

Verbrauchervertragsrecht
der Europäischen Union


Dirk Trüten
Tobias Baumgartner
Alexander Brunner



Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union

Dirk Trüten
Tobias Baumgartner
Alexander Brunner
(Hrsg.)

 **Nomos**

 VERLAG
ÖSTERREICH

Schulthess 

Inhalt

I.	Wirtschaftsrechtliche Grundlagen des Verbrauchervertragsrechts.....	3
1.	Methodologische und systematische Vorbemerkungen	3
2.	Wirtschaftsrecht und seine Abgrenzungen.....	4
a)	Wirtschaftseinheiten und ihre Funktion im Wirtschaftsrecht	4
aa)	Unternehmen und Privathaushalte.....	4
bb)	Doppelfunktion der Wirtschaftseinheiten.....	6
cc)	Abgrenzungen gemäss Zwecktheorie.....	6
b)	Verbraucherrecht als Teil des Wirtschaftsrechts	8
aa)	Verbraucherrecht und Arbeitsrecht	8
bb)	Typischerweise bestehendes strukturelles Ungleichgewicht	10
cc)	Bedeutung der Kaufkraft der Privathaushalte.....	10
3.	Begriff und Wesen des Verbrauchervertrages	13
a)	Begriff des Verbrauchervertrages	13
aa)	Positive und negative Definition	13
bb)	Objektive und relative Definition.....	14
cc)	Vorherrschende negative Definition.....	16
b)	Wesen des Verbrauchervertrages	20
aa)	Strukturelles Ungleichgewicht (Wissen und Macht)	20
bb)	Wissen - Ausgleich durch Informationsrecht	20
cc)	Macht - Ausgleich durch AGB-Kontrolle	21
4.	Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung	22
a)	Bedeutung für die Rechtsetzung.....	22
aa)	Ergänzendes Wettbewerbsrecht.....	22
bb)	Ergänzendes Kollisions- und Prozessrecht	23
cc)	Ergänzende aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	25
b)	Bedeutung für die Rechtsanwendung	26
aa)	Grammatische Auslegung	26
bb)	Kontextuelle Auslegung (historisch und systematisch)	27
cc)	Teleologische Auslegung	27

1. Teil - Einleitung

I. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen des Verbrauchervertragsrechts

ALEXANDER BRUNNER

1. Methodologische und systematische Vorbemerkungen

Das vorliegende Kapitel der Einleitung zum Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union verschafft einen *ersten Überblick* über die Problemlagen und die entsprechenden Lösungen des Richtlinien- und Verordnungsrechts. Ein Erkenntnisgewinn soll methodologisch dadurch erreicht werden, dass *induktiv* vorerst von den *empirisch zu beobachtenden Marktverhältnissen* ausgegangen wird. In der marktwirtschaftlichen Wirklichkeit lassen sich dabei Wirtschaftseinheiten *vorfinden*, die neben der grundlegenden Rolle des Staates das Wirtschaftsleben auf natürliche Weise selbst regeln.

Ausgehend von diesen realen Marktverhältnissen verfährt der Gesetzgeber der Europäischen Union *deduktiv*, indem die vorgefundenen Verhältnisse zwischen den Marktteilnehmern normativ erfasst und im Hinblick auf die Rechtsidee im einzelnen geformt und ausgestaltet werden. Oberster Grundsatz bei der Rechtsetzung ist dabei die Ausrichtung auf einen gerechten Ausgleich der massgeblichen Interessen aller Beteiligten.

Ein weiterer Erkenntnisgewinn soll vorliegend dadurch erreicht werden, dass die sehr verstreuten und vielfältigen Bemühungen des Gesetzgebers der Europäischen Union mit Bezug auf das Verbrauchervertragsrecht in einen nachvollziehbaren und damit *systematischen Zusammenhang* gebracht werden sollen. Die einzelnen Richtlinien und Verordnungen werden dadurch in ihrer Zielsetzung verständlicher und ergeben ein sinnvolles Ganzes. Die vorliegende *Einleitung* verzichtet auf eine Auseinandersetzung mit der umfangreichen Rechtsprechung und Lehre, was sinnvollerweise den einzelnen Beiträgen der Publikation vorbehalten bleiben soll.

2. Wirtschaftsrecht und seine Abgrenzungen

a) Wirtschaftseinheiten und ihre Funktion im Wirtschaftsrecht

aa) Unternehmen und Privathaushalte

Das Wirtschaftsrecht¹ betrifft jene Austauschverhältnisse, an denen als Wirtschaftseinheit ein Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Funktion beteiligt ist. Der Begriff der betrieblichen Tätigkeit und des betrieblichen Zwecks dient damit als unverwechselbares und damit eindeutiges Abgrenzungskriterium (*Zwecktheorie*). Die Zwecktheorie ermöglicht eine an den Marktverhältnissen orientierte, sachgerechte und einheitliche Erfassung der in der Realität gegebenen und vorgefundenen wirtschaftlichen Beziehungen.

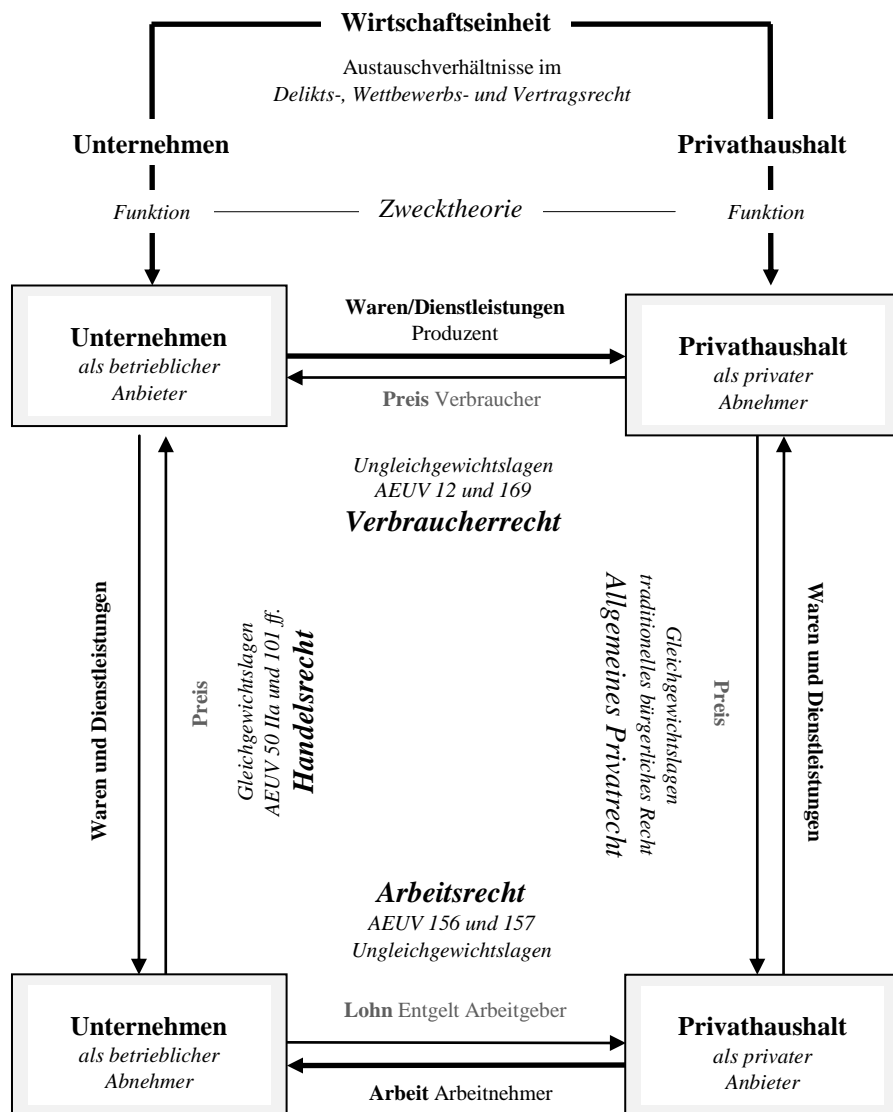
Träger und Adressaten des Wirtschaftsrechts sind in erster Linie Unternehmen. In den *Unternehmen* und ihren *Betrieben* werden im Rahmen der gewerblichen, beruflichen und damit betrieblichen Tätigkeit Waren und Dienstleistungen entwickelt und hergestellt und anschliessend am Markt angeboten. Das Wirtschaftsrecht betrifft Unternehmen in organisatorischer, funktionaler und synallagmatischer Hinsicht.

Das Wirtschaftsrecht darf indessen das entscheidende Gegenstück der Unternehmen nicht ausser Acht lassen: Die *Privathaushalte*. Sowohl Unternehmen als auch Privathaushalte treten stets als Anbieter und Abnehmer von Waren und Dienstleistungen in Funktion. Diese Doppelfunktion der beiden Wirtschaftseinheiten wird durch das beigefügte Diagramm veranschaulicht. Beide Wirtschaftseinheiten - Unternehmen und Privathaushalte - sind denn auch in der Ökonomie feste Grössen. Die Betrachtung der Wirtschaftseinheiten von Unternehmen und Privathaushalten im Rahmen der Zwecktheorie führt funktionell zum synallagmatischen Gesichtspunkt.

¹ Die vorliegende Einführung in das Verbrauchervertragsrecht im Kontext des Wirtschaftsrechts orientiert sich an den folgenden Publikationen: WALTER R. SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, in FS Hug, Bern 1968, 25 ff.; ALEXANDER BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, in: Brunner/ Rehbinder/ Stauder (Hrsg.) JKR 1995 - Grundlagen des Konsumentenrechts, Bern 1995, 33 ff.; ALEXANDER BRUNNER, Was ist Handelsrecht?, in: AJP 2010, 1529 ff.

*Diagramm zur Einheitstheorie im
Wirtschaftsrecht*

Synallagma und Funktion zwischen
Anbieter und Abnehmer am Markt



bb) Doppelfunktion der Wirtschaftseinheiten

Jede Wirtschaftseinheit hat eine Doppelfunktion; sie ist sowohl Anbieter als auch Abnehmer, die miteinander in einem Tauschverhältnis stehen. Werden nun die beiden wirtschaftsrechtlichen Begriffspaare Unternehmen und Privathaushalt sowie Anbieter und Abnehmer zueinander in Verhältnis gesetzt, ergibt sich eine klare Rechtsstruktur. Das Unternehmen ist betrieblicher Anbieter und betrieblicher Abnehmer, der Privathaushalt ist privater Anbieter und privater Abnehmer, womit sich insgesamt vier grundlegende Tauschverhältnisse ergeben. Sie sind in der bereits erwähnten Übersicht dargestellt. Die Zwecktheorie dient dabei mit ihrer Triage-Funktion als Abgrenzungsmethode, womit in Zweifelsfällen bestimmt werden kann, welchem Rechtsgebiet eine konkrete Rechtsfrage zuzuordnen ist.

Als Abgrenzungsmethode weniger geeignet ist in der Regel die subjektive Theorie oder die objektive Theorie. Die *subjektive Theorie* knüpft bei den Marktteilnehmern an die Kaufmannseigenschaft oder deren Fehlen an, was ein unerwünschtes Ständesrecht zur Folge hat. Die *objektive Theorie*, welche als Abgrenzungsmethode nach der Natur des vertraglichen Leistungsgegenstandes fragt, ist in der Regel weniger geeignet, da sowohl Waren als auch Dienstleistungen von den Wirtschaftseinheiten in allen wirtschaftsrechtlichen Funktionen ausgetauscht werden können. Es liegt daher nahe, bei der Wahl der Abgrenzungsmethode im Wirtschaftsrecht den *funktionalen Gesichtspunkt* direkt anzuwenden, was zur *Zwecktheorie* führt; davon geht das *Europarecht* in vielen Richtlinien und Verordnungen aus, auch wenn gesetzgeberisch Abweichungen festzustellen sind, die in der vorliegenden Sammelpublikation im einzelnen erörtert werden.

cc) Abgrenzungen gemäss Zwecktheorie

Die vier grundlegenden Tauschverhältnisse der Wirtschaftseinheiten aufgrund der Zwecktheorie führen nun zwanglos zum Allgemeinen Privatrecht sowie zum Wirtschaftsrecht mit Handelsrecht, Arbeitsrecht und Verbraucherrecht.

Das *Allgemeine Privatrecht* betrifft das Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter und einem Privathaushalt als privatem Abnehmer. Es ist ein Tauschverhältnis ohne Beteiligung eines Unternehmens und erfasst alle Rechtsbeziehungen, die traditionell dem klassi-

schen bürgerlichen Recht zuzuordnen sind. Typischerweise besteht hier ein *strukturelles Gleichgewicht* wie im Handelsrecht. Mit Bezug auf Wissen und Macht stehen sich in beiden Fällen in der Regel gleichwertige Parteien als Anbieter und Abnehmer gegenüber. Seit langem wird nun das Allgemeine Privatrecht durch Anpassungen des Gesetzgebers sowohl im nationalen als auch im europäischen Recht durch Normen des Sonderprivatrechts ergänzt. Das älteste dieser Sonderprivatrechte ist das Handelsrecht.

Der materielle *Begriff des Handelsrechts* kann wie folgt definiert werden: Das Handelsrecht regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen Unternehmen als betriebliche Anbieter und Unternehmen als betriebliche Abnehmer. Wegen dieser grundlegenden Funktion der Unternehmen ist in neuerer Zeit eine Weiterentwicklung des Handelsrechts zu einem Unternehmensrecht zu beobachten. Bei Lichte besehen deckt sich diese Entwicklung im Gefolge der funktionalen Gesichtspunkte des Handelsrechts mit der Zwecktheorie.

Im Rahmen des europäischen Verbrauchervertragsrechts können weitere Ausführungen zum Handelsrecht unterbleiben. Anzumerken bleibt immerhin, dass im Kontext des Verbraucherrechts in der Regel von *betrieblichen Anbietern, d.h., Unternehmen als Gegenpartei des Verbrauchers* auszugehen ist, mithin von Unternehmen bei der Verwendung von missbräuchlichen Klauseln, im elektronischen Handel, beim Verbrauchsgüterkauf, beim Verbraucherkredit usw. Klassisch umschreibt dies Art. 2 Ziff. 2 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-Richtlinie, im Folgenden VRRL)²

"*Unternehmer* ist jede natürliche oder juristische Person, (...) die zu *Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*"

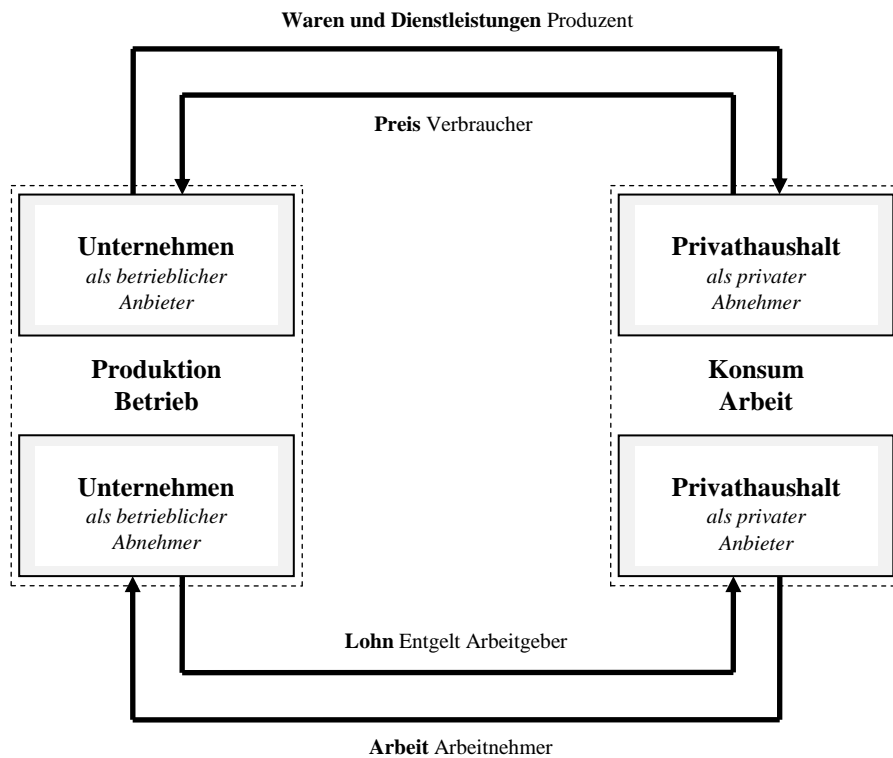
² Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304 vom 22. November 2011, 64.

b) *Verbraucherrecht als Teil des Wirtschaftsrechts*

aa) *Verbraucherrecht und Arbeitsrecht*

In Anwendung der Zwecktheorie ergeben sich zwei weitere rechtslogische Abgrenzungen, die das Arbeitsrecht und das Verbraucherrecht betreffen. Sie ergänzen einander spiegelbildlich, was durch das nachstehende Diagramm veranschaulicht werden soll.

*Wirtschaftseinheiten im
Verbraucherrecht und Arbeitsrecht*



In rechtshistorischer Hinsicht hat sich - nach dem Handelsrecht und vor dem Verbraucherrecht - das *Arbeitsrecht* als Sonderprivatrecht herausgebildet. Strukturelle Grundlage ist das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter und einem Unternehmen als betrieblichem Abnehmer. Dieses Austauschverhältnis erfasst vorerst eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften, bspw. einfache und zeitlich begrenzte Aufträge von Unternehmen an Privatpersonen, die nicht als Einzelunternehmen auftreten, zwecks Verrichtung punktueller Dienstleistungen oder den Ankauf eines Gegenstandes in Privatbesitz durch ein Unternehmen. *Das für die Volkswirtschaft zentralste Austauschverhältnis bildet jedoch der Tausch von Arbeit und Lohn, das durch das Arbeitsrecht geregelt wird.* Das Arbeitsrecht regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen einem Privathaushalt als privatem Anbieter (Arbeitsleistung des Arbeitnehmers) und einem Unternehmen (Arbeitgeber) als betrieblichem Abnehmer der Arbeitsleistung. Das Arbeitsrecht wird von der Wirtschaftsverfassung, durch öffentliches Schutzrecht und im Sonderprivatrecht ausdrücklich geregelt. Das Arbeitsrecht ist gekennzeichnet durch ein *typischerweise bestehendes Ungleichgewicht* zwischen dem Arbeitgeber, der über eine betriebliche Organisation eines Unternehmens verfügt und dem Arbeitnehmer, der ohne betriebliche Organisation und Ressourcen einen Privathaushalt führt. Dies anerkennt heute auch der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in *Art. 156 und Art. 157 AEUV*.

In rechtshistorischer Hinsicht hat sich schliesslich das *Verbraucherrecht* als dritte Dimension des Wirtschaftsrechts erst nach der Mitte des letzten Jahrhunderts als Sonderprivatrecht herausgebildet. Modellcharakter hatte dabei das AGB-Gesetz von 1976 der Bundesrepublik Deutschland und das Konsumentenschutzgesetz von 1978 der Republik Österreich. In der Zwischenzeit hat die Europäische Union³ auch hier die Führung für den Kontinent übernommen mit der zutreffenden Begründung, wonach ein funktionierender europäischer Binnenmarkt nur durch die gleichwertige Teilnahme der Verbraucher am Marktgeschehen zu erreichen ist. Strukturelle Grundlage ist hier das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen einem Unternehmen als betrieblichem Anbieter von Waren und Dienstleistungen (Produzent) und

³ Vgl. den Beitrag in der vorliegenden Publikation von MÜLLER-GRAFF/VON BUSCH, Verbraucherschutzrecht der EU – Kompetenzgrundlagen – Herkunft und Nutzung nachfolgend II.

einem Privathaushalt als privatem Abnehmer (Verbraucher). Dieses Austauschverhältnis wird durch das Verbraucherrecht als Sonderprivatrecht geregelt. Es ist gekennzeichnet durch ein *typischerweise bestehendes Ungleichgewicht* zwischen dem Anbieter, der über eine betriebliche Organisation eines Unternehmens verfügt und dem Verbraucher, der ohne betriebliche Organisation und Ressourcen einen Privathaushalt führt. Das anerkennt auch der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in *Art. 169 AEUV*, womit die Grundlage für die notwendigen Richtlinien und Verordnungen zum Verbraucherrecht gegeben ist.

bb) Typischerweise bestehendes strukturelles Ungleichgewicht

Für die *wirtschaftliche Stellung der Privathaushalte am Markt* ist dementsprechend das Arbeitsrecht und das Verbraucherrecht von grundlegender Bedeutung. Das typischerweise bestehende strukturelle Ungleichgewicht zwischen Personen, die in stark organisierten Unternehmen einerseits und in schwach organisierten Privathaushalten andererseits als Anbieter und Abnehmer am Markt auftreten, bestimmt das Wesen sowohl des Arbeitsrechts als auch des Verbraucherrechts. Das strukturelle Ungleichgewicht ist dabei eine Folge der beiden klassischen Kriterien von Wissen und Macht. Der Unterschied mit Bezug auf das Wissen (Kenntnis- und Informationsstand) und mit Bezug auf die Machtstellung (Verhandlungsmacht bzw. 'bargaining power') zwischen Anbietern (Unternehmen) und Abnehmern (Privathaushalte) am Markt kann zu dysfunktionalen Ergebnissen führen. Dementsprechend ist es die Aufgabe des Wirtschaftsrechts, die eigenständige Rechtsstellung aller Marktteilnehmer durch geeignete Rechtsinstitute zu gewährleisten und rationale Entscheide am Markt zu ermöglichen. Beides findet seinen Ausdruck in der Sicherung der Kaufkraft der Privathaushalte und im fundamentalen Informationsrecht, auf das bei der Erörterung von Begriff und Wesen des Verbrauchervertrags noch einzugehen sein wird.

cc) Bedeutung der Kaufkraft der Privathaushalte

Die Sicherung der *Kaufkraft der Privathaushalte* ist für jede Wirtschaftsordnung von grosser Bedeutung, zumal der private Konsum regelmässig den höchsten Prozentsatz der Nachfrage ausmacht. Die Kaufkraft ist eine Folge von *Arbeit und Konsum* von natürlichen Personen der Privathaushalte.

halte in einem Vergleich zwischen *Löhnen und Preisen*. Naturgemäss variieren beide Grössen sehr stark, sie stehen aber immer in einem engen Verhältnis, das durch die Ausgestaltung sowohl des Arbeitsrechts als auch des Verbraucherrechts entscheidend beeinflusst wird. Beide Rechtsgebiete sollen denn auch die natürlichen Personen in den Privathaushalten in die Lage versetzen, eigenständig am Markt zu handeln und damit ihre persönlichen und familiären Bedürfnisse zu decken.

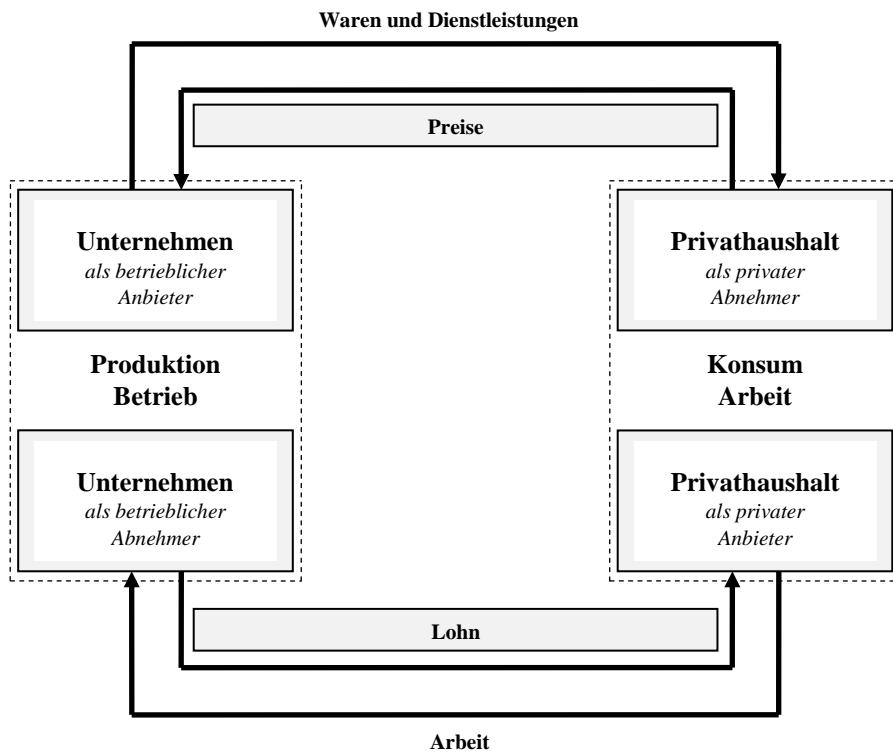
Erwünscht ist dabei das Erzielen einer *Sparquote* im Privathaushalt, die daraus resultiert, wenn das Einkommen aus Arbeitsleistung (Lohn) höher ist als die für Waren und Dienstleistungen zu zahlenden Preise. In der realen Wirtschaft kommt es jedoch auch zu einer *Kreditquote* im Privathaushalt, die daraus resultiert, wenn die für Waren und Dienstleistungen zu zahlenden Preise höher sind als das Einkommen aus Arbeitsleistung (Lohn).

Beide wirtschaftliche Varianten werden vom Verbraucherrecht erfasst: Eine Sparquote ermöglicht *Anlageverträge zwischen Verbrauchern und Anbietern von Finanzdienstleistungen* (...), während eine Kreditquote des Privathaushaltes *Verbraucherkredite* notwendig machen kann, was mit nachfolgendem Diagramm zu veranschaulichen ist.⁴

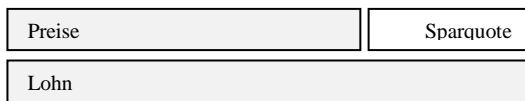
Für die Kaufkraft der Privathaushalte sind aber nicht nur die Normen des Arbeitsrechts und des Verbraucherrechts von Bedeutung, sondern auch die Normen des Handelsrechts mit ihrer indirekten Auswirkung auf die Stellung der Privathaushalte. Insbesondere das *Wettbewerbsrecht* mit Kartell- und Lauterkeitsrecht als Kerndisziplin des Wirtschafts- und Handelsrechts, das horizontale und vertikale Preisabsprachen der Unternehmen regelt und Missbräuche von Monopolen und Kartellen verhindern soll, kann in einem weiten Sinn als Verbraucherrecht gelten.

⁴ Vgl. dazu den Beitrag von WEBER/BAISCH, unten Teil 3 II.

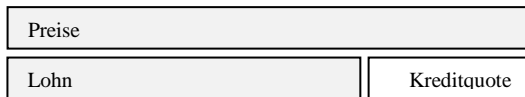
*Kaufkraft im
Verbraucherrecht und Arbeitsrecht*



Kaufkraft Privathaushalt mit Sparquote



Kaufkraft Privathaushalt mit Kreditquote



3. Begriff und Wesen des Verbrauchervertrages

a) Begriff des Verbrauchervertrages

aa) Positive und negative Definition

Der Verbrauchervertrag kann auf verschiedene Arten definiert werden, und der Europäische Gesetzgeber hat von dieser Freiheit zur Legaldefinition auch unterschiedlich Gebrauch gemacht.

(1) Die *positive Definition* kommt dem vorstehend dargelegten und am Markt vorgefundenen faktischen Verhältnis zwischen Privathaushalt und Unternehmen am nächsten. Der allgemeine Verbrauchervertrag kann in Anwendung der Zwecktheorie wie folgt definiert werden: *Als Verbrauchervertrag gilt ein Vertrag über Waren und Dienstleistungen, die für die persönlichen oder familiären Zwecke des Verbrauchers bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen und gewerblichen und damit betrieblichen Tätigkeit angeboten werden.* Diese mögliche positive Definition ergibt sich induktiv⁵ aufgrund der empirisch zu beobachtenden Marktteilnehmer. Sie führt dabei nicht zwingend auch zu einer normativen Ausgestaltung als Legaldefinition. So hat der EU-Gesetzgeber mit guten Gründen darauf verzichtet, denn mit dieser möglichen positiven Definition des Verbrauchervertrages werden betriebliche Abnehmer ausgeschlossen, die Waren und Dienstleistungen für private Zwecke nachfragen (Privatgeschäfte von Kaufleuten). Aus diesem Grund hat das Europarecht die Definition des Verbrauchervertrags präzisiert und auf direkte Weise negativ formuliert.

(2) Die *negative Definition* geht weiter als die positive Definition des Verbrauchervertrages. Der Grund hierfür liegt darin, dass darunter nicht nur der Konsum durch natürliche Personen der Privathaushalte fällt, sondern auch der Konsum durch natürliche Personen in (Klein-) Unternehmen, soweit die nachgefragten Waren und Dienstleistungen ausserhalb ihres Unternehmenszwecks liegen (Privatgeschäfte von Kaufleuten). Obwohl diese Art der Definition des Verbrauchervertrags nicht mehr ganz mit den vorstehend dargelegten faktischen Verhältnissen zwischen Unternehmen und Privat-

⁵ Vgl. dazu die methodologischen und systematischen Vorbemerkungen (vorstehend Ziff. 1.).

haushalten übereinstimmt, ist sie im Europarecht regelmässig als Legaldefinition anzutreffen. Danach kann als Abstraktion aus einer Vielzahl der nachfolgend zu dokumentierenden Legaldefinitionen des EU-Gesetzgebers geschlossen werden: Als Verbraucher gilt jede natürliche Person, die einen Vertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen und damit betrieblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

bb) Objektive und relative Definition

(1) Bei der *objektiven Definition* erfährt der Anwendungsbereich des Verbrauchervertrags eine Ausweitung. Bei dieser Art der Definition verlässt der Gesetzgeber das vorstehend dargelegte faktische Verhältnis zwischen Unternehmen und Privathaushalt und damit den grundsätzlich engen Schutzzumfang mit Beschränkung auf natürliche Personen von Privathaushalten. Anknüpfungspunkt ist hier nicht mehr die Zweckgebundenheit der Nachfrage für die persönlichen und familiären Bedürfnisse natürlicher Personen von Privathaushalten (positive Definition) oder die Nachfrage natürlicher Personen für nichtbetriebliche Zwecke (negative Definition), sondern der *Vertragsgegenstand* als solcher. Der europäische Gesetzgeber hat diese Definition bei der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG⁶ und bei der Pauschalreiserichtlinie (EU) 2015/2302⁷ gewählt.

So ist gemäss Artikel 4 Ziff. 1 der Dienstleistungsrichtlinie eine Dienstleistung „jede von Artikel 50 des Vertrags erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.“ „Dienstleistungserbringer“ ist nach dieser RL jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, und jede in einem Mitgliedstaat niedergelassene juristische Person im Sinne des Artikels 48 des Vertrags, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt⁸Unter einem Dienstleistungsemp-

⁶ Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ("Dienstleistungsrichtlinie"), ABl. Nr. L 376 vom 27. Dezember 2006, 36.

⁷ Richtlinie (EU) 2015/2302 vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. Nr. L 326 vom 11. Dezember 2015, 1.

⁸ Art. 4 Ziff. 2 DienstleistungsRL.

fängerversteht die RL „jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt oder die in den Genuss von Rechten aus gemeinschaftlichen Rechtsakten kommt, oder jede in einem Mitgliedstaat niedergelassene juristische Person im Sinne des Artikels 48 des Vertrags, die für berufliche oder andere Zwecke eine Dienstleistung in Anspruch nimmt oder in Anspruch nehmen möchte.“⁹

Die Dienstleistungsrichtlinie geht damit weit über die positive und insbesondere die negative Definition hinaus; sie erfasst *alle privaten und betrieblichen Anbieter und Abnehmer* und knüpft damit an die *objektive* Definition der Dienstleistung an.

Die Pauschalreise-Richtlinie (EU) 2015/2302 spricht dementsprechend nicht vom Verbraucher, sondern - wegen der objektiven Definition - zutreffend vom Reisenden. So gilt nach Art. 3 Ziff. 6 der RL als „Reisender“ jede Person, die auf der Grundlage dieser Richtlinie einen Vertrag schliessen möchte oder die zu einer Reise auf der Grundlage eines im Rahmen dieser Richtlinie geschlossenen Vertrags berechtigt ist.¹⁰

Bei der Pauschalreise sind daher - wie bei der Dienstleistungsrichtlinie - nicht nur die natürlichen Personen von Privathaushalten erfasst, sondern alle (natürlichen und auch (!) juristischen) Personen, die den *Vertragsgegenstand objektiv* nachfragen (hier die *Pauschalreise*).

Diese objektive Definition des Verbrauchervertrages ist im Europarecht jedoch vereinzelt geblieben.

(2) Bei der *relativen Definition* erfährt der Anwendungsbereich des Verbrauchervertrags nicht nur eine Ausweitung, sondern eine den Marktverhältnissen angepasste *Differenzierung in Relation zum individuell-konkreten Wissen der Abnehmer von Finanzprodukten*. Diesen Weg beschreitet die Richtlinie über die Finanzinstrumente („MIFID II“).¹¹

Erwägungsgrund 86 der MIFID II stellt vorerst fest: "Ein Ziel dieser Richtlinie ist der Anlegerschutz. Die Vorkehrungen zum Schutz der Anleger sollten den Eigenheiten jeder *Anlegerkategorie (Kleinanleger, professionelle*

⁹ Art. 4 Ziff. 2 DienstleistungsRL.

¹⁰ Vgl. dazu HEINRICH, unten Teil 3 III.

¹¹ Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung der RL 2004/39/EG, „MIFID II“), ABl. Nr. L 173 vom 12. Juni 2014, 349; vgl. dazu WEBER/BAISCH, unten Teil 3 II.

Kunden, Gegenparteien) angepasst sein. Damit der Rechtsrahmen für die Erbringung von Dienstleistungen unabhängig von der Kategorie des betreffenden Kunden gestärkt wird, sollte allerdings deutlich herausgestellt werden, dass der Grundsatz, ehrlich, redlich und professionell zu handeln, und die Verpflichtung, fair und klar zu sein und den Anleger nicht in die Irre zu führen, in der Beziehung zu jedem Kunden gelten sollten. Die Richtlinie verfolgt mit Bezug auf den Begriff des Verbrauchervertrages einen neuen Ansatz, der als optional-relativ bezeichnet werden kann. Das wird in Art. 4 MIFID II sehr deutlich. Danach bezeichnet der Ausdruck *Kunde* „jede natürliche oder juristische Person, für die eine Wertpapierfirma Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt“¹²; Als „professioneller“ Kunde gilt derjenige, der die in Anhang II genannten Kriterien erfüllt,¹³ und als „Kleinanleger“ derjenige, der kein professioneller Kunde ist.¹⁴

Je nach relativem Wissens- und Erfahrungsstand im Anlagemarkt können sich Nachfrager gemäss *Anhang II* wahlweise als durch die RL geschützte Verbraucher („Kleinanleger“) oder als professionelle Kunden qualifizieren lassen. Die relative Definition kommt der wirtschaftlichen Realität am nächsten. Die damit verbundene Möglichkeit einer Behandlung von Kleinanlegern als professionelle Kunden ist zudem mit Informations- und Formvorschriften abgesichert.

cc) *Vorherrschende negative Definition*

Vorherrschend im Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union ist aber eindeutig die *negative Definition* des Verbrauchervertrags. Dies soll unter Ausschluss der *Gegenpartei* des Verbrauchers - da diese stets ein *betrieblicher Anbieter von Waren und Dienstleistungen* ist - anhand der folgenden Aufstellung dokumentiert werden, woraus hervorgeht, dass nahezu alle Richtlinien und Verordnungen des Europarechts von der negativen Definition ausgehen. Die Reihenfolge der Dokumentation der Richtlinien erfolgt *chronologisch*:

¹² Art. 4 Ziff. 9 MIFID II.

¹³ Art. 4 Ziff. 10 MIFID II.

¹⁴ Art. 4 Ziff. 11 MIFID II.

*Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen:*¹⁵

Art. 2: „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.

*Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (alt):*¹⁶

Art. 1 Abs. 2: 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.

*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:*¹⁷

Art. 3 lit. 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.

*Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (geändert durch die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011):*¹⁸

Art. 1 (1) Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. - Art. 2 Im Sinne dieser Richtlinie bedeuten: a) missbräuchliche Klauseln: Vertragsklauseln

¹⁵ ABl. Nr. L 372 vom 31. Dezember 1985, 31.

¹⁶ ABl. Nr. L 42 vom 12. Februar 1987, 48.

¹⁷ ABl. Nr. L 133 vom 22. Mai 2008, 66.

¹⁸ ABl. Nr. L 95 vom 21. April 1993, 29.

seln, wie sie in Artikel 3 definiert sind; b) Verbraucher: eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ("Fernabsatzrichtlinie"); ABl. L 144 vom 4. Juni 1997, S. 19). Aufgehoben durch die Verbraucherrechte-RL; vgl. nachfolgend Richtlinie 2011/83/EU.

Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.¹⁹

Art. 1 Abs. 2 a): Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Verbraucher“ jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

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 („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“.²⁰

Art. 2 lit. e: „Verbraucher“ ist jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören.

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.²¹

Art. 1 Gegenstand und Anwendungsbereich. (1) Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der

¹⁹ Vgl. dazu unten TONNER/TRÜTEN, Teil 3 I.

²⁰ ABl. Nr. L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

Mitgliedstaaten über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Art. 2 d) „Verbraucher“ jede natürliche Person, die bei Fernabsatzverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

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 Tauschverträgen²² (mit Aufhebung der alten RL 94/47/EG):

Art. 2 lit. f.: „Verbraucher“ ist jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ("Verbraucherrechterichtlinie")²³:

Artikel 1 (Gegenstand) Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung bestimmter Aspekte der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmen geschlossen werden, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen und damit zum ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.

Artikel 2 (Begriffsbestimmungen) 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. „Unternehmer“ jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person,

²¹ ABl. Nr. L 271 vom 9. Oktober 2002, 16.

²² ABl. Nr. L 33 vom 3. Februar 2009, 10.

die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

b) Wesen des Verbrauchervertrages

aa) Strukturelles Ungleichgewicht (Wissen und Macht)

In zahlreichen Erwägungen zu den Gründen für den Erlass von Richtlinien und Verordnungen wird neben der Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts in Anwendung von Art. 169 AEUV darauf hingewiesen, dass die *Sicherheit und Gesundheit*, eine ausreichende *Information* und die *wirtschaftlichen Interessen* der Verbraucher gewahrt werden sollen²⁴. Diese Zielsetzung geht zutreffend davon aus, dass zwischen Unternehmen und Privathaushalten mit Bezug auf Wissen und Macht ein *strukturelles Ungleichgewicht* besteht. Nachfolgend soll kurz auf das Informationsgefälle und auf das Machtgefälle eingegangen werden, das dem *Wesen* des Verbrauchervertrags *typischerweise* entspricht.

bb) Wissen - Ausgleich durch Informationsrecht

Das wirtschaftliche Informationsgefälle zwischen Anbietern und Verbrauchern bestimmt entscheidend das *Wesen* des Verbraucherrechts. Dies ist vorerst lediglich als Rechtstatsache festzuhalten. Es sind jene Verhältnisse, die in der Umgangssprache als Beziehung zwischen Fachleuten und Laien bezeichnet wird. Bereits der Umstand, dass sich Anbieter *gewerbsmässig* in einem besonderen Wirtschaftsbereich betätigen, begründet die zumindest typischerweise gegebene Überlegenheit gegenüber jenen Marktteilnehmern (Nachfrager bzw. Abnehmer), die sich mit den entsprechenden Besonderhei-

²³ ABl. Nr. L 304 vom 22. November 2011, 64.

²⁴ Stellvertretend für die zahlreichen Erwägungsgründe in Erlassen des Europa-rechts kann auf Art. 2 (Gesamtziel) des EU-Verbraucherprogramms für den Zeitraum 2014-2020 hingewiesen werden: Verordnung (EU) Nr. 254/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über ein mehrjähriges Verbraucherprogramm für die Jahre 2014-2020 und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1926/2006/EG; ABl. Nr. L 84 vom 20. März 2014, 42.

ten der angebotenen Waren und Dienstleistungen im Regelfall nicht eingehend befassen und sich daher auch *keine Sonderkenntnisse* aneignen können.

Der Veranstalter einer Pauschalreise beispielsweise kennt die Verhältnisse vor Ort, die dem Touristen fremd sind. Der Fachverkäufer hat bestimmtes technisches Detailwissen, das beim kaufwilligen Kunden nicht vorausgesetzt werden kann. Der Anlageberater hat gegenüber dem Anleger sowohl fachliches als auch rechtliches Fachwissen. Der gewerbsmässige Darleiher hat im Rahmen der Kreditprüfung gegenüber dem Verbraucher besonderes kaufmännisches Fachwissen.

Bei all diesen faktischen Tauschverhältnissen steht sowohl im vorvertraglichen als auch im vertraglichen Bereich jeweils ein *gewerbsmässig tätiger und betrieblich organisierter Anbieter* dem privaten Abnehmer (Verbraucher) gegenüber. Der *Informationsunterschied* zwischen Verbrauchern und Anbietern wird in einer entwickelten Marktwirtschaft zusätzlich dadurch verstärkt, dass der Verbraucher Verträge nicht nur mit einem einzelnen *fachkundigen Anbieter* abschliesst, sondern mit einer Vielzahl von solchen. Hinzu kommt der rasche Wandel der technologischen Entwicklung. Damit ist es faktisch unmöglich, sich genügend über sämtliche möglichen Angebote von Waren und Dienstleistungen umfassend und hinreichend informieren zu können.

Aus diesem Grund statuiert das Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union besondere Informationspflichten²⁵ in der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, bei Fernabsatzverträgen, der E-Commerce Richtlinie, bei Aussergeschäftsräumverträgen und in der Dienstleistungsrichtlinie. Als Rechtsfolge wird bei mangelhafter Information durch den Unternehmer die Unverbindlichkeit des Vertrags statuiert oder dem Verbraucher ein Widerrufsrecht eingeräumt.

cc) Machtausgleich durch AGB-Kontrolle

Eine sowohl im Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) als auch im Vertragsrecht bedeutende Rechtsfrage stellt sich sodann bei der einseitigen Formulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) durch die betrieblichen Anbieter (Unternehmen). Hier ist in Wahrnehmung gesetzgeberischer Verantwortung gleich wie in der richterlichen Beurteilung des konkreten Falles

zu entscheiden, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen Privatautonomie zu gewähren oder einzuschränken ist. Diese Rechtsfrage stellt sich vor allem beim völligen Ausserkraftsetzen des von der Rechtsidee getragenen dispositiven Vertragsrechts durch die Verwendung von missbräuchlichen Klauseln. Ein massvoller Machtausgleich der Verhandlungspositionen ermöglicht hier die vorstehend dokumentierte AGB-RL 93/13/EWG²⁶.

4. Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung

a) Bedeutung für die Rechtsetzung

aa) Ergänzendes Wettbewerbsrecht

Wie bei allen Verträgen spielt die *vorvertragliche Phase* auch bei den Verbraucherverträgen eine entscheidende Rolle. Das individuell-konkrete *Informationsrecht* (vgl. vorstehend) wird dabei durch das für alle Marktteilnehmer geltende Wettbewerbsrecht wesentlich ergänzt. Auch bei der Erörterung der Kaufkraft der Privathaushalte wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Wettbewerbsrecht (Kartell- und Lauterkeitsrecht) eine zwar meist indirekte (handelsrechtliche), gleichwohl aber grundlegende Wirkung im Verbraucherrecht entfaltet. In der vorvertraglichen Phase vor dem Abschluss von Verbraucherverträgen soll nun vor allem das *Lauterkeitsrecht* verhindern, dass durch Täuschung und Irreführung dysfunktionale Entscheide am Markt getroffen werden. Der Gesetzgeber der Europäischen Union hat dies erkannt. Als notwendige Ergänzung zum Verbrauchervertragsrecht hat er die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken für den Binnenmarkt²⁷ erlassen.

²⁵ Vgl. dazu ausführlich BAUMGARTNER/GALLI/TONNER, unten Teil 2 I.

²⁶ Vgl. dazu TONNER, unten Teil 2 IV.

²⁷ 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 („Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“), ABl. Nr. L 149 vom 11. Juni 2005, 22.

Art. 2 der RL definiert den Verbraucher als „jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken folgt damit der vorherrschenden *negativen Definition* des Verbrauchervertrages.

bb) Ergänzendes Kollisions- und Prozessrecht

Das Verbrauchervertragsrecht wurde folgerichtig aber auch mit Regeln ergänzt, die den transnationalen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern erleichtern sollen. Das Vertrauen der Verbraucher in die Mechanismen des EU-Binnenmarkts ist ohne diese Ergänzung nicht zu erreichen. Dazu gehört das klassische *Internationale Privatrecht* zur Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts, Normen über die *Anerkennung und Vollstreckung* von Urteilen in Verbrauchersachen sowie effektive *Klagemöglichkeiten* für Verbraucher über die nationalen Grenzen hinweg. Zu erwähnen sind diesbezüglich die folgenden drei Erlasse der Europäischen Union.

Für den Bereich des Internationalen Privatrechts stellt die Rom I-VO²⁸ in Kapitel II („Einheitliche Kollisionsnormen“) auch für den transnational abgeschlossenen Verbrauchervertrag ein Instrument zur Verfügung.²⁹ Artikel 6 Rom I-VO bestimmt im Hinblick auf 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 zugeordnet 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

²⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 vom 4. Juli 2008, 6.

²⁹ Vgl. dazu näher TRÜTEN, unten Teil 5 I.

dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Auch die Rom I-VO bestimmt den Verbrauchervertrag mit der vorherrschenden *negativen Definition*. Zudem stellt Art. 6 Abs. 2 sicher, dass mit einer allfälligen Rechtswahlklausel Schutznormen zugunsten des Verbrauchers vertraglich nicht wegbedungen werden können.

Für den Bereich der internationalen Zuständigkeit in Verbrauchersachen stellt die EuGVVO³⁰ in Abschnitt 4 („Zuständigkeit bei Verbrauchersachen“) auch für die Beurteilung des transnational abgeschlossenen Verbrauchervertrags einen Gerichtsstand zur Verfügung, der auf die wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers ausgerichtet ist.³¹ Artikel 17 bestimmt: (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 6 und des Artikels 7 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 zurückzahlendes 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 irgendeinem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschliesslich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Auch die EuGVVO bestimmt den Verbrauchervertrag mit der vorherrschenden *negativen Definition*. Zudem stellt Art. 19 sicher, dass mit einer allfälligen Gerichtsstandsklausel Schutznormen zugunsten des Verbrauchers vertraglich nicht wegbedungen werden können.

³⁰ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 351 vom 20. Dezember 2012, 1.

³¹ Vgl. dazu eingehend MARKUS/JÜPTNER, unten Teil 4 I.

Die RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen³² verstärkt den transnationalen kollektiven Rechtsschutz im Interesse der Verbraucher. Artikel 1 Abs. (2) lautet: „Ein Verstoss im Sinne dieser Richtlinie ist jede Handlung, die den im Anhang aufgeführten Richtlinien in der in die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten umgesetzten Form zuwiderläuft und die Kollektivinteressen der Verbraucher gemäss Absatz 1 beeinträchtigt.“ Der *Anhang* verweist u.a. auf die Richtlinien über irreführende Werbung, ausserhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge, Fernabsatzgeschäfte und missbräuchliche Klauseln. Grenzüberschreitend klageberechtigt sind alle nationalen *Einrichtungen des kollektiven Rechtsschutzes* im Interesse der Verbraucher.³³

cc) *Ergänzende aussergerichtliche Streitbelegungsmechanismen*

Im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Verbraucher im Binnenmarkt hat der Gesetzgeber der Europäischen Union auch erkannt, dass die *gerichtlichen Verfahren* - trotz der vorstehend aufgezeigten traditionellen Institute des Kollisions- und Prozessrechts - zumindest teilweise unzureichend sind. Gerichtliche Verfahren sind in der Regel komplex, zeitraubend und dementsprechend auch kostspielig. Aus diesem Grund wurde in der Rechtspraxis nach Wegen gesucht, *Alternativen* für Verfahren in Verbrauchersachen zur Verfügung zu stellen. Das gilt sowohl für die traditionellen Vertriebsmethoden der Unternehmen als auch für den elektronischen Handel. Damit haben sich zwei solcher Erlasse ergeben.

Die Richtlinie 2013/11/EU die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (ADR-Richtlinie)³⁴ bestimmt in Artikel 4 (Begriffsbestimmungen) (1): „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (a) „Verbraucher“ jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die

³² Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, 51.

³³ Vgl. zum Ganzen KOWOLLIK, unten Teil 4 III.

³⁴ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. Nr. L 165 vom 18. Juni 2013, 63, vgl. dazu HAKENBERG, unten Teil 4 IV.

nicht ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“

Auch die ADR-Richtlinie bestimmt damit folgerichtig den Verbrauchervertrag mit der vorherrschenden *negativen Definition*.

Darüber hinaus definiert Artikel 4 der Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten³⁵ (Begriffsbestimmungen) wie folgt: (1) Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck (a) „Verbraucher“ einen Verbraucher im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2013/11/EU. Damit wird der Verbraucher in der ODR-VO gleich umschrieben wie in der ADR-Richtlinie.

Auch die ODR-Richtlinie bestimmt damit folgerichtig den Verbrauchervertrag mit der vorherrschenden *negativen Definition*.

b) *Bedeutung für die Rechtsanwendung*

aa) *Grammatische Auslegung*

Das Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union bestimmt den Verbraucher *vorherrschend* mit der *negativen Definition*. Der *Wortlaut* zahlreicher Richtlinie und Verordnungen erfasst damit zwar überwiegend die privaten Abnehmer in den Privathaushalten (Verbraucher mit Nachfrage zu persönlichen und familiären Zwecken), jedoch auch alle betrieblichen Abnehmer (Unternehmer), soweit deren Nachfrage von Waren und Dienstleistungen nicht ihren engen betrieblichen Zwecken (d.h. gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen) zugerechnet werden kann. Bei der Auslegung von Verträgen darf daher nicht von der blossen Eigenschaft als Unternehmer abgestellt werden, die sich in der Regel allein in der Registrierung als Einzelfirma oder Handelsgesellschaft (Firmen- und Handelsregister) zeigt. Vielmehr ist bei der Auslegung von Vertragsverhältnissen nach überwiegend herrschendem Richtlinienrecht der vorstehend dargelegten Zwecktheorie zu folgen und stets danach zu fragen, welchen wirtschaftli-

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten; „ODR-VO“), ABl. Nr. L 165 vom 18. Juni 2013, 1; vgl. dazu HAKENBERG, unten Teil 4 V.

chen Zwecken die konkrete Nachfrage von Waren und Dienstleistungen dienen soll.

bb) Kontextuelle Auslegung (historisch und systematisch)

Die Auslegung von Verbraucherverträgen im Europäischen Recht hat sodann den Kontext der zahlreichen Richtlinien und Verordnungen zu berücksichtigen und ihrem historischen und systematischen Zusammenhang zu folgen. Überwiegendes Kriterium der Auslegung ist dabei stets die Frage, wie das Vertrauen der Verbraucher in den europäischen Binnenmarkt sicher gestellt werden kann, was in allen Begründungen des Richtlinien- und Verordnungsrechts an oberster Stelle steht. Einleuchtend ist sodann der Umstand, dass die Richtlinien und Verordnungen sich gegenseitig ergänzen im Bemühen, die Rechtstellung der Verbraucher am Markt zu wahren.

In diesem Kontext ist als Richtschnur vor allem Art. 169 AEUV zu berücksichtigen mit seiner Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus mit Bezug auf 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.

cc) Teleologische Auslegung

Das führt nicht zuletzt zur teleologischen Auslegung des Richtlinien- und Verordnungsrechts der Europäischen Union. Bei der Auslegung von Verbraucherverträgen ist stets zu fragen, welche Instrumente zur Verfügung gestellt werden, um rechtskonform das *Informations- und Machtgefälle auszugleichen*, das typischerweise zwischen Unternehmen und Verbrauchern besteht. Hier hat unbestreitbar der *EuGH* aufgrund des Vorabentscheidungsverfahrens Vorbildfunktion.

Als Beispiel soll hier lediglich der Entscheid *EuGH C-509/07*³⁶ dienen, der die faktische Entrechtung von privaten Abnehmern bei Dreiparteien-Leasingverträgen als nicht konform mit der Verbraucherkreditrichtlinie

³⁶ *EuGH*, Urteil vom 23. April 2009 in der Rechtssache C-509/07, „Luigi Scarpelli gegen NEOS Banca SpA“, ECLI:EU:C:2009:255.

beurteilt hatte, was zur Aufhebung und Änderung des vormaligen Art. 11 der RL 87/102/EWG geführt hat. Der EuGH folgte dabei zutreffend dem Ziel einer rechtskonformen Einordnung des strukturellen Ungleichgewichts zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

Bitte ab hier nicht löschen, sonst Formatierungsverlust!

