

Verbraucherrecht im Umbruch

Herausgegeben von
SUSANNE AUGENHOFER

Mohr Siebeck

Verbraucherrecht im Umbruch



Verbraucherrecht im Umbruch

Herausgegeben von
Susanne Augenhöfer

Mohr Siebeck

Susanne Augenhöfer, geboren 1977; Professorin an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und dort Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Europäisches Privatrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verbraucher- und Wettbewerbsrechts.

ISBN 978-3-16-152071-6 / eISBN 978-3-16-162831-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Der vorliegende Band basiert auf Vorträgen, die die Autoren bei der am 16. März 2012 von Prof. Dr. Reinhard Singer und der Herausgeberin veranstalteten Tagung »50 Jahre Verbraucherbotschaft des US-Präsidenten Kennedy und Eröffnung der Humboldt Consumer Law Clinic« gehalten und anschließend mit Vertretern aus Richterschaft, Verbänden und der Praxis lebhaft diskutiert haben.

Den Autoren sei herzlich für ihre Beiträge und die gute Zusammenarbeit gedankt, sowie ihnen und den Teilnehmern der Podiumsdiskussion für den interessanten und engagierten Austausch. Die Tagung wurde unterstützt durch die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), wofür an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt wird. Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme ins Verlagsprogramm und insbesondere Herrn Dr. Gillig für die freundliche Unterstützung bei der Erstellung des Bandes. Bei der Tagung und der Herausgabe dieses Tagungsbandes wurde ich von meinem Lehrstuhl-Team hervorragend unterstützt. Diesem, v.a. Frau cand. iur. Sophia Heckschen, gilt mein besonderer Dank. Schließlich danke ich Herrn Prof. Singer für die nicht nur bei der Tagung gewährte Unterstützung und freue mich auf eine erfolgreiche Zukunft unserer Humboldt Consumer Law Clinic.

Berlin, Mai 2012

Susanne Augenhöfer

Inhaltsverzeichnis

<i>Susanne Augenhöfer</i> Aktuelle Entwicklungstendenzen im Europäischen Verbraucherrecht	1
<i>Barbara Grunewald</i> Der Einfluss des europäischen Verbraucherrechts auf das BGB, dargestellt am Beispiel des Kaufvertrages	31
<i>Verica Trstenjak</i> Der Einfluss des EuGH auf das Verbraucherrecht	45
<i>Helmut Köhler</i> Klagebefugnis der Verbraucherverbände de lege lata und de lege ferenda	63
Autorenverzeichnis	73

Aktuelle Entwicklungstendenzen im Europäischen Verbraucherrecht

Susanne Augenhof^{*}

A. Einleitung

Am 16. 3. 2012 jährte sich die sogenannte Verbraucherbotschaft von Präsident *Kennedy* im amerikanischen Kongress zum 50. Mal. Diese Rede, in der *Kennedy* vier grundlegende Rechte des Verbrauchers formulierte,¹ gab auch einen wichtigen Impuls für die Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts. So kam es 1975 zur Veröffentlichung des ersten verbraucherpolitischen Programms der damaligen EG.² Bis zur Verabschiedung der ersten Richtlinie (RL) im Verbraucherrecht dauerte es dann noch weitere 10 Jahre. Nach diesem eher zaghaften Beginn entwickelte sich das europäische Verbraucherrecht rasant, nicht zuletzt aufgrund der Auslegung der europäischen Bestimmungen durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH).³ Auch wenn das Verhältnis zwischen europäischem Verbraucherrecht und dem Verbraucherrecht der Mitgliedstaaten lange Zeit eines der gegenseitigen Beeinflussung war,⁴ so geht heute die »Katalysatorwirkung« vom europäischen Verbraucherrecht aus.⁵ Der eingangs erwähnte Jahrestag soll daher zum Anlass genommen werden, sich mit aktuellen Entwicklungen im europäischen Verbraucherrecht auseinanderzusetzen.

^{*} Der Beitrag ist auf dem Stand von Ende April 2012. Die Literatur zum behandelten Thema ist kaum mehr zu überblicken und konnte in den Fußnoten nur ausschnittsweise wiedergegeben werden. Die Verfasserin dankt Frau wiss. Mitarbeiterin *Carmen Appenzeller* für wertvolle und kritische Hinweise inhaltlicher und formaler Natur.

¹ Die Rede ist abrufbar unter <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108#axzz1rKu8C91m>. Die vier Rechte umfassen: the right to safety, the right to be informed, the right to choose and the right to be heard.

² Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. Nr. C 92, vom 25. 4. 1975, S. 2–16.

³ Vgl. dazu den Beitrag von *Trstenjak*, Der Einfluss des EuGH auf das Verbraucherrecht, in diesem Tagungsband.

⁴ Zu denken ist hier v. a. an den Einfluss, den das frühere deutsche AGB-Gesetz auf die Klausel-RL (Richtlinie 93/13/EWG) hatte.

⁵ Für eine ähnliche Einschätzung vgl. *Zimmermann*, The New German Law of Obligations, 2005, S. 178.

B. Drei aktuelle Entwicklungslinien

I. Aktuelle Tendenzen

Die aktuellen Entwicklungen auf europäischer Ebene sind mannigfaltig. Es geht daher hier nicht um eine Bestandsaufnahme einzelner (geplanter) Detailregelungen oder um eine Analyse aktueller EuGH-Judikatur. Vielmehr sollen im Folgenden drei Entwicklungstendenzen dargestellt werden, die nach Ansicht der Verfasserin das Verbraucherrecht in den kommenden Jahren besonders beeinflussen werden. Es handelt sich dabei um den Anwendungsbereich des Verbraucherrechts, um die Beziehung zwischen Vertrag und Lauterkeitsrecht sowie um die Rechtsdurchsetzung. Zur Illustration aller drei Fragestellungen soll der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁶ (VGEK) dienen, der zurzeit die Diskussion nicht nur im europäischen Verbraucherrecht, sondern allgemein im europäischen Vertragsrecht dominiert.

II. Der Vorschlag für ein GEK

1. Die Vorarbeiten

Am 11. 10. 2011 präsentierte die Europäische Kommission den Vorschlag für ein GEK. Diesem Entwurf geht eine lange Diskussion über die Notwendigkeit eines Europäischen Vertragsrechts, vielleicht sogar eines Europäischen Zivilgesetzbuches, sowie dessen Inhalt und Form voraus. Diese Entwicklung kann hier nicht wiedergegeben werden.⁷ Zusammenfassend ist zu bemerken, dass die Initiative für ein Europäisches Vertragsrecht zunächst von Seiten der Wissenschaft sowie vom Europäischen Parlament ausging. In den letzten Jahren hat dieses Thema jedoch die Aufmerksamkeit der Europäischen Kommission gewonnen und rückte immer mehr in den Mittelpunkt der Tätigkeit der Generaldirektion für Justiz und der federführenden Kommissarin, *Viviane Reding*.⁸ Zunächst dominierte die Idee eines *Common*

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg., vom 11. 10. 2011. Vgl. zum VGEK etwa *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012; *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, 2012; *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, *Juristenzeitung (JZ)* 2012, 269–320.

⁷ Vgl. für einen Überblick etwa die Übersicht und die weiteren Nachweise bei *Schulte-Nölke*, *Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Entwurf*, S. 1–20; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, *JZ* 2012, 270 ff.

⁸ Vgl. zur Auffassung der Kommissarin *Reding*, *Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2011, 1–6.

Frame of Reference, der als »toolbox«⁹ dienen sollte, die Diskussion. Ein *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) wurde von einer Gruppe von Wissenschaftlern, deren Arbeit maßgeblich von der Europäischen Kommission finanziert wurde, zunächst in einer *outline edition*, danach in einer um *notes* und *comments* ergänzten Version präsentiert.¹⁰ Der DCFR gleicht in seiner Struktur einem Entwurf für ein Europäisches Zivilgesetzbuch – ohne Familien- und Erbrecht – und sah sich teilweise harscher Kritik ausgesetzt.¹¹ Die Europäische Kommission reagierte auf den DCFR mit der Veröffentlichung eines Grünbuchs mit dem Titel »Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen«. ¹² Seinem Titel entsprechend stellte das Grünbuch sieben mögliche Vorgehensweisen der Kommission zur Diskussion. Dabei wurde der »Option 4, Verordnung zur Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechtsinstruments« besonders viel Raum eingeräumt. Noch während der öffentlichen Konsultation,¹³ die am 31. 1. 2011 endete, wurde der DCFR durch die sogenannte *expert group* der Europäischen Kommission überarbeitet.¹⁴ Die Ergebnisse dieses Prozesses wurden in Form der sogenannten *feasibility study* der Öffentlichkeit präsentiert.¹⁵ Es folgte wiederum eine öffentliche Konsultation.¹⁶ Am 11. 10. 2011 fand diese Entwicklung ein vorläufiges Ende, indem die Europäische Kommission erstmals selbst einen konkreten politischen Vorschlag vorlegte. Dieser Entwurf beschäftigt seitdem Wissenschaft und *Stakeholder* und ist Gegenstand einer Vielzahl wissenschaftlicher Veranstaltungen

⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., vom 11. 10. 2004, S. 3, 15.

¹⁰ Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Hrsg.), *Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Full Edition* 2009.

¹¹ Vgl. nur *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529–550; vgl. für weitere Nachweise *Jansen*, Klauselkontrolle, in *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann* (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, S. 53–106, 96.

¹² Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmer, KOM (2010) 348 endg., vom 1. 7. 2010.

¹³ Die eingereichten Stellungnahmen sind abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm.

¹⁴ Vgl. zu dieser Vorgehensweise und zur Zusammensetzung der *expert group* etwa die Nachweise bei *W. Doral*, Rote Karte oder Grünes Licht für den Blue Button?, *Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts*, Archiv für die zivilistische Praxis (AcP) 211 (2011) 1–34, 3–5; *ders.*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts. Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 75 (2011) 260–285, 266 ff., 270 ff.

¹⁵ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, 3. 5. 2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

¹⁶ Die Ergebnisse sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm.

und Stellungnahmen.¹⁷ Für die Zwecke des vorliegenden Beitrages interessieren primär der persönliche Anwendungsbereich des GEK (C. IV.) sowie die darin vorgesehenen Informationspflichten (D. IV.).

2. Aufbau und Geltungsgrund des GEK

Der Vorschlag besteht aus einer Verordnung (VGEK-VO), in der die grundlegenden Ausführungen zum GEK enthalten sind. Diese wird in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion auch als »Chapeau-Verordnung« bezeichnet. Die eigentlichen materiellen Bestimmungen des GEK sind im Anhang I zur VO enthalten.

Das GEK ist im Vorschlag als sogenanntes optionales Instrument ausgestaltet. Es kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn die Parteien die Geltung des GEK durch übereinstimmende Willenserklärung vereinbart haben. Das GEK tritt folglich nicht automatisch an die Stelle der ansonsten anzuwendenden nationalen Rechtsordnungen, sondern nur dann, wenn die Parteien dies wünschen. Soll das GEK zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zur Anwendung kommen, so kann es nur in seiner Gesamtheit, nicht aber in einzelnen Teilen gelten (Artikel 8 Abs. 3 VGEK-VO). Zudem muss der Verbraucher auf die Vereinbarung gesondert hingewiesen werden, die Vereinbarung muss ihm auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden (Artikel 8 Abs. 2 VGEK-VO) und schließlich müssen dem Verbraucher bereits vor der Vereinbarung, zusätzlich zu den allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten nach dem GEK, Informationen über die geplante Verwendung des GEK in Form eines Informationsblattes (Anhang II des VGEK) erteilt werden (Artikel 9 VGEK-VO).¹⁸

¹⁷ Besonders umstritten ist u. a., ob die EU überhaupt die Kompetenz zur Verabschiedung eines GEK besitzt. Die Kommission stützt den VGEK auf Artikel 114 AEUV. Diese Sichtweise wird nunmehr durch das Gutachten des juristischen Dienstes des Rates gestützt (Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier, 16. 3. 2012, 2011/0284 (COD)). Gegen die Anwendbarkeit von Artikel 114 AEUV (und für Artikel 352 AEUV) etwa *Basedow*, Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage eines optionalen EU-Kaufrechts: Eine List der Kommission?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2012, 1–2; *ders.*, Fakultatives Unionsprivatrecht oder: Grundlagen des 28. Modells, in Joost/Oetker/Paschke (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, 2011, S. 29–44; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Working Group, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final, *RebelsZ* 75 (2011) 371–438; *Grigoleit*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, S. 3, abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/16_Europaeisches_Kaufrecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Grigoleit.pdf, veröffentlicht in *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)* 2011, 560–573; nach Auffassung von *Grigoleit* bietet allerdings auch Artikel 352 AEUV keine Grundlage für die Vereinheitlichung des Kaufrechts, a.a.O., S. 10. In der Zwischenzeit hat u. a. Deutschland die Subsidiaritätsrüge erhoben, vgl. dazu *Remien*, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, in *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Kaufrecht*, S. 1–5, Rz. 14.

¹⁸ Vgl. dazu kritisch z. B. *Grunewald*, in diesem Tagungsband, sowie *Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts, *Juristische Blätter (JBl)* 2012, 2–22, 19.

Sollte der Entwurf verabschiedet werden, so muss das GEK auf Grund der Ausgestaltung als VO nicht umgesetzt werden, sondern gilt unmittelbar (Artikel 288 Abs. 2 AEUV). Das Verhältnis zwischen GEK und den Rechten der Mitgliedstaaten ist dabei jedoch umstritten. Lange Zeit wurde ein fakultatives Instrument als »28. Rechtsordnung«¹⁹ qualifiziert, die von den Parteien wie ein nationales Recht der Mitgliedstaaten gewählt werden könne. Die Europäische Kommission versteht das GEK nunmehr hingegen als »2. Rechtsordnung«: Das GEK ist nach dieser Auffassung Teil des jeweiligen Rechts eines Mitgliedstaates. Erst kommt es also zur Wahl des anwendbaren Rechts – oder dieses ergibt sich aus den Vorschriften des internationalen Privatrechts – und dann kann innerhalb dieses Rechts auf Grund des Wunsches der Parteien das GEK das nationale Kaufrecht verdrängen. Die Einzelheiten dieser Sichtweise und ihre Zulässigkeit sind umstritten.²⁰ Der Hintergrund für diese Auffassung ist hingegen klar: So wird jedenfalls nach Ansicht der Kommission verhindert, dass sich die Vorschriften des GEK an Artikel 6 Abs. 1 der Rom I-VO messen lassen müssen.²¹

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Zu beachten ist zudem, dass der sachliche Anwendungsbereich des VGEK sehr beschränkt ist. Wie bereits aus dem Titel ersichtlich, erfasst der Vorschlag nur Kaufverträge. Er ist also, verglichen mit dem DCFR und der *feasibility study*, von seinem Umfang her deutlich »abgespeckt«. Neben Kaufverträgen²² über Waren – d. h. bewegliche körperliche Gegenstände²³ – fallen auch Verträge über die Bereitstellung

¹⁹ Diese Bezeichnung ist jedoch insofern inkorrekt, als dass etwa das schottische Recht getrennt gezählt werden müsste. Zudem sind die Aufnahmeverhandlungen mit Kroatien schon weit gediehen, sodass es auch bald mehr als 27 Mitgliedstaaten geben wird, vgl. *Stabentheiner*, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, wirtschaftsrechtliche blätter (wbl) 2012, 61–70, 65.

²⁰ Vgl. etwa die kritische Analyse bei *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 273 ff.

²¹ 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. 7. 2008, S. 6. Diese Sichtweise der Kommission stößt auf Kritik, vgl. etwa *Riesenhuber*, Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2012, 2–6, 2. Für eine ausführliche Analyse des Verhältnisses zwischen einem GEK und dem Internationalen Privatrecht vgl. *Fornasier*, »28.« versus »2. Regime« – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* 76 (2012) 401–442.

²² Artikel 2 lit. k VGEK-VO definiert einen Kaufvertrag als »einen Vertrag, nach dem der Unternehmer (der »Verkäufer«) das Eigentum an einer Ware auf eine andere Person (den »Käufer«) überträgt oder sich zur Übertragung des Eigentums an einer Ware auf den Käufer verpflichtet und der Käufer den Preis zahlt oder sich zur Zahlung des Preises verpflichtet, einschließlich Verträgen über die Lieferung von Waren, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen, und ausgenommen Verträge, die den Kauf zwangsverteilter Waren betreffen oder auf sonstige Weise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind«.

²³ Davon ausgenommen sind Strom und Erdgas sowie »Wasser und andere Formen von Gas, es sei denn, sie werden in einem begrenztem Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten« (Artikel 2 lit. h VGEK-VO).

digitaler Inhalte²⁴ und die Erbringung verbundener Dienstleistungen in den Anwendungsbereich.²⁵ Ausgeschlossen sind zudem alle Verträge, die mit einem Verbraucherkredit verbunden sind (Artikel 6 Abs. 2 VGEK-VO).

Zudem sind vom Vorschlag nicht alle Aspekte aus dem »Lebenszyklus« eines Kaufvertrages erfasst. Nicht im VGEK geregelt sind etwa »Fragen der Rechtspersönlichkeit, die Ungültigkeit eines Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit, die Bestimmung der Vertragssprache, das Diskriminierungsverbot, die Stellvertretung, die Schuldner- und Gläubigermehrheit, der Wechsel der Parteien einschließlich Abtretung, die Aufrechnung und Konfusion, das Sachenrecht einschließlich Eigentumsübertragung, das Recht des geistigen Eigentums sowie das Deliktsrecht« (Erwägungsgrund 27 VGEK-VO).²⁶ Neben diesen ausdrücklich im Vorschlag genannten Regelungslücken sind auch weitere Fragen nicht geregelt.²⁷ In all diesen Bereichen findet weiterhin das jeweilige nationale Recht Anwendung.

4. Persönlicher und geographischer Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches erfasst der VGEK nur Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern sowie zwischen Unternehmern und Kleinen und Mittleren Unternehmen (KMU). Im ersten Fall muss der Unternehmer als Verkäufer an dem Vertrag beteiligt sein. Im zweiten Fall ist der persönliche Anwendungsbereich eröffnet, unabhängig davon, ob das KMU Käufer oder Verkäufer ist. Zudem ist für die Anwendbarkeit erforderlich, dass der Vertrag grenzüberschreitend abgeschlossen wird.²⁸ Den Mitgliedstaaten steht es jedoch frei, den Anwendungsbereich auch auf innerstaatliche Sachverhalte sowie auf Geschäfte zwischen

²⁴ Gem. Artikel 2 lit. j VGEK-VO sind dies »Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte, digitale Spiele, Software und digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen«.

²⁵ Definiert als »jede Dienstleistung im Zusammenhang mit Waren oder digitalen Inhalten wie Montage, Installierung, Instandhaltung, Reparatur oder sonstige Handreichungen, die vom Verkäufer der Waren oder vom Lieferanten der digitalen Inhalte auf der Grundlage des Kaufvertrags, des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder auf der Grundlage eines gesonderten Vertrags über verbundene Dienstleistungen erbracht werden, der zeitgleich mit dem Kaufvertrag oder dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte geschlossen wurde«, Artikel 2 lit. m VGEK-VO.

²⁶ Zur Stellvertretung vgl. ausführlich *Kleinschmidt*, Stellvertretung, IPR und ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht, *RebelsZ* 75 (2011) 497–540.

²⁷ *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, *JZ* 2012, 272: »So fehlen Vorschriften über die Vertragsstrafe, über Willensmängel, deren Verursachung Dritten zuzurechnen ist, und über die Hemmung der Verjährung aufgrund von Hinderungsgründen außerhalb des Einflussbereichs des Gläubigers«.

²⁸ Diese Voraussetzung ist nach Artikel 4 VGEK-VO erfüllt, wenn bei B2B-Verträgen die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben und einer davon ein EU-Mitgliedstaat ist (Abs. 2 *leg. cit.*). Im Verhältnis B2C liegt gem. Artikel 4 Abs. 3 VGEK-VO ein grenzüberschreitender (bzw. in der Terminologie des VGEK: grenzübergreifender) Vertrag vor, wenn »a) sich die Anschrift des Verbrauchers, die Lieferanschrift oder die Rechnungsanschrift in einem anderen Staat als dem Staat befindet, in dem der Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,

zwei Unternehmern, die keine KMU sind, zu erweitern (Artikel 13 VGEK-VO). Den Mitgliedstaaten wird keine ausdrückliche Option hinsichtlich der Anwendung auf Verträge zwischen zwei Verbrauchern ermöglicht.²⁹

C. Der Anwendungsbereich des Verbraucherrechts

I. Der Verbraucherbegriff im Europäischen Recht

Der europäische Verbraucher-*acquis* weist einen eingeschränkten persönlichen und inhaltlichen Anwendungsbereich auf. Er kommt generell nur zur Anwendung, wenn ein Verbraucher mit einem Unternehmer in Beziehung tritt. Zudem sind die Sachverhalte, die das europäische Verbraucherrecht erfasst, sachlich beschränkt. Nur gewisse Vertriebssituationen oder Lebenssachverhalte sind speziellen Regelungen unterworfen. *Kennedy* definierte den Verbraucherbegriff in seiner Verbraucherbotschaft vom 15. 3. 1962 nicht. Im europäischen Recht erfasst der Verbraucherbegriff eine »natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen«. Diese dem Artikel 2 Nr. 1 der Verbraucherrechte-RL³⁰ entnommene Definition entspricht, abgesehen von einigen sprachlichen Variationen, dem im *acquis communautaire*³¹ üblichen Begriff sowie Artikel 2 lit. f VGEK-VO. Nur die Pauschalreise-RL³² fasst unter den Begriff »Verbraucher« – und insofern wenig kohärent – auch Geschäftsreisende. Die Flug- und Fahrgastrechte-Verordnungen³³ finden ebenfalls auf Geschäftsreisende Anwendung. In systemgerechter

und b) mindestens einer dieser Staaten ein EU-Mitgliedstaat ist«. Kritisch zu dieser Begriffsbestimmung *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 274.

²⁹ Nach *Stabentheiner*, wbl 2012, 64, kann eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereiches auf C2C-Verträge durch die MS von der Kommission nicht verhindert werden.

³⁰ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304, vom 22. 11. 2011, S. 64.

³¹ Zur Diskussion, ob der Begriff *acquis communautaire* nach dem Vertrag von Lissabon noch verwendet werden kann, vgl. *Baldus/Grundmann/Jaeger/Weatherill/Zaccaria/Zoll/Müller-Graff*, Gemeinschaftsprivatrecht, Unionsprivatrecht, Europäisches Privatrecht?, GPR 2011, 270–276.

³² Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. Nr. L 158, vom 23. 6. 1990, S. 59.

³³ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. Nr. L 46, vom 17. 2. 2004, S. 1; Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. Nr. L 315, vom 3. 12. 2007, S. 14; Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung

Weise wird in diesen Bestimmungen eine Bezugnahme auf den Verbraucher jedoch vermieden. Während also der Inhalt des Verbraucherbegriffs im europäischen Privatrecht auf den ersten Blick klar erscheint, bereitet seine Anwendung aber noch immer Probleme.

II. Probleme des Verbraucherbegriffs

Diese Probleme des Verbraucherbegriffs manifestieren sich in dreifacher Weise: Einerseits ist der Anwendungsbereich oft unscharf, zweitens bereitet das Ausfüllen des Verbraucherbegriffs anhand des Verbraucherleitbildes Schwierigkeiten. Drittens resultieren aus dem rein formalen Abstellen auf den Verbraucherbegriff Defizite in beiden Richtungen: Auf der einen Seite werden Personen geschützt, die dieses Schutzes nicht bedürfen, andererseits sind Personen vom Schutz ausgeschlossen, die diesen benötigen würden. Alle drei Problembereiche sind miteinander verbunden, wirken jedoch auch unabhängig voneinander.

1. Anwendungsprobleme

Die eben erwähnte Definition der Verbraucherrechte-RL erscheint eindeutig. Liest man jedoch Erwägungsgrund 17, so ergibt sich, dass sogenannte gemischte Verträge – d. h. eine Sache wird sowohl für private als auch berufliche Zwecke genutzt – in den Anwendungsbereich der RL fallen, solange »der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht« überwiegt. Diese Sichtweise überrascht, war der EuGH doch in der Entscheidung Gruber³⁴ im Gegensatz dazu davon ausgegangen, dass gemischte Verträge vom Anwendungsbereich verbraucherrechtlicher Vorschriften ausgenommen sind, solange nicht die gewerbliche Tätigkeit »nur eine ganz untergeordnete Rolle« spielt³⁵. Nun ist die Entscheidung Gruber nicht zur Auslegung einer verbraucherrechtlichen Richtlinie ergangen, sondern im Zusammenhang mit der internationalen Gerichtszuständigkeit. Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Richtlinien des Verbraucherrechts ist bekanntlich strittig.³⁶ Daher ist

(EG) Nr. 2006/2004, ABl. Nr. L 334, vom 17. 12. 2010, S. 1; Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. Nr. L 55, vom 28. 2. 2011, S. 1.

³⁴ EuGH 20. 1. 2005, Gruber, Rs. C-464/01, Slg. 2005 I-439.

³⁵ EuGH Gruber, Rn. 39, 54.

³⁶ Gegen eine Übertragung der Entscheidung Gruber auf das Richtlinienrecht *Ebers*, Wer ist Verbraucher? – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH und EuGH, Verbraucher und Recht (VuR) 2005, 361–365, 365; *Micklitz/Reich*, Der Kommissionsvorschlag vom 8. 10. 2008 für eine Richtlinie über »Rechte der Verbraucher«, oder: »der Beginn des Endes einer Ära ...«, EuZW 2009, 279–286, 281; *dies.*, Crónica de una muerte anunciada: The commission proposal for a »Directive on consumer rights«, Common Market Law Review (CMLR) 2009, 471–519, 482; dafür *Manowski*, Kurzkommentar EuGH 20. 1. 2005 Rs. C-464/01, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 2005, 305–306.

fraglich, ob die in Gruber getroffene Wertung jemals für den Verbraucher-*acquis* galt und folglich mit der Verbraucherrechte-RL eine Änderung oder eine Festschreibung des *status quo* bezweckt war. Zu beachten ist jedoch, dass im ersten Vorschlag für die Verbraucherrechte-RL *dual-use*-Situationen noch nicht erfasst waren.³⁷ Ein späterer Vorschlag³⁸ hat hingegen in der Definition darauf abgestellt, ob der Gebrauch »im Wesentlichen« außerhalb der gewerblichen oder beruflichen Nutzung erfolgte. Dieser Vorschlag stimmte insoweit mit der Definition des Verbrauchers in den *acquis*-Principles und dem DCFR³⁹ überein. Die finale Fassung der Verbraucherrechte-RL hingegen erwähnt die *dual-use*-Problematik nur in Erwägungsgrund 17, welcher bei der Auslegung des Richtlinien textes heranzuziehen ist.⁴⁰

Der VGEK enthält hingegen keinerlei Aussage über gemischte Verträge. Es stellt sich daher die Frage, ob die Verfasser des VGEK davon ausgingen, dass die Rechtsprechung in Gruber ohnehin nicht auf Verbraucherverträge übertragbar ist oder ob sie die in der Verbraucherrechte-RL getroffene neue Regelung übernommen wissen wollten. Der Vorschlag für das GEK wurde einen Tag nach der Verabschiedung der Verbraucherrechte-RL vorgestellt. Gegen die Annahme, dass das GEK sich stillschweigend der in der Verbraucherrechte-RL vertretenen Lösung angeschlossen hat, spricht die *feasibility study*⁴¹. In dieser wird die Frage der gemischten Zweckverwendung nicht mehr thematisiert, anders als im DCFR. Es wird daher hier die Auffassung zu vertreten sein, dass bei Fällen der gemischten Zweckverwendung der Verbraucherbegriff des VGEK nicht erfüllt ist.⁴² Da das GEK zu mehr Transparenz führen soll,⁴³ ist es bedauerlich, dass die Gelegenheit zur Klarstellung dieser schon lange bekannten Frage zum Verbraucherbegriff ungenutzt blieb.

Die *dual-use*-Problematik ist dabei nur ein Beispiel für die Unschärfe des europäischen Verbraucherbegriffs. Andere Bereiche betreffen etwa Gründungsgeschäfte, Arbeitnehmer und juristische Personen als Verbraucher. All diese Bereiche fallen aus

³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614 endg., vom 8. 10. 2008.

³⁸ Europäisches Parlament, Änderungen zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614, Erste Lesung vom 24. 3. 2011, Abänderung Nr. 59, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0116&language=DE&ring=A7-2011-0038>.

³⁹ Artikel 1:201 PECL: »mainly«; Artikel I-1:105 (1) DCFR: »primarily«.

⁴⁰ EuGH 29. 4. 2004, Italien/Kommission, Rs. C-298/00 P, Slg. 2004 I-4087, Rn. 97; EuGH 15. 5. 1997, TWD/Kommission, Rs. C-355/95, Slg. 1997 I-2549, Rn. 21; *Micklitz*, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. IV, 40. Aufl., 2009, vor A 2. Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG – Systematischer Teil, Rn. 33.

⁴¹ Vgl. Fn. 15.

⁴² In diesem Sinne auch *Zoll*, *Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument*, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* (euvr) 2012, 9–23, 10, Fn. 6: »Die Modifikationsversuche, die im DCFR unternommen wurden (siehe Art. I-1:105 (3) DCFR), wurden nicht übernommen«. Zur generellen Frage, ob und inwieweit eine »richtlinienkonforme« Auslegung des GEK zu erfolgen hat, vgl. *Schmidt-Kessel*, Einleitung, in *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Kaufrecht*, S. 14 ff.

⁴³ Vgl. Erwägungsgrund 1 VGEK-VO.

dem Anwendungsbereich des europäischen Verbraucherbegriffes,⁴⁴ sind jedoch teilweise von den Verbraucherbegriffen der mitgliedstaatlichen Vorschriften erfasst.⁴⁵ So sind in Deutschland bekanntlich juristische Personen ebenfalls in § 13 BGB⁴⁶ *per definitionem* vom Verbraucherbegriff ausgenommen, hier besteht also Übereinstimmung mit den europäischen Vorgaben. Hinsichtlich der Gründungsgeschäfte ist das deutsche Recht ebenfalls »auf europäischer Linie«.⁴⁷ Nur bei Krediten, die zwecks Geschäftsaufnahme aufgenommen werden und 75.000 Euro nicht übersteigen (§ 512 BGB), wird der persönliche Anwendungsbereich der Vorschriften über den Verbraucherkredit ausgedehnt. Im Gegensatz dazu sind etwa nach österreichischem Recht Gründungsgeschäfte vom Verbraucherbegriff des § 1 Konsumentenschutzgesetz⁴⁸ (KSchG) ebenso erfasst wie juristische Personen, die zu nicht beruflichen Zwecken handeln. Nur juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten nach § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG immer als Unternehmer. Auf Verträge zwischen einem Arbeitnehmer oder einer arbeitnehmerähnlichen Person mit dem Arbeitgeber kommen nach § 1 Abs. 4 KSchG dessen besondere Vorschriften für B2C-Verträge im I. Hauptstück nicht zur Anwendung. Eine Klauselkontrolle über § 6 KSchG scheidet daher aus.⁴⁹ In Deutschland hat hingegen das Bundesverfassungsgericht bestätigt,⁵⁰ dass Arbeitnehmer Verbraucher sind und Arbeitsverträge gem. § 310 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle unterliegen. Andererseits will das Bundesarbeitsgericht die verbraucherrechtlichen Normen des BGB jedoch nicht immer angewendet wissen (vgl. auch § 310 Abs. 4 S. 2 BGB). So ist nach der Rechtsprechung des BAG § 312 BGB nicht auf einen Aufhebungsvertrag anzuwenden, den der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz unterzeichnet.⁵¹

Diese Abweichungen der nationalen Rechte der Mitgliedstaaten vom europäischen Recht sind jedenfalls zulässig, sofern die europäischen Richtlinien nur mindestharmonisierend sind. Aber auch der nunmehr überwiegend in den jüngeren Richtlinien, v. a. der Verbraucherrechte-RL, vorzufindende Ansatz der Vollharmonisierung⁵²

⁴⁴ EuGH 16. 7. 1998, Gut Springenheide, Rs. C-210/96, Slg. 1998 I-4657.

⁴⁵ In Frankreich existiert neben Verbraucher und Unternehmer noch die Kategorie des »non-professionnel«, worunter die *Cour de Cassation* Gewerbetreibende und Freiberufler (auch juristische Personen) fasst, sofern sie branchenfremde Geschäfte tätigen, vgl. *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, S. 379 m. w. N.

⁴⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I S. 42, 2909.

⁴⁷ Demnach fallen Geschäfte im Zuge der Existenzgründung nicht unter den Verbraucherbegriff, vgl. BGH 24. 2. 2005, NJW 2005, 1273 und EuGH 3. 7. 1997, Benincasa, Rs. C-269/95, Slg. 1997 I-3767; kritisch *Micklitz*, in *Rebmann/Sächer/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 13, Rn. 51 ff.

⁴⁸ BGBl. Nr. 140/1979, S. 775, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 100/2010.

⁴⁹ Dies wird jedoch in der Literatur über die allgemeine Vorschrift zur AGB-Kontrolle des § 879 Abs. 3 ABGB befürwortet, vgl. *Kosesnik-Wehrle*, in *Kosesnik-Wehrle* (Hrsg.), KSchG, 3. Aufl., 2010, § 1, Rn. 21; *Krejci*, in *Rummel* (Hrsg.), ABGB, 3. Aufl., 2002, § 1 KSchG, Rn. 62.

⁵⁰ BVerfG 23. 11. 2006, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, 286; davor schon BAG 7. 12. 2005, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, 423.

⁵¹ BAG 27. 11. 2003, NJW 2004, 2401; *Micklitz*, in *Münchener Kommentar*, § 13, Rn. 46 ff.

⁵² Ausführlich zum Prinzip der Vollharmonisierung *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisie-