

Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Deutschland

*Marietta Auer**

- I. Rechtspolitischer Rahmen
- II. Verbraucherschutzpolitik im Wandel
 - 1. Informationspflichten
 - 2. Widerrufsrechte
 - 3. Zwingende Eingriffe in den Vertragsinhalt
 - 4. Verhaltensökonomische Ansätze und Nudging
- III. Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz: Konkordanz oder Diskordanz?
 - 1. Normative Diskordanz: Gespaltenes Privatrecht
 - 2. Institutionelle Diskordanz: Die Rolle der Privatrechtswissenschaft

Das private Verbraucherschutzrecht eignet sich aus mindestens zwei Gründen besonders gut als Vergleichsobjekt zwischen den Zivilrechtsordnungen Deutschlands und Japans. Zum einen lässt sich anhand von Reichweite und Status verbraucherschützender Gewährleistungen paradigmatisch die privatrechtstheoretische Grundfrage stellen, wie sich Freiheit und Beschränkung der Freiheit in einer liberalen, gleichzeitig aber hochkomplexen und vielfach vernetzten Gesellschaft zueinander verhalten und künftig verhalten sollen. Zum anderen gewinnt das Thema gerade unter den in beiden Ländern besonders ausgeprägten Bedingungen rapider technologischer Innovation laufend neue Bedeutung. Man denke an die vielfältigen Möglichkeiten des digitalen Marktes, die es bis vor wenigen Jahren nicht gab.

Im Folgenden soll das Verbraucherschutzrecht aus der Perspektive des deutschen Rechts in den übergreifenden rechtspolitischen Rahmen der Zurückdrängung der Privatautonomie durch den Gesetzgeber während des 20. Jahrhunderts eingeordnet werden. Vor diesem Hintergrund ist sodann der Blick auf die wichtigsten Schutzinstrumente des geltenden deutschen Verbraucherschutzrechts in ihrem aktuellen Wandel zu richten. Abschließend ist auf dieser Grundlage nach dem übergreifenden dogmatischen und institutionellen Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz im deutschen Privatrecht zu fragen.

* Prof. Dr., M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard). Die Verfasserin lehrt Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Ihr nachdrücklicher Dank gilt den Organisatoren und Teilnehmern des DJJV-Symposiums in Tōkyō, insbesondere Dr. Jan Grotheer, Hamburg, sowie Prof. Dr. Keizō Yamamoto, Kyōto.

I. RECHTSPOLITISCHER RAHMEN

Spezielle Regelungen zum Schutz von Verbrauchern, also nicht gewerbsmäßig handelnden Personen im geschäftlichen Verkehr, existieren im deutschen Privatrecht bereits seit über einhundert Jahren. Das wohl erste deutsche Verbraucherschutzgesetz, das Abzahlungsgesetz (AbzG), stammte aus dem Jahr 1896 und damit aus demselben Jahr wie das vier Jahre später in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch (BGB).¹ Es ist also zunächst wesentlich, sich vor Augen zu halten, dass das angeblich rein liberale Privatrechtssystem des BGB auf der Grundlage von formaler Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit, das bereits zur Zeit seines Inkrafttretens Gegenstand scharfer Kritik wegen des angeblich fehlenden „Tropfens sozialistischen Oeles“² war, so nie existiert hat. Das BGB war vielmehr von Anfang an flankiert durch die Bismarck'sche Sozialgesetzgebung, zu der seit den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts unter anderem Arbeitsschutzgesetze, Krankenversicherungsgesetze, Alterssicherungsgesetze und unter anderem auch das erwähnte Abzahlungsgesetz als Vorläufer des heute im BGB angesiedelten Verbraucherkreditrechts gehörten. Es trifft so besehen auch nicht zu, die Entwicklung des deutschen Zivilrechts seit 1900 mit einem weiteren berühmten Wort *Franz Wieackers* als unter dem Druck der sozialen Frage veranlassten Systemwechsel zu deuten, durch den „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrunde lag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt wurde.“³ Das sozialistische Öl, das hier angeblich erst verspätet hinzugegossen wurde, hat vielmehr – um der beliebten privatrechtstheoretischen Genremalerei in Öl an dieser Stelle eine Technikdarstellung im Stil des sozialistischen Realismus hinzuzufügen – von Anfang an im Getriebeöltank des Systems, der die privatrechtlichen Zahnräder luftdicht umschließt, nie gefehlt.⁴

Dennoch hat sich das heutige zivilrechtliche System gerade mit Blick auf das Verbraucherschutzrecht gegenüber dem 19. Jahrhundert nochmals erheblich gewandelt. Verbraucherschutz ist jedenfalls unter diesem Oberbegriff ein Thema der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Die dynamische Entwicklung der deutschen Sozial- und Verbraucherschutzgesetzgebung setzte nach dem zweiten Weltkrieg ein; massiv Fahrt aufgenommen hat sie

1 Überblick zur Entwicklung bei B. GSELL, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts* (6. Aufl., Berlin 2018) 715 ff., Rn. 1.

2 Klassisch O. v. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin 1889) 13.

3 Ebenfalls klassisch F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Karlsruhe 1953) 18.

4 Zum Ganzen M. AUER, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (Tübingen 2014) 1 ff. m.w.N.; umfassend auch T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Tübingen 2001) 4 ff.

seit den 1970er und 1980er Jahren.⁵ Zugleich lässt sich an dieser Rechtsentwicklung der Wandel der deutschen Gesellschaft zur Konsum- und Überflussgesellschaft ablesen. Verbraucherschutzrecht ist Wohlstandsrecht; ohne das Phänomen des Massenkonsums in entwickelten Volkswirtschaften wie der deutschen und der japanischen gäbe es keinen Anlass zu einer derartigen Regulierung.

Zivilrechtsdogmatisch hat sich dabei in Deutschland vor allem das Europäische Gemeinschafts- und Unionsrecht in zweifacher Hinsicht als zentraler Impulsgeber erwiesen. Zum einen basieren die meisten der heute in das BGB inkorporierten gesetzlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz auf Europäischem Richtlinienrecht, sind also im Wege der Umsetzung von höherrangigem Recht der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union durch den deutschen Gesetzgeber in das deutsche Privatrecht gelangt – wobei hinzuzufügen ist, dass die nationalen Rechtssetzungsinstanzen nicht nur passive Normempfänger, sondern vielfach aktive Mitgestalter und oft Vorreiter waren.⁶ Europäisches Richtlinienrecht liegt heute den meisten wichtigen Normgruppen des Verbrauchervertragsrechts zugrunde, angefangen mit dem bereits erwähnten Verbraucherkreditrecht über besondere Vertragsgegenstände und Vertriebsformen wie Reiseverträge, Teilzeitwohnrechte, Haustürverträge, Fernabsatzgeschäfte und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr bis hin zum Verbrauchsgüterkaufrecht, das heute den quantitativ größten Teil aller Verbrauchergeschäfte abdecken dürfte.⁷ Zum anderen folgt aus dem Primat des Unionsrechts vor dem deutschen Recht, dass ersteres auch im Rahmen der Auslegung der genannten verbraucherschützenden Rechtsvorschriften vorrangig zu beachten ist. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dessen Auslegungsergebnisse zum Gemeinschaftsrecht nach heute herrschender Auffassung nicht nur für den deutschen Gesetzgeber, sondern auch für die deutschen Gerichte als höherrangiges Recht verbindlich und im Wege richtlinienkonformer Auslegung zwingend umzusetzen sind.⁸

Auf dieser Grundlage ist in den vergangenen Jahrzehnten aus zunächst disparaten Einzelgesetzen ein zunehmend kohärentes System des deutschen Verbraucherschutzrechts entstanden, dessen wesentliche Rechtsgrundlagen

5 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 1 ff.

6 Originär nationales Verbraucherschutzrecht existiert in Deutschland etwa im jüngst geschaffenen Verbraucherbaupfandrecht (§§ 650i ff.) sowie – als jedenfalls funktionales Verbraucherschutzrecht – in den stark regulierten Bereichen des Arbeits-, Wohnraummiet- und Versicherungsvertragsrechts; dazu G. WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 821, 825 ff.

7 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 35 ff.

8 Repräsentativ M. RUFFERT, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV* (5. Aufl., München 2016) Art. 288 AEUV Rn. 77 ff.; GSELL (Fn. 1) Rn. 10 f.

im Zuge der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 in die Kodifikation des BGB inkorporiert wurden.⁹ In diesem Zusammenhang hat der deutsche Gesetzgeber auch versucht, die wichtigsten allgemeinen Strukturmerkmale des Verbraucherschutzrechts zu vereinheitlichen. Hierzu zählen namentlich die Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers sowie die allgemeinen Frist- und Formerfordernisse für die Ausübung von Widerrufsrechten, die zuvor in Sondergesetzen verstreut und teils uneinheitlich geregelt waren. Durch diese Kodifikation wurde das wichtige Signal ausgesandt, dass es sich bei dem Verbraucherschutzrecht nicht um ein vom allgemeinen Zivilrecht getrenntes Sonderprivatrecht, also um einen marginalen und begründungsbedürftigen Ausnahmefall gestörter Vertragsparität in einem im Übrigen auf der Wertungsdominanz formaler Vertragsfreiheit beruhenden Vertragsrecht, sondern vielmehr um ein ebenbürtiges Kerngebiet des Privatrechts handelt. Man kann sogar mit gutem Grund sagen, dass sich Regel und Ausnahme im heutigen deutschen Privatrechtsdenken – also die Regel der beidseitig ungeschützten Vertragsfreiheit und die Ausnahme des inhaltlich stark regulierten Vertrags – jedenfalls im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern geradezu umgekehrt haben:¹⁰ Die Regel ist zur Ausnahme geworden und die Ausnahme zur Regel. Privatrecht ist heute – wesentlich auch infolge der Entwicklung des Verbraucherschutzrechts – als eine zunehmend legislatorisch überformte Regelungsgesamtheit zu verstehen, die mehr und mehr von individual- und sozialschützenden Regulierungszielen geprägt ist, unter denen der Vertragsfreiheit jedenfalls im Verkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur mehr eine Nebenrolle zukommt.¹¹

Nur ergänzend sei hinzugefügt, dass dieser Befund nicht allein Folge gesetzgeberischer Aktivitäten, sondern auch weiterer gleichlaufender Tendenzen ist, zu denen insbesondere die systemumwälzende Konstitutionalisierung des Privatrechts im Gefolge der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zählt.¹² Hier zeigt sich dieselbe Tendenz, die weg von einem auf dem Wertungsideal formaler Freiheit basierenden autonomen Privat-

9 Zur Bedeutung der Kodifikation GSELL (Fn. 1) Rn. 7 ff.

10 Ähnlich G. WAGNER, *Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf* (Tübingen 2018) 67, 106 ff.; differenzierend für Verträge zwischen Unternehmern DERS. (Fn. 6) 831.

11 Dem entspricht die aktuelle Konjunktur privatrechtswissenschaftlicher Schriften zu Steuerungs- und Regulierungsfunktionen des Privatrechts; repräsentativ A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht* (Tübingen 2016); vgl. auch B. LURGER, *Die Dominanz zwingenden Rechts – die vermeintlichen und tatsächlichen Schattenseiten des EU-Verbraucherschutzrechts*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, 788, 796 ff., 815 ff.; WAGNER (Fn. 10) 161 ff. m. w. N.

12 Dazu WAGNER (Fn. 10) 110 ff.

rechtsverständnis hin zu einem zunehmend durch legislativ und judikativ implementierte Steuerungsziele überformten Regulierungsrecht in privatrechtlicher Formensprache weist. Kaum der Erwähnung bedarf, dass auch die Grenzziehung zwischen Privatrecht und regulatorischem öffentlichen Recht – soweit sich diese überhaupt noch als rechtstheoretisch haltbar erweist¹³ – durch diese Entwicklung immer mehr ins Rutschen gerät.¹⁴

II. VERBRAUCHERSCHUTZPOLITIK IM WANDEL

Indessen befindet sich nicht nur die Gesamtheit des Privatrechts, sondern auch die inhaltliche Gestalt des Verbraucherschutzrechts in aktuellem Wandel. Sehr verallgemeinernd lassen sich im gegenwärtigen deutschen Privatrecht zwei dogmatische Grundansätze zur Umsetzung verbraucherschützender Regulierungsziele unterscheiden: Einerseits ein vertragsrechtlicher Ansatz, der darauf abzielt, bei Verträgen unter Beteiligung eines Verbrauchers die Vertragsabschluss- und Vertragsinhaltsfreiheit zumindest einseitig zu beschränken, um die spezifische, systematische Schwäche des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer zu kompensieren, die vor allem in der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts, teilweise aber auch im Schrifttum als „gestörte Vertragsparität“ oder „strukturell unterlegene Verhandlungsmacht“ charakterisiert wird.¹⁵ Davon zu unterscheiden ist der deliktsrechtliche Ansatz, der im Bereich nichtfreiwilliger Privatrechtsbeziehungen zum Einsatz kommt und die Kompensation von Massenschäden durch Produkthaftungsregelungen betrifft, die typischerweise strikte Haftung anordnen. Hinzu kommen gerade in jüngerer Zeit rechtspolitisch anspruchsvolle Bestrebungen, die Durchsetzung solcher

13 Die Frage ist komplex. Zum Versuch einer Konzeptionalisierung der Komplexität AUER (Fn. 4).

14 Dazu etwa H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *Yearbook of European Law* 28 (2009) 3 (34); LURGER (Fn. 11) 797 f., 817 f.; ausführlich auch HELLGARDT (Fn. 11) 522 ff.

15 Zu dem daraus folgenden Leitbild des „*vulnerable consumer*“ etwa EuGH, 14.6.2012 – *Banco Español de Crédito SA./Joaquin Calderon Camino*; BVerfG, 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (234); kritisch WAGNER (Fn. 6) 831 f. Daneben findet sich auch das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ oder „*reasonable consumer*“, der im Zentrum des sogleich zu erörternden Informationsmodells steht; dazu LURGER (Fn. 11) 796. Das Problem aller derartigen Leitbilder ist ihr entdifferenzierender, unklar normativ-deskriptiver Status. Zur Kritik bereits B. DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher* (Berlin 1983) 15 ff.

Ansprüche durch kollektive Klagerechte nach dem Vorbild der amerikanischen Sammelklage oder Class Action zu erleichtern.¹⁶

Die eigentliche rechtspolitische Brisanz des Verbraucherschutzrechts für das Zivilrecht liegt jedoch im zuerst erwähnten Vertragsrecht, denn hier scheint sich tatsächlich – Zahnräder im Ölbad hin oder her – auch und gerade im jüngsten privatrechtswissenschaftlichen Selbstverständnis ein Wertewandel gegenüber dem klassischen freiheitsbasierten Privatrechtssystemverständnis vollzogen zu haben, das für das Privatrechtsdenken noch bis in das frühe 21. Jahrhundert hinein kennzeichnend war.¹⁷ Dies lässt sich im Einzelnen anhand der drei gebräuchlichsten Standardinstrumente des vertraglichen Verbraucherschutzes nachvollziehen, die im Folgenden in der Reihenfolge zunehmender Eingriffstiefe vorgestellt werden sollen. Den Abschluss bildet ein kurzer Überblick über neuere Ansätze der Verbraucherschutzpolitik, namentlich zu Mechanismen aus dem Repertoire der aktuellen Verhaltensökonomik, die im Anschluss an die lebhaft geführte US-amerikanische Debatte heute auch in Deutschland meist unter dem Stichwort „Nudging“ diskutiert werden.

1. Informationspflichten

Das zentrale Regulierungsparadigma der unionsrechtlichen und deutschen Verbraucherschutzpolitik bildet bis heute das Informationsmodell.¹⁸ Dieses beruht auf der Annahme, dass sich die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung von Verbrauchern am Konsumgütermarkt dadurch herstellen lassen, dass Fälle von Marktversagen, die durch suboptimale Informations-

16 Beispiele sind das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) sowie jüngst die allgemeine Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO). Dazu etwa A. HALFMEIER, Popularklagen im Privatrecht (Tübingen 2006); C. MELLER-HANNICH, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag (München 2018); E. WACLAWIK, Die Musterfeststellungsklage, Neue Juristische Wochenschrift 2018, 2921 ff.; H. MERKT/J. ZIMMERMANN, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, Verbraucher und Recht 2018, 363 ff.; E. KRAUSBECK, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess – Zusammenfassung und Bewertung des Gutachtens für den Deutschen Juristentag 2018 vor dem Hintergrund von Musterfeststellungsklage und „New Deal“, Verbraucher und Recht 2018, 287 ff.

17 Repräsentativ H. C. GRIGOLEIT, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (Tübingen 2008) 51, 54; kritisch dazu sowie zur allgemeinen Befindlichkeit der deutschsprachigen Zivilrechtswissenschaft WAGNER (Fn. 10) 108 mit Fn. 156.

18 Dazu eingehend P. HACKER, Verhaltensökonomik und Normativität (Tübingen 2016) 395 ff.; zusammenfassend auch GSELL (Fn. 1) Rn. 13 f.

verteilung bzw. Informationsasymmetrien zulasten der Verbraucher eintreten, kompensiert werden.¹⁹ Diesem Ziel dienen zwingende gesetzliche Informationspflichten etwa zur Beschaffenheit des Vertragsgegenstands sowie zu den Modalitäten von Vertragsschluss und Vertragsauflösung. Dem liegt die Hypothese zugrunde, dass mehr Information automatisch zu besseren Entscheidungen führt, kurz: Je informierter der Verbraucher, desto rationaler ist seine vertragliche Entscheidung. Nun ist allerdings diese Prämisse in dieser Allgemeinheit nicht nur außerordentlich fraglich, sondern erwiesenermaßen falsch. Es gehört zu den inzwischen auch in der Rechtswissenschaft breit rezipierten Gemeinplätzen der Verhaltenspsychologie und Verhaltensökonomik, dass mehr Information gerade nicht automatisch zu rationaleren und besseren Entscheidungen, sondern im Gegenteil ab einem bestimmten Punkt zu Informationsüberlastung, kognitiver Ausblendung und Entscheidungsunvermögen führt.²⁰ Mehr Information wird ab einem gewissen Sättigungspunkt vom trägen menschlichen Gehirn nicht mehr verarbeitet, sondern ausgeblendet. Dieses stabile Phänomen stellt sich nachweisbar bereits nach der Aufnahme weniger Informationseinheiten durch den Informationsadressaten ein.²¹ Offenkundig liegt darin eine erhebliche Herausforderung für das klassische ökonomische Rationalitätskonzept wie auch für das analog strukturierte privatrechtliche Legitimationsmodell der vertraglichen Richtigkeitsgewähr aufgrund formaler oder materialer im Sinne von lediglich die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung berücksichtigender Vertragsfreiheit.²²

Für das Informationsmodell im Verbraucherschutzrecht hat diese Erkenntnis fatale Konsequenzen, da sie ganz offensichtlich geeignet ist, dessen legitimierenden Grundgedanken aus den Angeln zu heben. Wenn es geradezu falsch ist, dass sich die Entscheidungsschwäche des Verbrauchers durch mehr Information beheben lässt, dass hier Mehr also nicht gleich Mehr ist, sondern dass im Gegenteil Weniger Mehr wäre, dann sollte das sowohl dem europäischen wie dem deutschen Gesetzgeber nachdrücklich zu denken geben, ob die entsprechenden Regeln, die verbraucherschützende

19 HACKER (Fn. 18) 408 ff.

20 Ausführlich HACKER (Fn. 18) 429 ff. m. w. N.

21 HACKER (Fn. 18) 118 ff., 150, 447 m. w. N.

22 So auch LURGER (Fn. 11) 804. Zu den Begriffen der formalen und materialen Vertragsfreiheit eingehend C.-W. CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000) 273 ff. Im Verbrauchervertragsrecht ist all dies nur mehr Theorie, die so weit von der Praxis entfernt ist, dass sie auch als leistungsfähige Theorie in Frage steht; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 10. Einen alternativen Weg zur Deutung der Vertragsfreiheit im Vertragsgeschehen mit Verbrauchern beschreiten etwa H. DAGAN/M. HELLER, *The Choice Theory of Contracts* (Cambridge 2017).

Informationspflichten vorsehen, in jedem Fall zweckentsprechend sind. Dabei handelt es sich insoweit um eine undankbare Aufgabe, als der Charme des Informationsmodells aus privatrechtsdogmatischer Sicht ganz entscheidend darin besteht, dass es im Gegensatz zu stärker eingreifenden Regulierungen wie Widerrufsrechten und zwingenden Eingriffen in den Vertragsinhalt eine nahezu bruchlose Vereinbarung von Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz erlaubt.²³ Geht man nämlich voraussetzungsgemäß davon aus, dass die Information den Effekt hat, Verhandlungspartität zwischen Verbraucher und Unternehmer herzustellen, dann bewirkt sie nur und genau insoweit eine Materialisierung der Vertragsfreiheit, als dies erforderlich ist, um die Voraussetzungen der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ im Sinne *Walter Schmidt-Rimplers* – mit der man hier im letzten Jahrhundert argumentiert hätte – überhaupt erst zu begründen und damit das klassische Vertragsdenken zugrundeliegende Prinzip der Vertragsfreiheit aufrechtzuerhalten und in seiner systemtragenden Kraft zu bestärken.²⁴

Soweit die Theorie. Der Haken ist aber, dass die verhaltenspsychologische Praxis dieser Theorie wie gesehen in vielen Fällen nicht entspricht. Eine sinnvolle Verbraucherschutzpolitik muss vor diesem Hintergrund davon Abstand nehmen, die Sinnhaftigkeit des Informationsmodells abstrakt aus dem System des Vertragsrechts zu begründen und die Frage stattdessen konkret wenden: Wo sind Informationspflichten in welchem Maße und mit welcher Ausgestaltung sinnvoll und wo nicht? Eine Antwort wird differenzierend ausfallen müssen.²⁵ Sinnvoll sind Informationspflichten dort, wo sie geeignet sind, wettbewerbswidrigen und betrügerischen Marktpraktiken entgegenzuwirken, die auf gezielten Fehlinformationen des Verbrauchers beruhen, so etwa im Bereich versteckter Nebenkosten von Verbraucherdarlehen. Es ist daher zielführend, dass § 491a BGB beim Verbraucherdarlehensvertrag detaillierte vorvertragliche Informationspflichten und § 492 BGB einen zwingenden Vertragsinhalt vorsieht, der sämtliche Darlehensnebenkosten im Einzelnen aufschlüsselt. Grundsätzlich sinnvoll ist auch die zwingende Information zu den Modalitäten der Widerrufsausübung bei Verbraucherdarlehen und Fernabsatzgeschäften, wobei man über den inzwischen vorgeschriebenen Umfang der nötigen Information allerdings wieder geteilter Auffassung sein kann. Insgesamt wird man jedenfalls zu der Ein-

23 Dazu eingehend DAUNER-LIEB (Fn. 15) 62 ff.

24 Grundlegend W. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 147 (1941) 130, 152 ff.; dazu noch M. AUER, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (Tübingen 2005) 36 ff. HACKER (Fn. 18) 505 f. kann mit dem normativen Anspruch Schmidt-Rimplers bezeichnenderweise nicht mehr viel anfangen. Die Problematik ist dieselbe wie vorstehend Fn. 22.

25 Zu Ausdifferenzierungen des Informationsmodells HACKER (Fn. 18) 448 ff. m. w. N.

schätzung kommen müssen, dass die Möglichkeiten des Informationsmodells im aktuellen Verbraucherschutzrecht im Wesentlichen ausgereizt sind. Mehr ist hier künftig nicht mehr automatisch Mehr, sondern wird oft in einem Weniger resultieren: nämlich in weniger funktionalem Verbraucherschutz ebenso wie in geminderter teleologischer Stringenz des gesamten Verbrauchervertragsrechts.

2. *Widerrufsrechte*

Eine theoretisch bruchlose ebenso wie praktisch wirksame Verbraucherschutzpolitik lässt sich allein auf der Grundlage von Informationspflichten also nicht erzielen. Dass eine solche stets eine Mehrzahl von verschiedenen ansetzenden und im Einzelfall aufeinander abgestimmten Instrumenten erfordert, stand indessen in der europäischen und deutschen Verbraucherschutzpolitik nie ernsthaft in Frage. Als ein weiteres Standardinstrument des Verbraucherschutzrechts hat sich daher in Ergänzung zum Informationsmodell das Widerrufsrecht nach wirksam geschlossenem Vertrag etabliert. In Deutschland erstmals im Jahre 1986 im Zuge der Umsetzung der Haustürgeschäfte-richtlinie eingeführt, gilt es heute weitgehend einheitlich mit 14-tägiger Widerrufsfrist für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, Fernabsatzverträge, Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Verbraucherdarlehensverträge sowie Verträge über Finanzdienstleistungen.²⁶

Zweck der in all diesen Konstellationen wesentlich gleichartig strukturierten Widerrufsrechte ist es – schon in großer Nähe zu aktuellen verhaltensökonomischen Ansätzen bzw. Nudging – dem Verbraucher eine nachträgliche Überlegungsfrist oder *cooling-off-period* einzuräumen.²⁷ Dahinter steht wiederum die vielfach bestätigte verhaltensökonomische Einsicht, dass es einen Unterschied und potentiellen Konflikt zwischen den kurzfristigen, oft irrationalen Interessen des Menschen einerseits und seinen langfristig-planmäßigen, rationalen Zielen andererseits gibt und dass das Recht ein Mittel vorsehen sollte, um dem Verbraucher einen Ausweg zu weisen, wenn er sich beim Vertragsschluss von ersteren hinreißen lässt und damit nicht in seinem eigenen besten Interesse im Sinne seiner übergeordneten Ziele handelt. Die einfachste und nächstliegende Art, dieses Desiderat zu verwirklichen, ist es, dem Verbraucher durch Einräumung eines Widerrufsrechts eine nachträgliche Überlegungsfrist einzuräumen. In dieser Ausgestaltung von Verbraucherverträgen liegt also bereits ein deutliches Element liberal-paternalistischer Privatrechtsregulierung, die man nur und gerade

²⁶ Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 15 ff.; WAGNER (Fn. 10) 136.

²⁷ Ausführlich HACKER (Fn. 18) 513 ff. m. w. N.

deswegen noch als „liberal“ bezeichnen kann, weil der Verbraucher die Wahl hat, ob er das Widerrufsrecht ausübt oder nicht und der freiverantwortlich geschlossene Vertrag im Zweifel wirksam bleibt. Zum Vergleich: Eine nochmals deutlich stärker eingreifende Regulierungsvariante mit demselben Ziel läge in der umgekehrten Ausgestaltung, nicht einen nachträglichen Widerruf des wirksamen Vertrags zu erlauben, sondern vielmehr die volle Wirksamkeit des zunächst schwebend unwirksamen Geschäfts von der Ausübung eines zwingenden nachträglichen Bestätigungsvorbehalts abhängig zu machen – auch dies wurde im Schrifttum bereits erwogen, jedoch als exzessiver Eingriff in die Vertragsfreiheit meist nicht weiter verfolgt.²⁸

Indessen weist auch die derzeitige Ausgestaltung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte trotz ihrer inzwischen weitgehenden Anerkennung als Standardinstrument des Schuldrechts sowie ihrer großen praktischen Bedeutung erhebliche dogmatische Brüche und Begründungsschwierigkeiten auf.²⁹ Blickt man genauer hin, ist das Widerrufsrecht nämlich nur dort gut begründet, wo es um den direkten Schutz des Verbrauchers vor situativer Übereilung geht, also insbesondere beim klassischen Haustürgeschäft durch unangekündigten Vertreterbesuch in der Wohnung des Verbrauchers. Die Ausdehnung dieses Schutzes auf sämtliche außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und auf den gesamten elektronischen Geschäftsverkehr lässt sich auf dieser Grundlage hingegen nicht mehr ohne weiteres rechtfertigen. Teleologisch sinnvoller wäre es auch, die – wie gesehen grundsätzlich sachangemessene – 14-tägige Widerrufsfrist bei Verbraucherkrediten entgegen dem vereinheitlichenden Kodifikationswillen des BGB-Gesetzgebers nicht schon ab Vertragsschluss, sondern vielmehr ab Bezahlung der ersten Rate laufen zu lassen – also dann, wenn der Interessenkonflikt zwischen kurzzeitigen und langzeitigen Verbraucherinteressen tatsächlich spürbar wird und durch die nachträgliche *cooling-off-period* wirksam gelöst werden kann.

Hinzu kommen schließlich weitere teleologische Brüche in der Ausformung all dieser Regelungen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden können.³⁰

28 Dazu HACKER (Fn. 18) 514.

29 Zum Nachfolgenden eingehend WAGNER (Fn. 10) 137 ff.

30 Ein Beispiel bildet die vom EuGH abgelehnte Anwendung der Haustürgeschäfte-richtlinie auf die Verbraucherbürgschaft; vgl. EuGH, 17.3.1998 – *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG./Edgar Dietzinger*; dazu kritisch M. AUER, *Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 1999, 161 ff.; aus heutiger Perspektive eingehend WAGNER (Fn. 10) 140 ff. sowie DERS. (Fn. 6) 829 f. zur Verallgemeinerbarkeit des Verbrauchervertragsrechts u. a. auf die Bürgschaft.

Insgesamt bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die Ausgestaltung und Rechtfertigung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte trotz ihrer inzwischen weitgehenden Anerkennung nach wie vor im Einzelnen zahlreiche ungelöste Fragen aufwirft und daher mit dem jedenfalls nominell unverändert auf dem Prinzip bindender vertraglicher Willenserklärungen basierenden System des deutschen Schuldrechts bis heute keineswegs ohne weiteres harmoniert.

3. *Zwingende Eingriffe in den Vertragsinhalt*

Letzteres gilt auch deshalb, weil die Widerrufsrechte – zur Erfüllung ihrer Teleologie nicht unvermeidlich – als zwingendes Recht ausgestaltet sind und damit zugleich einen Ausschnitt aus einer viel umfangreicheren Gruppe von beidseitig oder einseitig zwingenden, also jedenfalls zulasten des Verbrauchers unabdingbaren Verbraucherschutzvorschriften bilden, die unmittelbar in die vertragliche Abschluss- oder Inhaltsfreiheit beider Parteien eingreifen. Dabei ist freilich zu differenzieren: Das Vertragsrecht besteht auch außerhalb des in einem weiten Sinne verstandenen Verbrauchervertragsrechts nicht ausschließlich aus dispositiven Normen. Vielmehr handelt es sich bei all jenen Normen, die – wie etwa Regeln über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel oder Rechtsmissbrauch – die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung im Sinne materialer Vertragsfreiheit sichern sollen, auch außerhalb des Verbraucherschutzrechts typischerweise um zwingendes Recht.³¹ Zwingendes Verbrauchervertragsrecht geht in seiner Teleologie darüber jedoch hinaus. Dabei geht es nicht mehr nur um den Schutz der Voraussetzungen freiverantwortlichen Kontrahierens, sondern um materielle Eingriffe in den Vertragsinhalt durch Klauselkontrolle und zwingende, oft paternalistisch motivierte Verbote und Anspruchsgewährleistungen zugunsten der Verbraucher.³² Zwingendes Recht existiert heute weiträumig in allen Bereichen des deutschen Verbrauchervertragsrechts.³³ Besondere Bedeutung besitzt es im Kaufrecht, das im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 einheitlich nach dem Muster der Europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie normiert, also in gezielter konzeptioneller Umkehrung des früheren Regel-Ausnahme-Verhältnisses am inhaltlichen Leitbild des Verbraucherkaufs ausgerichtet und nur hinsichtlich der Abdingbarkeit der verbraucherschützenden Sonderregelungen differenzierend ausgestaltet wurde. Angestrebt wurde damit die Wiederherstellung der inhaltlichen Kohärenz

31 Dazu statt aller G. WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, in: H. EIDENMÜLLER et al., Revision des Verbraucher-*acquis* (Tübingen 2011) 1, 22; zustimmend LURGER (Fn. 11) 809 f.

32 LURGER (Fn. 11) 805.

33 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 19 ff.

des im BGB enthaltenen Kaufrechts unter Vermeidung der immer stärkeren Sonderverrechtlichung des Verbraucherkaufs neben einem zunehmend entleerten „allgemeinen“ Kaufrecht.³⁴

Dieses auf den ersten Blick plausible Ziel erwies sich auf dem eingeschlagenen Weg jedoch als unerreichbar. Eingetreten ist vielmehr geradezu das Gegenteil: Die Absicht des BGB-Reformgesetzgebers, ein einheitliches Kaufrecht für alle Benutzergruppen zu schaffen, wurde durch die nachfolgende Entscheidungspraxis des EuGH immer weiter konterkariert.³⁵ Wesentliche Bedeutung besitzt dabei vor allem eine Entscheidungsserie zur Nacherfüllung, die auf der in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthaltenen Maßgabe beruht, dass die Nachbesserung oder Ersatzlieferung an den Verbraucher *unentgeltlich* zu erfolgen habe. Der EuGH folgerte daraus jeweils unter Umkehrung der gegenteiligen Wertungen des BGB, dass der Verbraucher keinen Nutzungsersatz für die zurückgegebene, zwischenzeitig gebrauchte Sache zu leisten habe, dass der Verkäufer bei der Nachlieferung nicht nur eine mangelfreie Ersatzsache, sondern darüber hinaus den Ausbau der defekten und Neueinbau der mangelfreien Sache schulde, dass die ursprünglich im BGB enthaltene, gerade für einen solchen Fall gedachte Begrenzung der Nacherfüllungspflicht bei unverhältnismäßigen Kosten richtlinienwidrig und damit unanwendbar sei und dass schließlich die gesetzliche Mängelvermutung alle innerhalb der ersten sechs Monate auftretenden Mängel ohne Rücksicht darauf erfasse, ob die Mängel bereits bei Gefahrübergang bestanden hatten oder nicht.³⁶ Im Ergebnis enthält das BGB heute nach alledem – zuspitzend formuliert – nicht mehr ein Kaufrecht, sondern „ein Kaufrecht im Plural“,³⁷ das identische Rechtsprobleme für jeweils verschiedene Personengruppen – Verbraucher-Unternehmer, Verbraucher-Verbraucher, Unternehmer-Unternehmer – teils geradezu gegenteiligen Lösungen unterwirft und damit rechtsstaatlich bedenkliche Implikationen zeitigt.³⁸ Hinzu kommt die kaum durchdachte, nur historisch erklärbare Kumulation von Regelungen zur Klauselkontrolle und zwingenden Eingrif-

34 Dazu GSELL (Fn. 1) Rn. 63.

35 Zum Ganzen eingehend WAGNER (Fn. 10) 146 ff.; DERS., Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, 87 ff.

36 Im Einzelnen EuGH, 17.4.2008 – *Quelle AG./Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*; EuGH, 16.6.2011, – *Gebr. Weber GmbH./Wittmer und Putz./Medianess Electronics GmbH*; EuGH, 4.6.2015 – *Froukje Faber./Autbedrijf Hazet Ochten BV*.

37 WAGNER (Fn. 10) 145.

38 WAGNER (Fn. 10) 151 ff., 179 f.; dem folgend M. AUER, *Digitale Leistungen*, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2019, 130, 145 f.

fen in den Vertragsinhalt.³⁹ Ein kohärenter Kanon vertragsrechtlicher Grundprinzipien ist bei alledem jedenfalls kaum mehr erkennbar. Das Verbrauchsgüterkaufrecht bildet zudem nur ein paradigmatisches Beispiel für eine strukturelle Entwicklung: Die Probleme gespaltener Auslegung und systematischer Inkohärenz einheitlicher Rechtsgebiete kraft zwingenden europäischen Richtlinienrechts stellen sich gleichermaßen auch in anderen verbraucherrechtlich relevanten Rechtsmaterien, etwa im Zahlungsdienst- und Urheberrecht.⁴⁰

Es bleibt auch hier zu resümieren, dass das zwingende Verbraucherschutzrecht, wie es in den meisten verbraucherschützenden Richtlinien des Unionsgesetzgebers enthalten ist, nicht mehr nur eine Ausnahme in dem auf Vertragsfreiheit basierenden System des BGB darstellt, sondern sich das Regel-Ausnahmeverhältnis inzwischen umzukehren beginnt. Ohne große Übertreibung lässt sich konstatieren, dass die Vertragsfreiheit im geltenden Verbraucherschutzrecht heute faktisch außer Kraft gesetzt ist. Mehr noch: Vertragliche Abschluss- und Inhaltsfreiheit stellt auch im Gesamtsystem des BGB inzwischen nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ über alle Verträge hinweg betrachtet nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme dar. Abermals gilt: Privatrecht ist heute – mit noch kaum durchdrungenen Konsequenzen für die Möglichkeit kohärenter privatrechtlicher Systembildung – vom dispositiven, freiheitlichen Verkehrsrecht vielfach zum zwingenden oder halbzwingenden Regulierungsrecht geworden.⁴¹

4. Verhaltensökonomische Ansätze und Nudging

Noch deutlicher wird dieser Befund im Spiegel der in jüngerer Zeit geführten Debatten über libertär-paternalistische Regulierungsstrategien bzw. „Nudging“ als Gestaltungsmittel verbraucherschützender Systemarchitekturen.⁴² Ziel derartiger Ansätze ist es, durch geschickte Verfahrensgestaltung

39 Für eine Auflösung zugunsten der AGB-Kontrolle mit guten Gründen WAGNER (Fn. 6) 834 ff.

40 Zu den Auswirkungen des europäischen Zahlungsdiensterechts auf die Kohärenz des deutschen Bereicherungsrechts BGH, 16.6.2015, BGHZ 205, 377; dazu M. AUER, Neuanfang beim Bereicherungsausgleich in Dreipersonenverhältnissen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2016, 479 ff.; DIES., Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriwahl in der Privatrechtswissenschaft, in: FS Canaris (Berlin/Oxford 2017) 509, 531 ff.; WAGNER (Fn. 10) 155 ff.; zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz bei Software EuGH, 3.7.2012 – *UsedSoft GmbH./Oracle International Corp.*; dazu AUER (Fn. 38) 139 ff.).

41 Zum Ganzen bereits vorstehend bei Fn. 10 f.

42 Grundlegend R. H. THALER/C. R. SUNSTEIN, *Nudge* (New Haven 2008); in der Folge C. R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism* (New

gen psychologisch wirksame Anreize für objektiv interessengerechte Konsum- oder Vertragsentscheidungen zu setzen, ohne den Verbrauchern alternative Wahlmöglichkeiten durch Verbote oder zwingendes Recht abzuschneiden. Inhaltlich machen sich Nudging-Techniken dabei dieselben Rationalitätsdefizite zunutze, die Verbraucher normalerweise daran hindern, ihr eigenes Interesse richtig zu erkennen und danach zu handeln.⁴³ Zu den vieldiskutierten Beispielen zählen etwa Standardsetzungen zugunsten des Verbrauchers, die aktiv abgewählt werden müssen (sogenannte *default rules*), architektonische Gestaltungen, die etwa gesündere Lebensmittel leichter zugänglich platzieren als ungesunde, plastische und abschreckende Warnungen, z. B. auf Zigarettenschachteln, Erinnerungen an nützliches Verhalten etwa durch E-Mail oder SMS sowie schließlich psychologisch wirksame Informationen über die Konsequenzen des eigenen Verhaltens, etwa durch Gesundheits-Apps.⁴⁴

Deutlich wird anhand all dieser – hier nicht im Einzelnen zu diskutierenden – Beispiele, dass sich jenseits des heute existierenden privatrechtlichen Verbraucherschutzrechts inzwischen ein ganz neues verbraucherrechtliches Leitbild abzuzeichnen beginnt, das deutlich außerhalb dessen liegt, was bisher üblicherweise als Regelungsgegenstand des Privatrechts begriffen wird. Für das künftige Verbraucherrecht kommt es schlicht nicht mehr auf die inhaltliche Gestaltungskraft und damit auch nicht mehr auf die heute geradezu naiv anmutende Vorstellung einer Richtigkeitsvermutung freiverantwortlich geschlossener Verträge an. Maßgeblich ist vielmehr ein durchgängig materialisiertes Verständnis von Konsumentenautonomie, das darauf zielt, individuelle Verbraucherinteressen durch kuratierte Auswahlentscheidungen in einer informationell übersättigten, durchgehend digitalisierten Konsumumgebung optimal zu verwirklichen.⁴⁵ Ein materiell legitimierender

Haven 2014); DERS., *Choosing Not to Choose. Understanding the Value of Choice* (Oxford 2015). Das Folgeschrifttum ist uferlos; repräsentativ etwa A. KEMMERER/C. MÖLLERS/M. STEINBEIS/G. WAGNER (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging* (Baden-Baden/Oxford 2016).

43 Zum Begriff THALER/SUNSTEIN (Fn. 42) 6; anschauliche Erläuterung bei H.-B. SCHÄFER/C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012) 125 ff.

44 Vgl. etwa THALER/SUNSTEIN (Fn. 42) 227 und passim; SCHÄFER/OTT (Fn. 43) 137 ff.

45 Zum Ganzen aktuell P. BERNAU, *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* Nr. 21, 26.5.2019, 19 („Kümmere dich um mich! Menschen wollen nicht mehr so viel Verantwortung haben. Sie lassen lieber Unternehmen oder den Staat für sich entscheiden“); speziell zur „digitalen Entmündigung“ R. MÜHLHOFF, *Digitale Entmündigung und ‚User Experience Design‘. Wie digitale Geräte uns nudgen, tracken und zur Unwissenheit erziehen*, *Leviathan* 46 (2018) 551 ff.

normativer Gehalt kann solchen Auswahlentscheidungen kaum mehr zugestanden werden. Die Auswahlfreiheit selbst denaturiert vielmehr zum post-liberalen Konsumgut – die Freiheit selbst wird konsumiert –, indem Verbraucher durch eine derartige Systemgestaltung gezielt dazu konditioniert werden, ihre Konsumentenautonomie nur noch oder vielmehr gerade als „sichere“, „nützliche“, „optimale“ Freiheit zur Auswahl zwischen materiell regulierten Konsumalternativen zu begreifen. Der Bereich hergebrachter privatrechtlicher Systemgestaltung ist mit Blick auf ein solches, keineswegs utopisches Leitbild des Verbraucherrechts jedenfalls vollends verlassen.

III. VERTRAGSFREIHEIT UND VERBRAUCHERSCHUTZ: KONKORDANZ ODER DISKORDANZ?

Damit lautet die abschließende Frage, wie sich das Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz vor dem Hintergrund des bisher Vorgetragenen insgesamt darstellt. Handelt es sich im Großen und Ganzen um Konkordanz oder um Diskordanz? Ist es möglich, das dogmatische und normative Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz systematisch befriedigend zu überbrücken oder nicht? Nach allem Gesagten wird die Antwort skeptisch ausfallen müssen – wenn auch immer vorbehaltlich der Möglichkeit privatrechtlicher Systeminnovation, die sich trotz laufend neuer Materialisierungsmoden seit dem 19. Jahrhundert immer wieder als erstaunlich robust erwiesen hat.⁴⁶ Kaum mehr zu überbrücken dürfte das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz aber jedenfalls auf zwei Ebenen sein: Normativ im Hinblick auf die dem klassischen Privatrechtssystemverständnis zugrundeliegenden Wertungen sowie institutionell mit Blick auf die künftige Gestalt, Funktion und Fortentwicklung der Privatrechtswissenschaft.

1. Normative Diskordanz: Gespaltenes Privatrecht

Auf der normativen Ebene ist das Wesentliche schon gesagt: Man sollte sich nochmals klar vor Augen führen, dass die beidseitige Vertragsfreiheit im Bereich der Verbraucherverträge faktisch nicht mehr existiert, und zwar gilt das für viele Aspekte der Inhalts- wie der Abschlussfreiheit.⁴⁷ Zudem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass für den gesamten lebenspraktisch wichtigen Bereich des Wohnraummiet-, Arbeits- und Versicherungs-

46 Dazu AUER (Fn. 4) 2 ff. und passim. Dies gilt ungeachtet der nachfolgend geäußerten Zweifel an der fortbestehenden Tragfähigkeit des klassischen privatrechtlichen Systemdenkens.

47 Vgl. bereits vorstehend bei Fn. 10 f., 41.

vertragsrechts ebenfalls funktionales Verbraucherschutzrecht gilt.⁴⁸ Zwar knüpfen diese Materien nicht direkt an den Verbraucherbegriff des § 13 BGB an und liegen außerhalb des Regelungshorizonts des europäischen Verbrauchervertragsrechts, doch betreffen Mietverträge und Arbeitsverträge Menschen typischerweise in ihrer privaten Lebensführung und damit funktionell ebenfalls in ihrer Verbrauchereigenschaft – was wiederum umgekehrt Fragen nach der Effektivität und Zielgenauigkeit des europarechtlichen Zuschnitts des Verbraucherrechts aufwirft.⁴⁹ Dementsprechend basiert auch die Ausgestaltung dieser Materien weitgehend auf zwingendem Recht und nicht abdingbaren Schutzvorschriften. Schließlich kommt als weiteres funktionales Verbraucherschutzrecht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hinzu, das Unternehmen beim Abschluss von Massengeschäften zu Gleichbehandlung verpflichtet und damit nicht nur die Inhalts-, sondern vor allem die Abschlussfreiheit bei Geschäften mit Verbrauchern wesentlich beschränkt.⁵⁰

2. *Institutionelle Diskordanz: Die Rolle der Privatrechtswissenschaft*

Nach alledem richtet sich der abschließende Blick auf die Ebene des Zusammenspiels der an der Privatrechtsentstehung beteiligten Akteure und der resultierenden multipolaren Privatrechtsdogmatik. Wie gesehen ist das moderne deutsche Verbraucherschutzrecht das Produkt eines immer komplexeren Mit-, Gegen- und Übereinanders von nationaler und europäischer Gesetzgebung und Rechtsprechung, in dem die deutsche Zivilrechtswissenschaft mit ihrem aus dem 19. Jahrhundert überkommenen Selbstverständnis als primäre Institution privatrechtlicher Systemgestaltung immer weniger gehört wird.⁵¹ Damit liegt nahe, dass sich der herkömmliche Ansatz privatrechtlicher Systembildung, der darauf zielt, den divergierenden Regulierungsansätzen doch noch so etwas wie ein kohärentes System abzugewinnen und dieses soweit wie möglich mit dem Prinzip der Privatautonomie in Einklang zu bringen, künftig kaum mehr fruchtbar weiterführen lässt.⁵² Das

48 Zutreffend WAGNER (Fn. 10) 102 ff.; DERS. (Fn. 6) 826 f.

49 Nach LURGER (Fn. 11) 818 f. unterstützt das europäische Verbraucherschutzrecht in erster Linie jene Verbraucher, „die diesen Schutz nicht unbedingt am dringendsten benötigen: gut informierte, finanziell relativ gut gestellte Menschen“, während „verletzliche Verbraucher“ nur ausnahmsweise beachtet und „soziale Themen“ gemieden würden. Dies trifft offensichtlich zu: Europäisches Verbraucherrecht ist Binnenmarktrecht.

50 Dazu WAGNER (Fn. 10) 105 f.

51 Zu diesem Selbstverständnis WAGNER (Fn. 10) 71 ff., 180 ff.

52 Mit eingehender Kritik auch WAGNER (Fn. 10) 106 ff., 177 f., insbes. 181 f., wenn gleich die dortige scharfe Entgegensetzung zwischen der Erarbeitung privatrechtli-

Verbraucherrecht ragt als modernes Regulierungsrecht aus dem hergebrachten Wertungskanon des Privatrechts heraus und konfrontiert dieses mit inkompatiblen Regulierungszielen und Regulierungsmethoden. Erst wenn die gegenwärtige Zivilrechtswissenschaft insoweit auf der Höhe der Zeit ist und versteht, was sie tut, wenn sie versucht, ein aus hergebrachter Perspektive kaum mehr wiederzuerkennendes Privatrecht zu erklären,⁵³ wird es möglich sein, die Entwicklung des modernen Verbraucherschutzrechts auf sachangemessene Begriffe zu bringen und kritisch wie konstruktiv zu begleiten.

cher Prinzipien einerseits und privatrechtlicher Systembildung andererseits überzeichnet erscheint.

53 Es bleibt die hier nicht zu beantwortende Frage nach der künftigen Gestalt von Privatrecht. Vgl. vorstehend bei Fn. 46.