Informationspflichten des europäischen Verbrauchervertragsrechts in der deutschen Rechtsgeschäftslehre: What You See Is What You Get?

von *Eva Kocher*, Hamburg

Vertragsbezogene Informationspflichten spielen im europäischen Privatrecht eine wichtige Rolle. Es herrscht dabei jedoch eine eigenartige Kluft zwischen dem Verbraucherrecht europäischer Richtlinien und dem gemeineuropäischen Vertragsrecht. Im Folgenden soll am Beispiel des deutschen Fernabsatzrechts gezeigt werden, wie diese Kluft sich über die Pflichtenlehre hinaus mit Hilfe der Rechtsgeschäftslehre überbrücken ließe.

I. Einleitung und Fragestellung: Informationspflichten zwischen Wirtschaftsrecht und Vertragsrecht

1. Vertragsbezogene Informationspflichten im europäischen Verbraucherschutz

Die praktische Bedeutung des Informationsmodells im Richtlinienrecht geht auf seine Rolle im Verbraucherschutz zurück. Es gibt verschiedene Theorien darüber, worin die Besonderheit der Verbraucherrolle besteht und wessen es bedarf, um das Funktionieren von Verbrauchermärkten zu verbessern[1]. Die Feststellung, dass Verbrauchermärkte ökonomisch besser funktionieren, wenn die Informationsasymmetrie zwischen Verbrauchern und anbietenden Unternehmen ausgeglichen wird, stellt aber mittlerweile rechtspolitisch den kleinsten gemeinsamen Nenner dar. Seit dem Ersten Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Verbraucherschutz aus dem Jahre 1975 zählt das „Recht auf Information" zu den fünf Grundrechten der Verbraucherinnen und Verbraucher[2]. In praktisch allen seither erlassenen Verbraucherschutzrichtlinien finden sich umfangreiche Kataloge von Informationspflichten der Unternehmen, und auch für das Lauterkeitsrecht denkt die Kommission nun an entsprechende Regelungen[3]. Informationspflichten sind damit zentrales Element des geltenden europäischen

[1] Vgl. *Kocher*, Was ist ein Verbrauchergeschäft? – Ungleichgewichte als Rechtsproblem am Beispiel der Bürgschaft, Verbraucher und Recht (VuR) 2000, 83 ff.; *Fleischer*, Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2000, 779 ff.

[2] Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, gebilligt durch Entschließung des Rates vom 14. April 1975, ABl. 1975 C 92/1.

[3] Art. 6 und 7 der Richtlinie über unlautere Praktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern 2005/29/EG (zum Entwurf *Schulte-Nölke/Busch*, Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken KOM (2003) 356 endg., ZEuP 2004, 99 ff.; 103 ff. zu den Informationspflichten).

Vertragsrechts – denn dieses ist auf Grund der Kompetenzordnung des EG-Vertrags bislang fast ausschließlich Verbraucherrecht.

Nun handelt es sich bei dem Verbrauchervertragsrecht europäischer Richtlinien um privates Wirtschaftsrecht im engen Sinne, das heißt, es ist „auf wirtschaftliche Sachverhalte bezogen“[4], bzw. dient der Regulierung des Funktionssystems Wirtschaft[5]. Ein wichtiges idealtypisches Merkmal des privaten Wirtschaftsrechts im Gegensatz zum allgemeinen Vertragsrecht ist, dass es sich regelmäßig mit Fragen der Wirtschaftspolitik auseinander zu setzen hat[6] und in der Regel eine Steuerung des unternehmerischen Verhaltens in Richtung wirtschafts- und gemeinschaftspolitischer Vorgaben bezweckt. Da es hierbei nicht um systematische Regeln für jeden Einzelfall, sondern um ein wirtschaftliches Ergebnis, ein bestimmtes Marktverhalten geht, wird im europäischen Recht in der Regel die Form der Richtlinie gewählt. Denn mit ihr wird den Mitgliedstaaten vom Konzept her (Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag)[7] nur das zu erreichende Ziel vorgeschrieben, nicht aber die rechtliche Konstruktion, die sie bei der Zielerreichung zu wählen haben. Mit dem Charakter solchen „Wirtschaftssteuerungsrechts“ hängt es auch zusammen, dass die Europäische Union im Verbrauchervertragsrecht typischer Weise fallweise und enumerativ in denjenigen Bereichen und auf den Märkten vorgeht, auf denen es wirtschafts- und rechtspolitisch für den Gemeinsamen Markt für erforderlich erachtet wird.

Zwar werden auch im Richtlinienrecht zunehmend allgemeine Strukturen sichtbar, und der Bezug zum Wettbewerbsrecht, insbesondere zum Lauterkeitsrecht, wird immer bewusster gestaltet[8]. Dennoch dominiert die wirtschaftspolitisch bestimmte Herangehensweise das europäische Verbraucherrecht nach wie vor, und dies äußert sich in einem wichtigen Kennzeichen: Wirtschafts- und verbraucherrechtliche Richtlinien der EU formulieren Pflichten, die Unternehmen bei ihrem Verhalten zu beachten haben[9]. Wie diese Pflichten vertragsrechtlich zu bewerten sind und wie ihre Einhaltung garantiert wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen – solange die Umsetzung denn „effektiv“ ist. Alle Richtlinien erhalten insofern die Vorgabe, dass Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen[10].

---

[4] *Wolfgang Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 2003.

[5] *Hans-Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze*, Wirtschaftsrecht, 1980.

[6] *Wolfgang Fikentscher*, Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht, 1983, Vorwort Bd. 1 und § 1; siehe auch *Fritz Rittner*, Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 1987, S. 18, Rn 56 f. (gesamtwirtschaftliche Richtigkeit entscheidendes Orientierungsprinzip).

[7] Siehe zum Wandel *Micklitz*, Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU, VuR 2003, 8; *Weir*, Difficulties in Transposing Directives, ZEuP 2004, 613.

[8] Zur Entwicklung insbesondere *Micklitz*, VuR 2003, 6 ff. Siehe jetzt insbesondere Erwägungsgrund 7 sowie Art. 6 und 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 3).

[9] Vgl. *Micklitz*, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hg.), Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 39 ff., 45: Entsubjektivierung des Vertragsbegriffs; *Schulte-Nölke*, Functions of Contract in EC Private Law, in: Reiner Schulze/Martin Ebers/Hans-Christoph Grigoleit (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Aquis communautaire, 2003, S. 97 ff.

[10] Ausführlich dazu zum Beispiel *Kocher*, Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts, ZEuP 2004, 260 ff.

2. Informationspflichten im allgemeinen Vertragsrecht

Dieses verhaltensorientierte Verständnis von Pflichten und Sanktionen ist dem Vertragsrecht traditionell fremd[11]. Allerdings spielen Informationspflichten auch im allgemeinen privaten Vertragsrecht durchaus eine wichtige Rolle. Für das europäische Privatrecht sind deshalb verschiedentlich schon Vorschläge zur Normierung einer allgemeinen vertraglichen Informationspflicht bzw. eines allgemeinen Prinzips vertraglicher Information und Aufklärung gemacht worden[12]. Brigitta Lurger sieht gar einen Grundsatz der vertraglichen Solidarität am europarechtlichen Horizont[13]. Methodisch ist das allgemeine Vertragsrecht jedoch nicht durch ein Pflichten- und Sanktionsdenken, sondern durch ein Rechts- und Anspruchsdenken gekennzeichnet. Informationspflichten tauchen in den rechtsvergleichenden und rechtsvereinheitlichenden Arbeiten zum gemeineuropäischen Privatrecht[14] deshalb an unterschiedlichen Orten und in unterschiedlichen Zusammenhängen auf[15], und zwar sowohl im Recht des Schadensersatzes als auch im Recht des Vertragsschlusses und des Irrtums[16]. Hier spielt die Figur der „beeinflussten" Willenserklärung eine immer größere Rolle[17].

Inwieweit die besonderen verbraucherrechtlichen Informationspflichten des Richtlinienrechts als Vorbild oder Modell dienen können, ist umstritten[18]. Die strukturellen Unterschiede zwischen europäischem Wirtschaftsrecht und allge-

---

[11] Zu den Spannungen zwischen punktuellen Angleichungsrichtlinien und allgemeinem Vertragsrecht siehe insbesondere auch Mitteilung der Kommission, Aktionsplan für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht, KOM(2003) 68 endg.; vgl. auch die Begründung für ein opt-out-Modell bei *Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, ZEuP 2004, 3.

[12] Vgl. *Reich*, Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1978, 519; *Rolf Schumacher*, Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, 1979, S. 79 ff.; Art. 7 des Vorentwurfs für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch der Pavia-Gruppe für die Pflicht zur Leistung von Informationen, die für die Entscheidung zum Vertragsschluss wesentlich sind; vgl. auch für das deutsche Recht *Stephan Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 416 ff.; 434 ff.

[13] *Brigitta Lurger*, Vertragliche Solidarität – Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union, 1998, insbesondere S. 61 f.; S. 81 zu einer möglichen allgemeinen Informationspflicht für das Vertragsrecht.

[14] Siehe zum Stand der „Kodifizierung" (nach dem Aktionsplan der Kommission [Fn. 11] und der Mitteilung zum weiteren Vorgehen KOM[2004]651 endg.) zum Beispiel *Schmidt-Kessel*, Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2005, 2 ff.

[15] Kritisch dazu *Brigitta Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002, S. 485.

[16] Siehe zum Beispiel Art. 6 : 101 (2) der Principles of European Contract Law (PECL) zu den Rechtsfolgen für falsche Angaben (dazu *Christian v. Bar/Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002, S. 358 ff.); Art. 4 : 106–107, Art. 4 : 117 für den Schadensersatz bei unzutreffenden Angaben (dazu *v. Bar/Zimmermann* a.a.O., 289 ff.); Art. 4 : 103a)(i) für durch unzutreffende Angaben herbeigeführte Irrtümer (dazu *v. Bar/Zimmermann* a.a.O., 266 ff.). Zum Ganzen auch *Lurger* (Fn. 15) 481 ff.

[17] *Lurger* (Fn. 13) 24 f.; *Ralph Berens*, Fremdbestimmung des Konsumenten bei der Vertragsanbahnung, 1998, 342; *Frank Weiler*, Die beeinflußte Willenserklärung, 2002. Siehe auch Art. 3.5 (1)(a) UNIDROIT-Prinzipien (dazu *Peter Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 1122 f.). Genauer dazu unten bei Fn. 66.

[18] Argumente für die Zusammenführung bei *Lurger* (Fn. 15) 333 ff.; *Ulrich Lienhard*, Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht: ein Beitrag zur Systembildung im europäischen Verbraucherprivatrecht, 2004, S. 154 ff.; 164 f. Skeptisch zum Beispiel *Schmidt-Kessel*, GPR 2005, 4 f.; vgl. *Micklitz*, VuR 2003, 9 zu den möglicherweise unterschiedlichen Vertragsbegriffen.

meinem Vertragsrecht reichen bis in die methodische Struktur hinein, ein Problem, das den nationalen Gesetzgebern bei der Richtlinienumsetzung immer wieder zu schaffen macht. Auch der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, das Pflichten- und Sanktionsdenken der Richtlinien in ein Rechts- und Anspruchsdenken zu übersetzen, und sich stattdessen darauf beschränkt, die Regelungsstruktur der Richtlinie ins deutsche Recht zu übernehmen. Es bleibt also der Rechtswissenschaft überlassen, die besonderen verbraucherrechtlichen Informationspflichten in der Dogmatik des allgemeinen Zivilrechts zu verorten[19] und insofern einen eigenen „Referenzrahmen" zu entwickeln – falls man auf eine systematische Sichtweise nicht völlig verzichten will und vor der Tendenz zur Detailregulierung, die sich im Richtlinienrecht abzeichnet, kapituliert[20].

Die Diskussion um die zivilrechtliche Bewertung verbraucherrechtlicher Informationspflichten hat in der deutschen Rechtswissenschaft seit einigen Jahren Schwung bekommen. Nach den Vorarbeiten von Hein Kötz, Ralph Berens und Sandra Kind hat Holger Fleischer eine ausführliche rechtsökonomisch orientierte Studie vorgelegt[21]. Neuere Dissertationen beschäftigen sich mit Informationspflichten in speziellen Rechtsbereichen, insbesondere im Finanzdienstleistungsrecht[22]. Hans-Christoph Grigoleit führt die Debatte um allgemeine vertragliche Informations- und Aufklärungspflichten aus den 80er Jahren in Hinblick auf die verbraucherrechtlichen spezialgesetzlichen Informationspflichten fort[23]. Roland Schwarze hat das Paradigma der Information und Aufklärung um den Gedanken der „Verständigung" ergänzt[24].

Der Schwerpunkt dieser Untersuchungen liegt in der Entwicklung einer Pflichtenlehre. Darüber hinaus bleibt aber zu fragen, inwieweit die verbraucherrechtlichen Informationspflichten – wie es sich in Überlegungen für ein gemei-

---

[19] Vgl. auch *Mota Pinto*, Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Fn. 9) 167; kritisch zum Entwurf der Pavia-Gruppe deshalb *Patti*, Kritische Anmerkungen zum Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 2004, 130; genauer zum „effet utile" siehe bei Fn. 81. Zur Systematisierung der Pflichten aus culpa in contrahendo siehe auch schon *Grigoleit*, Rechtsfolgenspezifische Analyse „besonderer" Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2001, 598.

[20] In diese Richtung *Weir*, ZEuP 2004, 595 ff.

[21] *Holger Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001; *Kötz*, Vertragliche Aufklärungspflichten, in: FS für Drobnig, 1998, S. 563 ff.; *Sandra Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, 1998; *Berens* (Fn. 17); siehe jetzt auch *Michael Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Auflage, 2004, S. 73 ff.

[22] *Markus Lange*, Informationspflichten von Finanzdienstleistern, 2000; *Claus C. Roggatz*, Informationspflichten von Investmentgesellschaften, 2003; *Volker Lang*, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, 2003; *Ronny Hildebrandt*, Heilmittelwerberecht, 2004; zum Reiserecht, Versicherungsvertragsrecht, Kapitalanlagerecht und Verbraucherkreditrecht *Berg*, Die Pflicht zur Information des Verbrauchers vor Vertragsschluß in neueren Verbraucherschutzgesetzen, VuR 1999, 335 ff.

[23] *Hans Christoph Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997; siehe auch *Gebhard Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003; *Rainer Loges*, Die Begründung neuer Erklärungspflichten, 1991; *Thomas Keyßner*, Täuschung durch Unterlassen, 1986; *Jürgen Lauer*, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, 1983. Zu Versuchen einer Verortung verbraucherrechtlicher Informationspflichten im allgemeinen Vertragsrecht siehe auch schon *Reich*, NJW 1978, 513 ff.; *Schumacher* (Fn. 12) 79 ff., *Fleischer*, ZEuP 2000, 797.

[24] *Roland Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001.

neuropäisches Privatrecht andeutet[25] – nicht auch Gedanken der Rechtsgeschäftslehre konkretisieren[26]. Dies setzt voraus, dass zwischen den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre und den besonderen Informationspflichten funktionale Äquivalenzen bestehen. Deshalb soll im Folgenden zunächst der vertragsrechtliche Rahmen des deutschen Rechts in Hinblick auf Informationspflichten dargestellt werden, und dann am Beispiel des § 312 c Abs. 1 BGB überprüft werden, was dies für die besonderen Informationspflichten bedeuten kann: Ergibt sich aus ihnen eine Vorverlagerung des Zeitpunkts der Bindung der beruflich tätigen Vertragspartei[27] – ein Prinzip des „WYSIWYG" (What You See Is What You Get)[28]?

II. Grundstruktur besonderer (verbraucherschützender) Informationspflichten

1. Zu den Gegenständen

Die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen sind geregelt in § 312 c BGB und werden in der BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGB-InfoVO) konkretisiert[29]. Diese Informationsregeln haben einen materiellen und einen formalen Aspekt: Zum einen statuieren sie *materielle Pflichten* zur Übermittlung bestimmter Informationen. In Anlehnung an Art. 3 der Richtlinie 2002/65/EG lassen sich Informationen betreffend den *Anbieter*, betreffend die *Finanzdienstleistung*, betreffend den *Fernabsatzvertrag* sowie betreffend den *Rechtsbehelf* unterscheiden. Zum zweiten fordern die Regeln *Transparenz* der Daten, über die informiert wird. § 312 c Abs. 1 Satz 1 BGB sagt insofern, es sei „klar und verständlich" zu informieren[30].

Das heutige europäische Richtlinienrecht orientiert sich regelmäßig an einem Mehr-Phasen-Modell der Vertragsbindung und Informationsvermittlung: Es verlangt zunächst vorvertragliche Informationen (vgl. § 312 c Abs. 1 BGB)[31]. Viele der

---

[25] Siehe oben Fn. 16.

[26] So auch der Ansatz von *Lienhard* (Fn. 18), der nach Ansatzpunkten für eine Rechtsgeschäftslehre im europäischen Verbraucherprivatrecht in seiner ganzen Breite sucht.

[27] So *Lienhard* (Fn. 18) 18; 164 f. vor dem Hintergrund allgemeiner Überlegungen über die Charakteristika von Verbrauchermärkten; *Schulze*, Grundsätze des Vertragsschlusses im Acquis communautaire, GPR 2005, 60; in diese Richtung auch *Grundmann*, Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie – was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 67 (2003), 281.

[28] Zum Begriff siehe das Online-Wörterbuch „Webopedia" auf <www.webopedia.com/TERM/W/WYSIWYG.html>, Abfrage vom 24.7.2006.

[29] Zu den Änderungen durch Gesetz vom 2.12.2004, BGBl. I 2004, 3102 ausführlich *Kocher*, Neue Vorschriften für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Der Betrieb (DB) 2004, 2679 ff.; vgl. auch *Kothe*, in: Peter Derleder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger (Hg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, S. 149 ff.

[30] Zur Rechtfertigung siehe zum Beispiel *Lurger* (Fn. 13) 22 f.

[31] Siehe aber auch Art. 2 k), Art. 7 (3) Satz 1 des Kommissionsentwurfs für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 3): „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes"; dazu *Schulte-Nölke/Busch*, ZEuP 2004, 106; insbesondere 112 zur Problematik der verschiedenen zeitlichen Stufen.

vorvertraglich zu erteilenden Informationen sind sodann auch „in Textform [mitzuteilen]", das heißt auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln[32]. Bei Finanzdienstleistungen hat dieser Nachweis[33] „vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers" stattzufinden (§ 312 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB n. F.), in anderen Fällen spätestens bis zur Erfüllung des Vertrags (312c Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 1 Abs. 2 BGB-InfoVO). Diese Bestätigung bzw. dieser Nachweis wird künftig ergänzt durch Verpflichtungen zur Information im laufenden Vertrag (§ 312 c Abs. 3 BGB n. F.). Nach Vertragsschluss besteht außerdem in der Regel innerhalb einer bestimmten Frist ein Widerrufsrecht; die Laufzeit dieser Frist markierte eine dritte Phase.

2. Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht

In der Literatur findet seit Längerem eine Diskussion darüber statt, welche Rechtsfolgen ein Unterlassen der gebotenen Information habe. Dabei wird einerseits die Auffassung vertreten, die Informationspflichten hätten rein wettbewerbsrechtliche Bedeutung[34], und ein Verstoß könne allenfalls mit Hilfe der Verbandsklage nach dem UWG bzw. dem Unterlassungsklagengesetz sanktioniert und unterbunden werden[35]. Andererseits ist insbesondere Christiane Wendehorst der Meinung, ein Verstoß gegen eine solche Informationspflicht habe auch zur Folge, dass die entsprechende Kondition oder Nebenpflicht nicht Vertragsinhalt werde und sich das Unternehmen in der Folge nicht darauf berufen dürfe[36].

Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der besonderen Informationspflichten zum allgemeinen Vertragsrecht auf. Im bürgerlichen Recht gibt es einige Regelungen über besondere Informationspflichten, die ausdrücklich rechtsgeschäftliche Folgen anordnen. Im Verbraucherkreditrecht schreibt § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB vor, dass „die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung" bestimmte Angaben zu enthalten habe. Wird dem nicht genügt, kann dies zur Nichtigkeit des Vertrags führen (§ 494 Abs. 1 BGB) bzw. zur Folge haben, dass der Darlehensgeber auf seine gesetzlichen Rechte beschränkt wird (§ 494 Abs. 2 BGB)[37]. In anderen Fällen wie insbesondere bei den fernabsatz-

[32] Unter Bezug auf § 126 b BGB. Für einige Informationen fordert § 1 Abs. 4 Satz 3 BGB-InfoVO darüber hinaus „eine[…] hervorgehobene[…] und deutlich gestaltete[…] Form".

[33] Begriff in Anlehnung an die arbeitsrechtliche Nachweisrichtlinie und das Nachweisgesetz. Siehe auch *Lurger* (Fn. 15) 480 f.: „abwicklungsbezogene Informationspflichten".

[34] *Saenger*, in: Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 312 c, Rn 20 f.; *Härting*, Verbraucherwerbung nach dem Fernabsatzgesetz, Computer und Recht (CR) 2000, 691; Fernabsatz – Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Monatsschrift für deutsches Recht (MDR) 2002, 61; *Riehm*, Das Gesetz über Fernabsatzverträge, Jura 2000, 510.

[35] Für eine Kritik an dieser Konstruktion der „Unterlassung unterlassener Information" siehe *E. Schmidt*, Verbraucherschützende Verbandsklagen, NJW 2002, 26.

[36] *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, 4. Auflage, 2003, § 312 c BGB, Rn. 22.

[37] Siehe dazu *Fleischer* (Fn. 21) 435 ff. Auch im Reisevertragsrecht sowie bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen müssen die notwendigen Informationen in den vertraglichen Erklärungen selbst enthalten sein (§ 484 BGB,

rechtlichen Informationspflichten gibt es im Gesetzestext nichts, was auf entsprechende Rechtsfolgen hinweisen würde[38]. Allerdings kann daraus weder analog noch „e contrario" geschlossen werden. Die gesetzliche Regelung besonderer (meist verbraucherrechtlicher) Informationspflichten ist in einer Weise unübersichtlich und terminologisch zufällig, dass man aus dem Fehlen einer entsprechenden Regelung nichts schließen kann. Umgekehrt lässt sich jedoch nach dem aktuellen Stand aus den besonderen Informationspflichten auch keine Gesamt-Analogie für vorvertragliche Informationspflichten bilden[39].

Genauso wenig kann die Anwendbarkeit allgemeiner Vorschriften des Vertragsrechts aber grundsätzlich ausgeschlossen werden[40] – im Gegenteil: Sowohl der Gesetzgeber wie der Richtliniengeber verstehen die Pflichten als vertragsrechtliche Regelungen und auf den individuellen Vertrag bezogenen Schutz[41]. Dafür spricht auch, dass es nicht dem Rechtsdurchsetzungskonzept des Privatrechts entspricht, gerade die in ihren Interessen Geschützten rechtlos zu stellen[42]. Dazu kommt einerseits, dass die Gemeinschaft für das Lauterkeitsrecht nun eine eigenständige allgemeine Regelung über Informationspflichten erlassen hat[43], und andererseits einige der besonderen Informationspflichten im deutschen Recht bereits vor ihrer gesetzlichen Kodifizierung von Rechtsprechung und Wissenschaft aus allgemeinen Grundsätzen entwickelt worden waren[44]. Die Mehrheit in der Literatur geht deshalb zu Recht davon aus, dass sowohl die besonderen auf die allgemeinen Informationspflichten rückwirken können[45] als auch die allgemeinen Regeln die Auslegung der besonderen Informationspflichten beeinflussen können[46].

Dies setzt jeweils eine Prüfung voraus, inwieweit zwischen den allgemeinen Regeln und den besonderen Informationspflichten funktionale Äquivalenzen bestehen.

---

§§ 2, 4 BGB-InfoVO) (dazu genauer *Wendlandt*, Die Timesharing-Richtlinie, das BGB und die Privatautonomie – „realistisch betrachtet", VuR 2004, 119 ff).

[38] Deshalb entnimmt *Lienhard* (Fn. 18) 164 f. dasselbe Ergebnis für das Fernabsatzrecht allgemeinen Grundsätzen.

[39] *Fleischer* (Fn. 21) 436; *Rehm* (Fn. 23) 152. *Fleischer* verweist auch auf das französische Vorbild (Art. 111–1 des Code de la Consommation; Erstes Buch „Information des consommateurs et formation des contrats"), das jedoch nur eine Kompilation spezieller Regelungen darstellt (*Fleischer*, ZEuP 2000, 795 ff.). Siehe aber auch Art. 7 des Vorentwurfs für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch der Pavia-Gruppe sowie die zur Informationspflicht komplementäre Verschwiegenheitspflicht in Art. 8.

[40] So aber die Tendenz bei *Rehm* (Fn. 23) 152.

[41] *Lurger* (Fn. 13) 31; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2003, § 8, Rn. 226 ff. Auch das InvG trennt nicht zufällig ganz ausdrücklich zwischen der in § 121 geregelten Anlegerinformation und der in § 124 geregelten Werbung.

[42] Zur Bedeutung subjektiver Rechte für das Zivilrecht im Allgemeinen für das deutsche Recht *Jan Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, 1977, S. 69 ff.; *Helmut Coing*, Zur Geschichte des Privatrechtsystems, 1962, S. 29 ff.

[43] Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 3).

[44] Siehe *Fleischer* (Fn. 21) 207.

[45] *Fleischer* (Fn. 21) 207; auch schon *Joachim Klingler*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht – Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung, 1981, S. 132.

[46] Vgl. *Grigoleit* (Fn. 23) 241 ff.; *Schwarze* (Fn. 24) 325 f.

III. Vertragsbeseitigung[47] als Rechtsfolge einer Informationspflichtverletzung

1. Informationspflichten als gesetzliche Verbote?

Bei der Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts auf die besonderen Informationspflichten ist zunächst an § 134 BGB zu denken. Die Behandlung als gesetzliches Verbot würde zur Nichtigkeit des avisierten Vertrags führen entsprechend der in § 494 und § 502 Abs. 3 BGB für das Verbraucherkreditrecht vorgesehenen Rechtsfolgen[48]. Diskutiert worden ist dies für Verstöße gegen die Preisangabenverordnung (PrAngV)[49], die ja Überschneidungsbereiche mit § 312 c BGB aufweist[50]. Der BGH vertritt allerdings in ständiger Rechtsprechung die Meinung[51], dass ein Verstoß gegen die PrAngV nicht auch eine Nichtigkeit des entsprechenden Vertrags nach § 134 BGB zur Folge habe; er gesteht lediglich zu, dass ein solcher Verstoß als Element bei einer Gesamtwürdigung der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen sei[52].

Angesichts des verbraucherschützenden Charakters der PrAngV, den der BGH selbst mehrfach betont hat[53], überzeugt diese Auslegung nicht restlos. Zwar sollten die Geschützten dort, wo das Verbotsgesetz einen einseitigen Schutz gewährleistet, eine Wahlfreiheit haben, ob sie den Vertrag gelten lassen wollen oder nicht[54]. Ähnlich wie bei der Rechtsprechung zum früheren § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO[55] kommt eine Anwendung des § 134 BGB nur in Frage, solange das Gesetz dem Kunden kein Widerrufsrecht oder eine mit der Anfechtung vergleichbare Rechtsstellung einräumt. Bei den Informationspflichten nach § 312 c BGB besteht jedoch eine Möglichkeit des Widerrufs. Da dies die Wahlfreiheit der geschützten Verbraucher gewährleistet, genügt es zum Schutz der Entscheidungsfreiheit[56] – zumal die Frist

---

[47] Der Begriff der „Beseitigung" orientiert sich an *Mankowski* (Fn. 17).

[48] Vgl. auch den Überblick über die Nichtigkeit als Sanktion für die Verletzung von Informationspflichten bei *Lauer* (Fn. 23) 274 f.

[49] Siehe zum Beispiel *Claus-Wilhelm Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 39 für § 1 Abs. 4 PrAngVO (für Genehmigungsfähigkeit).

[50] Siehe oben bei Fn. 37.

[51] Ständige Rechtsprechung, siehe nur *Bundesgerichtshof* (BGH) 20.2.1974, NJW 1974, 859; *BGH* 16.11.1978, NJW 1979, 540, 541; *Chr. Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 433, Rn. 17; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 4. Auflage, 2001, § 134, Rn. 68; *Palm* in: Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 134, Rn. 81; anderer Ansicht *Canaris* (Fn. 49) 83 f.

[52] *BGH* 8.7.1982, NJW 1982, 2436, 2437. Eher distanzierend *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974, S. 11 f.

[53] *BGH* 16.1.1980, NJW 1980, 1388.

[54] *Reich*, NJW 1978, 519; *Canaris* (Fn. 49) 38 (schwebende Unwirksamkeit); *BGH* 17.1.1985, BGHZ 93, 264 ff.

[55] Grundlegend *BGH* 22.5.1978, BGHZ 71, 358, 361 f.; differenzierend schon *BGH* 17.1.1985, BGHZ 93, 264, 269; Aufgabe dann mit § 1 HWiG *BGH* 16.1.1996, BGHZ 131, 385, 389 f.

[56] *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, 4. Auflage, 2003, § 355 BGB, Rn. 30. Entgegen dem Anliegen von *Reich*, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1997, 584 kann also eine rechtliche Bindung auch ohne die erforderliche Information eintreten.

zur Ausübung gemäß § 312 d Abs. 2 BGB erst bei ausreichendem Nachweis der Informationen zu laufen beginnt[57].

2. Widerrufsrecht und Vertragsaufhebung aus culpa in contrahendo

a) Vertragsaufhebung als Schadensersatz?

Darüber hinaus ist vereinzelt die Anwendung der Grundsätze über die Vertragsaufhebung aus *culpa in contrahendo* erwogen worden[58] (§ 311 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB[59]). Seit der Kreissägen-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962 kann auch eine fahrlässige Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten zum Schadensersatz verpflichten, wenn unter Berücksichtigung des Einzelfalls nach der Verkehrsauffassung eine entsprechende Aufklärung erwartet werden durfte[60].

Da der BGH auch Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der *culpa in contrahendo* für möglich hält, wenn die Information für die Willensbildung wesentlich war, haben wir es hier faktisch mit einer Derogation des Vorsatzdogmas des § 123 BGB zu tun[61]. Als Ergebnis wird dem fast allgemein zugestimmt[62]. Allerdings wird als sachgerechtere Konstruktion zum Teil vorgeschlagen, an den Anfechtungsvorschriften anzuknüpfen[63]. Eine solche Konzeption hätte den Vorteil, dass

---

[57] Zur Bedeutung dieser Sanktionsregelung als „acquis communautaire" siehe *Willhelmsson*, Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Hg.) (Fn. 9) 245 ff.; *Schwintowski*, ebda., 267 ff.

[58] *Kindl* in: Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 311, Rn. 17; *Rott*, in: *Wolfhard Kohte/Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Klaus Tonner/Armin Willingmann*, Das neue Schuldrecht. Kompaktkommentar, 2003, § 312 c, Rn. 6; Jauernig/*Chr. Berger* (Fn. 51) § 312 c, Rn. 5; *Grigoleit*, WM 2001, 597 ff. für eine Differenzierung nach der Zwecksetzung der jeweiligen Informationspflichten statt der „automatischen" Anwendung; siehe auch *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, § 30, Rn. 57 zu § 312 e; *Mankowski* (Fn. 17) 1074 ff.: regelmäßige Tatbestandsalternativität; anderer Ansicht *Härting*, CR 2000, 691 ff. (siehe aber 693 für eine Anwendung bei „wesentliche Merkmale").

[59] Siehe Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, 162 f.

[60] *BGH* 31.1.1962, NJW 1962, 1196, 1198 ff. unter Berufung auf die entsprechende Rechtsprechung des Reichsgerichts; bestätigend *BGH* 26.9.1997, NJW 1998, 302 ff. Zu den Voraussetzungen siehe *BGH* 22.12.1999, NJW 2000, 1254 f.; *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 31, Rn. 23 f.; MüKo-BGB/*Kramer* Bd. 2 a (Fn 36) § 241 BGB, Rn 123 ff. Vgl. auch die Zusammenfassung von *Grigoleit*, WM 2001, 598. Zur Beweislast grundlegend *BGH* 5.7.1973, BGHZ 61, 118, 121 ff.; ausführlich *BGH* 16.11.1993, NJW 1994, 512, 513 f.; *BGH* 22.6.1993, NJW 1993, 2434 f.; kritisch *Lorenz*, a.a.O., 75 ff.; siehe auch schon *Sack* (Fn. 52) 26. Zur Geltendmachungsfrist siehe *BGH* 11.5.1979, NJW 1979, 1983; anderer Ansicht (Frist des § 124 BGB) *Grigoleit*, WM 2001, 602; *Mankowski* (Fn. 17) 1078.

[61] Ausführlich *Grigoleit* (Fn. 23) 46 f.; *Fleischer* (Fn. 21) 435 ff.; *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 31, Rn. 47; Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, 162 f.

[62] *Grigoleit* (Fn. 23) 172; *Fleischer* (Fn. 21) § 10, S. 428 ff.; *Lorenz* (Fn 12) 405 ff. Dagegen zum Beispiel *Roth*, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, Juristen-Zeitung (JZ) 1999, 533 („Sündenfall"); *Lieb*, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, in: Festschrift für Medicus, 1999, 337 ff.; für eine grundsätzliche Kritik an der Methode des BGH („Instrumentalisierung") siehe *Klingler* (Fn. 45). Zur Rechtslage nach der Schuldrechtsreform siehe zum Beispiel Erman/*Kindl* (Fn. 58) § 311, Rn. 17 (Neudefinition erforderlich); *Emmerich* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, 4. Auflage, 2003, § 311, Rn. 119 ff.

[63] Vor allem *Grigoleit* (Fn. 23) 137 ff.; ders., WM 2001, 598. Siehe auch schon *Sack* (Fn. 52) 16 ff.; 27 für eine Anwendung der §§ 119, 123; zum Verhältnis zum Anfechtungsrecht auch *Mankowski* (Fn. 17) 187 ff.; schon *Johannes Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 303 ff. präferierte für die zivilrechtliche Haftung für Werbeaussagen eine Anknüpfung am Anfechtungsrecht; zur Auseinandersetzung *Schumacher* (Fn. 12) 50 ff.; *Liebs*, „Fahrlässige Täuschung" und Formularvertrag, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 174 (1974), 45 ff. zur Anwendung der Vorschriften über den Inhaltsirrtum.

sie nicht wie der BGH den Schutz von Vermögensinteressen dem Schutz der Selbstbestimmung gegenüber stellen müsste[64], sondern dass sie deutlich machen könnte, dass die vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten, um die es hier geht, letztlich dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Vertragsparteien dienen[65].

Rechtspolitisch gibt es darüber hinaus mittlerweile Versuche, das Anfechtungsrecht entsprechend § 871 Abs. 2 des österreichischen ABGB stärker unter den Vorzeichen der „beeinflussten" Willenserklärung auszuformulieren[66]. Kramer schlägt gar vor, bei Veranlassung des Irrtums durch den Kontrahenten in Fällen von Sachverhaltsirrtümern das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB bereits de lege lata zu gewähren[67].

Rechtsdogmatisch spricht viel dafür, dass die besonderen vorvertraglichen Informationspflichten das Pflichtenprogramm des § 311 Abs. 2 BGB konkretisieren[68]. Schließlich erfüllen sie dieselben Schutzzwecke: Auch die besonderen Informationspflichten sollen gewährleisten, dass Verbrauchergeschäfte auf nicht nur formal autonome, sondern auf materiell autonome Entscheidungen der Verbraucherinnen und Verbraucher zurückgehen; die Unternehmen werden insofern für bestimmte Willensstörungen verantwortlich gehalten[69]. Die Privatautonomie und Entscheidungsfreiheit soll geschützt werden, indem rationale Entscheidungsgrundlagen ermöglicht und die Informationskosten gesenkt werden.

b) Verhältnis zum Widerrufsrecht

Allerdings ist neben dem Widerrufsrecht praktisch kaum noch Raum für eine Anwendung der Regeln über die Vertragsaufhebung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung. Denn wo ein Widerspruchsrecht besteht, wird durch das Unterlassen vorvertraglicher Information kein Schaden in Form des Festhaltens an einem nicht gewollten Vertrag entstehen, insbesondere wenn die Frist wie im Fall

[64] So jetzt vor allem *BGH* 26.9.1997, NJW 1998, 302, 304; dagegen *Lorenz* (Fn. 60) 72 ff.; *Fleischer* (Fn. 21) 584; distanzierend jetzt auch *BGH* 7.9.2000, NJW 2001, 436, 438 f.; ablehnend insofern *Lieb*, (Fn. 62) 339; zum Streit auch *Grigoleit*, WM 2001, 598, Fn. 9; *Mankowski* (Fn. 17) 195.

[65] *Lorenz* (Fn. 60) 72 ff.; *Mankowski* (Fn. 17) 214; *Schwarze* (Fn. 24) 9 ff. Vgl. auch für die Prospekthaftung *BGH* 5.7.1993, BGHZ 123, 106, 113. Siehe auch *BGH* 5.7.1973, BGHZ 61, 118, 121 ff.; *BGH* 16.11.1993, NJW 1994, 514.

[66] *Berens* (Fn. 17) 342 (er formuliert einen neuen § 123 a BGB); *Weiler*, Die beeinflußte Willenserklärung, 2002 (S. 616 ff. für eine differenzierte analoge Anwendung des § 123 BGB). Für eine allgemeine schuldrechtsimmanente Pflicht siehe auch rechtsvergleichend *Lauer* (Fn. 23) 271 ff.; vgl. auch die Nachweise in Fn. 17.

[67] MüKo-BGB/*Kramer* (Fn 51) § 119 BGB, Rn 111 ff.; ähnlich *Singer*, Der Kalkulationsirrtum – ein Fall für Treu und Glauben?, JZ 1999, 346 für den veranlassten Motivirrtum; anders *BGH* 7.7.1998, BGHZ 139, 177 ff.; für eine Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von Informationspflichten siehe auch *Schumacher* (Fn. 12) 46 ff.

[68] *Fleischer* (Fn. 21) 436; so auch MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 76; *Wilmer*, in: *Thomas Wilmer/Harald Hahn* (Fn. 35) § 312 c, Rn. 3; KompaktKomm-BGB/*Rott* (Fn. 58) § 312 c, Rn. 6; Jauernig/*Chr. Berger* (Fn. 51) § 312 c, Rn 5. Siehe auch *Lang* (Fn. 22) 113, 408 f. für § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WpHG; *BGH* 11.11.2003, WM 2004, 24; ausdrückliche Spezialregelungen in § 20 KAGG alte Fassung (*Roggatz* (Fn. 21) 172 ff.; jetzt § 127 InvG) und §§ 44, 45 BörsG (*Mankowski* (Fn. 17) 212 ff.).

[69] *Grigoleit*, WM 2001, 598 f.; *Wendlandt*, VuR 2004, 118 f. Allgemein zu diesen Zielen *Rehm* (Fn. 23) 117 ff. Allgemein zu den ökonomischen Grundlagen *Fleischer* (Fn. 21) § 4; *Rehm* (Fn. 23) 23 ff; *Lurger* (Fn. 13) 30.

der §§ 355 Abs. 2, 312 d Abs. 2 BGB erst nach Nachweis der erforderlichen Informationen zu laufen beginnt[70].

Bejaht man (unabhängig von der praktischen Bedeutung) grundsätzlich die Anwendbarkeit der Regelungen der allgemeinen vorvertraglichen Pflichtverletzung, so kann dies im Einzelfall aber dazu führen, dass Vertragsaufhebung auch bei Nichtbestehen eines Widerrufsrechts (zum Beispiel § 312 d Abs. 4 BGB) oder jenseits der zeitlichen Grenzen des § 355 Abs. 3 BGB möglich ist – solange die Ansprüche aus *culpa in contrahendo* noch nicht verjährt sind (§ 195 BGB)[71]. Dies ist jedoch gerechtfertigt. Schließlich sollen die Widerrufsrechte Rechte der Verbraucher begründen, nicht abschneiden[72]. Dazu kommt, dass beide Rechte verschiedene Anspruchsvoraussetzungen haben und verschiedene Interessen schützen. Ein Anspruch aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB verlangt anders als der Widerruf nicht nur Verschulden des Unternehmens, sondern auch (vermutete) Kausalität für das Entstehen eines Schadens; hier wären die Gründe für das Versäumen der Widerrufsfrist und anderes mitwirkendes Verschulden des Verbrauchers im Sinne des § 254 BGB zu berücksichtigen.

3. Vertragsbeseitigung und Schutzzweck der Markttransparenz

Allerdings lässt sich dem Schutzzweck der Informationspflichten mit Vertragsaufhebungs- bzw. Beseitigungsrechten[73] allein nicht vollständig Genüge tun. Angesichts der notwendigen Suchkosten, die mit jedem Erwerbsvorgang verbunden sind, wird eine Rückgängigmachung nur unter besonderen Voraussetzungen ökonomisch rational sein. Verbraucherinnen und Verbraucher werden oft an Verträgen festhalten, obwohl sie bei Abschluss nicht über alle Informationen verfügten, die bei der Erwerbsentscheidung von Bedeutung waren oder hätten sein können und über die sie zu informieren waren.

Auch aus rechtssystematischer Sicht reichen Beseitigungsrechte nicht aus. Denn die besonderen vorvertraglichen Informationsregeln sollen nicht nur die Entscheidungsfreiheit schützen, sondern insbesondere auch Markttransparenz herstellen oder sichern[74]. Dieses Ziel hat individualschützende Aspekte, die bislang noch wenig beachtet wurden. Denn für eine informierte Auswahlentscheidung bedarf es nicht nur der Kenntnis von Daten, die eine „wesentliche" Entscheidungsgrundlage für oder gegen einen bestimmten Vertragsschluss sein werden,

---

[70] So auch *Fuchs*, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzes, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000, 1280; *Grigoleit*, Besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1156 argumentiert dazu, dass ein Festhalten am Vertrag in der Regel nicht unzumutbar im Sinne des § 324 BGB sein wird; dagegen *Mankowski* (Fn. 17) 198 ff.

[71] So auch KompaktKomm-BGB/*Rott*, (Fn. 58) § 312 c, Rn. 6; Erman/*Kindl* (Fn. 58) § 311, Rn. 17 mit der Ausnahme der Fallgruppe echten Verhandlungsverschuldens; MünchKomm/*Ulmer* (Fn. 36) § 355, Rn. 27 ff. mit der Ausnahme einer fehlerhaften/fehlenden Belehrung über den Widerruf selbst; kritisch *Roth*, JZ 1999, 533.

[72] Siehe insbesondere Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EWG.

[73] Zu diesem Begriff siehe den Titel des Buchs von *Mankowski* (Fn. 17).

[74] *Riesenhuber* (Fn. 41) § 12, Rn. 299; *Roth*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hg.) (Fn. 9) 32 f.; *Wendlandt*, VuR 2004, 118 f. Ausführlich zu den Sachgründen von Informationspflichten auch *Fleischer*, ZEuP 2000, 774 ff. sowie 777 ff.

sondern auch der Kenntnis von Daten, die lediglich Anlass zum Nachfragen und eventuellen Verhandeln oder Anlass zum Abwandern sein könnten[75]. Die Grenze zwischen Daten, die für das „Ob" des Vertrags relevant sind, und Daten, die lediglich für das „Wie" des Vertrags relevant sind, ist in der Praxis fließend[76]. Es bedarf insofern eines stärker prozeduralen Informationsverständnisses[77], statt des statischen Ansatzes, der nicht berücksichtigt, dass ein einziges Datum je nach Kontext ganz unterschiedliche Bedeutungen annehmen kann.

Auf Verbrauchermärkten ist Markttransparenz auch hinsichtlich nicht-wesentlicher Daten deshalb von besonders großer Bedeutung, weil beim einzelnen Erwerbsgeschäft in der Regel keine Aushandlung stattfindet: Verbraucher sind passive Marktteilnehmer[78]. Konkret heißt dies: Im Massengeschäft können Verbraucherinnen und Verbraucher Produkte oder Dienstleistungen zu den angebotenen Konditionen entweder erwerben oder es sein lassen. Selbst Rabatte sind im Massengeschäft mittlerweile in hohem Maße standardisiert[79]. Allerdings sind die Verbraucher insofern daran beteiligt, wie das Konsumgüterangebot zustande kommt, als sie im Wettbewerb umworben werden und ihre vermuteten Präferenzen mittelbar das Angebot gestalten. Man könnte insofern auch sagen: Privatautonomie der Verbraucher wird auf Massenmärkten mittels der Kommunikation von Präferenzen wahrgenommen. Diese gesellschaftlichen Aushandlungsprozesse, die auf Massen- und Verbrauchermärkten an Stelle der konkret-individuellen Aushandlungsprozesse treten, können jedoch nur bei entsprechender Markttransparenz wirksam werden[80].

Die Frage, wie sich die individualschützende Funktion der Markttransparenz angemessen in den Rechtsfolgen widerspiegeln kann, ist bei den besonderen Informationspflichten, die auf europäische Richtlinien zurückgehen, auch unter dem Gesichtspunkt des Gebots der Effektivität zu stellen: Sanktionen zur Ahndung von Verstößen gegen die Pflichten müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sein[81].

---

[75] Vgl. *Heinrichs* in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 307 BGB, Rn. 20 zur ökonomischen Relevanz des AGB-rechtlichen Transparenzgebots (eine Verletzung hindere daran, Verhandlungsmöglichkeiten oder Marktchancen wahrzunehmen); ähnlich auch *BGH* 5.11.1998, BGHZ 140, 25, 31.

[76] Diese Begriffe verwendet auch *Grigoleit*, WM 2001, 601 f.; vgl. auch *Schwarze* (Fn. 24) 9 ff. zum rechtlichen Schutz des „materiellen Willens".

[77] Ähnlich *Lienhard* (Fn. 18) 103: „prozedurale Privatautonomie".

[78] Für eine Formulierung dieses Konzepts siehe nur *Reich*, in: *Norbert Reich/Hans-W. Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, 2003, 1.10–1.13; 1.39.

[79] Ausführlich zu den ökonomischen Vertragsschlussprozessen auf Verbrauchermärkten *Lienhard* (Fn. 18) 45 ff.; 61 ff.

[80] Zu diesen Zwecken des Wettbewerbs siehe zum Beispiel die Ausführung von *Adams* (Fn. 21) 124 ff. zum AGB-Recht. Allgemein zum Wettbewerb als Voraussetzung des Vertrags auch *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101, 126 ff.; ähnlich *Tilman Repgen*, Kein Abschied von der Privatautonomie, 2001, 99 ff.

[81] Für Informationspflichten siehe schon *Schwintowski*, Informationspflichten und effet utile, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Hg.) (Fn. 9) 267, 279 ff.; *Riesenhuber* (Fn. 41) § 8, Rn. 235 f. hält Schadensersatzpflicht und Erfüllungsanspruch allein hierfür nicht für zureichend; siehe jetzt wieder Art. 11 Abschnitt 3 der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher; allgemein zum europarechtlichen Grundsatz der Effektivität *Kocher*, ZEuP 2004, 260 ff.; vgl. auch *Micklitz*, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, Festschrift für Norbert Reich, 1997, 272 ff.; zum Zusammenhang oben bei Fn. 10.

IV. Vertragsinhalte bei Verletzung von Informationspflichten

1. „Informationen": Wissens- oder Willenserklärungen?

Im Gesetzgebungsprozess scheint man zum Teil davon ausgegangen zu sein, dass die Informationen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1–3 BGB-InfoVO über Hauptleistungspflichten und Vertragspartner schon nach § 145 BGB als *essentialia negotii* für einen wirksamen Abschluss erforderlich seien[82] – was die Annahme nahe legt, die Versäumung solcher Informationen müsse ohnehin Nichtigkeit des Vertrags nach §§ 154, 155 BGB zur Folge haben.

Dies entspricht nicht notwendiger Weise der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre: Denn es kann Erklärungen, zum Beispiel in der Werbung und beim Vertragsabschluss gegeben haben, die zwar nicht „klar und verständlich" im Sinne der BGB-InfoVO waren, die aber (eventuell unter Zuhilfenahme ergänzender Vertragsauslegung) Rückschlüsse auf den Inhalt des gewünschten Vertrages zulassen. Die Rechtsprechung zum Versicherungsvertrag ohne konkretisierende AGB kann sich sogar einen wirksamen „Rumpfvertrag" ohne ausreichende Konkretisierung der Hauptpflichten vorstellen[83].

Die Normen über die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten verlangen auch gar nicht, dass die Informationen im Rahmen von vertragsbestimmenden Willenserklärungen erteilt werden, sondern lassen offen, wie die Pflichten erfüllt werden. Dies ist insbesondere im Unterschied zum Verbraucherkreditrecht und zum Recht der Teilzeit-Wohnrechteverträge signifikant, wo verlangt wird, dass die notwendigen Informationen in den vertraglichen Erklärungen selbst enthalten sein müssen bzw. Prospektangaben im Zweifel Inhalt des Vertrages werden[84]. Hingegen ist eine Information nach § 312 c BGB grundsätzlich auch durch Werbeprospekte, Kataloge, Webseiten und ähnliche Medien möglich[85]. Die Information kann in „invitationes ad offerendum" oder die öffentliche Produktwerbung aufgenommen werden. Sowohl Wortlaut- wie systematische Argumente sprechen also dafür, dass hier lediglich Wissens-, nicht Willenserklärungen geregelt werden.

2. Informations- und Verständigungsobliegenheiten in der Rechtsgeschäftslehre

Die Informationspflichten könnten stattdessen allgemeine rechtsgeschäftliche Informations- und Verständigungsobliegenheiten konkretisieren.

---

[82] Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, 2; ausdrücklich auch *Andreas Pützhoven*, Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz, 2001, S. 154; vgl. *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 30, Rn. 65.

[83] *BGH* 21.12.1981, NJW 1982, 824 f. für die ergänzende Vertragsauslegung beim Versicherungsvertrag; dagegen *E. Lorenz*, Neue Aspekte zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach § 5 a VVG, Versicherungsrecht (VersR) 1997, 777; zum Begriff auch *Dörner/Hoffmann*, Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach § 5 a VVG, NJW 1996, 155. Im Ergebnis wie hier *Schumacher* (Fn. 12) 65 f.

[84] §§ 492 Abs. 1 Satz 5, 502 Abs. 1, § 484 Abs. 1 Satz 3 und Satz 5 BGB; *Putzo* in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Auflage, 2005, § 484 BGB, Rn. 8; siehe auch § 4 Abs. 1 Satz 2 BGB-InfoVO für den Reisevertrag.

[85] MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 25.

a) Die Lehre von der Willenserklärung und ihrer Auslegung

Den rechtsgeschäftlichen Schutz von Erklärungsgrundlagen behandelte schon Manfred Wolf in seiner Habilitation von 1970. Seiner damaligen These zufolge sollte die tatsächliche Entscheidungsfreiheit des Erklärenden Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Willenserklärung sein[86]. Dem entgegen[87] beantwortet die heute herrschende Meinung den Streit um die Willenserklärung und ihre Auslegung mit der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont[88]. Gerade im deutschen Recht dominieren in der Lehre von der Willenserklärung und ihrer Auslegung Vertrauens- und Verkehrsschutzgesichtspunkte[89].

Privatautonomie als Vertragsfreiheit heißt danach, den Willen natürlicher wie juristischer Personen nicht isoliert, sondern in den sozioökonomischen Beziehungen, die sie gestalten wollen, zu respektieren[90]. Diese Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont enthält indirekt Transparenzanforderungen. Bei der Auslegung ist nicht beim Erklärenden, sondern beim Erklärungsempfänger anzusetzen. Der Wille des Erklärenden kann nur insofern Eingang in den Vertrag finden, als der Empfänger ihn nach objektiven Kriterien aus seiner Erklärung entnehmen konnte[91]. Die objektive Sichtweise im Sinne der vorherrschenden Auslegung der §§ 133, 157 BGB ist die eines „typischen" Empfängers der jeweiligen Willenserklärung; hier können also auch typisierte Empfängerhorizonte berücksichtigt werden.

Zwar bestimmt die herrschende Meinung das Zustandekommen eines Vertrags und das Vorliegen eines Konsenses ausschließlich nach den unmittelbaren vertragsbestimmenden Erklärungen. Ansätze wie die von Köndgen, der ausdrücklich dafür plädierte, den Vertragsschluss als einen Prozess schrittweise sich verdichtender Selbst- und Fremdbindungen zu verstehen[92], haben sich nicht durch-

---

[86] *Manfred Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 284 ff. und passim. Die Selbstbestimmung sei insbesondere dann als beeinträchtigt anzusehen, wenn ein Vertragspartner seine Interessen bzw. bestimmte Vertragsbedingungen durch Koppelung durchsetze, der Zusammenhang zur Leistung sachfremd sei sowie bei unzumutbarer Aufopferung eines höherwertigen Interesses.

[87] Ausdrücklich gegen Wolf siehe zum Beispiel *Fikentscher*, Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: FS für Hefermehl, 1971, S. 47 ff.; *Lorenz* (Fn. 60) 227; siehe auch schon *Sack* (Fn. 52) 20 f.; ähnlich *Ernst A. Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S. 123.

[88] *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 28, Rn. 6 ff.; *Schwarze* (Fn. 24) 199 ff. Zum Begriff *Kramer* (Fn. 87) 145.

[89] § 116 Satz 1 BGB bestätigt dies nur noch einmal ausdrücklich (Palandt/*Heinrichs* (Fn. 75) § 116, Rn. 1: „selbstverständliche Regel"); MüKo-BGB/*Kramer* (Fn 51) § 116, Rn. 2; vgl. auch Rn. 9, wonach Satz 2 eine „fragwürdige Konzession an die Willenstheorie" darstelle); siehe auch *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift für den Deutschen Juristentag (FS DJT) 1960, S. 141 ff. gegen Missverständnisse der Willenstheorie. Ausführlich zur Diskussion und zum Meinungsstand *Lorenz* (Fn. 60) 213 ff.

[90] So schon *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: FS DJT 1960, S. 101, 124; *Flume*, ebda., 135 ff. legt im Gegensatz dazu den Schwerpunkt zwar auf das Rechtsgeschäft, muss dafür aber Rechtsfiguren, die der Bewältigung typischer Probleme von Massen- und Verbrauchermärkten dienen, aus ihrem Anwendungsbereich verdrängen; vgl. auch *Mankowski* (Fn. 17) 1122 ff. für das europäische Privatrecht; siehe auch schon die Bemerkungen und Nachweise oben in Fn. 9.

[91] Vgl. MüKo-BGB/*Mayer-Maly/Busche* (Fn 51) § 133 BGB, Rn 10; Rn 14; *Lorenz* (Fn. 60) 236 ff.; *Kramer* (Fn. 87) 176 ff.

[92] *Köndgen* (Fn. 63) 160 („sich festlegen"); siehe jetzt aber auch *Reich*, EuZW 1997, 582 (Vertragsabschluss im Sinne der Fernabsatzrichtlinie als Kontinuum von Rechtsbeziehungen; ähnlich *Fuchs*, ZIP 2000, 1275, Fn. 16); siehe auch *Leenen*, Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 188 (1988), 381 ff. zum Vertragsschluss im Wege gemeinsamer Zustimmung statt dem Modell „Angebot/Annahme".

gesetzt[93]. Jedoch muss auch die Konsenstheorie bei der Bestimmung des Inhalts von Willenserklärungen auf wirtschaftlichen Märkten, insbesondere im Massengeschäft, auf den Kontext zurückgreifen. Fallen Werbung, öffentliche Darstellungen und andere öffentliche Kommunikationen eines Unternehmens und konkrete Vertragserklärungen auseinander, kann sich eine klärungsbedürftige Erklärungssituation[94] ergeben. Transparenzanforderungen enthalten insofern auch prozedurale Verständigungsobliegenheiten[95]. Denn „invitationes ad offerendum", Werbeaussagen und andere öffentliche Stellungnahmen bilden den Hintergrund, vor dem die Verbraucherinnen und Verbraucher konkrete Vertragsangebote zum Erwerb von Massenprodukten verstehen und verstehen dürfen[96]. Vernachlässigt das Unternehmen die Klärung, geht es das Risiko des Irrtums ein, also das Risiko, objektiv etwas anderes zu erklären, als von ihm selbst gewollt ist. Auch der Bundesgerichtshof hat anlässlich eines Kaufs im Internet in diese Richtung entschieden[97].

Sachlich erklärt sich dieses Ergebnis – faktischer Schutz von Erklärungsgrundlagen bzw. Nicht-Einbeziehung solcher Erklärungsinhalte, über die der Verbraucher mangels Transparenz nicht im Bilde sein konnte – durch die Sachstrukturen von Verbrauchermärkten. Dort sind die Unternehmen in der Regel der aktive Part in den Vertragsverhandlungen. Die Willenserklärungen der Verbraucher bestehen meist ausschließlich in einer zustimmenden oder ablehnenden Reaktion auf Vorgaben, Informationen und Vorschläge des Unternehmens. Wie dargestellt kann die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont bei angemessener Anwendung die Tatsache erfassen, dass die Willenserklärung der Verbraucher sich letztlich auf unternehmerische Erklärungen bezieht und inhaltlich weitgehend durch diese bestimmt wird[98].

b) Spezialgesetzliche Regelungen des objektiven Empfängerhorizonts: § 434 BGB und § 661 a BGB

In neuerer Zeit sind in das BGB spezielle Bestimmungen aufgenommen worden, die diese Zusammenhänge zwischen unternehmerischem Verhalten auf den

---

[93] Dagegen jetzt wieder *Schwarze* (Fn. 24) 193 mit dem Argument, den Parteien sei in der Regel bewusst, dass es eine endgültige Schwelle gebe.

[94] Zum Begriff *Schwarze* (Fn. 24) 212 ff.

[95] Zum Begriff der Obliegenheit *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 13, Rn. 36. Siehe auch schon *Reich*, NJW 1978, 513; 518 f. Vgl. auch *Schwarze* (Fn. 24) 198 f.: Der Streit um die Theorie der Willenserklärung und ihrer Auslegung sei vor allem ein Streit um den Umfang der Verständigungspflichten und Verständigungsobliegenheiten bei Vertragsschluss.

[96] Allgemein *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 28, Rn. 16; Rn. 41 f.; *Köhler*, Das Verfahren des Vertragsschlusses, in: Jürgen Basedow (Hg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 38. Siehe auch für das Verhältnis von invitationes ad offerendum zum Vertrag einerseits Art. 2 : 105(2;3), 2:201(3) und Art. 5:102a) PECL sowie andererseits Art. 14(2) CISG (vgl. *Köhler* a. a. O. 36 f.). Vgl. auch *Kóndgen* (Fn. 63) 271 ff.: Markt als Systemreferenz rechtsgeschäftlichen Handelns.

[97] *BGH* 26.1.2005, JZ 2005, 791 ff.; dazu auch *Kocher*, Anfechtung bei falscher Kaufpreisauszeichnung im Internet, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2006 144 ff.; zu ähnlichen Ergebnissen („defective consent" und Orientierung an invitationes ad offerendum) kommt auch eine rechtsvergleichende Analyse, wie die Behandlung von Fall 3 in: *Ruth Sefton-Green* (Hg.), Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, 2004, S. 164 ff. zeigt; siehe auch schon *BGH* 18.10.1973, BGHZ 61, 275, wonach ein Prospekt für die Auslegung des Vertragsinhalts auch dann zu Grunde zu legen ist, wenn er dem „Kleingedruckten" widerspricht.

[98] *Lienhard* (Fn. 18) 61, 99, passim entwickelt daraus eine Systematisierung von Vertragsschlussregeln je nach dem Grad der Standardisierung der Kommunikation.

Verbrauchermärkten und im Wettbewerb einerseits und vertragsbestimmenden Willenserklärungen andererseits ausdrücklich berücksichtigen[99].

Der eigenständige Regelungsgehalt der Vermutung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB besteht zunächst vor allem darin, dass er die Möglichkeit eröffnet, Erklärungen und Kommunikationen Dritter bei der Bestimmung des Inhalts des Vertrags (vertragsgemäße Beschaffenheit der Sache) zu berücksichtigen. Zwar bezieht sich Satz 3 über die Relevanz öffentlicher Äußerungen nicht auf die Feststellung der „vereinbarten" Beschaffenheit, sondern auf die objektive Feststellung der erforderlichen Beschaffenheit an Hand der gewöhnlichen Verwendung und Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2. Jedoch bieten auch die Maßstäbe des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB nur Hilfen für eine ergänzende Vertragsauslegung[100]; vom objektiven Empfängerhorizont des Käufers werden Erklärungen des Verkäufers in Hinblick auf die gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit zu interpretieren sein, also in Hinblick darauf, was der Käufer „nach der Art der Sache erwarten kann"[101]. Auch bei § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB handelt es sich insofern nur um eine Regelung für die ergänzende Vertragsauslegung[102]. Mittelbar bestätigt die Norm damit die hier vorgestellten Annahmen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre: Sie geht davon aus, dass vertragsbestimmende Willenserklärungen auf Massenmärkten sich in der Regel auf öffentliche Kommunikationen im Vorfeld beziehen[103].

Auch § 661 a BGB enthält für zahlreiche Fallgruppen lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Der Rechtscharakter dieser Vorschrift ist zwar umstritten, was insbesondere Konsequenzen für die internationalprivatrechtliche Einordnung hat[104]. Wenig beachtet wird aber, dass diese Norm zahlreiche Fallgruppen von Unternehmer- und Verbraucherverhalten behandelt, die nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre jeweils unterschiedlich zu behandeln wären. Problematisch im Hinblick auf die vertragsrechtliche Einordnung ist fast ausschließlich die Fallgruppe derjenigen Gewinnzusagen, die gegenüber solchen Verbrauchern erklärt werden, die positive Kenntnis von einem mangelnden Verpflichtungswillen des erklärenden Unternehmens haben. In diesen Fällen

---

[99] Für diese Fragestellung siehe schon *Sack* (Fn. 52); allgemein zum Wettbewerb als Voraussetzung des Vertrags auch *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 126 ff.

[100] So insbesondere *Grigoleit/Herresthal*, Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2003, 234 ff.; *Grunewald* in: Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 434, Rn. 17.

[101] Palandt/*Putzo* (Fn. 84) § 434, Rn. 31 ff.; vgl. *Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben im Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 283; siehe den ursprünglich von der Kommission vorgeschlagenen Sachmängelbegriff „Nichtübereinstimmung mit den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers" (Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, KOM(93) 509 endg, 109).

[102] Siehe für andere Auslegungen vor der Reform *BGH* 18.2.1981, NJW 1981, 1269 ff. in Abgrenzung zu *BGH* 21.6.1967, BGHZ 48, 118 ff. (Trevira); zu dieser Rechtsprechung *Lehmann*, JZ 2000, 287; *ders.*, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1238; zur zivilrechtlichen Haftung für Werbeaussagen siehe auch schon *Köndgen* (Fn. 63) 303 ff.

[103] So auch *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 31, Rn. 9; genauso *Lienhard* (Fn. 18) 165.

[104] Siehe *EuGH* 20.1.2005, Rs. 27/02 (*Engler/Janus Versand GmbH*), NJW 2005, 811 ff.; *EuGH* 11.7.2002, Rs. 96/00 (*Rudolf Gabriel*), Slg. 2002, 6367 ff.

kann nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht eintreten. In den übrigen Fällen, die von § 661 a BGB erfasst werden und in denen Verbraucher keine Kenntnis vom mangelnden Verpflichtungswillen haben, wird sich den Gewinnzusagen jedoch bereits nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre der objektive Erklärungswert eines rechtsgeschäftlichen Gewinnversprechens entnehmen lassen[105]. *Insofern* räumt diese Rechtsnorm lediglich vertragsrechtliche Hindernisse beiseite, die zur Unwirksamkeit entsprechender Zusagen führen würden (§§ 657, 762, 518 BGB)[106], und konkretisiert im Übrigen, wie der Maßstab für die Bestimmung des typischen objektiven Empfängerhorizonts in solchen Fällen anzusetzen ist.

3. Vertragsinhalte bei Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten

Für die Rechtswirkungen einer Verletzung besonderer Informationspflichten bedeutet dies:

a) Fehlerhafte Pflichtinformation

Da es sich lediglich um Wissenserklärungen handelt, werden fehlerhafte Informationen in der Regel nicht unmittelbar Vertragsinhalt. Allerdings ist bei der Auslegung des Vertrags nach §§ 133, 157 BGB das vorvertragliche Verhalten von Bedeutung, und dabei spielt es eine Rolle, welchen Horizont diejenigen Verbraucher, die das Unternehmen anspricht, typischerweise haben[107]. Gerade bei Verbraucherverträgen informieren die anbietenden Unternehmen über ihre Produkte und Vertragsbedingungen häufig in „invitationes ad offerendum", auf die sich die Verbraucher mit „Bestellungen" und ähnlichen Erklärungen beziehen. Werden diese oder andere Angaben in Werbeprospekten oder ähnlichen öffentlichen Kommunikationsmitteln im Verlauf des Vertragsverhandlungsprozesses nicht korrigiert, stellen sie zwar nicht selbst rechtsgeschäftliche Erklärungen dar; ihr Gegenstand wird jedoch konkludent zum Inhalt des Vertrages[108]. Von prakti-

---

[105] Vgl. *Oberlandesgericht (OLG)* Hamm, 28.10.2002, Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport (NJW-RR) 2003, 717 f., das auch auf die Unklarheitenregel des § 5 AGBG verweist (jetzt § 305 c Abs. 2 BGB); das OLG Koblenz, 26.9.2002, MDR 2002, 1359 verneint für seinen Fall bereits die Einbeziehung des Vorbehalts; zum Zusammenhang zwischen dem AGB-Recht und der Rechtsgeschäftslehre siehe genauer unten bei IV.5.b.

[106] Genauer zu diesen Anspruchsgrundlagen *Mansel* in: Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 2004, § 661 a, Rn. 2; *Braun*, Gewinnzusagen bei „Gewinnspielen", VuR 2003, 215; *Schneider*, Erfüllungszwang bei Gewinnzusagen – verfassungsmäßig?, Betriebs-Berater (BB) 2002, 1653; zu § 657 BGB aus der Rechtsprechung zum Beispiel *OLG Düsseldorf* 14.1.1997, NJW 1997, 2122 f.; zu § 762 BGB *OLG Koblenz* 26.9.2002, MDR 2002, 1359; für das österreichische Recht *Krejci*, in: *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Wien 2002, § 5 j KSchG, Rn. 1; zu § 518 BGB auch *Lorenz*, Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661 a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Erweiterungen des Verbrauchergerichtsstands durch die „Brüssel I-Verordnung", Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax) 2002, 195.

[107] *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 28, Rn. 8 („Verkehrskreise, an die die Erklärung gerichtet war"). *BGH* 16.11.1993, NJW 1994, 514. Zusammenfassend MüKo-BGB/*Mayer-Maly/Busche* (Fn. 51) § 133 BGB, Rn 10.

[108] So auch *Larenz/Wolf*, (Fn. 58) § 30, Rn. 65; vgl. auch *Wilhelmsson*, in: Schulze/Ebers/Grigoleit

scher Bedeutung kann dies insbesondere für Informationen über den Vertragsgegenstand[109] oder Informationen über vertragliche Nebenbestimmungen sein. Bei sachgerechter Auslegung wird man dabei in vielen Fällen zu einer Auslegung der unternehmerischen Erklärungen entsprechend der erteilten Informationen kommen.

b) Unterlassene Pflichtinformation

Wie ist es aber, wenn die Pflichtinformation nicht unrichtig erteilt, sondern vollständig unterlassen wurde? Zum Ergebnis, dass die entsprechende Bedingung oder Beschaffenheitsangabe in diesem Fall nicht Inhalt des Vertrages wird, käme man, wenn man die gesetzlichen Informationspflichten auch als Konkretisierungen der rechtsgeschäftlichen Informations- und Verständigungsobliegenheiten ansehen wollte. Man könnte insofern den Gedanken von Fleischer, gesetzliche Regeln wie die des § 312 c BGB könnten Gradmesser für die herrschende Geschäftsmoral sein[110], auf die Bestimmung des objektiven Empfängerhorizonts im Sinne der §§ 133, 157 BGB anwenden. Dafür spricht, dass die Informationspflichten über die Herstellung von Markttransparenz gerade das Umfeld des rechtsgeschäftlichen Handelns gestalten sollen[111]. Dafür spricht auch, dass die Herstellung von Markttransparenz individualschützende Funktionen hat[112]. Die verbraucherrechtlichen Informationspflichten konkretisieren und typisieren also den Empfängerhorizont des jeweiligen Geschäfts sowie die Deutungsdiligenz, die von Verbraucherinnen und Verbrauchern in ihrer Eigenschaft als Empfänger unternehmerischer Erklärungen im Fernabsatz erwartet werden kann[113]. Es gibt damit eine tatsächliche Vermutung dahin gehend, dass Verbraucher solche Vertragsinhalte, über die von Gesetzes wegen zu informieren ist, nach ihrem objektiven Empfängerhorizont typischerweise nur bei Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen zu erwarten haben[114].

(Hg.) (Fn. 9) 245 ff. („acquis communautaire") und *Magnus*, Rechtsfolgen im Acquis communautaire, ebda., 301.

[109] Vgl. insoweit zum Beispiel Fall 8 in *Sefton-Green* (Hg.) (Fn. 97).

[110] *Fleischer* (Fn. 21) 436. Er will sie insofern aber nur bei der Konkretisierung („Präformation") des Pflichteninhalts der Haftung aus culpa in contrahendo berücksichtigen (dazu oben bei Fn. 68).

[111] Vgl. auch *Fuchs*, ZIP 2000, 1275, Fn. 16: Die Abgrenzung zwischen „reiner Werbe- und Informationsmaßnahme" zur Vertragsvorbereitung ist schwierig; 1276 zum Kontinuum des Vertragsschlusses von der ersten „rechtsgeschäftlichen" Kontaktaufnahme bis zur Durchführung des Vertrages (so auch *Reich*, EuZW 1997, 582).

[112] Genauer oben unter III. 3.

[113] Vgl. auch *Fuchs*, ZIP 2000, 1276; *Micklitz*, in: *Reich/Micklitz* (Fn. 78) 15.20.

[114] Es handelt sich um einen ähnlichen Rechtsgedanken wie den des Art. 5 Satz 2 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG: Erklärungen sind im Zweifel zu Lasten der beruflich Tätigen auszulegen. Ein solches Ergebnis wünscht sich auch *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, 2.02, Rn. 5. Zum entsprechenden *acquis communautaire* der Klauselrichtlinie auch *Wilhelmsson*, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Hg.) (Fn. 9) 245 ff.; siehe auch *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 296 zur anglo-amerikanischen Regel *contra stipulatorem* und ihrer Anwendung insbesondere in typischen Fällen ungleicher Macht; für die Konkretisierung von Aufklärungspflichten ähnlich *BGH* 5.3.1991, NJW 1991, 1947 f. Vgl. auch § 305 c Abs. 2 BGB und Art. 5 : 103 PECL.

c) Verhältnis zur vorvertraglichen Pflichtenlehre

Die Rechtsgeschäftslehre hat im Laufe der Jahrhunderte die Pflichtenlehre ersetzt und ergänzt; nun könnte es umgekehrt kommen: Die Lehre von der c.i.c. „is going to eat up the older legal concepts"[115]. So kann nach Meinung der deutschen Rechtsprechung als Rechtsfolge einer Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* in Einzelfällen auch „Vertragsanpassung" bzw. das positive Interesse an einem Vertrag zu anderen Bedingungen verlangt werden[116].

Kausalität zwischen Pflichtverletzung und konkretem Vertragsinhalt wird aber in der hier angesprochenen Konstellation nicht notwendig vorliegen[117]. Die Anwendung einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens an dieser Stelle erscheint wiederum rechtssystematisch fragwürdig, da sie über mögliche Entscheidungsspielräume hinweg geht und Privatautonomie ausschließlich in einer ökonomischen Funktion der Entscheidung für das wirtschaftliche Eigeninteresse berücksichtigt[117a]. Die Rechtsgeschäftslehre vermag insofern die Art und Weise, wie Verbraucherentscheidungen auf Massenmärkten getroffen und vermittelt werden, besser zu berücksichtigen. Sie sollte über einer Entwicklung der Pflichtenlehren nicht vernachlässigt werden.

4. Transparenzanforderungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Allgemeine Einbeziehungskontrolle

Von der AGB-rechtlichen Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs. 2 BGB ist gesagt worden, dass sie eigentlich eine spezialgesetzliche Konkretisierung der Überlegungen von Manfred Wolf aus dem Jahre 1970 darstelle[118]. Sie kann aber auch entsprechend der Einschätzung des damaligen Gesetzgebers als Verwirklichung der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont gesehen werden, wenn man diese für Verbrauchermärkte angemessen spezifiziert[119].

Die Merkmale des § 305 Abs. 2 BGB enthalten Informationspflichten sowie Transparenzanforderungen im Hinblick auf Wahrnehmbarkeit und Verständlich-

---

[115] *Schermaier*, Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition, in: Sefton-Green (Hg.) (Fn. 97) 46, 64.

[116] *BGH* 4.7.1989, BGHZ 108, 200, 207 f.; deutlicher *BGH* 24.6.1998, NJW 1998, 2900 f. mit zustimmender Anmerkung von *Lorenz*, NJW 1999, 1001 f.; *BGH* 11.2.1999, Juristische Schulung (JuS) 1999, 916 ff.; zustimmend auch *Grigoleit*, WM 2001, 598; zu den Grenzen zum Beispiel *Fezer*, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2003, 136.

[117] Vgl. *Grigoleit*, WM 2001, 598 zur Problematik des Kausalitätsnachweises.

[117a] Im Ergebnis jetzt genauso *BGH* 19.5.2006, BB 2006, 1650 ff. klarstellend gegenüber *BGH*, NJW 1998, 2900 f. und *BGH* 6.4.2001, NJW 2001, 2875 f.

[118] *Fikentscher*, in: FS für Hefermehl, 1971, S. 50; *Lorenz* (Fn. 60) 230; zum Ansatz von *Wolf* siehe oben Fn. 86.

[119] So sah der Regierungsentwurf für ein AGB-Gesetz, BT-Drucks. 7/3919, 13 den § 305 Abs. 2 als Versuch, die Rechtsgeschäftslehre des BGB hier entgegen der bisherigen Praxis zu verankern; so auch *BGH* 12.1.1992, BGHZ 117, 190, 194; vgl. auch *Basedow* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, 4. Aufl. 2003, Vor § 305 BGB, Rn. 48; siehe auch Art. 2.19(1) UNIDROIT für das Verhältnis der AGB-Regeln zur Rechtsgeschäftslehre (vgl. *Köhler* (Fn. 96) 59 f.).

keit der AGB[120]. Die Transparenzanforderungen der Einbeziehungskontrolle sind mit der Entwicklung des Transparenzgebots im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB[121] etwas in den Hintergrund getreten[122]. Insbesondere soweit mit der Transparenzkontrolle die Entscheidungsfreiheit geschützt werden soll, bleibt jedoch die Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs. 2 BGB wichtig.

Diese bezieht sich jedoch nur auf AGB-Klauselwerke insgesamt und vermag nicht die Nicht-Einbeziehung einzelner Klauseln zu begründen[123]. In Bezug auf einzelne Klauseln findet sich jedoch eine Einbeziehungskontrolle mit Vorrang gegenüber der Inhaltskontrolle in der Regelung über überraschende und mehrdeutige Klauseln in § 305 c BGB[124]. Die Transparenzanforderungen aus § 305 c BGB ergänzen § 305 Abs. 2, da die dort gewährleistete Möglichkeit der Kenntnisnahme in der Praxis oft nicht genutzt wird[125]. § 305 c BGB konkretisiert insofern die Transparenzanforderungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre[126]. Als Maßstab dafür, ob eine Klausel ungewöhnlich ist oder nicht, dient deshalb zu Recht nicht die Üblichkeit, sondern die Erwartungshaltung der Kunden, die unter anderem durch die Vertragsverhandlungen bestimmt wird[127].

§ 305 c BGB hat zwar geringe praktische Bedeutung erlangt[128]. Denn nur in Ausnahmefällen bestehen hinreichend präzise Erwartungen. Allerdings ist auf Verbrauchermärkten zu beachten, dass konkrete Erwartungen sich auch daraus ergeben können, dass der Verwender durch Werbung oder sein sonstiges öffentliches Auftreten einen bestimmten Eindruck erweckt hat[129]. So können sich Obliegenheiten ergeben, auf ungewöhnliche AGB-Klauseln hinzuweisen – bei Gefahr der Nicht-Einbeziehung dieser Klauseln. Diese Transparenzanforderungen zeigen, dass auch das AGB-Recht nicht nur einen Ausgleich für Marktversagen und Un-

[120] MünchKomm/*Basedow* (Fn. 119) § 305 BGB, Rn. 49. Vgl. *Fleischer* (Fn. 21) 435 ff.; ausführlich schon *Birgit Kreienbaum*, Transparenz und AGB-Gesetz, 1998, S. 71 ff.; siehe auch schon *Reich*, NJW 1978, 517.

[121] Begründet von *BGH* 24.11.1988, BGHZ 106, 42, 49 ff. (erste Hypothekenzinsentscheidung); Fortführung und Auseinandersetzung mit dem Schrifttum *BGH* 10.7.1990, BGHZ 112, 115, 117 f.; siehe zur neueren Rechtsprechung zum Beispiel *BGH* 28.1.2003, BGHZ 153, 344; *OLG Karlsruhe* 10.10.2003, VuR 2004, 149 ff.; vgl. auch KompaktKomm-BGB/*Micklitz* (Fn. 58) § 307, Rn. 3 zum Verhältnis zu § 307; zustimmend und erläuternd zur BGH-Rechtsprechung *Kreienbaum* (Fn. 120) 106, 142 ff.; *Larenz/Wolf*, (Fn. 58) § 43, Rn. 71 ff.; *Balthasar v. Campenhausen*, Das Transparenzgebot als Pflicht zur Aufklärung vor Vertragsschluss, 1994, S. 32 ff. gegen die Verwischung der zweckmäßigen Abgrenzung zwischen Inhalts- und Einbeziehungskontrolle.

[122] Sie ist gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch auf wesentliche Vertragspflichten anzuwenden (Kompakt-Komm-BGB/*Micklitz* (Fn. 58) § 307, Rn. 5 zur insofern bisher herrschenden Meinung).

[123] *Basedow*, Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, VersR 1999, 1046.

[124] Vgl. Bericht des Rechtsausschusses zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/7052, 188; der Entwurf der Bundesregierung hatte das Transparenzgebot demgegenüber als Zweifelsregel in § 307 Abs. 2 Nr. 3 aufnehmen wollen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, 153).

[125] MünchKomm/*Basedow* (Fn. 119) § 305 c BGB, Rn. 1; siehe auch schon *Liebs*, AcP 174 (1974), 45 ff., der vor Erlass des AGBG zu einem ähnlichen Ergebnis durch Anwendung der Auslegungs- und Irrtumsregeln kam.

[126] *Lorenz* (Fn. 60) 244; vgl. *Schwarze* (Fn. 24) 218 ff.

[127] *BGH* 10.11.1989, NJW 1990, 576, 577; *BGH* 10.9.2002, NJW 2002, 3627 f.; *Lapp* § 305 c, Rn. 6 in: Juris Praxiskommentar BGB, 2. Auflage, 2004. Siehe auch *Larenz/Wolf* (Fn. 58) § 43, Rn. 25; *BGH* 24.11.1988, BGHZ 106, 42, 49 ff. (erste Hypothekenzinsentscheidung); *BGH* 10.7.1990, BGHZ 112, 115, 118; zustimmend *Kreienbaum* (Fn. 120) 267.

[128] MünchKomm/*Basedow* (Fn. 119) Vor § 305 BGB, Rn. 15.

[129] *Basedow*, VersR 1999, 1047; *BGH* 9.4.1987, NJW 1987, 2011 f. (hier lag die Klausel nach den vorangegangenen Verhandlungen „völlig fern").

gleichheiten gewährt, die durch zu hohe Informationskosten bedingt sind[130], sondern dass es gleichzeitig einer Senkung der verbraucherseitigen Informationskosten und der Ermöglichung von Verhandlungen und Rechtsdurchsetzung dient[131].

b) Vertragsinhalte bei unterlassener oder fehlerhafter vorvertraglicher Pflichtinformation

Diese Transparenzanforderungen wären auch auf die Pflichtinformationen anzuwenden[132]. § 312 c Abs. 1 fordert zwar zunächst wortgleich mit § 307 Abs. 1 Satz 2 Klarheit und Verständlichkeit[133]. Eine rechtsgeschäftliche Betrachtung würde aber darüber hinaus nahe legen, die Anforderungen der Einbeziehungskontrolle in §§ 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 305 c BGB im Lichte der Anforderungen der Informationspflichten auszulegen. Inwiefern diese über das hinausgehen, was die Einbeziehungskontrolle nach bisheriger Auslegung verlangt, ist umstritten[134]. Allerdings haben beide Rechtsbereiche ohnehin verschiedene Regelungsgegenstände. Das AGB-Recht bezieht sich auf rechtsgeschäftliche und konstitutive Vertragserklärungen, nicht auf deklaratorische Angaben[135]. Die fernabsatzrechtlichen (und ähnliche) Informationen *können* zwar durchaus im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen erteilt werden und bei entsprechender optischer Gestaltung bzw. Kürze und Prägnanz[136] auch in ein allgemeines Klauselwerk Allgemeiner Geschäftsbedingungen einbezogen werden[137]. In diesem Fall erhalten die Informationen – selbst wo sie wie die Widerrufsbelehrung auf gesetzliche Rechte verweisen[138] – aus der typischen Kundensicht durch diesen Kontext einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Informationen *müssen* aber nicht in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden[139]. Man kann damit die Anforderungen der Informationspflichten nicht umstandslos als Anforderungen an rechtsgeschäftliche Erklärungen und also nicht als Anforderungen an die Einbeziehung von Vertragsbedingungen im Sinne der §§ 305 Abs. 2, 305 c BGB verstehen[140].

---

[130] So der Schwerpunkt bei *Adams* (Fn. 21) 119, 137.

[131] Vgl. Palandt/*Heinrichs* (Fn. 75) § 307 BGB, Rn. 20; MünchKomm/*Basedow* (Fn. 119) Vor § 305 BGB, Rn. 4 ff. Insoweit schützt auch das AGB-Recht die freie Willensbildung (anders *v. Campenhausen* (Fn. 121) 42 ff.); *Basedow*, VersR 1999, 1046.

[132] Zu den Regelungszwecken der Inhaltskontrolle siehe insbesondere *Adams* (Fn. 21) 119 ff.; *Kötz*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209 ff.

[133] Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, 38: Das Transparenzgebot des Fernabsatzgesetzes könne je nach den Umständen des Einzelfalles über das AGB-rechtliche Transparenzgebot hinausgehen; so auch MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 37; *Reich*, EuZW 1997, 584; vgl. auch *Härting*, CR 2000, 693; *Grigoleit*, NJW 2002, 1151; *Grundmann* (Fn. 113) 2.02, Rn. 5.

[134] BT-Dr. 14/2658, 38; *Micklitz/Reich*, Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie. Im Blickpunkt: Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes, BB 1999, 2094 („immer"); vgl. zur Diskussion *Berg*, VuR 1999, 340 f; *E.Lorenz*, VersR 1997, 780; *Lapp*, (Fn 127) § 305 BGB, Rn 44.

[135] Zur Abgrenzung im AGB-Recht siehe MünchKomm/*Basedow* (Fn. 119) § 305 BGB, Rn. 12.

[136] *Micklitz/Reich*, BB 1999, 2094; vgl. auch Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, 38; *Fuchs*, ZIP 2000, 1278; MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c BGB, Rn. 38.

[137] Vgl. *Micklitz*, in: *Reich/Micklitz* (Fn. 78) 15.23.

[138] BGH 30.6.1982, NJW 1982, 2313; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 75) § 355, Rn. 13.

[139] Vgl. *Grundmann* (Fn. 113) 2.02, Rn. 16 für das Vertragsanbahnungsstadium.

[140] So aber wohl MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 20, die den Begriff „Information" für unrichtig und irreführend hält.

Allerdings können sie auch in diesem Zusammenhang als Konkretisierung des jeweiligen Verkehrsstandards und objektiven Empfängerhorizonts angesehen werden. Und die Einbeziehungskontrolle des AGB-Rechts verweist sowohl in § 305 Abs. 1 Nr. 2 BGB („zumutbare" Weise der Kenntnisnahme)[141] als auch in § 305 c BGB auf den jeweiligen Geschäftsstandard. Praktisch am wichtigsten dürfte insofern die Regelung über überraschende Klauseln sein: Für die Frage, ob eine Klausel überraschend ist oder nicht, kommt es auf den Erwartungshorizont der angesprochenen Verbraucher an. Wird dieser gemäß den Informationspflichten bestimmt, so heißt dies in der Konsequenz: Werden Konditionen im Widerspruch zu den Anforderungen aus den Informationspflichten in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen, so sind sie als „überraschende Klausel" im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB anzusehen[142].

V. Zusammenfassung und Schlussthesen

Die europarechtlich geprägten besonderen Informationspflichten sind vertragsrechtlich nicht nur in ihrer Funktion der Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit zu betrachten. Die Pflichten sind vielmehr auch in ihren Funktionen für die Rechtsgeschäftslehre zu untersuchen. Sie konkretisieren insofern den Maßstab des objektiven Empfängerhorizonts und der entsprechenden Deutungsdiligenz, insbesondere im Rahmen des § 305 c BGB. Auch auf diesem Wege lässt sich die These bestätigen, das Europäische Verbrauchervertragsrecht enthalte Tendenzen zu einer Vorverlagerung des Zeitpunkts der Bindung der beruflich tätigen Vertragspartei[143].

[141] MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 22 f.; so auch *Hoffmann*, Inhalt und Rechtsfolgen der Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro, WM 2002, 1528 für die Informationspflichten nach der der VO Nr. 2560/2001 vom 19.12.2001. Umgekehrt allerdings *Fuchs*, ZIP 2000, 1277.

[142] MünchKomm/*Wendehorst* (Fn. 36) § 312 c, Rn. 22.

[143] Siehe schon die Nachweise oben Fn. 27.

aufgespießt

„The private international law of tort has been the testing ground for the development of alternatives to the traditional view of a single choice of law rule which can be applied to all causes of action within a single and broad characterization category. As a matter of fact, this development is now unlikely to take place in Europe, as English and European legislation substitutes bureaucratic dogmatism for the probing analytical techniques of common law sophistication" (*Adrian Briggs*, The Conflict of Laws, 2002, p. 178).