

# Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht

## Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht

Von HANNES RÖSLER, Hamburg\*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . . .	890
II. Grundlagen: Relativierung der Vertragsfreiheit . . . . .	891
III. Analyse kennzeichnender Schutzinstrumentarien des EG-Rechts . . . . .	894
1. Informationspflichten . . . . .	894
a) Im Vorfeld: Verlässlichkeit bei Werbeaussagen und Lauterkeit der Geschäftspraktiken . . . . .	894
b) Vorvertragliche Informationspflichten . . . . .	896
2. Zwingendes Recht als scharfes Schwert . . . . .	897
3. Widerrufsrecht als prozedurales Instrument . . . . .	898
4. Klauselrecht gegen Marktversagen . . . . .	899
IV. Ebenen des gemeinschafts- und nationalrechtlichen Schwächerenschutzes . . . . .	901
1. Begrenzte Reichweite des (europäisch determinierten) Verbraucherrechts . . . . .	901
2. Bürgerschaftsrecht der Mitgliedstaaten . . . . .	902
3. Rechtsgeschäfte von Minderjährigen, geistig Behinderten und Älteren . . . . .	904
4. Diskriminierungsrecht als neuer Eingriffstypus . . . . .	905
5. Bewertung der Entwicklungslinien . . . . .	906
V. Schlussfolgerungen für das fortschreitende Europäische Privatrecht . . . . .	908
Summary: Protection of the Weaker Party in European Contract Law – Standardised and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law. . . . .	911

---

\* Abgekürzt werden zitiert: Jürgen Basedow, Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung, Das Schicksal der Vertragsfreiheit, in: Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2008-I (2009) 85-104 (zitiert: Europäische Union); Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner »Materialisierung«: AcP 200 (2000) 273-364; Hannes Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung (2004).

## I. Einleitung

Der Schutz des individuell und typisiert Schwächeren im Recht hat Konjunktur<sup>1</sup>. Dabei ist die Diskussion keineswegs neu. In den siebziger Jahren war es geradezu ein Modethema, das auch am Hamburger Max-Planck-Institut nicht vorbeiging. So wählte es im Jahr 1976 zu seinem 50-jährigen Bestehen das Kolloquiumsthema »Schutz des Schwächeren im Recht«<sup>2</sup>. Skeptisch kommentierte damals Jürgen Basedow, dem dieses Festheft gewidmet ist: »Ursachen und Bekämpfung der faktischen Ungleichheit der Menschen gegenüber Recht und Gerichten liegen [...] noch weitgehend im Dunkel.«<sup>3</sup> Seitdem haben zwar interdisziplinäre Studien die Hindernisse auszuleuchten versucht. Erhalten blieb aber der rechtlich zu bewältigende Grundkonflikt der »Ungleichheit« und die damit allgegenwärtige Argumentationsfigur des »Schwächeren«. Daueraufgabe des Rechts ist schließlich die Gewährleistung einer Chance auf effektive Freiheitsverwirklichung im Privatrecht und die Bekämpfung faktischer Fremdbestimmung durch den anderen Vertragspartner. Angesichts der fortschreitenden Europäisierung des Privatrechts stellt sich diese Aufgabe heute auch auf europäischer Ebene.

Vor diesem Hintergrund ist eine Vergewisserung über die Grundlagen effektiver Rechtsverwirklichung und moderner Vertragsrechtstheorie erforderlich (unten II.). Da sich ein gemeinsames europäisches Privatrecht in erster Linie aus den bestehenden EG-Richtlinien verdichtet<sup>4</sup> und Harmonisierungserfolge vor allem im Schuldvertrags- und Lauterkeitsrecht erzielt wurden, sind vorrangig die aus diesem Komplex stammenden Schutzinstrumentarien zu analysieren (III.). Angesichts der gegenwärtig (noch) begrenzten Reichweite des Gemeinschaftsrechts ist die Grundsatzfrage nach der Ebenen- und Aufgabenteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten<sup>5</sup> anhand paradigmatischer Bereiche zu erläutern (IV.). Für die Wahl der Perspektive des Schwächerenschutzes spricht dabei auch, dass die Europäische Kommis-

<sup>1</sup> *Walter Leisner*, Markt- oder Verteilungsstaat?: JZ 2008, 1061–1067 (1062ff.) stellt auch angesichts der im September 2008 zu Tage tretenden Finanz- und Wirtschaftskrise eine beträchtliche Ausweitung des Schwächerenbegriffs fest.

<sup>2</sup> RabelsZ 40 (1976) 364–805; ferner *Hermann Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975); *Eike v. Hippel*, Der Schutz des Schwächeren (1982); *Law and the Weaker Party*, An Anglo-Swedish comparative study, hrsg. von *Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Anders Victorin* I–III (1981–1983).

<sup>3</sup> *Jürgen Basedow*, Diskussionsbericht, Zugang zum Recht: RabelsZ 40 (1976) 783–788 (787f.); anders wiederaufnehmend *ders.*, Small claims enforcement in a high cost country, The German insurance ombudsman, in: *What is Scandinavian law?*, hrsg. von *Peter Wahlgren et al.* (2007) 49–63 (*Scandinavian Studies in Law*, 50).

<sup>4</sup> Dieses Konstruktiv-Prozesshafte hebt *Jürgen Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht, Der hybride Kodex: AcP 200 (2000) 445–492 (453) (zitiert: Der hybride Kodex) hervor.

<sup>5</sup> Zum Begriff des Mehrebenenprivatrechts *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius, Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht (2009) 115 ff.; *Rösler* 96f.

sion im Verbraucherrecht statt der Mindest- eine Vollharmonisierung anstrebt, wodurch den Mitgliedstaaten im harmonisierten Bereich ein weitergehender Schwächerenschutz verwehrt wäre. Darauf ist abschließend ebenso kurz einzugehen wie auf die Einschätzung des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)<sup>6</sup>. Damit müssen weitere Bereiche größtenteils ausgeblendet bleiben. Insoweit wären über die hier beleuchteten Bereiche hinaus vor allem Asymmetrien im Arbeits-<sup>7</sup>, Arzt-, Altenpflege-, Betreuungs-, Familien-<sup>8</sup>, Miet-, Gesellschafts-, Vereins-, Produkthaftungs-, Versicherungs-<sup>9</sup> und Zivilprozessrecht<sup>10</sup> von Interesse.

## II. Grundlagen: Relativierung der Vertragsfreiheit

Die Dominanz der *laissez faire*-Vertragsfreiheit<sup>11</sup>, des *caveat emptor* und der unterstützenden Willensherrschaft<sup>12</sup>, zugespitzt: das ganze »Pathos des Vertrags«<sup>13</sup>, so wie es auch im BGB ursprünglicher Prägung zum Ausdruck kommt<sup>14</sup>, wurden im 20. Jahrhundert durch Rechtsprech-

<sup>6</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the EC Private Law (Acquis Group), hrsg. von *Christian v. Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke* (Outline Edition 2009).

<sup>7</sup> Vgl. *Klaus Adomeit*, Der Schutz des Schwächeren, in: FS Horst Konzen (2006) 1–10.

<sup>8</sup> Siehe etwa zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen über Unterhalt BVerfG 6. 2. 2001, NJW 2001, 957; *Ludwig Bergschneider*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (2008).

<sup>9</sup> Dazu *Holger Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001) 497 ff.

<sup>10</sup> Zur Materialisierung des Prozessrechts *Gerhard Wagner*, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht: ZEuP 2008, 6–31 (13 ff.); *Herbert Messer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilprozess, in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof (2000) 67–82.

<sup>11</sup> Umfassend zu den Teilbereichen der Vertragsfreiheit heute und der Verankerung im Gemeinschaftsrecht *Basedow*, Europäische Union 88 ff.

<sup>12</sup> Freilich sieht das BGB 1900 (einmal abgesehen vom Mietrecht, dem AbzG 1894 und VVG 1908) vor allem in §§ 104 ff., 119 und 123 und – besonders deutlich – mit § 138 II den Schutz der Entscheidungsfreiheit vor; siehe *Reinhard Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995); *Hannes Rösler*, Arglist im Schuldvertragsrecht, Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation: AcP 207 (2007) 564–613 (zitiert: Arglist); für weitere Beispiele *Reinhard Zimmermann*, The New German Law of Obligations (2005) 164.

<sup>13</sup> So *Konrad Zweigert*, »Rechtsgeschäft« und »Vertrag« heute, in: FS Max Rheinstein II (1969) 493–504 (502).

<sup>14</sup> Das BGB sei »spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus und Frucht der Pandektenwissenschaft«: *Franz Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974) 9–35 (22) (Erstdruck 1953); *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts<sup>3</sup> (1996) 142 f.: konservativ-bewahrendes Menschenbild sei »das des vermögenden Unternehmers, Landwirts oder Beamten«.

ung<sup>15</sup>, Gesetzgeber und Jurisprudenz revidiert. Normative Anknüpfungspunkte boten die bürgerrechtlichen Generalnormen zur Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB) und zu Treu und Glauben (§ 242 BGB). 1976 trat beispielsweise das AGBG hinzu, das auf Rechtsprechungsgrundsätzen zu § 242 BGB aufbaut<sup>16</sup>. Angesichts dieser vielschichtigen Wandlungen ist es heute herrschende Meinung, dass eine effektive Vertragsfreiheit der Sicherung der Grundlagen der Selbstbestimmung bedarf. Prinzipiell verstößt ein Ungleichgewicht zum Nachteil eines wirtschaftlich, sozial, intellektuell oder psychologisch Schwächeren gegen dieses Grundgebot<sup>17</sup>.

Eigennutz und damit die Benachteiligung des anderen Vertragspartners sind allerdings in gewissem Umfang naturgegeben und in einer Marktwirtschaft unerlässlich<sup>18</sup>. Nicht jedes Ungleichgewicht, jede Benachteiligung bei der Willensbildung und jede Diskriminierung kann Kompensation finden: Vollständiger Schutz wäre aus Gründen der Rechtssicherheit und der Ressourcengrenzen der Rechtspflege nicht nur undurchführbar, sondern wäre ein Pyrrhussieg. Jeden vor jedem zu schützen<sup>19</sup>, würde den Wettbewerbsprozess außer Kraft setzen. Dieser bildet jedoch das entscheidende Selbststeuerungsprinzip des marktwirtschaftlichen Systems mit seinen innovations- und wohlfahrtssteigernden Potenzialen<sup>20</sup>.

Doch zu den immanenten Grenzen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) anhand der Inhaltskontrolle von Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger festgestellt<sup>21</sup>: Wenn es sich »um eine

---

Siehe aber *Tilman Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001) 123 ff.; *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? (2001) 275 ff.; *Jörg Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1999) 286 f.

<sup>15</sup> Zur Lockerung des formalen Grundverständnisses in der Rechtsprechung der zwanziger Jahre (Hyperinflation) *Hannes Röslér*, Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2003, 383 (384).

<sup>16</sup> BGH 29. 10. 1956, BGHZ 22, 90 dehnt die Klauselkontrolle über § 138 BGB auf Verstöße gegen § 242 BGB aus.

<sup>17</sup> BVerfG 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214 (233); siehe *Canaris* 273; aus der überquellenden Literatur: *Manfred Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970); *Günther Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982); *Dieter Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? (1994); *Jürgen Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag (1997); zu verschiedenen Vertragsasymmetrien: *Rösler* 1, 27 ff., 141, im Arbeitsrecht 59, 94 f., 268, im Bürgschaftsrecht 67; ablehnend dagegen *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: AcP 196 (1996) 1–36 (35).

<sup>18</sup> Vgl. anhand eines Spezialfalles *Holger Fleischer*, Zum Verkäuferirrtum über werterhöhende Eigenschaften im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: *Störungen der Willensbildung bei Vertragsabschluss*, hrsg. von *Reinhard Zimmermann* (2007) 35–58 (51 ff.) (zitiert: Störungen).

<sup>19</sup> Vgl. ferner *Canaris* 360: es bedürfe eines Perspektivwechsels, wonach zu fragen sei, warum jemand gerade nicht besonders schutzwürdig sei.

<sup>20</sup> Siehe vor allem *Friedrich A. v. Hayek* [1899–1992], Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *ders.*, *Freiburger Studien* (1969) 249–265; *Jürgen Basedow*, Mehr Freiheit wagen, Über Deregulierung und Wettbewerb (2002).

<sup>21</sup> BVerfG 19. 10. 1993 (oben N. 17) 232; siehe auch BVerfG 6. 12. 2005, BVerfGE 115, 51; 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242 (255) zum Handelsvertreterrecht.

typisierbare Fallgestaltung [handelt], die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen.« Dies folge bereits aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie<sup>22</sup> und dem Sozialstaatsprinzip<sup>23</sup>. Im Ausgangsfall des BVerfG war damit – ohne Rücksicht auf §§ 765–777 BGB – die Bürgschaft der im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung vermögenslosen Bürgin nach § 138 I BGB sittenwidrig und infolgedessen nichtig<sup>24</sup>.

Diese Wandlungen gehen zu Lasten der Privatautonomie<sup>25</sup>, die ebenso unerlässlich bleibt wie das sich daraus ergebende *pacta sunt servanda*-Prinzip<sup>26</sup>. Leidenschaftlich diskutiert wird aber, welcher Grad an Freiheit innerhalb immanenter Grenzen rechtsethisch richtig<sup>27</sup>, rechtstatsächlich machbar<sup>28</sup> und ökonomisch effizient ist<sup>29</sup>. Schließlich geht es grundsätzlich um den Sinn und Zweck von Recht in der sog. Privatrechtsgesellschaft<sup>30</sup>: um die komplexe Aufgabe der Sicherung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit und der selbstbestimmten Entfaltung des Einzelnen<sup>31</sup> in der Gesellschaft und *gegenüber* dem Staat, aber dies – nur vordergründig als Paradox<sup>32</sup> – in vielen Fällen *mit* dem Staat, insbesondere durch staatliche Gesetzgebung und Gerichte<sup>33</sup>.

<sup>22</sup> Art. 2 I GG; siehe BVerfG 12. 11. 1958, BVerfGE 8, 274 (328); 23. 4. 1986, BVerfGE 73, 261 (271). Es fehlt eine explizite Garantie, wie sie Art. 152 I WRV 1919 »nach Maßgabe der Gesetze« vorsah.

<sup>23</sup> Artt. 20 I, 28 I GG. Bereits *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute: JZ 1958, 1 (6) stellte Freiheitsgarantie und Sozialstaatlichkeit dialektisch gegenüber.

<sup>24</sup> Siehe auch *Ulrich Drobnig*, Die richterliche Neuregelung des Bürgschaftsrechts in Deutschland, in: *Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten in Deutschland und in den Niederlanden*, hrsg. von *dems./H. Irene Sagel-Grande/Henk J. Snijders* (2003) 1–14.

<sup>25</sup> Für den angloamerikanischen Rechtskreis *Grant Gilmore*, *The Death of Contract*<sup>2</sup> (1995) (Erstdruck 1974); *P. S. Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979); dagegen *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, hrsg. von *F. H. Buckley* (1999).

<sup>26</sup> Zu dieser Bedingtheit *Canaris* 279.

<sup>27</sup> Vgl. zur Richtigkeitsgewähr durch die Mechanik des Vertrages *Walter Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts: AcP 147 (1941) 130–197; *ders.*, Zum Vertragsproblem, in: FS *Ludwig Raiser* (1974) 3–26.

<sup>28</sup> Neben der Frage der Justizüberforderung ist hiermit die Informationsüberlastung des Verbrauchers gemeint; dazu noch kurz unten.

<sup>29</sup> *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts<sup>4</sup> (2005) 393ff.

<sup>30</sup> *Franz Böhm* [1895–1977], Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft: ORDO 17 (1966) 75–151.

<sup>31</sup> Siehe etwa *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II<sup>4</sup> (1992) 1.

<sup>32</sup> So wird aus dem Freiheitsrecht auf Privatautonomie eine Freiheitsschranke, und zwar zur Herstellung der Vertragsfreiheit des anderen; siehe *Josef Isensee*, Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte, in: FS *Großfeld* (1999) 485–514 (508); differenzierter *Canaris* 299f.

<sup>33</sup> Zur Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht etwa *Hannes Rösler*, Harmoniz-

### III. Analyse kennzeichnender Schutzinstrumentarien des EG-Rechts

Brennpunkt dieser Auseinandersetzungen ist seit den Siebzigern bis in unsere Zeit<sup>34</sup> der Verbraucherschutz. Dieses Themas hat sich die Europäische Gemeinschaft (EG) angenommen<sup>35</sup>. Zahlreiche Richtlinien stellen auf den Verbraucher als Einheitsfigur ab und typisieren den Schutz, und zwar meist als Mindestvorgabe. Nachfolgend sind vier Schutz- und Ausgleichsinstrumente des punktuell-eklektischen Gemeinschaftsrechts hervorzuheben<sup>36</sup>: die Informationserfordernisse, die Rolle des zwingenden Rechts, die Vertragsauflösung und das Klauselrecht.

#### 1. Informationspflichten

##### a) Im Vorfeld: Verlässlichkeit bei Werbeaussagen und Lauterkeit der Geschäftspraktiken

Das europäische Verbraucherrecht setzt vorrangig auf das Informationsmodell<sup>37</sup>. Dieses informationsbasierte Schutzkonzept ist als Mittel des geringsten Eingriffs ein Stück weit zu begrüßen, schließlich sind Informationen die absolute Vorbedingung für rationale Marktentscheidungen. Die Bewertung von Umfang, Gehalt und Präsentation der Informationen hat sich nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) daran zu orientieren, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die Angabe wahrscheinlich auffassen

---

ing the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution, The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective: Tulane European & Civil Law Forum 23 (2008) 1–36; *Olha O. Cherednychenko*, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party (2007) 57 ff.

<sup>34</sup> Nachzeichnend etwa *Jochen Mohr*, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neugeschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht: AcP 204 (2004), 660–696 (664 ff.).

<sup>35</sup> Zu den Ursachen *Hannes Röslér*, 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa – rechtsvergleichende, programmatische und institutionelle Faktoren: ZRvgl. 2005, 134–147.

<sup>36</sup> Siehe *Basedow*, Europäische Union 98 ff. zu weiteren, ganz überwiegend von ihm als gerechtfertigt eingeschätzten Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch das Sekundärrecht.

<sup>37</sup> Zum Informationsprinzip (Art. 153 I EG) *Röslér* 142 ff.; *ders.*, Die Anwendung von Prinzipien des europäischen Verbraucherprivatrechts in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung: ZEuS 2006, 341–362; weiter *Holger Fleischer*, Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht: ZEuP 2000, 772–798; *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, hrsg. von *Stefan Grundmann/Wolfgang Kerber/Stephen Weatherill* (2001); zu Vorzügen und Grenzen im Lichte von Behavioral Economics *Markus Rehberg*, Der staatliche Umgang mit Information, in: *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, hrsg. von *Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer* (2007) 284–354 und Korreferat *Gerald Spindler/Lars Klöhn*: ebd. 355–365.

würde<sup>38</sup>. Damit ist gerade nicht der Schutz des *spezifisch* Schwachen bezweckt. Allerdings kann nach Gruppen zu differenzieren sein. Die Regel und ihre Ausnahme zeigen sich bei der Richtlinie 2005/29/EG zum *Lauterkeitsrecht*. Ihr Art. 5 II verbietet zunächst unlautere Geschäftspraktiken, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widersprechen und die sich zumindest *eigenen*, in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des *Durchschnittsverbrauchers*, den sie erreichen oder an den sie gerichtet sind, wesentlich zu beeinflussen.

Sofern sich aber eine Geschäftspraxis an eine bestimmte *Gruppe* von Verbrauchern wendet, kommt es gemäß Art. 5 II b) auf ein *durchschnittliches Mitglied* allein dieser Gruppe an. Gleiches gilt nach Art. 5 III für Geschäftspraktiken, welche voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind. Dies lässt die übliche Werbepaxis unbeschadet, übertriebene Behauptungen aufzustellen.

Einen recht wirkungsvollen Mechanismus zugunsten der Verlässlichkeit bei der Informationsversorgung sieht das Vertragsrecht nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vor. Hier wird der Unternehmer im Zusammenhang mit der in Art. 2 I verankerten »Vertragsmäßigkeit« beim Wort genommen: Relevante Qualitäts- und Leistungsmerkmale eines Verbrauchsgutes können nach Art. 2 II d) aus öffentlichen Äußerungen, z. B. aus Werbung, Etikettierung, Äußerungen des Verkäufers, Herstellers und Herstellervertreters abgeleitet werden<sup>39</sup>. Hieran (bzw. am umsetzenden § 434 I 3 BGB) wird deutlich, wie auch das Gemeinschaftsvertragsrecht eine das Marktverhalten steuernde Funktion übernimmt. Dies gilt selbstverständlich auch über die Informationspflichten hinaus: So schließt Art. 9 Richtlinie 97/7/EG zum Fernabsatz bzw. § 241a BGB bei der Lieferung unbestellter Ware oder der Erbringung unverlangter Dienstleistungen jeden Anspruch des Unternehmers aus<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> EuGH 16. 7. 1998 – Rs. C-210/96 (*Gut Springenheide und Tusky ./. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*), Slg. 1998, I-4657, Rz. 37; übernommen vom BGH (der zuvor auf den flüchtigen Betrachter abstellte) 20. 10. 1999, GRUR 2000, 619 (621) – Orient-Teppichmuster.

<sup>39</sup> Siehe näher *Felix R. Stamer*, Die Bindung an öffentliche Äußerungen Dritter im vertragsrechtlichen *Acquis communautaire* (2007) 95 ff.

<sup>40</sup> Siehe *Reiner Schulze*, Grundzüge eines kohärenteren europäischen Vertragsrechts: ZR-Pol. 2006, 155–159 (157). Zur Annäherung des Pflichtenprogramms im Lauterkeits- und Vertragsrecht *Christoph Busch*, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht (2008).

## b) Vorvertragliche Informationspflichten

Ergänzt werden diese Regelungen mit letztlich wettbewerbsrechtlichem Charakter durch vor und bei Vertragsschluss zu erfüllende Informationspflichten<sup>41</sup>, die für verbrauchervertragliche Rechtsakte der Gemeinschaft kennzeichnend sind. Besonders deutlich wird das Informationsmodell in der Time-Sharing-Richtlinie 94/47/EG und der sie ersetzenden Richtlinie 2008/122/EG. Hier sind die Grenzen der Erhöhung der Vertragstransparenz durch Information rasch erreicht, zumal es hier zielführender gewesen wäre, eine »notarielle« Beurkundung für sämtliche Arten von Time-Sharing-Verträgen vorzuschreiben<sup>42</sup>. Beträchtliche Probleme bereiten auch komplexe Finanz- und Anlagegeschäfte. Sie haben zu einer überbordenden Gesetzgebung<sup>43</sup> und Rechtsprechung in Fragen der Beratungspflichten<sup>44</sup>, der Vermittlerhaftung sowie der Prospekterstellung und -haftung geführt.

Im Europarecht verlangt die Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)<sup>45</sup>, die einen einheitlichen Standard bei der Anlageberatung schaffen soll, den Banken eine *individuelle* Beratung ab. Dazu sind nun auch Schulbildung, Beruf, Höhe und Herkunft des Einkommens, Schulden, Anlageziel und Wissensstand zu berücksichtigen<sup>46</sup>. Auch bei weniger risikoträchtigen Geschäften können Pflichtinformationen eine effektive Maßnahme darstellen, sofern sie klar und verständlich erfolgen. Letzteres ist z. B. für Garantien nach Art. 6 II Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (umgesetzt in § 477 I BGB) und bei Informationen im Fernabsatz ausdrücklich vorgeschrieben (z. B. in Art. 4 der entsprechenden Richtlinie 97/7/EG bzw. § 312c I BGB). Dies ist Ausdruck von Ansätzen eines allgemeinen Transparenzgebots<sup>47</sup>, das sich für das Klauselrecht vertragsartenübergreifend in der entsprechenden Richtlinie findet (Art. 5, umgesetzt in § 307 I 2 BGB; siehe auch Art. II-9:402 DCFR)<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Insbesondere zur *culpa in contrahendo Fleischer* (oben N. 9) 416 ff.; Rösler, Arglist (oben N. 12) 564; für das Gemeinschaftsrecht oben N. 37.

<sup>42</sup> Michael Martinek, Das neue Teilzeit-Wohnrechtgesetz: NJW 1997, 1393 (1396).

<sup>43</sup> Jüngst die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG vom 23. 4. 2008 (ABL. L 133/66).

<sup>44</sup> Siehe speziell zur Komplexität bei den Schrottimmobilen und den Vorgaben des EG-Rechts Hannes Rösler, Die europarechtlichen Vorgaben bei der Bewältigung der »Schrottimmobilen«-Problematik: ZEuP 2006, 869–888 (zitiert: Vorgaben).

<sup>45</sup> Zur Richtlinie 2004/39/EG Gerald Spindler/Roman A. Kasten, Der neue Rechtsrahmen für den Finanzdienstleistungssektor: WM 2006, 1749–756 und 1797–1804.

<sup>46</sup> Zudem sind Provisionen offenzulegen; weitergehend BGH 19. 12. 2006, BGHZ 170, 226.

<sup>47</sup> Vgl. zu der Frage Jürgen Basedow, Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts: VersR 1999, 1045–1055.

<sup>48</sup> Für eine Kritik der zahlreichen Informationspflichten des DCFR Florian Faust, Informationspflichten, in: Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, hrsg. von Reiner Schulze/Christian v. Bar/Hans Schulte-Nölke (2008) 115–134.

## 2. Zwingendes Recht als scharfes Schwert

Für die Möglichkeit einer interessengerechten Wahrnehmung von Marktchancen sind in einigen Fällen kompensatorische Ansätze unzureichend, die nur auf den Ausgleich von Informationsasymmetrien<sup>49</sup> zielen. Da man dem Verbraucher eine effektive Verteidigung seiner Rechtsposition insoweit nicht zutraut, sind einige Schutznormen nicht durch den Parteiwillen abdingbar<sup>50</sup>. Sodann sind vertragliche Abweichungen zum Nachteil des Verbrauchers *per se* (also auch ohne Klauselkontrolle) unrechtmäßig. Solche halbzwingenden Vorschriften finden sich vor allem in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die Bewertung der Richtlinie insgesamt fällt mit Blick auf die Vertragsfreiheit (auch aus Sicht des »Schwächeren«) differenziert aus: Während insbesondere die Möglichkeit der Garantie zur Ausweitung der Gewährleistungsrechte unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit zu begrüßen ist, stoßen gerade die halbzwingenden Vorgaben bei der Verjährung auf harte Kritik.

Die juristische und rechtsökonomische Diskussion hat sich dabei an der freilich nicht abdingbaren gesetzlichen Gewährleistungsfrist von mindestens einem Jahr entzündet (Art. 7 I 3 Kaufrichtlinie 1999/44/EG, dementsprechend § 475 II BGB). Argumentiert wird, die Richtlinie verhindere den erforderlichen Wettbewerb<sup>51</sup>: Selbst in Fällen, in denen der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer der weitaus »Stärkere« und Wissensüberlegene ist, kann schließlich kein Gebrauch von der Vertragsfreiheit gemacht werden. Gerade an diesem Beispiel, dass also der Verbraucher auch gegen seinen Willen an eine Schutzregelung gebunden ist, wird das Typisierende des Gemeinschaftsprivatrechts deutlich. Es stellt hier nicht auf den Interessenausgleich im einzelnen Vertragsverhältnis ab. Vielmehr beruht es auf der makro-sozioökonomischen Erkenntnis einer *üblicherweise* vorhandenen Unterlegenheit des Verbrauchers, die bei einer Abdingbarkeit rasch die gesetzliche Regel und den erforderlichen Schutz aushöhlen würde<sup>52</sup>. Hier spielt also das umgekehrte Argument der im Einzelfall vorhandenen Stärke (nämlich in diesem Fall des Verbrauchers) keine Rolle.

---

<sup>49</sup> Dazu *Joseph E. Stiglitz*, *The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics: Quarterly Journal of Economics* 115 (2000) 1441–1478.

<sup>50</sup> *Josef Drexl*, *Zwingendes Recht als Strukturprinzip des Europäischen Verbrauchervertragsrechts?*, in: *Privatrecht in Europa*, FS Hans Jürgen Sonnenberger (2004) 771–790.

<sup>51</sup> Anhand des Gebrauchtwagenmarktes *Roland Kirstein/Hans-Bernd Schäfer*, *Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen?*, in: *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung* (oben N. 37) 369–405, dagegen das verneinende Korreferat *Peter Mankowski*: ebd. 406–416; Kritik an Art. 7 auch bei *Canaris* 362ff. (364: »illiberal wie unsozial«).

<sup>52</sup> So argumentiert die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999, ABl. L 171/12, Erwägungsgrund 22.

### 3. Widerrufsrecht als prozedurales Instrument

Mit dem Widerrufsrecht hat der Gemeinschaftsgesetzgeber ein innovatives Instrument zum Schutz des Willensbildungsprozesses statuiert. Grundsätzlich bestehen nach Vertragsabschluss drei allgemeine Möglichkeiten des Verbraucherverhaltens: Entweder »voice«, d. h. »Beschwerde« bei Unternehmer, Gericht, Schiedsstelle usw. oder das Nichtstun mit dem Effekt der »Loyalität« gegenüber dem Unternehmer<sup>53</sup>. Mit dem Widerrufsrecht tritt eine begrenzte und spezielle Möglichkeit des rechtlich rückwirkenden »exits« hinzu, also des Ausstiegs aus dem Vertrag innerhalb einer bestimmten Frist. In Deutschland beträgt die Frist 14 Tage, denn hier ist das Widerrufsrecht mit den §§ 355 ff. BGB vereinheitlicht worden<sup>54</sup>. Übernommen wurde die Frist in Art. II.-5:103 II DCFR. Nach Ablauf der Überlegungsphase mit schwebender Wirksamkeit des Vertrages<sup>55</sup> verbleiben dem Verbraucher allgemein nur der künftige Marktaustritt bzw. Kaufboykott oder die Abwanderung zur Konkurrenz als die üblichen »Exit«-Optionen.

Das Widerrufsrecht ist in vielerlei Hinsicht eine vertragsrechtliche Ausnahme: Im Gegensatz zu den weiteren Lösungsrechten etwa aufgrund der Irrtumsanfechtung bedarf es dafür keiner weiteren über die Widerrufsvoraussetzungen hinausgehenden Umstände oder Begründungen. Damit handelt es sich um ein prozedurales Schutzinstrument, das inhaltliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit gerade nicht erfordert<sup>56</sup>. Indem der Unternehmer über das Widerrufsrecht außerdem zu belehren hat, erfährt der Verbraucher im Gegensatz zu weiteren Rechtsbehelfen von seinem Recht. Verschärft wird dies noch durch den Umstand, dass die Widerrufsfrist entweder erst ab Belehrung läuft<sup>57</sup> oder gar der Vertrag nichtig ist<sup>58</sup>. Allerdings müssen solche Überlegungsfristen auf besondere, durch die Situation oder den Vertragsgegenstand bedingte Gefahrenlagen beschränkt bleiben. Gründe sind etwa der Schutz vor Überrumpelung in der Haustürsituation, die Begrenzung des Impulskaufes etwa beim TV-Shopping sowie die Unüberprüfbarkeit des Vertragsgegenstands beim Abschluss eines Kaufvertrages

<sup>53</sup> Dies ist an das organisationssoziologische Konzept von *Albert O. Hirschman*, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (1970) angelehnt.

<sup>54</sup> Und zwar bereits 2000 mit §§ 361a BGB [a. F.]; BGBl. 2000 I 897.

<sup>55</sup> Als rechtsvernichtende Einwendung. Siehe zum Gegensatz zur schwebenden Unwirksamkeit *Günter Reiner*, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*: AcP 203 (2003) 1–45 (7, 19 ff.).

<sup>56</sup> *Canaris* 345.

<sup>57</sup> §§ 312d II, 485 IV BGB. Die Hinweispflicht ist als echte Rechtspflicht einzustufen, *Rösler*, *Vorgaben* (oben N. 44) 881.

<sup>58</sup> In den Fällen des Verbraucherdarlehensvertrages und der Teilzahlungsgeschäfte; §§ 494 I, 492 I 5; §§ 502 I 1, III BGB.

über das Internet. Ansonsten würde eine Aushöhlung von *pacta sunt servanda* und der Rechtssicherheit drohen<sup>59</sup>.

Damit schützt das Widerrufsrecht vor typisierter psychischer und informationeller Schwäche, und zwar um die Chancen zur Selbstbestimmung zu erhöhen<sup>60</sup>. Das Gegenargument, der Verbraucher befinde sich mittlerweile durch die Informationsmedien in einer überlegenen Marktsituation, trifft nicht generell zu. Zwar kann das Internet einige Informationsasymmetrien überwinden, wodurch die »Konsumentenmacht« zunimmt (z. B. dank Datenbanken über Marktpreise, Online-Auktionen für Handwerksarbeiten). Zudem gelingt die Selbstorganisation durch Verbraucher-Online-Foren besser<sup>61</sup>. Fernab dieser allgemeinen »voice«-Optionen und jener individuellen Möglichkeit, aufgrund eines breiten Informationsangebots *potenziell* besser in (Preis-)Verhandlungen mit dem Unternehmer treten zu können, bestehen auch auf den neuen Konsummärkten nennenswerte Asymmetrien fort<sup>62</sup>. Zu nennen sind die neuen »Immaterialitäten« der beteiligten Personen und des Vertragsabschlussprozesses im Internet. Sie treten zur ohnehin steigenden Dynamik, Komplexität und Internationalisierung der Märkte hinzu. Erst mit dem Widerrufsrecht erhält der Verbraucher kompensierend die Chance, den konkreten Gegenstand eingehend zu prüfen.

#### 4. Klauselrecht gegen Marktversagen

Das Klauselrecht erfordert eine materiale, d. h. inhaltliche Wertung<sup>63</sup>. Es ist damit nicht lediglich – wie die Widerrufsrechte – prozeduraler Natur. Regelmäßig besteht auf dem Gebiet der AGB ein Marktversagen, da faktisch kein funktionsfähiger Wettbewerb um Vertragsbedingungen existiert. Damit sind die Funktionsbedingungen der Selbstbestimmung nicht gegeben und auf die übliche Legitimationswirkung des Vertrages<sup>64</sup> ist kein hinrei-

---

<sup>59</sup> Auch aus Verbrauchersicht wäre eine Verallgemeinerung des Widerrufsrechts kaum wünschenswert; siehe zur »Spiralproblematik« Rösler 173.

<sup>60</sup> Vgl. Reiner (oben N. 55) 9, 44.

<sup>61</sup> Behrang Rezabakhsh/Daniel Bornemann/Ursula Hansen/Ulf Schrader, Consumer Power, A Comparison of the Old Economy and the Internet Economy: JCP 29 (2006) 3–36.

<sup>62</sup> Rösler 161 ff.

<sup>63</sup> Inhaltskontrolle gem. §§ 307–310 BGB. Siehe vertragstheoretisch Canaris 289 (dort auch zu den unterschiedlichen Richtungen des Begriffs »Materialisierung«); anhand der AGB-Kontrolle 320 ff.; weiter zur Materialisierung Marietta Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005) 23 ff.; Christian Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000) (Arbeitsrecht); Dagmar Schick, Differenzierte Gerechtigkeit (2000) 305 ff. (Diskriminierungsrecht); Günther Hönn, Der Schutz des Schwächeren in der Krise, in: FS Alfons Kraft (1998) 251–261.

<sup>64</sup> Vgl. grundlegend Ludwig Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935); weiter Josef Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998).

chender Verlass<sup>65</sup>. Darum sieht die Klauselrichtlinie 93/13/EWG Vorschriften sowohl zur Einbeziehung als auch zur späteren Inhaltskontrolle vor. Dabei kann auch der Verwender der Klauseln der Schwächere sein. Dies hat Jürgen Basedow unterstrichen und der gegenteiligen Auffassung, die ein echtes Ungleichgewicht erfordert, vorgehalten: Die »zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen« trafen nicht zu, da »AGB auch in solchen Branchen widerspruchslos hingenommen werden, in denen unter den Anbietern erbitterter Wettbewerb besteht und von ihrer wirtschaftlichen oder sonstigen Übermacht nicht die Rede sein kann.«<sup>66</sup>

Eine offenkundige Lebenserfahrung beschrieb auch Lord Denning (1899–1999): »No customer in a thousand ever read the conditions [on the back of a parking lot ticket]. If he had stopped to do so, he would have missed the train or the boat.«<sup>67</sup> Diese Person »bedarf [nach Jürgen Basedow] deshalb nicht etwa als der Schwächere des staatlichen Schutzes, er handelt vielmehr ökonomisch rational«<sup>68</sup>. In dem rationalen Ausblenden der »Qualitätsproblematik« der Klauseln liegt auch der Grund, warum der Vertragspartner nur die Möglichkeit haben muss, die Klauseln einzusehen<sup>69</sup>. Konsequenterweise sind – im Unterschied zur verbraucherrechtlichen Klauselrichtlinie<sup>70</sup> – Unternehmer vom Schutz nach §§ 305 ff. BGB ebenso erfasst<sup>71</sup>. Auch Artt. II.-9:401 ff. DCFR sehen dies vor. Allerdings besteht hier zugunsten von Verbrauchern ein strengerer Kontrollmaßstab<sup>72</sup>, was nicht zuletzt den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Auffassungen über die Schutzbedürftigkeiten geschuldet ist.

<sup>65</sup> Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup> (-Basedow) (2007) Vor § 305 Rz. 5 ff. (zitiert: Münch. Komm. [-Basedow]); vergleichend Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht (1996) 209.

<sup>66</sup> Münch. Komm. (-Basedow) (vorige Note) Vor § 305 Rz. 4; Ulrich Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge: AcP 200 (2000) 45–90 (89).

<sup>67</sup> Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd., [1971] 2 Q.B. 163 (169).

<sup>68</sup> Jürgen Basedow, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in: Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, FS Ulrich Immenga (2004) 3–19 (11).

<sup>69</sup> Vgl. Hein Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, Eine rechtsökonomische Skizze: JuS 2003, 209–214.

<sup>70</sup> Für den Geschäftsverkehr sieht allerdings Art. 3 III Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG (vom 29. 6. 2000, ABl. L 200/35) eine Fairnesskontrolle (»grob nachteilig«) von Vertragsklauseln vor.

<sup>71</sup> Siehe die Sondervorgaben in § 310 III BGB.

<sup>72</sup> Bei B2C-Verträgen ist der Maßstab, ob eine Klausel »significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing« (Art. II.-9:403 DCFR); bei C2C gilt Ähnliches (Art. II.-9:404 DCFR); bei B2B-Verträgen: ob eine Klausel »grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing« (Art. II.-9:405 DCFR).

#### IV. Ebenen des gemeinschafts- und nationalrechtlichen Schwächerenschutzes

##### 1. Begrenzte Reichweite des (europäisch determinierten) Verbraucherrechts

Zwar dient die Privatrechtsordnung schon immer der Ergänzung des vertraglich Verabredeten, etwa hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien sowie der Folgen bei Vertragsbruch. Das Wettbewerbsrecht tritt dem als weiter gefasster Fairnessschutz hinzu<sup>73</sup>. Das Besondere an den gezeigten gemeinschaftsrechtlich bedingten Eingriffen in den Vertrag ist aber, dass sie nicht auf individuelle Schwäche, sondern auf allgemein-typische Schwächen reagieren<sup>74</sup>. Weiter entindividualisiert wird der Verbraucherschutz bei der Verbandsklage. Damit ist die Frage nach der Sachgerechtigkeit einer Gleichsetzung von Verbraucher- und Schwächerenschutz aufgeworfen. Das enge Verbraucherbild der EG<sup>75</sup> kollidiert zunächst mit individuellen Schutzerofordernissen z. B. von älteren Menschen<sup>76</sup>, Ärmern<sup>77</sup>, Migranten, Behinderten und kleineren Unternehmern<sup>78</sup>. Dies gilt weniger beim wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot, aber umso mehr beim Konsumentenvertragsrecht und den vertragstheoretischen Annahmen, welche Grundlagen zur Verwirklichung der Selbstbestimmungschancen im Markt erforderlich sind. Damit besteht eine Schutzlücke, die mangels Bedürfnisses einer Rechtsharmonisierung hinzunehmen ist. Im Interesse des Verkehrsschutzes wird sie nur stellenweise durch das mitgliedstaatliche Recht geschlossen<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Zur Entindividualisierung und Institutionalisierung des Vertragsrechts sowie zur Bedeutung des Schutzes des Verbrauchers im UWG siehe *Matthias Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb (2007).

<sup>74</sup> Zu dieser Unterscheidung auch *Alessandro Somma*, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, in: *New Features in Contract Law*, hrsg. von *Reiner Schulze* (2007) 25–47.

<sup>75</sup> Auf die Dual-Use-Problematik kann nicht weiter eingegangen werden; dazu bereits *Hannes Rösler/Verena Siepmann*, Gerichtsstand bei gemischt privat-gewerblichen Verträgen nach europäischem Zivilprozessrecht: EWS 2006, 497–501.

<sup>76</sup> *Markus Roth*, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel: AcP 208 (2008) 451–489.

<sup>77</sup> Denn gerade der überlegene Verbraucher kann von seinen Rechten Gebrauch machen. Zudem etwa anhand des Kreditzinses *David Caplovitz*, *The Poor Pay More* (1967).

<sup>78</sup> Zu den Ausweitungen in den Mitgliedstaaten (etwa um juristische Personen) gegenüber den Richtlinien, Art. 6 Rom I und Art. 13–15 Brüssel I: *EC Consumer Law Compendium*, hrsg. von *Hans Schulte-Nölke/Christian Twigg-Flesner/Martin Ebers* (2008); Art. I.-1:105 I DCFR: Handeln einer natürlichen Person zu »primarily« privaten Zwecken.

<sup>79</sup> Die Probleme der »unfairen« Übervorteilung bestehen auch zwischen »Unternehmern« und dergleichen. Dies zeigt sich in Art. 3.10 UNIDROIT-Prinzipien (dazu *Ulrich Drobnig*, *Protection of the Weaker Party*, in: *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, hrsg. von *Michael J. Bonell/Franco Bonelli* [1997] 215–224), der ganz ähnlich wie Art. 4:109 PECL – aber anders als das CISG – Vorschriften zum groben Missverhältnis vorsieht. Die Regeln halten ebenso wie § 138 II BGB, § 879 II Nr. 4 ABGB, Art. 21 OR, Art. 179 griech.

Überlappungen sind auch in sachlicher Hinsicht erkennbar. Trotz eines Verbraucher-Unternehmer-Verhältnisses kann in sachlicher Hinsicht ein Unternehmengeschäft vorliegen, das man intuitiv nicht als Massengeschäft oder sonst »typisch« einschätzen würde. Zudem erfasst das Verbraucherrecht paradoxerweise auch solche Großgeschäfte, die dem Käufer einen sehr hohen Aufmerksamkeitsgrad abverlangen. Deutlich wird dies anhand des folgenden Falls: Kann eine Privatperson, für die eine Motoryacht im Preis von 125.000 € gebaut und geliefert wird, als Verbraucher eingestuft werden? Ein solcher Fall kam auf Vorlage des Bundesgerichtshofs (BGH) vor den EuGH<sup>80</sup>. Dieser musste sich freilich mit der Frage nicht beschäftigen<sup>81</sup>, da die Vorlage auf die Anerkennungsfähigkeit von nationalen Entscheidungen nach dem EuGVÜ abzielte<sup>82</sup>. Der Fall führt aber wieder in den bekannten Verbraucherbereich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Schuldner den Betrag von 125.000 € in fünf Teilbeträgen zahlen sollte. Es handelte sich also um ein Teilzahlungsgeschäft, bei der die üblichen Gefahren der finanziellen Überbürdung drohen. Die Einstufung des Yachterwerbers als Verbrauchersache<sup>83</sup> erscheint insofern nicht völlig abwegig. Doch die neue (vollharmonisierende) Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, die bis Mitte 2010 umzusetzen ist, nimmt Gesamtkreditbeträge von mehr als 75.000 € ebenso aus – wie schon bislang – Hypothekenkredite<sup>84</sup>.

## 2. Bürgschaftsrecht der Mitgliedstaaten

Für den Schutz der individuellen Schwäche steht die Bürgenrechtsprechung. Auch wenn das BVerfG hier – wie unter II. zitiert – von einer typisierbaren Fallgestaltung und einer strukturellen Unterlegenheit spricht, so geht es ihm um die Fallgruppenbildung zur Erhöhung der Rechtssicherheit und Aufrechterhaltung der Funktion von Bürgschaften. Damit ist die rechtliche Behandlung der individuellen Schwäche diffizil und bisher weitgehend dem nationalen Recht überlassen. Deutlich wird dies an der unterschied-

---

ZGB, § 31 nordisches Vertragsgesetz, aber anders Art. 3:44 IV Burgerlijk Wetboek am Erfordernis eines Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung fest. Im Unterschied zur Täuschung, Drohung usw. hängt die Ausnutzung der Zwangslage eines Vertragspartners also vom tatsächlichen Bestehen eines Ungleichgewichts ab. Zur Anfechtbarkeit wegen *dol* und zum *undue influence* siehe *Kötz* (oben N. 65) 201 ff.

<sup>80</sup> EuGH 27. 4. 1999 – Rs. C-99/96 (*Hans-Hermann Mietz ./ Intership Yachting Sneek BV*), Slg. 1999, I-2277.

<sup>81</sup> EuGH 27. 4. 1999 (vorige Note) Rz. 25.

<sup>82</sup> Art. 13 EuGVÜ; heute Art. 15 EuGVO.

<sup>83</sup> *Jan Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht<sup>8</sup> (2005) Art. 15 Rz. 4ff.; weiter *Hannes Rösler/Verena Siepmann*, Der Beitrag des EuGH zur Präzisierung von Art. 15 I EuGVO: EuZW 2006, 76–79.

<sup>84</sup> Art. 2 II a) und c).

lichen Behandlung der Angehörigenbürgschaft. Die europäischen Prinzipien zu Personal- und Mobiliarsicherheiten<sup>85</sup> bzw. der DCFR sehen Vorschriften zu Bürgschaften vor<sup>86</sup>. Die Begründung der erstgenannten Grundsätze, also der PEL Pers. Sec. (Principles of European Law – Personal Security), verdeutlicht zweierlei: Es bestehen gemeinsame Elemente bei der Struktur der Bürgschaft (vor allem die Akzessorietät zur gesicherten Forderung) sowie bei dem europaweit zunehmenden Schutz des Bürgen durch vorvertragliche Informationspflichten, die in erster Linie den Banken auferlegt werden. Allerdings schätzen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten das rechte Maß des Schutzes unterschiedlich ein.

Während das deutsche Recht bei Ausnutzung einer Nähebeziehung durch den Kreditgeber, die im Fall krasser finanzieller Überforderung vermutet wird, über § 138 I BGB zur Nichtigkeit der Angehörigenbürgschaft gelangt<sup>87</sup>, führt das englische Institut der *undue influence*<sup>88</sup> zur Anfechtbarkeit. Die unredliche Beeinflussung wird nach englischem Recht bei Angehörigen vermutet, und zwar bei minderjährigen Kindern wohl unwiderlegbar. Insgesamt gilt aber, je weniger Eigeninteresse des Bürgen besteht, desto eher ist eine unsachgemäße Beeinflussung zu vermuten. In Fällen der Beteiligung eines Kreditinstituts kann dieses die Vermutung aber widerlegen, wenn der Bürge unabhängigen Rechtsrat erhalten hat und sich die Bank inhaltlich von der tatsächlich stattgefundenen Aufklärung überzeugt hat<sup>89</sup>. Gleichwohl bleiben hier Schutzlücken, wenn diese Beratung unzureichend bleibt<sup>90</sup>. Im französischen Recht wird dagegen allgemein bei Bürgschaften auf die Einhaltung der *proportionalité* und *solvabilité* geachtet (Artt. L313-10, L341-4 ConsC)<sup>91</sup>. Damit ist eine unverhältnismäßige Belastung des Bürgen

<sup>85</sup> Ulrich Drobnig, Personal Security (PEL Pers. Sec.) (2007) (Principles of European Law, 4).

<sup>86</sup> Artt. 2:101 ff. PEL Pers. Sec. bzw. Artt. IV.G.-2:101 ff. DCFR; rechtsvergleichend: Protection of Non-Professional Sureties in Europe, hrsg. von Aurelia Colombi Ciacchi (2007); Cherednychenko (oben N. 33) 301 ff.; Mel Kenny, Standing Surety in Europe: Mod. L. Rev. 70 (2007) 175–196 (184 ff.); Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht<sup>3</sup> (2009) 1251 ff.

<sup>87</sup> BGH 18. 9. 1997, BGHZ 136, 347; 14. 11. 2000, BGHZ 146, 37; 14. 5. 2002, BGHZ 151, 34; 14. 10. 2003, BGHZ 156, 302 (307); 4. 12. 2001, NJW 2002, 744; 25. 1. 2005, NJW 2005, 971.

<sup>88</sup> Dazu etwa in historisch-vergleichender Perspektive Jacques du Plessis/Reinhard Zimmermann, The Relevance of Reverence, Undue Influence Civilian Style: Maastricht J. Eur. Comp. L. 10 (2003) 345–379 (363 ff.).

<sup>89</sup> Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2), [2002] 2 A. C. 773, Nr. 28 (H. L.); Nils Jansen, Seriositätskontrollen existentiell belastender Versprechen, in: Störungen der Willensbildung bei Vertragsabschluss (oben N. 18) 125–161 (149 ff.); Georg Borges, Strukturelemente des europäischen Bürgschaftsrechts, in: Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext, FS Norbert Horn (2006) 21–38 (35 f.); Comment Nr. 30 zu Art. 4:103 PEL Pers. Sec., der die vorvertraglichen Aufklärungspflichten am Vorbild des englischen Rechts ausrichtet.

<sup>90</sup> Geraldine Andrews/Richard Millett, Law of Guarantees<sup>5</sup> (2008) Rz. 5–044; Borges (vorige Note) 36.

<sup>91</sup> Die Bestimmungen gelten für alle Arten von Krediten, soweit der Bürge eine natür-

grundsätzlich schwerer möglich als im englischen Recht<sup>92</sup>. Folge ist nicht die Unwirksamkeit der Bürgschaft. Der Kreditgeber vermag aber seine Rechte aus dem Vertrag nicht auszuüben<sup>93</sup>.

### 3. Rechtsgeschäfte von Minderjährigen, geistig Behinderten und Älteren

Ebenfalls in das divergierende nationale Recht<sup>94</sup> führt die Behandlung der Geschäftsfähigkeit, die bei Minderjährigkeit oder geistiger Behinderung zu verneinen ist. Dabei folgt aus dieser Art der typisierten Schwäche nicht generell eine Rechtsunwirksamkeit: Ab dem siebenten bis zum achtzehnten Lebensjahr liegt nach § 106 BGB beschränkte Geschäftsfähigkeit vor. Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ab, kommt es für die Wirksamkeit des Vertrags auf die Genehmigung des Vertreters an. 2002 wurde zudem § 105a BGB eingefügt: Von volljährigen geistig Behinderten getätigte Geschäfte des täglichen Lebens sind danach im Interesse ihrer eigenen sozialen Integration als wirksam anzusehen<sup>95</sup>, und zwar sofern das Geschäft mit geringwertigen Mitteln bereits bewirkt wurde<sup>96</sup>.

Was den Schutz älterer Menschen anbelangt, sind neben etwaigen Erhöhungen der lauterkeitsrechtlichen Transparenzanforderungen die Widerrufsrechte zu beachten; etwa für auf Kaffeefahrten geschlossene Verträge<sup>97</sup>. Der ebenfalls unter Umständen einschlägige Wuchertatbestand in § 138 II BGB<sup>98</sup> setzt – im Unterschied zu Art. 3:44 IV Burgerlijk Wetboek<sup>99</sup> – ein

---

liche Person ist, dazu *André Buthurieux*, *Responsabilité du banquier*<sup>2</sup> (2004) Rz. 255. In allgemeiner Hinsicht Art. 2295 CC. Ehegattenbürgschaften werden des Weiteren durch die Regeln zum »Familieneigentum« eingeschränkt (Art. 1415 CC).

<sup>92</sup> Daneben besteht gegebenenfalls Schadensersatz aus *culpa in contrahendo*: Cass.civ. 10. 5. 2005, Bull.civ. 2005 I no. 200, 169 (hier hat sich die Bank unzureichend über die finanzielle Situation des Bürgen informiert); zu den Pflichten des Kreditgebers aus *bonne foi* Cour d'appel Versailles 9. 11. 1995, D. 1996, I.R. 17; zu den Rechtsfolgen: Cass.civ. 13. 5. 2003, D. 2003, 2308 mit Aufhebung wegen arglistiger Täuschung und Cass.com. 24. 6. 2003, D. 2003, 2309 mit Schadensersatz.

<sup>93</sup> Hierzu Le crédit et ses garanties, hrsg. von *Philippe Simler* (2004) Rz. 016–01 ff.

<sup>94</sup> *Kötz* (oben N. 65) 148 ff.

<sup>95</sup> *Martin Löhnig/Christoph Schärfl*, Zur Dogmatik des § 105a BGB: AcP 204 (2004) 25 (33); *Roth* (oben N. 76) 461 ff.

<sup>96</sup> Damit wird an die *necessaries*-Verträge im angloamerikanischen Recht angeknüpft; siehe BT-Drucks. 14/9266, 43.

<sup>97</sup> Art. 1 Haustürgeschäfte richtlinie 85/577/EWG (vom 20. 12. 1985, ABl. L 372/31); § 312 I Nr. 2 BGB.

<sup>98</sup> Bereits oben N. 79; zur Vorgeschichte des § 138 II BGB siehe *Klaus Luig*, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Festgabe Helmut Coing (1982) 171–206.

<sup>99</sup> Rechtsvergleichende Nachweise oben in N. 79.

auffälliges Leistungsmissverhältnis bei einem Austauschvertrag<sup>100</sup> voraus, der unter bewusster Ausbeutung der Schwäche des Vertragspartners geschlossen wurde. Individuelle Schwäche allein ist nicht ausreichend, etwa rechtliche und geschäftliche Unerfahrenheit oder Begrenztheit an Urteilsvermögen. Zu betonen ist zudem: Mangelndes Urteilsvermögen i. S. d. § 138 II BGB ist nicht schon anzunehmen, wenn der Betroffene in der Lage war, Inhalt und Folgen eines Rechtsgeschäfts sachgerecht zu bewerten, er aber von diesen Fähigkeiten nur unzureichend Gebrauch gemacht hat<sup>101</sup>.

#### 4. Diskriminierungsrecht als neuer Eingriffstypus

Das Antidiskriminierungsrecht ist ein Paradebeispiel für die Zurückdrängung der Abschlussfreiheit<sup>102</sup>, die grundsätzlich auch die Freiheit zur Diskriminierung umfasst<sup>103</sup>. Doch es erfordert eine andere Bewertung, denn hier wird die *individuelle* Schwäche durch EG-Recht geschützt. Ausgehend von der arbeitsrechtlichen Richtlinie 76/207/EWG erfasst das Antidiskriminierungsrecht heute das Zivilrecht umfassender, und zwar auf Grundlage des mit dem Vertrag von Amsterdam geschaffenen Art. 13 EG<sup>104</sup>. Mit integrations- und vor allem gesellschaftspolitischer Motivation sind z. B. Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen untersagt<sup>105</sup>. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist damit nicht mehr auf das nationale Verfassungsrecht (Art. 3 III GG) oder gemeinschaftsrechtlich auf den freien Personenverkehr sowie die Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen beschränkt<sup>106</sup>.

Zu betonen ist aus dem vorliegenden Blickwinkel: Die erforderliche Ungleichbehandlung setzt erstens nicht eine Situation der Schwäche voraus. So kann auch jemand aus einer ethnischen Minderheit jemanden aus der Mehrheit – etwa bei der Vermietung von Wohnungseigentum – benachteiligen.

<sup>100</sup> Darum sind Bürgschaften von § 138 II BGB nicht erfasst; BGH 26. 4. 2001, NJW 2001, 2466 (2467).

<sup>101</sup> BGH 23. 6. 2006, NJW 2006, 3054 (3056).

<sup>102</sup> *Basedow*, Europäische Union 100 ff.

<sup>103</sup> *Josef Isensee*, Vorwort, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. von *dem.* (2007) 7–8 (7); auch: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, hrsg. von *Monika Schlachter/Stefan Leible* (2006).

<sup>104</sup> *Jürgen Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht: ZEuP 2008, 230–251 (240 ff.) (zitiert: Grundsatz).

<sup>105</sup> Art. 3 h) Gleichbehandlungs-Richtlinie 2000/43/EG vom 29. 6. 2000, ABl. L 180/22; siehe auch Art. II.-2:101 DCFR; Art. 21 Grundrechtecharta (GrCh); mit KOM(2008) 426 endg. ist eine fünfte Diskriminierungsrichtlinie vorgeschlagen, die auch Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung erfasst.

<sup>106</sup> Allerdings gegen einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz mit unmittelbarer Wirkung zwischen Privaten *Basedow*, Grundsatz (oben N. 104) 240 ff.

Zweitens wird der Schutz hier nur durch individuelle Umstände ausgelöst, geschieht also in Ansehung der konkreten Person<sup>107</sup>. Damit unterscheidet er sich bemerkenswert vom europäischen Verbraucherrecht. Drittens handelt es sich bei der Regelung des Nichtabschlusses eines Vertrages (anders als bei der Kontrolle eines bereits geschlossenen Vertrages durch z. B. das Klausel- oder Bürgschaftsrecht) fraglos um eine neue Stufe der Beschränkung von der Vertragsfreiheit. Erklärtes Ziel ist die – über den Schadensersatz zu erreichende – Prävention, was erklärt, weshalb »wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen« bei Verstößen zu schaffen sind<sup>108</sup>.

## 5. Bewertung der Entwicklungslinien

Die vielschichtige »soziale Frage« hatte schon immer Sprengkraft, vor allem da sie – im Arbeits- und Sozialrecht – mit dem Pauperismus der Industriearbeiter verbunden ist. Auch bei den Entwürfen zum BGB führte das »Soziale« zu heftiger Kritik durch Anton Menger (1841–1906)<sup>109</sup> und Otto v. Gierke<sup>110</sup> (1841–1921). Der Schutz des Schwächeren und der Schutz vor Übereilung war aber durchaus schon im alten BGB von Gewicht<sup>111</sup>. Dies zeigen die Vorschriften zur Rechts- und Geschäftsfähigkeit (§§ 1, 21 ff., 104 ff. BGB), die Formvorgaben beim Hauskauf, Schenkungs- oder Leibrentenversprechen (§§ 311b, 518, 761 BGB), das soziale Mietrecht sowie die Genehmigungsvorbehalte im Familienrecht. Dabei handelt es sich indes – vielleicht bis auf das Minderjährigenrecht – um Spezialfälle. Rasch sollte sich zeigen, dass auch die Vorschriften zu Willensmängeln in den §§ 116–124 BGB das viel häufiger auftretende Auseinanderfallen von formaler Willenseinigung und materiellem Ergebnis nur begrenzt erfassen können<sup>112</sup>.

Auch unter dem Einfluss des Sozialstaates hat sich im Laufe der Jahrzehnte ein Konsens herausgebildet, den das BVerfG im Versicherungsvertragsrecht wiederholt hat: »Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der

<sup>107</sup> Michael Coester, Diskriminierungsschutz im Privatrechtssystem, in: FS Claus-Wilhelm Canaris I (2007) 115–129 (117 f.) ordnet diese Chancengleichheit auf Vertragsschluss der *iustitia distributiva* zu. Siehe auch Claus-Wilhelm Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997) 22.

<sup>108</sup> Erwägungsgrund 26 und Art. 15 Richtlinie 2000/43/EG (oben N. 105).

<sup>109</sup> Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890).

<sup>110</sup> Berühmt: Otto v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889) 10 (noch zum 1. BGB-Entwurf 1887); dazu Susanne Pfeiffer-Munz, Soziales Recht ist deutsches Recht (1979); Tilman Reppen, Was war und wo blieb das soziale Öl?: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 2000, 406–424; Röslers 57 f.

<sup>111</sup> Gottlieb Planck, Die soziale Tendenz des BGB: DJZ 1899, 181–184 (insbesondere zu den Änderungen aufgrund der besagten Kritik); zu nennen ist auch das Abzahlungsgesetz von 1894; siehe ferner bereits oben N. 12 und 14 sowie Reiner (oben N. 55) 15 ff.

<sup>112</sup> Zu den entsprechenden Verschiebungen beim Arglistbegriff (§ 123 I Alt. 1 BGB) und der *culpa in contrahendo* Röslers, Arglist (oben N. 12) 564.

Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind [...] Um dies zu sichern, bedarf die Privatautonomie der Ausgestaltung in der Rechtsordnung.«<sup>113</sup> Jürgen Basedow erklärt diese Notwendigkeit ordnungspolitisch: »[M]anchmal hat erst der regulatorische Eingriff zur Folge, dass die Vertragsfreiheit ihre wohltuenden Wirkungen für die Allgemeinheit entfalten kann.«<sup>114</sup> Rechtsoffiziell wird der Schutz des Schwächeren im Schuldvertragsrecht weniger (wie in den Siebzigern üblich) mit dem sozio-ökonomischen Gesichtspunkt des »Sozialen« begründet<sup>115</sup>.

Dies trifft insbesondere auf die Schuldrechtsmodernisierung zu. Entsprechendes gilt aber umso mehr für das Gemeinschaftsrecht; schließlich betreibt es viel weniger Begründungsaufwand, fällt überwiegend wirtschaftsliberal aus und regelt eher punktuell-zufällig. Gleichwohl mangelt es in der Rechtspolitik nicht an der entsprechenden »moralischen Dramaturgie von den Starken und den Schwachen«<sup>116</sup>. Sachlich steht aber die materiale Korrektur zur Herstellung der Funktionsbedingungen der (formalen) Privatautonomie im Vordergrund, was teils auch durch wirtschaftswissenschaftliche und experimentalpsychologische Erkenntnisse zu den Grenzen der Informationsverarbeitung und der faktischen Entscheidungsfreiheit durch den Einzelnen gestützt wird<sup>117</sup>. Damit haben sich die Begründungen – zutreffend – differenziert.

In der Zusammenschau der Entwicklung des Vertragsverständnisses bleibt jedoch die Erkenntnis: Unser Privatrecht fällt heute erheblich »sozialer« aus, indem sich Staat und Gesellschaft in das autonome Verhältnis der Vertragsparteien immer mehr einmischen und dabei – wie etwa bei den Diskriminierungsrichtlinien – öffentlichrechtliche Grundsätze ins Privatrecht Übertragung finden<sup>118</sup>. Die EG übernimmt dabei zutreffenderweise auch stärker individualschützende Ansätze auf, die sich bei Inkrafttreten der Charta der Grundrechte intensivieren könnten. Dies darf aber keine (Re-)Sozialisierung der Marktverhältnisse, keine (allenfalls reflexhafte) Umverteilung von

---

<sup>113</sup> BVerfG 29. 5. 2006, VersR 2006, 961 (962), und zwar zur Prämiengestaltung bei der privaten Unfallversicherung.

<sup>114</sup> Basedow, Europäische Union 88.

<sup>115</sup> Vgl. Jürgen Basedow, Der Versicherungsombudsmann und die Durchsetzung der Verbraucherrechte in Deutschland: VersR 2008, 750–752 (751), der insoweit die Verschiebung von der soziologischen zur ökonomischen Argumentation (»rationales Desinteresse« an Rechtsverfolgung) beschreibt.

<sup>116</sup> Udo Di Fabio, Wettbewerbsprinzip und Verfassung: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2007, 266–276 (267 N. 10).

<sup>117</sup> Dazu Brigitte Haar, Verbraucherschutz durch Informationsregeln beim Verbrauchsgüterkauf: Verbraucher und Recht (VuR) 2004, 161–170 (162); siehe für eine Anwendung von Erkenntnissen über psychologisch bedingte Beurteilungsfehler Lars Klöhn, Alternativer Verbraucherschutz für Internet-Auktionen: Computer und Recht (CR) 2006, 260–269.

<sup>118</sup> Basedow, Europäische Union 104; ferner: nach Leisner (oben N. 1) 1063f. ist seit mehr als zwei Jahrhunderten die »Gleichheit« (und damit der Schwächerenschutz) das treibende Prinzip der Verfassungsentwicklung.

Wohlstand<sup>119</sup> und keinen Dirigismus im Vertrags- und Wettbewerbsrecht bedeuten. Vielmehr setzen die Eingriffe im hier aufgezeigten Rahmen auf Wettbewerbsförderung und Fairness. Sie zielen auf die in einem geordneten Marktssystem herzustellenden Grundlagen der Freiheit. Dabei sind Diskriminierungsverbote auf wenige, eindeutige Ausnahmefälle zu beschränken.

Die Übergabe der Initiative im Verbraucherrecht an den Gemeinschaftsgesetzgeber findet ebenfalls im Kontext der sachlich viel weiter greifenden nationalen Privatrechtsordnungen statt<sup>120</sup>. In diesen rechtskulturellen »Biotopen« bestehen erheblich differenziertere Schutzmechanismen als auf der Makroebene der EU<sup>121</sup>. Deutlich wird dies bei der angesprochenen Bürgenhaftung, aber auch in den Bereichen von Ehe und Familie, Arbeit und Beruf sowie beim Eigentums-, Besitz- und Persönlichkeitsschutz. Illustriert wird der unterschiedliche Ansatz durch die Störung der Geschäftsgrundlage, die bezeichnenderweise weder im Gemeinschaftsprivatrecht noch im CISG enthalten ist<sup>122</sup>. Grund für Letzteres ist auch: Hier wird nicht an die typisierte Unterlegenheit und allgemein-situative Gefahrenlage angeknüpft. Individuelle Verschiebungen, die diffizile rechtliche Wertungen und Anpassungen erfordern, werden also in erster Linie noch vom nationalen Recht erfasst. Betroffen ist mit dem »Sozialen« und damit der »Gleichheit« eine essenzielle Komponente des Privatrechts, das ohnehin infolge der Französischen Revolution »als eine Art Kernbestandteil des nationalen Kulturerbes«<sup>123</sup> gilt.

## V. Schlussfolgerungen für das fortschreitende Europäische Privatrecht

Das Gemeinschaftsprivatrecht erscheint mit seiner binnenmarktfunktionalen<sup>124</sup> Gerechtigkeitslogik doppeldeutig: Seine inselhaften Lösungen sind

<sup>119</sup> Zur austeilenden (*iustitia distributiva*) und ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) Basedow, Grundsatz (oben N. 104) 246; ebenfalls Rösler 68.

<sup>120</sup> Siehe zu den Auswirkungen Basedow, Der hybride Kodex (oben N. 4) 445; Martijn W. Hesselink, The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation, The Dutch Experience: Eur. L.J. 12 (2006) 279–305.

<sup>121</sup> Besonders deutlich zu den unterschiedlichen Ansätzen und Zieldeterminanten der beiden Ebenen Hans-Wolfgang Micklitz, Social Justice in European Private Law: Yb. Eur. L. 1999/2000, 167–204; ders., The Relationship between National and European Consumer Policy: Yb. Consumer L. 2008, 35–66; Bettina Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004); vgl. weiter Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, hrsg. von Jürgen Basedow (2000).

<sup>122</sup> Dazu vergleichend Hannes Rösler, Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law: Eur. Rev. Priv. L. 15 (2007) 483–513; oben N. 15.

<sup>123</sup> Jürgen Basedow, Grundlagen des europäischen Privatrechts: JuS 2004, 89–96 (90).

<sup>124</sup> Zur Bedeutung des Privatrechts für den Binnenmarkt Jürgen Basedow, A Common Contract Law for the Common Market: C.M.L. Rev. 33 (1996) 1169–1195 (1181 ff.).

marktliberal und schützen zugleich ein Stück weit den Schwächeren. Die bestehenden Lücken zwischen dem – bis auf die Diskriminierungsverbote – nur typisierenden EG-Instrumentarium zum Schutz allgemeiner Schwäche und dem Ausgleich spezifischer Schwäche werden durch das innerstaatliche Recht ausgefüllt. Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen modulieren dabei – je nach nationalem Vorverständnis – die Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit recht unterschiedlich. Daran könnte sich die weitere Diskussion entzünden. Die »soziale Frage«, das rechte Verhältnis von *liberté* und *égalité*<sup>125</sup> könnte zum Prüfstein für ein europäisches Zivilrechtswerk werden, zudem auch insoweit divergierende Vorverständnisse – wie bereits jetzt im Klauselrecht<sup>126</sup> – eine einheitliche Rechtsanwendung in der Praxis unterminieren können.

Die »Study Group on Social Justice in European Private Law«<sup>127</sup> meldete schon im Vorfeld des Entwurfes eines DCFR Bedenken an einem übertrieben wirtschaftsliberalen Entwurf an. Eine andere Strömung befürchtete ein »Abfärben« des verbraucherrechtlichen Gemeinschaftsrechts auf das sonstige Privatrecht. Doch der inzwischen vorgelegte DCFR, der auch den Verbraucherschutz aufnimmt<sup>128</sup>, verfällt keinem von beiden Extremen<sup>129</sup>. Die Kritik stellt vor allem auf die Wertevielfalt, die Flut an Informationspflichten und die zahlreichen zwingenden Vorschriften ab<sup>130</sup>. Bei dem detailreichen, teils lehrbuchartigen und mit vielen Generalklauseln versehenen Entwurf gewinnt Jürgen Basedow auch darum den »Eindruck einer unkalkulierbaren,

---

<sup>125</sup> Siehe *Hannes Rösler*, Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis: *RabelsZ* 71 (2007) 495–526 (521 ff.).

<sup>126</sup> Zur Rolle des EuGH *Jürgen Basedow*, Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13, Der verweigerte Dialog, in: FS Günter Hirsch (2008) 51–62; für die Konvergenzen *Paolisa Nebbia*, Unfair Contract Terms in European Law (2007) 167 ff.

<sup>127</sup> Social Justice in European Contract law: A Manifesto: *Eur. L.J.* 10 (2004) 653–674; ebenfalls skeptisch *Hans-W. Micklitz*, (Selbst-)Reflexionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2007, 2–15. Dagegen *Gerhard Wagner*, Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen: *ZEuP* 2007, 180–211 (184 ff.), der eine Verteilungsgerechtigkeit als Aufgabe des Privatrechts ablehnt, womit sich ein Kernanliegen der »Study Group« erledigt hätte (ebd. 211). *Horst Eidenmüller*, Privatautonomie, Verteilungsgerechtigkeit und das Recht des Vertragsschlusses im DCFR, in: Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (oben N. 48) 83 vertritt, die Verteilungsgerechtigkeit sei eine »durchgehend verfolgte«, aber abzulehnende Zielsetzung des DCFR.

<sup>128</sup> Im Unterschied zu den *Lando*-Prinzipien; dazu *Hans-W. Micklitz*, Verbraucherschutz in den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts: *ZvglRWiss.* 103 (2004) 88–102; *Basedow*, Der hybride Kodex (oben N. 4) 485; *Rösler* 137 ff.

<sup>129</sup> *Martijn Hesselink*, CFR & Social Justice (2008).

<sup>130</sup> *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: *JZ* 2008, 529–550 (549: Abbau der Privatautonomie, die über die »Materialisierung« weit hinausgehe).

ja beliebigen Einschränkung der Vertragsfreiheit«<sup>131</sup>. Kaum nachvollzogen werden kann aber der Vorwurf, das sozialer Rücksichtnahme feindlich gegenüberstehende Common Law habe generell den Sieg davongetragen<sup>132</sup>.

Wie man auch zu diesem wissenschaftlichen (also nicht politischen) Text stehen mag, wird man für die nahe Zukunft des realen (also politischen) Privatrechts der EG festhalten dürfen: Angesichts dieses Schutzinstrumentariums droht kein Rückschritt in das Vertragsrecht des 19. Jahrhunderts<sup>133</sup>. Umgekehrt übertreibt es die Gemeinschaft nicht mit sozialen Rechten und Schutzanliegen<sup>134</sup>. Der Schutz des Gemeinschaftsprivatrechts ist marktkoppelt und will den Einzelnen zum Akteur der Integration machen<sup>135</sup>. Damit wird es auch künftig kaum von der Orientierung an den modernen Verkehrsverhältnissen und dem Ziel einer Marktgestaltung durch das Wirtschafts- und Verbraucherrecht abrücken. Dies gilt weiterhin, auch wenn der Lissabonner Vertrag<sup>136</sup> als neues Ziel der EU eine »im hohen Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft« vorsieht<sup>137</sup>.

Die verschiedenen Vorverständnisse legen es nahe, zunächst Teilgebiete fortzuführen und zu konsolidieren, die für die Funktionsfähigkeit des Marktes relevant sind. Dies wird insbesondere im Verbraucherrecht von der Europäischen Kommission angestrebt<sup>138</sup> und ist grundsätzlich zu begrüßen<sup>139</sup>. Drängend ist aber die Frage, ob die EG an der Mindestharmonisierung bis zu einem Konsens über den »Grad des Sozialen« festhalten soll. Der

<sup>131</sup> Jürgen Basedow, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte, Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference: ZEuP 2008, 673–676 (675) (zitiert: Kodifikationsrausch).

<sup>132</sup> Udo Reifner, Verbraucherschutz und Neo-Liberalismus: VuR 2009, 3–11 (5).

<sup>133</sup> Dies betont auch Wagner (oben N. 127) 193.

<sup>134</sup> So erklären sich auch die Parallelen zwischen UN-Kaufrecht und Kaufrechtsrichtlinie; dazu etwa Stefan Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht: AcP 202 (2002) 40–71; Hannes Rösler, Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel, Werk- und Wirkgeschichte: RabelsZ 70 (2006) 793–805 (803).

<sup>135</sup> Zur Entwicklung vom völkerrechtlichen zum gesellschaftlichen Integrationsmodell Jürgen Basedow, Die Europäische Zivilgesellschaft und ihr Recht, in: FS Canaris (oben N. 107) 43–57 (46f.).

<sup>136</sup> Art. 3 III EUV. Vgl. skeptisch Jürgen Basedow, Das Sozialmodell von Lissabon, Solidarität statt Wettbewerb?: EuZW 2008, 225; ferner ders., Zielkonflikte und Zielhierarchie im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Ulrich Everling I (1995) 49–68; Hannes Rösler, Ökonomische und politische Integrationskonzeptionen im Wettstreit: EuropaR 2005, 370–380.

<sup>137</sup> Siehe Hannes Rösler, Primäres EU-Verbraucherrecht, Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon: EuropaR 2008, 800–823 (823).

<sup>138</sup> Siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.; zuvor Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM(2006) 744 final.

<sup>139</sup> Rösler 250ff.; Norbert Reich, A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?: JCP 28 (2005) 383–407; Basedow, Kodifikationsrausch (oben N. 131) 676.

Richtlinienvorschlag über Verbraucherrechte sieht die Vollharmonisierung vor, womit das Vertragsrechtskonzept der EG weitergehend als zuvor auf die Mitgliedstaaten übertragen würde. Die Vollharmonisierung muss jedoch auf Ablehnung stoßen. Sie fällt zu undifferenziert aus, da sie auf sämtliche Bereiche der Richtlinie bezogen ist. Zudem bleibt darin das Verhältnis zum allgemeinen Vertrags- und Schuldrecht (etwa zur *culpa in contrahendo*) unbefriedigend<sup>140</sup>. Angebracht erscheint vorerst noch ein vorsichtigeres Festhalten an der noch angezeigten Arbeitsteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten. Deutlich wird dabei aber die Bedeutung einer – auch durch den DCFR angereizten – rechtsvergleichenden Forschung und rechtspolitischen Grundsatzdiskussion über das »soziale Vertragsrecht« in Europa, also über die konvergierenden, aber letztlich noch beträchtlich abweichenden Konzepte der Vertragsgerechtigkeit innerhalb der nationalen Rechtssysteme und auf den verschiedenen Ebenen des Europäischen Privatrechts.

### Summary

#### PROTECTION OF THE WEAKER PARTY IN EUROPEAN CONTRACT LAW – Standardised and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law

It is a permanent challenge to accomplish freedom of contract effectively and not just to provide its formal guarantee. Indeed, 19th century private law already included elements guaranteeing the protection of this »material« freedom of contract. However, consensus has been reached about the necessity for a private law system which also provides for real chances of self-determination. An example can be found in EC consumer law. Admittedly, this law is restrained – for reasons of legal certainty – by its personal and situational typicality and bound to formal prerequisites. However, the new rules against discrimination are dominated by approaches which strongly focus on the protection of the individual. It is supplemented by national provisions, which especially counter individual weaknesses. The autonomy of national law can be explained by the different traditions with regard to »social« contract law in the Member States. The differences are especially apparent regarding public policy, good faith or breach of duty before or at the time of contracting (*culpa in contrahendo*). They form another argument against the undifferentiated saltation from partial to total harmonisation of contract law.

---

<sup>140</sup> Näher *Norbert Reich*, Wie »vollständig« ist die geplante »Vollständige Harmonisierung« im Verbraucherrecht?: *EuZW* 2008, S. V; näher zum Mindestharmonisierungsprinzip *Rösler* 201 ff.

