

NILS NEUMANN

Bedenkzeit
vor und nach
Vertragsabschluss

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

142

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

142

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Nils Neumann

Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss

Verbraucherschutz durch Widerrufsrechte
und verwandte Instrumente
im deutschen und im französischen Recht

Mohr Siebeck

Nils Neumann, geboren 1973; Studium des französischen und deutschen Rechts in Saarbrücken; Magisterstudium (Europ. und Int. Wirtschaftsrecht) in Lausanne; 2004 Promotion; Rechtsanwalt in Berlin.

978-3-16-158485-5 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148603-X

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2005 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 auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit stellt grundlegende Probleme des Vertragsschlusses dar, zeigt aber auch, welche Probleme entstehen, wenn die allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses durch spezielle Schutzvorschriften ergänzt werden. Ziel der Arbeit ist herauszufinden, ob und wie Bedenkzeit beim Vertragsschluss überhaupt funktioniert – wobei eine besondere Rolle die zahlreichen, in jüngerer Zeit aufgetretenen praktischen Fragen spielen. Hierzu gehören insbesondere die sog. „Heininger-Rechtsprechung“ und ihre Folgen.

Ich hätte diese Arbeit vermutlich nicht geschrieben ohne den zufälligen Besuch einer Verkaufsfahrt für magnetische Betaauflagen während meines Studiums. Hiedurch sind mir erstmals die engen Zusammenhänge zwischen Verkaufspsychologie, Recht des Vertragsabschlusses und wirtschaftlichen Aspekten der Vertragsrückabwicklung bewusst geworden.

Ich hätte diese Arbeit nicht schreiben können ohne die Unterstützung durch Professor Dr. Claude Witz, der mir viel Freiraum und ebenso viele hilfreiche Antworten und Anregungen gab. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Frau Edda Castelló von der Verbraucherzentrale Hamburg e.V., die mir Zugang zu den umfangreichen Dokumentationen der Verbraucherzentralen – und nicht zuletzt zu deren Beratungspraxis – verschafft hat. Viel verdanke ich auch der Unterstützung und den Ideen von Prof. Dr. Bernd Stauder, Genf, sowie Prof. Dr. Andrea Bonomi und Prof. Dr. Andreas Heinemann aus Lausanne. Vor allem aber danke ich meiner Familie und meiner Freundin, die die Arbeit in jeder Hinsicht unterstützt und ertragen haben.

Die Arbeit befindet sich im Hinblick auf zitierte Literatur und Rechtsprechung auf dem Stand von August 2004. Die in den Fußnoten nur nach Name des Verfassers zitierten Werke sind mit vollständigem Titel und genauer Fundstelle im Literaturverzeichnis am Ende der Arbeit aufgeführt.

Gesetzestexte, die nach Paragraphen (§) zitiert werden, sind, wenn nicht anders gekennzeichnet, Texte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Gesetzestexte, die nach Artikeln (Art.) zitiert werden und nicht besonders gekennzeichnet sind, sind solche des Code de la Consommation. Römische Ziffern bezeichnen den Absatz eines Artikels. Der z.T. hinzugefügte Buchstabe „L“ bzw. „R“ oder „D“ bei einer französischen Norm zeigt an, ob es sich um einen Gesetzestext oder eine Verordnung handelt. Die französischen Gesetzestexte sind nicht mit abgedruckt, sie können jedoch leicht unter „www.legifrance.gouv.fr“ konsultiert werden.

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Teil Eins - Konzepte der Abschlusskontrolle (Theoretische Darstellung der Lage)..... | 7 |
| Kapitel 1 Abstrakte Darstellung..... | 9 |
| I. Was ist Verbraucherschutz (insbesondere durch Bedenkzeit) ?..... | 9 |
| II. Wer ist Verbraucher? | 27 |
| III. Gefahren, die dem Verbraucher beim Vertragsschluss drohen..... | 73 |
| IV. Mittel, diese Gefahren zu bekämpfen..... | 101 |
| Kapitel 2 Konkrete Darstellung..... | 113 |
| I. Von der Vertragsschlusssituation abhängige Widerrufsrechte..... | 114 |
| II. Vertragsgegenstandsabhängige Widerrufsrechte | 137 |
| III. Vorläufige Schlussfolgerungen | 190 |
| Teil Zwei - Effektivität der Abschlusskontrolle (Praktische Überprüfung der dargestellten Konzepte)..... | 193 |
| Kapitel 1 Anwendungsbereich der Abschlusskontrolle..... | 195 |
| I. Wonach bestimmt sich der Anwendungsbereich ? | 195 |
| II. Wie abgeschlossen ist dieser Anwendungsbereich ?..... | 239 |
| Kapitel 2 Ausgestaltung der Abschlusskontrolle | 297 |
| I. Das Nachdenken über den Vertrag als Voraussetzung der Vertragslösungsrechte ... | 297 |
| II. Die Konsequenz aus dem Nachdenken | 338 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------------|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VI |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| Einleitung | I |

Teil I

Konzepte der Abschlusskontrolle (Theoretische Darstellung der Lage)

Kapitel 1 Abstrakte Darstellung

| | |
|---|----|
| I. Was ist Verbraucherschutz (insbesondere durch Bedenkzeit) ? | 9 |
| A. Ziele und Rechtfertigung des Verbraucherschutzes..... | 10 |
| 1. Die Ausnahme vom Prinzip „pacta sunt servanda“ | 11 |
| a) Der Grundsatz pacta sunt servanda als Konsequenz der Privatautonomie | 11 |
| b) Rechtfertigung von Eingriffen in die Privatautonomie..... | 11 |
| c) Andere Argumentationen zur Rechtfertigung des Eingriffs | 12 |
| 2. Ziele – Schutz des Unterlegenen..... | 13 |
| 3. Methode – Kompensation von Ungleichgewichtslagen..... | 15 |
| a) Unmöglichkeit einer Kompensation? | 15 |
| b) Unangebrachtheit einer Kompensation? | 16 |
| c) Fazit | 17 |
| 4. Risiken des Verbraucherschutzes..... | 17 |
| a) „Diskriminierung“ des Verbrauchers | 18 |
| b) Kontraproduktive Wirkung des Verbraucherschutzes | 19 |
| B. Wann liegt eine verbraucherschützende Norm vor? | 20 |
| 1. Was ist „neu“ am Verbraucherschutz? | 20 |
| a) Veränderte Umstände?..... | 20 |
| b) Streit um Vereinbarkeit von Verbraucherschutz und BGB..... | 21 |
| c) Jedoch ist im Grunde Verbraucherschutz nichts Neues..... | 22 |

| | |
|--|----|
| 2. Versuch einer Aufstellung von Kriterien..... | 23 |
| a) Schutz des Schwächeren als Motiv der Norm | 23 |
| b) Typisierung des Schutzes | 23 |
| c) Abgegrenzter persönlicher Schutzbereich..... | 25 |
| d) Fazit | 26 |
| II. Wer ist Verbraucher?..... | 27 |
| A. Der Inhalt des Verbraucherbegriffes | 29 |
| 1. Historisch: Die Entwicklung des Verbraucherbegriffs..... | 29 |
| a) Frühzeit: Die „Verbrauchende Bevölkerung“..... | 29 |
| b) Zweite Phase: Das Motiv Verbraucherschutz | 30 |
| c) Dritte Phase: Der Verbraucher als Normadressat..... | 32 |
| 2. Der einheitliche Verbraucherbegriff nach § 13 BGB im neuen deutschen Recht..... | 33 |
| a) Vierter Abschnitt der Entwicklung | 33 |
| b) Kritik an der Einheitlichkeit..... | 33 |
| c) Inhaltliche Konzeption des § 13 BGB: Verbraucher ist „der Unterlegene“ | 35 |
| d) Systematisch: Aufbau des Verbraucherbegriffs..... | 36 |
| 3. Der Verbraucherbegriff in Frankreich | 37 |
| a) Der Verbraucherbegriff in der Gesetzgebung | 38 |
| (1) Uneinheitlichkeit zwischen den einzelnen Gesetzen | 38 |
| (2) Insbesondere: Das Beispiel der Juristischen Person | 39 |
| (3) Die unbefestigten Grenzen des Verbraucherbegriffs: Der „non-professionnel“..... | 40 |
| (4) Nachbesserung..... | 41 |
| b) Der Verbraucherbegriff in der Rechtsprechung..... | 41 |
| (1) Vor 1995..... | 42 |
| (2) Nach 1995 | 43 |
| c) Der Verbraucherbegriff in der französischen Literatur..... | 45 |
| (1) Kritik am Schutz des Unternehmers als „non-professionnel“..... | 45 |
| (2) Einheitliche Kriterien von Paisant | 47 |
| (3) Versuch einer Systematisierung durch Aubry und Henry | 48 |
| d) Vergleich mit dem deutschen Recht..... | 50 |
| 4. Europarechtliche Vorgaben | 51 |
| a) Verbraucherdefinition in Richtlinien..... | 51 |
| b) Der Verbraucherbegriff in der Rechtsprechung des EuGH..... | 52 |
| (1) abweichende, positive Definition..... | 52 |
| (2) Einschränkung – Schutz abhängig vom Verbraucherleitbild?..... | 52 |
| (3) Die Rechtsprechung des EuGH zur „Akzessorität“ des Verbraucherbegriffs..... | 53 |
| 5. Perspektiven..... | 54 |
| B. Die Verwendung des Verbraucherbegriffes | 54 |
| 1. Geeignetheit des Verbraucherbegriffs zur Anknüpfung..... | 54 |
| a) Ungeeignetheit wegen Unauffindbarkeit des Kriteriums | 55 |
| (1) Der Verbraucher als „Phantom“..... | 55 |
| (2) Bedeutung der einzelnen Kriterien | 56 |
| b) Ungeeignetheit wegen Vergrößerung des Schutzes | 57 |
| (1) Kritik Medicus’ | 57 |
| (2) Kritik an Medicus’ Auffassung | 58 |
| c) Ungeeignetheit des Kriteriums mangels Aussagekraft über den Schutz | 60 |
| c) zweck | 60 |
| d) Denkmodelle (unter Verzicht auf die Anknüpfung) und Fazit..... | 61 |

| | |
|--|-----------|
| 2. Stellt die Anknüpfung an den Verbraucherbegriff eine Durchbrechung des Prinzips subjektiver Gleichheit dar? | 62 |
| a) Ist Verbraucherschutzrecht Sonderprivatrecht, darf oder soll es dies sein? | 62 |
| b) Bedeutung der negativen Formulierung hierbei | 64 |
| c) Relevanz des Problems | 66 |
| 3. Die Anknüpfung an den Verbraucherbegriff in Frankreich | 66 |
| a) Uneinheitlichkeit | 66 |
| b) Grundsätzliche Kritik der Verwendung des Verbraucherbegriffs | 67 |
| c) Vergleich | 67 |
| 4. Bedeutung des Verbraucherbegriffs für das Gemeinschaftsrecht | 68 |
| a) Rolle des Verbraucherbegriffs und Gründe für die Anknüpfung | 68 |
| b) Mögliche Funktion für ein europäisches Zivilrecht | 69 |
| (1) Derzeitiger Stand des europäischen Vertragsrechts | 69 |
| (2) Zukünftige Entwicklung eines europäischen Vertragsrechts | 70 |
| (3) Verschwinden der Bedeutung des „Vertragsschlusses“? | 70 |
| c) Zukünftige Rolle des Verbraucherschutzrechtes überhaupt | 71 |
| C. Fazit | 72 |
| III. Gefahren, die dem Verbraucher beim Vertragsschluss drohen | 73 |
| A. Wirtschaftliche Unterlegenheit | 74 |
| B. Psychische Unterlegenheit | 75 |
| 1. Gruppenzugehörigkeit | 76 |
| a) Alter | 76 |
| b) Geschlecht | 76 |
| c) soziale Schicht, Bildung | 77 |
| d) Fazit | 78 |
| 2. Verhandlungsmethoden | 78 |
| a) Typische Verhandlungsmethoden | 78 |
| b) Kommunikationssituationen, Merkmale von Verkaufssituationen | 79 |
| c) Das Beispiel der sog. Verkaufsfahrt | 81 |
| (1) Darstellung | 81 |
| (2) Analyse des Beispiels | 82 |
| d) Abwandlungen | 85 |
| 3. Überraschungssituationen, Überrumpelung des Verbrauchers | 86 |
| a) Abgrenzung der eigentlichen Gefahr von der typischen Erscheinungsform | 86 |
| b) Versuch einer Anknüpfung an den Begriff der „Überrumpelung“ | 86 |
| c) Umschreibung der Gefahr der „Überrumpelung“ | 88 |
| d) Abwandlungen | 89 |
| 4. Gefahr der Verführung durch den Vertragsgegenstand selbst | 90 |
| a) Wesen der vertragstypenbezogenen („endogenen“) Gefahr | 90 |
| b) sofortiger Vorteil, späterer Nachteil | 91 |
| c) Langzeitverpflichtungen | 91 |
| d) „Gratis“-Leistungen | 91 |
| C. Informationelle Unterlegenheit | 92 |
| 1. Unterlegenheit wegen fehlender Marktübersicht | 92 |
| a) Angebotene Leistungen | 93 |
| b) Preise der Leistungen | 93 |
| 2. Wissensdefizit aufgrund des Wesens der Vertragsleistung | 95 |
| a) Komplexität der Leistung | 95 |
| b) Besondere Anforderungen der Leistung an den Empfänger | 96 |
| c) Substanzlosigkeit der Leistung | 97 |

| | |
|--|-----|
| 3. Mangelnde Information aufgrund der Situation..... | 97 |
| a) Überrumpelung und Zeitnot..... | 97 |
| b) Fehlende Beurteilbarkeit der Leistung wegen Distanz der Parteien..... | 98 |
| D. Intellektuelle Unterlegenheit..... | 98 |
| 1. Unkenntnis wirtschaftlicher Grundtatbestände..... | 99 |
| 2. Rechtliche Unkenntnis..... | 100 |
| 3. Unfähigkeit, die eigene wirtschaftliche Lage einzuschätzen..... | 100 |
| IV. Mittel, diese Gefahren zu bekämpfen..... | 101 |
| A. Information und Belehrung im Vorfeld des Vertragsschlusses..... | 103 |
| 1. Keine Fehlinformationen..... | 103 |
| 2. Vorabinformation über Vertragstext..... | 103 |
| 3. Obligatorische Angaben zum Vertragsgegenstand..... | 103 |
| 4. Aufklärungspflichten gegenüber dem Vertragspartner..... | 104 |
| 5. Erläuterung des Vertrages, Belehrung und Warnung durch Dritte,..... | 105 |
| 6. Geprüfte Formularverträge..... | 105 |
| B. Unmöglichkeit eines Vertragsschlusses..... | 105 |
| 1. Vertragsgegenstände..... | 106 |
| 2. Personen..... | 106 |
| 3. Situationen..... | 106 |
| 4. Fazit und Perspektive..... | 107 |
| C. Formalisierung der Vertragsanbahnung..... | 107 |
| 1. Vertragsschluss durch Angebot und Annahme..... | 107 |
| 2. Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden..... | 108 |
| 3. Festlegung der Rollenverteilung..... | 108 |
| D. Verlangsamung des Vertragsschlusses..... | 108 |
| 1. Anzahlung oder Anzahlungsverbot, Leistungsverbot..... | 109 |
| 2. Formerfordernisse..... | 109 |
| 3. freiwillige Bedenkzeit durch gebundenes Angebot..... | 109 |
| 4. Erzwungene Bedenkzeit durch Kontrahierungsverbot..... | 110 |
| 5. Zustimmung Dritter..... | 110 |
| E. Rückgängigmachung des Vertragsschlusses..... | 110 |
| 1. Anfechtung der fehlerhaft zustande gekommenen Willenserklärung..... | 110 |
| 2. Recht zum Widerruf der Willenserklärung..... | 111 |
| 3. Rücktritt vom („schwebend“) unwirksamen Vertrag..... | 111 |
| 4. Rücktritt vom wirksam geschlossenen Vertrag..... | 112 |
| 5. Erleichterung der Rechtsausübung..... | 112 |
| Kapitel 2 Konkrete Darstellung | |
| I. Von der Vertragsschlusssituation abhängige Widerrufsrechte..... | 114 |
| A. Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen („Haustürgeschäfte“)..... | 114 |
| 1. Das Haustürgeschäft im deutschen Recht..... | 114 |
| a) Anwendungsbereich..... | 114 |
| b) Rechtsfolgen..... | 114 |
| (1) Widerrufsrecht..... | 115 |
| (2) Rückgaberecht..... | 118 |

| | |
|---|------------|
| 2. Das Haustürgeschäft im französischen Recht | 119 |
| a) Anwendungsbereich | 119 |
| b) Rechtsfolgen | 120 |
| (1) Obligatorische Angaben | 120 |
| (2) Formvorschriften | 120 |
| (3) Rücktrittsrecht | 120 |
| (4) „Ruhe“ des Vertrages in der Bedenkzeit | 120 |
| (5) Sanktionen | 121 |
| 3. Vergleich | 121 |
| a) Gegenüberstellung | 122 |
| b) Anwendungsbereich | 125 |
| c) Vielfalt der Schutzmaßnahmen | 126 |
| d) Regelungstechnik | 127 |
| e) Sanktionierung von Verstößen | 128 |
| f) Fazit | 128 |
| B. Vertragsabschluß im Fernabsatz | 129 |
| 1. Das Fernabsatzgeschäft im deutschen Recht | 129 |
| a) Anwendungsbereich | 129 |
| b) Rechtsfolgen | 130 |
| (1) Unterrichtung | 130 |
| (2) Widerrufs- und Rückgaberecht | 130 |
| 2. Das Fernabsatzgeschäft im französischen Recht | 131 |
| a) Anwendungsbereich | 131 |
| b) Rechtsfolgen | 131 |
| (1) Informationen | 131 |
| (2) Widerrufsrecht | 132 |
| (3) Sanktionen | 132 |
| 3. Vergleich | 132 |
| a) Gegenüberstellung | 132 |
| b) Fazit | 136 |
| II. Vertragsgegenstandsabhängige Widerrufsrechte | 137 |
| A. Verbraucherkredite | 137 |
| 1. Verbraucherkredit im deutschen Recht | 137 |
| a) Verbraucherdarlehensvertrag, §§ 491 – 498 BGB | 137 |
| (1) Anwendungsbereich | 137 |
| (2) Rechtsfolge | 138 |
| b) Zahlungsaufschub, § 499 I | 139 |
| (1) Anwendungsbereich | 139 |
| (2) Rechtsfolgen | 139 |
| c) Finanzierungsleasing, §§ 499 II Alt. 1, 500 | 139 |
| (1) Anwendungsbereich | 139 |
| (2) Rechtsfolgen | 140 |
| d) Teilzahlungsgeschäft, §§ 499 II Alt. 2, 501 bis 504 | 140 |
| (1) Anwendungsbereich | 140 |
| (2) Rechtsfolgen | 140 |
| e) Ratenlieferungsvertrag | 140 |
| 2. Der Verbraucherkredit im französischen Recht | 141 |
| a) Anwendungsbereich | 141 |
| b) Rechtsfolgen | 141 |
| (1) Information im Vorfeld | 142 |
| (2) Das „vorherige“ oder „bindende“ Angebot („offre préalable“) | 142 |

| | |
|--|-----|
| (3) Widerrufsrecht | 144 |
| (4) Aufgeschobene Vertragsausführung | 144 |
| (5) Verbot der Erfassung | 144 |
| (6) Verbundene Verträge | 144 |
| (7) Sanktionen | 146 |
| 3. Vergleich | 146 |
| a) Gegenüberstellung | 146 |
| b) Anwendungsbereich | 152 |
| c) Aufklärungsmaßnahmen | 153 |
| d) Sonstige Maßnahmen | 153 |
| e) Fazit | 154 |
| B. Immobiliarkredite | 156 |
| 1. Immobiliarkredit im deutschen Recht | 156 |
| a) Anwendungsgebiet | 156 |
| b) Rechtsfolgen | 156 |
| 2. Wohnungsbaukredit im französischen Recht | 157 |
| a) Anwendungsbereich | 157 |
| b) Rechtsfolgen | 157 |
| (1) Information im Vorfeld (Werbung) | 157 |
| (2) Obligatorische Angaben im Angebot | 158 |
| (3) Vertragsschluss durch gebundenes Angebot mit Annahmeverbot | 158 |
| (4) Vorläufiges Durchführungsverbot | 158 |
| (5) Abhängigkeit von anderen Verträgen | 158 |
| 3. Vergleich | 159 |
| a) Gegenüberstellung | 159 |
| b) Fazit | 163 |
| C. Teilzeitwohnrechte | 164 |
| 1. Teilzeitwohnrechtverträge im deutschen Recht | 164 |
| a) Anwendungsbereich | 165 |
| b) Rechtsfolgen | 165 |
| (1) Prospekt | 165 |
| (2) Sprache | 165 |
| (3) Form und Vertragsinhalt | 165 |
| (4) Widerrufsrecht | 165 |
| (5) Anzahlungsverbot | 166 |
| 2. Teilzeitwohnrechtverträge im französischen Recht | 166 |
| a) Gesetz vom 6.1.1986 | 166 |
| b) Gesetz vom 8.7.1998 (Art. L 121-60 ff C.cons.) | 166 |
| (1) Anwendungsbereich | 166 |
| (2) Rechtsfolgen | 167 |
| 3. Vergleich | 168 |
| a) Gegenüberstellung | 168 |
| b) Fazit | 172 |
| D. Immobilienkauf | 173 |
| 1. Grundstückskauf im deutschen Recht | 173 |
| a) Anwendungsbereich | 173 |
| b) Rechtsfolgen | 173 |
| 2. Der Wohnungskauf oder -bau im französischen Recht | 173 |
| a) Anwendungsbereich | 174 |
| b) Rechtsfolgen | 174 |
| (1) Form | 174 |
| (2) Rücktrittsrecht | 174 |

| | |
|--|-----|
| (3) Durchführungsverbot..... | 174 |
| (4) Sanktionen..... | 175 |
| 3. Vergleich | 175 |
| a) Gegenüberstellung..... | 175 |
| b) Fazit | 177 |
| E. Fernunterrichtsverträge..... | 178 |
| 1. Der Fernunterrichtsvertrag im deutschen Recht..... | 179 |
| a) Anwendungsbereich..... | 179 |
| b) Rechtsfolgen..... | 179 |
| (1) Form | 179 |
| (2) Obligatorische Angaben..... | 179 |
| (3) Widerrufsrecht | 179 |
| 2. Der Fernunterrichtsvertrag im französischen Recht | 180 |
| a) Als Haustürgeschäft..... | 180 |
| b) Nach dem Gesetz vom 12.7.1971..... | 180 |
| (1) Anwendungsbereich | 180 |
| (2) Rechtsfolgen | 180 |
| 3. Vergleich | 182 |
| a) Gegenüberstellung..... | 182 |
| b) Fazit | 185 |
| F. Partnervermittlungsverträge | 186 |
| 1. Die Partnervermittlung im französischen Recht | 186 |
| a) Anwendungsbereich..... | 186 |
| b) Rechtsfolgen..... | 187 |
| 2. Der Ehemakler im deutschen Recht..... | 187 |
| a) Anwendungsbereich..... | 187 |
| b) Rechtsfolgen..... | 188 |
| 3. Vergleich | 188 |
| a) Gegenüberstellung..... | 188 |
| b) Fazit | 189 |
| III. Vorläufige Schlussfolgerungen..... | 190 |

Teil Zwei

Effektivität der Abschlusskontrolle
(Praktische Überprüfung der dargestellten Konzepte)

Kapitel 1 Anwendungsbereich der Abschlusskontrolle

| | |
|--|-----|
| I. Wonach bestimmt sich der Anwendungsbereich ?..... | 195 |
| A. Personen | 196 |
| 1. Grenzfall Gesellschaft..... | 196 |
| a) BGB-Gesellschaft..... | 196 |
| b) Juristische Personen, insbesondere Vereine | 198 |
| c) Vereine und Gesellschaften im französischen Recht | 199 |
| 2. Grenzfall berufliche Tätigkeit..... | 201 |
| a) Der „non-professionnel“ und andere Mischfälle..... | 201 |
| b) Existenzgründer..... | 202 |

| | | |
|-----|--|-----|
| c) | Der Arbeitnehmer als Verbraucher | 202 |
| (1) | Die Lösung des Problems über den Verbraucherbegriff | 202 |
| (2) | Die Lösung über das Schutzgesetz | 204 |
| (3) | Die Entscheidung des BAG | 205 |
| (4) | Fazit | 206 |
| 3. | Weitere Probleme der personenbezogenen Anknüpfung | 206 |
| a) | Beweisproblematik | 206 |
| b) | Die öffentliche Hand als Unternehmer | 207 |
| c) | Willkürlichkeit der personenbezogenen Anknüpfung | 207 |
| B. | Vertragsschlusssituationen | 208 |
| 1. | Die Umschreibung des Ortes | 208 |
| a) | Beim Haustürgeschäft | 208 |
| (1) | Wie ist der Ausflug zum Geschäft des Unternehmers zu behandeln? | 209 |
| (2) | Was gilt bei vorübergehender Bestimmung eines Ortes zum Vertrieb? | 210 |
| (3) | Wann ist ein Ort „zum Vertrieb bestimmt“? | 210 |
| (4) | Speziell: Der Freizeitwert von sog. Verbrauchermessen | 211 |
| (5) | Fazit – Vorteile einer Generalklausel | 212 |
| b) | Beim Fernabsatzgeschäft | 213 |
| (1) | Benutzung von Fernkommunikationsmitteln | 213 |
| (2) | Ausschließliche Benutzung dieser Fernkommunikationsmittel | 214 |
| (3) | Vertragsschluss im Rahmen eines „Systems“ | 215 |
| 2. | Die Umschreibung des Verhaltens | 216 |
| a) | Was soll erfasst werden? | 216 |
| b) | Was wird erfasst? | 217 |
| 3. | Alternativen | 217 |
| C. | Vertragsgegenstände | 219 |
| 1. | Willkürlichkeit der erfassten Vertragsgegenstände | 220 |
| a) | Überraschende Diversität | 220 |
| (1) | Das Beispiel des Fernunterrichtsvertrages | 220 |
| (2) | Das Beispiel des Fortbildungsvertrages | 222 |
| (3) | Das Beispiel des Heiratsvermittlungsvertrages | 222 |
| (4) | Andere Vertragsgegenstände | 224 |
| (5) | Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen | 225 |
| b) | Überraschende Einschränkungen | 225 |
| 2. | Ungeeignetheit von Vertragslösungsrechten bei bestimmten Vertragsgegenständen | 227 |
| a) | „Schnellebige“ Vertragsgegenstände | 228 |
| (1) | Vertragsgegenstände, die sehr schnell an Wert verlieren | 228 |
| (2) | Produkte, bei denen eine „Leihe“ befürchtet wird | 229 |
| b) | Dienstverträge | 230 |
| (1) | Dienstvertrag als Fernabsatzgeschäft | 230 |
| (2) | Probleme mit der Rückabwicklung des Dienstes | 231 |
| (3) | Dienstverträge als Ratenlieferungsverträge – insb. Pay-TV | 233 |
| c) | Darlehen | 234 |
| (1) | Zeitprobleme | 234 |
| (2) | Probleme des Rückgängigmachens | 234 |
| (3) | Alternativen zum Widerruf | 235 |
| d) | Verträge über Immobilien | 236 |
| (1) | Die Besonderheiten der Grundstücksübertragung | 236 |
| (2) | Die Lösung des französischen Rechts | 237 |
| (3) | Das neuere deutsche Recht | 237 |

| | |
|--|-----|
| II. Wie abgeschlossen ist dieser Anwendungsbereich ?..... | 239 |
| A. Abgrenzung des Anwendungsbereiches | 239 |
| 1. Wie sind Konkurrenzen zwischen den Anwendungsbereichen geregelt?..... | 239 |
| a) Das Verhältnis zwischen Fernabsatz- und Haustürgeschäft..... | 240 |
| (1) Konkurrenzverhältnis | 240 |
| (2) Vereinheitlichung?..... | 241 |
| b) Das Verhältnis zwischen Verbraucherkredit und Haustürgeschäft | 242 |
| (1) Deutsches Recht – insbesondere der „Realhaustürkredit“ | 243 |
| (2) Französisches Recht..... | 246 |
| (3) Perspektiven..... | 247 |
| c) Das Verhältnis zwischen Wohnungskauf und Wohnungsfinanzierung im französischen Recht | 247 |
| d) Verhältnis Fernabsatzgeschäft – Verbraucherkredit..... | 248 |
| e) Verhältnis Teilzeitwohnrechtevertrag zum Haustürgeschäft | 249 |
| 2. Abgrenzung zum „klassischen Zivilrecht“..... | 250 |
| a) Sorgfaltspflichten, Treu und Glauben, Deliktsrecht..... | 251 |
| (1) Aufklärungspflichten..... | 251 |
| (2) Insbesondere: Der finanzierte Anlageimmobilienkauf..... | 252 |
| (3) Neuerdings – finanzierte Käufe von Immobilienfonds..... | 254 |
| b) Anfechtung wegen Täuschung | 254 |
| c) Wettbewerbsrecht..... | 255 |
| B. Schutzlücken und Manipulation | 257 |
| 1. Manipulation der Situation..... | 258 |
| a) Umgehung durch „bestellte Vertreter“ | 258 |
| (1) Im deutschen Recht | 258 |
| (2) Im französischen Recht..... | 260 |
| b) Zurechnung von „Haustürsituationen“ | 260 |
| (1) Zurechnung bei späterem Vertragsschluss..... | 260 |
| (2) Zurechnung von drittverursachten Haustürsituationen..... | 262 |
| c) Die „schriftliche Bestätigung“ des Fernabsatzgeschäftes..... | 263 |
| d) Durch Schaffung bestimmter Grenzfall-Situationen | 263 |
| e) Durch notarielle Beurkundung..... | 266 |
| (1) Verbraucherverträge und notarielle Beurkundung | 266 |
| (2) Notarielle Beurkundung als Gefahr?..... | 267 |
| (3) Lösung über ein Widerrufsrecht..... | 268 |
| (4) Lösungen in der neueren Rechtsprechung..... | 271 |
| (5) Lösungen in der neueren Gesetzgebung..... | 272 |
| f) Durch Versteigerung..... | 272 |
| 2. Manipulation des Vertragsgegenstandes | 274 |
| a) Künstliche Personalisierung/ Individualisierung..... | 274 |
| b) Vereins-, Gesellschafts- und Genossenschaftsbeitritte als Haustürgeschäfte | 275 |
| (1) Entgeltlichkeit der Leistung bei Vereinsbeitritt?..... | 275 |
| (2) Ausschluss des Widerrufsrechts wegen Eintragung? | 276 |
| (3) Rückabwicklung über die Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“? | 277 |
| c) „Gratis“-Kredite..... | 278 |
| d) Kreditlinien, Überziehungskredite | 280 |
| e) „Kurze“ Teilzeitwohnrechte..... | 281 |
| f) „Do it yourself“-Material | 281 |
| 3. Manipulation der am Vertrag beteiligten Person | 282 |
| a) Ausschluss der Verbrauchereigenschaft durch Angabe „beruflicher Zwecke“ | 282 |
| b) Verschweigen der Unternehmereigenschaft | 283 |

| | | |
|-----|---|-----|
| c) | Zwischenschaltung eines Vertreters auf Seiten des Verbrauchers („aufgedrängte Stellvertretung“) | 283 |
| (1) | Umgehung des Haustürwiderrufsrechts | 285 |
| (2) | Widerruf der „Haustür-Vollmacht“ – Anwendbarkeit und Vertrauensschutz | 289 |
| (3) | Problem der notariell beurkundeten Vollmacht | 291 |
| (4) | Der Lösungsansatz des Gesetzgebers | 293 |
| (5) | Lösungsmöglichkeit in der Praxis – das Rechtsberatungsgesetz | 294 |
| d) | Zwischenschaltung anderer Verbraucher (Multilevel-Marketing) | 294 |

Kapitel 2 Ausgestaltung der Abschlusskontrolle

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Das Nachdenken über den Vertrag als Voraussetzung der Vertragslösungsrechte | 297 |
| A. | Zu welchem Zeitpunkt soll nachgedacht werden? | 298 |
| 1. | Nachträgliches Überdenken des Vertragsschlusses | 298 |
| a) | Ausgestaltung | 298 |
| b) | Gründe | 300 |
| (1) | Vergleich mit Anfechtung von Willenserklärungen | 300 |
| (2) | „Erschöpfter“ Entscheidungsprozeß vor Vertragsschluss | 300 |
| (3) | Keine Zeit | 300 |
| (4) | Erforderlichkeit neuer Informationen | 300 |
| (5) | Behinderung der schnellen Annahme eines günstigen Angebots | 301 |
| 2. | Nachdenken vor Vertragsschluss | 301 |
| a) | Ausgestaltung | 301 |
| b) | Gründe | 302 |
| (1) | Emotionale Bindung | 302 |
| (2) | Hinauszögern der Leistung bei nachträglicher Bedenkzeit | 303 |
| (3) | Angebot nach Bedenkzeit weg? | 304 |
| (4) | Rückabwicklung | 305 |
| 3. | Fazit | 306 |
| B. | Wie kommt es zu einer Willens(neu-)bildung? | 306 |
| 1. | Willensbildung durch reinen Zeitablauf? | 306 |
| 2. | Willensbildung durch Informationen | 307 |
| a) | Inhaltlicher Umfang | 307 |
| (1) | Rechtliche Informationen | 309 |
| (2) | Wirtschaftliche Informationen | 313 |
| (3) | Irreführende Information | 315 |
| b) | Zuständigkeit für die Vermittlung der Informationen | 316 |
| c) | Zeitpunkt für die Vermittlung der Informationen | 317 |
| d) | Art der Vermittlung der Informationen | 319 |
| (1) | Träger | 319 |
| (2) | Prospekt oder Integration in den Vertragstext? | 320 |
| (3) | Details der Form | 321 |
| (4) | Standardisierung der Verträge | 322 |
| (5) | Vergleich zum deutschen Recht – die Musterwiderrufsbelehrung | 325 |
| (6) | Problem des komplexen Inhaltes | 327 |
| (7) | Übermittlung | 328 |
| e) | Sanktionen bei Verstoß gegen die Informationspflicht | 331 |
| (1) | Nichterfüllung der Informationspflicht | 331 |
| (2) | Erfüllung der Informationspflicht durch falsche Angaben? | 333 |
| 3. | Willensbildung durch Zwang | 334 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a) | Handschriftliches | 335 |
| b) | Separate Unterschrift..... | 335 |
| c) | Form der Annahme | 336 |
| II. | Die Konsequenz aus dem Nachdenken..... | 338 |
| A. | Abschreckung durch Bedingungen der Ausübung..... | 338 |
| 1. | Psychische Barrieren | 338 |
| a) | Bindungsgefühle aus Pflichtbewusstsein u.a. | 339 |
| (1) | Stolz, Selbstbetrug | 339 |
| (2) | Ehrgefühl, Schuldgefühle..... | 339 |
| (3) | Bindung durch Vertragsdurchführung..... | 340 |
| b) | Resignation und Lethargie..... | 341 |
| c) | Sicherheitsbedürfnis bei Bedenkzeiten ohne gebundenes Angebot..... | 342 |
| (1) | Probleme und Lösungen im französischen Recht..... | 343 |
| (2) | die Lage im deutschen Recht..... | 343 |
| d) | Angst vor Abstempelung als „Querulant“ | 343 |
| 2. | Schützende Formalien und Formalismus..... | 344 |
| a) | Erleichterung der Rechtsausübung..... | 344 |
| (1) | Formalien nach § 355 | 344 |
| (2) | Das französische „abtrennbare Widerrufsformular“..... | 345 |
| (3) | Das deutsche Widerrufsmuster | 346 |
| (4) | Die Rückseite des französischen „abtrennbaren Widerrufsformulars“..... | 346 |
| (5) | Fazit..... | 348 |
| b) | Erschwerung der Rechtsausübung..... | 348 |
| (1) | Angabe des Widerrufsempfängers als „Falle“?..... | 348 |
| (2) | Verbindung von Rückzahlung und Ausübung des Widerrufsrechts..... | 349 |
| 3. | Rechtsverlust durch Zeitablauf (Widerrufsfrist)..... | 350 |
| a) | Widerrufsfrist bei erfolgter Belehrung | 351 |
| (1) | Regulärer Fristlauf..... | 352 |
| (2) | Fristverkürzung durch vorzeitige Leistung..... | 353 |
| b) | Widerrufsfrist bei fehlerhafter oder fehlender Belehrung..... | 357 |
| (1) | Fristlänge nach deutschem Recht grundsätzlich..... | 358 |
| (2) | Erste Ausnahme: die nur „relativ“ ordnungsgemäße Belehrung nach § 355 III..... | 364 |
| (3) | Zweite Ausnahme: Verwirkung des Widerrufsrechts | 366 |
| (4) | Fristlänge im französischen Recht | 371 |
| (5) | Vergleich zwischen französischem und deutschem Recht..... | 374 |
| c) | Widerrufsfrist bei nachgeholter Belehrung..... | 375 |
| (1) | Im deutschen Recht | 376 |
| (2) | Im französischen Recht..... | 380 |
| B. | Abschreckende finanzielle Konsequenzen des Widerrufs | 380 |
| 1. | Verlorene Leistungen des Verbrauchers | 380 |
| a) | Wie viel wird rückerstattet?..... | 381 |
| b) | Wie sicher ist die Rückzahlung? | 382 |
| (1) | Leistungsverbote im deutschen Recht | 382 |
| (2) | Leistungsverbote im französischen Recht | 383 |
| (3) | Gebot, nur an bestimmte „sichere Dritte“ zu leisten | 385 |
| (4) | Fazit..... | 385 |
| c) | Wie lange dauert die Rückerstattung?..... | 387 |
| 2. | Kosten (und Risiko) der Rücksendung..... | 387 |
| a) | Kosten..... | 388 |
| (1) | Höhe der Kosten | 388 |

| | |
|---|-----|
| (2) Die 40-Euro-Grenze | 388 |
| (3) Kostenvorschuss | 389 |
| (4) Entbehrlichkeit der Rücksendung | 390 |
| b) Risiko der Rücksendung | 391 |
| 3. Ersatz für Wertverlust wegen Verschlechterung durch Ingebrauchnahme | 391 |
| a) Welche Handlung „kostet“ ? | 392 |
| b) Bedingung: Hinweis auf die Haftung | 394 |
| c) Höhe des Wertersatzes | 395 |
| (1) Konsequenzen der wortlautgetreuen Anwendung des § 346 II 2 | 395 |
| (2) Auslegung des § 346 II 2 | 397 |
| (3) Teilweise Nachbesserung des Gesetzgebers | 397 |
| d) Schlechterstellung im Vergleich zum sonstigen Rücktritt | 398 |
| e) Vereinbarkeit mit der Fernabsatzrichtlinie | 399 |
| f) Welchen Wertersatz muss der Verbraucher nach französischem Recht leisten? | 402 |
| g) Fazit | 403 |
| 4. Ersatz für Wertverlust wegen sonstiger Verschlechterung oder Untergang | 403 |
| a) Haftung für Zufall | 403 |
| (1) Vergleich des neuen Schuldrechts mit bisherigem Recht | 403 |
| (2) Vergleich des Verbraucherwiderrufs mit sonstigem gesetzlichen Widerrufsrecht | 404 |
| b) Die Bedingung des § 357 III 3 – Kenntnis des Widerrufsrechts | 406 |
| c) Voraussetzungen nach Gemeinschaftsrecht | 407 |
| d) Risikoverteilung im französischen Recht | 408 |
| e) Fazit | 410 |
| 5. Weitere Folgen der Ingebrauchnahme – Nutzungen und Verwendungen | 410 |
| a) Herausgabe von Nutzungen | 411 |
| (1) Grundsatz | 411 |
| (2) Problematischer Wortlaut der Neuregelung | 412 |
| b) Verwendungsverlust | 413 |
| 6. Bleibt die Bindung an verbundene Verträge bestehen? | 413 |
| a) Verbundene Verträge | 414 |
| (1) In Deutschland | 414 |
| (2) Vergleich mit dem französischen Recht | 416 |
| b) Insbesondere: Der drittfinanzierte Immobilienkauf | 420 |
| (1) Die alte deutsche Rechtslage | 420 |
| (2) Die neue deutsche Rechtslage | 426 |
| (3) Das französische Recht im Vergleich | 434 |
| (4) Fazit | 435 |
| c) Der Erwerb von Anteilen an Immobilienfonds | 436 |
| d) Der Richtlinienvorschlag zur Novellierung des Verbraucherkreditrechts | 437 |
| | |
| Thesen | 441 |
| Literaturverzeichnis | 443 |
| Register | 463 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------------|---|
| A./ Aufl. / éd. | Auflage |
| a.E. | am Ende |
| a.F. | alte Fassung |
| a.j. | Recueil Dalloz, actualité jurisprudentielle |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| AbzG | Abzahlungsgesetz |
| AcP | Archiv für civilistische Praxis |
| AG | Amtsgericht, Aktiengesellschaft |
| AGBG | Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| Art. | Artikel |
| Art. D / R / L | Article de la qualité d'un décret/ d'un règlement/ d'une loi |
| Ass. plén. | Cour de Cassation, assemblée plénière |
| AuslInvestG | Auslandsinvestitionsgesetz |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Betriebsberater |
| Beil. | Beilage |
| Bek. | Bekanntmachung |
| BeurkG | Beurkundungsgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BO | Bulletin officiel |
| BPatG | Bundespatentgesetz |
| BT-Drucks. | Bundestagsdrucksachen |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles |
| BVerfGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| C. assur. | Code des assurances |
| C. Cass, Ire civ. | Cour de Cassation, première chambre civile |
| C. civ. | Code civil |
| C. com. | Code de commerce |
| C. consom. | Code de la consommation |
| C. éduc. | Code de l'éducation |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. crim. | Cour de Cassation, chambre criminelle |
| CCC | Contrats, concurrence, consommation |
| CCH | Code de la construction et de l'habitation |

| | |
|---------------|--|
| CGI | Code général des Impôts |
| chron. | Recueil Dalloz, chroniques doctrine |
| Civ. | Cour de Cassation, chambres civiles |
| comm. | Recueil Dalloz, Jurisprudence commentaires |
| D. | Recueil Dalloz |
| DB | Der Betrieb |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| doctr. | Recueil Dalloz, doctrine |
| e. V. | eingetragener Verein |
| EGBG | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| Erg.-Bd. | Ergänzungsband |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuGVÜ | Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| f/ ff | und folgende Seite/ und fortfolgende Seiten |
| fasc. | fascicule |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| FernAbsG | Fernabsatzgesetz |
| FernUSG | Fernunterrichtsschutzgesetz |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| G | Gesetz |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GenG | Genossenschaftsgesetz |
| GRUR | Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht |
| h.s. | hors série |
| HS | Halbsatz |
| HTWG | Haustürwiderrufsgesetz |
| i.r. | Recueil Dalloz, informations rapides |
| InfVO | Informationsverordnung zum BGB |
| JbJZivRWiss | Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler |
| JCP éd. G / E | Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique, édition générale / édition entreprise |
| JO | Journal officiel |
| Jura | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| KapAnlGesG, | Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften |

| | |
|-----------------|---|
| KAGG | |
| KG | Kommanditgesellschaft, Kammergericht |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LG | Landgericht |
| LMBG | Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz |
| m.E. | meines Erachtens |
| m.V.a. | mit Verweis auf |
| m.w.N. (m.w.V.) | mit weiteren Nennungen / Verweisen |
| MittBayNot | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins |
| MK | Münchener Kommentar zum BGB |
| MMR | Multimedia und Recht |
| n.F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport |
| Nr. /n° | Nummer |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungsreport |
| o.g. | oben genannt |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGVertrÄndG | Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten |
| Pet. Aff. | Petites Affiches |
| r.u. / l.o. | rechts unten / links oben auf der Seite |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RegE | Regierungsentwurf |
| RGZ | Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| RJ | Revue juridique |
| RL | Richtlinie |
| Rn. / Rz. | Randnummer/ Randziffer |
| RTDCiv | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTDCom | Revue trimestrielle de droit commercial |
| s. / p. | Seite |
| s.o. | siehe oben |
| s.u. | siehe unten |
| Slg. | Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs |
| sog. | sogenannt |
| somm. | Recueil Dalloz, Sommaires commentés |
| SZ | Süddeutsche Zeitung |

| | |
|------------|---|
| TeilzWrG | Teilzeitwohnrechtegesetz |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TI | Tribunal d'instance |
| u.a. | unter anderem |
| UWG | Gesetz über den unlauteren Wettbewerb |
| VerbrKrG | Verbraucherkreditgesetz |
| VersR | Versicherungsrecht |
| Verw. | Verweis |
| vgl. | vergleiche |
| VuR | Verbraucher und Recht |
| vzbv | Bundesverband der Verbraucherzentralen |
| VZHH | Verbraucherzentrale Hamburg e.V. |
| WM | Wertpapiermitteilungen |
| WuB | Wirtschafts- und Bankrecht |
| Z. / Ziff. | Ziffer |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZfIR | Zeitschrift für Immobilienrecht |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schadensrecht |
| ZHR | Zeitschrift für Handelsrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Insolvenzpraxis |
| zit. n. | zitiert nach |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZSchwR | Zeitschrift für Schweizer Recht |
| ZSR | Zeitschrift für Schadensrecht |

Einleitung

Die vorliegende Arbeit untersucht das Phänomen, dass das heutige Recht es für nötig hält, bestimmte Personengruppen vor dem Abschluss eines Vertrages zu bewahren. Die vermeintlich schwache Partei soll zum Nachdenken gezwungen werden, entweder vor oder aber notfalls auch nach Vertragsschluss.

Es werden vom Gesetzgeber hierzu im Vorfeld des Vertragsschlusses Hindernisse aufgebaut, insbesondere wird in die Bindungswirkung der Verträge eingegriffen, um ein Überdenken des Vertragsschlusses zu ermöglichen. Es geht somit um die Gewährleistung einer sog. „cooling-off“ period durch das Gesetz und die – nach klassischem Rechtsverständnis zumindest überraschende – Tatsache, dass sich eine Partei aus den Vertragsverhandlungen oder gar dem Vertrag lösen kann, ohne eine andere Begründung als die, dass sie es „sich anders überlegt“ habe. Die andere Partei hat hier nicht im engeren Sinne Anlass zur Vertragsauflösung gegeben, so dass fraglich ist, ob die geschützte Partei wirklich vor einer überlegenen Partei – oder nicht vielmehr vor sich selbst geschützt wird (und zwar auf Kosten der anderen Partei?). Wie funktionieren und wie rechtfertigen sich diese Maßnahmen der Abschlusskontrolle? Welche Gestaltungsmöglichkeiten gibt es für die Parteien? Wo sind, etwa aufgrund von Europarechtswidrigkeit, Rechtsprechungsänderungen zu erwarten?

Abgrenzung des Themas

Die Untersuchung konzentriert sich auf Rücktritts- und Widerrufsrechte, die einen unüberlegten Vertragsschluss beseitigen sollen, betrachtet aber – als Alternativen hierzu – auch andere Instrumente, die Bedenkzeit gewährleisten und so vor dem „ungewollten Vertrag“ schützen, hierzu gehören etwa obligatorische Bedenkzeiten mit erzwungener Untätigkeit. Ihre Effizienz soll verglichen werden, nachdem definiert wurde, wen und wovor diese Instrumente überhaupt schützen sollen.

Das Schlagwort zur Rechtfertigung dieser Normen lautet zumeist „Verbraucherschutz“. Inwieweit dieser Begriff als Abgrenzungskriterium und Rechtfertigungsgrund tragfähig ist, wird zu untersuchen sein.

Nur in Randbereichen berührt das Thema daher die Frage der Aufklärung des Verbrauchers allgemein und den Schutz vor Werbung oder anderen unlauteren Wettbewerbsmethoden, da diese nur mittelbar vor einem Vertragsschluss schützen. Hier soll es um den Individualschutz, nicht um die Marktregulierung gehen.

Auch Pflichtverletzungen sind nicht Thema der Arbeit, auch nicht, soweit sie zur Lösung vom Vertrag führen (Vertrag als Schaden). Denn die Lösung vom Vertrag wegen Fehlverhaltens der anderen Partei ist kein neues Phänomen, im übrigen wird hier die schwächere Partei nicht vor dem Vertrag an sich (oder sich selbst) geschützt, sondern vor dem Verhalten der anderen Partei.

Ebenso wenig ist die Inhaltskontrolle Gegenstand dieser Untersuchung. Zwar schützt auch sie die schwache Partei vor Verträgen mit belastendem Inhalt, jedoch schützt sie nicht vor dem Vertragsschluss an sich. Es geht also vielmehr um die Abschlusskontrolle. Rücktritt wegen Nicht- oder Schlechterfüllung oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehören ebenfalls nicht zum Thema, da dies das spätere Stadium der Vertragsausführung betrifft.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf typisierenden Schutzmaßnahmen, also auf der Behandlung bestimmter standardisierter Situationen mit erfahrungsgemäß hoher Gefahrwahrscheinlichkeit ohne Prüfung des Einzelfalles. Dieser typisierende (oder abstrahierende) Schutz ist wesentlich für den Verbraucherschutz – im Gegensatz zu individualisierenden Schutzmaßnahmen wie dem Recht der Willenserklärungen oder dem Verschulden bei Vertragsschluss.

Im Übrigen geht es um gesetzliche Schutzmaßnahmen, und zwar solche, die zu einer einseitig gelockerten Bindung führen. Dass Parteien gemeinsam einen Vertrag aufheben können oder sich gegenseitig Rücktrittsrechte einräumen können, soll daher hier nicht interessieren.

Neben dieser Eingrenzung ist eine gewisse Ausweitung des Themas erforderlich. Die zu untersuchenden Schutzinstrumente – Widerrufsrechte – können nämlich nicht isoliert betrachtet werden.

Die „Effektivität“ der Widerrufsrechte hängt von verschiedenen Umständen ab, die das Lösungsrecht in den Augen des Verbrauchers attraktiv machen. Wichtig ist etwa, auf welcher Wissensgrundlage es ausgeübt wird und wie zur Ausübung angeregt wird – hier sind Informationspflichten entscheidend. Eine Rolle spielt auch, wie einfach die Ausübung ist – hier ist die Länge der Fristen und die Form der Widerrufserklärung wesentlich. Die „Effektivität“ hängt auch davon ab, welche Konsequenzen durch die Ausübung drohen – namentlich Kosten für Rücksendung und Wertersatz. Ferner ist der Anwendungsbereich des fraglichen Schutzinstrumentes von Bedeutung, denn die Schutzintensität eines Widerrufsrechts etwa, das zwar leicht durchführbar ist und zu weitreichenden Folgen führt, das aber auf kaum ein Geschäft Anwendung findet, ist gering.

Zum Stand der Forschung

Die Funktionsweise verbraucherschützender Widerrufsrechte war natürlich bereits Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen, vgl. etwa die Arbeiten von Büßer, Certa und Herold. (Zu den Rechtsvergleichenden Ansätzen vgl. insb. Brenner, Ravlusevicius und Pöttler).

Allerdings wurde hier oftmals von vermeintlich gesicherten Erkenntnissen ausgegangen, die bei genauerer Betrachtung neue Fragen aufwerfen (die in der Literatur an anderer Stelle heftig diskutiert werden): So die Frage, ob der „Verbraucher“ überhaupt eine zur Anknüpfung von Regelungen geeignete Rechtsfigur ist, welche Gefahren denn wirklich konkret drohen und ob Bedenkzeit oder das Lösungsrecht überhaupt ein geeignetes Mittel sind, diesen Gefahren zu begegnen. Grundlegende Arbeiten auf diesem Gebiet haben etwa Mankowski, Lorenz, Westermann und Medicus vorgelegt.

Häufig unbeachtet in juristischen Arbeiten bleiben Fragestellungen danach, ob rechtliche Möglichkeiten (wie ein Widerrufsrecht) tatsächlich wahrgenommen werden, und ggf. warum nicht. Eine Betrachtung aus Sicht der betroffenen Parteien, die die Attraktivität eines Gestaltungsrechts für den Berechtigten und seine belastende Wirkung für den Verpflichteten bewertet, kann in dieser Sache m.E. weiterhelfen. Es bietet sich an, unter Anwendung der Grundsätze der ökonomischen Analyse des Rechts zu prüfen, ob sich für die Betroffenen, insbesondere den Unternehmer, ein Verstoß gegen die gesetzlichen Regeln wirtschaftlich lohnt¹.

Ebenfalls meist nur unzureichend berücksichtigt werden die komplexen Entscheidungssituationen, in denen sich die Schutzbedürftigen befinden. Meist wird die Situation ohne nähere Differenzierung durch „Überrumpelung“ oder „Übereilung“ gekennzeichnet, was zu entsprechend undifferenzierten Schutzansätzen führt. Dabei sind derartige Problematiken Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen auf dem Fachgebiet der Psychologie. Völlig unbeachtet bleiben oft scheinbar banale Tatsachen wie die, dass etwa ein Viertel aller großen Haushaltsgüter (Waschmaschinen etc.) unter Zeitdruck gekauft wird, weil eilig Ersatz beschafft werden muss oder die, dass Preisvergleiche daran scheitern, dass etwa bei Pauschalreisen 80 % der Kunden es nicht schaffen, den richtigen Endpreis zu ermitteln (so das Ergebnis eines Modellversuchs). Zeitintensive Schutzmechanismen sehen sich daher von vornherein gewissen Vorbehalten ausgesetzt.

Die Beurteilung, ob ein Verbraucherschutzinstrument effektiv ist, also seinen Zweck erfüllt, hängt somit von einer Vielzahl von Umständen ab, die bisher in diesem Zusammenhang nicht immer ausreichend berücksichtigt wurden.

Die Heranziehung des französischen Rechts zum Vergleich liegt nahe, da es eine Zahl vom deutschen Recht abweichender Schutzinstrumente kennt, dies zum Teil seit längerer Zeit als das deutsche Recht. Andererseits aber musste der französische Gesetzgeber die gleichen Gemeinschaftsrichtlinien umsetzen. In der wissenschaftlichen Literatur wurden französische Verbraucherschutzgesetze natürlich bereits vorgestellt (vgl. etwa die Arbeit von Brenner), ein ein-

¹ Zur Notwendigkeit, gerade das europäische Recht nach dem Grundsatz der ökonomischen Analyse des Rechts auszulegen vgl. Grundmann JuS 2001, 532.

gehender Vergleich unter den o.g. Gesichtspunkten fand jedoch bisher m.E. noch nicht statt.

Dazu kommt, dass einige grundlegende Änderungen durch das Fernabsatzgesetz (vor allem Abkehr von der schwebenden Unwirksamkeit, Definition des Verbrauchers) und durch die Schuldrechtsmodernisierung (vor allem Frist- und Rückabwicklungsprobleme) erfolgt sind, die selbst in Arbeiten jüngeren Datums nicht berücksichtigt sind. Erst im Sommer 2002 erfolgten durch das OLGVertrÄndG entscheidende Neuregelungen auf dem Bereich der Widerrufsfrist bei Nichtbelehrung, des Wertersatzes bei Widerruf, bezüglich des Zeitpunktes der Bedenkzeit sowie des verbundenen Geschäfts. Diese Gesetzesänderung selbst sowie die seitdem ergangene Rechtsprechung haben an entscheidenden Schnittstellen umfangreiche Neuerungen bewirkt, etwa bei dem Anwendungsfall des sog. haustürkreditfinanzierten Immobilienkaufes, bei der Länge der Widerrufsfrist, der Modalitäten der Widerrufsbelehrung sowie bezüglich des verbundenen Geschäfts.

Nur knapp untersucht wird in dieser Arbeit das Recht der Finanzdienstleistungen, sowohl das französische Recht des Vertriebs von Wertpapieren und Krediten als auch die deutschen Sondervorschriften hierzu (KapAnlGesG, AuslInvestmG) werden größtenteils außen vor gelassen. Hier zeichnen sich angesichts neuer Gemeinschaftsrichtlinien größere Änderungen ab, insbesondere beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.

Zur Methode

Den dargestellten Regelungen des deutschen Rechts sollen diejenigen des französischen Rechts gegenübergestellt werden, die ihnen entsprechen, um – teilweise auch aufgrund der gemeinsamen Wurzeln in Richtlinien – zu zeigen, wo ihre Stärken und wo ihre Schwächen liegen. Hierbei geht es nicht darum, Abweichungen bei der Richtlinienumsetzung aufzuzeigen und Details wie einzelne Pflichtangaben oder Fristlängen zu vergleichen, sondern darum, neue, im deutschen Recht unbekannte Schutzmechanismen vorzustellen und zu prüfen, ob sie ihren Zweck besser als die im BGB vorhandenen erfüllen. Die französischen Normen stellen somit Vergleichsgröße und Alternative dar, der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf dem deutschen Recht. Im Ergebnis geht es weniger darum, Anregung für künftige Gesetzgebung zu liefern, als vielmehr um das Verständnis der bereits bestehenden Gesetze und um die Gestaltungsmöglichkeiten in bestimmten Vertriebsformen.

Ein derartiges grundlegendes Verständnis ist wichtig angesichts der sich abzeichnenden weiteren Regelungen in dieser Materie und der ständig wachsenden Zahl neuer Vertriebsmethoden. Im Zuge der sog. Heininger-Entscheidung etwa wurde deutlich, dass die vom BGH zu entscheidenden Fragen nur in entsprechend großem Kontext, insbesondere vor dem europarechtlichen Hintergrund, zu beantworten waren. Neuregelungen wie die des § 17 IIa BeurkG müssen vor dem Hintergrund des französischen Rechts betrachtet werden.

Zum Ergebnis des Vergleichs

Folgende Behauptungen sollen bereits hier aufgestellt werden: Das deutsche und das französische Verbraucherschutzrecht kommen im Ergebnis zu ähnlichen Ergebnissen, gehen jedoch in ihren Regelungen verschiedene Wege. Dies betrifft bereits den Anwendungsbereich (Wer ist geschützt? Bei welchen Verträgen gibt es ein Widerrufsrecht?) – hier kann grob verallgemeinernd gelten, dass das französische Recht weitere und vielfältigere Regeln trifft und zudem weniger als das deutsche auf die Person des „Verbrauchers“ abstellt. Dies betrifft ferner die Schutzmechanismen – hier herrscht im französischen Recht eine größere Vielfalt als im deutschen, das französische Recht zieht zudem an vielen Stellen Bedenkzeiten vor Vertragsschluss dem nachträglichen Widerruf vor und vermeidet so Probleme bei der Rückabwicklung des Vertrages. In jüngster Zeit können in der deutschen Gesetzgebung aber „französische Tendenzen“ beobachtet werden. Was schützende Formvorschriften betrifft, so verweist das französische Recht das deutsche Recht auf den zweiten Platz (nur kurz erwähnt seien hier Musterverträge, abtrennbare Widerrufsformulare, die vorgesehene Übersendung per Einschreiben, Gesetzestextwiedergabe und handschriftliche Belehrungswiedergabe). Aber auch hier orientiert sich jüngere deutsche Gesetzgebung scheinbar am französischen Recht. Ein markanter Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen sind die Sanktionen, auf die das französische Recht setzt, um die Einhaltung der zahlreichen schützenden Formvorschriften zu erzwingen. Und zuletzt fällt ein systematischer Unterschied auf: Das deutsche Recht ist um Vereinheitlichung bemüht, es versucht, einen „allgemeinen Teil“ der Verbraucherschutzvorschriften (Informationspflichten, Widerrufsfristlauf, Folgen des Widerrufs) zu bilden und gliedert zudem die Normen in das allgemeine Schuldrecht ein. Das französische Recht strebt kaum Vereinheitlichung an, sondern wiederholt mehr oder weniger wörtlich eine Regel an verschiedenen Stellen (etwa bezüglich der Fristdauer und des Fristendes oder der „deutlichen Wiedergabe“). Im deutschen Recht kommt es hierdurch zu Schwierigkeiten, die das französische Recht nicht kennt – etwa bezüglich des Vor- und Nachrangs der Anwendungsbereiche einzelner Widerrufsrechte, sowie zu dem Problem der Richtlinienkonformität (die einheitliche Regelung muss für alle Widerrufsrechte denjenigen Schutzstandard erfüllen, den das Gemeinschaftsrecht nur für eines der Widerrufsrechte vorsieht).

Kernfragen

Aus allen diesen Vergleichen und Untersuchungen ergeben sich Fragen von langfristiger Bedeutung – insbesondere die, ob Widerrufsrechte nicht überhaupt ein Irrweg sind sowie die, ob die auf europäischen Vorgaben beruhenden Verbraucherschutzvorschriften Grundstein für ein einheitliches europäisches Zivilrecht sein können. Antworten auf Fragen von derartiger Dimension und

Tragweite bewegen sich allerdings notwendigerweise im Vagen und Spekulativen.

Eine überraschend wichtige Rolle spielen jedoch bei der Untersuchung der Effektivität und des Sinns von Schutzmechanismen auch „kleinere“ Fragen. So dürfen Regelungen über die Verteilung von Portokosten, Abnutzungsersatz und Versandungsrisiko zwischen den Parteien oder auch Formvorschriften nicht unterschätzt werden, sie machen letztendlich den Wert einer Schutznorm für den Berechtigten aus.

Zum Aufbau

Die Arbeit gliedert sich in zwei Kapitel. Nach einer Darstellung des *status quo* des Verbraucherschutzes beim Vertragsschluss, also der Definition des Schutzzweckes, der Legitimation eines Eingreifens, einer Darstellung der Gefahren und möglichen Schutzmaßnahmen sowie ihrer Umsetzung in Gesetze (Erstes Kapitel) sollen die Probleme aufgezeigt werden, die in Einzelfällen auftreten, mitsamt denkbarer Lösungen hierfür. Daraus sollen Rückschlüsse auf die Effektivität der verschiedenen Maßnahmen gezogen werden (Zweites Kapitel).

Der Theorie des Verbraucherschutzes mit ihren Aufgaben und Möglichkeiten folgt eine Betrachtung der Praxis, also die Bewertung der Umsetzung der Theorie: I – Konzepte der Abschlusskontrolle (Theoretische Darstellung der Lage); II – Effektivität der Abschlusskontrolle (Praktische Überprüfung der dargestellten Konzepte).

Im ersten Kapitel wird zunächst Grundlegendes wie die Gefahren, die geschützten Personen und die Schutzinstrumente untersucht, bevor dann die konkreten Verbraucherschutznormen beider Länder losgelöst vom Einzelfall dargestellt werden. In letztgenanntem Teil stellen Tabellen eine deutsche Norm jeweils einer französischen gegenüber, die eine vergleichbare Regelung trifft – was bei Fernabsatzgeschäften zu recht geringen, bei Fernunterrichts- und Heiratsvermittlungsverträgen zu ziemlich großen Differenzen führt.

Im zweiten Kapitel wird erst der Anwendungsbereich der Schutznormen genauer und unter Berücksichtigung von Problemfällen dargestellt – welches sind die Grenzfälle, wo kann manipuliert werden –, dann in einem zweiten Abschnitt deren Ausgestaltung. Dort wird erörtert, was der Ausübung des Widerrufsrecht vorangeht (Bedenkzeit, Information) und was einer Ausübung entgegenstehen kann (Kosten, Formalien, Fristen etc.).

Teil Eins

**Konzepte der Abschlusskontrolle
(Theoretische Darstellung der Lage)**

Konzepte der Abschlusskontrolle

Im folgenden sollen zunächst abstrakt die allen Normen zugrunde liegenden Grundbegriffe des Verbraucherschutzes, der Verbraucherbegriff, die typische Gefahrensituation und die möglichen Schutzmethoden untersucht werden (Erstes Kapitel), anschließend soll kurz deren konkrete Umsetzung in deutschen und französischen Verbraucherschutznormen umrissen werden (Zweites Kapitel).

Kapitel 1

Abstrakte Darstellung

Folgende Grundfragen sollen also zunächst untersucht werden: Wer soll geschützt werden, warum und wovor? Welches sind die Instrumente des Verbraucherschutzes, aus welchem „Arsenal“ an Möglichkeiten stammen die Instrumente Rücktritt, Widerruf und Bedenkzeit, d.h. welche Alternativen bestehen? Mit anderen Worten: Was ist Verbraucherschutz (I)? Wer ist Verbraucher (II)? Wovor (III) und wie (IV) kann der Verbraucher geschützt werden?

I. Was ist Verbraucherschutz (insb. durch Bedenkzeit) ?

Verbraucherschutz ist natürlich der Schutz des Verbrauchers – eine entscheidende Rolle kommt somit der Antwort auf die später behandelte Frage „Wer ist Verbraucher“ zu. Aber auch vorher scheint bereits festzustehen: Es gibt eine Personengruppe, Verbraucher genannt, die besonderen Schutzes bedarf und für die daher spezielle Regeln gelten, dies ist das Recht des Verbraucherschutzes (so wie das Handelsrecht das Recht der Kaufleute ist). Möglicherweise aber ist „Verbraucherschutz“ auch nur ein abstrakter Begriff, ein Motiv des Gesetzgebers sozusagen, unter dem pauschal ein nicht genau abgrenzbares Rechtsgebiet zu verstehen ist (so wie das „Vertriebsrecht“ oder das „Wettbewerbsrecht“). Auch diese Antwort hängt von der Frage ab, was ein Verbraucher ist, insbesondere davon, ob hier eine abgrenzbare Personengruppe vorliegt.

Unstreitig hat der Verbraucherschutz viele Erscheinungsformen, zum Verbraucherschutz gehört der Schutz vor ungeeigneten, gefährlichen Produkten ebenso wie die Aufklärung über Gesundheitsgefahren oder die Verpflichtung eines Herstellers zur Gewährleistung bei Produktmängeln. Ein Teilgebiet des Verbraucherschutzes ist der Schutz des Verbrauchers vor unbedachter Bindung, nur dieses ist Thema der vorliegenden Arbeit. Es geht also um den

Schutz vor dem ungewollten Vertrag, so der Ausdruck Lorenz¹, oder, mit anderen Worten, um die Gewährleistung einer „cooling-off period“.

Eine dogmatische Einordnung des Rechtsgebietes „Verbraucherschutz“ ist eine schwierige Aufgabe, die etwa für das französische Recht von Payet unternommen wurde². Payet kommt bezüglich der Gewährung von Bedenkzeiten zu dem Ergebnis, dass es sich im Grunde um Zusätze zum allgemeinen Recht des Vertragsschlusses handelt, nämlich hauptsächlich um Formvorschriften, die die Willenserklärung des Verbrauchers regeln („En imposant des délais de réflexion, le législateur moderne cherche à éclairer le consentement du consommateur“), zum Teil vergleicht sie die Vorschriften über zwingende Bedenkzeiten auch mit den Regeln über die Geschäftsfähigkeit³. Charakteristisch für diese „Formvorschriften“ ist, dass der Faktor „Zeit“ eine große Rolle spielt. (Payet zitiert Bahans, welcher den Verbraucherschutz über die Rechtsgeschäftslehre erklärt: Dafür, dass das bloße subjektive Wollen in ein rechtlich relevantes Stadium übergehe, sei vor allem Zeitablauf erforderlich⁴). Letztendlich ist ein zentrales Ergebnis der Untersuchung Payets, dass das Verbraucherschutzrecht nur eine Neugruppierung der Instrumente des allgemeinen Zivilrechts und ein „complément aux règles traditionnelles“ ist. Diese Überlegungen sind vor dem Hintergrund der Schaffung eines „Code de la consommation“ in Frankreich zu sehen, decken sich jedoch mit einer Bemerkung von Drexl bezüglich des deutschen Rechts, wonach das Verbraucherschutzrecht eine „Querschnittsmaterie ohne rechtsdogmatische Geschlossenheit“⁵ ist.

Es soll kurz begründet werden, mit welchem Ziel oder welcher Rechtfertigung der Gesetzgeber hier überhaupt tätig wird; wie weit er gehen darf und welche allgemeinen Grundsätze er hierbei verletzen kann (A). Im Anschluss soll kurz abgegrenzt werden, welche Normen nicht mehr „verbraucherschützend“ sind, obwohl sie ein ähnliches Ziel verfolgen (B).

A. Ziele und Rechtfertigung des Verbraucherschutzes

„Verbraucherschutz“ ist dogmatisch eine Ausnahme vom Normalfall, die Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze, im vorliegenden Fall – es soll hier ja um einseitige Vertragslösungsrechte gehen – des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ (1). Dies ist gerechtfertigt durch bestimmte Ziele (2). Bei Überschreiten der engen Grenzen drohen Gefahren (3).

¹ Lorenz 1997, 5 ff

² Payet 2001, insb. 291 ff

³ Payet 2001, 297, 317

⁴ Bahans 1998, 53, vgl. Payet 2001, 291 dort Fn. 3

⁵ Borchert 1994, 4; Drexl 1998, 5

1. Die Ausnahme vom Prinzip „pacta sunt servanda“

a) Der Grundsatz pacta sunt servanda als Konsequenz der Privatautonomie

Unabdingbare Grundlage jeder Privatrechtsordnung, die auf dem Grundsatz der Privatautonomie aufbaut, ist der Grundsatz „pacta sunt servanda“⁶. Privatautonomie bedeutet „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“⁷. Die Privatautonomie verwirklicht sich in der „Relevanz des Willens“, durch den sich die Parteien binden können – damit die Selbstgestaltung funktioniert, muss die Bindung des Willens Wirkung entfalten und durchsetzbar sein. Diese Bindung, die *lex contractus*, hat zwischen den Parteien Gesetzeskraft – was in Art. 1134 I Code Civil ausdrücklich geregelt ist und in § 305 BGB stillschweigend vorausgesetzt wird. Auch die Vertragsfreiheit – die Freiheit des einzelnen, einen Vertrag mit wem und mit welchem Inhalt auch immer abzuschließen – ist Bestandteil der Privatautonomie. Die Privatautonomie ist nicht bloß aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu rechtfertigen, sondern das rechtliche Korrelat zur Anerkennung der menschlichen Freiheit schlechthin⁸. Sie ist daher als Prinzip durch das Grundgesetz vorgegeben. Das Bundesverfassungsgericht⁹ sagt: „Art. 1 I GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird. Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“

Grundsätzlich gilt seit jeher die Vermutung, dass das, was zwei Parteien aushandeln, gewollt und damit auch „gerecht“ ist. Dieses Prinzip hat 1943 Schmidt-Rimpler die „Richtigkeitsgewähr des privatautonom geschlossenen Vertrages“ genannt¹⁰. (Schmidt-Rimpler unterwirft den privatautonom geschlossenen Vertrag allerdings aus anderen Gründen wiederum einer Überprüfung, vornehmlich einer Inhaltskontrolle).

b) Rechtfertigung von Eingriffen in die Privatautonomie

Der Verbraucherschutz, der sich zum Ziel setzt, den Verbraucher vor einem Vertrag zu schützen, greift in diese Grundsätze notwendigerweise ein.

Da Privatautonomie in ihrem Grundsatz Freiheit von Fremdbestimmung darstellt, bedeutet sie zunächst Nichteinmischung der Rechtsordnung in den freien, selbstbestimmten Willen des Individuums¹¹. Dass diese Freiheit nicht

⁶ Lorenz 1997, 1

⁷ BVerfGE 72, 155 (170) m.w.V. (vgl. Lorenz 1997, 15)

⁸ Lorenz 1997, 15 unter Berufung auf Zöllner, Dilcher, Canaris und M. Wolf, dort Fn. 2-6

⁹ BVerfGE 49, 286 (298)

¹⁰ Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130

¹¹ Lorenz 1997, 15

unbegrenzt ist, sondern ihre Grenze in der Freiheit des Mitmenschen findet und sich damit nur in einem von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rahmen vollziehen kann, ist (und war schon immer) unbestritten – Privatautonomie bedarf also der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung¹². Die Ansichten darüber, wie dieser Rahmen aussieht, haben sich allerdings im Laufe der Zeit verändert. Im Liberalismus des 19. Jahrhunderts verstand man es so: Jedermann hat das Recht, seine wirtschaftlichen Chancen voll zu nutzen; der Staat hat sich aus diesem Spiel der freien Kräfte herauszuhalten und wird nur gebraucht, wenn es darum geht, die von den Teilnehmern des Spiels geschlossenen Geschäfte zu sanktionieren¹³. Nach heutigem Verständnis gilt eher: Die Vertragsparteien können ihre Rechtsbeziehungen nach ihrem Willen frei gestalten, aber mit dem Vorbehalt, dass der Staat das Recht hat einzugreifen, wenn es gilt, den Schwächeren zu schützen.

Aus dem streng verstandenen Grundsatz der Privatautonomie folgt, dass eine – unter Beachtung der Gesetze – eingegangene Vertragsbindung nur durch neuen Vertrag wieder gelöst werden kann. Aus dem heutigen Verständnis folgt, dass der Gesetzgeber nicht nur Regeln für den Abschluss von Verträgen, sondern auch zu deren inhaltlicher Kontrolle aufstellen und unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Lösung von der vertraglichen Bindung gestatten kann¹⁴.

Hierbei ist aber zu beachten, dass dieser Eingriff des Staates zwar auf den ersten Blick die Privatautonomie einschränkt. Zugunsten eines schwachen Teilnehmers am „Spiel“ schafft der gesetzgeberische Eingriff womöglich erst die Möglichkeit, das eigene Leben selbst zu gestalten, stärkt also hier die Privatautonomie. Es kann also – paradoxerweise – sein, dass der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ eingeschränkt wird, um die Privatautonomie zu schützen.

c) Andere Argumentationen zur Rechtfertigung des Eingriffs

Eine engere Sichtweise betrachtet die Verbraucherschutzregeln, die eine Lösung vom Vertrag ermöglichen, als „Sanktion“: Die Durchbrechung der Vertragstreue sei gegenüber der Partei, die am Vertrag festhalte, nur gerechtfertigt, wenn Fehler in der Willensbildung der sich lösenden Partei ihr zugerechnet werden könnten¹⁵, als Risikoprinzip, bzw. als ein dem Grundgedanken der Gefährdungshaftung in ihrer Form als Handlungshaftung vergleichbares Prinzip¹⁶. Etwa so äußert sich Medicus: Das Widerrufsrecht als Rechtsfolge sei

¹² etwa BVerfG NJW 1990, 1469 (1470) : „Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze“.

¹³ Raiser JZ 1958, 1

¹⁴ Heinrich 1999, 199

¹⁵ Lorenz 1997, 38 und 164

¹⁶ Lorenz 1997, 164 und dort Fn. 380

nur gerechtfertigt bei situativer Gefahr, also bei Fehlverhalten der anderen Partei¹⁷.

Folgende Parteiinteressen stehen sich gegenüber: Das Bestandsinteresse (Bindungsinteresse) auf der einen und das Lösungsinteresse auf der anderen Seite. Können der einen Partei Fehler in der Willensbildung der anderen Partei zugerechnet werden, führt dies zur Verschiebung der Interessenwertung zugunsten des Lösungsinteresses¹⁸.

Weiter in der Rechtfertigung der Vertragsauflösung geht Bydlinski¹⁹, indem er auf den Vertragsinhalt selbst abstellt. Ihm zufolge ist das Vertrauen darauf, einen ungewöhnlichen, nicht-äquivalenten Gewinn zu machen, weniger schutzwürdig als ein inhaltlich ausgewogener Vertrag. Jedoch kann mangelndes schutzwürdiges Vertrauen oder fehlendes legitimes Interesse am Vertrag eine Vertragsbindung nicht a priori ausschließen (es kann höchstens ein Gesichtspunkt unter vielen hierfür sein)²⁰ – dies widerspräche dem Ansatz von § 305 BGB, der Verpflichtung an das gegebene Wort und nicht an das schutzwürdige Vertrauen des Gegners knüpft. Die Konsequenz wären ansonsten ausufernde Lösungsmöglichkeiten und die Beschränkung der Privatautonomie auf die Möglichkeit, inhaltlich ausgewogene Verträge zu schließen.

2. Ziele – Schutz des Unterlegenen

Die Ziele der verbraucherschützenden Regelungen – hier insbesondere derer, die vor dem „unerwünschten Vertrag“ schützen – ergeben sich aus dem oben Gesagten. Es soll sichergestellt werden, dass jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr – im Sinne von Markt, also am Austausch von Waren und Dienstleistungen – sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.

Hierzu gehört zunächst, dass jede Willensbildung, die abgegeben wird und die zu Vertragsbindung führt, auch wirklich den tatsächlichen Willen des Erklärenden wiedergibt. Soweit die Rechtsordnung dies gewährleistet, greift sie noch gar nicht in die Privatautonomie ein, sondern setzt diese vielmehr um.

Das nächste Ziel ist der Schutz des Schwächeren – also Schutz dort, wo der Wille zwar fehlerfrei erklärt wurde, der Erklärende seinen Willen aber unter Umständen bilden musste, die ihn „unfrei“ machen (Zwangslagen). Die Rechtsordnung sanktioniert daher etwa die Ausnutzung von Notlagen und Unerfahrenheit oder unverschuldeter Veränderung äußerer Umstände (Wucher, Treuwidrigkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage). Diese Maßnahmen können noch als „Eingriffe eines Schiedsrichters“ zum Schutz der Privatautonomie verstanden werden.

¹⁷ Medicus 1994

¹⁸ Lorenz 1997, 38

¹⁹ Bydlinski 1967

²⁰ Lorenz 1997, 41

Nach heutigem Verständnis gehört zur eben genannten Gewährleistung auch, den Einzelnen vor Rechtsbindungen zu schützen, die zwar auf fehlerfreier Willensbildung basieren und die nicht im eben genannten Sinne „unfrei“ zustande gekommen sind, die aber gegen sein „wohlverstandenes Interesse“ verstoßen. Es wird angenommen, dass bestimmte Entscheidungen vom Einzelnen „so nicht gewollt gewesen wären, wenn er mehr Überblick über den Markt oder seine eigene Lage gehabt hätte“, mit anderen Worten, der Einzelne wird vor sich selbst geschützt.

Dieses letzte Ziel ist nicht mehr so einfach als Ausgestaltung der Privatautonomie oder deren Schutz zu rechtfertigen. Denn die entsprechenden Maßnahmen sind, je nachdem welches Menschenbild man voraussetzt, überflüssige Eingriffe. Geht man vom Menschen als rational handelndem „homo oeconomicus“ aus, der egoistisch seinen Vorteil erkennt und entsprechend handelt, so reicht es aus, seine vollständige Information sicherzustellen, und er wird selbst die Handlungsweise wählen, die zu seinem Vorteil ist, zusätzliche Schutzmaßnahmen sind überflüssig (und verzerren die Gleichheit der Marktteilnehmer). Anders, wenn man hingegen von einem Menschenbild ausgeht, das auf der anthropologischen Erfahrung menschlicher Unvollkommenheit basiert, wie sie in der christlich-abendländischen Überlieferung zum Ausdruck kommt²¹. Hierfür spricht der Umstand, dass der Mensch sich mitunter gegen alle Vernunft in Versuchung führen lässt – ein Umstand, den das Recht nicht einfach ignorieren darf, indem es von einem jederzeit rational handelnden Menschen ausgeht. Pfeiffer beschreibt die Vereinbarkeit des Schutzes menschlicher Unvollkommenheit mit dem Grundsatz der Privatautonomie so: „So lässt sich etwa das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Kreditverträgen als Humanum, also als Versuch begreifen, die Bewältigung menschlicher Unvollkommenheit mit einer Aufrechterhaltung des Prinzips der Privatautonomie und des Prinzips der Bindung an den Vertragswillen rechtlich zu vereinbaren. Durch das Widerrufsrecht wird die rechtliche Entscheidungsfreiheit auch für den Fall gesichert, dass ein Verbraucher der Verlockungswirkung des geliehenen Geldes zunächst erlegen ist und erst anschließend wieder zur Vernunft findet.“ Ihm zufolge ist die soziale Marktwirtschaft der Versuch einer Verständigung des Ordoliberalismus mit den Postulaten einer christlichen Soziallehre²².

Das Ziel des Verbraucherschutzes – und gleichzeitig die Rechtfertigung des Eingriffs in die Privatautonomie – lässt sich also mit anderen Worten so beschreiben: Der Mensch entscheidet frei, also aufgrund seines Verstandes, aber er ist unvollkommen. Er darf daher zwar entscheiden, was zu seinem Besten ist, aber manchmal ist er, ohne es zu merken, nicht wirklich frei. Der Staat muss dann eingreifen und ihn schützen, bis er wieder frei in seiner Entscheidung ist.

²¹ Pfeiffer 1999, 31

²² Pfeiffer 1999, 31 unter Berufung auf v. Nell-Breuning und Canaris.

Welche Probleme mit der Entscheidung für den Schutz des Verbrauchers vor seiner eigenen Unvollkommenheit entstehen, zeigt die Überlegung, welcher Maßstab hier angelegt werden soll – was muss der Verbraucher wissen, was darf er missverstehen? Diese Frage betrifft das Verbraucherleitbild, also die Festlegung des „Durchschnittsverbrauchers“ und der Fähigkeiten, die von ihm erwartet werden können.

3. Methode – Kompensation von Ungleichgewichtslagen

Das Ziel des Verbraucherschutzes – soweit Gegenstand dieser Arbeit, d.h. der Schutz vor unerwünschten Verträgen – soll erreicht werden durch die Kompensation der (möglichen) Ungleichgewichtslage beim Vertragsschluss. Diese lässt sich unter Zusammenfassung der Rechtsprechung von BGH und BVerfG²³ wie folgt beschreiben:

Die Privatautonomie führt zu ausgewogenen Verträgen, weil jeder sein Interesse wahrnimmt, dadurch kommen gerechte Regelungen zustande. Dies setzt aber das Bestehen einer Gleichgewichtslage voraus, in einer Ungleichgewichtslage gelingt der schwächeren Partei nicht die Durchsetzung ihrer Interessen. Deshalb muss dann ein besonderes Recht (in Abweichung vom Privatrecht, unter „mannigfachen Einschränkungen der Privatautonomie durch einseitig zwingendes Recht“²⁴) für diese Ungleichgewichtslagen eingreifen. Die Ungleichgewichtslage muss, da sie nicht ohne weiteres beseitigt werden kann, ausgeglichen, d.h. kompensiert werden.

Diese Grundvoraussetzung, die grundsätzliche Methode des Schutzes, ist vor allem von Medicus kritisiert worden. Nicht nur hält Medicus eine Kompensation teilweise für unmöglich, er erklärt auch, dass die Kompensation gar nicht immer wünschenswert sei.

a) Unmöglichkeit einer Kompensation?

Der Grundgedanke des Verbraucherschutzes ist, dass aus verschiedenen Gründen eine Partei unterlegen ist. Diese Unterlegenheit kann intellektueller oder wirtschaftlicher Natur sein, die intellektuelle Unterlegenheit kann auf Informationsdefiziten beruhen, durch die Situation bewirkt sein oder sonstige, etwa dauerhaft in der Person liegende Ursachen haben (zu diesen „Gefahren“ s.u. S. 73 ff). Medicus nennt vier Faktoren für das Gleichgewicht (bzw. seine Störung): Die Angewiesenheit auf den Vertragsschluss (d.h. wie ist der Verhandlungsstand, besteht die Möglichkeit, den Vertrag abzulehnen?), die Vermögensverhältnisse (wie kann die Partei einen Verlust verkraften?), Hilfen („Rückhalt“ der Partei bei Dritten) und intellektuelle Eigenschaften (etwa Ge-

²³ insbesondere BVerfGE 81, 242 und BVerfG NJW 1994, 93

²⁴ so Medicus 1994, 18

schäftserfahrung, Beredsamkeit, sowie die „Tagesform“, beeinträchtigt durch Übermüdung oder Mangel an Vorbereitung).

Dass sich beim Vertragsschluss zwei in allen Faktoren gleich starke Parteien gegenüberstünden sei unwahrscheinlich, so Medicus, demnach könne Gleichgewicht auch bedeuten, dass das Ungleichgewicht bei einem Faktor bei einem anderen Faktor kompensiert werde, es sei somit nur ein „Gesamtgleichgewicht“ zu erzielen. Sodann führt Medicus diesen Gedanken ad absurdum: Die Kompensation eines intellektuellen Defizits könne demnach durch ein Plus beim Faktor Vermögensverhältnisse ausgeglichen werden, wenn es gelinge, für beides verlässliche Maßstäbe zu finden. Die Frage sei also nur: „Um wie viel soll jemand relativ reicher sein müssen, um die eigene relative Dummheit auszugleichen“²⁵?

Jedoch ist die Kompensation nicht so unmöglich wie in dem von Medicus dargestellten Modell. Zum einen ist der von Medicus gewählte Faktor „Vermögensverhältnisse der Parteien“ kein wirklicher Ungleichgewichtsfaktor beim Vertragsschluss, er wirkt sich erst hinterher aus, wenn es darum geht, wie der Vertrag „verkräftet“ (so Medicus selbst) werden kann. (Und hier ist es tatsächlich so, dass ein unüberlegter Vertragsschluss, etwa ein in seiner Komplexität nicht durchschaubarer ratenfinanzierter Autokauf, für eine „arme“ Partei ein größeres Risiko darstellt als für eine reiche.) Bei den Faktoren „intellektuelles Defizit“ und „Hilfe durch Dritte“ ist es entgegen Medicus“ Ansicht durchaus so, dass das eine das andere kompensieren kann. Des weiteren nimmt Medicus an, dass ständig kompensiert werden müsste zwischen den verschiedenen Faktoren, die die Machtposition einer Partei ausmachten, was viel zu schwierig sei – statt realistischerweise davon auszugehen, dass die meisten Verträge zwischen unterschiedlich starken Parteien geschlossen werden.

b) Unangebrachtheit einer Kompensation?

Weiter wendet Medicus gegen die theoretische Methode des Verbraucherschutzes ein, ein Ungleichgewicht könne durchaus „verdient“ sein, so dass es unangebracht sei, es zu beseitigen. Medicus beschreibt die Konstellation zweier Parteien, von denen die eine sich ein „intellektuelles Übergewicht“, etwa einen Vorsprung an Wissen und Erfahrung mit dem Vertragsgegenstand oder besondere Beredsamkeit jahrelang hart erarbeitet hat, wohingegen die andere Partei untätig geblieben sei, weil sie Kosten und Mühe gescheut habe²⁶. Diesen Vorsprung der einen Partei zunichte zu machen sei unbillig, dies komme dem Wettkampf gleich, bei dem einem Athleten ein Punktevorsprung gegeben werde, um das bessere Training des anderen auszugleichen. Die Korrektur dieses Ungleichgewichts bedeute, demjenigen Anreiz zu gewähren, der passiv und untätig sei.

²⁵ Medicus 1994, 20

²⁶ Medicus 1994, 21

Auch dieses Beispiel führt jedoch in die Irre. Nur nebensächlich erwähnt Medicus in seinem Beispiel, dass der Ausgleich nur dann ungerecht ist, wenn die eine Partei etwas unterlässt, was ihr theoretisch möglich gewesen wäre („schwächerer Verhandlungspartner (...), der vielleicht Mühe und Kosten in gleicher Weise hätte aufwenden können, dies aus Bequemlichkeit oder Sparsamkeit unterlassen hat“²⁷). Meist ist aber eben dies nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten möglich. Medicus erwähnt in seinem Beispiel Parteien, die einen Gesellschaftsvertrag schließen und unterschiedlich gut vorbereitet sind, er täuscht damit darüber hinweg, dass die meisten Verträge über Gegenstände geschlossen werden, bei denen es der einen Partei unmöglich ist, den Informations- und Erfahrungsvorsprung der anderen Partei aufzuholen – wie soll etwa ein Normalbürger, der einen Kredit aufnehmen möchte, es schaffen, mit dem Kenntnisstand seiner Bank Schritt zu halten? Was theoretisch möglich erscheint, erweist sich praktisch als undurchführbar, da die Bank täglich eine Vielzahl ähnlicher Verträge abschließt, und der Bürger zudem noch mit dem Kenntnisstand seines Auto- und seines Elektrohändlers sowie dem seines Versicherungsmaklers Schritt halten muss.

c) Fazit

Dass eine Gleichgewichtslage (auch als „Vertragsparität“ bezeichnet) schwer fest- oder auch herzustellen ist, ist unbestritten²⁸, insoweit ist Medicus beizupflichten. Auch ist Medicus“ Argument bedenkenswert, die „Angewiesenheit“ auf den Vertragsschluss müsse bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit eine Rolle spielen.

Hingegen kann Medicus“ Beispiel nicht entnommen werden, es gebe keine Ungleichgewichtslagen, die kompensiert werden könnten. Ebenso ist Medicus lediglich insoweit zuzustimmen, als nicht Ziel von Schutzmaßnahmen sein kann, ein vollständiges – insbesondere informationelles – Gleichgewicht zwischen den Parteien herzustellen. Es kann jedoch nicht bestritten werden, dass es Ungleichgewichtslagen gibt, die eine Schwelle überschreiten, ab der aus den weiter oben erörterten Gründen Einschreiten geboten ist. Welche das sind, ebenso die Frage, durch welche Mittel die Kompensation erfolgen kann, wird noch zu sehen sein.

4. Risiken des Verbraucherschutzes

Die Risiken dieses „Schutzes des Verbrauchers“ ergeben sich aus einer Weiterentwicklung des oben Gesagten: Die Funktion des Verbraucherbegriffs besteht darin, diejenigen Personen zu kennzeichnen, die in bestimmten Situationen über das normale Maß hinaus „Hilfe“ brauchen, die also über das Konsenser-

²⁷ Medicus, 1994, 21

²⁸ etwa Zöllner, AcP 176, 221 (236 f); Hönn 1982, 88 ff, insb. 99 ff

fordernis hinaus eines zusätzlichen situativen Schutzes ihrer rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit bedürfen. Wird die Verbrauchereigenschaft verneint, so liegt dem die normative Bewertung zugrunde, dass eine Person über hinreichende Geschäftskompetenz verfügt, um die vom Gesetzgeber näher beschriebenen situativen Beeinträchtigungen ihrer Entscheidungsfreiheit zu bewältigen²⁹. Es wird also eine Gruppe „Hilfsbedürftiger“ definiert, denen eine „Geschäftskompetenz“ fehlt.

Dies kann dazu führen, dass der Bürger ab einem gewissen Punkt in einer Weise entmündigt ist, die dann gegen die Menschenwürde verstößt, wenn er etwa keinen bindenden Vertrag mehr abschließen kann und er als Marktteilnehmer deshalb nicht mehr ernstgenommen wird. Es droht eine Art „Teilrechtsfähigkeit“ des Verbrauchers (a). Dieser ausufernde Schutz wirkt zudem ab einem bestimmten Punkt kontraproduktiv (b).

a) „Diskriminierung“ des Verbrauchers

Die ausschließliche personelle Anknüpfung an „den Verbraucher“ verbunden mit dem nahezu vollständig typisierenden Schutz einer ohne weiteres in ihrer Gesamtheit als schutzwürdig eingestuften Personengruppe (und dem ebenso typisierenden Ausschluss anderer Personen) kommt einer Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen nahe³⁰. Lorenz sieht in solchen pauschalisierenden Gruppenbezeichnungen – er nennt neben dem „Verbraucher“ andere Beispiele aus der Rechtsprechung für Gruppenbezeichnungen, wie „gerade volljährig Gewordener“³¹, „junge Ehefrau“³², „Landwirte“ (die gegenüber Überredungsversuchen „nicht selten besonders hilflos sind“)³³ – eine „Aufweichung der Geschäftsfähigkeitsgrenze“³⁴. Er weist darauf hin, dass Teile der Lehre dies sogar ausdrücklich begrüßen, so nach der Deutung von Fikentscher M. Wolf, welcher die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung rechtswirksamer Erklärungen annehmen will im Sinne einer Art „wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit“³⁵. H. Honsell fordert differenzierte Volljährigkeitsgrenzen für „gefährliche Geschäfte mit weitreichenden Verpflichtungen“ und hält hier etwa ein Alter von 25 Jahren für angemessen³⁶.

Lorenz warnt hiervor jedoch nachdrücklich – mit den gleichen Argumenten, die bereits oben bei Erörterung der Frage der Anknüpfung an den Verbraucher-

²⁹ Pfeiffer 1999 S. 30; so auch Drexl JZ 1998, 1046 (1091) und Preis ZHR 1994, 567

³⁰ Lorenz 1997, 5, dort Fn. 18

³¹ BGH NJW 1989, 1665

³² BGH NJW 1994, 1726

³³ BGH NJW 1992, 425

³⁴ Lorenz 1997, 6, dort Fn. 18, unter Bezug auf Mayer-Maly, AcP 194, S. 105 (152)

³⁵ Fikentscher 1971, 41 (48)

³⁶ Honsell JZ 1989, 495f und JuS 1993, 817 (820)

begriff erwähnt wurden: Den „schlechthin Unterlegenen“ gebe es nicht³⁷, und die Gruppenbezeichnung sei eine unnötige Vergrößerung gegenüber dem im allgemeinen Schuldrecht zur Verfügung stehenden Instrumentarium. Dieses erlaube grundsätzlich einen ausreichenden Schutz, „ohne automatisch beim Kreditnehmer einen Zustand verminderter Geschäftsfähigkeit zu unterstellen“, so Westermann³⁸. Westermann sieht im Zusammenhang mit den verbraucher-schützenden Regelungen der Vertragsanbahnung die Vertragserklärung volljähriger Personen in den Rang von Scherzerklärungen herabgedrückt³⁹.

Im Extremfall führt der Verbraucherschutz dazu, dass der zu Schützende vom Rechtsverkehr ausgeschlossen und dadurch in seiner Entfaltungsfreiheit eingeschränkt wird⁴⁰.

b) Kontraproduktive Wirkung des Verbraucherschutzes

Zum Teil droht durch den ausufernden Schutz eine Wirkung auf den geschützten Bürger, die genau entgegengesetzt zum verfolgten Schutzziel steht: Ausufernder Schutz fördert nicht Selbstverantwortung und überlegtes Handeln, denn gerade das Bewusstsein, Verantwortung und Konsequenzen zu tragen, wirkt steuernd auf das Verhalten der Teilnehmer am Rechtsverkehr⁴¹.

Dies wurde bereits früh erkannt. So folgerte Lindley L.J. 1887 im englischen leading case zur undue influence⁴²: „It would obviously be to encourage folly, recklessness, extravagance and vice if persons could get back property which they foolishly made away with, wether by giving it to charitable institutions or by bestowing it on less worthy objects“⁴³. Also: Das Widerrufsrecht als Ermutigung zu verantwortungslosem Verhalten.

Lorenz spricht von einem Teufelskreis: Durch eine voreilige Kontrolle wird das Bewusstsein der Selbstverantwortung ausgehöhlt, hierdurch wird der Bedarf an externer Kontrolle erst wirklich geschaffen⁴⁴.

Man muss sich fragen, ob in manchen Bereichen dieser Punkt nicht bereits erreicht ist. Wer liest etwa schon bei jedem Vertragsschluss noch die AGB – und vertraut stattdessen darauf die Kontrollmechanismen des AGBG? Und betrachtet man das Ausmaß der Verschuldung von Privathaushalten, stellt sich durchaus die Frage, ob hier jeder Vertragsschluss wirklich auf einer realistischen Einschätzung der eigenen finanziellen Möglichkeiten beruhte, ob die

³⁷ s. auch Hönn 1982, 307f

³⁸ so Westermann, 995ff (1010)

³⁹ Westermann 1983, 92

⁴⁰ Medicus 1994, 33

⁴¹ Fastrich 1992, 74 und 228, zitiert nach Lorenz 1997, dort Fn. 46

⁴² Allcard v. Skinner, [1887] 36 Ch.D. 145 (182)

⁴³ Etwa: „Es würde bedeuten, zu unüberlegtem und törichtem Verhalten zu ermutigen, wenn jemand sein Eigentum, dass er gespendet oder ungünstig verwendet hat, zurückerlangen könnte.“

⁴⁴ Lorenz 1997, 11 unter Berufung auf Singer 1988, 25.

Erwerber auf spätere „himmlische Fügungen“ (auf gesetzgeberische Schutzmaßnahmen?) vertrauten oder sich schlicht der Bedeutung ihrer Erklärung nicht bewusst waren.

Bemerkenswert ist auch, dass die Verbraucherzentralen in ihrer Beratungspraxis immer wieder Verbraucher mit der Rechtsauskunft verblüffen, dass es kein allgemeines Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag gibt. Die gesetzlichen Spezialregeln und die Kulanz einiger Händler bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen lassen also manch einen vergessen, was ein Vertrag grundsätzlich an Bindungswirkung mit sich bringt.

B. Wann liegt eine verbraucherschützende Norm vor?

Wenn dies also der Rahmen ist, in dem sich Verbraucherschutz bewegt, ab wann ist dann eine Norm eine Norm des Verbraucherschutzes? Gibt es Kriterien, deren Erfüllung eine Norm zur Verbraucherschutznorm macht? Oder – dieser Verdacht drängt sich hier erneut auf – ist „Verbraucherschutz“ nur ein vages Konzept, in dessen Dienst Vorschriften in nicht genau bestimmbarer Zahl stehen?

Es stellt sich etwa die Frage, ob die Vorschriften des Mietrechts sowie § 138 BGB frühe Verbraucherschutznormen oder Vorstufen dazu sind. Ist das Reiseertragsrecht des BGB Verbraucherschutz, obwohl es den „Verbraucher“ nicht erwähnt? Und, was für die vorliegende Untersuchung von besonderem Interesse ist: Sind Normen, die etwa beim Vertragschluss die Freiheit der Willenserklärungen schützen (§§ 119, 123 BGB) Normen des Verbraucherschutzes?

1. Was ist „neu“ am Verbraucherschutz?

Bei der Verwendung des Begriffes „Verbraucherschutzrecht“ stellt sich natürlich sofort die Frage, worin der Unterschied zu „normalem“ Recht liegt. Gibt es einen Unterschied zwischen „Verbraucherschutzrecht“ und „traditionellem“ Recht, etwa den Normen des BGB in seiner Fassung bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts? Ist der Gedanke des Verbraucherschutz eine Idee der Neuzeit, die auf entgegengesetztes Gedankengut im BGB prallte?

a) Veränderte Umstände?

Die Frage ist zunächst, ob, wenn denn der Verbraucherschutz ein neues Recht sein soll, für das ein Bedürfnis besteht, hierdurch Missstände geregelt werden, die schon immer bestanden (und früher also ungeregt waren), oder ob es sich hierbei um neue Umstände (Missstände) handelt, die der Regelung bedurften.

Leicht drängt sich der Eindruck auf, früher sei alles anders gewesen, deshalb müsse auch das Recht anders sein als früher. Bei der Überlegung, welche Um-

stände bei Schaffung des BGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts anders gewesen sein könnten als heute und eine andere Gesetzgebung gerechtfertigt haben könnten (soweit sie überhaupt anders ist, was noch zu sehen sein wird) fällt auf, dass dies nicht der gesunkene Lebensstandard oder die Versorgungslage des Bevölkerungsdurchschnitts sein kann, denn diese sind in den letzten hundert Jahren eher gestiegen als gesunken. Auch kann man nicht sagen, dass sich Machtverhältnisse im Gesellschaftssystem zum Nachteil der breiten Masse der Bevölkerung entwickelt hätten. Es geben nach wie vor Menschen Geld aus, das sie nicht haben und geraten dadurch in finanzielle Schwierigkeiten. Wegen Überschuldung verhungert zwar heute niemand mehr, auch dürften die schlimmsten Auswüchse der Gründerzeit (Monopole, Produktunsicherheit, Analphabetismus, wirtschaftliche Abhängigkeit) überwunden sein, an den grundsätzlichen Problemstellungen hat sich jedoch nichts geändert. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass der „Verbraucherschutz“ Probleme regelt, die nicht neu sind.

Einige Phänomene allerdings sind „neu“, also heute anders als zu Zeiten der Entstehung des BGB: Es haben sich die Methoden des Handels verfeinert, es gibt ungleich mehr Produkte und ausgefeiltere Vertriebsmethoden. Für besonders bedeutsam hält Medicus ferner ein seit den fünfziger Jahren einsetzendes Phänomen, nämlich die Entdeckung zukünftigen (Arbeits-) Einkommens als Kreditgrundlage – hierdurch könnten sich viele Bürger an Geschäften beteiligen, die ihnen früher gar nicht offen standen, und hieraus drohten auch Belastungen, die es früher nicht gegeben habe⁴⁵.

b) Streit um Vereinbarkeit von Verbraucherschutz und BGB

Eine verbreitete Auffassung ist, das BGB stehe in der geistigen Tradition des Liberalismus und habe Probleme ignoriert, die erst nach dem zweiten Weltkrieg im Wege des Verbraucherschutzes bekämpft worden seien. Insbesondere Ende der sechziger Jahre erklärten viele Autoren die „Krise der Privatautonomie“⁴⁶, polemisieren etwa gegen die Vertragsfreiheit als „realitätsfernen Begriff, der wirtschaftliche und soziale Realitäten außer Acht lasse“⁴⁷, oder sprechen – auch später noch – im Zusammenhang mit der strengen Haftung des leistungsunfähigen Vertragsschuldners vom „eisigen Wind der Privatautonomie des ausgehenden 19. Jahrhunderts“⁴⁸.

Raiser forderte 1960 „materielle Vertragsgerechtigkeit“, deren Anforderungen lange unter vordergründigen formalen Gesichtspunkten verdeckt gewesen seien, und eine „Wirtschaftsverfassung“, die Missbrauch von Vertragsfreiheit

⁴⁵ Medicus 1994, 16 f

⁴⁶ vgl. hierzu Lorenz 1997, 22

⁴⁷ Zweigert 1996, II § 1 S. 6 ff, zitiert nach Lorenz 1997, 22

⁴⁸ Honsell JZ 1989, 495

mit Nichtigkeit sanktioniere⁴⁹. Die Unzulänglichkeit des geltenden Rechts kritisiert er wie folgt: „Die Zivilrechtsordnung darf sich nicht damit begnügen, in strikter Neutralität zu sanktionieren, was die Parteien in formaler Freiheit vereinbart haben, sondern darf zu der Frage durchstoßen, ob der formalen auch eine soziale und wirtschaftliche Freiheit auf beiden Seiten entsprach, oder ob eine Partei ihre Überlegenheit dazu ausgenützt hat, den Vertrag zum Herrschaftsinstrument zu machen.“⁵⁰

Diese Ansichten sind auf Kritik gestoßen, soweit sie die Privatautonomie als Grundsatz in Frage stellen. Flume meint, die Ansichten beruhen auf einem falschen Verständnis der Herkunft des Prinzips der Privatautonomie⁵¹, er setzt der Kritik den Gedanken der Richtigkeitsgewähr (nach Schmidt-Rimpler) entgegen, wonach ein Vertrag „richtig“ sei, weil und soweit er vom Willen der Parteien getragen werde⁵². Ebenso hält Medicus den Vorwurf, die Privatautonomie sei durch wirtschaftliche Machtlagen bedroht, für eine „ökonomische Binsenweisheit“⁵³. Canaris weist auf den hohen Wert der Vertragsfreiheit an sich hin und darauf, dass die Ergebnisse von Vertragsfreiheit zunächst als solche zu respektieren seien⁵⁴. Es dürfe nur um die negative Fragestellung gehen, ob und wann sich unter dem Regime der Privatautonomie Ungerechtigkeiten vermeiden ließen.

c) Jedoch ist im Grunde Verbraucherschutz nichts Neues

Diese Kritik ist also in vielen Bereichen zumindest überzogen, sie kann zudem nicht darüber hinwegtäuschen, dass das BGB schon immer (und erst recht durch im Laufe der Zeit erfolgte Änderungen und richterliche Auslegungen) eine Korrektur von Ungleichgewichtslagen vorgenommen hat, so dass der Gedanke des Verbraucherschutzes dem BGB nichts Neues bringt.

Der Schutz des schwächeren Vertragspartners war dem BGB nicht von vornherein fremd, dem BGB liegt nicht, wie immer wieder pauschal mit dem Ruf nach dem Gesetzgeber verknüpft wird, ein heute überholtes liberalbürgerliches Sozialmodell zugrunde⁵⁵, es hat auf korrekturbedürftige Missstände der Vertragsfreiheit in vielfältiger Weise reagiert⁵⁶. Die bloße stereotype und zudem sachlich unzutreffende Behauptung, der Gesetzgeber des BGB sei sozialen Machtgefällen gegenüber blind gewesen, rechtfertige also nicht den Ruf nach einer „Umkehr“ des Vertragsrechts – erst ist zu prüfen, ob das vorhandene Instrumentarium geeignet ist zur Bewältigung neuer Anforderungen

⁴⁹ Raiser 1960, 101ff (129)

⁵⁰ Raiser, zitiert nach Bartsch 1973, 222

⁵¹ Flume 1992 § 1/9

⁵² Flume 1992 § 1/6, vgl. auch Lorenz 1997, 24 und 27 dort Fn. 88

⁵³ Medicus 1992, 472

⁵⁴ Canaris 1993, 884, zitiert nach Lorenz 1997, dort Fn. 65

⁵⁵ so aber Wieacker 1967, hiergegen Hübner 1992, 717, ebenso Lieb AcP 1983, 327 (364)

⁵⁶ Hübner 1992, 717, Lorenz 1997, 26 f, dort insb. Fn. 84

(der sog. Konsum- und Freizeitgesellschaft). Reuter etwa weist darauf hin, dass das BVerfG in seinem sog. Handelsvertreterbeschluss⁵⁷ sich durch seine Bezugnahme auf die §§ 74 ff HGB an ein aus dem 19. Jahrhundert stammendes gesetzliches Vorbild anlehnt. Dies sei ein Beleg dafür, dass dem Gesetzgeber des ausgehenden 19. Jahrhunderts nicht durchgängig der Blick auf die reale Unfreiheit mancher Teilnehmer am Privatrechtsverkehr versperrt war⁵⁸.

2. Versuch einer Aufstellung von Kriterien

Was also ist Verbraucherschutzrecht?

a) Schutz des Schwächeren als Motiv der Norm

Das Motiv der Verbraucherschützenden Norm ist der Schutz des Schwächeren, oder, mit anderen Worten, die Gewährleistung „wirtschaftlicher Selbstbestimmung“ durch den Ausgleich einer Ungleichgewichtslage, der Herstellung von Vertragsparität⁵⁹. Kein Verbraucherschutz liegt also vor bei allgemeinen Normen, die etwa nur Vertragschluss regeln. Drexl spricht zwar von „konstitutivem“ und „kompensatorischem“ Verbraucherschutz, also der Aufrechterhaltung eines Wettbewerbes sowie dem korrigierenden Eingreifen im Bedarfsfall⁶⁰. Aber nur beim kompensatorischen Verbraucherschutz kann eigentlich davon gesprochen werden, dass der Gesetzgeber tätig wird, um schwächere Marktteilnehmer zu schützen – das Motiv des Gesetzgebers bei der Sicherung des Wettbewerbes und der Regelung des Marktes ist zu sehr auf die Allgemeinheit bezogen, um als „Verbraucherschutz“ bezeichnet zu werden. Der Gesetzgeber muss bestimmte Personen in bestimmten Situationen schützen, bestimmte Ungleichgewichtslagen regeln wollen. Eine Norm, die beide Seiten gleichermaßen schützt, bezieht sich nicht auf eine Ungleichgewichtslage und ist daher keine Verbraucherschutznorm.

b) Typisierung des Schutzes

Wesensmerkmal vieler Normen, die das eben genannte erste Kriterium erfüllen ist, dass sie typisierten Schutz gewähren. Hieraus kann vielleicht nicht gefolgert werden, dass die Typisierung ein wesentliches Merkmal ist, zumindest aber, dass sie „typisch“ für Verbraucherschutz ist.

Typisierung des Schutzes heißt, dass die Abwägung, ob Schutzbedürftigkeit besteht, nicht etwa im Einzelfall erfolgt (so etwa bei den §§ 119, 123 BGB), sondern abstrakt im Vorfeld, durch die Beschreibung typischer Gefahrensituationen (etwa Komplexität des Vertrages, Unerfahrenheit). Das Vorlie-

⁵⁷ BVerfG 81, 242

⁵⁸ Reuter 1994, 349 (356), zitiert nach Lorenz 1997, dort Fn. 84

⁵⁹ vgl. bereits oben, dort S. Hönn, Schmidt-Rimpler, v.Hippel

⁶⁰ Drexl 1998, 288 ff

gen dieser Gefahrensituationen im Einzelfall wird vermutet, wenn bestimmte objektive Kriterien erfüllt sind. Es wird also nicht geprüft, ob der Geschützte in der konkreten Situation wirklich unterlegen war und den Vertrag nicht verstanden hat und ihm hierdurch ein Nachteil entsteht (dies wäre individualisierter Schutz), vielmehr wird etwa die Unterlegenheit aufgrund der Komplexität des Vertrages oder der Unerfahrenheit vermutet⁶¹. Typisierten Schutz der Entscheidungsfreiheit gewährleisten neben den noch zu untersuchenden Widerrufsrechten etwa die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und die Formvorschriften. Individualisierten Schutz regeln etwa die Vorschriften über die Willenserklärung, aber auch die §§ 119, 123, 138, 310, 823 BGB und auch § 13a UWG.)

Die Nachteile der Typisierung hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Er stellt auf die pure Häufigkeit der denkbaren Konstellationen ab, etwa darauf, dass „geschäftsmäßig handelnde Kunden in aller Regel häufiger solche Geschäfte eingehen, hierbei Erfahrungen erworben haben und deswegen nicht als schutzbedürftig anzusehen sind“⁶². Er ignoriert, dass ungleiche Verhandlungslagen und Überrumpelung auch bei Kleingewerbetreibenden zu erheblichen finanziellen Belastungen führen können und dass auch Richter und Rechtsanwälte in ihrer Freizeit Verbraucherschutz genießen⁶³ und ihnen damit quasi unterstellt wird, verhandlungsunkundig und unterlegen zu sein.

Das wichtigste Argument für die Typisierung ist die „Rechtssicherheit“ – hiermit rechtfertigt die Rechtsprechung auch offensichtlich ungerechte Ergebnisse, zu denen es im Einzelfall kommen kann⁶⁴. Denn anders als bei Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die von der Rechtsprechung ausgefüllt werden müssen, liefert die Anknüpfung einer Rechtsfolge an die Beschreibung einer typischen Gefahrensituation vorhersehbare Ergebnisse. (Ein Argument, das natürlich dadurch relativiert wird, dass auch Rechtsprechung nach einiger Zeit vorhersehbare Ergebnisse produziert. Allerdings kann eine Rechtsprechung, die einen Rechtsbegriff in einem Einzelfall in einer bestimmten Weise auslegt, jederzeit geändert werden). Die besondere Bedeutung der Rechtssicherheit liegt darin, dass der Verbraucherschutz sich als „Zielgruppe“ per Definition an Leute wendet, denen keine Einzelfallkenntnis komplexer Normen oder Rechtsprechungen zugemutet werden kann.

Ein weiterer Grund für typisierten Schutz ist, dass bei individualisiertem Schutz meist Beweis angetreten werden muss für die einzelnen Umstände der Situation, die die Schutzbedürftigkeit begründen. Bei typisiertem Schutz reicht es aus, die Umstände zu beweisen, an die sich die Vermutung (typisierte Ge-

⁶¹ Zu dieser Unterscheidung etwa Lorenz 1997, 88 ff, der dementsprechend auch sein Buch in zwei Teile gliedert.

⁶² BT-Drucks 10/2876 S. 14

⁶³ vgl. Lorenz 1997, 145, dazu auch unten

⁶⁴ vgl. etwa BayObLG NJW 1993, 2121

fahr) anknüpft, was meist viel leichter ist. Auch dies dürfte für Verbraucherschutzrecht (als das „Recht der Armen und Schwachen“) wesentlich sein.

Typisierter Schutz verspricht somit, wenn auch größeren, so doch zumindest effektiveren Schutz zu gewähren. Die Anknüpfung an eine typisierte Gefahr als Schutzbereich ist somit ein wesentliches Merkmal für das Vorliegen einer Verbraucherschutznorm

c) Abgegrenzter persönlicher Schutzbereich

Ferner ist Wesensmerkmal des Verbraucherschutzes die Abgrenzung des Schutzbereiches auf einen besonders schutzwürdigen Personenkreis – den „Verbraucher“. Dies folgt aus der Bezeichnung „Verbraucherschutzrecht“, die auf die Person des „Verbrauchers“ abstellt; ferner aus der Tatsache, dass das Abstellen auf den „Verbrauch“ ein so allgemeines Merkmal ist, dass es sich kaum mit einem bestimmten Vertragsinhalt oder einer bestimmten Vertragsschlussituation verbinden lässt, und daher meist mit einem Personenkreis verknüpft wird. Das Abstellen auf den Verbraucher führt – ähnlich wie das Abstellen auf den Kaufmann im HGB – zu einer Wahrnehmung der Schutzregeln als Sonderprivatrecht.

Es stellt sich die Frage, ob das Abstellen auf die Person des Verbrauchers zwingende Voraussetzung für eine verbraucherschützende Norm ist.

Genau genommen kann, wenn man nicht auf das Kriterium des „Erwerbs für den Eigenbedarf“ abstellt, schon begrifflich kein Verbraucherschutz vorliegen. Denn in den Fällen, in denen nicht für den „Eigenbedarf“ erworben wird, wird ja weiterverkauft und damit die Ware nicht „verbraucht“.

Dieses Kriterium ist aber in gewisser Weise ein Zirkelschluss (nämlich dann, wenn man, um zu bestimmen, was ein Verbraucher ist, auf den Schutzzweck des Gesetzes zurückgreift; ferner ist die Anknüpfung an die Person des Verbrauchers nicht unbedingt wünschenswert, da sie viele Probleme aufwirft und im Gegenzug wenig Klärung bringt (zu beidem s.u. S. 27 ff). Sie kann daher nicht notwendiges Kriterium für das Vorliegen von Verbraucherschutzrecht sein.

Allerdings kann zumindest gesagt werden, dass Verbraucherschutzrecht sich immer an eine bestimmte Gruppe wenden muss, schließlich soll es ja „Unterlegene“ schützen, und das können logischerweise nicht alle sein. Eine Norm, die alle schützt wäre also kein Verbraucherschutz. Begrifflich problematisch ist aber, was mit „für alle gelten“ gemeint sein darf, denn eine Norm gilt ja immer für alle, die ihren Tatbestand erfüllen. Fraglich ist, ob eine verbraucherschützende Norm zwingend an Merkmale anknüpfen muss, die nicht von jedem ohne weiteres erfüllt werden können, an personenbezogene Merkmale also (ähnlich dem Handelsrecht, das an die Kaufmannseigenschaft anknüpft). Dies ist aber als zu eng abzulehnen. Was genau die Kriterien für einen Verbraucher sind, wird noch zu untersuchen sein, jedenfalls aber dürfte klar