

Risikoübernahme bei Pistenski fahren: eine kurze rechtsvergleichende Untersuchung

!! CONCEPT : FINAL VERSION TO BE SENT NEXT WEEK !!

Dr. Pieter DE TAVERNIER, Universität Leiden (Niederlande)

Das Bestehen beziehungsweise das Ausmaß der Verkehrssicherungspflicht seitens des Skigebietsbetreibers gegenüber den Pistenbenutzern stellt ein in der Praxis schwieriges Problem dar, das in Literatur und Rechtsprechung ausführlich behandelt wurde.¹ Über diese Beziehung zwischen Eigenverantwortung des Skifahrers und die Sicherungspflicht des Skigebietsbetreibers werde ich heute in Bormio einen kurzen rechtsvergleichenden Vortrag halten. Ich werde dabei drei Themen behandeln. Erst werde ich sprechen über das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr (*Implied Assumption of Risk*), das zu ähnlichen haftungsausschliessenden oder –begrenzenden Konsequenzen führt (I). Danach werde ich kurz das Thema des Mitverschuldens behandeln (II). Anschließend beantworte ich die Frage ob die Haftung für *Körperschaden* in den Fällen, in denen vor dem Verletzungsfall zwischen den betroffenen Parteien eine vertragliche Beziehung bestand, gemäß übereinstimmenden Willen ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (*Express Assumption of Risk*) (III).

I. Das Handeln auf eigene Gefahr / Primary Assumption of Risk

Einführend soll darauf hingewiesen werden, dass unbeschadet der Sicherungspflichten des Skigebietsbetreibers vor allem die Skifahrer (oder sonstigen Pistenbenützer) selbst für ihre Sicherheit zu sorgen haben.² Nach den anerkannten Eigenregeln des Skilaufs hat ein Skifahrer sein Fahrverhalten unter Bedachtnahme auf sein Können und die äußeren Verhältnisse so einzurichten, dass er jederzeit die Fahrt beherrscht und vor einem Hindernis anhalten oder ihm ausweichen kann.³ Die *Abgrenzung* zwischen Verkehrs-

¹ Sehe z.B. G. Dambeck, *Piste und Recht*, Stiftung Sicherheit im Skisport, DSV-Schriftenreihe, Band 6, 1996, p. 184 ff.

² Cf. J. Pichler, “Zur Schirechtsanlage in Österreich”, Bericht im Rahmen des 1. Forum Giuridico Europeo della Neve, Bormio, 2005, p. 3: “Bei Prüfung der Frage, ob eine zu sichernde Gefahrenquelle vorliegt, ist zunächst davon auszugehen, dass der Schifahrer im Rahmen seiner Eigenverantwortlichkeit selbst für seine Sicherheit zu sorgen hat, daher seine Fahrweise auf erkennbare Gefahren einstellen muss.”

³ P. Reindl, J. Stabentheiner und R. Dittrich: “Bergbeförderung, Pistenbetreuung, Wintersport – Verhaltenspflichten und Handlungsmöglichkeiten des Seilbahnunternehmers – 25 Jahre Seilbahnsymposium”, in: *Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2006 (Sonderbeilage ZVR 12), p. 552; vgl. für die Schweiz: W. Mathys, “Bewegungsfreiheit, Eigenverantwortlichkeit und Verkehrssicherungspflicht”, Bericht im Rahmen des 2. Forum Giuridico Europeo della Neve, Bormio, 2006, p.

sicherungspflicht des Skigebietsbetreibers und Eigenverantwortung des Skifahrers ist nicht immer klar zu definieren. Diese Abgrenzung zwischen dem Risiko des Sports und der jeweiligen Gefahr, die der Sportler selbst auf sich nimmt und dem, für was der Pistensicherungspflichtige einzustehen hat, wird in der Rechtsprechung stets nach dem Begriffspaar der typischen und atypischen Gefahr vorgenommen.⁴ *Atypische* Gefahren, mit denen ein verantwortungsbewußter Skifahrer nicht rechnen muß, hat der Pistensicherungspflichtige zu beseitigen. Atypisch sind z.B. Gefahren, mit denen im Hinblick auf das Erscheinungsbild und den angekündigten Schwierigkeitsgrad der Piste auch ein verantwortungsbewußter Skifahrer nicht rechnet, weil sie nicht pistenkonform ist. Dazu zählen z.B. Abbrüche oder Felslöcher am Pistenrand, Schneekanonen, tiefe Löcher, Betonsockel oder Gletscherspalten. Sie sind vom Sicherungspflichtigen auf jeden Fall zu beseitigen. Atypisch ist eine Gefahr, die unter Bedachtnahme auf das Erscheinungsbild und den angekündigten Schwierigkeitsgrad der Piste auch für einen verantwortungsbewußten Skifahrer (oder sonstigen Pistenbenützer) unerwartet oder schwer abwendbar sind.⁵ *Typische* Gefahren sind nach der Rechtsprechung für den Skifahrer erkennbare Gefahren.⁶ Zu den typischen Gefahren, die im Regelfall nicht beseitigt oder abgesichert werden müssen, zählen z.B. harte und eisige Stellen, apere Stellen bei geringer Schneelage, Baumgruppen oder Wald am Pistenrand oder Wegweiser.

In den USA ist die Annahme von sporttypischen Risiken unter der Bezeichnung *primary assumption of risk* (hiernach abgekürzt als PAR) bekannt.⁷ Zu Verständnis der PAR-Lehre in den USA ist es erforderlich, einige kurze Bemerkungen über den Begriff der *negligence* vorzuschicken, denn die *negligence* ist die Haftungsgrundlage, die in den meisten Fällen der *assumption of risk* in Betracht steht. Die Tatbestandsmerkmale der *negligence* sind: (1) das Bestehen einer Sorgfaltspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger (*duty to take care* oder *duty of care*), (2) die Verletzung dieser Pflicht durch den

4: "Sie fahren auf eigenes Risiko. Wie bei der Ausübung jeder anderen Sportart gilt auch beim Skifahren und Snowboarden der Grundsatz der Eigenverantwortung. Gefahren, welche dem Sport inhärent sind, muss derjenige tragen, welcher sich zur Ausübung entschliesst. Der selbstverantwortliche, besonnene Sportler muss sich entsprechend vorbereiten, ausbilden, ausrüsten und informieren. Die Eigenverantwortlichkeit ist der Preis der Bewegungsfreiheit: Die Kampagnen 'Control your speed!' und 'Enjoy sport - protect yourself' orientieren sich an der Eigenverantwortlichkeit und erinnern daran."

⁴ Sehe über diesen Unterschied z.B. G. Dambeck 1996, p. 184 ff., P. Reindl, J. Stabentheiner und R. Dittrich 2006, p. 552 ff.; N. Eglseder, "Pistensicherungspflichten im Skisport", Seminararbeit, zu konsultieren auf www.sportundrecht.com/onlineseminare.htm

⁵ P. Reindl, J. Stabentheiner und R. Dittrich 2006, p. 552; sehe auch J. Stiffler 2005, p. 34: "Ungeachtet dieser Eigenverantwortlichkeit trifft den Pistenhalter eine Pflicht zur Sicherung vor atypischen Gefahren. Atypisch ist eine Gefahr, die unter Bedachtnahme auf das Erscheinungsbild und den angekündigten Schwierigkeitsgrad der Piste auch für einen verantwortungsbewussten Skifahrer unerwartet oder schwer abwendbar ist."

⁶ P. Reindl, J. Stabentheiner und R. Dittrich 2006, p. 552; J. Pichler 2005, p. 3.

⁷ Über PAR, sehe z.B. Rita Hanscom, "Assumption of Risk Defense in Sports or Recreation Injury Cases", in: 30 American Jurisprudence Proof of Facts 3d 161 (Updated December 2008), § 5.

Beklagten (*breach of duty*) und (3) ein durch die Pflichtverletzung verursachten, nicht ganz entfernt liegender Schaden des Klägers (*damage not too remote in consequence*).⁸

Wann gibt es nun PAR oder primäre Risikoübernahme? Es ist wichtig diese Rechtsfigur klar abzugrenzen.⁹ *Erstens* muß PAR von *secondary assumption of risk* (hiernach abgekürzt als SAR) abgegrenzt werden. Es gibt SAR (1) wenn es eine Sicherungspflicht seitens des Skigebietsbetreibers bei *atypischen* Gefahren gibt, (2) wenn dieser Versicherungspflicht seitens des Betreibers verletzt wird und (3) wenn der Wintersportler willentlich (*“knowingly”*) und unvernünftig (*“unreasonably”*) das Risiko akzeptiert das durch die Verletzung der Sicherungspflicht entstanden ist.¹⁰ In den meisten USA-Staaten führt die Situation wobei der Kläger bewusst ein Gefahr begeht das durch die Fahrlässigkeit des Betreiber entstanden ist zu Teilung der Haftung. Es gibt dann eine Situation von zgn. *comparative negligence*.¹¹ *Zweitens* ist PAR von *express assumption of risk* (hiernach abgekürzt als EAR) oder vertragliche Risikoausschluß ab zu grenzen. EAR gehört in den Themenbereich der Haftungsfreizeichnung und ist ein Problem der gerichtlichen Abschluss- und Inhaltskontrolle von Verträgen.¹² Auf diese Frage gehe ich unter Punkt III näher ein.

PAR bedeutet das man als Teilnehmer die sporttypischen Risiken in Kauf nimmt.¹³ PAR ist *frei* von Fahrlässigkeitsaspekten.¹⁴ In den USA sagt man: “It operates as a complete bar

⁸ Sehe z.B. G.M. Wong, *Essentials of Sports Law*, Praeger Publishers, 2002, p. 59 ff.

⁹ Sehe über diese Abgrenzung K.W. Simons, “Reflexions on Assumption of Risk”, 50 *UCLA L. Rev.* 481, 2002-03, p. 484 ff.

¹⁰ Kent Feuerhelm, John Lund, James H. Chalot und Marco B. Kunz, “From Wright to Sunday and Beyond: Is the Law Keeping Up With the Skiers?”, in: *Utah Law Review* 1985, p. 886; Rita Hanscom 2008, § 7.

¹¹ Sehe z.B. Knight v. Jewett, 3 *Cal.4th* 296, at 314-315 (California Supreme Court 1992): “In cases involving ‘primary assumption of risk’ – where, by virtue of the nature of the activity and the parties’ relationship to the activity, the defendant owes no legal duty to protect the plaintiff from the particular risk of harm that caused the injury – the doctrine continues to operate as a complete bar to the plaintiff’s recovery. In cases involving ‘secondary assumption of risk’ – where the defendant does owe a duty of care to the plaintiff, but the plaintiff proceeds to encounter a known risk imposed by the defendant’s breach of duty – the doctrine is *merged into the comparative fault scheme*, and the trier of fact, in apportioning the loss resulting from the injury, may consider the relative responsibility of the parties” (own emphasis).

¹² G. Brüggemeier, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York, 2006, p. 597.

¹³ Kent Feuerhelm, John Lund, James H. Chalot und Marco B. Kunz, “From Wright to Sunday and Beyond: Is the Law Keeping Up With the Skiers”, *Utah Law Review* 1985, p. 886: “Primary assumption of risk bars a plaintiff from recovering for injuries caused by dangers *inherent in the activity*” (own emphasis); vgl. Wright v. Mt. Mansfield Lift, Inc., 96 *F. Supp.* 786 (D. Vt. 1951), at 760-791: “Skiing is a sport; a sport that entices thousands of people; a sport that requires an ability on the part of the skier to handle himself or herself under various circumstances of grade, boundary, midtrail constructions, corners and varied conditions of the snow. Secondly, it requires good judgement on the part of the skier and recognition of the existing circumstances and conditions (...) One who takes part in such a sport *accepts the dangers that inhere in it so far as they are obvious and necessary*” (own emphasis).

¹⁴ *Ibid.*: “Because the dangers are inherent, the theory assumes that no reasonable amount of care

to liability (“Vollständiger Ausschluß der Haftung”) on the theory that upon *primary assumption of risk* there is no (longer) a duty of care running from the defendant to the plaintiff; without a duty owed by the defendant, there can be no negligence on his part”. Konstitutiv für PAR ist die individuelle Entscheidung, freiwillig ein bestimmtes – erkanntes! – Risiko in Kauf zu nehmen. In den USA gibt es eine subjektive Test: “The test is a subjective one: whether the plaintiff in fact understood the risk, *not* whether the reasonable person of ordinary prudence would comprehend the risk”. Es geht bei PAR um die Übernahme des inhärenten oder notwendigen Risikos des Sports. Wie in den europäischen Rechtsordnungen, ist es auch in den USA eine kritische Sachfrage bei der Anwendung der primären Annahme des Risikos (PAR) welche Risikos inherent oder notwendig sind und welche nicht.

In den USA sind die inherente Gefahren (“*inherent risks*”) bei Skifahren in sogenannte staatliche “*Ski Safety Statutes*” näher definiert.¹⁵ Es gibt jedoch große Unterschiede zwischen den bestehenden staatlichen Gesetzen. In *Colorado* gibt es eine enge Interpretierung von inherente Gefahren.¹⁶ Also wird die Verantwortlichkeit “*in a reasonable way*” bis in die kleinsten Details unter Skifahrer und Skigebietbetreiber verteilt.¹⁷ Anders ist die Situation in *Michigan*, wo inherente Gefahren breit formuliert sind. § 408.342 (2) Michigan Ski Area Safety Act (hiernach abgekürzt als SASA) bestimmt: “Each person who participates in the sport of skiing accepts the dangers that inhere in that sport insofar as the dangers are obvious and necessary. Those dangers include, *but are not limited to*, injuries which can result from variations in terrain; surface or subsurface snow or ice conditions; bare spots; rocks, trees, and other forms of natural growth or debris; collisions with ski lift towers and their components, with other skiers, or with properly marked or plainly visible snow-making or snow-grooming equipment” Obwohl Section 408.344 Michigan Legislature Ski Area Safety Act of 1962¹⁸ dort bestimmt das Betreiber verantwortlich sind für Verluste oder Schaden folgend aus ihrer Verletzung des Gesetzes, ist Michigan eine der am meisten reaktiven Staaten, denn der SASA of 1962 “contains a broad grant of immunity to ski operators from most negligence claims”.¹⁹

can alleviate the risk, *so thus no fault is involved*” (own emphasis).

¹⁵ *Ibid.*, p. 892.

¹⁶ Colorado Revised Statutes §§ 33-44-105 bis 33-44-109; *Graven v. Vail Associates, Inc.*, 909 P. 2d 514 (Colorado Supreme Court 18. Dezember 1995). Über diese präzise Verteilung von Risikos zwische Skifahrer und Skigebietbetreiber in Colorado: Arthur B. Ferguson, “Allocation of the Risks of Skiing: A Call for the Reapplication of Fundamental Common Law Principles”, *Denver University Law Review* 1990, p. 176ff.

¹⁷ Sehe Beilage I.

¹⁸ Section 408.344 Michigan Ski Area Safety Act: “A skier or passenger who violates this act, or an operator who violates this act shall be liable for that portion of the loss or damage resulting from that violation”.

¹⁹ Sehe z.B. *Mc. Goldrick v. Holiday Amusement, Inc.*, 618 N.W.2d 98 (Michigan Court of Appeals 2000; vergl. mit *Kent v. Alpine Valley Ski Resort*, 613 N.W.2d 383 (Michigan 2003) und *Jane Bazan and David Bazan v. Crystal Enterprises, Inc.* (Michigan Court of Appeals October 11 2002), nicht publiziert.

II. Mitverschulden / Contributory c.q. comparative negligence

Der geschädigte Skifahrer kann durch eigenes Fehlverhalten (Mitverschulden) bei der Herbeiführung des Unfalls/der Verletzung mitgewirkt haben.²⁰ So kommt z.B. nach deutschem Recht das Mitverschulden des geschädigten Skifahrers in Betracht, wenn (1) bei der Entstehung der Schadens auch das Verhalten des Skifahrers nicht der situationsangemessenen objektiven Sorgfalt entsprochen hat (Fahrlässigkeit) und (2) der Unfall (oder die Schäden) bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nicht in der vorliegenden Form eingetreten wäre. Die Prüfung der Fahrlässigkeit des Geschädigten erfolgt beim Mitverschulden nach den allgemeinen Grundsätzen: ein objektiv-typisierender Verhaltensstandard, der auf z.B. Rolle, Situation oder Minderjährigkeit, aber *nicht* auf individuell-subjektive Besonderheiten abstellt. Die Feststellung der Mitsächlichkeits erfolgt nach der *condicio sine qua non*-Formel: wäre z.B. der Skifahrer nicht mit erheblicher Geschwindigkeit gefahren (verstoß gegen FIS-regel 2), hätte er den Unfall verhindern können, oder es wäre der Schadensumfang verringert worden. Führt das Mitverschulden des Skifahrers zum völligen Anspruchsverlust? Die Frage, ob überhaupt und bejahendenfalls in welcher Höhe Ersatz zu leisten ist, beantwortet sich nach den Umständen des Einzelfalls.²¹ In erster Linie hängt das Maß der Ersatzpflicht davon ab, wer den Schaden überwiegend verursacht hat.²² Neben der Verursachung ist das Maß des beiderseitigen Verschuldens (leichte/grobe Fahrlässigkeit) in die Abwägung einzubeziehen.

In *amerikanischen* Recht galt lange Zeit ein anderer Grundsatz. Seit ihren Anfängen zu Beginn des 19. Jahrhundert führte die *contributory negligence* zum völligen Anspruchsverlust. Der Beklagte hatte zweierlei nachzuweisen: (1) Fahrlässigkeit, gleich welchen Ausmaßes, auf Seiten des geschädigten Klägers und (2) Kausalität dieser Fahrlässigkeit für die Verletzung. Lagen beide Voraussetzungen vor, führte dies zur Klageabweisung. In 20. Jahrhundert vollzog das amerikanische Recht eine Anpassung an die kontinentale Mitverschuldens-Doktrin. Mississippi war der erste Staat der 1910 für Personenschäden die *comparative negligence* einführt. Das Konzept setzte sich in Folgezeit in den meisten Staaten durch²³, teils richterrechtlich, teils durch den Gesetzgeber.²⁴ Zwei staat-

²⁰ Sehe z.B. OLG Nürnberg 20. Dezember 1996, 6 U 2776/96: Muß ein Skiliftbetreiber z.B. wegen eines in der Nähe befindlichen Parkplatzes damit rechnen, dass Skifahrer die Liftrasse überqueren, hat er dafür zu sorgen, dass unbesetzte Liftbügel mindestens 2,5 Meter über der Schneeoberfläche verlaufen. Ist der Abstand zu gering und zieht sich ein Skifahrer Verletzungen zu, weil er von einem Bügel im Gesicht verletzt wurde, ist der Liftbetreiber schadensersatzpflichtig. *Allerdings musste sich im vorliegenden Fall eine verletzte Skifahrerin wegen des gefährlichen Kreuzens der Liftrasse ein Mitverschulden von 50 % anrechnen lassen.*”

²¹ Gerhard Dambeck (, p. 29.

²² Vgl. § 254 Abs. 1 BGB: “Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, *inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.*”

²³ Z.B. Utah Code Section 78B-5-818 im Rahmen des Mitverschuldens (*comparative negligence*) bestimmt: “(1) The fault of a person seeking recovery may not alone bar recovery by that person.”

liche Varianten des Mitverschulden (*comparative negligence*) sind zu unterscheiden: (1) *pure comparative negligence*: dies ist die Quotelung nach Verschuldensanteilen, wie sie dem kontinentalen Recht entspricht und (2) *modified comparative negligence*: danach kann der Kläger nur dann seinen Schaden liquidieren, wenn sein Mitverschulden geringer als das Verschulden des Beklagten ist (*equal fault bar*) oder das Mitverschulden geringer oder gleich dem Schädigerverschulden ist (*greater fault bar*).²⁵ Dieser "modifizierten" Ansatz verbindet *contributory* und *comparative negligence*: ist der Mitverschuldensanteil des Klägers größer, verliert er jeden Schadensersatzanspruch; ist er kleiner, wird nach Mitverschuldensanteilen gequotelt.

2. Vertragliche Haftungsfreizeichnung/Exculpatory clauses or waivers

Kann die Haftung für *Körperschaden* in den Fällen, in denen *vor* dem Verletzungsfall zwischen den betroffenen Parteien eine Vertragliche Beziehung bestand, ausdrücklich durch Individualvereinbarung, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), durch Ausgang oder durch Aufdruck auf Skipässe²⁶ beschränkt oder ausgeschlossen werden? Und so ja, in wie weit? Es kann schnell passieren, dass jemand als leicht fahrlässiger Schädiger schadensersatzpflichtig wird. Wird er in einer vertraglichen Beziehung zum Geschädigten stehen, versucht er schon im Vorhinein, seine Schadensersatzpflicht durch sogenannten Haftungsfreizeichnungsklauseln in diesem Vertrag einzuschränken. Damit stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen dieser Vereinbarung. Das klassische Beispiel für die Vertragliche Vereinbarung eines Haftungsausschlusses bei leichter Fahrlässigkeit des Verkehrssicherungspflichtigen ist der Beförderungsvertrag, der durch Lösen eines Tickets oder Erwerb eines Skipasses mit einem Bergbahnunternehmen abgeschlossen wird.²⁷

Die Vertragsfreiheit ist einer der Grundpfeiler jeder liberalen Privatrechtsordnung. Freiwillig geschlossene Verträge werden von der Rechtsordnung grundsätzlich mit dem von den Parteien gewollten Inhalt anerkannt. Dieser liberale Grundsatz gilt jedoch nicht

²⁴ Über den komplexen Prozess der Verteilung der Rechtsfortbildungslast zwischen Jurisdiktion und Gesetzgeber, siehe u.a. Fleming James Jr., Harry Kalven Jr., Robert E. Keeton, Robert A. Leflar, Wex S. Malone und John W. Wade, "Comments on Maki v. Frelk - Comparative v. Contributory Negligence: Should the Court or Legislature Decide?", in: *Vand. L. Rev.* 1968, p. 891-948.

²⁵ Sehe z.B. 42 Pa. Stat. Ann. § 7102 Comparative negligence. (a) General rule: "In all actions brought to recover damages for negligence resulting in death or injury to person or property, the fact that the plaintiff may have been guilty of contributory negligence shall not bar a recovery by the plaintiff or his legal representative where such negligence was not greater than the causal negligence of the defendant or defendants against whom recovery is sought, but any damages sustained by the plaintiff shall be diminished in proportion to the amount of negligence attributed to the plaintiff."

²⁶ Der Skipass ist ein Vertrag, der mit dem Betreiber der Skistation abgeschlossen wird, der sich gegen Geld (Preis) verpflichtet, alle erforderlichen Leistungen zu erbringen, damit der andere Vertragspartner, der Skifahrer, sicher und bis zum vereinbarten Zeitpunkt Skifahren kann. Sehe dazu I. Arroyo, "Der Europäische Skipassvertrag", Bormio, 2007, nr. 3.

²⁷ Dambeck, p. 202.

uneingeschränkt. Also beschränken die vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten sich lediglich auf die Schuldform der *leichten* Fahrlässigkeit, weil die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses für *grobe* Fahrlässigkeit und für Vorsatz verboten ist.²⁸ Die Rechtsordnung greift zunehmend in Verträge ein, wenn die Gefahr besteht, daß wegen eines großen Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht eine Partei der anderen die Vertragsbedingungen einseitig diktieren kann. Eine wichtige Fallgruppe, die ich in diesem Beitrag untersuche, ist die Inhaltskontrolle von sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (hiernach abgekürzt als AGB). AGB sind von einer Partei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen.²⁹

Beispiel einer Haftungsfreizeichnung in vorformulierten Vertragsbedingungen:

“Der Veranstalter des Kaunertal Openings (Kaunertaler Gletscherbahnen GmbH) haftet nur für Schäden, die nachweislich auf seiner vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung im Rahmen des Kaunertal Openings beruhen und die noch als typische Schäden im Rahmen des Vorhersehbaren liegen. Unbegrenzt gehaftet wird für solche Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Veranstalters oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Veranstalters beruhen. Der/die Unterzeichnende verzichtet hiermit ausdrücklich auf die Erhebung von darüber hinausgehenden Forderungen gegenüber der Kaunertaler Gletscherbahnen GmbH, gegenüber deren Angestellten, beauftragten Mitarbeitern oder Vertretern. Der Forderungsverzicht bezieht sich auf mittelbar oder unmittelbar aus der Teilnahme am Kaunertal Opening resultierenden Körper- oder Sachschäden, materiellen oder immateriellen Verletzungen und allen sonstigen Schäden, die beispielsweise im Zusammenhang mit stattfindenden Film- oder Fotoaufnahmen entstanden sind. Der Verzicht gilt, egal ob sich der Unterzeichnende im Moment der Schadensentstehung beim Snowboarden/ Skifahren befand oder nicht.”

Jetzt untersuche ich das Problem der Haftungsfreizeichnung oder -Beschränkung für *Tod* oder *Körperschaden* in einzige Rechtsordnungen (z.B. in dem Gemeinschaftsprivatrecht), in Reformvorschlägen (nämlich in dem Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher) und in Quellen von “*soft law*” (nämlich in dem sog. Gemeinsamen Referenzrahmen oder Draft Common Frame of Reference).

A. DAS PROBLEM DER HAFTUNGSFREIZEICHNUNG FÜR TOD ODER KÖRPERSCHADEN IN DEN EU-MITGLIEDSTAATEN, IN DER SCHWEIZ UND IN DEN USA

1) Die Europäische Klausel-Richtlinie 93/13 und ihre Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten

²⁸ Damback, p. 202.

²⁹ D. Kocholl, p.

In Bezug auf die Kontrolle vorformulierter missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen bedeutet die Europäische Klausel-Richtlinie (93/13)³⁰ einen wichtigen Schritt weiter im Verbraucherschutz. Diese Richtlinie spiegelt die Erkenntnis wider, dass bisweilen stärkerer Eingriffe in die Vertragsfreiheit der Parteien notwendig sind. Mit der Klauseln-RiL ist nur eine teilweise Harmonisierung in Betracht gekommen. Den Mitgliedstaaten muß es freigestellt sein, dem Verbraucher unter Beachtung des Vertrags einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren (Erwägungsgrund 12 der RiL). Die RiL sieht drei Schutzinstrumenten vor: (1) die Nichtigkeit mißbräuchlicher Klausel (Artt. 3,4, 6 RiL + Anhang); (2) die Rechtsfolgen bei unklaren oder unverständlichen Klauseln (Art. 5 RiL, Transparenzgebot); (3) die Klagemöglichkeit von Verbraucherschutzverbänden vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden gegen einzelne Unternehmer, mehrere Unternehmer oder deren Verbände (Art. 7 RiL). Ich werde mich in Rahmen der Besprechung der RiL beschränken auf die Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln und auf das Transparenzgebot. Die RiL erfasst nicht alle Vertragsklauseln, sondern nur nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln³¹, die von Unternehmer oder einem Dritten im Rahmen von Standardverträgen oder sonst vorgeformuliert wurden. Der Skipass ist solch ein Standardvertrag, da es nicht das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Partnern ist, sondern allgemeine Regeln und Bedingungen enthält, die von den Betreiber vorgegeben werden. Der Skipass oder Abonnement beinhaltet nur die allgemeinen Bedingungen und ist dank der Verweisklausel oder Einschlussklausel durch ein Statut oder weitere allgemeine Bedingungen des jeweiligen Betreibers zu ergänzen.³² Deshalb unterliegt dieser Vertrag den Bestimmungen der RiL.

a) Mißbräuchliche Klauseln

Gemäß Art. 3 Abs. 1 RiL ist eine vorformulierte Klausel dann mißbräuchlich, *“wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht”*. Laut Art. 4 Abs. 1 RiL *“wird die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird (unbeschadet des Artikels 7) unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.”* Die Konkretisierung der Mißbräuchlichkeit ist erst im einzelnen Streitfall zu leisten und vom nationalen Richter vorzunehmen, der mit dieser Frage befasst ist. Das Problem dieser Vorgehensweise liegt darin, dass es erheblicher Konkretisierungsarbeit durch die Gerichtspraxis bedarf. In Zweifelfällen können bzw. müssen die nationalen Gerichte bekanntlich den EuGH um eine Vorabentscheidung ersuchen. In der Entscheidung *Hofstetter* von 1. April 2004 hat der EuGH allerdings

³⁰ Art. 1 (1) Klausel-Richtlinie 93/13 lautet: *“Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbrauchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.”*

³¹ Erwägungsgrund 17 der RiL.

³² I. Arroyo

seine eigene sachliche Kompetenz, für die Bestimmung der Mißbräuchlichkeit einer Klausel im Einzelfall Vorgaben zu liefern, beträchtlich eingeschränkt. Damit wird der Vereinheitlichungseffekt der RiL deutlich eingeschränkt. Gleiche Klauseln können von Gerichten eines Mitgliedstaats als mißbräuchlich qualifiziert werden, von Gerichten eines anderen Mitgliedsstaats als wirksam.

Die RiL gibt jedoch eine Reihe von Hilfestellungen, um die Mißbräuchlichkeit im Einzelfall festzustellen. Für diese Konkretisierung ist die Hinweisliste des Anhangs der RiL von Bedeutung. Nach Art. 3 Abs. 3 RiL enthält der Anhang „eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können“. Eine gegen den Anhang verstoßende Klausel ist insofern nicht zwangsläufig als „mißbräuchlich“ anzusehen. Der Anhang enthält also mit anderen Worten keine so genannte „schwarze Liste“ stets (per se) unverbindlicher Klauseln, sondern eine „graue Liste“ von Vertragsklauseln. Der Annex hat einen „Hinweis- und Beispielcharakter und liefert somit, gerichtlichen und anderen zuständigen Instanzen, Verbänden sowie einzelnen Verbrauchern und Gewerbetreibenden einen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffes „mißbräuchlicher Klausel“.

Für ein Antwort auf die Frage ob Parteien *Körperschaden* vertraglich ausschließen oder einschränken können, ist Punkt 1 des RiL-Anhangs einschlägig. Laut Punkt 1 a der Anhang können Klauseln *“die darauf abzielen oder zu Folge haben, daß a) die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet; b) ...”* gemäß Art 3 Abs 3 als für mißbräuchlich betrachtet werden.

Die in Punkt 1 a des RiL-Anhangs zu findende Vorschrift ist in den Europäischen Mitgliedstaaten nicht in derselben Art umgesetzt worden. In zum Beispiel Österreich, Bulgarien, Deutschland, Italien, der Tschechischen Republik, Rumänien, Slowenien und Spanien werden Klauseln die darauf abzielen oder zu Folge haben, daß die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet immer als mißbräuchlich betrachtet (*schwarze* Liste). In Österreich, zum Beispiel, ist gemäß § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG unwirksam jegliche Einschränkung der Pflicht des Unternehmers, von ihm verursachten und verschuldeten *Personenschaden*³³ zu ersetzen, oder ein Ausschluß des *Sachschaden*-ersatzes für vorsätzlichen und/oder grob fahrlässig verursachten Sachschaden. Die einzig zulässige Beschränkung der Schadenersatzpflicht des Unternehmers ist daher der Ausschluss des Ersatzes von *Sachschäden* bei *leichter* Fahrlässigkeit, wenn diesbezüglich nicht aus anderen Gründen (§ 879 ABGB) Sittenswidrig vorliegt.³⁴ In Ländern wie Polen,

³³ Es muß bemerkt werden daß die Europäische Richtlinien die engere Bezeichnung *“Körperschäden”* verwenden.

³⁴ Brigitta Lurger en Susanne Augenhofner, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*, p. 126. Vgl. z.B. die folgende Klausel: *“(4) Der Oesterreichische Alpenverein haftet nur für Schäden bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, mit Ausnahme von Schäden an Personen.*

der Slowakei und dem Vereinigten Königreich gibt es demgegenüber nur *graue* Listen. In besonderen Fällen kann allerdings auch hier sonstige Gesetzgebung dazu führen, dass bestimmte Klauseln stets als mißbräuchlich zu betrachten sind. Beispielerweise im Falle des Vereinigten Königreichs ist nach dem Unfair Contract Terms Act 1977 jegliche Haftungsfreizeichnung für Tod oder Körperschaden im Sinne einer schwarzen Klausel ausgeschlossen und somit automatisch unwirksam: “*A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally of to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence*”. In Frankreich war vor kurzer Zeit eine Haftungsfreizeichnung für Tod und Körperschaden nur als ein “Schaches Grau” ausgestaltet worden, denn die Liste ist nicht für den Richter verbindlich. Vielmehr hat die im Anhang aufgeführten Klausel zur Beschränkung oder zum Ausschluss der Haftung für Tod oder Körperschaden nur eine hinweisende Funktion.³⁵ Seit einem Dekret von 18. März 2009³⁶ ist eine Haftungsfreizeichnung für Tod und Körperschaden unwiderlegbar als mißbräuchlich zu bezeichnen (*schwarze* Liste). Dies folgt aus das neue Art. R. 231-1: “*Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l’article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: (...) 6° supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l’une quelconque de ses obligations*”. In Dänemark, Finnland und Schweden wurde der RiL-Anhang nicht umgesetzt. Der Anhang wurde in diesen Ländern zumindest in den Gesetzgebungsmaterialien zur Umsetzung der RiL wiedergegeben. Diese vorbereitende Materialien bilden eine wichtige Auslegungshilfe.³⁷

b) Das Transparenzgebot

Das in Art. 5 Richtlinie 93/13 verankerte Transparenzgebot bildet – neben der in Art. 3 Inhaltskontrolle – die zweite tragende Säule der Richtlinie 93/13.³⁸ Art. 5 RiL S. 1 lautet: “Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein (...)“. Erwägungsgrund 20 der Klausel-RiL stellt ergänzend hierzu klar, dass der

Der Ersatz von Mangelfolgeschäden sowie reiner Vermögensschäden ist gegenüber Unternehmen ausgeschlossen. Das Vorliegen von leichter bzw. grober Fahrlässigkeit hat, sofern es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft handelt, der Geschädigte zu beweisen.”

³⁵ Art. L 132-1(3) Code de la Consommation: “Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n’est pas dispensé d’apporter la preuve du caractère abusif de cette clause.”

³⁶ Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l’article L. 132-1 du code de la consommation, *J.O.* 20 mars 2009.

³⁷ Der Europäische Gerichtshof hat diese Gesetzgebungstechnik ausdrücklich gebilligt: Kommission ./ Schweden, Slg. 2002, I-4147.

³⁸ M. Ebers, p. 441.

Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit haben muß, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Die Kriterien der „Klarheit“ und „Verständlichkeit“ ergänzen einander und lassen sich nicht einfach voneinander abgrenzen. Die „Klarheit“ bezieht sich auf die rechtlichen Wirkungen einer Klausel einschließlich ihrer Konsequenzen: „Plainness refers to the legal effect of a term, including its consequences.”³⁹ Der Kunde muß wissen, was auf ihn zukommt. Vage oder zweideutige Formulierungen sollen es dem Gewerbetreibenden nicht ermöglichen, seine Rechtsposition auf Kosten des Verbrauchers zu verbessern. Die „Verständlichkeit“ bezieht sich zunächst auf die Lesbarkeit. Sie will das sog. „Klein-gedruckte“, das der Verbraucher nicht aufnehmen kann, aus dem Vertrag eliminieren oder zumindest verhindern, daß der Anbieter daraus Vorteile zieht. Ob darüber hinaus auch die sprachliche Verständlichkeit gemeint ist, läßt der RiL-Text nicht eindeutig erkennen. Nach allgemeiner Auffassung ist im Sinne einer schutzfreundlichen Auslegung auch die sprachliche Verständlichkeit unter Art. 5 RiL zu subsumieren. (Brigitta Lurger, p. 116-117, Micklitz, p. 136; siehe auch Ebers, p. 442: „Teilweise wird aus dem Transparenzgebot darüber hinaus abgeleitet, dass Vertragsklauseln in einer für den Verbraucher verständlichen (Landes-)Sprache abgefasst werden müssen.“)

Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten hat Art. 5 S. 1 der RiL wörtlich übernommen. Nicht ausdrücklich umgesetzt wurde Art. 5 S. 1 RiL demgegenüber in z.B. der Tschechischen Republik und in der Slowakei. Zwar enthalten die genannten Staaten Regelungen zur Einbeziehung und Auslegung vorformulierter Klauseln, in deren Rahmen auch die Frage eine Rolle spielt, ob die Klausel klar und verständlich formuliert worden ist. Es ist jedoch zweifelhaft, ob hierdurch den Anforderungen des EuGH genügend Rechnung getragen wird, denn immerhin besteht die Gefahr, dass Verbraucher und Verbraucherorganisationen aufgrund dieser Vorschriften nicht wissen, daß sie intransparente Klauseln angreifen können.⁴⁰

Deutliche Unterschiede in der Praxis zeigen sich vor allem bei der Frage, inwieweit juristische Fachtermini in Klauselwerken zulässig sind. In z.B. Großbritannien zeichnet sich die Tendenz ab, daß Klauseln stets in einer für den Laien verständlichen Alltagssprache formuliert werden müssen. So legt der vom *Office of Fair Trading* erstellte *Unfair Terms in Consumer Contracts - guidance* fest, daß Ausdrücke wie z.B. „indemnity“ stets zu vermeiden seien, da „such references can have onerous implications of which consumers are likely to be unaware“. Stattdessen werden Formulierungen bevorzugt wie beispielsweise „pay damages“.⁴¹ In Deutschland ist die Rechtsprechung demgegenüber großzügiger. In mehreren Urteilen hat der Bundesgerichtshof betont, daß die Verpflichtung des Klauselverwenders, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des tatsächlich Möglichen bestehe.⁴² Treten bei der Klauselabfassung erhebliche Schwierigkeiten auf, verschiedene rechtliche und tatsächliche Umstände und die vorhandenen Kombinationsmöglichkeiten zu erfassen, so gilt hinsichtlich der Klauselkontrolle kein allzu strenger Maßstab.

³⁹ Hans-W. Micklitz, *Understanding EU Consumer Law*, p. 136.

⁴⁰ M. Ebers, p. 442.

⁴¹ Cf. www.offt.gov.uk/Business/Legal/UTCC/guidance.htm.

⁴² Siehe z.B. BGH Urteil VIII ZR 121/04 vom 20. Juli 2005.

2) DIE REGELUNG IN DER SCHWEIZ UND IN DEN USA

a) Mißbräuchliche Klauseln

In der *Schweiz* besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Haftung für Körperschäden nicht ausgeschlossen werden kan. Dies gilt für alle Arten von Verträgen, auch wenn das Gesetz nicht wie in Art. 16 Abs. 1 PauRG und Art. 8 PrHG die Freizeichnung von der Haftung für Körperschäden im Einzelfall ausdrücklich verbietet. Die Körperliche Integrität ist ein so hohes Rechtsgut, daß jeder Haftungsausschluß als sittenwidrig (Art. 20 Abs. 1) und damit nichtig zu betrachten ist.

In den USA gibt es keinen "*Unfair Contract Terms Act*" nach z.B. britischem, deutschem, österreichischem oder EU-Vorbild gibt⁴³, sondern eine gerichtliche Inhaltskontrolle von Standardverträgen. Die Leitentscheidung für diese Inhaltskontrolle ist *Tunkl v. Regents of the University of California* (383 P.2d 441). Anders wie z.B. in der Schweiz, ist der Integritätsschutz von Leben und körperliche Integrität in den USA *nicht* völlig unabdingbar.⁴⁴ So bestimmt Restatement (Second) Contracts, § 195 Subsection 3:

"A term exempting a seller of a product from his special tort liability for physical harm to a user or consumer is unenforceable on grounds of public policy unless the term is fairly bargained for and is consistent with the policy underlying that liability".

Bei der Kontrolle von Haftungsfreizeichnungen können die folgenden Faktoren berücksichtigt werden: (1) Liegt die Verpflichtung der Veranstalter im öffentlichen Interessen oder nicht? ("*the existence of a duty to the public*"); (2) Welche ist die Natur der Dienstleistung? ("*the nature of the service performed*")⁴⁵; (3) Ist der Vertrag fair abgeschlossen? ("*whether the contract was fairly entered into*"); (4) Ist der Vertrag eindeutig und klar formuliert? ("*whether the intention of the parties is expressed in clear and unambiguous language*")

Haftungsfreizeichnungen für leichte Fahrlässigkeit, auch bei Körperschaden, sind *grundsätzlich* abdingbar. Sie sollen jedoch nicht gegen die sog. "öffentliche Ordnung" verstoßen ("*contractual waivers of liability for simple negligence are valid unless the*

⁴³ Die gerichtliche AGB-Kontrolle hat wohl ihren Niederschlag gefunden in verschiedenen gesetzlichen und quasi-legislativen Regeln, u.a. im Uniform Commercial Code (§ 2-302) für Kaufverträge und im Restatement (Second) of Contracts (§ 195) 1981.

⁴⁴ Contra: Bruggemeier, p. 609.

⁴⁵ Vgl. II.-9:407 Draft Common Frame of Reference: "(1) When assessing the unfairness of a contractual term for the purposes of this Section, regard is to be had to the duty of transparency under II.-9:402 (Duty of transparency in terms not individually negotiated), *to the nature of what is to be provided under the contract*, to the circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to the other terms of the contract and to the terms of any other contract on which the contract depends.

agreement violates public policy“). Der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit kann jedoch nicht ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluß verstößt immer gegen die öffentliche Ordnung.

2) Das Transparenzgebot

[...]

B. DAS PROBLEM DER HAFTUNGSFREIZEICHNUNG FÜR TOD UND KÖRPERSCHADEN IN DEM EU-ENTWURF EINER HORIZONTALEN RICHTLINIEN ÜBER RECHTE DER VERBRAUCHER

Am 8.10.2008 hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher beschlossen. Durch eine stärkere Vereinheitlichung des Verbraucherrechts soll das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt gestärkt und die Bereitschaft der Unternehmen gefördert werden, im grenzüberschreitenden Handel tätig zu werden. Der Vorschlag ist das Ergebnis der Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands („*aquis communautaire*“) im Verbraucherschutz, der eine ganze Reihe von Verbraucherschutz-Richtlinien umfasst. Die Überprüfung wurde im Jahr 2004 eingeleitet mit dem Ziel, das geltende Recht zu vereinfachen und zu vervollständigen. Übergeordnetes Ziel der Überprüfung ist die Verwirklichung eines echten Binnenmarktes für Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern, auf dem ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen einem hohem Verbraucherschutzniveau und wettbewerbsfähigen Unternehmen unter gleichzeitiger Wahrung des Subsidiaritätsprinzips gewährleistet ist.

Die überprüften Richtlinien enthalten Mindestharmonisierungsbestimmungen, also solche, die es den Mitgliedstaaten erlauben, strengere Verbraucherschutzvorschriften beizubehalten oder einzuführen. Die Mitgliedstaaten haben von dieser Möglichkeit umfassend Gebrauch gemacht. Dies hat zu einer Rechtszersplitterung in der Gemeinschaft geführt, die bewirkt, dass den im grenzüberschreitenden Handel tätigen Unternehmen erhebliche Kosten durch die Einhaltung unterschiedlicher Vorschriften entstehen. Ziel des vorliegenden Vorschlags ist die Überarbeitung der Richtlinie 85/577/EWG über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, der Richtlinie 97/7/EG über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz sowie der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter. Diese vier Richtlinien verleihen den Verbrauchern vertragliche Rechte.

Im vorliegenden Vorschlag werden diese vier Richtlinien zu einem einzigen horizontalen Rechtsinstrument zusammengeführt, das die gemeinsamen Aspekte systematisch regelt und das geltende Recht durch Beseitigung von Unstimmigkeiten und Regelungslücken vereinfacht und aktualisiert.

Mit diesem Vorschlag wird das Mindestharmonisierungskonzept aufgegeben, auf dem die vier geltenden Richtlinien basieren (wonach die Mitgliedstaaten strengere innerstaatliche Rechtsvorschriften beibehalten oder einführen können). Er beruht vielmehr auf einem Konzept der vollständigen Harmonisierung. Das heißt die Mitgliedstaaten dürfen keine Rechtsvorschriften beibehalten oder einführen, die von denen der Richtlinie abweichen.

Der Vorschlag enthält in Kapitel V im Wesentlichen der Klausel-RiL. Es wird, wie der Klausel-RiL, durch einen Anhang ergänzt, der eine Liste auf jeden Fall mißbräuchlicher Klauseln („schwarze Liste“) und eine Liste von Klauseln enthält, bei deren Verwendung die Mißbräuchlichkeit widerlegbar vermutet sind. Nach Art. 37 des Entwurfs⁴⁶ werden Verbäucher von mißbräuchlichen, nicht einzeln ausgehandelten Klauseln (z.B. Allgemeine Bedingugne auf einem Skipass oder -Abonnement) nicht gebunden. Dabei wird bei einigen Klauseln (Anhang 2) aufgrund von Art. 34 des Entwurfs⁴⁷ unwiderleglich vermutet, daß sie mißbräuchlich sind. So gilt unter allen Umständen als mißbräuchlich der Vertragsklausel, der darauf abzielt oder zur Folge hat, daß

“a) die Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird für den Fall, dass der Tod oder Personenschäden des Verbrauchers durch ein Handeln oder Unterlassen des Gewerbetreibenden verursacht werden”.

Die zwei vorgenannte Listen (im Anhang II und III des Entwurfs) werden ergänzt durch die generalklauselartige Regelung des Art. 32, wonach eine Klausel als mißbräuchlich anzusehen ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.⁴⁸

B. DAS PROBLEM DER HAFTUNGSFREIZEICHNUNG FÜR TOD UND KÖRPERSCHADEN IN DEN GEMEINSAMEN REFERENZRAHMEN (*Draft Common Frame of Reference*)

In 2004 kündigte die Kommission in ihrer Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ an den Rat und das Parlament die Schaffung eines *Gemeinsamen Referenzrahmens* an. Dieser sollte dem europäischen und nationalen Gesetzgeber als begriffliche Grundlage bei der Erarbeitung neuer Gesetze dienen und somit für mehr Kohärenz im europäischen Vertragsrecht

⁴⁶ Art 37 Entwurf: „Missbräuchliche Vertragsklauseln sind für den Verbraucher nicht bindend. Der Vertrag bleibt für beide Parteien bindend, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln fortgelten kann.“

⁴⁷ Art. 34 Entwurf: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in der Liste des Anhangs II aufgeführten Vertragsklauseln unter allen Umständen als missbräuchlich gelten. Diese Liste von Vertragsklauseln gilt in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch Überarbeitung dieser Richtlinie gemäß den Artikeln 39 Absatz 2 und 40 geändert werden.“

⁴⁸ Vgl. II.-9:405 Draft Common Frame of Reference: “A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.”

sorgen. Als Reaktion auf diese Kommissionsmitteilung nahm die Diskussion über ein einheitliches oder harmonisiertes Privatrecht in Europa stark zu. In den letzten Jahren wurden auch verschiedene Ansätze zur späteren Nutzung des Gemeinsamen Referenzrahmens diskutiert. Die Ideen hierzu reichen von der Verwendung des Common Frame of Reference (CFR) als unverbindliche Empfehlung, die bei neuen Gesetzgebungsmaßnahmen berücksichtigt werden könnte, über den CFR als optional wählbare Rechtsordnung für transnationale, aber intraeuropäische Verträge bis hin zur Inkraftsetzung des CFR als Europäisches Zivilgesetzbuch (EuZGB).⁴⁹

Um einen Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens auszuarbeiten, entstand ein Netzwerk verschiedener wissenschaftlicher Arbeitsgruppen, insbesondere der Study Group on a European Civil Code (SGECC), die sich rechtsvergleichend mit dem Vermögensrecht der einzelnen Mitgliedstaaten befasste, und der Research Group on EC Private Law (sog. Acquis Group), die sich mit dem europarechtlichen Vertragsrechts-Acquis auseinandersetzte. Diese wissenschaftlichen Arbeitsgruppen wurden durch eine Arbeitsgruppe von Experten aus den Mitgliedstaaten und einem Stake-Holder-Netzwerk, dem so genannten CFR-net, ergänzt, um die Zivilgesellschaft am Erstellungsprozess zu beteiligen und die Praktikabilität des CFR sicherzustellen.

Anders wie in der hier vor genannte "Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher", kennt der *Draft Common Frame of Reference* in Art. II.-9:411 nur widerlegliche Vermutungen. In Bezug auf die Frage ob die Haftung für *Körperschaden* in den Fällen, in denen *vor* dem Verletzungsfall zwischen den betroffenen Parteien eine Vertragliche Beziehung bestand, beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, schreibt Art. II II.-9:410 vor: "(1) *A term in a contract between a business and a consumer is presumed to be unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it: (a) excludes or limits the liability of a business for death or personal injury caused to a consumer through an act or omission of that business; (...)*"

[Conclusion: to be added for final version]

⁴⁹ Tobias Pinkel, "Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts", *ZERP-Diskussionspapier* 6/2008, p. 1-2.