Vgl Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002) 174.

- c) Dem Wortlaut folgend, sollte es im Gegensatz zu Art 100 EWGV nun ausreichen, wenn die Maßnahmen sich bloß mittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, auf die Erwähnung des Wortes „unmittelbar“ wurde bei Art 100a EWGV verzichtet.¹³⁷ Dennoch ergibt die systematische Auslegung, dass durch Art 100a EWGV primär eine Regelung der Verfahrenserleichterung erzielt werden sollte, die das Erfordernis der unmittelbaren Auswirkung der anzulegenden Vorschriften auf den Gemeinsamen Markt bzw den Binnenmarkt unberührt lassen sollte.¹³⁸
- d) Die hinter der Neuregelung stehende Vorstellung des Verbraucherschutzes war jene einer flankierenden Maßnahme zur Herstellung des Binnenmarktes. Die Kommission musste nun in ihren Vorschlägen von einem „hohen Schutzniveau“ (Abs 3) auch im Bereich des Verbraucherschutzes ausgehen. Die spezielle Ausprägung der zwischenzeitlich in Art 153 Abs 2 EG enthaltenen und nunmehr in Art 12 AEUV sogar eigenständigen „Querschnittsklausel“ beabsichtigte die Gewährleistung des hohen Schutzniveaus auch bei der Rechtsangleichung im Binnenmarkt¹³⁹, gleichzeitig konnte dieses Schutzniveau im Verbraucherschutzrecht auf Grundlage des Art 100a EWGV natürlich auch weiterhin nur im Rahmen einer auf die Herstellung bzw Entwicklung des Binnenmarktes gerichteten Maßnahme verwirklicht werden, da der Verbraucherschutz jedenfalls noch nicht zu den gemeinschaftseigenen Schutzpolitiken zählte¹⁴⁰. Dieses Prinzip sollte allerdings die anderen Organe, insbesondere den Rat oder das Europäische Parlament rechtlich nicht binden.¹⁴¹ Die Formulierung sollte einerseits der Verhinderung einer durch das Mehrheitsprinzip ermöglichten Verschlechterung des Verbraucherschutzniveaus in den einzelnen Staaten (und damit einer Angleichung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner, sohin, global betrachtet, einer Nivellierung nach unten)¹⁴², sowie andererseits einer erhöhten Zustimmungsbereitschaft der Mitgliedstaaten, die nun nicht mehr die Aushöhlung nationaler Verbraucherschutzvorschriften zu befürchten hatten¹⁴³, dienen. Wie schon der Wortlaut vermuten lässt, muss die Kommission nicht vom höchst machbaren oder vom höchsten in den Mitgliedstaaten anzutreffenden Niveau ausgehen¹⁴⁴,

¹³⁷ Vgl *Glaesner*, Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWVG, in *Ress*, Rechtsangleichung 35 (39).

¹³⁸ Vgl *Steindorff*, EG-Kompetenzen 92 ff; EuGH, Rs C-300/89, *Kommission/Rat* (Titanoxid), Slg 1991, I-2867 Rn 23; EuGH, Rs C-155/91, *Kommission/Rat*, Slg 1993, I-939 Rn 19.

¹³⁹ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 27.

¹⁴⁰ Vgl *Steindorff*, EG-Kompetenzen 94 f.

¹⁴¹ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 17.

¹⁴² Vgl *Drexel*, Selbstbestimmung 440; *Lehmann*, Rezeption 33.

¹⁴³ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 53.

¹⁴⁴ Vgl *Tietje* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Band II EUV/EGV Art 95 EGV Rz 75 ff (21. EL Apr. 2003); *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 56; *Stuyck*, European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the internal market?, CML Review 2000, 367 (392); *Wagner*, Mindestharmonisierung 120; *Riesenhuber*, System und Prinzipien 148 f; *ders.*, Europäisches Vertragsrecht² (2006) Rz 162a.

vielmehr ist, in Zusammenschau mit Art 7c EWGV (Art 27 AEUV, Art 15 EG), wonach „*die Kommission den Umfang der Anstrengungen, die einigen Volkswirtschaften mit unterschiedlichem Entwicklungsstand im Zuge der Errichtung des Binnenmarktes abverlangt werden*“¹⁴⁵ zu berücksichtigen hat, von einem niedrigeren als dem höchstmöglichen Schutzniveau auszugehen.¹⁴⁶ Dieser Standard sollte nicht bloß für die Maßnahmen der Rechtsangleichung selbst, sondern auch für jede Weiterentwicklung des angeglichenen Rechts gelten.¹⁴⁷

- e) Schließlich durften einzelne Mitgliedstaaten, als Ausgleich für die Einführung des Mehrheitsprinzips¹⁴⁸, nach Art 100a Abs 4 EWGV aus den in Art 36 EWGV genannten Gründen des Schutzes der Verbrauchergesundheit und -sicherheit sowie in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz¹⁴⁹ (im Gegensatz zu den in den Verbraucherschutzprogrammen statuierten Rechten waren die ökonomischen Interessen des Verbrauchers im Ausnahmekatalog nicht genannt¹⁵⁰) „ausscheren“.¹⁵¹ Obwohl also Art 100a EWGV eindeutig auf die vollständige Harmonisierung der Rechtsvorschriften abzielte¹⁵², wurde nun primärrechtlich ein System der „Mindestharmonisierung“¹⁵³ eingeführt, das es den Mitgliedstaaten, nach Bestätigung durch die Kommission, ermöglichen sollte, für den Verbraucher günstigere Regelungen beizubehalten, sohin in eine Richtung vom gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard abzuweichen¹⁵⁴. Als Grenze abweichender mitgliedstaatlicher Rechtssetzung sollte jedenfalls die Grundfreiheitenkontrolle dienen.¹⁵⁵ Das Konzept der Mindestharmonisierung entspricht jedenfalls dem Subsidiaritäts- bzw dem

¹⁴⁵ Bzw „für die Errichtung des Binnenmarkts abverlangt werden“, so Art 27 AEUV.

¹⁴⁶ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 54. *Micklitz*, spricht im Zusammenhang mit Art 100a und 129a EGV dennoch von einer „Rechtsregel des bestmöglichen Verbraucherschutzes“, vgl *Micklitz*, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des Europäischen Privatrechts, in FS Reich 245 (264).

¹⁴⁷ Vgl *Steindorff*, EG-Kompetenzen 95.

¹⁴⁸ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 148.

¹⁴⁹ Zu diesen beiden zusätzlichen Gründen vgl *Glaesner in Ress*, Rechtsangleichung 47 ff.

¹⁵⁰ Vgl *Heiss*, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, ZEuP 1996, 625 (629 ff); auch *Taschner in Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 165, weist explizit auf die Nicht-Erwähnung des Verbraucherschutzes in Art 100a Abs 4 EGV hin und konstatiert per argumentum e contrario schlichtweg die „Ungültigkeit“ dieser Vorschrift für den Bereich des Verbraucherschutzes. In ihren Stellungnahmen zu Taschners Referat sehen *Reich in Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 175 (178) und *Remien in Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 181 (184) diesen Schluss als nicht zwingend an und erkennen kein Verbot der verbraucherrechtlich indizierten Mindestharmonisierung bei Rechtsharmonisierung nach Art 100a EGV. Diese Diskussion behandelt jedoch nicht die Frage der Zulässigkeit abweichender verbrauchervertragsbezogener mitgliedstaatlicher Rechtsakte.

¹⁵¹ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 17; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 93.

¹⁵² Vgl *Micklitz* in FS Reich 266 f.

¹⁵³ Vgl *Stuyck*, Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law, in FS Reich 279 (282): „Minimum harmonisation as a technique of integration is expressly recognised by the Treaty in Articles 100a (internal market), 118a (working environment), 130s (environmental protection) and 129a (consumer protection).“

¹⁵⁴ Vgl *Streinz in Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 19; *Wagner*, Mindestharmonisierung 53 f.

¹⁵⁵ Vgl *Lurger*, Grundfragen 164 f.

Verhältnismäßigkeitsprinzip.¹⁵⁶ Der Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten wurde die Möglichkeit eingeräumt, unmittelbar den EuGH anzurufen, so ein Missbrauch durch den Art 100a Abs 4 EWGV in Anspruch nehmenden Staat geortet werden würde.¹⁵⁷ Bei der Formulierung, „*einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden*“ stellt sich im Übrigen die Frage, ob den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit gegeben werden sollte, neue Regelungen zu erlassen, um gemeinschaftsrechtlich noch nicht geregelten Problemen entgegenzuwirken – *Micklitz* und *Reich* etwa sahen durch das Naheverhältnis zu Art 118a Abs 3 EWGV (Art 153 AEUV, Art 137 EG) bzw Art 130t EWVG (Art 193 AEUV, Art 176 EG), die von „*beizubehalten oder zu ergreifen*“ sprechen, das Wort „*anzuwenden*“ als Redaktionsversehen.¹⁵⁸

- f) Die zweite wesentliche Neuerung betraf die Mitwirkungsbefugnisse des Europäischen Parlaments: Während Art 100 EWGV bloß vorsah, dass der Rat auf Vorschlag der Kommission einstimmig Richtlinien beschließen konnte, während die „Versammlung“ und der Wirtschafts- und Sozialausschuss (WSA) bloß bei jenen Richtlinien, die eine mitgliedstaatliche Gesetzesänderung zur Folge hätten, gehört werden sollten, wurde nun das Zusammenarbeitsverfahren (Art 189c EGV, Art 252 EG wurde durch den Vertrag von Lissabon gänzlich aufgehoben, das Zusammenarbeitsverfahren existiert in dieser Form also nicht mehr) und die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses in jedem Fall statuiert (Art 100a Abs 1 EWGV).¹⁵⁹ Der Vertrag über die Europäische Union (EUV) novellierte diese Regelung dahingehend, dass seitdem das Mitentscheidungsverfahren nach Art 189b EGV¹⁶⁰ (Art 294 AEUV spricht vom „*ordentlichen Gesetzgebungsverfahren*“, das verfahrensrechtlich weitestgehend dem Mitentscheidungsverfahren des Art 251 EG entspricht¹⁶¹) als Entscheidungsgrundlage positiviert ist.

¹⁵⁶ Vgl *Streinz* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 27, 31; *Wagner*, Mindestharmonisierung 67.

¹⁵⁷ Vgl *Glaesner* in *Ress*, Rechtsangleichung 50 f.

¹⁵⁸ Vgl *Micklitz/Reich*, Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union – Perspektiven für 1993, *EuZW* 1992, 593 (598).; aM *Glaesner* in *Ress*, Rechtsangleichung 45 f, der den Erlass neuer mitgliedstaatlicher Regelungen nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bindungswirkung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte zugelassen sieht.

¹⁵⁹ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 17; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 93.

¹⁶⁰ Das Verfahren der Mitentscheidung ermöglicht dem Europäischen Parlament eine gleichberechtigte Rolle im Rechtssetzungsverfahren, nur in diesem Verfahren ergeht ein vom Rat und vom EP gemeinsam entwickelter Rechtsakt. Abhängig vom Konsens unter den Organen sind bis zu drei Phasen des Verfahrens möglich, wobei der letzten Phase der aus Mitgliedern des Rates und des Europäischen Parlaments bestehende „Vermittlungsausschuss“, der sich um einen gemeinsamen Entwurf bemüht, vorgeschaltet ist. In diesem Fall wird der in Art 250 Abs 1 EG statuierte Grundsatz, dass der Rat von Vorschlägen der Kommission nur einstimmig abweichen kann, durchbrochen, den gemeinsamen Entwurf des Vermittlungsausschusses hat der Rat mit qualifizierter Mehrheit zu beschließen (*Hetmeier* geht auf Grundlage des Wortlautes von Art 251 Abs 3 EG davon aus, dass der Rat bereits in der 1. Lesung auch einen vom KOM-Vorschlag abweichenden Beschluss mit qualifizierter Mehrheit beschließen kann, vgl *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 251 EGV Rz 12; aM *Geiger*, EUV/EGV⁴ Art 251 EGV Rz 4). Zu den Verfahrensschritten im Einzelnen *Geiger*, EUV/EGV⁴ Art 251 EGV Rz 3 ff; *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 251 EGV Rz 4 ff.

¹⁶¹ Vgl *Streinz/Ohler/Herrmann*, Lissabon 91 f.

F. DIE KOMPETENZRECHTSLAGE NACH IN-KRAFT-TRETEN DES EUV

1. Der Vertrag von Maastricht

a) Eine neue Kompetenznorm

Durch den Maastrichter Vertrag über die Europäische Union¹⁶², durch den im Übrigen die EWG in EG und der EWG-Vertrag in EG-Vertrag, mit der Abkürzung „EGV“, umbenannt wurde, konnte der Verbraucherschutz als eigener Kompetenzbereich und damit als eigener Politikbereich¹⁶³ der Gemeinschaft etabliert werden. Die Verbraucherpolitik fußte ab diesem Zeitpunkt auf zwei Grundpfeilern: der Binnenmarktpolitik auf der einen Seite (vgl Art 100a EGV) und der nun eingeführten Unterstützungspolitik entsprechender mitgliedstaatlicher Aktionen auf der anderen.¹⁶⁴ Auch der im Zuge der Neufassung des EG-Vertrags durch den Unionsvertrag eingeführte Art 3 lit s EGV (Art 3 lit t EG) bedeutete eine Aufwertung der Rolle des Verbraucherschutzes in der Gemeinschaft, als konkrete Aufgabe der Gemeinschaft wurde nun der *„Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“* anerkannt.¹⁶⁵

b) Art 129a EGV

Korrespondierend mit Art 3 lit s EGV wurde mit dem Vertrag von Maastricht ein neuer Art 129a in den Vertrag eingefügt: Gemäß Artikel 129a Abs 1 leistet die *„Gemeinschaft einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch*

- a) Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Artikel 100 a erläßt;*
- b) spezifische Aktionen, welche die Politik der Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und zur Sicherstellung einer angemessenen Information der Verbraucher unterstützen und ergänzen.“*

¹⁶² Vertrag über die Europäische Union (Vertrag von Maastricht) vom 07.02.1992, in Kraft getreten am 01.11.1993, ABI 1992 C 191, 1 ff.

¹⁶³ Vgl *Streinz* in *ders*, EUV/EGV Art 3 EGV Rz 43; *Lurger* in *Streinz*, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 7; *Lehmann*, Rezeption 36; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht – Das Recht der Europäischen Union (2007) Rz 2322; *Wagner*, Mindestharmonisierung 93; *Höland* in FS Reich 212 (durch den Vertrag über die Europäische Union habe sich der Verbraucherschutz *„normativ verselbstständigt“*); *van Miert* sieht bereits seit der Einheitlichen Europäischen Akte eine *„gesicherte und eigenständige rechtliche Grundlage“* der Verbraucherpolitik, die den Verbraucherschutz *„auch rechtlich zu einem Teil dessen, was für die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes als notwendig angesehen wird“* machte, vgl *van Miert*, EuZW 1990, 401 f; aM *Steindorff*, EG-Kompetenzen 95; vorsichtig *Rösler*, der unter Darstellung der Diskussion, ob nun durch den Vertrag von Maastricht oder erst durch den Vertrag von Amsterdam ein eigener Politikbereich *„Verbraucherschutz“* geschaffen wurde, die eigenständige Gemeinschaftspolitik *„spätestens seit Amsterdam“* anerkennt, vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 88 Fn 480.

¹⁶⁴ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 18; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 100 f; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 31 f.

¹⁶⁵ Vgl *Lehmann*, Rezeption 36. Diese Klausel findet sich im AEUV nicht mehr, dafür wurde die Querschnittsklausel des Art 153 Abs 2 EG verselbstständigt an prominente Stelle (Art 12 AEUV: *„Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen.“*) gestellt.

- a) Anders als in Art 100a Abs 3 EGV richtete sich die Aufforderung, ein „*hohes Schutzniveau*“ zu schaffen nunmehr nicht bloß an die Kommission, sondern an alle Organe der Gemeinschaft, da sich Art 129a Abs 1 EGV *expressis verbis* an „*die Gemeinschaft*“ wendet.¹⁶⁶ Dies gilt eingedenk der systematischen Stellung der Aufforderung an „*die Gemeinschaft*“ gleich zu Beginn des Artikels nicht bloß für die in Abs 1 lit b genannten „*spezifischen Aktionen*“, sondern für jede Maßnahme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art 100a EGV.
- b) Korrespondierend mit dem in Absatz 1 postulierten „*hohen Verbraucherschutzniveau*“ vertiefte Art 129a Abs 3 EGV das System der Mindestharmonisierung – allerdings nur für spezifische Aktionen im Sinne des Art 129a Abs 1 lit b EGV, binnenmarktintegrative Verbraucherschutzmaßnahmen sollten weiterhin dem Mindestharmonisierungsregime des Art 100a Abs 4 EGV folgen.¹⁶⁷ Die Mindestharmonisierung bedeutet, wie bereits erwähnt, in concreto, dass die Mitgliedstaaten, in Einhaltung primärrechtlicher Grundprinzipien (etwa der Waren- oder Dienstleistungsfreiheit) die Regelungsintensität einer Richtlinie im Sinne einer Erhöhung des Schutzniveaus, nicht aber durch Nivellierung nach „*unten*“ erweitern dürfen.¹⁶⁸ Den zentralen, für den Bereich des Verbrauchervertragsrechts immens wichtigen Unterschied zur Mindestharmonisierung gem Art 100a Abs 4 EGV bildete der Wegfall des abschließenden Ausnahmenkatalogs - verbrauchervertragsbezogene Maßnahmen der Gemeinschaft konnten demnach ohne weiteren Rechtfertigungsbedarf durch die Mitgliedstaaten im Sinne schutzverstärkter Umsetzung für den Verbraucher "positiver" in die heimatische Rechtsordnung integriert werden. Die dabei zu schützenden Rechtsgüter waren nicht auf die Verbrauchergesundheit und –sicherheit bzw den Arbeitsumwelt- und Umweltschutz limitiert – auch ökonomische Verbraucherinteressen sollten das Beibehalten und oder Einführen für den Verbraucher günstigerer mitgliedstaatlicher Regelungen legitimieren. An die Kommission war in diesem Zusammenhang Mitteilung zu erstatten. *Micklitz* und *Reich* erkennen in dieser Bestimmung, die im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip zu sehen ist, sogar eine den Mitgliedstaaten auferlegte Verpflichtung, notwendige verbraucherschutzrechtliche Maßnahmen, und zwar nicht nur im Hinblick auf nationale Interessen, sondern mit Auge auf den gesamten Binnenmarkt, zu ergreifen wenn die gemeinschaftsrechtlichen Standards den Schutz der Verbraucher nicht oder nicht mehr sicherstellen¹⁶⁹; der EuGH führte indes in der Rechtssache C-192/94 aus, dass sich

¹⁶⁶ Vgl *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 32.

¹⁶⁷ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 93 f.

¹⁶⁸ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 35.

¹⁶⁹ Vgl *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, 595.

Artikel 129a EGV darauf beschränke, der Gemeinschaft ein Ziel zu setzen und ihr hierfür Befugnisse einzuräumen, „ohne daneben eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten oder einzelner aufzustellen“¹⁷⁰.

- c) Auf der anderen Seite, und das ist wohl als bedeutendste Innovation zu werten, wurde klargestellt, dass nicht nur, wie bis dato, binnenmarktakzessorische Maßnahmen, sondern gemäß Art 129a Abs 1 lit b EGV auch, in Unterstützung und Ergänzung der Politik der Mitgliedstaaten, seitens der Gemeinschaft „spezifische Aktionen“ rein verbraucherschutzrechtlicher Natur erlassen werden konnten. Die bisher als Teil der Rechtfertigung für die Normen marktintegrativer Rechtsangleichung (Art 100 und Art 100a EGV) wahrgenommenen Politikaufgaben der Gemeinschaft wurden also schrittweise verselbstständigt und von der Binnenmarktfinalität abgekoppelt.¹⁷¹ Die tatsächlich vollständige Loslösung von der Binnenmarktfinalität ist nichtsdestotrotz nicht gelungen, wie sich allein aus der systematischen Positionierung des Art 129a Abs 1 lit b EGV direkt neben Art 129a Abs 1 lit a EGV, der *expressis verbis* auf die Verbraucherschutzmaßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes verweist, herauslesen lässt.¹⁷² Wie *Reich* zutreffend anmerkt, betonte der Vertrag von Maastricht insgesamt wohl sehr stark den Hilfscharakter der Verbraucherpolitik, die einerseits an die Binnenmarktpolitik, andererseits an die Politik der Mitgliedstaaten angekoppelt war.¹⁷³ Bereits kurz nach Einführung von Art 129a Abs 1 lit b EGV entfachte auch aus einem anderen Grund eine Diskussion um den rechtlichen Gehalt der Regelung: Vor allem der Terminus „spezifische Aktionen“ sorgte für Gesprächsstoff: sollten bloß rechtlich unverbindliche Maßnahmen oder doch die gesamte Handlungspalette der Gemeinschaft erfasst werden?¹⁷⁴ Mehrheitlich wurde der Begriff dahingehend ausgelegt, dass sämtlich Handlungsformen des Art 189 EGV (Art 288 AEUV, Art 249 EG) unter den Begriff „spezifische Aktionen“ subsumierbar seien.¹⁷⁵ Eine restriktive Interpretation dieses Begriffes ist schon allein aus systematischen Gründen, einerseits unter Hinweis auf Art 129a Abs 3 EGV, der von den „Maßnahmen“ der Mitgliedstaaten spricht, die trotz der nach Abs 2 beschlossenen Aktionen ergriffen werden dürfen, andererseits durch die Verwandtschaft zur umweltpolitischen Bestimmung des Art 130s EGV (Art 192 AEUV,

¹⁷⁰ EuGH, Rs C-192/94, *El Corte Inglés SA/Cristina Blázquez Rivero*, Slg 1996, I-1281Rn 20.

¹⁷¹ Vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 107; *Wagner*, Mindestharmonisierung 96. Auch *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts (1996) 2 (Fn 9) erkennt die mangelnde Binnenmarktfinalität von Art 129a Abs 1 lit b EGV und wertet die Bestimmung als durchaus kompetenzbegründend.

¹⁷² Vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 113.

¹⁷³ vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 20.

¹⁷⁴ Zum Meinungsstand dieser Diskussion vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 101.

¹⁷⁵ Vgl *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, 597; *Wagner*, Mindestharmonisierung 96 ff; aA *Streinz* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 21 (Fn 68), 26; *Taschner* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 163 f.

Art 175 EG), die sogar vom „Tätigwerden“ (zu verstehen als umfassendste Handlungsform) der Gemeinschaft spricht, abzulehnen.¹⁷⁶ Wie die auf Art 129a EGV gestützte Preisauszeichnungs-Richtlinie¹⁷⁷ zeigt, wurde dieser Terminus in praxi eher weit ausgelegt und auch als Basis für verbindliche Sekundärrechtsakte anerkannt.¹⁷⁸ Die Neugestaltung der Bestimmung durch den Vertrag von Amsterdam (Art 153 EG, siehe unten Seite 39) und deren Beibehaltung in Art 169 Abs 2 AEUV mit dem unzweifelhaft eindeutigen Wort „Maßnahmen“ bringen nunmehr klar zum Ausdruck, dass rechtsverbindliche Akte auf dieser Kompetenznorm fußen können.

- d) Die einschlägigen Maßnahmen werden gemäß Art 129a Abs 2 EGV im gleichen Verfahren wie Rechtsangleichungsmaßnahmen nach Art 100a EGV, erlassen, nämlich mittels dem durch den EUV eingerichteten "Verfahren der Mitentscheidung" und nach Anhörung des WSA (Art 189b EGV).

2. Der Vertrag von Amsterdam

a) Die Änderungen

Mit dem Vertrag von Amsterdam¹⁷⁹ wurden Art 129a EGV in den neuen Art 153 EG transponiert, eigenständige Verbraucherrechte geschaffen und die Kompetenzen der Gemeinschaft erweitert. Mit der Intention des verbesserten Umgangs mit dem Subsidiaritätsprinzip wurde ein eigenes Subsidiaritätsprotokoll¹⁸⁰ geschaffen, insbesondere wurde die Gemeinschaft aufgefordert, in jenen Bereichen, die nicht zu ihrer ausschließlichen Kompetenz gehören (wie eben der Verbraucherschutz, vgl dazu unten die Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip) flexibel vorzugehen und beispielsweise der Richtlinie gegenüber der Verordnung den Vorzug zu geben.¹⁸¹

¹⁷⁶ Vgl *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, 597.

¹⁷⁷ Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, AB1 1998 L 80, 27 ff.

¹⁷⁸ Vgl *Grub* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 42.

¹⁷⁹ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 02.10.1997, in Kraft getreten am 01.05.1999, AB1 1997 C 340, 1 ff.

¹⁸⁰ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte - Protokolle - Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Europäische Gemeinschaft - Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, AB1 1997 C 340, 105.

¹⁸¹ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 19.

b) Art 95 EG

Der in Art 95 EG transponierte Artikel 100a EGV wurde durch den Vertrag von Amsterdam in einigen Aspekten grundlegend verändert. Die alten Absätze 3 bis 5 wurden durch die bis dato gültigen Absätze 3 bis 10 ersetzt¹⁸². Die für die Rechtsangleichung im Bereich der Verbraucherschutzpolitik wichtigsten Veränderungen:

- a) Das bereits in Art 100a EGV statuierte „*hohe Schutzniveau*“ war nunmehr gemäß Art 95 Abs 3 Satz 2 EG (Art 114 Abs 3 Satz 2 AEUV) auch vom EP und dem Rat als Ziel anzustreben. „*Anstreben*“ bedeutet in diesem Zusammenhang nicht, dass sich die genannten Organe lediglich um solch ein Schutzniveau zu bemühen hätten, sie haben sich vielmehr darauf festzulegen.¹⁸³

- b) Wesentlich erweitert wurde das die mitgliedstaatlichen Ausschlussmöglichkeiten betreffende Reglement. Wie bereits erwähnt als Ausgleich für das, bereits Art 100a EGV immanente, Mehrheitsprinzip geschaffen, kann den Mitgliedstaaten im Einzelfall eine Ausnahmeregelung genehmigt werden.¹⁸⁴ Geändert wurde die viel kritisierte Formulierung des Art 100a EGV, „*einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden*“ – Während Art 95 Abs 4 EG (Art 114 Abs 4 AEUV) nun das Verfahren bei bloßer Beibehaltung mitgliedstaatlich abweichender Regelungen normiert (geschützte Rechtsgüter die eine Abweichung legitimieren: wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 30 EG¹⁸⁵ (Art 36 AEUV) sowie Umwelt- und Arbeitsumweltschutz), ist in Abs 5, an engere Voraussetzungen (nur Umwelt- und Arbeitsumweltschutz als Rechtfertigung; Erforderlichkeit für ein spezifisches Problem des Mitgliedstaats aufgrund neu erlangter wissenschaftlicher Erkenntnisse¹⁸⁶) geknüpft, nun auch die Möglichkeit der Neueinführung strengerer Maßnahmen vorgesehen.¹⁸⁷ Zentral für den Bereich des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes ist das konsequente Festhalten am strikten Ausnahmekatalog: Die Beibehaltung strengerer mitgliedstaatlicher Bestimmungen sollte nur aus Gründen des Art 30 EG (Art 36 AEUV) sowie für Zwecke des Arbeitsumwelt- oder Umweltschutzes möglich sein (Art 95 Abs 4 EG, Art 114 Abs 4 AEUV); der Neuerlass strengerer mitgliedstaatlicher Regelungen gem Art 95 Abs 5

¹⁸² Vgl Art 114 AEUV.

¹⁸³ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 28.

¹⁸⁴ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 30; *Geiger*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 2.

¹⁸⁵ Dieser Verweis ist eng auszulegen und keinesfalls als alle zwingenden Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rsp des EuGH umfassend zu verstehen, vgl *Tietje* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 107 (21. EL Apr. 2003); *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 64, 69.

¹⁸⁶ Vgl zu diesem Kriterium im Detail *Tietje* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 130 ff (21. EL Apr. 2003).

¹⁸⁷ Zu den Genehmigungsverfahren im einzelnen *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 40 ff.

EG (Art 114 Abs 5 AEUV) überhaupt nur unter der Voraussetzung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse in Kombination mit Gründen des Arbeitsumwelt- oder Umweltschutzes (also ohne Relevanz der Gründe des Art 30 EG (Art 36 AEUV)). Privatrechtlich bedeutsame Rechtfertigungsgründe des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes für nationale Alleingänge blieben ein für alle Mal vom Ausnahmekanon der binnenmarktfinalen Kompetenznorm ausgeschlossen. Die einzelstaatliche Bestimmung musste, wie bisher, ein höheres Schutzniveau als die gemeinschaftsrechtliche Regelung enthalten, eine Nivellierung nach unten ist (im Sinne des Systems der Mindestharmonisierung auf hohem Niveau) nicht gestattet.¹⁸⁸ Unerheblich ist in diesem Zusammenhang das tatsächliche Abstimmverhalten des betreffenden Staates im Rat, selbst bei einstimmig beschlossenen Maßnahmen kann ein Mitgliedsstaat gemäß Art 95 Abs 4-6 EG (Art 114 Abs 4-6 AEUV) abweichende Vorkehrungen genehmigen lassen.¹⁸⁹ In beiden Fällen muss zuvor eine Harmonisierungsmaßnahme des Rates *oder* der Kommission vorliegen.¹⁹⁰

Weder die Beibehaltung noch (und schon gar nicht) die Einführung abweichender mitgliedstaatlicher verbrauchervertragrechtlicher Regelungen konnten nach dem Gesagten auf Art 95 Abs 4 bzw 5 (Art 114 Abs 4 bzw 5 AEUV) gestützt werden - der "wirtschaftliche" Verbraucherschutz fiel ganz einfach nicht unter die primärrechtlich geschützten, im Sinne von Abweichungen rechtfertigenden, Rechtsgüter.

Nach Billigung einer einzelstaatlichen Regelung durch die Kommission konnten andere Mitgliedstaaten im Übrigen eine Nichtigkeitsklage gemäß Art 230 Abs 1 und 2 EG (Art 263 AEUV), die dem beantragenden Mitgliedsstaat auch im Falle einer Ablehnung zur Verfügung steht, anstreben¹⁹¹; bei Missbrauch der durch Art 95 EG gewährten Befugnisse durch einen Mitgliedsstaat steht der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten ein beschleunigtes Vertragsverletzungsverfahren offen (Art 95 Abs 9 EG (Art 114 Abs 9 AEUV)).

Aufgrund der eng gefassten Voraussetzungen des Art 95 Abs 4 EG enthalten zahlreiche auf Art 95 EG gestützte Richtlinien¹⁹² die so genannte „Mindestschutzklausel“, die den

¹⁸⁸ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 39, 42.

¹⁸⁹ Vgl *Tietje* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 101 (21. EL Apr. 2003); *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 68; *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 40; *Geiger*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 11.

¹⁹⁰ Vgl *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 EGV Rz 2.

¹⁹¹ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 51.

¹⁹² Im Bereich des Verbrauchervertragsrechts sind die einzigen Ausnahmen die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der

Mitgliedstaaten die Anwendung strengerer Schutzbestimmungen explizit freistellt.¹⁹³ Diese Klausel ist als verallgemeinerte Ausgestaltung des bereits in Art 100a Abs 4 EGV verankerten Prinzips der Mindestharmonisierung zu verstehen, deren Anwendung etwaige Konflikte nach Art 95 EG vermeiden soll, sie widerspricht aufgrund ihrer primärrechtlichen Verankerung in Art 95 Abs 4-6 EG auch nicht der eigentlich gebotenen „Vollharmonisierung“.¹⁹⁴ Das nationale Schutzniveau musste klarerweise über dem von der entsprechenden Richtlinie vorgegebenen Standard liegen und darf andererseits (in Fällen der Grenzüberschreitung) nicht so hoch angesetzt sein, dass es, nach Prüfung der Frage, ob die Maßnahme zur Erreichung des Verbraucherschutzrechtlichen Zieles erforderlich, geeignet und angemessen sei (Verhältnismäßigkeitsprüfung), gegen eine der primärrechtlichen Grundfreiheiten verstoßen würde.¹⁹⁵

- c) Bereits seit Einführung des EUV wurden Maßnahmen gemäß Art 100a EGV nicht mehr im Zusammenarbeitsverfahren, sondern im Verfahren der Mitentscheidung, nach Anhörung des WSA, getroffen (näheres dazu oben Seite 31). Dies wurde in Art 95 EG beibehalten (ebenso in Art 114 AEUV).

Art 95 EG wich ausdrücklich von Art 94 EG ab, und verdrängte diesen im Bereich der Verwirklichung des Binnenmarktes als *lex specialis* vollständig¹⁹⁶ (ebenso ist das Verhältnis zwischen den Vorgängerregelungen Art 100a EGV und Art 100 EGV zu beurteilen¹⁹⁷). Die in Art 95 Abs 2 EG

Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, AB1 2002 L 271, 16; die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, AB1 2005 L 149, 22.; die 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, AB1 2008 L 133, 66 sowie die Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, AB1 2009 L 33, 10.

¹⁹³ Vgl *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht Rz 2333.

¹⁹⁴ Vgl *Hoffmann*, „Gerechtigkeitsprinzipien“ im Europäischen Verbraucherprivatrecht – Fortschreitende Privatrechtskodifikation als Teil des sozialen Europas, in FS Reich 291 (302 f). Mit *Krämer* ist die „Mindestrichtlinie“, allerdings noch in Zusammenhang mit der damals einzigen Harmonisierungsnorm des Art 100 EWGV, aufgrund der Einstimmigkeitsregel und den dadurch oftmals vereinbarten Kompromiss des kleinsten gemeinsamen Nenners sowie der erheblich gesteigerten Sensibilität der Mitgliedstaaten für Angelegenheiten des Verbraucherschutzes „fast der einzige Weg, Probleme des Verbraucherschutzes auf Gemeinschaftsebene zu regeln“, vgl *Krämer*, EWG-Verbraucherrecht Rz 88.

¹⁹⁵ Vgl *Augenhofer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 36; *Wagner*, Mindestharmonisierung 140 f; *Streinz* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 30.

¹⁹⁶ Vgl *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 94 Rz 32; *Geiger*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 1.

¹⁹⁷ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 49.

genannten Ausnahmen (Steuern, Freizügigkeit sowie Rechte und Interessen der Arbeitnehmer) blieben noch als Anwendungsbereich des Art 94 EG.¹⁹⁸

c) Art 153 EG

Der durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Art 153 EG, der Art 129a EGV überführte, enthielt drei essentielle Veränderungen¹⁹⁹:

- a) Erstens wurde durch die klar definierten Ziele der europäischen Verbraucherpolitik diese ihres die Politik der Mitgliedstaaten bloß ergänzenden Charakters entkleidet - der Schutz der Verbraucher (Art 153 Abs 1 EG) wird nun als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft angesehen. Der hierfür in Art 153 Abs 1 normierte, nunmehr auch binnenmarktfinale Maßnahmen betreffende Handlungskatalog („...*leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen*“), der ebenso in Art 169 Abs 1 AEUV zu finden ist, entspricht dabei den fünf fundamentalen Verbraucherrechten des Ersten Verbraucherschutzprogramms 1975.²⁰⁰ Die Aufzählung ist jedoch nicht taxativ, sondern als beispielgebend zu betrachten.²⁰¹
- b) Die zweite, wesentliche Novation: Art 153 Abs 2 EG bediente sich folgender, aus dem Umweltrecht bekannter, Querschnittsklausel: „*Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen.*“ Der in den Programmen und Mitteilungen des Rats und der Kommission mehrmals postulierten (vgl dazu unten Seite 101) Forderung der Eingliederung des Verbraucherschutzes in andere Politikfelder wurde also nun durch die Positivierung in Art 153 Abs 2 EG entsprochen. Dem Verbraucherschutz kommt jedoch kein prinzipieller Vorrang vor anderen Vertragszielen zu, in eventu auftretende Kollisionen sind im Wege einer Einzelfallabwägung zu lösen.²⁰² Als Optimierungsgebot verstanden, sollte nach den Parametern der technischen Möglichkeit und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Verbraucherschutz im Rahmen der anderen Politiken berücksichtigt werden.²⁰³ Die Klausel war an alle

¹⁹⁸ Vgl Fischer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 6; Leible in Streinz, EUV/EGV Art 94 Rz 32.

¹⁹⁹ Vgl Stuyck, CML Review 2000, 383 f.

²⁰⁰ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 141; Grub in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 11.

²⁰¹ Vgl Grub in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 11.

²⁰² Vgl Grub in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 38.

²⁰³ Vgl Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht Rz 2326; Lurger in Streinz, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 24.

Gemeinschaftsinstitutionen adressiert, nicht nur an die Kommission, konnte allerdings von betroffenen Individuen oder Verbänden außerhalb sekundärrechtlicher Ermächtigungen nicht auf ihre Einhaltung kontrolliert werden und schuf keine zusätzlichen Kompetenzen im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten.²⁰⁴ Der rechtliche Gehalt dieser Regelung erschöpft sich nach *Reich* in einer im Zuge der Erlassung sekundärrechtlicher Akte zu beachtenden Begründungspflicht im Sinne des Art 253 EG (Art 296 Abs 2 AEUV).²⁰⁵

Die Querschnittsklausel wurde durch Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Art 12 AEUV transponiert.

- c) Das System der Mindestharmonisierung, allerdings nur für die Maßnahmen des Art 153 Abs 3 lit b EG (Art 169 Abs 2 lit b AEUV), wurde unverändert beibehalten (Art 153 Abs 5 EG (Art 169 Abs 4 AEUV)) - mitgliedstaatliche Abweichungen von auf dieser Kompetenznorm fußenden Rechtsakten sollten also dezidiert erlaubt bleiben.²⁰⁶ Dies ohne auf die geschützten Rechtsgüter des Art 95 Abs 4 und 5 (Art 114 Abs 4 und 5 AEUV) beschränkt zu sein - auch Maßnahmen des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes, also etwa im Bereich des Verbrauchervertragsrechts, können demnach vom einzelnen Mitgliedstaat beibehalten oder auch neu eingeführt werden.²⁰⁷
- d) Drittens spricht Art 153 Abs 3 lit b) EG (Art 169 Abs 2 lit b) AEUV mittlerweile von „Maßnahmen“ anstatt den unbestimmten Terminus der „spezifischen Aktionen“ vom Vorgänger zu übernehmen. Damit sollte eindeutig klargestellt werden, dass auch gesetzgeberische Instrumente in der binnenmarktunabhängigen Verbraucherschutzkompetenz der Gemeinschaft zum Einsatz kommen können.²⁰⁸ Aufgrund der Einschätzungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers im Hinblick auf die zu wählende Rechtsgrundlage ist die praktische Relevanz dieser Änderung allerdings gering.²⁰⁹

²⁰⁴ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 30 f. *Grub* spricht vom „deklaratorischen Charakter“ der Klausel, vgl *Grub* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 37.

²⁰⁵ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 31. *Reich* weist an dieser Stelle auf die gerichtliche Überprüfbarkeit dieser Begründungspflicht in Verfahren auf Annullierung sowie auf das Faktum, dass dadurch eine materielle Kontrolle der Gemeinschaftspolitiken auf ihre „*verbraucherpolitische Konformität*“ jedoch nicht möglich sei, hin.

²⁰⁶ Vgl *Merli*, Öffentliches Recht als Instrument des Verbraucherschutzes, in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen. Ausgestaltung im öffentlichen Recht und im Privatrecht (2000) 1 (6 f).

²⁰⁷ Vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 36 ff.

²⁰⁸ Vgl *Stuyck*, CML Review 2000, 387; *Drexl*, Selbstbestimmung 58; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 36; *Wagner*, Mindestharmonisierung 109.

²⁰⁹ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 34.

- e) Die „Maßnahmen“ werden auch weiterhin, wie bereits in Art 129a EGV positiviert, gemäß Art 153 Abs 4 EG (Art 169 Abs 3 AEUV) im Mitentscheidungsverfahren nach Art 251 EG (Art 294 AEUV: ordentliches Gesetzgebungsverfahren) nach Anhörung des WSA vom Rat erlassen.²¹⁰
- f) Schließlich sei noch erwähnt, dass die Gemeinschaft gem Art 153 Abs 3 lit b EG (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) auch Maßnahmen zur „Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten“²¹¹ setzen, also etwa prüfen kann, ob die Verpflichtungen des verbraucherrechtlichen Schutzes der Bürger wirklich eingehalten werden. Ob es sich tatsächlich um einen Kompetenzzuwachs für die Gemeinschaft handelt ist letztlich nicht geklärt²¹², da diese Bestimmung bis heute kaum Wirkung zeigt: die Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ und das hierfür vorgesehene Vertragsverletzungsverfahren nach Art 226 EG (Art 258 AEUV) ist in Kombination mit der Bestimmung über einstweilige Anordnungen (Art 243 EG (Art 279 AEUV)) von unbestrittener Effizienz.²¹³

3. Der Grundlagenvertrag von Lissabon

Substantiell blieben die Regelungen der bisherigen Verträge inhaltlich vollständig und unverändert erhalten, auf die Ausführungen zu Art 95 und Art 153 EG kann daher verwiesen werden. Art 95 EG wurde in Art 114 AEUV transponiert, während Art 94 EG zu Art 115 AEUV wurde. Einzig das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen diesen beiden Bestimmungen wurde umgedreht, Art 115 AEUV gilt nunmehr „unbeschadet“ der Kompetenznorm des Art 114 AEUV.²¹⁴

Auch Art 153 EG, nunmehr Art 169 AEUV, bleibt inhaltlich völlig ident erhalten, lediglich die Querschnittsklausel des Art 153 Abs 2 EG gilt nun, gleichsam „herausoperiert“ als eigener Art 12 AEUV als allgemeine Bestimmung.²¹⁵

²¹⁰ Vgl Lehmann, Rezeption 38.

²¹¹ Im englischen Text sogar noch tiefergreifend als „monitoring“ bezeichnet („measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States“).

²¹² Vgl Grub in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 43; Stuyck, CML Review 2000, 388.

²¹³ Vgl Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 35. Hierzu sowie zum unklar abgegrenzten sachlichen Geltungsbereich dieser Bestimmung Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 36 f. Offenkundig anderer Meinung äußerte die Kommission 2001 zur Überwachungsmöglichkeit nach Art 153 Abs 3 lit b EG unter Hinweis auf die bevorstehende Erweiterung die Einschätzung, dass es „derzeit (...) keinen Rahmen, der es der Kommission erlauben würde, diese Aufgabe wahrzunehmen und zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung innerhalb des Binnenmarktes beizutragen“ gäbe, vgl Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM(2001) 531 endg vom 02.10.2001, Punkt 5.1.

²¹⁴ Vgl Herrnfeld in Schwarze, EU-Kommentar² Art 95 EGV Rz 78.

²¹⁵ Vgl Berg in Schwarze, EU-Kommentar² Art 153 EGV Rz 6.

G. VERBRAUCHERSCHUTZ UND SUBSIDIARITÄTSPRINZIP

1. Die Neufassung des Subsidiaritätsprinzips durch den Grundlagenvertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon erneuerte die Formulierung des Subsidiaritätsprinzips, das zudem regelungstechnisch vom ehemaligen EG-Vertrag in den EU-Vertrag überführt wurde.

Art 5 EU lautet nunmehr:

„(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

(2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.

Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

(4) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.

Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an.“

Bis auf eine interessante Novellierung in Art 5 Abs 3 EU, auf die noch zurückzukommen sein wird, zieht die die Wortlautveränderung gegenüber der alten Fassung des Art 5 EG²¹⁶ keine inhaltlichen

²¹⁶ „Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.“

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Konsequenzen nach sich. Die Literatur zu Art 5 EG kann daher weitestgehend auch für die Interpretation von Art 5 EU idF des Vertrags von Lissabon herangezogen werden.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Subsidiaritätsregel ist gem Art 5 Abs 3 EU a priori eine nicht ausschließliche Zuständigkeit der Union.²¹⁷

Sowohl der Bereich „Binnenmarkt“ als auch jener des „Verbraucherschutzes“ werden gem Art 4 Abs 2 lit a bzw lit f AEUV als zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten bezeichnet.²¹⁸ Die Mitgliedstaaten können ihre Zuständigkeit also insoweit wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihrerseits nicht tätig geworden ist bzw entschieden hat, ihre Kompetenz nicht mehr auszuüben (Art 2 Abs 2 AEUV). Das Subsidiaritätsprinzip ist im Bereich der verbraucherschutzrechtlichen (insbesondere verbrauchervertragsrechtlichen) Unionsgesetzgebung demnach jedenfalls anwendbar.

Die Einordnung der Binnenmarktzuständigkeit ist dabei nicht unbedingt glücklich gewählt, da eine harmonisierungsspezifische Rechtsangleichungsnorm wie Art 114 AEUV nicht gleich einer sachbezogenen Kompetenznorm behandelt werden sollte.²¹⁹ Die Frage, ob die Kompetenz für die Regelung der rechtlichen Verhältnisse des Binnenmarkts (also bei Verwendung von Art 169 Abs 2 lit a iVm Art 114 AEUV) als ausschließliche oder geteilte Kompetenz zu werten sei, war Kernstreitpunkt literarischer Auseinandersetzung.²²⁰

Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus.“

²¹⁷ Vgl Geiger, EUV/EGV⁴ Art 5 EGV Rz 7.

²¹⁸ Das war für den Politikbereich des Verbraucherschutzes bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon klar, vgl nur Stuyck, CML Review 2000, 382.

²¹⁹ Vgl Streinz/Ohler/Herrmann, Lissabon 89.

²²⁰ Die Kommission hielt dazu 1992 (Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament betr. das Subsidiaritätsprinzip, SEK(1992) 1990 endg vom 27.10.1992; abgedruckt bei Merten (Hrsg), Die Subsidiarität Europas² (1994) 112 (117)) fest, dass diesbezüglich zu differenzieren sei: Maßnahmen, die der Beseitigung von Hindernissen für den freien Waren-, Dienstleistungs-, Personen- oder Kapitalverkehr, also einer der vier den Binnenmarkt definierenden Grundfreiheiten, dienen würden, fielen, aufgrund einer „historischen“ Verpflichtung der Gemeinschaft zur Realisierung des Binnenmarktes (vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament betr. das Subsidiaritätsprinzip, Anhang Punkt II/2/a; abgedruckt bei Merten, Subsidiarität 112 (120)), jedenfalls in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft. Daraus folge, dass in Bereichen, die bloß in Zusammenhang mit den Freizügigkeiten stehen, „zur Verwirklichung der Freizügigkeit“ aber „nicht oder nicht mehr unerlässlich“ (vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament betr. das Subsidiaritätsprinzip, Anhang Punkt II/3; abgedruckt bei Merten, Subsidiarität 121) sind, die ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft zu verneinen, und das Subsidiaritätsprinzip anzuwenden wäre. Die Lehre war geteilter Meinung: Schwartz, Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, ZEuP 1994, 559 (575), beispielsweise kritisierte diese artifizielle Trennung der Kommission und vertrat die Ansicht, dass auch die Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes geradezu begriffsnotwendig sei, weshalb es sich jedenfalls um eine ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft handle. Grub in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 153 EGV Rz 41, ließ auf der anderen Seite die Idee erkennen, dass sich für alle verbraucherpolitischen Maßnahmen aufgrund des potentiellen Binnenmarktsbezugs jeder erdenklichen Maßnahme sowie der „tendenziellen Gleichsetzung der Schutzansätze“ der Art 95 und 153 Abs 3 EG unabhängig von der Rechtsgrundlage die Subsidiaritätsproblematik stellt. Stein, Subsidiarität als Rechtsprinzip?, in Merten, Subsidiarität 23 (34), wiederum führte vor Augen, dass im Falle einer angenommenen Generalkompetenz der

Im Ergebnis kann dieser Disput bereits für die alte Fassung des Art 5 EG als akademischer Streit betrachtet werden, da bei Anwendung des Subsidiaritätsprinzips für den Gemeinschaftsgesetzgeber der einzelfallbezogene Nachweis einer effizienteren Zielerreichung auf Gemeinschaftsebene (vgl Art 5 Abs 2 EG), schon aufgrund Art 153 Abs 1 EG („*hohes Niveau*“) regelmäßig kein Problem dargestellt hat.²²¹ Tätig wurde die Gemeinschaft also im Resultat in beiden Fällen.

2. Die Folgen der Anwendbarkeit von Art 5 EU

a) Art 5 Abs 3 EU

Art 5 Abs 3 EU statuiert, dass Maßnahmen der Union nur dann gerechtfertigt sind, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: „*Die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen*“ müssen, erstens, „*weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern*“ können, zweitens, „*vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser*“ verwirklicht werden.

Die Integration der Wendung, „*sondern vielmehr*“ weist nun explizit auf die Notwendigkeit des kumulativen Vorliegens beider Voraussetzungen hin²²² und löst damit die etwas unglückliche Wortwahl „*daher*“ des Art 5 Abs 2 EG ab²²³.

Die erste Voraussetzung ist bereits dann als vorliegend anzusehen, wenn die Mitgliedstaaten trotz abstrakter Möglichkeit im Sinne ausreichender Zielerreichung zu handeln untätig bleiben oder nicht in entsprechender Weise agieren; die Union erlangt keine Rechtssetzungskompetenz, solange die Unionsziele von den Mitgliedstaaten gerade noch auslangend, wenngleich möglicherweise schlechter als auf Unionsebene, erreicht werden.²²⁴

Die positive Voraussetzung der besseren Zielerreichung durch unionsrechtliche Maßnahmen ist dabei in Relation zum mitgliedstaatlichen Handeln zu verstehen: Die Agitation der Union muss deutliche

Gemeinschaft zur Beseitigung aller Hindernisse des Binnenmarktes so gut wie kein Raum mehr für konkurrierende Zuständigkeiten bliebe und hielt fest, dass „*alle nach innen gerichteten Gemeinschaftszuständigkeiten in vollem Umfang am Subsidiaritätsprinzip*“ zu messen seien. HM schien die Einordnung der Verwirklichung des Binnenmarkts als konkurrierende Kompetenz zu sein, vgl *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 12.

²²¹ Vgl *Reich*, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes, ZEuP 1994, 381 (403); *Grundmann*, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht – Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht, JZ 1996, 274 (276 f); *Schwartz*, ZEuP 1994, 575; ähnlich *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 13; *Heiderhoff*, Grundstrukturen 35; *Lehmann*, Rezeption 44.

²²² Vgl *Streinz/Ohler/Herrmann*, Lissabon 87.

²²³ *Merten* etwa hielt die Wendung „*daher*“ für misslungen, und präferierte eine „*konsekutiv-additive*“ Formulierung, die etwa mit „*darüber hinaus*“ umschrieben werden hätte können, vgl *Merten*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip in *ders*, Subsidiarität 77 (83).

²²⁴ *Merten* in *ders*, Subsidiarität 80.

Vorteile im Vergleich zum status quo erzielen, bei gleich schlechter oder gar schlechterer Zielerfüllung findet keine Kompetenzzuweisung statt.²²⁵

Das dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Subsidiaritätsprotokoll stellte noch Leitlinien für die notwendige Einzelfallprüfung auf, die die Gemeinschaftsrechtssetzung indizieren würden. Diese wäre etwa dann gerechtfertigt, wenn der zu regelnde Bereich transnationale Aspekte aufweise, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können; alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten gegen die Anforderungen des Vertrags verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen würden und Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen würden.²²⁶ Die Ausführungen dieses Protokolls lassen sich allerdings weder in den Verträgen, noch im neuen Subsidiaritätsprotokoll²²⁷ finden.

b) Art 5 Abs 4 EU

Art 5 Abs 4 EU besagt, dass Maßnahmen der Union nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „*inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus*“ gehen dürfen. Dieses so genannte „Erforderlichkeitsprinzip“ bezieht sich sowohl auf die Intensität einer Maßnahme hinsichtlich ihrer Bindungswirkung, als auch hinsichtlich ihrer Regelungsdichte.²²⁸ Die Kompetenzausübung durch die Union muss in geeigneter, erforderlicher und angemessener Form passieren, dies gilt auch für die Gruppe ausschließlicher Unionskompetenzen.²²⁹ Als Regelungsinstrument ist also möglichst eine Form zu wählen, die den Mitgliedstaaten so viel Spielraum wie möglich lässt, so ist der RL der Vorrang gegenüber der VO zu erteilen und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen.²³⁰ Generell ist

²²⁵ Merten in ders, Subsidiarität 81.

²²⁶ Vgl Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte - Protokolle - Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl 1997 C 340, 105, Punkt 5. Nahezu gleichlautend das, im Subsidiaritätsprotokoll auch ausdrücklich erwähnte, Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und des Artikels 3 b des Vertrages über die Europäische Union durch den Rat, Europäischer Rat in Edinburgh, Tagung der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Gemeinschaft am 11.-12. Dezember 1992 – Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage 1, Punkt II; abgedruckt bei Merten, Subsidiarität 136 (140).

²²⁷ Vgl Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Protokolle - Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl 2008 C 115, 206 ff.

²²⁸ Vgl Geiger, EUV/EGV⁴ Art 5 EGV Rz 14.

²²⁹ Vgl Sloot, Implied powers 121 mwN; Heiss, ZEuP 1996, 636.

²³⁰ Vgl bereits die Erklärung der Mitgliedstaaten zu Art 100a des EWG-Vertrages, ABl 1987 L 169, 24: „Die Kommission wird bei ihren Vorschlägen nach Artikel 100a Absatz 1 der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben, wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung gesetzlicher Vorschriften erfordert“ oder die Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament betr. das Subsidiaritätsprinzip, Anhang Punkt IV/2; abgedruckt bei Merten, Subsidiarität 125: „Verordnungen sollten die Ausnahme bleiben; sie sind gerechtfertigt wenn einheitliche Vorschriften unbedingt notwendig sind, um

Unterstützungsmaßnahmen und Empfehlungen der Vorrang gegenüber Reglementierungen zu geben.²³¹ Auf der anderen Seite hat ausschweifende Detailtiefe der einzelnen Bestimmungen unterbunden zu werden, auch die einzelnen Aspekte der Angleichung dürfen nur jene Bereiche erfassen, die zur Verwirklichung des intendierten Ziels notwendig sind.²³²

3. Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips für den Kompetenzbereich des Verbraucherschutzrechts

Reich erachtet, noch für die alte Fassung des Art 5 EG aber von uneingeschränkter Gültigkeit für die aktuelle Fassung der Verträge, die tatsächliche Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutz als generell gering.²³³ Dies zum einen durch das Faktum, dass die konkrete Formulierung des Art 169 Abs 1 und 4 AEUV die Vorgaben des gemeinschaftlichen Tätigwerdens derart präzisiert und determiniert, dass das Subsidiaritätsprinzip, außer auf Durchführungsebene, also etwa hinsichtlich des Vorranges von RL gegenüber Verordnungen, keine Kompetenzeinschränkungen nach sich ziehe.²³⁴ Zum anderen sei genau dieser, noch verbliebene Spielraum im legislativen Ermessen, nicht zuletzt aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe „*nicht ausreichend*“ bzw. „*besser*“, bloß begrenzt justiziabel und könne im Allgemeinen vor den Gemeinschaftsgerichten nicht angegriffen werden²³⁵, daher gäbe es kein „judicial review“ der Gemeinschaftsgesetzgebung im Sinne einer inhaltlichen Kontrolle der Frage, *was* nach dem Subsidiaritätsprinzip notwendig wäre.²³⁶

Das Subsidiaritätsprinzip ist sohin bloß als Verantwortungs- und Anpassungsregel zu verstehen: Art 5 EU eignet sich zur Auslegung von im Vertrag festgehaltenen Unionskompetenzen, aber nicht zur Begründung oder Einschränkung von Kompetenzen.²³⁷ Es muss als Grundsatz für die

insbesondere die Rechte und Pflichten von Einzelpersonen oder von Unternehmen zu garantieren“; vgl auch *Stein* in *Merten*, Subsidiarität 35.

²³¹ Vgl *Langguth* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 5 EGV Rz 37.

²³² Vgl *Lehmann*, Rezeption 45 f.

²³³ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 23. Ähnlich *Grundmann*, JZ 1996, 276 f, der bei privatrechtsharmonisierenden Maßnahmen generell die Diskussion hauptsächlich um die Erforderlichkeit, also den heutigen Art 5 Abs 4 EU, kreisen sieht.

²³⁴ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 23.

²³⁵ Im Gegensatz zu den primärrechtlichen Kriterien für die Kompetenzeinhaltung und –ausübung, also etwa der Wahl der richtigen Entscheidungsverfahren oder den Begründungs- und Veröffentlichungspflichten gem Art 253 f EG (Art 296 f AEUV), die sehr wohl angreifbar sind, vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 18.

²³⁶ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 18, 23.

²³⁷ Vgl *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, (593) 594 f; ähnlich *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts 37.

Kompetenzausübung, als „Kompetenzausübungsschranke“²³⁸ bzw. „Kompetenzzuweisungsschranke“²³⁹, nicht aber als Kompetenzverteilungsnorm verstanden werden.²⁴⁰

Positiv zu erwähnen bleibt noch das neue Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union²⁴¹: Dieses verpflichtet die EU-Organe, sämtliche Entwürfe von Gesetzgebungsakten den nationalen Parlamenten zuzuweisen, damit diese auf mitgliedstaatlicher Ebene auf Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips überprüft werden können.²⁴² Die Mitgliedstaaten können daraufhin in begründeten Stellungnahmen ihre Position zur Einhaltung der Subsidiarität zum Ausdruck bringen.²⁴³ Dieses „Frühwarnsystem“²⁴⁴ ist durchaus zu begrüßen, da nun evidente Fälle der Nichteinhaltung des Subsidiaritätsprinzips durch den Unionsgesetzgeber wohl a priori vermieden werden können.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist jedenfalls das Erforderlichkeitsprinzip, das gerade in Bezug auf Art 114 AEUV jedenfalls verlangt, dass der Gesetzgeber nicht nur die Beeinträchtigung des Binnenmarkts nachweist, sondern auch und unbedingt die objektiv nachvollziehbare Begründung erbringt, dass die in Frage stehende Maßnahme auch der Beseitigung ebendieser Beeinträchtigung dient.²⁴⁵ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wiederum zwingt zur Prüfung, ob vollharmonisierende Rechtsakte tatsächlich notwendig sind und der angestrebte Zweck doch nicht besser in Form sekundärrechtlicher Mindestharmonisierung, also per Mindestklauseln, erzielt werden kann.²⁴⁶

H. DIE SYSTEMATIK DER GEMEINSCHAFTSLEGISLATIVEN PRAXIS

1. Der Vorrang der marktintegrativen Kompetenznorm

Den grundsätzlichen Anwendungsbereich des Art 114 AEUV, also die Beseitigung von Hindernissen für den Freiverkehr und die Harmonisierung relevanter Wettbewerbsbedingungen für die

²³⁸ Vgl Langguth in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 5 EGV Rz 9.

²³⁹ Vgl Merten in ders., Subsidiarität als Verfassungsprinzip 77 (81).

²⁴⁰ Auch die Kommission verstand das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich als „*Ordnungsprinzip für die Ausübung der Zuständigkeiten und nicht für die Zuweisung der Zuständigkeiten*“, vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament betr. das Subsidiaritätsprinzip, Anhang Punkt I/1/a; abgedruckt bei Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas² (1994) 112 (117).

²⁴¹ Vgl Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Protokolle - Protokoll (Nr. 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, ABl 2008 C 115, 203 ff.

²⁴² Vgl Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, Art 2; vgl auch Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Art 4.

²⁴³ Vgl Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, Art 3.

²⁴⁴ Vgl Streinz/Ohler/Herrmann, Lissabon 61.

²⁴⁵ Vgl Leible in Streinz, EUV/EGV Art 95 Rz 36.

²⁴⁶ Vgl Leible in Streinz, EUV/EGV Art 95 Rz 37.

Marktteilnehmer, ausschöpfend, stellen die Erwägungsgründe zahlreicher verbrauchervertragrechtlicher Richtlinien²⁴⁷ in ihrer Berufung auf Art 95 EG (Art 100a EGV) auf ebendiesen Abbau von Hemmnissen und Wettbewerbsverfälschungen ab.²⁴⁸ Auf Grundlage des Art 129a Abs 1 lit b EGV, also des Vor-Vorgängers von Art 169 Abs 2 lit b AEUV, wurde bisher allerdings nur eine einzige Richtlinie, nämlich die Preisauszeichnungsrichtlinie²⁴⁹ erlassen; sowie eine Verbraucherschutzpolitische Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates²⁵⁰.

Selbst die Kommission bestätigte noch in ihrem Grünbuch 2001, dass Verbraucherschutzrichtlinien in der Regel auf Artikel 95 EG basieren würden und hielt im selben Atemzug fest: „*Andere EU-Richtlinien wiederum, deren primärer Zweck nicht im Verbraucherschutz liegt, wirken sich ebenfalls unmittelbar auf den Bereich Verbraucherschutz aus*“²⁵¹. Die eigentliche Funktion dieser binnenmarktfinalen Norm ins Gegenteil verkehrend wird also für Regelungen, deren vorrangiges Ziel der Verbraucherschutz per se und eben *nicht* die Errichtung bzw das Funktionieren des Binnenmarktes ist, die kompetenzrechtliche Heimat in Art 95 EG gesehen.

Fest steht jedenfalls, dass Art 169 Abs 2 lit b AEUV nicht bloß die Unterstützung und Ergänzung nationalstaatlicher Verbraucherschutzmaßnahmen, sondern auch ein eigeninitiatives Vorgehen des Unionsgesetzgebers rechtfertigt: Die Intention der Vertragspartner, mit Art 129a EGV eine vertiefende Gemeinschaftskompetenznorm zu schaffen und den Verbraucherschutz auf europäischer Ebene zu

²⁴⁷ Vgl Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl 1987 L 42, 48 ff, ErwGr 2; Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ErwGr 2; Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl 1993 L 95, 29 ff, ErwGr 2; Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl 1994 L 280, 83 ff, ErwGr 1; Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997 L 144, 19 ff, ErwGr 4; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ErwGr 3; Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ErwGr 12; Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ErwGr 3; 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, ABl 2008 L 133, 66 ff, ErwGr 4 und 28; Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl 2009 L 33, 10 ff, ErwGr 2.

²⁴⁸ Vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 97 ff; *Lehmann*, Rezeption 34 ff, 39; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven (2008) 30.

²⁴⁹ Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl 1998 L 80, 27.

²⁵⁰ Entscheidung Nr. 3092/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Dezember 1994 zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Informationssystems über Haus- und Freizeitunfälle, ABl 1994 L 331, 1.

²⁵¹ Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union 2001, Punkt 2.1.

stärken, lässt keinen anderen Schluss zu.²⁵² Und das Potential, als eigene Rechtsgrundlage im Verbraucherschutzrecht zu dienen, hat Art 169 Abs 2 lit b AEUV mit Sicherheit.²⁵³

2. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art 114 AEUV

Als Voraussetzung für die Rechtsangleichung nach Art 114 AEUV müssen *entweder* tatsächliche Hemmnisse der Grundfreiheiten *oder* spürbare Wettbewerbsverzerrungen vorliegen²⁵⁴:

Die Hemmnisse der Grundfreiheiten betreffend anerkennt die Rechtsprechung des EuGH, wie bereits oben erörtert, ganz deutlich, dass die Funktion der Grundfreiheiten des Binnenmarktes nicht bloß aus Gewährleistungen zu Gunsten der Anbieter besteht, sondern auch die Seite der Nachfragenden, zumindest im Sinne einer Gleichbehandlung, betrifft.²⁵⁵ Die logische Konsequenz dieser Auffassung in ihrer reinsten Ausprägung wäre die Annahme der Binnenmarktbezogenheit jeder einzelnen Verbraucherschutzmaßnahme, da dem Verbraucher nach diesem Verständnis stets eine Rolle als Akteur des Binnenmarktes zukommt (und daher jede Maßnahme gemäß Art 114 Abs 2 lit a AEUV auf Art 114 AEUV gestützt werden müsste).²⁵⁶ Fraglich wäre in weiterer Folge der spezifische Regelungsgehalt von Art 169 Abs 2 lit b AEUV, der ja explizit der Binnenmarktfinalität eine Absage erteilt und nach diesem Verständnis „*lediglich eine Verdoppelung von lit. a und an sich überflüssig*“²⁵⁷ wäre. Die Betonung des Verbrauchers als Akteur des Binnenmarktes sollte wohl nicht überstrapaziert werden, da der primäre Adressat, jedenfalls im Bereich des freien Warenverkehrs²⁵⁸, der ja gerade durch die Freiheit der Anbieter verwirklicht wird, die Produzenten- und Händlerseite ist.²⁵⁹ Diesem Normadressatenkreis soll durch die gewährleisteten Freiheiten gleichsam als Vehikel die Aufgabe einer Verbesserung der Verbrauchersituation zukommen, der Konsument ist in diesem Zusammenhang viel weniger als Adressat als viel mehr als mittelbar Begünstigter, als „Nutznießer“ der Vorschrift zu verstehen. Die bloß abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten

²⁵² Vgl Zischka, Rechtsetzungskompetenzen 76.

²⁵³ Vgl Lurger in Streinz, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 35.

²⁵⁴ Vgl zu diesem Alternativverhältnis Tietje in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 38 (21. EL Apr. 2003); Fischer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 13; Geiger, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 3; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁵ Rz 943; Franzen, Privatrechtsangleichung 107 f; EuGH, Rs C-491/01, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd.*, Slg 2002, I-11453 Rn 60; zur ebenfalls diesem Problem gewidmeten Diskussion beim Subsidiaritätsprinzip siehe oben.

²⁵⁵ Vgl Franzen, Privatrechtsangleichung 113 f.

²⁵⁶ Vgl Micklitz/Reich, EuZW 1992, 597; Franzen, Privatrechtsangleichung 113 f.

²⁵⁷ Micklitz/Reich, EuZW 1992, 597 zu Art 129 EGV.

²⁵⁸ Der ja den Hauptanwendungsfall von Art 95 EG bildet, vgl (noch zu Art 100a EWVG) Glaesner in Ress, Rechtsangleichung 42.

²⁵⁹ Vgl Franzen, Privatrechtsangleichung 114.

genügt für die Heranziehung von Art 114 AEUV jedenfalls nicht (vgl dazu die Position der Rsp sogleich unten).²⁶⁰

Andererseits darf die von Art 114 AEUV tatbestandlich alternativ vorausgesetzte Wettbewerbsverzerrung gerade im Hinblick auf die binnenmarktunabhängige Kompetenznorm des Art 169 Abs 2 lit b AEUV nicht überstrapaziert werden: Einerseits können schon Unterschiede in den nationalen zivilrechtlichen Verbraucherschutznormen den Wettbewerb verzerren, weil Unternehmen in Staaten mit strengeren Bestimmungen (beispielsweise das Haftungs- oder Gewährleistungsrecht betreffend) gegenüber Unternehmen in Staaten, deren Rechtsordnung ein geringeres Maß an Pflichten aufstellt, benachteiligt sind.²⁶¹ Man kann allerdings auch dann von einer Wettbewerbsverzerrung sprechen, wenn sich Verbraucher aus Gründen des nichteinheitlichen Konsumentenschutzes nicht „trauen“, in anderen Mitgliedstaaten aktiv als Konsument am Wirtschaftsleben teilzunehmen und so ausländische Anbieter in Bezug auf diesen Absatzmarkt ins Hintertreffen gelangen.²⁶² Kommission und Rat gehen offenbar von einem derart weit gespannten Verständnis der „Wettbewerbsverzerrung“ aus und weisen in den Begründungen von Richtlinien regelmäßig darauf hin, dass die Unterschiedlichkeit der nationalen Vorschriften den Wettbewerb verfälsche.²⁶³ Die Gefahr, dass die Gesetzgebungskompetenz mit der Begründung der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen als Vehikel grenzenlos ausgenützt wird, ist also virulent und nicht zu unterschätzen.²⁶⁴

Wiederum reichen abstrakte Gefahren von Wettbewerbsbeschränkungen oder die reine Feststellung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Vorschriften nicht aus²⁶⁵, es muss sich zudem um eine spürbare, nicht bloß geringfügige Wettbewerbsverzerrung handeln.²⁶⁶

Auf zweiter Ebene muss geprüft werden, ob der in Frage stehende Rechtsangleichungsakt auch *tatsächlich* die Vermeidung dieser Hemmnisse der Grundfreiheiten oder die Beseitigung der spürbaren Wettbewerbsverzerrungen *bezweckt*.²⁶⁷ Dabei muss sowohl die Verwirklichung des Binnenmarkts sowohl *objektiv* aus der betreffenden Maßnahme erkennbar sein²⁶⁸, als auch *subjektiv* vom

²⁶⁰ Vgl Fischer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 13, 17; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁵ Rz 943.

²⁶¹ Vgl Lehmann, Rezeption 34.

²⁶² Vgl Lehmann, Rezeption 35.

²⁶³ So etwa die Fernabsatz-Richtlinie, ErwGr 4); Klausel-Richtlinie, ErwGr 2; Pauschalreise-Richtlinie, ErwGr 2; Timesharing-Richtlinie 1994, ErwGr 1; oder Verbraucherkredit-Richtlinie 1987, ErwGr 2. Vgl auch oben FN 247.

²⁶⁴ Vgl Riesenhuber, System und Prinzipien 138 ff.

²⁶⁵ Vgl Fischer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 13, 17.

²⁶⁶ Vgl Fischer in Lenz/Borchardt, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 19; Sloom, Implied powers 177 f.

²⁶⁷ Vgl EuGH, Rs C-376/98, BRD/EP und Rat (Tabakwerbung), Slg 2000, I-8419 Rn 84 ff, 95; Tietje in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 28 (21. EL Apr. 2003).

²⁶⁸ Vgl nur statt vieler EuGH, Rs C-376/98, Slg 2000, I-8419 Rn 95.

Gesetzgeber gewollt sein.²⁶⁹ Der bloße Verweis auf bestehende Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen reicht jedenfalls nicht aus.²⁷⁰

Genau hier liegt die Schwierigkeit für den Unionsgesetzgeber begründet, der nachvollziehbar darlegen muss, dass mit diesem auf Art 114 AEUV gestützten Rechtsakt exakt der eben genannte Zweck verfolgt wird.

Sollte dies allerdings der Fall sein, so darf die Maßnahme der Rechtsangleichung bedenkenlos auf Art 114 AEUV als binnenmarktfinale Querschnittskompetenznorm gestützt werden, selbst wenn primärrechtliche Regelungen existieren, die ein bestimmtes Rechtsgebiet speziell regeln.²⁷¹

3. Die Tendenz der Rechtsprechung

Der EuGH äußerte sich zunächst in einer umweltrechtlichen Kompetenzfrage rigide hinsichtlich des Verhältnisses von Art 100a EWGV zu Art 130s EWGV (Art 192 AEUV): In seiner „Titanoxid-Entscheidung“ qualifizierte er Art 100a EWGV als *lex specialis* zu Art 130s EWGV, sofern ein auch nur mittelbarer Binnenmarktbezug vorliege. Begründet wurde dies einerseits mit dem damals in Art 100a EWGV vorgesehenen Zusammenarbeitsverfahren, das im Sinne einer Einbindung des Europäischen Parlaments in das Gesetzgebungsverfahren bei Heranziehung von Art 130s EWGV unterlaufen werden würde, andererseits mit dem auch von Art 100a EWGV verpflichtend normierten „*hohen Schutzniveau*“, von dem legislativ auszugehen sei.²⁷² Diese Entscheidung lässt sich allerdings nur bedingt auf kompetenzrechtliche Fragen des Verbraucherschutzes der Union übertragen: Die vorrangig institutionellen Überlegungen des EuGH sind heute nicht mehr von Bedeutung, da sowohl Art 114 AEUV als auch Art 169 AEUV das Mitentscheidungsverfahren vorsehen.²⁷³ Weiters würde ein genereller Vorrang der binnenmarktintegrativen Kompetenznorm wohl der Grundintention hinter Art 169 AEUV und seiner Vorgängerbestimmungen, den Verbraucherschutz zu einem eigenständigen Politikbereich der Gemeinschaft zu entwickeln, entgegenlaufen.²⁷⁴

Zudem hat der EuGH zwischenzeitlich zur Richtlinie 91/156²⁷⁵ entschieden, dass diese zurecht auf Art 130s EGV fuße, da Wettbewerbs- und Handlungsbedingungen nur nebenbei und peripher tangiert

²⁶⁹ Vgl *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 94 EGV Rz 14.

²⁷⁰ Vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 28.

²⁷¹ Vgl *Tietje* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 60 ff (21. EL Apr. 2003).

²⁷² Vgl EuGH, Rs C-300/89, Slg 1991, I-2867 Rn 19 f, 24.

²⁷³ Vgl *Zischka*, Rechtsetzungskompetenzen 78 f.

²⁷⁴ Vgl *Zischka*, ebd.

²⁷⁵ Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18. März 1991 zur Änderung der Richtlinie 75/442/EWG über Abfälle, ABI 1991 L 78, 32 ff.

werden würden.²⁷⁶ Neuere Entscheidungen wie das „Tabakwerbungs-Urteil“ halten immerhin fest, dass für die Heranziehung der binnenmarktfinalen Kompetenznorm tatsächlich bestehende Hemmnisse für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr, bzw nachweislich spürbare Wettbewerbsverzerrungen vorliegen müssen, da bei Ausreichen einer bloß abstrakten Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten oder potentiell daraus resultierender Wettbewerbsverzerrungen die gerichtliche Kontrolle der Rechtsgrundlagenwahl ihre Wirkung verlieren würde.²⁷⁷ Mittlerweile wurde diese Ansicht relativiert, die Entscheidungen „Swedish Match“ und „Arnold André“ halten fest, dass *„wenn Handelshindernisse bestehen oder solche Hindernisse wahrscheinlich entstehen werden, weil die Mitgliedstaaten hinsichtlich eines Erzeugnisses oder einer Erzeugnisgruppe divergierende Maßnahmen erlassen haben oder zu erlassen im Begriff sind, die ein unterschiedliches Schutzniveau gewährleisten und dadurch den freien Verkehr mit dem oder den betreffenden Erzeugnissen in der Gemeinschaft behindern, Artikel 95 EG den Gemeinschaftsgesetzgeber ermächtigt, tätig zu werden“*²⁷⁸. In seiner Entscheidung zur neuen Tabakwerbungs-Richtlinie²⁷⁹ wiederholt der Gerichtshof diese Formulierung.²⁸⁰ Das Judikat zur Gültigkeit der Biotechnologie-Richtlinie²⁸¹ hält zudem fest, dass eine Harmonisierung dazu diene, *„die Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verringern, die unterschiedliche Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten, welchen Ursprung diese auch sein mögen, darstellen“*²⁸², und eröffnet damit der Verbraucherrechtsgesetzgebung im Rahmen von Art 114 AEUV einen weiten Anwendungsspielraum, da in diesem Rechtsbereich die Unterschiede zumeist aus divergenten Schutzniveaus innerhalb der Mitgliedstaaten, die das Vertrauen der Verbraucher in das Funktionieren der Märkte untergraben, resultieren – für den EuGH offenbar ausreichend.²⁸³

²⁷⁶ Vgl EuGH, Rs C-155/91, Slg 1993, I-939 Rz 19. Vgl auch EuGH, Rs C-70/88, *EP/Rat*, Slg 1991, I-4529 Rz 17; EuGH, Rs C-187/93, *EP/Rat*, Slg 1994, I-2857 Rz 25; EuGH, Rs C-84/94, *Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland/Rat der Europäischen Union*, Slg 1996, I-5755 Rz 45.

²⁷⁷ Vgl EuGH, Rs C-376/98, Slg 2000, I-8419 Rn 106 f; *Reich/Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht*⁴ 32 f.; *Sloot*, *Implied powers* 171 f.

²⁷⁸ Vgl EuGH, Rs C-210/03, *The Queen/ Secretary of State for Health (Swedish Match)*, Slg 2004, I-11893 Rn 33; EuGH, Rs C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG/Landrat des Kreises Herford (Arnold André)*, Slg 2004, I-11825 Rn 34; vgl dazu *Meškić*, *Europäisches Verbraucherrecht* 31.

²⁷⁹ Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl 2003 L 152, 16 ff.

²⁸⁰ EuGH, Rs C-380/03, *BRD/EP und Rat (Tabakwerbung II)*, Slg 2006, I-11573 Rn 41; vgl *Meškić*, *Europäisches Verbraucherrecht* 31.

²⁸¹ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl 1998 L 213, 13 ff.

²⁸² EuGH, Rs C-377/98, *NL/EP und Rat*, Slg 2001, I-7079 Rn 20.

²⁸³ Vgl *Reich/Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht*⁴ 33 f.

4. Kritik an der Praxis des Unionsgesetzgebers

Den Ursprung der Binnenmarktgebundenheit der kompetenzbegründenden Normen der Gemeinschaft im Bereich des Verbraucherschutzrechts²⁸⁴ sieht *Micklitz* in einer divergenten Ansicht der Gemeinschaft im Verhältnis zu einigen Mitgliedstaaten: Während beispielsweise in den skandinavischen Ländern oder in Frankreich häufig auf den Staat als Verantwortlichen hingewiesen werde²⁸⁵, scheine der europäische Verbraucherschutz auf die Steuerungskräfte des Marktes zu vertrauen.²⁸⁶ Dieser Vorrang zeigt sich eben an der oftmaligen Heranziehung des jetzigen Art 114 AEUV als Rechtsgrundlage für verbraucherschutzrechtliche Richtlinien (bis auf die Verbrauchercredit-Richtlinie 1987, die auf Art 100 EWGV (Art 115 AEUV) fußte, haben alle genannten Verbrauchervertragsrichtlinien Art 100a EGV bzw Art 95 EG (also den heutigen Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage), während der durch den Vertrag von Maastricht eingefügte Art 129a Abs 1 lit b EGV auch in der Fassung des Art 153 Abs 3 lit b EG sowie in seiner bislang noch verhältnismäßig kurzen Zeit als Art 169 Abs 2 lit b AEUV ein „Stiefmutterdasein“ führt.²⁸⁷

Tatsächlich könnte man zahlreichen nicht auf Art 169 Abs 2 lit b AEUV bzw seiner Vorgängerbestimmungen beruhenden Regelungen die Binnenmarktbezogenheit absprechen und argumentieren, dass die wahre Intention ihres Erlasses nicht der Abbau von Hindernissen für eine der vier Grundfreiheiten, sondern vielmehr der „*Schutz der Verbraucher und darüber hinaus die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen für die beteiligten Marktteilnehmer*“²⁸⁸ sei. Die bisherige Begründung der Binnenmarktfinalität durch den Gemeinschaftsgesetzgeber ist allzu oft denkbar dünn, wie etwa die auf Art 100 EWGV gestützte Haustürgeschäfts-Richtlinie belegt, die in Erwägungsgrund 3 lapidar und ohne weitere Erklärung feststellt: „*Die Unterschiede zwischen diesen Rechtsvorschriften können sich unmittelbar auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.*“

Klarerweise setzt die Anwendung von Art 169 Abs 2 lit b AEUV voraus, dass eine entsprechende „Politik“ in den Mitgliedstaaten, wenngleich nicht in allen, bereits existiert²⁸⁹, doch kann dies innerhalb der EU gerade im Bereich des Verbrauchervertragsrechts als gegeben angesehen werden. Art 114 AEUV sollte jedenfalls dann nicht herangezogen werden, wenn die geplante Maßnahme die

²⁸⁴ *Rösler* stellt fest, dass auch die Kommission, in Entsprechung des Art 95 Abs 3 lit a EG die Anknüpfung an den Binnenmarkt eindeutig in den Vordergrund stelle und ihre eigenen Aktionsprogramme bloß als ein der Marktrelevanz hinzutretendes Argument verstehe, vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 89.

²⁸⁵ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 89.

²⁸⁶ So vorsichtig *Micklitz*, Divergente Ausgangsbedingungen des Verbraucherrechts in West und Ost, in *ders* (Hrsg), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? – Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten (1996) 3 (4).

²⁸⁷ Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht 4 32 ff.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien 227; *Stuyck*, CML Review 2000, 380; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 29; *Lehmann*, Rezeption 39.

²⁸⁸ *Franzen*, Privatrechtsangleichung 225.

²⁸⁹ Vgl *Stuyck*, CML Review 2000, 387.

Harmonisierung der Marktbedingungen bloß als *objektiven* Nebenzweck intendiert; solange die Regelung prioritär den Schutz bestimmter Personen oder Rechtsgüter, dessen Gewährleistung im Rahmen des kompetenzrechtlich einschlägig geregelten Politikbereiches der Gemeinschaft (in diesem Fall: Art 169 AEUV) abgedeckt ist, bezweckt oder die Marktbedingungen auch nicht „*tatsächlich verbessert*“²⁹⁰, muss sie auch auf die speziellere Kompetenzbestimmung gestützt werden.²⁹¹

Dahinter steht freilich die Erkenntnis, dass sich der europäische Verbraucherschutz von der finalen Ausrichtung auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes gleichsam losgelöst hat²⁹² und nunmehr auf eigenen Beinen steht. Nach *Franzen* müssten heute jedenfalls nicht bloß künftige Maßnahmen, sondern auch Änderungen bereits erlassener Rechtsakte, die den Verbraucherschutz als hauptsächliche Intention wahrnehmen, auf Art 169 Abs 2 lit b AEUV gestützt werden, im Übrigen wäre Art 169 Abs 2 lit a iVm Art 114 Abs 1 AEUV anwendbar.²⁹³ Ebenso argumentiert *Reich* spezifisch zum Verbrauchervertragsrecht.²⁹⁴ Fest steht jedenfalls, dass eine Maßnahme *ohne* konkreten Binnenmarktbezug im Sinne der oben erörterten Voraussetzungen des Art 114 AEUV im Bereich des Verbraucherschutzes auf Art 169 Abs 2 lit b AEUV gestützt werden muss.²⁹⁵

Übersehen wird bei dieser Kritik zum Teil, dass es, wie beispielsweise bei der mittlerweile durch eine Neufassung²⁹⁶ abgelösten Verbraucherkreditrichtlinie²⁹⁷, im Zeitpunkt des Erlasses einiger erwähnter Regelungen noch gar keine Möglichkeit gab, auf Art 129a EGV (der ja erst durch den Vertrag von Maastricht eingeführt wurde) zurückzugreifen. Dass sich seit dem 01.01.1993 erst eine einzige

²⁹⁰ *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 58.

²⁹¹ Vgl *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 4; *Heiderhoff*, Grundstrukturen 32; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 115 f, der hier generell im Falle unmöglicher Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenzweck des geplanten Rechtsakts dafür plädiert, die Maßnahme bei gleichem Rechtssetzungsverfahren auf zwei Kompetenznormen zu stützen, bzw bei unterschiedlichen Rechtssetzungsverfahren „wegen der Bedeutung der Herstellung des Freiverkehrs“ die binnenmarktintegrative Kompetenznorm heranzuziehen; aM *Fischer* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV⁴ Art 95 EGV Rz 53, der im Falle unterschiedlicher Rechtssetzungsverfahren jene Rechtsgrundlage, die die Beteiligung des EP stärker berücksichtigt, präferiert. Aufgrund des identen Rechtssetzungsverfahrens der Art 114 Abs 1 bzw 169 Abs 3 AEUV nach Art 294 AEUV inklusive obligatorischer Anhörung des WSA kann dieses Abgrenzungskriterium im konkreten Fall nicht fruchtbar gemacht werden. Vgl zur möglichen Doppelabstützung im Detail *Tietje* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union II Art 95 EGV Rz 63 (21. EL Apr. 2003); vgl hierzu auch EuGH, Rs C-491/01, Slg 2002, I-11453 Rn 58 ff, 103 ff.

²⁹² Vgl *Lurger*, Grundfragen 57; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 32; *Merli* in *Aicher/Holoubek*, Öffentliches Recht 6.

²⁹³ So noch zu Art 95 und 153 EG *Franzen*, Privatrechtsangleichung 225 f.

²⁹⁴ Vgl *Reich*, A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?, *Journal of Consumer Policy* 2005, 383 (400); *ders*, Economic law, consumer interests and EU integration, in *Micklitz/Reich/Rott* (Hrsg), *Understanding EU Consumer Law* (2009) 59.

²⁹⁵ Vgl *Leible* in *Streinz*, EUV/EGV Art 95 Rz 113; *Herrnfeld* in *Schwarze*, EU-Kommentar² Art 95 EGV Rz 12.

²⁹⁶ 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, ABl 2008 L 133, 66 ff.

²⁹⁷ Richtlinie 87/102/EG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl 1987 L 42, 48 ff.

Richtlinie²⁹⁸ auf Art 129a Abs 1 lit b EGV (und somit noch keine auf Art 153 Abs 3 lit b EG!) berufen hat, kann jedoch durchaus als Fehlentwicklung gewertet werden, die möglicherweise auf eine mangelnde Wahrnehmung der Eigenständigkeit der Verbraucherschutzpolitik durch die Organe der Union zurückzuführen ist. Wiewohl Art 169 Abs 2 lit b AEUV in seinem Anwendungsbereich auch limitiert ist und möglicherweise einer rechtlichen Stärkung bedarf, um auf Augenhöhe mit Art 114 AEUV als Kompetenznorm im Verbrauchervertragsrecht zu dienen²⁹⁹, sind *Franzen* und weitere Kritiker in ihrer argumentativen Forcierung einer stärkeren Rolle von Art 169 Abs 2 lit b AEUV in der Praxis vorbehaltlos zu unterstützen. An dieser Stelle der Untersuchung soll allerdings noch nicht näher auf das Verhältnis der beiden Kompetenznormen im Bereich des Verbrauchervertragsrechts eingegangen werden, es wird im Kapitel „Die Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts im Verbrauchervertragsrecht und die geplante Neuregelung durch den Unionsgesetzgeber“ noch eingehend behandelt werden.

Gerade im Lichte der durch die Entschließungen des Rates aus den Jahren 1989 und 1992 über „*Künftige Prioritäten bei der Neubelebung der Verbraucherpolitik*“ bzw über „*Künftige Prioritäten für den Ausbau der Verbraucherschutzpolitik*“ sowie durch den zweiten dreijährigen Aktionsplan der Kommission von 1993 initiierten Entwicklung des Verbraucherschutzes zu einem eigenständigen Politikbereich der Gemeinschaft darf der Anwendungsbereich des Art 169 Abs 2 lit a iVm Art 114 AEUV nicht überstrapaziert werden. Durch diesen mit dem Maastricht-Vertrag eingefügten „Meilenstein“ des europäischen Konsumentenschutzes ist ja zweifelsfrei ein „Mehr“ an Verbraucherschutz intendiert, dass nun nicht durch die über das Ziel hinausschießende Interpretation der Verwirklichung des Binnenmarktes konterkariert werden sollte. Dabei sollte gerade der mit der Revision des Art 129a EGV durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Art 153 EG, der seitdem von „*Maßnahmen*“ anstatt von „*spezifischen Aktionen*“ (ebenso die Fassung des Art 169 Abs 2 lit b AEUV) spricht, als eindeutig positiviertes Indiz für den intendierten Erlass verbindlicher Rechtsnormen im Bereich des Verbraucherschutzes gesehen werden.³⁰⁰

Denn bereits 1992 hielten *Micklitz* und *Reich* zum Verhältnis zwischen Art 100a EGV und Art 129a EGV fest: „*Es steht nicht mehr und nicht weniger zur Diskussion als die zukünftige Ausrichtung der Europäischen Gemeinschaft im Sinne einer bloßen Wirtschaftsgemeinschaft oder als eines supranationalen Gebildes, das sich aufmacht, ein Staat zu werden*“³⁰¹.

²⁹⁸ Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABI 1998 L 80, 27 ff.

²⁹⁹ So der Vorschlag von *Micklitz/Reich/Weatherill*, EU Treaty Revision and Consumer Protection, JCP 2004, 373 (378 ff).

³⁰⁰ Vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 115.

³⁰¹ *Micklitz/Reich*, EuZW 1992, 596.

I. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Die kompetenzbegründenden binnenmarktfinalen Rechtsangleichungsnormen des Primärrechts anerkennen ökonomische Verbraucherinteressen nicht als legitimen Grund, mitgliedstaatlich zu Gunsten des Verbrauchers von Sekundärrechtsakten abzuweichen. Im Gebiet des Verbrauchervertragsrechts bedeutet dies, dass Mitgliedstaaten bei auf Art 114 AEUV (Art 95 EG) gestützten Richtlinien nur dann für den Verbraucher günstigere Regelungen innerhalb des harmonisierten Bereichs beibehalten oder einführen dürfen, wenn der Sekundärrechtsakt selbst eine Mindestharmonisierungsklausel enthält.
2. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der binnenmarktfinalen Kompetenznorm nach Art 114 AEUV: Erstens müssen tatsächliche Hemmnisse der primärrechtlichen Grundfreiheiten *oder* spürbare Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt vorliegen – bloß abstrakte Gefahren oder die reine Feststellung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Regelungen in einem spezifischen Politikfeld durch den Unionsgesetzgeber reichen hierfür nicht aus. Dies wird auch vom EuGH so gesehen, der Gerichtshof eröffnet allerdings zum Teil der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung einen weiten Anwendungsspielraum. Zweitens muss zusätzlich zu dieser Voraussetzung der intendierte Rechtsakt *tatsächlich* die Vermeidung einer der beiden erstgenannten, alternativ zu prüfenden Kriterien bezwecken – die Verwirklichung des Binnenmarkts muss sowohl objektiv erkennbar als auch subjektiv vom Unionsgesetzgeber gewollt sein.
3. Seit Art 129a EGV existiert eine binnenmarktunabhängige Verbraucherschutzkompetenz der Europäischen Union. Diese gewährt bis heute in der Fassung des Art 169 AEUV primärrechtlich die Möglichkeit, mitgliedstaatlich zu Gunsten des Verbrauchers günstigere Regelungen als ein auf diese Kompetenznorm gestützter Rechtsakt beizubehalten oder einzuführen, sehr wohl auch aus Gründen des ökonomischen Verbraucherschutzes, also problemlos auch im Feld des Verbrauchervertragsrechts.
4. Dem Gemeinschaftsgesetzgeber darf unterstellt werden, eine besondere Kompetenznorm für verbraucherschutzbezogene Rechtsakte geschaffen zu haben, die bewusst und intentional von der Binnenmarktfinalität des Art 95 EG (Art 114 AEUV) abgekoppelt wurde. Die Nutzung dieser Kompetenznorm (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) für verbrauchervertragsrechtliche Rechtsakte der EU ist daher nicht bloß wünschenswert, sondern primär kompetenzrechtlich geschuldet.

5. Das Subsidiaritätsprinzip ist als Verantwortungs- und Anpassungsregel zu verstehen, es muss als Grundsatz für die Kompetenzausübung, nicht aber als Kompetenzverteilungsnorm verstanden werden. Große Bedeutung kommt im Bereich des Verbrauchervertragsrecht dem Erforderlichkeitsprinzip zu, das in Bezug auf Art 114 AEUV jedenfalls verlangt, dass der Gesetzgeber nicht nur die Beeinträchtigung des Binnenmarkts nachweist, sondern auch und unbedingt die objektiv nachvollziehbare Begründung erbringt, dass die in Frage stehende Maßnahme auch der Beseitigung ebendieser Beeinträchtigung dient. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwingt zusätzlich zur Prüfung, ob vollharmonisierende Rechtsakte tatsächlich notwendig sind und der angestrebte Zweck doch nicht besser in Form sekundärrechtlicher Mindestharmonisierung, also per Mindestklauseln, erzielt werden kann.

III. DIE LEGITIMATION DES VERBRAUCHERSCHUTZES ALS ANKNÜPFUNGSPUNKT EINER VERBRAUCHERVERTRAGSDEFINITION

A. VERTRAGSRECHTLICHER VERBRAUCHERSCHUTZ ALS SCHUTZ DES SCHWÄCHEREN?

Als Anknüpfungspunkt für die privatrechtliche Definition des Verbrauchers bzw eines Verbrauchergeschäfts dient primär eine vom Gesetzgeber vermutete Ungleichgewichtslage, ein zu determinierendes Schutzbedürfnis eines Rechtssubjekts, das in einer bestimmten Gefahr oder einer Gefahrensituation begründet sein kann, deren Auswirkungen sich dem potentiellen Rechtsgeschäftspartner dieses Rechtssubjekts nicht in gleicher Intensität offenbaren und deren Inkaufnahme von der Rechtsordnung aus diesem Grunde nicht zugemutet werden kann.³⁰² Doch bevor der Verbraucher rechtlich definiert werden kann, muss seine sozial-ökonomische Stellung näher beleuchtet werden.³⁰³ Aus dem Ziel des Verbraucherschutzes, oder sogar aus dem Ziel des alten rechtspolitischen Anliegens einer sozialen Komponente im gesamten Zivilrecht³⁰⁴, nämlich der rechtlichen Kompensation einer rechtssubjektsbezogenen Schutzbedürftigkeit, lässt sich allerdings nicht auf die Gründe der Annahme einer solchen Schutzbedürftigkeit schließen.³⁰⁵

Der Schutz des „Schwächeren“ kann im Zivilrecht durchaus verschiedene Anknüpfungspunkte haben; so kann beispielsweise gesetzlich intendiert sein, den wirtschaftlich schwächeren³⁰⁶ oder durchsetzungsunfähigen Vertragspartner bzw ganze Gruppen von Menschen wie „Frauen“, „Mieter“

³⁰² So genannter „*Rechtstechnischer Verbraucherbegriff*“, vgl *Schneider*, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764 (767); *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente (1994) 30 f; *Koziol*, Verbraucherschutz als Selbstzweck oder als Mittel sachgerechter Interessenswahrung?, in *Eccher/Nemeth/Tangl* (Hrsg), Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em.o.Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer, M.C.L. (2002) 101 (103); *von Hippel*, Verbraucherschutz³ 3 ff; *Reifner*, Der Schutzbereich des Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978, 203 (205).

³⁰³ So genannter „*Rechtspolitisch-Rechtssozilogischer Verbraucherbegriff*“, vgl *Schneider*, BB 1974, 767; *Reich*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187 (189).

³⁰⁴ Vgl *Krejci*, Ist das Verbraucherrecht ein Rechtsgebiet?, in FS Mayrhofer 119 (124 f, 137); grundlegend von *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889).

³⁰⁵ Vgl *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht – Überholte Konzeptionen, Lücken und Mängel in wichtigen Verbrauchergesetzen und die Praxis der Rechtsprechung (1976) 8 f.

³⁰⁶ Dazu insb *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978) 196 (199 ff).

oder „Arbeitnehmer“ zu schützen³⁰⁷; gleichermaßen könnte aber auch der Versuch unternommen werden, *jedes* Individuum vor nachteiligen Entwicklungen des wirtschaftlichen Lebens zu schützen.³⁰⁸ Es stellt sich also zunächst die Frage, weshalb eine spezifische Gruppe an Personen (und zwar *nur* diese Gruppe an Personen) nämlich „die Verbraucher“, in den Geltungsbereich zivilrechtlicher Schutznormen einzubeziehen wären. Der Gedanke der Gleichheit der Rechtssubjekte verbietet jedenfalls die undifferenzierte Schutzzummantelung beliebiger Personengruppen, Ungleichgewichtslagen in vertraglichen Beziehungen müssen vor deren privatrechtlicher Behandlung sorgsam analysiert und verifiziert werden.³⁰⁹

Zwei Fragen sind in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse: Erstens die Frage nach der Legitimität legislativer Eingriffsmaßnahmen in privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, und zweitens, jene nach der spezifischen Gefahr für einen rechtlich abgrenzbaren Kreis von Rechtssubjekten.

B. DIE VERTRAGSRECHTLICHE LEGITIMITÄT LEGISLATIVER EINGRIFFE

1. Frühe Zivilrechtskodifikationen

Die Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts, wie beispielsweise das österreichische ABGB (in Kraft getreten am 01.01.1812), das deutsche BGB (in Kraft getreten am 01.01.1900) oder der französische Code Civil (21.03.1804), basierten in ihrer Grundkonzeption, dem Gedanken des Liberalismus als Staats-, Gesellschafts- und Wirtschaftsmodell entsprechend³¹⁰, auf dem tragenden Prinzip der Selbstbestimmung jedes einzelnen Rechtssubjekts – das System der Privatautonomie³¹¹ beherrschte das vertragsrechtliche Denken des damaligen Gesetzgebers.³¹²

³⁰⁷ Diesem Ansatz folgen insbesondere *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975) sowie *von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren (1982).

³⁰⁸ Vgl. *Westermann*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978) 150 (176 f).

³⁰⁹ Vgl. *Westermann*, AcP 1978, 178; *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996) 1 (24).

³¹⁰ Vgl. *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, in *ders.*, Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts – Beiträge aus den Jahren 1969-1996 (1997) 69 (82 ff); *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit (2000) 20 ff; *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff - Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa (2007) 25 ff mwN.

³¹¹ Im Sinne der Möglichkeit jedes Einzelnen, „*seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach seinem eigenen Willen frei zu gestalten*“, vgl. *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 94; ähnlich *Knobel*, Wandlungen 17: „*Die Privatautonomie gewährt den Bürgern die Möglichkeit, ihre eigenen privatrechtlichen Angelegenheiten nach ihrem eigenen Willen und in eigener Verantwortung zu regeln.*“; von *Canaris*, Das Informations- und das Inhaltsschrankenmodell beim Konsumentenkredit – dargestellt an drei Grundproblemen, ÖBA 1990, 882 (897) als „*Respekt der*

2. Die Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie

Jeder Rechtsgeschäftspartner sollte in völlig freier Entscheidung bestimmen, ob und mit wem (Abschlussfreiheit), worüber und zu welchen Bedingungen (Freiheit der inhaltlichen Gestaltung) kontrahiert werden sollte; da sein Gegenüber in diesem System *formaler Vertragsfreiheit*³¹³ ebenfalls ohne Zwang und Druck agiere, käme durch dieses freie Spiel der Kräfte ein optimales Ergebnis für beide Seiten hervor.³¹⁴ Die Willensäußerungen zweier oder mehrerer Personen würden im Vertrag zu einer für alle Teilnehmer verbindlichen Norm erhoben werden, deren Durchsetzung von jedem Beteiligten gegenüber jedem Vertragspartner zwangsweise begehrt werden könne.³¹⁵ Dieser Grundsatz der Vertragsfreiheit als Ausgestaltung der Privatautonomie im Vertragsrecht, der im Übrigen auch auf Ebene des europäischen Primär- und Sekundärrechts verankert ist³¹⁶, sollte als gleichsam kodifizierter Ausdruck der Werte Freiheit und Gleichheit³¹⁷ das höchstmögliche Gesamtwohl einer höchstmöglichen Anzahl an Individuen gewährleisten.³¹⁸ Die Durchsetzung seiner ureigenen Interessen in der Vertragsgestaltung wurde jedem Individuum selbst überlassen, die Wahrnehmung und die Reaktion auf Chancen und Risiken sollten in der völlig autonomen Sphäre jedes einzelnen Rechtssubjekts liegen.³¹⁹ In ihrer reinsten Ausprägung verstanden kommt der Privatautonomie, als (notwendiger) Bestandteil des marktwirtschaftlichen Systems verstanden, die

Rechtsordnung vor der Mündigkeit des Bürgers und dessen Selbstverantwortung für die Folgen seiner mündigen Entscheidungen“ definiert.

³¹² Vgl *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 33 f.

³¹³ „Formale Vertragsfreiheit ist rechtlich gewährleistete und begrenzte Autonomie, materielle Vertragsfreiheit ist die effektive Chance, diese formelle Autonomie durch Verwendung des rechtlichen Instrumentariums auch in die Wirklichkeit umzusetzen.“, so *Kramer* in *ders*, Theorie, 79. Vgl dazu auch *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (2002) Vorbem zu § 1 KSchG Rz 2; *ders*, Der Vertragsrücktritt nach § 54 Absatz 3 und § 60 Gewerbeordnung, *ÖZW* 1976, 97 (99); *Drexl*, Selbstbestimmung 294 ff; *Heiderhoff*, Grundstrukturen 295 ff; *F. Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, *JB1* 1996, 683 (697); *ders*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, *AcP* 204 (2004), 309 (373); *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 158 f; *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, *JZ* 1995, 1133 (1137); *Krejci* in *FS Mayrhofer* 137; zur Abweichung von diesem Prinzip und dessen Folgen vgl *ders*, Pacta sunt incerta – Zur relativen Verbindlichkeit von Verbrauchergeschäften, in *Simotta* (Hrsg), Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven - Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag (2002) 143 ff.

³¹⁴ Vgl *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 33 f; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessensausgleich (1970) 8 f; *Knobel*, Wandlungen 22; *F. Bydlinski*, *JB1* 1996, 697.

³¹⁵ Vgl *Helm*, Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 61 (63).

³¹⁶ Vgl *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 1, der hier von der Privatautonomie als „normwerthöchstes Prinzip der Privatrechtsordnung“ spricht.

³¹⁷ Vgl *Singer*, *JZ* 1995, 1137.

³¹⁸ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 26.

³¹⁹ Vgl *Helm* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 65 ff. *Helm* spricht an dieser Stelle von der, als Bestandteil der persönlichen Freiheit verstandenen, „primär-ethischen Ausdeutung“ der Privatautonomie und stellt diese der „instrumentalen Funktion“ gegenüber, die in ihrer sozial-instrumentalen Ausformung ein Mittel zum Ausgleich sozialer Interessen durch das Individuum selbst, in ihrer wirtschaftlich-instrumentalen Erscheinungsweise eine Grundlage des Marktverhaltens darstelle.

Rolle des Garanten eines freien Ausgleichs von Angebot und Nachfrage zu.³²⁰ Diese Grundkonzeption fußte auf der Beobachtung der realen Wirtschaftsverhältnisse des 19. Jahrhunderts: Die Überschaubarkeit des Waren- und Dienstleistungsangebots, die für Verbraucher einfach festzustellende Qualität der Erwerbsobjekte und die begrenzte Zahl an damals gängigen Rechtsgeschäften ließen den Verbraucher als offenbar informativ gleichgestellten Kontrahenten erscheinen.³²¹

Schon an dieser Stelle kann jedenfalls festgehalten werden: Ein, wie immer zu definierender, rechtlicher Verbraucherbegriff ist keinesfalls dem ökonomischen Konsumentenbegriff, der den Konsumenten *stets* als Abnehmer einer Ware oder Dienstleistung erkennt, gleichzusetzen. Wie sich später noch herausstellen wird, umschließt sowohl die sekundärrechtliche als auch die österreichische Verbraucherdefinition, zumindest in spezifischen Fällen, auch jene Verbraucher, die als Anbieter einer Ware oder Dienstleistung agieren. Nichtsdestotrotz ist die Konstellation eines „konsumierenden“ Verbrauchers und eines „ anbietenden“ Unternehmers die mit Abstand häufigste Variante am Markt. Als Beleg für diese Grundannahme kann nicht zuletzt die Formulierung des Verbrauchervertrags im „Draft Common Frame of Reference“ herangezogen werden: Personen, die sowohl in die Verbraucher- als auch in die Unternehmerdefinition fallen, sollen nach dem Willen der Verfasser als *Käufer* beim Kontrahieren mit einem Unternehmer im Sinne des DCFR den Schutz der DCFR-Regeln genießen, als Verkäufer jedoch insoweit als Unternehmer behandelt werden, als der Käufer als Verbraucher durch den DCFR geschützt wird (vgl dazu unten, Seite 239 ff). Deshalb wird auch hier zur Ergründung des österreichischen und des europäischen Verbrauchergeschäftstatbestands, beide bedienen sich ja, wie ebenfalls noch im Laufe der Arbeit zu beweisen sein wird, des Instruments der Typisierung, hauptsächlich auf die dieser Konstellation zu Grunde liegenden Faktoren, die eben auch vom jeweiligen Gesetzgeber als maßgeblich erachtet wurden, Bedacht genommen.

3. Das Konzept der Konsumentensouveränität

a) Die „unsichtbare Hand des Marktes“

Auch der Rückgriff auf *Adam Smith's* Konzept der „Konsumentensouveränität“³²² schien etwaige zivilrechtliche Maßnahmen überflüssig zu machen: sobald Konsumtion der einzige Zweck aller

³²⁰ *Henke in Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 48; auch von einem „*Steuerungsmittel für ökonomische Vorgänge*“ ist die Rede, vgl *Helm in Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, 69.

³²¹ Vgl *Schuhmacher*, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983) 203.

³²² Dieser Terminus wurde durch *William Harold Hutt's* (1899 – 1988) 1936 veröffentlichte Schrift „*Economists and the public – A study of competition and opinion*“ geprägt: „*In order to make clear the origin of certain mistaken notions concerning the consumers' relation to the ordering of the productive process, I have introduced and endeavoured to justify the fundamental conception of consumers' sovereignty; and this had led to a discussion of the nature of the equality of opportunity which the realization of consumers' sovereignty would bring about.*“, vgl *Hutt*, *Economists and the public – A study of competition and opinion* (1990) 8 f.;

Produktion³²³ sei, würde sich das Produktions- und Vertriebsverhalten der nach Gewinn strebenden Produzenten und Händler, die zur am Markt orientierten Preis- und Angebotsgestaltung verpflichtet waren, ohnedies bloß in den Grenzen der ebenfalls rational agierenden Verbraucher, welche ja durch ihre Nachfrage über Gewinn oder Verlust der Anbieter entscheiden, bewegen können.³²⁴ Die Produzenten würden exakt jene Güter und Dienstleistungen anbieten, die der Nachfrage der Verbraucher entsprächen; da die Durchsetzung ihrer eigenen Produktionsinteressen ohne äquivalentem von Konsumentenseite geäußertem Wunsch ökonomisch nicht rational wäre würde der Impuls zur Produktion vom Kunden kommen³²⁵ – die „unsichtbare Hand des Marktes“ würde das Wirtschaftsleben im Interesse aller an ihm beteiligten Akteure steuern.³²⁶ Insoweit kann das Konzept der, formalen Privatautonomie als rechtliche Entsprechung zur Konsumentensouveränität betrachtet werden.³²⁷ In diesem Verständnis kommt dem Verbraucher die beherrschende Stellung im Marktgeschehen zu, da er sowohl über die Verwendung, als auch über die Entlohnung der Produktionsfaktoren die alleinige Entscheidungsmacht besitzt.³²⁸ Der Anbieterseite wird in diesem Modell bloß die Rolle des reagierenden Partners zuteil: Den am Markt geäußerten Präferenzen der Verbraucher entsprechend, werde durch Produktionssteigerung und -einschränkung versucht, rentabel zu arbeiten; der Preis einer Ware oder Dienstleistung bleibt eine von der Nachfrage durch die Konsumenten abhängige und daher nicht zu steuernde Variable.³²⁹ Da die Produzentenseite die Bedürfnisse der Konsumenten befriedigen wolle um selbst ökonomisch bestehen zu können, bestünde kein Widerspruch zwischen Anbieter- und Verbraucherinteresse – der freie Markt führe zur optimalen Ressourcenverteilung und zum größtmöglichen Wohlstand einer größtmöglichen Anzahl von Teilnehmern, mithin also zur Wohlfahrt der Gesellschaft.³³⁰ Dies bedeutet auch, dass der Verbraucher

Simitis, Verbraucherschutz 141, bewertet den Begriff als ökonomisches Gegenstück zur Souveränität des Staatsbürgers.

³²³ Zur Deutung dieser These vgl. *Meyer-Dohm*, Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung (1965) 43 ff.

³²⁴ Vgl. *Kramer*, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechts, in *Mayrhofer/Kramer* (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 9 (11 f); *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (1983) 53; *Kramer*, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts Theorie, in *ders*, Theorie 171 (173).

³²⁵ Vgl. *Neumann*, Wahlfreiheit und Konsumentensouveränität, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 11 (13); *Meyer-Dohm*, Sozialökonomische Aspekte 57.

³²⁶ Vgl. hierzu *Drexler*, Selbstbestimmung 92 ff.

³²⁷ Vgl. *Dick*, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung – Der Einfluß von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbraucherverschuldung und zur Verbraucherinformation (1995) 32; *Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie – Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem, Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12.3.1980, JZ 1980, 151 (154).

³²⁸ Vgl. *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft – Ökonomische und rechtliche Aspekte des Konsumentenkredits (1987) 12; *Kramer*, Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechts – Ein Bericht über die Lage in Österreich und der Schweiz vor dem Hintergrund der aktuellen deutschen Diskussion, KritV 1986, 270 (271).

³²⁹ Vgl. *Dick*, Verbraucherleitbild 13.

³³⁰ Vgl. *Dick*, Verbraucherleitbild 14; *Biervert/Fischer-Winkelmann/Rock*, Grundlagen der Verbraucherpolitik – eine gesamt- und einzelwirtschaftliche Analyse (1977) 93 f.

als Souverän marktwirtschaftlicher Vorgänge gleichsam die Entscheidungsträger unternehmerischer Agitation ist und dementsprechend ganz alleine die Verantwortung für die Folgen derselben trägt.³³¹

b) Der „Homo oeconomicus“ als Ausgangspunkt der Konsumentensouveränität

Die Gestaltung einer materiellen Vertragsgerechtigkeit sollte daher nicht Sache des positiven Rechts sein, das Gleichgewicht der rechtsgeschäftlich verwirklichten Interessen sollte vielmehr einerseits durch die Fähigkeit der Rechtssubjekte zur rationalen Willensentscheidungsfindung, andererseits durch ihre Möglichkeit zur Interessensdurchsetzung gegenüber dem rechtsgeschäftlichen Partner gewährleistet werden.³³² – Ausgangsbasis bildete also das Menschenleitbild des „homo oeconomicus“, als Konstrukt eines zur rationalen Agitation fähigen Konsumenten, der über sämtliche angebotenen Waren und Dienstleistungen informiert ist und sich im Zuge seiner rechtsgeschäftlichen Willensbildung keinerlei äußeren Einflüssen ausgesetzt sieht.³³³ Rösler charakterisiert das Idealbild des homo oeconomicus als jemanden, der sowohl über das nötige Marktzugangswissen (wo erhält man wie welche Leistungen), entsprechendes Qualitäts- und Preisbewusstsein (im Sinne einer sachkundigen Einschätzung der Produkteigenschaften bzw einer entsprechenden preislichen Bewertung derselben) und die Fähigkeit zur Risikoabschätzung jedes einzelnen Rechtsgeschäft, also auch über ein Talent zum das jeweilige Einkommen berücksichtigenden hauswirtschaftlichen Handeln sowie über rechtliche Basiskenntnisse verfügt.³³⁴ Als Souverän der Wirtschaft verstanden, müsste das Individuum die „völlige Freiheit der Konsumwahl“³³⁵ und echte „Konsumfreiheit“³³⁶ besitzen. Dahinter steht freilich der Gedanke, dass bei Annahme einer Inäquivalenz zwischen Interessen der Verbraucher und ihrer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Agitation bzw der endgültigen Verhandlungsergebnisse der Konsument schlichtweg für unmündig erklärt werden müsste: die

³³¹ Vgl zu diesem „Rechtfertigungsschema“ Kroeber-Riel/Weinberg, Konsumentenverhalten⁸ (2003) 686; vgl auch Drexl, Selbstbestimmung 26.

³³² Vgl Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 33 f.

³³³ Vgl Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (217); Drexl, Selbstbestimmung 128 ff, 174 ff; Dick, Verbraucherleitbild 14, Denkinger, Verbraucherbegriff 33; Schmidt, JZ 1980, 154 f; Meyer-Dohm, Sozialökonomische Aspekte 67 ff, 99 ff; zum „REMM“ (resourceful, evaluative, maximizing man) als, im Sinne reiner Eigennutzmaximierung, verschärfter Variante des „homo oeconomicus“ vgl Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817 (822), der gleichzeitig festhält: „REMM ist nicht der Mensch eines verfassungsgestalteten Privatrechts einer offenen Gesellschaft der Grundrechtsdemokratie“ sowie Weber, Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht, in Forstmoser/Schluep (Hrsg), Freiheit und Verantwortung im Recht – Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz (1982) 419 (421).

³³⁴ Dazu im Einzelnen Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 16 ff.

³³⁵ Neumann in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 12, der auch festhält, dass sich „gegen die gesellschaftspolitische Entscheidung, das Individuum sei in der Lage, seine wirklichen Interessen zu erkennen und wahrzunehmen“ methodisch nicht viel einwenden ließe, „könnte man voraussetzen, dass die Individuen über die prinzipiell möglichen Konsumalternativen hinreichend informiert sind“, vgl ders in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 14 f.

³³⁶ Zu diesem Begriff Scherhorn, Gesucht: der mündige Verbraucher - Grundlagen eines verbraucherpolitischen Bildungs- und Informationssystems² (1974) 8 ff; ders, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik (1975) 35 f.

konsequenterweise als Gegenmaßnahme notwendige Bevormundung der Verbraucher ließe sich mit einer freiheitlichen, individualistisch orientierten Gesellschafts- und Rechtsordnung nicht in Einklang bringen.³³⁷

Das Zusammenspiel von Vertrag und Wettbewerb sollte nach dieser Konzeption also für den Schutz des Individuums ausreichen – ein allfälliger Eingriff in die Privatautonomie bzw die Vertragsfreiheit und den Vertragsmechanismus durch den Gesetzgeber bedarf demnach stets umfassender Rechtfertigung.³³⁸ Dazu muss freilich erst einmal klar gestellt werden, was die Vertragsautonomie überhaupt bewirkt oder intentional bewirken soll.

4. Das Element der Selbstbestimmung und dessen Voraussetzungen

a) Die Rolle der Selbstbestimmung

Die als Form der Privatautonomie begriffene Vertragsfreiheit ermöglicht die „*selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch die Vertragsparteien selbst*“³³⁹ bzw das „*Recht auf eigenverantwortliche Interessenswahrnehmung*“³⁴⁰ – eine zentrale Rolle im funktionierenden System privatautonomer Rechtsgestaltung kommt demnach dem Element der Selbstbestimmung zu.³⁴¹ Die Frage nach der Möglichkeit und Legitimation hoheitlicher Durchbrechung der Vertragsfreiheit ist gleichzeitig eine Frage nach dem telos einer solchen Durchbrechung: was bezweckt der Gesetzgeber, wenn er legislativ in privatautonome Rechtsgestaltung eingreift? Denkbar sind zwei Varianten: Erstens könnte intendiert sein, die Störung der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts jedes Teilnehmers am Rechtsverkehr zu unterbinden³⁴²; zweitens könnte auch beabsichtigt sein, ein objektiv vom Gesetzgeber als unbillig bzw ungerecht empfundenes Ergebnis, also den einen Vertragspartner benachteiligenden Vertragsinhalt selbst zu korrigieren bzw verhindern zu wollen.

³³⁷ Vgl Gröner/Köhler, Verbraucherschutzrecht 14 f; Neumann in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 14.

³³⁸ Vgl Dreher, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167 (170, 177); Brandner/Ulmer, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, BB 1991, 701 (704).

³³⁹ Wolf, Entscheidungsfreiheit 19.

³⁴⁰ Drexler, Selbstbestimmung 8.

³⁴¹ Vgl Wolf, Entscheidungsfreiheit 19; ebenso Drexler, der das "Verbraucherschutzmodell der wirtschaftlichen Selbstbestimmung" entwickelte, vgl Drexler, Selbstbestimmung 7 ff.

³⁴² „Der Preis der Freiheit ist Verantwortung für die Ausübung dieser Freiheit“, so Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht² (2008), Rz 4 – andernfalls wäre die Ausübung der eigenen Freiheit die Beeinträchtigung der Freiheit des anderen.

b) Die Theorie der Richtigkeitsgewähr

Eine vielzitierte These des deutschen Rechtswissenschaftlers *Schmidt-Rimpler* basiert auf der Grundannahme, dass jede Vertragspartei ihre eigenen Interessen verfolge, und dementsprechend vor Abschluss des Kontrakts empfundene inhaltliche Ungerechtigkeiten oder Unrichtigkeiten zu eliminieren suche; ohne eine Vereinbarung dieser widerstreitenden Interessen könne aber gleichzeitig (Institute wie den Kontrahierungszwang ausgeblendet) kein Vertrag wirksam zu Stande kommen, weshalb jeder Kontrahent offenbar sehenden Auges auch die für ihn nachteiligen Konsequenzen billigen müsse und somit von einer für keinen Vertragspartner ungerechten vertraglichen Regelung ausgegangen werden dürfe: das Element der notwendigen Zustimmung verhindere die einseitige Interessensdurchsetzung.³⁴³ Gleichzeitig erkennt *Schmidt-Rimpler* auch die Grenzen dieser Annahme: „*Rechtspolitische Aufgabe ist es vielmehr, in sorgfältiger Analyse die Voraussetzungen festzustellen und die Grenzen zu erforschen, und auf dieser Grundlage dann allerdings den Vertrag da auszuschalten, sei es im Einzelfall, sei es typisch, wo er keine genügende Richtigkeitsgewähr bietet, hier dann aber ehrlich und bewusst zu hoheitlicher Gestaltung zu schreiten.*“³⁴⁴

Hoheitlichem Eingriff steht *Schmidt-Rimpler* dennoch prinzipiell skeptisch gegenüber, da der Fall einer nachträglichen Inhaltskontrolle zu untragbarer Rechtsunsicherheit führe; potentiell „unrichtige“ Kontrakte müssten daher in Kauf genommen werden.³⁴⁵

Die „Richtigkeit“ im Sinne *Schmidt-Rimplers* ist im Sinne einer auf das Wohl der Gemeinschaft und das Funktionieren des Gemeinschaftslebens gerichteten Zweckmäßigkeit zu verstehen.³⁴⁶ In diesem Sinne verstanden Sorge der Vertrag (natürlich eingebettet ins System der Marktwirtschaft³⁴⁷) für eine bestmögliche Allokation und die Optimierung des Wohlstands.³⁴⁸

c) Das Element menschlicher Selbstbestimmung

(1) Die Voraussetzung der tatsächlichen Möglichkeit selbstbestimmter Entscheidung

Bevor jedoch dieser Schluss endgültig gezogen wird, sollte im Sinne *Schmidt-Rimplers* Vorschlag der „Erforschung der Grenzen“, das Augenmerk auf das diffizile Element menschlicher Selbstbestimmung beim Vertragsschluss gelenkt werden:

Die Untergrenze des Elements der Selbstbestimmung für die Anerkennung eines gültigen Vertrags muss mit *Wolf* die bloße *Möglichkeit*, mittels rechtsgeschäftlicher Willensäußerung Rechtsfolgen zu

³⁴³ Vgl *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 (155 f).

³⁴⁴ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 157.

³⁴⁵ Vgl *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 165 ff.

³⁴⁶ Vgl *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 132 ff.

³⁴⁷ Vgl *Schmidt*, JZ 1980, 154.

³⁴⁸ Vgl *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 704.

begründen, deren Ergebnis zu beeinflussen bzw Rechtsfolgen abzuwenden bilden – die Gewährung und Absicherung ebendieser *tatsächlichen Möglichkeit* stellt gleichzeitig die Mindestanforderung an den Gesetzgeber dar.³⁴⁹

Freilich lässt sich zunächst das wirksame Ausmaß der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung je nach Intensität abstufen, wo beispielsweise die gebotene *Möglichkeit*, seinem rechtsgeschäftlichen Willen durch entsprechende Bekundung nach außen Wirkung (im Sinne von das Vertragsergebnis beeinflussender Rechtsgestaltung) zu verleihen überhaupt nicht Gebrauch gemacht wird bzw wo zwar ein Akt willentlicher Selbstbestimmung gesetzt wird, dieser jedoch nicht auf vollständiger und gründlicher Überlegung (oder gar auf fehlerfreier Kenntnis aller maßgeblichen Tatsachen) basiert, kann die vollständige Richtigkeitsgewähr im Sinne der Theorie *Schmidt-Rimplers* ebenfalls nur eingeschränkt und abgestuft angenommen werden.³⁵⁰

Zu der bloßen Möglichkeit der selbstbestimmten Rechtsfolgenbegründung gehört weiters, nicht bloß die *theoretische* Möglichkeit zur Ablehnung einer Vertragsklausel zu haben (so aber die Idee *Schmidt-Rimplers*), sondern auch tatsächlich im Sinne einer angemessenen und zumutbaren Interessenswahrnehmung die Zustimmung zu verweigern – was regelmäßig im Falle eines Machtungleichgewichts nicht der Fall ist, da sonst auf den gesamten Vertrag verzichtet werden müsste und der Mieter, AGB-Gegner und Personen in ähnlicher Lage oftmals auf ebendiesen Vertragsschluss angewiesen sind.³⁵¹ Voraussetzung für den Funktionszusammenhang zwischen Privatautonomie und der Bindung an das eigene selbstbestimmte Handeln ist schließlich nicht bloß die Befähigung zur Ausübung der Freiheit (im Sinne der Geschäftsfähigkeit), die bei beiden potentiellen Vertragspartnern vorhanden sein muss, sondern auch die das *Gleichgewicht dieser Freiheitsausübung* bei beiden.³⁵² Und ein Verzicht auf den Vertragsabschluss ist spätestens dann unzumutbar, sobald die durch diesen Verzicht aufgegebenen Interessen höherwertiger sind als jene, die durch Annahme der vom Vertragspartner vorgegebenen Bedingungen aufgegeben werden müssten.³⁵³

³⁴⁹ „Aufgabe der Rechtsordnung muss es deshalb sein, die Voraussetzungen so zu bestimmen, daß der einzelne zur selbstbestimmten Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen bzw zur Abwehr unberechtigter Forderungen in der Lage ist.“, so Wolf, Entscheidungsfreiheit 70; ähnlich Drexl, Selbstbestimmung 208, der seinerseits deshalb Rechtsfolgen an den nach außen gerichteten Faktor der Willenserklärung anknüpft, weil er von einer im Regelfall bestehenden Übereinstimmung zwischen dem (nach innen gerichteten) Willen einer Person und deren geäußelter Aussage ausgeht. Vgl auch F. Bydlinski, Privatautonomie 126 ff; Knobel, Wandlungen 129; sowie zum Verhältnis zwischen Selbstbestimmung und Willenserklärung Wolf, Entscheidungsfreiheit 23 ff.

³⁵⁰ Vgl F. Bydlinski, Privatautonomie 128 ff.

³⁵¹ Wolf, Entscheidungsfreiheit 126 f, nennt dieses Phänomen „Koppelung“, da der Abschluss des Vertrags vom überlegenen Vertragspartner an die Anerkennung der von ihm formulierten Bestimmungen gekoppelt ist.

³⁵² Vgl Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht² Rz 5.

³⁵³ Vgl Wolf, Entscheidungsfreiheit 126 ff, 140 ff.

(2) Die Voraussetzung der intellektuellen Kapazität zur selbstbestimmten Entscheidung

Ebenso kann der (nach innen gerichtete) tatsächliche Rechtsfolgewille abgestuft werden: Wenn der potentielle Vertragspartner a priori *gar nicht in der Lage* ist, seine eigenen Interessen entsprechend wahrzunehmen und zu erkennen, also psychische Elemente die volle Entfaltung der Geschäftsfähigkeit beeinträchtigen, so ist die Richtigkeitsgewähr des Vertrages ebenfalls in Frage zu stellen.³⁵⁴ Während diese Willensbildungsstörungen in ihrer intensivsten Erscheinung zur Geschäftsunfähigkeit (und damit zur Nichtigkeit des Geschäfts) führen, kann die Rechtsordnung bei abgeschwächten Formen einzeltatbestandlich eingreifen, so beispielsweise bei Vorliegen von „*Leichtsinn, [...] Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung*“ (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB).³⁵⁵ Diese, sowie weitere, weniger intensive Stufen der Willensbildungsstörungen könnten für sich genommen allerdings noch keine Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts begründen, sondern das, ebenfalls abgestuft vorgenommene, Instrument vertraglicher Inhaltskontrolle auslösen.³⁵⁶

Krejci knüpfte ebenfalls schon früh (vor Inkrafttreten des KSchG) an die Interessenswahrnehmungsfähigkeit als maßgebenden Faktor an: Die Privatautonomie, als Ausgestaltung selbstbestimmter Interessenswahrung verstanden, käme nur zur vollen Wirkung, wenn einander Personen wirtschaftlich aber auch persönlichkeitsbezogen auf derselben Ebene begegnen würden.³⁵⁷ Sollte einer der beiden Kontrahenten in einem dieser beiden Faktoren unterlegen sein, so könne die Entscheidungsfreiheit desselben beeinträchtigt sein – außerhalb der korrigierenden Rechtsinstitute der List, der Drohung, des Irrtums, des Wuchers und der Leistungsstörungsregeln sei die Ausnutzung der Unterlegenheit durch den überlegenen Vertragspartner allerdings, dies wie gesagt zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KSchG, weitgehend zulässig.³⁵⁸

An diese Unfähigkeit zur eigenen Interessenswahrnehmung knüpft auch *Dauner-Lieb* an: sowohl intellektuelle als auch wirtschaftliche Unterlegenheitsmomente würden die faktische Chancengleichheit auf Abschluss eines materiell „richtigen“ Vertrages nicht gewährleisten.³⁵⁹

³⁵⁴ Vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie 169.

³⁵⁵ Vgl *F. Bydlinski*, ebd.

³⁵⁶ Vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie 170, 220 f.

³⁵⁷ Vgl *Krejci*, ÖZW 1976, 97 (98).

³⁵⁸ Vgl *Krejci*, ÖZW 1976, 98 f; ähnlich unter Statuierung der Kriterien Informationszugang und Fehlen zumutbarer Entscheidungsalternativen als Maßstäbe struktureller Unterlegenheit *F. Bydlinski*, JBl 1996, 695.

³⁵⁹ Vgl *Dauner-Lieb*, Sonderprivatrecht 51 ff; zu dieser Unterscheidung auch *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 15, 18 f.

d) Ungleichgewichtslagen und menschliche Selbstbestimmung

(1) Das Wesen der Ungleichgewichtslage

Die Richtigkeitsgewähr des nach rein privatautonomen Grundsätzen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts sollte nach dem eben Gesagten dann in Frage gestellt werden, wenn die *tatsächlich vorliegende Machtlage* zwischen den Vertragsparteien eine völlig einseitige Vertragsformulierung ermöglicht bzw die gegenseitige Beeinflussung bezüglich des Vertragsinhalts verunmöglichen kann.³⁶⁰ Dies aber nicht aufgrund der Feststellung einer Ungleichgewichtslage per se, sondern wegen einer durch solch eine Ungleichgewichtslage verursachten Verletzung der Selbstbestimmung. Diese könnte aber nach der hier vertretenen Auffassung auch durch andere Faktoren eintreten, eine wie auch immer zu fassende Ungleichgewichtslage kann nicht als *conditio sine qua non* anerkannt werden.

Der logisch konstruierte funktionelle Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit kann nämlich nur soweit und solange als Parameter einer inhaltlichen Richtigkeitsgewähr ohne zwischengeschaltete hoheitliche Regelung³⁶¹ verstanden werden, als beide Vertragspartner *tatsächlich* überhaupt *in der Lage sind*, nicht nur eine Abwägung und Bewertung von möglichen Konsequenzen einer Vereinbarung vorzunehmen³⁶², sondern auch die auf Grundlage dieser Beurteilung getroffene Entscheidung durchzusetzen sowie den vom Gegenüber geäußerten Willen zu verstehen und in inhaltlichen Einklang mit eigenen Interessen zu bringen.³⁶³ Jedes Individuum müsste demnach nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch frei agieren können, damit sich das mit dem Konzept der Privatautonomie verbundene System der materiellen Vertragsgerechtigkeit verwirklichen könne³⁶⁴, weshalb *F. Bydlinski* auch von einem sehr großen Feld an Verträgen ohne Richtigkeitsgewähr spricht.³⁶⁵

(2) Der Konnex zwischen Ungleichgewichtslagen und menschlicher Selbstbestimmung

Zöllner bestreitet eine Korrelation zwischen ungleichgewichtigen Machtlagen und der menschlichen Selbstbestimmungsfreiheit:

Wenn ein Vertragspartner auf den Inhalt des Kontrakts keinen Einfluss nehmen kann obwohl er es möchte, so bedeute dies nicht zwingend, dass eine Übermächtigkeit des anderen und somit eine

³⁶⁰ Vgl *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 149 ff; *Knobel*, Wandlungen 129 f.

³⁶¹ Vgl *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 704.

³⁶² Vgl *Schmidt-Rimpler*, AcP 147, 157; *Mohr*, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neugeschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht, AcP 204 (2004) 660; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 57, 72.

³⁶³ Vgl *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 101 ff.

³⁶⁴ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 71.

³⁶⁵ Vgl *F. Bydlinski*, Privatautonomie 65; zustimmend *Singer*, JZ 1995, 1137, 1141.

Ungleichgewichtslage vorliege.³⁶⁶ Die „Ungleichgewichtslage“ per se sollte tatsächlich als nicht messbarer Sachverhalt³⁶⁷ generell nicht als Anknüpfungspunkt dienen, bloß die Selbstbestimmung sei relevant, da ja jede Beeinträchtigung derselben möglicherweise die Privatautonomie beeinträchtigt und eine Ungleichgewichtslage, als ein Unterfall der Selbstbestimmungsbeschränkung, keine neue Voraussetzung hinzufügen würde.³⁶⁸

Und selbst eine real vorliegende Verletzung der Selbstbestimmungsfreiheit führe nicht zwingend zu einer Verletzung der Privatautonomie: Da kein Vertragspartner ein Recht auf Abschluss des Vertrages zu den von ihm gewünschten Konditionen habe, sei die Selbstbestimmungsfreiheit nicht außer Kraft gesetzt, wenn man im Sinne einer „take-it-or-leave-it“-Situation³⁶⁹ vor die Wahl gestellt wird, entweder zu vorgegebenen Bedingungen oder gar nicht zu kontrahieren – Fremd- oder Mitbestimmung bei freier Konsensbildung in Vereinbarung des Endergebnisses schließe die gewährte Privatautonomie nicht aus, es sei denn ein Vertragspartner unterliege dem (die wirtschaftliche oder persönliche Existenz berührenden) Zwang, den Vorschlag des anderen annehmen zu müssen.³⁷⁰

Zuzustimmen ist *Zöllner* in seiner Beurteilung des „Ungleichgewichts“ per se als Anknüpfungspunkt für Eingriffe in die Vertragsfreiheit: Als potentielle Ursache eingeschränkter Selbstbestimmung kann eine solche nicht als Voraussetzung für einen legislativen Eingriff dienen, wiewohl sie eben möglicherweise zur Beschränkung der Selbstbestimmung führen kann. Da jedoch, wie oben erläutert, ein Verzicht auf Vertragsabschluss spätestens dann unzumutbar ist, sobald die durch diesen Verzicht aufgegebenen Interessen höherwertiger wären als jene, die durch Annahme der vom Vertragspartner vorgegebenen Bedingungen aufgegeben werden müssten³⁷¹, kann *Zöllner* in seiner puristischen Fixierung auf die Notwendigkeit eines vorliegenden „Zwangs“ nicht zugestimmt werden, da bereits Nuancen „darunter“, nämlich bei Interessenshöherwertigkeit, die Privatautonomie eingriffserheblich gestört wird.

In diesem Sinne sieht auch *F. Bydlinski* die Situation des Vertragsschlusses zu Bedingungen, die ein Vertragspartner eigentlich nicht will, aber mangels Alternativen akzeptiert als im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig an, wenn es sich nicht gerade um unzumutbare Fälle handle.³⁷² Zentralen

³⁶⁶ Vgl *Zöllner*, AcP 196, 26.

³⁶⁷ Vgl auch *Lurger*, Vertragliche Solidarität – Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union (1998) 80, die Ungleichgewichtslagen nicht bloß für im persönlichen Verhältnis zwischen den beiden Vertragsparteien, sondern auch etwa im Vertragstyp begründbar sieht.

³⁶⁸ Vgl *Zöllner*, AcP 196, 26 f, 30, 35; *Drexl*, Selbstbestimmung 38 ff, 208, 290. Vgl zu dieser Diskussion auch *Heiderhoff*, Grundstrukturen 307 ff. Ebenso für die Entscheidungsfreiheit als einzigen Maßstab für die zivilrechtliche Gültigkeit von Verträgen und daher den Schutz einer Vertragspartei bei im einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln ablehnend *Mohr*, AcP 204, 679, 687.

³⁶⁹ Vgl dazu im Kontext des oben skizzierten Phänomens der „Koppelung“ auch *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 126 ff.

³⁷⁰ Vgl *Zöllner*, AcP 196, 31 ff, ebenso *Mohr*, AcP 2004, 678 ff.

³⁷¹ Vgl *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 140 ff.

³⁷² Vgl *F. Bydlinski*, AcP 2004, 364 f.

Anknüpfungspunkt bilde jedenfalls die im Sinne einer Freiheit von Irrtum, Unkenntnis und Zwangssituationen verstandene Willensfreiheit (und damit eine mit anderen Worten aber inhaltlich ident umschriebene Selbstbestimmungsfreiheit).³⁷³

Die in der Literatur als Basis einer Verbraucherschutzrechtslegitimation herangezogene schemenhaft wiederkehrende Formulierung der „strukturellen Machtdifferenzen“³⁷⁴ des Verbrauchers bzw des typischen Ungleichgewichts zwischen Abnehmer- und Anbieterseite bedarf jedenfalls einer weiterführenden Erläuterung wie einer ansatzweise ökonomisch fundierten Grundlage, um tatsächlich als Nachweis für legislative Eingriffe in bereits bestehende Zivilrechtsordnungsprinzipien zu dienen.³⁷⁵ Sie könnte beispielsweise rechtlich derart definiert werden, dass nur jene Fälle einer Ungleichgewichtslage erfasst werden, die tatsächlich typischerweise die Selbstbestimmung beeinträchtigen. Einer legalen Verbraucherdefinition ein nicht definiertes Bild einer Ungleichgewichtslage zu unterlegen reicht zu Legitimation staatlicher Eingriffe jedenfalls nicht aus.

Der Selbstbestimmung, als materielle Vertragsfreiheit, wird auch nach dem Verständnis *Wolfs* und *F. Bydlinski* Vorrang gegenüber einer wie auch immer zu prüfenden materiellen Vertragsgerechtigkeit eingeräumt. Sie ist per se jedenfalls auch auf die Herstellung eines materiellen Gleichgewichts gerichtet, welches seinerseits die unterschiedlichen Interessen der Vertragsparteien mittels optimaler Allokation harmonisieren soll.³⁷⁶ In Fällen objektiver vertraglicher Ungleichheit zu Lasten eines Vertragspartners sollte die vertragliche Vereinbarung nichtsdestotrotz dann von der Rechtsordnung anerkannt werden, wenn der belastete Vertragspartner in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts und die eigenen Interessen wirksam vertretend ebendieser Vereinbarung zugestimmt hat.³⁷⁷

³⁷³ Vgl *F. Bydlinski*, AcP 2004, 367.

³⁷⁴ Instruktiv *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht 10, 22; *Reich*, Markt und Recht: Theorie u. Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland (1977) 182; *Scherhorn*, Verbraucherinteresse 40 ff. *Gröner* spricht von „*einer Richtung in der verbraucherpolitischen Diskussion*“, die einen „*gesellschaftsstrukturellen Gegensatz*“, der sich im „*Gegensatz zwischen den Kapitalinteressen der Produzenten von Waren und Leistungen und eigenen Gebrauchswertinteressen*“ manifestiere, vgl *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 12.

³⁷⁵ Vgl *F. Bydlinski*, AcP 204, 368; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 32; vgl zur Interdisziplinarität *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht 9 f.

³⁷⁶ Vgl *Knobel*, Wandlungen 151 f.

³⁷⁷ Vgl *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 74; in diesem Sinne auch *F. Bydlinski*, Privatautonomie 107.

e) Selbstbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung der vertraglichen Vereinbarung?

(1) Die Maßgeblichkeit typisierender Definitionsmerkmale

Geht es nach *Wolf*, so sollte im Falle des Zustandekommens einer nachteiligen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bloß aufgrund einer Beeinträchtigung der Selbstbestimmung eines Vertragspartners dem Vertrag die Anerkennung verwehrt bleiben.³⁷⁸ *Drexl* anerkennt die Bemühungen *Wolfs*, die Lehre *Schmidt-Rimplers* weiterzuentwickeln; kritisiert jedoch die gewählte Absolutheit.³⁷⁹ *Wolfs* einzelfallbezogene Wirksamkeitskontrolle sollte vielmehr durch die „*normative Definition von Situationen, die typisierbar sind und in denen sich das Eingreifen des Rechts durch das Versagen der Selbstbestimmung legitimiert*“³⁸⁰ ersetzt werden. Sinnvollerweise erkennt *Drexl* daher die Bedeutung der Selbstbestimmung der Rechtssubjekte, integriert aber gleichzeitig ein Element der für den täglichen Rechtsverkehr so wichtigen Rechtssicherheit in seine Theorie: Jenes der (möglichst vorhersehbaren) Typisierung.³⁸¹ Auf den Bereich des Verbraucherschutzes bezogen bedeutet dies nun, unabhängig vom Begriff der „Ungleichgewichtslage“, Situationen zu identifizieren, die typisierbar sind bzw. als Anknüpfungspunkt einer legitimen Verbrauchervertragsdefinition herangezogen werden können.³⁸² Es stellt sich sohin die Frage nach der rechtlichen „*Schaffung und Erhaltung der Bedingungen, unter denen selbstbestimmte Entscheidungen auf dem Markt möglich sind*“³⁸³.

(2) Der sozio-ökonomische Charakter legislativer Typisierung

Das bereits Gesagte entbindet also nicht von der Pflicht, den Gründen, die „den Verbraucher“ als solchen als besonders schutzbedürftig ausweisen könnten nachzugehen - und dies, da ja die Zahl der potentiellen Verbraucher mit jener der Gesamtbevölkerung übereinstimmt, ohne Rücksicht auf allgemeine Merkmale wie Alter, Geschlecht, Vermögensverhältnisse, Bildung, Berufsstand etc.³⁸⁴

Für eine juristische Typisierung der Einschränkung der Selbstbestimmung müssen zunächst sozio-ökonomische Faktoren beleuchtet werden, die ebendiese Einschränkung bei einem von zwei an einem

³⁷⁸ Vgl. *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 74.

³⁷⁹ Vgl. *Drexl*, Selbstbestimmung 8, 40, 209.

³⁸⁰ *Drexl*, Selbstbestimmung 41.

³⁸¹ Vgl. dazu auch *Heiderhoff*, Grundstrukturen 250 ff.

³⁸² *Drexl*, Selbstbestimmung 282 ff., nennt dieses Konzept prinzipiell „*situationsbezogenes Verbraucherschutzrecht*“.

³⁸³ *Drexl*, Selbstbestimmung 206.

³⁸⁴ Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 31; *Reich* spricht in diesem Zusammenhang von den „*diffusen*“ Interessen des Verbrauchers, die „*nicht einer Person oder klar abgrenzbaren Gruppen von Personen zuzurechnen sind, sondern potenziell jeden Bürger betreffen*“, *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴, 13.

Vertrag beteiligten Rechtssubjekten auslösen können. In weiterer Folge kann dann der Gesetzgeber schließlich auf Grundlage dieser Faktoren einen typisierenden Verbrauchergeschäftstatbestand schaffen.

Der im Folgenden auf die der Verbraucherentscheidung zu Grunde liegenden Faktoren zu werfende Blick ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn man mit *Helm* folgert: „Privatautonomie bleibt im Formalen, wenn im vorrechtlichen Bereich die Kräfte ungleich verteilt sind“³⁸⁵

C. DIE SPEZIFISCHEN GEFAHREN FÜR EINEN ABGRENZBAREN KREIS VON RECHTSSUBJEKTEN

1. Mögliche Fälle typisierbarer Merkmale

a) Die Reaktion auf die Lehre Smith'

(1) Die Informationsfiktion

Wie eben erläutert steht fest, dass ein funktionierendes, auf dem Grundsatz der Privatautonomie und damit der Selbstbestimmung basierendes Vertragsrechtssystem stets auf dem Gedanken eines Minimums an Information, das dem jeweiligen Vertragspartner zur Verfügung steht, beruht, wobei dem klassischen Vertragsrechtsverständnis wohl die Prämisse des aufgeklärten und mündigen Verbrauchers, der für die Informationsbeschaffung sorgen und im Einzelfall eine rationale Interessensabwägung durchführen könne, vor Augen schwebt.³⁸⁶ Sobald ein Informationsgefälle zwischen Verbrauchern und Anbietern konzederbar ist, entsteht typischerweise eine Störung der Vertragsparität, die ohnedies in ihrer reinsten Ausprägung in der Realität niemals vorkommen kann.³⁸⁷ Hauptsächlich schadet dem Verbraucher das Informationsdefizit; die Unmöglichkeit, sich sämtliche für einen überlegten Willensfindungsprozess notwendigen Informationen zu besorgen und zu verarbeiten führt regelmäßig zu einer typischen, subjektiv-intellektuellen Unterlegenheit gegenüber dem professionellen Vertragspartner.³⁸⁸ Die unabdingbaren Voraussetzungen der Vorstellung eines Primats der Konsumenten, also das einsichtsfähige und nach dem Grundsatz der Rationalität ausgerichtete, nicht von außen manipulierte Verbraucherverhalten sowie die Vorstellung eines atomistisch strukturierten Markts, die eine große Anzahl und Vielfalt von im ungehemmten

³⁸⁵ *Helm* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 66.

³⁸⁶ Vgl. *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 103; *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 40 ff; *Bender*, Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, 1129; ähnlich bereits *Reich*, ZRP 1974, 188; *Schmidt*, JZ 1980, 155 f.

³⁸⁷ *Bydlinski*, AcP 204, 373, spricht von einem „*utopischen Ziel*“ ein kontrollierbares Gleichgewicht zu verfolgen; *Scarso*, Unternehmer als Vertragsparteien. Die Anwendbarkeit des Gesetzes über missbräuchliche Klauseln – Entscheidung des Tribunale die Roma vom 20. Okt. 1999, ZEuP 2001, 379 (395); *Singer*, JZ 1995, 1137; *Mohr*, AcP 204, 679.

³⁸⁸ Vgl. *Dauner-Lieb*, Sonderprivatrecht 65.

Wettbewerb agierenden Anbietern in jeder Branche den einzelnen Konsumenten gegenüberstellt, bedürfen einer grundlegenden empirischen Revision³⁸⁹ – *Smith'* Vorstellung gleicht der „*Fiktion eines idealen Marktes*“³⁹⁰, das Steuerungspotential eines aus „*homines oeconomici*“ bestehenden Kollektivs ist in der Realität schlichtweg nicht vorhanden.³⁹¹

Scherhorn definierte Verbraucherschutz daher bereits 1975 als Inbegriff aller Maßnahmen, „*die die Verbraucher durch Gesetze und Verordnungen vor Schaden bewahren sollen, wie er vor allem aus der Unübersichtlichkeit des Marktes, aus der Täuschung durch die Anbieter und aus Nebenwirkungen des Konsums resultieren kann*“³⁹². Auch das erste Verbraucherschutzprogramm der EG wies 1975 auf grundlegende Veränderungen der Konsumverhältnisse und die Marktgebundenheit des Verbraucherschutzes hin: „*Der Verbraucher, der früher meist als einzelner Käufer auf einem örtlich begrenzten Markt seine Wahl traf*“ sei „*Teil eines Massenmarktes und das Ziel von Werbekampagnen und Pressionen*“³⁹³ geworden - diese für den Verbraucher nachteilige Entwicklung habe zu der Notwendigkeit einer immer substantielleren Unterrichtung der Konsumenten geführt, die zur möglichst freien Entscheidungsfindung beim Erwerb von Waren und Dienstleistungen und gleichzeitig zur Einflussnahmemöglichkeit der Verbraucher auf Preis- und Marktentwicklungen beitragen sollte.³⁹⁴ Dieses durch die erhöhte „*Markt- und Angebotskomplexität*“³⁹⁵ bedingte Schutzbedürfnis der Verbraucher, das sowohl auf interne Faktoren wie auch auf die eben genannten äußeren Einflüsse zurückzuführen ist, soll daher nun näher beleuchtet werden.

(2) Der „*homo oeconomicus*“ als Produkt zweier Axiome

Zunächst wird das der klassischen Markttheorie *Adam Smith'* zu Grunde liegende Menschenbild des „*homo oeconomicus*“ nach *Kuhlmann* durch zwei wesentliche Axiome definiert³⁹⁶: Einerseits durch das Informationsaxiom, wonach der Verbraucher sowohl über seine Bedürfnisse, als auch über das Angebot sämtlicher am Markt erhältlicher Waren und Dienstleistungen, die potentiell zu deren Befriedigung beitragen könnten, informiert ist, und andererseits das Rationalitätsaxiom, wonach der

³⁸⁹ Vgl. *Kramer* in *Mayrhofer/Kramer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 12; *Reich*, ZRP 1974, 190; *Eidenmüller*, JZ 2005, 221; *Kramer* in *ders*, Theorie 173 ff; zur Fiktion der Konsumentensouveränität als „*Alleinherrschaft der Konsumenten*“ vgl. *Scherhorn*, Gesucht: der mündige Verbraucher² 8 ff; *ders*, Verbraucherinteresse 3.

³⁹⁰ *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 26.

³⁹¹ Vgl. *Schmidt*, JZ 1980, 156.

³⁹² *Scherhorn*, Gesucht: der mündige Verbraucher² 67; *ders*, Verbraucherinteresse 126.

³⁹³ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Punkt 6.

³⁹⁴ Vgl. Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Punkte 6, 8.

³⁹⁵ *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 201.

³⁹⁶ Vgl. *Kuhlmann*, Verbraucherpolitik. Grundzüge ihrer Theorie und Praxis (1990) 16 f; *Dick*, Verbraucherleitbild 19.

Konsument wirtschaftlich vernünftig agiert und gleichzeitig in seiner Willensentscheidungsfindung durch keine äußere Einflüsse beeinträchtigt ist.³⁹⁷

b) Die dualistische Gestalt typisierbarer Merkmale

Beide Axiome bedürfen jedenfalls näherer Betrachtung, und zwar unter den Schlagworten der „intellektuellen“ bzw. „wirtschaftlichen“ Komponente³⁹⁸: Rechtliche Verbraucherschutzmaßnahmen mittels eines Eingriffes in die Privatautonomie durch den Gesetzgeber können also, im Sinne der hier vertretenen Auffassung der Maßgeblichkeit gestörter Selbstbestimmung, dann als gerechtfertigt betrachtet werden, wenn ein Verbraucher typischerweise entweder in seiner freien Willensfindung gestört wird (intellektuelle Unterlegenheit), oder aber diesen Willen gegenüber seinem Rechtsgeschäftspartner regelmäßig nicht zur Durchsetzung bringen kann (wirtschaftliche Unterlegenheit).³⁹⁹

2. Fälle intellektueller Unterlegenheit

a) Allgemeines

Die Fähigkeit zur rationalen Willensentscheidungsbildung⁴⁰⁰ durch den Verbraucher setzt voraus, dass dieser einen Überblick über sämtliche Möglichkeiten zur Bedürfnisbefriedigung hat, das betrifft in concreto zumeist die Möglichkeit, sich über das Angebot an Waren und Dienstleistungen, die Preisgestaltung, die Marktbedingungen und die Anbieter selbst Informationen zu verschaffen.⁴⁰¹ In weiterer Folge müssten die so rezipierten Informationen vom Verbraucher richtig bewertet werden, um eine marktgerechte Entscheidung treffen zu können.⁴⁰²

³⁹⁷ AM Neumann in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 14, 21, der die Konsumentensouveränität in völliger Unabhängigkeit von äußeren Impulsen betrachtet und lediglich einen funktionierenden Wettbewerb als Voraussetzung sieht.

³⁹⁸ Vgl auch Kramer in ders, Theorie 72.

³⁹⁹ Vgl Denkinger, Verbraucherbegriff 82 f; Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 35 f; Knobel, Wandlungen 46; ähnlich die Begründung der typischen Unterlegenheit des zu privaten Zwecken Handelnden durch Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht Rz 194: Erstens sei die Umsicht der Unternehmer größer, zweitens mangelt es privaten Akteuren am Markt an rechtsgeschäftlicher Erfahrung, Routine und Infrastruktur, drittens wird ihnen im Regelfall geringeres Verhandlungsgewicht zuteil. Während die beiden ersten Argumente Unterfälle der intellektuellen Unterlegenheit darstellen, kann das dritte Element der wirtschaftlichen Komponenten zugerechnet werden.

⁴⁰⁰ Und zwar sowohl die rationale Bedarfsentscheidung als auch das rationale Wirtschaftsverhalten betreffend, vgl Scherhorn, Gesucht: der mündige Verbraucher² 18, 21; ders, Verbraucherinteresse 56 f, 73 ff.

⁴⁰¹ Kuhlmann, Verbraucherpolitik 63, konstatiert die Unmöglichkeit objektiver Rationalität und begründet das Modell der subjektiven Rationalität: „Verbraucher handeln dann innerhalb der ihnen bekannten Alternativen rational – sonst wäre rationales Handeln nicht möglich“; vgl auch Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 37; Dick, Verbraucherleitbild 2 ff.

⁴⁰² Vgl von Hippel, Verbraucherschutz³ 37.

b) Verbraucherimmanente Faktoren

(1) Der mangelnde Überblick

In der Regel mangelt es einem Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen im privaten Bereich bereits am eben erwähnten Überblick.⁴⁰³ Die sich mittlerweile herausgebildete Produktvielfalt in jedem einzelnen Konsumsektor verunmöglicht das simple Verschaffen einer Zusammenschau.⁴⁰⁴ Dieses Problem wird vor allem durch das Problem der Produktdifferenzierung weiter verschärft: Sowohl die echte (Hersteller kreieren marginale, die Funktionsfähigkeit und den Nutzen eines Produkts bloß peripher tangierende, Unterschiede eines bereits etablierten Produkts nur um ein „neues“ am Markt einzuführen)⁴⁰⁵ als auch die unechte (an sich baugleiche Produkte werden unter anderem Marken- bzw. Modellnamen vertrieben) Produktdifferenzierung⁴⁰⁶ erschweren eine dezidiert auf Unterscheidung sämtlicher in einem bestimmten Segment erhältlicher Produkte basierende Entscheidung des Verbrauchers.⁴⁰⁷ Ständige Novationen in der Herstellungsmethodik und den Produktinhaltsstoffen sowie die durch technischen Fortschritt bedingte zunehmende Produktkomplexität der in Massen gefertigten Waren tragen zusätzlich dazu bei, die Einsicht des Konsumenten in die Zusammensetzung eines Produkts oder die Beurteilung seiner potentiellen Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit zu verhindern.⁴⁰⁸ Die für eine individuelle Person unüberschaubare Menge an verfügbaren Informationen zu jedem einzelnen am Markt erhältlichen Produkt potenziert durch die große Anzahl der in jedem einzelnen Segment erhältlichen Produkte gestaltet die Informationsaufnahme und -verarbeitung jedes Konsumenten äußerst begrenzt und selektiv.⁴⁰⁹ Dick stellt zutreffend fest: „Deshalb kann gesagt werden, dass die Anforderungen des Informationsaxioms die tatsächlichen Möglichkeiten des Verbrauchers bei weitem überschreiten“⁴¹⁰.

⁴⁰³ Vgl. Simitis, Verbraucherschutz 109; Franke, Manipulation oder Regulation des Verbrauchs durch Anwendung der Psychologie, in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 81 (86).

⁴⁰⁴ Vgl. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 38; Dick, Verbraucherleitbild 3; Neumann in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 15; Schuhmacher, Vertragsanbahnung 57, formulierte im ersten Satz seiner Habilitationsschrift: „Das vielleicht hervorstechendste Charakteristikum der Marktstellung des Verbrauchers ist die Vielzahl von zumeist sehr komplexen Gütern, denen er sich gegenüber sieht“.

⁴⁰⁵ Vgl. dazu Scherhorn, Gesucht: der mündige Verbraucher² 36.

⁴⁰⁶ Von Schuhmacher, Vertragsanbahnung 60, als „informativische Produktdifferenzierung“ bezeichnet; von Berekoven als „Handelsmarkendifferenzierung“, vgl. Berekoven, Neue Ansatzpunkte staatlicher Verbraucherpolitik, in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 113 (120).

⁴⁰⁷ Vgl. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 38 f.; Simitis, Verbraucherschutz 100; Dick, Verbraucherleitbild 3.

⁴⁰⁸ Vgl. von Hippel, Verbraucherschutz³ 4; Schuhmacher, Vertragsanbahnung 58; Simitis, Verbraucherschutz 89; Kramer in Mayrhofer/Kramer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 13, Dick, Verbraucherleitbild 3; Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 27.

⁴⁰⁹ Vgl. Kroeber-Riel/Weinberg, Konsumentenverhalten⁸ 243 ff.; Eidenmüller, JZ 2005, 218; Kuhlmann, Verbraucherpolitik 14 f., 39 ff.; F. Bydlinski, AcP 204, 360 ff.; Scherhorn, Gesucht: der mündige Verbraucher² 35 f., 58.

⁴¹⁰ Dick, Verbraucherleitbild 20.

(2) Die fehlende Leitfunktion der Preise

Auch in Bezug auf die Preise von Waren und Dienstleistungen sind Nachfrager üblicherweise in einer benachteiligten Position⁴¹¹: Die mangelnde Übersicht über Marktpreise wird vom Konsumenten, oftmals auch aus zeitlichen Gründen, nicht mehr durch entsprechende Informationsbeschaffung auszugleichen versucht, dies gilt zumindest wenn das Kosten-Nutzen-Verhältnis als nicht angemessen erscheint (was im Bereich der täglich abzuschließenden Rechtsgeschäfte über geringwertige Güter regelmäßig der Fall ist).⁴¹² Im Sinne einer simplifizierten Informationsverarbeitung greift der Konsument auf Schlüsselinformationen zu, die ihm freilich den intellektuellen Zugang zu jeder prinzipiell denkbaren Handlungsalternative verwehren.⁴¹³ Zusätzlich bietet der angegebene Preis der Ware allzu oft keine tatsächliche Information mehr für den Verbraucher: nicht zuletzt durch die Strategie der unechten bzw. informatorischen Produktdifferenzierung wird der Preiswettbewerb weitestgehend außer Kraft gesetzt, der Preis wird seines Richtschnurcharakters beraubt.⁴¹⁴

Das Problem mangelnder Preisübersicht offenbart sich in diesem Zusammenhang bereits auf Ebene der Adäquanzeinschätzung durch den Verbraucher: Die Qualität eines Produkts⁴¹⁵, ihr Gefährdungspotential bzw. die mit ihm verbundenen Folgekosten (also die Unterscheidung zwischen den so genannten „gebrauchs- und kaufbedingten Entstehungsursachen“ für Kosten⁴¹⁶) sind dem Endabnehmer jedenfalls verborgen, während der Anbieter über die Eigenschaften seines Produkts bestens Bescheid weiß.⁴¹⁷ Genau diesen potentiellen rechtsgeschäftlichen Partner wiederum kennt der Verbraucher im Regelfall kaum, die Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit seines Kontrahenten sind für den Konsumenten kaum einschätzbar.⁴¹⁸

In der Regel mangelt es dem Konsumenten bereits an der Einsicht, dass das Sammeln all dieser Informationen für die optimale Befriedigung seiner Bedürfnisse von immenser Bedeutung ist, mangelndes Interesse für das Funktionieren der Marktmechanismen trägt also ebenfalls zur grundlegenden Unterlegenheit des privaten Abnehmers bei.⁴¹⁹

⁴¹¹ Und das nicht nur in der Situation von Haustürgeschäften, die regelmäßig zu psychischen Drucksituationen und verdünnter Willensfreiheit durch mangelnde Vergleichsmöglichkeiten führt.

⁴¹² Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 40 ff; *Kuhlmann*, Verbraucherpolitik 19, 94 ff; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 98; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 27 ff, 154; *von Hippel*, Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ 1972, 417; *Dauner-Lieb*, Sonderprivatrecht 28 ff; *Meyer-Dohm*, Sozialökonomische Aspekte 197 ff; zu den Informationsbeschaffungskosten als Teil der so genannten „Transaktionskosten“ vgl. *Weber* in FS Meyer-Hayoz 428.

⁴¹³ Vgl. *Rösler*, 153; vgl. zur kognitiven Informationsverarbeitung *Kroeber-Riel/Weinberg*, Konsumentenverhalten⁸ 225 ff.

⁴¹⁴ Vgl. *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 86 f; *Simitis*, Verbraucherschutz 100.

⁴¹⁵ Vgl. zur Preis-Qualitäts-Relation eines Produkts *Meyer-Dohm*, Sozialökonomische Aspekte 246 ff.

⁴¹⁶ Vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 157.

⁴¹⁷ Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 43.

⁴¹⁸ Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 44.

⁴¹⁹ Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 44; *Dick*, Verbraucherleitbild 3, 20.

(3) Die mangelnde rechtsgeschäftliche Erfahrung

Doch nicht bloß wirtschaftliche, auch rechtliche Grundkenntnisse sind den meisten Verbrauchern nicht geläufig.⁴²⁰ Dies wirkt sich bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus: Die rechtliche Relevanz des eigenen Handelns nicht erkennend, kann ohne willent- oder wissentlicher Beteiligung des Konsumenten bereits eine vertragliche Bindung entstehen.⁴²¹ Selbst im Falle eines gewollten Kontraktes sind sich Abnehmer zumeist nicht der Bedeutung von Vertragsbestandteilen bewusst, die Anbieter heute jedem Rechtsgeschäft zu Grunde legen; vom Anbieter einseitig gestaltete AGB werden nicht gelesen oder bergen die immanente Gefahr von Informations- und Verständnisproblemen; bewusste Nebenabreden zur Verschaffung eines rechtsgeschäftlichen Vorteils (oder gar Vorkehrungen zur Beweisführung über bloß mündliche Vereinbarungen solcher Natur) werden kaum getroffen⁴²² – ganz abgesehen vom grundlegenden, aus der Vielzahl gleichartig abgewickelter Transaktionen resultierenden, Erfahrungs- und Wissensvorsprung der Anbieterseite⁴²³. Da für den Endabnehmer regelmäßig preisliche Faktoren, und nicht der rechtliche Gehalt einzelner AGB-Bedingungen den Ausschlag für die Kaufentscheidung geben, setzen sich am Markt tendenziell mit niedrigeren Preisen für den Verbraucher nachteiligere AGB durch.⁴²⁴ Die Auswirkungen dieser Fehl- oder Nichteinschätzungen können schwerwiegende Äquivalenzstörungen nach sich ziehen. Die Verwendung von Massenverträgen lässt zudem auf die geschmälerte Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten durch den Wirtschaftstreibenden schließen, je unbedeutender der pro Vertrag umgesetzte Wert für das Unternehmen ist, desto weniger wird auf die jeweiligen Umstände (wie etwa potentiell vorliegende Willensmängel) beim Vorgang des Vertragsabschlusses geachtet und desto höher liegt demnach die Wahrscheinlichkeit eines vertraglichen „Fehlers“.⁴²⁵

⁴²⁰ Vgl. *Simitis*, Verbraucherschutz 91; *von Hippel*, Schutz des Schwächeren 44, 49 f.; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 98; vgl. generell zur Rechtsunkenntnis der Verbraucher *Koziol* in FS Mayrhofer 108 ff.

⁴²¹ Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 47; vgl. zur Verminderung der vertraglichen Selbstbestimmung bei Verwendung von AGB *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 230 ff.; *Knobel*, Wandlungen 63 ff.

⁴²² Vgl. *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 47 f.; *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 60; *von Hippel*, Verbraucherschutz³ 4; *Dick*, Verbraucherleitbild 3; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 47.

⁴²³ Vgl. *Hommelhoff/Wiedenmann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen - Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht, ZIP 1993, 562 (567); *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 28 ff., 153 f., der zur rechtlichen Unterlegenheit des Verbrauchers blumig formuliert, dass die AGB „noch so schön und deutlich gestaltet sein (etwa mit rotem Zeigefinger bei ‚gefährlichen Klauseln‘)“ könnten, „sofern sie vom Verbraucher nicht gelesen oder verstanden werden, erreicht das Informationsparadigma seine Grenzen“.

⁴²⁴ Vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 33.

⁴²⁵ Vgl. *F. Bydlinski*, Privatautonomie 49 f.

c) Externe Faktoren

(1) Die Werbung

Die Willensentscheidungsfreiheit der Verbraucher wird nicht bloß durch interne Faktoren, sondern auch von außen beeinflusst und manipuliert. Während das Rationalitätsaxiom bloß kognitive Faktoren berücksichtigt, wird das Verbraucherverhalten auch von psychischen Aspekten kodeterminiert: mittels gezielter Reizauswahl kann genau diese Ebene der Verhaltenssteuerung stimuliert und aktiviert werden.⁴²⁶ Hauptverantwortlich hierfür ist, neben anderen Marketinginstrumenten der Anbieter, die Werbung, mit welcher der Konsument in nahezu jeder Lebenssituation und in sämtlichen Massenmedien⁴²⁷ konfrontiert wird.⁴²⁸ Die Werbung sucht die historisch gewachsene Kommunikationslücke zwischen Anbietern und Verbraucher, die sich in Korrelation mit der Massenfertigung und der Zunahme an entkoppelten Vertriebsmethoden entwickelte, zu schließen.⁴²⁹ Dabei wird zwischen zwei Arten von Werbung unterschieden, die gleichermaßen Auswirkungen auf die Willensbildung durch den Konsumenten hat: Die markterschließende Werbung verfolgt den Zweck, potentielle Marktlücken zu füllen, woraus ihre Aufgabe resultiert, ein Bedürfnis nach einem Produkt zu wecken, das Konsumenten ohne diese Maßnahme nicht verspürt hätten⁴³⁰ – nicht zuletzt wird durch diese „bedarfsirrelevante Werbung“⁴³¹ an das Exklusivitätsgefühl des Individuums appelliert. Die Werbung zur Erhöhung der Marktanteile wiederum setzt bereits am Markt etablierte Produkte in Szene und sucht, unter Ausnutzung des regelmäßig zu konstatierenden Informationsdefizit unter Endabnehmern, einseitige, für den Anbieter vorteilhafte Informationen über ein Produkt als objektive Darstellung desselben zu vermitteln.⁴³² Beide Arten von Werbung können unzweifelhaft eine manipulative Wirkung hinsichtlich der Willensbildung der Konsumenten entwickeln, die letztlich den

⁴²⁶ Vgl. Eidenmüller, JZ 2005, 218 ff; Dick, Verbraucherleitbild 21 mwN; vgl. zur Unterscheidung zwischen aktivierenden und kognitiven Prozessen Kroeber-Riel/Weinberg, Konsumentenverhalten⁸ 49 ff.

⁴²⁷ Zur Wirkung und zur Rolle der Massenmedien vgl. Kroeber-Riel/Weinberg, Konsumentenverhalten⁸ 588 ff; Ronneberger, Der Beitrag der Massenmedien zur Verbraucherinformation und Verbraucherschulung, in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 187 ff; Kuhlmann, Verbraucherpolitik 142 ff.

⁴²⁸ Vgl. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 54; Neumann in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 12; Denking, Verbraucherbegriff 98; Meyer-Dohm, Sozialökonomische Aspekte 65 f, 259 ff; vgl. zur Berücksichtigung der Werbung in den Verbrauchervertragsrichtlinien der Heiss in FS Reichert-Facilides 101. Zu psychologischen Aspekten der Werbung eingehend statt vieler Franke in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 81 ff.

⁴²⁹ Vgl. Kramer in Mayrhofer/Kramer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 14; Meyer-Dohm, Sozialökonomische Aspekte 204 f; Kramer in ders., Theorie 175 f. Reich, Markt und Recht 182 f, spricht sogar von einer Kommunikationsstruktur, die einseitig auf Unternehmerinteressen ausgerichtet sei (ähnlich Wolf, Entscheidungsfreiheit 102 f) und dabei den Konsumenten in die Rolle eines passiv-rezeptiven Marktteilnehmers dränge, woraus sich im Übrigen auch die strukturelle Schutzbedürftigkeit der Verbraucher ergebe. Ähnlich Franke in Dichtl, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 84: „Wenn man sich die Vielzahl der materiellen und sozialen Zwänge vergegenwärtigt, unter denen der Mensch – noch dazu nur höchst selten unter bewusster Vergegenwärtigung seiner Abhängigkeiten – Konsumhandlungen einleitet, ist das Zielbild der Käufersouveränität nicht haltbar“.

⁴³⁰ Vgl. auch Bender, NJW 1980, 1132.

⁴³¹ Vgl. Simitis, Verbraucherschutz 98.

⁴³² Vgl. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente 54 f; Dichtl, Zur Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, in ders., Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 23 (30); weiterführend Schuhmacher, Vertragsanbahnung 62 ff.

Ausschlag für die Frage *ob* überhaupt ein Rechtsgeschäft geschlossen werden soll, geben kann.⁴³³ Bewusst falsche oder zumindest irreführende Informationen und versteckte Appelle an das Irrationale und Emotionale in Werbungen lassen die eigentliche Funktion der Werbung, über Eigenschaft, Qualität und Preis von am Markt erhältlichen Waren und Dienstleistungen zu informieren, allzu oft in den Hintergrund geraten.⁴³⁴ Es steht außer Zweifel, dass Werbung durchaus positiv wirken kann, und wichtige Informations-, Unterscheidungs- und Wiedererkennungszwecke zu erfüllen vermag⁴³⁵, dies jedoch nur dann, wenn tatsächlich objektiv gestaltete Beiträge den Konsumenten erreichen.⁴³⁶

(2) Weitere externe Faktoren

Im Zusammenspiel mit fragwürdigen Vertriebs- und Marketingmethoden im Einzelhandel⁴³⁷ ist die Willensbildungsfreiheit des Endabnehmers bedeutenden Gefahren ausgesetzt.⁴³⁸ Medial und öffentlich in Verruf geratene Verkaufsverfahren entziehen dem Konsumenten stetig die rechtsgeschäftliche Vertrauensbasis: Allein am Beispiel des Direktvertriebs, etwa in Form von so genannten Haustürgeschäften (Vertreter des Anbieterunternehmens „besuchen“ den potentiellen Kunden zu Hause), Telefongeschäften oder Werbe- und Ausflugsfahrten, die in Verkaufsveranstaltungen enden („Kaffeefahrten“) kann dieses Gefahrenpotential festgemacht werden⁴³⁹: Manipulative und aggressive Agitation seitens des Vertreters, Informations- und Informationsbeschaffungsmöglichkeitenmangel der Endabnehmer; die Schaffung psychischer Zwangslagen sowie die Ausnutzung des Überraschungseffekts sind bloß die geläufigsten der mit solchen Situationen konnotierten Bedrohungen und Risiken.⁴⁴⁰

3. Fälle wirtschaftlicher Unterlegenheit

a) Die machttheoretische Ungleichgewichtslage zwischen den Kontrahenten

Nicht bloß intellektuelle Unterlegenheitsstrukturen, auch Divergenzen der wirtschaftlichen Potenz können zwischen Nachfrager- und Anbieterseite festgestellt werden: Während der private Endabnehmer üblicherweise als Individuum am Markt auftritt, und seine Nachfragemacht aufgrund

⁴³³ Vgl. von Hippel, Verbraucherschutz³ 4; ders., JZ 1972, 417; Simitis, Verbraucherschutz 89.

⁴³⁴ Vgl. Kramer in Mayrhofer/Kramer, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 14.

⁴³⁵ Vgl. Kroeber-Riel/Weinberg, Konsumentenverhalten⁸ 608 ff.

⁴³⁶ Vgl. Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 18 ff, 164, der von der „janusköpfigen Natur“ der Werbung ausgeht und letztendlich festhält: „In der Werbung dominieren unklare und missverständliche Informationen, welche die Grenze zur Desinformation (für den durchschnittlichen Verbraucher) gelegentlich überschreiten“.

⁴³⁷ Vgl. Simitis, Verbraucherschutz 101; Denkinger, Verbraucherbegriff 81; von Hippel, JZ 1972, 417.

⁴³⁸ Vgl. Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht² Rz 3.

⁴³⁹ Vgl. Schuhmacher, Vertragsanbahnung 74.

⁴⁴⁰ Vgl. Schuhmacher, Vertragsanbahnung 75.

der marginalen wirtschaftlichen Bedeutung für den Anbieter daher als gering bezeichnet werden muss, steht ihm als potentieller rechtsgeschäftlicher Partner ein Anbieter gegenüber, der auf dieses einzelne Geschäft nicht angewiesen ist und den Abschluss des Kontrakts ohne weitere Schwierigkeiten verweigern kann.⁴⁴¹ Diese „atomistische“ Struktur⁴⁴² der Verbraucherseite bedingt, sofern die Gegenseite nicht ebenfalls in dieser Weise organisiert ist⁴⁴³, ein gleichsam natürliches Gefälle zwischen den beiden rechtsgeschäftlichen Partnern.⁴⁴⁴ Dieses Gefälle wirkt sich dahingehend aus, dass die Privatautonomie seitens des Verbrauchers zumeist auf die Frage hinausläuft, ob überhaupt kontrahiert wird; die Bedingungen hierfür sind vom Anbieter vorgegeben.

b) Die Rolle des Wettbewerbsrechts

Zudem wird der Markt in gewissen Sparten von einem oder wenigen Anbietern beherrscht, mögliche Wettbewerbseinschränkungen, welche die Wirkung des funktionierenden Wettbewerbs, sowohl preisliche als auch qualitative Verbesserungen für den Abnehmer zu erzielen, konterkarieren, sowie bewusste Absprachen führen zwangsläufig zur Verdünnung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit der Konsumenten.⁴⁴⁵ Dem Idealbild eines auf einem völlig deregulierten Markt basierenden Wettbewerbs wird die Realität nicht gerecht, da die Wirkung der kompetitiven Agitation aller Anbieter auf demselben Markt in ihrer reinsten Ausprägung schlichtweg nicht vorkommt; Marktversagen und andere Einschränkungen des Wettbewerbs können als Variable niemals gedanklich ausgeschlossen werden.⁴⁴⁶ Als jener Bestandteil der Marktwirtschaft betrachtet, der die Lenkung des ökonomischen Geschehens durch den Verbraucher, und damit die Konsumentensouveränität gewährleisten sollte⁴⁴⁷, kann ein effizientes Verhalten der Verbraucher nur eingebettet in ein funktionierendes wettbewerbsrechtliches Umfeld erzielt werden.⁴⁴⁸ Gerade zur Erreichung der Richtigkeitsgewähr (vgl dazu oben die Theorie *Schmidt-Rimplers*) ist es nämlich notwendig, dass jede potentielle Vertragspartei auch auf den Abschluss verzichten kann, was wiederum Handlungsalternativen voraussetzt, die ihrerseits nur im Rahmen einer funktionierenden Wettbewerbsordnung bestehen können.⁴⁴⁹ Die *machttheoretische* Rolle des Abnehmers innerhalb einer Wettbewerbsordnung ist nämlich jene des Initiators von Marktreaktionen der Anbieterseite, die in

⁴⁴¹ Vgl *Wolf*, Entscheidungsfreiheit 15; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 60 f; *Reifner*, ZVP 1978, 207 f; zur negativen Auswirkung der regelmäßigen Abschlussangewiesenheit des Verbrauchers auf die wünschenswert inhaltlich selbstbestimmte Gestaltung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung vgl *Dauner-Lieb*, Sonderprivatrecht 110 ff; vgl auch oben die Kriterien für eine zumutbare Ablehnung des Vertragsschlusses durch den Verbraucher.

⁴⁴² Vgl dazu *Kramer* in *Mayrhofer/Kramer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 12 f; *Scherhorn*, Gesucht: der mündige Verbraucher² 33.

⁴⁴³ Vgl *Berekoven* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 120.

⁴⁴⁴ Vgl *Reich/Tonner/Wegener*, Verbraucher und Recht 13; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 60 f.

⁴⁴⁵ Vgl *von Hippel*, Verbraucherschutz³ 3, 27; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 61; *Kramer* in *Mayrhofer/Kramer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht 12 f, 16.

⁴⁴⁶ Vgl *Lurger*, Solidarität 68.

⁴⁴⁷ Vgl *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 17 ff.

⁴⁴⁸ Vgl *Simitis*, Verbraucherschutz 87 f.

⁴⁴⁹ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 77, 80.

Entsprechung des Konsumverhaltens ihrer (potentiellen) Kontrahenten zu agieren hat, will sie wirtschaftlich rentabel am Marktgeschehen teilnehmen.⁴⁵⁰ Funktionierender Wettbewerb sichert demnach Verbraucherinteressen auf allen Märkten ab⁴⁵¹, die Erhaltung und Weiterentwicklung einer Wettbewerbsbeschränkungen verhindernden und auf dem Grundsatz der Lauterkeit basierenden Wettbewerbsordnung zählt daher zu den vordringlichsten Aufgaben effizienter Verbraucherschutzpolitik.⁴⁵²

Wenngleich Basis und *conditio sine qua non* eines effektiven Verbraucherschutzsystems⁴⁵³, garantiert der funktionierende Wettbewerb *alleine* noch lange nicht das optimale Angebot für den Konsumenten: „Wettbewerb bedeutet, Rentabilität sichern“⁴⁵⁴, formuliert *Simitis*, und deutet damit an, dass privatwirtschaftlich agierende Unternehmen in ihrem legitimen Streben nach Gewinnmaximierung zumindest jedenfalls die Interessen der Konsumenten ihren eigenen gegenüberstellen – mit nicht immer positiven Resultaten für den Verbraucher. Die Grundlage für dieses Verhalten ist die Annahme des Marktes als eine Art Zweckbeziehung, die vom Eigennutz der jeweiligen Partner geprägt ist – und der hauptsächliche Zweck eines Rechtsgeschäfts für Produzenten ist nun mal Gewinnerzielung, dem Streben der Anbieter, alle privaten Abnehmer optimal zu versorgen, kommt nicht derselbe Stellenwert zu.⁴⁵⁵ Gerade der individuell, nicht im Rahmen unternehmerischer Strukturen agierende Mensch weist Schwächen in seinem Entscheidungsfindungsverhalten auf und verfolgt, aus intrinsischen Gründen durch altruistische Gesichtspunkte geleitet, nicht immer die aus egozentrischer Sicht beste Lösung für ihn selbst.⁴⁵⁶

4. Fazit

Entlang dieser im Regelfall zu beobachtenden Unterlegenheitselemente im zweiseitigen Rechtsgeschäft kann ein gesetzlich definierter Verbrauchervertrag legitimiert werden: Die sich anschließende Frage ist wohl jene der gesetzlichen Formulierung, die möglichst nicht zu viele nicht schützenswerte Personen als Verbraucher miteinbeziehen sollte und auf der anderen Seite nicht zu kasuistisch ausformuliert sein darf.

⁴⁵⁰ Vgl. *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 18.

⁴⁵¹ *Neumann* spricht sogar von der Aufrechterhaltung der Rolle des Konsumenten als Souverän der Wirtschaft, solange unter den Anbietern funktionierender Wettbewerb herrscht, vgl. *Neumann* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 17.

⁴⁵² Vgl. *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 20.

⁴⁵³ Vgl. dazu auch *Denkinger*, Verbraucherbegriff 77 f. mwN; *Dick*, Verbraucherleitbild 54; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 195 ff.

⁴⁵⁴ *Simitis*, Verbraucherschutz 108.

⁴⁵⁵ Vgl. *Berekoven* in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 120.

⁴⁵⁶ Vgl. *Eidenmüller*, JZ 2005, 218 f. mwN.

Eine rechtliche Verbrauchergeschäftsdefinition, die als Basis eine Ungleichgewichtslage zwischen zwei Kontrahenten annimmt, muss also zur Begründung derselben diese Ungleichgewichtslage durch Fälle intellektueller und wirtschaftlicher Unterlegenheit einer Vertragspartei konstruieren, die im Regelfall (typischerweise) die Selbstbestimmung dieser Partei einschränkt.

D. KRITIK AN DER PAUSCHALIERENDEN BETRACHTUNGSWEISE EINER GESCHLOSSENEN GRUPPE VON RECHTSSUBJEKTEN

Freilich wird ein System der typisierenden Betrachtung zweier einander gegenüberstehender Rechtssubjekte, deren Verhältnis rechtlich determiniert werden soll, nicht völlig kritikfrei beurteilt: Die paradigmatische Betrachtung „der Verbraucher“ und „der Unternehmer“ als in sich geschlossene, homogene Gruppen mag tatsächlich an der Realität vorbeigehen, die sowohl rechtlich wie wirtschaftlich hochgradig geschulte Konsumenten wie diametral gegengesetzt schwach informierte Anbieter kennt.⁴⁵⁷ Die inhomogene Struktur der Gruppe der Verbraucher wird weitgehend außer Frage gestellt: *Denkinger* erkennt mit Recht das Problem der Nichterfassbarkeit divergenter kognitiver Fähigkeiten einzelner Personen und deren unterschiedlicher Sozialisation⁴⁵⁸, *Rösler* sieht den Verbraucher „*autonom und fragmentarisch, das heißt weitgehend für sich und ‚unsolidarisch‘ mit seinen Mitverbrauchern*“⁴⁵⁹ agieren, während *Lurger* konstatiert, dass „*arme und reiche, gebildete und ungebildete Verbraucher und solche, die irgendwo in der Mitte zwischen diesem Extremen liegen*“⁴⁶⁰ existieren, um zu folgern: „*Die Abstraktion verhüllt die Tatsache, daß es viele verschiedene Typen von Verbrauchern gibt mit unterschiedlichen Problemen und Bedürfnissen*“⁴⁶¹. Auch der Vorstellung eines annähernd ausbalancierten Gleichgewichts zwischen den potentiellen Vertragspartnern kann in realiter nicht entsprochen werden, da divergente Lebenserfahrung, soziale Stellung und ökonomische Bildung oder die tatsächliche Angewiesenheit auf den Vertragsabschluss⁴⁶² nie auf dieselbe Ebene nivelliert vorkommen werden.⁴⁶³ Tatsächlich gibt es keine Möglichkeit, die Interessen sämtlicher Verbraucher pauschal zu erfassen, es mangelt an Homogenität innerhalb der Gruppe der Konsumenten.⁴⁶⁴ Auch das Argument, dass der wohlhabende Verbraucher ungleich mehr von einem ihn in den Schutzbereich miteinbeziehenden Konsumentenschutzrecht profitiert als der arme Verbraucher kann nicht von der

⁴⁵⁷ Vgl *F. Bydlinski*, AcP 2004, 371; *Drexl*, Selbstbestimmung 405; *Koziol* in FS Mayrhofer 103; *Krejci* in FS Mayrhofer 129; *Simitis*, Verbraucherschutz 147; *Dick*, Verbraucherleitbild 11.

⁴⁵⁸ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 35.

⁴⁵⁹ *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 24.

⁴⁶⁰ *Lurger*, Solidarität 66.

⁴⁶¹ *Lurger*, Solidarität 66 f.

⁴⁶² Vgl *Tonner*, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996, 533 (535).

⁴⁶³ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 78 f.

⁴⁶⁴ Vgl *Dick*, Verbraucherleitbild 39 ff.

Hand gewiesen werden.⁴⁶⁵ Gleichheitswidrige Ergebnisse seien daher das Resultat einer typisierenden Konzeption des verbrauchervertraglichen Grundtatbestandes.⁴⁶⁶

Schuhmacher filetiert den Gedanken der verbraucherrechtlichen Individualisierung im Hinblick auf vorvertragliche Aufklärungspflichten⁴⁶⁷: In stringenter Ausformulierung dieser Idee müsse der Unternehmer in jedem Einzelfall die Einsichtsfähigkeit seines potentiellen Kontrahenten berücksichtigen, um der stets neu zu beurteilenden Pflichtenintensität Genüge tun zu können. Dies sei allein noch nicht weiter problematisch, da die Rechtsordnung eine derartige Flexibilität an auferlegten Pflichten kenne und sich etwa die Ungewöhnlichkeit der in § 864a ABGB thematisierten Klauseln erst in Zusammenschau mit dem jeweiligen Informations- und Erfahrungsstand des Vertragspartners ergebe. Interessanter sei allerdings die Vereinbarkeit einer Pflichtenindividualität mit dem der Idee der Privatautonomie zu Grunde liegenden Gedanken der Selbstverantwortung, die als Ausfluss des Prinzips gelte, dass jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs legitimerweise egoistische Interessen verfolge: die Frage nach einer systematischen Integration dieser beiden Elemente könne nicht eindeutig beantwortet werden, vielmehr müsse über die Voraussetzungen der Selbstverantwortung sowie über die vom Verbraucherrecht getroffene Wertung dieses Prinzips nachgedacht werden. *Schuhmacher* kommt demnach zu dem Schluss, dass die typisierende rechtliche Beurteilung einer im Regelfall bestehenden verbraucherimmanenten Unterlegenheit und einer daraus resultierenden Diskrepanz der auf beiden Seiten zu beobachtenden rechtsgeschäftlichen Willensbildungsfreiheit als taugliche Basis für einen verbraucherrechtlichen Tatbestand dienen kann. Der Forderung nach einem den jeweiligen Informationstand, die Einsichtsfähigkeit und die wirtschaftliche Potenz der Kontrahenten berücksichtigenden Verbraucherschutzsystem, welches die diesbezüglichen Divergenzen innerhalb der beiden Gruppen berücksichtigen sollte bzw nach der Idee einer teleologischen Reduktion wie einer durch das Instrument der Analogie konstituierten Erweiterung einer tatbestandlichen Umschreibung⁴⁶⁸ muss wohl dennoch im Namen der Rechtssicherheit⁴⁶⁹ eine Absage erteilt werden, da eine derartig ausgestaltete rechtliche Regelung von einer in concreto nicht administrablen Einzelfallbezogenheit geprägt sein muss, die das prinzipielle Ziel des Verbraucherschutzes konterkarieren würde. *Krejci* stellt (zunächst zu ähnlich gelagerten Tatbeständen des österreichischen Arbeits- und Handelsrechts) zu Recht fest: „Der für hinreichende

⁴⁶⁵ So *Lurger*, Solidarität 68 ff; *dies*, Grundfragen 336 ff, die nachweist, dass vertragliche Schutzinstrumente staatlichen Verbraucherschutzrechts von Unternehmern regelmäßig als finanzieller Mehraufwand verstanden werden, welcher, zumindest zum Teil, in Form einer Preiserhöhung an den Verbraucher rücküberwälzt wird, was die positiven Grundeffekte solcher Regelungen nicht prinzipiell konterkariere, aber dennoch finanziell schwächere Verbraucher, die ohnedies bei der Informationsverarbeitung und Rechtsdurchsetzung gegenüber ökonomisch potenteren im Nachteil wären, härter trafe als andere.

⁴⁶⁶ Vgl *Krejci* in FS Mayrhofer 129.

⁴⁶⁷ Zum Weiteren vgl *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 201 ff.

⁴⁶⁸ Vgl die Darstellung dieser Kritiklinie bei *Krejci* in FS Mayerhofer 129.

⁴⁶⁹ So auch *Krejci* in FS Mayrhofer 130 f, der auch anmerkt, dass die konsequente Weiterentwicklung dieses Gedankens dazu führen müsste, anstatt eines verbrauchergeschäftdefinierenden Tatbestands einen allgemeinen zivilrechtlichen Ungleichgewichtstatbestand zu schaffen, vgl auch *Denkinger*, Verbraucherbegriff 92.

Rechtssicherheit erforderliche rigor iuris wird also unter Inkaufnahme der Gefahr angeordnet, dass dies möglicherweise im Einzelfall dazu führen kann, dass jemand mitgeschützt wird, der es nicht notwendig hat, oder jemand nicht mitgeschützt ist, obwohl sein Fall nicht anders liegt als jener, der dem allgemeinen Grundtatbestand unterfällt. Nichts anderes gilt auch für den Grundtatbestand des Verbrauchergeschäftes: [...] Insofern darf also gesagt werden, dass das Verbrauchergeschäft als Grundtatbestand des Verbraucherrechts prinzipiell tauglich ist. Das Anliegen der Rechtssicherheit wird hier als sachliche Rechtfertigung für gewisse Ungleichbehandlungen anerkannt.“⁴⁷⁰

Die typisierende Betrachtungsweise als Ausgangspunkt rechtlicher Anknüpfung genießt in zahlreichen Rechtsgebieten Anerkennung, gerade der rechtliche Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte zwischen Verbrauchern und Anbietern kann wohl als Paradeexempel für den gerechtfertigten Anwendungsfall dieser Technik verstanden werden. Typisierbare Situationen stellen beispielsweise klassische Störungen der Entscheidungsfreiheit durch Zwangslagen, Abhängigkeitsverhältnisse zur Bedürfnisbefriedigung oder die Gefahr einseitiger Vertragsgestaltung dar.⁴⁷¹ Das noch immer gültige zivilrechtliche Grundprinzip der Privatautonomie wird dadurch keineswegs unterminiert: Wie eben verdeutlicht, wurde einerseits der Selbstverantwortungsmaxime durch massive ökonomische, technologische und soziologische Veränderungen und Entwicklungen so zu sagen die Geschäftsgrundlage entzogen, weshalb sie nunmehr nicht mehr als unvergänglich etabliert gelten kann, sondern, gleichsam im Verständnis der *clausula rebus sic stantibus*, durchaus situations- und realitätsadäquater rechtlicher Variation und Adaption zugänglich ist⁴⁷²; während auf der anderen Seite der Begriff der Vertragsfreiheit auch den vorrechtlichen Bereich zu erfassen hat, um der diesem Begriff immanenten Aufgabe, Voraussetzung für materielle Vertragsgerechtigkeit zu sein, genügen zu können.

Daran kann auch *Gröners* Kritik an einer pauschalen Bevormundung aller Verbraucher nichts ändern: Selbstverständlich lässt sich eine *„absolute Gefahrenabwendung niemals erreichen“⁴⁷³*, allerdings nicht, *„weil dies darauf hinaus liefe, den Verbraucher vor sich selbst zu schützen“⁴⁷⁴*, sondern weil ein juristisches Konzept eines Rechtsverkehrsschutzes, mag es noch so kasuistisch sein, unmöglich sämtliche potentiellen Gefährdungen erkennen und entsprechend regeln kann. Ein modernes Verbraucherrechtsmodell zielt keineswegs darauf ab, als *„alles umfassender Schutz“* die *„individuelle Freiheit ab[zuschaffen]“⁴⁷⁵*, sondern jeder rechtsgeschäftlichen Partei eben diese Freiheit der Entscheidung unter den Rahmenbedingungen und auf Basis höchstmöglicher Transparenz und

⁴⁷⁰ *Krejci* in FS Mayrhofer 131.

⁴⁷¹ Vgl. *Denkinger*, Verbraucherbegriff 93.

⁴⁷² So auch *Schuhmacher*, Vertragsanbahnung 202 ff.

⁴⁷³ *Gröner/Köhler*, Verbraucherschutzrecht 15.

⁴⁷⁴ *Gröner/Köhler*, ebd.

⁴⁷⁵ *Gröner/Köhler*, ebd.

Informativität zu gewährleisten⁴⁷⁶, und kann daher gleichsam als Stützpfeiler der individuellen Selbstbestimmtheit verstanden werden.

Ein zivilrechtliches System, das allein die Privatautonomie ins Zentrum seines Regelungstelos stellt, ist daher an moderne wirtschaftliche Realitäten anzupassen und hinsichtlich der verbraucherrechtlichen Schutzmechanismen zu adaptieren.⁴⁷⁷ Die Privatautonomie wird durch diese, den unterlegenen Rechtsgeschäftspartner stützenden Maßnahmen des Privatrechts, erst verwirklicht.⁴⁷⁸ Oder, um es noch strikter mit *Rösler* zu formulieren: „*Es geht anders gesagt um den Ausgleich der Nachteile der Privatautonomie mit dem Ziel der materiellen Vertragsgerechtigkeit!*“⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Vgl *Kramer*, KritV 1986, 272 ff.

⁴⁷⁷ Vgl *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 63.

⁴⁷⁸ Vgl *Koziol* in FS Mayrhofer 103.

⁴⁷⁹ *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 70 f; ähnlich *Bender*, NJW 1980, 1131 f.

E. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Die Frage der Legitimität gesetzlicher Eingriffe in das Prinzip der Privatautonomie ist eng mit der Frage nach einer rechtliche definierbaren Gefahr für einen juristisch abgrenzbaren Kreis an Rechtssubjekten verknüpft, muss aber getrennt von diesem Problemkomplex behandelt werden.
2. Die als Teil der Privatautonomie verstandene Vertragsfreiheit fußt ideologisch auf dem Konzept der Konsumentensouveränität bzw dem Leitbild eines „homo oeconomicus“.
3. Die Vertragsfreiheit selbst wird durch die menschliche Selbstbestimmung als wesensbildendes Merkmal determiniert. Die Selbstbestimmungsfreiheit ist nur dann gegeben, wenn die *tatsächliche Möglichkeit*, mittels rechtsgeschäftlicher Willensäußerung Rechtsfolgen zu begründen, deren Ergebnis zu beeinflussen bzw Rechtsfolgen abzuwenden, besteht. Eine Reihe an sozio-ökonomischen Faktoren kann *im Einzelfall* die Selbstbestimmungsfreiheit beeinträchtigen.
4. „Ungleichgewichtslagen“, wie immer sie zu definieren sind, können nicht als *conditio sine qua non* zur Legitimierung eines verbrauchervertraglich motivierten Eingriffs des Gesetzgebers in die Privatautonomie herangezogen werden; eine Ungleichgewichtslage *kann* allerdings die Selbstbestimmung eingriffserheblich stören. Über diesen Umweg *kann* also, sofern und sobald sie zu einer solchen Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit führt, eine Ungleichgewichtslage einen legislativen Eingriff legitimieren.
5. Sinnvollerweise sollte ein gesetzlicher Eingriff in die Privatautonomie *nicht einzelfallbezogen* auf Einschränkungen der Selbstbestimmung reagieren, sondern *typisierend* Situationen definieren, in welchen die Selbstbestimmung einer Vertragspartei im (zweiseitigen) Rechtsgeschäft *im Regelfall* gestört ist.
6. Die solch einen typisierenden Tatbestand zu Grunde gelegten, das Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten beeinflussenden sozio-ökonomischen Faktoren lassen sich (grob) in Fälle intellektueller (interner und externer Natur) und wirtschaftlicher Unterlegenheit unterteilen. Aus den genannten Gründen intellektueller und wirtschaftlicher Inäquivalenz muss die Basis einer Verbraucher- oder Verbrauchervertragsdefinition destilliert werden.

7. Die Typisierung per se stellt ein durchaus taugliches und sogar angebrachtes Mittel für einen Verbraucherschutzmotivierten legislativen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar.

IV. VERBRAUCHERBEGRIFFSKONZEPTE

A. ALLGEMEINES

1. Der ökonomisch konstruierte Verbraucherbegriff

Geht man von der Annahme aus, dass der juristische Verbraucherbegriff den Zweck hat, den im Verhältnis zur anderen Vertragspartei typischerweise schutzbedürftigen Vertragspartner zu definieren⁴⁸⁰, so muss konsequenterweise auch davon ausgegangen werden, dass dieser Definition der Gedanke einer konkreten zu schützenden Situation zu Grunde liegt.⁴⁸¹ Die im Kapitel „Die Legitimation des Verbraucherschutzes als Anknüpfungspunkt einer Verbrauchervertragsdefinition“ herausgearbeiteten (typischen) Unterlegenheitsmerkmale des Verbrauchers begründen für sich allein noch keinen Anknüpfungspunkt für einen verbraucherrechtlichen Tatbestand. Der rein ökonomische Verbraucherbegriff ist jedenfalls für die Bestimmung eines juristischen Verbraucherbegriffs wenig hilfreich, da er urteilsfrei eine Position im wirtschaftlichen Verlaufsgefüge umschreibt, ohne die im rechtlichen Grundtatbestand eben erforderliche Abwägung und Wertung einer Schutzbedürftigkeit zu liefern.⁴⁸² Das Konzept des ökonomischen Verbraucherbegriffs sieht jeden Endabnehmer (schlechthin) als Verbraucher, und erachtet sohin die Rolle des Letztverbrauchers per se als schutzbedürftig.⁴⁸³ Wiewohl Art 114 AEUV und dessen Vorgängerbestimmungen, die Erwägungsgründe der Verbrauchervertragsrichtlinien und die Verbraucherschutzprogramme der Kommission sehr oft den Wunsch nach einer Stärkung der Konsumentennachfrage mit dem telos der Dynamisierung des Binnenmarkts erkennen lassen⁴⁸⁴, würde die konsequente Fortführung dieses Gedankens zur zwingenden Anwendung des ökonomischen Schutzansatzes führen, da das Ziel Nachfragesteigerung wohl durch kein anderes Konzept in dieser Intensität effektuiert werden könnte. Juristisch würde dies bedeuten, auch Unternehmer im Sinne von zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelnden Personen, die keine Weiterverkaufs- oder Veräußerungsintention hegen, ebenfalls rechtlichen Schutz angedeihen zu lassen.⁴⁸⁵ Dies würde bedeuten, dass der Gesetzgeber die Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei in deren Angewiesenheit auf den Konsum begründet sieht, was in weiterer Folge, wie

⁴⁸⁰ Vgl zu dieser nicht unumstrittenen Hypothese als notwendige Grundlage weiterer Überlegungen *Pfeiffer*, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (1999) 21 (22 f).

⁴⁸¹ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 112.

⁴⁸² Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 100 f, 105.

⁴⁸³ Vgl *Schneider*, BB 1974, 764.

⁴⁸⁴ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 26.

⁴⁸⁵ Vgl *Pfeiffer* ebd.

Pfeiffer zutreffend anmerkt, zur „Anerkennung eines weitreichenden Kontrahierungszwanges“, der „mit einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung“ nicht in Einklang zu bringen wäre⁴⁸⁶ führen würde. Das rein ökonomische Schutzkonzept stellt daher in marktwirtschaftlich orientiertem staatlichem oder supranationalem Umfeld eine untaugliche Grundlage für die Verwirklichung des Verbraucherschutzes dar. Vielmehr muss die Konzeption eines Verbrauchergeschäfts gefunden werden, die nicht in einem „konturenlosen, allgemeinen Begriff des Verbraucher“ resultiert, der „normativ nicht weiterführen“⁴⁸⁷ kann.

2. Mögliche Anknüpfungspunkte eines juristischen Verbraucherbegriffs

Als juristische Anknüpfungspunkte können mehrere variable Faktoren dienen: Eine bestimmte Art von Rechtsgeschäft etwa, eine Vertragsabschlussituation, ein an dem Kontrakt teilnehmendes Individuum oder der Zweck des Rechtsgeschäfts *per se*.⁴⁸⁸ Dementsprechend kann von mehreren, jeweils unterschiedlichen Verbraucherbegriffskonzepten gesprochen werden, die als Basis der Verbrauchervertragsdefinition näherer Untersuchung bedürfen.

B. DIE MÖGLICHEN VERBRAUCHERBEGRIFFS- UND VERBRAUCHERVERTRAGSKONZEPTE

1. Der klassentheoretische Ansatz

Ein möglicher Denkansatz wäre, eine Gruppe von Personen als schutzbedürftig zu definieren - dies völlig isoliert betrachtet von äußeren Umständen oder Situationen. Geschützt werden könnten so etwa „einkommensschwache“, „alte“, „junge“ oder sonstig kategorisierbare Personen, deren Eigenschaften verabsolutiert für die Auslösung der Schutzvorschriften ausreichen würde. Unter diesem Verbraucherbegriffsmodell wäre auch der rechtliche Schutz dieser definierten Personengruppe beim Kontrahieren mit anderen Privatpersonen, die eben nicht unter eine dieser Kategorien fallen, denkbar, ein Vertragsverhältnis mit einem, wie auch immer zu umschreibenden, Unternehmer muss gar nicht zwingend vorliegen. Wegen der zwingenden Verallgemeinerung, die notwendigerweise sachlicher Rechtfertigung entbehrt, kann dieses Modell als für die Konstitution der rechtlichen Verbrauchervertragsdefinition untauglich erachtet werden.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ *Pfeiffer* ebd; vgl auch *Dauner-Lieb*, Sonderprivatrecht 141 ff.

⁴⁸⁷ So die Kritik bei *Dreher*, JZ 1997, 170.

⁴⁸⁸ Vgl *Reifner*, ZVP 1978, 209; *Schmidt*, „Unternehmer“ – „Kaufmann“- „Verbraucher“ - Schnittstellen im „Sonderprivatrecht“ und Friktionen zwischen §§ 13, 14 BGB und §§ 1 ff. HGB, BB 2005, 837 (838); *Denkinger*, Verbraucherbegriff 112.

⁴⁸⁹ Ähnlich *Drexel*, Selbstbestimmung 285.

2. Der rollensoziologische Ansatz

a) Das Konzept

Ausgangspunkt des rollensoziologischen Ansatzes, der von *Reich* bereits in den 1970er Jahren entwickelt wurde⁴⁹⁰, stellt der Konsument als prinzipiell unterlegene Vertragspartei *gegenüber einem zu definierenden Unternehmer* dar. Diesen generellen „Startnachteil“ sucht das Modell auszugleichen, was selbstverständlich zunächst eine exakte Definition dieser Vertragspartei benötigt.

Der rollensoziologische Ansatz geht von folgenden Prämissen aus:

- 1) Es werden nicht individuelle Merkmale betrachtet, sondern typische Eigenschaften des Verhaltens einer Vielzahl von Personen⁴⁹¹ - Konsumtion ist daher per se schutzbedürftig, unabhängig vom jeweils geschlossenen Rechtsgeschäft oder des Konsuminteresses.
- 2) Jedermann im Bereich des Konsums muss geschützt werden (keine Fixierung auf bestimmte Gruppen wie beispielsweise „Arbeitnehmer“)⁴⁹² – es ist dabei unerheblich, ob der Einzelne im konkreten Fall überhaupt gesetzlichen Schutzes bedarf.⁴⁹³
- 3) Maßgeblich ist die konkrete wirtschaftliche Tätigkeit: Eine Person ist nicht schlechthin Verbraucher oder Unternehmer, sondern wird nach der ihr zukommenden Rolle beim Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts beurteilt.⁴⁹⁴

Reich propagierte bei der Formulierung seiner These, sich bei der Konzeption einer rechtlichen Verbraucherdefinition nicht von juristischen Merkmalen wie beispielsweise der Frage nach der Rechtspersönlichkeit leiten zu lassen, sondern vielmehr an die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse im weitesten Sinne anzuknüpfen.⁴⁹⁵

Dies hat zur Folge, dass jedermann Verbraucher sein kann⁴⁹⁶, aber dieses Attribut keinesfalls ständig auf eine Person zutrifft.⁴⁹⁷

⁴⁹⁰ Vgl *Reich*, ZRP 1974, 187 ff.

⁴⁹¹ Vgl *Remien*, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, 34 (51).

⁴⁹² Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 113 ff.

⁴⁹³ Vgl *Remien*, ZEuP 1994, 52.

⁴⁹⁴ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 25.

⁴⁹⁵ Vgl *Reich*, ZRP 1974, 194.

⁴⁹⁶ Und somit die Anzahl der potentiellen Verbraucher jener der Gesamtbevölkerung entspricht, vgl *Simitis*, Verbraucherschutz 81; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente 31; *F. Bydlinski*, JBl 1996, 694; *Drexl*, Selbstbestimmung 10.

⁴⁹⁷ Vgl auch *F. Bydlinski*, AcP 204, 367.

b) Die Kritik

Reifner kritisiert in Replik auf *Reich* die Beliebigkeit einer rollensoziologischen Auffassung, da die Voraussetzung, dass jeder Mensch die Rolle „Verbraucher“ spielen kann die personelle Austauschbarkeit der Rollen zur Folge hätte, wodurch sich jeder Marktteilnehmer stets von seiner Rolle distanzieren könne.⁴⁹⁸ Der Verbraucherbegriff solle allerdings jedenfalls auf natürliche Personen beschränkt bleiben.⁴⁹⁹

Auch *Pfeiffer* kritisiert die substanzlose Annahme einer generellen Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers gegenüber einem Gewerbetreibenden, für dessen, dem rollensoziologischen Schutzansatz als Prämisse zu Grunde gelegte, Überlegenheit selbst bei typisierender Betrachtung kein stichhaltiges Argument gefunden werden könne.⁵⁰⁰ *Stuyck* anerkennt eher vorsichtig die Schutzbedürftigkeit junger oder nicht ausreichend gebildeter Marktteilnehmer (argumentiert in diesem Zusammenhang also statusbezogen) sowie den Schutz aller in gewissen Situationen, fragt aber auch nach der Legitimation eines rein rollenbezogenen Verbraucherbegriffsansatzes.⁵⁰¹ *Dreher* kritisiert das Fehlen einer den jeweiligen Sachzusammenhang berücksichtigenden Verbraucherbegriffskonzeption und erkennt eine Gefahr für den Grundsatz der Gleichheit aller Rechtspersonen, da unterschiedslos nicht einmal näher definierte Bevölkerungsgruppen geschützt werden würden⁵⁰², was ihn zum Schluss kommen lässt: „*Verbraucherrecht führt zur Erosion des Privatrechts*“⁵⁰³.

Drexel erkennt den rollensoziologischen Verbraucherbegriff als Basis des situationsbezogenen Verbraucherschutzrechts, versteht darunter aber keine rein rollenspezifische Auffassung, sondern tatsächlich die Kombination von rollensoziologischer Verbraucherdefinition und, additiv, situationsbezogenen Elementen wie etwa einer besonderen Vertragsart, einer spezifischen Vertragsabschlussituation oder der Verwendung vorformulierter Klauseln.⁵⁰⁴ Tatsächlich konstruiert *Drexel* also das Kombinationsmodell (dazu gleich unten) für den Bereich der Verbraucherbegriffskonzepte, verharrt allerdings terminologisch beim "rollensoziologischen" Ansatz.

⁴⁹⁸ Vgl *Reifner*, ZVP 1978, 206.

⁴⁹⁹ Vgl *Reifner*, ZVP 1978, 211; ähnlich *Schneider*, BB 1974, 768.

⁵⁰⁰ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 28.

⁵⁰¹ Vgl *Stuyck*, CML Review 2000, 375: „*The question is thus whether citizens in general, in their capacity as consumers, should be protected [...]*“.

⁵⁰² Vgl *Dreher*, JZ 1997, 176 f.

⁵⁰³ *Dreher*, JZ 1997, 177; dagegen *Reich*, Das Phantom „Verbraucherrecht“ – Erosion oder Evolution des Privatrechts? – Einige Bemerkungen zu *Dreher*, Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 609 (610), der den „*Anstoß zur Evolution des Privatrechts*“ durch das Verbraucherrecht betont.

⁵⁰⁴ Vgl *Drexel*, Selbstbestimmung 284, 401, 406 f, 436 f, 443.

Dick konstatiert, dass ein vereinheitlichter personenbezogener Ansatz von der Prämisse einer homogenen Gruppe ausginge, die rechtlich innerhalb eines Grundtatbestandes definiert werden sollte – genau das sei jedoch für Verbraucher ganz allgemein nicht anzunehmen.⁵⁰⁵ Starke Interessensdivergenzen und intellektuelle wie wirtschaftliche Unterschiede sprächen vielmehr dafür, nicht das individuelle Rollenverhalten, sondern bestimmte Situationen als auslösendes Merkmal für verbraucherrechtliche Schutznormen zu spezifizieren.⁵⁰⁶

3. Der situative Schutzansatz

a) Das Konzept

Der situationsbezogene Schutzansatz greift auf ein dem rollensoziologischen diametral entgegenstehendes Konzept zurück: Es wird nicht eine einzelne Vertragspartei, deren Schutzbedürftigkeit auf einer pauschalen Gesamtbeurteilung beruht, geschützt, sondern eine bestimmte Situation als besonders eingestuft – nicht die Rolle einer Person als Verbraucher per se ist entscheidend, vielmehr kommt der Beurteilung einer bestimmten, mit dem konkreten Rechtsgeschäft verbundenen Gefahr, einem situativen Zusatzelement, Bedeutung zu.⁵⁰⁷ Diese Gefahrenlage wird durch eine potentielle Einschränkung der Willensbildungs- bzw. Entscheidungsfreiheit konstituiert, deren zentrale Stellung im Rahmen dieser Theorie auch verhindert, dass das erforderliche Zusatzelement ausschließlich im Vorliegen eines sozialen Ungleichgewichts gesehen wird, da selbst bei Existenz eines solchen keine Korrelation zur potentiell verdünnten Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers besteht.⁵⁰⁸ Mit anderen Worten: Eine soziale oder jede sonstige Schiefelage zwischen einem Unternehmer und einem Konsumenten mag die Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Willensfreiheit zwar indizieren, aber nicht in jener Intensität manifestieren, die für eine allein von einer potentiell existenten Entscheidungsfreiheitsbeschränkung abhängigen Verbraucherbegriffskonzeption wie dieser notwendig wäre.

Der Gesetzgeber ist dabei methodisch auf die typisierende Betrachtung gewisser entscheidungsrelevanter Umstände angewiesen, um diese Störung der rechtsgeschäftlichen Freiheit festzumachen⁵⁰⁹: Der rechtsgeschäftliche Verkehr soll nicht durch eine gesetzlich normierte konkrete Einzelfallprüfung behindert werden. Diese typisierende Betrachtungsweise soll der Praktikabilität und nicht zuletzt der Rechtssicherheit dienen, sowie dem Gesetzgeber einen legislativen Freiraum lassen,

⁵⁰⁵ Vgl *Dick*, Verbraucherleitbild 41.

⁵⁰⁶ Vgl *Dick*, ebd.

⁵⁰⁷ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 27 ff.; *F. Bydlinski*, AcP 204, 369; *Lurger*, Grundfragen 344.

⁵⁰⁸ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 27, 29.

⁵⁰⁹ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 27, der an dieser Stelle die Typisierung als „bewährtes Instrument zivilrechtlicher Regelung“ erkennt, „solange das Anknüpfungsmoment für die Typisierung im Kern treffend ist“.

der allerdings nicht dazu führen dürfe, dass die Mehrzahl an Fällen nicht sachgerecht geregelt werde.⁵¹⁰

Die der Verbraucherbegriffskonstruktion zu Grunde gelegte Situation betreffend kann generell zwischen den einem bestimmten Vertragstyp und den einer konkreten Vertragsabschlussituation immanenten Gefahren unterschieden werden, beide Varianten stellen demnach einen Unterfall des situativen Schutzansatzes dar.⁵¹¹

b) Die Kritik

Pfeiffer kritisiert an dem Konzept den inhaltlichen Mangel an Selektivität, zumindest ein einziger personenbezogener Anknüpfungspunkt müsse noch in die Theorie eingearbeitet werden.⁵¹²

Als Schutzobjekt ist niemand ausgeschlossen, *Riesenhuber* spricht deshalb vom „*Jedermannschutz*“⁵¹³; *Kramer* weist wiederum mit Recht darauf hin, dass durch klassisch-situationsspezifische Schutzansätze ohnedies in den allermeisten Fällen Verbraucher im Sinne rollenspezifischer Anknüpfung erfasst werden.⁵¹⁴

Fest steht, dass in Verwendung eines rollensoziologischen Schutzansatzes (und sei es auch nur in Kombination mit dem situativen Verbraucherbegriffsmodell) jedenfalls drei Personen voneinander abzugrenzen sein werden: Der „Verbraucher“ im Sinne eines Schutzobjekts der die rechtsgeschäftliche Willensfreiheit betreffenden Regelungen, der Normadressat als Vertragspartner des Verbrauchers sowie eine dritte Person, der weder die eine, noch die andere Rolle zu erfüllen vermag.⁵¹⁵ Der situative Schutzansatz hingegen konzentriert sich stets auf die vertragliche Situation zwischen zwei Parteien, die Miteinbeziehung Dritter im Sinne von Nichtbeteiligter ist dabei denkunmöglich.⁵¹⁶

4. Das „Kombinationsmodell“

Die Verknüpfung des situativen Verbraucherbegriffsmodells mit der Formulierung eines ausdrücklich rollensoziologisch abgegrenzten Geltungsbereichs ergibt eine modifizierte Variante dieses

⁵¹⁰ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 124 Fn 528.

⁵¹¹ Vgl *Hommelhoff*, AcP 192, 103.

⁵¹² Vgl die Darstellung der Kritikpunkte bei *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 32.

⁵¹³ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 260.

⁵¹⁴ Vgl *Kramer*, KritV 1986, 289 Fn 111.

⁵¹⁵ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 121 f.

⁵¹⁶ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 122, 125 f.

Schutzansatzes unter dem Titel Kombinationsmodell⁵¹⁷: Dieses enthält einerseits die Umschreibung des die Aktivierung der Schutzsphäre mitkonstituierenden situativen Moments, als auch eine verbraucherrollenspezifische Definition.⁵¹⁸ Beim gemeinsamen Vorliegen der beiden genannten Faktoren soll der Schutz der Verbraucherrechtsnorm zur Geltung kommen. Diese Idee wurde bereits von *Kramer*⁵¹⁹ favorisiert, der sich ebenfalls aus Gründen der „*Sachrichtigkeit*“ für einen kombinatorischen Ansatz im privatrechtlichen Verbraucherschutz ausspricht. Auch *Riesenhuber* konstatiert dass nicht allein der Status im Gemeinschaftsrecht die Schutzbedürftigkeit begründe, sondern stets zusätzlich zur Verbrauchereigenschaft „*spezifische Defizite in einzelnen Regelungssituationen*“⁵²⁰ gefordert werden würden.⁵²¹ Das Kombinationsmodell stellt also einen Kompromiss dar, indem das Kontrahieren zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer allein und für sich genommen noch keinen Schutz begründet und somit der Verbraucher nicht ausschließlich als Widerpart des Unternehmers rechtlich definiert werden soll, sondern immer auch situative Zusatzmomente mitkonstituierend sind.

5. Das Konzept der „bereichsspezifischen Geschäftskompetenz“

Das eben erläuterte situative Schutzmodell präferierend entwickelte *Pfeiffer*⁵²² einen eigenen verbraucherbegrifflichen Ansatz, der sich in seinem Kern um die bereichsspezifische Geschäftskompetenz jedes am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmenden Individuums orientiert. Vereinfacht dargestellt soll sich der verbraucherrechtliche Schutz, wie auch im situativen Konzept, nicht dem (Letzt-)Verbraucher schlechthin offenbaren, sondern bloß jenem Vertragspartner, der sich in der spezifischen Situation einer potentiellen Entscheidungsfreiheitsbeschränkung befindet. Ausgenommen wird nun aber jede Person, die über ausreichende bereichsspezifische Geschäftskompetenz verfügt, um ohne obrigkeitliche Schutzmechanismen dieses Gefährdungsmoment überwinden zu können.⁵²³ Das Risiko der bis dato als bloß *möglicherweise eintretend* betrachteten rechtsgeschäftlichen Willensbeeinträchtigung auf Seiten eines Vertragspartners könne sich folglich nicht verwirklichen, wodurch das Eingreifen rechtlicher Schutzmechanismen obsolet werden würde.

⁵¹⁷ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 119 ff.

⁵¹⁸ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 120.

⁵¹⁹ Vgl *Kramer*, KritV 1986, 289 Fn 111.

⁵²⁰ *Riesenhuber*, System und Prinzipien 261.

⁵²¹ Ebenso gegen eine rein rollenspezifische Sichtweise *Micklitz*, Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-Acquis – Rechtspolitischer Überblick und Zukunftsperspektiven, in *Wagner/Wedl* (Hrsg), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht – Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre römische Verträge (2007) 293 (299); *Pfeiffer* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV Vorbem. A 5. Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen Rz 24 f (13. EL Mai 1999).

⁵²² *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 21 ff.

⁵²³ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 29 ff, 42.

Die Funktion eines rechtlichen Verbraucherbegriffs wird nun im Faktum der hinreichenden Umschreibung jener Personen gesehen, die, in ebenfalls deskribierten Situationen, eines spezifischen erweiterten rechtsgeschäftlichen Schutzes bedürfen.⁵²⁴

Als Legitimationsstütze wird der *Giuliano/Lagarde*-Bericht über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁵²⁵ angeführt: Dieser Bericht stellt, Art 5 des Römischen Schuldvertragübereinkommens⁵²⁶ kommentierend, fest, dass im Falle des Handelns zum Teil im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit und zum Teil außerhalb dieses Rahmens der gesetzliche Schutz sich bloß dann offenbart, „wenn die Person im wesentlichen ausserhalb des Rahmens ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.“⁵²⁷ In dieser Formulierung wird von *Pfeiffer* nun die Maßgeblichkeit des objektiven Vertragszwecks erblickt, da es für das sich „im wesentlichen ausserhalb“ dieses Rahmens vollziehende Handeln nicht auf den subjektiven Willen der rechtsgeschäftlichen Akteure ankomme.⁵²⁸ Genau diesem objektiven Moment entspreche nun die Theorie der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz, welche auch eine von inneren Vorstellungen und Willensspezifika unabhängige Größe, die rein objektiv betrachtet werden müsse, sei – und genau hierin wird auch die größte Schwäche des rollensoziologischen Schutzansatzes festgestellt, deren Anknüpfung an die subjektive Rollenauffassung einer Person, die ja letztendlich erst das konkrete Rollenverhalten konstituiert, sich nicht mit der nötigen objektiven Betrachtungsweise in Einklang bringen lässt.⁵²⁹

Tatsächlich könnte aus dem *Giuliano/Lagarde*-Bericht die Tendenz zur objektiven Betrachtungsweise abgeleitet werden, da bereits im folgenden Satz des Kommentars zu Art 5 des Römischen Schuldvertragübereinkommens der gute Glaube jenes Vertragspartners geschützt wird, der nicht weiß und wissen kann, dass sein Kontrahent im Wesentlichen außerhalb des Rahmens seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.⁵³⁰ Auch hier wird also das Rollenverhalten einer

⁵²⁴ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 30.

⁵²⁵ Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario *Giuliano*, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul *Lagarde*, Professor an der Universität Paris I, ABI 1980 C 282, 1.

⁵²⁶ 80/934/EWG: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom, ABI 1980 L 266, 1.

⁵²⁷ *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABI 1980 C 282, 1, Art 5 Abs 2.

⁵²⁸ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 37.

⁵²⁹ Vgl *Pfeiffer*, ebd.

⁵³⁰ Vgl *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABI 1980 C 282, 1, Art 5 Abs 2: „Hat der Empfänger der beweglichen Sache, der Dienstleistung oder des Kredits tatsächlich im wesentlichen ausserhalb des Rahmens seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt, die andere Partei davon aber keine Kenntnis gehabt und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände davon auch keine Kenntnis haben können, so fällt der Sachverhalt nicht unter Artikel 5. Wenn sich also der Empfänger der beweglichen Sache oder der Dienstleistung als Berufsangehöriger ausgibt und zB auf Papier mit entsprechendem Briefkopf Gegenstände bestellt, die tatsächlich zur Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dienen können, so ist der gute Glaube der anderen Partei gewahrt, und das Geschäft fällt nicht unter Artikel 5.“

rechtsgeschäftlich agierenden Person als für die rechtliche Gesamtbeurteilung unmaßgeblich bewertet, und nach objektiven Kriterien geurteilt.

Wie bereits aus dem Titel dieses Schutzkonzepts hervorgeht, wird bloß bei vorhandener *bereichsspezifischer* Geschäftskompetenz der Schutz einer verbraucherrechtlichen Norm abgelehnt. Diesem Grundverständnis folgend, wird von dieser Theorie auch die Einbeziehung juristischer Personen in die Verbraucherdefinition als erforderlich dargestellt, um auch jenen Vertragspartnern Schutz zu gewähren, die möglicherweise über entsprechende ökonomische oder rechtliche Kenntnisse verfügen, jedoch im jeweilig zu beurteilenden Fall gänzlich außerhalb ihres Geschäftsbereichs handeln.⁵³¹ Dabei kann die Grenze vom jeweiligen Gesetzgeber durchaus unterschiedlich gezogen werden, beispielsweise könnte bereits auf jedes Handeln außerhalb eines bestimmten, betriebenen Gewerbes, oder auch nur auf den Abschluss so genannter atypischer, völlig branchenfremder Verträge abgestellt werden.⁵³²

Diese Idee liegt generell der französischen zivilrechtlichen Verbraucherschutzkonzeption zu Grunde, deren Code de la Consommation⁵³³ als Gegenpart zu den „professionnels“ sowohl den „consommateur“, worunter der private Endverbraucher verstanden wird, als auch den „non-professionnel“ kennt. Die Debatte ob diese Begriffe synonym zu interpretieren seien oder nicht wurde schließlich zu Gunsten der Eröffnung eines Schutzbereichs für den „non-professionnel“ entschieden – worunter, nach Ansicht der Rechtsprechung des Cour de Cassation, auch der Kaufmann, der außerhalb seines gewöhnlichen Geschäftsgebiets und seines beruflichen Fachwissens atypische oder branchenfremde Rechtsgeschäfte tätigt, zu verstehen sei.⁵³⁴ Ganz fremd ist dieser Ansatz dem Unionsgesetzgeber ja nicht, wollte die Kommission doch schon öfters den bloß nicht „unmittelbaren“ Bezug zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit für die Verbrauchereigenschaft genügen lassen (vgl etwa unten Seite 138), was im Ergebnis auf das Modell eines „non-professionnel“ hinausläuft.⁵³⁵

⁵³¹ Vgl Pfeiffer in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 38 ff.

⁵³² Vgl Pfeiffer in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 34.

⁵³³ Loi no. 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie législative), Journal Officiel 1993, 10538; Art L 132-1.

⁵³⁴ Vgl Pfeiffer in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 34; *Witz/Wolter*, Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte, ZEuP 1993, 360 (364); *Remien*, ZEuP 1994, 40 f; *Scarsio*, ZEuP 2001, 388 ff; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 468; *Kleindiek*, Aspekte gemeinschaftsweiter Privatrechtsangleichung: Ein Sonderprivatrecht für Verbraucher?, in *Hommelhoff/Jayme/Mangold* (Hrsg), Europäischer Binnenmarkt – Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung – Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1994 in Heidelberg (1995) 297 (307); *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 57 f mit Hinweis auf die spätere Restriktion der Cour de Cassation auf den Schutz jener Rechtsgeschäfte, die nicht in direktem Bezug („en rapport direct“) zur beruflichen Tätigkeit abgeschlossen werden. Zur Realisation einer ähnlichen Idee durch die französische Rsp des Cour de Cassation vor In-Kraft-Treten des neuen Code de la Consommation vgl *Sonnenberger*, Das französische Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (conditions generales), RIW 1990, 165 (170).

⁵³⁵ Vgl *Micklitz*, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229 (230).

6. Das Modell des beweglichen Systems

Nach *Lurger*⁵³⁶ enthalten die Schutzbestimmungen des vertragsbezogenen Verbraucherschutzrechts eine Kombination aus personenbezogenen und situationsbezogenen Definitionsmerkmalen: Während das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer im Regelfall die persönliche Unterlegenheit von Rechtssubjekten betreffe (also etwa Informations- oder Erfahrungsmängel auf Seiten einer Vertragspartei), bestünde der situative Gesichtspunkt aus einer spezifischen Gefahr, die es abzuwehren gelte (wie etwa bestimmte aggressive Verkaufsmethoden oder langfristige Verträge).

Lurger vertritt nun die Ansicht, dass Verbraucherschutz ohne die Umschreibung des zweiten Elements, also der Gefährdungssituation, gar nicht existiere; das Vorliegen einer Art Ungleichgewichtslage, also das reine Beschreiben eines vertraglichen Verhältnisses zwischen Unternehmer und Verbraucher, würde isoliert betrachtet niemals den gesetzlichen Schutz auslösen.⁵³⁷

Prinzipiell folgt dieses Modell also dem genannten Kombinationsmodell. Als Besonderheit kommt allerdings hinzu, dass *Lurger* das Verhältnis der beiden Merkmale als bewegliches System erkennt, so dass beispielsweise bei einer einem Verbrauchergeschäft im Sinne des rollenspezifischen Ansatzes nicht entsprechenden Ungleichgewichtslage aber stärker ausgeprägter situativer Gefährdung die Schutzmechanismen ausgelöst werden könnten.⁵³⁸ Platz für den rechtlich definierten Verbrauchervertrag als Kontrakt zwischen Verbraucher und Unternehmer bleibt in diesem Modell insofern, als diesem Verbrauchervertrag die widerlegliche Vermutung einer typisierten Ungleichgewichtslage auf personenbezogener Ebene zukommen würde, was allerdings, wie oben erwähnt, ohne Hinzutreten einer situationsbezogenen Gefährdung noch keinen rechtlichen Schutz auslösen würde.⁵³⁹

Die eben skizzierte Grundidee folgt *Lurgers* Konzept der „vertraglichen Solidarität“.⁵⁴⁰

Während *Lurger* Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit eines solchen Modells unter Hinweis auf die mögliche Beibehaltung des Verbraucherbegriffs und die potentielle Erweiterung des Schutzbereichs für Verträge die nicht unter die Verbrauchergeschäftsdefinition fallen würden aus dem

⁵³⁶ Vgl *Lurger*, Integration des Verbraucherrechts in das ABGB?, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend – Reformbedarf und Reform – Symposium (2003) 111 (130 ff); *dies*, Solidarität, 77 ff; *dies*, Grundfragen 312 ff.

⁵³⁷ Vgl *Lurger*, Solidarität 77 f.

⁵³⁸ Vgl *Lurger*, Solidarität 79 f; kritisch zu dieser Idee *Kathrein*, Reformbedarf im Verbraucherrecht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 135 (141).

⁵³⁹ Vgl *Lurger*, Solidarität 81.

⁵⁴⁰ Vgl dazu auch *Heiderhoff*, Grundstrukturen 357 ff.

Wind schlägt⁵⁴¹, anerkennt sie die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen persönlichen und situativen Faktoren.⁵⁴²

C. DAS VERBRAUCHERLEITBILD – EINE ABGRENZUNG

Im Zusammenhang mit Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen ist oftmals die Rede vom „Verbraucherleitbild“, also von der Vorstellung des jeweiligen Gesetzgebers bzw der Rechtsprechung, welche Fähigkeiten und Eigenschaften einem Verbraucher im Regelfall zuteil sind. Kann die Erörterung der jeweiligen Verbraucherleitbilder für die hier aufgeworfene Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich der vertragsbezogenen Verbraucherschutznormen also fruchtbar gemacht werden?

Während der legal definierte Verbraucher bzw Unternehmer eben den Geltungsbereich einer Rechtsnorm abzugrenzen sucht, fungiert das Verbraucherleitbild als Leitlinie für die Beurteilung des Erwartungshorizonts von Verbrauchern.⁵⁴³ Es „umschreibt *Verhaltenserwartungen bzw Rollenbilder an bzw von Personen, die der Verbraucherdefinition unterfallen*“⁵⁴⁴.

Das Verbraucherleitbild setzt also bereits einen rechtlich definierten Verbraucher voraus, dem in weiterer Folge als gedachte Figur spezifische Eigenschaften und Attribute zugeschrieben werden können. Es bestimmt damit den Anknüpfungspunkt für rechtlich zu definierende Verbraucherschutzinstrumente⁵⁴⁵ und damit eine Leitlinie für die Intensität des Verbraucherschutzes⁵⁴⁶

Das Verbraucherleitbild ist demnach für die Fragestellung nach der rechtlichen Verbraucherdefinition nicht hilfreich⁵⁴⁷; umgekehrt hat der legale Verbraucherbegriff auch kaum Einfluss auf das gesetzgeberische Verbraucherleitbild⁵⁴⁸.

Aus diesem Grund ist zwischen Verbraucherleitbild und Verbraucherbegriffskonzept streng zu differenzieren, wobei für die vorliegende Fragestellung der Untersuchung der Verbraucherbegriffskonzepte große Bedeutung zukommt.

⁵⁴¹ Vgl Lurger, Solidarität 86 f.

⁵⁴² Vgl Lurger, Grundfragen, 353.

⁵⁴³ So Faber, Gewinnzusagen und verständige Verbraucher, wbl 2003, 553 (556); Micklitz in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV Vor A 2. Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG - Systematischer Teil Rz 26 (14. EL Okt. 1999).

⁵⁴⁴ Augenhof/Lurger, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 38.

⁵⁴⁵ Vgl Drexler, Selbstbestimmung 414.

⁵⁴⁶ Vgl Lurger in Streinz, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 12.

⁵⁴⁷ Vgl auch Riesenhuber, System und Prinzipien 264 ff.

⁵⁴⁸ Vgl Heiderhoff, Grundstrukturen 282.

D. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Als juristische Anknüpfungspunkte einer Verbraucher- bzw Verbrauchervertragsdefinition können diverse Faktoren dienen, unter anderem eine bestimmte Art von Rechtsgeschäft, eine Vertragsabschlussituation, ein an dem Kontrakt teilnehmendes Individuum oder der Zweck des Rechtsgeschäfts per se.
2. Der klassentheoretische Ansatz erhebt die als schutzbedürftig erkannten Eigenschaften einer Person zum tatbestandlichen Merkmal, ohne auf zusätzliche Faktoren (wie etwa den rechtsgeschäftlichen Partner) einzugehen.
3. Der rollensoziologische Ansatz definiert den Verbraucher immer im Verhältnis zu einem rechtlich zu umschreibenden Vertragspartner, präzise den Unternehmer. Jede (zumindest jede natürliche) Person kann Verbraucher sein, ist es aber niemals ständig.
4. Der situative Schutzansatz präferiert die juristische Definition einer spezifischen Situation, etwa einer Vertragsabschlussituation oder eines bestimmten Vertragstyps, die in weiterer Folge, ohne Rücksichtnahme auf bestimmte Eigenschaften eines beteiligten Rechtssubjekts, den Schutz einer Vertragspartei auslöst.
5. Das Kombinationsmodell enthält einerseits die Umschreibung des die Aktivierung der Schutzsphäre mitkonstituierenden situativen Moments, als auch eine verbraucherrollenspezifische Definition.
6. Das Konzept der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz fügt situationsspezifischen Verbrauchergeschäftsmerkmalen die Voraussetzung des Tätigwerdens außerhalb der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz für die Eröffnung des Schutzbereichs hinzu. Die französische Rechtsordnung erkennt den „non-professionel“ unter ähnlichen Voraussetzungen als schutzbedürftig.
7. Das Modell des beweglichen Systems erkennt die beiden Merkmale des Kombinationsmodells, also Elemente des rollenspezifischen Ansatzes und solchen des situativen Schutzmodells, als zueinander in einem beweglichen System stehend. Solange eines der beiden Merkmale ausreichend stark im Einzelfall verwirklicht wird, kann das jeweils zweite bis auf ein Minimum zurücktreten (nicht allerdings völlig verschwinden) um den rechtsgeschäftlichen Schutz auszulösen.

8. Dem „Verbraucherleitbild“ des Gesetzgebers bzw der Rechtsprechung kommt für die Frage des persönlichen Geltungsbereichs einer Rechtsnorm keine Bedeutung zu. Es dient vielmehr als Maßstab für die Intensität der im Anschluss zu definierenden Verbraucherschutzinstrumente.

V. RELEVANTE PROGRAMME, ENTSCHLIESSUNGEN UND PLÄNE DER EUROPÄISCHEN UNION IM BEREICH DES VERBRAUCHERSCHUTZ- UND VERBRAUCHERVERTRAGSRECHTS

Pariser Gipfel 1972 ⁵⁴⁹	<ul style="list-style-type: none">• Reklamation der „Lebensqualität“ als eigenständige Aufgabe der Gemeinschaft und Forderung der Absicherung des Verbraucherschutzes⁵⁵⁰
Verbraucherschutzprogramm I ⁵⁵¹	<ul style="list-style-type: none">• Postulation der fünf fundamentalen Rechte⁵⁵² des Verbrauchers (Recht auf Schutz seiner Gesundheit und Sicherheit; Recht auf Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen; Recht auf Wiedergutmachung erlittenen Schadens; Recht auf Unterrichtung und Bildung; Recht auf Vertretung (Recht, gehört zu werden))⁵⁵³• Stellung des Verbrauchers als Schutzobjekt der Gemeinschaft: Die Unterlegenheit resultiere aus seiner ökonomischen Unterlegenheit auf der einen und der organisatorischen Überlegenheit der Anbieter auf der anderen Seite.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ Pariser Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs der sechs Gründungsstaaten (19. - 21. 10. 1972).

⁵⁵⁰ Vgl. Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 26.

⁵⁵¹ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, AB1 1975 C 92, 2; vgl. auch zuvor die befürwortenden Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses im März 1974 (AB1. 1974 C 97, 47) und des Europäischen Parlaments im Mai 1974 (AB1. 1974 C 62, 8) sowie die Entschließung des Rates vom 14. April 1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, AB1 1975 C 92, 1.

⁵⁵² Von Reich als „Grundrechte“ des Verbrauchers bezeichnet, vgl. Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 15 f.

⁵⁵³ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Punkt 3.

⁵⁵⁴ „Die Entdeckung neuer Werkstoffe, die Verwendung neuer Herstellungsverfahren, die Entwicklung der Kommunikationsmittel, die Erweiterung der Märkte, das Aufkommen neuer Absatzmethoden, alle diese Faktoren haben eine erhöhte Produktion und Lieferung einer ausserordentlichen Vielzahl von Gütern und Dienstleistungen wie auch eine erhöhte Nachfrage danach bewirkt. Dies hatte zur Folge, daß der Verbraucher, der früher meist als einzelner Käufer auf einem örtlich begrenzten Markt seine Wahl traf, Teil eines Massenmarktes und das Ziel von Werbekampagnen und Pressionen durch mächtige, gut organisierte Produktions- und Absatzsysteme wurde. Häufig haben Hersteller und Händler eher als der Verbraucher die Möglichkeit, die Marktbedingungen zu bestimmen. Unternehmenszusammenschlüsse, Kartelle und bestimmte freiwillige Wettbewerbsbeschränkungen haben ebenfalls zu Ungleichgewichten zum Nachteil der Verbraucher geführt.“, so Punkt 6 des Programms. Vgl. auch Lehmann, Rezeption 47; Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 16.

Verbraucherschutzprogramm II⁵⁵⁵	<ul style="list-style-type: none"> • Betonung der Relevanz von Verbraucherinformation über Preise und Qualität von Waren und Dienstleistungen sowie der Forcierung des Dialogs in der Kette Hersteller – Händler – Verbraucher.⁵⁵⁶ • Forderung nach Integration des Verbraucherschutzes in die anderen Gemeinschaftspolitiken, insbesondere in die Landwirtschafts-, Wettbewerbs- und Industriepolitik.⁵⁵⁷
Mitteilung der Kommission an den Rat 1985⁵⁵⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Forderung nach Berücksichtigung der Verbraucherinteressen auch bei anderen Gemeinschaftspolitiken; der Verbraucher solle jedenfalls vom Binnenmarkt profitieren⁵⁵⁹
Entschließung des Rats 1986⁵⁶⁰	<ul style="list-style-type: none"> • Postulation eines hohen Niveaus an Verbraucherschutz „insbesondere hinsichtlich der Qualität und Sicherheit der Erzeugnisse“⁵⁶¹ • Zielsetzung, Verbraucherinteressen im Rahmen anderer Gemeinschaftspolitiken stärker zu berücksichtigen
Entschließung des Rats 1989⁵⁶²	<ul style="list-style-type: none"> • Thematisierung der Eingliederung der Politik zum Schutz und zur Förderung der Verbraucherinteressen in die übrigen gemeinsamen Politiken
Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1990 bis 1992⁵⁶³	<ul style="list-style-type: none"> • Fokussierung auf die Integration der Verbraucherpolitik in die anderen Politiken sowie auf die Verbesserung der Verbraucherinformation⁵⁶⁴
Entschließung des Rats 1992⁵⁶⁵	<ul style="list-style-type: none"> • Betonung der Notwendigkeit grenzüberschreitender

⁵⁵⁵ Entschließung des Rates vom 19. Mai 1981 betreffend ein zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher (Anhang), ABl 1981 C 133, 1.

⁵⁵⁶ Vgl Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 27.

⁵⁵⁷ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 142.

⁵⁵⁸ Mitteilung der Kommission an den Rat über einen neuen Impuls für die Politik zum Schutz der Verbraucher, KOM(1985) 314 endg vom 23.07.1985.

⁵⁵⁹ Vgl Rösler, ZfRV 2005, 143.

⁵⁶⁰ Entschließung des Rates vom 23. Juni 1986 betreffend die künftige Ausrichtung der Politik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Schutz und zur Förderung der Interessen der Verbraucher, ABl 1986 C 167, 1.

⁵⁶¹ Entschließung des Rates vom 23. Juni 1986 betreffend die künftige Ausrichtung der Politik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Schutz und zur Förderung der Interessen der Verbraucher, ErwGr 6. Vgl dazu auch Entschließung des Rates vom 25. Juni 1987 über die Sicherheit der Verbraucher, ABl 1987 C 176, 3, ErwGr 5.

⁵⁶² Entschließung des Rates vom 9. November 1989 über die künftige Prioritäten bei der Neubelebung der Verbraucherschutzpolitik, ABl 1989 C 294, 1.

⁵⁶³ Dreijähriger verbraucherpolitischer Aktionsplan für die EWG (1990 – 1992), KOM(1990) 98 endg vom 03.05.1990.

⁵⁶⁴ Vgl van Miert, EuZW 1990, 402.

	Verbraucherinformation sowie der Berücksichtigung von Verbraucherinteressen auch bei den übrigen Gemeinschaftspolitiken
Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1993 bis 1995 ⁵⁶⁶	<ul style="list-style-type: none"> • Definition der Verbraucher als „<i>natürliche oder juristische Personen mit mehr oder weniger großer Kaufkraft, die sich Waren oder Dienstleistungen für einen außerberuflichen Verwendungszweck verschaffen oder sie nutzen</i>“⁵⁶⁷ - Juristische Personen wurden damit offiziell als potentielle Verbraucher angesehen
Grünbuch der Kommission 1993 ⁵⁶⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Darstellung der verschiedenen Regelungen im Garantie- und Gewährleistungsrecht mit dem Hauptziel der Verwirklichung einer "europäischen Garantie"
Verbraucherpolitische Prioritäten 1996 bis 1998 ⁵⁶⁹	<ul style="list-style-type: none"> • Indikation einer Korrelation zwischen dem Informationsniveau und der Selbstschutzmöglichkeit der Konsumenten. • Entschließung des EP zur Mitteilung⁵⁷⁰: Feststellung, dass „<i>unter Anwendung des Subsidiaritätsprinzips (Artikel 3 b Absatz 2 EGV) die prioritären Ziele und Maßnahmen einer europäischen Verbraucherschutzpolitik, insbesondere aufgrund der Folgen des Binnenmarktes für die Verbraucher, besser auf Gemeinschaftsebene als auf Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können</i>“⁵⁷¹
Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999 bis 2001 ⁵⁷²	<ul style="list-style-type: none"> • Forderung eines hohen Sicherheits- und Gesundheitsstandards für Verbraucher und der Wahrung seiner wirtschaftlichen Interessen • Entschließung des Rats zur Mitteilung: „<i>Die Verbraucherpolitik der Gemeinschaft muß mit den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit nach Artikel 5 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in Einklang stehen.</i>

⁵⁶⁵ Entschließung des Rates vom 13. Juli 1992 über künftige Prioritäten für den Ausbau der Verbraucherschutzpolitik, ABl 1992 C 186, 1.

⁵⁶⁶ Zweiter dreijähriger Aktionsplan der Kommission 1993-1995 – Der Binnenmarkt im Dienst der europäischen Verbraucher, KOM(1993) 378 endg vom 28.07.1993.

⁵⁶⁷ Vgl KOM(1993) 378 endg Punkt 7; Lehmann, Rezeption 72.

⁵⁶⁸ Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, KOM(1993) 509 endg vom 15.11.1993.

⁵⁶⁹ Mitteilung der Kommission – Verbraucherpolitische Prioritäten 1996–1998, KOM(1995) 519 endg vom 31.10.1995.

⁵⁷⁰ Entschließung zu der Mitteilung der Kommission über verbraucherpolitische Prioritäten 1996-1998 (KOM(95)0519 C4- 0501/95), ABl 1997 C 85, 133.

⁵⁷¹ Entschließung zu der Mitteilung der Kommission über verbraucherpolitische Prioritäten 1996-1998, Punkt 4.

⁵⁷² Mitteilung der Kommission - Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999-2001, KOM(1998) 696 endg vom 01.12.1998.

	<p><i>Die Verbraucherpolitik der Gemeinschaft sollte die Politik der Mitgliedstaaten unterstützen und ergänzen, und die Mitgliedstaaten können strengere Bestimmungen, die mit dem Vertrag in Einklang stehen müssen, erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.</i>⁵⁷³</p>
<p>Grünbuch der Kommission 2001⁵⁷⁴</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Betonung der Bedeutung des Binnenmarktes als weltweit größtem Verbrauchermarkt für den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren und Dienstleistungen • Stellungnahme des WSA⁵⁷⁵: Forderung eines weit höheren Maßes an Harmonisierung sowie eines im Einklang mit Art 153 EG hohen Verbraucherschutzniveaus
<p>Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006⁵⁷⁶</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Thematisierung des Hinwirkens der Kommission auf eine weitere Vollharmonisierung⁵⁷⁷ • Fokussierung auf das strukturelle Ungleichgewicht als Anknüpfungspunkt für gemeinschaftsrechtliche Regelungen⁵⁷⁸
<p>Aktionsprogramm Verbraucherpolitik 2007 bis 2013⁵⁷⁹</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ergangen auf Vorschlag der Kommission⁵⁸⁰: Forderung der Einbindung der Verbraucherinteressen in die übrigen Politikbereiche; zentrale Idee der Hilfe zur Selbsthilfe⁵⁸¹ • Aktionsprogramm: Konzeptionelle Übernahme der Ideen des Vorschlags, Skizzierung der Methoden zur Zielerreichung⁵⁸²

⁵⁷³ Entschließung des Rates vom 28. Juni 1999 über die Verbraucherpolitik der Gemeinschaft 1999-2001, ABI 1999 C 206, 1, ErwGr 6.

⁵⁷⁴ Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM(2001) 531 endg vom 02.10.2001.

⁵⁷⁵ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem "Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union" (KOM(2001) 531 endg.), ABI 2002 C 125, 1.

⁵⁷⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen - Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006, KOM(2002) 208 endg vom 07.05.2002, ABI 2002 C 137, 2.

⁵⁷⁷ Die Kommission räumte ein, dass in manchen Fällen die Schaffung einer Grundlage für fundierte Kaufentscheidungen und Rechtsansprüche nicht ausreichte, um insbesondere die Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher zu schützen. In solchen Fällen seien harmonisierte Rechtsvorschriften unumgänglich, die allen Verbrauchern angemessenen Schutz gewähren, und zwar unabhängig davon, ob sie sich selbst zu schützen in der Lage sind, vgl KOM(2002) 208 endg Punkt 2.

⁵⁷⁸ „Zweck dieser Maßnahmen war es, die strukturellen Ungleichgewichte zwischen den einzelnen Verbrauchern und den Unternehmen auszugleichen, die sich aus der wirtschaftlich schwächeren Position der Verbraucher und daraus ergeben, dass es für sie schwerer ist, sich Informationen zu verschaffen oder sich juristisch beraten zu lassen.“, vgl ebd.

⁵⁷⁹ Beschluss Nr. 1926/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich Verbraucherpolitik (2007-2013), ABI 2006 L 404, 39.

⁵⁸⁰ Vorschlag für einen Beschluß des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft in den Bereichen Gesundheit und Verbraucherschutz (2007-2013), KOM(2005) 115 endg vom 06.04.2005.

⁵⁸¹ Zur staatlichen „Hilfe zur Selbsthilfe“ als zentrales Dogma der liberalen Wirtschaftstheorie vgl Simitis, Verbraucherschutz 87 ff.

<p>Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat 2004⁵⁸³</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Zielsetzung eines gemeinsamen hohen Verbraucherschutzniveaus, des Abbaus von Binnenmarktschranken sowie der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher und Unternehmer in den Binnenmarkt
<p>Grünbuch der Kommission 2007⁵⁸⁴</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Konzept einer Harmonisierung des national sehr unterschiedlichen Verbraucherschutzes in den mittlerweile 27 Mitgliedstaaten • Vorschlag von drei Lösungsvarianten zur vertieften Harmonisierung⁵⁸⁵ • Problematisierung der in den jeweiligen Verbraucherschutzrichtlinien enthaltenen und divergierenden Definitionen der Grundbegriffe „Unternehmer“ und „Verbraucher“⁵⁸⁶
<p>Verbraucherpolitische Strategie 2007-2013⁵⁸⁷</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Hauptziele: Stärkung der Verbraucher durch Information; Verbesserung des Verbraucherwohls (betreffend Preis, Wahlmöglichkeiten und Qualität); Schutz vor ernsthaften Risiken und Gefahren⁵⁸⁸

⁵⁸² Durch Unterrichtung der Bürger, unter anderem mittels interaktiver Online-Instrumente, solle etwa deren Bewusstsein als aktiver Verbraucher gestärkt werden; außerdem solle ein „Netz der Europäischen Verbraucherzentren“ entstehen, damit Verbraucherorganisationen noch gezielter die Interessen der Konsumenten in den Anhörungsprozessen zu Politikinitiativen der Gemeinschaft wahrnehmen könnten, vgl Beschluss Nr. 1926/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich Verbraucherpolitik (2007-2013), AB1 2006 L 404, 39, Anhang I, Maßnahmen 11.1 und 10.2.

⁵⁸³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat - Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands - weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651 endg vom 11.10.2004. Vgl dazu bereits die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat - Ein kohärenteres Europäisches vertragsrecht - Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg vom 12.02.2003, AB1 2003 C 63, 1.

⁵⁸⁴ Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“, KOM(2006) 744 endg vom 08.02.2007. Vgl weiters *Welser*, Österreich und der gemeinschaftliche Besitzstand im Verbraucherschutz – Bemerkungen zum „Grünbuch“, ZfRV 2008, 28; *Prisching*, Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Verbraucherbesitzstands, *ecolx* 2007, 390; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 19 ff.

⁵⁸⁵ Variante 1: Der gemeinschaftliche Besitzstand an verbraucherrechtlichen Vorschriften könnte im Lichte einer Totalharmonisierung untersucht werden, das System der Mindestharmonisierung würde ersatzlos aufgehoben werden; Variante 2: Die Mindestharmonisierung bleibt aufrecht, Mitgliedstaaten wären jedoch nicht befugt, Unternehmen eines anderen Mitgliedsstaates ihre eigenen strengeren Bestimmungen in einer Weise aufzuerlegen, die „nicht zu vertretende Beschränkungen im freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr zur Folge hätte“; Variante 3: Es gilt das so genannte „Herkunftsland-Prinzip“: Strengere mitgliedsstaatliche Regelungen blieben erlaubt, Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten müssten jedoch lediglich die Vorschriften ihres Herkunftslandes einhalten, vgl KOM(2006) 744 endg Punkt 4.5.

⁵⁸⁶ Vgl Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“, Punkt 4.2.

⁵⁸⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss - Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013) - Stärkung der Verbraucher – Verbesserung des Verbraucherwohls – wirksamer Verbraucherschutz, KOM(2007) 99 endg vom 13.03.2007.

⁵⁸⁸ Vgl KOM(2007) 99 endg Punkt 3.

	<ul style="list-style-type: none">• Bekräftigung des Ziels der Vollharmonisierung, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines hohen Verbraucherschutzniveaus: <i>„Ein gut funktionierender Binnenmarkt erfordert die Harmonisierung bestimmter Aspekte. Harmonisierung ist nicht möglich ohne die Bereitschaft der Mitgliedstaaten, bestimmte Verfahren und Vorschriften anzupassen. Gleichzeitig strebt die Kommission nicht nach einer Nivellierung nach unten. Ihr Ziel wird stets ein hohes Schutzniveau sein.“</i>⁵⁸⁹
--	---

⁵⁸⁹ Vgl KOM(2007) 99 endg Punkt 4.

**VI. DIE VERBRAUCHERGESCHÄFTSDEFINITION
DER VERBRAUCHERVERTRAGLICHEN
SEKUNDÄRRECHTSAKTE**

A. ÜBERBLICK ÜBER DIE VERBRAUCHER- UND UNTERNEHMERDEFINITIONEN DER VERBRAUCHERVERTRAGSRICHTLINIEN

1. Verbraucher

Richtlinie	persönliches Element	funktionelles Element	agitatives Element
Haustürgeschäfts-Richtlinie ⁵⁹⁰ Art 2, erster Spiegelstrich	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann
Pauschalreise-Richtlinie ⁵⁹¹ Art 2 Z.4	Person	-	Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet (Hauptkontrahent) in deren Namen der Hauptkontrahent sich zur Buchung der Pauschalreise verpflichtet (übrige Begünstigte) der der Hauptkontrahent oder einer der übrigen Begünstigten die Pauschalreise abtritt (Erwerber)
Klausel-Richtlinie ⁵⁹² Art 2 lit b)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann
Fernabsatz-Richtlinie ⁵⁹³ Art 2 Z.2	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können

⁵⁹⁰ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI 1985 L 372, 31.

⁵⁹¹ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABI 1990 L 158, 59.

⁵⁹² Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI 1993 L 95, 29.

⁵⁹³ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI 1997 L 144, 19.

Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ⁵⁹⁴ Art 1 Abs 2 lit a)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann
E-Commerce-Richtlinie ⁵⁹⁵ Art 2 lit e)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche oder geschäftliche Tätigkeit	zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören
Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie ⁵⁹⁶ Art 2 lit d)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können
Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ⁵⁹⁷ Art 2 lit a)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche oder handwerkliche Tätigkeit	zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können
Verbrauchercredit-Richtlinie ⁵⁹⁸ Art 3 lit a)	natürliche Person	nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann
Timesharing-Richtlinie ⁵⁹⁹	natürliche Person	nicht gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder berufliche Tätigkeit	zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können

⁵⁹⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, AB1 1999 L 171, 12.

⁵⁹⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, AB1 2000 L 178, 1.

⁵⁹⁶ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, AB1 2002 L 271, 16.

⁵⁹⁷ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, AB1 2005 L 149, 22.

⁵⁹⁸ 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, AB1 2008 L 133, 66.

⁵⁹⁹ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, AB1 2009 L 33, 10.

2. Unternehmer

Richtlinie	persönliches Element	funktionelles Element	agitatives Element
Haustürgeschäfts-Richtlinie Art 2, zweiter Spiegelstrich: "Gewerbetreibender"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt , sowie eine Person, die im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden handelt
Pauschalreise-Richtlinie Art 2 Z 2	Person	-	nicht nur gelegentlich Pauschalreisen organisiert und sie direkt oder über einen Vermittler verkauft oder zum Verkauf anbietet (Veranstalter) Besonderheit: Art 2 Z 3: Vermittler: Person, welche die vom Veranstalter zusammengestellte Pauschalreise verkauft oder zum Verkauf anbietet
Klausel-Richtlinie Art 2 lit c): "Gewerbetreibender"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt , auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist
Fernabsatz-Richtlinie Art 2 Z 3: "Lieferer"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt
Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie Art 1 Abs 2 lit c): "Verkäufer"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft
E-Commerce-Richtlinie Art 2 lit b): "Diensteanbieter"	natürliche oder juristische Person	-	einen Dienst der Informationsgesellschaft anbietet
Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie Art 2 lit c): "Anbieter"	natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit Dienstleistungen aufgrund von Fernabsatzverträgen erbringt
Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken Art 2 lit b): "Gewerbetreibender"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche oder handwerkliche Tätigkeit	im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt
Verbraucherkredit-Richtlinie Art 3 lit b): "Kreditgeber"	natürliche oder juristische Person	berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt , oder zu gewähren verspricht Besonderheit: Art 3 lit f: Kreditvermittler: natürliche oder juristische Person, die nicht als Kreditgeber handelt und die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gegen ein Entgelt, das aus einer Geldzahlung oder einem sonstigen vereinbarten wirtschaftlichen Vorteil bestehen kann, i) Verbrauchern Kreditverträge vorstellt oder anbietet, ii) Verbrauchern bei anderen als den in Ziffer i genannten Vorarbeiten zum Abschluss von Kreditverträgen behilflich ist oder iii) für den Kreditgeber Kreditverträge mit den Verbrauchern abschließt
Timesharing-Richtlinie Art 3 lit e): "Gewerbetreibender"	natürliche oder juristische Person	gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder berufliche Tätigkeit	für die Zwecke ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, sowie jede Person, die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt

B. DIE ENTWICKLUNG DER ZWEISEITIGEN VERBRAUCHERGESCHÄFTSKONZEPTION UND IHRE BESONDERHEITEN

1. Die Sonderfälle der E-Commerce- und der Pauschalreise-Richtlinie

Bei näherer Betrachtung der sekundärrechtlichen Verbrauchergeschäftsdefinitionen der Europäischen Gemeinschaft fällt auf, dass stets sowohl der Verbraucher, als auch sein Gegenüber rechtlich determiniert werden, der Gemeinschaftsgesetzgeber also eine zweiseitige Definition⁶⁰⁰ präferiert. Und doch lassen sich die erwähnten Rechtsakte in zwei Gruppen aufteilen. Die rein verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien definieren, wie im Folgenden zu demonstrieren sein wird, das Verbrauchergeschäft als einen durch das Kontrahieren zweier gesetzlich umschriebener rechtsgeschäftlicher Partner konstituierten Vertrag⁶⁰¹, während zwei Sekundärrechtsakte durch eine gänzlich andere, inhomogene Vorgangsweise gekennzeichnet sind:

Die E-Commerce-Richtlinie⁶⁰² stellt zwar in ihrem persönlichen Geltungsbereich nicht zwingend auf einen Verbrauchervertrag ab und wurde daher weder bei der von einer internationalen Forschungsgruppe im Auftrag der Europäischen Kommission erarbeiteten Studie, dem EG-Verbraucherrechtskompodium⁶⁰³, noch bei der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht im Jahr 2001 unter dem Titel „Verbrauchervertragsrecht“⁶⁰⁴ berücksichtigt, bedient sich aber ebenfalls einer Verbraucherdefinition sowie einer Deskription von dessen potentiellen Kontrahenten, kann also ebenfalls zur Interpretation der sekundärrechtlichen Verbrauchergeschäftsvorstellung herangezogen werden.⁶⁰⁵

Die Pauschalreise-Richtlinie weist wiederum sowohl in ihrer Verbraucher- als auch in ihrer Unternehmerdefinition gewichtige und auf den ersten Blick uneinsichtige Unterschiede zu den Geschäftspartnerumschreibungen der übrigen verbrauchervertragsbezogenen Richtlinien auf⁶⁰⁶ und bedarf daher gesonderter Behandlung.

⁶⁰⁰ Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 856.

⁶⁰¹ Diese Art von Richtlinie befand sich vor allem Mitte der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts im Wachsen begriffen, vgl *Heiss* in FS Reichert-Facilides 90.

⁶⁰² Zur Vorgeschichte sowie zum Zweck der E-Commerce-Richtlinie vgl *Maennel*, Die europäische Richtlinie zum Electronic Commerce, in *Lehmann*, Electronic Business 44 ff.

⁶⁰³ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompodium (2008) 32 f.

⁶⁰⁴ Vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398 endg vom 11.07.2001, Anhang I Punkt 1.; die E-Commerce-Richtlinie wurde vielmehr unter dem Titel „Elektronischer Geschäftsverkehr“ im Anhang I Punkt 6. behandelt; vgl dazu auch KOM(2003) 68 endg, ABl 2003 C 63, 1.

⁶⁰⁵ Vgl *Micklitz* in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 297.

⁶⁰⁶ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompodium 227.

Gemeinsam ist allen genannten Richtlinien der Gemeinschaft die thematische Grundierung des Vertrags- oder Haftungsrechts. Sie behandeln, jede für sich, einen sachlich abgegrenzten Problemkomplex, beispielsweise die Situation bei rechtsgeschäftlichen Abschlüssen außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten, jene des Erwerbs von Teilzeitnutzungsrechten oder etwa jene der Buchung einer Pauschalreise.

2. Die übrigen Verbrauchervertragsrichtlinien

Den Anfang der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie-Ansätze in dieser Gruppe von Richtlinien machte die **Haustürgeschäfts-Richtlinie** aus dem Jahr 1985. Die von ihr eingeführten und, wie sich im Laufe der Untersuchung noch herausstellen wird, europarechtlich prägenden Definitionen⁶⁰⁷ des „*Verbrauchers*“ bzw des „*Gewerbetreibenden*“ basieren weitgehend auf dem Richtlinienvorschlag der Kommission⁶⁰⁸ und den jeweiligen Stellungnahmen des Europäischen Parlaments⁶⁰⁹ sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses⁶¹⁰.⁶¹¹ Als Leitlinie diente die Verbraucherdefinition des Art 13 Abs 1 EuGVÜ⁶¹² und des Art 5 Abs 1 EVÜ⁶¹³.⁶¹⁴

Diesem Muster rechtstechnisch folgend, enthielt die mittlerweile durch eine Neufassung ersetzt und mit 11. Juni 2010 aufgehobene⁶¹⁵ **Verbraucherkreditrichtlinie** aus 1986⁶¹⁶ ebenfalls in ihrem Artikel

⁶⁰⁷ Vgl *Micklitz in Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 296.

⁶⁰⁸ Vorschlag einer Richtlinie des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen, KOM(76) 544 endg vom 05.01.1977, ABl. 1977 C 22, 6.

⁶⁰⁹ Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag fuer eine Richtlinie des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschaefträumen abgeschlossenen Verträgen, ABl 1977 C 241, 26.

⁶¹⁰ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag fuer eine Richtlinie des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschaefträumen abgeschlossenen Verträgen, ABl 1977 C 180, 39.

⁶¹¹ Vgl dazu *Kilian*, Der Verbraucherbegriff in der Europäischen Union (1998) 57; *Micklitz in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV Vor A 2. Rz 2 ff.

⁶¹² Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen idF des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, ABl 1978 L 304, 1.

⁶¹³ 80/934/EWG: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom, ABl 1980 L 266, 1.

⁶¹⁴ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 262 f.

⁶¹⁵ Vgl RL 2008/48/EG, ABl 2008 L 133, 66, Art 29 in der Fassung der Berichtigung der 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 (ABl. L 133 vom 22.5.2008), ABl 2009 L 207, 14.

⁶¹⁶ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl 1987 L 42, 48. Art 1 Abs 2 lautete: „*Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet: a) ‚Verbraucher‘ eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann; b) ‚Kreditgeber‘ eine natürlich oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt, oder eine Gruppe solcher Personen*“.

I die programmatische Vorschau des Anwendungsbereichs sowie eine Verbraucher- und eine Kreditgeberdefinition.

In dieselbe Kerbe schlug die 1993 erlassene **Klausel-Richtlinie**; auch die, mittlerweile ebenfalls inhaltlich neu gefasste und bereits aufgehobene⁶¹⁷, **Timesharing-Richtlinie**⁶¹⁸ stützte sich 1994 auf das altbewährte System und übernahm die systematische Anordnung der vorangegangenen Regelungen⁶¹⁹.

Die 1997 erlassene **Fernabsatz-Richtlinie** fügte sich nahtlos in dieses Schema ein und die 1999 in Kraft getretene **Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie** kombinierte bereits in ihrem ersten Artikel die Deskription ihres Zweckes mit der Definition des „*Verbrauchers*“ bzw „*Verkäufers*“.

Einen unterschiedlichen Weg schlug, wie bereits erwähnt, die **E-Commerce-Richtlinie** im Jahr 2000 ein, die zwar auch zunächst ihre Zielsetzung definierte, bei den Begriffsbestimmungen in Artikel 2 jedoch auf die bis dato regelmäßig wiederkehrende janusköpfige Verbrauchergeschäftsdeskription verzichtete. Deshalb, und aufgrund der keineswegs ausschließlich vertragsrechtlich determinierten Zielsetzung der E-Commerce-Richtlinie, wird diese Sekundärnorm als verbraucherrechtlicher Sonderfall gewertet.⁶²⁰ Die **Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie** aus 2002 rekonstruierte wieder, zumindest systematisch, die bisher hegemonial auftretende Definitionslinie; auch die **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken**, die am 11.06.2005 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde, sowie die jeweilige Neufassung der **Verbrauchercredit-Richtlinie** (2008) und der jüngst in Kraft getretenen **Timesharing-Richtlinie** (2009) bedienten sich, zumindest rechtssystematisch, der mittlerweile in einer 20-jährigen Tradition stehenden Formulierungsweise.

⁶¹⁷ Vgl RL 2008/122/EG, ABI 2009 L 33, 10, Art 18.

⁶¹⁸ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitznutzungsrechten an Immobilien, ABI 1994 L 280, 83.

⁶¹⁹ Allerdings mit modifizierten Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen: Art 2 dritter Spiegelstrich bezeichnete den „*Erwerber*“ als „*jede natürliche Person, der das im Vertrag vorgesehene Recht übertragen wird oder zu deren Gunsten es begründet wird und die bei den unter diese Richtlinie fallenden Vertragsabschlüssen für einen Zweck handelt, der als ausserhalb ihrer Berufsausübung liegend betrachtet werden kann*“, während Art 2 zweiter Spiegelstrich den „*Verkäufer*“ als „*jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer Berufsausübung durch die unter diese Richtlinie fallenden Vertragsabschlüsse das im Vertrag vorgesehene Recht begründet, überträgt oder zu übertragen sich verpflichtet*“ umschrieb. Die aktuelle Timesharing-Richtlinie übernahm entgegen dieser Definitionen des Vorgänger-Rechtsaktes die gebräuchliche Systematik verbrauchervertragsbezogener Sekundärrechtsakte.

⁶²⁰ *Denkinger*, Verbraucherbegriff 289, 302 f; *Augenhof/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 54 ff, 196 ff, zählen sie zu den „*Kundenschutzrichtlinien*“.

Die folgende Untersuchung wird die drei Elemente der Vertragspartnerdefinitionen, jeweils getrennt nach Verbraucher- und Unternehmerseite, beleuchten und abschließend den Sonderfall der Pauschalreise-Richtlinie diskutieren.⁶²¹

C. DIE AUTONOME AUSLEGUNG UNIONSRECHTLICHER RECHTSBEGRIFFE

Fest steht jedenfalls, dass sämtliche von den Richtlinien verwendeten Begriffe nicht einfach nach Maßstäben nationaler Rechtsordnungen ausgelegt werden können⁶²², sondern europäisch-autonom zu interpretieren sind.⁶²³ Dabei kommt der grammatischen Auslegung, insbesondere der Ermittlung des genauen Richtlinienwortlauts durch Vergleich der sprachlichen Fassungen sowie der Bestimmung des unionsrechtlichen Wortsinns, besondere Bedeutung zu.⁶²⁴ Ebenso von Relevanz ist der telos des jeweiligen Rechtsakts, auch Gegenstand und Zielsetzung der Richtlinie, sowie die als Basis dienende Rechtsgrundlage ihres Erlasses, nehmen zentralen Stellenwert im Auslegungskanon an.⁶²⁵ Auch die historische Interpretation steht bei der Auslegung sekundärrechtlicher Akte im Vordergrund, wobei in erster Linie die von der Kommission formulierten Erwägungsgründe⁶²⁶ und die zu den jeweiligen Artikeln publizierten Begründungen, aber auch die sonstigen Materialien eine Rolle spielen⁶²⁷: Rückgriffe auf etwaige Vorgängerrichtlinien, Stellungnahmen des Europäischen Parlaments, Protokollerklärungen des Rats und (abgeschwächt) jene der Kommission können und sollen, soweit veröffentlicht⁶²⁸, als Interpretationsgrundlagen herangezogen werden; Protokollerklärungen einzelner Mitgliedstaaten oder Stellungnahmen des WSA sind in der Regel (trotz ihres politischen Gewichts)

⁶²¹ Faber, ZEuP 1998, 858 f, unterscheidet zwischen persönlichen, funktionellen und sachlichen Kriterien (darunter fallen etwa Einkommenshöhe oder Vertragsart); dem Verfasser erscheint die Zusammenfassung der übrigen, oftmals divergierenden und bloß einmalig erwähnten Definitionselemente unter dem Titel „*agitative Element*“ zweckführender.

⁶²² Vgl Remien, ZEuP 1994, 38.

⁶²³ Vgl weiterführend Riesenhuber, Die Auslegung, in ders (Hrsg), Europäische Methodenlehre - Handbuch für Ausbildung und Praxis (2006) 245 (245 ff); vgl auch etwa EuGH, Rs C-357/98, *The Queen/ Secretary of State for the Home Department*, Slg 2000, I-9265, Rn 26; Franzen, Privatrechtsangleichung 475 ff mwN; Faber, ZEuP 1998, 859, 868; Henkel, Inhaltskontrolle 7; Scarso, ZeuP 2001, 390; Heiderhoff, Grundstrukturen 179 f.

⁶²⁴ Vgl Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (599); Riesenhuber in ders, Europäische Methodenlehre 250 ff.

⁶²⁵ Vgl Faber, ZEuP 1998, 859; Lutter, JZ 1992, 602 ff; Riesenhuber in ders, Europäische Methodenlehre 261 ff; Reich, ZEuP 1994, 389, spricht sogar vom „*Vorrang der teleologischen vor anderen Auslegungsmethoden*“.

⁶²⁶ Die als "*primäre policy statements*" bei jeder Richtlinieninterpretation berücksichtigt werden sollten, vgl Köndgen, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre 133 (150).

⁶²⁷ Vgl Riesenhuber in ders, Europäische Methodenlehre 257 ff, der dem subjektiven Willen des Gesetzgebers sogar Vorrang gegenüber der teleologischen Auslegung, die ihrerseits wiederum der Wortinterpretation vorzuziehen wäre, einräumt.

⁶²⁸ Vgl Riesenhuber in ders, Europäische Methodenlehre 259.

nicht als Leitlinien zu verwenden.⁶²⁹ Der Schutz von Verbrauchern per se („In dubio pro consumente“) sollte nicht als eigene Auslegungsregel herangezogen werden, kann allerdings bei der teleologischen Interpretation mitberücksichtigt werden.⁶³⁰

D. DIE ELEMENTE DER UNIONSRECHTLICHEN VERBRAUCHER- UND UNTERNEHMERDEFINITIONEN

1. Das persönliche Element

Persönliche Definitionskriterien gelten als statische Elemente legaler Verbraucher- bzw. Unternehmerumschreibungen, sie skizzieren gewisse Eigenschaften oder Merkmale der festzumachenden Person, die stets und ausnahmslos vorzufinden sind.⁶³¹ Der Zweck dieses Definitionsmerkmals im Verbraucherrecht ist es, *subjektiv* die Schutzbedürftigkeit einer Person oder eines Personenkreises zu bestimmen.⁶³² Im Falle der Verbrauchervertragsrichtlinien sticht sofort die klare Abgrenzung der beiden Vertragspartner in der Formulierung der personalen Komponente ins Auge: Verbraucher kann immer nur eine *natürliche Person* sein, während der Gegenpart durchgängig als natürliche *oder* juristische Person definiert wird.

a) Der Unternehmer

(1) Der Richtlinienwortlaut

Den Kontrahenten des Verbrauchers betreffend kann also zweifelsfrei festgestellt werden, dass die Rechtsform ohne weitere Bedeutung für die Eigenschaft als „*Gewerbetreibender*“, „*Verkäufer*“ etc ist. Die Klausel-Richtlinie subsumiert auch jene Person unter den Begriff „*Gewerbetreibender*“, die „*dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist*“ (Art 2 lit c), die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie spricht sogar ausdrücklich von den natürlichen oder juristischen Personen „*des öffentlichen oder privaten Rechts*“ (Art 2 lit c). Die übrigen Richtlinien klammern die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Bereich aus – ausschlaggebend für die Eigenschaft als „*Gewerbetreibender*“ (bzw als einer der äquivalent eingesetzten Begriffe der verbraucherrechtlichen

⁶²⁹ Vgl Lutter, JZ 1992, 599 ff. Faber, ZEuP 1998, 859 Fn 26, macht allerdings auf das von mitgliedstaatlichem Recht geprägte Verständnis der Richtlinienverfasser aufmerksam, das sich letztlich auch in den einzelnen Sprachfassungen niederschlägt.

⁶³⁰ Vgl Riesenhuber in ders, Europäische Methodenlehre 267 ff.

⁶³¹ Vgl Faber, ZEuP 1998, 858; Denkinger, Verbraucherbegriff 122 f.

⁶³² Vgl Denkinger, ebd.

Richtliniennomenklatura) ist also mit Sicherheit nicht die Rechtsform oder die privatrechtliche Basis des Unternehmers.⁶³³

(2) Die Würdigung durch den EuGH – Verbundene Rs C-541/99 (Idealservice/Cape) und C-542/99 (Idealservice/OMAI)⁶³⁴

Vielmehr deklaratorisch als schöpferisch-interpretativ wurde auch der EuGH zu dieser Frage in der Rechtssache *Idealservice* tätig:

In den Jahren 1990 bzw 1996 schlossen die Idealservice MN RE Sas und die Idealservice Srl mit den beiden Unternehmen OMAI und Cape jeweils einen Vertrag über die Lieferung von ausschließlich für die Mitarbeiter zu nutzenden Getränkeautomaten an den Sitz der beiden letztgenannten Gesellschaften. Im Zuge einer von der Idealservice eingebrachten Mahnung argumentierten OMAI und Cape jeweils die Ungültigkeit der vertraglich vereinbarten Gerichtsstandsklausel, die gemäß den (die Bestimmungen und Verbraucher- bzw Gewerbetreibendendefinitionen der Klausel-Richtlinie wortgetreu übernehmenden) Regelungen des *Codice Civile* missbräuchlich sei. Die Idealservice brachte vor, dass die beiden Gesellschaften mangels Status als natürliche Person nicht als Verbraucher zu qualifizieren seien und noch dazu in Ausübung ihrer Unternehmenstätigkeit agiert hätten; während die beiden Kunden auf den fehlenden Konnex dieser Rechtsgeschäfte mit ihrer eigentlichen Geschäftsgebarung aufmerksam machten. Der *Giudice di pace Viadana* formulierte schließlich folgende Fragen zur Vorabentscheidung:

„1. Ist ein Unternehmer als Verbraucher anzusehen, wenn er mit einem anderen Unternehmer nach einem von diesem vorformulierten Vertragstext, der zu dessen spezifischem beruflichen Tätigkeitsbereich gehört, einen Vertrag über den Erwerb einer Dienstleistung oder einer Ware zum ausschließlichen Nutzen seiner Arbeitnehmer schließt, der zu seiner gewöhnlichen beruflichen und gewerblichen Tätigkeit überhaupt keinen Bezug hat und dieser völlig fremd ist? Kann man in diesem Fall sagen, dass diese Person zu einem Zweck handelt, der nicht im Zusammenhang mit dem Unternehmen steht?

2. Ist im Fall einer positiven Antwort auf die vorhergehende Frage eine Person oder Körperschaft als Verbraucher anzusehen, wenn sie zu einem Zweck handelt, der mit ihrer gewöhnlichen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit in keinem Zusammenhang steht oder dieser nicht dient, oder bezieht sich der Verbraucherbegriff ausschließlich auf natürliche Personen, unter Ausschluss aller anderen?

3. Kann eine Gesellschaft als Verbraucher angesehen werden?“

⁶³³ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 273 f.

⁶³⁴ EuGH, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, *Cape Snc/Idealservice Srl* (C-541/99) und *Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl* (C-542/99), Slg 2001, I-9049.

Generalanwalt *Mischo* nimmt in seiner Analyse des Verbraucherbegriffs der Klausel-Richtlinie primär auf den Wortlaut von Art 2 lit b Bezug, der expressis verbis eine „*natürliche Person*“ als Tatbestandsmerkmal nennt, während die Gewerbetreibendendefinition in Art 2 lit c lex cit die „*natürliche oder juristische Person*“ in den Anwendungsbereich inkludiert – die Lektüre dieser Bestimmungen allein zeige daher, dass juristische Personen nicht als Verbraucher im Sinne der gegenständlichen Richtlinie gelten könnten.⁶³⁵ Dafür spreche auch die in der Rechtssache *Shearson Lehmann Hutton* (vgl zu dieser Entscheidung unten Seite 146) zum Ausdruck gebrachte Präferenz des Gerichtshofs, nur private Endverbraucher, die ja begriffsnotwendig nur natürliche Personen seien, als unter den Verbraucherbegriff der Art 13 ff EuGVÜ subsumierbar anzuerkennen.⁶³⁶ *Mischo* argumentierte, dass es „*genau die Kategorie der nicht im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelnden natürlichen Personen ist, die sich gegenüber den Gewerbetreibenden, auf die sich Artikel 2 Buchstabe c der Richtlinie bezieht, in einer schwächeren und weniger ausgewogenen Vertragssituation befindet*“⁶³⁷, während sich juristische Personen „*im Allgemeinen*“ nicht in derselben Position befänden⁶³⁸ Abschließend ging der Generalanwalt auf die erste Vorlagefrage näher ein, die in ihrem Kern auf eine Auslegung der Wendung „*zu einem Zweck [handeln], der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*“ hinauslaufe.⁶³⁹ Unter Rückgriff auf die Argumentation des EuGH im Fall *Di Pinto*⁶⁴⁰, wonach als Rechtsgeschäfte der Betriebsführung jene zu verstehen seien, „*die der Gewerbetreibende zur Befriedigung anderer als seiner familiären oder persönlichen Bedürfnisse vornimmt*“⁶⁴¹, konkludierte *Mischo*, dass die Eigenschaft des Verbrauchers als natürliche Person mit Sicherheit den Inhalt der in Frage stehenden Wendung zumindest mitdeterminiere – und schlug vor, die erste Frage unbeantwortet zu lassen.⁶⁴²

Der EuGH entschied mit sehr kurzer Begründung, dass aus dem Wortlaut von Art 2 Klausel-Richtlinie unmissverständlich hervorginge, dass „*eine andere als eine natürliche Person, die einen Vertrag mit einem Gewerbetreibenden schließt, nicht als Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann*“⁶⁴³; „*der Begriff ‚Verbraucher‘, wie er in Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie definiert wird, [ist] dahin auszulegen (...), dass er sich ausschließlich auf natürliche Personen bezieht.*“⁶⁴⁴.

⁶³⁵ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, Slg 2001, I-9049 Rn 12.

⁶³⁶ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 17 f.

⁶³⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 15.

⁶³⁸ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 16.

⁶³⁹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 24.

⁶⁴⁰ EuGH, Rs C-361/89, *Patrice Di Pinto*, Slg 1991, I-1189. *Mischo* war an diesem Verfahren selbst als Generalanwalt beteiligt.

⁶⁴¹ EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 16.

⁶⁴² Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 25-29.

⁶⁴³ EuGH, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, Slg 2001, I-9049 Rn 16.

⁶⁴⁴ EuGH, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, Slg 2001, I-9049 Rn 17. Generalanwalt *Mischo* stellte dazu klar, dass abweichende *nationale* Regelungen (die im vorliegenden Fall gar nicht existieren) gemäß dem durch Art 8 konstituierten Mindestharmonisierungscharakter der Richtlinie selbstverständlich in diesem Sinne auszulegen

Diese Entscheidungsgründe zeigen, vor allem betrachtet in Kombination mit den Schlussanträgen des Generalanwalts⁶⁴⁵, die, in zahlreichen weiteren Judikaten des EuGH zum Ausdruck gebrachte streng typisierende Betrachtungsweise des Gerichtshofs: Zwar gehe es prinzipiell um den Schutz der schwächeren Vertragspartei, da eine juristische Person jedoch „im Allgemeinen“⁶⁴⁶ nicht als solche zu charakterisieren sei, bleibt auch keine Raum für die Anwendung des Schutzbereichs beispielsweise im Rahmen einer analogen Tatbestandsausdehnung. Vielmehr wird streng am Wortlaut der Bestimmung festgehalten, der nach Ansicht des Gerichtshofs offenbar auch teleologisch betrachtet dem System einer limitierten Typisierung folgt, welches, vom Gemeinschaftsgesetzgeber intendiert, die einzelfallbezogene Erweiterung des Schutzbereichs ausschließt.

(3) Der Sonderfall Pauschalreise-Richtlinie

Die Pauschalreise-Richtlinie⁶⁴⁷ definierte den Verbraucher bzw dessen rechtsgeschäftlichen Partner anno 1990 in ihrem Art 2 folgendermaßen:

„Artikel 1

Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Pauschalreisen (einschließlich Pauschalurlaubsreisen und Pauschalrundreisen), die in der Gemeinschaft verkauft oder zum Kauf angeboten werden.

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet: (...)

2. Veranstalter: die Person, die nicht nur gelegentlich Pauschalreisen organisiert und sie direkt oder über einen Vermittler verkauft oder zum Verkauf anbietet.

3. Vermittler: die Person, welche die vom Veranstalter zusammengestellte Pauschalreise verkauft oder zum Verkauf anbietet.

4. Verbraucher: die Person, welche die Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet (,der Hauptkontrahent’), oder jede Person, in deren Namen der Hauptkontrahent sich zur Buchung der Pauschalreise verpflichtet (,die übrigen Begünstigten’), oder jede Person, der der

wären, der sekundärrechtliche Verbraucherbegriff einer derartigen Interpretation jedoch, aus oben genannten Gründen, nicht offen steht, vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 19 ff.

⁶⁴⁵ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 15 f.

⁶⁴⁶ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001 Rn 16.

⁶⁴⁷ Zur Geschichte der Pauschalreise-Richtlinie vgl *Tonner*, Die EG-Richtlinie über Pauschalreisen, EuZW 1990, 409 (411 f); zum Verhältnis zur Fluggäste-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABI 2004 L 46, 1) vgl *Keiler*, Reisemangel durch Vorverlegung des Rückflugs – Ansprüche nach der Pauschalreise-RL und der Fluggäste-VO, Zak 2007, 263 ff.

*Hauptkontrahent oder einer der übrigen Begünstigten die Pauschalreise abtritt („der Erwerber“).*⁶⁴⁸

Als Veranstalter sowie als Vermittler kann wiederum nach dem Wortlaut und Zweck der Richtlinie sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person auftreten. Auch in diesem Fall wird sekundärrechtlich keine Differenzierung nach der Rechtsform vorgenommen.

b) Der Verbraucher

(1) Nur natürliche Personen

Völlig homogen definiert ist hingegen das persönliche Element der jeweiligen Verbraucherdefinition in den Richtlinien: einzig und allein natürliche Personen werden als tatbestandlich gewertet, juristische Personen, im Sinne aller rechtsfähiger Personengesellschaften und sonstiger rechtsfähiger Personenverbände⁶⁴⁸ können niemals „Verbraucher“ im Sinne der unionsrechtlichen Sekundärrechtsakte sein.⁶⁴⁹ Diese Ausgrenzung kann als durchaus vom Gemeinschaftsgesetzgeber intendiert betrachtet werden, schließlich werden in den Definitionen der jeweiligen dem Verbraucher gegenübergestellten Vertragsparteien stets *„natürliche oder juristische Personen“* angesprochen, mithin explizit auf die Möglichkeit juristischer Personen, Teil des Verbrauchergeschäfts (aber eben nicht als Verbraucher) zu sein hingewiesen.⁶⁵⁰

Das war nicht immer so: Politisch anders formuliert war noch die Definition der Verbraucher im Zweiten dreijährigen Aktionsplans der Kommission 1993 – 1995, die diese Gruppe als *„natürliche oder juristische Personen mit mehr oder weniger großer Kaufkraft, die sich Waren oder Dienstleistungen für einen außerberuflichen Verwendungszweck verschaffen oder sie nutzen“*⁶⁵¹ charakterisierte.⁶⁵² Bereits 1991 forderte auch der WSA in seiner Stellungnahme⁶⁵³ zum Vorschlag der Klausel-Richtlinie⁶⁵⁴, *„missbräuchliche Klauseln in allen Verträgen zu verbieten, egal ob sie von Verbrauchern abgeschlossen werden oder nicht; hierbei sind besonders die Probleme zu*

⁶⁴⁸ Vgl. *Krebs*, Verbraucher, Unternehmer, oder Zivilpersonen – Zur Einordnung von BGB-Gesellschaften und anderen „Verbänden“ ohne eigenes Gewerbe oder selbstständige berufliche Tätigkeit, DB 2002, 517 (518).

⁶⁴⁹ Vgl. *Dreher*, JZ 1997, 168; *Remien*, ZEuP 1994, 42; *Jud*, Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchesgüterkauf und das österreichische Recht, ÖJZ 1997, 441 (442); *Eissler*, Die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, eolex 1998, 461; *Dehn*, Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie: Geltungsbereich - Umsetzungsoptionen - Sanktionen, ÖBA 2009, 185 (186).

⁶⁵⁰ Vgl. *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 57.

⁶⁵¹ KOM(1993) 378 endg Punkt 7.

⁶⁵² Vgl. *Lehmann*, Rezeption 72; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 21; *Faber*, ZEuP 1998, 860.

⁶⁵³ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI 1991 C 159, 34.

⁶⁵⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(1990) 322 endg vom 03.09.1990, ABI 1990 C 243, 2.

*berücksichtigen, auf welche die Klein- und Mittelunternehmen (KMU) gestoßen sind.*⁶⁵⁵ In dieselbe Kerbe schlug der WSA, noch ausführlicher begründet, in seiner Stellungnahme⁶⁵⁶ zum Vorschlag der ersten Timesharing-Richtlinie⁶⁵⁷: Da der Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten durch Personengemeinschaften wie Seniorenklubs oder durch, ihrer Belegschaft Ferienaufenthalte ermöglichende, Unternehmen⁶⁵⁸, also durch Gemeinschaften, die keinen Erwerbszweck verfolgen und daher nicht im Rahmen ihrer Berufsausübung handeln würden, denkbar sei, sollten ebendiese Fälle im Sinne eines erweiterten Verbraucherbegriffs vom Schutzbereich der Richtlinie erfasst werden.⁶⁵⁹ Der Schutz von nicht zu Erwerbszwecken handelnden Gemeinschaften wurde auch 1997 in der Stellungnahme des WSA⁶⁶⁰ zum Vorschlag der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁶⁶¹ thematisiert, wiederum sollte der Verbraucherbegriff *„auch juristische Personen einschließen (...), soweit diese nicht im Rahmen ihrer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit handeln“*⁶⁶². Letztlich konnte sich keiner dieser Vorschläge im Legislativprozess durchsetzen, juristische Personen sind eindeutig und unzweifelhaft vom Verbraucherbegriff der behandelten Richtlinien ausgenommen.

Im Regelfall werden juristische Personen ohnedies *„im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit“* in rechtsgeschäftliche Aktion treten⁶⁶³, den Verbraucher betreffend wäre ihre dezidierte Exklusion wohl gar nicht notwendig gewesen.⁶⁶⁴ Freilich hätte ein de jure juristische Personen einschließender Begriff, der dann de facto nicht zur Anwendung gebracht wird, wenig zur Rechtssicherheit und zum Vertrauen der Verbraucher beigetragen. Wie *Bodewig* allerdings völlig zu Recht feststellt, liegt die Bedeutung des Ausschlusses juristischer Personen vom Verbraucherstatus in der Exklusion jener Vereinigungen begründet, die zwar als juristische Personen gelten, aber nicht gewerblich tätig werden – darunter fallen beispielsweise zahlreiche Vereine⁶⁶⁵, Hilfsorganisationen

⁶⁵⁵ Vgl Stellungnahme WSA, ABI 1991 C 159, 34, Punkt 2.3.3.

⁶⁵⁶ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz der Erwerber bei Verträgen über die Nutzung von Immobilien als Teilzeiteigentum, ABI 1993 C 108, 1.

⁶⁵⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz der Erwerber bei Verträgen über die Nutzung von Immobilien als Teilzeiteigentum, KOM(1992) 220 endg vom 24.07.1992, ABI 1992 C 222, 5.

⁶⁵⁸ Der WSA spricht in diesem Fall sogar vom Handeln *„außerhalb des Rahmens seiner spezifischen Tätigkeit“*, vgl Stellungnahme WSA, ABI 1993 C 108, 1, Punkt 3.12.2.

⁶⁵⁹ Vgl Stellungnahme WSA, ABI 1993 C 108, 1, Punkt 3.12 – 3.14; vgl auch *Pittl*, Gedanken zur „Time-Sharing-Richtlinie“ der EG und zum Eigentum auf Zeit, WoBl 1995, 208 (212); *Pöttler*, Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in europäischen Mitgliedstaaten (2000) 102; *Faber*, ZEuP 1998, 860.

⁶⁶⁰ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem "Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien", ABI 1997 C 66, 5.

⁶⁶¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, KOM(1995) 520 endg vom 18.06.1996, ABI 1996 C 307, 8.

⁶⁶² Stellungnahme WSA, ABI 1997 C 66, 5, Punkt 3.4. Hintergrund war in diesem Fall die Idee des Regressrechts des Letztverkäufers gegenüber dem für einen Mangel verantwortlichen Verkäufer innerhalb der Vertriebskette, wodurch der Letztverkäufer wohl auch bemüht wäre, im Gewährleistungsfall für den Verbraucher bestmögliche Ergebnisse zu erzielen, vgl Punkt 2.6; zu dieser Problematik bereits zum Entwurf der Klausel-Richtlinie vgl *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 703.

⁶⁶³ Vgl *Henkel*, Inhaltskontrolle von Finanzprodukten der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (2004) 55.

⁶⁶⁴ Vgl *Bodewig*, Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, DZWIR 1997, 447 (449).

⁶⁶⁵ Auch Sportvereine werden vom Schutz der Richtlinie ausgeschlossen, vgl dazu auch *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 777, *Henkel*, Inhaltskontrolle 54 f.

oder auch die Kirche^{666, 667}. Rechtspolitisch wird in diesem Zusammenhang im Schrifttum häufig kritisiert, dass etwa kleine Vereine oder andere von der ehrenamtlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder abhängige Zusammenschlüsse wohl kaum über weiterführende geschäftliche Kompetenz verfügen als jedes einzelne ihrer Mitglieder, die ihrerseits, so sie in eigenem Namen handeln, regelmäßig als Verbraucher zu qualifizieren sind.⁶⁶⁸

Da die Beschränkung auf natürliche Personen in sämtlichen Verbrauchergeschäftsrichtlinien als Definitionselement aufscheint, kann von einem einheitlichen Regelungsprinzip der Gemeinschaft gesprochen werden, welchem wohl die Idee einer auf die Sphäre des Privaten konzentrierten Schutzbedürftigkeit zu Grunde liegt, die eine Inklusion der Tätigkeit innerhalb einer juristischen Person verunmöglicht.⁶⁶⁹

Unvereinbar ist die Herausnahme juristischer Personen aus dem Schutzbereich der Verbrauchervertragsrichtlinien jedenfalls mit dem Prinzip des Modells der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz (vgl dazu oben Seite 94). Während die Fokussierung auf die Schutzbedürftigkeit geschäftlich unerfahrener Teilnehmer am Rechtsverkehr auch juristische Personen umfasst, werden diese eindeutig und ohne Ausnahme per legem aus dem jeweiligen Verbraucherbegriff der Sekundärrechtsnormen exkludiert.

(2) Der Sonderfall Pauschalreise-Richtlinie

Allein der Wortlaut der Definitionen lässt einen bedeutend weiter gefassten persönlichen Geltungsbereich der Pauschalreise-Richtlinie im Verhältnis zu den oben analysierten vertragsbezogenen Verbraucherschutzrichtlinien erahnen.⁶⁷⁰ Personale Elemente finden sich in den Deskriptionen der Pauschalreise-Richtlinie nicht, wodurch auch juristische Personen in den Genuss des richtlinienbedingten Schutzes kommen könnten.⁶⁷¹

Die Erwägungsgründe der Richtlinie sprechen dafür, dass unter „*Verbraucher*“ bloß eine natürliche Person zu verstehen ist.⁶⁷² Auch der sachliche Geltungsbereich der Pauschalreise-Richtlinie unterstützt

⁶⁶⁶ Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 864. Die Katholische Kirche in Österreich gilt etwa als öffentliche juristische Person mit der Stellung einer Körperschaft öffentlichen Rechts.

⁶⁶⁷ Vgl *Bodewig*, DZWir 1997, 449. Ähnlich auch *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 69.

⁶⁶⁸ Statt vieler *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 39; *Faber*, ZEuP 1998, 863 f; *Remien*, ZEuP 1994, 42.

⁶⁶⁹ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 40.

⁶⁷⁰ Vgl *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 71.

⁶⁷¹ Vgl *Dreher*, JZ 1997, 168; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 300.

⁶⁷² Vgl *Lehmann*, Rezeption 74; sowie Pauschalreise-Richtlinie, ErwGr 8, der von „*Wohnsitz*“ anstatt von „*Sitz*“ spricht.

diese Auffassung: wie kann eine juristische Person etwa Fluggast oder Inanspruchnehmer einer Pauschalreise sein?

2. Das funktionelle Element

a) Die gemeinschaftsrechtliche Herkunft des funktionellen Definitionselements

(1) Der Richtlinienwortlaut

Das funktionelle Definitionskriterium stellt im Gegensatz zum persönlichen nicht auf subjektive Umschreibungen, sondern objektiv auf den mit dem konkreten Rechtsgeschäft verbundenen Zweck ab.⁶⁷³ Primär beziehen sich die Sekundärrechtsakte auf die „*berufliche oder gewerbliche Tätigkeit*“, dies jedoch nicht stringent: auch die Begriffe „*geschäftliche Tätigkeit*“ (E-Commerce-Richtlinie; Timesharing-Richtlinie) oder „*handwerkliche Tätigkeit*“ (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; Timesharing-Richtlinie) werden gleichwertig als Abgrenzungsmerkmal eingesetzt. Fest steht aufgrund des sich konsequent durch sämtliche Verbraucherrechts-Richtlinien ziehenden Begriffspärcens „*berufliche oder gewerbliche*“ Tätigkeit, dass dieser Teil der Geltungsbereichsabgrenzung den Kern der juristischen Verbraucher- und Unternehmerdefinition darstellt. Dass die Verbrauchereigenschaft (wie auch jene des Unternehmers) sich nach dem Zweck des Vertragsabschlusses richtet, kann als normative Gemeinsamkeit der einschlägigen Bestimmungen der Verbrauchervertragsrichtlinien gedeutet werden.⁶⁷⁴

(2) Die Würdigung durch den EuGH – Rs 150/77 (Bertrand / Ott)⁶⁷⁵

Die erste inhaltliche Disposition des Europäischen Gerichtshofs zum Verbrauchergeschäft findet sich paradoxerweise in einer Entscheidung zu Art 13 f des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in der Fassung vom 27. September 1968⁶⁷⁶ – also zu einer gesetzlichen Formulierung, deren normativer und sprachlicher Inhalt streng genommen keinen ausschließlichen Konnex zum Verbraucherbegriff bzw – recht aufzuweisen hatte.

Der Sachverhalt der Rechtssache *Société Bertrand gegen Paul Ott KG* lässt sich wie folgt resümieren:

⁶⁷³ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 122 f.

⁶⁷⁴ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 24.

⁶⁷⁵ EuGH, Rs 150/77, *Bertrand/Paul Ott KG*, Slg 1978, 1431.

⁶⁷⁶ Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („EuGVÜ“), ABI 1972 L 299, 32.

Das in Frankreich ansässige Unternehmen Bertrand schloss im Februar 1972 mit der Paul Ott KG, deren Sitz in Deutschland lag, einen Kaufvertrag über eine Werkzeugmaschine, zur Zahlung des Kaufpreises stellte die Käuferin zwei nach 60 bzw 90 Tagen fällig werdende Wechsel aus, die bloß zum Teil bezahlt wurden. Die Paul Ott KG erhob Klage vor dem Landgericht Stuttgart, welches die Beklagte zur Zahlung verurteilte. Dieses Urteil wurde zunächst vom *Tribunal de Grande Instance Le Mans* als auch vom *Cour d'Appel Angers*, unter Zurückweisung des von Bertrand eingelegten Rechtsmittels, mit der Erteilung der Vollstreckbarkeitserklärung bestätigt. Die dagegen eingebrachte Kassationsbeschwerde führte letztlich zur Vorlagefrage des *Cour de Cassation* an den EuGH, „*ob der Kauf einer Maschine, den eine Firma mit einer anderen Firma zu einem Preis vereinbart, der mit zwei gleich hohen, nach 60 und 90 Tagen fälligen Wechseln gezahlt werden soll, einen Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung im Sinne von Art 13 des Brüsseler Übereinkommens darstellt*“⁶⁷⁷.

Es sei angemerkt, dass der EuGH gemäß des Protokolls betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof vom 03. Juni 1971⁶⁷⁸ zur Beantwortung von, das EuGVÜ betreffende, Auslegungsfragen, die von bestimmten obersten Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegt werden konnten (bzw unter den Voraussetzungen des Art 3 sogar mussten) befugt war.

Die ursprüngliche Fassung der streitgegenständlichen Normen des EuGVÜ lautete:

„4. Abschnitt

Zuständigkeit für Abzahlungsgeschäfte

Artikel 13

Für Klagen, die den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung oder ein in Raten zurückzuzahlendes, unmittelbar zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmtes Darlehen zum Gegenstand haben, bestimmt sich die Zuständigkeit, unbeschadet des Artikels 4 und des Artikels 5 Nr. 5, nach diesem Abschnitt.

⁶⁷⁷ EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 7.

⁶⁷⁸ Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof, unterzeichnet zu Luxemburg am 3. Juni 1971, ABI 1975 L 204, 28; mittlerweile aufgehoben und ersetzt durch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen - Protokoll 1 über bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsfragen - Protokoll 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss, ABI 2007 L 339, 3.

Artikel 14

Der Verkäufer oder der Darlehensgeber, der seinen Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, kann verklagt werden entweder vor den Gerichten dieses Staats oder vor den Gerichten des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Käufer oder Darlehensnehmer seinen Wohnsitz hat.

Die Klage des Verkäufers gegen den Käufer oder die Klage des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer kann nur vor den Gerichten des Staates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Beklagte seinen Wohnsitz hat.

Diese Vorschriften lassen das Recht unberührt, eine Widerklage vor dem Gericht zu erheben, bei dem die Klage selbst gemäß den Bestimmungen dieses Abschnitts anhängig ist.“

Die heutige Definition des Verbrauchers findet sich in dieser Fassung noch nicht im EuGVÜ, die Rede ist vielmehr von „Verkäufer“ bzw. „Darlehensgeber“ und „Käufer“ als einander gegenüberstehende Kontrahenten bei einem Abzahlungskauf einer beweglichen Sache.

Generalanwalt *Capotorti*⁶⁷⁹ folgerte, dass als Auslöser für die besonderen Zuständigkeitsregelungen der Art 13 ff EuGVÜ das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen einem starken und einem schwachen Vertragspartner zu gelten habe und es sich im Hinblick auf den telos der Norm beim kaufenden Kontrahenten um Angehörige einer Personengruppe handeln müsse, die *typischerweise* in einer Position wirtschaftlicher Unterlegenheit handle, weil er gezwungen sei, die Gegenleistung für die erworbene Ware in Form von Teilzahlungen zu erbringen.⁶⁸⁰ Die schützende Gerichtsstandsregelung der Art 13 ff EuGVÜ komme daher nur dann zur Anwendung, wenn ein privater Verbraucher einen Vertrag über einen Teilzahlungskauf abschließt *und* die Kaufsache ein Verbrauchsgegenstand sei.⁶⁸¹

Der EuGH hielt gleich zu Beginn fest, dass, wenngleich zahlreiche innerstaatliche Gesetze in ihrem nationalen Abzahlungsrecht den Gedanken des Käuferschutzes verfolgten, „*weil dieser im Allgemeinen der gegenüber dem Verkäufer wirtschaftlich schwächere Vertragspartner ist*“⁶⁸², die Notwendigkeit bestehe, den Begriff des Kaufes von beweglichen Sachen auf Teilzahlung als eigenständigen, autonom gemeinschaftsrechtlich verstandenen anzusehen: Denn die „*harmonische Wirkung*“⁶⁸³ der Art 13 ff. des Übereinkommens wäre nicht gewährleistet, würde dem normativen Inhalt der Art 13 ff EuGVÜ in jeder einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung eine den jeweils anderen Auslegungen gegenüber divergente Bedeutung zukommen.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Capotorti* vom 31. Mai 1978, Rs 150/77, Slg 1978, 1447.

⁶⁸⁰ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Capotorti* vom 31. Mai 1978, Slg 1978, 1449 f.

⁶⁸¹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Capotorti* vom 31. Mai 1978, Slg 1978, 1452.

⁶⁸² EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 13.

⁶⁸³ EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 15.

⁶⁸⁴ Vgl EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 12-16.

Der EuGH nahm schließlich zunächst auf das Faktum Bedacht, dass die vorentscheidenden Gerichte bislang dem zwischen den Unternehmen Société Bertrand und Paul Ott KG geschlossenen Kaufvertrag stillschweigend die Qualifizierung als „*Vertrag über den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung*“ versagt hatten⁶⁸⁵ und gestand ebenfalls zu, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs der zwingenden Zuständigkeitsregeln der Art 13 ff EuGVÜ restriktiv und mit Blick auf die Zwecksetzung dieser Norm strikt einschränkend interpretiert werden müsse⁶⁸⁶. Dies führe schließlich dazu, dass dieser privilegierte Gerichtsstand „*ausschließlich schutzbedürftigen Käufern vorzubehalten*“ sei, „*deren wirtschaftliche Stellung durch ihre Schwäche gegenüber den Verkäufern gekennzeichnet ist, da sie private Endverbraucher sind und den Kauf einer Sache auf Teilzahlung nicht im Zusammenhang mit einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit abschließen*“⁶⁸⁷ würden. Im vorliegenden, zwei Unternehmen als Kontrahenten betreffenden, Fall könne daher nicht von einem „*Vertrag über den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung*“ im Sinne des Art 13 EuGVÜ gesprochen werden.⁶⁸⁸

Während der Generalanwalt also den persönlichen Geltungsbereich der Art 13 ff EuGVÜ aF mit vertragsgegenständlichen Gesichtspunkten – und damit mit einem klassischen Element des sachlichen Anwendungsbereichs – verknüpfte und dabei die Frage, was unter einem „*Verbrauchsgegenstand*“ zu verstehen sei, völlig offen ließ, wurden vom Gerichtshof zwei bedeutende Fakten festgestellt: Erstens wurde ein kausaler Konnex zwischen der Eigenschaft als privater Verbraucher und der typischen Schwäche dieser Personengruppe gegenüber unternehmerischen Verkäufern statuiert; zweitens, und auf diese Formulierung ist im Besonderen hinzuweisen, findet sich hier erstmals die zukunftsweisende Wendung des „*Zusammenhangs mit einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit*“.

Diese, im eigentlichen Sinne den sachlichen Geltungsbereich des EuGVÜ betreffende enge Auslegung durch den EuGH fand schließlich ihre legistische Entsprechung in der Neufassung des Art 13 EuGVÜ⁶⁸⁹ sowie in Art 5 EVÜ⁶⁹⁰, deren Definitionen ihrerseits die Basis für die Verbrauchergeschäftsdeskriptionen der einzelnen Verbrauchervertragsrichtlinien bildeten.⁶⁹¹

⁶⁸⁵ Vgl EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 9.

⁶⁸⁶ Vgl EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 17-20.

⁶⁸⁷ EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 21. Unpräzise hierzu Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht 111, der bloß erwähnt, dass für den EuGH Art 13 EuGVÜ „*auf den geschäftlich Handelnden nicht anwendbar*“ sei.

⁶⁸⁸ Vgl EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 22.

⁶⁸⁹ Artikel 13 f EuGVÜ idF des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, ABl 1978 L 304, 1, lauteten: „*Artikel 13*

Für Klagen aus einem Vertrag, den eine Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person (Verbraucher) zugerechnet werden kann, bestimmt sich die Zuständigkeit, unbeschadet des Artikels 4 und des Artikels 5 Nummer 5, nach diesem Abschnitt, 1. wenn es sich um den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung handelt,

2. wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder um ein anderes Kreditgeschäft handelt, die zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt sind, oder

3. für andere Verträge, wenn sie die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, sofern a) dem Vertragsabschluß in dem Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und

b) der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluß des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat.

Hat der Vertragspartner des Verbrauchers in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem Vertragsstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, wo wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.

Dieser Abschnitt ist nicht auf Beförderungsverträge anzuwenden.

Artikel 14

Die Klage eines Verbrauchers gegen die andere Vertragspartei kann entweder vor den Gerichten des Vertragsstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet diese Vertragspartei ihren Wohnsitz hat, oder vor den Gerichten des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.

Die Klage der anderen Vertragspartei gegen den Verbraucher kann nur vor den Gerichten des Vertragsstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.

Diese Vorschriften lassen das Recht unberührt, eine Widerklage vor dem Gericht zu erheben, bei dem die Klage selbst gemäß den Bestimmungen dieses Abschnitts anhängig ist.“ Beim EuGVÜ handelte es sich um ein völkerrechtliches Übereinkommen, das von den sechs ursprünglichen Mitgliedstaaten der EG auf Aufforderung der Kommission entwickelt worden war. (vgl. *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht² Rz 43) Die redaktionelle Anpassung des deutschen Wortlauts erfolgte gemäß Anhang I lit. b Nr. 3 und Nr. 4 des Beitrittsübereinkommens von 1989 (Übereinkommens über den Beitritt des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof in der Fassung des Übereinkommens über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland und des Übereinkommens über den Beitritt der Republik Griechenland, ABl 1989 L 285, 1), wonach es in Art 13 statt "oder um ein anderes Kreditgeschäft handelt, die zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt sind" heißt: "oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt ist"; bzw Art 14 Absatz 1 statt "gegen die andere Vertragspartei . . . , in dessen Hoheitsgebiet diese Vertragspartei ihren Wohnsitz hat": "gegen den anderen Vertragspartner . . . , in dessen Hoheitsgebiet dieser Vertragspartner seinen Wohnsitz hat" enthält. Diese redaktionell geänderte Fassung wurde auch in Österreich kundgemacht (BGBl III 1998/209) und trat am 01.12.1998 in Kraft (vgl. dazu *Klauser*, EuGVÜ und EVÜ, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, mit Lugano-Übereinkommen und Novellen zum IPRG und KSchG (1999) 23 ff). Mittlerweile wurde das EuGVÜ durch die im Dezember 2000 verabschiedete Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 12, 1 („Brüssel-I-VO“, „EuGVVO“) ersetzt (Art 68 EuGVVO), welche zum 01.03.2002 (Art 76 EuGVVO) für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mit Ausnahme Dänemarks (allerdings gilt das EuGVÜ im Verhältnis der Mitgliedstaaten zu Dänemark, vgl. *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 1176 f), in Kraft getreten ist. Art 15 EuGVVO lautet: „Artikel 15

(1) Bilden ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann, den Gegenstand des Verfahrens, so bestimmt sich die Zuständigkeit unbeschadet des Artikels 4 und des Artikels 5 Nummer 5 nach diesem Abschnitt,

a) wenn es sich um den Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung handelt,

b) wenn es sich um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen bestimmt ist, oder

c) in allen anderen Fällen, wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

(2) Hat der Vertragspartner des Verbrauchers im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.

(3) Dieser Abschnitt ist nicht auf Beförderungsverträge mit Ausnahme von Reiseverträgen, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen, anzuwenden.“ Der Kerngehalt der Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs, also die Person, die einen Vertrag „zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden

kann“ ist, wenngleich Art 15 EuGVVO nunmehr vom „geschlossenen“ statt vom „abgeschlossenen“ Vertrag (so Art 13 EuGVÜ) spricht und den „Verbraucher“ im Klammerausdruck nach „dieser Person“ nicht mehr extra erwähnt, wörtlich ident. Da überdies der den Art 13 ff EuGVÜ immanente Ausnahmecharakter sich exakt wesensgleich in den Art 15 ff EuGVVO widerspiegelt, besitzen die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs zum persönlichen Geltungsbereich des Art 13 EuGVÜ auch für jenen der EuGVVO maßgebliche Gültigkeit.

⁶⁹⁰ 80/934/EWG: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom, AB1 1980 L 266, 1 (konsolidierte Fassung: AB1 1998 C 27, 34). Das von Österreich unterzeichnete Beitrittsübereinkommen zum EVÜ vom 29.11.1996 wurde am 20.10.1998 (BGBl III 1998/166) kundgemacht, wonach das EVÜ in Österreich am 01.12.1998 in Kraft getreten ist (am 23.12.1998 wurden schließlich das EVÜ selbst sowie das Erste und Zweite Brüsseler Auslegungsprotokoll im BGBl III 1998/208 kundgemacht), vgl dazu *Kresbach/Rathkolb/Öllinger*, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen EVÜ 1980, Erstes und Zweites Brüsseler Protokoll über die Auslegung des EVÜ durch den EuGH, Österreichisches Beitrittsübereinkommen zum EVÜ, IPRG idF der Nov 1998 und 1999, KSchG-Nov 1998, Vollständiger Bericht von Giuliano und Lagarde zum EVÜ (1999) 28 ff; *Klauser*, EuGVÜ und EVÜ 23 ff; *Nemeth*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa – Art 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherschutzrichtlinien (2000) 25 ff.

Art 5 EVÜ lautete: „*Verbraucherverträge*

(1) *Dieser Artikel gilt für Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen an eine Person, den Verbraucher, zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Verbrauchers zugerechnet werden kann, sowie für Verträge zur Finanzierung eines solchen Geschäfts.*

(2) *Ungeachtet des Artikels 3 darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, daß dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird: — wenn dem Vertragsabschluß ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen ist und wenn der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluß des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat oder — wenn der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat entgegengenommen hat oder — wenn der Vertrag den Verkauf von Waren betrifft und der Verbraucher von diesem Staat ins Ausland gereist ist und dort seine Bestellung aufgegeben hat, sofern diese Reise vom Verkäufer mit dem Ziel herbeigeführt worden ist, den Verbraucher zum Vertragsabschluß zu veranlassen.*

(3) *Abweichend von Artikel 4 ist mangels einer Rechtswahl nach Artikel 3 für Verträge, die unter den in Absatz 2 bezeichneten Umständen zustande gekommen sind, das Recht des Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.*

(4) *Dieser Artikel gilt nicht für a) Beförderungsverträge, b) Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.*

(5) *Ungeachtet des Absatzes 4 gilt dieser Artikel für Reiseverträge, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen.“* Art 5 EVÜ umschrieb damit den Verbraucher in gleicher Weise wie Art 13 EuGVÜ idF des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978, AB1 1978 L 304, 1 (vgl EB RV 1232 BlgNR 20. GP 31 f, abgedr. bei *Kresbach/Rathkolb/Öllinger*, EVÜ 57 ff; *Nemeth*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz 32 f). Das EVÜ wurde mittlerweile durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17. Juni 2008, AB1 2008 L 177, 6 („Rom-I-VO“) abgelöst, welche am 17. Dezember 2009 an Stelle des EVÜ in Kraft getreten ist (vgl EB RV 322 BlgNR 24. GP 2; zum Kommissionsvorschlag der VO vgl *Heiss*, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I“ und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, JBl 2006, 750). Der einschlägige (und im Vergleich zum Kommissionsvorschlag leicht abgeänderte, vgl *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 124 ff, 127 f) Art 6 lautet nunmehr: „*Verbraucherverträge*

(1) *Unbeschadet der Artikel 5 und 7 unterliegt ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“), dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer*

a) *seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder*

b) *eine solche Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet*

und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

(2) *Ungeachtet des Absatzes 1 können die Parteien das auf einen Vertrag, der die Anforderungen des Absatzes 1 erfüllt, anzuwendende Recht nach Artikel 3 wählen. Die Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem*

Im Besonderen ist zu betonen, dass die Judikate des EuGH zum EuGVÜ/zur Brüssel-I-VO respektive zum EVÜ/zur Rom-I-VO zur Interpretation unionsrechtlichen Richtlinienrechts herangezogen werden können und müssen, dies zum einen aufgrund der Ähnlichkeit bzw Wortidentität der Verbraucherdefinitionen⁶⁹², zum anderen wegen der grundsätzlich übereinstimmenden Schutzrichtung⁶⁹³.

b) Der Unternehmer

(1) Die Bedeutung des funktionellen Abgrenzungskriteriums

Da, wie oben festgestellt, die Rechtsform des Unternehmers kein hinreichendes Kriterium für eine Differenzierung darstellt, muss dem funktionellen Abgrenzungsmerkmal umso mehr Beachtung geschenkt werden.

Der Unternehmerbegriff der Verbrauchervertragsrichtlinien scheint durchwegs funktionell definiert zu sein, wobei das Hauptaugenmerk auf den Zweck des konkreten Rechtsgeschäfts, mithin auf die tendenzielle Absicht des Vertragspartners zu legen sein wird.⁶⁹⁴ Die Richtliniendefinitionen stellen in ihrem jeweiligen Tatbestand also nicht auf persönliche Eigenschaften der Kontrahenten, sondern allein auf das Ziel des Geschäfts für den jeweiligen Vertragspartner ab.⁶⁹⁵

Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Absatz 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.

(3) Sind die Anforderungen des Absatzes 1 Buchstabe a oder b nicht erfüllt, so gelten für die Bestimmung des auf einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer anzuwendenden Rechts die Artikel 3 und 4.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für:

a) Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat;

b) Beförderungsverträge mit Ausnahme von Pauschalreiseverträgen im Sinne der Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen [15];

c) Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, mit Ausnahme der Verträge über Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien im Sinne der Richtlinie 94/47/EG;

d) Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument sowie Rechte und Pflichten, durch die die Bedingungen für die Ausgabe oder das öffentliche Angebot und öffentliche Übernahmeangebote bezüglich übertragbarer Wertpapiere und die Zeichnung oder den Rückkauf von Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren festgelegt werden, sofern es sich dabei nicht um die Erbringung von Finanzdienstleistungen handelt;

e) Verträge, die innerhalb der Art von Systemen geschlossen werden, auf die Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h Anwendung findet.“ Der Unternehmer wird als Vertragspartner des Verbrauchers mittlerweile dezidiert genannt, weiters werden sämtliche Vertragstypen und -gegenstände von der Regelung erfasst, vgl *Faber*, Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Internationales Privatrecht, in *Eilmansberger/Herzog* (Hrsg), Europarecht – Jahrbuch 2009 (2009) 409 (411 f).

⁶⁹¹ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 315 f.

⁶⁹² Vgl *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht⁴ 542; *Augenhof/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 37; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 316.

⁶⁹³ Vgl *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 68.

⁶⁹⁴ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 274.

⁶⁹⁵ Vgl *Bodewig*, DZWIR 1997, 449.

(2) Die „gewerbliche Tätigkeit“

Damit eine „gewerbliche Tätigkeit“ im Sinne der Verbrauchervertragsrichtlinien angenommen werden kann, muss das Vorliegen mehrerer Kriterien überprüft werden, deren kumulatives Auftreten die Substanz des Begriffes ausmachen:

Zunächst kann wohl nur selbstständiges Tätigwerden als gewerbliche Tätigkeit verstanden werden: Wer nicht auf eigene Gefahr und Rechnung agiert, handelt auch nicht gewerblich⁶⁹⁶ Zweitens ist planmäßiges Vorgehen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich, es muss am Markt teilgenommen werden, woraus sich, drittens, die Entgeltlichkeit als weitere Voraussetzung ergibt.⁶⁹⁷ Die gewerbliche Tätigkeit muss, viertens, über eine gewisse Dauer betrieben werden, was sich allerdings bereits aus dem planmäßigen Handeln ergibt.⁶⁹⁸

Gewinnerzielungsabsicht scheint indes nicht von Nöten zu sein.⁶⁹⁹ Umgekehrt begründet der allenfalls existierende Vorsatz, Gewinn zu erzielen, für sich allein noch keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit.⁷⁰⁰ Auch das EG-Verbraucherrechtskompendium hält die Fraglichkeit einer von den betreffenden Richtlinien vorausgesetzten Gewinnerzielungsabsicht beim Unternehmer fest.⁷⁰¹ Allerdings wird zu diesem Problemkomplex die Meinung geäußert, dass es wohl nicht auf den „*animo lucri*“ ankommen kann: „Bei der Gewinnerzielungsabsicht handelt es sich um einen unternehmensinternen Umstand, der unter Umständen nur schwer nachweisbar ist und von Unternehmen manipuliert werden kann (beispielsweise durch Gewinnverlagerungen im Konzern). (...) Interna des Unternehmens sollten daher keinen Ausschlag dafürgeben, ob Verbraucher geschützt werden oder nicht. Vielmehr sollte allein die Verkehrsanschauung maßgeblich sein.“⁷⁰² Während der Hinweis auf die Klausel-Richtlinie und deren Miteinbeziehung der „dem öffentlich-rechtlichen Bereich“ zuzurechnenden Gewerbetreibenden mE diese Rechtsansicht nicht eindeutig indiziert (warum sollten diese, möglicherweise ausgegliederten, Unternehmen gerade nicht in Gewinnabsicht

⁶⁹⁶ Vgl. Faber, ZEuP 1998, 868 f.; aM offenbar Augenhöfer, Ein „Flickenteppich“ oder doch der „große Wurf“? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken, ZfRV 2005, 204 (209), die die selbstständige Tätigkeit nicht als Tatbestandsmerkmal der Gewerbetreibendendefinition der UGP-Richtlinie erkennt.

⁶⁹⁷ Vgl. Faber, ZEuP 1998, 869 f.; Denkinger, Verbraucherbegriff 275; Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 20.

⁶⁹⁸ Vgl. ebd.

⁶⁹⁹ Vgl. Denkinger, Verbraucherbegriff 275 f.; Faber, ZEuP 1998, 869; Riepl, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 20, Micklitz, Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG. Auf dem Weg zu einem europäischen Verbrauchervertriebsrecht, ZeuP 1999, 875 (878); aM Heinrichs, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes – Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber, NJW 1996, 2190 (2191), allerdings nicht zur Richtliniendefinition selbst, sondern zur Umsetzung der Klausel-Richtlinie in § 24a AGBG.

⁷⁰⁰ Vgl. Remien, ZEuP 1994, 38.

⁷⁰¹ Vgl. Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 786 f, 793 f.

⁷⁰² Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 786 f; ebenso Faber, ZEuP 1998, 869.

handeln?), spricht auch die Umsetzungspraxis einiger Mitgliedstaaten, darunter auch Österreich (vgl zur Stellung der Gewinnerzielungsabsicht im KSchG unten Seite 194), welche die Gewinnabsicht in ihrer Unternehmerdefinition dezidiert nicht voraussetzen, bzw die Bedeutungslosigkeit der Gewinnerzielungsabsicht für den Unternehmensbegriff im europäischen Wettbewerbsrecht⁷⁰³ für diese Meinung. Dennoch vermag wohl nur eine unionsgesetzliche Revision des Acquis diese bis dato sekundärrechtlich ungelöste Frage verbindlich zu lösen.⁷⁰⁴

Getrennt von der Gewinnerzielungsabsicht ist die Frage zu betrachten, ob gemeinnützige Organisationen unter den Unternehmerbegriff der Verbrauchervertragsrichtlinien subsumiert werden können. Das EG-Verbraucherrechtskompendium kritisiert die diesbezügliche Unschärfe der Sekundärrechtsakte mehrmals⁷⁰⁵, bietet allerdings keine Lösungsvorschläge. Mangels negativer Anhaltspunkte können, bei Erfüllung der eben aufgestellten Kriterien, gemeinnützige Organisationen wohl der unionsrechtlichen Definition des Unternehmers gerecht werden. Auch diese Frage bedarf wohl einer unionsgesetzlichen Novellierung.⁷⁰⁶

Vorerst lässt sich also als Ergebnis festhalten, dass Gewerbetreibende und Freiberufler, wie auch Landwirte regelmäßig das funktionelle Element der sekundärrechtlichen Unternehmerdefinitionen erfüllen werden, wenn das betreffende Rechtsgeschäft in Zusammenhang mit der von Ihnen ausgeübten Tätigkeit steht.⁷⁰⁷

(3) Die „berufliche Tätigkeit“

Probleme bereitet in diesem Zusammenhang die gleichzeitige Erwähnung der „*beruflichen Tätigkeit*“. Wiewohl einzelne Elemente der beruflichen Agitation, wie die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit oder die Entgeltlichkeit, mit Sicherheit der gewerblichen Tätigkeit entsprechen, ist das Handeln auf eigene Rechnung und Gefahr und wohl auch das planmäßige Vorgehen, in Auslegung des Wortlauts, außerhalb der selbstständigen Agitation nicht Bestandteil der beruflichen Tätigkeit. Es könnte durch diesen Begriff also auch die unselbstständige Tätigkeit in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinien miteinbezogen sein.⁷⁰⁸ Betrachtet man systematisch das von den Verbraucherrichtlinien konstruierte Begriffspaar der „*beruflichen*“ und „*gewerblichen*“ Tätigkeit, lässt der Wortlaut der Richtlinien diese Interpretation ohne weiteres zu⁷⁰⁹: Warum überhaupt die berufliche Tätigkeit

⁷⁰³ Vgl *Schwintowski*, Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht, *ZeUP* 1994, 294 (300).

⁷⁰⁴ So auch der Vorschlag von *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 786 f.

⁷⁰⁵ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 184, 186, 536, 538.

⁷⁰⁶ Vgl den diesbezüglichen Vorschlag bei *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 185, 538, 850.

⁷⁰⁷ Vgl *Micklitz*, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, *ZeUP* 1993, 522 (524); *Remien*, *ZEUP* 1994, 38; *Heinrichs*, *NJW* 1996, 2191; *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 406; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 279 f; *Faber*, *ZEUP* 1998, 870.

⁷⁰⁸ Vgl *Faber*, *ZEUP* 1998, 871; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 276.

⁷⁰⁹ Vgl *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 21.

erwähnen, wenn nicht der unselbstständige Arbeitnehmer miteinbezogen werden sollte?⁷¹⁰ Könnten also unselbstständig Erwerbstätige tatsächlich vom Unternehmerbegriff der Verbraucherrichtlinien umfasst sein?

Dagegen spricht wohl zunächst der allgemeine Sprachgebrauch, der generell die Einordnung von Arbeitnehmern in die Kategorie der Unternehmer nicht zulässt, da das implizit vorausgesetzte wirtschaftliche Risiko beim Arbeitnehmer nicht gegeben ist.⁷¹¹ Auch der telos der Verbrauchervertragsrichtlinien deutet in diese Richtung: Die unionsgesetzlich intendierte und in den Kompetenznormen manifestierte Anhebung des Verbraucherschutzniveaus deutet auf den, zumindest *auch* zu verwirklichenden, Schutz des prinzipiell unterlegenen Vertragspartners vor dem typischerweise überlegenen Rechtssubjekt hin. Nun ist diese typische Überlegenheit bei einem Gewerbetreibenden oder einem selbstständig Berufstätigen nicht allzu schwierig argumentierbar, da diese regelmäßig eigenverantwortlich und nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen am Markt auftreten – nichts von alledem trifft allerdings auf den unselbstständig Beschäftigten (wie auch auf den Verbraucher im Sinne der Verbrauchervertragsrichtlinien) zu.⁷¹²

Als Argument gegen die Einbeziehung des unselbstständig Erwerbstätigen kann auch die sprachliche Formulierung, genauer die Wahl des Vokabulars der englischen Fassung der Richtlinien dienen: der, neben „*trade*“ für das Gewerbe, äquivalent zur „*beruflichen Tätigkeit*“ eingesetzte Begriff lautet „*profession*“⁷¹³, teils wird von „*business or profession*“ gesprochen⁷¹⁴.⁷¹⁵ Diese Begriffe bezeichnen jedoch eindeutig freie Berufe, selbstständige Tätigkeiten, anderenfalls wäre der Terminus „*employment*“ zum Einsatz gekommen.⁷¹⁶

Bisweilen wird auch ins Treffen geführt, dass der 10. Erwägungsgrund der Klausel-Richtlinie⁷¹⁷ in seiner Bezugnahme auf Arbeitsverträge zwischen Verbrauchern und Arbeitnehmern differenziere - alle die Arbeitnehmertätigkeit betreffenden Rechtsgeschäfte seien daher nicht vom Schutzbereich der

⁷¹⁰ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 276 ff.

⁷¹¹ Vgl *Denkinger*, ebd mwN.

⁷¹² Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 873 f.

⁷¹³ Vgl etwa Art 2 Haustürgeschäfts-Richtlinie: „*For the purposes of this Directive: 'consumer' means a natural person who, in transactions covered by this Directive, is acting for purposes which can be regarded as outside his trade or profession; 'trader' means a natural or legal person who, for the transaction in question, acts in his commercial or professional capacity, and anyone acting in the name or on behalf of a trader.*“.

⁷¹⁴ Vgl etwa Art 2 lit c Klausel-Richtlinie: „*'seller or supplier' means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned*“; ebenso Art 2 Abs 2 Fernabsatz-Richtlinie sowie Art 1 Z 2 lit a) Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

⁷¹⁵ Vgl *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 21.

⁷¹⁶ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 278; *Faber*, ZEuP 1998, 874; *Riesenhuber*, System und Prinzipien 255; *ders*, Europäisches Vertragsrecht Rz 189; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 59 f.

⁷¹⁷ „*Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet mißbräuchlicher Klauseln kann der Verbraucher besser geschützt werden. Diese Vorschriften sollten für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten. Von dieser Richtlinie ausgenommen sind daher insbesondere Arbeitsverträge sowie Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.*“.

Richtlinien erfasst.⁷¹⁸ Dieses Argument lässt jedoch außer Acht, dass neben Arbeitsverträgen auch andere rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern denkbar sind (etwa Kaufverträge über im Eigentum des Unternehmens befindliche bewegliche Sachen), die noch immer die Frage offen lassen, ob ein unselbstständig Erwerbstätiger möglicherweise auch als Unternehmer hinsichtlich solch eines Geschäfts gelten kann und damit des verbraucherrechtlichen Schutzes entkleidet werden könnte.⁷¹⁹

Denkinger argumentiert zusätzlich, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber bekannt gewesen sei, dass die nationalen Verbraucherrechtsordnungen den Normadressatenkreis nur auf selbstständig Erwerbstätige beziehen würden.⁷²⁰ Somit würde eine gegenteilige Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers dazu führen, dass die nationalen Umsetzungen aufgrund der unzulässigen Verkürzung des durch die Richtlinien vorgegebenen persönlichen Geltungsbereiches unionsrechtswidrig wären, was von der Gemeinschaft gerade im Sinne des Gedankens der Mindestharmonisierung nicht gewollt gewesen sein dürfte.

Dieser Rückschluss kann auch aus einer Pauschalbetrachtung des jeweiligen telos der Richtlinien gezogen werden: Schließlich ist als vorrangiges Ziel der Verbrauchervertragsrichtlinien in den Erwägungsgründen stets die Absicherung des funktionierenden Binnenmarktes und die Stärkung des Verbrauchervertrauens angegeben⁷²¹ (vgl dazu unten Seite 252). Primär werden diese Ziele verwirklicht, wenn der Privatmann nicht mehr zögert, Waren, Teilzeitnutzungsrechte oder ähnliches persönlich, per Internet oder Telefon in einem anderen Mitgliedsstaat zu erwerben und dabei genau um seine rechtliche Gleichstellung Bescheid weiß.⁷²²

Wenn die mittlerweile aufgehobene Timesharing-Richtlinie 1994 nur von „*Berufsausübung*“ sprach, ohne zwischen „*gewerblicher*“ und „*beruflicher Tätigkeit*“ zu differenzieren, kann nichtsdestotrotz davon ausgegangen werden, dass der gesamte Bereich der unternehmerischen, selbstständigen Tätigkeit umfasst werden sollte.⁷²³ Es handelte sich wohl sachlich um einen exakt gleich

⁷¹⁸ Vgl *Heinrichs*, Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung – Erweiterung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle, NJW 1995, 153 (159).

⁷¹⁹ Ebenso *Riesenhuber*, System und Prinzipien 255 sowie *ders*, Europäisches Vertragsrecht Rz 189, der treffend festhält, dass sich diese Bestimmung nicht auf Verbraucherverträge mit Arbeitnehmern, sondern bloß auf Arbeitsverträge mit Verbrauchern bezieht; diese Wendung wiederholend *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 60.

⁷²⁰ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 278 f.

⁷²¹ Vgl auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat - Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands - weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651 endg, Punkt 2.1.1.

⁷²² So zum Kommissionsvorschlag der Klausel-Richtlinie (KOM(1990) 322 endg, ABl 1990 C 243, 2) *Hommelhoff*, AcP 192, 84.

⁷²³ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 279; ebenso auch *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 20: „*Das Merkmal der beruflichen Tätigkeit verläuft über weite Strecken ident mit der Charakterisierung der gewerblichen Tätigkeit*“.

abgesteckten, bereits in den Vorgängerrichtlinien postulierten Normadressatenkreis.⁷²⁴ Im Ergebnis gehörten demnach zur „*Berufsausübung*“ sämtliche Haupt-, Hilfs- und Nebengeschäfte, die auf irgend denkbare Weise Unternehmensinteressen dienen⁷²⁵, die begriffliche Abweichung war wohl als Produkt der Effektivierung des ganz spezifischen Regelungsgegenstandes der Timesharing-Richtlinie⁷²⁶ zu verstehen.

So muss auch die Definition des Richtlinienvorschlags zur Fernabsatz-Richtlinie⁷²⁷ verstanden werden, die in Art 2 den Verbraucher als „*jede natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie abgedeckten Geschäften im Hinblick auf eine Verwendung tätig wird, die als nicht berufsbezogen anzusehen ist*“, charakterisierte. Dass letztendlich in der Endfassung, dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates⁷²⁸ folgend, wieder die „*nicht gewerbliche oder berufliche Tätigkeit*“ Einzug in den Text der Richtlinie hielt, kann als Maßnahme rechtstechnischer Linearisierung und begrifflicher Stringenz, nicht jedoch als wesentliche Änderung gegenüber der Vorfassung gewertet werden.⁷²⁹

Im Ergebnis muss somit festgehalten werden, dass sich unselbstständige Erwerbstätigkeit wohl nicht unter den Begriff der „*beruflichen Tätigkeit*“ subsumieren lässt.⁷³⁰

Dies liegt einerseits in der schwierigen, ja beinahe unmöglichen Abgrenzung der beiden Begriffe „*berufliche*“ und „*gewerbliche*“ Tätigkeit, die als Begriffspaar wohl nur die Antipode zur rein der Privatsphäre zugehörigen Tätigkeit darstellen sollen⁷³¹, andererseits in der unionsrechtlich intendierten

⁷²⁴ Vgl *Lehmann*, Rezeption 76. Auch *Graf* geht offenkundig von der Gleichwertigkeit aus, wenn er zum persönlichen Anwendungsbereich der Timesharing-Richtlinie 1994 festhält: „*Vereinfacht kann gesagt werden, dass der Erwerber ein Verbraucher sein muss, der Verkäufer hingegen ein Gewerbetreibender*“, vgl *Graf*, Die EU-Vorgaben auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/I: Allgemeines Zivil- und Handelsrecht (1997) 1 (79); vgl auch *Mäsch*, Die Time-Sharing-Richtlinie – Licht und Schatten im europäischen Verbraucherschutzrecht, *EuZW* 1995, 9 (11), der im Zusammenhang mit der „*Erwerber*“-Definition der Timesharing-Richtlinie 1994, die ja einen nicht vorhandenen Zusammenhang zur „*Berufsausübung*“ fordert, nur vom Handeln „*zu privaten Zwecken*“ spricht.

⁷²⁵ Vgl *Pöttler*, Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung 102; *Pittl*, *WoBI* 1995, 212.

⁷²⁶ Vgl dazu *Staudenmayer*, Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts – Bausteine für ein europäisches Privatrecht?, in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 63 (69).

⁷²⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, KOM(1992)11 endg vom 20.05.1992, *ABl* 1992 C 156, 14.

⁷²⁸ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 19/95 vom Rat festgelegt am 29. Juni 1995 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 95/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, *ABl* 1995 C 288, 1.

⁷²⁹ Vgl dazu auch *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 74.

⁷³⁰ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 278 f, im Ergebnis ebenso *Krebs*, *DB* 2002, 519; *Heinrichs*, *NJW* 1995, 159; *Faber*, *ZEuP* 1998, 874; *P. Bydlinski/Haas*, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschafters für Schulden „seiner“ GmbH? – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 7 Ob 315/01a vom 11.2.2002, *ÖBA* 2003, 11 (15); *Lehmann*, Rezeption 76; aA offenbar *Jud*, *ÖJZ* 1997, 442; *Mohr*, *AcP* 204, 673; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 60; *Magnus* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 15. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter *Rz* 36 (32. *EL* April 2007).

⁷³¹ So *Faber*, *ZEuP* 1998, 868.

Homogenität des Schutzbereichs im europäischen vertragsbezogenen Verbraucherschutzrecht begründet sind.⁷³² Die Bestätigung dieser Rechtsansicht kann auch dem EG-Verbraucherrechtskompendium entnommen werden, die für den Verbraucher deklariert: „Die Verbraucherdefinitionen im europäischen Recht weisen zwar einen gemeinsamen Kern auf, die Richtlinien verwenden jedoch ihrem Wortlaut nach unterschiedliche Definitionen, die noch dazu in den einzelnen Sprachfassungen divergieren. Es sollte daher künftig eine einheitliche Definition für sämtliche verbraucherschützenden Richtlinien gefunden werden.“⁷³³ Nichtsdestotrotz ist davon auszugehen, dass diese Definitionen grundsätzlich einheitlich auszulegen sind.⁷³⁴ Für das funktionelle Deskriptionselement der Definition relevant ist hernach folgende Aussage: „Sämtliche Richtlinien setzen allerdings zumindest voraus, dass der Verbraucher - eine natürliche Person ist, - die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen, gewerblichen oder kommerziellen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“⁷³⁵ – Die offenkundig im EG-Verbraucherrechtskompendium lancierte prinzipielle Parität der Ausdrücke „beruflich“, „gewerblich“ und „kommerziell“ lässt auf die mangelnde Unterscheidbarkeit und auch Unterschiedlichkeit dieser Begriffe schließen, welche letztlich zur Annahme sekundärrechtlich einheitlich determinierter funktioneller Definitionselemente führt.

(4) Die „geschäftliche“ und die „handwerkliche“ Tätigkeit

Im Lichte dieser Ausführungen sind auch die zeitweilig in den Geltungsbereichsabgrenzungen der Sekundärnormen erwähnten Begriffe „geschäftliche Tätigkeit“ (E-Commerce-Richtlinie; Timesharing-Richtlinie) und „handwerkliche Tätigkeit“ (UGP-Richtlinie; Timesharing-Richtlinie) zu verstehen:

Wie oben skizziert, enthielten bereits die englischen Fassungen der Art 2 lit c Klausel-Richtlinie, Art 2 Abs 2 Fernabsatz-Richtlinie sowie Art 1 Z 2 lit a) Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Begriffstrias „trade, business or profession“ und inkludierten demnach auch die „geschäftliche“ Tätigkeit („business“), von der deutschen Fassung unberücksichtigt, in ihre funktionale Determinierung. Der Vorschlag zur UGP-Richtlinie enthielt diese Begriffstrias in seiner englischen Fassung⁷³⁶ etwa a priori, während die deutsche Fassung des Vorschlags⁷³⁷ bei der klassischen „gewerblichen oder beruflichen“ Tätigkeit verblieb. Der Rat⁷³⁸ schlug schließlich vor, zusätzlich den Terminus „craft“ in die

⁷³² Vgl Denkinger, Verbraucherbegriff 279.

⁷³³ Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 783.

⁷³⁴ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 549.

⁷³⁵ Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 767.

⁷³⁶ Vgl Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive) {SEC (2003) 724}, KOM(2003) 356 final of 18.06.2003, Art 2 lit a, c.

⁷³⁷ Vgl Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken){SEC (2003) 724}, KOM(2003) 356 endg vom 18.06.2003, Art 2 lit a, c.

⁷³⁸ Council of the European Union, 11630/04 (09.11.2004), on: Common Position adopted by the Council with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-

Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen des Art 2 zu integrieren, was, nach Bestätigung durch das Europäische Parlament⁷³⁹ auch in die Endfassung Eingang fand – wobei die deutsche Fassung weiterhin auf die „*geschäftliche*“ Tätigkeit verzichtete, die „*handwerkliche*“ aber sehr wohl in Art 2 übernahm.

Der Vorschlag zur aktuellen Timesharing-Richtlinie erklärt, dass die Definitionen der beiden Geschäftspartner jenen der UGP-Richtlinie entsprächen⁷⁴⁰ was insoweit bemerkenswert ist, als im deutschsprachigen Vorschlag bloß von der „*gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen*“ Tätigkeit die Rede ist⁷⁴¹, während Art 2 UGP-Richtlinie die Zwecke der „*gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen*“ Tätigkeit erwähnt. Dies muss wohl als Redaktionsversehen angesehen werden⁷⁴², in der englischen Fassung stimmt die Feststellung der Kommission nämlich mit der Formulierung des Vorschlags überein, beide enthalten die vier Nomen „*trade, business, craft or profession*“. ⁷⁴³ Die deutschsprachige Endfassung der Timesharing-Richtlinie enthält schließlich ebenfalls alle vier Begriffe, die „*handwerkliche*“ Tätigkeit wurde nachträglich integriert – einerseits wohl um mit der englischsprachigen Fassung konform zu gehen, andererseits um dem von der Kommission erwähnten Bereichsabgrenzungs-Vorbild der UGP-Richtlinie.⁷⁴⁴

Da allerdings die beiden kaum voneinander trennbaren Attribute „*beruflich*“ und „*gewerblich*“ ohnedies, wie oben dargelegt, auch handwerkliche und alle denkbaren geschäftlichen Tätigkeiten

consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No /2004 of the European Parliament and of the Council ("Unfair Commercial Practices Directive"), Interinstitutional File: 2003/0134 (COD).

⁷³⁹ Vgl. European Parliament legislative resolution on the Council common position for adopting a directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ("Unfair Commercial Practices Directive"), P6_TA(2005)0048, 17 f, 37.

⁷⁴⁰ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsrechten, langfristigen Urlaubsprodukten sowie des Wiederverkaufs und Tausches derselben {SEK(2007) 743} {SEK(2007) 744}, KOM(2007) 303 endg vom 07.06.2007, 11.

⁷⁴¹ Vgl. KOM(2007) 303 endg vom 07.06.2007, 16.

⁷⁴² Auch *Busch*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Timeshare-Richtlinie – ein richtiger Schritt auf dem Weg zur Überarbeitung des Verbraucheracquis?, GPR 2008, 13 (15 Fn 15) spricht in diesem Zusammenhang von mangelnder sachlicher Rechtfertigung.

⁷⁴³ Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday products, resale and exchange {SEC(2007) 743} {SEC(2007) 744}, KOM(2007) 303 final of 07.06.2007, 10, 15. Der Fehler des englischen Vorschlags („*craft*“ wurde zunächst nur beim „*consumer*“ in Art 2 lit f), nicht jedoch in der Definition des „*traders*“ in lit e) genannt) wurde nach Verbesserung durch das Europäische Parlament (vgl. European Parliament, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Session Document, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday products, resale and exchange, A6-0195/2008, 65) in der Endfassung behoben.

⁷⁴⁴ Die UGP-Richtlinie stand in mehrerlei Hinsicht Modell für die Timesharing-Richtlinie, wie etwa für die Beifügung „*die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt*“ noch zu zeigen sein wird.) zu entsprechen. Vgl. zur Entstehung der Verbraucher- und Unternehmerdefinition der überarbeiteten Timesharing-Richtlinie auch *Busch*, GPR 2008, 15 f.

erfassen, wird der jeweilige persönliche Geltungsbereich der E-Commerce-Richtlinie, der UGP-Richtlinie und der Timesharing-Richtlinie durch die Beifügung dieser Merkmale weder erweitert noch eingeschränkt.⁷⁴⁵ Vielmehr ist von einer definitionsspezifischen Unschärfe des Gemeinschaftsgesetzgebers auszugehen, die in Kombination mit Übersetzungsmängeln und Redaktionsversehen das Ergebnis inhomogener Abgrenzungswortlaute produziert.⁷⁴⁶

(5) Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie – der „Veranstalter“

Die Definition der „*Unternehmer*“ - Seite divergiert bei der Pauschalreise-Richtlinie deutlich von den Abgrenzungen der anderen Richtlinien: Zunächst sticht ins Auge, dass offenbar zwischen „*Veranstaltern*“ und „*Vermittlern*“ unterschieden wird und sohin zwei mögliche Unternehmerbegriffe statuiert werden.

Während der Vermittler rein agitativ definiert wird („*Person, welche (...) verkauft*“, vgl dazu unten Seite 170), spielt beim „*Veranstalter*“ auch das funktionelle Element eine Rolle („*nicht nur gelegentlich (...) organisiert und (...) verkauft*“): Gelegenheitsveranstalter werden vom Veranstalterbegriff der Richtlinie dezidiert ausgeschlossen.⁷⁴⁷ Die exakte Bedeutung dieser Wendung bleibt allerdings verborgen: wann genau jemand „*nicht nur gelegentlich*“ agiert, bzw an welchem Maßstab die Frequenz der Tätigkeit gemessen werden soll, geht aus der Pauschalreise-Richtlinie nicht hervor. Mit Recht wird daher im EG-Verbraucherrechtskompendium gefordert, diese unglückliche Formulierung aus der Definition zu entfernen.⁷⁴⁸

Nichtsdestotrotz bedeutet die Einschränkung auf das „*nicht nur gelegentliche*“ Handeln eine spürbare Abschwächung zur bislang geforderten „*gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit*“, so dass plötzlich

⁷⁴⁵ So speziell zur E-Commerce-Richtlinie *Ultsch*, Der einheitliche Verbraucherbegriff - §§ 13,14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben (2006) 67 ff.

⁷⁴⁶ Vgl auch *Martinek in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 13. Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien Rz 103 (13. EL Mai 1999), zum "Verkäufer"-Begriff der Timesharing-Richtlinie 1994: „*Man darf bekanntlich im Gewirr der juristischen Fachbegriffe der europäischen Rechtsordnungen nicht zu hohe Ansprüche an die redaktionelle Gesetzgebungskunst und Übersetzungskunst des Richtliniengebers stellen*“.

⁷⁴⁷ Vgl *Tonner*, EuZW 1990, 409; *Führich*, Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht, EuZW 1993, 347 (348); *ders*, Das neue Reiserecht nach der Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, NJW 1994, 2446 (2447, 2451); *Pöttler*, Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung 24.

⁷⁴⁸ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 226, 229, 241.

die Gewerbsmäßigkeit, im Gegensatz zum Konzept des Kommissions-Vorschlags⁷⁴⁹, für die Tatbestandsmäßigkeit nicht mehr von Bedeutung ist.⁷⁵⁰

Auch gemeinnützige Organisationen sind jedenfalls vom Veranstalter- und vom Vermittlerbegriff umfasst, die mangelnde Präzision der bisher besprochenen Verbraucherrichtlinien ist an dieser Stelle nicht zu konstatieren.⁷⁵¹ *Graziani-Weiss* folgert jedoch aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie, dass ein übliches Maß an reiseorganisatorischer Tätigkeit von Vereinen oder anderen juristischen Personen noch nicht zwingend den Unternehmerstatus begründet.⁷⁵²

c) Der Verbraucher

(1) Die Historie der negativen Formulierung – Der Vorschlag für die Verbraucherkredit-Richtlinie 1979 und der Vorschlag für die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1995

Die in den Richtlinien auffallend redundant wiedergegebene negativ formulierte Definition („*nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit*“) des funktionellen Definitionselements lässt zumindest einen gesicherten Schluss zu: Verbraucher ist jedenfalls nicht, wer als Gewerbetreibender, Freiberufler oder Landwirt ein Rechtsgeschäft, das im Zusammenhang mit dieser ausgeübten Tätigkeit steht, tätigt.⁷⁵³ Im Allgemeinen werden also etwa Handwerker oder auch kleine Gewerbetreibende nicht in die Schutzsphäre der Richtlinien einbezogen.⁷⁵⁴

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass die scheinbar so einzementierte juristische Formel der „*nicht beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit*“ auch auf europäischer Ebene bereits zur Diskussion gestanden ist.

Schon 1979 definierte der Vorschlag der Kommission für die Verbraucherkredit-Richtlinie⁷⁵⁵ den Verbraucher als „*eine natürliche Person, die überwiegend nicht im Rahmen einer gewerblichen oder*

⁷⁴⁹ Vgl Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Pauschalreisen, darunter auch Pauschalurlaubsreisen und Pauschalrundreisen, KOM(1988) 41 endg vom 21.03.1988, ABl 1988 C 96, 5; abgeändert durch das Europäische Parlament (ABl 1989 C 69, 96).

⁷⁵⁰ Vgl *Führich*, EuZW 1993, 348; *ders.*, NJW 1994, 2447; *Tonner in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 12. Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, Rz 12 (13. EL Mai 1999); vgl auch *Mayrhofer*, Anmerkungen zur Umsetzung der EG-Pauschalreisenrichtlinie in das KSchG, ZfRV 1995, 229 (231).

⁷⁵¹ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 226.

⁷⁵² Vgl *Graziani-Weiss*, Reiserecht in Österreich – Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie (1995) 24 f.

⁷⁵³ Vgl *Lehmann*, Rezeption 72; *Remien*, ZEuP 1994, 38; *Heinrichs*, NJW 1996, 2191.

⁷⁵⁴ Vgl *Krämer*, EWG-Verbraucherrecht 20.

⁷⁵⁵ Vgl Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, KOM(1979) 69 endg vom 21.02.1979, ABl 1979 C 80, 4, Art 1 Abs 2 lit a.

*beruflichen Tätigkeit handelt*⁷⁵⁶. Das Europäische Parlament⁷⁵⁷ änderte den Richtlinienentwurf ab und entfernte das Wort „überwiegend“, die Endfassung⁷⁵⁸ folgte schließlich dem Vorbild der weniger Jahre älteren Haustürgeschäfts-Richtlinie.

Auch im Legislativverfahren zur Verbraucherkredit-Richtlinie 2008⁷⁵⁹ schlug das Europäische Parlament im Änderungsantrag 33 eine abweichende Formulierung für den Kreditgeber vor, der als „eine natürliche oder juristische Person, die gewerbsmäßig Kredite gewährt oder zu gewähren verspricht“ definiert werden sollte. Dieser Vorstoß des Europäischen Parlaments wurde allerdings von der Kommission⁷⁶⁰ unterbunden und fand keinen Weg in die Endfassung.⁷⁶¹

Der Vorschlag der Kommission für die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁷⁶² sah wiederum folgenden Art 1 vor:

„Artikel 1

Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen

(1) Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutz-Mindestniveaus und des ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarkts.

(2) Im Sinne dieser Richtlinie gilt als

a) Verbraucher: jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht unmittelbar ihrer beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann

(...)

c) Verkäufer: jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft“

Da dieser Entwurf die gewerbliche Tätigkeit völlig aussparte, wäre denkbar, den Vorschlag als Wunsch der Kommission nach der Integration Gewerbetreibender in den Schutzbereich der Richtlinie

⁷⁵⁶ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷⁵⁷ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABI 1983 C 68, 89.

⁷⁵⁸ RL 87/102/EWG, ABI 1987 L 42, 48.

⁷⁵⁹ Vgl. Zweiter Bericht vom 2. April 2004 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Kredit an Verbraucher, A5-0224/2004 endg.

⁷⁶⁰ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG, KOM(2004) 747 endg vom 24.10.2004.

⁷⁶¹ Vgl. dazu auch *Dehn*, ÖBA 2009, 186.

⁷⁶² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, KOM(1995) 520 endg vom 18.06.1996, ABI 1996 C 307, 8.

zu interpretieren.⁷⁶³ Im Falle des Kontrahierens zweier Gewerbetreibender unterläge der Vertrag dem Schutzbereich der Richtlinie, wenn nicht zum Wiederverkauf oder zu Erwerbszwecken gekauft werden würde.⁷⁶⁴ Dies wurde, vor allem im Entwicklungsstadium der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, mitunter als bedeutsame Ausdehnung, ja nachgerade bahnbrechende Entwicklung im vertragsbezogenen Verbraucherschutzrecht der Europäischen Gemeinschaft anerkannt.⁷⁶⁵ Da jedoch, wie bereits oben beim Unternehmerbegriff erörtert, der Begriff der „*gewerblichen Tätigkeit*“ mit jenem der „*beruflichen Tätigkeit*“ in der Diktion des Gemeinschaftsgesetzgebers inhaltlich übereinstimmt⁷⁶⁶, muss in diesem Zusammenhang, wollte man der Kommission tatsächlich eine in diese Richtung tendierende Absicht unterstellen, von einer verunglückten Formulierung ausgegangen werden, zumal ja auch die Definition des Verkäufers keinen Hinweis auf die Gewerbetätigkeit enthielt.

Noch mehr Fragen wirft die Frage des „*unmittelbaren*“ Zusammenhangs zur beruflichen Tätigkeit auf.⁷⁶⁷ Wäre diese Formulierung in den europäischen Acquis integriert worden, so wären vom Schutzbereich der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auch Rechtsgeschäfte umfasst, die eine natürliche Person zu privaten Zwecken erwirbt, aber auch geschäftlich nutzt.⁷⁶⁸ Diese im Entwurf gewählte Formulierung hätte demnach die Dual-Use-Problematik, die bis dato in sekundärrechtlichen Verbraucherrechtsakten unangesprochen blieb, zum Thema akademischer Diskussionen und wohl auch höchstgerichtlicher Entscheidungen gemacht, ohne jedoch selbst eine praktikable Lösung anzubieten (vgl jedoch zur Dual-Use-Problematik unten Seite 153). Die Grenzziehung zwischen bloß mittelbar und unmittelbar tangierenden Rechtsgeschäften in jedem betreffenden Einzelfall zu ziehen, scheint jedenfalls übertrieben und trägt mit Sicherheit nicht zur, im Verbraucherschutzrecht gerade so zentralen, Rechtssicherheit bei.

Aus diesem Grund haben sowohl das Europäische Parlament⁷⁶⁹ als auch der Rat⁷⁷⁰ und zwar unabhängig voneinander, die vorgeschlagene Definition verworfen und sich bis zur

⁷⁶³ Vgl *Lehmann*, Rezeption 73; *Micklitz*, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485; *Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393; vgl auch *Schlechtriem*, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, 441 (443), der zwar auf die Schutzbedürftigkeit der Kleingewerbetreibenden aufmerksam macht, jedoch nicht auf deren mögliche Einbeziehung in die Definition des „*Zentralbegriff[s] des Verbrauchers*“ eingeht.

⁷⁶⁴ Vgl *Micklitz*, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229 (230 f).

⁷⁶⁵ Vgl etwa *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 77.

⁷⁶⁶ Vgl dazu auch *Faber*, ZEuP 1998, 874 ff.

⁷⁶⁷ Vgl *Micklitz*, EuZW 1997, 230; *Lehmann*, Rezeption 73 f.

⁷⁶⁸ Vgl *Schwartz*, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, ZeuP 2000, 544 (551); *Denkinger*, Verbraucherbegriff 299 Fn 799; *Augenhöfer/Luriger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 37, interpretieren „*unmittelbar*“ als „*überwiegend*“; vgl auch das Exempel *Staudenmayers* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 68, vom Arzt, der einen Computer für den privaten Nutzen ersteht, auf dem er auch die Rechnungen für Patienten verfasst; *Faber*, ZEuP 1998, 867, spricht von einem Verbraucherbegriff, der „*weiter [sei] als in der üblichen Diktion*“.

⁷⁶⁹ Vgl Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, ABl 1998 C 304, 30, Änderung 11.

dementsprechenden Manifestierung in der Endfassung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auf die altbekannte Verbraucherumschreibung der vorangegangenen Richtlinien berufen, wobei einerseits die „Unmittelbarkeit“ in der Verbraucherdefinition entfernt und andererseits die „gewerbliche“ Tätigkeit in die den jeweiligen Geschäftspartner skizzierenden Artikel integriert wurde.⁷⁷¹

(2) Der Verbraucher als reine Negativdefinition?

(a) Zwei potentielle Lösungsvarianten

Betrachtet man den ständig wiederkehrenden Wortlaut der Verbrauchervertragsrichtlinien, so kann die Wertung des funktionellen Verbraucherdefinitionselements als rein negativ formuliertes funktionelles Unternehmerdefinitionselement („berufliche oder gewerbliche Tätigkeit“ – „nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit“) nicht ex ante von der Hand gewiesen werden. Bereits 1976 hielt Reich nach entsprechenden Überlegungen zum wirtschaftlichen Verbraucherbegriff fest, dass es sich für die Rechtswissenschaft empfiehlt, den Verbraucher „in Umkehrung des Unternehmensbegriffs“ zu definieren.⁷⁷²

Auf der anderen Seite, und dies ist als zweite Lösungsmöglichkeit zu verstehen, könnte man die „nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit“ auch als *prinzipiell* nicht im Zusammenhang mit beruflichen oder gewerblichen Aktivitäten stehende Agitation verstanden wissen. Diese Interpretation würde also nur rein privates Tätigwerden zulassen, um in den Genuss der Verbraucherrechte zu kommen.⁷⁷³ Selbst zum Kommissionsvorschlag für die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, der ja, wie bereits oben dargelegt, für die Verbrauchereigenschaft forderte, dass zu einem Zweck gehandelt wird, der nicht *unmittelbar* der beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, also mithin bereits die mittelbare Zurechnung zur beruflichen Tätigkeit für die Entfaltung des Richtlinien-schutzes genügen ließ, könnte man vertreten, dass etwa eine Raumpflegerin, die einen Besen für die Ausübung ihres Berufes erstet, aus dem Verbraucherbegriff ausgeschlossen sein würde.⁷⁷⁴

⁷⁷⁰ Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 51/98 vom Rat festgelegt am 24. September 1998 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 98/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI 1998 C 333, 46, Begründung des Rates, Punkt III.

⁷⁷¹ Vgl. Staudenmayer in Schulte-Nölke/Schulze, Rechtsangleichung 69; ders., NJW 1999, 2393; zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Deutschland vgl. Mansel, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts, AcP 204 (2004), 396 ff.

⁷⁷² Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht 16 ff.

⁷⁷³ Denkinger, Verbraucherbegriff 282 f; ebenso (allerdings zum Unternehmerbegriff) Junker, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch – Der Richtlinien-vorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, DZWir 1997, 271 (272), der, noch zum Vorschlag der Kommission zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, welcher wie eben skizziert bei der Verkäuferdefinition bloß vom Handeln im Rahmen der beruflichen Tätigkeit sprach und die gewerbliche Agitation völlig aussparte, konstatierte, dass beispielsweise beim Gebrauchtwagenverkauf „von privat“ der persönliche Geltungsbereich der Richtlinie nicht tangiert sei.

⁷⁷⁴ Vgl. etwa Junker, DZWir 1997, 272.

Dieses Verständnis könnte als Paradigmenwechsel der bisherigen unionsrechtlichen Idee des Verbrauchers gewertet werden: Die beiden Verbraucherschutzprogramme 1975 und 1981 (vgl dazu oben Seite 101) beinhalteten ja noch folgende Definition: „*Der Verbraucher wird jetzt nicht mehr lediglich als Käufer oder Benutzer von Gütern und Dienstleistungen für den persönlichen, familiären oder kollektiven Bedarf betrachtet, sondern als jemand, der an allen Aspekten des sozialen Lebens, die unmittelbar oder mittelbar auf ihn als Verbraucher Auswirkungen haben können, Anteil nimmt.*“⁷⁷⁵. Sollte durch die Richtlinien also eine Einschränkung des Verbraucherbegriffes auf den rein privaten Gebrauch vorgenommen worden sein, wäre der dieser Erklärung zugrunde liegende Personenkreis wesentlich reduziert worden.⁷⁷⁶

(b) Der Meinungsstand der Lehre

Im Verständnis des Systems der Mindestharmonisierung als vom Unionsrechtsgesetzgeber verordneten kleinsten gemeinsamen Nenner gibt *Denkinger* der zweitgenannten Lösung, wonach nur privates Handeln vom unionsrechtlichen Verbraucherbegriff umfasst ist, den Vorzug. Die Ausweitung auf unselbstständig erwerbstätige Handlungen könne ja in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen erfolgen⁷⁷⁷ (vgl zur Irrigkeit der Annahme, die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs stehe im Konnex mit sekundärrechtlichen Mindestklauseln, unten Seite 259). Insofern könne hier nicht von einer spiegelbildlichen Definition des Verbrauchers gesprochen werden: der Unternehmerbegriff umfasst, wie oben dargestellt, den unselbstständig Erwerbstätigen eben nicht – und der Verbraucherbegriff schließt ihn, obwohl prima facie bloß durch eine Negation formuliert, deswegen auch nicht ein.⁷⁷⁸ Maßgeblich scheint also die Abgrenzung zwischen dem privaten Bereich und jenem der Erwerbstätigkeit zu sein.

Zur Klausel-Richtlinie (deren Verbraucherdefinition in ihrem Festhalten an der „*nicht gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit*“ jener der Haustürgeschäfts-, der Verbraucherkredit-, der Fernabsatz-, der Verbrauchsgüterkauf- und der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie, und damit einem repräsentativen Querschnitt sekundärrechtlichen Materials entspricht) hält *Kleindiek* fest, dass der Normzweck der Richtlinie auf Verbraucherschutz abstelle und sie daher nur zwischen gewerblich oder beruflich Tätigen und zu privaten Zwecken handelnden Verbrauchern gelte.⁷⁷⁹ *Reichert-Facilides* unterscheidet zwischen Verbraucherschutz in engerem („*ursprünglichem*“) und Verbraucherschutz in

⁷⁷⁵ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Punkt 3; die Entschließung des Rates vom 19. Mai 1981 betreffend ein zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher (Anhang), Punkt 4 verweist auf diese Definition..

⁷⁷⁶ *Lehmann*, Rezeption 72, bezeichnet daher das Verbraucherverständnis der Verbraucherschutzprogramme als „*materiellen*“, jenen der Richtlinien als „*formellen*“ Verbraucherbegriff.

⁷⁷⁷ Vgl *Riehm*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035 (1041).

⁷⁷⁸ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 283 f.

⁷⁷⁹ Vgl *Kleindiek* in *Hommelhoff/Jayme/Mangold*, Europäischer Binnenmarkt 308.

weiterem Sinne: Während er ersteres als Recht zwischen dem Gewerbstätigen und dem Endverbraucher, der rein als Privatabnehmer fungiert, skizziert, sieht er den Schutzbereich der Pauschalreise-Richtlinie als Paradebeispiel des Verbraucherschutzes im weiteren Sinn an, als ein Fallbeispiel für die Notwendigkeit einer normativen Vertragsgerechtigkeit zum Schutze einer Partei, selbst wenn diese „die Leistung für Zwecke ihrer Erwerbstätigkeit entgegennimmt“⁷⁸⁰. Auch diese Ansicht spricht, vorbehaltlich der Sonderregelung der Pauschalreise-Richtlinie, also gegen die Aufnahme unselbstständig Erwerbstätiger, die ja im Rahmen der hier diskutierten Fragestellung regelmäßig „für Zwecke ihrer Erwerbstätigkeit“ handeln, in die Schutzsphäre der analysierten Verbraucherrechtsrichtlinien. In diesem Sinne konstatiert auch *Graf* völlig zutreffend eine offene Abweichung zum österreichischen Recht: Während Rechtsgeschäfte, die im Hinblick auf die (unselbstständige) berufliche Tätigkeit abgeschlossen werden, von den Verbrauchervertragsrichtlinien nicht erfasst werden, sind nach österreichischem Recht „Verträge, die zu einem Zweck abgeschlossen werden, der der beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, nur dann nicht Rechtsgeschäfte, die von einem Verbraucher abgeschlossen werden, wenn die berufliche Tätigkeit im Rahmen eines Unternehmens erfolgt“⁷⁸¹. Allein der *Konnex* zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit verhindere die Subsumierbarkeit unter den sekundärrechtlichen Verbraucherbegriff.⁷⁸²

Zahlreiche weitere Meinungen schließen sich dieser Ansicht an und erkennen schlichtweg nur jene natürliche Personen als Verbraucher im Sinne des Sekundärrechts an, die eindeutig zu *privaten Zwecken* handeln.⁷⁸³ *Henkel* kommt zwar im Ergebnis zur selben Lösung, konstatiert schließlich jedoch, dass nur unmittelbar die Berufstätigkeit betreffende Geschäfte die Verbrauchereigenschaft ausschließen, während nur mittelbar die berufliche Sphäre tangierende Verträge (wie etwa der Kauf von Arbeitsbekleidung oder eines PKW für den Arbeitsweg) teleologisch sehr wohl vom Schutzzweck der Klausel-Richtlinie erfasst wären.⁷⁸⁴ Diese Ansicht ist jedoch eindeutig abzulehnen, da, wie oben dargestellt, bereits der Kommissions-Vorschlag der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die „Unmittelbarkeit“ als Kriterium in ihrer Verbraucherdefinition enthielt, was allerdings nie Eingang in den endgültigen Richtlinientext fand. Die historische Interpretation lässt demnach eine Unterstellung

⁷⁸⁰ *Reichert-Facilides*, Verbraucherschutz – Versicherungsnehmerschutz: Überlegungen im Blick auf das Projekt: "Restatement des Europäischen Versicherungsvertragsrechts" in FS Mayrhofer 179 f.

⁷⁸¹ *Graf* in *Koppensteiner*, Wirtschaftsprivatrecht 6, vgl dazu unten die Formulierung in § 1 KSchG.

⁷⁸² So *Graf*, Die Regelung des Verbrauchercredits in der EG und in Österreich, in *Schuhmacher* (Hrsg), Verbraucherschutz in Österreich und in der EG (1992) 151 (154 f), der an dieser Stelle noch zur Verbrauchercredit-Richtlinie 1987, deren Verbraucherdefinition wortlautident jener der Verbrauchercredit-Richtlinie 2008 entsprach, exemplarisch anführt: „Nimmt ein Verbraucher einen Kredit auf, um den Erwerb eines KFZ zu finanzieren, das er hauptsächlich im Rahmen seiner Angestelltentätigkeit einsetzt“, so wäre „die EG-Richtlinie [...] darauf jedoch nicht anwendbar“.

⁷⁸³ Vgl *Micklitz*, EuZW 1999, 485; *ders*, ZeuP 1999, 878; ebenso im Ergebnis *Krebs*, DB 2002, 520; *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2050; *Magnus* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 15. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter Rz 30 (32. EL April 2007); *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht² (2007) 94.

⁷⁸⁴ Vgl *Henkel*, Inhaltskontrolle 42 Fn 349, 53.

der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers, diesen Gesichtspunkt in der Umschreibung des Verbrauchers zu berücksichtigen, nicht zu.

Auf die eben skizzierte Meinungspluralität hinsichtlich der Interpretation der europäischen Sekundärrechtsnormen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum weist auch das EG-Verbraucherrechtskompodium hin.⁷⁸⁵ Die mehrheitlich vertretene Ansicht der unionsrechtlichen Integration lediglich privater Agitation in den sekundärrechtlichen Verbraucherbegriff scheint einem spezifisch-deutschen Grundverständnis des Verbraucherbegriffs zu entspringen: In Deutschland wird ja bereits durch die Definition des Verbraucherbegriffs in § 13 BGB⁷⁸⁶ klargestellt, dass ein Arbeitnehmer, der im Zusammenhang mit seiner unselbstständigen beruflichen Tätigkeit rechtsgeschäftlich in Aktion tritt, beispielsweise durch Kauf von Arbeitskleidung, als Verbraucher geschützt wird.⁷⁸⁷ Dieser Basisvorstellung folgt auch das deutsche AGBG, das in § 24a ausdrücklich festhält, dass nur eine selbstständige berufliche Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft aufhebt.⁷⁸⁸

(c) Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-361/89⁷⁸⁹ (Di Pinto) und Rs C-89/91⁷⁹⁰ (Shearson Lehman Hutton/TVB)

Bereits in der Entscheidung *Bertrand/Ott* erwähnte der EuGH das Kriterium des Handelns zu rein privaten Zwecken.⁷⁹¹ Noch plakativer und erstmals zu einer gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzrichtlinie sollte dies jedoch im Zuge des Judikats zum Fall *Di Pinto* geschehen:

Der Angeklagte Patrice di Pinto war Geschäftsführer der *SARL Groupement de l'immobilier et du fonds de commerce*. Diese französische Gesellschaft agierte als Herausgeber eines branchenspezifischen Periodikums, das Inserate betreffend den Verkauf von Gewerbebetrieben beinhaltete, und akquirierte ihren Kundenstock durch erste telefonische Kontaktaufnahme, mit anschließender persönlicher Beratung in den Räumlichkeiten des anzuwerbenden Unternehmens bzw in den Privaträumlichkeiten deren Vertreter. Am 28. März 1989 verurteilte das Tribunal de grande

⁷⁸⁵ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompodium, 778.

⁷⁸⁶ „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“.

⁷⁸⁷ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompodium 548.

⁷⁸⁸ Also etwa der Lehrer, der zu Unterrichtszwecken einen Computer anschafft, oder der Kellner, der einen Smoking zu beruflichen Zwecken erwirbt, geschützt sind, vgl *Heinrichs*, NJW 1996, 2191. *Heinrichs*, ebd, spricht allerdings offen von einer möglicherweise nicht der Richtliniendefinition entsprechenden Umsetzung in Deutschland, die allerdings durch die in Art 8 der umgesetzten Klausel-Richtlinie statuierte Mindestharmonisierungsklausel gemeinschaftsrechtskonform ist. Wie bereits erörtert und unten weiter auszuführen sein wird, hat die mitgliedstaatliche Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs jedoch nichts mit der Inanspruchnahme sekundärrechtlicher Mindestklauseln zu tun.

⁷⁸⁹ EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189.

⁷⁹⁰ EuGH, Rs C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*, Slg 1993, I-139.

⁷⁹¹ Vgl EuGH, Rs 150/77, Slg 1978, 1431 Rn 21.

instance Paris den Angeklagten wegen Verstößen gegen das französische Gesetz über Haustürgeschäfte, schließlich hätten Vertreter des Angeklagten bei Abschluss eines entsprechenden, als Haustürgeschäft zu qualifizierenden, Vertrages das Entgelt in bar entgegengenommen sowie, ebenfalls entgegen den Bestimmungen des französischen Gesetzes über Haustürgeschäfte, keine Widerrufsbelehrung erteilt. Im Berufungsverfahren vor dem Cour d'appel Paris machte der Angeklagte geltend, dass sein Kontrahent ohnedies ein Gewerbetreibender im Sinne der Haustürgeschäfts-Richtlinie sei, selbst wenn er vorhabe, eben dieses Gewerbe aufzugeben. Zudem würde die, im französischen Gesetz über Haustürgeschäfte nicht existierende, Eröffnung des Schutzbereiches für Gewerbetreibende gegen die genannte Richtlinie verstoßen. Die Cour d'appel Paris legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor:

„1) Genießt ein Gewerbetreibender bei einem Haustürgeschäft zum Zweck des Verkaufs seines Gewerbebetriebs den durch die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Dezember 1985 eingeführten Verbraucherschutz?

2) Ist Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe e des Gesetzes vom 22. Dezember 1972 mit der vorgenannten Richtlinie und den anderen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Verbraucher bei Haustürgeschäften vereinbar?“⁷⁹²

Generalanwalt *Mischo* hielt fest, dass der persönliche Geltungsbereich der Haustürgeschäfts-Richtlinie konkret definiert sei, wodurch ein und dieselbe Person einmal Verbraucher, das andere Mal wiederum Gewerbetreibender sein könne.⁷⁹³ Wesentlich sei jedenfalls das Faktum, dass ein durchschnittlicher Gewerbetreibender bei Vorbereitungshandlungen zum Verkauf seines Gewerbebetriebes, außer im seltenen Falle der Eigentümerschaft über mehrere Betriebe oder Gaststätten, die des Öfteren ge- oder verkauft worden waren, gerade nicht über die Erfahrungen und Kenntnisse verfüge, die ihn von einem Privatmann unterscheiden sollten.⁷⁹⁴ Generalanwalt *Mischo* erkennt letztlich den „ganz offensichtlich“ durchschnittliche Verbraucher und somit auch durchschnittliche Gewerbetreibende erfassenden Schutzzweck der Richtlinie und führt aus, dass im vorliegenden Fall der Gewerbetreibende vom persönlichen Geltungsbereich derselben eingeschlossen wird.⁷⁹⁵

Der EuGH konstatierte in Anwendung der Grundsätze grammatischer Auslegung zur ersten Vorlagefrage, dass Art 2 der Richtlinie in seiner allgemeinen Fassung keine Unterscheidung „zwischen Rechtsgeschäften des laufenden Geschäftsbetriebs und solchen mit Ausnahmecharakter“⁷⁹⁶ träfe. Verträge, die in vorbereitender Funktion den Verkauf des Gewerbebetriebes zum Gegenstand haben, „stellen jedoch Rechtsgeschäfte der Betriebsführung dar, die der Gewerbetreibende zur Befriedigung

⁷⁹² EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 12.

⁷⁹³ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 12. Dezember 1990, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 19.

⁷⁹⁴ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 12. Dezember 1990 Rn 22.

⁷⁹⁵ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 12. Dezember 1990 Rn 23.

⁷⁹⁶ EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 15.

*anderer als seiner familiären oder persönlichen Bedürfnisse vornimmt.*⁷⁹⁷ Teleologisch argumentiert der EuGH schließlich in Anerkennung der Tatsache, dass ein durchschnittlich erfahrener Gewerbetreibender sowohl über den Wert seines Betriebes, als auch über die Bedeutung jener Rechtsgeschäfte, die die Beendigung dieser Tätigkeit vorbereiten sollten, informiert sei und daher der von der Haustürgeschäfts-Richtlinie intendierte Schutz vor, durch den potentiellen Überraschungseffekt motivierter, unreflektierter rechtsgeschäftlicher Agitation, im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen könnte.⁷⁹⁸ Hinsichtlich der zweiten, im Verfahren unumstrittenen Vorlagefrage sieht der EuGH im Einklang mit Generalanwalt *Mischo*⁷⁹⁹ keine Unvereinbarkeit einer (die Geschäftsbeendigung vorbereitende) Gewerbetreibende ebenfalls schützenden nationalen Regelung mit europäischem Sekundärrecht, da Art 8 der Haustürgeschäfts-Richtlinie (Mindestharmonisierungs-Klausel) explizit die mitgliedstaatliche Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs erlaube⁸⁰⁰.

Der Generalanwalt lässt bis auf den Hinweis, dass die von ihm erwähnte kleine Gruppe der in Rechtsgeschäften solcher Art erfahrenen Gewerbetreibenden wohl eher eigeninitiativ Unternehmen wie jenes des Patrice Di Pinto kontaktieren würde, offen, ob ebendiese Gewerbetreibende nun ständig vom Schutz der Richtlinie erfasst sein sollten oder es auf die Abwägung im Einzelfall ankomme - unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bzw einer wünschenswert vorhersehbaren Verbrauchergeschäftsdefinition ein zumindest zweifelhafter Erklärungsversuch. Während der Generalanwalt von einem konkreten Schutzverständnis im Sinne einer antizipierten Schutzbedürftigkeit des Gewerbetreibenden, der Geschäfte abschließt, die nicht seinem *gewöhnlichen* Tätigkeitsbereich zurechenbar sind, ausgeht, hält der EuGH⁸⁰¹ *expressis verbis* fest, dass *jeglicher* Zusammenhang zwischen dem Vertragszweck und der geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeit bereits die Anwendbarkeit der Verbraucherdefinition verhindere und bringt damit seine abstrakte, an typisierenden Merkmalen orientierte Schutzinterpretation, deren *„formalisiertes Verständnis des objektiv-funktionellen Tatbestandsmerkmals“*⁸⁰² mittels Wortlautinterpretation konstituiert wird, zum Ausdruck.⁸⁰³ Dies entspricht im Übrigen auch der vielfach geäußerten Forderung einer autonomen, andere Rechtsquellen oder mitgliedstaatliche Regelungen außer Acht lassenden, Auslegung unionsrechtlicher Begriffe.⁸⁰⁴

Interessanterweise begründet der EuGH seine Abweichung von der Rechtsansicht des Generalanwalts vorwiegend mit dem Argument der mangelnden *„Befriedigung anderer als seiner familiären oder*

⁷⁹⁷ EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 16.

⁷⁹⁸ Vgl EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 17-19.

⁷⁹⁹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 12. Dezember 1990 Rn 31-37.

⁸⁰⁰ Vgl EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 20-23.

⁸⁰¹ Vgl EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 15.

⁸⁰² *Denkinger*, Verbraucherbegriff 319.

⁸⁰³ Vgl dazu auch *Franzen*, Privatrechtsangleichung 467.

⁸⁰⁴ Vgl *Franzen*, ebd.

persönlichen Bedürfnisse“: Offenkundig als Tatbestandsmerkmal der Verbraucherdefinition erkannt, könne also jener Kontrahent, dessen geschäftliche Tätigkeit nicht in seiner Zweckausrichtung auf die persönliche Bedürfnisbefriedigung gerichtet ist, nicht vom Schutzbereich der Verbrauchervertragsrichtlinien erfasst werden. Damit stellt der EuGH klar, dass die Verbraucherdefinition auf privates Handeln zugeschnitten ist und exkludiert, ohne es allerdings explizit auszusprechen, unselbstständig Erwerbstätige, die für ebendiesen Zweck rechtsgeschäftlich aktiv werden, aus dem sekundärrechtlichen vertragsbezogenen Verbraucherschutz.

Ebenso, allerdings zu Art 13 ff EuGVÜ, argumentierte der EuGH in seiner Entscheidung im Falle *Shearson / TVB*:

Dem Ausgangsverfahren zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Shearson Lehmann Hutton / TVB* lag die, gegen das von der Shearson Lehmann Hutton Inc. übernommene Unternehmen E. F. Hutton & Company Inc. mit Sitz in New York (USA), eingebrachte Klage eines deutschen Unternehmens, der TVB Treuhandgesellschaft zu Grunde. Die TVB hatte zuvor den Anspruch von einem deutschen Richter zediert erhalten, der die Beklagte mit Wertpapier- Devisen- und Waretermingeschäften kommissionsweise beauftragt hatte und aus ebendiesem Vertragsverhältnis, das also ursprünglich zwischen dem Richter und der damals in Deutschland ansässigen E. F. Hutton & Company GmbH, die eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der erwähnten E. F. Hutton & Company Inc. war, eine Schadenersatzforderung wegen mangelnder Risikoaufklärung ableitete. Die Klägerin rief zur Geltendmachung dieses Anspruchs das Landgericht München, sowie als Berufungsgericht das Oberlandesgericht München an; die Beklagte erhob Revision an den BGH, welcher schließlich vier Vorlagefragen zu Art 13 EuGVÜ⁸⁰⁵ formulierte.

Generalanwalt *Darmon* erklärte gleich zu Beginn, dass zunächst die Anwendbarkeit des Art 13 Abs 2 EuGVÜ, und damit die Verbrauchereigenschaft des Zedenten, Gegenstand der Analyse und Kernfrage des vorliegenden Falles sein müsse.⁸⁰⁶ Dem Vorbringen der Klägerin zum Vorteil des Zedenten einer Übertragbarkeit der Verbrauchereigenschaft an den Zessionar zustimmend sieht der Generalanwalt dennoch die Lösung des Falles völlig unabhängig von Art und Umfang der abgetretenen Rechte⁸⁰⁷: Sowohl die grammatische als auch die teleologische Auslegung ergäben nämlich, dass das Ziel der betreffenden Bestimmung der Schutz der schwächeren bzw weniger erfahrenen Partei sei⁸⁰⁸. Das

⁸⁰⁵ Artikel 13 f EuGVÜ idF des Übereinkommens vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, ABl 1978 L 304, 1.

⁸⁰⁶ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 Rn 9, 22 f.

⁸⁰⁷ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 25 f.

⁸⁰⁸ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 30.

Brüsseler Übereinkommen schütze den Verbraucher durch das ausnahmsweise gewährte Gerichtsstandsprivileg⁸⁰⁹ jedoch nur, „soweit er persönlich Kläger oder Beklagter in einem Verfahren ist“⁸¹⁰ und zusätzlich „nur in Zusammenhang mit einem Vertrag (...), den er selbst geschlossen hat“⁸¹¹ Darmon nannte dies die „doppelte Voraussetzung“⁸¹² der Verbrauchereigenschaft im Sinne der Art 13 ff EuGVÜ. Unter Bezugnahme auf das Gutachten Prof. Schlossers⁸¹³ sowie das Urteil im Falle Bertrand/Ott sollten von den gerichtsstandsbezogenen Sonderregelungen des EuGVÜ ausschließlich private Endverbraucher profitieren.⁸¹⁴

Der EuGH verwies in seiner Entscheidung zunächst auf die Rechtsprechung im Fall Bertrand/Ott zum Thema autonome Auslegung der Definitionen des Übereinkommens⁸¹⁵, um dann nachdrücklich die Zielsetzung der Art 13 ff EuGVÜ in Erinnerung zu rufen, den „Verbraucher als den wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu schützen“⁸¹⁶. Im Einklang mit der in dieser Entscheidung herausgearbeiteten Urteilsbegründung und mit dem Schlosser-Bericht⁸¹⁷ ergäben zudem sowohl die teleologische wie auch die grammatische Auslegung, dass nur dem zu privaten Zwecken agierenden Endverbraucher der Schutzbereich des Übereinkommens offen stehe, welcher auch nicht auf Personen, die dieser spezifischen Vorsorge nicht bedürfen, ausgedehnt werden könne⁸¹⁸: „Das Übereinkommen schützt, wie der Generalanwalt in Nr. 26 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, den Verbraucher nämlich nur, soweit er persönlich Kläger oder Beklagter in einem Verfahren ist.“⁸¹⁹

Diese Argumentationslinie des EuGH impliziert also die Zustimmung zur von Generalanwalt Darmon konzipierten Systematik der „doppelten Anwendbarkeitsvoraussetzung“ der Art 13 ff EuGVÜ: Der „Verbraucher“ kann selbstverständlich nur dann „persönlich Kläger oder Beklagter“ in einem Verfahren sein, wenn zuvor seine Verbrauchereigenschaft konstituiert wurde, was wiederum nur in Erfüllung eines (in diesem Falle EG-rechtlich grundierten) Verbrauchergeschäftstatbestands durch Kontrahieren mit einem Gewerbetreibenden möglich ist.

⁸⁰⁹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 19, 21.

⁸¹⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 26.

⁸¹¹ Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 28.

⁸¹² Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 29.

⁸¹³ Bericht von Professor Schlosser zu dem Übereinkommen vom 9. Oktober 1978 über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, ABl 1979 C 59, 71, Nr. 153.

⁸¹⁴ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 27. Oktober 1992 Rn 33.

⁸¹⁵ Vgl EuGH, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 Rn 13.

⁸¹⁶ EuGH, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 Rn 18.

⁸¹⁷ Vgl oben FN 813.

⁸¹⁸ Vgl EuGH, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 Rn 19, 22.

⁸¹⁹ EuGH, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 Rn 23.

Der Vollständigkeit wegen sei an dieser Stelle auf die Entscheidung *Henkel*⁸²⁰ hingewiesen, die auf einem Vorabentscheidungsersuchen des OGH basierte: Obiter dictum hielt der EuGH unter Berufung auf *Shearson Lehmann Hutton* fest, dass dem österreichischen Verein für Konsumenteninformation (VKI) als klagslegitimierter Partei niemals das Privileg der Art 13 ff EuGVÜ zuteilwerden könne: „Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil vom 19. Januar 1993 in der Rechtssache C-89/91 (*Shearson Lehman Hutton*, Slg. 1993, I-139) festgestellt hat, kann eine juristische Person, die als Zessionarin der Rechte eines privaten Endverbrauchers auftritt, ohne selbst an einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einer Privatperson beteiligt zu sein, nicht als Verbraucherin im Sinne des Brüsseler Übereinkommens angesehen werden und folglich auch nicht die Artikel 13 bis 15 dieses Übereinkommens in Anspruch nehmen. Diese Auslegung gilt auch dann, wenn ein Verbraucherschutzverein wie der Kläger zugunsten von Verbrauchern eine Verbandsklage erhebt.“⁸²¹ Die zu *Shearson Lehmann Hutton* erläuterte Haltung des EuGH wurde demnach bereits vollinhaltlich bestätigt.

Die Formulierungen des EuGH zum Thema privater Endverbrauch lassen sich in mehreren Entscheidungen und Schlussanträgen wieder finden, so auch in den Fällen *Benincasa/Dentalkit*⁸²² (zu Art 13 ff EuGVÜ; näheres dazu unten Seite 150), *Gruber/Bay Wa*⁸²³ (zu Art 13 ff EuGVÜ; näheres unten Seite 155) und *Idealservice*⁸²⁴ (in diesem Fall zur Klausel-Richtlinie; vgl oben Seite 116).

(d) Die Gruppe der „Nichtverbraucher“

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass zwei Gruppen weder unter den jeweiligen Verbraucherbegriff der Richtlinien subsumiert werden können, noch unter den jeweiligen Unternehmerbegriff: Juristische Personen, die zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann sowie unselbstständig Erwerbstätige werden unionsrechtlich weder geschützt, noch als Unternehmer in den Geltungsbereich einbezogen.⁸²⁵ Aus der Interpretation durch

⁸²⁰ EuGH, Rs C-167/00, *Henkel*, Slg 2002, I-8111.

⁸²¹ EuGH, Rs C-167/00, Slg 2002, I-8111 Rn 33.

⁸²² Vgl EuGH, Rs C-269/95, *Francesco Benincasa/Dentalkit Srl*, Slg 1997, I-3767, Rn 17 f; Schlussanträge des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo Colomer* vom 20. Februar 1997, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767, Rn 36.

⁸²³ Vgl EuGH, Rs C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg 2005, I-439 Rn 35 ff.

⁸²⁴ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 14. Juni 2001, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, Slg 2001, I-9049 Rn 17 f.

⁸²⁵ *Denkinger*, Verbraucherbegriff 284 f, bezeichnet diese Gruppe als „Nichtverbraucher“; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 64 f, erkennt hingegen ein „Komplementärverhältnis“ zwischen den europäischen Verbraucher- und Unternehmerbegriffen: Selbst wenn man jedoch mit *Meškić* unselbstständig Erwerbstätige als Unternehmer iSd Richtlinien qualifiziert, bleiben noch immer juristische Personen, die zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, mit Sicherheit sowohl von der Verbraucher- als auch von der Unternehmerdefinition der Sekundärrechtsakte exkludiert, weshalb keinesfalls von einem reinen Komplementärverhältnis gesprochen werden kann. Differenzierend *Riesenhuber*, System und Prinzipien 254 ff, der zwar juristische Personen, die nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken handeln als Nichtverbraucher erkennt, unselbstständig Erwerbstätige jedoch stets unter die sekundärrechtliche Verbraucherdefinition subsumiert.

den EuGH ergibt sich zudem, dass als Verbraucher nur der Endabnehmer in Betracht kommen soll, also das letzte Glied der Absatzkette.⁸²⁶ Trotz nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum und entsprechender höchstgerichtlicher Judikatur, wird vom EG-Verbraucherrechtskompendium zu diesem Problemkomplex angemerkt, dass eine gemeinschaftsweite Klarstellung dieser Frage durch den Gesetzgeber von Nöten sei.⁸²⁷

(3) Gründungsgeschäfte

(a) Der Inhalt der Verbrauchervertragsrichtlinien

Nicht geregelt wird in den Verbrauchervertragsrichtlinien, ob natürliche Personen, die im Zuge der Unternehmensgründung rechtsgeschäftlich tätig werden, ebenfalls unter den Verbraucherbegriff subsumiert werden können. Der Wortlaut der Verbrauchervertragsrichtlinien gibt diesbezüglich nicht viel her, da einerseits die häufig zitierte Wendung „im Rahmen“ gegen diese Lösung spräche⁸²⁸, während bei Fokussierung auf die „gewerbliche oder berufliche Tätigkeit“ wiederum angenommen werden könnte, dass *jede* damit in Zusammenhang stehende rechtsgeschäftliche Aktivität bereits den Verbraucherstatus verhindere⁸²⁹.

Für das Unionsrecht wird überwiegend vertreten, dass Geschäfte, die der Gründung einer selbständigen Existenz dienen, generell *nicht* als Verbrauchergeschäfte anzusehen sind.⁸³⁰ Diese Auffassung wird durch die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie bekräftigt, deren Erwägungsgrund 29 vorsieht: „Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften den Schutz dieser Richtlinie auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden.“⁸³¹

⁸²⁶ Vgl. Bodewig, DZWIR 1997, 449; Micklitz, EuZW 1999, 485; ders., ZeuP 1999, 878; Lehmann, Rezeption 76. So auch zum Rechtsstand von 1985 Krämer, EWG-Verbraucherrecht 20; zur internationalen Begrifflichkeit Reichert-Facilides in FS Mayrhofer 180. Zur ungenügenden Abgrenzungsfunktion der Letztverbraucher-Eigenschaft für den Verbraucherbegriff per se, die konsequenterweise auch Unternehmer, die die Ware nicht weiterveräußern oder –verarbeiten in den Schutzbereich inkludieren würde vgl. Pfeiffer in Schulte-Nölke/Schulze, Rechtsangleichung 26.

⁸²⁷ Vgl. Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 781 f.

⁸²⁸ Im Rahmen einer Tätigkeit kann nur nach Beginn der Ausübung derselben agiert werden, vgl. Faber, ZEuP 1998, 889 f.

⁸²⁹ Vgl. Faber, ZEuP 1998, 890.

⁸³⁰ Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 781; Jud., ÖJZ 1997, 442; Dehn, ÖBA 2009, 186; Micklitz, ZeuP 1999, 878; vorsichtig Faber, ZEuP 1998, 863, 891 f.; aA zur Klausel-Richtlinie unter Berufung auf die regelmäßig fehlende Branchenerfahrung Henkel, Inhaltskontrolle 44.

⁸³¹ RL 2002/65/EG, ABl 2002 L 271, 16, ErwGr 29; vgl. auch Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 781; Meškić, Europäisches Verbraucherrecht 53.

(b) Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-269/95⁸³²
(Benincasa / Dentalkit)

1995 hatte der EuGH drei Vorlagefragen zu einem Rechtsstreit zwischen der Dentalkit Srl (der Beklagten) und Francesco Benincasa (dem Kläger) zu beantworten. Das Unternehmen Dentalkit verwaltete eine Kette von Franchisegeschäften und schloss 1992 in Florenz einen diesbezüglichen Vertrag über die Einrichtung und den Betrieb eines Geschäftes mit dem in München ansässigen Francesco Benincasa. Dieser focht, bereits nach Aufgabe des Betriebes, den Vertrag aus verschiedenen Gründen an, machte Nichtigkeit geltend und erklärte den Widerruf des Vertrages, der nach deutschem Recht insgesamt unwirksam sei (dasselbe gelte für die nachfolgend abgeschlossenen Kaufverträge). Das in diesem Zuge angerufene Landgericht München I verneinte seine Zuständigkeit, da es sich nicht um eine Verbrauchersache handle, die beim Oberlandesgericht München vom Kläger eingebrachte Berufung führte schließlich zur Formulierung von drei Vorlagefragen dieser Instanz an den EuGH, wovon die erste, für die vorliegende Untersuchung relevante, lautete: *„Ist ein Kläger auch dann als Verbraucher im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 und Artikel 14 Absatz 1 des Übereinkommens anzusehen, wenn die Klage einen Vertrag betrifft, welchen der Kläger nicht zum Zwecke einer bereits ausgeübten gewerblichen Tätigkeit, sondern einer erst künftig aufzunehmenden gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen hat (hier: Franchisevertrag zur Begründung eigener gewerblicher Existenz)?“*

In seinem Schlussantrag führte Generalanwalt Colomer aus, dass die, bereits in den Rechtssachen Société Bertrand / Paul Ott KG und Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung m. b. H. erwähnte, autonome Auslegung des im EuGVÜ definierten Verbraucherbegriffs einer an den nationalen Rechtsordnungen orientierten Interpretation vorzuziehen sei⁸³³, woran auch Art 129a EGV nichts ändere, da zum einen die rechtliche Tragweite des dort festgelegten „*hohen Verbraucherschutzniveaus*“ begrenzt sei und zum anderen Art 129a Abs 3 EGV expressis verbis die Beibehaltung oder Einführung strengere nationaler Regelungen erlaube⁸³⁴. Die Verbrauchereigenschaft des künftigen Franchisenehmers betreffend qualifizierte der Generalanwalt den (isoliert betrachteten) Franchisenehmer als rechtlich selbstständigen, echten Gewerbetreibenden, um anschließend auf die Rechtsprechung in den Fällen *Bertrand / Ott* und *Shearson Lehmann Hutton / TVB* mit ihrer Einschränkung auf den nicht zu Berufs- oder Gewerbebezwecken handelnden, privaten

⁸³² EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767.

⁸³³ „[...] und zwar aus zwei Gründen:

a) Die nationalen Rechtsordnungen brauchen nicht miteinander übereinzustimmen, da sie je nach Lage des Falles unterschiedliche Nuancierungen enthalten können: Die eine oder die andere zu berücksichtigen (was wäre das Unterscheidungskriterium?), würde der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, die das Brüsseler Übereinkommen gerade gewährleisten soll;

b) sogar innerhalb derselben nationalen Rechtsordnung kann es vorkommen, daß der Begriff des ‚Verbrauchers‘ je nach dem Bereich der Rechtsordnung, zu dem er gehört, verschieden ist.“, so Generalanwalt Colomer, Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 41; vgl auch Rn 46.

⁸³⁴ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 47.

Endverbraucher hinzuweisen.⁸³⁵ Die konkrete Formulierung des Art 13 EuGVÜ bekräftigend, analysierte Colomer: „Der Status eines Verbrauchers, auf den sich Artikel 13 des Brüsseler Übereinkommens bezieht, wird nicht durch eine vorab vorhandene subjektive Stellung bestimmt: Dieselbe natürliche Person kann in einem Sinne Verbraucher und in einem anderen Sinne Unternehmer sein. Ausschlaggebend sind also nicht die persönlichen Umstände des Rechtssubjekts, sondern die Stellung dieses Subjekts innerhalb eines bestimmten Vertrages in Verbindung mit dem Anwendungsbereich und dem Zweck dieses Vertrages.“⁸³⁶ Dem Franchisenehmer fehle es zwar fallweise an entsprechender geschäftlicher Erfahrung, jedoch könne deshalb die den Gegenstand des Franchisevertrags bildende Tätigkeit niemals als nicht dem gewerblichen oder beruflichen Bereich zurechenbar bezeichnet werden⁸³⁷ – Franchiseverträge seien eindeutig und notwendigerweise „kommerzieller Natur“⁸³⁸ und die persönlichen Umstände der Vertragsparteien vor dem Abschluss des Kontrakts ohne Bedeutung⁸³⁹. Der Generalanwalt vergaß dabei nicht, den telos von Art 13 EuGVÜ ins Zentrum seiner Argumentation zu stellen: Selbstverständlich sei der Schutz der schwächeren Partei einer vertraglichen Verbindung intendiert, nichtsdestotrotz werde der Verbraucherschutz der übereinkommensrechtlichen Sonderregelungen *nicht*, gleichsam isoliert betrachtet, durch diese Situation *allein*, sondern durch das *zusätzlich notwendige Element* des entsprechenden Vertragszwecks (der eben nicht auf einen Vertragsschluss „im Rahmen“ oder „im Hinblick auf die Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen“⁸⁴⁰ Tätigkeit hindeuten dürfe, sondern bloß den Rückschluss auf den privaten Endverbrauch zulassen solle) konstituiert⁸⁴¹

Der EuGH erklärte in seiner Entscheidungsbegründung zunächst im Einklang mit dem Generalanwalt und ebenso wie in den Rechtssachen *Société Bertrand / Paul Ott KG, Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung m. b. H.* und dem Strafverfahren gegen *Patrice Di Pinto* die Notwendigkeit einer autonomen Auslegung des Verbraucherbegriffs für die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Übereinkommens und bestätigte den Ausnahmecharakter der den Gerichtsstand betreffenden Sonderregelungen.⁸⁴² Auch an dieser Stelle wurde explizit der Schutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners als Ziel der Art 13 ff EuGVÜ betont.⁸⁴³ Dennoch sei der Verbraucherbegriff im gegebenen Zusammenhang eng auszulegen, es käme letztlich, auf die „Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung“⁸⁴⁴ und nicht auf die subjektive Stellung der Person an: „Wie der Generalanwalt in Nummer 38 seiner Schlussanträge zu Recht ausgeführt hat, kann ein und dieselbe

⁸³⁵ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 28, 36.

⁸³⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 38.

⁸³⁷ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 49.

⁸³⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 39.

⁸³⁹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 ebd.

⁸⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 52.

⁸⁴¹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20. Februar 1997 Rn 50-52.

⁸⁴² Vgl EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 12-14.

⁸⁴³ Vgl EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 17.

⁸⁴⁴ EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 16.

*Person im Rahmen bestimmter Vorgänge als Verbraucher und im Rahmen anderer Vorgänge als Unternehmer angesehen werden.*⁸⁴⁵. Der EuGH brachte schließlich zwei neue Elemente in die Entscheidungsbegründung ein: Erstens erfolgte eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs dahingehend, dass nur Einzelpersonen im privaten Verbrauch zur „*Deckung ihres Eigenbedarfs*“⁸⁴⁶ erfasst werden sollten. Zweitens, und das stellt den eigentlichen Sukkus der Entscheidung dar, befand der EuGH klar und explizit, dass im Einklang mit Wortlaut, Systematik und Zielsetzung der Art 13 ff EuGVÜ der besondere Schutz nur für Verträge gelte, die „*die ohne Bezug zu einer gegenwärtigen oder zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder Zielsetzung und unabhängig von einer solchen geschlossen*“⁸⁴⁷ werden würden.

Versteht man die Wendung des privaten Verbrauchs zur „*Deckung des Eigenbedarfs*“ streng wörtlich, so müsste man schon dem Familienvater, der für seine Kinder oder seine Frau einkaufen geht, die Verbraucherstellung absprechen.⁸⁴⁸ Teleologisch interpretiert will der EuGH mit dieser Formulierung wohl nur in deutlichen, wenngleich extensiv auszulegenden Worten die besondere Bedeutung des Handelns zu privaten Zwecken für die unionsrechtliche Zuordnung zum Verbraucherbegriff betonen, eine weitergehende Einschränkung ist höchstgerichtlich nicht intendiert.

Die explizite Hervorhebung der nicht maßgeblichen „*subjektiven Stellung*“ einer Person für deren Qualifikation als Verbraucher kann als Indiz für die untergeordnete Rolle persönlicher Eigenschaften bzw Umstände, wie beispielsweise der persönlichen rechtsgeschäftlichen Erfahrung, bei der Konstituierung der Verbraucherstellung erachtet werden; alleine die nicht-gewerbliche bzw – berufliche Tätigkeit beim konkreten Vertragsschluss scheint entscheidend zu sein, womit letztlich nur der private Endverbraucher und nicht der schwächere Vertragspartner geschützt sei.⁸⁴⁹

Der EuGH folgt damit wieder einer streng-limitierten Sichtweise unionsgesetzlicher Typisierung: Das Ungleichgewicht wird rein über den Zweck des Geschäfts konstituiert, dazu kommen in jeder Richtlinie enthaltene situative Gesichtspunkte. Die typisierende Betrachtung erachtet den nicht-beruflich oder nicht-gewerblich Handelnden als Minimalkonsens der schützenswerten Rechtssubjekte.

⁸⁴⁵ EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 ebd.

⁸⁴⁶ EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 17.

⁸⁴⁷ EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 18.

⁸⁴⁸ Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 862.

⁸⁴⁹ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 324.

(4) Das Dual-Use-Problem und die Ermittlung des Erwerbszwecks

(a) Der Inhalt der Verbrauchervertragsrichtlinien

Weiters steht die Frage im Raum, in welcher Form die konkrete Erwerbsabsicht der rechtsgeschäftlichen Partner ermittelt werden soll, das diesbezügliche Schweigen der Verbrauchervertragsrichtlinien wird auch im EG-Verbraucherrechtskompodium negativ bewertet.⁸⁵⁰ Denkbar sind dabei sowohl die Betrachtung der objektiven Verhältnisse als auch jene der dem Vertragspartner *erkennbaren* objektiven Umstände. *Bodewig* konstatiert zum persönlichen Geltungsbereich der Fernabsatz-Richtlinie, dass ein Lieferant, gerade bei Produkten, die sowohl privat als auch beruflich genutzt werden können, sich bei seinem Kontrahenten nach dessen Erwerbsabsicht erkundigen müsse, da er sich danach nicht darauf berufen können würde, dass eine etwaige Informationspflicht nicht vorlag, deren Voraussetzungen er aber nicht geprüft hatte.⁸⁵¹ Der potentielle Verbraucher wiederum sei bloß dann zur Auskunft über seine Nutzungsintention verpflichtet, wenn aufgrund der Natur des Vertragsgegenstands oder der Umstände für den Vertragspartner davon auszugehen sei, dass zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken gehandelt werde.⁸⁵²

Im Schrifttum folgt man ebenfalls überwiegend der Idee der *Erkennbarkeit* der Umstände für den Vertragspartner.⁸⁵³ Im Zweifelsfall ist vom privaten Verbraucherhandeln auszugehen, wenn eine natürliche Person kein Gewerbe betreibt – betreibt sie ein solches, sind nur solche Rechtsgeschäfte als Verbrauchergeschäft zu verstehen, die objektiv erkennbar nicht in Bezug zum Gewerbebetrieb stehen.⁸⁵⁴

Für die Beurteilung der Gewerbs- oder Privatbezogenheit des Rechtsgeschäfts ist als Zeitpunkt jedenfalls jener des Vertragsabschlusses heranzuziehen.⁸⁵⁵

⁸⁵⁰ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompodium 793 f.

⁸⁵¹ Vgl *Bodewig*, DZWir 1997, 449.

⁸⁵² Vgl *Bodewig*, ebd.

⁸⁵³ Vgl etwa *Heinrichs*, NJW 1995, 159; *ders.*, NJW 1996, 2191; im Ergebnis ebenso *Faber*, ZEuP 1998, 865 f; *Schwartz*, ZeuP 2000, 551 f; *Scarso*, ZeuP 2001, 390; *Magnus* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 15. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter Rz 40 (32. EL April 2007).

⁸⁵⁴ Vgl *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 69; *Faber*, ZEuP 1998, 865 f.

⁸⁵⁵ Vgl *Faber* ZEuP 1998, 866; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 285; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 2; *Bodewig*, DZWir 1997, 449; *Schwartz*, ZeuP 2000, 551; *Henkel*, Inhaltskontrolle 43 f; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 60. Vgl auch die Betonung des Vertragsabschlusszeitpunkts in Art 2 Z 2 Fernabsatz-Richtlinie: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Verbraucher“ jede natürliche Person, die beim Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“.

In Zusammenhang mit dem eben angesprochenen Fragenkomplex steht die so genannte Dual-Use-Problematik. Aus dem Wortlaut der Richtliniendefinitionen („...zu Zwecken handeln, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“) kann sowohl abgeleitet werden, dass für die Subsumierung unter „Verbraucher“ der Vertragsschluss *auch* zu privaten Zwecken ausreicht (also im Sinne von „nicht NUR ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zurechenbar“ verstanden⁸⁵⁶), als auch dass jeder Zusammenhang mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft ausschließt (demnach im Sinne von „GAR nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zurechenbar“ verstanden⁸⁵⁷). Andere vertreten die (allerdings nicht den Sekundärrechtsakten zu entnehmende) Ansicht, dass im Falle einer Doppelnutzung des Vertragsgegenstands die überwiegende Nutzung entscheidend ist.⁸⁵⁸ Gestützt wird dieses Ergebnis vom *Giuliano/Lagarde*-Bericht, der zu Art 5 EVÜ festhält, dass im Falle des Handelns zum Teil im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit und zum Teil außerhalb dieses Rahmens der gesetzliche Schutz sich bloß dann offenbart, „wenn die Person im wesentlichen ausserhalb des Rahmens ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.“⁸⁵⁹ Faber wiederum vertritt die exakt gegenteilige Meinung: Für ihn spricht einerseits der Wortlaut dafür, dass ausschließlich die private Nutzung geschützt sein sollte, andererseits könne aus der niemals realisierten Forderung nach dem „überwiegenden“ Handeln im Gesetzgebungsverfahren zur ersten Verbrauchercredit-Richtlinie geschlossen werden, dass die mehrheitliche Zwecksetzung allein nicht für die Subsumption unter den sekundärrechtlichen Verbraucherbegriff ausreiche.⁸⁶⁰ Diesem Argument ist mE großes Gewicht beizumessen: Auch 1998 wurde schließlich dem Vorstoß der Kommission, in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nur jene natürliche Personen als Verbraucher zu definieren, die zu Zwecken handeln die „nicht unmittelbar ihrer beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden“ können, Einhalt geboten (vgl oben Seite 138 ff). Die Problematik war dem Gemeinschaftsgesetzgeber also durchaus bewusst.

Wie das EG-Verbraucherrechtskompendium an mehreren Stellen feststellt, ist es, anders als für die Produkthaftungs-Richtlinie⁸⁶¹, die in ihrem Artikel 9 lit b ii) von der Verwendung „hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch“ spricht, für den Anwendungsbereich der Verbrauchervertragsrichtlinien unklar, ob natürliche Personen, die gemischte Zwecke verfolgen, ebenfalls als Verbraucher geschützt sind.⁸⁶²

⁸⁵⁶ Vgl *Bodewig*, DZWIR 1997, 449.

⁸⁵⁷ Vgl *Henkel*, Inhaltskontrolle 57.

⁸⁵⁸ Vgl *Heinrichs*, NJW 1995, 159; ebenso zu § 24a dAGBG *ders*, NJW 1996, 2191; *Schwartz*, ZeuP 2000, 551.

⁸⁵⁹ *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABl 1980 C 282, 1, Art 5 Abs 2.

⁸⁶⁰ Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 886 f.

⁸⁶¹ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl 1985 L 210, 29.

⁸⁶² Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 183, 185, 368, 371, 536, 538, 779, 781 f.

Da von dieser Rechtsunsicherheit durchaus praxisrelevante Fälle umfasst sind (so etwa der Freiberufler, der ein KFZ sowohl für den beruflichen als auch den privaten Lebensbereich erwirbt)⁸⁶³, wird die Notwendigkeit einer unionsgesetzlichen Klarstellung im Kompendium gleich mehrfach hervorgehoben⁸⁶⁴.

**(b) Die Würdigung durch den EuGH – Rs C-464/01
(Gruber / Bay Wa)**

Erst kürzlich hatte der EuGH den Fall des österreichischen Landwirten Johann Gruber zu entscheiden, im Zentrum stand abermals die Verbrauchergeschäftsdefinition der Art 13 ff EuGVÜ:

Als Eigentümer eines „Vierkanthofs“ in Oberösterreich, dessen Gesamtnutzfläche im Verhältnis von ca. 60 % zu 40 % überwiegend privat als Wohnräumlichkeit der Familie genutzt wurde, kontaktierte Herr Gruber, durch ein Werbeprospekt aufmerksam gemacht, in der Absicht den Hof mit neuen Dachziegeln auszustatten das deutsche Unternehmen Bay Wa telefonisch, ohne auf seine Eigenschaft als Landwirt aufmerksam zu machen. Auf ein telefonisches Angebot seitens eines Mitarbeiters der Bay Wa folgte ein Besuch Herrn Grubers in den Geschäftsräumlichkeiten, wo er zwar seinen landwirtschaftlichen Betrieb und dessen überwiegend für diesen Zweck genutzten Nebengebäude erwähnte, jedoch nicht darauf einging, ob das mit Dachziegeln einzudeckende Gebäude überwiegend privat oder geschäftlich genutzt werde. Ein schriftlich überreichtes Angebot der Bay Wa nahm Herr Gruber schließlich telefonisch an. Aufgrund behaupteter Farbabweichungen klagte Herr Gruber die Bay Wa auf Gewährleistung bzw Schadenersatz, doch während das LG Steyr die Tatbestandsmäßigkeit des Art 13 EuGVÜ bejahte, wies das vom Beklagten angerufene OLG Linz die Klage unter Darlegung der gegenteiligen Rechtsansicht zurück. Der von Herrn Gruber eingebrachte Revisionsrekurs führte schließlich zur Formulierung von sechs Vorlagefragen durch den OGH, wovon die ersten drei für die hier zu untersuchende Problemstellung von Relevanz sind:

- „1. Ist für die Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 13 EuGVÜ bei teilweiser Privatbezogenheit der Leistung deren überwiegender privater oder beruflich-gewerblicher Zweck entscheidend, und welche Kriterien sind für das Überwiegen des privaten oder beruflich-gewerblichen Zweckes maßgebend?*
- 2. Kommt es für die Bestimmung des Zweckes auf die Umstände an, die aus der Sicht des Vertragspartners des Verbrauchers objektiv erkennbar sind?*
- 3. Ist ein Vertrag, der sowohl der privaten als auch der beruflich-gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, im Zweifel als Verbrauchersache anzusehen?“*

⁸⁶³ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 779.

⁸⁶⁴ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 185, 371, 538, 850.

Generalanwalt *Jacobs* wies zunächst auf die inhaltlich dem Vorentwurf des Art 5 EVÜ entsprechende Fassung des Art 13 EuGVÜ⁸⁶⁵ und die damit verbundene Interpretationsvariante durch den ebendiesen Vorentwurf analysierenden *Giuliano/Lagarde*-Bericht⁸⁶⁶ hin.⁸⁶⁷ Diesem Bericht sei zu entnehmen, dass die verbraucherrechtlichen Bestimmungen stets unter Berücksichtigung des durch sie angestrebten Zieles, also des Schutzes der schwächeren Partei, auszulegen seien. *Jacobs* zitierte den die Dual-Use-Problematik analysierenden Teil des Berichts: *„Handelt eine solche Person zum Teil im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit und zum Teil ausserhalb dieses Rahmens, so fällt dieser Sachverhalt nur dann unter Artikel 5, wenn die Person im wesentlichen ausserhalb des Rahmens ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. Hat der Empfänger der beweglichen Sache, der Dienstleistung oder des Kredits tatsächlich im wesentlichen ausserhalb des Rahmens seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt, die andere Partei davon aber keine Kenntnis gehabt und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände davon auch keine Kenntnis haben können, so fällt der Sachverhalt nicht unter Artikel 5. Wenn sich also der Empfänger der beweglichen Sache oder der Dienstleistung als Berufsangehöriger ausgibt und zB auf Papier mit entsprechendem Briefkopf Gegenstände bestellt, die tatsächlich zur Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dienen können, so ist der gute Glaube der anderen Partei gewahrt, und das Geschäft fällt nicht unter Artikel 5.“*⁸⁶⁸.

In Anlehnung an diese Rechtsmeinung formulierte der Generalanwalt seine Beurteilung des vorliegenden Falles, die im Wesentlichen auf drei grundlegende Erkenntnisse hinausläuft: Erstens sei bei der rechtlichen Qualifizierung als Verbrauchergeschäft jedenfalls immer der Vertrag als solcher zu betrachten und nicht die persönlichen Eigenschaften der Beteiligten: *„Es gibt keinen persönlichen Status als Verbraucher oder Nichtverbraucher; was zählt, ist die Eigenschaft, in der der Verbraucher tätig wurde, als er den jeweiligen Vertrag schloss. Das folgt aus dem Wortlaut von Artikel 13 und ist vom Gerichtshof hervorgehoben worden, insbesondere im Urteil Benincasa.“*⁸⁶⁹. Zweitens appellierte *Jacobs* an die Homogenität des Verbrauchervertragsbegriffs, indem er die Gesamtheit und Unteilbarkeit des Vertrags insistierte und auf die andernfalls auftretenden Konsequenzen einer „geteilten“ Gerichtsbarkeit, wonach ein Gericht über einen Teil eines Anspruchs und ein anderes über den verbliebenen Teil zu entscheiden hätte, aufmerksam machte.⁸⁷⁰ Schließlich wurde die zentrale

⁸⁶⁵ Vgl Bericht von Professor *Schlosser* zu dem Übereinkommen vom 9. Oktober 1978, ABI 1979 C 59, 71, Nr. 155: *„Die Begriffsbestimmung ist inhaltlich dem Artikel 5 des Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht entnommen, welcher der Gruppe in seiner damals neuesten Fassung vorgelegen hat. Die Änderungen stellen nur redaktionelle Verbesserungen dar.“*

⁸⁶⁶ *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABI 1980 C 282, 1. Der Bericht sollte einerseits zu einer möglichst homogenen Interpretation des Übereinkommens in den Vertragsstaaten, andererseits zu einer erleichterten Rechtsanwendung durch die Gerichte führen, vgl *Kresbach/Rathkolb/Öllinger*, EVÜ 34; *Klauser*, EuGVÜ und EVÜ 44.

⁸⁶⁷ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004, EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 21 ff.

⁸⁶⁸ *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABI 1980 C 282, 23.

⁸⁶⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 34.

⁸⁷⁰ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 35.

Funktion der Art 13 ff EuGVÜ hervorgehoben, die die wirtschaftliche, rechtliche und geschäftliche Insuffizienz des privaten Verbrauchers auszugleichen sucht: *„Auch wenn es natürlich Verträge geben wird, in denen die Verhältnisse anders liegen, ist es nach dem Brüsseler Übereinkommen nicht erforderlich, die relative Schwäche der Position des Verbrauchers im Einzelfall nachzuweisen“*⁸⁷¹, da das Übereinkommen im Interesse der Rechtssicherheit diesen Zustand fingiere, *„umgekehrt ist deshalb zu unterstellen, dass jemand, der solche Lieferungen für einen Zweck erwirbt, der mit seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Zusammenhang steht, auf der gleichen Stufe steht wie der Anbieter und nicht den gleichen außergewöhnlichen Schutz beanspruchen kann“*⁸⁷². In streng typisierender Betrachtungsweise kam der Generalanwalt schließlich zur Überzeugung, dass, selbst wenn der Vertrag zum Teil private, zum Teil geschäftliche Zwecke erfüllen sollte, aufgrund der Unteilbarkeit des Vertrages nicht angenommen werden könne, dass der Verbraucher bezüglich eines Teils des Rechtsgeschäfts auf derselben Stufe wie der Anbieter stehe, bezüglich des anderen wieder nicht: *„Soweit der Verbraucher einen Vertrag zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken schließt, hat zu gelten, dass er auf gleicher Stufe mit dem Anbieter steht. Diese Position (...) wird nicht dadurch unterminiert, dass der Vertrag auch privaten Zwecken dient. Das muss unabhängig von der relativen Bedeutung beider Arten von Zwecken gelten, solange sie beide signifikant sind“*⁸⁷³.

Zur Frage der objektiven Erkennbarkeit für den Vertragspartner schlug der Generalanwalt folgende Formel vor: Die Feststellung, ob der Vertrag in erheblichem Maße einem Zweck dient, der mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit der betreffenden Person in Verbindung steht, müsse vom Gericht auf Grundlage sämtlicher Beweise und des Gesamtkontexts erarbeitet werden – im Falle eines signifikanten gewerblichen oder beruflichen Zwecks käme es jedenfalls nicht mehr auf die objektive Erkennbarkeit für den Vertragspartner an, es wäre kein Verbrauchervertrag.⁸⁷⁴ Im umgekehrten Falle keiner signifikanten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit wäre der Vertrag als Verbrauchergeschäft zu qualifizieren, allerdings mit der Einschränkung des gegen den Verbraucher wirkenden Rechtsscheins: Unter den kumulativen Voraussetzungen eines vom potentiellen Verbraucher erweckten Eindrucks, er handle als Gewerbetreibender oder Berufstätiger sowie dem guten Glauben seines Kontrahenten, der keine gegenteiligen Indizien erkennen könne, müsste der Verzicht des Verbrauchers auf seine Rechte angenommen werden.⁸⁷⁵ Dabei berief sich *Jacobs* auch auf das in Art 153 EG geforderte *„hohe Verbraucherschutzniveau“*.

Es fällt auf, dass der GA unterschiedliche Abgrenzungsadjektive zwischen den beiden Teilen des Rechtsgeschäfts einsetzt: Während er zunächst vom Überwiegen *„in erheblichem Maß“*⁸⁷⁶ spricht, ist

⁸⁷¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 39.

⁸⁷² Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 ebd.

⁸⁷³ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 41.

⁸⁷⁴ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 45-47.

⁸⁷⁵ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 48-51.

⁸⁷⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 47.

kurz danach von der „*signifikanten*“⁸⁷⁷ gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit die Rede um im darauf folgenden Absatz die Wendung des Schutzes für jeden, der „*ausschließlich oder überwiegend*“⁸⁷⁸ außerhalb dieser Tätigkeit agiere, zu bemühen. Letztendlich entschied sich Jacobs in seinem Antwortvorschlag für die zweitgenannte Lösung: „*Wer einen Vertrag für Zwecke schließt, die teilweise mit seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen und teilweise nicht, kann sich nicht auf die Gerichtsstandsregel der Artikel 13 ff. EuGVÜ berufen, es sei denn, der gewerbliche oder berufliche Zweck ist nicht signifikant.*“⁸⁷⁹.

Der EuGH wiederholte in seiner Entscheidung des Falles zunächst unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *Bertrand / Ott*, *Shearson Lehman Hutton / TVB* und *Benincasa / Dentalkit* altbekannte Grundsätze, wie etwa die Notwendigkeit der autonomen und engen Auslegung der Art 13 ff EuGVÜ⁸⁸⁰, die Intention dieser Sonderregelungen, den schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu schützen⁸⁸¹ und die Einschränkung dieses Verbraucherbegriffs auf private Endverbraucher, welche sogar mit der Wiedergabe der Benincasa-Formel (wonach nur Verträge, die „*eine Einzelperson ohne Bezug zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder Zielsetzung und unabhängig von einer solchen allein zu dem Zweck schließt, ihren Eigenbedarf beim privaten Verbrauch zu decken*“⁸⁸² vom Schutzbereich erfasst seien) untermauert wird. In seiner Kernaussage bestätigte der EuGH die Auffassung des Generalanwalts und dessen Theorie der Begegnung auf gleicher Augenhöhe: Sollte der Vertragszweck auch nur zum Teil den beruflichen oder gewerblichen Zwecken einer Person dienen, so stehe diese auf gleicher Stufe mit ihrem gewerbetreibenden Kontrahenten, dies sogar dann, wenn der private Zweck überwiegen sollte.⁸⁸³ Eine einzige Ausnahme dieses Prinzips ließ der EuGH zu: „*Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Verbindung zwischen diesem Vertrag und der beruflich-gewerblichen Tätigkeit des Betroffenen so schwach wäre, dass sie nebensächlich würde und folglich im Zusammenhang des Geschäftes, über das der Vertrag abgeschlossen wurde, insgesamt betrachtet nur eine ganz untergeordnete Rolle spielte.*“⁸⁸⁴

Die Erkennbarkeit des rechtsgeschäftlichen Zwecks für den Vertragspartner betreffend folgte der EuGH prima facie dem vorgeschlagenen System des Generalanwalts bzw des *Giuliano/Lagarde*-Berichts: Bloß falls das Gericht den „*aus den den Akten zu entnehmenden objektiven Umständen*“⁸⁸⁵ nicht rechtlich hinreichend den Beweis für ein Geschäft, dem ein „*nicht ganz untergeordneter*

⁸⁷⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 48.

⁸⁷⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 50.

⁸⁷⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 76.

⁸⁸⁰ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 31-33.

⁸⁸¹ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 34.

⁸⁸² EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 36.

⁸⁸³ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 40 f.

⁸⁸⁴ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 39.

⁸⁸⁵ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 50.

*beruflich gewerblicher Zweck*⁸⁸⁶ entnehmen könne, sei (da es sich nun grundsätzlich um ein Verbrauchergeschäft handle) zu prüfen, „*ob die andere Vertragspartei den nicht beruflich-gewerblichen Zweck des Geschäftes zu Recht deswegen nicht zu kennen brauchte, weil der vermeintliche Verbraucher in Wirklichkeit durch sein eigenes Verhalten gegenüber seinem zukünftigen Vertragspartner bei diesem den Eindruck erweckt hat, dass er zu beruflich-gewerblichen Zwecken handelte*“⁸⁸⁷ (was beispielsweise bei Verwendung von Briefpapier mit Geschäftsbriefkopf, Lieferung an die Geschäftsadresse oder Erwähnung der möglichen Mehrwertsteuererstattung⁸⁸⁸ der Fall wäre) und der Vertragspartner diesbezüglich auch guten Glaubens war⁸⁸⁹. Bei Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen könne nämlich ein stillschweigender Verzicht der Privatperson angenommen werden.⁸⁹⁰

Diese Entscheidung ist im konkreten Zusammenhang vor allem unter zwei Gesichtspunkten von Interesse, wobei zunächst auf die Frage der objektiv oder subjektiv konstituierten Verbrauchereigenschaft einzugehen ist: Während der Generalanwalt noch vom Verzicht des „*Verbrauchers*“ sprach⁸⁹¹ und damit die Erkennbarkeit des Vertragszwecks nicht als konstituierendes Merkmal der Verbrauchereigenschaft beurteilte, äußerte sich der EuGH schon vorsichtiger zum Verzicht einer „*Privatperson*“⁸⁹² und eines „*vermeintlichen Verbrauchers*“⁸⁹³ auf ihre Rechte. Der Gerichtshof meint damit (gerade unter dem Aspekt, dass ein Verzicht auf ein Recht nur nach Erwerb desselben denkbar möglich ist) dasselbe, schwächt jedoch bewusst die Idee des Verzichts des Verbrauchers ab und deutet somit die Möglichkeit einer in diesem Fall die Verbrauchereigenschaft mitbestimmenden Zweckerkennbarkeit für den Vertragspartner, sohin eines subjektiv konstruierten Verbraucherbegriffs, an.

Für ebendieses spricht auch die Tatsache, dass die exemplarische Aufzählung von Beispielen durch den EuGH keine Fälle bewusster Täuschung darstellen und daher keine Notwendigkeit für eine ex lege bestehende Ausnahmeregelung vorliegt.⁸⁹⁴ Gegen den vom Generalanwalt ins Spiel gebrachten Verzicht auf die Rechte des Verbrauchers, und somit gegen eine objektive Verbraucherbegriffsauffassung, wird ins Treffen geführt, dass das EG-Recht die Verbrauchereigenschaft als ex ante unverzichtbar deklariert⁸⁹⁵, es könnte sich jedoch um eine

⁸⁸⁶ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 ebd.

⁸⁸⁷ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 51.

⁸⁸⁸ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 52; vgl auch *Giuliano/Lagarde*-Bericht, ABl 1980 C 282, 23.

⁸⁸⁹ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 53.

⁸⁹⁰ Vgl ebd.

⁸⁹¹ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 16. September 2004 Rn 51.

⁸⁹² EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 53.

⁸⁹³ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 51, Hervorhebung durch den Verfasser.

⁸⁹⁴ So *Denkinger*, Verbraucherbegriff 334.

⁸⁹⁵ Vgl EuGH Gruber, Verbrauchergerichtsstand bei Vertrag mit doppeltem Zweck, EuZW 2005, 241 (245 f) (Anm Reich); *Denkinger*, Verbraucherbegriff 333 f.

Ausformung des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben bzw der Rechtsmissbräuchlichkeit handeln⁸⁹⁶.

Zum Zweiten kann aus dieser Entscheidung wieder ein Hinweis für die streng typisierende Betrachtungsweise des Gerichtshofs gewonnen werden: Abweichend von der Diktion des Generalanwalts, der noch vom „*nicht signifikanten*“ Zusammenhang gesprochen hatte, entschied sich der EuGH also, weitgehend teleologisch⁸⁹⁷ und mit den Aspekten der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit⁸⁹⁸ begründend, für die „*Nebensächlichkeit*“ bzw die „*ganz untergeordnete Rolle*“ – und fordert damit im Ergebnis einen qualifiziert abgeschwächten Bezug zur unternehmerischen Agitation, jedenfalls intensiver als *Jacobs*, der sich bloß für die Negation von „*signifikant*“ entschied, und damit dem beruflichen und gewerblichen Konnex deutlich größeren Spielraum, und somit Schutz, beimaß.⁸⁹⁹ Der EuGH bringt damit abermals sein Festhalten an einem limitiert-typisierenden Verständnis zum Ausdruck: für kasuistisch-differenzierende Interpretationen bleibt kein Platz, es geht allein um die möglichst einfache Feststellbarkeit und Subsumierbarkeit eines Sachverhalts, der Rechtssicherheit wird der Vorrang zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt.⁹⁰⁰

(5) Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie

Da in der Geltungsbereichsabgrenzung der Pauschalreise-Richtlinie mit keinem Wort die „*nicht gewerbliche oder berufliche Tätigkeit*“ (oder ein in den Richtlinien äquivalent zum Einsatz gebrachtes Begriffspaar) erwähnt wird, muss davon ausgegangen werden, dass jedenfalls auch selbstständig Erwerbstätige und freiberuflich Tätige, mithin so genannte „*Geschäftsreisende*“, in den Schutzbereich der Richtlinie fallen.⁹⁰¹ Dem Zweck des Rechtsgeschäfts kommt also keine Bedeutung mehr zu – Anknüpfungspunkt bildet allein die Stellung der Person als Reisender.⁹⁰²

⁸⁹⁶ Vgl *Reich*, ebd, betonend, dass ein möglicher Verzicht des Verbrauchers auf seine Rechte bloß eingeschränkt auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben gestützt werden könnte; *Denkinger*, ebd.

⁸⁹⁷ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 39.

⁸⁹⁸ Vgl EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 45.

⁸⁹⁹ *Heiss*, JBl 2006, 763, argumentiert, mit teleologischen Gründen, dass entsprechend dieser Wertung wohl immer dann von beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit ausgegangen werden kann, „*wenn der Anteil des nicht privaten Zwecks so hoch ist, dass ein vernünftiger Vertragspartner seine berufliche Marktmacht und Aufmerksamkeit in das Geschäft investieren würde.*“.

⁹⁰⁰ *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht Rz 184a, spricht in diesem Zusammenhang von der „*Rührei-Theorie*“: „*ein schlechtes Ei verdirbt das ganze Rührei*“.

⁹⁰¹ Vgl *Tonner* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 12. Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, Rz 23 (13. EL Mai 1999); *Denkinger*, Verbraucherbegriff 300; *Staudenmayer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 68; *Pöttler*, Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung 266, *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 767; *Blaurock*, Verbrauchercredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen Union, JZ 1999, 801 (802).

⁹⁰² Vgl *Lehmann*, Rezeption 74.

3. Das agitative Element

a) Allgemeines

Das handlungsbezogene Definitionselement bedarf ebenfalls näherer Untersuchung. Für den Verbraucher wird durchgängig gefordert, dass **zu einem Zweck (bzw zu Zwecken) gehandelt** wird, der **nicht** der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit **zugerechnet werden kann**; in diesem Sinne einzigartig ist die Formulierung der E-Commerce-Richtlinie, wonach die Zwecke **nicht** zur beruflichen, gewerblichen oder geschäftlichen Tätigkeit **gehören** darf.

Der Gegenpart des Verbrauchers wiederum muss **im Rahmen** der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln, nach der Verbraucherkredit-Richtlinie aber **in Ausübung** dieser Tätigkeit. Auch die sondertatbestandliche Integration bestimmter Dritter, wie der *„Person, die im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden handelt“* (Haustürgeschäfts-Richtlinie), jener die *„im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt“* (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; Timesharing-Richtlinie) oder dem *„öffentlich-rechtlichen Bereich“* zuzurechnende natürliche oder juristische Personen (Klausel-Richtlinie, ähnlich Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie), ist den einzelnen Deskriptionen nicht fremd.

b) Das Handeln „im Rahmen“ einer Tätigkeit

Die Formulierung *„im Rahmen“* indiziert ein weites Verständnis des Gemeinschaftsgesetzgebers, offenkundig soll jedes, auch nur entfernt mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in Verbindung stehende Rechtsgeschäft von der Unternehmerdefinition erfasst werden, nicht bloß typische, branchenübliche oder stets wiederkehrende Geschäfte des Gewerbetreibenden⁹⁰³; das Geschäft muss nur die Durchführung oder Ausübung der Erwerbstätigkeit in irgendeiner Form ermöglichen, fördern oder begünstigen⁹⁰⁴.

Dass die neu gefasste Timesharing-Richtlinie jene Person als Unternehmer definiert, die *„für die Zwecke ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt“* und damit das Konzept des Agierens *„im Rahmen“* einer bestimmten Tätigkeit verlässt, deutet einmal mehr auf die unreflektierte Begriffsübernahme durch den Gemeinschaftsgesetzgeber hin.

⁹⁰³ Vgl. Henkel, Inhaltskontrolle 51 ff; EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 15.

⁹⁰⁴ Vgl. Faber, ZEuP 1998, 866; Martinek in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV A 13. Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien Rz 104 (13. EL Mai 1999).

c) Das Handeln „im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden“ und jenes „im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden“

(1) Die missverständliche Formulierung der Sekundärrechtsakte

Unionsrechtlich sind Verbraucher dann nicht geschützt, wenn ihr Vertragspartner ebenfalls Verbraucher ist, selbst wenn dieser durch einen Unternehmer vertreten wird.⁹⁰⁵ Was gilt aber im umgekehrten Fall, wenn sich also ein Unternehmer durch einen Verbraucher vertreten lässt? Und was hat zu gelten, wenn dies bloß indirekt geschieht?

Virulent ist in diesem Zusammenhang die unterschiedliche Formulierung der Haustürgeschäfts-Richtlinie auf der einen, sowie der UGP- und der aktuellen Timesharing-Richtlinie auf der anderen Seite. Während erstere davon spricht, dass auch „jede Person, die im Namen **und** für Rechnung eines Gewerbetreibenden handelt“⁹⁰⁶ unter den Unternehmerbegriff fällt, statuieren letztere die Unternehmereigenschaft jeder Person, die „im Namen **oder** im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“⁹⁰⁷.

Die Grundsätze des österreichischen Stellvertretungsrechts würden eine offensichtliche Erweiterung des Anwendungsbereichs nahe legen: Wird „im Namen und für Rechnung“ eines Gewerbetreibenden gehandelt, wie es die Haustürgeschäfts-Richtlinie vorsieht, so liegt einzig und allein der Fall einer echten Stellvertretung in der rechtsbegrifflichen Intention des Gesetzgebers, deren Voraussetzungen das Handeln im Namen des Vertretenen, die Vertretungsmacht sowie die Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters sind.⁹⁰⁸ Das Handeln in fremdem Namen ist demnach nach österreichischem Recht *conditio sine qua non* einer wirksam zu Stande gekommenen Stellvertretung, wobei an den Offenlegungsgrundsatz im Regelfall ein strenger Maßstab anzulegen und im Zweifel ein Eigengeschäft des Handelnden zu erwägen ist.⁹⁰⁹ Wird nun, wie in Art 2 lit b UGP-Richtlinie bzw Art 3 lit e Timesharing-Richtlinie postuliert, für die Tatbestandsmäßigkeit die freie Wahl zwischen dem Handeln im Namen des Vertretenen und dem bloßen Auftrag überlassen, so würde dies nach österreichischem Recht bedeuten, dass das Vorliegen eines bloßen Auftrags ausreicht, um als Gewerbetreibender zu gelten. Nach österreichischem Stellvertretungsrecht regelt der Auftrag rechtsgeschäftlich nämlich bloß das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter und begründet nur die Pflicht des Vertreters, *auf Rechnung* des zu Vertretenden tätig zu werden.⁹¹⁰ Liegt einzig und allein ein Auftrag, nicht aber eine Bevollmächtigung durch den Vertretenen vor, so darf der

⁹⁰⁵ Vgl *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht 65.

⁹⁰⁶ Haustürgeschäfts-Richtlinie, Art 2, zweiter Spiegelstrich. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁹⁰⁷ Timesharing-Richtlinie, Art 2 lit b UGP-Richtlinie bzw Art 3 lit e. Hervorhebung durch den Verfasser.

⁹⁰⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 200 f.

⁹⁰⁹ Vgl *Koziol/Welser*, ebd mwN.

⁹¹⁰ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 204.

Beauftragte nur in eigenem Namen handeln und kann sich somit bloß selbst verpflichten und berechtigen.⁹¹¹ Das Rechtsgeschäft kommt mit dem Beauftragten zu Stande, während der zu Vertretende mittels eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Beauftragten vorgehen kann – ein klassischer Fall mittelbarer Stellvertretung.⁹¹²

Im Ergebnis würde dies eine Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken sowie der Timesharing-Richtlinie dahingehend bedeuten, dass sich jeder von einem Gewerbetreibenden bloß Beauftragte unter den Unternehmerbegriff subsumieren lassen muss – wenngleich es sich bloß um eine natürliche Person handelt, die zu Zwecken agiert, die nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann – mithin also im Regelfall um einen Verbraucher im Sinne der eben erörterten Sekundärrechtsakte.⁹¹³ Dies würde zu einer Erweiterung des verbraucherrechtlichen Schutzes führen, da Verbraucher, die unter den Rechts Umständen der übrigen Richtlinien mit einem anderen Verbraucher rechtsgeschäftlich tätig werden, und somit des Verbraucherschutzes mangels beteiligtem Gewerbetreibenden verlustig gehen würden, nunmehr in ihrer Rolle als Rechtsgeschäftspartner eines Gewerbetreibenden geschützt wären.

(2) Die Bedeutungslosigkeit der divergierenden Wortlaute

Dennoch sprechen mehrere Gründe gegen diese Ansicht: Zunächst muss wieder auf den Grundsatz autonomer Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe⁹¹⁴ hingewiesen werden, jenseits unionsrechtlich verankerter Rechtsgrundsätze kann nicht einfach auf die Rechtskultur einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zur Auslegung zurückgegriffen werden. *Micklitz* weist zudem mit Recht darauf hin, dass ein europäisches Stellvertretungsrecht schlichtweg nicht existiert und die Formulierung der Haustürgeschäfts-Richtlinie einfach darauf abzielt, Hilfspersonen des Gewerbetreibenden, die diesen rechtlich binden können, ebenfalls miteinzubeziehen.⁹¹⁵ Insofern verweise das Sekundärrecht auf nationales Stellvertretungsrecht, welches jedoch gemeinschaftskonform auszulegen sei, weshalb es nicht darauf ankomme, ob die vertretende Person mit Vollmacht agiere oder nicht.⁹¹⁶

⁹¹¹ Vgl *Koziol/Welser*, ebd.

⁹¹² Vgl auch *Hager*, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239 ff.

⁹¹³ Vgl *Schulte-Nölke*, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR, in *Howells/Schulze* (Hrsg), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 29 (38).

⁹¹⁴ Vgl dazu *Franzen*, Privatrechtsangleichung 475 ff sowie die Ausführungen oben.

⁹¹⁵ Vgl *Micklitz* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 2. Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen (Haustürwiderrufsrichtlinie), Rz 6 (14. EL Okt. 1999); ähnlich *Augenhofer*, ZfRV 2005, 209, die Gehilfen und selbstständige Unternehmer als miteinbezogen sieht.

⁹¹⁶ Vgl *Micklitz*, ebd. Zur veralteten Regelung des Stellvertretungsrechts des ABGB, welches die Vertretung und das schuldrechtliche Innenverhältnis nicht getrennt voneinander regelt im Verhältnis zu den „Principles of European Contract Law“ (PECL) bzw zum „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) (vgl zu diesen beiden

Aus ebendiesem Fehlen eines gemeinsamen europäischen Stellvertretungsrechts bzw gemeinsamer Grundsätze entspringt auch die Unsicherheit des Gemeinschaftsgesetzgebers, der ja in zahlreichen Verbrauchervertragsrichtlinien die Erweiterungsformel der *„Person, die im Namen und/oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“* gar nicht erwähnt.

Die Bedeutungslosigkeit der divergierenden Versionen kann auch einer Entscheidung des EuGH⁹¹⁷ entnommen werden, deren Randnummer 41, 42 und 45 wie folgt lauten:

*„41. Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Artikel 1 und 2 der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass die Anwendung der Richtlinie, wenn ein Dritter im Namen **oder** für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, nicht nur davon abhängig gemacht werden kann, dass der Vertrag in einer Haustürsituation im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie geschlossen wurde, sondern auch davon, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer solchen Situation geschlossen wurde.*

*42. Hierzu genügt die Feststellung, dass der Wortlaut der Richtlinie für eine solche zusätzliche Voraussetzung keine Grundlage bietet. Nach ihrem Artikel 1 gilt sie für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher in einer Haustürsituation geschlossen werden, und nach Artikel 2 fallen unter den Begriff „Gewerbetreibender“ im Sinne der Richtlinie auch Personen, die im Namen **und** für Rechnung eines Gewerbetreibenden handeln.*

*45. Auf die erste Frage ist daher zu antworten, dass die Artikel 1 und 2 der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass die Anwendung der Richtlinie, wenn ein Dritter im Namen **oder** für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer Haustürsituation im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie geschlossen wurde.“⁹¹⁸ Selbst der EuGH unterscheidet bei dieser Formel also nicht zwischen „und“ und „oder“.*

Gestützt wird die Auffassung, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich der Stellvertretung nicht zwischen „und“ und „oder“ differenziert durch die Nennung des „Vermittlers“ im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher⁹¹⁹: Ob der Vermittler im Namen *und* Auftrag handeln muss oder nur im Namen *oder*

Projekten die Analyse unten) vgl *Schauer*, Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 51 (61 f).

⁹¹⁷ EuGH, Rs C-229/04, *Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads und andere*, Slg 2005, I-9273.

⁹¹⁸ Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁹¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg vom 08.10.2008.

Auftrag des Verbrauchers hat keine Relevanz, die Kommission wechselt im Richtlinienvorschlag wahllos zwischen den beiden Wendungen (vgl Näheres unten Seite 249).

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Formulierungen der UGP- bzw der Timesharing-Richtlinie nicht etwa einen Bruch unionsrechtlicher Verbrauchervertragsstruktur bedeutet, sondern vielmehr dem mangelnden Problembewusstsein des Gemeinschaftsgesetzgebers für die begriffliche Kollision mit Stellvertretungsregelungen nationaler Rechtsordnungen entsprungen ist.

Generell gilt: Es kommt stets auf den Vertragspartner im konkreten Fall an. Das bedeutet, dass auch im Falle eines Verbrauchers, der sich von einem Unternehmer vertreten lässt, und in weiterer Folge mit einem Verbraucher kontrahiert, ein Vertrag zwischen zwei Verbraucher zu Stande kommt; wie auch umgekehrt ein durch einen Verbraucher oder durch einen anderen Unternehmer vertretener Unternehmer im Kontrahieren mit einem Verbraucher Unternehmer bleibt.⁹²⁰ Dies gilt auch dann, wenn der „ anbietende “ Kontrahent, also beispielsweise der Verkäufer einer Ware, sich als Verbraucher unternehmerisch vertreten lässt, allerdings wäre gerade in dieser Konstellation tatsächlich zum Zwecke des Schutzes des kaufenden Verbrauchers, der denkt er würde mit einem Unternehmer kontrahieren, Informationspflichten des vertretenden Unternehmers angebracht.⁹²¹ Dieser, bislang unionsrechtlich nicht beschrittener, Weg wird nunmehr auch vom Richtlinienvorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher⁹²² forciert (vgl dazu die Analyse unten Seite 246).

d) Die Bedeutung der rechtsgeschäftsbezogenen Abgrenzung

Während sich die Verbraucherdefinitionen der Richtlinien üblicherweise die rechtsgeschäftliche Aktivität betonender Formulierungen bedienen⁹²³, verzichtet die E-Commerce-Richtlinie in ihrem Art 2 lit e vollkommen auf eine ähnliche Umschreibung rechtsgeschäftlicher Tätigkeit. Der Grund für diese Verknappung liegt allerdings nicht in der Intention eines von der klassischen Definition abweichenden persönlichen Geltungsbereiches der Richtlinie, sondern vielmehr im umfassenden sachlichen Anwendungsbereich dieses Sekundärrechtsaktes⁹²⁴: gemäß Art 2 lit h E-Commerce-Richtlinie umfasst der „ koordinierte Bereich “ „ die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und die Dienste der Informationsgesellschaft in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, ungeachtet der Frage, ob sie allgemeiner Art oder speziell für sie bestimmt sind. “ Art 10 und 11 sehen eigene Ausnahmeregelungen bei abweichenden

⁹²⁰ vgl Micklitz in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV A 3., Rz 14.

⁹²¹ Vgl Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht 94 f.

⁹²² Vgl KOM(2008) 614 endg, Art 7.

⁹²³ Die Haustürgeschäfts-Richtlinie erwähnt in Art 2 etwa die „ von dieser Richtlinie erfassten Geschäfte “; die Fernabsatz-Richtlinie spricht in Art 2 Z 2 vom „ Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie “.

⁹²⁴ Vgl Ultsch, Der einheitliche Verbraucherbegriff 66 f.

Vereinbarungen „zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind“, vor, die Richtlinie geht also ebenfalls vom Verbraucher in seiner Rolle als Rechtsgeschäftspartner aus - bloß ohne diesbezügliche Andeutung in ihrer Verbraucherdefinition.⁹²⁵ Der Verbraucherstatus der Art 10 und 11 leg cit ist demnach nicht isoliert, sondern ebenso geschäftspartner- und geschäftszweckbezogen zu eruieren wie nach den übrigen vertragsbezogenen Verbraucherschutzrichtlinien.

e) Vertragsspezifisierende Definitionselemente

(1) Art 1 Abs 1 Haustürgeschäfts-Richtlinie

Die erste verabschiedete EG-Verbrauchervertragsrichtlinie weist im Hinblick auf das handlungsbezogene Verbraucherdefinitionselement eine Besonderheit auf:

Artikel 1 Abs 1 der Haustürgeschäfts-Richtlinie sieht nämlich vor:

„Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden: - während eines vom Gewerbetreibenden ausserhalb von dessen Geschäftsräumen organisierten Ausflugs, oder anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden i) beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers, ii) beim Verbraucher an seinem Arbeitsplatz, sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt.“

In keiner anderen der oben erörterten Sekundärrechtsakte lässt sich eine ähnliche nebensätzliche Erweiterung des Gewerbetreibenden finden – der den Definitionen in den jeweiligen Richtlinien

⁹²⁵ Vgl. *Utsch*, ebd. *Denkinger*, Verbraucherbegriff 302, erkennt hier erstmalig einen nicht bloß inhaltsleeren, das Schutzobjekt skizzierenden Verbraucherbegriff, sondern den Wandel „hin zu einer prägnanten begrifflichen Umschreibung des zu privaten Zwecken Handelnden“. ME setzen Art 10 und 11 E-Commerce-RL sehr wohl die Prüfung eines Verbrauchergeschäfts iS der vorangeschalteten Fragestellung für beide Vertragspartner, ob sie nun mit einem Diensteanbieter kontrahieren bzw in zweiter Stufe ob sie selbst Verbraucher iSd Art 2 lit e sind, voraus. Sie könnten ja auch zur Gruppe der oben erwähnten Nichtverbraucher gehören! Sollte diese Prüfung für beide Vertragsparteien ergeben, dass sie keine Verbraucher sind und gleichzeitig nicht mit einem solchen kontrahieren, können abweichende Vereinbarungen getroffen werden. Ebenso argumentiert *Drexl*, Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in *Lehmann* (Hrsg), Electronic Business in Europa – Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht (2002) 473 (493 ff, Rz 47 ff): Abweichende Regelungen können demnach nur in „B2B“ (Business to Business)-Vereinbarungen getroffen werden. *Drexl* spielt in diesem Zusammenhang mit dem Gedanken, unter „geschäftlicher Tätigkeit“ jede wirtschaftliche Agitation zu verstehen, woraufhin ein „Diensteanbieter“ (Art 2 lit b E-Commerce-Richtlinie) niemals Verbraucher iSd E-Commerce-Richtlinie sein könnte, so dass durch diese Verengung des Verbraucherbegriffs „C2B“-Geschäfte, also Rechtsgeschäfte zwischen einem anbietenden Verbraucher und einem abnehmenden Unternehmer, gar nicht denkbar wären; vielmehr wäre jeder Anbieter jedenfalls kein Verbraucher, und hätte sich im Falle eines Vertrags mit einem solchen zwingend an Art 10 Abs 1 und 2 bzw Art 11 E-Commerce-Richtlinie zu halten. Teleologisch ist diese Lösung nicht haltbar: Wengleich nicht als reines Verbraucherschutzinstrument konzipiert, so ist vom Gemeinschaftsgesetzgeber aber auch mit Sicherheit nicht intendiert, eine zu privaten Zwecken handelnde natürliche Person, also den klassischen Verbraucher im europäischen Rechtssinn, als „Nichtverbraucher“ anzusehen und mit den erhöhten Sorgfaltspflichten der Art 10 und 11 E-Commerce-Richtlinie zu belasten.

vorausgehende Artikel enthält stets bloß eine kurze Umschreibung des von der Richtlinie vorausgesetzten Vertrags, welcher zum Teil näher, zum Teil überhaupt nicht weiterführend spezifiziert wird⁹²⁶. – Die Gesamtschau dieser den Geltungsbereich des jeweiligen Sekundärrechtsakts abgrenzenden Bestimmungen ergibt also, dass der Unternehmer, wie er auch immer in seiner Funktion von der Richtlinie benannt wird, mit einem weiteren Attribut versehen ist.

Nun könnte die Ansicht vertreten werden, diese Beifügung der Haustürgeschäfts-Richtlinie sei ein Definitionsteil des persönlichen Geltungsbereichs, da es ja die Person des Gewerbetreibenden charakterisiere.⁹²⁷ Wie *Franzen* jedoch zutreffend anmerkt, scheint diese Beifügung angesichts der eindeutigen Umschreibung des „Gewerbetreibenden“ in Art 2 reichlich deplatziert, in Anbetracht der mehrmaligen Erwähnung von „Waren und Dienstleistungen“ im Zusammenspiel mit „Verträgen“⁹²⁸ oder dem Rücktrittsrecht⁹²⁹ muss wohl eher von einem vertragskonkretisierenden und damit den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie tangierenden Merkmal gesprochen werden.⁹³⁰ In der Entscheidung *Dietzinger*⁹³¹ befasste sich der EuGH mit der Frage der Subsumption eines Bürgschaftsvertrags unter Art 1 Abs 1 Haustürgeschäfts-Richtlinie, und kam dabei zu dem Schluss, dass die Gewährung eines Kredits eine Dienstleistung darstelle und der akzessorische Bürgschaftsvertrag sehr oft Voraussetzung des Hauptvertrags sei⁹³²; weiters müsse „*derjenige, der den Vertrag geschlossen hat, aufgrund dessen Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen sind*“,

⁹²⁶ Vgl Verbrauchercredit-Richtlinie Art 2 Abs 1: „Diese Richtlinie gilt für Kreditverträge.“; Klausel-Richtlinie, Art 1 Abs 1: „Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern“; Fernabsatz-Richtlinie Art 1: „Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten.“, wobei erst danach in Art 2 1. genau festgelegt wird, was „Vertragsabschluß im Fernabsatz“ bedeutet (nämlich „jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zu dessen Abschluß einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet“); Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie Art 1 Abs 1: „Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter zur Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Rahmen des Binnenmarkts.“; Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie, Artikel 1 Abs 1: „Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.“; UGP-Richtlinie, Artikel 1 Abs 1: „Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.“.

⁹²⁷ Vgl *Pfeiffer*, Ein zweiter Anlauf des deutschen Bürgschaftsrechts zum EuGH, NJW 1996, 3297 (3301); *ders.*, Haustürwiderrufgesetz und Bürgschaft, Ein Beitrag zur causa „kausaler“ Sicherungsgeschäfte und zum europäischen Zivilrecht, ZBB 1992, 1 (7).

⁹²⁸ Vgl Haustürgeschäfts-Richtlinie, Art 1 Abs 2 sowie Art 3 Abs 2 und 3.

⁹²⁹ Vgl Haustürgeschäfts-Richtlinie, Art 7.

⁹³⁰ Vgl *Franzen*, Privatrechtsangleichung 387; für diese Ansicht spricht auch die eindeutig vertragsbezogene englischsprachige Fassung der Haustürgeschäfts-Richtlinie, Art 1 Abs 1: „This Directive shall apply to contracts under which a trader supplies goods or services to a consumer“.

⁹³¹ EuGH, Rs C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgard Dietzinger* (Dietzinger), Slg 1998, I-1199 = EuZW 1998, 252 (Micklitz).

⁹³² Vgl EuGH, Rs C-45/96, Slg 1998, I-1199 Rn 18.

nicht „*der Empfänger dieser Waren oder Dienstleistungen sein*“⁹³³. Voraussetzungen für die Einordnung der Bürgschaft als Verbrauchergeschäft nach dieser Entscheidung: erstens muss der Bürgschaftsvertrag, selbstständig betrachtet, von einem Bürgen, der als Verbraucher im Sinne der Haustürgeschäfts-Richtlinie qualifiziert werden kann, gegenüber einem Gewerbetreibenden im Sinne der Richtlinie eingegangen werden und zweitens muss die akzessorische Hauptverbindlichkeit von einem „*Verbraucher im Rahmen eines Haustürgeschäfts gegenüber einem Gewerbetreibenden als Gegenleistung für Waren oder Dienstleistungen eingegangen*“⁹³⁴ worden sein.⁹³⁵ Aus der Entscheidung kommt nicht hervor, dass der Bürgschaftsvertrag an sich auch ein Haustürgeschäft sein muss.⁹³⁶ Aus diesen Ausführungen geht bereits hervor, dass das Verhältnis zwischen einem „Verbraucher“ und einem „Unternehmer“ im Sinne der Haustürgeschäfts-Richtlinie für den EuGH eine Vorfrage zur Lösung des Problems, ob ein Bürgschaftsvertrag unter Art 1 Abs 1 der Richtlinie subsumiert werden kann, bildet – die Entscheidung befasst sich daher nicht mit Problemstellungen des persönlichen Geltungsbereichs der Richtlinie, sondern eindeutig mit solchen des sachlichen Geltungsbereichs.

(2) Sonstige vertragsspezifizierende Elemente / Ergebnis

Eingedenk einer rechtssetzungstechnischen Kontinuität des Gemeinschaftsgesetzgebers, kann auch die Formulierung der Timesharing-Richtlinie 1994 dem Glauben an den personalen Charakter des Attributs „*der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt*“ entgegengehalten werden. Selbst diese Richtlinie, die sich noch viel deutlicher an den Unternehmer als Erbringer einer ganz spezifischen vertraglichen Leistung wandte und diesen sogar „*Verkäufer*“ nennt, bringt diese Grundintention direkt in der „*Verkäufer*“-Definition⁹³⁷ zum Ausdruck. Daran ist erkennbar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nach Möglichkeit die unmittelbare und vor allem abschließende und definitive Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs jedes Sekundärrechtsaktes innerhalb der jeweiligen Verbraucher- bzw. Unternehmerdefinition bezweckt. Der Nebensatz in Art 1 Abs 1 der Haustürgeschäfts-Richtlinie ist daher weder für deren persönlichen Geltungsbereich, noch für die Interpretation einer allfälligen Häresie nachfolgender Richtlinien von Bedeutung.

Der einzige Schluss, der aus diesen Beifügungen gezogen werden muss, ist jener, dass die unionsrechtlichen Verbrauchervertragsrichtlinien ein bestimmtes Verhältnis zwischen Verbrauchern

⁹³³ EuGH, Rs C-45/96, Slg 1998, I-1199 Rn 19.

⁹³⁴ EuGH, Rs C-45/96, Slg 1998, I-1199 Rn 22.

⁹³⁵ Vgl ebd.

⁹³⁶ Vgl Micklitz in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union IV A 2. Rz 13.

⁹³⁷ Verkäufer ist ja gemäß Timesharing-Richtlinie 1994, Art 2 zweiter Spiegelstrich: „*jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer Berufsausübung durch die unter diese Richtlinie fallenden Vertragsabschlüsse das im Vertrag vorgesehene Recht begründet, überträgt oder zu übertragen sich verpflichtet*“.

und Unternehmern vor Augen schwebt, das den Unternehmer kontinuierlich in der Rolle des Anbieters und den Verbraucher in jener des Abnehmers erkennt, ohne dies jedoch legislativ zum Norminhalt zu erheben – der telos der Verbrauchervertragsrichtlinien ergibt in Kombination mit deren diesbezüglich nicht eindeutigem Wortlaut die Möglichkeit, den sekundärrechtlichen Schutz auch „anbietenden“ Verbraucher zuteilwerden zu lassen.⁹³⁸

f) Öffentlich-rechtliche Institutionen

Die Klausel-Richtlinie wie auch die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie stellen in ihrer jeweiligen Formulierung unmissverständlich klar, dass auch staatliche Behörden Unternehmer sein können: Die Klausel-Richtlinie betont bereits in Erwägungsgrund 14, dass die Richtlinie auch für die gewerbliche Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Rahmen gilt⁹³⁹, bevor sie in Art 2 lit c den „Gewerbetreibenden“ als „eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist“ definiert. Die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie wiederum hält in ihrer Deskription des „Anbieters“ (Art 2 lit c) fest, dass es sich hierbei um „jede natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit Dienstleistungen aufgrund von Fernabsatzverträgen erbringt“ handle.

Ausgehend von diesen Formulierungen kann konstatiert werden, dass sich die genannten Richtlinien jedenfalls auf privatrechtliche Verträge zwischen einem Verbraucher und einem dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnenden Unternehmer erstreckt.⁹⁴⁰ Unklarheit besteht dennoch in zwei Punkten: Erstens stellt sich die Frage, ob darüber hinaus auch öffentlich-rechtliche Verträge erfasst werden.⁹⁴¹ Das EG-Verbraucherrechtskompendium hält dazu fest: „Hierfür spricht, dass die Grenzen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht in jedem Land anders gezogen werden und es insofern nicht im Belieben des nationalen Gesetzgebers stehen kann, ob Vertragsklauseln der

⁹³⁸ Vgl. *Ultsch*, Der einheitliche Verbraucherbegriff 70 ff mwN.

⁹³⁹ Auch in der Klausel-Richtlinie, Erwägungsgrund 16 wird darauf hingewiesen: „Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Klauseln, insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungsnehmer kollektive Dienste erbringen, muß durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden. Diese stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw erbracht wurden. Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muß, loyal und billig verhält.“

⁹⁴⁰ Vgl. *Henkel*, Inhaltskontrolle 61; *Micklitz*, ZeuP 1999, 878.

⁹⁴¹ Eher bejahend *Henkel*, Inhaltskontrolle 61 ff; *Micklitz*, ZeuP 1993, 525.

*Richtlinie 93/13 unterworfen sind oder nicht.*⁹⁴², präferiert aber gleichzeitig eine unionsgesetzliche Lösung (oder zumindest eine diesbezügliche Klarstellung durch den EuGH).

Zweitens bleibt offen, ob die Regelungen der Klausel-Richtlinie und der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie auch für den Geltungsbereich der übrigen Verbrauchervertragsrichtlinien, die ohne die ausdrückliche Erwähnung des öffentlichen Bereichs auskommen, anwendbar wären.⁹⁴³ Die bewusste Nichterwähnung in anderen Richtlinien spricht historisch gegen diese Auffassung. Auf der anderen Seite muss wohl davon ausgegangen werden, dass bei schlichter Erwähnung der „*gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit*“ nur diese selbst entscheidend ist, also auch jene Unternehmer sekundärrechtlich als solche gelten, die nach mitgliedstaatlichem Recht dem öffentlichen Recht zuzuordnen wären.⁹⁴⁴

g) Die Besonderheit der Pauschalreise-Richtlinie

(1) Der „Vermittler“

Der ausschließlich agitativ abgegrenzte Vermittlerbegriff umfasst den Detailhändler, dessen Kerngeschäftsfeld die Kundenberatung und der Verkauf von vorab fixierten Reiseprodukten darstellt – wer diese Produkte plant und komplett weiter zur Verfügung stellt, fällt unter diese Definition.⁹⁴⁵ Diese Abgrenzung erfolgte offenkundig angesichts der Praxis der dem Kunden nahe stehenden Reisebüros, eine von anderen Personen (nämlich den Veranstaltern) zusammengestellte Reise zu verkaufen.⁹⁴⁶ Dennoch kann nicht von einer rein personenbezogenen Abgrenzung gesprochen werden: Reiseagenturen können entweder, einzelne unterschiedliche Elemente einer Reise verbindend, als „*Veranstalter*“ in Erscheinung treten oder eben als Makler (dann im Sinne des „*Vermittlers*“) von anderen Veranstaltern zusammengestellte Pauschalreisen verkaufen.⁹⁴⁷ Die diesbezügliche Feststellung ist also in jedem Einzelfall von neuem durchzuführen.⁹⁴⁸

Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten selbst, ob die jeweilige durch sie statuierte Verpflichtung nur vom Veranstalter, vom Vermittler, oder von beiden eingehalten werden muss.⁹⁴⁹

⁹⁴² Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 788.

⁹⁴³ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 793 f.

⁹⁴⁴ Vgl Micklitz in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV A 3. Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie), Rz 14 (15. EL Jan. 2000).

⁹⁴⁵ Vgl Graziani-Weiss, Reiserecht 24 f; Pöttler, Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung, 24.

⁹⁴⁶ Vgl Graf in Koppensteiner, Wirtschaftsprivatrecht 59 f; M. Bydlinski, Reisevertragsrecht, in Schuhmacher, Verbraucherschutz, 211 (215).

⁹⁴⁷ Vgl Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 244.

⁹⁴⁸ Vgl Graziani-Weiss, Reiserecht 25 f.

⁹⁴⁹ Vgl die oftmalige Diktion vom „*Veranstalter und/oder Vermittler*“ zB in den Erwägungsgründen 11, 18, 19, 21 und in den Art 2 5.; 4, 5, 6, 7; vgl auch Pöttler, Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung 24; Graf in Koppensteiner, Wirtschaftsprivatrecht 60.

Der Hintergrund dieser Bestimmung liegt in der Rücksichtnahme auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen seitens des Gemeinschaftsgesetzgebers, der auch für Mitgliedstaaten, die eine entsprechende Unterscheidung in „*Veranstalter*“ und „*Vermittler*“ (mit den ihnen jeweils zugewiesenen Tätigkeiten) nicht kennen, einen gangbaren Weg schaffen wollte.⁹⁵⁰ Diese Regelung hat dennoch nicht unbedingt zur Rechtssicherheit beigetragen. Gerade in Mitgliedstaaten, die eine Regelung über eine unterschiedliche und getrennte Haftung von Veranstalter und Vermittler getroffen haben kann es oft unklar sein, wer wofür einzustehen hat.⁹⁵¹ Eine gemeinschaftsweit einheitliche Regelung, die zumindest die unabdingbare Haftung des Veranstalters verbunden mit einer mitgliedstaatlichen Option zur Miteinbeziehung des Vermittlers zur ungeteilten Hand reguliert ist daher wünschenswert.⁹⁵²

(2) Der Verbraucher

Die rein agitativ umschriebene Schutzkonzeption der Pauschalreise-Richtlinie unterscheidet sich im Ergebnis tatsächlich deutlich von den, zumindest gemischt definierten Schutzbereichen der verbrauchervertragsbezogenen Richtlinien.

Unter den Terminus „*Verbraucher*“ werden nämlich nicht nur der „*Hauptkontrahent*“, sondern auch explizit „*übrige Begünstigte*“ („*jede Person, in deren Namen der Hauptkontrahent sich zur Buchung der Pauschalreise verpflichtet*“) sowie „*Erwerber*“ („*jede Person, der der Hauptkontrahent oder einer der übrigen Begünstigten die Pauschalreise abtritt*“) legal subsumiert.⁹⁵³ Während der „*Erwerber*“ durch die Vertragsübernahme zivilrechtlich unproblematisch als Anspruchsberechtigter in den Schutz der Richtlinie einbezogen wird⁹⁵⁴, stellt sich die Frage, wer genau die „*übrigen Begünstigten*“ sind. Hier sind zwei Varianten denkbar:

a) ein Fall echter Stellvertretung: diese Lösung würde die Wendung „*in deren Namen*“ indizieren⁹⁵⁵ – allerdings mit dem Einwand behaftet, dass, entsprechende Vertretungsmacht vorausgesetzt, ohnedies der Vertretene unmittelbar Vertragspartner und somit unter die „*Hauptkontrahent*“-Definition zu subsumieren sein wird.⁹⁵⁶

b) Der Teilnehmer einer Gruppe: eine im Übrigen begünstigte Person könnte ebenso jemand sein, der als Teil einer Gruppe oder Familie ein weiterer Leistungsempfänger, nicht jedoch Vertragspartner ist.

⁹⁵⁰ Vgl. M. Bydlinski in *Schuhmacher*, Verbraucherschutz 215.

⁹⁵¹ Vgl. Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 227.

⁹⁵² Tendenziell in diese Richtung auch Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner, EG-Verbraucherrechtskompendium 230.

⁹⁵³ Vgl. Pauschalreise-Richtlinie, Art 2, 4.

⁹⁵⁴ Es handelt sich um einen Reisendenwechsel im Sinne des Art 4 Abs 3 Pauschalreise-Richtlinie, vgl. dazu *Graziani-Weiss*, Reiserecht 26, 38 ff.

⁹⁵⁵ Vgl. *Graziani-Weiss*, Reiserecht 26.

⁹⁵⁶ Vgl. M. Bydlinski in *Schuhmacher*, Verbraucherschutz 216.

M. Bydlinski merkt unter Hinweis auf den 10. Erwägungsgrund der Pauschalreise-Richtlinie⁹⁵⁷ an, dass dieser Lösungsansatz im Hinblick auf die „*übrigen Begünstigten*“ zu präferieren sei.⁹⁵⁸

Denkinger merkt deshalb zu Recht an, dass der „*rechtspolitisch bedeutungsvolle Terminus ,Verbraucher‘*“ in seiner Verwendung an dieser Stelle zur Verwirrung beitrage.⁹⁵⁹

Tatsächlich kann allerdings abseits aller Begrifflichkeiten von einer konsequenten Fortsetzung der bereits ergangenen vertragsbezogenen Verbraucherschutzrichtlinien ausgegangen werden, da das für den Gemeinschaftsgesetzgeber antizipierbare Risiko des Reisenden für den Gewerbetreibenden wie für die nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit agierende Person im gleichen Ausmaß vorhanden ist.⁹⁶⁰ Vor der Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters muss sowohl der Gewerbetreibende, als auch der Freiberufler und der Verbraucher im Sinne der oben erörterten Richtlinien geschützt werden – dem typischerweise unterlegenen privaten Verbraucher kommt in dieser Rechtsgeschäftskonstellation keine Bedeutung mehr zu.⁹⁶¹

Nichtsdestotrotz kann festgehalten werden, dass sich aufgrund der signifikanten Divergenz des Verbraucherbegriffes der Pauschalreise-Richtlinie im Vergleich zu den bislang besprochenen Sekundärrechtsakten zahlreiche Mitgliedstaaten dafür entschieden haben, auf die Begriffe „*Reisender*“ oder „*Erwerber*“ abzustellen.⁹⁶² Das EG-Verbraucherrechtskompodium gibt in diesem Zusammenhang ganz eindeutig zu verstehen, dass die Exposition des Verbraucher-Begriffes geradezu „*irreführend*“ ist, und der Unionsgesetzgeber daher entweder den Begriff des Verbrauchers vermeiden oder den Anwendungsbereich der Richtlinie allein auf Verbraucherreisen beschränken sollte.⁹⁶³

E. DAS VERBRAUCHERBEGRIFFSKONZEPT DER EUROPÄISCHEN UNION

1. Die Beurteilung auf Basis der Sekundärrechtsakte

Die unionsrechtlichen Sekundärakte haben zum Ziel, die ökonomische *Rolle* der Verbraucher, der eine typisierte Schutzbedürftigkeit entspricht, als Anknüpfungspunkt für ihren Schutzbereich zu

⁹⁵⁷ „*Der in dieser Richtlinie vorgesehene Schutz gilt auch für den Verbraucher, der einen Pauschalreisevertrag durch Abtretung erworben hat oder Mitglied einer Gruppe ist, für die eine andere Person einen Pauschalreisevertrag abgeschlossen hat.*“.

⁹⁵⁸ Vgl *M. Bydlinski* in *Schuhmacher*, Verbraucherschutz 216.

⁹⁵⁹ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 300 f; ebenso *Mayrhofer*, ZfRV 1995, 230.

⁹⁶⁰ Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 865; *Riepl*, Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft 18.

⁹⁶¹ Vgl *Kilian*, Verbraucherbegriff in der Europäischen Union 71.

⁹⁶² Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompodium 767.

⁹⁶³ Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompodium 781 f.

formulieren – auf den Schutz des als schwächer erachteten Vertragspartners im Einzelfall kommt es ihnen gar nicht an.⁹⁶⁴

Die individuell-konkrete Schutzbedürftigkeit spielt daher in sekundärrechtlichen Rechtsakten prinzipiell keine Rolle, die durchwegs typisierende Betrachtungsweise führt zu einer generell-abstrakten Verbraucherschutzkonzeption.⁹⁶⁵ Der Status der Person wird bewusst nicht als Anknüpfungsmerkmal gewählt, allein der Zweck des Rechtsgeschäfts wirkt entscheidend für die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft eines Vertragspartners.⁹⁶⁶ Doch nur in Kombination mit dem *vom jeweiligen Kontrahenten* angestrebten Geschäftszweck offenbart sich der Anwendungsbereich der spezifischen Verbrauchervertragsrichtlinie, allein das nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken Handeln reicht nicht aus, vielmehr entsteht die unionsrechtlich als schutzbedürftig erkannte Situation zu Lasten des Verbrauchers erst, wenn der Vertragspartner eben aus diesen Gründen rechtsgeschäftlich tätig wird.⁹⁶⁷

Doch allein dies, also die geschäftliche Interaktion eines nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken Handelnden mit einer Person, die aus eben diesen Gründen agiert, löst für sich allein genommen noch keinen sekundärrechtlichen Schutz aus: Jede Verbrauchervertragsrichtlinie definiert noch eine spezifische Situation, die als für den Verbraucherschutz mitkonstituierend gilt.

Dies sind einerseits bestimmte Vertragsabschlussituationen (Haustürgeschäfts-, Fernabsatz-, Fernabsatz-Finanzdienstleistungs- und E-Commerce-Richtlinie); spezifische Vertragstypen (Verbrauchsgüterkauf-, Pauschalreise-, Verbraucherkredit- und Timesharing-Richtlinie) oder etwa die Verwendung nicht im Einzelnen ausgehandelter Vertragsklauseln (Klausel-Richtlinie).

Ein beliebiger Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher, der weder einem dieser definierten Vertragstypen entspricht noch in einer der genannten Vertragsabschlussituationen kontrahiert wurde und dessen Klauseln individuell ausgehandelt wurden, löst also definitiv *keinen* sekundärrechtlichen Verbraucherschutz aus.

Wäre der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Kommissions-Vorschlag zur Klausel-Richtlinie gefolgt, hätte auch auf EU-Ebene der rollensoziologische Ansatz Einzug gehalten: Der Vorschlag sah nämlich

⁹⁶⁴ Vgl. Reich, ZEuP 1994, 389; ähnlich Heinrichs, Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung – Erweiterung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle, NJW 1995, 153.

⁹⁶⁵ Vgl. Faber, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854 (859); Bülow/Artz, NJW 2000, 2050; Mohr, AcP 204, 682.

⁹⁶⁶ Vgl. Bülow/Artz, NJW 2000, 2050.

⁹⁶⁷ Vgl. Bülow/Artz, NJW 2000, 2051.

noch die Kontrolle individuell ausgehandelter Klauseln vor.⁹⁶⁸ Bis dato hat sich dieser Gedanke jedoch im europäischen Verbrauchervertragsrecht nicht durchgesetzt.

Auch das von *Pfeiffer* propagierte Modell bereichsspezifischer Geschäftskompetenz wird auf europäischer Ebene nicht verwirklicht: Die Herausnahme juristischer Personen aus dem Schutzbereich der Verbrauchervertragsrichtlinien ist mit dem Prinzip des Modells der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz jedenfalls unvereinbar. Während die Fokussierung auf die Schutzbedürftigkeit geschäftlich unerfahrener Teilnehmer am Rechtsverkehr auch juristische Personen umfasst, werden diese eindeutig und ohne Ausnahme per legem aus dem jeweiligen Verbraucherbegriff der Sekundärrechtsnormen exkludiert. *Pfeiffer* spricht in diesem Zusammenhang von einem „*legislatorischen Kognitions- und Konzeptionsfehler*“⁹⁶⁹ und einer „*wertungssystematisch [...] verfehlten Ausnahme*“⁹⁷⁰, die im Übrigen jedoch die individuelle und einzige Divergenz zu dem von ihm entwickelten System der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz darstelle.

2. Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung

Andererseits äußert sich auch der EuGH abschlägig zu dieser Verbraucherbegriffskonzeption:

Im Verfahren *Di Pinto* stellt er zwar auf die durchschnittliche Erfahrung eines Gewerbetreibenden ab, dem zugemutet werden kann beim Verkauf seines Betriebs als solcher behandelt zu werden⁹⁷¹, erteilt aber gleichzeitig der Rechtsansicht der Kommission eine Absage, die im Verfahren noch auf die Maßgeblichkeit der *gewöhnlichen* beruflichen Tätigkeit bzw des *üblicherweise* im Rahmen der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit geschlossenen Geschäfts verwies. Auch in der Rechtssache *Benincasa* urteilte der EuGH, dass es letztlich auf die „*Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung*“⁹⁷² ankäme und nicht auf die „*subjektive Stellung dieser Person*“⁹⁷³: „*Wie der Generalanwalt in Nummer 38 seiner Schlussanträge zu Recht ausgeführt hat, kann ein und dieselbe Person im Rahmen bestimmter Vorgänge als Verbraucher und im Rahmen anderer Vorgänge als Unternehmer angesehen werden.*“⁹⁷⁴.

⁹⁶⁸ Vgl Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(90) 322 endg vom 03.09.1990, ABL 1990 C 243, 2. Kritisch zu diesem Konzept *Hommelhoff*, AcP 192, 90 ff; *Mohr*, AcP 204, 687.

⁹⁶⁹ *Pfeiffer* in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 40.

⁹⁷⁰ *Pfeiffer*, ebd.

⁹⁷¹ Vgl EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189 Rn 18: „*Es ist nämlich davon auszugehen, daß ein durchschnittlich erfahrener Gewerbetreibender den Wert seines Gewerbebetriebs und die Bedeutung aller Rechtsgeschäfte, die dessen Verkauf erfordert, kennt, so daß er entsprechende Verpflichtungen nicht unüberlegt und nur aufgrund eines Überraschungseffekts eingehen wird.*“

⁹⁷² EuGH, Rs C-269/95, Slg 1997, I-3767 Rn 16.

⁹⁷³ Ebd.

⁹⁷⁴ Ebd.

Die explizite Hervorhebung der nicht maßgeblichen „*subjektiven Stellung*“ einer Person für deren Qualifikation als Verbraucher kann als Indiz für die untergeordnete Rolle persönlicher Eigenschaften bzw Umstände, wie beispielsweise der persönlichen rechtsgeschäftlichen Erfahrung, bei der Konstituierung der Verbraucherstellung erachtet werden; alleine die nicht-gewerbliche bzw – berufliche Tätigkeit beim konkreten Vertragsschluss scheint entscheidend zu sein, womit letztlich nur der private Endverbraucher und nicht der schwächere Vertragspartner geschützt ist.

Die spezifische Sachkenntnis scheint für den EuGH also kein Kriterium zur Feststellung der Verbrauchereigenschaft zu sein, wie sich insbesondere in der Rechtsprechung zu „Dual-Use-Geschäften“ zeigt: Vielmehr geht der Gerichtshof vom rollensoziologischen Schutzansatz aus, die konkret vorliegende branchenspezifische Kenntnis wird als Kriterium nicht herangezogen.⁹⁷⁵

Für diese Lösung spricht auch die Formulierung des Agierens „*im Rahmen*“ einer Tätigkeit, die, wie oben dargestellt, ein weites Verständnis des Gemeinschaftsgesetzgebers indiziert, das offenkundig jedes, auch nur entfernt mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in Verbindung stehende Rechtsgeschäft von der Unternehmerdefinition, nicht bloß typische, branchenübliche oder stets wiederkehrende Geschäfte des Gewerbetreibenden erfassen soll.

3. Fazit

Das europäische Recht erweitert durchwegs die rollenspezifisch grundierte Verbrauchergeschäftsdefinition durch situationsspezifische Charakteristika, die jede Richtlinie in ihrem sachlichen Geltungsbereich festschreibt⁹⁷⁶, und statuiert insofern eine Verbrauchergeschäftsdefinition, die am ehesten dem „Kombinationsmodell“ entspricht.

F. DIE LEGITIMATION DES VERTRAGLICHEN VERBRAUCHERSCHUTZES DURCH DEN UNIONSGESETZGEBER

1. Die Beurteilung auf Basis der Sekundärrechtsakte

Die reine Analyse der verbrauchervertraglichen Richtlinien führt zur Beobachtung eines Begründungsdreiklangs, der sich wie ein roter Faden durch die Erwägungsgründe nahezu aller

⁹⁷⁵ Vgl Scarso, ZEuP 2001, 392.

⁹⁷⁶ Vgl Reich, JZ 1997, 609; Drexler in Lehmann, Electronic Business 492 Rz 43; ders, Selbstbestimmung 282 ff.

untersuchten Sekundärrechtsakte zieht – stets werden als Argumentation für den legislativen Eingriff folgende drei Elemente genannt⁹⁷⁷:

- a) Die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen für Unternehmer („Anbieterfreiheit)
- b) Die Erleichterung für den Verbraucher grenzüberschreitend tätig zu werden („Nachfragerfreiheit“)
- c) Die Anhebung des Schutzniveaus für den Verbraucher

Die unionsrechtlichen Schutzvorschriften dienen daher vor allem dem Schutz der wirtschaftlichen Selbstbestimmung – Privatpersonen agieren oft nicht mit unternehmerähnlicher Umsicht, Routine und Geschäftserfahrung, verfügen nicht über geschulte Mitarbeiter und spezifische Infrastruktur und haben in einzelnen Fällen ein geringeres Verhandlungsgewicht.⁹⁷⁸ Vom Unternehmer hingegen wird erwartet, dass sie professionell am Markt auftreten, aus diesem Grund ist auch der Schutz von Kleinunternehmen im System des EU-Verbrauchervertragsrechts nicht vorgesehen: Für diesen Bereich ist der Markt bzw das Subventions- und Insolvenzrecht zuständig.⁹⁷⁹

Überhaupt dient das europäische Verbraucherschutzrecht bis dato primär der Marktförderung, der europäische Verbraucher soll mit dem nötigen Rüstzeug ausgestattet werden um am europäischen Binnenmarkt ohne Sorgen agieren zu können⁹⁸⁰, und sucht in dieser Hinsicht die Verwirklichung des Systems der Konsumentensouveränität⁹⁸¹.

Die sekundärrechtlich auszugleichende Gefahr besteht hauptsächlich aus den aus divergierenden mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen resultierenden Unterschieden im vertraglichen Verbraucherschutz, die den Verbraucher von grenzüberschreitender Tätigkeit abhalten - diese eindeutige Orientierung des vertragsbezogenen Verbraucherschutzrechts als Marktverhaltensrecht ist zumindest seit Erlass der EEA und der prononciert binnenmarktfinalen Kompetenzausrichtung des Primärrechts feststellbar.⁹⁸² Dies erklärt auch die Nichtbeachtung von juristischen Personen, die nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken handeln: diese verfügen über keine regelungsrelevante Auswirkungsmacht auf den Binnenmarkt, weshalb sie unionsrechtlich unbeachtet bleiben.⁹⁸³

⁹⁷⁷ Vgl *Augenhofer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 12, 47.

⁹⁷⁸ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 256 ff.

⁹⁷⁹ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 258 f.

⁹⁸⁰ Vgl *Micklitz* in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 300; *ders*, The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 47 (81 ff); *Heiderhoff*, Grundstrukturen 15, 223 ff; *Huguenin*, Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung, GPR 2009, 159 (163).

⁹⁸¹ Vgl *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht 86 ff; *dies*, Grundstrukturen 225; *Drexel*, Selbstbestimmung 46; ähnlich *Hondius*, The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward, ERPL 2010, 103 (107); *Grundmann*, Systemdenken und Systembildung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 217 (233).

⁹⁸² Vgl *Micklitz* in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 298.

⁹⁸³ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 259 f.

Prioritär intendiert die Europäische Union daher gar nicht, den wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner zu schützen⁹⁸⁴ oder für die Verwirklichung materieller Vertragsfreiheit zu sorgen⁹⁸⁵.

Zu dieser Erkenntnis gelangt man jedenfalls, sollte man ausschließlich von den Erwägungsgründen der Verbrauchervertragsrichtlinien ausgehen. Tatsächlich steht der Verbraucherschutz bei zahlreichen Richtlinien stärker im Vordergrund als in den jeweiligen Begründungen kommuniziert.⁹⁸⁶ Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist sich bewusst über die Wirkung rechtsangleichenden Richtlinienrechts, welches ja in den Mitgliedstaaten korrekt, bei sonstiger unionsrechtlicher Sanktionierung, in die jeweilige Rechtsordnung umgesetzt werden muss. Das innerstaatliche Verbrauchervertragsrecht aller Mitgliedstaaten ist also sekundärrechtlich determiniert, die vorgeblich bloß zur Verwirklichung des Binnenmarkts gesetzten Maßnahmen erzielten *de facto* und *de jure* eine beinahe vollständige Rechtsangleichung im vertraglichen Verbraucherschutz innerhalb der gesamten Europäischen Union.

2. Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung

Auch der EuGH ist sich des dominanten Zwecks des Verbraucherschutz der Sekundärrechtsakte bewusst: Die Entscheidungen *Bertrand/Ott*, *Benincasa*, *Idealservice* und *Gruber* demonstrieren eindeutig die verbraucherorientierte Schutzrichtung des Gerichtshofs. Dabei folgt der EuGH einer streng typisierenden Sichtweise des persönlichen Geltungsbereichs. Bereits 1978 erörterte GA *Capotorti*, dass als Auslöser für die besonderen Zuständigkeitsregelungen der Art 13 ff EuGVÜ das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen einem starken und einem schwachen Vertragspartner zu gelten habe und es sich im Hinblick auf den telos der Norm beim kaufenden Kontrahenten um Angehörige einer Personengruppe handeln müsse, die *typischerweise* in einer Position wirtschaftlicher Unterlegenheit handle, weil er gezwungen sei, die Gegenleistung für die erworbene Ware in Form von Teilzahlungen zu erbringen. Die in zahlreichen weiteren Judikaten des EuGH zum Ausdruck gebrachte streng typisierende Betrachtungsweise legt nahe, dass es zwar prinzipiell um den Schutz der schwächeren Vertragspartei gehe, aber gleichzeitig kein Raum für die Anwendung des Schutzbereichs beispielsweise im Rahmen einer analogen Tatbestandsausdehnung bleibe. Vielmehr wird streng am Wortlaut der Bestimmung festgehalten, der nach Ansicht des Gerichtshofs offenbar auch teleologisch betrachtet dem System einer limitierten Typisierung folgt, welches, vom Gemeinschaftsgesetzgeber intendiert, die einzelfallbezogene Erweiterung des Schutzbereichs ausschließt. Diese typisierende Betrachtung erachtet den nicht-beruflich oder nicht-gewerblich Handelnden als Minimalkonsens der schützenswerten Rechtssubjekte. Der EuGH bringt damit sein Festhalten an einem limitiert-

⁹⁸⁴ Vgl Artz, Die "vollständige Harmonisierung" des Europäischen Verbraucherprivatrechts, GPR 2009, 171; Smits, Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, ERPL 2010, 5 (7); Lurger in Streinz, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 15.

⁹⁸⁵ Vgl Heiderhoff, Grundstrukturen 326.

⁹⁸⁶ Vgl Mak, Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation?, ERPL 2010, 55 (65 ff).

typisierenden Verständnis zum Ausdruck: für kasuistisch-differenzierende Interpretationen bleibt kein Platz, es geht allein um die möglichst einfache Feststellbarkeit und Subsumierbarkeit eines Sachverhalts, der Rechtssicherheit wird der Vorrang zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt.

3. Fazit

Im Ergebnis versuchte die Kommission also von Anfang an, das Verbrauchervertragsrecht als binnenmarktfinale Maßnahme gemäß Art 95 EG zu konstruieren, um dieses Rechtsgebiet gleichsam als Vehikel zur Forcierung der Vertragsrechtsangleichung zu nutzen, unter dem Deckmantel der Verbesserung grenzüberschreitender Geschäftsaktivität. Dahinter steht offenbar bis heute der Plan immer intensiverer und kompletterer Angleichung, wie die aktuell zu konstatierende Vollharmonisierungstendenz im sekundärrechtlichen Verbrauchervertragsrecht beweist (vgl dazu unten das Kapitel „Die Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts im Verbrauchervertragsrecht und die geplante Neuregelung durch den Unionsgesetzgeber“).

Sozio-ökonomisch legt der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer zwei kumulativ notwendige Faktoren zu Grunde: Erstens den rechtsgeschäftlichen Erfahrungsmangel des Verbrauchers gegenüber seinem professionellen Kontrahenten, sowie, zweitens, den Mangel an Sachkunde und informativem Wissen über den betreffenden Vertragsgegenstand. Wenn bloß einer dieser Faktoren nicht vorliegt, wird die Anerkennung als Verbrauchervertrag verweigert. Dies ist beispielsweise beim Unternehmensverkauf der Fall: Hierbei treffen wohl beide genannten Faktoren nicht auf den Verkäufer zu. Gekoppelt mit dem streng limitiert-typisierenden Verständnis des EuGH führt dieser Ansatz auch zum Ausschluss des Verbraucherschutzes für den Unternehmensgründer – der rechtsgeschäftliche Erfahrungsmangel mag zwar auf Seiten des Gründers vorliegen, doch allein die Beschäftigung mit dem zukünftigen Unternehmensgegenstand verhindert die Anerkennung der fehlenden Sachkunde über den Vertragsgegenstand. Aus diesem Grund gehört jene Art von Rechtsgeschäften eindeutig nicht mehr zum privaten Bereich.

G. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Die unionsrechtlichen Verbrauchervertragsrichtlinien definieren den Verbraucher bzw das Verbrauchergeschäft zweiseitig, mittels Deskription des Verbrauchers und seines rechtsgeschäftlichen Partners. Dies gilt auch für die, nicht zu den Verbrauchervertragsrichtlinien zählenden, E-Commerce-Richtlinie und Pauschalreise-Richtlinie, die allerdings inhaltliche Abweichungen aufweisen.
2. Die jeweilige Definition des Verbrauchers und seines Kontrahenten gehen auf Art 13 Abs 1 EuGVÜ und auf Art 5 Abs 1 EVÜ zurück, die erste Verbrauchervertragsrichtlinie, die sich dieser Abgrenzungsmethodik bediente, war die Haustürgeschäfts-Richtlinie im Jahr 1985.
3. Die sekundärrechtlichen Verbraucher- bzw Unternehmerdefinitionen können in drei verschiedene Elemente zerlegt werden: das persönliche, das funktionelle und das agitative Element.

Das persönliche Element

4. Unternehmer kann stets sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein, die Rechtsform ist nicht entscheidend.
5. Verbraucher kann stets nur eine natürliche Person sein. Juristische Personen, die nicht gewerblich tätig werden, wie etwa zahlreiche gemeinnützige Vereine oder Hilfsorganisationen, sind sekundärrechtlich eindeutig aus dem Verbraucherbegriff exkludiert. Der Wortlaut der Pauschalreise-Richtlinie als divergent formulierter Ausnahmetatbestand lässt zwar die Subsumption juristischer Personen unter den Verbraucherbegriff zu, die Erwägungsgründe sowie der Zweck und der sachliche Anwendungsbereich des Rechtsakts führen aber zur exklusiven Anwendbarkeit auf natürliche Personen.

Das funktionelle Element

6. Das Begriffspaar „*berufliche oder gewerbliche Tätigkeit*“ kommt als konstant wiederkehrendes Element die zentrale Rolle in der Umschreibung des objektiv-zweckbezogenen Verbrauchervertragselements zu, wiewohl zuweilen auch die „*handwerkliche*“ oder die „*geschäftliche*“ Tätigkeit in den sekundärrechtlichen Definitionen genannt werden.

7. Die „*gewerbliche Tätigkeit*“ setzt selbstständige und planmäßige Agitation gegen Entgelt über eine gewisse Dauer voraus, Gewinnerzielungsabsicht ist nicht von Nöten. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen fallen auch gemeinnützige Organisationen unter den sekundärrechtlichen Unternehmerbegriff.
8. Die „*berufliche Tätigkeit*“ umfasst die selbstständige, nicht jedoch die unselbstständige berufliche Tätigkeit in der Unternehmerdefinition: Eine unselbstständig berufstätige Person kann niemals Unternehmer im Sinne der Verbrauchervertragsrichtlinien sein.
9. Die Wendungen „*geschäftliche*“ und „*handwerkliche*“ Tätigkeit fügen keine zusätzlichen Voraussetzungen oder Abgrenzungsmerkmale hinzu, da sie inhaltlich bereits von der „beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit“ erfasst werden.
10. Der „Verbraucher“ ist funktionell durchgängig negativ formuliert, und muss zu Zwecken handeln, die *nicht* der „beruflichen“ oder „gewerblichen“ (oder eines äquivalent eingesetzten Attributs wie „geschäftlichen“ oder „handwerklichen“) Tätigkeit zugerechnet werden können. Die Erweiterungen des nicht „*unmittelbaren*“ oder „*überwiegenden*“ Handelns zu diesen Zwecken fanden bis dato nicht Eingang in die einschlägigen Sekundärrechtsakte.
11. Die zu Zwecken der unselbstständigen Berufstätigkeit handelnde natürliche Person kann nicht unter den sekundärrechtlichen Verbraucherbegriff subsumiert werden. Nur das Handeln zu privaten Zwecken wird erfasst.
12. Weder als Verbraucher noch als Unternehmer im Sinne der Verbrauchervertragsrichtlinien sind einerseits juristische Personen, die zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann sowie andererseits unselbstständig Erwerbstätige anzusehen – die sekundärrechtliche Verbrauchervertragsdefinition weist insofern eine Lücke auf.
13. Geschäfte natürlicher Personen mit dem Zweck des Aufbaus einer beruflichen oder gewerblichen Existenz („Gründungsgeschäfte“) werden sekundärrechtlich nicht geschützt.
14. Verträge, die in vorbereitender Funktion den Verkauf des Gewerbebetriebes zum Gegenstand haben, werden höchstgerichtlich nicht als Verbrauchergeschäfte gewertet – Gewerbetreibende, die ihren Betrieb verkaufen werden nicht als schützenswert anerkannt.

15. Geschäfte, die von einer natürlichen Person sowohl zu privaten, als auch zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken geschlossen werden („Dual-Use-Geschäfte“), werden von den Verbrauchervertragsrichtlinien nicht explizit behandelt. Der EuGH lässt im Kontext des Art 13 EuGVÜ nur jenen Vertrag als Verbrauchervertrag gelten, dessen Verbindung zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit *„so schwach wäre, dass sie nebensächlich würde und folglich im Zusammenhang des Geschäftes, über das der Vertrag abgeschlossen wurde, insgesamt betrachtet nur eine ganz untergeordnete Rolle spielte.“*⁹⁸⁷

Das agitative Element

16. Das Agieren „im Rahmen“ einer Tätigkeit erfasst sämtliche Tätigkeiten, die die Durchführung oder Ausübung der Erwerbstätigkeit in irgendeiner Form ermöglichen, fördern oder begünstigen.
17. Es kommt stets auf den konkreten Vertragspartner an; im Falle echter Stellvertretung bleibt nach dem derzeitigen Wortlaut der Sekundärrechtsakte immer die Eigenschaft des Vertretenen maßgeblich für die Subsumtion unter den Verbraucher- oder Unternehmerbegriff einer Richtlinie.
18. Die Integration öffentlich-rechtlicher Institutionen in den Unternehmerbegriff der Verbrauchervertragsrichtlinien kann für jene Richtlinien, die sie nicht erwähnen, nicht als gesichert angenommen werden. Eine unionsgesetzliche oder zumindest höchstgerichtliche Klarstellung ist wünschenswert.
19. Die Pauschalreise-Richtlinie definiert den „Vermittler“ und den „Verbraucher“ rein agitativ, ohne persönliche oder funktionelle Elemente zu verwenden. Der Veranstalter wird über das „nicht nur gelegentliche“ Handeln definiert; persönliche Merkmale spielen überhaupt keine Rolle. Die Verbrauchervertragsdefinition der Pauschalreise-Richtlinie weicht somit empfindlich und ohne sachliche Rechtfertigung von jener der übrigen Verbrauchervertragsrichtlinien ab, es empfiehlt sich eine Revision.
20. Die verbrauchervertragsrechtlichen Sekundärrechtsakte folgen prinzipiell dem „Kombinationsmodell“, indem rollenspezifisch definierte Verbraucher mit ebenso definierten Unternehmern unter bestimmten Verhältnissen und Situationen kontrahieren müssen, damit ein Verbrauchervertrag entsteht.

⁹⁸⁷ EuGH, Rs C-464/01, Slg 2005, I-439 Rn 39.

21. Das als Binnenmarktangleichung getarnte vertragsbezogene Verbraucherschutzrecht der EU schützt jenen Verbraucher, der unter der Last eines rechtsgeschäftlichen Erfahrungsmangels in Kombination mit mangelndem Wissen und Information über den Vertragsgegenstand mit einem legal definierten Unternehmer einen Vertrag schließt. Der EuGH folgt in seiner Interpretation einer streng limitiert-typisierenden Betrachtungsweise.

VII. DIE VERBRAUCHERGESCHÄFTSDEFINITION DES KSCHG

A. ÜBERBLICK ÜBER DIE VERBRAUCHER- UND UNTERNEHMERDEFINITIONEN DES KSchG

1. Verbraucher

Fassung	persönliches Element	funktionelles Element	agitatives Element
Regierungsvorlage ⁹⁸⁸	-	Geschäft gehört nicht zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt
BGBI 1979/140 ⁹⁸⁹	-	Geschäft gehört nicht zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt
Geltende Fassung ⁹⁹⁰	-	Geschäft gehört nicht zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt

⁹⁸⁸ § 1 KSchG idF der RV (RV 744 BlgNR 14. GP) lautete: „§ 1. (1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen 1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und 2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind.

(2) Unternehmen im Sinn des Abs. 1 Z. 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein, einschließlich der Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes.

(3) Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gehören noch nicht im Sinn des Abs. 1 Z. 1 zu diesem Betrieb.

(4) Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (§ 2 Abs. 1 ArbGerG) mit dem Arbeitgeber schließt.“

⁹⁸⁹ § 1 KSchG idF BGBI 1979/140 lautete: „§ 1. (1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen 1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und 2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind.

(2) Unternehmen im Sinn des Abs. 1 Z. 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer.

(3) Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gehören noch nicht im Sinn des Abs. 1 Z. 1 zu diesem Betrieb.

(4) Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (§ 2 Abs. 1 ArbGerG) mit dem Arbeitgeber schließt.“

⁹⁹⁰ § 1 KSchG idGF (10.10.2010) lautet: „§ 1 (1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen 1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und 2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind.

(2) Unternehmen im Sinn des Abs. 1 Z. 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer.

(3) Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gehören noch nicht im Sinn des Abs. 1 Z. 1 zu diesem Betrieb.

(4) Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (§ 51 Abs. 3 ASGG) mit dem Arbeitgeber schließt.

(5) Die Bestimmungen des I. und des II. Hauptstücks sind auch auf den Beitritt zu und die Mitgliedschaft bei Vereinen anzuwenden, wenn diese zwar von ihren Mitgliedern Beiträge oder sonstige Geldleistungen verlangen, ihnen aber nur eingeschränkte Mitgliedschaftsrechte einräumen und die Mitgliedschaft nicht geschäftlichen Zwecken dient.“

2. Unternehmer

Fassung	persönliches Element	funktionelles Element	agitatives Element
Regierungsvorlage	-	Geschäft gehört zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt Besonderheit § 1 Abs 2: „ <i>einschließlich der Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes</i> “
BGBI 1979/140	-	Geschäft gehört zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt Besonderheit § 1 Abs 2: „ <i>Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer.</i> “
Geltende Fassung	-	Geschäft gehört zum Betrieb seines Unternehmens	ist an Rechtsgeschäft beteiligt Besonderheit § 1 Abs 5: „ <i>Die Bestimmungen des I. und des II. Hauptstücks sind auch auf den Beitritt zu und die Mitgliedschaft bei Vereinen anzuwenden, wenn diese zwar von ihren Mitgliedern Beiträge oder sonstige Geldleistungen verlangen, ihnen aber nur eingeschränkte Mitgliedschaftsrechte einräumen und die Mitgliedschaft nicht geschäftlichen Zwecken dient.</i> “

B. DIE GESCHICHTE UND INTENTION DES KSchG

1. Vom RatenG 1961 zum KSchG

Das KSchG kann keinesfalls als allumfassendes, die rechtsgeschäftliche Agitation des Verbrauchers abschließend regelndes Gesetzeswerk betrachtet werden, schon gar nicht als sämtliche, nicht bloß vertragsrechtliche Lebensverhältnisse erfassendes Schutzinstrument für den Konsumenten.⁹⁹¹ Es regelt eher kasuistisch spezifische, in den Augen des Gesetzgebers am häufigsten auftretende und im alltäglichen Leben relevante, Situationen bei Vertragsschlüssen zwischen den gesetzlich eingangs definierten Vertragsparteien Verbrauchern und Unternehmern, betrifft also in seinem Sukkus dieselben Rechtsverhältnisse wie „klassisch“ zivilrechtliche Regelungen des ABGB.⁹⁹² Während also nicht einmal alle Teilbereiche des Verbraucherschutzes vom KSchG erfasst werden, regelt das Gesetz dennoch im II. und III. Hauptstück Rechtsverhältnisse, die nicht auf das Kontrahieren zwischen Verbraucher und Unternehmer beschränkt sind und erweitert sohin den durch den Gesetzestitel indizierten Regelungsbereich.⁹⁹³ Doch sein praxisnaher Bezug lässt es zu einem Kristallisationskern innerhalb des verbraucherschutzrechtlichen Normengefüges der österreichischen Rechtsordnung werden, *„um den sich materiellrechtliche Regelungen gruppieren, die für das Verhältnis zwischen Anbieter und Verbraucher wesentlich sind“*⁹⁹⁴.

Bereits in der Entwicklungsphase der Zeit vor der RV wurde durchaus diskursiv der für den Verbraucher exzeptionell wichtige Schutz vor Überrumpelung thematisiert: Wollte man tatsächlich die konkrete Willensbeeinträchtigung berücksichtigen, so kamen die an den Verhandlungen beteiligten Personen zu dem Schluss, dass dies nur über schwer konkretisierbare, subjektiv-psychologische Tatbestandselemente möglich wäre – dies hätte jedoch einerseits enorme Rechtsunsicherheit für den Unternehmer, andererseits verfahrens- und beweisführungsaufwändige prozessuale Nachteile für den Verbraucher zur Folge gehabt.⁹⁹⁵ Das rechtspolitische Kernthema des KSchG stand jedenfalls bereits zu Beginn fest: der typischerweise unterlegene Verbraucher sollte vor dem Unternehmer durch die

⁹⁹¹ Vgl. *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz – Kurzkommentar (2004) Einl Rz 5; *Krejci*, KSchG und ABGB, in *ders* (Hrsg.), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 85; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 177; *Lurger* in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, ABGB 3. Jahrtausend 112.

⁹⁹² Vgl. *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), KSchG, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 18) Einl Rz 7, 14.

⁹⁹³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/43 Vorbem zu § 1 KSchG Rz 3 f; *ders*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) (1986) Vorbem Rz 3; zur wohl politischen Bedeutung der Gesetzesbezeichnung sowie der Bezeichnung des durchaus praxisnahe und relevante Regelungen enthaltenden III. Hauptsücks („Ergänzende Bestimmungen“) vgl. *Krejci*, Einführung, in *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht (1978) 11 (11, 13); *Meinhart*, Konsumentenschutz und Immobilienrecht, *ImmZ* 1980, 5 (7).

⁹⁹⁴ *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz Einl Rz 5.

⁹⁹⁵ Vgl. *Reindl*, Entstehung und Konzeption des KSchG, in *Krejci*, Handbuch 74 f.

Beschränkung dessen Privatautonomie vertragsrechtlich gestützt werden.⁹⁹⁶ Das Erkennen einer *strukturellen Machtdifferenz* (zu diesem Begriff vgl oben Seite 70) des Verbrauchers seinem unternehmerischen Vertragspartner gegenüber beherrschte die Grundkonzeption des KSchG.⁹⁹⁷

Konkret den persönlichen Geltungsbereich des KSchG betreffend, wurde im Zuge der Verhandlungen die, in der RV zum RatenG⁹⁹⁸ enthaltene, Ausdehnung des Begünstigtenkreises auf Minderkaufleute, die außergewöhnliche Geschäfte abschließen, in die Diskussion miteinbezogen. Da das KSchG jene Ungleichgewichtslagen auszugleichen gedenke, die durch den Erfahrungsmangel beim Abschluss *bestimmter* Geschäfte auf Seiten eines Vertragspartners allenfalls zu konstatieren sei, könne zwischen den üblicherweise getätigten und den außergewöhnlich abgeschlossenen Rechtsgeschäften unterschieden werden. Auch dieser Gedanke wurde fallen gelassen: Die beinahe unmöglich exakt zu vollziehende Abgrenzung zwischen üblichen und unüblichen Geschäften sowie die damit verbundene Rechtsunsicherheit ließen den Gesetzgeber letztlich auf die allgemeinen Normen, allen voran § 879 ABGB, sowie auf den potentiellen Analogieschluss durch die Judikative zurückgreifen. Da man sich jedoch bereits Ende der 1970er Jahre auf die Unzweckmäßigkeit des Kaufmannstatbestandes der §§ 1 ff HGB einigen konnte, sollte der Normadressatenkreis zumindest auch auf nicht nach Gewinn strebende Organisationen sowie auf sämtliche privatwirtschaftlich tätige Körperschaften öffentlichen Rechts ausgedehnt werden.⁹⁹⁹

2. Der Leitgedanke des Gesetzgebers

Obwohl die ErlBem der RV der Intention des Gesetzgebers Ausdruck verleihen, den privatrechtlichen Schutz des Verbrauchers möglichst umfassend verwirklichen zu wollen, wird schon im darauf folgenden Absatz festgehalten, dass beispielsweise das Recht der Produzentenhaftung nicht ins KSchG integriert werden solle (unter Hinweis auf den mangelnden Vertragshaftungscharakter, der offenbar als Leitgedanke des KSchG fungieren sollte).¹⁰⁰⁰ Vor allem sollte das Konsumentenschutzgesetz aber ein „*hohes Maß an Rechtsklarheit – auch im Sinn von Allgemeinverständlichkeit – und Rechtssicherheit – auch im Sinn von Vorhersehbarkeit eines Prozessausgangs – bringen*“¹⁰⁰¹. Sachlich sollte primär der Bereich des Zustandekommens von Verträgen, der Schutz vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie eine verstärkte Korrelation zwischen öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutznormen und zivilrechtlichem Konsumentenschutz geregelt werden; den

⁹⁹⁶ Vgl *Krejci*, Zehn Jahre Konsumentenschutzgesetz, in *Aicher/Koppensteiner* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht - Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag (1990) 161 (161 f); *ders.*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) Vorb Rz 2.

⁹⁹⁷ Vgl *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz Einl Rz 2.

⁹⁹⁸ BGBI 1961/279.

⁹⁹⁹ Vgl dazu *Reindl* in *Krejci*, Handbuch 75.

¹⁰⁰⁰ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 3.

¹⁰⁰¹ EB RV 744 BlgNR 14. GP 3.

persönlichen Geltungsbereich betreffend wurde zwischen drei Sektionen unterschieden: Die neu geschaffene Generalklausel sollte in § 879 eingefügt werden und somit allgemein zivilrechtliche Geltung erlangen; die Mehrzahl der übrigen Einzeltatbestände stellt auf eine typischerweise bestehende Unterlegenheit eines Vertragspartners ab und sollte daher nur für Verbrauchergeschäfte gelten (I. Hauptstück); schließlich wurden noch mit den Regelungen zur Verbandsklage (II. Hauptstück) sowie den Ergänzenden Bestimmungen (III. Hauptstück) einige vom Verbrauchergeschäft unabhängige Schutzbestimmungen ins KSchG integriert¹⁰⁰², die der Gesetzgeber nicht auf die Anwendung bloß auf Verbrauchergeschäfte beschränken wollte oder konnte (dies betrifft insbesondere die Regelungen zum Reiseveranstaltungsvertrag¹⁰⁰³).¹⁰⁰⁴

Ausdrücklich wird in den ErlBem der RV auf eine legislativ beabsichtigte Abweichung des verbraucherschutzrechtlichen Unternehmerbegriffs im Vergleich zum HGB hingewiesen: Um den Schutzbereich für den Konsumenten möglichst weit zu fassen, sollten nicht nur jedes nicht-kaufmännische Gewerbe, sondern ebenfalls die freien Berufe, Land- und Forstwirte, juristische Personen öffentlichen Rechts im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sowie jede auch nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit (die allerdings zum Betrieb des Unternehmens gehören muss) unter den Unternehmerbegriff des KSchG fallen.¹⁰⁰⁵

Der Begriff des Verbrauchers sei nämlich bewusst als exaktes Gegenteil des Unternehmers formuliert, durch den wechselseitigen Ausschluss dieser beiden Termini sei jedes Geschäft mit einem Unternehmer, das für den zweiten beteiligten Kontrahenten nicht ebenfalls nach § 1 Abs 1 Z 1 KSchG zum Betrieb dessen Unternehmen gehört, ein Verbrauchergeschäft.¹⁰⁰⁶

Daher wird im weiteren Verlauf der Untersuchung bei der Betrachtung einzelner Definitionselemente auch nicht zwischen Unternehmer und Verbraucher unterschieden werden, dies wäre aufgrund der gesetzlichen Negativformulierung gar nicht möglich.

In welcher ökonomischen Rolle der Verbraucher auftritt, ist letztlich nicht entscheidend: Sowohl im klassischen Falle als Empfänger einer Lieferung oder Leistung als auch als deren Erbringer solle der Konsument in den geschützten Personenkreis des KSchG fallen¹⁰⁰⁷ soweit nicht die einzelnen Schutzbestimmungen des KSchG an eine spezifische Rollenverteilung anknüpfen, wie etwa §§ 8 und 9 KSchG.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰² Vgl. EB RV 744 BlgNR 14. GP 3 f; JAB 1223 BlgNR 14. GP 1; zur Einteilung näher *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ Einl Rz 4 ff; *Reindl* in *Krejci*, Handbuch 80f.

¹⁰⁰³ Vgl. BGBl 1993/247.

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ Einl Rz 6.

¹⁰⁰⁵ Vgl. EB RV 744 BlgNR 14. GP 16f.

¹⁰⁰⁶ Vgl. EB RV 744 BlgNR 14. GP 17.

¹⁰⁰⁷ Vgl. EB RV 744 BlgNR 14. GP 17; *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V³ (2006) § 1 KSchG Rz 1.

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 16.

C. DIE ELEMENTE DER KONSUMENTENSCHUTZRECHTLICHEN VERBRAUCHER- UND UNTERNEHMERDEFINITIONEN

1. Das persönliche Element

Der durch § 1 KSchG abgesteckte Geltungsbereich des I. Hauptstücks stellt nicht auf die Konsumtion einer Ware oder Dienstleistung ab, sondern verlangt vielmehr ein Rechtsgeschäft zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer.

Die persönliche Eigenschaft der Rechtsgeschäftspartner ist dabei nicht entscheidend: Solange das Geschäft für einen Beteiligten funktional „zum Betrieb“ des Unternehmens gehört (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG), während es der andere, entweder weil er kein Unternehmen hat oder das Rechtsgeschäft nicht dessen Betrieb zurechenbar ist, als Verbraucher in Erscheinung tritt, liegt ein Verbrauchergeschäft iSd § 1 Abs 1 KSchG vor – und zwar ohne Ansehen der persönlichen Qualitäten der Kontrahenten.¹⁰⁰⁹ Sowohl natürliche als auch juristische Personen können Verbraucher im Sinne des KSchG sein, ebenso können beide als Unternehmer am so definierten Verbrauchergeschäft beteiligt sein. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der Verbraucher kraft Unternehmensgründung, den das Gesetz bloß als natürliche Person zulässt – auf diesen Sonderfall wird später noch zurückzukommen sein.

Sachlich ist unter „Rechtsgeschäft“ jedenfalls das gesamte Rechtsverhältnis zu verstehen¹⁰¹⁰, nicht bloß das Initiationsgeschäft, sondern auch anschließende Willenserklärungen und das ursprüngliche Rechtsgeschäft ergänzende oder rechtsgestaltende Vereinbarungen¹⁰¹¹ sowie (trotz des nicht eindeutigen Wortlauts) auch Verhältnisse die durch einseitige Rechtsgeschäfte wie Auslobungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu Stande kommen gelten als Verbrauchergeschäft¹⁰¹², ebenso unentgeltliche oder entgeltsfremde Rechtsgeschäfte¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ Vgl. *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 2 f.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Welser*, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in *Krejci*, Handbuch 194 f.: „§ 1 meint mit dem ‚Rechtsgeschäft‘ eine rechtsgeschäftliche Handlung im weiteren Sinn; er erfasst nicht bloß das Rechtsgeschäft als ‚Akt‘, sondern auch das Rechtsgeschäft als ‚Regelung‘, als Rechtsverhältnis“.

¹⁰¹¹ Vgl. *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 2.

¹⁰¹² Vgl. *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 2; *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 8, 10. Vgl. auch OGH 1 Ob 750/83, SZ 56/159 = EvBl 1984/97 (393); 7 Ob 170/98w, SZ 72/12; OGH 17.02.2005, 8 Ob 14/05z; OGH 22.09.2005, 2 Ob 34/05x.

¹⁰¹³ Vgl. *Apathy in Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 1.

2. Das funktionelle Element

a) Allgemeines

Zentrales Element der österreichischen Unternehmerdefinition des KSchG bildet das zum Betrieb des Unternehmens gehörende Geschäft als Wesensmerkmal des funktionellen Definitionskriteriums. Die beiden Teile dieser Formel müssen gesondert betrachtet werden: einerseits das „Unternehmen“, das in § 1 Abs 2 KSchG legal definiert wird, andererseits die Zugehörigkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts zum Betrieb dieses Unternehmens.

b) Das Unternehmen (§ 1 Abs 2 KSchG)

Der Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 KSchG enthält drei zentrale Definitionscharakteristika: Zunächst muss es sich um eine „auf Dauer angelegte Organisation“ handeln, die „wirtschaftlich“ und „selbstständig“ tätig wird.

(1) Die „auf Dauer angelegte Organisation“

Der klassische, weit gefasste Organisationsbegriff eines Unternehmens beinhaltet *„jedes, von einer Personengruppe gebildete Aktions- und Handlungssystem mit dem Zweck fortgesetzter Verfolgung eines relativ genau umschriebenen Zieles unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel“*¹⁰¹⁴.

Die „auf Dauer angelegte Organisation“ ist nicht als Notwendigkeit eines organisatorischen Verwaltungssystems, vor allem im Sinne einer zwingend benötigten Personenmehrheit¹⁰¹⁵, sondern eher als Tätigkeitsausübung im Sinne einer regelmäßigen, professionelle Erfahrung entwickelnden rechtsgeschäftlichen Agitation zu verstehen.¹⁰¹⁶ Die ErlBem zu § 2 UGB sprechen daher bereits von einer auf Dauer angelegten Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit *„wenn planmäßig unter zweckdienlichem Einsatz materieller und immaterieller Mittel, in der Regel unter Mitwirkung einer arbeitsteilig kooperierenden Personengruppe, auf einem Markt laufend wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt angeboten und erbracht werden.“*¹⁰¹⁷. Keine Definitionsmerkmale sind demnach die Größe des Unternehmens, dessen Kapitalausstattung oder andere quantifizierbare betriebsorganisatorische Merkmale¹⁰¹⁸, da diese für die Idee der Unterlegenheit aufgrund mangelnder

¹⁰¹⁴ Krejci, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 15; ders in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 15; ders, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in ders, Handbuch 209 (212); Koziol, Zivilrechtliche Gedanken zum Verlagsvertrag I - Der Vertrag zwischen Autor und Verleger als Verbrauchergeschäft, JBl 2002, 766 (769).

¹⁰¹⁵ Vgl Krejci, Grundtatbestand, in Dehn/ders (Hrsg), Das neue UGB (2005) 19.

¹⁰¹⁶ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 33.

¹⁰¹⁷ Vgl EB RV 1058 BlgNR 22. GP 19.

¹⁰¹⁸ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 33; Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 14, 19; Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 15;

Geschäftserfahrung bzw. branchenüblicher Kenntnisse ohne Bedeutung sind¹⁰¹⁹. Auch die bisherige Dauer der unternehmerischen Tätigkeit ist nicht entscheidend (es darf sich jedoch nicht um ein einmaliges Gelegenheitsgeschäft handeln, die Ausrichtung auf eine grundsätzlich offene Zahl von Geschäften muss vorliegen), sondern vielmehr die Notwendigkeit einer dauerhaft institutionalisierten Organisationsstruktur¹⁰²⁰ bzw. die Regelmäßigkeit und Methodik des Tätigwerdens¹⁰²¹. Die Wendung „für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört“ bedeutet nämlich nicht, dass der Unternehmer auch Eigentümer sämtlicher Produktionsmittel zu sein hat, auch Pächter und alle anderen im eigenen Namen Nutzungsberechtigten, die bloß über das Unternehmen verfügen, sind als Unternehmer zu beurteilen¹⁰²². Davon ist auszugehen, wenn jemandem die „alleinige Entscheidung über das Schicksal eines Unternehmens zusteht“¹⁰²³.

Der Vorrang der Notwendigkeit vor dem tatsächlichen Einsatz des eigenen Unternehmens wird aber besonders dann deutlich, wenn der wirtschaftliche Akteur die erforderliche Arbeit aus Kapazitätsgründen durch einen Dritten, der über ein Unternehmen im obgenannten Sinn verfügt, verrichten lässt, da, so die wirtschaftliche Leistung des beauftragten Unternehmens letztlich dem „Auftraggeber“ zugerechnet wird, auch im Verhältnis dieses Auftraggebers zum „Kunden“ der Auftraggeber, der eigentlich über gar kein Unternehmen verfügt, dennoch als Unternehmer gilt.¹⁰²⁴ Sobald die Komplexität der wirtschaftlichen Tätigkeit die Einschaltung eines Vertreters, der über entsprechende Organisationsstrukturen verfügt, nachgerade typischerweise notwendig macht, ist von der Unternehmereigenschaft des Vertretenen auszugehen.¹⁰²⁵ Wenn hingegen die Notwendigkeit einer dauerhaften Organisation nicht zu konstatieren ist, wird auch im Falle der Beauftragung eines Unternehmens der Auftraggeber nicht zum Unternehmer.¹⁰²⁶

Koziol, JBl 2002, 769; Welser, Das Konsumentenschutzgesetz in der Rechtsprechung, in Barfuß/Torggler/Hauer/Wiltschek/Kucsko (Hrsg), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Gedenschrift für Fritz Schönherr (1986) 325 (327); vgl auch OGH 7 Ob 515/82, SZ 55/157; 7 Ob 61/82, VersR 1984, 998; OGH 16.12.1982 7 Ob 785/82; OGH 1 Ob 519/89, EvBl 1989/116 (453) = RZ 1990/100 (276); OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (Call); 7 Ob 105/99p, RdW 1999, 782; OGH 07.09.2000 8 Ob 199/00y; OGH 11.12.2002 7 Ob 228/02h; OGH 26.01.2005 7 Ob 22/04t; OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d; OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26 = ecolex 2007, 517 (Leithenmair) = wbl 2007, 444 (Heidinger).

¹⁰¹⁹ Vgl Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 10; Krejci, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 19; Krejci in ders, Handbuch 213 f.

¹⁰²⁰ Vgl Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 9; Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 6; Koziol, JBl 2002, 769 f.

¹⁰²¹ Vgl Krejci, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 19, 21; ders in ders, Handbuch 214; Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 6; vgl auch OGH 3 Ob 578/90, SZ 63/134 = JBl 1991, 253 = ecolex 1990, 678 = RdW 1991, 109 = KRES 1a/28.

¹⁰²² Vgl Krejci in ders, Handbuch 210; vgl auch OGH 6 Ob 607/91, EvBl 1992/51 (233) = RdW 1992, 75 = ÖBA 1992, 578.

¹⁰²³ P. Bydlinski/Haas, ÖBA 2003, 14.

¹⁰²⁴ Vgl Krejci in ders, Handbuch 214 f; Meinhart, ImmZ 1980, 8, 23; zur Einschaltung eines Hausverwalters als Vertreter durch den Wohnungsvermieter Jaksch-Ratajczak, Der Liegenschafts Kauf als Verbrauchergeschäft, wobl 2003, 37 (39).

¹⁰²⁵ Vgl Jaksch-Ratajczak, wobl 2003, 37.

¹⁰²⁶ Vgl Krejci in ders, Handbuch 215; Jaksch-Ratajczak, wobl 2003, 37.

Besonders oft befasste sich die Rsp mit der Frage, ob Wohnungsvermieter als Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 anzusehen seien: Der OGH erkannte bereits früh unter Berufung auf *Meinhart*¹⁰²⁷ den Abschluss mehrerer Bestandverträge über einen längeren Zeitraum, das Erfordernis einer nach kaufmännischen Gesichtspunkten organisierten Buchhaltung sowie die Zuhilfenahme von Hausbesorgern oder Gebäudeverwaltungsunternehmen, sohin die eben erwähnte *Erforderlichkeit* der Heranziehung anderer Unternehmen oder Erfüllungsgehilfen als Indizien für die als Kernidee § 1 KSchG zu Grunde liegende typische Überlegenheit an geschäftsspezifischem und im konkreten Fall auf die besondere Art der Hausverwaltungsgeschäfte gerichtetem Wissen, wobei die Judikatur den Richtwert von mehr als fünf in Bestand gegebenen Objekten herausarbeitete, die jedoch im Sinne einer nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerichteten Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Zukunftsabsichten des Bestandgebers tatsächlich bloß als annähernde Richtzahl anzusehen sei¹⁰²⁸

Global betrachtet ist für die Annahme einer auf Dauer angelegten Organisation iSd § 1 Abs 2 KSchG die geplante Zeitspanne und mitunter der Umfang¹⁰²⁹ der Tätigkeitsausübung entscheidend, ebenso die tatsächliche Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr oder die Verwendung von Büroräumlichkeiten und betriebsspezifischem Mobiliar).¹⁰³⁰

(2) Die „wirtschaftliche Tätigkeit“

Mit der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung der „*wirtschaftlichen*“ Tätigkeit soll ein möglichst breites Spektrum unternehmerischer Handlungsformen abgedeckt werden. Erfasst wird prinzipiell die Erbringung wirtschaftlich werthaltiger Leistungen, also jener Umsätze, die für den Waren-, Güter- und Leistungsverkehr prinzipiell nach Kosten- und Absatzüberlegungen bewertet werden.¹⁰³¹ Konkret werden jedes Handelsgewerbe, andere Gewerbe¹⁰³², freie Berufe¹⁰³³ und (Nebenerwerbs-)Land- und Forstwirte¹⁰³⁴ wirtschaftlich tätig.¹⁰³⁵

¹⁰²⁷ *Meinhart*, ImmZ 1980, 7 ff.

¹⁰²⁸ Vgl *Meinhart*, ImmZ 1980, 7 f; *Bauer*, Konsumentenschutz und Mietrecht, wobl 2000, 257 (258); *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 34; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 20 f; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 20; *Jaksch-Ratajczak*, wobl 2003, 37; vgl auch OGH 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268 = MietSlg 32.257/24; OGH 28.01.1987, 3 Ob 631/86; 1 Ob 27/89 (10b28/89), JBl 1990, 321 = MietSlg 41/34; insbesondere zur Maßgeblichkeit der Erforderlichkeit 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54; OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (*Call*); 7 Ob 105/99p, RdW 1999, 782.

¹⁰²⁹ Vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 10; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 20; *Koziol*, JBl 2002, 768 ff.

¹⁰³⁰ *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 35.

¹⁰³¹ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 16 f.

¹⁰³² ZB den selbstständigen Finanzberater, vgl OGH 1 Ob 519/89, EvBl 1989/116 (453) = RZ 1989/100 (276).

¹⁰³³ Vgl OGH 7 Ob 581/81, SZ 54/74 = EvBl 1981/233 (660) = RZ 1981/67 (253) = AnwBl 1982, 37; OGH 16.01.2007, 10 Ob 73/06t; OGH 14.08.2008, 2 Ob 191/07p; vgl zur Diskussion zum Rechtsanwalt *Prunbauer*, Ist der Rechtsanwalt Unternehmer iS des Konsumentenschutzgesetzes?, JBl 1981, 417; *Friedberg*, Substitution

Vom Gesetzgeber wurde angedacht, juristische Personen des Privatrechts, die zwar nicht wirtschaftlich tätig werden, aber ähnlich professionelle Organisationsstrukturen wie juristische Personen des öffentlichen Rechts aufweisen, ebenfalls als Unternehmer anzusehen, was aus zwei Gründen unterlassen wurde: einerseits seien kleine Idealvereine ohne Organisationsstruktur durchaus Verbrauchern gleichzuhalten und daher in den Schutzbereich des KSchG zu integrieren, andererseits hätten handelsrechtliche Erwerbsgesellschaften (wie zB die AG oder die GmbH) keine Privatsphäre, weshalb alle Geschäfte immer zum Betrieb des Unternehmens gehörig wären.¹⁰³⁶

Da demnach die Integration *sämtlicher* juristischer Personen in die Unternehmerdefinition des KSchG vom Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen wurde und eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Prüfung der Ungleichgewichtslage sowie die damit verbundene Rechtsunsicherheit gegen eine analoge Anwendung von § 1 Abs 2 Satz 2 sprechen, bleiben juristische Personen des Privatrechts Verbraucher, solange sie nicht zumindest *auch* im Rahmen einer Organisationsstruktur dauernd wirtschaftlich tätig werden¹⁰³⁷ – dies ist etwa dann der Fall, wenn sie regelmäßig Leistungen gegen Entgelt anbieten (also wenn etwa ein Sportverein „im Rahmen eines auf Dauer eingerichteten Kantinenbetriebes Lebensmittel und Getränke verkauft“¹⁰³⁸ oder einen „Verkaufsshop für Vereinsartikel betreibt“¹⁰³⁹) wobei Unternehmereigenschaft nur dann angenommen werden kann, wenn diese entweder auf dem freien Markt oder bloß den Vereinsmitgliedern, allerdings zu Beträgen, die als zusätzliche Summe über den festgesetzten und zu entrichtenden Mitgliedsbeitrag hinausgehen, angeboten werden¹⁰⁴⁰ – auf die Marktkonformität der Preise kommt es indes nicht an¹⁰⁴¹. Wird jedoch in keinem unmittelbaren Austauschverhältnis gehandelt, erhält der Verein also beispielsweise den Großteil seiner

und KSchG, AnwBl 1979, 258; zuletzt *Benn-Ibler*, Rechtsanwalt – Unternehmer, AnwBl 2003, 57; *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67.

¹⁰³⁴ Vgl OGH 7 Ob 515/82, SZ 55/157; OGH 3 Ob 578/90, SZ 63/134 = JBl 1991, 253 = *ecolex* 1990, 678 = RdW 1991, 109 = KRES 1a/28; OGH 28.01.2002, 2 Ob 340/01s; OGH 26.01.2005, 7 Ob 22/04t; OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d; 6 Ob 272/05a, SZ 2006/19; OGH 16.01.2007, 10 Ob 73/06t.

¹⁰³⁵ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 14; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 36.

¹⁰³⁶ Vgl JAB 1223 BlgNR 14. GP 2; krit *Krejci* in *ders*, Handbuch 213 sowie *ders* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 13, der auf die Eigenschaft des Österreichischen Gewerkschaftsbundes (ÖGB) als privaten Idealverein hinweist und die sachliche Rechtfertigung der Gleichbehandlung jener juristischer Personen des Privatrechts, deren Position juristischen Personen des öffentlichen Rechts ähnelt, thematisiert und gleichzeitig auf die fehlenden Abgrenzungskriterien des JAB im Hinblick auf die mangelnde Organisationsstruktur kleiner Idealvereine aufmerksam macht. Vgl auch die Ausführungen zum Vergleich mit der klassischen Verbraucherdefinition der EG-Richtlinien bei *Jud*, ÖJZ 1997, 441; *Stabentheiner*, Probleme bei der Umsetzung zivilrechtlicher EU-Richtlinien am Beispiel der Time-Sharing-Richtlinie, JBl 1997, 65; *Jesser/Kindl*, Time-Sharing in Österreich – Die Umsetzung der EG-Richtlinie über Teilzeitnutzungsrechte, WoBl 1997, 11.

¹⁰³⁷ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 13; *Saria*, Vereinsmitgliedschaft und KSchG, RdW 2000, 199 (200); *Denkinger*, Verbraucherbegriff 183.

¹⁰³⁸ JAB 1078 BlgNR 22. GP 4.

¹⁰³⁹ Ebd.

¹⁰⁴⁰ Vgl JAB 1078 BlgNR 22. GP 4.

¹⁰⁴¹ Vgl *Krejci* in *Dehn/ders*, Das neue UGB 23.

Kapitalausstattung durch Spenden und Zuwendungen¹⁰⁴² und „leistet“ unterdessen an Bedürftige im Rahmen karitativer Agitation, so ist diese Tätigkeit nicht als unternehmerisch zu beurteilen.¹⁰⁴³

Gewinnerzielungsabsicht ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 1 Abs 2 KSchG nicht erforderlich, weshalb auch ideelle Vereine unter den Unternehmer-Begriff fallen können.¹⁰⁴⁴ Die Ausrichtung auf Gewinnerzielung kann jedoch, da es sich um ein typisch unternehmerisches, allerdings auch bloß die Motivationssituation betreffendes „inneres“ Merkmal handelt, als Indiz bei der Prüfung der Unternehmereigenschaft herangezogen werden.¹⁰⁴⁵ Abgesehen davon muss aber lediglich das Ziel verfolgt werden, anderen wirtschaftlich werthafte Leistungen zu erbringen, wofür eine auf Dauer eingerichtete Organisationsstruktur von Nöten sein sollte.¹⁰⁴⁶

(3) Die „selbstständige Tätigkeit“

Die erforderliche Selbstständigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit wird in § 1 KSchG nicht näher erläutert, doch kann in diesem Zusammenhang auf § 1 Abs 3 GewO 1994 rekurriert werden¹⁰⁴⁷: *„Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.“* Das Handeln in eigenem Interesse indiziert offenkundig die dem Gesetzgeber vorschwebende typische Überlegenheit des Unternehmers.¹⁰⁴⁸ Maßgeblich für diese Abgrenzung der unternehmerischen Tätigkeit zur Leistung aus einem Dienstverhältnis ist jedenfalls die rechtliche, nicht die wirtschaftliche Selbstständigkeit, die auch die Weisungsfreiheit beinhaltet.¹⁰⁴⁹

c) Die Zugehörigkeit des Rechtsgeschäfts zum Betrieb des Unternehmens

(1) Der Einfluss handelsrechtlicher Grundprinzipien

Das Vorhandensein eines Unternehmens auf Seiten einer Vertragspartei ist allerdings noch nicht ausreichend, um von dessen Unternehmereigenschaft ausgehen zu dürfen, vielmehr muss das konkrete Rechtsgeschäft **„zum Betrieb“** seines Unternehmens „gehören“ (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) um das für

¹⁰⁴² Vgl JAB 1078 BlgNR 22. GP 4.

¹⁰⁴³ Vgl *Krejci* in *Dehn/ders*, Das neue UGB 24 ff.

¹⁰⁴⁴ Die ErlBem erwähnen explizit die Tätigkeit von Sportvereinen, vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16; vgl auch *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 37; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 17; *ders* in *Dehn/ders*, Das neue UGB 22; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 9; *Saria*, RdW 2000, 199 ff; vgl auch OGH 11.12.2007, 4 Ob 215/07g.

¹⁰⁴⁵ Vgl *Koziol*, JBl 2002, 768.

¹⁰⁴⁶ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) §1 Rz 16 f mwN; *ders* in *ders*, Handbuch 212.

¹⁰⁴⁷ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 38.

¹⁰⁴⁸ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 38.

¹⁰⁴⁹ Vgl OGH 11.12.2007, 4 Ob 215/07g.

das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts zwingend notwendige „funktionelle Verhältnis“¹⁰⁵⁰ zwischen den Vertragsparteien herzustellen.¹⁰⁵¹ Die ErlBem verweisen in diesem Zusammenhang auf die Regelungen zum Geltungsbereich des HGB¹⁰⁵², für dessen drittes Buch § 343 festhielt: „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.“. Auch jene Rechtsgeschäfte, die gewöhnlich nicht im Rahmen des Betriebs dieses Unternehmens geschlossen werden, können „zum Betrieb“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gehören.¹⁰⁵³ Die hM¹⁰⁵⁴ und stRsp¹⁰⁵⁵ anerkennt überdies die analoge Anwendbarkeit von § 344 Abs 1 HGB („Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.“) auf Fragen zu § 1 Abs 1 Z 1 KSchG Personengesellschaften und juristischen Personen wird keine Möglichkeit der privaten Agitation zuerkannt, weshalb sämtliche in ihrem Namen abgeschlossenen Geschäfte immer zum Betrieb des Unternehmens gehören.¹⁰⁵⁶ Das mit 01.01.2007 in Kraft getretene UGB entspricht in seinem § 343 Abs 2 („Unternehmensbezogene Geschäfte sind alle Geschäfte eines Unternehmers, die zum Betrieb seines Unternehmens gehören.“) bereits der Diktion des KSchG und enthält in § 344 ebenfalls eine Zweifelsregel für unternehmensbezogene Geschäfte („Die von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig.“).¹⁰⁵⁷ Die harmonisierende Wirkung des UGB im Verhältnis zum KSchG ist im Übrigen nicht in allen Bereichen gelungen, so sind die Unternehmer kraft Rechtsform (§ 2 UGB) und die Unternehmer kraft zu Unrecht bestehender Eintragung (§ 3 UGB) zwar nach UGB Unternehmer, das KSchG berücksichtigt sie indes nicht.¹⁰⁵⁸ Unter Verweis auf die bereits bisherige Integration der Kaufleute kraft Rechtsform in den Unternehmerbegriff des KSchG durch die Jurisprudenz, die legislative Entstehungsgeschichte des UGB (die §§ 2 f UGB wurden erst durch den Justizausschuss in § 343 Abs 1 UGB hineinreklamiert) sowie die auch dem KSchG immanenten Rechtssicherheitsgedanken plädiert Schauer mit guten Gründen für die analoge Anwendung dieser beiden UGB-Tatbestände für Fälle des Verbraucherschutzrechts und somit des § 1 KSchG.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁰ Vgl OGH 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268 = MietSlg 32.257/24; 7 Ob 515/82, SZ 55/157; 1 Ob 519/89, EvBl 1989/116 (453) = RZ 1989/100 (276); OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (Call); 7 Ob 105/99p, RdW 1999, 782; OGH 07.09.2000 8 Ob 199/00y; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h.

¹⁰⁵¹ Vgl auch Meinhart, ImmZ 1980, 7; Faber, ZEuP 1998, 854 ff Fn 95; Koziol, JBl 2002, 770; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 50.

¹⁰⁵² Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16.

¹⁰⁵³ Vgl die EB ebd, mit Hinweis auf § 343 Abs 2 HGB.

¹⁰⁵⁴ Vgl Welser in Krejci, Handbuch 200; ders, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1 (5); Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 22, 32.

¹⁰⁵⁵ Vgl 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54; OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (Call); OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d; OGH 20.02.2006, 2 Ob 31/04d.

¹⁰⁵⁶ Vgl Griehsler, Form und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungshandlungen im Handelsrecht, GesRZ 1973, 36 (40); Kramer in Straube (Hrsg), Kommentar zum HGB I³ (2003) § 343, 344 Rz 15, 20. Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 51.

¹⁰⁵⁷ Vgl Schauer in Krejci (Hrsg.)/Bydlinski/Dehn/Schauer, Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007) § 344 Rz 1.

¹⁰⁵⁸ Vgl Schauer in Krejci, RK UGB § 343 Rz 9.

¹⁰⁵⁹ Vgl Schauer in Krejci, RK UGB § 343 Rz 10 f; ders, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64 (69 f).

Es genügt jedenfalls, wenn das Geschäft auch nur in entferntem Zusammenhang mit dem Unternehmen steht¹⁰⁶⁰, dazu zählt jedenfalls jedes Haupt-, Hilfs- und Nebengeschäft, das dem Unternehmensinteresse dient oder die Erhaltung der Unternehmenssubstanz bzw die Erzielung von Gewinn (was allerdings keine Voraussetzung für ein Geschäft, das zum Betrieb des Unternehmens gehört, ist) bezweckt¹⁰⁶¹, und dessen Abschluss außerhalb der Tätigkeit im Rahmen des betreffenden Unternehmens nicht rational erklärbar ist.¹⁰⁶² Auf die Erkennbarkeit der Zugehörigkeit zum Betrieb des Unternehmens kommt es nicht an, das I. Hauptstück kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Unternehmer den tatsächlichen Zweck des Rechtsgeschäfts verschleiert (zur Maßgeblichkeit der objektiven Betrachtungsweise siehe unten Seite 202).

(2) Gründungsgeschäfte

(a) Allgemeines

Gemäß § 1 Abs 3 KSchG gelten ex lege jene Rechtsgeschäfte einer natürlichen Person, welche diese vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, nicht als gemäß Abs 1 Z 1 zum Betrieb des Unternehmens gehörig.

Der Gesetzgeber ging also von einer dem Verbraucher gleichwertigen typischen Unterlegenheit des Unternehmensgründers aus, die offenbar aus einer spezifischen rechtsgeschäftlichen Unerfahrenheit des zukünftigen Betriebsinhabers resultiert.¹⁰⁶³ Obwohl sich werdende Unternehmer in der Regel mit geschäftsspezifischen Regeln vertraut machen werden, fehlen ihnen jene branchenspezifischen Fachkenntnisse, die nur durch regelmäßiges Tätigwerden in der Praxis erlangt werden können¹⁰⁶⁴

Da dieser Ausnahme also dieselbe Überlegung zu Grunde liegt wie dem Grundtatbestand des Verbrauchergeschäfts, ist auch hier kein Platz für die Bewertung konkreter Ungleichgewichtslagen, die typisierende Betrachtung lässt auch den gut informierten und nicht unter Druck gesetzten Unternehmensgründer vom Verbraucherschutzrecht profitieren.¹⁰⁶⁵ Im Zeitpunkt der Betriebsaufnahme endet jedenfalls, und dies wie bei Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit durch

¹⁰⁶⁰ Vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 10; *Welser*, JBl 1980, 4; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 22.

¹⁰⁶¹ Vgl *Welser* in *Krejci*, Handbuch 200; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 22; vgl auch OGH 29.03.2000, 6 Ob 35/00s; OGH 23.05.2005, 3 Ob 317/04w.

¹⁰⁶² Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 22; *Welser* in *Krejci*, Handbuch 200 Fn 50.

¹⁰⁶³ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 58; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 48, 52; *Keinert*, Anwendung des UGB schon aufgrund von Vorbereitungsgeschäften?, JBl 2007, 299 (300).

¹⁰⁶⁴ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 48; *Welser* in *Krejci*, Handbuch 199; *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 17; vgl auch OGH 6 Ob 815/80, SZ 54/10 = JBl 1981,482 (zust *Jelinek*); sowie, unter Hinweis auf *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 48, dass sich der werdende Unternehmer mit einiger Wahrscheinlichkeit auf seine künftige Beschäftigung vorbereiten wird, 4 Ob 523/95, SZ 68/66; 10 Ob 2029/96x = wbl 1996, 498; OGH 02.04.1998, 6 Ob 219/97t ; OGH 24.04.2003, 3 Ob 180/02w.

¹⁰⁶⁵ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 60.

Volljährigkeit gem § 151 Abs 1 ABGB von einem Augenblick auf den nächsten, die schützenswerte Phase der rechtsgeschäftlichen Unerfahrenheit des werdenden Unternehmers.¹⁰⁶⁶

(b) Die Voraussetzungen

§ 1 Abs 3 knüpft an zwei Voraussetzungen an: Zum Ersten muss das Rechtsgeschäft zeitlich vor der Aufnahme des unternehmerischen Betriebes (d.h. vor dem Abschluss und der Abwicklung der eigentlichen Unternehmensgeschäfte, die unmittelbar der Verwirklichung des Unternehmenszwecks dienen¹⁰⁶⁷), zum Zweiten in seiner Zweckausrichtung zur Schaffung der Voraussetzungen ebendieses Betriebs (und nicht etwa im Rahmen des Betriebs eines anderen, schon bestehenden Unternehmens, dann käme nämlich § 1 Abs 1 Z 1 KSchG zur Anwendung¹⁰⁶⁸) getätigt werden.¹⁰⁶⁹ Solange die Geschäfte noch den Betrieb des Unternehmens erst *ermöglichen* und dessen Ingangsetzung bewirken, wird es sich noch um Gründungsgeschäfte handeln¹⁰⁷⁰, tatsächlich ist die Abgrenzung eines Vorbereitungsgeschäfts von einem bereits betriebszugehörigen iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG zumindest schwierig, da jedes Rechtsgeschäft, das die Voraussetzungen für den Betrieb schafft auch bereits dem Betrieb zugehörig ist¹⁰⁷¹. Ob andere allfällige Genehmigungen oder Erfordernisse, gleich ob privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur bereits erfüllt sind ist hingegen nicht weiter von Relevanz, die unterstellte rechtsgeschäftliche Unerfahrenheit liegt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers bis zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme vor.¹⁰⁷²

Dass die Benefizien des § 1 Abs 3 KSchG dem Wortlaut nach ausschließlich natürlichen Personen zu Gute kommen können¹⁰⁷³ könnte mit der Vorstellung des Gesetzgebers in Verbindung stehen, dass Organwalter juristischer Personen generell ein höheres Maß an Sorgfalt beim Eingehen rechtsgeschäftlicher Verbindungen an den Tag legen, sei es, weil sie sich ihrer Verantwortung der Gesellschaft gegenüber bewusst sein mögen, sei es, weil die Willensbildung einer Personenmehrheit idealerweise potentiell überlegter als die eines einzelnen sein mag oder diese Personenmehrheit

¹⁰⁶⁶ Vgl *Welser in Krejci*, Handbuch 207.

¹⁰⁶⁷ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 59.

¹⁰⁶⁸ Vgl *Welser in Krejci*, Handbuch 199, 201.

¹⁰⁶⁹ Vgl *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 58.

¹⁰⁷⁰ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 60, so auch OGH 24.04.2003, 3 Ob 180/02w: „Dabei gilt (...) die Ausnahmeregelung des § 1 Abs 3 KSchG, wie sich schon aus dem Text der Bestimmung ergibt, nicht nur für das erste Gründungsgeschäft, sondern für all die Geschäfte, die zur Aufnahme des Betriebs erforderlich sind.“

¹⁰⁷¹ Vgl *Welser in Krejci*, Handbuch 204.

¹⁰⁷² Vgl *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 58; *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 6.

¹⁰⁷³ Vgl OGH 6 Ob 219/97 t = *ecolex* 1998, 691: Ein Gesellschafter einer GmbH, der im Gründungsstadium Geschäfte für diese abwickelt, wird nicht selbst Unternehmer, sondern die GmbH. Allenfalls wäre der Schutz vertretbar, wenn die natP im Zusammenhang mit einer Haftung aus dieser Gründungstätigkeit heraus in Anspruch genommen werden würde, vgl *Bauer*, wobl 2000, 259.

überhaupt nur rechtsgeschäftlich erfahrene Organwalter zur Besorgung der für die Aufnahme des Betriebs notwendigen Geschäfte beauftragt.¹⁰⁷⁴

Die Formulierung greift jedenfalls viel weiter als der in den ErlBem als Beispiel präsentierte Fall einer Hausfrau, der von einem Vertreter eine Handstrickmaschine unter Erweckung der Hoffnung, sie werde Aufträge zur Fertigung von Strickwaren erhalten, verkauft wird.¹⁰⁷⁵

(c) § 343 UGB und § 1 Abs 3 KSchG

§ 343 Abs 3 UGB („Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gelten noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte.“) exkludiert Vorbereitungsgeschäfte im Gleichlaut mit § 1 Abs 3 KSchG aus der Gruppe der unternehmensbezogenen Geschäfte und löst damit etwaige Widersprüchlichkeiten zwischen § 1 Abs 3 KSchG und § 343 HGB, der nach der hL¹⁰⁷⁶ auch Vorbereitungsgeschäfte zu den Handelsgeschäften zählte. Nach stRsp¹⁰⁷⁷ wurde allerdings bereits zuvor der rechtspolitische Wille des Gesetzgebers, in bewusster Abweichung vom Handelsrecht *allen* künftigen Unternehmern unabhängig vom Vorliegen eines Handelsgeschäfts Schutz zu gewähren, berücksichtigt und ein Verbrauchergeschäft auch bei Teilnahme jener natürlicher Personen, die im Anschluss zu Kaufleuten wurden, angenommen.

Der Schutz des Gründungsunternehmers, also der Zweck des Konsumentenschutzgesetzes, setzt sich jedenfalls gegen den Schutz des Vertrauens eines allenfalls auf die Unternehmereigenschaft seines Vertragspartners vertrauenden Unternehmers durch, wobei der Gründungsunternehmer entsprechende auf seine Eigenschaft abzielende Fragen seines Kontrahenten wahrheitsgemäß zu beantworten hat.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁴ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 49; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 69.

¹⁰⁷⁵ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16.

¹⁰⁷⁶ Vgl *Schauer* in *Krejci*, RK UGB § 343 Rz 16 f; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 62 ff; *Schilcher*, Die Regeln über das Verbrauchergeschäft und das ABGB, in *Krejci/ders/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 58; *Längle*, Gründungsgeschäfte werdender Unternehmer im Spannungsfeld zwischen HGB und KSchG, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft - Festschrift Heinz Krejci I (2001) 227 ff; *Keinert*, JBl 2007, 300; *Rauter*, Unternehmer statt Kaufmann, JAP 2005/2006/17.

¹⁰⁷⁷ Vgl etwa OGH 4 Ob 523/95, SZ 68/66; 3 Ob 520/94 (3 Ob 559/95), SZ 68/152; 10 Ob 2029/96x = WBl 1996, 498; 2 Ob 555/95, wbl 1998/141; OGH 02.04.1998, 6 Ob 219/97t = GesRZ 1998, 159 = NZ 1999, 244; OGH 16.09.1998, 3 Ob 194/98w; OGH 08.08.2002, 2 Ob 184/02a; OGH 24.04.2003, 3 Ob 180/02w; OGH 30.03.2006, 8 Ob 40/06z.

¹⁰⁷⁸ Vgl *Schauer*, ÖJZ 2006, 70 f.

(d) Sonderkonstellationen

Für die vorliegende Untersuchung interessant ist die Frage, wie nun mit Unternehmern umzugehen sei, die bereits einen Betrieb führen, jedoch einen neuen Betrieb gründen wollen. Dieser Fall ist zunächst in vier mögliche Konstellationen zu unterteilen:

1. Der Unternehmer will ein weiteres Unternehmen in einer anderen als der bislang zugehörigen Branche gründen: In diesem Fall werden die Rechtsgeschäfte des Unternehmers nicht als unternehmensbezogene Geschäfte iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gewertet, da dies einerseits bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ablesbar ist (arg „zum Betrieb *seines* Unternehmens“) ¹⁰⁷⁹, andererseits die ratio legis von einer branchenspezifischen rechtsgeschäftlichen Unerfahrenheit des Unternehmensgründers ausgeht und daher auch die teleologische Interpretation den Weg zum Gründungsgeschäft ebnet ¹⁰⁸⁰.
2. Der Unternehmer will ein weiteres Unternehmen in „seiner“ Branche gründen: Den in diesem Zusammenhang getätigten vorbereitenden Geschäften hat der OGH, aus eben genannten Gründen, die Anerkennung als Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG verwehrt, da die Unterlegenheit eines Verbrauchers in diesen Konstellationen eben typischerweise nicht vorliegt ¹⁰⁸¹ und es nicht an der branchenspezifischen Erfahrung mangle. ¹⁰⁸²
3. Der Unternehmer will sein Unternehmen erweitern oder ergänzen, also ebenso in seiner Branche verbleiben: Hier gilt das zu 2. Gesagte. ¹⁰⁸³ Als Abgrenzungskriterium für die Frage, ob tatsächlich ein bestehendes Unternehmen erweitert oder ergänzt werden soll, können Kriterien wie eine homogene Organisation, die Identität der Arbeitnehmer und der Führungsspitze sowie die Geschäfts- und Firmenbezeichnung herangezogen werden, wiewohl auch ein neues, völlig selbstständiges Unternehmen, das mit dem bereits bestehenden, etwa

¹⁰⁷⁹ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 53; *Denkinger*, Verbraucherbegriff 185.

¹⁰⁸⁰ In diesem Sinne auch *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 66, *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 15; *Längle* in FS *Krejci* I, 255; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 53.

¹⁰⁸¹ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 67; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 18; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 53; in diesem Sinne bereits *Welser* in *Krejci*, Handbuch 199 ff; vgl auch OGH 6 Ob 815/80, SZ 54/10 = JBl 1981,482 (zust *Jelinek*). *F. Bydlinski*, Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz, in FS *Meier-Hayoz* 65 (83), erkennt in dieser E den ersten Anwendungsfall der in den ErlBem erfolgten Aufforderung zur teleologischen Reduktion durch den OGH. Auf die teleologische Reduktion bzw die Analogie des österreichischen Verbrauchergeschäftstatbestands wird später noch einzugehen sein.

¹⁰⁸² So explizit *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 18.

¹⁰⁸³ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 53; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 67, *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 18; *Welser* in *Krejci*, Handbuch 199 ff; *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 17; vgl auch OGH 1 Ob 778/81, SZ 55/51.

mittels Anteilsbesitz, (bloß) wirtschaftlich verbunden ist, ebenfalls als Ergänzung des Zweiteren zu bewerten ist.¹⁰⁸⁴

4. Denkbar ist noch der Grenzfall, dass ehemalige Unternehmer, die sich aus dem aktiven Geschäftsleben zurückgezogen haben, ein neues Unternehmen zu gründen beabsichtigen: Diesen vorbereitenden Geschäften gesteht der OGH die Qualifikation als Gründungsgeschäfte zu, da es in der Intention des Gesetzgebers liege, ehemalige, nun nicht mehr tätige Unternehmer bei der Gründung eines neuen Unternehmens zu schützen, selbst wenn dieses derselben Branche zugehörig wäre – die Rechtsunsicherheit, die mit einer den Geschäftszweig, die Intensität des früheren Betriebes und die Dauer der jeweiligen Unterbrechung berücksichtigenden Einzelfallabwägung verbunden wäre, sieht der OGH als nicht mit der Grundkonzeption des KSchG vereinbar an.¹⁰⁸⁵

Der Unterschied der letztgenannten Konstellation zu den in Punkt 2. und 3. genannten Sachverhalten liegt auf der Hand: Während in erstgenannten Fällen die „Gründungsgeschäfte“ von einem Unternehmer abgeschlossen werden, der noch dazu in der betreffenden Branche tätig ist, wird im vorliegenden Beispiel das Geschäft von einer Privatperson, die einmal in der betreffenden Branche tätig war, eingegangen. Folgender Schluss kann demnach logisch gezogen werden: Es sind zwei Voraussetzungen kumulativ für die Aberkennung des Verbraucherstatus via § 1 Abs 3 KSchG von Nöten – erstens die Unternehmereigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die, zweitens, mit der Zugehörigkeit des neu zu gründenden Unternehmens zur Branche des bereits betriebenen Unternehmens verbunden sein muss.

Einen Sonderfall stellen auch Verträge dar, die gemäß § 1 Abs 3 KSchG vor Aufnahme des Betriebes zur Schaffung der Voraussetzungen dafür getätigt werden, deren Erfüllungsakte jedoch über den Zeitpunkt der Betriebsaufnahme hinausreichen (zu denken ist etwa an Bierlieferungsverträge einer Gastwirtschaft oder Mietverträge über Geschäftsräumlichkeiten, also keine klassischen Zielschuldverhältnisse): In diesem Fall ist zu differenzieren zwischen Bestimmungen des I. Hauptstücks, die an Vertragsklauseln anknüpfen (etwa § 6 KSchG) und jenen, die dies nicht tun (wie § 23 KSchG) – während sich der neue Unternehmer auf erstere auch nach Aufnahme des Betriebs seines Unternehmens berufen kann, da die typische Unerfahrenheit, die ja auch den Inhalt des Vereinbarten beeinflusst, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei ihm vorhanden war¹⁰⁸⁶, sind zweitens nunmehr nicht mehr anzuwenden, weil der Geschäftspartner (also jener Vertragspartner, der bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Unternehmer war) keinen Einfluss auf diese Bestimmungen bzw ihre

¹⁰⁸⁴ Vgl *Welser in Krejci*, Handbuch 200 f.

¹⁰⁸⁵ Vgl *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 68; *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 17; vgl auch OGH 9 Ob 64/01d = JBl 2002, 123 = RdW 2001, 734 = eolex 2001, 837.

¹⁰⁸⁶ In diesem Sinne auch *Welser in Krejci*, Handbuch 205 f; *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 56.

Anwendbarkeit auf den konkreten Vertrag nehmen konnte.¹⁰⁸⁷ *Welser* löste zutreffend diese Problemstellung für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die einen dauerhaften Leistungsaustausch, dessen einzelne Erfüllungsakte aufgrund ihrer Selbstständigkeit isoliert als Inhalt eines eigenständigen Vertrags qualifiziert werden könnten, zum Inhalt hatten (etwa Sukzessivlieferungsverträge), indem er die Abwicklung der einzelnen Erfüllungsakte nach Aufnahme des Betriebs seitens des ehemaligen Verbrauchers nicht mehr als dem I. Hauptstück unterstellbar erklärte, während die Dauerbeziehung per se, also die vereinbarten Regeln über ihre Beendigung und die Bindung, weiterhin nach konsumentenschutzrechtlichem Maßstab zu beurteilen sei, da bezüglich dieses vertraglichen Aspekts die anfänglich vorliegende Unerfahrenheit des nunmehrigen Unternehmers noch immer vorliege^{1088 1089}.

Für neue Vereinbarungen, also vertragliche Abmachungen ab dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme des ehemaligen Verbrauchers, kommt das I. Hauptstück jedenfalls überhaupt nicht mehr zur Anwendung.¹⁰⁹⁰ Das eben skizzierte Reglement gilt im Übrigen auch für in der Zeitspanne des § 1 Abs 3 KSchG abgeschlossene Vorverträge - der Hauptvertrag ist nach den im Vorvertrag festgelegten Bedingungen zu erstellen, neue Klauseln im nach dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme geschlossenen Hauptvertrag fallen nicht mehr unter den Schutzbereich des I. Hauptstücks.¹⁰⁹¹

(e) Die Beendigung des Betriebs oder des Unternehmens

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Beurteilung der Unternehmensaufgabe bzw des Liegenschaftsverkaufs durch die Rechtsprechung: Die Beendigung der unternehmerischen Tätigkeit wird vom OGH¹⁰⁹², teilweise unter Berufung auf die Zweifelsregel des § 344 HGB (nunmehr § 344 UGB), jedenfalls als noch zum Betrieb des Unternehmens gehörend gewertet, die Verbrauchereigenschaft wird damit dem zukünftigen Verbraucher verwehrt. Dies ist wiederum durch das kumulative Vorliegen der beiden eben genannten Faktoren erklärbar: Die Unternehmereigenschaft liegt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor und das Rechtsgeschäft (also der Verkauf des

¹⁰⁸⁷ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 87 f.

¹⁰⁸⁸ Diesbezüglich zustimmend OGH 2 Ob 555/95, wbl 1998/141.

¹⁰⁸⁹ Vgl *Welser* in *Krejci*, Handbuch 205 f; vgl auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 56 f.

¹⁰⁹⁰ Vgl *Welser* in *Krejci*, Handbuch 206 f. Dies gilt auch für die konstitutive Bestätigung der im zeitlichen Rahmen des § 1 Abs 3 KSchG geschlossenen Vereinbarungen, die eine willentliche Inkraftsetzung sämtlicher Regeln des ursprünglichen Vertrages, mögen sie teilweise auch zunächst aufgrund der einstigen Anwendbarkeit des I. Hauptstücks ungültig gewesen sein, zum Inhalt hat, vgl *Welser*, ebd. Während das KSchG allerdings auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die sich nach dem Vertragsabschluss des Gründungsgeschäfts ereignen und von diesem vertraglich erfasst werden, vgl OGH 30.03.2006, 8 Ob 40/06z.

¹⁰⁹¹ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 55; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 89.

¹⁰⁹² Vgl OGH 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54; 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68(*Call*); OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d.

Unternehmens) betrifft sachlich klarerweise die zu dieser Zeit vom Verkaufenden praktizierte Branche.

(3) Das Dual-Use-Problem und die Ermittlung des Erwerbszwecks

(a) Allgemeines

Der OGH erachtet ein Rechtsgeschäft auch dann als zum Betrieb gehörig, wenn es nur teils der privaten, teils der geschäftlichen Sphäre zurechenbar ist¹⁰⁹³.

(b) Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft?

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit des jeweilig intendierten Geschäftszwecks sind vier Konstellationen denkbar:

1. Ein Verbraucher steht einem Verbraucher gegenüber, der sich als Unternehmer ausgibt:
Mangels gesetzlich angeordnetem Gutgläubensschutzes muss der Sachverhalt objektiv beurteilt werden, sollte die Anwendung des I. Hauptstücks daher nicht von der Gegenpartei zugestanden worden sein (§§ 266, 267 ZPO), handelt es sich um kein Verbrauchergeschäft.¹⁰⁹⁴
Der Verbraucher ist zur Durchsetzung seiner Rechte, sofern sein Vertrauen auf die Unternehmereigenschaft seines Vertragspartners schützenswert ist¹⁰⁹⁵, auf die Zuhilfenahme der §§ 870 ff ABGB bzw schadenersatzrechtlicher Regelungen¹⁰⁹⁶ verwiesen.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ Vgl OGH 07.09.2000, 8 Ob 199/00y; „Obwohl es dem Gesetzgeber darum ging, die Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer an wirtschaftlicher Macht und Wissen auszugleichen, hat er bewusst nicht auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten oder Fähigkeiten im Einzelfall abgestellt, sondern auf objektive, einigermaßen genau zu beschreibende und festzustellende Umstände, bei denen die das Motiv der Regelung bildende Lage typischerweise gegeben ist. Dabei wird auch eine bestimmte Betriebsgröße der Unternehmen des § 1 Abs 2 KSchG, ein Mindestkapital oder eine sonstige Mindestorganisation nicht gefordert; maßgeblich ist nur, ob sich eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft als unternehmerisch darstellt, weil die Beurteilung als Verbrauchergeschäft nur vom funktionellen Verhältnis zwischen den Streitparteien abhängt“; vgl auch OGH 26.01.2005, 7 Ob 22/04t: „Da ein Geschäft (wie der gegenständliche Versicherungsvertrag) auch dann zur Gänze als Unternehmergeschäft zu werten ist, wenn es teils zur privaten, teils zur unternehmerischen Sphäre gehört [...], hat der Kläger nämlich mit Abschluss der gegenständlichen ‚Versicherung für den Agrar-Bereich‘ (im Rahmen der Übernahme der Nebenerwerbslandwirtschaft von seinen Eltern) jedenfalls ein Unternehmergeschäft [...] abgeschlossen.“. Ebenso bereits Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 23.

¹⁰⁹⁴ Vgl Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 28; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 77; Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 2.

¹⁰⁹⁵ Vgl Krejci, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 28.

¹⁰⁹⁶ Culpa in contrahendo, vgl Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 2; Schilcher in Krejci/ders/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 60.

¹⁰⁹⁷ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 77f.

2. Ein Unternehmer steht einem Verbraucher gegenüber, der sich als Unternehmer ausgibt¹⁰⁹⁸:
Diese Fallkonstellation wird nach ähnlichen Parametern gelöst, da die objektive Betrachtung das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts ergibt, kommt das I. Hauptstück zur Anwendung. Der Unternehmer kann sich wiederum allenfalls mit irrtums- und schadenersatzrechtlichen Behelfen zur Wehr setzen.¹⁰⁹⁹
3. Ein Verbraucher steht einem Unternehmer gegenüber, der sich als Verbraucher ausgibt:
Auch in diesem Fall liegt ein Verbrauchergeschäft vor, der Schutz des Verbrauchers könnte ansonsten allzu leicht durch Verschleiern der wahren Identität bzw des tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Zwecks umgangen werden.¹¹⁰⁰ Erwachsen dem Verbraucher Nachteile aus dem zu späten Erkennen der tatsächlichen Unternehmereigenschaft seines Kontrahenten, so kann er, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, Schadenersatz geltend machen.¹¹⁰¹
4. Ein Unternehmer steht einem Unternehmer gegenüber, der sich als Verbraucher ausgibt:
Es handelt sich objektiv um ein unternehmensbezogenes Geschäft für beide Seiten – das I. Hauptstück des KSchG bleibt also nicht anwendbar¹¹⁰² Zu prüfen ist in so einem Fall, ob die Anwendung des I. Hauptstücks allenfalls vereinbart wurde, was allerdings regelmäßig zu verneinen sein wird, da eine etwaige Bezugnahme auf konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen als Wissenserklärung des Unternehmers, der ja in der Annahme eines ohnedies vom Geltungsbereich des KSchG erfassten Verbrauchergeschäfts handelt zu sehen ist, bzw eine tatsächliche Willenserklärung des Unternehmers als vom Vertragspartner veranlasster Irrtum (§ 871 Abs 1 1. Fall ABGB) zu qualifizieren ist.¹¹⁰³ Bei Nachteilen für den Unternehmer sind auch Schadenersatzansprüche desselben denkbar.¹¹⁰⁴

Global betrachtet kommt der Erkennbarkeit der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft des Vertragspartners für die Anwendbarkeit des I. Hauptstücks also keine Bedeutung zu, erst im Falle der Geltendmachung von irrtums- bzw schadenersatzrechtlich begründeten Forderungen wird darüber zu diskutieren sein. Damit unterscheidet sich die österreichische Regelung von der vom EuGH festgestellten Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit des rechtsgeschäftlichen Zwecks im Falle einer gerichtlich nicht feststellbaren nicht ganz untergeordneten beruflich gewerblichen Zwecksetzung (vgl dazu oben Seite 158). Zudem kann festgestellt werden, dass stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses

¹⁰⁹⁸ Vgl dazu *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 80.

¹⁰⁹⁹ Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 27; *ders in ders*, Handbuch 216 ff, mit Überlegungen zur Abwägung zwischen Konsumentenschutz- und Vertrauensprinzip.

¹¹⁰⁰ Vgl *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 79; *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 25.

¹¹⁰¹ Vgl *Krejci in ders*, Handbuch 215 f.

¹¹⁰² Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 26; *Apathy in Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 2.

¹¹⁰³ Vgl *Krejci in ders*, Handbuch 216.

¹¹⁰⁴ Vgl *Krejci*, ebd.

für die Beurteilung, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, maßgeblich ist¹¹⁰⁵; Änderungen in der Person des Vertragspartners (also etwa die Aufgabe des Betriebs seitens eines Unternehmers) sind unerheblich. Zweifelsfälle kann es aber geben, vor allem bei der nachträglichen Änderung des Vertragspartners.

(c) Sonderfall Bürgschaft

Der Sonderfall einer zu leistenden Sicherstellung für eine bereits bestehende, fremde Verbindlichkeit ist durch getrennte Betrachtung der vertraglichen Beziehungen zu lösen: Geht ein Verbraucher gegenüber einem Unternehmer (Gläubiger) eine Bürgschaftsverpflichtung ein, so ist die Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners irrelevant, maßgeblich sind die beiden Kontrahenten des Bürgschaftsvertrags.¹¹⁰⁶ Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH muss also die Hauptverbindlichkeit selbst kein Verbrauchervertrag sein, um den Schutz des Bürgen auszulösen (vgl dazu oben Seite 167). Selbst wenn die zu sichernde Hauptschuld zum Betrieb des Unternehmens des Hauptschuldners gehört, wird also der Verbraucher als Bürge durch das KSchG geschützt.¹¹⁰⁷ Vice versa gilt Folgendes: Sollte der Bürge die Sicherstellung im Rahmen seines Unternehmens leisten, so gilt der Bürgschaftsvertrag zwar nicht als Verbrauchergeschäft iSd § 1 KSchG, der Bürge kann sich jedoch durch die Akzessorietät der Bürgschaft auf konsumentenschutzrechtlichen Einreden des Hauptschuldners berufen, so die Hauptverbindlichkeit für diesen im Rahmen eines Verbrauchergeschäfts entstanden ist.¹¹⁰⁸

d) Die Änderung des Vertragspartners

(1) Die möglichen Konstellationen

Eine Veränderung des rechtsgeschäftlichen Partners nach Abschluss, aber vor endgültiger Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen, insbesondere durch Vertragsübernahme, kann die ursprünglich beim Vertragsabschluss bestehende Situation ebenfalls grundlegend ändern – zu denken ist an zwei Fälle:

1. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag kein Verbrauchergeschäft vor:

¹¹⁰⁵ OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d; OGH 20.10.2005, 2 Ob 178/05y; OGH 30.03.2006, 8 Ob 40/06z; OGH 15.04.2008, 5 Ob 282/07t: „Der Wertung des § 1 Abs 3 KSchG lässt sich im Gegenteil entnehmen, dass der rechtsgeschäftliche Akt des Vertragsabschlusses für die Anwendbarkeit des Konsumentenschutzrechts maßgeblich sein soll“; „Eine Anknüpfung an das Verhältnis jener Personen, die sich zu einem späteren Zeitpunkt gegenüberstehen, ist daher mit dem Regelungszweck des KSchG nicht zu vereinbaren“.

¹¹⁰⁶ Vgl OGH 22.02.2007, 3 Ob 11/07z.

¹¹⁰⁷ OGH 20.10.2005 2 Ob 178/05y. Das zu sichernde Rechtsgeschäft bleibt hiervon freilich völlig unberührt und wird nicht etwa unter dem Argument der Akzessorietät ebenfalls zum Verbrauchergeschäft, vgl OGH 22.02.2007, 3 Ob 11/07z.

¹¹⁰⁸ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 55 f.

Tritt in dieser Konstellation anstatt dem Verbraucher ein Unternehmer in den Vertrag ein oder vice versa, so handelt es sich beim Übernahmevertrag ebenfalls jedenfalls um ein Verbrauchergeschäft.¹¹⁰⁹ Das gilt nunmehr aber auch für das übertragene Verhältnis per se, gegenseitige Vereinbarungen im Übernahmengeschäft wären gem § 2 Abs 2 KSchG unwirksam – das vom KSchG als typisch bewertete Ungleichgewicht liegt nun schließlich vor, es stehen einander Verbraucher und Unternehmer gegenüber¹¹¹⁰ und das KSchG betrifft nicht ausschließlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auch die Abwicklung von Rechtsgeschäften. Diese Grundsätze gelten auch für den Vertragsbeitritt.¹¹¹¹

2. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag ein Verbrauchergeschäft vor:

Tritt in dieser Konstellation anstatt dem Verbraucher ein Unternehmer in den Vertrag ein oder vice versa (in beiden Fällen wäre es nunmehr kein Verbrauchergeschäft), so unterliegt zum einen der Übernahmevertrag zwischen dem „neuen“ und dem „alten“ Vertragspartner der gleich bleibenden Partei jedenfalls den Bestimmungen des I. Hauptstücks, zum anderen bleiben aber auch, in Einklang mit §§ 1394 und 1407 ABGB, die gültig zu Stande gekommenen Rechte und Pflichten im mit den Bestimmungen des I. Hauptstücks vereinbarten Maße gleich¹¹¹² – alle drei Vertragsparteien, oder zumindest die neu hinzugekommene und die verbleibende, können jedoch abweichendes vereinbaren.¹¹¹³ Jüngst entschied allerdings der OGH¹¹¹⁴ im Falle eines Mietvertrags mit zweimaligem Vertragspartnerwechsel, wobei einander nach dem ersten Wechsel ein Verbraucher als Mieter und ein Unternehmer als Vermieter gegenüberstanden während durch den zweiten Wechsel wieder zwei Verbraucher am Vertrag beteiligt waren, dass nach dem ersten Wechsel das Aufrechnungsverbot ex lege in dem in § 6 Abs 1 Z 8 KSchG genannten Umfang zwar unwirksam geworden wäre, dies jedoch durch den zweiten Wechsel wieder verändert worden wäre:

„In weiterer Folge wurde das Mietobjekt (zunächst außerbücherlich) an den nunmehrigen Kläger veräußert, der vom Berufungsgericht im Einklang mit einschlägiger oberstgerichtlicher Judikatur [...] nicht als Unternehmer, sondern als Verbraucher angesehen wurde. Durch diesen neuerlichen Parteiwechsel stellt der betreffende Mietvertrag nun

¹¹⁰⁹ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 92.

¹¹¹⁰ Vgl OGH 2 Ob 198/01h, RdW 2002, 84 = RZ 2002, 64 = ecolx 2002, 85; 4 Ob 119/03h, SZ 2003/109; 7 Ob 303/06v, Zak 2007,153 = ecolx 2007, 435 (Friedl) = RdW 2007, 470 = wobl 2007/140 (Beig) = MietSlg 59.137 = MietSlg 59.205 = MietSlg 59.339; Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 38; ders in ders, Handbuch 225; Beig/Größ, RdW 2004, 521 ff, allerdings differenzierend zwischen vertraglichen und gesetzlich angeordneten Vertragsübernahmen: Da es auf das schutzwürdige Vertrauen der Restpartei ankomme, müsste es bei Zweiteren ebenso wie bei Gesamtrechtsnachfolgen beim ursprünglich gültigen Vertragsregime bleiben, da es sich sonst, mangels rechtsgeschäftlicher Zustimmung der Restpartei, im Ergebnis um einen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde.

¹¹¹¹ Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 92.

¹¹¹² Vgl Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 36 f.

¹¹¹³ Vgl Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 38; ders in ders, Handbuch 224; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 91; vgl auch OGH 4 Ob 119/03h, SZ 2003/109.

¹¹¹⁴ Vgl OGH 7 Ob 303/06v, Zak 2007,153 = ecolx 2007, 435 (Friedl) = RdW 2007, 470 = wobl 2007/140 (krit Beig) = MietSlg 59.137 = MietSlg 59.205 = MietSlg 59.339.

allerdings kein Verbrauchergeschäft mehr dar, weshalb die Regeln des KSchG darauf nicht mehr anwendbar sind. Es besteht daher kein Anlass dafür, das im Mietvertrag enthaltene Aufrechnungsverbot (weiterhin) für unwirksam zu erachten.“ Dies würde „nach den Ausführungen in den erwähnten Entscheidungen 4 Ob 119/03h und 2 Ob 198/01h (in letzterer Entscheidung wurde vom Obersten Gerichtshof betont, dass die Modifizierung des Vertragsinhaltes nicht auf einer vertraglichen Änderung des Schuldverhältnisses, sondern auf gesetzlicher Anordnung beruhe) völlig auf der Hand“ liegen.

In ihrer Anmerkung¹¹¹⁵ weist *Beig* auf die von ihr vorgeschlagene Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlich verordneten Vertragsübernahmen hin. Da es sich im vorliegenden Fall um einen Vertragsübergang gem § 2 Abs 1 MRG bzw § 1120 ABGB handle, auf den der Mieter keinen Einfluss habe, sollte dessen Vertrauen jedenfalls geschützt werden und das KSchG anwendbar bleiben.

Beig kommt zwar somit zum richtigen Ergebnis (nämlich der Beibehaltung der Qualifizierung als Verbrauchervertrag nach Wechsel des Vertragspartners), als Konsequenz dieser Ansicht dürfte allerdings das KSchG schon nach dem ersten Vertragspartnerwechsel (also bei Entstehung eines Verbrauchergeschäfts) nicht anwendbar sein, falls bei gesetzlichen Vertragsübernahmen starr auf das schutzwürdige Vertrauen der Restpartei abgestellt wird.

Möglicherweise ist die Entscheidung des OGH im Lichte ebendieses zuvor gewährten „Benefits“ der KSchG-Anwendbarkeit zu sehen, die, weil zuvor überraschend für die Restpartei gegeben, auch wieder genommen werden könne. Eine weitere Erklärungsmöglichkeit ist, dass der Gesetzgeber bzw der OGH bei Vertragsübernahmen generell den konkreten Zeitpunkt des Vertragspartnerwechsels als maßgeblich erachten. Während Veränderungen in der Person in den Augen des Gesetzgebers bzw des OGH keinen „neuen“ Vertrag begründen, wird ein Personenwechsel wie ein neuer Vertrag gesehen. Damit ist noch nicht gesagt, dass im Falle eines originär rechtsgeschäftlich abgeschlossenen Verbrauchergeschäfts nach Vertragsübernahme der Unternehmerposition durch einen Verbraucher die Anwendbarkeit des KSchG für die Restpartei ausgeschlossen sein soll – eine diesbezügliche Klärung durch höchstgerichtliche Rechtsprechung bleibt freilich wünschenswert.

(2) Beweispflichten

Generell gilt: wer die Bestimmungen des I. Hauptstücks angewandt wissen will, der hat darzulegen, dass er selbst Verbraucher und sein Vertragspartner Unternehmer ist, für den das konkrete

¹¹¹⁵ OGH 7 Ob 303/06v, wobl 2007, 357 (*Beig*).

Rechtsgeschäft zum Betrieb des Unternehmens gehört¹¹¹⁶ - Da allerdings jedes Geschäft eines Unternehmers im Zweifel als zu dessen Unternehmen zugehörig betrachtet wird, trifft den Verbraucher nur dann die Beweislast, wenn sich das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts nicht bereits eindeutig aus den Umständen ergibt, wobei dem Gegner die Möglichkeit gegeben werden muss zu beweisen, dass kein Unternehmensgeschäft vorliegt.¹¹¹⁷

3. Das agitative Element und Einzelfragen

a) Die „Beteiligung“ am Rechtsgeschäft

(1) Das Grundprinzip

Beim gesondert zu betrachtenden Problem der von einem der beiden Kontrahenten eingesetzten Stellvertretung ist, wie generell bei Vertretungsproblemen, zwischen direkter und indirekter Stellvertretung zu differenzieren: Wer im Namen und auf Rechnung eines Dritten wirtschaftlich tätig wird, ist selbst nicht der Vertragspartner, das Geschäft kommt mit dem Vertretenen zu Stande, dessen Unternehmereigenschaft zu prüfen ist.¹¹¹⁸ In der Praxis ist dies häufig der Fall, da juristische Personen des Privatrechts wie die GmbH oder die AG durch ihre Organe rechtsgeschäftlich tätig werden, deren Handeln für den Betrieb des Unternehmens der AG bzw GmbH die Unternehmereigenschaft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG konstituiert.¹¹¹⁹ Unter den Unternehmerbegriff des KSchG fällt der Unternehmensträger, also beispielsweise die AG oder die GmbH selbst, nicht der Geschäftsführer oder der Gesellschafter¹¹²⁰ – den Unternehmer zeichnet *eigenverantwortliches Handeln* aus¹¹²¹.

(2) Der Geschäftsführer als Unternehmer

(a) Die Grundlinie der Rechtsprechung

Besondere Aufmerksamkeit wurde der Judikatur des Obersten Gerichtshofs zur Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Geschäftsführern einer GmbH zuteil. Den Entscheidungsanlass bildete in

¹¹¹⁶ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 44 f; vgl auch OGH 1 Ob 778/81, SZ 55/51; 2 Ob 698/86, WBl 1987,242 = ZfRV 1990,121 (Hoyer); 7 Ob 720/88; RZ 1989, 275/100; 1 Ob 519/89, EvBl 1989/116 (453) = RZ 1989/100 (276); OGH 31.08.1989 6 Ob 599/89; 3 Ob 578/90, SZ 63/134 = JBl 1991, 253 = *ecolex* 1990, 678 = RdW 1991, 109 = KRES 1a/28; OGH 02.05.1991, 7 Ob 524/91; OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (Call) ; OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m; OGH 23.11.1999, 7 Ob 296/99a; OGH 29.03.2000, 6 Ob 35/00s; OGH 26.01.2005, 7 Ob 22/04t; OGH 22.02.2007, 3 Ob 11/07z; OGH 05.06.2008, 9 Ob 22/07m; spezifisch zum vermietenden Eigentümer bzw Verfügungsberechtigten von Liegenschaften und Bestandobjekten: 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268 = MietSlg 32.257/24.

¹¹¹⁷ Vgl etwa OGH 20.02.2006, 2 Ob 31/04d; Vgl OGH 05.06.2008, 9 Ob 22/07m.

¹¹¹⁸ Vgl Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 40 ff; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 41.

¹¹¹⁹ Vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 210. Zur Zurechnung des Handelns organschaftlicher Stellvertreter zur Gesellschaft vgl *Griehsler*, GesRZ 1973, 36.

¹¹²⁰ Vgl *Karollus*, Anmerkung zu OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a, JBl 2002, 527.

¹¹²¹ Vgl *P. Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 13.

den meisten Fällen die Übernahme einer persönlichen Haftung durch einen GmbH-Gesellschafter für einen Kredit dieser GmbH und die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 25b – 25d KSchG.¹¹²²

Bereits 1991 hielt der OGH fest, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der für diese Gesellschaft tätig wird, als organschaftlicher Vertreter agiere, wogegen jener, der in eigenem Namen mit einem Dritten kontrahiert, beispielsweise eine persönliche Bürgschaft für Schulden der GmbH übernimmt, mangels eines eigenen Unternehmens, über das er verfügt, als Verbraucher anzusehen sei.¹¹²³ Diese Formel wurde in zahlreichen weiteren Entscheidungen wiederholt und bekräftigt.¹¹²⁴

Ein erstmaliger Kurswechsel erfolgte im Jahr 2002, als der OGH im Falle eines alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers einer GmbH, der als Schuldner für eine Verbindlichkeit seines Unternehmens persönlich zur ungeteilten Hand neben diesem Unternehmen haftete, dass die Haftungsübernahme als (Mit-)Kreditnehmer „*letztlich im Interesse des Alleingeschafters*“ erfolge, der damit selbst als Unternehmer tätig werde: „*Es ist nicht einzusehen, warum jemand, der die Organisationsform einer ‚Ein-Mann-GmbH‘ gewählt hat - weil er dadurch, wie der Beklagte selbst betont [...] - dann grundsätzlich nicht persönlich zu haften habe, wenn er hinsichtlich eines Unternehmenskredites neben der GmbH als Kreditnehmer auftritt, als Verbraucher anzusehen sein soll.*“¹¹²⁵. Die Rechtssicherheit werde durch diese Entscheidung nicht beeinträchtigt, da der Kreditgeber sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Firmenbuch darüber informieren könne, ob es sich bei seinem Vertragspartner um einen geschäftsführenden Alleingeschafter, und damit einen „*unumschränkten Herrscher über die Gesellschaft*“¹¹²⁶ handle.

Im Falle geschäftsführender Mitgeschafter, die sich als Bürgen für eine Verbindlichkeit der GmbH verpflichteten, berief sich der OGH auf seine letztgenannte Entscheidung, und hielt fest, dass ihr jedenfalls eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* zu Grunde liege.¹¹²⁷ Eine solche sei auch der Verbraucherdefinition des Art 13 EuGVÜ zu entnehmen, da an dieser Stelle von der Zurechnung des Vertrags zur beruflichen Tätigkeit die Rede sei und die einschlägige Rsp des EuGH (Benincasa), wonach die betreffende Vorschrift „*nach ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nur auf den nicht berufs-*

¹¹²² Vgl *Huemer*, Neue Rechtsprechung zur Verbrauchereigenschaft von GmbH-Geschaftern – Auswirkung insb auf die Gestaltung von Optionsverträgen, JBl 2007, 647 (650).

¹¹²³ Vgl OGH 6 Ob 607/91, EvBl 1992/51 = ÖBA 1992, 578 = ecolex 1992 89.

¹¹²⁴ StRsp, vgl OGH 17.12.1996, 4 Ob 2307/96k; OGH 29.03.2000, 6 Ob 35/00s; 6 Ob 1/00s, immolex 2000/1819; 7 Ob 315/01a, SZ 2002, 18 = GesRZ 2002, 85 = JBl 2002, 526 (*Karollus*) = ÖBA 2003, 58 (*P. Bydlinski/Haas*) = RdW 2002, 412 = ecolex 2002, 430; 6 Ob 12/03p = ÖBA 2003, 871 (*Haas*) = RZ 2003, 214 = RdW 2003, 508; OGH 21.04.2005, 6 Ob 202/04f; 3 Ob 58/05h, JBl 2006, 384; 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

¹¹²⁵ Vgl OGH 7 Ob 315/01a, SZ 2002, 18 = GesRZ 2002, 85 = JBl 2002, 526 (*Karollus*) = ÖBA 2003, 58 (*P. Bydlinski/Haas*) = RdW 2002, 412 = ecolex 2002, 430. Vgl auch die späteren E OGH 6 Ob 12/03p; 3 Ob 141/03m = ÖBA 2004, 143 = RdW 2003, 694 = ecolex 2004, 26; 8 Ob 100/03v, EvBl 2004/99 = ÖBA 2004, 536 = ecolex 2004, 364 = RdW 2004, 281; OGH 11.05.2005, 9 Ob 27/05v; 3 Ob 58/05h, JBl 2006, 384. Anders noch zu § 182 KO OGH 29.10.1998, 8 Ob 202/98h.

¹¹²⁶ Vgl OGH 7 Ob 315/01a, SZ 2002, 18.

¹¹²⁷ Vgl OGH 6 Ob 12/03p.

oder gewerbebezogen handelnden privaten Endverbraucher“, also einer Einzelperson, die „zur Deckung des Eigenbedarfs“ kontrahiere, anzuwenden sei, ebenfalls im Sinne einer applizierten wirtschaftlichen Betrachtungsweise betrachtet werden müsste.¹¹²⁸ Nach dieser Rsp wären die betreffenden Bürgen auch keine Verbraucher iSd Art 13 EuGVÜ. Ob dies jedoch auch für die österreichische Rechtslage Geltung habe, wird in der Entscheidung, die bloß die internationale Zuständigkeit behandelt, offen gelassen.

Ob die Grundsätze der E 7 Ob 315/01a auch auf Minderheitsgesellschafter übertragbar sind, wurde bislang stets offengelassen.¹¹²⁹ Jedenfalls nicht Unternehmer ist ein Minderheitsgesellschafter, der trotz seiner Gesellschaftsbeteiligung keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt: „Es fehlt hier der Zusammenhang zwischen dem Betrieb des Unternehmens und einem darauf bezogenen Handeln des Gesellschafters.“¹¹³⁰

2007 wurde vom OGH schließlich eindeutig klargestellt, dass die Tätigkeit der Geschäftsführung als *conditio sine qua non* für die Unternehmereigenschaft eines Gesellschafters gilt:

„Gerade die Geschäftsführungstätigkeit kommt dem in § 1 Abs 2 KSchG genannten Merkmal des Unternehmerbegriffes (selbständige wirtschaftliche Tätigkeit) sehr nahe, handelt doch der Geschäftsführer insoweit „selbständig“, als seine Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis unbeschränkt ist (§ 20 Abs 2 GmbHG). Sie spricht auch für die größere Erfahrung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die mit ein Grund für die vom Gesetzgeber angenommene typische Ungleichgewichtslage zwischen (unerfahrenem) Verbraucher und (erfahrenem) Unternehmer ist, die durch das KSchG ausgeglichen werden soll. [...] Ausgehend von § 1 KSchG ist also ein Gesellschafter, der nicht auch Geschäftsführer der Gesellschaft ist, mangels eigener unternehmerischer Tätigkeit jedenfalls als Verbraucher zu beurteilen. Voraussetzung dafür, dass ein Gesellschafter überhaupt wie ein Unternehmer im Sinn des KSchG zu behandeln ist, ist dessen organschaftliche Handlungsbefugnis. Die Innehabung der Prokura erfüllt das Erfordernis der typischen eigenwirtschaftlichen Tätigkeit, die dem geschäftsführenden Gesellschafter als Organ „seiner“ Gesellschaft zukommt, noch nicht.“¹¹³¹

Die Frage, ob auch der geschäftsführende Minderheitsgesellschafter als Unternehmer im Sinne des KSchG angesehen werden könnte, wurde mangels Entscheidungsrelevanz weiter offengelassen.

¹¹²⁸ Vgl ebd.

¹¹²⁹ Vgl OGH 8 Ob 100/03v; 3 Ob 58/05h, JBl 2006, 384; ebenso zum Minderheitsgesellschafter, der auch nicht Geschäftsführer ist OGH 21.04.2005, 6 Ob 202/04f; OGH 20.10.2005, 2 Ob 178/05y.

¹¹³⁰ Vgl OGH 4 Ob 108/06w, SZ 2006/116 = JBl 2007, 237 (Huemer) = GesRZ 2006, 318 = RWZ 2006/87 (Wenger).

¹¹³¹ OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

(b) Die Beurteilung durch die Lehre

Die Lehre ist geteilter Meinung: *Karollus* vertritt in seiner Anmerkung zur E 7 Ob 315/01a, dass der Betreiber des Unternehmens nur die GmbH selbst sein könne und äußert Bedenken hinsichtlich der vom OGH als Rechtssicherheitsargument ins Treffen geführten Einsichtnahmemöglichkeit ins Firmenbuch, da etwa bei Aktiengesellschaften Gesellschafter nicht im Firmenbuch eingetragen seien. Teleologische Gründe, allen voran die zunehmende Bedeutung von Ein-Personen-Gesellschaften, sprächen wiederum für die Validität der Entscheidung.¹¹³² *Karollus* plädiert jedenfalls für die alleinige Maßgeblichkeit der Gesellschafterstellung, die bereits ab mindestens 20 % (in Anlehnung an rechnungslegungsrechtliche Grundsätze) zur Unternehmereigenschaft des Gesellschafters führen solle – die Stellung als „wirtschaftlicher Eigentümer“ würde dafür ausreichen, die Geschäftsführungsbefugnis müsse indes gar nicht vorliegen.¹¹³³ Zudem sei fraglich, ob der EuGH einen Minderheits- oder auch einen Alleingesellschafter als Unternehmer im Sinne europäischen Sekundärrechts erachten würde; da zwar die (im vorliegenden Fall einschlägigen) §§ 25b bis 25d KSchG nicht auf europarechtlicher Grundlage basieren aber § 1 KSchG dennoch einheitlich und für alle Teilbereiche des KSchG gleich auszulegen sei, stelle sich die Frage, ob diese Entscheidung nicht den unionsrechtlich vorgegebenen Mindestschutzstandard unzulässigerweise unterschreiten würde.¹¹³⁴

Der OGH lehnt *Karollus'* Argumentation in zwei Punkten ab: Erstens trage *Karollus* dem Umstand der wirtschaftlichen und geschäftlichen Erfahrung eines Geschäftsführers nicht Rechnung, die der entscheidende Gesichtspunkt für die Qualifikation des Gesellschafters als Unternehmer sei.¹¹³⁵ Zweitens würden §§ 25a ff KSchG gar keine europarechtlichen Verbraucherschutzrichtlinien umsetzen, abgesehen von der Tatsache, dass die sekundärrechtlichen Verbraucherschutzrechte nach Ansicht des Gerichtshofs im Regelfall ohnedies nur einen Mindestschutzstandard gewährleisten, der nationale Gesetzgeber und die zur Anwendung der Umsetzungsgesetze berufenen Gerichte könnten daher ohne Probleme auch ein höheres Schutzniveau annehmen.¹¹³⁶ Die Verbrauchergeschäftsdefinition der Richtlinien sei nämlich deutlich enger formuliert, die durch die Interpretation des EuGH gefundene Formel des nicht berufs- oder gewerbebezogen handelnden privaten Endverbrauchers finde in der weiteren Ausformung des § 1 KSchG keine Entsprechung, der Mindestschutz werde also keinesfalls unterschritten.¹¹³⁷

¹¹³² Vgl OGH 7 Ob 315/01a, JBl 2002, 526 (527 f) (*Karollus*).

¹¹³³ Vgl OGH 7 Ob 315/01a, JBl 2002, 526 (528 f) (*Karollus*).

¹¹³⁴ Vgl OGH 7 Ob 315/01a, JBl 2002, 526 (529 f) (*Karollus*).

¹¹³⁵ Vgl OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

¹¹³⁶ Vgl OGH 4 Ob 108/06w, SZ 2006/116 = JBl 2007, 237 (*Huemer*) = GesRZ 2006, 318 = RWZ 2006/87 (*Wenger*); OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

¹¹³⁷ Vgl OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

P. Bydlinski/Haas legen wiederum das Hauptaugenmerk auf die typisierende Betrachtungsweise des KSchG, die die Tätigkeit als Geschäftsführer aufgrund der mit ihr verbundenen rechtlichen Erfahrung und dem branchenspezifischem Know-How für die Anerkennung eines Gesellschafters als Unternehmer geradezu unumgänglich mache. Die Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft allein solle jedenfalls nicht hierfür ausreichen, in Kombination mit der Tätigkeit als alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer (selbst wenn es mehrere solcher gibt) begründe jedenfalls eine Mehrheitsbeteiligung (also mehr als 50 %) das eigene wirtschaftliche Interesse und damit die Unternehmereigenschaft.¹¹³⁸ Alleingesellschafter müsse man nicht sein, da der Betrieb „seines“ Unternehmens (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) nur die Verfügungsmacht im Sinne einer Entscheidungsmacht über das Schicksal des Unternehmens voraussetze, nicht das Alleineigentum.¹¹³⁹

Huemer kritisiert vor allem die Nichtberücksichtigung der Weisungsgebundenheit eines GmbH-Geschäftsführers durch den OGH sowie die Verunmöglichung der Anerkennung der Unternehmereigenschaft eines Alleingesellschafters, der einen Fremdgeschäftsführer bestellt und durch Bestellungs-, Abberufungs- und Weisungsrechte Herr über die Gesellschaft wäre durch die E 7 Ob 266/06b.¹¹⁴⁰ Das Beteiligungsausmaß könne bei Geschäftsführern wohl auch niedriger als mit 20 % angesetzt werden, gleichzeitig liege ein „relevanter Einfluss“ eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters ab einer Beteiligung von „50 % + x“ vor – in beiden Fällen sollte der Gesellschafter als Unternehmer gelten.¹¹⁴¹

Heidinger unterstützt ebenfalls ein rein an der Unternehmensbeteiligung anknüpfendes Modell, da einerseits die „Fäden des unternehmerischen Handelns“ in den Händen der Gesellschafter zusammenlaufen würden und es deshalb egal sei, ob diese sich eines Fremdgeschäftsführers bedienen würden; und andererseits die Gesellschaftereigenschaft am leichtesten feststellbar sei und dem Rechtssicherheitserfordernis daher am ehesten entspreche.¹¹⁴² In Anlehnung an § 5 EKEG sollte ab einer Beteiligung von zumindest 25 % die Unternehmereigenschaft angenommen werden können, da die Aufgabe des Gesellschafters, die Gesellschaft mit Kapital auszustatten, wohl in jedem Falle als „zum Betrieb des Unternehmens“ gehörende Handlung gewertet werden müsse.¹¹⁴³

Leithenmair wiederum hält den bloß an Kapitalanlage interessierten und nicht in Unternehmensentscheidungen involvierten Minderheitsgesellschafter für schutzwürdig und kritisiert

¹¹³⁸ Vgl *P. Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 13.

¹¹³⁹ Vgl *P. Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 14.

¹¹⁴⁰ Vgl *Huemer*, JBl 2007, 648 ; OGH 4 Ob 108/06w, JBl 2007, 237 (242) (*Huemer*).

¹¹⁴¹ Vgl *Huemer*, JBl 2007, 649 ; OGH 4 Ob 108/06w, JBl 2007, 237 (242) (*Huemer*).

¹¹⁴² Vgl OGH 7 Ob 266/06b, wbl 2007, 444 (447) (*Heidinger*).

¹¹⁴³ Vgl OGH 7 Ob 266/06b, wbl 2007, 444 (446 f) (*Heidinger*).

die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des mit Prokura ausgestatteten Gesellschafters im Vergleich zum Geschäftsführer durch den OGH.¹¹⁴⁴

(c) Stellungnahme

ME ist *P. Bydlinski/Haas* zuzustimmen, und zwar als Ergebnis der Subsumtion unter die Unternehmerdefinition des § 1 KSchG, die fordert, dass das „*Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört*“. Die Voraussetzung der Geschäftsführer-Tätigkeit hat der OGH in 7 Ob 266/06b bereits zweifelsfrei festgeschrieben. Dies ist grundsätzlich verständlich, bedenkt man den Wegfall der prinzipiellen Voraussetzung des Handelns in fremdem Namen für die Subsumtion unter die Unternehmerdefinition im Rahmen organschaftlicher Strukturen und eine dadurch nötig gewordene Kompensation, die nur durch die Geschäftsführeigenschaft der natürlichen Person erzielt werden kann. Etwaige Bestellungs-, Abberufungs- oder Weisungsrechte über einen Fremdgeschäftsführer werden diesem Merkmal machttheoretisch nicht gerecht. Um jetzt noch das übrige Erfordernis des Betriebs „*seines*“ Unternehmens zu erfüllen, muss wohl eine Mehrheitsbeteiligung oder eine Stimmrechtsmehrheit vorliegen. Die Sperrminorität wird nicht ausreichen, um die für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG notwendige Voraussetzung der Verfügungsgewalt über das Unternehmen zu erfüllen, da zwar unternehmensrelevante Entscheidungen verhindert werden können, nicht jedoch strategische Weichen für die zukünftige Entwicklung gestellt werden können.

(3) Die Vertretung des Unternehmers durch einen Verbraucher und vice versa

Streng nach dem Wortlaut betrachtet könnten aber auch Stellvertreter, Gehilfen etc an einem Rechtsgeschäft iSd § 1 Abs 1 KSchG „*beteiligt*“ sein¹¹⁴⁵, doch Rsp¹¹⁴⁶ und Lehre vertreten eine engere Auffassung: Lässt sich ein Verbraucher von einem Unternehmer direkt vertreten, bleibt er dennoch Verbraucher¹¹⁴⁷, da dem sich möglicherweise durch einen Rechtsanwalt oder einen Branchenkundigen absichernden Verbraucher nicht gleichsam als „Strafe“ seiner Vorsicht der Schutz des KSchG verwehrt bleiben darf – das KSchG stellt in seiner Grundkonzeption auf eine typische

¹¹⁴⁴ Vgl OGH 7 Ob 266/06b, *ecolex* 2007, 517 (518 f) (*Leithenmair*).

¹¹⁴⁵ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 3.

¹¹⁴⁶ Vgl OGH 8 Ob 9/81, SZ 54/58 = EvBl 1981/189 (548) = JBl 1982, 313 (teilweise kritisch *Iro*) = ZVR 1982/119 (89); 1 Ob 750/83, SZ 56/159 = EvBl 1984/97 (393); OGH 9 Ob 64/01d = JBl 2002, 123 = RdW 2001, 734 = *ecolex* 2001, 837; OGH 21.05.2003 6 Ob 208/02k (10 Ob 82/00g = RdW 2001, 730/740); 7 Ob 155/03z, SZ 2003/88; OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d; OGH 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26.

¹¹⁴⁷ Vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 4; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 6.

Ungleichgewichtslage und nicht auf die konkreten Verhältnisse ab, daher führt diese Ansicht zu keinen Wertungswidersprüchen.¹¹⁴⁸ Aus demselben Grund wird auch aus dem Unternehmer, der sich durch einen Verbraucher vertreten lässt, kein Verbraucher.¹¹⁴⁹ Das zwischen dem Vertretenen und seinem Vertreter zu Stande gekommene Rechtsgeschäft unterliegt in den beiden genannten Fällen freilich dem I. Hauptstück.¹¹⁵⁰

Wer in eigenem Namen, jedoch auf fremde Rechnung wirtschaftlich tätig wird, handelt als indirekter Stellvertreter. Da das Rechtsgeschäft direkt mit dem Stellvertreter als beteiligter Vertragspartei zu Stande kommt, ist die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft des dahinter stehenden Dritten irrelevant, es kommt einzig auf die Eigenschaften der Vertragsparteien an.¹¹⁵¹ Ein Widerspruch zur Definition der Selbstständigkeit in § 1 Abs 3 GewO 1994 ist dabei nicht festzustellen: Die Selbstständigkeit iSd § 1 Abs 2 KSchG ist eindeutig unternehmens- und nicht konkret-rechtsgeschäftsbezogen zu verstehen. Sollte es für den indirekten Stellvertreter zum Betrieb seines Unternehmens gehören, das konkrete Rechtsgeschäft mittels indirekter Stellvertretung (und somit nicht selbstständig iSv „auf eigene Rechnung handelnd“) abzuschließen, so ist er im Verhältnis zum Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG dennoch als Unternehmer anzusehen. Auf die Vertretungsvereinbarung zwischen einem indirekt stellvertretenden Unternehmer und einem vertretenem Verbraucher bzw. vice versa kommen jedoch die Regeln des I. Hauptstücks zur Anwendung.¹¹⁵²

b) Rechtsgeschäfte von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen

§ 1 Abs 4 KSchG idF des BGBl 1979/140 lautete: *„Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (§ 2 Abs. 1 ArbGerG) mit dem Arbeitgeber schließt.“* Der Verweis auf § 2 Abs 1 ArbGerG wurde mittlerweile¹¹⁵³ durch einen solchen auf § 51 Abs 3 ASGG (*„Den Arbeitnehmern stehen gleich*

1. Personen, die den Entgeltsschutz für Heimarbeit genießen, sowie

sonstige nicht mit gewerblicher Heimarbeit beschäftigte Personen, die, ohne in einem

2. Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind.“) geändert.

¹¹⁴⁸ Vgl. Welser, JBl 1980,1; ders., in Krejci, Handbuch 197; ders., ZfRV 2008, 29; Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 3; Jaksch-Ratajczak, wobl 2003, 37; Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 6.

¹¹⁴⁹ Vgl. Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 11; Jaksch-Ratajczak, wobl 2003, 37.

¹¹⁵⁰ Vgl. Welser in Krejci, Handbuch 197.

¹¹⁵¹ Vgl. Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 6; ders. in ders., Handbuch 210.

¹¹⁵² Vgl. Krejci, ebd.

¹¹⁵³ Vgl. BGBl I 1997/6.

Die ErlBem erkennen für Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen einschlägige Schutzbestimmungen offenbar im Bereich des Arbeitsrechts, die einen zusätzlichen vertragsrechtlichen Schutz durch das KSchG obsolet machten.¹¹⁵⁴ Aufgrund der erheblichen persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer und noch vielmehr der arbeitnehmerähnlichen Personen¹¹⁵⁵ stieß diese Regelung auf viel Kritik¹¹⁵⁶ und sollte nach einhelliger Ansicht zweifach restriktiv betrachtet werden: Einerseits sind wohl nur, begrenzt durch den inhaltlichen Aspekt des Austauschverhältnisses von Arbeitsleistung gegen Entlohnung¹¹⁵⁷, Arbeitsverträge im engeren Sinn erfasst, alle andere Verträge zwischen Dienstnehmern und –gebern, deren Inhalt vom Arbeitsrecht ohnedies nicht erfasst wird, würden demnach dem Reglement des KSchG unterstellt werden¹¹⁵⁸; andererseits sollte durch teleologische Interpretation die Applikation des § 1 Abs 4 KSchG sachlich auf jene Sachverhalte innerhalb des Arbeitsvertragsrechts konzentriert werden, die nicht bereits durch Arbeitnehmerschutzvorschriften abgedeckt sind.¹¹⁵⁹

c) Vertragsspezifizierende Definitionselemente – Der Beitritt zu Vereinen (§ 1 Abs 5 KSchG)

Im Zuge der Novellierung des KSchG zum Thema Vertragsabschluss im Fernabsatz ergänzte der Gesetzgeber § 1 KSchG um einen fünften Absatz: *„Die Bestimmungen des I. und des II. Hauptstücks sind auch auf den Beitritt zu und die Mitgliedschaft bei Vereinen anzuwenden, wenn diese zwar von ihren Mitgliedern Beiträge oder sonstige Geldleistungen verlangen, ihnen aber nur eingeschränkte Mitgliedschaftsrechte einräumen und die Mitgliedschaft nicht geschäftlichen Zwecken dient.“*

Geschützt werden sollten also jene Vereinsmitglieder, die für ihre regelmäßig geleisteten Beitragszahlungen zwar auch geldwerte Gegenleistungen empfangen, aber auf das Vereinsgeschehen überhaupt keinen Einfluss haben¹¹⁶⁰, indem ihnen, durchaus auch in vereinsrechtlich erlaubtem Maße¹¹⁶¹, beispielsweise im Gegensatz zu anderen ordentlichen Mitgliedern die Stimmrechtsausübung in der Mitgliederversammlung untersagt oder das aktive/passive Wahlrecht für Organfunktionen im

¹¹⁵⁴ Vgl EB RV 744 B1gNR 14. GP 17.

¹¹⁵⁵ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 63 sowie *ders* in *ders*, Handbuch 244 ff mwN; krit zur Integration arbeitnehmerähnlicher Personen auch *Schilcher* in *Krejci/ders/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 59.

¹¹⁵⁶ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 20 ff; *Krejci* in *ders*, Handbuch 244; *ders* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 64; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 20. *Krejci* kann sich aufgrund der Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen sogar einen Irrtum des Gesetzgebers vorstellen, und geht vom Gedanken des Gesetzgebers an eine zukünftige Schutzgesetzgebung, die die Anwendung des I. Hauptstücks für diesen Personenkreis obsolet machen würde, aus, vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 63.

¹¹⁵⁷ Vgl *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 19.

¹¹⁵⁸ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 62; *ders* in FS Ostheim 178 f.

¹¹⁵⁹ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 62; *ders* in *ders*, Handbuch 244; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 20 ff.

¹¹⁶⁰ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 23.

¹¹⁶¹ Vgl vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 69; *Saria*, RdW 2000, 202.

Verein vorenthalten wird¹¹⁶². Diese „*Mißachtung des ,demokratischen Prinzips‘*“¹¹⁶³ wird vom Gesetzgeber als offenbar dem typischen Ungleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher gleichwertig empfunden.¹¹⁶⁴

Die Verwendung des Wortes „*auch*“ sollte darauf hindeuten, dass das KSchG in diesem Spezialfall auch dann zur Anwendung kommt, wenn es sich sonst um eine Vereinstätigkeit handelt, die nicht als Geschäft eines Unternehmers, das zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) gelten würde.¹¹⁶⁵

Gleichzeitig genügt für die Anwendbarkeit von § 1 Abs 5 KSchG die Vereinsmitgliedschaft, Verbrauchereigenschaft wird nicht gefordert.¹¹⁶⁶

d) Öffentlich-rechtliche Institutionen

Der Justizausschuss erneuerte den in der RV vorgeschlagenen Wortlaut des § 1 Abs 2 KSchG dahingehend, dass nunmehr anstatt der Wendung „[...] *einschließlich der Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes.*“ ein eigener letzter Satz mit dem Wortlaut „*Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer.*“ eingefügt werden sollte.¹¹⁶⁷

Stets als Unternehmer gelten also juristische Personen öffentlichen Rechts, wobei dies nur für das Tätigwerden der öffentlichen Hand im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gilt, hoheitliche Aktivitäten bleiben aufgrund der eindeutig privatrechtlichen Ausrichtung des KSchG (und des Hinweises in den ErlBem¹¹⁶⁸) von den Regelungen des KSchG unberührt.¹¹⁶⁹ Dadurch soll dem Staat bzw staatsnahen Einrichtungen wohl eine Art verbraucherschutzrechtliche Vorbildwirkung verordnet werden¹¹⁷⁰, wiewohl das Recht des Staates, ohne erkennbar eindeutige Abgrenzungskriterien bestimmte Leistungen der Hoheitsverwaltung, andere wiederum der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen, in der Lehre auf große Kritik gestoßen ist.¹¹⁷¹ Als öffentlich-rechtliche juristische Personen gelten jedenfalls Gebietskörperschaften, aber auch solche juristische Personen, die per

¹¹⁶² Vgl *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 24.

¹¹⁶³ EB RV 1998 BlgNR 20. GP 19.

¹¹⁶⁴ Ebd. Zur Anwendung dieser Prinzipien vor In-Kraft-Treten von § 1 Abs 5 KSchG vgl OGH 4 Ob 312/99g, SZ 72/206.

¹¹⁶⁵ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 23; *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz § 1 Rz 23; *Saria*, RdW 2000, 200.

¹¹⁶⁶ Vgl *Saria*, RdW 2000, 200 f.

¹¹⁶⁷ Der JAB hielt allerdings fest, dass die Änderung rein sprachlicher Natur wäre, vgl JAB 1223 BlgNR 14. GP 2.

¹¹⁶⁸ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16 f.

¹¹⁶⁹ Vgl *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 13; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 73; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 12; vgl auch OGH 6 Ob 607/91, EvBl 1992/51 S 233 = RdW 1992,75 = ÖBA 1992,578.

¹¹⁷⁰ Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 71.

¹¹⁷¹ Vgl *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar) § 1 Rz 12.

hoheitlichem Akt errichtet wurden, mit der Durchführung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben betraut sind und Zwangsmitgliedschaft vorschreiben.¹¹⁷²

In § 1 Abs 2 UGB findet sich dieser Passus im Übrigen nicht, die ordnungspolitischen Anliegen des UGB werden also nicht ohne weiteres juristischen Personen des öffentlichen Rechts verordnet, doch inkludiert § 343 Abs 1 UGB die privatwirtschaftliche Tätigkeit derselben in den Anwendungsbereich des Vierten Buches, um so im schuld- und sachenrechtlichen Bereich Kohärenz mit dem KSchG zu erzielen.¹¹⁷³

D. DAS VERBRAUCHERBEGRIFFSKONZEPT DES KSchG

1. Die Beurteilung auf Basis des KSchG

Das österreichische Verbraucherbegriffsmodell folgt eindeutig der Systematik einer zweiseitigen Verbraucherabgrenzung, es müssen einander zur Konstitution eines Verbrauchervertrags Verbraucher und Unternehmer gegenüberstehen.

Der Unternehmer ist durch die zweifache Abgrenzung durch die beiden Kriterien Unternehmensinhaberschaft und zum Betrieb dieses Unternehmens gehörend sowohl subjektiv-personenbezogen (Unternehmensträger) als auch objektiv-geschäftsbezogen (betriebszugehörig) definiert.¹¹⁷⁴ Damit ist der Verbraucherbegriff, als eindeutige Negation der Unternehmerdefinition ebenso subjektiv-personenbezogen und objektiv-geschäftsbezogen umschrieben, bloß dass das Fehlen schon eines Merkmals (also entweder der Unternehmereigenschaft oder der Betriebszugehörigkeit) für die Erfüllung des Verbrauchertatbestands ausreicht.¹¹⁷⁵ Schutzlücken, etwa für unselbstständig Erwerbstätige oder für nicht zu beruflichen oder gewerbliche Zwecke handelnde juristische Personen, existieren durch diese ausschließliche Negativdefinition des Verbrauchers in § 1 Abs 1 Z 2 KSchG nicht.

Definiert das KSchG den Verbraucher also situationsbezogen bzw im Einklang mit dem Kombinations-Modell? Immerhin werden bestimmte Rechte, etwa Rücktrittsrechte des Konsumenten, von spezifischen Drucksituationen und Überrumpelungsfällen abhängig gemacht.¹¹⁷⁶

¹¹⁷² Vgl *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 73 mwN.

¹¹⁷³ *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (45); *dies*, Das UGB: Die wichtigsten Neuerungen, *ecolex* 2006, 274; *Schauer*, ÖJZ 2006, 73 f; zur möglichen unmittelbaren oder analogen Anwendbarkeit von § 343 Abs 1 UGB auf die übrigen Bücher des UGB vgl *Keinert*, JBl 2007, 300 ff; *ders*, Das neue Unternehmensrecht - Übersicht für Studium und Praxis sowie systematische Darstellung (2006) Rz 19; *Krejci*, Handelsrecht³ (2008) 33.

¹¹⁷⁴ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 182, 516.

¹¹⁷⁵ Vgl *Denkinger*, Verbraucherbegriff 183 f.

¹¹⁷⁶ Vgl 7 Ob 515/82, SZ 55/157; 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54.

Auch könnte Pfeiffers Modell der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz verwirklicht werden: Die für den Unternehmer vorausgesetzte „auf Dauer angelegte Organisation“ ist immerhin vor allem als Tätigkeitsausübung im Sinne einer regelmäßigen, professionellen Erfahrung entwickelnden rechtsgeschäftlichen Agitation zu verstehen. Auch die Größe des Unternehmens, dessen Kapitalausstattung oder andere quantifizierbare betriebsorganisatorische Merkmale sind für die Qualifikation als Unternehmer nicht relevant, da diese für die Idee der Unterlegenheit aufgrund mangelnder Geschäftserfahrung bzw. branchenüblicher Kenntnisse ohne Bedeutung sind. Das KSchG schützt auch Gründungsunternehmer; obwohl sich diese in der Regel mit geschäftsspezifischen Regeln vertraut machen werden, fehlen ihnen nach der Idee des Gesetzgebers jene branchenspezifischen Fachkenntnisse, die nur durch regelmäßiges Tätigwerden in der Praxis erlangt werden können. Weiters wird der dem zukünftigen (Gründungs-)Unternehmer zuteilwerdende Schutz im KSchG nur aus zwei Gründen durchbrochen: der Unternehmereigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sowie der, kumulativ als Voraussetzung verlangten, Zugehörigkeit neu zu gründenden Unternehmens zur Branche des bereits betriebenen Unternehmens. Wird also in Österreich die Theorie der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz in die Praxis umgesetzt?

Die Antwort lautet: Nein. Das eindeutigste Indiz hierfür ist das Faktum, dass auch jene Rechtsgeschäfte, die *gewöhnlich nicht* im Rahmen des Betriebs dieses Unternehmens geschlossen werden, „zum Betrieb“ desselben iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gehören.

2. Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Beurteilung der Unternehmensaufgabe bzw. des Liegenschaftsverkaufs durch die Rechtsprechung: Die Beendigung der unternehmerischen Tätigkeit wird vom OGH¹¹⁷⁷, teilweise unter Berufung auf die Zweifelsregel des § 344 HGB (nunmehr § 344 UGB), jedenfalls als noch zum Betrieb des Unternehmens gehörend gewertet, die Verbrauchereigenschaft wird damit dem zukünftigen Verbraucher verwehrt. Dies ist wiederum durch das kumulative Vorliegen der beiden eben genannten Faktoren erklärbar: Die Unternehmereigenschaft liegt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor und das Rechtsgeschäft (also der Verkauf des Unternehmens) betrifft sachlich klarerweise die zu dieser Zeit vom Verkaufenden praktizierte Branche.

¹¹⁷⁷ Vgl. OGH 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54; 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68(Call); OGH 14.07.2005 6 Ob 135/05d.

Insgesamt belegen die genannten Beispiele das weite Verständnis des österreichischen Gesetzgebers von Branchenzugehörigkeit, das mit der engen Vorstellung *Pfeiffers* bezüglich einer bereichsspezifischen Geschäftskompetenz nur entfernt verwandt ist.

3. Fazit

Zurück also zur eingangs gestellten Frage nach einer (zumindest zum Teil) situationsspezifischen Abgrenzung des KSchG. Da das KSchG streng auf das Verhältnis zwischen den gesetzlich definierten Vertragsparteien „Unternehmer“ und „Verbraucher“ abstellt, ist jedenfalls die Voraussetzung eines rollensoziologischen Schutzansatzes erfüllt. Doch dazu werden im Gesetz, wie oben erwähnt, als Voraussetzung auch regelmäßig bestimmte Abschlussituationen (etwa in § 3 oder § 5a KSchG) oder Vertragstypen (§§ 15 ff KSchG) genannt. Dieser Befund lässt also auf das Vorliegen des Kombinations-Modells schließen.

Dennoch beinhaltet das KSchG eine Besonderheit, die im sekundärrechtlichen vertragsbezogenen Verbraucherschutz nicht zu finden ist: § 6 Abs 1 KSchG erklärt unmissverständlich, dass für Verbraucher bestimmte Vertragsbestimmungen nicht verbindlich sind, und zwar unabhängig von Vertragsabschlussituation, Vertragstyp (soweit auch noch das verbrauchervertragliche Sekundärrecht), aber auch unabhängig von der Frage, ob die in Frage stehende Bestimmung im Einzelnen ausgehandelt wurde – das KSchG schützt damit den Verbraucher einzig und allein aufgrund seines Kontrahierens mit einem Unternehmer. Damit schützt das Gesetz ohne Rücksicht auf andere Umstände eine typisierte Unterlegenheit eines Menschen in der Rolle des Verbrauchers, und folgt somit dem rollensoziologischen Schutzansatz.¹¹⁷⁸

Das österreichische Verbraucherbegriffskonzept folgt also dem rollensoziologischen Schutzansatz, wiewohl einige Rechte des Verbrauchers nur bei Vorliegen einer spezifischen Vertragsabschlussituation oder eines bestimmten Vertragstyps ausgelöst werden (und somit streckenweise das Kombinations-Modell verwirklicht wird). Ideologisch folgt das KSchG der Vorstellung des Prinzips einer branchenspezifischen Rechtsgeschäftskompetenz, ohne jedoch *Pfeiffers* striktes Modell der bereichsspezifischen Abgrenzung zu realisieren.

¹¹⁷⁸ Vgl auch *Denkinger*, Verbraucherbegriff 179 f.

E. DIE LEGITIMATION DES VERTRAGLICHEN VERBRAUCHERSCHUTZES DURCH DEN ÖSTERREICHISCHEN GESETZGEBER

1. Die Beurteilung auf Basis des KSchG und der Intention des Gesetzgebers

Die ErlBem geben Einblick in die dem Gesetzgeber vorschwebende Grundvoraussetzung einer dem KSchG als Ausgangspunkt dienenden „typischen“ Ungleichgewichtslage zwischen Verbraucher und Unternehmer:

„In den letzten Jahrzehnten hat das Rechtsgeschäft, mit dem der Konsument seinen Bedarf deckt, sein Gesicht stark verändert: vordem war es vorwiegend ein Rechtsgeschäft über einfache Bedarfsgegenstände, das in persönlichem Kontakt zwischen zwei einander meist bekannten Partnern zustande kam, zwischen denen kein übermäßiger Unterschied der Ausgangsposition – vor allem in psychologischer und wirtschaftlicher Hinsicht – bestand. Jetzt hat sich einerseits das Warenangebot ungeheuer vermehrt und kompliziert, die dafür nötige Arbeitsteilung hat zu starker Konzentration auf der Seite der Anbieter geführt, damit zum Massengeschäft und zu einer Entfremdung, einer Distanzierung zwischen Erzeuger und Konsumenten, die Vertriebsmethoden sind unter Anwendung modernster wissenschaftlicher Erkenntnisse stark verfeinert, der Konsument vermag weder die Herstellung des Produktes noch den Weg zu ihm zu durchschauen; andererseits ermöglicht das allgemeine Ansteigen des Lebensstandards immer mehr Menschen, Geschäfte von größerer wirtschaftlicher Tragweite zu schließen“¹¹⁷⁹

Weiters würden „Vertragsschablonen“, die ohne Zweifel den Geschäftsverkehr sinnvoll rationalisieren würden, allzu oft von deren Verwendern missbräuchlich in Absicht der Verbesserung der eigenen Rechtsposition benützt werden und in Kombination mit aggressiven Vertriebsmethoden dazu führen, dass Verbraucher Rechtsgeschäfte abschließen würden, die sie mit ausreichender Überlegungsfrist nicht eingegangen wären.¹¹⁸⁰

Die typische Unterlegenheit des Verbrauchers im Geschäftsverkehr mit dem Unternehmer resultierten aus einer wirtschaftlichen Schlechterstellung sowie einer Unterlegenheit an Wissen; exemplarisch genannt werden Defizite der Kenntnisse über die Produktbeschaffenheit und –verwendbarkeit sowie über die Psychologie im Umgang mit Kunden, weiters fehle vor allem die Erfahrung aus dem Abschluss und der Abwicklung einer Vielzahl von Geschäften, wobei die Spezialisierung des Unternehmers auf „seine“ Geschäfte und das daraus resultierende branchenspezifische Fachwissen,

¹¹⁷⁹ EB RV 744 B1gNR 14. GP 12.

¹¹⁸⁰ Vgl ebd.

das der Verbraucher nicht oder nur durch Einsatz unverhältnismäßiger Mittel erlangen könne, entscheidend sei.¹¹⁸¹

Auf diese, „in der Psyche der Beteiligten“¹¹⁸² liegenden Umstände könne aber nicht bei der Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs zurückgegriffen werden, da sie ganz allgemein nicht messbar wären und auch legislativ kein Maßstab für sie geboten werden könne.¹¹⁸³

Dennoch sei die klassische Vertragsfreiheit, allen voran die Vertragsinhaltsfreiheit, auf Seiten des Konsumenten typischerweise beeinträchtigt und sei zum Mittel der einseitigen Vertragsgestaltung seitens des Unternehmers mutiert.¹¹⁸⁴ Daher versucht eben § 1 KSchG, die „typischen Fälle des Gegenüberstehens eines ‚Unternehmers‘ mit einem ‚Verbraucher‘ zu erfassen“¹¹⁸⁵.

2. Die Beurteilung auf Basis der Rechtsprechung

Das KSchG realisiert nach stRsp in seinem Bestreben, die typischerweise vorliegende Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer an wirtschaftlicher Macht und Wissen auszugleichen¹¹⁸⁶, seinen Schutz sohin bloß schematisch; die tatsächlich und im Einzelfall konkret vorhandenen Rechtskenntnisse, wirtschaftlichen Gegebenheiten oder fachspezifischen Kenntnisse der Vertragsparteien spielen zu Gunsten objektiver, einigermaßen genau zu beschreibender Umstände, bei denen die das Motiv der Regelung bildende Situation typischerweise gegeben ist, keine Rolle.¹¹⁸⁷ Es

¹¹⁸¹ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 15f.

¹¹⁸² EB RV 744 BlgNR 14. GP 16.

¹¹⁸³ Vgl ebd.

¹¹⁸⁴ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 12. Zu § 6 sprechen die ErlBem vom Verbraucher, der sich „typischerweise im Nachteil“ befinde, vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 21. Die ErlBem zur KSchG-Novelle 1997 (BGBl I 1997/6) erkennen die Intention des KSchG in der Beseitigung der wirtschaftlichen und rechtlichen Unterlegenheit des Verbrauchers im Geschäftsverkehr, mithin des „typischerweise vorliegende[n] Ungleichgewicht[s]“ (EB RV 744 BlgNR 20. GP, 11) durch zivilrechtliche Mittel.

¹¹⁸⁵ EB RV 744 BlgNR 14. GP 16.

¹¹⁸⁶ Vgl etwa OGH 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268; 7 Ob 581/81, SZ 54/74 = EvBl 1981/233 (660) = RZ 1981/67 (253) = AnwBl 1982, 37; 7 Ob 170/98w, SZ 72/12; OGH 22.02.2007, 3 Ob 11/07z.

¹¹⁸⁷ Vgl OGH 8 Ob 9/81, SZ 54/58 = EvBl 1981/189 (548) = JBl 1982, 313 (teilweise kritisch Iro) = ZVR 1982/119 (89); 1 Ob 778/81, SZ 55/51; 7 Ob 515/82, SZ 55/157 (EvBl 1981/5); 1 Ob 750/83, SZ 56/159 = EvBl 1984/97 (393); OGH 21.04.1993, 7 Ob 508/93; OGH 24.11.1993, 3 Ob 547/93; OGH 07.09.2000, 8 Ob 199/00y; 7 Ob 78/04b, SZ 2004/113; vgl insbesondere die dezidierte Erklärung des OGH in 9 Ob 64/01d, JBl 2002, 123 = RdW 2001, 734 = ecolex 2001, 837: „Der vom KSchG beabsichtigte Schutz ist nur schematisch verwirklicht, sodass es auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten oder Fähigkeiten der Beteiligten im Einzelfall nicht ankommt [...]. Das I. Hauptstück des KSchG findet demzufolge keine Anwendung, wenn dem übermächtigen Weltkonzern der unbeholfene kleine Detaillist gegenübersteht; der Rechtsanwalt wird als Konsument geschützt, wenn er in privaten Angelegenheiten mit einem rechtsunkundigen Alleinunternehmer kontrahiert [...]. Ein Verbraucher gilt auch dann nicht als Unternehmer, wenn er eine sachkundige Person zum Abschluss des Rechtsgeschäftes beizieht; ein geschädigter Kraftfahrer bleibt Verbraucher, auch wenn er sich zur Schadensregulierung mit dem Haftpflichtversicherer eines Rechtsanwaltes bedient oder wenn er zum Erwerb von Antiquitäten einen gewerbsmäßigen Händler als direkten Stellvertreter einschaltet [...]. Die typische Ungleichgewichtslage war zwar Motiv für den Gesetzgeber, das Verbrauchergeschäft zum Grundtatbestand des I. Hauptstückes zu machen, doch kommt es auf die tatsächlichen wirtschaftlichen und sonstigen Umstände des

wird, die im Einzelfall im Nichtverbrauchergeschäft vorliegende Ungleichgewichtslage bzw das ausnahmsweise zwischen Unternehmer und Verbraucher vorliegende Gleichgewicht außer Acht lassend, eben auf die *typische* Unterlegenheit des Verbrauchers abgestellt.¹¹⁸⁸ Dieses Abstellen des KSchG auf die typischerweise vorliegende Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmern und Verbrauchern führt zwingend zu einer Verallgemeinerung seines Schutzzanliegens, zahlreiche Detailaspekte bleiben daher nicht explizit, sondern allenfalls mittelbar über Generalklauseln geregelt.¹¹⁸⁹

Es sollte also offenkundig ein Tatbestand geschaffen werden, der einerseits über die bereits bestehenden gesetzlichen Schutzinstrumentarien, also der Regelung der Geschäftsunfähigkeit, des Wuchers, der Sittenwidrigkeit, der Verkürzung über die Hälfte und anderer Willensmängel- bzw Äquivalenzstörungstatbestände, hinausgehen sollte¹¹⁹⁰, gleichzeitig aber objektivierbar und möglichst exakt umschrieben werden können muss, da die dem Gesetzgeber vorschwebende typische Ungleichgewichtslage mit ihren psychischen Bestandsmerkmalen im Einklang mit der ebenfalls geforderten Rechtssicherheit juristisch schwer typisierbar ist¹¹⁹¹.

Aus ebendieser, auch dem Gesetzgeber bewussten, Notwendigkeit von Rechtssicherheitsaspekten kreierte das KSchG eine Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs, die rein an ein typisiertes „Verbrauchergeschäft“ anknüpfte ohne bereits im Tatbestand an Situationsspezifika wie die Verwendung von AGB oder besondere Vertragsabschlussituationen zu normieren, mögen diese Elemente freilich an anderen Stellen des Gesetzes (§ 6 KSchG; § 3 KSchG usw) eine Rolle spielen.¹¹⁹² Die Umsetzung praktikabler Durchsetzbarkeit verbraucherschutzrechtlicher Normen bedingte offenkundig die legislative Präferenz der Rechtssicherheit vor konkreter Einzelfallgerechtigkeit.¹¹⁹³

einzelnen Falles nicht an, wenn der Grundtatbestand erfüllt ist [...]. Ob ein Unternehmer im konkreten Fall dem Vertragspartner tatsächlich überlegen ist, spielt keine Rolle. Der Gesetzgeber nimmt an, dass dies bei Verbrauchergeschäften typischerweise so ist, fordert im Einzelfall aber das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage nicht [...].“

¹¹⁸⁸ Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 1, 5, 10; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 6; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1 KSchG Rz 26; vgl auch *Schilcher* in *Krejci/ders/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 63; *F. Bydlinski*, JBl 1996, 695; *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts 723 ff; vgl auch OGH 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (*Call*); *Krejci* in *ders*, Handbuch 226 ff; *Koziol*, JBl 2002, 767, 769 f; *Jaksch-Ratajczak*, wobl 2003, 37 ff. Zur Typisierung im Sekundärrecht vgl *Kiendl*, Die Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das österreichische Recht, JBl 1995, 87.

¹¹⁸⁹ Vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 85 Fn 5.

¹¹⁹⁰ Vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 227.

¹¹⁹¹ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 15 f.

¹¹⁹² Vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 233 f; *ders* in *ders/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 13.

¹¹⁹³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 5; *ders*, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im „Handelsrecht“, in: *Koziol/Rummel* (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit - Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 219 (220).

Genau aus diesen Gründen folgt auch die Rechtsprechung, trotz der in den ErlBem explizit vorgesehenen¹¹⁹⁴ Analogie bzw teleologischen Reduktion des Grundtatbestands des KSchG, konstant den Argumenten *Welsers*¹¹⁹⁵ und *Krejci*¹¹⁹⁶, und lehnt die, im Sinne einer pauschalen Geltenderklärung des gesamten I. Hauptstücks für Rechtsgeschäfte, die keinen Verbrauchervertrag

¹¹⁹⁴ Die ErlBem zum KSchG sahen vor, dass es jedenfalls der Rechtsprechung überlassen werden sollte, für Fälle, die nicht unter § 1 KSchG fallen, aber dennoch diesen Wertungen entsprechen, per Analogieschluss (bzw vice versa durch teleologische Reduktion für Fälle, die dem Wortlaut, nicht aber den Wertungen genüge tun) die Anwendbarkeit des § 1 KSchG, erleichtert durch § 2 Abs 1 KSchG, zu erweitern und einzuschränken; der automatische e-contrario-Schluss (iS einer Exklusion aller nicht vom Wortlaut des § 1 KSchG erfassten Sachverhalte aus dem Anwendungsbereichs des I. Hauptstücks) sei nicht geboten, vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 16. Diese Auffassung wird in den ErlBem zu § 2 KSchG ausdrücklich bekräftigt (etwa zu Abs 1: „Der Abs. 1 soll unterstreichen, dass die Umschreibung des Geltungsbereichs, vor allem im § 1, keine Geltungsschranke für die im folgenden aufgezählten Regeln sein soll.“; oder: „Der Abs. 1 soll für Fälle, die nicht unter den ausdrücklichen Geltungsbereich der Schutzvorschriften – oder nicht unter eine ausdrückliche Schutzvorschrift – fallen, den Zweifel, ob Analogie oder Umkehrschluß bzw die Annahme einer Derogation der bisherigen Rechtslage geboten sei, grundsätzlich zugunsten einer Analogie entscheiden“, vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 17.

¹¹⁹⁵ *Welser* in *Krejci*, Handbuch 195 ff, kritisiert ebenfalls die „unerträgliche Rechtsunsicherheit“, die durch die strikte Einzelfallbeurteilung durch den Richter nicht wegzudiskutieren sei und argumentiert, dass die analoge Anwendung bzw die teleologische Reduktion von § 1 KSchG offenkundig der Absicht des Gesetzgebers widerspreche, eine praktikable Lösung für Konsumenten anzubieten, da die aus diesem Grund ins Gesetz integrierte typisierende Betrachtungsweise bei ständiger Einzelfallbeurteilung und somit der Möglichkeit, einen Unternehmer iSd § 1 KSchG als Verbraucher zu betrachten und vice versa, obsolet wäre. Ein in diesem Sinne verstandenes Analogiegebot sei jedenfalls auch § 2 KSchG nicht zu entnehmen (vgl *Welser* in GS Schönherr 329); bei tatsächlich vorhandener Rechtslücke und sachlich nächster Verwandtschaft einer KSchG-Bestimmung seien jedoch ohne Probleme einzelne Vorschriften des I. Hauptstücks auch außerhalb dessen persönlichen Geltungsbereichs anzuwenden, vgl *Welser*, JBl 1980, 2 f. Im Übrigen enthalte das KSchG ohnedies zahlreiche Regelungen, die bisher als Rechtssätze von der Judikatur entwickelt worden wären und auch weiterhin für Fälle außerhalb von § 1 KSchG ihre Gültigkeit bewahren würden, vgl ebd.

¹¹⁹⁶ *Krejci* macht die Anwendungsfreundlichkeit bzw –schwierigkeit des Grundtatbestands zum entscheidenden Kriterium und kommt zur Conclusio, dass einerseits die Gründe, die zu Ungleichgewichtslagen kontribuieren können, mannigfaltig und ungezählt sind, weshalb eine Einzelfallbetrachtung erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde und andererseits die Annahme eines völligen Gleichgewichts zwischen zwei Kontrahenten utopisch und wohl vergleichbar mit der Suche nach dem „iustum pretium“ sei, vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 237 f, 684 f. Diese beiden Argumente sprächen letztlich für den Vorzug der Rechtssicherheit gegenüber der reinen Betrachtung des materiellen Schutzzwecks der Beseitigung von Ungleichgewichtslagen: Die ebenfalls hinter der Entwicklung des KSchG stehende Überlegung der Praktikabilität und Sicherheit für den Verbraucher könnte zum puristischen Abstellen auf die typisierenden Tatbestandsmerkmale des § 1 KSchG führen – diese würden schließlich als Mittel zum Zweck der Verwirklichung von Rechtssicherheit dienen, vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 236 f. Weiters sei ein dem JA vorgelegter Vorschlag *Krejci*s und *Schilchers* zur RV, wonach § 1 KSchG bereits festhalten hätte sollen, dass nach gelungenem Beweis des Unternehmers einer konkret nicht vorliegenden Ungleichgewichtslage das I. Hauptstück nicht anwendbar sei, nicht angenommen worden, was zumindest auf die Berücksichtigung des Rechtssicherheitsaspekts durch den Gesetzgeber hindeute; schließlich könne sich der Unternehmer, der im konkreten Fall nicht der überlegene Vertragspartner ist ebenso wenig auf dieses Faktum berufen wie der Arbeitgeber, der in Beziehung zu seinem Arbeitnehmer wirtschaftlich unterlegen ist, vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 239 ff. Mittels der Generalklauseln des § 879 ABGB würde jedoch den Regeln des I. Hauptstücks als Konkretisierungshilfen über Verbrauchergeschäfte iSd § 1 KSchG hinausgehende Bedeutung zukommen (so *Krejci* in *ders*, Handbuch 685), auch die analoge Anwendung einzelner Bestimmungen in Sonderfällen sei möglicherweise gerechtfertigt. Des Weiteren weist *Krejci* methodisch auf die Erforderlichkeit einer vorliegenden Planwidrigkeit hin: Sowohl die analoge Ausdehnung eines Tatbestands als auch dessen teleologische Reduktion seien nur möglich, wenn dem Plan des Gesetzgebers tatsächlich durch die in Frage stehende Tatbestandsformulierung nicht genügt werden könne. Da im Falle des KSchG jedoch davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber ganz bewusst der Rechtssicherheit den Vorrang gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt habe, sei, unter der Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit einer derartigen „Ungleichbehandlung“, von einem zulässigen Vorgehen des Gesetzgebers auszugehen, dessen Plan eben die Verwirklichung des Schwächerenschutzes mittels exakt dieses Tatbestands gewesen sei, vgl *Krejci* in FS Bydliniski 221. Im Ergebnis lehnt *Krejci* daher die bloße Indizwirkung des Verbrauchergeschäftstatbestands für eine einzelfallbezogene Miteinbeziehung sämtlicher ähnlich gelagerter Ungleichgewichtslagen in den Geltungsbereich des I. Hauptstücks ab, vgl bekräftigend *Krejci* in FS Ostheim 167 ff.

gem § 1 KSchG bilden oder eines pauschalen Abschnehmens der Regelungen des I. Hauptstücks für Verbraucherverträge, die nicht die typische Ungleichgewichtslage aufweisen, ab - die analoge Anwendung konkreter Einzelvorschriften auf atypische, aber ebenfalls typisierbar ungleichgewichtige Situationen kann allenfalls gerechtfertigt sein.¹¹⁹⁷

3. Die Rechtfertigung der limitierten Typisierung

Ein allgemeiner, an den in den ErlBem aufgezählten „in der Psyche der Beteiligten“ liegenden Faktoren, orientierter Ungleichgewichtstatbestand würde tatsächlich den Gesetzgeber vor beinahe unlösbare Schwierigkeiten stellen: Die Anzahl an Unterlegenheit indizierenden Umständen ist, wie oben dargestellt, nicht enden wollend; wirtschaftliche, rechtliche, intellektuelle und psychische Faktoren sonder Zahl müssten gesetzlich erfasst und gewichtet werden; Kombinationen und Variationen rechtlich in Einklang gebracht und sachlich gerechtfertigt gewichtet werden.¹¹⁹⁸ Sollte schließlich die Unterlegenheit einer Vertragsseite feststehen, müsste noch der Grad dieser Ungleichgewichtslage nach gesetzlichem Maßstab bewertet werden (um nicht schon jede kleinste Verschiebung, die in praxi ja nicht einmal vermeidbar sein wird, da perfekte Gleichgewichtslagen bei Abwägung sämtlicher genannter Umstände niemals vorkommen werden, unter § 1 KSchG zu subsumieren) und letztlich eine messbare Grenze gezogen werden, ab welcher die Unterlegenheit als rechtlich ausreichend gravierend für die Anwendbarkeit des I. Hauptstücks erachtet wird¹¹⁹⁹ – die Formulierung eines solchen Tatbestands und vor allem dessen Anwendung ist tatsächlich nicht denkbar (vgl dazu auch oben, Seite 82). Die Praxistauglichkeit für den Verbraucher würde mangels auch nur annähernd greifbarer Rechtssicherheit völlig fehlen und den Rechtsweg würden viele Konsumenten nicht zu beschreiten wagen, wodurch das eigentliche Ziel des KSchG a priori verfehlt worden wäre.

Mit Sicherheit werden von § 1 KSchG zum Teil Sachverhalte erfasst, die nicht des intendierten Schutzmantels bedürfen, der schematisch verwirklichte Schutz erfasst oft Fälle die keine, oder sogar eine in Richtung des Unternehmers kippende Ungleichgewichtslage aufweisen.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁷ Vgl OGH 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268 = MietSlg 32.257/24; 1 Ob 778/81, SZ 55/51; 7 Ob 515/82, SZ 55/157; OGH 21.04.1993, 7 Ob 508/93; 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54; 7 Ob 105/99p, RdW 1999, 782; 7 Ob 78/04b, SZ 2004/113; 10 Ob 125/05p, SZ 2006/87 = ÖBA 2006, 916 (Iro) = ecoloex 2006, 752 (Leithenmair).

¹¹⁹⁸ Vgl Krejci in ders, Handbuch 238.

¹¹⁹⁹ Vgl Krejci ebd.

¹²⁰⁰ Vgl Krejci in ders, Handbuch 242; Apathy in Schwimann, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 6; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 27 f; Heidinger, Die Schutz(un)würdigkeit des Verbrauchers bei drittfinanzierter Vermögenslage - Bemerkungen aus Anlaß der Entscheidung des OGH 29.3.1994, 10Ob599/93, WBl 1994, 393; Kramer, Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechts, in ders, Theorie 237 (260); Lurger in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer, ABGB 3. Jahrtausend 126 f.

Im Sinne der Rechtssicherheit wird auch der Rechtsanwalt als Verbraucher geschützt, der einem juristisch ungeschulten Maler als Unternehmer gegenübersteht – Gerade unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten mag diese schematische Lösung eines vermuteten Ungleichgewichts problematisch erscheinen¹²⁰¹, da einerseits jedermann Verbraucher sein kann und somit eine allgemeine Regelung von Ungleichgewichtslagen im ABGB verwirklicht werden könnte, andererseits nicht jeder Verbraucher des Schutzes auch in realiter bedarf.¹²⁰²

Verständlich wird diese Lösung, wenn man auf die dem Gesetzgeber vorschwebenden sozio-ökonomischen Faktoren blickt, die dem Verbrauchervertragstatbestand zu Grunde liegen: Ebenso wie der Gemeinschaftsgesetzgeber folgt das KSchG offenbar der Idee einer Kombination aus Mangel an rechtsgeschäftlicher Erfahrung und Informations- bzw Wissensdefiziten hinsichtlich des spezifischen Vertragsgegenstands. Der Rechtsanwalt wird im genannten Beispiel dem Maler in puncto rechtsgeschäftlicher Qualifikation zwar überlegen sein, doch verfügt er im Regelfall (also typisiert betrachtet) nicht über ausreichend Informationen über das Wesen der Malerei, die tatsächlich benötigte Dauer des Projekts etc – sollte der Maler im Rahmen des Betriebs seines Unternehmens agieren und der Rechtsanwalt eben nicht, so rechtfertigt sich der verbrauchervertragsrechtliche Schutz des Rechtsanwalts. Das Wesen des rollenspezifischen Konzepts ist es unter anderem auch, der zu privaten Zwecken handelnden Person nicht jene Sorgfaltspflichten aufzuerlegen, die sie möglicherweise im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zu beachten hat. Da das KSchG nicht der streng limitiert-typisierenden Betrachtungsweise des EuGH folgt, sondern Elemente des Konzepts der branchenspezifischen Geschäftskompetenz beinhaltet (vgl dazu oben Seite 218), werden Unternehmensgründer nach § 1 Abs 3 KSchG geschützt – und das selbst wenn sie früher einmal ein Unternehmen in derselben Branche betrieben haben, es kommt einzig und allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Genau aus diesem Grund wird auch der Unternehmensverkauf keinesfalls als Verbrauchervertrag gewertet: Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt schließlich das Know-How bezüglich des Vertragsgegenstandes vor.

¹²⁰¹ Vgl *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 7; *F. Bydlinski*, JBl 1996, 694; *Koziol* in FS Mayrhofer Rz 37; *Apathy*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737; *Schilcher* in *Krejci/ders/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 61 f mit Hinweis auf ganz ähnliche Ungleichgewichtslagen zwischen zwei Unternehmern, wie beispielsweise bei Kontrakten zwischen Tankstellenpächter und internationaler Ölgesellschaft oder zwischen einem Rechtsanwalt und einem Gebrauchtwagenverkäufer.

¹²⁰² *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 7; *Schilcher* in *Krejci/ders/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 62; *Lurger*, Grundfragen, 335 ff („*Es gibt arme und reiche, gebildete und ungebildete Verbraucher und solche, die irgendwo in der Mitte zwischen diesen Extremen liegen.*“); *dies*, Solidarität 66 ff; *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 124 (125); vgl auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 708 ff .

4. Fazit

Resümierend kann festgehalten werden, dass die gesetzliche Typisierung dieser Art einzig und allein dem Anliegen des Gesetzgebers, eine praktikable, mit möglichst wenig Unsicherheit behaftete Lösung für eine hohe Anzahl alltäglicher Rechtsgeschäfte zu bieten, dient.¹²⁰³ Angesichts der Schwierigkeit eines auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abstellenden normativen Abgrenzung sowie der auch dem Zivilrecht zu Grunde liegenden Idee der völligen Parität zwischen den Kontrahenten, die selbst dann angenommen wird, wenn die Realität weit davon entfernt ist¹²⁰⁴, kann ein typisierender Ansatz wie jener des KSchG nur begrüßt werden, da sowohl in puncto Treffsicherheit als auch Rechtssicherheit wohl kein besserer Weg beschritten werden kann – und die Kombination dieser beiden Faktoren vom Gesetzgeber ausdrücklich bezweckt wurde¹²⁰⁵.

¹²⁰³ Vgl *Welser* in *Krejci*, Handbuch 195 f.

¹²⁰⁴ Vgl *Krejci* in *ders*, Handbuch 242.

¹²⁰⁵ Vgl EB RV 744 BlgNR 14. GP 13 ff. In diesem Sinne auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 1; *Kathrein* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 141 f.

F. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. § 1 KSchG definiert den Verbraucher als Negation des Unternehmers – dies jedoch ohne Lücken. Teilnehmer am Rechtsverkehr, die weder unter die Verbraucher-, noch unter die Unternehmerdefinition fallen, gibt es daher nicht.

Das persönliche Element

2. Weder der Verbraucher noch der Unternehmer werden im KSchG mittels eines persönlichen Deskriptionselements umschrieben. Sowohl natürliche als auch juristische Personen können also als Verbraucher, aber auch als Unternehmer in Erscheinung treten.

Das funktionelle Element

3. Das funktionelle Element der Unternehmerdefinition des KSchG ist zweigeteilt; es enthält die Definition eines Unternehmens und fordert gleichzeitig die Zugehörigkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts zum Betrieb desselben.
4. Die Forderung nach einer „auf Dauer angelegten Organisation“ (§ 1 Abs 2 KSchG) beinhaltet bloß die Voraussetzung der *Notwendigkeit* einer dauerhaft institutionalisierten Organisationsstruktur. Weitere Voraussetzungen sind das wirtschaftliche (ein weites Feld unternehmerischer Handlungen erfassende) sowie selbstständige (auf eigene Rechnung und Gefahr betriebene) Handeln.
5. Eigentum über sämtliche Produktionsmittel ist ebenso wenig wie Gewinnerzielungsabsicht *conditio sine qua non* für die Subsumtion unter den Unternehmerbegriff.
6. Um zum Betrieb des Unternehmens zu gehören, muss ein Rechtsgeschäft bloß einen entfernten Zusammenhang zum Unternehmen aufweisen. Auch jene Rechtsgeschäfte, die gewöhnlich nicht im Rahmen des Betriebs dieses Unternehmens geschlossen werden, können „zum Betrieb“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gehören.
7. Juristische Personen des Privatrechts, die nicht zumindest *auch* im Rahmen einer Organisationsstruktur dauernd wirtschaftlich tätig werden, gelten als Verbraucher.

8. Geschäfte, die von natürlichen Personen mit dem Zweck des Aufbaus des Betriebs ihres Unternehmens geschlossen werden („Gründungsgeschäfte“) werden als Verbrauchergeschäfte geschützt. Juristische Personen werden in diesem Kontext nicht geschützt und gelten, im Falle des Kontrahierens mit einem Verbraucher, als Unternehmer.
9. Der Verbraucherstatus bei Gründungsgeschäften wird (höchstgerichtlich) aberkannt, sofern, erstens, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Unternehmereigenschaft bereits besteht sowie, zweitens, das neu zu gründende Unternehmen jener Branche zugehörig ist, in welcher das bereits bestehende Unternehmen betrieben wird.
10. Aus diesen Gründen ist ein Unternehmer bei Verkauf seines Unternehmens nicht als Verbraucher zu beurteilen. In diesem Punkt stimmt die Wertung des KSchG deckungsgleich mit jener der Sekundärrechtsakte überein, auch der EuGH wertet Verträge, die den Verkauf des Betriebs durch den Gewerbetreibenden vorbereiten, nicht als Verbrauchergeschäfte.
11. Geschäfte, die von natürlichen Personen im Zusammenhang mit ihrer unselbstständigen Erwerbstätigkeit geschlossen werden, gelten, im Falle des Kontrahierens mit einem Unternehmer, mangels Zugehörigkeit zum Betrieb ihres Unternehmens als Verbrauchergeschäfte.
12. Geschäfte, die sowohl zu privaten, als auch zu zum Betrieb des Unternehmens gehörenden Zwecken geschlossen werden („Dual-Use-Geschäfte“), gelten nach höchstgerichtlicher Beurteilung als Geschäfte eines Unternehmers und werden demnach nicht geschützt. Der Erkennbarkeit der intendierten Zwecksetzung des jeweiligen Vertragspartners kommt keine Rolle zu. Dies kann unter bestimmten Umständen bei Beurteilung des sekundärrechtlichen Verbraucherbegriffs anders sein, da die Entscheidung *Gruber/Bay Wa* sehr wohl auf die potentielle Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit des Geschäftszwecks verweist.
13. Für die Qualifizierung eines Verbrauchervertrags ist stets der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Eine Veränderung des rechtsgeschäftlichen Partners nach Abschluss, aber vor endgültiger Erfüllung der gegenseitigen

Verpflichtungen, insbesondere durch Vertragsübernahme, kann die ursprünglich beim Vertragsabschluss bestehende Situation grundlegend ändern.

Das agitative Element

14. Es kommt stets auf den konkreten Vertragspartner an, im Falle echter Stellvertretung bleibt immer die Eigenschaft des Vertretenen entscheidend für die Subsumtion unter den Verbraucher- oder Unternehmerbegriff des KSchG. Bei indirekter Stellvertretung kommt der Vertrag zwischen dem indirekten Stellvertreter und dessen Vertragspartner zu Stande, deren Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft in weiterer Folge zu beurteilen ist.
15. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten innerhalb ihres Tätigwerdens im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung stets als Unternehmer.

Der Geschäftsführer als Unternehmer

16. Ein Mehrheitsgesellschafter, der sich in eigenem Namen für eine Verbindlichkeit „seiner“ Gesellschaft, deren Geschäftsführer er gleichzeitig ist, verpflichtet, wird höchstgerichtlich als Unternehmer betrachtet. Ob dies auch für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer gelten kann (die Geschäftsführeigenschaft als Voraussetzung für die Subsumtion unter den Unternehmerbegriff wurde vom OGH festgestellt) ist umstritten, wird aber wohl zu verneinen sein.
17. Das österreichische Verbraucherbegriffskonzept folgt dem rollensoziologischen Schutzansatz: Obwohl einige Rechte des Verbrauchers nur bei Vorliegen einer spezifischen Vertragsabschlusssituation oder eines bestimmten Vertragstyps ausgelöst werden, wird mittels § 6 Abs 1 KSchG ein Verbraucher einzig und allein aufgrund der Tatsache eines Vertragsschlusses mit einem Unternehmer vor spezifischen Vertragsbestimmungen geschützt. Ideologisch folgt das KSchG der Vorstellung des Prinzips einer branchenspezifischen Rechtsgeschäftskompetenz, ohne jedoch Pfeiffers striktes Modell der bereichsspezifischen Abgrenzung zu realisieren.
18. Ebenso wie der europäische Gesetzgeber geht auch das KSchG von zwei Grundannahmen aus, die den Verbraucher gegenüber einem Unternehmer

kennzeichnen: er ist, erstens, im Regelfall rechtsgeschäftlich unerfahren und verfügt, zweitens, über wenig Sachkunde betreffend den konkreten Vertragsgegenstand. Da das KSchG bzw der OGH nicht der streng limitiert-typisierenden Betrachtungsweise des EuGH folgen und der Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Relevanz ist, kommt der Schutz des KSchG auch jenen Personen zu Gute, die ein Unternehmen gründen, selbst wenn sie zu einem früheren Zeitpunkt einmal ein Unternehmen in derselben Branche betrieben haben – diejenigen, die ihr Unternehmen verkaufen, werden dadurch nicht in den Schutzbereich miteinbezogen.

VIII. DIE AUSWIRKUNGEN DES VOLLHARMONISIERUNGSKONZEPTS IM VERBRAUCHERVERTRAGSRECHT UND DIE GEPLANTE NEUREGELUNG DURCH DEN UNIONSGESETZGEBER

A. DER VOLLHARMONISIERUNGSANSATZ IN VERBRAUCHERVERTRAGLICHEN SEKUNDÄRRECHTSAKTEN

1. Allgemeines

Der gemeinschaftliche Vollharmonisierungsansatz ist keinesfalls neu, schon vor 25 Jahren äußerte sich die Kommission in ihrem Binnenmarkt-Weißbuch¹²⁰⁶ zum Konzept der Vollharmonisierung, diese wurde allerdings als zeitaufwändig, unflexibel und innovationsfeindlich eingestuft.¹²⁰⁷

Der Zug des Gemeinschaftsgesetzgebers in Richtung Vollharmonisierung im vertragsbezogenen Verbraucherschutzrecht war bereits bei Erlass der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-¹²⁰⁸ sowie der UGP-Richtlinie¹²⁰⁹ (mit einer Übergangsfrist bis zum 12.06.2013, die gem Art 3 Abs 5 UGP-Richtlinie innerhalb dieses Zeitraums die Beibehaltung von für den Verbraucher vorteilhaften, in Umsetzung von mindestharmonisierenden Richtlinien ergangenen mitgliedstaatlichen Regelungen zulässt) abzusehen, beide Richtlinien verzichteten erstmals im Bereich des Verbrauchervertragsrechts auf Öffnungsklauseln und wichen somit vom Konzept der Mindestharmonisierung durch Sekundärrechtsakte ab.

¹²⁰⁶ Vgl Vollendung des Binnenmarktes – Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(85) 310 endg vom 14.06.1985, Punkt 64.

¹²⁰⁷ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 153 f; *Gsell/Schellhase*, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung de Verbrauchervertragsrechts?, JZ 2009, 20 (21).

¹²⁰⁸ Vgl Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie, ErwGr 13: „*Die Mitgliedstaaten sollten in den durch diese Richtlinie harmonisierten Bereichen keine anderen als die darin festgelegten Bestimmungen vorsehen dürfen, es sei denn, die Richtlinie sieht dies ausdrücklich vor.*“, vgl dazu *Schütz*, Die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und deren Umsetzung in Österreich, in *Fletzberger/Schopper* (Hrsg.), Fernabsatz von Finanzdienstleistungen – Praxishandbuch inkl Richtlinien text, Gesetzestext und Materialien (2004) 18 (27 ff).

¹²⁰⁹ Vgl zum Vollharmonisierungsansatz der UGP-Richtlinie mit seinen zahlreichen selektiven Ausnahmen insbesondere *Reich*, Von der Minimal- zur "Halbharmonisierung" - Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten, ZEuP 2010, 7 (23 f); *Micklitz* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 62 ff; vgl auch die Anregung zu einer Rahmenrichtlinie über lautere Geschäftspraktiken mit verstärkter Harmonisierung im Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM(2001) 531 endg, Punkte 3 und 4 bzw in der Mitteilung der Kommission – Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU, KOM(2002) 289 endg vom 11.06.2002, Punkt 25.

Die Neufassung der Verbraucherkredit-Richtlinie¹²¹⁰ folgt ebenfalls dem Konzept der Vollharmonisierung¹²¹¹, allerdings mit zahlreichen Öffnungsklauseln¹²¹². Ebenso sieht die neue Timesharing-Richtlinie¹²¹³ eine vollständige Harmonisierung vor¹²¹⁴.

Die eben genannten Öffnungsklauseln, also die sekundärrechtliche Form der Mindestharmonisierung, gingen der primärrechtlichen Verankerung des Mindestharmonisierungskonzepts sogar voraus und werden als frühe sekundärrechtliche Entsprechung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips gewertet.¹²¹⁵ Sie ermöglichen die mitgliedstaatliche Abweichung vom Richtlinieninhalt, ohne den Rückgriff auf die deutlich enger formulierten Art 114 Abs 4 und 5 AEUV (Art 95 Abs 4 und 5 EG) zu erzwingen.¹²¹⁶

Solche Mindestklauseln deklarieren stets die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, innerhalb des von der Richtlinie geregelten Bereichs primärrechtskonforme strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Bis dato

¹²¹⁰ RL 2008/48/EG, AB1 2008 L 133, 66.

¹²¹¹ Vgl Verbraucherkredit-Richtlinie, ErwGr 9: „**Eine vollständige Harmonisierung ist notwendig, um allen Verbrauchern in der Gemeinschaft ein hohes und vergleichbares Maß an Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten und um einen echten Binnenmarkt zu schaffen. Den Mitgliedstaaten sollte es deshalb nicht erlaubt sein, von dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen. Diese Einschränkung sollte jedoch nur in den Fällen gelten, in denen Vorschriften durch diese Richtlinie harmonisiert werden. Soweit es keine solchen harmonisierten Vorschriften gibt, sollte es den Mitgliedstaaten freigestellt bleiben, innerstaatliche Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.**“; ErwGr 10: „**Mit den Begriffsbestimmungen dieser Richtlinie wird der Bereich der Harmonisierung festgelegt. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie sollte sich daher nur auf den durch diese Begriffsbestimmungen festgelegten Bereich erstrecken. Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen.**“ (Hervorhebungen jeweils durch den Verfasser); sowie Art 22; angeregt wurde die Neufassung der Verbraucherkredit-Richtlinie bereits in der Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006, vgl KOM(2002) 208 endg, AB1 2002 C 137, 2, Punkt 3.1.3.

¹²¹² Vgl die Aufzählung in Art 26; vgl dazu auch *Hofmann*, Veränderte Aufklärungs- und Interessenswahrungspflichten im Bankvertragsrecht nach MIFID und der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie, in *Riesenhuber* (Hrsg), Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts (2008) 71 (95); *Reich*, ZEuP 2010, 24 ff.

¹²¹³ RL 2008/122/EG, AB1 2009 L 33, 10.

¹²¹⁴ Vgl Timesharing-Richtlinie, ErwGr 3: „**Die Mitgliedstaaten sollten keine von dieser Richtlinie abweichenden nationalen Bestimmungen beibehalten oder erlassen dürfen. In Bereichen, in denen keine harmonisierten Bestimmungen bestehen, sollte es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen, nationale Bestimmungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beizubehalten oder einzuführen.**“ sowie ErwGr 4: „**Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen. Die Mitgliedstaaten könnten daher nationale Bestimmungen entsprechend den Bestimmungen dieser Richtlinie oder einigen ihrer Bestimmungen für Geschäfte beibehalten oder einführen, die nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.**“ (Hervorhebungen jeweils durch den Verfasser).

¹²¹⁵ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 113; *Dreher*, JZ 1997, 171; *Drexler*, Selbstbestimmung 440 f; *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht 9 f; *dies*, Grundstrukturen 38.

¹²¹⁶ Vgl *Riesenhuber*, System und Prinzipien 152 ff, sieht diese allgemeinen Mindeststandardklauseln, die nicht bloß für einzelne Regelungen wie Fristen sekundärrechtlich ein mitgliedstaatliches Abweichungsrecht gewähren, generell als mit Art 95 EG als Kompetenznorm unvereinbar an, da dadurch das System des Art 95 Abs 4-10 unterminiert werden würde. Dies entspricht jedoch nicht der hM.

existiert eine Mindestklausel in der Haustürgeschäfts-Richtlinie¹²¹⁷, der Pauschalreise-Richtlinie¹²¹⁸, der Klausel-Richtlinie¹²¹⁹, der Fernabsatz-Richtlinie¹²²⁰ und der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹²²¹.

Was also bewegt den Unionsgesetzgeber zu dieser Wende in Richtung sekundärrechtlicher Vollharmonisierung im Bereich des Verbrauchervertragsrechts?

2. Die historische Entwicklung des Vollharmonisierungsansatzes - Die Einbettung in die Debatte zum Europäischen Vertragsrecht

a) Die Vorarbeiten durch die Kommission

Den Anstoß zu einer grundlegenden Debatte über das europäische Gemeinschaftsprivatrecht bildete die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht¹²²², die das Interesse der Kommission an jenen unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Privatrechtsvorschriften, die den grenzüberschreitenden Vertragsschluss und somit das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts behindern würden, bekundete.¹²²³ Insbesondere Verbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen könnten nämlich durch divergente Vertragsrechtssysteme von grenzüberschreitenden Geschäften abgehalten werden.¹²²⁴ Vier mögliche Maßnahmen, die jeweils den Grundsatz der Subsidiarität zu achten hätten¹²²⁵, wurden

¹²¹⁷ Vgl. Haustürgeschäfts-Richtlinie, ErwGr 7: „Die Freiheit der Mitgliedstaaten, das Verbot des Abschlusses von Verträgen ausserhalb von Geschäftsräumen teilweise oder vollständig beizubehalten oder einzuführen, sofern sie der Auffassung sind, daß dies im Interesse der Verbraucher liegt, sollte nicht beeinträchtigt werden.“; sowie Art 8: „Die vorliegende Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet dieser Richtlinie zu erlassen oder beizubehalten.“

¹²¹⁸ Vgl. Pauschalreise-Richtlinie, ErwGr 21: „Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, für den Bereich der Pauschalreisen strengere Vorschriften zum Schutz der Verbraucher zu erlassen oder beizubehalten.“; sowie Art 8: „Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich strengere Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers erlassen oder aufrechterhalten.“

¹²¹⁹ Vgl. Klausel-Richtlinie, ErwGr 12: „Den Mitgliedstaaten muß es freigestellt sein, dem Verbraucher unter Beachtung des Vertrags einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren.“; sowie Art 8: „Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.“

¹²²⁰ Vgl. Fernabsatz-Richtlinie, Art 14: „Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.“

¹²²¹ Vgl. Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Erwägungsgrund 24: „Die Mitgliedstaaten sollten auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet strengere Bestimmungen zur Gewährleistung eines noch höheren Verbraucherschutzniveaus erlassen oder beibehalten können.“; sowie Art 8 Abs 2: „Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.“

¹²²² KOM(2001) 398 endg.

¹²²³ Vgl. KOM(2001) 398 endg, Punkt 23; vgl. zur Mitteilung sowie zur dadurch angestoßenen Entwicklung Basedow, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89 (96); Reich, A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?, JCP 2005, 383 (387 ff); Posch, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht? Zur Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, mit der ein Aktionsplan für ein „kohärentes europäisches Vertragsrecht“ vorgestellt wird, wbl 2003, 197 (198 ff).

¹²²⁴ Vgl. KOM(2001) 398 endg, Rz 30.

¹²²⁵ Vgl. KOM(2001) 398 endg, Rz 42.

skizziert: Erstens das Nicht-Tätigwerden auf Ebene der EG¹²²⁶, zweitens die Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze des Vertragsrechts¹²²⁷, drittens die legislative Verbesserung bereits bestehender Rechtsvorschriften¹²²⁸ sowie, viertens, der unionsrechtliche Erlass neuer rechtlicher Regelungen¹²²⁹. Während die vierte Option bloß schemenhaft und wenig konturiert umschrieben wurde, kann die Formulierung der Option zwei als Grundlage für die weitere Entwicklung des Gemeinsamen Referenzrahmens bzw der Untersuchung des Verbraucher-Acquis gewertet werden, da „rechtsvergleichende Untersuchungen“¹²³⁰, die „Zusammenarbeit von [...] Juristen aus Wissenschaft und Praxis“¹²³¹ sowie die „Ausarbeitung von Leitlinien oder speziellen Verhaltenskodizes für bestimmte Vertragsarten“¹²³² postuliert wurden.

Die Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006¹²³³ stellte nicht nur die gemeinsame Zuständigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten für verbraucherrechtliche Maßnahmen fest¹²³⁴, sondern plädierte im Anschluss an das Grünbuch 2001 vor allem erstmals für eine Überarbeitung des Verbraucher-Acquis und den Wechsel vom Mindestharmonisierungsprinzip zur Vollharmonisierung¹²³⁵. Das Europäische Parlament zeigte sich in seiner EntschlieÙung kritisch zum Konzept bedingungsloser Vollharmonisierung: es bekräftigte „nachdrücklich die Notwendigkeit eines hohen gemeinsamen Niveaus für den Verbraucherschutz auf der Ebene der Europäischen Union, meldet aber Bedenken gegen das pauschale Vorhaben an, die geltenden EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz von der Mindestharmonisierung ausgehend im Sinn einer vollständigen Harmonisierung anzupassen“ und wies deshalb „die Kommission mit Nachdruck darauf hin, dass bei der Änderung geltender Rechtsvorschriften oder bei der Aufstellung neuer Rechtsvorschriften die Eignung der Bestimmungen zur Harmonisierung auf Mindest- bzw Höchstniveau im Einzelfall angemessen begutachtet werden muss“¹²³⁶; gleichzeitig sollte nach Ansicht des EP die Harmonisierung nicht verhindern, „dass die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über das gemeinsame Verbraucherschutzniveau hinausgehen, solange diese Maßnahmen die im EG-Vertrag verankerten Grundsätze nicht verletzen; solange der Verbraucherschutz nicht auf einem hohen Niveau

¹²²⁶ Vgl KOM(2001) 398 endg, Rz 49 ff.

¹²²⁷ Vgl KOM(2001) 398 endg, Rz 52 ff.

¹²²⁸ Vgl KOM(2001) 398 endg, Rz 57 ff.

¹²²⁹ Vgl KOM(2001) 398 endg, Rz 61 ff.

¹²³⁰ KOM(2001) 398 endg, Rz 52.

¹²³¹ KOM(2001) 398 endg, ebd.

¹²³² KOM(2001) 398 endg, Rz 53.

¹²³³ KOM(2002) 208 endg, ABI 2002 C 137, 2; vgl *Micklitz/Reich*, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über "Rechte der Verbraucher", oder: "der Beginn des Endes einer Ära...", *EuZW* 2009, 279; *Posch*, wbl 2003, 202; vgl auch die begrüßende EntschlieÙung des Rates vom 2. Dezember 2002 über die verbraucherpolitische Strategie der Gemeinschaft 2002 – 2006, ABI 2003 C 11, 1.

¹²³⁴ Vgl KOM(2002) 208 endg, Punkt 2.1.

¹²³⁵ Vgl KOM(2002) 208 endg, Punkt 3.1.2.

¹²³⁶ EntschlieÙung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen "Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006", P5_TA(2003)0100, Punkt 6.

harmonisiert ist, darf den Verbrauchern der von ihren jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften gebotene Schutz nicht vorenthalten werden“¹²³⁷.

Auch die intensive Vernetzung von Forschungsaktivitäten, die „zur Erarbeitung eines allgemeinen Bezugsrahmens [...], in dem gemeinsame Grundsätze und Begriffe erarbeitet würden“¹²³⁸ führen könnten, wurde in der Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006 wiederholt.

b) Exkurs: Der Gemeinsame Referenzrahmen

(1) Die Vorarbeiten zum Gemeinsamen Referenzrahmen

Mit dem Aktionsplan „Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht“ führte die Kommission in ihren Plan, einen Gemeinsamen Referenzrahmen als öffentlich zugängliches, nicht-legislatives Vertragsrechtsinstrument zu gestalten, ein.¹²³⁹ Dieser sollte einheitlich formulierte Definitionen und Regeln enthalten, auf welche die Kommission bzw alle anderen Gemeinschaftsorgane, ja möglicherweise sogar die Mitgliedstaaten im nationalen Kontext beim Gesetzgebungsverfahren sowie der EuGH bei der Auslegung unionsrechtlichen Privatrechts zurückgreifen können sollten.¹²⁴⁰

Deshalb würde die Kommission weitreichende Forschungsarbeiten finanzieren und die Verabschiedung des GRR für 2009 planen.¹²⁴¹

Bereits vor einem Jahrzehnt begann die von *Ole Lando* geleitete Kommission für Europäisches Vertragsrecht die „Principles of European Contract Law“ (PECL) zu veröffentlichen.¹²⁴² Als ersten

¹²³⁷ P5_TA(2003)0100, Punkt 8.

¹²³⁸ KOM(2002) 208 endg, 32.

¹²³⁹ Vgl KOM(2003) 68 endg vom 12.02.2003, ABl 2003 C 63, 1, Punkt 59; vgl dazu *Leible*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558 (2559); *Hesselink*, Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive, ERPL 2010, 57 (62 ff); *Hirsch*, Die Europäisierung des Privatrechts, in *Riesenhuber* (Hrsg), Die Europäisierung des Privatrechts – Praxishefte zum Europäischen Privatrecht (2006) 9 (12 f); *Posch*, wbl 2003, 200 ff.

¹²⁴⁰ Vgl KOM(2003) 68 endg vom 12.02.2003, ABl 2003 C 63, 1, Punkt 60 ff; vgl auch *Prisching*, Der Gemeinsame Referenzrahmen. (GRR) – ein Begriff in aller Munde, ZfRV 2007, 12 (16); *Leible*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469 (1470); *ders.*, NJW 2008, 2561, den GRR als eine Art „Baukasten“ oder „Masterplan“, charakterisierend, der auch der nationalen und europäischen Rechtsprechung als Hilfestellung dienen kann; vgl aber auch die Ansicht des Ausschusses für Zivilrecht, der sich im Entwurf eines Berichts an den Rat über die Festlegung eines Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Vertragsrecht, Dok. 8286/08 CONSOM 39 JUSTCIV 68, Punkt 7 gegen eine Ausrichtung des GRR auf ein Hilfsinstrument für mitgliedstaatliche Rechtsetzungsorgane ausspricht und für ein „Bündel von Leitlinien“, das von den Gemeinschaftsorganen „auf freiwilliger Grundlage“ genutzt werden könne, plädiert (Punkt 13); dieser Bericht wurde vom Rat gebilligt, vgl Mitteilung an die Presse – 2863. Tagung des Rates – Justiz und Inneres – Luxemburg, den 18. April 2008, Dok. 8397/08 (Presse 96) 18; vgl dazu *Remien*, Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens: Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18.4.2008, GPR 2008, 124 (125).

¹²⁴¹ Vgl KOM(2004) 651 endg, Punkt 3.2.4.

Schritt danach gründete die Kommission 2005 ein Forschungsnetzwerk, das „*Joint Network on European Private Law*“ („Network of Excellence“)¹²⁴³, dessen federführende Mitglieder die „*Study Group on a European Civil Code*“ („*Study Group*“)¹²⁴⁴, geleitet von Professor *von Bar*, sowie die „*European Research Group on Existing EC Private Law*“ („*Acquis Group*“)¹²⁴⁵ unter dem Vorsitz von Professor *Schulte-Nölke*, die akademische Arbeit für einen Gemeinsamen Referenzrahmen vorangetrieben haben.¹²⁴⁶ Eine Untergruppe der *Acquis Group* wurde von der Kommission indes mit der Ausarbeitung des Verbraucherrechtskompendiums betret.¹²⁴⁷

Als eine der Hauptaufgaben des GRR wurde die Hilfestellung bei der unionsrechtlichen Änderung des bisherigen *Acquis*, vor allem des durch Mindestklauseln mitgliedstaatlich höchst divergenten Verbraucherrechtsbesitzstandes genannt.¹²⁴⁸ Mittlerweile scheint sich das Verhältnis umgekehrt zu haben: Die Arbeiten zum verbraucherrechtlichen Grünbuch 2007 (vgl dazu unten Seite 241), in dem sich bereits kein Hinweis auf den GRR mehr finden lässt sind nunmehr in die Arbeit zum GRR eingeflossen und der Neuorientierung des Verbrauchervertragsrechts wird eine Sonderstellung im Entwicklungsprozess des Referenzrahmens eingeräumt.¹²⁴⁹

¹²⁴² Vgl *Lando/Beale* (Hrsg), *Principles of European Contract Law Parts I and II – Combined and Revised*. Prepared by the Commission on European Contract Law (2000); *Lando/Prüm/Clive/Zimmerman* (Hrsg), *Principles of European Contract Law - Part III* (2003).

¹²⁴³ www.copecl.org.

¹²⁴⁴ www.sgecc.net.

¹²⁴⁵ www.acquis-group.org, näher zur *Acquis Group Ernst*, Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht, *AcP* 208 (2008) 248 (253 f).

¹²⁴⁶ Vgl *Frizberg*, Der „politische“ gemeinsame Referenzrahmen, *ÖJZ* 2009, 801 (802 Fn 3); *Prisching*, *ZfRV* 2007, 14; *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 30 ff; zu den weiteren Mitgliedern des „*Joint Network on European Private Law*“ vgl *Leible*, *BB* 2008, 1471; *ders*, *NJW* 2008, 2560.

¹²⁴⁷ Vgl *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 32 f.

¹²⁴⁸ Vgl *KOM(2004)* 651 endg, Punkt 2.1.1.; ebenso *KOM(2007)* 99 endg, Punkt 5.2.; ebenso aber unter Betonung der gegenseitigen Beeinflussung, der Bericht der Kommission - Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, *KOM(2005)* 456 endg vom 23.09.2005, Punkt 2.6.1.; vgl auch die Aufforderung der Berücksichtigung der bisherigen Ergebnisse des GRR bei der Revision des Verbraucheracquis durch die Entschließung des Europäischen Parlaments zum europäischen Vertragsrecht und zu Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiteres Vorgehen (*2005/2022(INI)*), *ABl* 2006 C 292, 109 ff, Punkt 2; vgl auch *Welser*, *ZfRV* 2008, 29.

¹²⁴⁹ Vgl Bericht der Kommission - Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, *KOM(2007)* 447 endg vom 25.07.2007, Punkte 2 und 3; vgl auch die Anfrage des tschechischen Vorsitizes an den Ausschuss für Zivilrecht vom 15.01.2009, Dok. 5116/09, *JUSTCIV 2 CONSOM 2* Frage 4; die Berücksichtigung der Verbraucheraquis-Entwicklung im GRR bejahend der Rat mit Hinweis auf den hohen Stellenwert der Begriffsbestimmungen im Verbrauchervertragsrecht vgl Mitteilung an die Presse, 2946. Tagung des Rates – Justiz und Inneres – Luxemburg, den 4./5. Juni 2009, Dok. 10551/09 (Presse 164) 28 f; *Frizberg*, *ÖJZ* 2009, 803 f, spricht vom Anschein, die neue Richtlinie zum Kernstück des GRR machen zu wollen.

(2) Der persönliche Geltungsbereich der „Principles of European Law“ (PEL)

Die Study Group veröffentlichte bereits eine 14-bändige Schriftenreihe mit dem Titel „*Principles of European Law*“¹²⁵⁰ (PEL). Der Band „*Principles on European Law: Sales*“¹²⁵¹ enthält in Art 1:202 („*Definition of consumer sale*“) folgende Definition:

„For the purpose of these Principles, a consumer sale is a contract under which a natural or legal person who is acting to any extent for purposes related to that person’s trade, business or profession (the professional) sells goods to a natural person who is acting primarily for purposes which are not related to that person’s trade, business or profession (the consumer).“

Die Normen über „*Personal Security Contracts*“ definieren in Art 1:101 (g) den Verbraucher beinahe wort-, jedenfalls aber inhaltsident:

*„A consumer means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession“*¹²⁵²

Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zu den bisher in Verwendung stehenden Verbraucher- und Unternehmerdefinition der verbraucherrechtlichen Sekundärrechtsakte ist offenkundig die Behandlung von Dual-Use-Geschäften in den PEL: Während juristische Personen nach dieser Definition als Unternehmer gelten, egal in welchem Ausmaß (arg „*to any extent*“) sie gewerblich bzw beruflich oder geschäftlich tätig werden, ist bei natürlichen Personen die Hauptsächlichkeit („*primarily*“) der nichtberuflichen bzw nichtgewerblichen Agitation das ausschlaggebende Kriterium. Sollte also die private Zwecksetzung des Rechtsgeschäfts über 50 % betragen, wird die natürliche Person als Verbraucher angesehen. Gleichzeitig bleibt die bei den Richtliniendefinitionen konstatierte Existenz von Nichtverbrauchern beim *nicht hauptsächlich* privaten Handeln aufrecht, da unselbstständig Berufstätige in diesem Fall weder unter die vorgeschlagene Verbraucher-, noch unter die Unternehmerdefinition fallen. Daran ändert auch die Wendung „*to any extent*“ nichts, da diese sich nach Wortlaut, Satzstellung und Zielsetzung der Bestimmung nur auf die Intensität der beruflichen

¹²⁵⁰ Study Group on a European Civil Code (Hrsg), Principles of European Law, Band I-XIV (2006-2011).

¹²⁵¹ Study Group on a European Civil Code (Hrsg)/Hondius/Heutger/Jeloschek/Sivesand/Wiewiorowska, Principles of European Law – Sales (PEL S) (2008).

¹²⁵² Vgl Study Group on a European Civil Code (Hrsg)/Drobnig, Principles of European Law – Personal Security (PEL Pers.Sec.) (2007) 3; vgl auch die deutsche Übersetzung „*Ein Verbraucher ist jede natürliche Person, die vornehmlich zu Zwecken handelt, die mit dem Gewerbe, Geschäft oder Beruf dieser Person nicht zusammenhängen*“, vgl Study Group on a European Civil Code/Drobnig, PEL Pers.Sec. 45.

bzw gewerblichen Tätigkeit bezieht und die Unmöglichkeit von teilweise privatem Handeln von juristischen Personen indiziert.

Der Rechtssicherheit ist solch eine Abgrenzung nicht förderlich: Wie bereits erläutert, ist es bereits schwierig genug, die Kriterien zur Eruiierung des Zwecks eines Rechtsgeschäfts zu finden (objektive und subjektive Betrachtungsmöglichkeit etc). Die zusätzliche Beurteilungsnotwendigkeit der „*Hauptsächlichkeit*“ des Tätigwerdens zu privaten Zwecken im Einzelfall führt zu unzumutbaren Einschränkungen des Geschäftsverkehrs, da weder der Verbraucher noch der Unternehmer a priori die Unterwerfung des Rechtsgeschäfts unter das verbraucherschutzrechtliche Regime abschätzen können.¹²⁵³ Gerade dieses Ergebnis hat der EuGH in der Entscheidung *Gruber* aber zu vermeiden gesucht, indem nur im Falle einer ganz untergeordneten Rolle des Bezugs zur beruflichen bzw gewerblichen Tätigkeit, also besonders simpel abgrenzbar, die Verbrauchereigenschaft zugestanden wurde. Zudem wird daran erinnert, dass der Vorschlag der Kommission zur Verbrauchercredit-Richtlinie 1979 bereits den Vorstoß zur Integration der „*überwiegenden*“ Tätigkeit in die Verbraucherdefinition enthielt, aber niemals Realität wurde.

(3) Der persönliche Geltungsbereich der „*Acquis Principles*“

Die *Acquis Group* veröffentlichte 2007 die so genannte „*Acquis Principles*“¹²⁵⁴, deren wissenschaftlicher Nukleus auf das Gemeinschaftsprivatrecht und nicht auf mitgliedstaatliche Privatrechtsordnungen ausgerichtet ist¹²⁵⁵. Im Abschnitt 2 sind folgende Definitionen für den Verbraucher und den Unternehmer vorgesehen:

„Artikel 1:201: Verbraucher

Verbraucher ist jede natürliche Person, sofern sie vorwiegend zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer unternehmerischen Tätigkeit liegen.

Artikel 1:202: Unternehmer

Unternehmer ist jede natürliche Person oder juristische Person in öffentlichem oder privatem Eigentum, sofern sie zu Zwecken handelt, die sich auf ihre selbstständige gewerbliche,

¹²⁵³ Vgl auch *Heiderhoff/Kenny*, Response to the Green Paper on the Consumer *Acquis* (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/hamburg_univ.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011) 6, die darauf hinweisen, dass der Unternehmer in solch einem Fall schwieriger Beweisführung je nach persönlichem Vorteil zwischen der Rolle des Verbrauchers und jener des Unternehmers wechseln könnte; ablehnend *Welser*, ZfRV 2008, 29.

¹²⁵⁴ *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* (Hrsg), Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis Principles*). Contract I - Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (2007).

¹²⁵⁵ Vgl *Laimer*, „Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung – Inhalte – Anwendung“ – Ein Tagungsbericht, JBl 2008, 605 (607); *Jansen /Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113 (1114 f).

*geschäftliche oder berufliche Tätigkeit beziehen, auch wenn sie bei Durchführung dieser Tätigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht hat.*¹²⁵⁶

Die Verbraucher-Definition der Acquis-Principles enthält also ebenfalls die Wendung der „vorwiegend“ außerunternehmerischen Tätigkeit. Als Begründung wird im Kommentar zu den Acquis-Principles angeführt, dass das in der *Gruber-Rsp* des EuGH zum Ausdruck kommende enge Verständnis des Verbraucherbegriffs der Rechtssicherheit im Verfahrensrecht geschuldet sei.¹²⁵⁷

Die Beurteilung dieser „Überwiegen“-Klausel fällt ebenso wie jene der Formulierung der „Principles of European Law“ aus, es wird daher auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Interessant ist also die unbedingte Inkludierung der unselbstständig Erwerbstätigen in die Verbraucherdefinition, da der Verweis „außerhalb ihrer unternehmerischen Tätigkeit“ in der Verbraucherdefinition als Negativdefinition des Unternehmers im Sinne von Art I:202 ACQP verstanden werden muss, die ausschließlich selbstständige Tätigkeit als unternehmerische definiert.¹²⁵⁸

Unselbstständig Berufstätige können daher sogar überwiegend oder zu hundert Prozent zum Zweck dieser Tätigkeit agieren, um als Verbraucher subsumiert werden zu können.

Die Lücke des unselbstständig erwerbstätigen Nichtverbrauchers würde daher geschlossen werden, da dieser nicht Unternehmer sein kann, aber, den vertraglichen Zusammenschluss mit einem definitionsgemäßen Unternehmer vorausgesetzt, jedenfalls als Verbraucher gilt.

Die Klarstellung, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts ebenfalls als Unternehmer gelten können ist begrüßenswert, da die eindeutige Abklärung dieses Aspekts in den einschlägigen vertragsbezogenen Verbraucherschutzrichtlinien regelmäßig ausgespart wird - aus eben diesem Grund

¹²⁵⁶ Vgl Text of the Acquis Principles (Official Translation into German, Chapters 1-8 (abrufbar unter [http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=i25ov37o1ch21n75rkmfg7ad66&p=home&s=Draft%20of%20the%20Acquis%20Principles%20\(German%2C%20Chapter%201-8\)&UID=i25ov37o1ch21n75rkmfg7ad66](http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=i25ov37o1ch21n75rkmfg7ad66&p=home&s=Draft%20of%20the%20Acquis%20Principles%20(German%2C%20Chapter%201-8)&UID=i25ov37o1ch21n75rkmfg7ad66), zuletzt abgerufen am 15.09.2011); die deutsche Fassung wurde auch in der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht veröffentlicht, vgl *ZeuP* 2007, 896 ff (Teil I) und 1152 ff (Teil II).

¹²⁵⁷ *Ebers in Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Acquis Principles, Art I:201 Rz 6; jeweils befürwortend *Rott/Terryn*, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, *ZeuP* 2009, 456 (466); *Herre/Hondius/Alpa*, The notions of consumer and professional (abrufbar unter www.sgecc.net, zuletzt abgerufen am 15.09.2011) Rz 18; *Zoll*, Die Grundregeln der Acquis-Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire*, *GPR* 2008, 106 (116), der auf die so erfolgte Verhinderung krasser Ungerechtigkeit hinweist, da beispielsweise „eine Schauspielerin, die für Zahnpasta wirbt, [...] nicht als Nichtverbraucher betrachtet werden [sollte], wenn sie eine Zahnbürste kauft, obwohl sie auch zum professionellen Zweck handelt, weil für ihre Tätigkeit glänzend weiße Zähne unentbehrlich sind“.

¹²⁵⁸ Vgl *Ebers in Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Acquis Principles, Art I:201 Rz 4, 18.

wurde diese Erwähnung auch nach dem Vorbild der Klausel-Richtlinie bzw der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie in den Text übernommen.¹²⁵⁹

Durch Verbraucher vertretene Unternehmer sollen Unternehmer im Sinne der Acquis Principles bleiben.¹²⁶⁰ Die Kommentatoren vertreten überdies die Ansicht, dass im Falle eines durch einen Unternehmer vertretenen Verbrauchers, der mit einem unvertretenen Verbraucher kontrahiert letzterer verbraucherrechtlich geschützt werden sollte, während sich der vertretene Verbraucher (der in diesem Fall als Unternehmer behandelt werden würde) ohnedies aus seinem Vertrag mit dem unternehmerischen Vertreter, der ja ein Verbrauchervertrag sei, schadlos halten könne.¹²⁶¹

Der Hinweis auf die Unerheblichkeit der Gewinnerzielungsabsicht hat hingegen bloß deklaratorische Wirkung, da dieser auch nach herrschender Auffassung im europäischen Sekundärrecht keine Bedeutung zukommt (vgl oben Seite 129).

(4) Der persönliche Geltungsbereich des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR)

Im Jahr 2009 veröffentlichten die *Study Group* und die *Acquis Group* schließlich die „Outline Edition“ des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR)¹²⁶²

“I. – 1:105: “Consumer” and “business”

(1) A “consumer” means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.

(2) A “business” means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity.

(3) A person who is within both of the preceding paragraphs is regarded as falling exclusively within paragraph (1) in relation to a rule which would provide protection for that person if that person were a consumer, and otherwise as falling exclusively within paragraph (2).”¹²⁶³

¹²⁵⁹ Vgl *Schulte-Nölke/Busch* in *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Acquis Principles, Art I:202 Rz 3.

¹²⁶⁰ Vgl *Schulte-Nölke/Busch* in *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Acquis Principles, Art I:202 Rz 9.

¹²⁶¹ Vgl *Schulte-Nölke/Busch* in *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Acquis Principles, Art I:202 Rz 10.

¹²⁶² *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Full Edition, Band I-VI (2009). Vgl zur Geschichte, Systematik und Zukunft des Werks (noch zur Interim Outline Edition) den Sammelband *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen - Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009).

Diese Definition basiert auf jener der Acquis-Principles (das Wort „*mainly*“ in der Verbraucherdefinition wurde durch „*primarily*“ ersetzt) und bezieht bewusst Verbraucher, die bloß hauptsächlich außerhalb ihrer professionellen Sphäre agieren, in den Schutzbereich mit ein.¹²⁶⁴ Misslungen ist jedenfalls die reine Terminologie des DCFR, es ist nicht einsichtig weshalb in der Definition des Verbrauchers die Worte „*trade*“, „*profession*“ und „*business*“ nebeneinander gestellt werden, wenn danach der Unternehmer unter dem Dachbegriff „*business*“ die Worte „*trade*“, „*work*“ und „*profession*“ vereinigt.¹²⁶⁵

Auch durch Verbraucher vertretene Unternehmer sollen Unternehmer im Sinne des DCFR bleiben.¹²⁶⁶

Personen, die sowohl in die Verbraucher- als auch in die Unternehmerdefinition fallen (was passieren kann, weil die Unternehmerdefinition bewusst das Wort „*primarily*“ vermeidet) sollen als *Käufer* beim Kontrahieren mit einem Unternehmer im Sinne des DCFR den Schutz der DCFR-Regeln genießen, als Verkäufer jedoch insoweit als Unternehmer behandelt werden, als der Käufer als Verbraucher durch den DCFR geschützt wird.¹²⁶⁷

Während Art 1:201 der Acquis Principles den unselbstständig Erwerbstätigen vollständig in die Verbraucherdefinition integriert, erweitert Art 1:105 Abs 1 DCFR die „*business*“ activity wieder um die Worte „*trade*“ sowie „*profession*“ – die offensichtlich intendierte Negativdefinition der ACQP kann also nicht mehr angenommen werden. Wäre dies von den Verfassern des DCFR gewollt gewesen, hätte die Formulierung jener der ACQP folgen müssen, und das Handeln hauptsächlich zu nichtunternehmerischen Zwecken als Erfordernis in der Verbraucherdefinition aufstellen, sowie eben diese unternehmerische Tätigkeit im nächsten Absatz als selbstständige Agitation definieren müssen. Unselbstständige Erwerbstätigkeit führt demnach nicht zwingend, sondern bloß bei Überwiegen der nichtberuflichen Zwecksetzung zur Auslösung des verbraucherrechtlichen Schutzes. Bei Überwiegen des unselbstständig beruflichen Zwecks kann die natürliche Person jedoch nicht als Verbraucher erkannt werden, aber auch nicht als Unternehmer (hier wird ja gerade die selbstständige Tätigkeit gefordert) – das Problem der Nichtverbraucher wird im DCFR also keiner Lösung zugeführt.¹²⁶⁸

¹²⁶³ Vgl *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Full Edition - Volume I (2009) 91.

¹²⁶⁴ Vgl *Loos*, Review of the European consumer acquis, GPR 2008, 117 (118).

¹²⁶⁵ Vgl *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, in *Schmidt-Kessel*, Der gemeinsame Referenzrahmen 323 (332).

¹²⁶⁶ Vgl *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar/Clive*, DCFR Volume I 93.

¹²⁶⁷ Vgl *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar/Clive*, DCFR Volume I 94.

¹²⁶⁸ Kritisch hierzu *Wendehorst* in *Schmidt-Kessel*, Der gemeinsame Referenzrahmen 332 f.

Den „politischen“ GRR zu entwerfen obliegt den zuständigen Gemeinschaftsorganen.¹²⁶⁹ Der GRR sollte nach dem Plan der Kommission als „toolbox“, also als Definitionen und wesentliche vertragliche Grundsätze enthaltendes Handbuch für den EG-Gesetzgeber veröffentlicht werden.¹²⁷⁰ Der Zeitpunkt der Veröffentlichung sowie die tatsächliche Rechtsqualität eines solchen Instruments liegen jedoch weiterhin im Unklaren.¹²⁷¹

B. DAS GRÜNBUCH ZUR ÜBERPRÜFUNG DES GEMEINSCHAFTLICHEN BESITZSTANDS IM VERBRAUCHERSCHUTZ 2007 UND DAS ANSCHLIESSENDE KONSULTATIONSVERFAHREN

1. Allgemeines

Am 08.02.2007 veröffentlichte die Kommission das „Grünbuch – Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“¹²⁷², das inhaltlich acht Verbraucherrechtsrichtlinien¹²⁷³ zur Überprüfung stellte.¹²⁷⁴

Die Hauptintention des verbraucherrechtlichen Grünbuchs lag in der Stärkung des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs, der aufgrund unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzrechtsnormen nicht das Potential entfalte, das sich aufgrund des europäischen Binnenmarkts biete, und zwar sowohl aus Gründen der Rechtsunsicherheit und damit verbundenen juristischen Compliance-Kosten für Unternehmer, als auch aufgrund mangelnden Vertrauens in das

¹²⁶⁹ Vgl. *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar/Clive*, DCFR Volume I 3 f; *Posch*, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 40 (55).

¹²⁷⁰ Vgl. KOM(2007) 447 endg, Punkt 6; vgl. auch *Remien*, GPR 2008, 125.

¹²⁷¹ Vgl. *Pfeiffer*, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU – Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht, AcP 2008 (208), 227 (229 ff); *Ernst*, AcP 208, 249, 258 ff; *Prisching*, ZfRV 2007, 16; *Leible*, NJW 2008, 2560 f; *ders*, Rom I und Rom II, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht - Vorträge und Berichte - Nr. 173, 32 ff; *Huguenin*, GPR 2009, 160; *Mak*, ERPL 2010, 62 f; *Kathrein*, Europäisches Vertragsrecht - Österreichische Haltung, in *Schulze* (Hrsg), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law (2008) 285 (292 ff); *Riedler*, Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse! – Studien zum Reformbedarf der §§ 938 bis 1292 ABGB de lege lata et ferenda aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 73 (118 ff); zum Verhältnis zwischen dem DCFR, den PECL, den PEL und den Acquis Principles vgl. *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar/Clive*, DCFR Volume I 15 ff.

¹²⁷² KOM(2006) 744 endg.

¹²⁷³ RL 85/577/EWG, ABl 1985 L 372, 31; RL 90/314/EWG, ABl 1990 L 158, 59; RL 93/13/EWG, ABl 1993 L 95, 29; RL 94/47/EG, ABl 1994 L 280, 83; RL 97/7/EG, ABl 1997 L 144, 19; RL 98/6/EG, ABl 1998 L 80, 27; RL 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl 1998 L 166, 51; RL 1999/44/EG, ABl 1999 L 171, 12.

¹²⁷⁴ Vgl. dazu nur *Prisching*, *ecolex* 2007, 390; *Micklitz* in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 310 ff; *Twigg-Flesner*, No sense of purpose or direction? The modernisation of European Consumer Law, ERCL 2007, 198 (199 ff).

verbraucherrechtliche Schutzniveau durch Verbraucher, die oftmals glauben, bei grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften nicht wie in der Heimat geschützt zu sein.¹²⁷⁵ Diese Analyse wurde, wie oben erwähnt, bereits der Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht 2001 bzw, noch stärker unternehmensbezogen, dem Aktionsplan 2003¹²⁷⁶ zu Grunde gelegt.

2. Der favorisierte Vollharmonisierungsansatz

Die Schuld an dieser Situation wurde im Grünbuch 2007 primär dem Mindestharmonisierungscharakter der bislang erlassenen Verbraucherprivatrechtsrichtlinien zugewiesen¹²⁷⁷, darum schlug die Kommission drei verschiedene Varianten zur Lösung dieses Problems vor: Erstens die Verwirklichung vollharmonisierender Unionsrechtsakte im Verbraucherschutz, zweitens eine Kombination aus Mindestharmonisierung und gegenseitiger Anerkennung (so dass jeder Mitgliedstaat Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats nicht das eigene Verbraucherschutzniveau „aufzwingen“ dürfte, falls dadurch der Binnenmarktverkehr in unvertretbarer Weise eingeschränkt werden würde) sowie, drittens, eine Kombination aus mindestharmonisierenden Rechtsvorschriften und dem Herkunftsland-Prinzip, wonach Unternehmen stets nur das Verbraucherschutzniveau ihres Herkunftsstaats einhalten müssten.¹²⁷⁸

Das Grünbuch 2007 stand konzeptionell am Ende der 2004 von der GD SANCO eingeleiteten „Überprüfung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz“¹²⁷⁹, in dessen Verlauf bereits 2005 zwei Optionen zur Revision des verbraucherrechtlichen Acquis formuliert wurden: Dies waren, erstens, der vertikale Ansatz, also die jeweils singuläre Überarbeitung der

¹²⁷⁵ Vgl KOM(2006) 744, Punkt 3.2 und 3.3; ähnlich bereits 2001 das Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM(2001) 531 endg, Punkt 3.1 und 3.2; vgl auch die Entschliessung des Europäischen Parlaments zu den Perspektiven im Bereich des Rechtsschutzes für Verbraucher im Lichte des Grünbuchs über Verbraucherschutz in der Europäischen Union vom 13. März 2003, P5_TA(2003)0102, mittels derer das EP die Kommission darauf hinweist, „dass die Notwendigkeit minimaler oder maximaler Harmonisierungsbestimmungen im Rahmen der Änderung bestehender Rechtsvorschriften oder der Ausarbeitung neuer Rechtsvorschriften je nach Einzelfall angemessen bewertet werden muss“ (Punkt 6), sowie dass „die maximale Harmonisierung auf ein hohes Verbraucherschutzniveau ausgerichtet sein muss, da dies eines der Ziele des Vertrages ist und eine Voraussetzung, um das Vertrauen der Verbraucher zu stärken“ (Punkt 7); vgl auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union“, ABl 2002 C 125, 1, Punkt 2.8: Der WSA trat ebenfalls für ein höheres Harmonisierungsmaß ein, forderte aber gleichzeitig die Einhaltung eines höchstmöglichen Verbraucherschutzniveaus. Die Kommission setzte es sich 2006 zur Aufgabe, „bestehende Hemmnisse zu beseitigen, die einem Binnenmarkt noch entgegenstehen, damit die europäischen Bürger und die Unternehmen uneingeschränkt von den Vorteilen der EU profitieren können“, vgl die Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat – Eine bürgernahe Agenda: Konkrete Ergebnisse für Europa, KOM(2006) 211 endg vom 10.05.2006, 5.

¹²⁷⁶ Vgl KOM(2003) 68 endg, Punkt 50.

¹²⁷⁷ Vgl KOM(2006) 744 endg, Punkt 3.3.

¹²⁷⁸ Vgl KOM(2006) 744 endg, Punkt 4.5.

¹²⁷⁹ Vgl die Aufforderung zur Untersuchung der im Grünbuch 2007 zur Debatte gestellten acht Verbraucherrechtsrichtlinien bzw die Frage nach dem „richtigen“ Harmonisierungsgrad in KOM(2004) 651 endg, Punkt 2.1.1; vgl auch die Details zur Überprüfung des Besitzstands bei *Loos*, Review of the European Consumer Acquis (2008).

einzelnen Richtlinien sowie, zweitens, ein horizontales Instrument zur Regelung übergreifender Grundsätze und Definitionen, beispielsweise eine Richtlinie über die vertragsrechtlichen Aspekte des Kaufes, das allerdings daneben existierende vertikale Ansätze zulassen würde.¹²⁸⁰ Diesem Lösungsmodell folgt das Grünbuch 2007, das allerdings zusätzlich zur Option I („Vertikaler Ansatz“) und zur Option II („Kombinierter Ansatz“) noch die dritte Option des legislativen Nichttätigwerdens offeriert.¹²⁸¹

3. Der Konsultationsprozess

a) Die Konsultationsfragen

Die Konsultationsfragen des Grünbuchs 2007¹²⁸² enthalten für die vorliegende Untersuchung vor allem drei interessante Fragestellungen: Zunächst wird das Problem des künftigen Harmonisierungsgrads im Verbraucherschutzrechts thematisiert.¹²⁸³ Tatsächlich war das Ergebnis dieser Frage bereits längst präjudiziert, da sowohl die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie wie auch mittlerweile die Verbrauchercredit- und die Timesharing-Richtlinie ohnedies dem Vollharmonisierungskonzept folgten.¹²⁸⁴

Zudem problematisierte die Kommission die Abänderung und Homogenisierung der bislang in Verwendung stehenden Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen, wobei nicht nur die Klarstellung der Behandlung von „Dual-Use“-Geschäften und die Vereinheitlichung der Unternehmer-Begrifflichkeiten („Händler“, „Gewerbetreibender“, „Anbieter“ etc), sondern auch die mögliche Einbeziehung von Kleinunternehmern in den Schutzbereich der Unionsrechtsakte zur Debatte gestellt wurden.¹²⁸⁵ Von besonderem Interesse sind drei Aspekte im Zusammenhang mit dieser Fragestellung, die, zum Teil bloß nebenbei, angesprochen wurden: Dies sind, erstens, die mögliche Negativdefinition des Unternehmers in Abhängigkeit vom Verbraucherbegriff¹²⁸⁶, zweitens die Frage nach einer Erweiterung des Verbraucher- bzw Unternehmerbegriffs um ein Handeln „hauptsächlich“ innerhalb

¹²⁸⁰ Vgl KOM(2005) 456 endg, Punkt 3.3.

¹²⁸¹ Vgl KOM(2006) 744 endg, Punkt 4.1 bis 4.3.

¹²⁸² Vgl zur Methodologie und den Fragestellungen des Grünbuchs 2007 *Rutgers/Sefton-Green*, Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse, ERPL 2008, 427 (431 ff); *Loos*, Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer rights directive, in *Stürmer*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 47 (55 ff).

¹²⁸³ KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 3: „Wie stark sollten die überprüften Richtlinien/das neue Instrument harmonisiert sein?“.

¹²⁸⁴ Vgl *Tonner/Tamm*, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht, JZ 2009, 277 (279).

¹²⁸⁵ Vgl KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 4.1. Diese beiden Punkte werden auch von der „Study Group“ als grundlegende Kriterien einer Verbraucherbegriffdebatte angesehen, vgl *Herre/Hondius/Alpa*, The notions of consumer and professional Rz 10.

¹²⁸⁶ KOM(2006) 744 endg, ebd: „Hier könnte vereinheitlicht werden, indem ‚Unternehmer‘ die verschiedenen Begriffe in den geltenden Richtlinien ersetzt und Anwendung auf alle Personen findet, die nicht als Verbraucher angesehen werden.“; es würde sich demnach um eine umgekehrte Variante von § 1 KSchG, der ja den Verbraucher als Negativdefinition zum Unternehmer konstruiert, handeln.

bzw außerhalb der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit¹²⁸⁷ sowie, drittens, die Aussage, dass mitgliedstaatliche Erweiterungen des Verbraucherbegriffs Anwendungsfälle der jeweiligen sekundärrechtlichen Mindestklauseln wären¹²⁸⁸. Schließlich warf die Kommission noch die Frage nach dem Schutz von Verbrauchern bei Vermittlungsgeschäften auf, da bisher Verträge zwischen einem Verbraucher und einem anderen Verbraucher, der sich professionell, also von einem Unternehmer vertreten lässt, nicht als Verbrauchervertrag im Sinne der einschlägigen Richtlinien zu werten wäre.¹²⁸⁹

b) Österreichs Stellungnahme

Österreich äußerte in seiner Stellungnahme vor allem Kritik am Konzept der Vollharmonisierung, die zu einem erheblichen Absinken des Verbraucherschutzniveaus führen könne, und plädierte für eine teilweise Harmonisierung einzelner Begriffsdefinitionen, Widerrufsmodalitäten und Informationspflichten.¹²⁹⁰ Die mangelnde Berücksichtigung der laufenden Arbeiten am GRR wären dabei ebenso kritikwürdig wie die Inkohärenz (Beschränkung auf acht Verbraucherrechtsrichtlinien), Inkonsistenz (Unübertragbarkeit der Regelungen und Grundsätze des horizontalen Instruments auf andere, nicht einbezogene verbraucherrelevante Rechtsbereiche) und Intransparenz (Unklare Rechtsqualität und Kompetenzgrundlage des horizontalen Instruments) des Grünbuchs.¹²⁹¹ Die Integration der „Hauptsächlichkeit“ in die Verbraucher- bzw Unternehmerdefinition lehnte Österreich aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten ab, ebenso den Schutz unvertreter Verbraucher vis à vis professionell vertretenen.¹²⁹²

¹²⁸⁷ KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Frage B1, Option 2: „Die Begriffe Verbraucher und Unternehmer werden erweitert und umfassen natürliche Personen, die hauptsächlich außerhalb des Rahmens (Verbraucher) oder hauptsächlich im Rahmen (Unternehmer) ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.“; dagegen insbesondere Schön, Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Grünbuch – Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/WirtschaftskammerOsterreich.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 4.

¹²⁸⁸ KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 4.1.: „Die entstehende Unsicherheit wird noch dadurch verstärkt, dass die Mitgliedstaaten die Mindestklausel anwenden, um die nicht eindeutigen Definitionen nach ihren eigenen Vorstellungen zu erweitern.“.

¹²⁸⁹ Vgl KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 4.2.

¹²⁹⁰ Vgl Grünbuch zur Überprüfung des gemeinsamen Besitzstandes im Verbraucherschutz – Stellungnahme Österreichs (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_austria.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 3 f, 8.

¹²⁹¹ Vgl Stellungnahme Österreichs, 4 ff.

¹²⁹² Zust Welser, ZfRV 2008, 29 f; Unternehmer im Gründungsstatus sowie kleinere Personengemeinschaften sollten jedoch als Verbraucher geschützt werden. (vgl Stellungnahme Österreichs, 8; ablehnend zum Schutz „kleinere[r] Personengemeinschaften“ Welser, ZfRV 2008, 29).

c) Die Schlussfolgerungen der Kommission

In ihrem Staff Working Paper betont die Kommission jedenfalls, dass die große Mehrheit der Mitgliedstaaten und der Wirtschaftsverbände eine, wie immer im Detail geartete, Vollharmonisierung unterstütze, während die Verbrauchervertreter dieses Konzept mehrheitlich ablehnen würden.¹²⁹³

Tatsächlich lehnten auch zahlreiche Proponenten der Rechtswissenschaft das Vollharmonisierungskonzept ab¹²⁹⁴ und verwiesen zum Teil¹²⁹⁵ auf die Fragwürdigkeit der grundlegenden Unterfütterung eines solchen Konzepts durch die Kommission, da die tatsächlichen Hindernisse grenzüberschreitender Vertragsaktivität, zumindest auf Seiten der Verbraucher, nicht die bisherige Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht, sondern Sprachbarrieren sowie mangelndes Vertrauen in nichtheimatstaatliche Rechtsdurchsetzung seien.

Weiters berichtet die Kommission vom weiten Konsens der Mehrheit, am bisherigen, eng definierten Verbraucherbegriff festzuhalten ohne etwa „Dual-Use“-Verträge, Kleinunternehmer oder NPOs einzubeziehen¹²⁹⁶ sowie von der mehrheitlich abgelehnten Erweiterung des

¹²⁹³ Vgl. Commission Staff Working Paper – Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), Punkt 4.3.1.

¹²⁹⁴ Vgl. Heiderhoff/Kenny, Response 4; vorsichtig ablehnend Beale/Schulte-Nölke, Green Paper on the Review of the Consumer Acquis COM(2006) 744 final – Response submitted on behalf of the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/universitat_bielefeld.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 3 ff, unter Befürwortung eines optionalen Instruments, das dem grenzüberschreitenden Vertrag zu Grunde gelegt werden könnte falls der Unternehmer nicht die Anwendung des Rechts des Mitgliedstaates des Verbrauchers akzeptiert (so genannte „Blue Button“-Lösung, da der Verbraucher beispielsweise durch einen Mausklick auf einen blauen Knopf die Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen optionalen Rechtsinstruments akzeptieren könnte; vgl. dazu auch *Ernst*, AcP 208, 266); *Tumpel/Ettl*, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Grünbuch „Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/BAK.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 2. *Tamm* konstatiert sogar das Fehlen der Gemeinschaftskompetenz zu vollharmonisierenden Maßnahmen im Politikfeld Verbraucherschutz, da auch das primärrechtliche Binnenmarktkonzept gemäß Art 5 EG den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität sowie der Verhältnismäßigkeit verpflichtet sei und nur mindestharmonisierende Maßnahmen allen drei Kriterien entsprechen könnten, vgl. *Tamm*, Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, *EuZW* 2007, 756 (758 f) mwN; ebenso *Tonner/Tamm*, *JZ* 2009, 284 ff; ähnlich zum Aspekt der mangelnden demokratischen Legitimation des Gemeinschaftsgesetzgebers *Wilhelmsson*, Full Harmonisation of Consumer Contract Law?, *ZEuP* 2008, 225 (226) sowie zum Subsidiaritätsprinzip *Riehm/Schreindorfer*, Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbrauchercreditrichtlinie, *GPR* 2008, 244 (249).

¹²⁹⁵ *Tonner*, Für einen starken Verbraucherschutz in Europa und den Mitgliedstaaten (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/rostock.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011) 1 ff; ebenso *Rott/Terryn*, *ZeuP* 2009, 461 f; ebenso wie die Republik Österreich in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch 2007, 2. Vgl. auch *Loos* in *Stürner*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 61, der darauf hinweist, dass keine wissenschaftlich-empirischen Daten existieren, die belegen, dass die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen eine negative Auswirkung auf die Anzahl grenzüberschreitender Verträge zeitigt.

¹²⁹⁶ Vgl. Commission Staff Working Paper – Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis, Punkt 4.4; in Bezug auf die Exklusion von Kleinunternehmern wies bereits Hondius auf die beinahe unmögliche Grenzziehung hin, da völlig unklar ist, ob etwa die

Verbrauchervertragsdefinition auf Rechtsgeschäfte zwischen einem professionell vertretenen und einem anderen unvertretenen Verbraucher, wobei die Verbraucherverbände eine solche Ausdehnung noch im Regelfall befürwortet hätten¹²⁹⁷.

Und während offenbar verbrauchernahe Gruppen sowie die Mehrheit der Mitgliedstaaten für eine Ausdehnung des sekundärrechtlichen Schutzbereichs auf individuell ausgehandelte Vertragsklauseln votierte, stimmte die Mehrzahl der wirtschaftsnahen Stakeholder wenig überraschend gegen diese Option.¹²⁹⁸

Kommissarin *Kuneva* betonte in ihrer Rede vom 14.11.2007 jedenfalls die Notwendigkeit einer vollharmonisierenden Maßnahme, da nur diese verhindern könne, dass grenzüberschreitend aktive Unternehmer die Rechtsordnungen von 27 Mitgliedstaaten kennen müssten; gleichzeitig garantiere sie ein hohes Verbraucherschutzniveau der Neuregelung.¹²⁹⁹

C. DER VORSCHLAG FÜR EINE RICHTLINIE ÜBER RECHTE DER VERBRAUCHER – KOM(2008) 614 ENDG

1. Allgemeines

Als Ergebnis dieses Grünbuchs hat die Kommission am 08.10.2008 einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher¹³⁰⁰ veröffentlicht.¹³⁰¹ Diese Richtlinie soll gleich vier bereits bestehende Sekundärrechtsakte, nämlich die Haustürgeschäfts-, die Fernabsatz-, die Klausel-

Mitarbeiteranzahl, der Umsatz oder ähnlich gelagerte andere Kriterien den so genannten Kleinunternehmer definieren, vgl *Hondius*, The Notion of Consumer: European Union versus Member States, *Sidney Law Review* 2006, 89 (96); ebenso *Herre/Hondius/Alpa*, The notions of consumer and professional, Rz 33.

¹²⁹⁷ Vgl Commission Staff Working Paper – Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis, Punkt 4.5.

¹²⁹⁸ Vgl Commission Staff Working Paper – Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis, Punkt 4.7.

¹²⁹⁹ Vgl *Kuneva*, Stakeholders' Conference on the „Review of the Consumer Acquis“ (Speech) (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/speech_kuneva.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 2 ff.

¹³⁰⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

¹³⁰¹ Vgl *Stabentheiner*, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus österreichischer Sicht, in *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher (2009) 1 (3); vgl auch die konkrete Ankündigung dieses Vorhabens in der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Legislativ- und Arbeitsprogramm der Kommission 2008, KOM(2007) 640 endg vom 23.10.2007, 34, 43; vgl auch das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zum Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher – Zusammenfassung der Folgenabschätzung (SEK(2008) 2545 endg vom 08.10.2008).

und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹³⁰², ersetzen und gleichzeitig als horizontales Instrument¹³⁰³, das vor allem zur Beseitigung der mitgliedstaatlichen Rechtszersplitterung beitragen soll, fungieren. Aus diesem Grund sieht der Vorschlag auch die „vollständige Harmonisierung“¹³⁰⁴ der einzelnen Bestimmungen vor.¹³⁰⁵ Übergangsbestimmungen, die den Mitgliedstaaten zumindest die Beibehaltung ihrer bereits etablierten Regelungen ermöglichen würden, findet man im Richtlinienvorschlag nicht.¹³⁰⁶

Als Kompetenzgrundlage für den Richtlinienvorschlag wird von der Kommission Art 95 EG (Art 114 AEUV) herangezogen, Art 153 EG, der ja in Abs 5 für die spezifisch verbraucherrechtliche Kompetenznorm des Abs 3 lit b nur mindestharmonisierende Maßnahmen erlaubt (dies gilt unverändert für die Nachfolgebestimmung des Art 169 Abs 4 AEUV), kommt keine Bedeutung zu.¹³⁰⁷

2. Der persönliche Geltungsbereich des Richtlinienvorschlags

a) Kontinuität zu bisherigen verbrauchervertragsbezogenen Sekundärrechtsakten

Der Verbraucher und der Unternehmer werden in Artikel 2 des Richtlinienvorschlags wie folgt definiert:

¹³⁰² Von *Stabentheiner* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 4 f, werden diese Richtlinien als „sicherlich [...] wichtigsten Regulative des europäischen Konsumentenschutzes“, die „dessen inneren Kern“ bilden, bewertet.

¹³⁰³ Wobei der Richtlinienvorschlag das Konzept der Horizontalisierung nicht in Reinform institutionalisiert, da etwa der Vertragsklauseln betreffende Bereich nicht über den horizontalen Gehalt der Klausel-Richtlinie hinausgeht, vgl. *Wendehorst*, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte, in *Jud/dies*, Neuordnung 153 (177).

¹³⁰⁴ Vgl. KOM(2008) 614 endg, ErwGr 8: „Die vollständige Harmonisierung einiger wesentlicher Aspekte der einschlägigen Regelungen wird die Rechtssicherheit für Verbraucher wie Unternehmen erheblich erhöhen. Die Verbraucher werden sich ebenso wie die Unternehmen auf einen einheitlichen Rechtsrahmen stützen können, der auf eindeutig definierten Rechtskonzepten basiert und bestimmte Aspekte von Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern gemeinschaftsweit regelt. Dadurch wird es zur Beseitigung der sich aus der Rechtszersplitterung ergebenden Hindernisse und zur Vollendung des Binnenmarkts auf diesem Gebiet kommen. Die betreffenden Hindernisse lassen sich nur durch die Einführung einheitlicher Rechtsvorschriften auf Gemeinschaftsebene abbauen. Darüber hinaus werden die Verbraucher in den Genuss eines hohen, einheitlichen Verbraucherschutzniveaus in der gesamten Gemeinschaft kommen.“; sowie Art 4: „Die Mitgliedstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“.

¹³⁰⁵ Vgl. auch KOM(2008) 614 endg, ErwGr 2: „Dementsprechend sollten in dieser Richtlinie Standardnormen für die gemeinsamen Aspekte festgelegt werden; ferner sollte der den älteren Richtlinien zugrunde liegende Mindestharmonisierungsansatz, der es den Mitgliedstaaten erlaubte, strengere innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechtzuerhalten oder einzuführen, aufgegeben werden.“.

¹³⁰⁶ Vgl. *Micklitz/Reich*, Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a "Directive on Consumer Rights", CML Review 2009, 471 (475 f).

¹³⁰⁷ Vgl. *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 280; vgl. dazu auch die kritische Anmerkung von *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 282: „Bereits aus dem unternehmerischen Interesse an der Herstellung eines weitgehend unreglementierten, freien Binnenmarktes und dem diesem Streben entgegenstehenden Interesse der Verbraucher an der möglichst extensiven Herausbildung von Schutzvorschriften liegt ein Konfliktverhältnis zwischen (Binnen-)Marktverfassung und Sozialschutz (i.S. von Verbraucherschutz) begründet.“.

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnen die Ausdrücke

(1) „Verbraucher“ jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen;

(2) „Gewerbetreibender“ jede natürliche oder juristische Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, sowie jede Person, die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“

Damit sollten die Definitionen der UGP-Richtlinie wörtlich in den Richtlinienvorschlag übernommen werden, um die geringen sprachlichen Differenzen zwischen den jeweiligen bisher bestehenden Richtliniendefinitionen auszumerzen¹³⁰⁸: Diese Feststellung ist jedoch bloß für die englische Sprachfassung gültig: Sowohl Art 2 UGP-RL als auch Art 2 des Richtlinienvorschlags erwähnen in ihrer englischsprachigen Version die vier Worte *„trade, business, craft or profession“*, während die deutsche Fassung der UGP-Richtlinie eben nur die *„gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen“* Tätigkeiten anführt – nicht jedoch die im Richtlinienvorschlag ebenfalls präsenten *„handwerklichen“*. Wie oben ausführlich erläutert (vgl Seite 134), spielt die Addition der handwerklichen Tätigkeit in diesem Zusammenhang allerdings keine Rolle, der Anwendungsbereich der Norm wird dadurch weder erweitert noch reduziert.

Der persönliche Geltungsbereich des Richtlinienvorschlags entspricht damit ohne Abweichung jener der bislang ergangenen verbraucherrechtlichen Sekundärrechtsakte, auf die Ausführungen zu diesen kann verwiesen werden. Die Novationen der Acquis-Principles oder des DCFR blieben völlig unberücksichtigt. Die rechtliche Behandlung von Gründungsgeschäften der „Jungunternehmer“ bleibt weiterhin nur durch die Rsp des EuGH abgedeckt, ebenso unerwähnt bleiben die Fragen nach der exakten Abgrenzung bei „Dual-Use“-Geschäften oder die legislative Klärung der rechtlichen Behandlung unselbstständig erwerbstätiger Personen.¹³⁰⁹

¹³⁰⁸ Vgl Commission Staff Working Document – Accompanying document to the Proposal for a directive on consumer rights – Annexes, SEC(2008) 2547 final vom 08.10.2008, 55.

¹³⁰⁹ Vgl Rz 7 des von den Referenten der Tagung vom 22.01.2009 zum Thema „Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?“ entworfenen Positionspapiers zum Richtlinienvorschlag: *Jud/Wendehorst*, Position Paper – Vienna Conference on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Consumer Rights, COM(2008) 614 final, in *dies/dies*, Neuordnung 189 (vgl dazu auch den Abdruck bei *Jud/Wendehorst*, Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher – Ein akademisches Positionspapier, *ecolex* 2009, 279 ff); *Hopf*, Vor einer neuerlichen Reform des Gewährleistungsrechts?, *ÖJZ* 2009, 97 f; vgl auch *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 37 ff – diese Problemkomplexe bleiben vom Richtlinienentwurf schlichtweg unbeantwortet. Ebenso zur Existenzgründung und zur Miteinbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich *Micklitz/Reich*, *EuZW* 2009, 281; vgl auch eine frühe Stellungnahme im Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments (IMCO) von MEP *McCarthy*, Arbeitsdokument über den Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher – KOM(2008)0614 – 2008/0196(COD) – IMCO/6/68476 (04.05.2009), PE423.778v02-00, 5.

Der Akademische Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens wird vom Kommissionsvorschlag nicht mit einem Wort erwähnt, geschweige denn inhaltlich gewürdigt.¹³¹⁰

b) Die intendierte Neuregelung der Stellvertretung

Geschäfte zwischen einem durch einen Unternehmer vertretenen und einem anderen Verbraucher erfahren eine konkrete Regelung. Art 7 des Richtlinienvorschlags sieht Informationspflichten des professionellen Vermittlers vor, der den unvertretenen Verbraucher darüber aufzuklären habe, dass tatsächlich ein Kontrakt zwischen zwei Verbrauchern zu Stande kommt. Sollte der Vermittler dieser Pflicht nicht nachkommen, so würde der Vertrag als in eigenem Namen geschlossen gelten und ein Verbrauchervertrag konstituiert werden.¹³¹¹ Ob der Vermittler im Namen *und* Auftrag handeln muss oder nur im Namen *oder* Auftrag des Verbrauchers hat keine Bedeutung: die Kommission wechselt im Richtlinienvorschlag wahllos zwischen den beiden Wendungen.¹³¹²

c) Erweiterung des Geltungsbereichs auf „Dual-Use“-Geschäfte?

Ein internes Memorandum der Kommission¹³¹³ (betont wird sofort zu Beginn der nicht die offizielle Position der Kommission wiedergebende Charakter des Dokuments) hält fest, dass Dual-Use-Verträge unter den Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs fallen können, wenn der private Zweck

¹³¹⁰ Vgl *Wendehorst* in *Schmidt-Kessel*, Der gemeinsame Referenzrahmen 330; *Zypries*, ZEuP 2009, 226 f; *Schmidt-Kessel/Schubmehl*, Neues aus Brüssel, GPR 2008, 308 (309); *Loos*, GPR 2008, 122; *Frizberg*, ÖJZ 2009, 804; *Micklitz/Reich*, CML Review 2009, 483; *Rott/Terryn*, ZeuP 2009, 457 f; *Hondius*, ERPL 2010, 115 ff; *Howells/Schulze* in *ders/ders*, Modernising and Harmonising 5 f, 10 ff; *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 33 ff, 41; *Hesselink*, The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?, Briefing note prepared for a European Parliament Expert hearing (IMCO Committee) concerning the proposal for a directive on consumer rights, on 2 March 2009 in Brussels (abrufbar unter <http://www.jur.uva.nl/csecl/news.cfm/5F7839CD-1321-B0BE-A41B920971C302EC#p5>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011); *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 289, mit der Forderung nach einer kohärenten Abstimmung zwischen „hard law“ wie dem Richtlinienvorschlag und dem „soft law“ des GRR; ebenso vgl die Ausführungen des Ausschusses für Zivilrecht, Dok. 15306/08 JUSTCIV 236 CONSOM 167, Punkt 11 (angenommen vom Rat, vgl Mitteilung an die Presse – 2908. Tagung des Rates – Justiz und Inneres – Brüssel, 27.-28. November 2008, Dok. 16325/1/08 REV 1 (Presse 344) 30) sowie der tschechische Vorsitz in seiner Anfrage an den Ausschuss für Zivilrecht vom 15.01.2009, vgl Dok. 5116/09, JUSTCIV 2 CONSOM 2 Punkt 2 und Frage 4; vgl auch *Schmidt-Kessel*, Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 21 (38 f), der mit Kritik an der inneren Organisationsstruktur der Kommission nicht zurückhält und eine eigene GD „Recht und Justiz“ fordert; vgl auch die Kritik des WSA in seiner Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag, ABl 2009 C 317, 54, Punkt 4.2.2.

¹³¹¹ Vgl KOM(2008) 614 endg, Art 7 Abs 2.

¹³¹² KOM(2008) 614 endg, 10 (Begründung): „im Auftrag von Verbrauchern“; ErwGr 20 sowie Vermittlerdefinition des Art 2 Z 19: „im Namen oder im Auftrag“; Art 7 Abs 1: „im Namen und im Auftrag“.

¹³¹³ The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 09.10.2009 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/note_CDR_en.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011).

eindeutig überwiegt¹³¹⁴, gleichzeitig könnte der Vorschlag noch dahingehend verändert werden, dass die Befugnis nationaler Gerichte, dieses Überwiegen der privaten Nutzung im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Definition des Verbrauchers in Art 2 Abs 1 Richtlinienvorschlag zu beurteilen, explizit im Richtlinientext erwähnt wird¹³¹⁵. Da diesem Memorandum keine rechtlich relevante Wirkung zukommt, muss von einer Interpretationsempfehlung ausgegangen werden, die eine potentielle Änderung der tatsächlich zu erlassenden Richtlinie über die Rechte der Verbraucher suggeriert.

3. Der Vollharmonisierungsansatz des Vorschlags für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher

a) Die Begründung der Kommission zum Vollharmonisierungsansatz

Die Begründung zum Richtlinienvorschlag macht das sekundärrechtliche Mindestharmonisierungskonzept der Vorgängerrichtlinien für die Rechtszersplitterung verantwortlich¹³¹⁶, was nun zu erheblichen Kosten für grenzüberschreitend tätige Unternehmer führen würde.¹³¹⁷ Dieser Kostenfaktor für international tätige Unternehmen scheint generell die Hauptmotivation für die Kommission gewesen zu sein, wie die mehrmalige Erwähnung dieses Problems in der Begründung verdeutlicht.¹³¹⁸

Verbraucher wiederum hätten gleich zwei Nachteile: Unternehmer würden, erstens, nicht mehr so oft grenzüberschreitend anbieten und so den Wettbewerb beleben; während, zweitens, Verbraucher aufgrund dieser Rechtszersplitterung grenzüberschreitenden Käufen skeptisch gegenüberstünden.¹³¹⁹ Die Rechtszersplitterung würde also unweigerlich zu einem Verlust des Vertrauens der Verbraucher in den Binnenmarkt führen.¹³²⁰

Das entscheidende Motiv für die unionsrechtliche Bevorzugung einer Vollharmonisierung scheint also eindeutig das primärrechtliche Binnenmarktziel zu sein, konkret das Unterbinden der aufgrund von Mindestharmonisierungsklauseln entstandenen mitgliedstaatlichen Rechtszersplitterungstendenzen im für die Gemeinschaft so bedeutungsvollen Bereich des Vertragsrechts, sowie die Stärkung des

¹³¹⁴ The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 2: „*Dual usage contracts (i.e. contracts concluded both for professional and private purposes) may come under the scope of the proposal, when the private purpose is clearly predominant.*”.

¹³¹⁵ Vgl ebd.

¹³¹⁶ Und beruft sich dabei unter anderem auf das Verbraucherrechtskompodium, vgl KOM(2008) 614 endg, 8.

¹³¹⁷ Vgl KOM(2008) 614 endg, 2 sowie ErwGr 6 f.

¹³¹⁸ Vgl KOM(2008) 614 endg, 3, 9 sowie ErwGr 7; vgl dazu *Hesselink*, ERPL 2010, 67 f.

¹³¹⁹ Vgl KOM(2008) 614 endg, 2 sowie ErwGr 5.

¹³²⁰ Vgl Vgl KOM(2008) 614 endg, ErwGr 7; vgl auch SEK(2008) 2545, Punkte 2 und 3 sowie das Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a directive on consumer rights – Impact Assessment Report, SEC(2008) 2544 final vom 08.10.2008, 2, 8.

Verbrauchervertrauens in den Binnenmarkt.¹³²¹ Im Wesentlichen wurde die Argumentation des verbraucherrechtlichen Grünbuchs 2007 (bzw in Grundzügen schon des Grünbuchs 2001) im Originalwortlaut wiederholt.

Die Verbraucher würden allerdings jedenfalls „in den Genuss eines hohen, einheitlichen Verbraucherschutzniveaus in der gesamten Gemeinschaft kommen“¹³²².

b) Kritik an der Begründung der Kommission

(1) Zweifel an der Kausalität der präsentierten Argumente

Zunächst muss die Höhe der behaupteten Transaktionskosten für Unternehmer generell in Frage gestellt werden, im Allgemeinen werden sich Unternehmer im täglichen Wettbewerb nämlich nicht primär Kosten für allfällig auftretende Vertragsstörungen überlegen.¹³²³

Tatsächlich muss sich die Kommission auch die Frage gefallen lassen, ob nicht ganz andere Gründe die Verbraucher von grenzüberschreitender Tätigkeit abhalten, wie etwa das Vertrauen zum ortsansässigen Händler, Erwerbsgewohnheiten oder ganz einfach Sprachbarrieren.¹³²⁴

Diesem Faktum war sich die Kommission durchaus bewusst, wie der *Impact Assessment Report* zeigt, der als Hauptgründe für das mangelnde Verbrauchervertrauen noch, erstens, praktische Gründe außerhalb des EU-Rechts (Sprachdefizite etc); zweitens, vom EU-Verbraucherrecht tangierte Gründe wie etwa Liefer- und Beschwerdeschwierigkeiten sowie; drittens, direkt mit dem sekundärrechtlichen Verbraucherschutz verbundene Probleme wie mangelnde Rechtskenntnisse und ähnliches nennt.¹³²⁵ Bereits im selben Dokument offeriert die Kommission sechs verschiedene Handlungsalternativen¹³²⁶, von denen drei dem Vollharmonisierungsansatz folgen, und „analysiert“ diese unter den vier Gesichtspunkten „Beitrag zum besseren Funktionieren des Binnenmarkts“, „Minimierung der Belastung für Unternehmen“, „Erhöhung des Verbrauchervertrauens“ und „Qualitätsverbesserung der Gesetzgebung“¹³²⁷. Ohne überhaupt die Sinnhaftigkeit dieser Testkriterien zu untermauern

¹³²¹ Vgl *Micklitz* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 53; *Schmidt-Kessel* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 28; *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 280.

¹³²² KOM(2008) 614 endg, ErwGr 8.

¹³²³ Vgl *Reich*, ZEuP 2010, 9 f.

¹³²⁴ Vgl *Artz*, GRP 2009, 172; *Paparseniou*, Der Verbrauchsgüterkauf unter bevorstehender Reform: Streitfragen im Hinblick auf den Richtlinienvorschlag über die Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 275 (277); *Micklitz/Reich*, CML Review 2009, 477 f; *Smits*, ERPL 2010, 8; *Stürner*, Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung, in *ders*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 3 (22); *Loos* in *Stürner*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 62 f. Ebenso MEP *McCarthy*, Arbeitsdokument über den Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, PE423.778v02-00, 3.

¹³²⁵ Vgl SEC(2008) 2544 final 12.

¹³²⁶ Vgl SEC(2008) 2544 final 17, 21 ff, 26 ff.

¹³²⁷ SEC(2008) 2544 final 26 ff.

präsentiert die Kommission schließlich Option 4, also mittlere gesetzgeberische Aktivität unter der Prämisse der Vollharmonisierung, als bestmögliche Variante, dies in Form einer Tabelle ohne Angabe wissenschaftlicher Hintergründe oder gar Beweise.¹³²⁸ Mit *Micklitz* kann gefolgert werden, dass die Kommission dem Ziel der Erreichung der Vollharmonisierung alles untergeordnet hat: Der Verbraucher sollte als Mittel zum Zweck der Verwirklichung des bestmöglichen, friktionsfrei funktionierenden Binnenmarkts dienen; der Verbraucher als „Kunde“ bzw. „Käufer“ agiert dabei für den „höheren“ Zweck des Wohlergehens von Markt und damit Gesellschaft.¹³²⁹

(2) Das „Verbrauchervertrauen“ als beliebtes Begründungsinstrument

Die Kommission äußert ebenfalls keine Hintergrundinformation zu ihrer offenkundigen Annahme, der Verbraucher hätte mehr Vertrauen in eine vollharmonisierte Rechtsordnung, als in die bereits Jahre oder Jahrzehnte etablierte mitgliedstaatliche Schutzsystematik, die, Mindestharmonisierung sei Dank, in vielen Fällen ein höheres Verbraucherschutzniveau als der Richtlinienvorschlag bietet.¹³³⁰

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, dass bislang vom Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich des Verbrauchervertragsrechts die Statuierung von Mindeststandards als optimales Vehikel zur Steigerung des Verbrauchervertrauens präsentiert wurde.¹³³¹ Erwägungsgrund 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie lautete etwa: *„Die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten, stärkt das Vertrauen der Verbraucher und gestattet es ihnen, die durch die Schaffung des Binnenmarkts gebotenen Vorzüge besser zu nutzen.“*

Es scheint auch überzeugender, sich auf das Verbrauchervertrauen für die Begründung der Schaffung von Mindeststandards zu berufen¹³³², da der Verbraucher in Kenntnis dieses europaweiten Mindeststandards ja nur „positiv“ überrascht werden kann. Wie *Wilhelmsson* nachweist, kann das Argument des „Verbrauchervertrauens“ schon nicht besonders gut zur Begründung

¹³²⁸ Vgl. *Micklitz* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 71 ff.

¹³²⁹ Vgl. *Micklitz* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 81; vgl. auch *Rutgers/Sefton-Green*, *ERPL* 2008, 432.

¹³³⁰ Vgl. *Paparseniou*, *GPR* 2009, 277; *Micklitz/Reich*, *CML Review* 2009, 477; *Howells/Schulze*, *Overview of the Proposed Consumer Rights Directive*, in: *ders/ ders*, *Modernising and Harmonising* 3 (8); aA *Hondius*, *ERPL* 2010, 110, mit der Argumentation dass Verbraucher nur von jenen Rechten profitieren, die sie auch genau kennen.

¹³³¹ Vgl. *Micklitz/ Reich*, *CML Review* 2009, 475; *Micklitz* in *Howells/Schulze*, *Modernising and Harmonising* 49; *Riesenhuber*, *System und Prinzipien* 217; *Reich*, *ZEuP* 2010, 15 ff; *Heiderhoff*, *Grundstrukturen* 36, 226 f, 265 ff. *Heiderhoff* hält generell die Formulierung der Erwägungsgründe der älteren Verbrauchervertragsrichtlinien für „konfus“, vgl. *Heiderhoff*, *Gemeinschaftsprivatrecht* 7.

¹³³² Vgl. *Howells*, *European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence*, in *Grundmann/Stuyck* (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002) 73 (78).

mindestharmonisierender Sekundärrechtsakte herangezogen werden - zur Rechtfertigung von Vollharmonisierungsakten ist es völlig wertlos.¹³³³

(3) Der Konnex zur gewählten Kompetenzgrundlage

Natürlich kann und muss, bei Heranziehen des Art 95 EG (Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage, argumentativ auf eine Erhöhung des Verbraucherschutzes verwiesen werden, da nur eine solche das Vertrauen des Verbrauchers hebt und somit eine verstärkte Nachfrage und damit rege Tätigkeit auf dem Binnenmarkt produziert¹³³⁴ - genau dies vermag jedoch der vorgeschlagene Vollharmonisierungsansatz nicht zu erreichen, da das Verbraucherschutzniveau in zahlreichen Mitgliedstaaten eben nicht gehoben wird, sondern gesenkt werden muss (vgl zum Problem des Schutzniveaus des Richtlinienvorschlags unten Seite 261).¹³³⁵

Resümierend kann also festgehalten werden, dass, wie auch schon 2009 in einem Arbeitspapier des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments¹³³⁶ festgehalten, die von der Kommission zum Richtlinienvorschlag dargebrachten Argumente den Vollharmonisierungsansatz nicht rechtfertigen.¹³³⁷

4. Die Kritik der Institutionen am Richtlinienvorschlag

Insbesondere der Ausschuss der Regionen kritisierte in seiner Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag das Prinzip der umfassenden Vollharmonisierung, da es einerseits den Erfordernissen des Subsidiaritätsprinzips nicht gerecht werden könne und andererseits seitens der Kommission kein Beweis erbracht worden wäre, dass die je nach Mitgliedstaat unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus tatsächlich den grenzüberschreitenden Handel behindern bzw das

¹³³³ Vgl *Wilhelmsson*, The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law, JCP 2005, 317 ff. Ähnlich *Loos* in *Stürmer*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 60: Empirische Beweise, dass das Verbrauchervertrauen durch den Vollharmonisierungsansatz gestärkt wird, fehlen völlig.

¹³³⁴ Vgl *Lurger* in *Streinz*, EUV/EGV Art 153 EGV Rz 33.

¹³³⁵ Zweifelnd an Art 114 AEUV als korrekter Rechtsgrundlage insbesondere *Loos* in *Stürmer*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 63 ff. Vgl auch die Aussage von Generalanwältin *Trstenjak* in den Schlussanträgen vom 15. November 2007, Rs C-404/06, Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Slg 2008, I-2685 Rn 53: „Ferner geht aus den Erwägungsgründen 2, 4 und 5 der Richtlinie 1999/44 klar hervor, dass das Bemühen um ein hohes Verbraucherschutzniveau letztlich auf ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts abzielt [...], das den Verbrauchern den freien Erwerb von Verbrauchsgütern in anderen Mitgliedstaaten gestattet [...]. Ein höheres Verbraucherschutzniveau kann demnach den sogenannten freien passiven Waren- und Dienstleistungsverkehr fördern, in dessen Rahmen der Verbraucher Waren und Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten kauft bzw empfängt [...]“.

¹³³⁶ Vgl MEP *Wallis*, Working Document on Consumer Rights (15.04.2009), PE423.804v01-00, 4.

¹³³⁷ Vgl *Smits*, ERPL 2010, 11; vgl auch die zusammenfassende Kritik am Vollharmonisierungsansatz des Richtlinienentwurfs bei *Stürmer* in *ders*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 4 ff.

Verbrauchervertrauen beeinträchtigen würden.¹³³⁸ Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss fand klare Worte der Ablehnung, vollharmonisierende Maßnahmen im Verbraucherschutzrecht würden nicht nur Probleme mit dem Prinzip der Subsidiarität und der geteilten Zuständigkeit¹³³⁹ erzeugen, sondern auch als „eine für die erworbenen Verbraucherrechte verheerende Regelungsoption“¹³⁴⁰ eindeutig gegen Art 153 EG (Art 169 AEUV) verstoßen. Der WSA betonte insbesondere die im Vorschlag fehlende Aussage der Kommission zur Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Ausdehnung des Verbraucherbegriffs, beispielsweise auf „Dual-Use“-Geschäfte oder auf juristische Personen, und anerkennt damit die unklare Rechtslage in Bezug auf diese Fragestellung.¹³⁴¹

Auch das EG-Verbraucherrechtskompendium empfiehlt bloß eine selektive Überführung in Richtung Vollharmonisierung in gewissen Teilbereichen des Verbrauchervertragsrechts.¹³⁴²

D. DIE RECHTSFOLGEN DER VOLLHARMONISIERUNG FÜR DEN PERSÖNLICHEN GELTUNGSBEREICH IM VERBRAUCHERVERTRAGSRECHT

1. Allgemeines

Die für die vorliegende Untersuchung bedeutende Fragestellung ist nun jene nach der Reichweite der unionsrechtlichen Vollharmonisierung: Würde der vorliegende Vorschlag in dieser Form als Richtlinie erlassen werden, wären dann Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen abschließend in jenem Sinne definiert, dass die Mitgliedstaaten innerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie (bzw des Richtlinienentwurfs) keine Erweiterungen des Verbrauchergeschäftstatbestands erlassen dürften? Sollte dies der Fall sein, müsste Österreich weitreichende Änderungen des konsumentenschutzrechtlichen Grundtatbestands einführen, da der österreichischen Verbraucherbegriff, wie oben dargelegt, viel weiter (etwa auch auf juristische Personen erstreckt) umschrieben ist als der sekundärrechtliche.

¹³³⁸ Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Rechte der Verbraucher“, ABI 2009 C 200, 76, Punkte 11-14; in dieser Hinsicht ebenso skeptisch *Rott/Terryn*, ZeuP 2009, 460 ff.

¹³³⁹ Vgl Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher KOM(2008) 614 endg., ABI 2009 C 317, 54, Punkt 4.4.4: an dieser Stelle verweist der WSA auf Art 169 AEUV.

¹³⁴⁰ Stellungnahme WSA, ABI 2009 C 317, 54, Punkt 4.3.1.1.

¹³⁴¹ Vgl Stellungnahme WSA, ABI 2009 C 317, 54, Punkt 5.4.1; auch für *Wilhelmsson*, ZEuP 2008, 228, ist die Möglichkeit der Erstreckung des Geltungsbereichs bzw der tatsächliche Nutzen der Vollharmonisierung bei Bejahung dieser Frage nebulös.

¹³⁴² Vgl *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 855 f.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zwischen zwei Feldern zwingend zu unterscheiden: Jenem des harmonisierten Bereichs und jenem des Harmonisierungsgrades.

2. Der „harmonisierte Bereich“ und der „Harmonisierungsgrad“ eines Sekundärrechtsakts

a) Der harmonisierte Bereich

Mittels Richtlinienauslegung ist zunächst zu ermitteln, welche Rechtsfragen die in Frage stehende Sekundärrechtsnorm überhaupt regeln will, dabei ist zwischen einem sachlich harmonisiertem Bereich, also der Gesamtheit jener Situationen, die von mindestens einer positiven oder negativen Regelungsaussage betroffen sind, also etwa die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Haustürgeschäfts-Richtlinie auf „*Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher*“ (Art 1 Abs 1), dies noch dazu nur in bestimmten Situationen außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmers, geschlossen werden, und einem inhaltlich harmonisiertem Bereich, also der Gesamtheit all jener Rechtsfragen, die von dieser Richtlinie behandelt werden, zu differenzieren (dazu zählt etwa die Regelung von vorvertraglichen Informationspflichten, Rücktrittsrechten und ähnlichem).¹³⁴³ Die Feststellung dieses Geltungsbereichs eines Rechtsakts sowie die Frage nach dem abschließenden Charakter seiner Regelungen können im Einzelfall durchaus schwierig und problembehaftet sein.¹³⁴⁴

Zum sachlich harmonisiertem Bereich in eben dargestelltem Sinn ist jedenfalls auch der persönliche Geltungsbereich zu zählen.¹³⁴⁵

b) Der Harmonisierungsgrad

Der Harmonisierungsgrad betrifft hingegen die Intensität der Rechtsangleichungsmaßnahme, hier ist zwischen Mindestharmonisierung, also dem von den vier im Richtlinienvorschlag zusammengefassten Richtlinien verfolgten Konzept, und Vollharmonisierung zu differenzieren; letztere ermöglicht im konkreten Kontext den Mitgliedstaaten nicht mehr, für den Verbraucher positivere Bestimmungen

¹³⁴³ Vgl. Wendehorst in *Jud/dies*, Neuordnung 162 ff; ebenso, allerdings mit divergierender Terminologie Wagner, Mindestharmonisierung 41 ff (auch mit dem Hinweis auf die Vereinfachung für Mitgliedstaaten bei mindestharmonisierenden Rechtsakten, den tatsächlichen Regelungsbereich nicht feststellen zu müssen, vgl. Wagner, Mindestharmonisierung 225); Hesselink, ERPL 2010, 79 f; Streinz in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 18; Gsell/Schellhase, JZ 2009, 22 ff.

¹³⁴⁴ *Riehm/Schreindorfer*, GPR 2008, 246; vgl. auch EuGH, verb. Rs C-261/07 und C-299/07, *VTB-VAB NV/Total Belgium NV* und *Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*, Slg 2009, I-2949, wbl 2009, 341 (krit. *Schuhmacher*); ebenfalls kritisch hierzu *Wiltshchek*, Der EuGH als Gesetzgeber?, ÖBl 2008, 313.

¹³⁴⁵ Vgl. Wendehorst in *Jud/dies*, Neuordnung 162.

innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie in die Rechtsordnung zu integrieren.¹³⁴⁶ Beim Vollharmonisierungsansatz steht die Regelungsintensität von vornherein fest¹³⁴⁷, nicht jedoch der Gegenstandsbereich und der Regelungsinhalt.¹³⁴⁸

3. Individuelle Umsetzungsoptionen der Mitgliedstaaten

a) Das Grundprinzip

In einem weiteren Schritt sind nun die Gestaltungsmöglichkeiten des Mitgliedstaats bei Umsetzung der Richtlinien abzuklären. *Wendehorst* trennt zutreffend die Modifizierung, die Erstreckung und die Ergänzung voneinander. Während erstere den Erlass legislativer Maßnahmen innerhalb des sachlich und inhaltlich harmonisierten Bereichs betrifft¹³⁴⁹ und letztere selbiges zumindest teilweise innerhalb des sachlich, aber außerhalb des inhaltlich harmonisierten Bereichs¹³⁵⁰, befasst sich die Erstreckung mit der Applikation inhaltlich harmonisierter Bestimmungen außerhalb des sachlich harmonisierten Feldes und trifft damit das Kernproblem der hier zu untersuchenden Frage.¹³⁵¹

b) Anwendung auf den persönlichen Geltungsbereich des Verbrauchervertragsrechts

(1) Die Irrelevanz der Vollharmonisierung für die Erstreckung des persönlichen Geltungsbereichs

Wenn und soweit der österreichische Gesetzgeber vom Richtlinienvorschlag harmonisierte Regelungen auf alle Verbraucher im Sinne des KSchG, also auch auf jene, die nicht sekundärrechtlich erfasst werden (Unternehmensgründer; allfällig juristische Personen etc) für anwendbar erklären würde bzw nach Erlass dieser Richtlinie die bislang im Rahmen „überschießender“ Richtlinienumsetzung erlassenen Verbraucherschutzbestimmungen für diese Gruppen aufrechterhalten würde, so wäre dieses Vorgehen ist jedenfalls auch im Konzept der Vollharmonisierung erlaubt, sofern nicht eine andere Richtlinie den außerhalb der in Frage stehenden Sekundärrechtsnorm liegenden sachlich harmonisierten Bereich entgegenstehend und vollharmonisierend bzw auf höherem Niveau mindestharmonisierend regelt - außerhalb des harmonisierten Bereichs harmonisiert die

¹³⁴⁶ Vgl *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 165 ff.

¹³⁴⁷ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 45 ff.

¹³⁴⁸ So *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 26: Der Vollharmonisierungsansatz „dekretiert einseitig ein fixes Maß an Regelungsintensität, während Gegenstandsbereich und geregelte Fragen, die doch nicht minder bedeutsam sind für die Harmonisierungswirkung, dem politischen Kräftespiel überlassen werden.“

¹³⁴⁹ Im Einzelnen *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 168 ff.

¹³⁵⁰ Im Einzelnen *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 173 ff.

¹³⁵¹ Vgl *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 170.

Richtlinie nämlich gar nicht.¹³⁵² Das Konzept der Vollharmonisierung ist nur auf den tatsächlich harmonisierten Bereich anwendbar, der eben auf die in der jeweiligen sekundärrechtlichen Verbraucherdefinition genannten Personen beschränkt ist - Bestimmungen die außerhalb dieses Bereiches liegen bleiben davon unberührt und die nationale Regelungskompetenz bleibt insoweit aufrecht.¹³⁵³

(2) Die Ableitung aus den Erwägungen des Gemeinschaftsgesetzgebers

Eindeutig ist dieses Ergebnis freilich nicht: Betrachtet man Erwägungsgrund 29 der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie¹³⁵⁴, so könnte man auch annehmen, der Gemeinschaftsgesetzgeber hätte den persönlichen Geltungsbereich abschließend geregelt und die Erstreckung durch mitgliedstaatliche Rechtsordnungen sei nicht möglich.¹³⁵⁵ Tatsächlich ist jedoch, vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese oder eine inhaltlich gleichwertig formulierte Klausel in keine der später erlassenen vollharmonisierenden verbrauchervertragsbezogenen Sekundärrechtsakte Eingang fand, *Schinkels* in seiner Analyse, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber einen so weitreichenden Eingriff in die Autonomie der Mitgliedstaaten gar nicht gewollt haben wird und wohl unbeabsichtigt und noch unvertraut mit dem Konzept der Vollharmonisierung im Verbraucherschutzrecht diesen Erwägungsgrund verfasst hat, wohl Recht zu geben.¹³⁵⁶ Der Aussage des Erwägungsgrundes 29 kommt, teleologisch analysiert, bloß deklarative Wirkung zu, die erste vollharmonisierende Verbraucherrechtsrichtlinie sollte die Möglichkeit zur Erstreckung durch die Mitgliedstaaten auch pro futuro feststellen.

¹³⁵² Vgl *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 170 ff; ebenso im Ergebnis *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 22; *Artz*, GPR 2009, 173 f; *Riehm/Schreindorfer*, GPR 2008, 245 f; *Rott/Terryn*, ZeuP 2009, 466; *Loos*, Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, ERPL 2010, 15 (18 f); *Habersack/Mayer*, Die Problematik der überschießenden Umsetzung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 334 (345); *Hesselink*, ERPL 2010, 73 f, 88, 90; *Bundesministerium der Justiz* (Berlin), Stellungnahme zu dem Grünbuch der Europäischen Kommission (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_bundesministerium.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011) 12; ähnlich *Wagner*, Mindestharmonisierung 44.

¹³⁵³ Vgl *Bülow*, Der Verbraucherbegriff des BGB – Missverständnisse zur Vollharmonisierung – Erwiderung auf Jochen Hoffmann, WM 2006, 1513 f.

¹³⁵⁴ „Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften den Schutz dieser Richtlinie auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden.“

¹³⁵⁵ So *Hoffmann*, Der Verbraucherbegriff des BGB nach Umsetzung der Finanz-Fernabsatzrichtlinie, WM 2006, 560 (562), der den Verbraucherbegriff der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie zum harmonisierten Bereich der Richtlinie zählt, der nach Erwägungsgrund 13 von den Mitgliedstaaten, außer bei spezifischer Anordnung durch die Richtlinie selbst (wie im konkreten Fall abschließend durch Erwägungsgrund 29), nicht abgeändert werden darf; offenbar selber Ansicht *Zahradnik*, Anwendungsbereich des Fern-Finanzdienstleistungsgesetzes, in *Fletzberger/Schopper*, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen 45 (49 f); zu Recht dagegen *Bülow*, WM 2006, 1513.

¹³⁵⁶ Vgl *Schinkels*, Zu den Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen auf nationale Umsetzungsspielräume, GPR 2005, 109 (110).

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Aussage des bereits erwähnten internen Memorandums der Kommission zur Erstreckung des Verbraucherbegriffs des Richtlinienvorschlags: Die Entscheidung, die Anwendung der schutzrechtlichen Bestimmungen des Richtlinienvorschlags auf Personengruppen, die nicht unter die Verbraucherdefinition des Art 2 Abs 1 des Vorschlags fallen (also etwa auf Kleinunternehmer oder NGOs) zu erstrecken, würde jedem Mitgliedsstaat überlassen werden – die Bezeichnung dieser Gruppen als „Verbraucher“ wäre jedoch nicht mit dem Richtlinienvorschlag vereinbar und dürfe daher nicht verwendet werden.¹³⁵⁷ Diese Ansicht findet freilich weder im Primär-, noch in einschlägigem Sekundärrecht ihre rechtliche Grundierung. Aus ihr kann lediglich ein Argument für die sehr wohl vorliegende Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Erstreckung des Verbraucherbegriffs durch die Mitgliedstaaten zuzulassen, gewonnen werden.

Für dieses Ergebnis sprechen auch die entsprechenden Erwägungsgründe der kürzlich erlassenen vollharmonisierenden Sekundärrechtsakte. So lauten Erwägungsgrund 9 und 10 der Verbraucherkredit-Richtlinie:

„(9) Diese Einschränkung sollte jedoch nur in den Fällen gelten, in denen Vorschriften durch diese Richtlinie harmonisiert werden. Soweit es keine solchen harmonisierten Vorschriften gibt, sollte es den Mitgliedstaaten freigestellt bleiben, innerstaatliche Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.

*(10) Mit den Begriffsbestimmungen dieser Richtlinie wird der Bereich der Harmonisierung festgelegt. **Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie sollte sich daher nur auf den durch diese Begriffsbestimmungen festgelegten Bereich erstrecken.** Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen.“*

Erwägungsgrund 4 der Timesharing-Richtlinie folgt diesem Beispiel:

„Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen. Die Mitgliedstaaten könnten daher nationale Bestimmungen entsprechend den Bestimmungen dieser Richtlinie oder einigen ihrer

¹³⁵⁷ The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 2: „Member States may decide to extend the application of the rules of the proposal to legal or natural persons which are not "consumer" in the meaning of Article 2(1). For example, Member States may decide that NGOs or small businessmen not acting as "consumers" can benefit from the consumer rights guaranteed in the proposal. However, these NGOs or businessmen should not be referred to as "consumers" as that would be incompatible with the definition in the proposal.“; ebenso Loos, ERPL 2010, 19.

*Bestimmungen für Geschäfte beibehalten oder einführen, die nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.*¹³⁵⁸

Der Gemeinschaftsgesetzgeber spricht sich also klar für die Limitiertheit des Harmonisierungseffekts auf den jeweiligen sachlich harmonisierten Bereich aus, außerhalb desselben soll die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz auch weiterhin unberührt bleiben.

Auch die bis dato mitgliedstaatlich erweiterten persönlichen Anwendungsbereiche mindestharmonisierender Richtlinien sind, insbesondere im Lichte dieser Aussagen des Gemeinschaftsgesetzgebers, nicht etwa als praktizierte Inanspruchnahme der darin enthaltenen Öffnungsklauseln zu verstehen¹³⁵⁹ sondern als Ausdruck der mitgliedstaatlichen Freiheit, jenseits des Gegenstandsbereichs der Richtlinie eigenständig zu agieren.¹³⁶⁰ Dieses Ergebnis indiziert bereits der Wortlaut der sekundärrechtlichen Mindestklauseln, die ja die Aufrechterhaltung bzw den Erlass primärrechtskonformer strengerer mitgliedstaatlicher Bestimmungen stets *innerhalb des von der Richtlinie geregelten Bereichs* zulassen (vgl dazu oben Seite 231).

(3) Die Ableitung aus den Erwägungen des EuGH

Unterstützt wird diese Ansicht durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Di Pinto*¹³⁶¹ (vgl dazu die Analyse dieser Entscheidung oben Seite 143). In Entscheidungsgrund 22 rekurriert der Gerichtshof auf die Mindestklausel in Art 8 Haustürgeschäfts-Richtlinie und hält fest: *„Mit dieser Bestimmung soll definiert werden, welche Gestaltungsfreiheit den Mitgliedstaaten auf dem von der Richtlinie erfassten Gebiet, nämlich beim Verbraucherschutz, bleibt. Sie kann daher nicht so ausgelegt werden, daß sie es den Mitgliedstaaten untersagt, Maßnahmen auf einem Gebiet wie dem des Schutzes der Gewerbetreibenden zu ergreifen, für das sie nicht gilt.“*

Zu beachten ist jedoch stets die Primärrechtskonformität und die Zwecksetzung des umzusetzenden Rechtsakts¹³⁶².

¹³⁵⁸ Sämtliche Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹³⁵⁹ So aber etwa noch *Jesser/Kiendl*, WoBl 1997, 13; *Stabentheiner*, JBl 1997, 70; *Jud*, ÖJZ 1997, 442; *Howells/Weatherill*, Consumer Protection Law (Second Edition) (2005) 365; *Micklitz* in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 303; *Reich* in *Micklitz/ders/Rott*, Understanding EU Consumer Law 47; *Study Group on a European Civil Code/Drobnig*, PEL Pers.Sec.115.

¹³⁶⁰ Vgl *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 22; *Beale/Schulte-Nölke*, Response 7; ähnlich *Taschner* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 170 f; *Bülow*, WM 2006, 1514.

¹³⁶¹ EuGH, Rs C-361/89, Slg 1991, I-1189.

¹³⁶² Vgl *Pechstein/Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 159 (190).

E. DIE WAHL DER RECHTSGRUNDLAGE IM VORSCHLAG FÜR EINE RICHTLINIE ÜBER RECHTE DER VERBRAUCHER

1. Art 95 EG (Art 114 AEUV) als Kompetenzgrundlage des Richtlinienvorschlags

a) Der Konnex zum Vollharmonisierungsansatz

Wie bereits erwähnt, stützt sich der Richtlinienvorschlag der Kommission auf Art 95 EG (Art 114 AEUV), sohin auf die binnenmarktfinale Rechtsangleichungsnorm des Primärrechts. Diese lässt die vollständige Harmonisierung im Verbrauchervertragsrecht zu, Art 95 Abs 4 und 5 EG (Art 114 Abs 4 und 5 AEUV) ermöglichen nämlich kein mitgliedstaatliches Abweichen aus Gründen des vertraglichen Verbraucherschutzes – wenn der Sekundärrechtsakt keine Mindestharmonisierungsklausel enthält, sind, im Gegensatz zur Regelung des Art 153 Abs 3 lit b EG (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen zu Gunsten von Verbrauchern nicht zulässig.¹³⁶³

Fest steht jedenfalls, dass der Vollharmonisierungsansatz der Flexibilität im Verbrauchervertragsrecht nicht zuträglich sein wird, da jede Änderung innerhalb des harmonisierten Bereichs vom Unionsgesetzgeber herbeigeführt werden müsste und die Mitgliedstaaten nicht mehr ihre eigenen „Versuche“ durchführen könnten, die nach dem trial-and-error-Prinzip bis jetzt auch zur Lösungsfindung auf europäische Ebene beigetragen haben.¹³⁶⁴

b) Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art 95 EG (Art 114 AEUV) im konkreten Fall

Erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art 95 EG (Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage ist das Vorliegen *tatsächlicher* Hemmnisse der Grundfreiheiten, oder alternativ *spürbare* Wettbewerbsverzerrungen. Wie oben festgehalten, erkennt die Kommission im Richtlinienvorschlag das tatsächliche Hemmnis in drei Punkten: erstens würden Unternehmern aufgrund der Rechtszersplitterung unzumutbare Kosten entstehen; zweitens würden Unternehmer dadurch, mit negativen Folgen für den Wettbewerb, nicht mehr so oft grenzüberschreitend tätig werden; drittens würde diese Rechtszersplitterung zu einem Verlust des Verbrauchervertrauens in den Binnenmarkt führen.

Selbst wenn man diese tatsächlichen Hemmnisse als gegeben hinnehmen wollte, was angesichts der

¹³⁶³ Vgl *Wagner*, Mindestharmonisierung 67; *Streinz* in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 22.

¹³⁶⁴ Vgl *Howells* in *Grundmann/Stuyck*, Academic Green Paper 75 f.

veröffentlichten Argumentationslinie der Kommission, wie oben dargelegt, mehr als fragwürdig ist, darf nicht auf die zweite Anwendungsvoraussetzung von Art 114 AEUV vergessen werden: Der Sekundärrechtsakt muss nämlich *tatsächlich* die Vermeidung dieser Grundfreiheitshemmnisse bzw der spürbaren Wettbewerbsverzerrung bewirken, der Binnenmarkt muss *objektiv* erkennbar verwirklicht werden, dies muss zudem *subjektiv* vom Unionsgesetzgeber gewollt sein (vgl dazu die Ausführungen oben Seite 49). Genau diese Voraussetzung wird im vorliegenden Richtlinienvorschlag nicht verwirklicht, wie sogleich nachgewiesen wird.

2. Rechtszersplitterung trotz Vollharmonisierung – Die argumentative Untauglichkeit der binnenmarktfinalen Kompetenzbegründung

a) Allgemeines

Wie oben dargestellt, geht die Argumentation der Kommission zur Begründung der Vollharmonisierung völlig ins Leere. Doch selbst wenn ein vollharmonisierender Ansatz im Verbrauchervertragsrecht legitimierbar wäre, könnte damit um keinen Deut besser die Binnenmarktfinalität des Richtlinienvorschlags über Rechte der Verbraucher begründet werden. Dies aus folgenden Überlegungen:

b) Die Gründe der fortbestehenden Rechtszersplitterung

(1) Die weiterhin mögliche Erstreckung des Verbraucherbegriffs durch die Mitgliedstaaten

Mitgliedstaaten können, sollte der Richtlinienvorschlag unverändert als Richtlinie erlassen werden, auch weiterhin den Verbraucherbegriff bzw die Verbrauchervertragsdefinition auf beliebige Personengruppen erstrecken. Die Zulässigkeit dieser Vorgangsweise liegt im Wesen der Rechts- und damit auch der Vollharmonisierung begründet. Dadurch würde dieselbe Person in einigen Mitgliedstaaten verbraucherrechtlich geschützt werden, während sie in anderen keinen Schutz genießt.¹³⁶⁵

(2) Unterschiedliche Schutzniveaus für Verbraucher im Sinne des Sekundärrechtsakts und Verbraucher durch mitgliedstaatliche Erstreckung

Einigkeit herrscht in der Literatur über die Notwendigkeit eines höheren Verbraucherschutzniveaus im

¹³⁶⁵ Vgl Loos, ERPL 2010, 18 f.

Falle des Festhaltens am vollharmonisierenden Charakters eines künftigen horizontalen Instruments¹³⁶⁶: Die oftmalige mitgliedstaatliche Inanspruchnahme sekundärrechtlicher Öffnungsklauseln mittels nach „oben“ abweichender verbraucherschutzrechtlicher Bestimmungen¹³⁶⁷ indiziert gleichsam die Nachfrage an den Unionsgesetzgeber, den Schutz des Verbrauchers zu verstärken.¹³⁶⁸ Gleichzeitig scheint die Wahrung eines hohen Verbraucherschutzniveaus gar nicht das Hauptaugenmerk des Richtlinienvorschlages zu sein, vielmehr sind die Faktoren „*Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen*“ sowie „*Wahrung des Subsidiaritätsprinzips*“ auf gleicher Prioritätsebene positioniert.¹³⁶⁹ Fest steht nämlich auch, dass bei den bisherigen Mindestregelungen die Verfahren meist darauf abzielten festzustellen, ob ein Mitgliedstaat das unionsrechtliche Mindestschutzniveau auch umgesetzt hat, während der Vollharmonisierungsansatz zu Verfahren führen wird, die sich hauptsächlich um die Frage der Zurückdrängung eines vermeintlich zu hohen mitgliedstaatlichen Niveaus drehen werden.¹³⁷⁰

¹³⁶⁶ Vgl. *Effer-Uhe/Watson*, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7 (15); *Zypries*, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte, ZEuP 2009, 225 (227 f); *Tamm*, EuZW 2007, 759 f; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 282; ähnlich *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 286; vgl. auch das diesbezügliche Versprechen der Kommission in der Verbraucherpolitischen Strategie der EU (2007-2013), KOM(2007) 99 endg, Punkt 4: „*Harmonisierung ist nicht möglich ohne die Bereitschaft der Mitgliedstaaten, bestimmte Verfahren und Vorschriften anzupassen. Gleichzeitig strebt die Kommission nicht nach einer Nivellierung nach unten. Ihr Ziel wird stets ein hohes Schutzniveau sein.*“; auch das Europäische Parlament „*erinnert daran, dass die Angleichung nicht zu einem Rückgang des Verbraucherschutzes führen dürfen, den einige nationale Rechtssysteme bislang erreicht haben, sondern zu einem in allen Mitgliedstaaten vergleichbaren Verbraucherschutzniveau*“, vgl. den Bericht des Europäischen Parlaments über das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz (2007/2010(INI)), A6-0281/2007, Punkt 9 und Begründung Punkt II.3; wiederholt die Stellungnahmen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses: Zunächst zu der „*Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen — Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006*“, AB1 2003 C 95, 1, Punkt 1.2.2; weiters zu dem „*Rechtsrahmen für die Verbraucherpolitik*“, AB1 2006 C 185, 71, Punkt 5.2: „*Es muss zudem sichergestellt werden, dass das gewählte Schutzniveau auch wirklich ein hohes Schutzniveau ist, da ansonsten die Gefahr besteht, dass sich die maximale oder Vollharmonisierung zu Lasten der Verbraucherinteressen entwickelt.*“; auch zu dem „*Grünbuch: Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz*“, AB1 2007 C 256, 5, Punkt 1.7 und 5.3.1; weiters zur Verbraucherpolitischen Strategie der EU (2007-2013), KOM(2007) 99 endg, AB1 2008 C 162, 20, Punkt 3.7: „*Ist die vollständige Harmonisierung der Verbraucherschutzvorschriften in erster Linie auf die Verwirklichung des Binnenmarkts ausgerichtet, so wird sie vom Ausschuss unter bestimmten Bedingungen und zu sehr konkreten Zwecken befürwortet. Eine solche Harmonisierung darf jedoch nicht zu Lasten bereits bestehender Rechte gehen [...]*“; ähnlich schließlich unter Betonung der notwendigen Aufrechterhaltung des primärrechtlich garantierten hohen Verbraucherschutzniveaus die Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag KOM(2008) 614 endg, AB1 2009 C 317, 54, Punkt 4.4.7; vgl. weiters die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „*Rechte der Verbraucher*“, AB1 2009 C 200, 76, Punkt 8: „*[Der Ausschuss der Regionen] wendet sich gegen das Prinzip der umfassenden Vollharmonisierung, da es das Risiko birgt, dass Mitgliedstaaten zu Gunsten der Vereinheitlichung auf besondere Verbraucherschutzregelungen verzichten müssen, obwohl sich diese Vorschriften dort bewährt haben*“; vgl. auch *Tonner*, Für einen starken Verbraucherschutz 8; *Bundesministerium der Justiz* (Berlin), Stellungnahme zu dem Grünbuch der Europäischen Kommission 8; *Kleinschmidt*, Der Gemeinsame Referenzrahmen in der Diskussion: Bericht zu den Diskussionen auf dem ZEuP-Symposium in Graz, ZEuP 2007, 294 (299). *Hesselink*, ERPL 2010, 68 f, ortet sogar eine potentielle Vertragsverletzung durch die Nichtbeachtung des in den Art 95 Abs 3 bzw 153 Abs 3 EG geforderten hohen Verbraucherschutzniveaus;; ebenso *Loos*, ERPL 2010, 52, der in Art 95 Abs 3 EG die Verpflichtung erkennt, das sekundärrechtliche Verbraucherschutzniveau nicht unter jenes der Mehrheit der Mitgliedstaaten fallen zu lassen.

¹³⁶⁷ Vgl. dazu im Detail *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium.

¹³⁶⁸ Vgl. *Oehler*, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus deutscher Sicht, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 15 (20).

¹³⁶⁹ Vgl. KOM(2008) 614 endg, ErwGr 4.

¹³⁷⁰ Vgl. *Reich*, ZEuP 2010, 26.

Stabentheiner plädiert daher unter Berufung auf ein Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland für ein System „*differenzierter Vollharmonisierung*“, das sowohl vollharmonisierte Regelungsbereiche (etwa bei zahlreichen Begriffsbestimmungen), als auch weiterhin den Mitgliedstaaten überlassene Teile (zumindest im Sinne einer erlaubten Vertiefung des Schutzniveaus, geregelt mittels aus den mindestharmonisierenden Richtlinien bekannten Öffnungsklauseln) einer sekundärrechtlichen Norm kennt.¹³⁷¹

Eine *Briefing Note* der DG IPOL des Europäischen Parlaments zweifelt sogar an der Primärrechtskonformität des Richtlinienvorschlags der Kommission, da das Erfordernis des hohen Verbraucherschutzniveaus in Art 95 Abs 3 EG (Art 114 Abs 3 AEUV) bzw Art 153 Abs 3 lit a EG (Art 169 Abs 2 lit a AEUV) nicht erfüllt werde, wodurch Mitgliedstaaten in ihrer Umsetzungsgesetzgebung nicht an diese Schutzniveauabsenkung gebunden wären und durchaus auch ein höheres Verbraucherschutzlevel innerhalb des harmonisierten Bereichs ansetzen könnten.¹³⁷²

(3) Das Kollisionsrecht im Verbrauchervertragsrecht

(a) Die maßgeblichen Rechtsquellen

Die auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern anwendbaren kollisionsrechtlichen Bestimmungen finden sich an diversen Stellen der Rechtsordnung, wie etwa im KSchG, dem TNG, dem IPRG, der Rom-I-VO oder den verbraucherrechtlichen EG-Richtlinien selbst. Zunächst soll daher an dieser Stelle ein kurzer Abriss über die Struktur des Kollisionsrechts in Österreich stehen:

Art 23 Rom-I-VO bestimmt, ebenso wie Art 20 des Vorgängers EVÜ, den Vorrang besonderer unionsrechtlicher Kollisionsnormen in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse, dazu zählen sowohl

¹³⁷¹ Daher fand diese Forderung auch Eingang in Rz 6 des von den Referenten der Tagung vom 22.01.2009 zum Thema „Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?“ entworfenen Positionspapiers zum Richtlinienvorschlag, abgedruckt bei *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 189 ff; ähnlich argumentierten auch *Stabentheiner* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 12; *Oehler* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 19; *Jud*, Verbrauchsgüterkauf, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 119 und *Wendehorst* in *Jud/dies*, Neuordnung 167 f; ebenso im Übrigen die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Rechte der Verbraucher“, ABl 2009 C 200, 76, Punkt 28; *Ebers/Schulte-Nölke/Twigg-Flesner*, EG-Verbraucherrechtskompendium 855 f; *Micklitz/Reich*, CML Review 2009, 516 ff; *Berger*, Zur europäischen Entwicklung im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEuP 2009, 451 (454 f); *Howells/Schulze* in *ders/ders*, Modernising and Harmonising 6 ff; *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 45 f; vgl auch *Zypries*, ZEuP 2009, 228; *Kleinschmidt*, ZEuP 2007, 298; ähnlich zur Harmonisierung der Klauseln der Berichterstatter des zuständigen Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments, Dr. Andreas Schwab, vgl *Schwab/Verlage*, Die EU-Verbraucherrechts-Richtlinie: Motor oder Bremse für grenzüberschreitende Einkäufe?, EuZW 2009, 873; unter dem Titel „*Halbharmonisierung*“ auch *Reich*, ZEuP 2010, 38.

¹³⁷² Vgl *European Parliament* (Directorate General Internal Policies of the Union – Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs), The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart? (2009), PE 410.674, 12.

sekundärrechtliche Bestimmungen als auch deren entsprechende Umsetzungsnormen in mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.¹³⁷³

§ 13a KSchG bleibt also etwa durch die Bestimmungen der Rom-I-VO unberührt, er wurde in Umsetzung des Art 6 Abs 2 Klausel-Richtlinie¹³⁷⁴ 1998 in Österreich eingeführt¹³⁷⁵. Sein normativer Gehalt beschränkt sich jedoch auf den Schutz des Verbrauchers bei bestimmten Aspekten nach Rechtswahl der Rechtsordnung eines Staates, der nicht Vertragsstaat des EWR-Abkommens ist (§ 13a Abs 1 KSchG); bzw auf die Erklärung der Anwendbarkeit der §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB, sofern ein Vertrag „*im Zusammenhang mit einer in Österreich entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustande gekommen ist*“ (§ 13a Abs 2 KSchG).¹³⁷⁶

Ähnliches gilt für § 11 TNG: Abs 1 ist ohnedies nur anwendbar, wenn nicht auf Grund der Rechtswahl der Parteien oder sonstiger Regeln des internationalen Privatrechts das Recht eines Vertragsstaats des EWR-Abkommens anzuwenden ist (und sieht die Anwendung des Rechts des Staates vor, in dem der Erwerber seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw, sollte dies nicht in einem EWR-Staat sein, zum Recht jenes Staates, in dem das Nutzungsobjekt gelegen ist, falls, erstens, eines der Nutzungsobjekte in einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens gelegen ist sowie, zweitens, der Vertrag im Zusammenhang mit einer in dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Erwerbers entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Veräußerers, des Dritten oder der von diesen hierfür verwendeten Personen zustande gekommen ist); Abs 2 statuiert unter der Voraussetzung, dass der Vertrag im Zusammenhang mit einer im Inland (also in Österreich) entfalteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Veräußerers, des Dritten oder der von diesen hierfür verwendeten Personen zustande gekommen ist §§ 6, 7 Abs 2, 8 und 9 TNG als Eingriffsnormen.¹³⁷⁷ Diese Bestimmung rekurriert wie § 13a Abs 2 KSchG als besondere Verweisungsnorm in beiden Absätzen auf einen „*Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schließung solcher*

¹³⁷³ Zur Untauglichkeit von Richtlinienrecht als Instrument der Schaffung europäischen Kollisionsrecht vgl *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien in: *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 353 (379 f).

¹³⁷⁴ „*Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlands als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist.*“, vgl auch Art 12 Abs 2 Fernabsatz-Richtlinie: „*Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlands als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aufweist.*“; gleichlautend Art 12 Abs 2 Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie sowie Art 7 Abs 2 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

¹³⁷⁵ BGBl I 1998/119; vgl auch EB RV 1231 BlgNR 20. GP 6 f.

¹³⁷⁶ Zu den Lücken von § 13a KSchG vgl *Augenhöfer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 326 ff.

¹³⁷⁷ Zu den zahlreichen Problemen mit der Formulierung von § 11 TNG vgl *Augenhöfer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 323 ff; vgl auch *Haybäck*, Timesharing: Probleme des neuen Teilzeitnutzungsrechts, wbl 1997, 221 (230); *Fellner*, Time-sharing in Österreich – Zur Kodifikation des Time-sharings im Teilzeitnutzungsgesetz – TNG, BGBl I 1997/32, NZ 1997, 276 (283).

Verträge gerichteten Tätigkeit des Veräußerers, des Dritten oder der von diesen hierfür verwendeten Personen“ und setzt Art 9 der Timesharing-Richtlinie 1994¹³⁷⁸ um.

Beide Vorschriften setzen allerdings nicht nur Richtlinienvorschriften um, sondern erhöhen den Verbraucherschutz¹³⁷⁹ und sind daher möglicherweise revisionsbedürftig.¹³⁸⁰

Das DaKRÄG 2010 sieht im Übrigen eine Ergänzung des § 13a Abs 1 KSchG um den Schutz des Verbrauchers bei Verbraucherkreditverträgen vor¹³⁸¹ und setzt damit Art 22 Abs 4 der Verbraucherkredit-Richtlinie¹³⁸² um.

Abgesehen von den genannten enthalten auch andere Verbraucherrechtsrichtlinien kollisionsrechtliche Bestimmungen, die gem Art 23 Rom-I-VO unberührt bleiben.¹³⁸³

Erwägungsgrund 10 des Richtlinienvorschlags über die Rechte der Verbraucher stellt explizit klar, dass die Regelungen der Rom-I-VO unberührt bleiben sollen, und ErwGr 59¹³⁸⁴ enthält eine den übrigen verbraucherrechtlichen Sekundärrechtsakten ähnliche Schutzklausel.

¹³⁷⁸ „Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, damit dem Erwerber unabhängig von dem jeweils anwendbaren Recht der durch diese Richtlinie gewährte Schutz nicht vorenthalten wird, wenn die Immobilie in dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats belegen ist.“, vgl zu der missglückten Formulierung dieser Bestimmung Leible in Schulte-Nölke/Schulze, Rechtsangleichung 361.

¹³⁷⁹ So zu § 11 Abs 2 TNG auch explizit die RV zu dieser Bestimmung, vgl EB RV 574 BlgNR 20. GP 32.

¹³⁸⁰ Vgl Heiss, Rom I und Rom II: Vorschlag für ein österreichisches Anpassungsgesetz unter Berücksichtigung der neuen Richtlinien 2008/48/EG und 2008/122/EG, ZfRV 2009, 18 (21).

¹³⁸¹ Vgl Art 3 DaKRÄG.

¹³⁸² „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Verbrauchern der durch diese Richtlinie gewährte Schutz nicht dadurch entzogen wird, dass das Recht eines Drittstaats als das auf den Kreditvertrag anzuwendende Recht gewählt wird, wenn dieser Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aufweist.“.

¹³⁸³ Vgl etwa Timesharing-Richtlinie, Art 12 Abs 2: „Ist das Recht eines Drittlands anzuwenden, so darf Verbrauchern der Schutz, der durch diese Richtlinie in der von dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts umgesetzten Form gewährt wird, nicht vorenthalten werden, wenn

- eine der betroffenen Immobilien im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats belegen ist oder
- im Falle eines Vertrags, der sich nicht unmittelbar auf eine Immobilie bezieht, der Gewerbetreibende eine gewerbliche

oder berufliche Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausübt oder diese Tätigkeit auf irgendeine Weise auf einen Mitgliedstaat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.“; vgl auch ErwGr 17.

¹³⁸⁴ „Den Verbrauchern sollte der mit dieser Richtlinie gewährte Schutz nicht entzogen werden können. Ist auf den Vertrag das Recht eines Drittstaats anwendbar, so sollte sich die Beurteilung der Frage, ob der Verbraucher weiterhin von dieser Richtlinie geschützt wird, nach der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) richten.“.

(b) Die Rom-I-VO

(i) Allgemeines

Die Bestimmungen der Rom-I-VO gelten grundsätzlich für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art 1 Abs 1), die Ausnahmen dazu werden in Art 1 Abs 2 offengelegt. Im Gegensatz zum EVÜ exkludiert die Rom-I-VO sämtliche vorvertraglichen Schuldverhältnisse aus ihrem Anwendungsbereich.¹³⁸⁵ Sachlich gilt das gemäß Rom-I-VO bestimmte Recht dann insbesondere für das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrags und seiner Bestimmungen (vgl Art 10 Rom-I-VO) sowie für die Auslegung, das Nichterfüllungsrecht, die Verpflichtungserlöschung, Verjährungsregeln und die Nichtigkeit (vgl Art 12 Rom-I-VO).

Das österreichische IPRG wurde 2009 an das Inkrafttreten der Rom-I-VO¹³⁸⁶, die für alle nach dem 17.12.2009 geschlossenen Verträge gilt (vgl Art 28 Rom-I-VO), angepasst¹³⁸⁷, die Rom-I-VO ist in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse das in Österreich maßgebliche Kollisionsrecht (vgl § 35 IPRG).

(ii) Verbraucherverträge

Das Prüfschema für Verbraucherverträge sieht wie folgt aus:

- 1) Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt ein Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer vorliegt. Dieser wird in Art 6 Abs 1 als ein Vertrag definiert, den „eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (,Verbraucher‘), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (,Unternehmer‘)“. Die Verbraucher- und Unternehmerdeskription entspricht also weiterhin inhaltlich exakt den Kriterien der Sekundärrechtsnormen bzw der, nur den Verbraucher skizzierenden, Vorgängerregelung in

¹³⁸⁵ Vgl Berger, Die Rom-I-Verordnung – was im Vergleich zum EVÜ anders wird, AnwBl 2009, 113 (113).

¹³⁸⁶ Vgl zur Geschichte der VO sowie insbesondere zum Vorschlag statt vieler Heiss, ZfRV 2009, 18 ff; Lando/Nielsen, The Rome I Regulation, CML Review 2008, 1687 ff; Reich, Cross-border consumer protection, in Micklitz/ders/Rott, Understanding EU Consumer Law 263 (279 ff); Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht - Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der Europäischen Integration", Bonn, den 08.12.2008, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht - Vorträge und Berichte - Nr. 173 (herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums) (abrufbar unter <http://www.zew.uni-bonn.de/pdf/Heft%20173%20Leible.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011), 1 ff.

¹³⁸⁷ Vgl BGBl I 2009/109; vgl dazu Ercher/Rath, Regierungsvorlage betreffend die Umsetzung der Rom-I-Verordnung im IPRG (322 BlgNR 24. GP), ASoK 2009, 394.

Art 5 EVÜ.¹³⁸⁸ Sachlich wurde die Anknüpfung für Verbraucherverträge jedoch augenscheinlich auf alle Verträge ausgedehnt und stellt damit Fragen zur Anwendbarkeit bei Verträgen über immaterielle Rechtsgüter (Daten etc) hintan.¹³⁸⁹

- 2) Anschließend ist die Frage zu beantworten, ob der Unternehmer, erstens, seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder zumindest eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet sowie, zweitens, ob der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.¹³⁹⁰ Nur wenn beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen, kann von einem Verbrauchervertrag im Sinne der Rom-I-VO gesprochen werden. Die zweite Voraussetzung verlangt einen konkreten Kausalzusammenhang zwischen der Ausübung bzw Ausrichtung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit und dem Vertrag¹³⁹¹, es soll offenbar aktive Verbrauchern, die eigeninitiativ grenzüberschreitende Verträge abschließen, des via Art 6 Rom-I-VO vermittelten Schutzes entkleiden¹³⁹².
- 3) Danach ist entscheidend, ob die beiden Vertragsparteien das anzuwendende Recht frei gewählt haben: die freie Rechtswahl, die in Art 3 der VO generell für maßgeblich erklärt wird, überlagert auch bei Verbraucherverträgen die sonstigen Bestimmungen. Allerdings darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf (Art 6 Abs 2). Der „Günstigkeitsvergleich“ bezieht sich dabei auf das jeweilig in Frage stehende Rechtsproblem, es gilt, mangels umfassenden Gesamtvergleichs, das so genannte „Rosinen-Picker-Prinzip“.¹³⁹³ Der Günstigkeitsvergleich nach dieser Art war im Kommissionsvorschlag noch gar nicht vorgesehen, dieser zielte noch auf das „Verbraucherlandprinzip“, wonach die Rechtsvorschriften des Verbrauchers unbeschränkt anwendbar sein sollten, ab.¹³⁹⁴ Sollte das Recht dritter Staaten weitergehenden Verbraucherschutz bieten, so soll dessen Anwendung nicht ausgeschlossen sein.¹³⁹⁵

¹³⁸⁸ Mankowski, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133, bezeichnet die Rom-I-VO generell und angesichts des weitergehenden Verordnungsvorschlags (Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I), KOM(2005) 650 endg vom 15.12.2005) eher als Evolution denn als Revolution.

¹³⁸⁹ Vgl Mankowski, IHR 2008, 136, 141.

¹³⁹⁰ Art 6 Abs 1 Rom-I-VO; diese Bestimmung wurde Art 15 Abs 1 lit c Brüssel-I-VO nachempfunden, vgl Lando/Nielsen, CML Review 2008, 1709; Augenhof/Lurger, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 320.

¹³⁹¹ Vgl Mankowski, IHR 2008, 142; Leible, Rom I und Rom II, 45 ff.

¹³⁹² Vgl Rudolf, Rom-I-Verordnung ab 17.12.2009 maßgebend, eolex 2009, 1116 (1117).

¹³⁹³ So noch zu Art 5 EVÜ statt vieler Leible in Schulte-Nölke/Schulze, Rechtsangleichung 359 f; vgl auch Augenhof/Lurger, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 316.

¹³⁹⁴ Vgl Reich, ZEuP 2010, 18 f.

¹³⁹⁵ Vgl Leible in Schulte-Nölke/Schulze, Rechtsangleichung 364.

- 4) Sollte zwischen Verbraucher und Unternehmer keine Rechtswahl getroffen worden sein, so sind noch die fünf Ausnahmen des Art 6 Abs 4¹³⁹⁶ (Sonderfälle wie Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben außerhalb der Timesharing-Richtlinie oder dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen, die ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat) *sowie* das mögliche Vorliegen eines Beförderungsvertrags iSd vorrangigen Art 5¹³⁹⁷ bzw eines Versicherungsvertrags iSd vorrangigen Art 7 zu beachten.
- 5) Erst wenn auch keine der genannten Ausnahmen vorliegt und alle sonstigen genannten Voraussetzungen erfüllt sind steht als Rechtsfolge die Anwendbarkeit des Rechts desjenigen Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, fest (vgl Art 6 Abs 1).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Verbrauchergeschäfte im Sinne des persönlichen Geltungsbereichs der verbraucherrechtlichen Sekundärrechtsakte, bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen, im Regelfall dem Recht jenes Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unterliegen.

(iii) Die Anknüpfung bei Nichterfüllung der Voraussetzungen des Art 6 Rom-I-VO

Aus mehreren Gründen liegt daher kein Verbrauchervertrag im Sinne des Art 6 Abs 1 vor: Ein Grund wäre etwa, dass der Unternehmer die in Punkt 2) genannten Anforderungen nicht erfüllt; ein weiterer das Vorliegen einer Ausnahme des Art 6 Abs 4. Am wichtigsten ist jedoch der Fall, dass ein Rechtsgeschäft zwischen einem „Verbraucher“ im Sinne der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung (also bei mitgliedstaatlicher Erstreckung des Verbraucherbegriffs) mit einem „Unternehmer“ kontrahiert, und dabei nicht die Erfordernisse des in Art 6 Abs 1 statuierten persönlichen Geltungsbereichs erfüllt. Auf Österreich bezogen wäre das etwa der Fall bei Gründungsgeschäften, bei juristischen Personen des Privatrechts die nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken tätig werden oder natürlichen Personen, die zu Zwecken unselbstständiger beruflicher Tätigkeit agieren.

In all diesen Fällen wäre plötzlich nicht mehr das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, anwendbar, sondern die freie Rechtswahl gemäß Art 3, bzw mangels

¹³⁹⁶ Vgl dazu *Borić/Rudolf/Knaus*, Rom-I-Verordnung – Neues Kollisionsrecht für Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente, eastlex 2009, 161; *Mankowski*, IHR 2008, 142 f.

¹³⁹⁷ Dessen Anwendbarkeit angesichts der vorrangigen einschlägigen transportrechtlichen Konventionen bzw, EG-Verordnungen allerdings ohnedies beschränkt sein dürfte, vgl *Mankowski*, IHR 2008, 140.

solcher die Bestimmungen des Art 4¹³⁹⁸ maßgeblich. Im ersteren Fall kann auf das Recht irgendeines Staates, also auch irgendeines Mitgliedstaates verwiesen werden; im zweiten wird nach Art 4 Abs 1, je nach Art des Vertrages, einmal auf das Recht des Staates, in dem der Verkäufer oder Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, verwiesen (also im Regelfall auf das Recht des Mitgliedstaats des Unternehmers), ein andermal auf das Recht jenes Staates in dem die unbewegliche Sache belegen ist oder in dem der Franchisenehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (also im Regelfall auf das Recht des Mitgliedstaats des Verbrauchers). Gemäß Art 4 Abs 2 ist wiederum bei Nichtanknüpfbarkeit mittels Abs 1 das Recht jenes Staates, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, maßgeblich. Sowohl Art 4 Abs 1 als auch Art 4 Abs 2 sind als Vermutung zu verstehen, in beiden Fällen kann gem Art 4 Abs 3 bei „*offensichtlich engere[r] Verbindung*“ zu einem anderen Staat das Recht desselben anwendbar sein.¹³⁹⁹ Liegt keine Vertragsart des Art 4 Abs 1 vor und kann gleichzeitig der Erbringer der charakteristischen Leistung nicht eruiert werden, so wird gem Art 4 Abs 4 das Recht desjenigen Staates, zu dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist, für anwendbar erklärt.

¹³⁹⁸ „Artikel 4

Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

(1) Soweit die Parteien keine Rechtswahl gemäß Artikel 3 getroffen haben, bestimmt sich das auf den Vertrag anzuwendende Recht unbeschadet der Artikel 5 bis 8 wie folgt:

a) Kaufverträge über bewegliche Sachen unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

b) Dienstleistungsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

c) Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, unterliegen dem Recht des Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist.

d) Ungeachtet des Buchstabens c unterliegt die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen für höchstens sechs aufeinander folgende Monate zum vorübergehenden privaten Gebrauch dem Recht des Staates, in dem der Vermieter oder Verpächter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Mieter oder Pächter eine natürliche Person ist und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat hat.

e) Franchiseverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Franchisenehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

f) Vertriebsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Vertriebshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

g) Verträge über den Kauf beweglicher Sachen durch Versteigerung unterliegen dem Recht des Staates, in dem die Versteigerung abgehalten wird, sofern der Ort der Versteigerung bestimmt werden kann.

h) Verträge, die innerhalb eines multilateralen Systems geschlossen werden, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Nummer 17 der Richtlinie 2004/39/EG nach nicht diskretionären Regeln und nach Maßgabe eines einzigen Rechts zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, unterliegen diesem Recht.

(2) Fällt der Vertrag nicht unter Absatz 1 oder sind die Bestandteile des Vertrags durch mehr als einen der Buchstaben a bis h des Absatzes 1 abgedeckt, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(3) Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Absatz 1 oder 2 bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

(4) Kann das anzuwendende Recht nicht nach Absatz 1 oder 2 bestimmt werden, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, zu dem er die engste Verbindung aufweist.“

¹³⁹⁹ Vgl Rudolf, *ecolex* 2009, 1116 1116; dies, Rom-I-Verordnung, *ecolex* 2008, 1069 (1071); vgl zur Ausweichklausel im Detail Mankowski, *IHR* 2008, 137.

Sollte ein Rechtsverhältnis nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich der Rom-I-VO fallen¹⁴⁰⁰, so sieht das IPRG für Sachverhalte mit Auslandsberührung (vgl § 1 Abs 1 IPRG) die Maßgeblichkeit der Rechtswahl (§ 35 Abs 1 IPRG) und bei Fehlen einer solchen die Relevanz des gewöhnlichen Aufenthalts bzw Niederlassungsortes des Erbringers der charakteristischen Leistung, dies mit einer Ausweichklausel bei einer offensichtlich engeren Verbindung zu einem anderen Staat (§ 35 Abs 2 iVm Abs 3 IPRG), vor.

Da der Unternehmer ohnedies allzu oft das anzuwendende Recht vorgeben wird und zumeist das Recht seines eigenen Sitzstaats bzw jenes irgendeinen anderen Staats angewandt wissen will, bleibt dem Verbraucher dann bloß noch die Gewissheit, sich auf die zwingenden Bestimmungen jener Rechtsordnung, die ohne dieser Rechtswahl maßgeblich wäre, berufen zu können.¹⁴⁰¹

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass bei Nichterfüllung des persönlichen Geltungsbereichs der Rom-I-VO, der ja jenem der verbrauchervertragsbezogenen Sekundärrechtsakte entspricht, je nach Vertrag und sonstiger Umstände auf das Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten verwiesen wird, wenn keine zulässige Rechtswahl vorliegt. Da jeder Mitgliedstaat völlig frei den persönlichen Geltungsbereich der Verbrauchervertragsrichtlinien erweitern und den Schutz für nicht von der Richtlinie erfasste Personen sogar verstärken kann, ist es sowohl für den Verbraucher als auch für den Unternehmer völlig unklar, welche Regelungen nun zu beachten sind – und dies trotz Vollharmonisierung.

(4) Der limitierte sachliche Geltungsbereich

Auch der inhaltlich harmonisierte Bereich limitiert die Wirkung der sekundärrechtlichen Vollharmonisierung. Den wie bereits im Grünbuch 2007 festgelegt, dürfen „*die Mitgliedstaaten keine strengeren Bestimmungen als die auf Gemeinschaftsebene festgelegten anwenden*“¹⁴⁰². Was also nicht „*auf Gemeinschaftsebene festgelegt*“ ist, steht den Mitgliedstaaten auch weiterhin frei autonom zu regeln, sogar innerhalb des sachlich harmonisierten Bereichs des Sekundärrechtsakts. Da der vorliegende Richtlinienentwurf das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher keineswegs abschließend und alle Konstellationen abdeckend regelt, kann demnach außerhalb des harmonisierten Bereichs weder der Verbraucher noch der Unternehmer sicher sein, welches

¹⁴⁰⁰ „Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Gründung von ‚Trusts‘ (soweit diese Frage als vertragliches Schuldverhältnis zu qualifizieren ist) und um Versicherungsverträge, mit denen Arbeitnehmern eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe oder Angehörigen einer Berufsgruppe Leistungen bei Tod, Arbeitseinstellung, Minderung der Erwerbstätigkeit, arbeitsbedingter Erkrankung oder Arbeitsunfällen erbracht werden.“, so die EB RV 322 BlgNR 24. GP 3.

¹⁴⁰¹ Siehe Punkt 3 des Prüfschemas; vgl *Augenhofer/Lurger*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht 315 f.

¹⁴⁰² Vgl KOM(2006) 744 endg, Punkt 4.5.

Schutzniveau nun zur Anwendung kommt, das hängt alleine vom anzuwendenden mitgliedstaatlichen materiellen Recht ab.¹⁴⁰³ Bestes Beispiel hierfür ist die Behandlung von Vertragsklauseln im Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher:

Ebenso wie die Klausel-Richtlinie sieht auch der Vorschlag für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher Sanktionen bloß für jene missbräuchlichen Vertragsklauseln vor, die nicht im Einzelnen ausgehandelt sind¹⁴⁰⁴, dies obwohl die Kommission im Grünbuch 2007 dezidiert die Frage nach einer möglichen Miteinbeziehung individuell ausgehandelter Klauseln in den sekundärrechtlichen Schutzbereich zur Diskussion stellte¹⁴⁰⁵. Auch der DCFR enthält Regelungen nur für den Fall nicht individuell ausgehandelter Klauseln.¹⁴⁰⁶

Der Vollharmonisierungscharakter des Richtlinienvorschlags wirft nun freilich die Frage auf, ob die nationalstaatliche Sanktionierung missbräuchlicher, aber im Einzelnen ausgehandelter Klauseln, wie sie in Österreich in § 6 Abs 1 KSchG formuliert ist, überhaupt noch unionsrechtskompatibel ist.¹⁴⁰⁷

Dazu wird im internen Memorandum der Kommission zum Richtlinienvorschlag klargestellt, dass die Kompetenzaufteilung zwischen dem EuGH und nationalen Rechtsprechungsorganen durch die Vollharmonisierung nicht verändert werde.¹⁴⁰⁸ Nichtsdestotrotz müssten die Mitgliedstaaten ihre Listen unfairer Vertragsklauseln einer Überarbeitung unterziehen, um sie mit der „Schwarzen Liste“¹⁴⁰⁹ bzw mit der „Grauen Listen“¹⁴¹⁰ in Einklang zu bringen – anderslautende gesetzliche Begrifflichkeiten oder Klauseldefinitionen, die nicht in den beiden Richtlinienanhängen stehen, dürften ebenso wenig aufrechterhalten werden wie die Anwendung diesbezüglich in der Vergangenheit ergangener nationaler Rechtsprechung.¹⁴¹¹ Die rechtliche Behandlung im Einzelnen ausgehandelter Klauseln würde hingegen gemäß Art 30 Abs 1 Richtlinienvorschlag im vollen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten stehen, es bestünde keine Beschränkung durch Vollharmonisierung.¹⁴¹²

¹⁴⁰³ Vgl dazu auch *Micklitz* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 56 ff; *Mak*, ERPL 2010, 58 ff, 69.

¹⁴⁰⁴ Vgl KOM(2008) 614 endg, ErwGr 45 sowie Art 30 Z 2.

¹⁴⁰⁵ Vgl KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 4.4.1.

¹⁴⁰⁶ Art II.-9:401 ff DCFR, vgl dazu *Stuyck*, Unfair Terms, in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 123 (125).

¹⁴⁰⁷ Vgl *Stabentheiner* in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 11 f.

¹⁴⁰⁸ Vgl The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 7.

¹⁴⁰⁹ Also jenen Klauseln, die jedenfalls als missbräuchlich gelten, vgl KOM(2008) 614 endg, Anhang II.

¹⁴¹⁰ Die jene Klauseln erfasst, deren Missbräuchlichkeit bloß präsumiert wird, vgl KOM(2008) 614 endg, Anhang III.

¹⁴¹¹ Vgl The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 6 f.

¹⁴¹² Vgl The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 7.

Interessanterweise könnte die Vollharmonisierung missbräuchlicher Klauseln für Österreich bedeuten, dass, durch die Absenkung des österreichischen Verbraucherschutz-niveaus bei Übernahme der Klauseln des Richtlinienentwurfs, in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Bestimmungen im Verbrauchervertrag aufrecht bleiben würden, während die exakt gleiche Formulierung im Falle individuellen Aushandelns auch weiterhin, wie bisher in § 6 Abs 1 KSchG geregelt, sanktioniert werden könnte, da sich der Bereich individuell vereinbarter Vertragsklauseln außerhalb des Geltungsbereichs des Richtlinien-vorschlags befindet.¹⁴¹³ Verbraucher könnten also in die absurde Situation gebracht werden zu behaupten, sie wären gar keine Verbraucher im Sinne des vollharmonisierenden Sekundärrechtsakts, oder sie hätten die in Frage stehende Klausel individuell ausgehandelt.¹⁴¹⁴ Der „Doppelstandard“ dieser Art innerhalb mitgliedstaatlichen Vertragsrechts kann nur durch sekundärrechtliche Mindestharmonisierung vermieden werden.¹⁴¹⁵

Ebenso könnte im B2B-Bereich (oder auch im C2C-Geschäft) mitgliedstaatlich eine gewisse Klausel pönalisiert werden, die in Verbraucherverträgen mangels Vereinbarkeit mit einer vollharmonisierenden schwarzen Liste nicht verboten werden kann.¹⁴¹⁶

Im Ergebnis bedeutet dies, dass selbst wenn eine natürliche Person als Verbraucher im Sinne des Sekundärrechtsakts gilt und mit einem ebenfalls die Voraussetzungen erfüllenden Unternehmer kontrahiert, auf sachlich nicht harmonisiertem Gebiet, also beispielsweise im Falle individuell ausgehandelter Vertragsklauseln, einzig und allein das materielle Recht jenes Mitgliedstaates entscheidend ist, auf welches das Kollisionsrecht verweist. Überraschungen, und zwar sowohl für Verbraucher als auch für Unternehmer, sind damit vorprogrammiert und dem grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, sohin der Verwirklichung des Binnenmarkts, mit Sicherheit nicht förderlich – wiederum trotz Vollharmonisierung.

3. Fazit

Die vollständige Angleichung des Verbraucherbegriffs kann eindeutig als Anliegen der Kommission identifiziert werden, wie folgende Passage im Grünbuch 2007 belegt:

„In den Richtlinien sind die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ bisher nicht einheitlich definiert, obwohl diese Begriffe für die Anwendung des Regelwerks im Verbraucherschutz

¹⁴¹³ Vgl Graf, Richtlinienentwurf und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 141 (145).

¹⁴¹⁴ Vgl Micklitz in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 60.

¹⁴¹⁵ Vgl Micklitz/ Reich, CML Review 2009, 516.

¹⁴¹⁶ Statt vieler *Schulte-Nölke* in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 44 f; *Reich*, ZEuP 2010, 27 f, 33; zu diesem Problem auch *Wallis*, Working Document on Consumer Rights, PE423.804v01-00, 5.

grundlegend sind. Was den eigentlichen Zweck der einschlägigen Richtlinien betrifft, so fehlt dafür eine fundierte Begründung. Die entstehende Unsicherheit wird noch dadurch verstärkt, dass die Mitgliedstaaten die Mindestklausel anwenden, um die nicht eindeutigen Definitionen nach ihren eigenen Vorstellungen zu erweitern.“¹⁴¹⁷

Auch die Begründung des Richtlinienvorschlags betont das Gesamtziel der Vermeidung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzbestimmungen und –niveaus:

„Im Einklang mit dem Ergebnis des Grünbuchs erfasst der Vorschlag sowohl inländische als auch grenzüberschreitende Verträge. Die Einbeziehung inländischer Rechtsgeschäfte in den Geltungsbereich steht im Verhältnis zu dem Ziel der Vereinfachung des Gemeinschaftsrechts, denn so wird vermieden, dass es zwei verschiedene Regelungen gibt, die eine weitere Rechtszersplitterung und Wettbewerbsverzerrungen zwischen nur im Inland tätigen Unternehmen und solchen, die sich nicht auf das Inland beschränken, zur Folge gehabt hätten.“¹⁴¹⁸

Wie die oben genannten Beispiele belegen, ist die Beseitigung der Rechtszersplitterung oder gar die Harmonisierung des Verbraucherbegriffs auch durch eine vollharmonisierende sekundärrechtliche Regelung nicht gewährleistet.¹⁴¹⁹

Der grenzüberschreitend tätige Unternehmer muss also auch weiterhin davon ausgehen, dass zwar innerhalb des harmonisierten Regelungsbereichs (also innerhalb der engen Grenzen des sekundärrechtlichen Verbraucherbegriffs) vollharmonisierte Regelungen in spezifisch sachlich abgegrenzten Bereichen bestehen, die Mitgliedstaaten aber weiterhin die Möglichkeit haben, Personengruppen außerhalb der Verbraucherdefinition der Richtlinien in gleichem oder sogar darüber hinausgehendem Maße zu schützen – und zwar auch innerhalb des sachlich harmonisierten Bereichs der Richtlinie.¹⁴²⁰ Sollte auf solch einen Vertrag auch das Recht des Verbraucher-Staats anwendbar sein, wäre der rechtliche Status Quo für den Unternehmer im Vergleich zur Lage vor einer vollständigen Harmonisierung unverändert, da er sich weiterhin auf unterschiedliche Schutzintensitäten einstellen müsste.

Das derzeit bestehende Verbraucherschutzniveau könnte Österreich (und jeder andere Mitgliedstaat) im Falle des tatsächlichen Richtlinienerlasses für ebenjene Verbraucher, die nicht vom persönlichen

¹⁴¹⁷ KOM(2006) 744 endg, Anhang I, Punkt 4.1. Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der mitgliedstaatlichen Erstreckung keinesfalls um die Inanspruchnahme sekundärrechtlicher Öffnungsklauseln, vielmehr ist diese Vorgangsweise im Wesen der Rechtsharmonisierung begründet.

¹⁴¹⁸ KOM(2008) 614 endg, 8 (Begründung).

¹⁴¹⁹ Vgl auch *Stürmer* in *ders*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 22.

¹⁴²⁰ Vgl *Bülow*, WM 2006, 1514.

Geltungsbereich des Richtlinienvorschlags erfasst werden, aufrechterhalten, während alle anderen Verbraucherverträge dem vollharmonisiertem Regime zu unterwerfen wären.¹⁴²¹ Es besteht also tatsächlich die Gefahr, dass alle Nichtverbraucher im Sinne des Richtlinienvorschlags, die als Verbraucher der mitgliedstaatlich erstreckten Regelungen gelten und mit anderen Unternehmern kontrahieren, letztendlich aufgrund mitgliedstaatlich historisch gewachsener Regelungen und Bestimmungen des Kollisionsrechts besser geschützt werden als vollharmonisiert geschützte Verbraucher im Sinne sekundärrechtlicher Normen.¹⁴²²

Sogar innerhalb des harmonisierten Verbraucherbegriffs kann es zu völlig unterschiedlichen Schutzintensitäten kommen, weil der sachlich harmonisierte Bereich ebenfalls begrenzt ist, wie das Beispiel individuell ausgehandelter Klauseln zeigt.

Für den Verbraucher wiederum bedeutet eine unionsrechtlich vollharmonisierte Verbraucherrechtsordnung, die nicht zumindest dem Schutzniveau seines Heimatstaats entspricht, eine Benachteiligung, sofern er sowohl unter den persönlichen als auch unter den sachlichen Geltungsbereich des Sekundärrechtsakts fällt. .

Dass die Kommission im Grünbuch 2007 nicht mit einem Wort auf die Kompetenzgrundlage im Verbrauchervertragsrecht eingegangen ist, unterstreicht die These der von Anfang an beabsichtigten Vollharmonisierung in diesem Rechtsgebiet: Art 153 Abs 3 lit b EG (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) kann nämlich nicht als Rechtsgrundlage für vollharmonisierende Maßnahmen herangezogen werden.¹⁴²³ Aus diesem Grund versucht die Kommission im Richtlinienvorschlag auch krampfhaft Argumente zu finden, um den Charakter einer rechtlichen Maßnahme, die vor allem der grenzüberschreitenden geschäftlichen Aktivität dient, zu suggerieren¹⁴²⁴: Würde sie wahrheitsgemäß den teleologischen Schwerpunkt des Richtlinienvorschlags im reinen Verbraucherschutz definieren, könnte Art 95 EG (Art 114 AEUV) nicht mehr als Rechtsgrundlage herangezogen werden, sondern es müsste endlich auf Art 153 Abs 3 lit b (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) zurückgegriffen werden, welcher eben nur mindestharmonisierende Maßnahmen erlaubt.¹⁴²⁵

Das bisher Gesagte gilt nicht bloß für alle bereits in Kraft getretenen vollharmonisierenden Verbrauchervertragsrichtlinien, sondern auch für die bis dato erlassenen mindestharmonisierenden Verbrauchervertragsrechtsakte, dies sogar in noch stärkerem Ausmaß: Aufgrund der mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme der sekundärrechtlichen Mindestklauseln potenziert sich der

¹⁴²¹ Vgl zu diesem Isolierungsproblem *Wendehorst in Jud/dies*, Neuordnung 172; *Hesselink*, ERPL 2010, 89 f.

¹⁴²² Vgl *Paparseniou*, GPR 2009, 277; *Micklitz/ Reich*, CML Review 2009, 484.

¹⁴²³ Vgl *Twigg-Flesner*, ERCL 2007, 206 f; ebenso bereits zur Idee einer "EU Consumer Contract Law Regulation" (ECCLR) *Reich*, JCP 2005, 400.

¹⁴²⁴ Vgl dazu insb *Micklitz in Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 51 ff.

¹⁴²⁵ Vgl *Mak*, ERPL 2010, 63 f.

eben aufgezeigte Rechtszersplitterungseffekt sogar, da auch innerhalb des harmonisierten persönlichen Geltungsbereichs eine unüberschaubare Vielfalt an unterschiedlichen Schutzniveaus und –systemen in den einzelnen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entstehen können und entstanden sind. Tatsächlich hätten also auch die mindestharmonisierenden Sekundärrechtsakte im Bereich des Verbrauchervertragsrechts auf die spezifisch verbraucherrechtliche Kompetenznorm des Art 169 Abs 2 lit b AEUV (also auf Art 129 Abs 1 lit b EGV bzw Art 153 Abs 3 lit b EG) gestützt werden müssen. Die Auswirkungen dieser fehlerhaften Abstützung blieben dabei theoretischer Natur, da jeder Sekundärrechtsakt selbst eine Mindestharmonisierungsklausel enthielt und die Mitgliedstaaten daher nicht auf die primärrechtliche „Erlaubnis“ angewiesen waren – genau dies ist aber bei vollharmonisierenden, auf der binnenmarktfinalen Kompetenznorm basierenden Verbrauchervertragsrechtsakten der Fall.

Doch auch nun bleibt, trotz Vollharmonisierung, die zerklüftete Landschaft des europäischen Privatrechts weiterhin aufrecht, und verhindert so das Gedeihen des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs – in weiterer Folge also auch die Verwirklichung des Binnenmarkts.

F. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Bis zum Jahr 2002 enthielten die verbrauchervertragsbezogenen Sekundärrechtsakte stets so genannte „Mindestklauseln“, die als sekundärrechtliche Form des Mindestharmonisierungsprinzips die Möglichkeit, innerhalb des von der Richtlinie geregelten Bereichs primärrechtskonforme strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für Verbraucher zu gewährleisten, eröffneten, ohne den Rückgriff auf primärrechtliche Mindestharmonisierungsnormen, die deutlich strengere Voraussetzungen aufstellen, nötig zu machen.
2. Die „Principles of European Law“ inkludierten das Erfordernis des „*hauptsächlich*“ („*primarily*“) Handelns zu nicht beruflichen oder gewerblichen Zwecken in ihre Verbraucherdefinition, wobei unselbstständig Erwerbstätige weiterhin als Nichtverbraucher gesehen werden würden und insofern die sekundärrechtliche Lücke aufrechterhalten werden würde. Die „Acquis-Principles“ stellen ebenfalls auf das Kriterium des „*vorwiegend*“ („*mainly*“) nicht „*unternehmerischen*“ Handelns ab, bezeichnen als „*unternehmerisch*“ aber nur die selbstständige Tätigkeit und schließen damit die Lücken der unselbstständig Erwerbstätigen als Nichtverbraucher, da diese Personen auch bei Handeln zu 100 % für ihre unselbstständige Tätigkeit, Kontrakt mit einem Unternehmer vorausgesetzt, als Verbraucher gelten würden.
3. Die Verbraucherdefinition des DCFR folgt der Systematik der Acquis-Principles, ohne jedoch wie diese unselbstständig erwerbstätige Personen jedenfalls als Verbraucher anzuerkennen – diese Personen können also, genau wie nach derzeit in Geltung befindlichem sekundärrechtlichem Verbrauchervertragsrecht, auch Nichtverbraucher sein. Ein politischer GRR wurde bis dato noch nicht publiziert, ebenso wenig wurde der DCFR von der Kommission in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher berücksichtigt.
4. Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz erkannte 2007 im Mindestharmonisierungscharakter der Verbrauchervertragsrichtlinien ein Problem für die Verwirklichung des Binnenmarkts, da der grenzüberschreitende Geschäftsverkehr durch hohe

Compliance-Kosten für den Unternehmer und mangelndes Schutzvertrauen des Verbrauchers eingeschränkt werden würde.

5. Der persönliche Geltungsbereich des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, die vier aktuell in Kraft befindliche Sekundärrechtsakte (nämlich die Haustürgeschäfts-, die Fernabsatz-, die Klausel- und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) harmonisieren soll, entspricht jenem der bisher geltenden Verbrauchervertragsrichtlinien. Sämtliche Probleme und Lücken der bisherigen Verbrauchervertragsdefinition bleiben daher aufrecht, die sinnvollen Ergänzungen der „Acquis-Principles“ zur Schließung der Lücke für unselbstständig Erwerbstätige werden nicht berücksichtigt. Neu eingefügt wird durch Art 7 des Richtlinienvorschlags die Informationspflicht des einen Verbraucher vertretenden Unternehmers gegenüber einem anderen Verbraucher, bei sonstigem Zustandekommen eines Verbrauchervertrags mit dem vertretenden Unternehmer.
6. Der im Richtlinienvorschlag präsentierte Vollharmonisierungsansatz wird von der Kommission aus drei Gründen favorisiert: erstens würden Unternehmer aufgrund der Rechtszersplitterung unzumutbare Kosten entstehen; zweitens würden Unternehmer dadurch, mit negativen Folgen für den Wettbewerb, nicht mehr so oft grenzüberschreitend tätig werden; drittens würde diese Rechtszersplitterung zu einem Verlust des Verbrauchervertrauens in den Binnenmarkt führen. Alle drei Argumente sind tatsächlich haltlos und werden von der Kommission auch keiner näheren Untersuchung zugeführt.
7. Mit dem Konzept der Vollharmonisierung ist es jedenfalls vereinbar, den persönlichen Geltungsbereich eines Sekundärrechtsakts innerhalb der mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebung zu erweitern – außerhalb des harmonisierten Bereichs harmonisiert die Richtlinie nämlich gar nicht. Die Erstreckung des Schutzes innerhalb des sachlich harmonisierten Bereichs auf Gründungsgeschäfte oder auf juristische Personen, die nicht im Rahmen ihres Unternehmens handeln, durch mitgliedstaatliche Rechtsordnungen bleibt also weiterhin möglich; auch im Falle des Erlasses einer (uneingeschränkt) vollharmonisierenden Richtlinie über Rechte der Verbraucher müsste Österreich § 1 KSchG nicht novellieren. Dieses Ergebnis liegt im Charakter der Vollharmonisierung begründet, und hat nichts mit der Inanspruchnahme sekundärrechtlicher Mindestharmonisierungsklauseln zu tun.

8. Die Wahl von Art 95 EG (Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage ist sowohl für mindestharmonisierende als auch für vollharmonisierende Verbrauchervertragsrichtlinien völlig verfehlt. Wie die Analyse des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher belegt, ist selbst bei Bejahung der Anwendungsvoraussetzung des Vorliegens tatsächlicher Hemmnisse der Grundfreiheiten oder spürbarer Wettbewerbsverzerrungen der Bereich des Verbrauchervertragsrechts nicht objektiv geeignet, den Binnenmarkt zu verwirklichen. Auch das vorgeschlagene Konzept der Vollharmonisierung vermag der Rechtsunsicherheit für Verbraucher und Unternehmer sowie der Rechtszersplitterung nicht entgegenzuwirken, da die Grenzen des harmonisierten Bereichs in Kombination mit Regelungen des Internationalen Privatrechts gewaltige Lücken offen lassen würden. Das Absenken des Verbraucherschutzniveaus würde sogar zur Verschärfung des potentiellen Auseinanderdriftens vertragsrechtlicher Schutzregelungen beitragen. Die Binnenmarktfinalität der verbrauchervertraglichen Sekundärrechtsakte wie auch jene des vollharmonisierenden Richtlinienvorschlags ist artifiziell hergestellt, da im Bereich des Verbraucherschutzrechts nur Art 95 EG (Art 114 AEUV) eine vollharmonisierende Maßnahme des Unionsgesetzgebers zulässt. Tatsächlich muss als Rechtsgrundlage einzig und allein Art 153 Abs 3 lit b EG (Art 169 Abs 2 lit b AEUV) herangezogen werden, der keine Vollharmonisierung im Verbraucherschutzrecht, und damit auch im Verbrauchervertragsrecht, zulässt. Dies gilt insbesondere für alle vollharmonisierenden verbrauchervertraglichen Richtlinien, da die Mitgliedstaaten im Falle sekundärrechtlicher Vollharmonisierung auf die im Primärrecht verankerte Mindestklausel angewiesen sind – und diese sich im Bereich des Verbrauchervertragsrechts eben nur in Art 169 Abs 2 lit b AEUV findet.

IX. ABSCHLUSS UND AUSBLICK

A. DIE UMSETZUNG VOLLHARMONISIERENDER VERBRAUCHERSCHUTZRICHTLINIEN IN ÖSTERREICH

1. Allgemeines

Bis dato folgen vier in Geltung befindliche Verbraucherschutzrichtlinien dem Konzept der Vollharmonisierung – von Interesse ist nun die Umsetzungspraxis Österreichs, mit Fokus auf den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinien und die äquivalenten Bestimmungen in der österreichischen Rechtsordnung.

2. Die Umsetzung der UGP-Richtlinie

a) Die Vorgaben der UGP-Richtlinie

Die UGP-Richtlinie sah als erster gemeinschaftsrechtlicher Sekundärrechtsakt die vollständige Angleichung in verbraucherrechtlichem Kontext vor.¹⁴²⁶

Gleichzeitig enthielt sie, als einzige der vier vollharmonisierenden Richtlinien, eine Übergangsfrist, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen sollte, bis zum 12.06.2013, unter Umständen sogar noch länger, innerhalb des harmonisierten Bereichs strengere im Sinne von für den Verbraucher vorteilhafte nationale Vorschriften beizubehalten, sofern sie zur Umsetzung von mindestharmonisierenden Richtlinien erlassen wurden und für den Verbraucherschutz erforderlich sowie verhältnismäßig sind.¹⁴²⁷

b) Die UWG-Novelle 2007

Der österreichische Gesetzgeber entschied sich dafür, die Bestimmungen der UGP-Richtlinie ins UWG zu integrieren, die spezifisch für den B2C-Bereich entworfenen sekundärrechtlichen Regelungen also ins nicht auf Verbraucherschutz beschränkte Wettbewerbsrecht einzugliedern. Als Grund wird in den Materialien angeführt, dass Mitbewerberschutz und Verbraucherschutz untrennbar

¹⁴²⁶ Vgl UGP-Richtlinie, ErwGr 14 f; vgl dazu *Augenhofer*, ZfRV 2005, 205.

¹⁴²⁷ Vgl UGP-Richtlinie, Art 3 Abs 5.

verbunden seien.¹⁴²⁸ Der Begriff des „Verbrauchers“ kommt im endgültigen Gesetzestext, der UWG-Novelle 2007¹⁴²⁹ zwar mehrfach vor, wird aber nicht definiert oder sonst näher umschrieben. Ebenso verhält es sich mit dem Begriff „Unternehmer“. Die Materialien halten allerdings fest, dass sowohl der Terminus „Verbraucher“ als auch jener des „Unternehmers“ im Sinne von § 1 KSchG zu verstehen sei¹⁴³⁰ – der Geltungsbereich wird gegenüber der UGP-Richtlinie also eindeutig erstreckt.

3. Die Umsetzung der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie

a) Die Vorgaben der Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie

Die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie verankerte ebenfalls das Konzept der Vollharmonisierung und verzichtete auf eine allgemeine Öffnungsklausel. Erwägungsgrund 13 formulierte die Rahmenbedingungen wie folgt:

„Mit der vorliegenden Richtlinie soll ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden, um den freien Verkehr von Finanzdienstleistungen sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten sollten in den durch diese Richtlinie harmonisierten Bereichen keine anderen als die darin festgelegten Bestimmungen vorsehen dürfen, es sei denn, die Richtlinie sieht dies ausdrücklich vor.“

In besonderen Fällen erlaubt die Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie die mitgliedstaatliche Abweichung zu Gunsten der Verbraucher, so etwa bei den „Zusätzlichen Auskunftspflichten“.¹⁴³¹

b) Das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz

Die österreichische Umsetzung der Richtlinie erfolgte mittels des neu erlassenen Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetzes.¹⁴³² Dieses sieht in § 1 vor:

¹⁴²⁸ Vgl. EB RV 144 BlgNR 23. GP 2.

¹⁴²⁹ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007), BGBl I 2007/79.

¹⁴³⁰ Vgl. EB RV 144 BlgNR 23. GP 4.

¹⁴³¹ Vgl. Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-Richtlinie, Art 4 Abs 2: „Bis zu einer weiteren Harmonisierung können die Mitgliedstaaten strengere Bestimmungen über die Anforderungen an eine vorherige Auskunftserteilung aufrechterhalten oder erlassen, wenn diese Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen.“

¹⁴³² Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz - FernFinG) erlassen wird und das Konsumentenschutzgesetz, das Versicherungsvertragsgesetz sowie das Wertpapieraufsichtsgesetz geändert werden, BGBl I 2004/62; vgl. zu den Details und zur Geschichte des Richtlinienumsetzungsvorgangs Schütz in Fletzberger/Schopper, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen 32 ff.

„Dieses Bundesgesetz gilt für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher im Sinn des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG), BGBl. Nr. 140/1979.“

Ebenso wie die UWG-Novelle 2007 erstreckt also auch das FernFinG seinen persönlichen Geltungsbereich über jenen der umzusetzenden Richtlinie hinaus. Die Erläuternden Bemerkungen sprechen diese Erstreckung und die dadurch offenbar werdenden *„geringfügige[n] Unterschiede zum Anwendungsbereich der Richtlinie“*¹⁴³³ an, leiten die Befugnis zu dieser Vorgangsweise allerdings explizit aus Erwägungsgrund 29 der Richtlinie (*„Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften den Schutz dieser Richtlinie auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden.“*) ab.

4. Die Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie

a) Die Vorgaben der Verbraucherkredit-Richtlinie

Auch die Neufassung der Verbraucherkredit-Richtlinie verlässt den Weg der Mindestharmonisierung und präzisiert in Erwägungsgrund 9 bzw in Art 22:

*„Eine vollständige Harmonisierung ist notwendig, um allen Verbrauchern in der Gemeinschaft ein hohes und vergleichbares Maß an Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten und um einen echten Binnenmarkt zu schaffen. Den Mitgliedstaaten sollte es deshalb nicht erlaubt sein, von dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen.“*¹⁴³⁴

*„Soweit diese Richtlinie harmonisierte Vorschriften enthält, dürfen die Mitgliedstaaten keine Bestimmungen in ihrem innerstaatlichen Recht aufrechterhalten oder einführen, die von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen.“*¹⁴³⁵

Gleichzeitig legt der Gemeinschaftsgesetzgeber fest, dass außerhalb des Geltungsbereichs sehr wohl von den Bestimmungen der Richtlinie abgewichen werden kann:

„Diese Einschränkung sollte jedoch nur in den Fällen gelten, in denen Vorschriften durch

¹⁴³³ Vgl EB RV 467 B1gNR 22. GP 10.

¹⁴³⁴ Verbraucherkredit-Richtlinie, ErwGr 9.

¹⁴³⁵ Verbraucherkredit-Richtlinie, Art 22.

*diese Richtlinie harmonisiert werden. Soweit es keine solchen harmonisierten Vorschriften gibt, sollte es den Mitgliedstaaten freigestellt bleiben, innerstaatliche Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.*¹⁴³⁶

„Mit den Begriffsbestimmungen dieser Richtlinie wird der Bereich der Harmonisierung festgelegt. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie sollte sich daher nur auf den durch diese Begriffsbestimmungen festgelegten Bereich erstrecken. Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen.“¹⁴³⁷

b) Das DaKRÄG 2010

Zur Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie sind in Österreich weitreichende Veränderungen in Planung, die 2010 im Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz (DaKRÄG)¹⁴³⁸ kulminierten.

Die erste große Zäsur des DaKRÄG bildet die Novellierung des ABGB: Die Regelungen zum Darlehensrecht im 21. Hauptstück des Zweiten Teils sollen umfassend reformiert werden. Da das ABGB den Darlehensvertrag bis dato noch als Realkontrakt behandelt¹⁴³⁹, sieht das DaKRÄG die Reform des gesamten Systems hin zum Konsensualvertrag mit eigener Behandlung des Kreditvertrags vor.¹⁴⁴⁰ Dies wird als erster Schritt innerhalb des ABGB-Modernisierungs-Projekts gewertet, das pünktlich zum 200-jährigen Jubiläum des ABGB eine Revision des rechtlichen Bestands intendiert.¹⁴⁴¹

Den eigentlichen Kern des DaKRÄG soll allerdings ein neues Gesetz bilden, das die Regelungen der Verbraucherkredit-Richtlinie akkurat, aber in ihrer Komplexität vermindert und deshalb in einem eigenen Gesetz konzentriert umsetzen soll: Das **Verbraucherkreditgesetz (VKrG)**¹⁴⁴².¹⁴⁴³ Der erste

¹⁴³⁶ Verbraucherkredit-Richtlinie, ErwGr 9.

¹⁴³⁷ Verbraucherkredit-Richtlinie, ErwGr 10.

¹⁴³⁸ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch geändert, ein Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern (Verbraucherkreditgesetz – VKrG) erlassen sowie das Konsumentenschutzgesetz, das Bankwesengesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, das Investmentfondsgesetz, das Zahlungsdienstegesetz, die Gewerbeordnung 1994 und das Maklergesetz geändert werden, BGBl I 2010/28.

¹⁴³⁹ EB RV 650 BlgNR 24. GP 6: „[...]Demgemäß wird der Realkontrakt zwar noch im akademischen Kontext als Relikt aus längst verflossenen Zeiten apostrophiert, doch kommt ihm faktisch kein Regelungs- und Gestaltungspotential mehr zu. Das Darlehen ist vom wirtschaftlich ungleich bedeutenderen Kreditvertrag bereits seit langem gänzlich in den Hintergrund gedrängt.“

¹⁴⁴⁰ Vgl Art 1 DaKRÄG mit den neu gefassten §§ 983 bis 991 ABGB.

¹⁴⁴¹ Vgl EB RV 650 BlgNR 24. GP 6.

¹⁴⁴² Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern (Verbraucherkreditgesetz – VKrG), vgl Art 2 DaKRÄG.

¹⁴⁴³ Vgl EB RV 650 BlgNR 24. GP 3.

Abschnitt des VKrG grenzt den Regelungsgegenstand ein und enthält die zentralen Begriffsbestimmungen, so auch jene des „Kreditgebers“ und des „Kreditnehmers“:

„§ 2. (1) Kreditgeber ist ein Unternehmer im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 KSchG, der einen Kredit gewährt oder zu gewähren verspricht oder eine sonstige Kreditierung einräumt.

(2) Kreditnehmer ist ein Verbraucher im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 KSchG, der einen Kredit oder eine sonstige Kreditierung in Anspruch nimmt.“.

Das Gesetz greift dabei bewusst auf die Verbraucher- und Unternehmerdefinition des KSchG zurück, nicht zuletzt um legistische Kontinuität zu bewahren.¹⁴⁴⁴

Auch die Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie erstreckt also den persönlichen Geltungsbereich der umzusetzenden Richtlinie, dieses Faktum ist dem Gesetzgeber auch durchaus bewusst.¹⁴⁴⁵

Die Landesregierungen der Bundesländer Steiermark¹⁴⁴⁶, Vorarlberg¹⁴⁴⁷, Tirol¹⁴⁴⁸ und Burgenland¹⁴⁴⁹ weisen in ihren Stellungnahmen zum Ministerialentwurf darauf hin, dass dieser erstreckte persönliche Geltungsbereich die Länder als Gebietskörperschaften jedenfalls als Kreditgeber iSd § 2 Abs 1 VKrG erfassen würde, da gemäß § 1 Abs 2 KSchG Personen des öffentlichen Rechts immer als Unternehmer gelten würden. Dies führe in Kombination mit der Nichtinanspruchnahme der in Art 2 Verbraucherkredit-Richtlinie angebotenen Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich, insbesondere werden Art 2 Abs 2 lit a, b und 1 angesprochen, zur Unternehmereigenschaft der Länder als Gebietskörperschaften im Rahmen der Wohnbauförderung, wobei die Einhaltung der vorgeschriebenen vorvertraglichen Informationspflichten und der Kreditwürdigkeitsprüfung zu erheblichen Kosten führen würde, obgleich die Länder dabei im Sinne des Gemeinwohls agieren würden.¹⁴⁵⁰

Korrespondierend mit diesen weitreichenden Neuerungen sollen durch das DaKRÄG auch zahlreiche andere Gesetze angepasst werden und nicht mehr aktuelle Umsetzungsbestimmungen der Vorgängerrichtlinie aufgehoben werden.

¹⁴⁴⁴ Vgl EB RV 650 BlgNR 24. GP 4 f.

¹⁴⁴⁵ Vgl EB RV 650 BlgNR 24. GP 14: „Bei der Umschreibung der Begriffe ‚Kreditgeber‘ (Abs. 1) und ‚Kreditnehmer‘ (Abs. 2) wird auf den bewährten Unternehmer- bzw Verbraucherbegriff aus dem KSchG zurückgegriffen und damit der Verbraucherbegriff etwas weiter gefasst als nach der Richtlinie, weil damit auch die Gründungs- und Vorbereitungsgeschäfte (§ 1 Abs. 3 KSchG) miteinbezogen sind.“.

¹⁴⁴⁶ Vgl 5/SN-120/ME 24. GP.

¹⁴⁴⁷ Vgl 6/SN-120/ME 24. GP.

¹⁴⁴⁸ Vgl 11/SN-120/ME 24. GP.

¹⁴⁴⁹ Vgl 13/SN-120/ME 24. GP.

¹⁴⁵⁰ Vgl ebd.

Im **KSchG** wurde § 12a aufgehoben¹⁴⁵¹, ebenso die §§ 16 bis 25 sowie § 26c¹⁴⁵²: Die Regelungen über Abzahlungsgeschäfte sind nunmehr im VKrG normiert bzw. Unter dem Gesichtspunkt der Vollharmonisierung nicht mehr aufrechtzuerhalten; den Einwendungsdurchgriff enthält § 13 VKrG.

Durch die zentrale Regelung des Verbraucherkreditvertrags im VKrG wird auch § 33 **BWG**¹⁴⁵³ („*Verbraucherkreditverträge*“) obsolet und wurde deshalb aufgehoben.¹⁴⁵⁴ § 33 BWG verwies, den persönlichen Geltungsbereich betreffend, ohnedies auf § 1 Abs 1 Z 2 KSchG.

Leichte Korrekturen und Verweisungsänderungen sollen weiters das **Versicherungsaufsichtsgesetz**¹⁴⁵⁵, das **Wertpapieraufsichtsgesetz 2007**¹⁴⁵⁶, das **Investmentfondsgesetz**¹⁴⁵⁷, das **Zahlungsdienstegesetz**¹⁴⁵⁸, die **GewO 1994**¹⁴⁵⁹ sowie das **Maklergesetz**¹⁴⁶⁰ erfahren.

Schließlich sieht das DaKRÄG auch die Aufhebung der **Verbraucherkreditverordnung**¹⁴⁶¹ vor¹⁴⁶²: Die Bestimmungen der VO gehen nunmehr im VKrG auf, daher kann die VerbraucherkreditVO außer Kraft gesetzt werden.

¹⁴⁵¹ Der ME enthielt noch die Aufhebung von § 13 KSchG (Terminsverlust), kritische Stimmen während des Begutachtungsverfahrens veranlassten den Gesetzgeber aber zur Beibehaltung dieser Regelung.

¹⁴⁵² Vgl Art 3 DaKRÄG; EB RV 650 BlgNR 24. GP 39 f.

¹⁴⁵³ Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz - BWG), über Kapitalanlagefonds (Investmentfondsgesetz - InvFG 1993), über Bausparkassen (Bausparkassengesetz - BSpG), über die Aufhebung des Kreditwesengesetzes, der Artikel II und III des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 325/1986, des Bankagentengesetzes, des Geldinstitutezentralegesetzes, des Bundesgesetzes über die Geschäftsaufsicht, des Rekonstruktionsgesetzes, des Bundesgesetzes betreffend den Verkauf von Aktien verstaatlichter Banken, von Teilen des Bundesgesetzes über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, des Bundesgesetzes über Kapitalanlagefonds (Investmentfondsgesetz), des Versicherungsaufsichtsgesetzes 1931, der Einführungsverordnung zum Versicherungsaufsichtsgesetz 1931 und über die Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929, des Sparkassengesetzes, des Hypothekenbankgesetzes, des Pfandbriefgesetzes, der Einführungsverordnung zum Hypothekenbank- und zum Pfandbriefgesetz, des Beteiligungsfondsgesetzes, des Postsparkassengesetzes 1969, des Kapitalmarktgesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes 1978, des Prämienparförderungsgesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes 1988, des Bewertungsgesetzes, der Gewerbeordnung 1973 und des Rechnungslegungsgesetzes (Finanzmarktanpassungsgesetz 1993), BGBl I 1993/532.

¹⁴⁵⁴ Vgl Art 4 Z 9 DaKRÄG; EB RV 650 BlgNR 24. GP 40.

¹⁴⁵⁵ Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG), BGBl I 1978/569; vgl Art 5 DaKRÄG.

¹⁴⁵⁶ Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen (Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 – WAG 2007, BGBl I 2007/60; vgl Art 6 DaKRÄG.

¹⁴⁵⁷ Bundesgesetz über Kapitalanlagefonds (Investmentfondsgesetz – InvFG 1993), BGBl I 1993/532; vgl Art 7 DaKRÄG.

¹⁴⁵⁸ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz – ZaDiG) erlassen und das Bankwesengesetz, das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, das Konsumentenschutzgesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz und das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 geändert werden sowie das ÜberweisungsGesetz aufgehoben wird, BGBl I 2009/66; vgl Art 8 DaKRÄG; EB RV 650 BlgNR 24. GP 41 ff.

¹⁴⁵⁹ Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 BGBl 194 (WV); vgl Art 9 DaKRÄG; EB RV 650 BlgNR 24. GP 43 f.

¹⁴⁶⁰ Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler und über Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes (Maklergesetz - MaklerG), BGBl I 1996/262; vgl Art 10 DaKRÄG; EB RV 650 BlgNR 24. GP 44.

¹⁴⁶¹ Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Verbraucherkreditverträge (Verbraucherkreditverordnung), BGBl II 1999/260.

Das Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz trat am 11. Juni 2010 in Kraft.¹⁴⁶³

5. Die Umsetzung der Timesharing-Richtlinie

a) Die Vorgaben der Timesharing-Richtlinie

Als jüngste bereits erlassene verbraucherrechtliche Sekundärrechtsnorm beruft sich die Timesharing-Richtlinie auf das Konzept der Vollharmonisierung und führt in Erwägungsgrund 3 aus:

„Um die Rechtssicherheit zu verbessern und die Vorteile des Binnenmarkts für Verbraucher und Unternehmen voll zum Tragen zu bringen, ist es erforderlich, die einschlägigen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten weiter aneinander anzugleichen. Daher sollten bestimmte Aspekte der Vermarktung, des Verkaufs und des Wiederverkaufs von Teilzeitnutzungsrechten und langfristigen Urlaubsprodukten sowie der Tausch von Rechten, die sich aus Teilzeitnutzungsverträgen ergeben, in vollem Umfang harmonisiert werden. Die Mitgliedstaaten sollten keine von dieser Richtlinie abweichenden nationalen Bestimmungen beibehalten oder erlassen dürfen.“

Zugleich wird, ebenso wie in Erwägungsgrund 9 der Verbraucherkredit-Richtlinie, in Erwägungsgrund 3 die Grenze der Vollharmonisierung präzisiert:

„In Bereichen, in denen keine harmonisierten Bestimmungen bestehen, sollte es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen, nationale Bestimmungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beizubehalten oder einzuführen.“

b) Das TNG 2011

Die Timesharing-Richtlinie war bis zum 23.02.2011 in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen (vgl Art 16 Abs 1 Timesharing-Richtlinie). Die Umsetzung in Österreich erfolgte durch Verabschiedung des Teilzeitnutzungsgesetzes 2011 (TNG 2011), welches am 23.02.2011 in Kraft trat.¹⁴⁶⁴

§ 1 Abs 1 TNG 2011 sieht vor:

„Dieses Bundesgesetz regelt bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungs-, Nutzungsvergünstigungs-, Tauschsystem- und Vermittlungsverträgen, die zwischen

¹⁴⁶² Vgl Art 9 DaKRÄG.

¹⁴⁶³ Vgl Art 11 DaKRÄG.

¹⁴⁶⁴ Gem § 19 Abs 2 TNG 2011 trat das Teilzeitnutzungsgesetz idF BGBl I 1997/32 mit Ablauf des 22. Februar 2011 außer Kraft, ist aber weiterhin auf Teilzeitnutzungsverträge anzuwenden, die vor dem 23. Februar 2011 geschlossen wurden.

einem Unternehmer und einem Verbraucher (§ 1 KSchG) angebahnt oder abgeschlossen werden.“

Ebenso wie die UWG-Novelle 2007 und das das FernFinG erstreckt also auch das TNG 2011 seinen persönlichen Geltungsbereich über jenen der umzusetzenden Richtlinie hinaus. Als Begründung ist dazu in den ErlBem der RV zu lesen:

„Dabei wird so wie im Teilzeitnutzungsgesetz, BGBl. I Nr. 32/1997, auf den Unternehmer- und den Verbraucherbegriff des Konsumentenschutzgesetzes abgestellt. Die österreichischen Bestimmungen stimmen mit den korrespondierenden Begriffen der Richtlinie, nämlich jenem des „Gewerbetreibenden“ im Sinn von Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe e der Richtlinie und jenem des „Verbrauchers“ im Sinn von Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe f der Richtlinie, nicht vollständig überein. Die damit verbundene Erweiterung des Anwendungsbereichs des Teilzeitnutzungsgesetzes 2011 gegenüber jenem der Richtlinie ist unionsrechtlich zulässig, weil nach Erwägungsgrund 4 der Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sein sollen, die Bestimmungen der Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen.“¹⁴⁶⁵

Wie oben nachgewiesen, ist dieser Rekurs auf Erwägungsgrund 4 der Timesharing-Richtlinie¹⁴⁶⁶ gar nicht erst nötig, da die Erstreckung des persönlichen Geltungsbereiches unionsrechtlich ohnedies zulässig ist: außerhalb des harmonisierten Bereichs harmonisiert die Richtlinie nämlich gar nicht.

B. AUSBLICK

1. Die Neugestaltung der Pauschalreise-Richtlinie

Die Pauschalreise-Richtlinie aus 1990 soll nach mehr als 20 Jahren in Geltung einer umfassenden Revision unterzogen werden. Nachdem das Europäische Parlament bereits in einer Entschließung aus dem Jahr 2002 einen erweiterten Anwendungsbereich der Pauschalreise-Richtlinie sowie die Neudefinition und Klarstellung des Verbraucherbegriffs der Richtlinie forderte¹⁴⁶⁷, veröffentlichte die Kommission 2007 ein Arbeitspapier¹⁴⁶⁸ um im Anschluss ein Konsultationsverfahren

¹⁴⁶⁵ EB RV 1028 BlgNR 24. GP 5.

¹⁴⁶⁶ „Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen. Die Mitgliedstaaten könnten daher nationale Bestimmungen entsprechend den Bestimmungen dieser Richtlinie oder einigen ihrer Bestimmungen für Geschäfte beibehalten oder einführen, die nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.“

¹⁴⁶⁷ Vgl Entschließung des Europäischen Parlaments zu den allgemeinen Aspekten der Verbraucherschutzpolitik sowie Information und Unterrichtung des Verbrauchers im Hinblick auf die Anwendung der Richtlinie 90/314/EWG (2001/2136(INI)), P5_TA(2002)0003 Punkte 1 und 7.

¹⁴⁶⁸ Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (26.07.2007) (abrufbar unter

durchzuführen¹⁴⁶⁹. Im November 2009 wurde von der Kommission ein neuerliches Konsultationsverfahren initiiert, die eingegangenen Stellungnahmen wurden in einem Kommissionsdokument vom März 2010¹⁴⁷⁰ zusammengefasst. Die Kommission plant gegenwärtig die Veröffentlichung eines Richtlinienvorschlags unter Einbeziehung aller Stellungnahmen und Vorschläge.

2. Das laufende Gesetzgebungsverfahren zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher

Nach massiver Kritik aus dem Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments¹⁴⁷¹ im laufenden Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung reagierte die Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, Viviane Reding, in ihrer Rede vor dem Binnenmarkt- und Verbraucherausschuss („IMCO“) des EP im März 2010 kalmierend, indem sie festhielt, dass der vorliegende Kommissionsvorschlag nicht in allen Bereichen das richtige Verbraucherschutzniveau beinhalte.¹⁴⁷² Weiters offerierte sie die Möglichkeit einer gezielten Vollharmonisierung, die allenfalls vollharmonisierten Regeln ausschließlich für Fernabsatzverträge vorsieht.¹⁴⁷³

Die Arbeit im IMCO-Ausschuss kulminierte bis dato in der Veröffentlichung eines 117-seitigen Entwurfs eines Berichts vom Berichterstatter MEP Andreas Schwab am 25.06.2010.¹⁴⁷⁴

http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011).

¹⁴⁶⁹ Vgl die Zusammenfassung der Stellungnahmen: Working Document of the Commission - Responses to the consultation on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – Summary of Responses (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary_responses_publication_final_30012007.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011).

¹⁴⁷⁰ Vgl Summary of responses to the consultation launched to gather stakeholders' opinions on the existing problems and preferred solutions in order to identify preferred policy options as part of the Commission's review of the Package Travel Directive (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/20100430_summary_responses.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011).

¹⁴⁷¹ Vgl die Anfänge 2009 bei *McCarthy*, Arbeitsdokument über den Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, PE423.778v02-00.

¹⁴⁷² Vgl *Reding*, The way forward on the Consumer Rights Directive, Speech 16.03.2010 - European Parliament, Committee on the Internal Market and Consumer Protection (abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100323ATT71197/20100323ATT71197EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011) 6: „*But it is clear that the proposal as it is today does not offer the right level of protection on all issues.*“.

¹⁴⁷³ Vgl *Reding*, The way forward on the Consumer Rights Directive 7: „*In a dossier such as this, we have to look to the most practical solution, and that includes giving serious consideration to the option of more targeted harmonisation. A possibility could be to go for fully harmonised rules on distance contracts and allow diverging national rules for face-to-face contracts.*“.

¹⁴⁷⁴ Vgl *Schwab*, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)) (25.06.2010), PE442.789v04-00.

Am 23.06.2011 wurde schließlich der Standpunkt des Europäischen Parlaments in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher festgelegt¹⁴⁷⁵, zur endgültigen Verabschiedung der Richtlinie fehlt nunmehr lediglich die Zustimmung des Rates.

Die für die vorliegende Untersuchung interessierenden Modifikationen der durch das EP angenommenen Fassung im Vergleich zum Richtlinienvorschlag der Kommission stellen sich wie folgt dar:

- 1.) Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher soll sachlich nur noch den Bereich der Fernabsatz- sowie der Haustürgeschäfts-Richtlinie umfassen. Dementsprechend werden diese beiden Richtlinien durch Art 31 idF des Standpunkts des Europäischen Parlaments auch aufgehoben.¹⁴⁷⁶ Die Klausel- und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sollen durch Art 32¹⁴⁷⁷ bzw 33¹⁴⁷⁸ der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher um jeweils eine Bestimmung betreffend die Öffnungsklauseln im Rahmen der Vollharmonisierung (siehe unten Punkt 4.)) ergänzt werden.

- 2.) Der Verbraucher wird in der durch das EP angenommenen Fassung in Art 2 Abs 1 definiert als

¹⁴⁷⁵ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 23. Juni 2011 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2011/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie des Rates 93/13/EWG und der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie des Rates 85/577/EWG und der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 97/7/EG, P7_TA(2011)0293.

¹⁴⁷⁶ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 31: „Die Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG in der Fassung der in Anhang II aufgeführten Richtlinien werden mit Wirkung vom ... aufgehoben. Verweise auf die aufgehobenen Richtlinien gelten als Verweise auf die vorliegende Richtlinie nach der Entsprechungstabelle im Anhang III.“.

¹⁴⁷⁷ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 32: „In die Richtlinie 93/13/EWG wird folgender Artikel eingefügt: ‚Artikel 8a 1. Erlässt ein Mitgliedstaat Vorschriften nach Artikel 8, insbesondere in folgenden Bereichen: - ob individuell ausgehandelte Vertragsklauseln oder die Angemessenheit, der Preis oder das Entgelt der Missbräuchlichkeitsprüfung unterliegen; - von Listen mit Vertragsklauseln, die als missbräuchlich gelten; so setzt er die Kommission hiervon sowie von allen nachfolgenden Änderungen in Kenntnis. 2. Die Kommission stellt sicher, dass die in Absatz 1 genannten Angaben den Verbrauchern und den Gewerbetreibenden leicht zugänglich sind, u. a. auf einer speziellen Website. 3. Die Kommission leitet die in Absatz 1 genannten Angaben an die anderen Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament weiter. Die Kommission hört die Beteiligten zu den von den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Angaben an.‘“.

¹⁴⁷⁸ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 33: „In die Richtlinie 1999/44/EG wird folgender Artikel eingefügt: ‚Artikel 8a 1. Erlässt ein Mitgliedstaat strengere Verbraucherschutzvorschriften gemäß Artikel 5 Absätze 1 bis 3 und Artikel 7 Absatz 1, so setzt er die Kommission hiervon sowie von allen nachfolgenden Änderungen in Kenntnis. 2. Die Kommission stellt sicher, dass die in Absatz 1 genannten Angaben den Verbrauchern und den Gewerbetreibenden leicht zugänglich sind, u. a. auf einer speziellen Website. 3. Die Kommission leitet die in Absatz 1 genannten Angaben an die anderen Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament weiter. Die Kommission hört die Beteiligten zu den von den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Angaben an.‘“.

„jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“.

Der Gewerbetreibende erfährt seine juristische Umschreibung in Art 2 Abs 2 als

„jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob sie sich im öffentlichen oder privaten Besitz befindet, die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge, einschließlich durch jede andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu den Zwecken handelt, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, sowie jede Person, die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“.

Sämtliche Begriffselemente waren auch bis dato Bestandteil unionsrechtlicher Verbraucher- und Unternehmerdefinition im Rahmen des verbrauchervertraglichen Sekundärrechts, weshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang lediglich, dass die deutsche Sprachfassung offenbar eine Erweiterung zur englischen enthält, deren Gewerbetreibendendefinition nicht auf die Wendung *„sowie jede Person, die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“* Rücksicht nimmt.¹⁴⁷⁹ Die englische Sprachfassung zur Timesharing- sowie zur UGP-Richtlinie, welche diese Beifügung in der Umschreibung des Gewerbetreibenden ebenfalls enthielten, bediente sich noch jeweils einer adäquaten Übersetzung dieser Wendung.¹⁴⁸⁰

In diesem Zusammenhang ist wohl von einem Redaktionsversehen auszugehen. Wie jedoch bereits oben zur UGP- und zur Timesharing-Richtlinie nachgewiesen, bedeutet die Erweiterung der Formel um *„jede Person, die im Namen oder im Auftrag eines Gewerbetreibenden handelt“* allerdings weder eine Erweiterung noch eine Einschränkung des Schutzbereiches. Die zusätzliche Beifügung der Wendung *„einschließlich durch jede andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt“* ist vielmehr als Konkretisierung dahingehend zu verstehen, dass in sämtlichen Fällen der Stellvertretung der Gewerbetreibende als vertretene Partei auch weiterhin als Unternehmer im Sinne des Sekundärrechtsaktes gilt,

¹⁴⁷⁹ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 2 Abs 2 der englischen Sprachfassung: *„trader’ means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for the purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by this Directive“.*

¹⁴⁸⁰ Vgl Timesharing-Richtlinie, Art 2 Abs 1 lit e: *„trader“ means a natural or legal person who is acting for purposes relating to that person’s trade, business, craft or profession **and anyone acting in the name of or on behalf of a trader“**; UGP-Richtlinie, Art 2 lit b: *„trader“ means any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession **and anyone acting in the name of or on behalf of a trader“**.* Hervorhebungen durch den Verfasser.*

und wurde wohl im Zuge der Entfernung der Figur des „Vermittlers“ (siehe sogleich Punkt 3.)) in den Richtlinien text integriert.

- 3.) Die Figur des „Vermittlers“ sowie die für diese vorgesehenen Rechtsfolgen werden pauschal aus der Richtlinie entfernt.
- 4.) Der Standpunkt des Europäischen Parlaments sieht in Art 4 unter der Überschrift „Grad der Harmonisierung“ vor:

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

Entsprechende Öffnungsklauseln enthält der Standpunkt des EP etwa in Art 3 Abs 4¹⁴⁸¹, Art 6 Abs 7¹⁴⁸² und 8¹⁴⁸³, Art 7 Abs 3¹⁴⁸⁴, Art 8 Abs 6¹⁴⁸⁵ sowie Art 9 Abs 3¹⁴⁸⁶.

Art 29 der Richtlinie soll ein Berichtssystem konkretisieren, welches vorsieht, dass ein, solche Öffnungsklauseln in Anspruch nehmender, Mitgliedstaat die Kommission binnen einer

¹⁴⁸¹ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 3 Abs 4: *„Die Mitgliedstaaten können beschließen, diese Richtlinie auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, bei denen der vom Verbraucher zu zahlende Gegenwert 50 EUR nicht überschreitet, nicht anzuwenden und keine entsprechenden nationalen Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder einzuführen. Die Mitgliedstaaten können in den nationalen Rechtsvorschriften einen niedrigeren Wert festsetzen.“*

¹⁴⁸² Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 6 Abs 7: *„Die Mitgliedstaaten können sprachliche Anforderungen in Bezug auf die Vertragsinformationen in ihrem nationalen Recht aufrechterhalten oder einführen, um damit sicherzustellen, dass diese Angaben vom Verbraucher ohne Weiteres verstanden werden.“*

¹⁴⁸³ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 6 Abs 8: *„Die in dieser Richtlinie festgelegten Informationspflichten gelten zusätzlich zu den Informationspflichten nach der Richtlinie 2006/123/EG und der Richtlinie 2000/31/EG und hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, zusätzliche Informationspflichten im Einklang mit jenen Richtlinien vorzusehen.“*

¹⁴⁸⁴ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 7 Abs 3: *„Wünscht ein Verbraucher, dass die Dienstleistung oder die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, oder von Fernwärme während der Widerrufsfrist gemäß Artikel 9 Absatz 2 beginnt, so verlangt der Gewerbetreibende, dass der Verbraucher einen entsprechenden Antrag auf einem dauerhaften Datenträger stellt.“*

¹⁴⁸⁵ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 8 Abs 6: *„Für telefonisch abzuschließende Fernabsatzverträge können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Gewerbetreibende dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die Mitgliedstaaten können ferner vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen.“*

¹⁴⁸⁶ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 9 Abs 3: *„Die Mitgliedstaaten verbieten den Vertragsparteien eine Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen während der Widerrufsfrist nicht. Die Mitgliedstaaten können jedoch bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechterhalten, die dem Gewerbetreibenden verbieten, die Zahlung innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsabschluss zu verlangen.“*

bestimmten Frist (zwei Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie) hiervon in Kenntnis zu setzen hat.¹⁴⁸⁷

Hinsichtlich der Auswirkungen der Vollharmonisierungsklausel auf den persönlichen Geltungsbereich des mitgliedstaatlichen Verbrauchervertragsrechts darf auf die detaillierte Analyse oben verwiesen werden.

Die notwendige formale Genehmigung des Entwurfs der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher durch den Rat wird im Herbst 2011 erwartet.

¹⁴⁸⁷ Vgl Standpunkt des Europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293, Art 29 Abs 1: „*Macht ein Mitgliedstaat von der Möglichkeit nach Artikel 3 Absatz 4, Artikel 6 Absätze 7 und 8, Artikel 7 Absatz 3, Artikel 8 Absatz 6 sowie Artikel 9 Absatz 3, Gebrauch, Alternativregelungen zu erlassen, so setzt er die Kommission bis zum ... hiervon sowie von allen nachfolgenden Änderungen in Kenntnis.*“. Vgl auch Art 29 Abs 2: „*Die Kommission stellt sicher, dass die in Absatz 1 genannten Angaben den Verbrauchern und den Gewerbetreibenden leicht zugänglich sind, u. a. auf einer speziellen Website.*“ sowie Abs 3: „*Die Kommission leitet die in Absatz 1 genannten Angaben an die anderen Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament weiter. Die Kommission hört die Beteiligten zu den von den Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellten Angaben an.*“.

X. LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS

Acquis Principles, deutsche Fassung, ZeuP 2007, 896 (Teil I) und 1152 (Teil II)

Apathy, Peter, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737

Artz, Markus, Die "vollständige Harmonisierung" des Europäischen Verbraucherprivatrechts, GPR 2009, 171

Augenhofner, Susanne, Ein „Flickenteppich“ oder doch der „große Wurf“? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken, ZfRV 2005, 204

Augenhofner, Susanne/Lurger, Brigitta, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, Zweite, neu bearbeitete Auflage, Springer-Verlag, Wien 2008

Basedow, Jürgen, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89

Basedow, Jürgen, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in *Schnyder, Anton K./Heiss, Helmut/Rudisch, Bernhard*, Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz – Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995, 11

Bauer, Philipp, Konsumentenschutz und Mietrecht, wobl 2000, 257

Beale, Hugh/Schulte-Nölke, Hans, Green Paper on the Review of the Consumer Acquis COM(2006) 744 final – Response submitted on behalf of the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/universitat_bielefeld.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Beig, Daphne/Größ, Stephan, Sonderprivatrechtliche Anknüpfung bei Vertragsübernahmen, RdW 2004, 519

Bender, Rolf, Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980,1 129

Benn-Ibler, Gerhard, Rechtsanwalt – Unternehmer, AnwBl 2003, 57

Berekoven, Ludwig, Neue Ansatzpunkte staatlicher Verbraucherpolitik, in: *Dichtl, Erwin* (Hrsg), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Duncker & Humblot, Berlin 1975, 113

Berger, Maria, Zur europäischen Entwicklung im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEuP 2009, 451

Berger, Silvia, Die Rom-I-Verordnung – was im Vergleich zum EVÜ anders wird, AnwBl 2009, 113

Biervert, Bernd/Fischer-Winkelmann, Wolf/Rock, Reinhard, Grundlagen der Verbraucherpolitik – eine gesamt- und einzelwirtschaftliche Analyse, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek bei Hamburg 1977

Blaurock, Uwe, Verbraucherkredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen Union, JZ 1999, 801

Bodewig, Theo, Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, DZWir 1997, 447

Borić, Tomislav /Rudolf, Claudia/Knaus, Michael, Rom-I-Verordnung – Neues Kollisionsrecht für Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente, eastlex 2009, 161

Brandner, Erich/Ulmer, Peter, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, BB 1991,701

Bülow, Peter, Der Verbraucherbegriff des BGB – Missverständnisse zur Vollharmonisierung – Erwiderung auf Jochen Hoffmann, WM 2006, 1513

Bundesministerium der Justiz (Berlin), Stellungnahme zu dem Grünbuch der Europäischen Kommission (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_bundesministerium.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Busch, Christoph, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Timeshare-Richtlinie – ein richtiger Schritt auf dem Weg zur Überarbeitung des Verbraucheracquis?, GPR 2008, 13

Bydlinski, Franz, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683

Bydlinski, Franz, Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz, in *Forstmoser, Peter/Schlupe, Walter R.* (Hrsg), Freiheit und Verantwortung im Recht – Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1982, 65

Bydlinski, Franz, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309

Bydlinski, Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Springer Verlag, Wien-New York 1967

Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Springer-Verlag, Wien 1996

Bydlinski, Michael, Reisevertragsrecht, in *Schuhmacher, Wolfgang* (Hrsg), Verbraucherschutz in Österreich und in der EG, Verlag Orac, Wien 1992, 211

Bydlinski, Peter/Haas, Susanne, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingesellschafters für Schulden „seiner“ GmbH? – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 7 Ob 315/01a vom 11.2.2002, ÖBA 2003, 11

Canaris, Claus-Wilhelm, Das Informations- und das Inhaltsschrankenmodell beim Konsumentenkredit – dargestellt an drei Grundproblemen, ÖBA 1990, 882

Commission Staff Working Paper – Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Dauner-Lieb, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Duncker & Humblot, Berlin 1983

Dehn, Wilma, Das UGB: Die wichtigsten Neuerungen, *ecolex* 2006, 274

Dehn, Wilma, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, *ÖJZ* 2006, 44

Dehn, Wilma, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, *ÖBA* 2009, 185

Dehn, Wilma, Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, ÖBA 2009, 185

Dehn, Wilma/Krejci, Heinz (Hrsg), Das neue UGB, SWK Sonderheft, Dezember 2005

Deixler-Hübner, Astrid, Konsumentenschutz: Rechtsgrundlagen – Rechtsdurchsetzung, 2., überarbeitete Aufl., Verlag Orac, Wien 1997

Denkinger, Fleur, Der Verbraucherbegriff - Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa, De Gruyter Rechtswissenschaften VerlagsgmbH, Berlin 2007

Dichtl, Erwin, zur Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 23

Dick, Hans, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung – Der Einfluß von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbraucherverschuldung und zur Verbraucherinformation (= Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 486; Zugl.: Regensburg, Diss., 1995), Verlag V. Florentz (VVF), München 1995

Dreher, Meinrad, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167

Drexl, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers - Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge (= Jus Privatum - Beiträge zum Privatrecht, Band 31), J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1998

Drexl, Josef, Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in *Lehmann, Michael* (Hrsg), Electronic Business in Europa – Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, Verlag C. H. Beck (München), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien) 2002, 473

Effer-Uhe, Daniel Oliver/Watson, Jonathan Mark, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7

Eidenmüller, Horst, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216

Eissler, Isabel, Die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge, *ecolex* 1998, 461

Ercher, Gerda/Rath, Stefanie, Regierungsvorlage betreffend die Umsetzung der Rom-I-Verordnung im IPRG (322 BlgNR 24. GP), *ASoK* 2009, 394.

Ernst, Wolfgang, Der „Common Frame of Reference“ aus juristischer Sicht *AcP* 208 (2008) 248

Faber, Wolfgang, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, *ZEuP* 1998, 854

Faber, Wolfgang, Gewinnzusagen und verständige Verbraucher, *wbl* 2003, 553

Faber, Wolfgang, Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Internationales Privatrecht, in *Eilmansberger, Thomas/Herzig, Günter* (Hrsg), *Europarecht – Jahrbuch 2009*, NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien–Graz 2009, 407

Fellner, Gernot, Time-sharing in Österreich – Zur Kodifikation des Time-sharings im Teilzeitnutzungsgesetz – TNG, *BGBI* 1997/32, *NZ* 1997, 276

Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg), *KSchG*, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (= Klang, Band 18), Verlag Österreich, Wien 2006

Fezer, Karl-Heinz, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *JZ* 1986, 817

Franke, Joachim, Manipulation oder Regulation des Verbrauchs durch Anwendung der Psychologie in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 81

Franzen, Martin, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, *Walter de Gruyter*, Berlin–New York 1999

Friedberg, Axel, Substitution und *KSchG*, *AnwBl* 1979, 258

Frizberg, Teresa, Der „politische“ gemeinsame Referenzrahmen, *ÖJZ* 2009, 801

Führich, Ernst, Das neue Reiserecht nach der Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, NJW 1994, 2446

Führich, Ernst, Zur Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie in deutsches Reisevertragsrecht, EuZW 1993, 347

Geiger, Rudolf, EUV/EGV – Kommentar: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Vierte Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2004

Glaesner, Hans-Joachim, Bemerkungen zur Interpretation von Art 100 a EWGV, in *Ress, Georg* (Hrsg), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung – wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Heinrich Matthies (= *Ress, Georg/Will, Michael R.* (Hrsg), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 137), Europa-Institut der Universität des Saarlandes 1987, 35

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Band II EUV/EGV (herausgegeben von Martin Nettesheim), 38. Ergänzungslieferung - Stand April 2009, Verlag C. H. Beck, München

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Band IV Sekundärrecht (herausgegeben von Manfred Wolf), 38. Ergänzungslieferung - Stand April 2009, Verlag C. H. Beck, München

Graf, Georg, Die EU-Vorgaben auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, in *Koppensteiner, Hans-Georg* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/I: Allgemeines Zivil- und Handelsrecht (= Österreichische Akademie der Wissenschaften – Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte, 650. Band; Veröffentlichungen der Kommission für Europarecht, internationales und ausländisches Privatrecht, Nr. 18), Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1997, 1

Graf, Georg, Die Regelung des Verbraucherkredits in der EG und in Österreich; in *Schuhmacher*, Verbraucherschutz 151

Graf, Georg, Richtlinienentwurf und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in *Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2009, 141

Graziani-Weiss, Wolfgang, Reiserecht in Österreich – Rechtslage nach Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie (= Verbraucherrecht und Verbraucherpolitik, Band 13), Verlag Österreich 1995

Griehsler, Gunther, Form und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungshandlungen im Handelsrecht, GesRZ 1973, 36

Gröner, Helmut/Köhler, Helmut, Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft – Ökonomische und rechtliche Aspekte des Konsumentenkredits (= Walter Eucken Institut – Vorträge und Aufsätze 114), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1987

Grünbuch zur Überprüfung des gemeinsamen Besitzstandes im Verbraucherschutz – Stellungnahme Österreichs (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/ms_austria.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Grundmann, Stefan, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht – Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht, JZ 1996,274

Grundmann, Stefan, Systemdenken und Systembildung, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Europäische Methodenlehre - Handbuch für Ausbildung und Praxis, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2006, 217

Gsell, Beate/Schellhase, Hans Martin, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?, JZ 2009, 20

Habersack, Mathias/Mayer, Christian, Die Problematik der überschießenden Umsetzung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 334

Hager, Günter, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980) 239

Haratsch, Andreas; Koenig, Christian; Pechstein, Matthias, Europarecht, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2006

Haybäck, Gerwin, Timesharing: Probleme des neuen Teilzeitnutzungsrechts, wbl 1997, 221.

Heiderhoff, Bettina, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. überarbeitete Auflage, Sellier. European Law Publishers., München 2007

Heiderhoff, Bettina, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts - Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung, Sellier. European Law Publishers., München 2004

Heiderhoff, Bettina/Kenny, Mel, Response to the Green Paper on the Consumer Acquis (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/hamburg_univ.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Heidinger, Albert, Die Schutz(un)würdigkeit des Verbrauchers bei drittfinanzierter Vermögenslage, Bemerkungen aus Anlaß der Entscheidung des OGH 29.3.1994, 1Ob599/93, WBI 1994, 393

Heinrichs, Helmut, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes – Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber, NJW 1996, 2190

Heinrichs, Helmut, Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung – Erweiterung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle, NJW 1995, 153

Heiss, Helmut, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I“ und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, JBI 2006, 750

Heiss, Helmut, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, ZEuP 1996, 625

Helm, Johann Georg, Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 61

Henkel, Alexandra, Inhaltskontrolle von Finanzprodukten der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, TENEA Verlag für Medien, Berlin 2004

Herre, Johnny/Hondius, Ewoud/Alpa, Guido, The notions of consumer and professional (abrufbar unter www.sgecc.net, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Hesselink, Martijn, The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?, Briefing note prepared for a European Parliament Expert hearing (IMCO Committee) concerning the proposal for a directive on consumer rights, on 2 March 2009 in Brussels (abrufbar unter

<http://www.jur.uva.nl/csecl/news.cfm/5F7839CD-1321-B0BE-A41B920971C302EC#p5>,

zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Hesselink, Martijn, Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive, ERPL 2010, 57

Hirsch, Günter, Die Europäisierung des Privatrechts, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Die Europäisierung des Privatrechts – Praxishefte zum Europäischen Privatrecht, Heft 1 (2006) 9

Hobsbawm, Eric, Industrie und Empire 2 – Britische Wirtschaftsgeschichte seit 1750 [aus dem Engl. übers. von Ursula Margetts], Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1969

Hoffmann, Dieter, „Gerechtigkeitsprinzipien“ im Europäischen Verbraucherprivatrecht – Fortschreitende Privatrechtskodifikation als Teil des sozialen Europas, in *Krämer, Ludwig/Micklitz, Hans-Werner/Tonner, Klaus* (Hrsg), Law and diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber amicorum Norbert Reich (= *Micklitz, Hans-Werner* (Hrsg), Schriftenreihe des Vereinigten Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V., Band 3), Nomos Verlag, Baden-Baden 1997, 291

Hoffmann, Jochen, Der Verbraucherbegriff des BGB nach Umsetzung der Finanz-Fernabsatzrichtlinie, WM 2006, 560

Hofmann, Christian, Veränderte Aufklärungs- und Interessenswahrungspflichten im Bankvertragsrecht nach MIFID und der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie, in *Riesenhuber, Karl* (Hrsg), Perspektiven des Europäischen Schulvertragsrechts (= Praxishefte zum Europäischen Privatrecht – Heft 4), De Gruyter Recht, Berlin 2008, 71

Hommelhoff, Peter, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts (= Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 218), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg 1996

Hommelhoff, Peter/Wiedenmann, Kai-Udo, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen- Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht, ZIP 1993, 562

Hondius, Ewoud, The Notion of Consumer: European Union versus Member States, Sidney Law Review 2006, 89

Hondius, Ewoud, The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward, ERPL 2010, 103

Hopf, Gerhard, Vor einer neuerlichen Reform des Gewährleistungsrechts? [Tagungsbericht], ÖJZ 2009, 97

Howells, Geraint, European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence, in *Grundmann, Stefan/Stuyck, Jules* (Hrsg), An Academic Green Paper on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague 2002, 73 ff

Howells, Geraint/Schulze, Reiner, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, in *Howells, Geraint/Schulze, Reiner* (Hrsg), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Sellier. European Law Publishers., München 2009, 3

Howells, Geraint/Weatherill, Stephen, Consumer Protection Law (Second Edition), Ashgate Publishing Limited, Aldershot 2005

Huemer, Daniela, Neue Rechtsprechung zur Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern – Auswirkung insb auf die Gestaltung von Optionsverträgen, JBl 2007, 647

Huguenin, Claire, Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung, GPR 2009, 159

Hutt, William Harold, Economists and the public – A study of competition and opinion, Transaction publishers, Edison (USA) 1990

Jaksch-Ratajczak, Wojciech, Der Liegenschafts Kauf als Verbrauchergeschäft, wobl 2003, 37

Jansen, Nils /Zimmermann, Reinhard, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113

Jesser, Helga/Kiendl, Doris, Time-Sharing in Österreich – Die Umsetzung der EG-Richtlinie über Teilzeitnutzungsrechte, WoBl 1997, 11

Jud, Brigitta, Verbrauchsgüterkauf, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 119

Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane, Position Paper – Vienna Conference on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Consumer Rights, COM(2008) 614 final, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 189

Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane, Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher – Ein akademisches Positionspapier, *ecolex* 2009, 279

Junker, Abbo, Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch – Der Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf, *DZWir* 1997, 271

Kathrein, Georg, Europäisches Vertragsrecht - Österreichische Haltung, in *Schulze, Reiner* (Hrsg), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, Sellier. European Law Publishers., München 2008

Kathrein, Georg, Reformbedarf im Verbraucherrecht, in *Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg/Schauer, Martin* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008, 135

Keiler, Stephan, Reisemangel durch Vorverlegung des Rückflugs – Ansprüche nach der Pauschalreise-RL und der Fluggäste-VO, *Zak* 2007, 263

Keinert, Heinz, Anwendung des UGB schon aufgrund von Vorbereitungsgeschäften?, *JBI* 2007, 299

Keinert, Heinz, Das neue Unternehmensrecht - Übersicht für Studium und Praxis sowie systematische Darstellung, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006

Kemper, Rainer, Verbraucherschutzinstrumente, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994

Kiendl, Doris, Die Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das österreichische Recht, *JBI* 1995, 87

Kilian, Benno, Der Verbraucherbegriff in der Europäischen Union – Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, 1998

Klausner, Alexander, EuGVÜ und EVÜ, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, mit Lugano. Übereinkommen und Novellen zum IPRG und KSchG, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1999

Kleindiek, Detlef, Aspekte gemeinschaftsweiter Privatrechtsangleichung: Ein Sonderprivatrecht für Verbraucher?, in *Hommelhoff, Peter/Jayme, Erik/Mangold, Werner* (Hrsg), Europäischer Binnenmarkt – Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung – Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1994 in Heidelberg (= Motive-Texte-Materialien (MTM), Band 68), C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg 1995, 297

Kleinschmidt, Jens, Der Gemeinsame Referenzrahmen in der Diskussion: Bericht zu den Diskussionen auf dem ZEuP-Symposium in Graz, ZEuP 2007, 294

Knobel, Ulrike, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit (= Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 235), Duncker & Humblot, Berlin 2000

Köndgen, Johannes, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 133

König, Wolfgang, Geschichte der Konsumgesellschaft (= Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte: Beihefte; Nr. 154), Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2000

Kosesnik-Wehrle, Heinz/Lehofer, Hans Peter/Mayer, Gottfried/Langer, Stefan, Konsumentenschutzgesetz – Kurzkomentar, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004

Koziol, Helmut, Verbraucherschutz als Selbstzweck oder als Mittel sachgerechter Interessenswahrung?, in: *Eccher, Bernhard/Nemeth, Kristin/Tangl, Astrid* (Hrsg), Verbraucherschutz in Europa - Festgabe für em.o.Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer, M.C.L., Verlag Österreich, Wien 2002, 101

Koziol, Helmut, Zivilrechtliche Gedanken zum Verlagsvertrag I - Der Vertrag zwischen Autor und Verleger als Verbrauchergeschäft, JBl 2002, 766

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13., neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007

Kramer, Ernst A., Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, in *Kramer, Ernst A.*, Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts – Beiträge aus den Jahren 1969-1996, Helbing & Lichtenhahn (Basel/Frankfurt am Main); Verlag C. H. Beck (München); Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien) 1997, 69

Kramer, Ernst A., Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, in *Kramer, Theorie* 171

Kramer, Ernst A., Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechts, in *Kramer, Ernst A./Mayrhofer, Heinrich* u.a., Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (= *Floretta, Hans/Strasser, Rudolf* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Sozialpolitik, Zwölfter Band), MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1977, 9

Kramer, Ernst A., Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechts, in *Kramer, Theorie* 237 (= *Kramer, Ernst A.*, Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechts – Ein Bericht über die Lage in Österreich und der Schweiz vor dem Hintergrund der aktuellen deutschen Diskussion *KritV* 1986, 270)

Krämer, Ludwig, EWG – Verbraucherrecht (= *Schwarze, Jürgen* (Hrsg), Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 118), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1985

Krebs, Peter, Verbraucher, Unternehmer oder Zivilpersonen – Zur Einordnung von BGB-Gesellschaften und anderen „Verbänden“ ohne eigenes Gewerbe oder selbstständige berufliche Tätigkeit, *DB* 2002, 517

Krejci, Heinz (Hrsg.)/*Bydlinski, Sonja/Dehn, Wilma/Schauer, Martin*, Reform-Kommentar UGB/ABGB, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007

Krejci, Heinz, Der Vertragsrücktritt nach § 54 Absatz 3 und § 60 Gewerbeordnung, *ÖZW* 1976, 97

Krejci, Heinz, Einführung, in *Krejci, Heinz/Schilcher, Bernd/Steininger, Viktor*, Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht (1978), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1978, 11

Krejci, Heinz, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in *Krejci, Heinz* (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Orac Verlag, Wien 1981, 209

Krejci, Heinz, HGB-Reform und freie Berufe, *AnwBl* 2003, 67

Krejci, Heinz, in *Rummel, Peter* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4, Dritte Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2002

Krejci, Heinz, Ist das Verbraucherrecht ein Rechtsgebiet?, in FS Mayrhofer 119

Krejci, Heinz, Konsumentenschutzgesetz (Kommentar), Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, Wien 1986

Krejci, Heinz, KSchG und ABGB, in *Krejci*, Handbuch 85

Krejci, Heinz, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im „Handelsrecht“, in *Koziol, Helmut/Rummel, Peter* (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit - Festschrift für Franz Bydlinski, Springer-Verlag, Wien 2002, 219

Krejci, Heinz, Pacta sunt incerta – Zur relativen Verbindlichkeit von Verbrauchergeschäften, in *Simotta, Daphne-Ariane* (Hrsg), Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven - Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag, LexisNexis ARD Orac, Wien 2002, 143

Krejci, Heinz, Zehn Jahre Konsumentenschutzgesetz, in *Aicher, Josef/Koppensteiner, Hans-Georg* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht - Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien 1990, 161 (auch abgedruckt in *Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie*, Sektion II (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1988-1989 (= Verbraucherrecht - Verbraucherpolitik, Band 5), Verlag Österreichische Staatsdruckerei, 85)

Kresbach, Georg/Rathkolb, Gregor/Öllinger, Gerhard, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen EVÜ 1980, Erstes und Zweites Brüsseler Protokoll über die Auslegung des EVÜ durch den EuGH, Österreichisches Beitrittsübereinkommen zum EVÜ, IPRG idF der Nov 1998 und 1999, KSchG-Nov 1998, Vollständiger Bericht von Giuliano und Lagarde zum EVÜ, Linde Verlag Wien, 1999

Kroeber-Riel, Werner/Weinberg, Peter, Konsumentenverhalten, 8. Aktualisierte und ergänzte Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2003

Kuhlmann, Eberhard, Das Informationsverhalten der Konsumenten, Verlag Rombach, Freiburg 1970

Kuhlmann, Eberhard, Verbraucherpolitik. Grundzüge ihrer Theorie und Praxis., Verlag Franz Vahlen, München 1990

Kühnberg, Stefanie, Die Konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage, Verlag Österreich, Wien 2006

Kuneva, Meglena, Stakeholders' Conference on the „Review of the Consumer Acquis“ (Speech) (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/speech_kuneva.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Laimer, Simon, “Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung – Inhalte – Anwendung” – Ein Tagungsbericht, JBl 2008, 605

Landes, David S., Der entfesselte Prometheus – Technologischer Wandel und industrielle Entwicklung in Westeuropa von 1750 bis zur Gegenwart [aus dem Englischen von Franz Becker], Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln 1973

Lando, Ole/ Nielsen, Peter Arnt, The Rome I Regulation, CML Review 2008, 1687

Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg), Principles of European Contract Law Parts I and II – Combined and Revised. Prepared by the Commission on European Contract Law., Kluwer Law International, Den Haag-London-Boston 2000

Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, André/Zimmermann, Reinhard (Hrsg), Principles of European Contract Law Part III, Kluwer Law International, Den Haag-London-Boston 2003.

Längle, Philipp, Gründungsgeschäfte werdender Unternehmer im Spannungsfeld zwischen HGB und KSchG, in *Bernat, Erwin/Böhler, Elisabeth/Weilinger, Arthur* (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft - Festschrift Heinz Krejci, Verlag Österreich, Wien 2001, Bd I, 227

Lehmann, Friederike, Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht (= Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 3210; Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2000), Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt/Main 2002

Lehmann, Michael, Electronic Business und Europäisches Wirtschaftsrecht – Ein Überblick, in *Lehmann*, Electronic Business 18

Leible, Stefan, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in *Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner* (Hrsg), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte (= *Schulze, Reiner* (Hrsg), Europäisches Privatrecht, Sektion B: Gemeinsame Rechtsprinzipien, Band 9), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, 353

Leible, Stefan, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558

Leible, Stefan, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht - Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der Europäischen Integration", Bonn, den 08.12.2008, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht - Vorträge und Berichte - Nr. 173 (herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums), abrufbar unter <http://www.zew.uni-bonn.de/pdf/Heft%20173%20Leible.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011

Leible, Stefan, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469

Lenz, Carl-Otto/Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg), EUV/EGV - Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2006

Lieb, Manfred, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978) 196

Loos, Marco, Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, ERPL 2010, 15

Loos, Marco, Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer rights directive, in *Stürner, Michael* (Hrsg), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, Sellier. European Law Publishers., München 2010, 47

Loos, Marco, Review of the European consumer acquis, GPR 2008, 117

Loos, Marco, Review of the European Consumer Acquis, Sellier. European Law Publishers., München 2008

Lurger, Brigitta, Das europäische Vertragsrechtsprojekt zwischen Marktfunktionalismus und sozialer Gerechtigkeit, in *Wagner, Alice/Wedl, Valentin* (Hrsg), Bilanz und Perspektiven zum europäischen

Recht – Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre römische Verträge, Verlag des ÖGB GmbH, Wien 2007, 359 ff

Lurger, Brigitta, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Springer-Verlag, Wien 2002

Lurger, Brigitta, Integration des Verbraucherrechts in das ABGB?, in: *Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Schauer, Martin* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend – Reformbedarf und Reform – Symposium, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003, 111

Lurger, Brigitte, Vertragliche Solidarität – Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, Europäisches Privatrecht (= *Basedow, Jürgen* (Hrsg), Sektion A.: Einheitsrecht, Band 6), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998

Lutter, Marcus, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593

Maennel, Frithjof A., Die europäische Richtlinie zum Electronic Commerce, in *Lehmann*, Electronic Business 44

Mak, Vanessa, Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation?, ERPL 2010, 55

Mankowski, Peter, Die Rom I-Verordnung - Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133

Mansel, Heinz-Peter, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts, AcP 204 (2004) 396

Mäsch, Gerald, Die Time-Sharing-Richtlinie – Licht und Schatten im europäischen Verbraucherschutzrecht, EuZW 1995, 9

Mayrhofer, Heinrich, Anmerkungen zur Umsetzung der EG-Pauschalreisenrichtlinie in das KSchG, ZfRV 1995, 229

Meinhart, Walter, Konsumentenschutz und Immobilienrecht, ImmZ 1980, 5

Merli, Franz, Öffentliches Recht als Instrument des Verbraucherschutzes, in *Aicher, Josef/Holoubek, Michael* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen: Ausgestaltung im öffentlichen Recht und im Privatrecht, Verlag Orac, Wien 2000, 1

Merten, Detlef, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in *Merten, Detlef* (Hrsg), Die Subsidiarität Europas, zweite, durchgesehene Auflage (= *Magiera, Siegfried/Merten, Detlef* (Hrsg), Schriften zum Europäische Recht, Band 16), Duncker & Humblot, Berlin 1994, 77

Meškić, Zlatan, Europäisches Verbraucherrecht – gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008

Meyer-Dohm, Peter, Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, Untersuchungen zur Stellung des Konsumenten in der marktwirtschaftlichen Ordnung, Verlag Rombach, Freiburg im Breisgau 1965

Micklitz, Hans-Werner, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1993, 522

Micklitz, Hans-Werner, Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-Acquis – Rechtspolitischer Überblick und Zukunftsperspektiven, in *Wagner/Wedl*, Bilanz und Perspektiven 293 ff

Micklitz, Hans-Werner, Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG 1. Auf dem Weg zu einem europäischen Verbrauchervertriebsrecht, ZEuP 1999, 875

Micklitz, Hans-Werner, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999,485

Micklitz, Hans-Werner, Divergente Ausgangsbedingungen des Verbraucherrechts in West und Ost, in *Micklitz, Hans-Werner* (Hrsg), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? – Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten (= *Micklitz, Hans-Werner* (Hrsg), Schriftenreihe des Vereinigten Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V., Band 1), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, 3

Micklitz, Hans-Werner, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229

Micklitz, Hans-Werner, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des Europäischen Privatrechts, in FS Reich 245

Micklitz, Hans-Werner, The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 47

Micklitz, Hans-Werner/Reich, Norbert, Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a "Directive on Consumer Rights", CML Review 2009, 471

Micklitz, Hans-Werner/Reich, Norbert, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“, EuZW 2009, 279

Micklitz, Hans-Werner/Reich, Norbert, Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union – Perspektiven für 1993, EuZW 1992, 593

Micklitz, Hans-Werner/Reich, Norbert/Weatherill, Stephen, EU Treaty Revision and Consumer Protection, JCP 2004, 373

Mohr, Jochen, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neu geschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht, AcP 204 (2004) 660

Nemeth, Kristin, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa – Art 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherschutzrichtlinien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2000

Neumann, Manfred, Wahlfreiheit und Konsumentensouveränität, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 11

Oehler, Karl-Heinz, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus deutscher Sicht, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 15

Paparseniou, Paraskevi, Der Verbrauchsgüterkauf unter bevorstehender Reform: Streitfragen im Hinblick auf den Richtlinienvorschlag über die Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 275

Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 159

Peiffer, Thomas, Ein zweiter Anlauf des deutschen Bürgschaftsrechts zum EuGH, NJW1996, 3297

Pfeiffer, Thomas, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 21

Pfeiffer, Thomas, Haustürwiderrufsgesetz und Bürgschaft, Ein Beitrag zur causa „kausaler“ Sicherungsgeschäfte und zum europäischen Zivilrecht, ZBB 1992, 1

Pfeiffer, Thomas, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU – Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht, AcP 208 (2008) 227

Pittl, Raimund, Gedanken zur „Time-Sharing-Richtlinie“ der EG und zum Eigentum auf Zeit, WoBl 1995, 209

Posch, Willibald, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht? Zur Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, mit der ein Aktionsplan für ein „kohärentes europäisches Vertragsrecht“ vorgestellt wird, wbl 2003, 197

Posch, Willibald, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 40

Pöttler, Gerhard, Vergleichende Verbraucherschutzrichtlinienumsetzung in europäischen Mitgliedstaaten (= Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht, Bd.11; Zugl.: Salzburg Univ., Diss., 2000), Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt/Main 2001

Prisching, Margareth, Der Gemeinsame Referenzrahmen. (GRR) – ein Begriff in aller Munde, ZfRV 2007, 12

Prunbauer, Martin, Ist der Rechtsanwalt Unternehmer iS des Konsumentenschutzgesetzes?, JBl 1981, 417

Rauter, Roman Alexander, Unternehmer statt Kaufmann, JAP 2005/2006/17

Reding, Viviane, The way forward on the Consumer Rights Directive, Speech 16.03.2010 - European Parliament, Committee on the Internal Market and Consumer Protection (abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100323ATT71197/20100323ATT71197EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Reich, Norbert, A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?, JCP 2005, 383

Reich, Norbert, Cross-border consumer protection, in *Micklitz, Hans-Werner/Reich, Norbert/Rott, Peter*, Understanding EU Consumer Law, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2009, 263

Reich, Norbert, Das Phantom „Verbraucherrecht“ – Erosion oder Evolution des Privatrechts? – Einige Bemerkungen zu Dreher, Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167

Reich, Norbert, Economic law, consumer interests and EU integration, in *Micklitz/Reich/Rott*, Understanding EU Consumer Law 1

Reich, Norbert, Markt und Recht: Theorie u. Praxis d. Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland (= Demokratie und Rechtsstaat, Band 35), Luchterhand Verlag, Neuwied, Darmstadt 1977

Reich, Norbert, Von der Minimal- zur "Halbharmonisierung" - Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten, ZEuP 2010, 7

Reich, Norbert, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187

Reich, Norbert/ Tonner, Klaus/ Wegener, Hartmut, Verbraucher und Recht – Überholte Konzeptionen, Lücken und Mängel in wichtigen Verbrauchergesetzen und die Praxis der Rechtsprechung, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1976

Reich, Norbert/Micklitz, Hans-Werner, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003

Reichert-Facilides, Fritz, Verbraucherschutz – Versicherungsnehmerschutz: Überlegungen im Blick auf das Projekt: "Restatement des Europäischen Versicherungsvertragsrechts", in FS Mayrhofer 179

Reifner, Udo, Der Schutzbereich des Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978, 203

Reindl, Peter, Entstehung und Konzeption des KSchG, in *Krejci*, Handbuch 71

Remien, Oliver, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, 34

Remien, Oliver, Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens: Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18.4.2008, GPR 2008, 124

Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (Hrsg), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I - Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Sellier. European Law Publishers., München 2007

Ress, Georg, Löst Art 100 a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung des einheitlichen Binnenmarktes?, in *Ress*, Rechtsangleichung 9

Riedler, Andreas, Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse! – Studien zum Reformbedarf der §§ 938 bis 1292 ABGB de lege lata et ferenda aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 73

Riehm, Thomas, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006,1035

Riepl, Gundula, Europäischer Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft (= Neue Juristische Monografien, Band 14; Zugl.: Linz, Diss., 2002), NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien/Graz 2002

Riesenhuber, Karl, Die Auslegung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre 245

Riesenhuber, Karl, Europäisches Vertragsrecht, Zweite, neu bearb. Aufl., De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2006

Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin 2003

Riss, Olaf, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, Anmerkungen zur Entscheidung OGH 11.10.2006,7 Ob 78/06f, wobl 2007, 62

Rösler, Hannes, Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung, Verlag C.H.Beck, München 2004

Rott, Peter/Terryn, Evelyn, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, *ZeUP* 2009, 456

Rudolf, Claudia, Rom-I-Verordnung ab 17.12.2009 maßgebend, *ecolex* 2009, 1116

Rudolf, Claudia, Rom-I-Verordnung, *ecolex* 2008, 1069

Rutgers, Jacobien W./Sefton-Green, Ruth, Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse, *ERPL* 2008, 427

Saria, Gerhard, Vereinsmitgliedschaft und KSchG, *RdW* 2000, 199

Scarso, Alessandro, Unternehmer als Vertragsparteien, Die Anwendbarkeit des Gesetzes über missbräuchliche Klauseln –Entscheidung des Tribunale die Roma vom 20. Okt. 1999, *ZEuP* 2001, 379

Schauer, Martin, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, *ÖJZ* 2006, 64

Schauer, Martin, Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, *ABGB* 2011, 51

Scherhorn, Gerhard, Gesucht: der mündige Verbraucher - Grundlagen eines verbraucherpolitischen Bildungs- und Informationssystems, Droste Verlag, Düsseldorf 1973

Scherhorn, Gerhard, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen 1975

Schilcher, Bernd, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in *Aicher/Holoubek*, Schutz von Verbraucherinteressen 124

Schilcher, Bernd, Die Regeln über das Verbrauchergeschäft und das ABGB, in *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 58

Schinkels, Boris, Zu den Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen auf nationale Umsetzungsspielräume, *GPR* 2005, 109

Schlechtriem, Peter, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf, *JZ* 1997, 441

Schmidt, Eike, Von der Privat- zur Sozialautonomie – Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem - Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12.3.1980, JZ 1980, 151

Schmidt, Karsten, „Unternehmer“ – „Kaufmann“ – „Verbraucher“ - Schnittstellen im „Sonderprivatrecht“ und Friktionen zwischen §§ 13, 14 BGB und §§ 1 ff. HGB, BB 2005,837

Schmidt-Kessel, Martin, Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 21

Schmidt-Kessel, Martin/Schubmehl, Silvan, Neues aus Brüssel, GPR 2008, 308

Schmidt-Rimpler, Walter, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130

Schneider, Tilman, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 1974, 764

Schön, Rosemarie, Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Grünbuch – Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/WirtschaftskammerOsterreich.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Schuhmacher, Wolfgang, Der Konsumentenschutzgedanke in der österreichischen Rechtsordnung – Zur Position des KSchG im System eines umfassenden Konsumenten(schutz)rechts, in *Krejci*, Handbuch 1

Schuhmacher, Wolfgang, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (= Juristische Schriftreihe Band 4), Verlag der österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1981

Schuhmacher, Wolfgang, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (= *Aicher, Josef; Funk, Bernd-Christian; Korinek, Karl; Krejci, Heinz; Ruppe, Hans-Georg* (Hrsg), Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Band 8), Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien 1983

Schulte-Nölke, Hans, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR, in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 29

Schütz, Oliver, Die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und deren Umsetzung in Österreich, in *Fletzberger, Bernd/Schopper, Alexander* (Hrsg), Fernabsatz von Finanzdienstleistungen – Praxishandbuch inkl Richtlinienentwurf, Gesetzestext und Materialien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien 2004, 19

Schwab, Andreas/Verlage, Christopher, Die EU-Verbraucherrechts-Richtlinie: Motor oder Bremse für grenzüberschreitende Einkäufe?, *EuZW* 2009, 873

Schwartz, Andreas, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, *ZEuP*, 2000, 544

Schwarz, Ivo E., Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, *ZEuP* 1994, 559

Schwarze, Jürgen (Hrsg)/*Becker, Ulrich/Hartje, Armin/Schoo, Johann* (Mithrsg), EU-Kommentar, Zweite Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009

Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter, Europarecht, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007

Schwimmann, Michael (Hrsg), ABGB – Praxiskommentar; 3., neu bearbeitete Auflage, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2006

Schwintowski, Hans-Peter, Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht, *ZEuP* 1994, 294

Simitis, Konstantin, Verbraucherschutz: Schlagwort oder Rechtsbegriff?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1976

Singer, Reinhard, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, *JZ* 1995, 1133

Sloot, Lars, Die Lehre von den implied powers im Recht der Europäischen Gemeinschaften (Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2005), Shaker Verlag – GmbH, Aachen 2005

Smith, Adam, Der Wohlstand der Nationen – Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen [aus dem Englischen übertragen und mit einer umfassenden Würdigung des Gesamtwerkes von Horst Claus Recktenwald], Deutscher Taschenbuchverlag, München 1974

Smits, Jan, Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, ERPL 2010, 5

Sonnenberger, Hans Jürgen, Das französische Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (conditions generales), RIW 1990, 165

Stabentheiner, Johannes, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus österreichischer Sicht, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 1

Stabentheiner, Johannes, Probleme bei der Umsetzung zivilrechtlicher EU-Richtlinien am Beispiel der Time-Sharing-Richtlinie, JBl 1997, 65

Staudenmayer, Dirk, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393

Staudenmayer, Dirk, Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts – Bausteine für ein europäisches Privatrecht?, in *Schulte-Nölke/Schulze*, Rechtsangleichung 63

Stein, Torsten, Subsidiarität als Rechtsprinzip?, in *Merten*, Subsidiarität 23

Steindorff, Ernst, Grenzen der EG-Kompetenzen, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1990

Stolte, Stefan, Versandhandel und Verbraucherschutz – Entstehung und Genese in rechtshistorischer Perspektive, Böhlau Verlag Köln, Weimar-Wien 2005

Straube, Manfred (Hrsg), Kommentar zum HGB I, Dritte Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003

Streinz, Rudolf, Der Vertrag von Lissabon und die Privatrechtsangleichung, in *Stürner*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 23

Streinz, Rudolf (Hrsg), EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, Verlag C. H. Beck, München 2003

Streinz, Rudolf, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in *Everling, Ulrich/Roth, Wulf-Henning* (Hrsg), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt: Referate des 7. Bonner Europa-Symposiums vom 27. April 1996, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, 9

Stromer von Reichenbach, Wolfgang, Verbraucherschutz in der Vergangenheit, in *Dichtl*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft 97

Study Group on a European Civil Code (Hrsg), Principles of European Law, Band I-XIV, Sellier. European Law Publishers., München 2006-2011

Study Group on a European Civil Code (Hrsg)/*Drobnig, Ulrich*, Principles of European Law – Personal Security (PEL Pers.Sec.), Sellier. European Law Publishers., München 2007

Study Group on a European Civil Code (Hrsg)/*Hondius, Ewoud/Heutger, Viola/Jeloschek, Christoph/Sivesand, Hanna/Wiewiorowska, Aneta*, Principles of European Law – Sales, Sellier. European Law Publishers., München 2008

Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Full Edition, Sellier. European Law Publishers., München 2009

Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)/von Bar, Christian/Clive, Eric, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Full Edition - Volume I, Sellier. European Law Publishers., München 2009

Stürner, Michael, Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung, in *ders*, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht 3

Stuyck, Jules, European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the internal market?, CML Review 2000, 367

Stuyck, Jules, Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law, in FS Reich 279

Stuyck, Jules, Unfair Terms, in *Howells/Schulze*, Modernising and Harmonising 123

Summary of responses to the consultation launched to gather stakeholders' opinions on the existing problems and preferred solutions in order to identify preferred policy options as part of the Commission's review of the Package Travel Directive, abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/20100430_summary_responses.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Tamm, Marina, Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, EuZW 2007, 756

Taschner, Claudius, Qualifizierte Mehrheit für Maßnahmen der Rechtsangleichung?, in *Ress*, Rechtsangleichung 87

Taschner, Hans Claudius, Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht, in *Everling/Roth*, Mindestharmonisierung 159

Tautscher, Anton, Wirtschaftsgeschichte Österreichs auf der Grundlage abendländischer Kulturgeschichte, Duncker & Humblot, Berlin 1974

Text of the Acquis Principles (Official Translation into German, Chapters 1-8 (abrufbar unter [http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=i25ov37o1ch21n75rkmg7ad66&p=home&s=Draft%20of%20the%20Acquis%20Principles%20\(German%2C%20Chapter%201-8\)&UID=i25ov37o1ch21n75rkmg7ad66](http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=i25ov37o1ch21n75rkmg7ad66&p=home&s=Draft%20of%20the%20Acquis%20Principles%20(German%2C%20Chapter%201-8)&UID=i25ov37o1ch21n75rkmg7ad66), zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

The proposal for a directive on consumer rights: scope, relationship with national general contract law and relationship with other community legislation, 09.10.2009 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/note_CDR_en.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Tonner, Klaus, Die EG-Richtlinie über Pauschalreisen, EuZW 1990, 409

Tonner, Klaus, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996 11, 533

Tonner, Klaus, Für einen starken Verbraucherschutz in Europa und den Mitgliedstaaten (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/rostock.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Tonner, Klaus/Tamm, Marina, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht, JZ 2009, 277

Tumpel, Herbert/Ettl, Johanna, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Grünbuch „Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“ (abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/BAK.pdf, zuletzt abgerufen am 15.09.2011)

Twigg-Flesner, Christian, No sense of purpose or direction? The modernisation of European Consumer Law, ERCL 2007, 198

Ultsch, Michael, Der einheitliche Verbraucherbegriff - §§ 13, 14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben (Zugl.: München, Univ., Diss., 2005), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006

van Miert, Karel, Verbraucher und Binnenmarkt – Drei-Jahres-Aktionsplan der Kommission, EuZW 1990, 401

von Gierke, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin 1889

von Hippel, Eike, Der Schutz des Schwächeren, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1982

von Hippel, Eike, Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ 1972,417

von Hippel, Eike, Verbraucherschutz, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1986

Wagner, Matthias, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Duncker & Humblot, Berlin, 2001

Weber, Rolf, Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht, in FS Meier-Hayoz 419

Weitnauer, Hermann, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (= Schriftenreihe - Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 123), C. F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe 1975

Welser, Rudolf, Das Konsumentenschutzgesetz in der Rechtsprechung, in: *Barfuß, Walter/Torggler, Hellwig/Hauer, Christian/Wiltschek, Lothar/Kucsko, Guido* (Hrsg), Wirtschaftsrecht in Theorie und

Praxis – Gedenkschrift für Fritz Schönherr, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1986, 325

Welser, Rudolf, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 1, JBl 1980, 72 (Fortsetzung)

Welser, Rudolf, Österreich und der gemeinschaftliche Besitzstand im Verbraucherschutz – Bemerkungen zum „Grünbuch“, ZfRV 2008,1

Welser, Rudolf, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in *Krejci*, Handbuch 193 (= *Welser, Rudolf*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449)

Wendehorst, Christiane, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte, in *Jud/Wendehorst*, Neuordnung 153

Wendehorst, Christiane, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, in *Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg), Der gemeinsame Referenzrahmen - Entstehung, Inhalte, Anwendung, Sellier. European Law Publishers., München 2009, 323

Westermann, Peter, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978) 150

Wilhelmsson, Thomas, Full Harmonisation of Consumer Contract Law?, ZEuP 2008, 225

Wilhelmsson, Thomas, The Abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law, JCP 2005, 317

Wiltschek, Lothar, Der EuGH als Gesetzgeber?, ÖBl 2008, 313

Witz, Claude/Wolter, Gerhard, Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte, ZEuP 1993, 360

Wolf, Manfred, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessensausgleich, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1970

Working Document of the Commission - Responses to the consultation on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – Summary of

Responses, abrufbar unter
http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary_responses_publication_final_30012007.pdf, zuletzt
abgerufen am 15.09.2011)

Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package
holidays and package tours (26.07.2007), abrufbar unter
http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf, zuletzt
abgerufen am 15.09.2011)

Zahradnik, Andreas, Anwendungsbereich des Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetzes, in
Fletzberger/Schopper, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen 45

Zischka, Ulrike, Die Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des
Verbraucherschutzes – Unter besonderer Berücksichtigung des Werberechts, Peter Lang Europäischer
Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 1997

Zoll, Fryderyk, Die Grundregeln der Acquis-Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen *acquis
commun* und *acquis communautaire*, GPR 2008, 106

Zöllner, Wolfgang, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur
Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196
(1996) 1

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

XI. JUDIKATURVERZEICHNIS

A. JUDIKATUR ÖSTERREICH

OGH 08.07.1980, 5 Ob 570/80, SZ 53/103 = EvBl 1981/5 (17) = ImmZ 1981, 268 = MietSlg 32.257/24

OGH 21.01.1981, 6 Ob 815/80, SZ 54/10 = JBl 1981,482 (*Jelinek*)

OGH 09.04.1981, 8 Ob 9/81, SZ 54/58 = EvBl 1981/189 (548) = JBl 1982, 313 (*Iro*) = ZVR 1982/119 (89)

OGH 14.05.1981, 7 Ob 581/81, SZ 54/74 = EvBl 1981/233 (660) = RZ 1981/67 (253) = AnwBl 1982, 37

OGH 21.04.1982, 1 Ob 778/81, SZ 55/51

OGH 21.10.1982, 7 Ob 515/82, SZ 55/157

OGH 28.10.1982, 7 Ob 61/82, VersR 1984, 998

OGH 16.12.1982, 7 Ob 785/82

OGH 09.11.1983, 1 Ob 750/83, SZ 56/159 = EvBl 1984/97 (393)

OGH 28.01.1987, 3 Ob 631/86

OGH 10.02.1987, 2 Ob 698/86, WBl 1987, 242 = ZfRV 1990, 121 (*Hoyer*)

OGH 02.02.1989, 7 Ob 720/88; RZ 1989, 275/100

OGH 05.04.1989, 1 Ob 519/89, EvBl 1989/116 (453) = RZ 1990/100 (276)

OGH 31.08.1989, 6 Ob 599/89

OGH 15.11.1989, 1 Ob 27/89 (1Ob28/89), JBl 1990, 321 = MietSlg 41/34

OGH 11.07.1990, 3 Ob 578/90, SZ 63/134 = JBl 1991, 253 = ecolex 1990, 678 = RdW 1991, 109 = KRES 1a/28

OGH 02.05.1991, 7 Ob 524/91

OGH 26.09.1991, 6 Ob 607/91, EvBl 1992/51 (233) = RdW 1992, 75 = ÖBA 1992, 578 = ecolex 1992, 89

OGH 10.03.1992, 5 Ob 509/92, SZ 65/37 = JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54

OGH 21.04.1993, 7 Ob 508/93

OGH 24.11.1993, 3 Ob 547/93, WoBl 1994/68 (*Call*)

OGH 28.03.1995, 4 Ob 523/95, SZ 68/66

OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94 (3 Ob 559/95), SZ 68/152

OGH 07.05.1996, 10 Ob 2029/96x = WBl 1996, 498

OGH 17.12.1996, 4 Ob 2307/96k

OGH 26.05.1997, 2 Ob 555/95, wbl 1998/141

OGH 02.04.1998, 6 Ob 219/97t = GesRZ 1998, 159 = NZ 1999, 244 = ecolex 1998, 691

OGH 16.09.1998, 3 Ob 194/98w

OGH 29.10.1998, 8 Ob 202/98h

OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m

OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w, SZ 72/12

OGH 09.06.1999, 7 Ob 105/99p, RdW 1999, 782

OGH 23.11.1999, 7 Ob 296/99a

OGH 21.12.1999, 4 Ob 312/99g, SZ 72/206

OGH 29.03.2000, 6 Ob 35/00s

OGH 17.05.2000, 6 Ob 1/00s, immolex 2000/1819

OGH 07.09.2000, 8 Ob 199/00y

OGH 23.05.2001, 9 Ob 64/01d = JBl 2002, 123 = RdW 2001, 734 = ecolex 2001, 837

OGH 06.09.2001, 2 Ob 198/01h, RdW 2002, 84 = RZ 2002, 64 = ecolex 2002, 85

OGH 28.01.2002, 2 Ob 340/01s

OGH 11.02.2002, 7 Ob 315/01a, SZ 2002, 18 = GesRZ 2002, 85 = JBl 2002, 526 (*Karollus*) = ÖBA 2003, 58 (*P. Bydlinski/Haas*) = RdW 2002, 412 = ecolex 2002, 430

OGH 08.08.2002, 2 Ob 184/02a

OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h

OGH 20.02.2003, 6 Ob 12/03p = ÖBA 2003, 871 (*Haas*) = RZ 2003, 214 = RdW 2003, 508

OGH 24.04.2003, 3 Ob 180/02w

OGH 21.05.2003, 6 Ob 208/02k

OGH 25.06.2003, 3 Ob 141/03m = ÖBA 2004, 143 = RdW 2003, 694 = ecolex 2004, 26

OGH 05.08.2003, 7 Ob 155/03z, SZ 2003/88

OGH 23.09.2003, 4 Ob 119/03h, SZ 2003/109

OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v, EvBl 2004/99 = ÖBA 2004, 536 = ecolex 2004, 364 = RdW 2004, 281

OGH 28.07.2004, 7 Ob 78/04b, SZ 2004/113

OGH 26.01.2005, 7 Ob 22/04t

OGH 17.02.2005, 8 Ob 14/05z

OGH 21.04.2005, 6 Ob 202/04f

OGH 11.05.2005, 9 Ob 27/05v

OGH 23.05.2005, 3 Ob 317/04w

OGH 14.07.2005, 6 Ob 135/05d

OGH 22.09.2005, 2 Ob 34/05x

OGH 20.10.2005 2 Ob 178/05y

OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h, JBl 2006, 384

OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a, SZ 2006/19

OGH 20.02.2006, 2 Ob 31/04d

OGH 30.03.2006, 8 Ob 40/06z

OGH 13.06.2006, 10 Ob 125/05p, SZ 2006/87 = ÖBA 2006, 916 (*Iro*) = ecolex 2006, 752 (*Leithenmair*).

OGH 09.08.2006, 4 Ob 108/06w, SZ 2006/116 = JBl 2007, 237 (*Huemer*) = GesRZ 2006, 318 = RWZ 2006/87 (*Wenger*)

OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d

OGH 16.01.2007, 10 Ob 73/06t

OGH 31.01.2007, 7 Ob 303/06v , Zak 2007, 153 = ecolex 2007, 435 (*Friedl*) = RdW 2007, 470 = wobl 2007/140 (*Beig*) = MietSlg 59.137 = MietSlg 59.205 = MietSlg 59.339

OGH 14.02.2007, 7 Ob 266/06b, SZ 2007/26

OGH 22.02.2007, 3 Ob 11/07z

OGH 11.12.2007, 4 Ob 215/07g

OGH 15.04.2008, 5 Ob 282/07t

OGH 05.06.2008, 9 Ob 22/07m

OGH 14.08.2008, 2 Ob 191/07p

B. JUDIKATUR EUGH

EuGH 29.11.1956, Rs C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg 1955/56, 297

EuGH 15.07.1960, Rs C-20/59, *Italienische Republik/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg 1960, 683

EuGH 31.03.1971, Rs C-22/70, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg 1971, 263

EuGH 21.06.1978, Rs 150/77, *Bertrand/Paul Ott KG*, Slg 1978, 1431

EuGH 20.02.1979, Rs C-120/78, *REWE/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis-de-Dijon)*, Slg 1979, 649

EuGH 14.03.1991, Rs C-361/89, *Patrice Di Pinto*, Slg 1991, I-1189

EuGH 11.06.1991, Rs C-300/89, *Kommission/Rat (Titanoxid)*, Slg 1991, I-2867

EuGH 04.10.1991, Rs C-70/88, *EP/Rat*, Slg 1991, I-4529

EuGH 19.01.1993, Rs C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*, Slg 1993, I-139

EuGH 17.03.1993, Rs C-155/91, *Kommission/Rat*, Slg 1993, I-939

EuGH 28.06.1994, Rs C-187/93, *EP/Rat*, Slg 1994, I-2857

EuGH 09.08.1994, Rs C-359/92, *BRD/Rat*, Slg 1994, I-3681

EuGH 07.03.1996, Rs C-192/94, *El Corte Inglés SA/Cristina Blázquez Rivero*, Slg 1996, I-1281

EuGH 12.11.1996, Rs C-84/94, *Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland/Rat der Europäischen Union*, Slg 1996, I-5755

EuGH 03.07.1997, Rs C-269/95, *Francesco Benincasa/Dentalkit Srl*, Slg 1997, I-3767

EuGH 17.03.1998, Rs C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgard Dietzinger* (Dietzinger), Slg 1998, I-1199

EuGH 05.10.2000, Rs C-376/98, *BRD/EP und Rat* (Tabakwerbung), Slg 2000, I-8419

EuGH 09.11.2000, Rs C-357/98, *The Queen/ Secretary of State for the Home Department*, Slg 2000, I-9265

EuGH 09.10.2001, Rs C-377/98, *NL/EP und Rat*, Slg 2001, I-7079

EuGH 22.11.2001, Verb Rs C-541/99 und C-542/99, *Cape Snc/Idealservice Srl* (C-541/99) und *Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl* (C-542/99), Slg 2001, I-9049

EuGH 01.10.2002, Rs C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Henkel*, Slg 2002, I-8111

EuGH 10.12.2002, Rs C-491/01, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd.*, Slg 2002, I-11453

EuGH 23.01.2003, Rs C-221/00, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Republik Österreich*, Slg 2003, I-1007

EuGH 14.12.2004, Rs C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG/Landrat des Kreises Herford* (Arnold André), Slg 2004, I-11825

EuGH 14.12.2004, Rs C-210/03, *The Queen/ Secretary of State for Health* (Swedish Match), Slg 2004, I-11893

EuGH 20.01.2005, Rs C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg 2005, I-439

EuGH 25.10.2005, Rs C-229/04, *Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads und andere*, Slg 2005, I-9273

EuGH 12.12.2006, Rs C-380/03, *BRD/EP und Rat* (Tabakwerbung II), Slg 2006, I-11573

EuGH 17.04.2008, Rs C-404/06, *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Slg 2008, I-2685

EuGH 23.04.2009, verb Rs C-261/07 und C-299/07, *VTB-VAB NV/Total Belgium NV* und *Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*, Slg 2009, I-2949

XII. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Arg	argumentum
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNr	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
bzw	beziehungsweise
EP	Europäisches Parlament
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt
ErlBem	Erläuternde Bemerkungen (zu einer Regierungsvorlage)
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
GA	Generalanwalt am Europäischen Gerichtshof
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des / der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
lit	litera
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen

Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung
u	und
usw	und so weiter
verb	verbundene
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

XIII. CURRICULUM VITAE

Stefan Mathias Ullreich

Schulbildung und Studium

- 9/1991 – 6/1995** Volksschule Nymphengasse Wien
- 9/1995 – 6/2003** AHS Rosasgasse Wien
Matura mit ausgezeichnetem Erfolg
Fächer: Deutsch, Englisch, Latein, Mathematik (vertiefend)
- 10/2003 – 10/2006** Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
- 01/2006: Erfolgreiche Teilnahme an der III. Austrian Moot Court Competition
- 10/2006: Studienabschluss
- Wahlfachkorb: Bank- und Versicherungsrecht
Notendurchschnitt Gesamtstudium: 1,9
mehrfacher Leistungsstipendiat der Universität Wien
High Potential Programm
Top 3 % im Absolventenranking
- 03/2007 – 09/2011** Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Berufserfahrung

- jeweils Juli
2000 – 2004** Zürich Versicherungs-Aktiengesellschaft
Tätigkeit: Unterstützung der Abteilung Einkauf
- 11/2004 – 01/2007** Bundeskanzleramt – Abteilung I / 12
ARGE Bürgerservice – Büro des Bundeskanzlers
Tätigkeit: Beratung zu Pensions- und Steuerfragen
Rechtsauskünfte; Journaledienst
- 03/2007 – 11/2007** Bundesministerium für Inneres – Abteilung IV / 4
Dienstleistung im Rahmen des ordentlichen Zivildienstes
Tätigkeit: Spezialisierung auf vertragsrechtliche Probleme im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

- 05/2007 – 03/2010** Bundesministerium für Finanzen – Abteilung V / 7
08/2010 – 10/2010 Kommunikation
Tätigkeit: Öffentlichkeits- und Pressearbeit
Vorbereitung diverser Schriftstücke und Reden
- 12/2007 – 08/2008** Absolvierung des Gerichtsjahres als Rechtspraktikant in Wien
Bezirksgericht Innere Stadt
Handelsgericht Wien
- 03/2010 – 08/2010** Europäisches Parlament (Brüssel) – Juristischer Dienst (A1)
Robert-Schuman-Stipendium (Allgemeine Ausrichtung)
Tätigkeit: Erstellen von Legal Opinions und File Opening
Notes
Betreuung der Ausschüsse Foreign Affairs;
Constitutional Affairs; International Trade; Budgets;
Budgetary Control und Development
- 10/2010 – dato** Finanzprokurator
Geschäftsfeld III: Innovation, Leistung und Wettbewerb
Tätigkeit: Ausbildung als Prokuratoranwaltsanwärter
Rechtliche Vertretung und Beratung der Mandanten
-

XIV. ABSTRACT

Das Verbrauchervertragsrecht verfolgt den Zweck, eine präsumtiv unterlegene Vertragspartei (den „Verbraucher“) im Falle des Kontrahierens mit einem mutmaßlich überlegenen Teilnehmer am Rechtsverkehr (dem „Unternehmer“) vor unbotmäßigen Nachteilen gesetzlich zu schützen.

Doch welche Personengruppen sind unter welchen Voraussetzungen unter die Begriffe des „Verbrauchers“ bzw. „Unternehmers“ subsumierbar und wie kann solch ein scheinbar gravierender Eingriff in das fragile System der Privatautonomie überhaupt gerechtfertigt sein?

Die vorliegende Arbeit nimmt sich diesen Fragen sowohl auf Ebene des Unionsrechts (Verbrauchervertragsrichtlinien der Europäischen Union) als auch auf jener der österreichischen Rechtsordnung an: Spätestens seit Österreichs Beitritt zur Europäischen Union mit 1. Jänner 1995 und der damit einhergehenden Implementierung des *acquis communautaire* ist das österreichische Verbrauchervertragsrecht jedenfalls auch unionsrechtlich determiniert.

Zunächst wird in diesem Zusammenhang die kompetenzrechtliche Perspektive aus Sicht des Unionsgesetzgebers beleuchtet, welcher verbrauchervertraglich motiviertes Sekundärrecht sowohl auf die binnenmarktfinale Rechtsangleichungsnorm des Art 114 AEUV als auch auf die primärrechtlich durch Art 169 AEUV vermittelte binnenmarktunabhängige Verbraucherschutzkompetenz zu stützen vermag.

Nach Überlegungen zur Legitimation des Verbraucherschutzes als Anknüpfungspunkt einer Verbrauchervertragsdefinition und der damit einhergehenden Frage nach Definitionsansätzen einer, wie auch immer ausgestalteten, „Ungleichgewichtslage“ als Merkmal einer verbrauchervertraglichen Typisierung, werden die verschiedenen, in Lehre und Judikatur entwickelten Verbraucherbegriffskonzepte, die ihrerseits wirtschaftswissenschaftliche Faktizität zum Normativen erheben sollen, diskutiert.

Den Sukkus dieser Arbeit bildet die merkmalspezifische Analyse der jeweiligen Verbrauchergeschäftsdefinition der unionsrechtlichen Verbrauchervertragsrichtlinien und des österreichischen Konsumentenschutzrechts; hierbei werden sämtliche Parallelitäten aber auch Divergenzen zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Schutzverständnis aufgezeigt.

Als Schlusspunkt widmet sich die vorliegende Studie der Frage nach der Bedeutung der divergierenden Ansätze von Mindest- und Vollharmonisierung als Legislativinstrumente des Unionsgesetzgebers und deren mögliche Auswirkungen auf den persönlichen Geltungsbereich des österreichischen Verbrauchervertragsrechts am Beispiel des Kommissionsvorschlages für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 08.10.2008 und bietet einen Überblick über Verbrauchergeschäftsdefinitionen, die im Rahmen der europarechtlichen Vertragsrechtsprojekte „Principles of European Law“, „Acquis Principles“ und „Draft Common Frame of Reference“ entwickelt wurden.