

## Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht

von Thomas Pfeiffer

### 1. Problem

Blickt man auf den gegenwärtigen fragmentarischen Zustand des Gemeinschaftsprivatrechts, so gehört zu den wenigen über eine einzelne Rechtsquelle hinausgreifenden normativen Konzepten<sup>1</sup> die Anknüpfung an die Figur des Verbrauchers. Sie findet sich in Art. 129a EG-Vertrag, in den zahlreichen Einzelrichtlinien des EG-Verbraucherrechts sowie in Art. 5 EVÜ und Art. 13 EuGVÜ.

Daß diesen bei der Entwicklung des europäischen Privatrechts normativ eine zentrale Funktion zukommt, liegt auf der Hand: Ihre besondere Bedeutung für die Entwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts beruht auf der hohen Richtliniendichte des Verbrauchervertragsrechts sowie auf der Zentralität des rechtssystematischen Standorts der besagten Richtlinien, der dem Kern des Privatrechts näher steht als irgendein anderer Teil des Europäischen Privatrechts. Mit dieser Begründung ist zugleich eine thematische Beschränkung verbunden: Das Merkmal des Verbrauchers ist außerhalb der Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts insbesondere im Haftungsrecht oder im Wettbewerbsrecht von Bedeutung und wird dort mit einem zumindest teilweise abweichendem Inhalt gebraucht<sup>2</sup>. Die konzeptionelle Nähe der Verbrauchervertragsrichtlinien zur Privatautonomie als zentraler privatrechtlicher Kategorie rechtfertigt es indes, im vorgegebenen Rahmen den Blick auf deren Verbraucherbegriff zu beschränken.

Den diesen Richtlinien zugrundeliegenden Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal des europäischen Privatrechts zu bezeichnen, wirft gleichwohl erhebliche Probleme auf.

---

1 Zur Notwendigkeit, sich den gemeinsamen und allgemeinen Grundlagen der europäischen Rechtsvereinheitlichung zuzuwenden, s. *Jochen Taupitz*, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, 1993, S. 45.

2 Ein eingehender phänotypischer Überblick über die diversen Verbraucherdefinitionen des Europäischen und Internationalen Privatrechts findet sich bei *Faber*, *Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 1998, 854. Darauf kann verwiesen werden.

So ist dem Schutzkonzept des EG-Verbraucherrechts von Meinrad Dreher vorgeworfen worden, es knüpfe mit dem Merkmal des Verbrauchers an ein „Phantom“ an<sup>3</sup>. Und kein geringerer als Dieter Medicus hat geäußert, die Anknüpfung an den Verbraucher stelle eine politisch motivierte Mystifikation dar, so daß schon die Frage, wer Verbraucher ist, „rechtlich falsch gestellt“ sei<sup>4</sup>. Hinter diesen Thesen stehen drei wesentliche Herausforderungen des Verbraucherbegriffs:

a) Legt man die klassische liberale Perspektive der kontinentaleuropäischen Zivilrechtskodifikationen zugrunde, so wirkt der Verbraucherbegriff gleichsam als sonderprivatrechtlicher Eindringling. Die zu seinen Gunsten eingreifenden Schutzmechanismen erscheinen als Verletzung eines formal-liberalen Gleichheitsideals<sup>5</sup>. Auch wenn man dies aus Gründen des Verbraucherschutzes für gerechtfertigt hält, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen die Anknüpfung an den Verbraucherbegriff auf lange Sicht für die Entwicklung des europäischen Privatrechts insgesamt zeitigt. Gerade die Nähe des Verbrauchervertragsrechts zu den Kernbereichen des Privatrechts wirft die Frage auf, ob es nicht langfristig zu Fehlkonzeptionen kommen muß, wenn das europäische Privatrecht sich nicht aus seinem Kern heraus, sondern von den Besonderheiten des Verbraucherrechts her entwickelt.

Dieses Bedenken läßt sich freilich auch ins Positive wenden, so daß man formulieren kann: Zur Entwicklung eines Europäischen Privatrechts kann das Verbraucherrecht dann einen sinnvollen Beitrag leisten, wenn es gelingt, die für den Verbraucher geltenden Regeln als eine durch eine besondere Interessenlage veranlaßte besondere Ausprägung allgemeiner privatrechtlicher Prinzipien zu begreifen, also die sonderprivatrechtliche Unterscheidung des Verbraucherrechts vom allgemeinen Zivilrecht zu relativieren.

b) Die zentrale Bedeutung der Verbrauchereigenschaft ist nur zu rechtfertigen, wenn gerade sie zur besonderen Schutzbedürftigkeit einer Person führt. Daß dies der Fall ist, wird freilich heftig bestritten. Angesichts der allenthalben virulenten Konflikte des EG-Richtlinienprivatrechts mit den nationalen Zivilrechtsordnungen und angesichts der

---

3 Dreher, Der Verbraucher als Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts, Juristenzeitung (JZ) 1997, 167.

4 Medicus, Wer ist ein Verbraucher?, in: Hans G. Leser/Tamotsu Isomura (Hg.), Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, S. 471 ff., 484, 486.

5 Eingehend zu diesen Zusammenhängen etwa Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts, 1983, S. 51 ff.

zentralen Bedeutung der Verbraucherrichtlinien wird man von der Arbeitshypothese ausgehen müssen: Die Durchsetzungschancen des teilvereinheitlichten EG-Richtlinienprivatrechts gegenüber den Resistenztendenzen der nationalen Zivilrechtsordnungen hängen im Zeitalter der Wertungsjurisprudenz und der von Ronald Dworkin inspirierten Prinzipientheorie des Rechts<sup>6</sup> in erheblichem Maße auch von der Legitimität und Richtigkeit seiner Wertungsgrundlagen ab. Diese gilt es also freizulegen.

c) Auf einer etwas konkreteren Ebene zeigt sich der Befund, daß der den Rechtsquellen des Gemeinschaftsprivatrechts zugrunde liegende Verbraucherbegriff zwar einerseits gemeinsame Grundstrukturen aufweist, daß andererseits aber Unterschiede im Detail bestehen, etwa bei der Frage, ob auch der Idealverein als Verbraucher anzusehen ist oder ob verbrauchervertragsrechtliche Regeln auch dann greifen, wenn dem Verbraucher als Vertragspartner ebenfalls ein Verbraucher gegenübersteht. Hinzu treten Abweichungen der nationalen Transformationsrechte bei der Verbraucherdefinition gegenüber den europäischen Vorgaben ebenso wie bei den nationalen Rechten untereinander. Beantwortet werden muß also die Frage, ob es „den“ Verbraucherbegriff oder doch den Kern eines solchen als Merkmal des Europäischen Privatrechts überhaupt gibt.

## **2. Verbraucherleitbild und Verbraucherbegriff des EuGH**

### **a) Das liberale Verbraucherleitbild des EuGH**

Ein Charakteristikum des Verbraucherleitbilds des Europäischen Privatrechts wird im allgemeinen in der Zugrundelegung eines liberalen Informationsmodells des Verbraucherschutzes gesehen<sup>7</sup>. Das mag für den Verbraucherbegriff der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten zutreffen, ist aber für das hier in Rede stehende EG-Richtlinienprivatrecht jedenfalls in dieser Pauschalität kaum zu halten. So liegt beispielsweise der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>8</sup> zwar insofern das Informationsmodell zugrunde, als sie in Art. 5 S. 1 ausdrücklich das Transparenzgebot kodifiziert und etwa in Anh. Nr. 1 lit. i Kenntnisnahme

---

6 Grundlegend vor allem *Ronald Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.

7 Hierzu z.B. *EuGH* 7.3.1990, Rs. C 362/88 (*GB-INNO-BM/Confédération du commerce Luxembourgeois*), Slg. 1990, I-667; ein jüngerer Überblick etwa bei *Dauses*, *Information der Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 1998, 750.

8 Richtlinie des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *Abl. EG* 1993 L 95/29.

fiktionsklauseln als im Regelfall mißbräuchlich einordnet. Demgegenüber wird man das Konzept der Mißbrauchskontrolle ansonsten jedenfalls auch einem sozialen Verbraucherschutzmodell zuordnen können. Denn zwar soll diese Richtlinie auch das liberale Prinzip der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit dadurch schützen, daß nach ihrem Art. 3 Abs. 1 die fehlende Aushandlung als Anknüpfungsmoment der Mißbrauchskontrolle dient; zugleich aber liegt in dieser Mißbrauchskontrolle ein gewichtiges Element sozial motivierten Schwächerenschutzes. Völlig außerhalb eines liberalen Konzepts des Verbraucherschutzes liegt beispielsweise die Pauschalreiserichtlinie, die dem Reisenden eine Zwangsversicherung gegen einen Urlaubsausfall durch Insolvenz des Veranstalters aufnötigt, wohingegen ihm beispielsweise freigestellt bleibt, ob er sich gegen den Totalverlust seines Hab und Guts durch eine Hausratversicherung schützen möchte oder nicht.

Da es im Rahmen meines Themas aber nicht um den liberalen oder sozialen Inhalt verbraucherschützender Regelungen, sondern um die demgegenüber trotz wertungssystematischer Zusammenhänge dogmatisch selbständige Frage nach dem persönlichen Anwendungsbereich verbrauchervertragsrechtlicher Regeln geht, kann und muß es insofern mit der Feststellung sein Bewenden haben, daß man sich bei der Konzeption des Verbraucherbegriffs darüber im klaren sein muß, daß de lege lata hieran sowohl informationelle als auch auf richterlichem Eingriff beruhende Schutzmechanismen anknüpfen.

### **b) Enger Verbraucherbegriff**

Eine normative Gemeinsamkeit der Beschreibung der Person des Verbrauchers in den Definitionsnormen der Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts, die zu einem Kernbereich des bürgerlichen Vertragsrechts zählen, kann man sicherlich darin sehen, daß sich die Verbrauchereigenschaft nach dem Zweck des Vertragsabschlusses bestimmt: Es kommt darauf an, ob der fragliche Vertrag einem Zweck dient, der der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der Vertragspartei zuzurechnen ist oder nicht<sup>9</sup>.

Der Rechtsprechung des EuGH zu diesem Abgrenzungskonzept läßt sich inzwischen manches an Konturierung entnehmen. Das in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck kommende Konzept wird meist, auch durch den EuGH selbst, als „enger“ Verbraucher-

---

9 Zur Einordnung als definitorischer Kern des Verbraucherbegriffs im europäischen Verbrauchervertragsrecht etwa *Dreher*, JZ 1998, 167, 168; *Faber*, ZEuP 1998, 854, 858; *Elissavet Kapnopoulou*, Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997, S. 31 ff.

begriff charakterisiert<sup>10</sup>. Dieser Würdigung soll durchaus nicht widersprochen werden; ihr Problem liegt darin, daß sie nicht mehr bietet, als eine äußere Beschreibung, vielleicht noch einen Gedanken von heuristischem Wert. Für unsere Überlegungen führt sie nicht weiter.

### 3. Die Ratio der Anknüpfung an die Privatheit des Handelns

Ergiebiger ist ein Blick auf die theoretische Diskussion über das an der Privatheit des Handelns ansetzende Regelungskonzept, das meist als rollensoziologisches eingeordnet wird. Eine Person werde nicht schlechthin als Verbraucher oder als Gewerbetreibender behandelt, sondern nur insofern, als sie beim Abschluß des in Rede stehenden Geschäfts in dieser jeweiligen Rolle handele<sup>11</sup>. Mit dieser Einordnung verbindet man insbesondere eine Abgrenzung gegenüber Regelungskonzepten, die das Eingreifen besonderer Schutzmechanismen an die ökonomische Funktion des Letztverbrauchers anknüpfen oder die eine Feststellung der Schutzbedürftigkeit nach spezifisch juristischen Wertungsprinzipien einfordern<sup>12</sup>.

#### a) Abgrenzung gegenüber ökonomischen Modellen

Dabei erscheint die Abgrenzung eines rollensoziologischen Modells gegenüber einer ökonomischen Konzeption für das Verhältnis des EG-Richtlinienprivatrechts zu den (soweit vorhanden) allgemeinen Zivilrechtskodifikationen der nationalen Rechtsordnungen weniger bedeutsam - schon deshalb, weil ein rollensoziologisches und ein ökonomisches Konzept insofern übereinstimmen, als sie beide an funktionell bzw. empirisch

---

10 *EuGH*, 3.7.1997, Rs. C-269/95 (*Benincasa/Dentalkit*), Slg. 1997, I-3767, Tz. 16.

11 Das Vorliegen eines rollenspezifischen Ansatzes läßt sich daher nicht mit dem von *Drexler*, *Der Bürger als deutscher und europäischer Verbraucher*, JZ 1998, 1046, 1050, vorgebrachten Argument bestreiten, eine Person werde nicht schlechthin, sondern lediglich insoweit geschützt, als sie als Verbraucher handele. Aus dieser Regelungstechnik könnte nämlich gerade gefolgert werden, daß nicht etwa - wie nach dem früheren Abzahlungsgesetz oder nach § 24 AGBG in der bis zur Handelsrechtsreform 1998 geltenden Fassung - an den bloßen Status (etwa als Kaufmann oder Nichtkaufmann), sondern an diejenige Rolle angeknüpft wird, innerhalb derer die konkrete Person handelt.

12 Etwa *Hommelhoff/Wiedenmann*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* (ZIP) 1993, 563; *Karl Larenz/Manfred Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage 1997, § 42, Rn. 27; *Schlosser*, in: *Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch/Kommentar, AGBG*, 13. Bearbeitung 1998, § 24a AGBG, Rn. 5.

risch begründete Kategorien anknüpfen<sup>13</sup>. Die Unterschiede zwischen beiden Konzepten deuten eher auf eine gleichsam innergemeinschaftsrechtliche Paradoxie hin.

Geht man den (veröffentlichten) rechtspolitischen Motiven der vergleichsweise dichten Normsetzung im EG-Verbraucherrecht nach, so schimmert allenthalben die Tendenz durch, die Dynamik des Binnenmarkts durch Mobilisierung der Nachfragemacht der Konsumenten zu fördern<sup>14</sup>, was nach der Logik des Art. 100a EG-Vertrag in sich konsequent ist. Rechtlich müßte eine Anknüpfung an die ökonomische Funktion als Letztverbraucher indessen dazu führen, auch gewerbliche Unternehmen zu erfassen, wenn sie eine Ware erwerben, ohne sie weiterzuverarbeiten oder - zu veräußern, wie dies etwa dem Verbraucherbegriff § 1 des deutschen Rabattgesetzes zugrundeliegt. Dessen persönlichen Anwendungsbereich zum Leitbild des EG-Verbraucherrechts zu erheben wird aber, soweit ersichtlich, mit Recht von niemandem gefordert. Denn eine Anknüpfung an die Funktion als Letztverbraucher wäre nur dann sinnvoll, wenn man im Angewiesensein des Verbrauchers auf den Konsum das Kriterium für dessen Schutzbedürftigkeit sähe. Führte man eine solche Konzeption aber folgerichtig durch, führte sie zu Weiterungen wie etwa der Anerkennung eines weitreichenden Kontrahierungszwanges, die mit einer marktwirtschaftlich verfaßten Wirtschaftsordnung kaum vereinbar wären<sup>15</sup>. Im übrigen leitet jede ökonomische Verengung der Zwecke des Privatrechts in die Irre: „Unter der Decke einer ökonomischen Terminologie“ der Römischen Verträge „schlummern“ nach einem treffenden Bild Fritz Rittners bürgerlich-rechtliche Freiheitsprinzipien, die es für die Auslegung und Anwendung des EG-Privatrechts nutzbar zu machen gilt<sup>16</sup>.

13 Deshalb spricht *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, 3. Auflage, 1992, § 24a AGBG, Rn. 22, von einer Anknüpfung an die ökonomische Rolle; ebenso *Larenz/Wolf* (Fn. 12) § 42, Rn. 27: Anknüpfung an die Rolle als Marktteilnehmer.

14 Zusammenfassend *Kapnopolou* (Fn. 9) S. 24.

15 *Dauner-Lieb* (Fn. 5) 141 ff.

16 *Rittner*, Die wirtschaftliche Entwicklung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838, 841.

**b) Rollensoziologischer Ansatz versus Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit**

**aa) Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit als Ratio eines richtig verstandenen europäischen Verbraucherrechts**

Als konkretes Gegenmodell zu einem rollensoziologischen Ansatz wird daher insbesondere etwa das deutsche AGB-Gesetz in seinem ursprünglichen Regelungskonzept begriffen: Nicht die bloße Verbraucherrolle, sondern die durch eine erfolgreiche einseitige Durchsetzung der eigenen AGB indizierte Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners legitimierte das Eingreifen des in diesem Gesetz vorgesehenen Schutzmechanismus<sup>17</sup>.

Dabei liegt die Divergenz des EG-rechtlichen Ansatzes zu diesem Konzept weniger in der mit diesem notwendigerweise verbundenen Typisierung. Der Normgeber darf und muß bei der Regelung von Massenerscheinungen typisieren, solange nur sichergestellt ist, daß für die Mehrzahl der Fälle eine angemessene Lösung getroffen wird. Auch der ursprüngliche Regelungsansatz des deutschen AGB-Gesetzes sah demgemäß keine konkrete Prüfung einer Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit vor, sondern begnügte sich damit, das erfolgreiche einseitige Stellen eines Klauselwerks durch den Verwender im Wege der Typisierung als hinreichendes Indiz für eine solche Störung einzuordnen<sup>18</sup>.

Soweit also dem Regelungskonzept des EG-Verbraucherrechts vorgeworfen wird, es müsse von der dichotomischen Unterscheidung zwischen dem „unerfahrenen“ Verbraucher und dem „kompetenten“ Gewerbetreibenden ausgehen, obschon diese einer differenzierten Wirklichkeit nicht entspricht<sup>19</sup>, kann man mit diesem Einwand gut leben. Die Typisierung ist ein bewährtes Instrument zivilrechtlicher Regelung, solange das Anknüpfungsmoment für die Typisierung im Kern treffend ist. Oder konkreter: Die forma-

---

17 Etwa *Hommelhoff/Wiedenmann*, ZIP 1993, 562; *Ulmer*, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1993, 337, 341.

18 Kritisch *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1978, 198, der daher schon das AGBG als Sonderprivatrecht einordnet.

19 *Gorgoni*, Il traguardo della protezione del consumatore, Responsabilità civile e previdenza 1996, 505, 508; *Orestano*, I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria, Rivista critica del diritto civile 1993, 467, 472.

lisierten Volljährigkeitsregeln des Europäischen Zivilrechts beispielsweise sind gegenüber einer einzelfallbezogenen Feststellung der hinreichenden Reife allemal vorzuzugswürdig, weil ansonsten prohibitive Transaktionskosten entstünden. Auch für die Anknüpfung des deutschen HGB-Vertragsrechts an den Kaufmannsbegriff<sup>20</sup> gilt nichts anderes. Zwar dient der Kaufmannsbegriff des HGB zugleich als firmen-, register- und gesellschaftsrechtliches Anknüpfungsmoment; dies ändert jedoch an seiner vertragsrechtlichen Relevanz nichts, welche seine besondere Geschäftskompetenz eben auch nur typisiert<sup>21</sup>.

Das rechtliche Problem liegt in der Frage des richtigen Verständnisses des Typisierungsgrunds. Begreift man die Typisierung durch den Verbraucherbegriff allein rollensoziologisch, so muß er sich zunächst die am deutlichsten bei Kant formulierte logische Unmöglichkeit des Schlusses vom Sein auf das Sollen entgegenhalten lassen<sup>22</sup>. Aber sogar dann, wenn man berücksichtigt, daß selbst „die verwickelteste Rechtsdogmatik an Sachverhalte (anknüpft), die sie dem Alltagsleben entnimmt, (und daß) praktische Fälle und die alltagsmäßige Brauchbarkeit ihrer Lösungen ständige Argumente der Rechtsdogmatiker (sind)“<sup>23</sup>, bleibt ein Problem:

Denn nach einem rein rollensoziologischen Konzept wäre der Verbraucher schlechthin gegenüber einer „strukturell überlegenen“ Verhandlungsmacht des gewerbetreibenden Anbieters schützenswert, selbst wenn hierfür im Hinblick auf Prinzipien der Vertragsgerechtigkeit und bei typisierender Betrachtung kein Anlaß besteht<sup>24</sup>. Die bloße Verbrauchereigenschaft als Anlaß staatlicher Schutzmaßnahmen anzusehen, müßte in einer auf

20 Daß dieser besser durch eine Anknüpfung an den Unternehmensbegriff ersetzt würde, ist freilich eine andere Frage.

21 Etwa Reinhard Lutz, AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, 1991, S. 3 f.

22 „Empirische Gesetze taugen überall nicht dazu, um ... Gesetze darauf zu gründen“: Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Auflage, Riga 1786, S. 90.

23 Rüdiger Lautmann, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971, S. 27.

24 Kritisch vor dem Hintergrund einer dahingehenden Deutung der RL 93/13/EWG Peter Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Vertragsrechts, 1996, S. 8; Kleindiek, Aspekte gemeinschaftsweiter Privatrechtsangleichung: Ein Sonderprivatrecht für Verbraucher, in: Peter Hommelhoff/Erik Jayme/Werner Mangold (Hg.), Europäischer Binnenmarkt: IPR und Rechtsangleichung, 1995, S. 297, 309; vgl. auch Bunte, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Umsetzung durch das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, Der Betrieb (DB) 1996, 1389, 1390 f.; Dreher, JZ 1997, 167, 176 f.



Freiheit und Gleichheit der Rechtssubjekte aufbauenden Privatrechtsordnung notwendigerweise erodierend wirken. Es wird sogar vorgetragen, daß es die demokratische Staatsordnung in Frage stellte, wenn man den Bürger für schlechthin nicht hinreichend mündig hielte<sup>25</sup>.

Indessen stellt es eine Grunderkenntnis der Entwicklung des modernen Vertrags- und Verbraucherrechts dar, daß der Verbraucher nicht per se durch rechtsgeschäftliche Sonderregeln schützenswert ist, sondern zusätzliche regulative Schutzvorschriften lediglich dann geboten sind, wenn situative Zusatzmomente des Sachverhalts hierfür konkreten Anlaß geben<sup>26</sup>. Dieser konkrete Schutzanlaß kann auch nicht in dem Nichtvorliegen eines sozialen Machtgleichgewichts gesehen werden<sup>27</sup>, da das Vorliegen eines Machtgleichgewichts für die allein maßgebliche rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit nicht hinreichend aussagekräftig ist.

Hiervon geht freilich auch das EG-Verbrauchervertragsrecht aus. Stets verlangt es über die bloße Verbrauchereigenschaft hinaus nach situativen Zusatzelementen, die erst das Eingreifen bereichsspezifischer Schutzmechanismen gebieten. Diese situativen Zusatzelemente liegen etwa in der fehlenden Aushandlung der einzelnen Vertragsklausel<sup>28</sup>, in der Überrumpelungs- und Belästigungsfahr bzw. der fehlenden Möglichkeit zum Marktvergleich bei der Haustürgeschäfte-richtlinie, in dem besonderen Informationsbedarf und der Übereilungsfahr, die mit dem Abschluß von Kreditverträgen verbunden sind, oder im Fehlen einer grenzüberschreitenden Aktivität in den Fällen des Art. 5 EVÜ und Art. 13 Nr. 3 EuGVÜ.

Ein allein rollensoziologisches Konzept liegt daher dem Verbraucherbegriff des EG-Rechts nicht zugrunde<sup>29</sup>. Zu fragen ist vielmehr, ob eine Person in einer bestimmten Vertragsschlußsituation über die Geschäftskompetenz eines Nichtverbrauchers verfügt, was alsdann zur Verneinung der Verbrauchereigenschaft führt.

---

25 Zu diesen Zusammenhängen *Dreher*, JZ 1997, 167, 177.

26 Statt vieler: *Kleindiek* (Fn. 24) 297, 304.

27 So aber *Kapnopoulou* (Fn. 9) 93.

28 Begründung zum geänderten Vorschlag der Kommission vom 4.3.1992, Dok. KOM (92) 66 endg. - SYN 285, S. 2; vgl. ferner *Hein Kötz/Axel Flessner*, Europäisches Vertragsrecht I, 1996, S. 212 f.; *Wolf*, Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle, in: Gerd Pfeiffer (Hg.), Festschrift für Brandner, 1996, S. 299, 305 ff.

29 So zur Klauselrichtlinie ausdrücklich etwa *Remien*, ZEuP 1994, 34, 52.

Eine überzeugende Konzeption des Verbraucherbegriffs darf also nicht bei der äußeren Betrachtung verharren, ob eine Person sich - rollensoziologisch gesehen - in einer bestimmten Situation typischerweise wie ein Verbraucher verhält. Geboten ist vielmehr eine Analyse der zivilrechtlichen Funktion des Verbraucherbegriffs unter Heranziehung eines spezifisch rechtlichen Wertungsinstrumentariums. Sie ist, wie sich aus dem dargestellten Regelungskontext des Verbraucherbegriffs ergibt, einerseits möglich und andererseits als Konsequenz des wertungssystematischen Desiderats eines harmonischen und wertungssystematisch bruchlosen Zusammenwirkens mit den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts auch geboten. Ein solches Zusammenwirken wird sich, anders formuliert, am ehesten dann erreichen lassen, wenn man versucht, das EG-Verbraucherrecht vom Standpunkt einer klassisch zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus zu konstruieren oder zu rekonstruieren.

Legt man eine solche Perspektive zugrunde, so ergibt sich: Die Funktion des Verbraucherbegriffs besteht darin, diejenigen Personen zu kennzeichnen, die in bestimmten Situationen über das den europäischen Vertragsrechtsordnungen gemeinsame Konsensfordernis hinaus eines zusätzlichen situativen Schutzes ihrer rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit bedürfen. Instruktiver wird dies, wenn man die Funktion des Verbraucherbegriffs negativ formuliert: Wird die Verbrauchereigenschaft verneint, so liegt dem die normative Bewertung zugrunde, daß eine Person über hinreichende Geschäftskompetenz verfügt, um die den einzelnen EG-Verbrauchervertragsrichtlinien zugrundeliegenden situativen Beeinträchtigungen ihrer Entscheidungsfreiheit zu bewältigen<sup>30</sup>.

#### bb) Verbraucherbegriff und Menschenbild

Ein so verstandener Verbraucherbegriff durchbricht zwar das Ideal einer nur formal verstandenen privatrechtlichen Gleichheit, hält aber seinen Wertungsgrundlagen nach das Konzept der Privatautonomie aufrecht und birgt noch am ehesten die Möglichkeit eines systemkonformen Zusammenwirkens mit dem sonstigen Privatrecht.

30 Zutreffend etwa *Drexl*, JZ 1998, 1046, 1091 sowie eingehend *ders.*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 206 ff.; vgl. dazu auch *Preis*, Der Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1994, 567 ff., der einerseits die grundsätzliche Eignung der Anknüpfung an die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Vertragszweck herausarbeitet, aber andererseits auch zusätzliche Korrekturkriterien fordert.

Hiergegen mag man einwenden, nach Maßgabe eines liberalen Privatrechtskonzepts auf der Grundlage des Leitbilds eines rational handelnden homo oeconomicus bedürfe es eines situativen Schutzes der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit jedenfalls dann nicht, wenn zugunsten des Verbrauchers vollständige Information sichergestellt ist. So sei es dem vollständig informierten Verbraucher ohne weiteres möglich, sich sinnvoll für oder gegen den Abschluß eines Kreditvertrags zu entscheiden, so daß er eines Widerrufsrechts nicht bedürfe<sup>31</sup>.

Ob das Recht freilich in dieser Entschiedenheit auf das Leitbild des homo oeconomicus, also des nach der sog. REM-Hypothese rational handelnden egoistischen Menschen, aufgebaut werden kann, erscheint zweifelhaft. Mehr dürfte dafür sprechen, daß auch die Privatrechtsordnung die in der christlich-abendländischen Überlieferung zum Ausdruck kommende anthropologische Erfahrung der menschlichen Unvollkommenheit, namentlich den Umstand, daß sich der Mensch mitunter gegen alle Vernunft in Versuchung führen läßt, nicht ignorieren sollte. So läßt sich etwa das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Kreditverträgen nach § 7 dt. VerbrKrG als Humanum, also als Versuch begreifen, die Bewältigung menschlicher Unvollkommenheiten mit einer Aufrechterhaltung des Prinzips der Privatautonomie und des Prinzips der Bindung an den Vertragswillen rechtlich zu vereinbaren. Durch das Widerrufsrecht wird die rechtliche Entscheidungsfreiheit auch für den Fall gesichert, daß ein Verbraucher der Verlockungswirkung des geliehenen Geldes zunächst erlegen ist und erst anschließend wieder zur Vernunft findet. Dieser Konzeption entspricht im übrigen auch der Umstand, daß jedenfalls die Praxis der Sozialen Marktwirtschaft ihrem Ursprung nach nicht allein als Ausdruck einer ordoliberalen Wirtschaftstheorie verstanden werden kann, sondern zugleich den Versuch einer Verständigung des Ordoliberalismus mit den Postulaten einer christlichen Soziallehre darstellt<sup>32</sup>.

---

31 Vgl. *Dauner-Lieb* (Fn. 5) 119 zum Widerrufsrecht nach dem früheren Abzahlungsgesetz.

32 Instruktiv v. *Nell-Breuning*, Können Neoliberalismus und katholische Soziallehre sich verständigen?, in: Heinz Sauer mann/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, S. 459; vgl. auch *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche, 1991, S. 873, 880 f.

**cc) Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen einem rollensoziologischen und einem situativ ansetzenden Schutzkonzept**

Nicht überzeugend ist es, wenn jüngst versucht wird, die konzeptionelle Relevanz des Gegensatzes zwischen einem situativen Regelungsansatz einerseits und einem personenbezogen-rollensoziologischen Schutzkonzept mit dem Argument mangelnder Unterscheidungskraft in Frage zu stellen. Denn einerseits - so die in Rede stehende These - würden bei bestimmten situativen Anknüpfungen (Haustürgeschäfte, Fernunterrichtsverträge) ohnehin meist nur Konsumenten geschützt. Andererseits sei die situative Anknüpfung oft zu wenig selektiv und bedürfe erkennbar der Ergänzung durch ein personenbezogenes Element. Dies gelte um so mehr, als die Unterscheidung zwischen einem als Sonderprivatrecht zu qualifizierenden Verbraucherrecht und dem allgemeinen Privatrecht dadurch relativiert werde, daß dieses durch den „Schutz vor Täuschung, Übervorteilung und Schadenszufügung“ Verbraucherschutz in erheblichem Maße gewährleiste<sup>33</sup>.

Gerade der letztgenannte Gesichtspunkt spricht indes eher für die Relevanz der Unterscheidung zwischen einem situativen und einem rollensoziologischen Schutzansatz. Denn die Einfügung des Schutzes der Verbraucher vor Täuschung, Übervorteilung und Schadenszufügung in das allgemeine Zivilrecht ist erst dadurch möglich, daß auf eine rollensoziologische Anknüpfung bei den zugrundeliegenden Regelungen verzichtet wird und die diese außerdem als Vorschriften über den allgemeinen privatrechtlichen Subjekts- und Rechtsgüterschutz ausgestaltet sind.

Hinzu kommt, daß es methodentheoretisch nur schwer vorstellbar ist, daß sich die Frage, welcher konzeptionelle Regelungsansatz einem Gesetz zugrunde liegt, bei dessen Anwendung, Auslegung und - gegebenenfalls - auch Fortbildung nicht auswirkt. So läßt sich beispielsweise die - wohl herrschende - These, daß Art. 3 RL 93/13/EWG auch Vertragsklauseln erfaßt, die von neutralen Dritten vorformuliert sind, ohne Rekurs auf die Ratio der Richtlinie (Schutz bei fehlender Aushandlung im einzelnen und kein bloßer Schwächerenschutz) nicht beantworten<sup>34</sup>. Vor allem jedoch muß über solche Einzelbeispiele hinaus bedacht werden, daß die Vorgaben des EG-Richtlinienrechts zu

33 *Damm*, Privatautonomie und Verbraucherschutz, *VersR* 1999, 129, 135.

34 Näher und mit umfangreichen Nachweisen demnächst *Pfeiffer*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union II (Sekundärrecht) Teil A 5* (im Erscheinen), Art. 3 RL 93/13/EWG, Rn. 9.

gleich Ausdruck eines Europäischen Privatrechts in statu nascendi darstellen. Deshalb ist die Erwartung berechtigt, daß die zum jetzigen Zeitpunkt getroffenen Grundentscheidungen lange fortwirken werden.

Nahe liegt im übrigen, daß für den europäischen Verbraucherbegriff selbst nichts anderes gilt: Seine Bestimmung nach rollensoziologischen Kriterien muß, wie dargestellt<sup>35</sup>, zu anderen Ergebnissen führen als eine Definition, deren Ratio sich aus dem normativen Zusammenwirken mit situativen Schutzbedürfnissen erklärt und den Verbraucherbegriff als Merkmal einer typischerweise fehlenden bereichsspezifischen Geschäftskompetenz begreift. Dies zeigt auch die folgende Umsetzung der hier zugrunde gelegten Konzeption, für die das Europäische Privatrecht inzwischen einen reichhaltigen Materialfundus bietet:

#### **4. Umsetzung**

##### **a) Geschäftsaufgabe und branchenfremde Nebengeschäfte**

###### **aa) di Pinto**

In der di Pinto-Entscheidung hatte der EuGH die Frage zu entscheiden, ob die Haustürgeschäfte richtlinie auf Fälle anwendbar ist, in denen ein Gewerbetreibender sein Geschäft veräußert<sup>36</sup>. Diese Konstellation war in mehrfacher Hinsicht instruktiv. Zunächst legt die Entscheidung das hier entwickelte Konzept der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz zugrunde: Die Regierung des Vereinigten Königreiches hatte argumentiert, die Verbrauchereigenschaft sei zu verneinen; denn es müsse ausreichen, wenn ein Bezug zu „einem“ Gewerbe bestehe. Demgegenüber hatte Generalanwalt Mischo, offenbar inspiriert vom französischen Konzept der Ausdehnung des Verbraucherbegriffs auf den sog. non-professionnel<sup>37</sup>, die Ansicht vertreten, die Verbrauchereigenschaft sei zu bejahen; dem Gewerbetreibenden fehle für solche Geschäfte die auf konkreter Erfahrung beruhende Kompetenz<sup>38</sup>. Der EuGH entschied sich - überzeugend - für eine mittlere Linie, die auf eine typisierte bereichsspezifische Geschäftskompetenz abstellt. Der Gewerbetreibende handele im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit, wenn das Geschäft zu seiner beruflichen Tätigkeit, also in dessen Rahmen und Zusammenhang gehöre. Der

---

35 S. oben Text bei Fn. 34.

36 *EuGH* 14.3.1991, Rs. C-361/89 (*di Pinto*), Slg. 1991, I-1189.

37 Dazu sogleich bb).

38 Vgl. die Darstellung bei *GA Mischo, EuGH*, Slg. 1991, I-1189, 1201.

durchschnittliche Gewerbetreibende kenne den Wert seines Betriebs und die Bedeutung der Veräußerungsgeschäfte, so daß er entsprechende Verträge nicht unüberlegt aufgrund eines Überraschungseffekts eingehen werde.

### bb) Der französische non-professionnel

Der Hervorhebung bedarf jedoch folgende mit den vorstehenden Bemerkungen bereits angedeutete Paradoxie: Bekanntlich liegen die Wurzeln des europäischen Verbraucherbegriffs vor allem im französischen Recht. Dessen Transformationsnormen sind nun gerade in der in der di Pinto-Entscheidung zu beantwortenden Frage anderer Auffassung als der EuGH. Die Regeln des Verbraucherrechts gelten, bei unterschiedlicher Ausgestaltung in verschiedenen Einzelnormen des Code de la Consommation, grundsätzlich für jeden non-professionnel. Und non-professionnel ist eine Person auch dann, wenn sie in Ausübung ihres Gewerbes atypische oder branchenfremde Nebengeschäfte abschließt, weil diesen der sog. rapport direct zur beruflichen Tätigkeit fehle, wie dies - um ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Cour de Cassation zu nennen - beim Erwerb eines Fotokopierers durch einen Geistlichen für seine Kirchengemeinde der Fall ist<sup>39</sup>.

Die Leistungsfähigkeit des Erklärungsmusters der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz wird durch diese Divergenz aber nicht in Frage gestellt. Denn beide Standpunkte nehmen lediglich innerhalb eines solchen Konzepts eine unterschiedliche Grenzziehung aufgrund einer andersartigen Typisierung vor: Vom Standpunkt des EuGH aus wäre der Geistliche nicht nur als Prediger und Seelsorger, sondern gleichsam als Gemeindegänger anzusehen, der können muß, was das Gemeindeleben mit sich bringt - bis hin zum Gruppenreisemanagement für gemeindliche Wallfahrten. Das französische Recht konzipiert die bereichsspezifische Geschäftskompetenz enger. Es sieht offenbar vor allem Tätigkeiten wie die Sammlung der Sonntagskollekte und den Erwerb liturgischer Gegenstände von dieser Geschäftskompetenz erfaßt. Nach dem erstgenannten Konzept des EuGH beruht die bereichsspezifische Geschäftskompetenz auf dem Betrieb eines bestimmten Gewerbes, nach der französischen Vorstellung muß noch ein bestimmtes berufliches Know-how hinzukommen.

39 Cour de Cassation, Civ. 1re, 3.5.1988, Bull. Civ. I No. 125. Vgl. ferner (im Zusammenhang mit dem für *clauses abusives* geltenden Art. 132-1 Code de la Consommation) Cass. Civ., 24.1.1995, DS 1995, J 327; 3. und v. 30.1.1996, La Semaine Juridique (JCP) 1996, Ed. E No. 25, 830, S. 149 ff. mit Anm. *Leveneur*.

## b) Existenzgründung

Das Gegenstück zur Geschäftsveräußerung ist die Existenzgründung. In der Benincasa-Entscheidung zu Art. 13 EuGVÜ hatte der EuGH über die Frage der Verbrauchereigenschaft eines zukünftigen Franchisenehmers beim Abschluß des Franchisevertrags zu befinden und meinte, der Zweck eines Vertragsschlusses sei auch dann ein gewerblicher, wenn der Betrieb des Gewerbes erst ein zukünftiger ist, weil das Gewerbe erst durch den Vertrag in die Lage versetzt wird, seinen Betrieb aufzunehmen.

Vor allem im deutschen Recht hat diese Frage zu erheblicher Verwirrung geführt. § 1 dt. VerbrKrG als Transformationsnorm der Verbraucherkreditrichtlinie schließt nur solche Personen von seinem Anwendungsbereich aus, die im Rahmen ihrer bereits ausgeübten beruflichen Tätigkeit handeln und erfaßt daher insbesondere auch Existenzgründungsgeschäfte<sup>40</sup>. Durch § 6 dt. HWiG wird vom persönlichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen, wer „in Ausübung“ seiner beruflichen Tätigkeit handelt. Nun sollte man meinen, „in Ausübung“ könne nur handeln, wer eine Tätigkeit bereits ausübt, nicht also der Existenzgründer. Herrschend in Deutschland ist indes die Gegenansicht<sup>41</sup>. Zum Parallelproblem im Rahmen des dt. AGBG hat es - unter einer früheren Gesetzesfassung vor der Transformation der Klauselrichtlinie, die hinsichtlich der Anwendung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten unterschied - divergierende Entscheidungen der Oberlandesgerichte zu der Frage gegeben, ob eine Person schon bei demjenigen Vertrag als Kaufmann anzusehen ist, durch den sie erst die Kaufmannseigenschaft erwirbt<sup>42</sup>. Eine überwiegende Literaturmeinung bejaht freilich die Verbrauchereigenschaft<sup>43</sup>. In Frankreich hingegen tendiert man trotz eines weiten Verbraucherbegriffs offenbar dazu, in solchen Fällen die Verbrauchereigenschaft zu verneinen<sup>44</sup>.

---

40 BGH, 14.12.1994, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1995, 721 = LM H. 6/1995, § 1 VerbrKrG, Nr. 1/2, mit Anm. Pfeiffer; zur Benincasa-Entscheidung des EuGH oben Fn. 10.

41 BGH, 4.5.1994, NJW 1994, 2759 = LM H. 11/1994, HWiG Nr. 15 mit Anm. Pfeiffer.

42 Kaufmannseigenschaft bejahend OLG Oldenburg, 27.4.1989, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 1989, 1081; verneinend OLG Koblenz, 24.7.1986, NJW 1987, 74.

43 S. z.B. Horn, in: Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter Lindacher, AGB-Gesetz - Kommentar, 3. Auflage 1994, § 24 AGBG, Rn. 6; Stein, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, 12. Auflage 1991, § 24 AGBG, Rn. 4; a. A. Brandner, in: Peter Ulmer/Hans-Erich Brandner/Horst-Dieter Hensen, AGB-Gesetz, 8. Auflage 1997, § 24 AGBG, Rn. 28.

44 TGI Cahors 15.9.1988, Recueil Dalloz 1988, Somm. 488.

Letzteres kann indessen nur überzeugen, wenn man von einem rollensoziologisch geprägten Verbraucherbegriff ausgeht, der zu der Annahme führt, daß sich der zukünftige Unternehmer schon bei der Vornahme von Existenzgründungsgeschäften wie ein solcher verhält. Sieht man die Ratio dieser Schutzvorschriften demgegenüber im Schutz derjenigen Personen, denen eine bereichsspezifische Geschäftskompetenz fehlt, dann ist klar: das Schutzbedürfnis des Verbrauchers entfällt (erst) aufgrund der mit Geschäftsaufnahme gewonnenen Erfahrung<sup>45</sup>. Bei Existenzgründungsgeschäften liegt eine solche noch nicht vor. Zwar wohnt auch der These, die erforderliche bereichsspezifische Geschäftskompetenz sei in Anschluß an die Vornahme des Existenzgründungsgeschäfts erlangt, ein Element dezisionistischer Abgrenzung inne. Das muß freilich ebenso hingenommen werden wie der Effekt einer gleichsam über Nacht eintretenden Volljährigkeit mit Erreichen des 18. Geburtstags (0 Uhr). Wer demgegenüber bei der Bestimmung der Verbrauchereigenschaft mit dem EuGH darauf abstellt, daß ein Vertrag seinem Zweck nach einem zukünftig zu betreibenden Geschäft dient, bleibt Äußerlichkeiten verhaftet, die der Ratio der Anknüpfung an den Verbraucherbegriff nicht entsprechen und zur Desintegration des Verbraucherrechts im Rahmen allgemeiner Zivilrechtsordnungen beitragen.

Die Anknüpfung an den nur äußerlich verstandenen Vertragszweck läßt sich im übrigen auch nicht mit Verkehrsschutzgründen rechtfertigen, weil der Verkehrsschutz eine solche Maßgeblichkeit des äußeren Vertragszwecks nicht verlangt. Denn die grundsätzliche Anknüpfung an die Geschäftskompetenz schließt eine Abwägung mit anderen Gesichtspunkten keinesfalls aus. Ein zahlreichen Rechtsordnungen gemeinsamer Standpunkt geht dahin, daß derjenige nicht als Verbraucher gilt, der sich beim Abschluß eines Vertrags als Unternehmer geriert<sup>46</sup>. So heißt es beispielsweise in sec. 3 para 1 lit. a des britischen Consumer Arbitration Act 1988, ein consumer sei jemand, der „neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so“; ein ähnlicher Inhalt findet sich auch etwa in Art. 2 lit. a CISG, der darauf abstellt, ob der Verkäufer von dem privaten Verwendungszweck der Ware wußte oder wissen mußte.

45 Deutlich herausgearbeitet wird dies etwa durch BGH, 4.5.1994, NJW 1994, 2759, sub II 2 b, wo allerdings der Gegenposition (Maßgeblichkeit des Geschäftszwecks, nicht der Geschäftskompetenz des Handelnden) der Vorzug gegeben wird.

46 Zur Anerkennung dieses Standpunktes auf europäischer Ebene s. nur Giuliano/Lagarde-Bericht, Bundestagsdrucksache 10/503, S. 55.



Die Abwägung von Vertrauensschutzgesichtspunkten einerseits und dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Willensfreiheit ist also ein klassisches Thema der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre. Und der Umstand, daß das EG-Richtlinienrecht für solche Abwägungen offen sein muß, kann der Bruchlosigkeit seiner Transformation in das nationale Recht nur nutzen.

### c) Dual-use-Problematik

Bei der Dual-use-Problematik, also der Frage, ob die Verbrauchereigenschaft auch bei Verträgen zu bejahen ist, deren Zweck sowohl beruflicher als auch privater Art ist, sind wir in der glücklichen Lage, mit dem Giuliano/Lagarde-Bericht über eine authentisch-europäische Quelle zu verfügen, die sich zu dieser Frage - jedenfalls für Art. 5 des Römischen Schuldvertragsübereinkommens - ausdrücklich äußert<sup>47</sup>. Die Verbrauchereigenschaft ist danach zu bejahen, wenn der Vertragszweck im wesentlichen außerhalb der beruflichen Tätigkeit liegt. Auch hierin kann man einen Beleg für die Richtigkeit des Konzepts der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz sehen. Zunächst einmal läßt sich nämlich aus der besagten Wendung des Giuliano/Lagarde-Berichts folgern, daß es nicht auf die subjektive Willensrichtung der Beteiligten, sondern auf den objektiven Vertragszweck ankommt. Dem entspricht, daß Geschäftskompetenz eine objektive Größe ist, die von der inneren Willensrichtung kaum abhängen kann. Insofern läßt sich aus dieser Lösung der Dual-use-Problematik zugleich ein Argument gegen ein rollensoziologisches Abgrenzungskonzept herleiten. Ginge man nämlich vom Instrumentarium der Rollentheorie aus, so müßte man sagen: Das Rollenverhalten einer Person beruht auf ihrer subjektiven Rollenauffassung<sup>48</sup>, auf die es rechtlich eben gerade nicht ankommt.

Auch insofern bestehen freilich auf einer konkreteren Ebene durchaus Integrationsprobleme. So geht in Deutschland eine überwiegende Auffassung im Rahmen des § 343 HGB und des § 24 AGBG alter Fassung davon aus, daß ein Geschäft unter diese Vorschriften fällt, wenn es um die Anschaffung eines Gegenstands geht, der sowohl betrieblichen als auch privaten Zwecken dient<sup>49</sup>. Der Grund für diese Abgrenzung liegt auf

---

47 Giuliano/Lagarde-Bericht, Bundestagsdrucksache 10/503, S. 55; gegen eine Zuordnung der *usage mixte* zu den Verbraucherverträgen wohl auch die französische Praxis, etwa *Cour d'Appel Grenoble*, 13.6.1991, JCP 1992, II.21819; *Cour d'Appel Paris*, 9.11.1994, *Contrats-Concurrence-Consommation* 1994, No. 40.

48 Vgl. Lautmann (Fn. 23) 48.

49 Hefermehl, in: Franz Schlegelberger/Wolfgang Hefermehl, *Handelsgesetzbuch*, § 343, Rn. 22; Ratz,

der Hand: Ist eine Person hinreichend geschäftskompetent, um eines Schutzes ihrer Entscheidungsfreiheit nicht zu bedürfen, so kann diese Kompetenz nur für das ganze Geschäft bejaht oder verneint werden. Die fehlende Schutzbedürftigkeit für einen Teil des Geschäfts strahlt auf dessen gesamten Abschluß aus. Im Vereinigten Königreich findet sich vielfach der umgekehrte Standpunkt. Zur Begründung der Verbrauchereigenschaft reicht es nach diversen Vorschriften schon aus, wenn der Vertragsgegenstand typischerweise der privaten Nutzung dient; eine geschäftliche Mitbenutzung wird erst dann problematisch, wenn es an einer privaten Nutzung vollständig fehlt.

Daß diese Divergenzen zu einem besonderen Integrationsproblem führen, wird man nicht annehmen müssen: Es muß einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative überlassen bleiben, ob man ein situatives Schutzbedürfnis schon dann annimmt, wenn der Vertrag im wesentlichen außerhalb der beruflichen Sphäre liegt oder erst, wenn er vollständig außerhalb derselben angesiedelt ist, zumal der Unterschied zwischen beiden Lösungen eher marginal erscheint. Auch die angesprochenen Besonderheiten des englischen Rechts unterscheiden sich von dem europäischen Leitbild nicht grundsätzlich, sondern nur durch eine weitergehende Typisierung: Nicht an den individuellen Vertragszweck wird angeknüpft, sondern an den mit einer bestimmten Ware typischerweise verbundenen. Tiefgreifende integrationshemmende Tendenzen wird man dem nicht entnehmen können.

#### d) Beschränkung auf natürliche Personen

Anders als Art. 5 EVÜ und Art. 13 EuGVÜ enthalten die Verbraucherdefinitionen des EG-Richtlinienrechts regelmäßig die Maßgabe, daß als Verbraucher nur eine natürliche Person in Betracht kommt. Selbst wenn man berücksichtigt, daß das EG-Richtlinienrecht insofern lediglich als Mindeststandard wirkt (z.B. Art. 8 RL 93/13/EWG, Art. 8 RL 85/577 EWG<sup>50</sup> oder Art. 15 RL 87/102 EWG<sup>51</sup>) und strengeres nationales Recht

---

in: Hermann Staub/Paul Ratz, Großkommentar zum HGB, 3. Auflage, 1978, § 343, Anm. 4 c; ebenso Wagner, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, Handelsgesetzbuch, 1998, § 343 Rn. 22: Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe fehlt nur bei „rein privaten“ Geschäften. Soweit dieses Ergebnis nicht ausdrücklich artikuliert wird, folgt es aus dem Grundsatz, daß für § 343 HGB jeder lockere, entfernte oder mittelbare Zusammenhang mit dem Handelsgeschäft genügt, s. BGH, Wertpapiermitteilungen (WM) 1976, 424; RGZ 72, 434, 436; Horn, in: Ernst Heymann/Norbert Horn, Handelsgesetzbuch, 1990, § 343 HGB, Rn. 10.

50 Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Abl. EG 1985 Nr. L 372/31.

zuläßt<sup>52</sup>, liegt darin jedenfalls auf der Ebene des EG-Rechts eine nicht unerhebliche Beschränkung. Vor dem Hintergrund des Konzepts der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz erscheint diese Beschränkung inkonsequent, denn es ist keinerlei Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß etwa der kleine Idealverein oder die kleine Pfarrgemeinde, die von der ehrenamtlichen Aktivität ihrer Mitglieder getragen werden, über eine weitgehende Geschäftskompetenz verfügen als ihre als Verbraucher zu qualifizierenden Einzelmitglieder<sup>53</sup>. Für das vorliegend vertretene Konzept ergeben sich daraus zwei Fragen:

Erstens wird argumentiert, Adressaten des Direktvertriebs an der Haustür seien typischerweise natürliche Personen, so daß diese Beschränkung insofern gerechtfertigt sei, wohingegen die entsprechende Beschränkung etwa beim Fernabsatz wegen dessen Ratio (Kundenschutz bei mangelnder vorhergehender Prüfungsmöglichkeit der Ware) und bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht trage<sup>54</sup>. Hieraus könne man folgern, daß es eben in der Tat ein konzeptioneller legislatorischer Fehler sei, an einen weitgehend einheitlichen Verbraucherbegriff anzuknüpfen, wohingegen das tatsächliche Schutzbedürfnis einer solchen Vereinheitlichung nicht entspreche.

Einer solchen Folgerung wäre indes zu widersprechen. Zwar mag es sein, daß Adressaten des Direktvertriebs an der Haustür vor allem natürliche Personen sind. Daraus folgt jedoch nicht, daß der ehrenamtliche Vorstand des kleinen Idealvereins nicht schutzbedürftig ist, wenn sich der Direktvertreiber ausnahmsweise an ihn wendet. Der Gesetzgeber mag diese Fälle nach dem Prinzip „*minima non curat legislator*“ für vernachlässigungswert halten. Konzeptionell folgt daraus indes kein Einwand gegen den Gedanken, daß dem Verbraucherbegriff des EG-Verbrauchervertragsrechts einheitlich das Fehlen

---

51 Richtlinie des Rates v. 22.12.1986 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit Abl. EG 1988 L 42/88.

52 Etwa in Frankreich Art. 311-2 Code de la consommation (Verbraucherkredit), weshalb beispielsweise politische Parteien Verbraucher sein können, Cour d'Appel Paris, 5.7.1991, JCP éd. E 1991, Panor. 988. Daß Erwerbsunternehmen keine Privatsphäre haben, innerhalb derer sie als Verbraucher handeln können, ist allerdings auch hier anerkannt, Cour de la Cassation, Com., 4.2.1992, Bull. civ. IV No. 61.

53 Rechtspolitische Kritik etwa bei *Faber*, ZEuP 1998, 854, 864; *Kapnopoulou* (Fn. 9) 36 f., 80 f.; *Remien*, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, 34, 42.

54 *Kapnopoulou* (Fn. 9) 35 ff.

der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz zugrunde liegt, zumal der EG-Richtliniengeber den Ausschluß juristischer Personen nicht auf die Haustürgeschäfte richtlinie beschränkt.

Da die Anknüpfung an die natürliche Person ein durchgehendes Regelungsschema der in Rede stehenden EG-Richtlinien darstellt, wird man sie als Ausdruck eines einheitlichen Regelungsprinzips sehen müssen. Dieses dürfte in der Vorstellung liegen, daß sich die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf die Sphäre des Privaten beschränkt, zu der die Tätigkeit innerhalb einer juristischen Person nicht gehört, und daß sich der Verbraucher - rollensoziologisch gesehen - nur in seiner privaten Sphäre wie ein Verbraucher verhält. Das Konzept eines vertragsrechtlich gesehen einheitlichen Verbraucherbegriffs wird hiervon also nicht in Frage gestellt.

Wenn in den vorgenannten soziologischen Erwägungen der Grund für die Ausnahme sämtlicher juristischer Personen aus dem Anwendungsfeld des Verbraucherbegriffs liegt, ergibt sich für das hier zugrundegelegte Konzept der Maßgeblichkeit der bereichsspezifischen Geschäftskompetenz eine zweite Fragestellung. Man könnte argumentieren, daß dieses Konzept *de lege lata* den normativen Vorgaben des EG-Rechts offenbar doch nicht entspricht. Der hier unternommene Versuch einer möglichst weitgehenden „Versöhnung“ des EG-Verbrauchervertragsrechts mit klassisch privatrechtlichen Prinzipien wäre damit insgesamt in Frage gestellt.

Indessen zeigt die allenthalben formulierte Kritik an der vollständigen Herausnahme der juristischen Personen aus dem Verbraucherbegriff des EG-Richtlinienvertragsrechts<sup>55</sup>, daß diese Herausnahme der hinter den fraglichen verbrauchervertraglichen Vorschriften stehenden Ratio widerspricht und insofern als Ausdruck eines legislatorischen Kognitions- und Konzeptionsfehlers einzuordnen ist. Dieser ist *de lege lata* hinzunehmen. Der darin liegende System- und Wertungsbruch muß aber engstmöglich begrenzt bleiben und sollte von Wissenschaft und Praxis bei der Handhabung des Verbraucherbegriffs nicht auch noch auf andere Auslegungsfragen ausgedehnt werden.

Die vollständige Herausnahme der juristischen Person ist also wertungssystematisch als (verfehlt) Ausnahme zu qualifizieren, welche die ansonsten geltende Ratio indes nur bestätigt.

---

55 S. oben Fn. 53.

**e) Dietzinger**

Wenn es noch eines Exempels bedarf, um die Richtigkeit des hier entwickelten Konzepts praktisch aufzuzeigen, so läßt sich dies der Dietzinger-Entscheidung des EuGH entnehmen<sup>56</sup>. Dort hat dieser entschieden, ein Bürge falle nur dann in den persönlichen Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG, wenn nicht nur er selbst, sondern auch der Hauptschuldner Verbraucher ist. Die gebotene Kritik an dieser Entscheidung ist bereits an anderer Stelle artikuliert worden und braucht nicht wiederholt zu werden; hinzuweisen ist nur auf das Folgende<sup>57</sup>:

Dem äußeren Argumentationsgang nach rechtfertigt der EuGH dieses doppelte Verbrauchererfordernis mit dem Akzessorietätsprinzip. Das ist nicht nur im Ausgangspunkt verfehlt, weil aus der Akzessorietät der Bürgschaft nichts für das eigenständige Widerrufsrecht bezüglich des Bürgschaftsvertrags folgen kann, sondern entbehrt gerade auch bezüglich des Verbraucherbegriffs jeder Logik. Würde nämlich, wie der EuGH meint, die Widerruflichkeit des Bürgschaftsvertrags tatsächlich aus Gründen der Akzessorietät aus der Widerruflichkeit des Vertrags über die Hauptschuld folgen, so dürfte es auf die Verbrauchereigenschaft des Bürgen nicht ankommen. Erklären könnte man die Auffassung des EuGH wiederum mit einer rollensoziologischen Betrachtung. Der Bürge verhält sich, so wäre danach anzunehmen, nur dann wie ein Verbraucher, wenn er selbst ein Verbraucher ist und sich außerdem nicht für einen Geschäftskredit verbürgt.

Nach der Konzeption des EuGH ergibt sich: Der Verbraucher soll deswegen weniger schutzwürdig sein, weil der im Rahmen seiner beruflichen Betätigung handelnde Hauptschuldner kein Verbraucher ist, obwohl die Gefahr für den Verbraucher, bei der Bürgschaftserklärung überrumpelt zu werden, hierdurch um kein Iota geringer wird. Und mehr noch: Für den durch die RL 85/577/EWG bezweckten situativen Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit soll es im Falle des Bürgen nicht auf die situativen Bedingungen ankommen, unter denen der Bürge rechtsgeschäftlich gehandelt hat; maßgeblich sollen vielmehr die situativen Bedingungen des Abschlusses des Vertrags über die Hauptschuld sein, die in bezug auf situative Beeinträchtigungen der freien Entscheidung des Bürgen ohne Belang sind - noch gründlicher kann man die Ratio der

---

<sup>56</sup> EuGH 17.3.1998, Rs. C-45/96 (*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank/Dietzinger*), Slg. 1998, I-1214.

<sup>57</sup> Dazu ausführlich Pfeiffer, Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, 1129.

Richtlinie kaum verfehlen. Hätte der EuGH erkannt, daß es darauf ankommt, den als Verbraucher zu qualifizierenden Bürgen vor situativen Beeinträchtigungen seiner Entscheidungsfreiheit zu schützen, wäre es zu einer solchen Fehlentscheidung nicht gekommen.

### 5. Fazit

Nicht schlechthin, sondern nur gegenüber bestimmten situativen Gefährdungen der Entscheidungsfreiheit bedarf der Verbraucher nach dem Konzept des EG-Verbrauchervertragsrechts eines besonderen Schutzes. Kein Verbraucher ist deshalb derjenige, der diese Situationen aufgrund seiner bereichsspezifischen Geschäftskompetenz auch ohne besondere Schutzmechanismen bewältigen kann. Die Absicherung gegenüber situativen Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit ist ein bekanntes Thema der Rechtsordnung insgesamt. Das zeigt sich z.B. im öffentlichen Recht durch Prinzipien wie das der Geheimheit der Wahl, im Strafrecht durch die Anerkennung der Figur des entschuldigenden Notstands und im Privatrecht durch die hier behandelten Regeln des Verbrauchervertragsrechts. Rechtsgeschäftliche Regeln, die auf der Grundlage eines solchen Konzepts beruhen und vor allem auch dementsprechend angewandt werden, erfüllen die Voraussetzungen, aufgrund derer eine Integration in ein allgemeines Zivilrecht möglich sein wird.

### 6. Brief Summary in English

One of the few general concepts of European private law is the concept of the term consumer which can be found in various EC contract law directives as well as in the Brussels and Rome Conventions. There are, however, certain tensions between the concept of the term consumer and traditional civil law thinking. An analysis of these tensions leads to the argument that European Consumer Law directives could be transformed into national contract law more smoothly if these tensions can be avoided. Therefore this article argues that the term consumer should be construed in a way which is in accordance with basic principles of private law.

Based on this analysis, the article discusses different concepts for an interpretation of the term consumer. This discussion leads to the conclusion: The best way to make European consumer contract law more compatible with national laws would be a construction of the term consumer which is based on legal interest analysis as opposed to purely sociological or economic concepts. Such a legal interest analysis has to take into consideration that - according to sources of European law - consumers are protected

only in certain situations (e.g. doorstep selling; temptation by credit offers; use of pre-formulated contract terms). A common feature of these situations is that they create handicaps to freedom of contractual choice. As a consequence, a non-consumer is somebody who is able to cope with these handicaps because of his personal skills, his personal experiences or knowledge. The purpose of the term consumer is to typify those persons who lack such personal skills, experience or knowledge.

This concept of consumer contracts is then applied to cases in which it is doubtful whether somebody can be called a consumer (e.g. credit contracts of a person who wants to become self-employed or the sale of a whole business in order to retreat into private life or "mixed contracts", with which somebody buys goods for both private and business use).

*[Faded text, likely bleed-through from the reverse side of the page. It discusses the principle of integration through the internal market and the concept of legitimate expectations.]*

---

1. Micklitz, *Prinzipien des Europäischen Privatrechts. Leitfaden für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 1998, 253, 253 f.  
2. Micklitz, *Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des Europäischen Privatrechts*, in: Loewig/Krüger/Hans W. Micklitz/Klaus Tonner (Hg.), *Recht und öffentliche Interessen in der Europäischen Rechtsordnung. Liber amicorum Norbert Reich*, 1997, S. 248, 247.  
3. Micklitz, ZEuP 1998, 264; so auch schon ders., *Principles of Justice in Private Law within the European Union*, in: Eric Posner/Elon Eisenberg (Hg.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, 1995, S. 256, 252 ff.