

Aufsätze

Dr. Eva Kocher,
Hochschule für Wirtschaft und Politik, Hamburg

Was ist ein Verbrauchergeschäft? – Ungleichgewichte als Rechtsproblem am Beispiel der Bürgschaft

Aus Anlass der Auseinandersetzung über den Schutz des Bürgen nach dem VerbrKrG und HWiG soll im Folgenden der rollenbezogene Verbraucherbegriff von einem personenbezogenen unterschieden werden. Wettbewerbsrecht und Verbrauchervertragsrecht verfolgen im Verbraucherschutz insofern verschiedene Schutzansätze, die sich auch in verschiedenen Verbraucherbegriffen ausdrücken.

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Überlegungen wird dann nach den Konsequenzen für die Systematik des Privatrechts gefragt. Denn der Schutz der materiellen Vertragsfreiheit über das allgemeine Zivilrecht unterscheidet sich vom Ansatz her deutlich von dem Schutz, den das Verbrauchervertragsrecht Gewähr leistet. Beide Entwicklungen können sich jedoch ergänzen und in ihrer Orientierung an den sozialen Funktionen und der Zweckbestimmung vertraglichen Handelns Wege für Neuorientierungen des Vertragsrechts aufzeigen. Hier liegen Chancen, die von vielen für gefährdet erklärte¹ Einheit der Zivilrechtsordnung zu rekonstruieren und dabei neu zu finden.

A. Zivilrecht und materielle Privatautonomie: zwei Konzepte

Der Bürgschaftsvertrag hat in den letzten Jahren eine zentrale Bedeutung für die Weiterentwicklung einiger wichtiger Begriffe des modernen Zivilrechts erhalten.² Zum einen entwickelten das Bundesverfassungsgericht und der BGH ihre Rechtsprechung zur Gewährleistung materieller Privatautonomie bei strukturellen Verhandlungsungleichgewichten vor allem am Beispiel von Bürgschaften durch Familienmitglieder des Hauptschuldners. Zum anderen hat sich anlässlich der Frage nach der Einbeziehung von Bürgschaftsgeschäften in die Schutzbereiche des Haustürwiderrufs- bzw. des Verbraucherkreditgesetzes in den letzten Jahren eine Auseinandersetzung um den Begriff des Verbrauchers im europäischen und deutschen Recht entfaltet.

Die zuletzt genannte Rechtsentwicklung erfolgt weitgehend unter Einfluss von EU-Richtlinien. Der Verbraucherschutz ist der Bereich, in dem die EU schon seit langem das Zivilrecht der Mitgliedstaaten gestaltet und damit vorerst der wichtigste Baustein in der Entwicklung eines »europäischen Zivilrechts«³. Der Begriff des Verbrauchers spielt dabei eine konsolidierende Rolle; er ist die Klammer, mit der heterogene Regelungsgegenstände zu einem »Sonderprivatrecht

Verbraucherrecht« zusammengefasst werden. Wie weit diese Entwicklung inzwischen gediehen ist, zeigen insbesondere die Regelungen der Richtlinie 1999/44/EG »zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter«⁴. Demgegenüber hält das BVerfG die Generalklauseln des BGB für geeignet, eine »typisierende Betrachtungsweise« »struktureller Unterlegenheiten« aufzunehmen; seine Anregung geht dahin, über eine entsprechende Weiterentwicklung allgemeiner Zivilrechtsdogmatik nachzudenken.

Auf beiden Wegen wird in typischen Fällen von gestörter Vertragsparität zivilrechtlich eingegriffen. Beide Male handelt es sich letztlich um Reaktionen auf vergleichbare gesellschaftliche Problemstellungen. Das Zivilrecht stellt sich so den Anforderungen, die die Massengeschäfte des täglichen Lebens sowohl in Hinblick auf Erfordernisse sozialen Schutzes wie der Ordnung des Wettbewerbs aufwerfen. Wie sich die beiden Rechtsentwicklungen zueinander verhalten, soll im Folgenden anhand des Problems der Bürgschaft von Familienangehörigen untersucht werden.

B. Der Rechtsbegriff des Verbrauchers und das soziale Schutzbedürfnis

In der Folge einer Entscheidung des EuGH, in der dieser die Anwendbarkeit der Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG auf ein Bürgschaftsgeschäft jedenfalls für den Fall verneinte, dass die Bürgschaft einen Geschäftskredit absichere,⁵ hat der BGH das VerbrKrG mit derselben Einschränkung für nicht anwendbar erklärt.⁶

Die Entscheidung des EuGH ist im deutschen Raum insbesondere deshalb kritisiert worden, weil der EuGH den engen Zusammenhang zwischen Bürg-

1 So zum Beispiel wieder Roth, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, JZ 1999, 529 ff.

2 Vgl. nur Foerste in der Anmerkung zu BGH, JZ 1998, 575; Drexel, Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, JZ 1998, 1046 ff. (1046).

3 Tomer, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996, 533 ff.; siehe auch die Ergebnisse der Lando-Kommission, »Principles on European Contract Law, Teil I«, übersetzt von Drobnig/Zimmermann, ZEuP 1995, 864 ff. sowie die Erläuterung von Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477 ff.; siehe allerdings auch Blawrock, Verbraucherkredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen Union, JZ 1998, 801 ff., der feststellt, dass die Richtlinie auf sehr uneinheitlichem Niveau umgesetzt wurde und wenig im Sinne einer Harmonisierung bewirkt hat.

4 EuZW 1999, 498 ff.; dazu Micklitz, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485 ff.; Tomer, Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und Europäisierung des Zivilrechts, BB 1999, 1769 ff.; Rieger, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, VuR 1999, 287 ff.; Reich, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 1999, 2397 ff. Zur Ausbildung eines Sonderprivatrechts durch die EuGH-Rechtsprechung auch Micklitz, Anm. zu EuGH, EuZW 1998, 254.

5 EuGH, JZ 1998, 1071 = NJW 1998, 1295 (Dietzinger) auf Vorlage des BGH, NJW 1996, 930 (siehe auch Antrag des Generalanwalts, ZIP 1997, 627). Der BGH entschied am 14.5.98, JZ 1998, 1072; zur Vorgeschichte Micklitz, EuZW 1998, 253.

6 BGH, JZ 1998, 1074 = NJW 1998, 1939 ff. = BB 1998, 1175 ff. Zur Entwicklung im Einzelnen siehe Drexel, JZ 1998, 1046 (1048 ff.); Treber, Europäischer Verbraucherschutz im Bürgschaftsrecht – Das Urteil des EuGH vom 17.3.1998 und seine innerstaatliche Umsetzung, WM 1998, 1908 ff.

schaft und Darlehen betonte.⁷ Dieser »Gesamtbetrachtung« wird die Abstraktion der Bürgschaft vom Darlehen gegenübergestellt (Einzelbetrachtung). Allerdings ist in der deutschen Literatur wiederholt argumentiert worden, auch auf Grund einer Einzelbetrachtung könnten Bürgschaftsverträge in den Schutz der jeweiligen Gesetze einbezogen werden. Zentrales Element der Begründung ist dabei das »Schutzbedürfnis« des Bürgen. Da er entsprechende Informationsbedürfnisse wie der Hauptschuldner habe, sei er in den Schutzbereich einzubeziehen.⁸ Im deutschen Recht wird der Anwendungs- und Schutzbereich sowohl des HWiG als auch des VerbrKrG allerdings u.a. über den Verbraucherbegriff geregelt.⁹ Die Anwendbarkeit verbraucher-schützender Gesetze auf Bürgschaftsverträge kann deshalb nicht lediglich damit begründet werden, dass ihre Rechtsfolgen der Situation, in der sich der Bürge befinde, ebenfalls angemessen seien. Denn die Richtlinie erfasst nur Schutzbedürfnisse, die charakteristisch für »Verbraucher« sind. Um festzustellen, ob der Bürge insofern in einer vergleichbaren Situation ist wie der Schuldner, der für private Zwecke einen Kredit aufnimmt, wird man nicht umhin kommen, sich damit zu beschäftigen, welche Annahmen über Schutzbedürftigkeit sich im Begriff des Verbrauchers ausdrücken und ob diese Annahmen auch auf Bürgen zutreffen.

1. Verbraucherbegriffe im Wettbewerbs- und im Vertragsrecht

Fragen des Verbraucherschutzes werden zum einen auf hohem Abstraktionsniveau anhand gegensätzlicher verbraucherpolitischer Konzepte bzw. »Leitbilder« diskutiert. Verschiedenen Bildern von Verbrauchern als »schwächerer« bzw. »mündiger« Personen entsprechen unterschiedliche gesetzliche Schutzkonzepte und Schutzniveaus.¹⁰

Die Diskussion um verschiedene Verbraucherleitbilder spielt zunächst auf der rechtspolitischen Ebene eine Rolle, das heißt bei der Frage, mit welchen Mitteln und in welchem Umfang »Verbraucherschutz« gewährt werden soll, inwiefern ein Schutzbedürfnis anzunehmen ist und eine wettbewerbs- oder vertragsrechtliche Regelung angemessen erscheint. Bei der rechtsdogmatischen Auslegung des Rechtsbegriffs des Verbrauchers fließen dann zwar ebenfalls unterschiedliche Leitbilder ein.¹¹ Insbesondere im vertragsrechtlichen Verbraucherschutz ist mit der Orientierung am Begriff des Verbrauchergeschäfts jedoch eine gewisse Vorentscheidung getroffen; hierin drückt sich bereits die Grundannahme aus, dass ohne einen bestimmten Schutz die vertragliche Parität gestört sei. So weist der EuGH für den Schutzzweck der Haustürwiderrufs-Richtlinie knapp darauf, dass der Verbraucher eben als »der wirtschaftlich schwächere Vertragspartner« angesehen werde.¹² Das nationale wie das europäische

Recht geht oft schon davon aus, dass die »Verbrauchereigenschaft« allein schon ein Schutzbedürfnis mit sich bringt. An dieser rechtspolitischen Entscheidung haben rechtsdogmatische Untersuchungen anzuknüpfen, selbst wenn sie die Schaffung eines allgemeinen Rechtsbegriffs des Verbrauchers für falsch halten sollten.¹³

Im Folgenden sollen deshalb Stellungnahmen zum Verbraucherbegriff in der rechtswissenschaftlichen Literatur daraufhin untersucht werden, welche Vorstellungen über die sozio-ökonomischen Besonderheiten »des Verbrauchers« sich in ihnen ausdrücken und welche Antworten sie auf die Frage geben, wodurch und worin die Parität in Verbraucher- verträgen gestört sein kann.

2. Sozio-ökonomische Beschreibungen des Ungleichgewichts

Eine sozio-ökonomische Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern kann zum einen damit begründet

- 7 Drexl, JZ 1998, 1046 (1058); ähnlich Pfeiffer, ZIP 1998, 1131 ff.; Reimicke/Tiedtke, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1998, 895; Bydlinski/Klauninger, Anm. zu EuGH, ZEuP 1998, 1006 f.
- 8 Drexl, JZ 1998, 1046 (1053); Sölter, Kein Bürgenschutz durch das Verbraucher kreditgesetz?, NJW 1998, 2192 ff.
- 9 Höm, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, Gedächtnisschrift für Schultz, 1987, S. 84.
- 10 Dick, Das Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung, 1995, 25 ff.; Micklitz in: ders. (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten, 1996, S. 3 ff.; Herrmann, ebda, S. 68 ff. (74 ff.); K. Simits, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976; Reich, Europäisches Verbraucherrecht: Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 1996; Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, S. 5; Bourgoignie, Le droit communautaire de la consommation: Acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993, in: Festschrift für Kitagawa, 1992, S. 31 ff. (38); Howells/Wilhelmsson, EC-Consumer Law, 1997, S. 315 ff. Zur Durchsetzung des marktorientierten Informationsmodells auf europäischer Ebene siehe z.B. Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 63 ff.; Gärtner, Nicht einlösbares Zielsetzungen im Verbraucherrecht, VuR 1997, 371 ff. (374); Howells/Wilhelmsson, EC-Consumer Law, S. 18, S. 306 ff.
- 11 Vgl. Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 64 f.; Gärtner, VuR 1997, 371 (376 f.); Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 414 ff.; Micklitz, Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – *lus commune praeter legem?*, ZEuP 1998, 253 ff. (259); siehe auch Dreher, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167 ff. (171) zur Bedeutung von Leitbildern im Wettbewerbsrecht; dazu die Entgegnung von Reich, Das Phantom »Verbraucherschutz« – Erosion oder Evolution des Privatrechts?, JZ 1997, 609 f. Zur Differenzierung je nach Regelungs- und Anwendungsbereich siehe z.B. Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 64 f.; Micklitz, ZIP 1998, 939 (branchen- und vertragstypenbezogene Differenzierung).
- 12 EuGH, JZ 1998, 896 ff.; vgl. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, Rz. 200 ff.; dort auch zum Verhältnis der Zielsetzungen sozialen Schutzes und der Wirtschaftspolitik; Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 30 ff., S. 301 ff., sieht im europäischen Recht insofern eine Entwicklung von einem produktivistischen zu einem Konzept der Gewährleistung von »Lebensqualität«.
- 13 Vgl. Reich, NJW 1999, 2398. Deshalb spielen Stellungnahmen, die ein Schutzbedürfnis auf Grund der Verbrauchereigenschaft oder –rolle prinzipiell bestreiten, im Folgenden eine geringe Rolle (zum Beispiel Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983; Groener-Köhler, Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft, 1987; wohl auch Hübner, Rechtsge-schäftslehre und Verbraucherschutz, in: FS Börner 1992, S. 717 ff.; wie hier dagegen Höm, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 86 ff., der darauf hinweist, dass das materiale Vertragsprinzip mittlerweile als Grundlage des geltenden Rechts betrachtet werden müsse); siehe auch Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, der ökonomische Schutzprinzipien nur in den einzelnen Gesetzen sucht und an keiner Stelle die ökonomische Bedeutung der Geschäfte mit privaten Zwecksetzungen untersucht, womit der Verbraucherbegriff, den er der Arbeit zugrundelegt (S. 10 f.), in der Luft hängt.

werden, dass Verbraucher typischerweise einer sozial unterlegenen Gruppe angehören («schichttheoretische Beschreibungen«, dazu a)), zum Zweiten damit, dass das Handeln im privaten, nicht-gewerblichen Interesse eine Störung der Parität bewirke («rollentheoretische Beschreibungen«, dazu b)).

a) Schichttheoretische Beschreibungen

Der Versuch, spezifische Verbraucherinteressen daraus abzuleiten, dass die Verbraucher im Produktionsprozess typischerweise die Stellung von Arbeitnehmern einnehmen, wird heute allerdings kaum noch gemacht. Zum Teil wird sogar darauf hingewiesen, dass Arbeitnehmerinteressen und Verbraucherinteressen gegenläufig sein können, zum Beispiel wenn Arbeitnehmer eines Unternehmens von einer Einschränkung des Wettbewerbs zu Lasten der Verbraucherinteressen Vorteile haben können.¹⁴ Statt der Berufung auf eine solche Klassenzugehörigkeit wird aber zum Teil die relative Armut, das heißt letztlich die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Schicht als wesentlich für die Schutzbedürftigkeit herausgestellt. So werden intellektuelle Unterlegenheit, niedrigerer Bildungsstand, mangelnde Sicherheit im Umgang mit komplexen Sachverhalten, aber auch fehlende Beziehungen zu mächtigen Personen oder Organisationen als Gründe für die Unterlegenheit der Verbraucher gegenüber den Unternehmen angeführt.¹⁵ Hier handelt es sich um Eigenschaften, die typischerweise mit einer bestimmten Schichtzugehörigkeit bzw. mit schichttypischen Sozialisationen verbunden sind. Der Begriff der Schicht ist mehrdimensional im Gegensatz zu dem der Klasse, der als einziges Abgrenzungsmerkmal die Stellung zu den Produktionsmitteln verwendet. Maßgeblich für die Schichtzugehörigkeit können ähnliche Besitz- oder Einkommensverhältnisse oder ähnliche Qualifikationen und Berufe sein, also sowohl finanzielles wie soziales oder kulturelles Kapital.¹⁶

Die Schichtzugehörigkeit der Verbraucher ist allerdings keine notwendige, sondern eine typische und teilweise zufällige. Grundsätzlich kann jede/r Verbraucher/in sein. Ein einheitliches Bild der sozialen Eigenschaften der Personen, die als Verbraucher agieren, kann es nicht geben.¹⁷

b) Rollentheoretische Beschreibungen

Vor dem Hintergrund dieser Heterogenität wurde gefordert, die Schutzbedürftigkeit der Verbraucher an ihrer ökonomischen Rolle festzumachen, also nach Momenten »wirtschaftlicher Unterlegenheit« zu suchen.¹⁸ Dabei kann zunächst an der ökonomischen Funktion des Verbrauchs in der Gesellschaft angeknüpft werden. *Bourgoignie* weist zum Beispiel darauf hin, dass die kapitalistische Produktion sich unter anderem durch die Schaffung von Konsumbedarf und -bedürfnissen den Prozess des Konsums

aneigne. Die Parität ginge dadurch verloren, dass die Verbraucher keine Herrschaft über die Verbrauchsfunktion hätten.¹⁹

Ein solch weites Verständnis von Parität und Ungleichgewichten verlangt nach Eingriffen auf anderen politischen Ebenen, insbesondere durch Wettbewerbsregulierung. Das Vertragsmodell hingegen beruht auf der Annahme einer grundsätzlichen Parität zwischen den jeweiligen Vertragsparteien. Für die Frage des Schutzbedürfnisses im Vertragsrecht wäre also zu fragen, welche wirtschaftlichen Ungleichheiten im einzelnen Vertragsverhältnis bestehen, und zwar nicht Ungleichheiten zwischen den Personen, sondern zwischen den von diesen wahrgenommenen ökonomischen Funktionen, den Rollen.

Die Rollensoziologie wurde entwickelt im Zusammenhang mit (struktur-)funktionalistischen Theorien in der Soziologie. Diese Theorien beschäftigen sich weniger mit der Komplexität der einzelnen Personen als mit deren sozialen Beziehungen. Sie gehen davon aus, dass einzelne Menschen ihr Verhalten je nach sozialem Zusammenhang an unterschiedlichen Strukturen und Erwartungshaltungen ausrichten.²⁰ Sucht man nach rollenspezifischen Ungleichgewichten, müsste man danach fragen, welche Funktion die Personen in den jeweiligen sozialen Verhältnissen erfüllen.

Nach den rollenbezogenen Definitionen vom Verbraucher, die sich sowohl im europäischen wie im deutschen Recht durchgesetzt haben, zeichnet sich die Rolle des Verbrauchers dadurch aus, dass die Person eine Ware oder Dienstleistung erwirbt, um sie zu privaten Zwecken zu nutzen. Wirtschaftliche Ungleichgewichte zwischen Unternehmen und den Nachfragern auf der letzten Stufe, die ohne Erwerbszweck auf dem Markt in Erscheinung treten, werden in erster Linie damit erklärt, dass sich die

14 Vgl. *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, S. 39 unter Verweis auf *Böhm*, Produzenteninteressen als Koalition von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen. Nachweise zum Zusammenhang von Verbrauch und Klasse bei *Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979, S. 41, Fn 112.

15 *Weitnauer*, Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht, 1975; v. *Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, 1982; v. *Hippel*, Reflexionen zum Verbraucherschutz, VuR 1998, 170 f.; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S. 36 ff. stellt die intellektuelle Unterlegenheit der wirtschaftlichen Unterlegenheit (S. 59 ff.) gegenüber.

16 Überblick zum ganzen *Geißler*, Die Sozialstruktur Deutschlands, 2. Aufl. 1996, S. 69 ff.

17 *Bourgoignie*, Le droit communautaire de la consommation, S. 37. Deshalb sind Verbraucherinteressen auch der Problematik der »diffusen Interessen« zuzuordnen (siehe insbesondere *Cappelletti/Garth* in: *Cappelletti* (Hrsg.), Access to Justice and the Welfare State, 1981, S. 4 ff.; *Gilles*, Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZP 98 (1985), S. 1). In Deutschland hat man dafür zum Teil den Begriff der »breitgestreuten Allgemeininteressen« verwandt (*Kötz* in: *Cappelletti* (Hrsg.) a.a.O., S. 87).

18 *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 59 ff.; *Reich* in: *Reich/Tomer/Wegener*, Verbraucher und Recht, 1976, S. 10.

19 *Bourgoignie*, Le droit communautaire de la consommation, S. 33; *K. Simitis*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S. 138; genauer zu dieser Position *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 125 ff.

20 Siehe genauer *Bänsch*, Käuferverhalten, 7. Aufl. 1996, S. 96 ff.; Für das Verbraucherrecht wohl zuerst *Reich*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 190.

ökonomische Stellung der Verbrauchsfunktion, auf die *Bourgoignie* hinweist, im einzelnen Verbrauchervertrag widerspiegeln. Da der Verbraucher als »Adressat des über Tauschprozesse vermittelten Konsumgüterangebots« handele, stelle er im Verhältnis zum anbietenden Unternehmen nur einen reaktiven Tauschpartner dar.²¹

Aus dieser Stellung als passiver Marktteilnehmer ergeben sich verschiedene Annahmen über die Art der Schutzbedürftigkeit. Genannt wurden insofern die Standardisierung und Organisation der Verbrauchermärkte, die geringere Erfahrung und Routine der Verbraucher im Umgang mit den jeweiligen Geschäften und die geringere Aufmerksamkeit, die Verbraucher auf die Geschäfte verwenden.

Das erste Merkmal spricht eine Problematik an, die sich aus der Massenhaftigkeit des Konsums ergibt: Die Anbieter können weitgehend über Vertragsinhalte und -bedingungen bestimmen, da sie die Vertriebsorganisation auf dem Markt bereitstellen und die Rechtsgeschäfte standardisieren. Diese Organisation der betreffenden Märkte und die sich daraus ergebende Passivität der Verbraucher mag zwar ökonomischen Sinn haben, indem sie routinisierte und vereinfachte Erwerbsentscheidungen erst ermöglicht. Andererseits erleichtert sie es den Unternehmen, einseitig ihre Interessen durchzusetzen.²² Vor dem Hintergrund des auf Parität basierenden Vertragsmodells ist insofern ein Schutzbedürfnis zu konstatieren.

Damit in Zusammenhang steht das erwähnte zweite Element der Schutzbedürftigkeit des »homo oeconomicus passivus«. Professionell handelnde Parteien werden meist bereits wegen ihrer Kenntnisse, Routine und Erfahrung im Umgang mit den jeweiligen Geschäften denjenigen überlegen sein, die zu privaten Zwecken handeln.²³ Zwar haben auch beruflich Handelnde in der Regel höchstens in den Bereichen Routine, die ihr unternehmerisches Kerngeschäft ausmachen.²⁴ Dies heißt aber nur, dass vergleichbare Schutzbedürfnisse wie auf den Verbrauchsmärkten auch auf anderen Märkten bestehen könnten. Diese Feststellung kann nicht als Argument gegen eine entsprechende Schutzbedürftigkeit bei Verbrauchsgeschäften verwendet werden.²⁵

Der dritte Aspekt der Schutzbedürftigkeit ergibt sich aus der geringeren geschäftlichen Aufmerksamkeit, die Verbraucher in der Regel auf Konsumgeschäfte verwenden. Wer nur beiläufig und in seiner Freizeit mit einem Geschäft befasst ist, wird sich nicht so eingehend damit befassen wie die Seite, für die dies Teil ihres Erwerbes darstellt. Dazu kommt die geringe Dauerhaftigkeit der Konsumbeziehungen sowie die Tatsache, dass bei vielen typischen Verbrauchsgeschäften das individuelle materielle Interesse der einzelnen Verbraucher gering ist, während auf Unternehmensseite wegen der Massenhaftigkeit und der Gewinnerzielungsabsicht größere Aufmerksamkeit angebracht ist.²⁶

Teilweise in Gegensatz dazu steht, dass der »private Verbrauch« auch mit der Befriedigung wirtschaftlicher Grundbedürfnisse assoziiert wird.²⁷ Hier ist aber zu unterscheiden: Auf den Abschluss bestimmter Verträge, insbesondere vieler Verbraucherkreditverträge, aber auch Verträge über den Erwerb lebensnotwendiger Güter und Dienstleistungen, mögen Verbraucher tatsächlich in existenzieller Weise angewiesen sein. Eine große Zahl von Verbrauchsgeschäften ist hingegen durchaus verzichtbar.²⁸ In diesen Fällen wird eher das Argument des geringen Interesses und daraus sich ergebender geringerer Aufmerksamkeit zutreffen.

Für alle genannten Merkmale gilt, dass das Schutzbedürfnis in seiner Intensität vom jeweiligen Markt abhängt.²⁹ So sind Erwerbs- und Verkaufshandlungen auf bestimmten Verbrauchermärkten, die stärker durch Klein- und Mittelbetriebe bestimmt sind, teilweise in geringerem Maße standardisiert.

3. Rechtsbegriffe des Verbrauchers

Wie spiegeln sich diese Aspekte nun im Verbraucherbegriff des geltenden Vertragsrecht?

a) Rollenbezogener Schutz im Vertragsrecht

Vor seiner Konsolidierung durch EU-Richtlinien knüpfte der verstreute vertragsrechtliche Verbraucherschutz im deutschen Recht an unterschiedlichen Merkmalen an.

Vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit wird im BGB seit jeher geschützt. Die Eigenart des jeweiligen Geschäfts spielt dabei allerdings weniger eine Rolle als spezifische Eigenschaften der beteiligten Personen wie Leichtsinns, Unerfahrenheit oder eine Notlage.³⁰ Dieses Schutzkonzept ließe sich im Sinne der Leitbilder noch am ehesten als am Modell der »schwächeren« Person orientiert beschreiben.³¹

21 Siehe vor allem Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 30 f.; verschiedene Formulierungen dieses Konzepts auch bei Stauss, Verbraucherinteressen – Gegenstand, Legitimation und Organisation, 1980; Koch, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 3; Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, S. 25 f.; Reich in: Reich/Tonner/Wegener, S. 12.

22 Vgl. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, S. 30 ff.
23 Vgl. Mankowski, Anmerkung zu EuGH, JZ 1998, 898; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 276; so auch der Generalanwalt Mischo in Slg. EuGH 1991 I, S. 1189 ff. (Di Pinto). Siehe auch EuGH, EWS 1993, 71.

24 Medicus, Wer ist ein Verbraucher?, in: FS für Kitagawa, 1992, S. 485.
25 So auch Damm, Privatautonomie und Verbraucherschutz. Legalstruktur und Realstruktur von Autonomiekonzepten, VersR 1999, 129 ff. (134).

26 Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, S. 26. Auch dieser Aspekt ist ein Merkmal diffuser Interessen (zum Begriff siehe die oben Fn. 17 genannten Autoren); vgl. auch Mankowski, JZ 1998, 898.

27 Vgl. Koch, Verbraucherprozessrecht, S. 3. Nur diesen Aspekt des Verbraucherbegriffs und der Verbraucherrolle behandelt Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 108 ff. in ihrer grundsätzlichen Kritik des Begriffs.

28 Medicus, FS für Kitagawa, S. 485; vgl. auch Gärtner, VuR 1997, 373; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 277 f.

29 Medicus, FS für Kitagawa, S. 484 f.

30 Als erste Phase des deutschen Verbraucherschutzes beschrieben bei Medicus, FS für Kitagawa, S. 473 ff.

31 An diesen Formen des vertragsrechtlichen Schutzes haben auch die Autoren angeknüpft, die »die Verbraucher« als ein Beispiel für eine Gruppe von »Schwächeren« ansieht (v. Hippel, Der Schutz des Schwächeren; Weitnauer, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht). Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 62 ff. hält nur dieses Schutzkonzept (»liberales Informationsmodell«) für systemkonform.

Daneben gab es über die Regelungen des HGB eine Abstufung von gesetzlichem Schutz, die »subjektiv« bestimmten Personen generell die Eigenschaft von Kaufleuten zuschrieb und sie damit von bestimmten Schutzniveaus ausnahm.³² Die Phase der subjektiven Anknüpfung gab es auch im Verbraucherrecht (vgl. § 8 AbzG; § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG in der Fassung vor dem HRefG). Sie war jedoch schon überwunden, bevor die Handelsrechtsreform den subjektiven Kaufmannsbegriff nun durch den Unternehmensbegriff abgelöst hat.³³ Spätestens seit sich die EU in zahlreichen Richtlinien des Verbraucherschutzes angenommen hat, hat sich ein rollensoziologisch negativ definierter Begriff durchgesetzt. Danach ist ein Verbrauchergeschäft ein Vertrag »zwischen einem Unternehmer und einer natürlichen Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher)«³⁴.

b) Personenbezogener Verbraucherbegriff im Wettbewerbsrecht

Außerhalb eines konkreten Geschäfts kann ein solches rollenbezogenes Modell allerdings nicht verwendet werden; die Rolle beschreibt ja Funktionen der Person in einer bestimmten Beziehung zu einer konkreten anderen Person. Deshalb hat *Schuhmann* schon vor langem vorgeschlagen, zwischen Verbraucherschutz(recht) und Verbraucherrecht (bzw. Verbrauchsrecht) zu unterscheiden. Mit »Verbraucher-/Verbrauchsrecht« bezeichnet er den vertragsrechtlichen Schutz, mit »Verbraucherschutz« den Schutz bis ins Wettbewerbsrecht hinein. Dieser müsse Normen für den zwischenunternehmerischen Geschäftsverkehr aufstellen.³⁵

Heute wird im wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutz tatsächlich in aller Regel auf eine Beschreibung der Verbraucherstellung verzichtet.³⁶ So verlangt § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG genau wie die entsprechende Norm in § 13 Abs. 2 Nr. 3 AGBG für die Klagebefugnis der Verbraucherverbände lediglich, dass die Verbände sich den Schutz der Interessen »der Verbraucher« zur Aufgabe gemacht haben, ohne diesen Begriff näher einzugrenzen. Auch im Zusammenhang mit dem Verbraucherinsolvenzverfahren nach der InsO wird nicht auf ein einziges Geschäft Bezug genommen, sondern die Verbrauchereigenschaft personenabhängig bestimmt. § 304 InsO verweist hierfür auf die Einnahmequellen des Schuldners. Verbraucher ist danach »eine natürliche Person, die keine oder nur eine geringfügige selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt«. Damit werden jedenfalls im Wettbewerbs- und im Verfahrensrecht personenbezogene Definitionskriterien verwendet.³⁷

c) Verhältnis von rollen-, personen- und situationsbezogenem Schutz

Für das Vertragsrecht gilt dies hingegen nicht. Mit dem rollenbezogenen Verbraucherbegriff grenzt

hier nun auch das deutsche Verbraucherrecht objektiv-geschäftsbezogen ab.³⁸ Einer Person wird nicht generell, sondern nur in Bezug auf ein bestimmtes Vertragsverhältnis die Stellung eines Verbrauchers zugeschrieben. Beschrieben wird der Vertrag und nicht die Person; es geht um die Stellung der Person innerhalb des konkreten Vertrages und nicht um die subjektive Stellung dieser Person.³⁹

Wegen dieser Abstraktion des rollenbezogenen Begriffs von den sozialen und persönlichen Lebensumständen der Personen besteht allerdings die Gefahr, dass die Problematik der sozial schwächeren Gruppe von Verbrauchern, wie sie oben durch den Bezug auf bestimmte schichttypische Merkmale beschrieben wurde, vergessen wird.⁴⁰ Im vertragsrechtlichen rollenbezogenen Verbraucherbegriff sind diese Aspekte höchstens noch auf Grund tatsächlicher statistischer Zusammenhänge enthalten.⁴¹ Der Begriff selbst behandelt die Frage der Parität nicht anhand von sozialen Eigenschaften der beteiligten Personen, sondern anhand der Charakteristika der Verbraucherverträge und -märkte. Hier ist die Frage der Verbrauchereigenschaft gerade keine Frage des persönlichen, sondern eine des sachlichen Anwendungsbereichs der jeweiligen Vorschriften.⁴²

In der Literatur wird auch der rollenbezogene Verbraucherbegriff allerdings oft noch als eine Frage

32 Als zweite Phase des deutschen Verbraucherschutzes beschrieben bei *Medicus*, FS für Kitawaga, S. 473 ff.; vgl. auch *Hörm*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 80; *Hübner*, Rechtsgeschäftslehre und Verbraucherschutz, S. 724.

33 Vgl. *Pfeiffer*, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr, NJW 1999, 169 ff.

34 § 24a AGBG in der Fassung des HRefG (BGBl. 1998 I, 1474); siehe die Übersicht von *Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854 ff.; zu Ausnahmen *Blau-rock*, Verbrauchercredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen Union, S. 802.

35 *Schuhmacher* in: Krejci (Hrsg.), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 1981, S. 12 ff.

36 Deshalb muss *Dreher*, JZ 1997, 168 f. im Wettbewerbsrecht vergeblich einen einheitlichen Rechtsbegriff des Verbrauchers suchen; grundsätzlich zum Verbraucherschutz als Schutzzweck in Verbindung mit anderen Zwecken des Wettbewerbsschutzes *Beater*, Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, 916 ff.; vgl. auch zum Schutzzweck der UWG-Verbandsklage *Kocher*, Verbandsklage und Prozessstandschaft, VuR 1998, 276 ff.

37 So schon *Schuhmacher* in: Krejci (Hrsg.), S. 12 ff.; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, S. 345; *Wilhelmsson*, Social Contract Law and European Integration, 1995, S. 167 f.

38 *Hübner*, Rechtsgeschäftslehre und Verbraucherschutz, S. 717 (723 f.).

39 EuGH, JZ 1998, 896 ff.: Ein- und dieselbe Person könne im Rahmen bestimmter Vorgänge Verbraucher und im Rahmen anderer Vorgänge Unternehmer sein. Die Unterschiede in den Definitionen der verschiedenen Gesetze können für die Zwecke dieser Untersuchung außer Acht gelassen werden; siehe im Einzelnen hierzu *Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht.

40 *Howells/Wilhelmsson*, EC-Consumer Law, S. 319 f.; *Wilhelmsson*, Social Contract Law and European Integration, S. 163 ff.; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht; *Bourgoignie*, Le droit communautaire de la consommation, S. 38.

41 Insofern kann der Begriff implizit auch auf »typische« soziale Unterlegungen verweisen [*Hörm*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 92 (96)] und ist Verbraucherschutz auch »sozialer Schutz« (*Bourgoignie*, Le droit communautaire de la consommation, S. 43).

42 Wie hier *Hörm*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 84; ähnlich *MüKo-BGB/Ulmer*, § 1 VerbrKrG, Rz. 17: »natürliche Person« als persönliches Merkmal, Zweckbestimmung als sachliches Merkmal; andere Begrifflichkeit aber *ders.* a.a.O., § 6 HWiG, Rz. 1 f.

Rechtsprechung typisiert diesen Druck über die Nähe der Familienbeziehung.⁶³ Auch hier werden also zur Beurteilung des Schutzbedürfnisses bei entsprechender Kenntnis der Bank Merkmale aus dem Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner berücksichtigt.

2. Sonderprivatrecht Verbraucherschutz und/oder soziales Privatrecht

Letzten Endes beschäftigen sich also diese Rechtsprechung des BVerfG und BGH und das Verbrauchervertragsrecht mit einem ähnlichen Problem. In beiden Fällen geht es um den zivilrechtlichen Ausgleich von Ungleichgewichtslagen auf den Märkten. In beiden Fällen spielen Verwendungszwecke und die sozialen Beziehungen in einer bestimmten Rolle bei der rechtlichen Bewertung eine Rolle.⁶⁴ Gerade anhand des Bürgschaftsrechts wird deutlich, welche zentrale Bedeutung Zwecksetzungen für die Beurteilung von privatautonomen Geschäften haben können. Weitere Beispiele wären das Mietrecht, wo für die Anwendung sozialen Schutzes nach dem Zweck »Wohnen« unterschieden wird.⁶⁵ An umfassenderen Ansätzen für eine Modernisierung des Vertragsrechts anhand des Zweckbegriffes wird schon seit längerem gearbeitet. Mit ihrer Hilfe könnte sich das »soziale Privatrecht« von einer personenbezogenen Betrachtung lösen.⁶⁶

Im Vergleich der beiden Ansätze ist der verfassungsrechtliche Paritätsschutz zwar etwas weiter angelegt als das Verbrauchervertragsrecht, da er nicht nur Verbrauchermärkte erfasst. Andererseits dient die Orientierung an einem allgemeinen Begriff wie dem des Verbrauchers rechtlichen Typisierungserfordernissen und damit der Rechtssicherheit eher als die individualisierende Betrachtung.⁶⁷ Auch bietet der Verbraucherschutz angesichts des heutigen Standes des »europäischen Zivilrechts« gute Ausgangspunkte für die Rechtsvereinheitlichung.⁶⁸

Angegriffen werden diese Entwicklungen zum einen von denen, die eine materielle Betrachtung der Vertragsfreiheit ohnehin grundsätzlich in Frage stellen. Dieser Einwand wird durch neuere Entwicklungen im positiven Zivilrecht jedoch zunehmend überholt.⁶⁹

a) Perspektiven des Verbrauchervertragsrechts

Darüber hinaus ist gegen die Ausbildung eines Sonderrechtsbereichs »der Verbraucher« eingewandt worden, dies schaffe ein Sonderrecht für bestimmte Personengruppen.⁷⁰ Diese Kritik geht allerdings von der Geltung eines personenbezogenen Verbraucherbegriffs aus.⁷¹

Mit der Orientierung an rollenbezogenen Begriffen weist die Spezialisierung des Verbraucherrechtes in Richtung einer Zweiteilung in ein Wirtschafts- und ein Verbrauchervertragsrecht. Sie entspricht einer allgemeinen Tendenz: Das Vertragsrecht folgt zu-

nehmend einer Differenzierung nach verschiedenen Funktionsbereichen vertraglichen Handelns.⁷²

b) Situationsbezogene Differenzierung neben dem Verbraucherrecht

Die Anknüpfung an einem allgemeinen Begriff ist auch deshalb kritisiert worden, weil sie zu stark pauschaliere und nicht nach tatsächlichen Schutzbedürfnissen unterscheidet. Als Alternative zur Frage »Wer ist ein Verbraucher?« ist insofern die Frage »Wer bedarf in welcher Situation eines besonderen Schutzes?« vorgeschlagen worden.⁷³

Tatsächlich ist die Stärke von Verhandlungspositionen auf dem Markt generell ein graduelles Problem. Sie ist eine allgemeine Aufgabe des Wirtschafts- und insbesondere Wettbewerbsrechts und sollte nicht auf bestimmte Sonderrechtsbereiche beschränkt bleiben.⁷⁴ Wie das BVerfG dargelegt hat, stellt die Berücksichtigung materieller Vertragsparität als Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Anerkennung vertraglicher Gestaltungsfreiheit auch entsprechende Aufgaben an das allgemeine Vertragsrecht.⁷⁵ Dabei kann es aber nicht um eine Ersetzung des verbraucherrechtlichen Schutzes ge-

63 Bei einem Verhältnis unter Geschwistern wird die Stärke der emotionalen Bindung im Einzelfall geprüft (BGH, NJW 1998, 597 ff. = JZ 1998, 570 ff.). Bei Beziehungen innerhalb der Kleinfamilie wird das Vorherrschen emotionaler Motivationen vermutet (BGH, NJW 1999, 58 ff. (ab dem 1.1.1999)); zustimmend *Tiedtke*, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft eines nahen Angehörigen des Hauptschuldners bei krasser finanzieller Überforderung des Bürgen, NJW 1999, 1209 ff.; teilweise zustimmend *M. Tomner*, VuR 1999, 123 ff. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung siehe auch *Medicus*, Anm. zu BGH, JZ 1997, 574 ff. (576 f.).

64 Genauer *Faber*, ZEuP 1998, 865; Die Zuordnung des Vertrages zum Privatbereich oder der Erwerbstätigkeit richte sich nach dem Inhalt des Vertrages, wobei die dem anderen Teil erkennbaren objektiven Umstände maßgebend sind.

65 *Tomner*, JZ 1996, 536.

66 Siehe schon *Gernhuber*, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, FS Larenz 1973, S. 455 ff.; neuerdings *Reifner*, »Geld hat man zu haben« – »soweit nichts anderes vereinbart«, in: FS Reich 1997, S. 623 ff. (640, 647); Die Zweckbestimmung im Recht wäre neu zu formulieren, anstatt die Lösung über § 138 BGB zu suchen.

67 *Hörn*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 90 f.; vgl. auch *Drexel*, JZ 1998, 1056.

68 Siehe dazu oben bei Fn. 3 f.

69 Siehe schon oben bei Fn. 13. *Hörn*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 86 ff., wirft insofern der Position von *Dauner-Lieb* vor, sie propagiere das Privatrecht und Sozialmodell der Jahrhundertwende. Zu den ökonomischen Hintergründen der Dogmatik des »klassischen« Privatrechts auch *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, S. 126.

70 *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 23; siehe oben bei Fn. 45; vgl. auch *Groener-Köhler*, Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft.

71 *Hörn*, Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherschutznormen, S. 88 und *Drexel*, JZ 1998, 1051 halten deshalb die Bezeichnung »Sonderprivatrecht« (wie ihn z.B. MüKo-BGB/Ulmer, Vor § 1 VerbrKrG, Rz. 12 verwendet) für nicht angebracht.

72 *Pfeiffer*, NJW 1999, 170; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, unterscheidet zwischen ein- und zweiseitigen Unternehmensgeschäften. Vgl. die von *Reich*, ZRP 1974, 190 vorgeschlagene Dreiteilung Verbraucher-, Bürger-, Unternehmensrecht. *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, S. 126; Tendenz zu einer schrittweisen Ablösung der »Marktverfassung« durch sektorenspezifische »Sozialverfassungen«; *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 29 ff.; Gliederung des Privatrechts nach Funktionsbereichen (Privatbereich, Arbeitsverhältnisse, Wirtschaftsbeziehungen, Verbands- und Gesellschaftsrecht).

73 *Medicus*, FS für Kitawaga, S. 486; *Roth*, JZ 1999, 531 ff.; *Dick*, Das Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung, S. 11 f., 41; vgl. auch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 105 ff.; *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996, S. 42 ff.

74 *Rieble*, Die relative Verselbstständigung von Arbeitnehmern – Bewertung in den Randzonen des Arbeitsrechts?, ZfA 1998, 327 ff. (340 ff.).

75 Nachweise siehe oben Fn. 58; vgl. dazu auch schon oben Fn. 69.

hen, sondern um die Suche nach Formen, die diesen ergänzen könnten.⁷⁶ Im geltenden Recht finden sich hierfür bereits zahlreiche Ansatzpunkte. Nicht umsonst gewährleisten die entsprechenden EU-Richtlinien nur eine Mindestharmonisierung.⁷⁷ Das AGBG hat sich ohnehin seit jeher zwischen Verbraucherschutz und allgemeinem Vertragsrecht bewegt;⁷⁸ es trifft über Verbraucherverträge hinaus auch Regelungen für Formularverträge zwischen Unternehmen (vgl. §§ 1, 24 AGBG). Andere Schutzgesetze gelten zumindest auch für Geschäfte Kleingewerbetreibender.⁷⁹ Für die Zukunft könnte vielleicht das Merkmal »unmittelbarer Gegenstand der Geschäftstätigkeit«, das dabei schon verwandt wurde, den Kern der Schutzbedürftigkeit nicht-unternehmerischen Handelns besser erfassen als der bislang meist verwendete negative Verbraucherbegriff.⁸⁰

Diese Entwicklungen zeigen, dass eine Integration sozialer Erwägungen in das Zivilrecht weder auf den Verbraucherbegriff beschränkt bleiben muss, noch sich ausschließlich an einer individualisierenden Betrachtung anhand der Generalklauseln des BGB orientieren muss. Der vertragsrechtliche Verbraucherschutz über den rollenbezogenen Verbraucherbegriff und die Kontrolle von materieller Vertragsfreiheit über das allgemeine Zivilrecht könnten sich so gegenseitig ergänzen und nebeneinander her bestehen.⁸¹

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG »zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter« werden allerdings erste legislative Entscheidungen zum Verhältnis von Verbraucherrecht und allgemeinem Zivilrecht zu treffen sein. Hierbei scheint bislang eine Integration ins BGB bei

gleichzeitiger Schaffung spezifischer Regelungen für Verbrauchergeschäfte favorisiert zu werden.⁸²

Es sollte dabei jedoch nicht vergessen werden, dass ein politischer Ausgangspunkt des Verbraucherschutzes war, auch schichtbezogene Ungleichgewichte auszugleichen. Dieser Schutz wird durch den rollenbezogenen Begriff nicht angemessen gewährleistet. Auch insofern muss weiterhin über geeignete Konzepte und vor allem verfahrensrechtliche Formen des Verbraucherschutzes nachgedacht werden.

Recht der Finanzdienstleistungen

Kommentare und Berichte

*Rechtsanwalt Hartmut Strube,
Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen*

Entgelte für Rücklastschriften – ein Streit ohne Ende

Anmerkung zu den Entscheidungen des LG Düsseldorf vom 27.10.1999 – 12 O 168/99 – und des LG Köln vom 3.11.1999 – 26 O 13/99*

Dass sich weite Teile des Kreditgewerbes schwer tun, kundenfreundliche Urteile des Bundesgerichtshofs zu akzeptieren und umzusetzen, hat inzwischen schlechte Tradition. Im Bereich der Baufinanzierung bedurfte es ganzer Serien von Entscheidungen zu Fragen der Tilgungsverrechnung, der Vorfälligkeitsentschädigung und des Disagios, um den widerstrebenden Kreditinstituten die Meinung des höchsten Gerichts nachhaltig zu verdeutlichen. Für anhaltende Verbitterung sorgt bei Banken und Sparkassen die Rechtsprechung des BGH zum Preisrecht bei Girokonten. Nachdem zunächst Extrantgelte für die Barein- und -auszahlung auf das eigene Konto für unzulässig erklärt wurden (BGH Urteil v. 30.11.1993 – XI ZR 80/93), hielt der Bundesgerichtshof an dieser Rechtsprechung trotz Kritik der überwiegend bankfreundlichen – und nicht selten von Bankmitarbeitern verfassten – Literatur mit seinem Urteil zu den mindestens fünf kostenfreien Buchungsposten pro Monat fest (BGH Urteil v. 7.5.1996 – XI ZR 217/95). Einzelne Institute leisteten in Folge der Entscheidung zwar Rückzahlungen in erheblicher Höhe. Vielen Banken und Sparkassen gelang es jedoch, Kunden beispielsweise mit dem – rechtlich nicht erheblichen – Hinweis abzuwimmeln, sie hätten schon immer drei oder vier Freiposten gewährt und seien von dem Urteil des

76 Zum Schutzbedürfnis bei anderen als Verbrauchergeschäften siehe die Beispiele oben bei Fn. 24 und Fn. 27). Zur Differenzierung des Schutzbedürfnisses innerhalb des Verbraucherrechts siehe schon oben bei Fn. 28 f.; *Blaurock*, JZ 1998, 802; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, S. 64; *Micklitz*, ZEuP 1998, 941.

77 EuGH vom 14.3.91, Slg. 1991 I, S. 1189 (Di Pinto) zur Haustürwiderufs-Richtlinie; Art. 8 der AGB-Richtlinie; siehe zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie insofern *Blaurock*, JZ 1998, 806 ff.

78 *Tommer*, JZ 1996, 536; siehe auch zum Verhältnis dieser beiden Aspekte ausführlich *Frie*, Die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre rechtlichen Grundlagen zwischen Verbraucherschutz- und Vertragsrecht.

79 So § 304 InsO (*Damm*, VersR 1999, 134 ff.); siehe auch die vom EuGH abgelehnte Auffassung des Generalanwalts beim EuGH, Kleingewerbetreibende könnten dem Verbraucherbegriff unterfallen (vgl. *Wilhelmsen*, Social Contract Law and European Integration, S. 165). Das deutsche VerbrKrG wiederum ist über die Anforderungen der Richtlinie hinaus auch auf Existenzgründungskredite anzuwenden.

80 Zum Schutzbedürfnis insofern siehe die Darstellung oben bei Fn. 23 und 26. *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1133; der BGH, JZ 1999, 144 ff. mit Anm. *Grunewald* wendet auf formularmäßige Bürgschaften von Unternehmen das AGBG an, soweit ihr Abschluss nicht wie zum Beispiel bei Banken und Versicherungen Geschäftsgegenstand des Unternehmens ist; vgl. auch *Schuhmann*, Waisenkind des AGB-Gesetzes: Mustervertrag im kaufmännischen Individualgeschäft, JZ 1998, 127 ff. Auf die Frage, ob es sich um ein »alltägliches« Geschäft handelt, wollte auch der Generalanwalt *Mischo* im Falle Di Pinto (EuGH vom 14.3.91, Slg. 1991 I, S. 1189 ff.) abstellen.

81 Skeptisch gegenüber einer (Re-)Integration des Verbraucherrechts ins allgemeine Zivilrecht auch *Tommer*, JZ 1996, 533 ff., der die Grenze ebenfalls für durchlässig hält; so auch schon *Gilles*, Zur neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht, JA 1980, 1 ff. (8); siehe auch MüKo-BGB/ *Ulmer*, § 1 VerbrKrG Rz. 37, der die beiden Konzepte jedenfalls für die Bürgschaft als ergänzende behandelt.

82 Vgl. *Micklitz*, EuZW 1999, 485; *Reich*, NJW 1999, 2398; *Rieger*, VuR 1999, 292 f.; für eine Integration ins BGB ohne eine Differenzierung zwischen Verbraucher- und anderen Verträgen aber *Tommer*, BB 1999, 1772 f.; zum Verhältnis zu den Vorschlägen der Schuldrechtskommission siehe *Reich*, a.a.O., 2401 ff.; *Micklitz*, a.a.O., 489; *Antenbrink/Schneider*, VuR 1999, 293 (295 ff.).

* (in diesem Heft S. 102 und S. 104)