

Regulierungsprivatrecht

Verhaltenssteuerung durch Privatrecht am Beispiel des europäischen Verbrauchervertragsrechts

CHRISTIANE WENDEHORST

- I. Edukatorisches Privatrecht
 1. Erziehung im weiteren Sinn: Verhaltenssteuerung
 2. Erziehung im engeren Sinn: Bewusstseinsbildung
 3. Abgrenzung
 - a) Paternalismus
 - b) Verteilungsgerechtigkeit
- II. Europäisches Verbrauchervertragsrecht
 1. Erscheinungsformen
 - a) Koordinierung nationaler Vertragsrechte
 - b) Vertragsrechtsharmonisierung durch EU-Richtlinien
 - c) Optionelles europäisches Vertragsrecht
 - d) Vertragsrechtsvereinheitlichung durch EU-Verordnungen
 2. Bewertung
- III. Entwicklungstendenzen im europäischen Verbrauchervertragsrecht
 1. Wiederherstellung gestörter Vertragsparität vs. Binnenmarktförderung
 - a) Die älteren Rechtsakte
 - b) Neuere Tendenz: Instrumentelles Verbrauchervertragsrecht
 2. Klassisches Privatrecht vs. Regulierungsprivatrecht
 - a) Politische Zielsetzung
 - b) Regelungsstil
 - c) Vertikaler (sektoraler) Ansatz
 3. Konsequenzen für die Rechtsfindung auf der europäischen Ebene
 - a) Teleologische Reduktion
 - b) Analogiebildung
 - c) Feinsteuerung durch allgemeine Grundsätze
 - d) Das regulierte Marktsegment als Auslegungsprinzip
 - e) Folgerungen
- IV. Ergebnisse

Im Laufe der vergangenen zwei Jahrhunderte hat sich uns in Kontinentaleuropa ein Bild von Privatrecht eingeprägt, das gekennzeichnet ist durch die Staatlichkeit der Normen und durch die Existenz von grundsätzlich nur einer Regelungsebene. Hinzu kommt die Vorstellung, dass es sich bei Privatrecht um einen relativ eigenständigen und klar vom öffentlichen Recht getrennten Bereich handelt,¹ dass es zumindest schwerpunktmäßig² Zielen ausgleichender Gerechtigkeit dient³ und dass es sich um ein nach innerer Widerspruchsfreiheit strebendes System handelt,⁴ das bestimmten methodischen Prinzipien folgt.⁵ Durch die

-
- 1 Eingehend zur Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht FRANZ BYDLINSKI, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 1994, S. 317; DERS., Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, 1988, S. 31 ff.; DERS., System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 75 ff. mit zahlreichen weiteren Literaturhinweisen in Fn. 84. Monografisch dazu etwa ERICH MOLITOR, Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949. Kritisch bereits MARTIN BULLINGER, Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung, 1968 sowie LUDWIG RAISER, Zukunft des Privatrechts, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, 1977, S. 208, 213 ff.
 - 2 Es besteht eine weitgehende Einigkeit darüber, dass insbesondere die aus einem freien Vertragsverhältnis entstandenen Erfüllungsansprüche einerseits und die Haftung für schuldhaftes Verhalten andererseits der ausgleichenden Gerechtigkeit unterfallen. Differenzierend hierzu CHRISTIANE WENDEHORST, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 13 ff., die nicht die freien rechtsgeschäftlichen Austauschvorgänge als den Gegenstand der Ausgleichsgerechtigkeit im engeren (eigentlichen) Sinn versteht, sondern die gestörten. Von den großen Bereichen des Privatrechts gehört nach der wohl eher überwiegender Meinung die Gefährdungshaftung nicht zum Konzept der ausgleichenden, sondern der austeilenden Gerechtigkeit, weil es sich um die Zurechnung des durch Unglück und nicht durch Unrecht entstandenen Schadens handle. In diesem Sinne KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2: Besonderer Teil, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, S. 607 f. sowie CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 14 f.; a.A. WENDEHORST, a.a.O., S. 15.
 - 3 Zur ausgleichenden Gerechtigkeit im Allgemeinen etwa FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 357 ff.
 - 4 Teilweise wird als ein Widerspruch eine „technische“ Divergenz von Normen bezeichnet, die sich durch die Auslegung oder durch die Kollisionsregeln beheben lässt. Vgl. CLEMENS HÖPFNER, Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, 2008, S. 15. In der modernen Methodenlehre hat sich jedoch (im Gegensatz zum älteren, von der Begriffsjurisprudenz vertretenen formal-logischen Ideal eines widerspruchsfreien Systems) das Postulat der Widerspruchsfreiheit im Sinne von wertungsmäßiger Einheit des Rechtssystems (bzw. dessen Teilen) entwickelt. Bei einem derart ausgestalteten Systembegriff stellt erst ein Wertungs- und Prinzipienwiderspruch einen Systembruch dar. Vgl. nur CLAUS-WILHELM CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 13 ff., 112 ff.; jüngst in diesem Sinne auch HÖPFNER, a.a.O., S. 15 f. Zur programmatischen Wertungseinheit des Privatrechts insbesondere BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1).

europäische Integration sieht sich dieses Bild von Privatrecht in zunehmendem Maße infrage gestellt. Dabei können die Entwicklungen – zwar nicht in erster Linie, aber jedenfalls auch – unter dem Blickwinkel edukatorischer Gesetzgebung betrachtet werden.

I. Edukatorisches Privatrecht

Der Begriff edukatorischer Gesetzgebung ist bei näherem Hinsehen alles andere als eindeutig,⁶ und gerade im Privatrecht wirft er nicht unerhebliche Schwierigkeiten auf.

1. Erziehung im weiteren Sinn: Verhaltenssteuerung

Von edukatorischem Charakter im weiteren Sinn kann gesprochen werden, sobald eine Regelung ihrer Intention nach zur Einübung bestimmter, vom Gesetzgeber als erwünscht betrachteter Verhaltensweisen führt.⁷ Einer explizit – etwa in der Gesetzesbegründung – vom Gesetzgeber formulierten Regelungsintention wird man es gleichstellen müssen, wenn der verhaltenssteuernde Effekt faktisch bewirkt wird⁸ und sich bruchlos in den objektiv verstandenen Regelungszweck einer Norm einfügt.

5 Vgl. etwa BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 51 ff.; DERS., Juristische Methodenlehre (Anm. 3), insbesondere S. 391 ff.; KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, insbesondere S. 312 ff.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, insbesondere S. 53 ff.

6 Es wird in der Literatur etwa vom edukatorischen Staatshandeln als einem weiten, heuristischen Begriff gesprochen, welcher „die staatliche Förderung von Sozialmoral zu Steuerungszwecken“ erfasse. So JÖRN LÜDEMANN, Edukatorisches Staatshandeln. Steuerungstheorie und Verfassungsrecht am Beispiel der staatlichen Förderung von Abfallmoral, 2002, S. 98 ff.

7 Zur Funktion nicht lediglich des Privatrechts, sondern des Rechts im Allgemeinen als ein Verhaltenssteuerungssystem etwa BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 2010, S. 53 ff.; ferner die einzelnen Beiträge von REINHOLD ZIPPELIUS, Verhaltenssteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen, 2004 sowie THOMAS RAISER, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009, S. 185 f. Ganz radikal ist in dieser Hinsicht die Strömung der ökonomischen Theorie des Rechts, die die Rechtsnormen als die zur Steuerung des menschlichen Verhaltens dienenden Anreize betrachtet. Vgl. dazu HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 3, 58 ff.; MILTON FRIEDMAN, The Methodology of Positive Economics, in: Avery Wiener Katz (Hrsg.), Foundations of the Economic Approach to Law, 1998, S. 29, 31 ff.

8 In der Rechtssoziologie wird bei der faktischen Wirkung der Rechtsnormen von zwei Arten ihrer Geltung gesprochen: Zur Verhaltensgeltung käme es danach dann, wenn sich die

Unter Zugrundelegung dieser Definition wirkt allerdings letztlich so gut wie jede privatrechtliche Regelung in gewissem Sinne edukatorisch. Es ist daher sinnvoller, von der Intensität zu sprechen, mit welcher der edukatorische Charakter ausgeprägt ist.

Schwach ausgeprägt wäre der edukatorische Charakter beispielsweise bei § 145 BGB, wonach man an einen Antrag auf Abschluss eines Vertrags grundsätzlich gebunden ist, obgleich auch diese Vorschrift offenkundig in gewisser Weise erzieht, nämlich dazu, Anträge nicht leichtfertig zu formulieren. Schon stärker ausgeprägt wäre der edukatorische Charakter, wenn durch privatrechtliche Sanktionen für unerwünschtes Verhalten die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards erwirkt wird. Das gilt insbesondere für das Recht der unerlaubten Handlungen, das neben dem Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem anerkanntermaßen auch präventive Zwecke verfolgt,⁹ also der Abschreckung potenzieller Schädiger dient. Sehen wir aber genauer hin, werden wir erkennen, dass die Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts gegenüber der Präventionsfunktion immer noch klar überwiegt.¹⁰ Am deutlichsten wird dies durch die grundsätzliche Begrenzung des Schadensersatzes auf den erlittenen Schaden¹¹ und die Ablehnung von *punitive damages*, wie sie zumindest die überwältigende Mehrheit kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen¹² vertritt.¹³

Von einer qualifizierten edukatorischen Wirkung privatrechtlicher Normen im Sinne von Verhaltenssteuerung, die es rechtfertigen würde, von „edukatorischem Privatrecht“ zu sprechen, kann daher wohl erst dann ausgegangen wer-

Adressaten der Norm freiwillig nach ihr richten. Von der Sanktionsgeltung sei die Rede, wenn die Befolgung der Norm durch die dafür zuständigen Organe erzwungen wird (bzw. wenn das abweichende Verhalten bestraft wird). Hierzu RAISER (Anm. 7), S. 239.

- 9 Vgl. nur KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 423; HELMUT KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, S. 10. Zum Präventionsgedanken im Schadensersatzrecht monografisch REINHARD MÖLLER, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006; KLAUS SCHLOBACH, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, 2004.
- 10 Am deutlichsten wohl BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 187 f., der meint, dass das Schadensersatzrecht ohne die Hervorhebung der Ausgleichsfunktion überhaupt nicht verstanden werden könne. Vgl. auch KOZIOL (Anm. 9), S. 8 f.; LARENZ/CANARIS, Schuldrecht AT (Anm. 9), S. 424; HANS-JOACHIM MERTENS, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 95 ff. sowie im Ergebnis wohl auch HANS STOLL, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, 1993, S. 147 ff., der die Restitution und die Kompensation als die selbstständigen Funktionen des Schadensersatzes bezeichnet und den unselbstständigen Funktionen, wie etwa der Einwirkung auf den Täter, gegenüberstellt. Bedenken erheben vor allem HEIN D. KÖTZ, Ziele des Haftungsrechts, in: Jürgen F. Baur/Klaus J. Hopt/Karl Peter Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 643, 644 sowie RUDOLF STRASSER, Der immaterielle Schaden im österreichischen Schadensersatzrecht, 1964, S. 16 ff.

den, wenn die Schwerpunkte anders herum gesetzt sind, also der Zweck der Verhaltenssteuerung überwiegt gegenüber dem Interessenausgleich zwischen den am Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligten Personen.

2. Erziehung im engeren Sinn: Bewusstseinsbildung

Von edukatorischem Charakter im engeren Sinn kann gesprochen werden, wenn Rechtsnormen auf die Herbeiführung eines Bewusstseinswandels hinwirken. Vereinfacht ausgedrückt: Wenn sie bewirken sollen, dass der Normadressat ein bestimmtes Verhalten nicht nur zur Herbeiführung vorteilhafter und zur

-
- 11 Dies haben LARENZ/CANARIS, Schuldrecht AT (Anm. 9), S. 424 besonders prägnant zum Ausdruck gebracht: „Er [der Ausgleichsgedanke] bedeutet, dass dem Geschädigten [...] sein gesamter Schaden – nicht weniger und nicht mehr – ersetzt werden soll, dass er durch die Ersatzleistung so gestellt werden soll, wie er ohne das die Ersatzpflicht des Schädigers begründende Ereignis jetzt stehen würde.“ In diesem Sinne auch etwa BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 187; KOZIOL (Anm. 9), S. 8 f.
- 12 Vgl. die jeweiligen Landesberichte (von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zum französischen, deutschen, spanischen, ungarischen und skandinavischen Recht) in HELMUT KOZIOL/VANESSA WILCOX (Hrsg.), *Punitive damages: Common law and Civil Law Perspectives*, 2009 sowie ebendort KOZIOL, *Admission into Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?*, S. 275. Siehe ferner MARION CHRISTINA HARTMANN, *Punitive damages: eine rechtsvergleichende und international privatrechtliche Perspektive*, 2001 sowie zu den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten WOLFGANG WURMNEST, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, 2003, S. 100 ff.
- 13 Ausführlich zu den *punitive damages* vgl. die in der vorigen Anm. angeführte Literatur sowie etwa JULIANA MÖRSDORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, 1999; PETER MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, 2000. Vgl. auch STOLL (Anm. 10), S. 61 ff.; WURMNEST (Anm. 12), S. 101 ff. Gegen die Anordnung der *punitive damages* im Zivilrecht statt vieler siehe HELMUT KOZIOL, *Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen*, in: Irmgard Griss/Georg Kathrein/Helmut Koziol (Hrsg.), *Entwurf des neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, 2005, S. 32 f. mit Verweis auf die Argumentation von BYDLINSKI, *System und Prinzipien* (Anm. 1), S. 92 ff., der die besagte Problematik unter dem Blickwinkel des Prinzips der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung behandelt. Für *punitive damages* ANDREAS KLETEČKA, *Punitive damages – der vergessene Reformpunkt?*, ÖJZ 2008, S. 785; über die strafrechtlichen Momente im Zivilrecht CARSTEN HORTER, *Der Strafgedanke im Bürgerlichen Recht*, 2003; HEINRICH HONSELL, *Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus*, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 315; HANS STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in: René David (Hrsg.), *International encyclopedia of comparative law*, 1972, S. 103.

Vermeidung nachteilhafter Rechtsfolgen übt, sondern deswegen, weil er dieses Verhalten als „richtiges“ Verhalten verinnerlicht hat.¹⁴

Auch insoweit gilt wieder, dass Privatrechtsnormen nicht als entweder edukatorisch oder nicht edukatorisch zu qualifizieren sind, sondern dass der edukatorische Charakter unterschiedlich stark ausgeprägt ist und es ab einer bestimmten Dominanz desselben sinnvoll erscheint, von edukatorischer Privatrechtsgesetzgebung zu sprechen. Um auf die vorgenannten Beispiele zurückzukommen: Wenn § 145 BGB bestimmt, dass man an einen Antrag grundsätzlich gebunden ist, dann vermittelt dies sicherlich auch gewisse Überzeugungen hinsichtlich der Verbindlichkeit von Äußerungen im Rechtsverkehr. Dennoch steht das bei der Norm nicht im Vordergrund. Wenn § 823 BGB an bestimmtes Verhalten, das mit Begriffen wie „rechtswidrig“ oder „schuldhaft“ beschrieben wird, die scharfe Sanktion des Schadensersatzes knüpft, dann wird damit selbstverständlich auch das Bewusstsein vermittelt, dass die Verletzung fremder Rechtsgüter ein verurteilungswürdiges Verhalten darstellt. Allerdings gilt auch hier, dass es den Begriff „edukatorischen Privatrechts“ gänzlich verwässern würde, wollte man § 823 BGB darunter fassen.

Von einem qualifizierten edukatorischen Charakter im engeren Sinne, d.h. von Bewusstseinsbildung, sollte man vermutlich erst dort sprechen, wo der bewusstseinsbildende Zweck gegenüber dem Ausgleichszweck usw. überwiegt. Besonders deutlich wird das, wo eine gesetzgeberische Wertung über dasjenige Maß hinaus ausgesprochen wird, das zur Rechtfertigung einer Sanktion oder anderen Rechtsfolge erforderlich ist, insbesondere wo eine solche Sanktion oder andere Rechtsfolge fehlt. Beispielhaft wäre § 90a BGB anzuführen, wonach Tiere keine Sachen sind, aber dennoch weitestgehend wie Sachen behandelt werden.

3. Abgrenzung

Der Begriff der edukatorischen Zwecksetzung einer Norm sollte klar abgegrenzt werden von anderen Phänomenen, die vielfach im gleichen Zusammenhang genannt werden.

14 In der Rechtssoziologie wird unterstrichen, dass der soziale Friede erst dann gesichert sei, wenn die Bevölkerung wenigstens im Großen und Ganzen bereit ist, die Verbindlichkeit des positiven Rechts zu akzeptieren. Akzeptanz sei eine innere Zustimmung einzelner Personen, die nicht in jedem Fall notwendigerweise die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnorm voraussetze, sondern nur dort, wo die Norm nicht durch allgemein bekannte konventionelle Normen vorgeprägt sei. Vgl. RAISER (Anm. 7), S. 254; DERS., Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnis und Rechtsakzeptanz, in: Johannes W. Pichler (Hrsg.), Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung, 1998, S. 109.

a) Paternalismus

So ist insbesondere paternalistische Privatrechtsgesetzgebung¹⁵ meines Erachtens nicht im eigentlichen Sinne als edukatorisch einzuordnen.¹⁶ Paternalistische Gesetzgebung zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht Entscheidungen des Individuums beeinflussen will, sondern das Individuum vor den Folgen eigener Entscheidungen zu bewahren sucht. Paternalismus bewirkt also den Schutz des Individuums vor sich selbst und nimmt diesem Entscheidungen ab,¹⁷ verhindert also geradezu eine autonome Entscheidungsfindung des Individuums selbst und damit einen erzieherischen Effekt.

Auch für den Paternalismus gilt übrigens, dass man die allermeisten privatrechtlichen Normen in gewissem Maße paternalistisch deuten kann, trifft der Gesetzgeber doch gewisse Entscheidungen zum präsumtiven Wohl der Privatrechtssubjekte. Wieder dürfte es aber erst ab einer gewissen Dominanz paternalistischer Elemente angemessen sein, von „paternalistischem Privatrecht“ zu sprechen.

b) Verteilungsgerechtigkeit¹⁸

Erst recht haben distributive Effekte und Intentionen des Privatrechts – seien diese als „soziale Gerechtigkeit“,¹⁹ als „Schutz der schwächeren Vertragspartei“²⁰

15 Über den Rechtspaternalismus im Allgemeinen vgl. etwa den Sammelband von MICHAEL ANDERHEIDEN/PETER BÜRKLI/HANS M. HEINING/STEPHAN KIRSTE/KURT SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin (1968–2004)*, 2006; HORST EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2005, S. 358 ff. Zu den Paternalismusformen sowie zu den philosophischen Grundlagen insbesondere KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 15 ff., 31 ff. Über den Paternalismus im Vertragsrecht eingehend WOLFGANG ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996.

16 Teilweise anders wohl MÖLLER (Anm. 15), S. 22.

17 In diesem Sinne auch sehr deutlich etwa EIDENMÜLLER (Anm. 15), S. 358. Eingehend zum Verhältnis zwischen der Aufforderung zur individuellen Entscheidung und dem Paternalismus MÖLLER (Anm. 15), S. 134 ff.

18 Zur Verteilungsgerechtigkeit im Allgemeinen siehe etwa BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre* (Anm. 3), S. 339.

19 Über die sozialen Aufgaben des Privatrechts bereits KARL RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, 1929; FRANZ WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953 sowie neuerlich JÖRG NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1999. Vgl. auch die einschlägigen Beiträge in WOLF R. BUB/ROLF KNIEPER/RAINER METZ/GERD WINTER (Hrsg.), *Zivilrecht im Sozialstaat. Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder*, 2005.

20 Über den Schutz der Schwächeren als die privatrechtliche Erscheinungsform des Sozialstaatsprinzips eingehend NEUNER (Anm. 19), S. 274 ff. sowie die monografischen Abhandlungen von EIKE VON HIPPEL, *Schutz des Schwächeren*, 1982 und von HERMANN WEITNAUER, *Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, 1975.

oder ähnlich umschrieben – nichts mit edukatorischer Gesetzgebung zu tun. Derartige distributive Effekte treten als Regelungsziel privatrechtlicher Normen immer mehr in den Vordergrund. Sie mögen die einstmals vergleichsweise scharfe Trennlinie zwischen privatem und öffentlichem Recht infrage stellen,²¹ haben aber nicht zwingend etwas mit Erziehung zu tun. Vielmehr kann distributives Privatrecht unter den gleichen Bedingungen und in dem gleichen Maße edukatorisch wirken wie Privatrecht, das ausschließlich Zwecken ausgleichender Gerechtigkeit dient.

II. Europäisches Verbrauchervertragsrecht

Da dieser Beitrag gerade das europäische Verbrauchervertragsrecht unter dem Blickwinkel edukatorischer Gesetzgebung beleuchten soll, bedarf es an dieser Stelle eines kurzen Überblicks darüber, was das europäische Verbrauchervertragsrecht überhaupt ausmacht.

1. Erscheinungsformen

Beobachtet man die Entwicklungen der letzten Jahre und Jahrzehnte, so werden vor allem vier unterschiedliche Formen europäischer Normsetzung auf dem Gebiet des Verbrauchervertragsrechts erkennbar.

a) Koordinierung nationaler Vertragsrechte

Die gleichsam mildeste Form des Eingriffs in nationale Kompetenzen stellt es dar, wenn sich der europäische Gesetzgeber darauf beschränkt, die „Zuständigkeit“ nationaler Vertragsrechte untereinander zu koordinieren. Klassisches Mittel einer solchen Koordination ist die Schaffung einheitlichen Kollisionsrechts, wie es zunächst auf staatsvertraglicher Basis im Römischen Schuldvertragsübereinkommen²² und seit wenigen Jahren durch die Rom I-Verordnung²³ geschehen ist. Dabei geht Art. 6 der Rom I-Verordnung in Übereinstimmung mit der Regelung unter dem Römischen Schuldvertragsübereinkommen²⁴ vom sogenann-

21 Vgl. nur BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 95 f.

22 Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (konsolidierte Fassung), ABl. 1998/27, S. 34.

23 VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 2008/177, S. 6.

24 Vgl. Art. 5 EVÜ; sowie etwa GRALF-PETER CALLIESS, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt-

ten Verbraucherlandprinzip aus:²⁵ In Ermangelung einer Rechtswahl gilt bei den meisten²⁶ grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen²⁷ das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und falls die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, kann sich der Verbraucher dennoch auf zwingende Verbraucherschutzvorschriften seines Aufenthaltsstaats berufen.²⁸

Das kollisionsrechtliche Verbraucherlandprinzip steht diametral einem Herkunftslandprinzip²⁹ gegenüber, wonach Produkte, Gesellschaften usw., welche die europarechtskonformen Anforderungen des Rechts eines Mitgliedstaats erfüllen, im gesamten Unionsgebiet Anerkennung erfahren und in Ausübung der Grundfreiheiten des AEUV³⁰ frei zirkulieren können. Auch beim Herkunftslandprinzip handelt es sich um eine Form der Koordinierung nationaler Rechtsordnungen, dessen genaue Bedeutung und Reichweite aber bis heute

platz, 2006, S. 94 ff. Zu den Übereinstimmungen und Unterschieden zwischen Art. 5 EVÜ und Art. 6 Rom I-VO eingehend FRANCESCA RAGANO, *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation*, in: Franco Ferarri/Stefan Leible (Hrsg.), *Rome I Regulation*, 2009, S. 129, 149 ff.

25 Vgl. RAGANO (Anm. 24), S. 151 f.; DAVID KLUTH, *Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes. Eine vergleichende Untersuchung der Regelungen der Art. 29, 29a EGBGB und des Art. 6 der Rom I-Verordnung*, 2009, S. 261 ff., 304 ff.; BETTINA HEIDERHOFF, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR. Kommentar, Bearbeitung 2011, Rom I-VO, Rom II-VO, 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 1 ff.*; ULRICH MAGNUS, in: J. von Staudinger (Begr.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, Einleitung zur Rom I-VO, Art 1–10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 9. Vgl. auch Anm. 68.

26 Damit der Schutz durch das Verbraucherlandprinzip greifen kann, müssen die situativen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a oder b erfüllt werden und dürfen gleichzeitig keine Ausnahmetatbestände aus Art. 6 Abs. 4 vorliegen. Die ersteren zielen im Wesentlichen auf eine genügend enge Verbindung des Vertrags mit dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Vgl. dazu nur HEIDERHOFF (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 26 ff.; MAGNUS (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 102 ff. Zu den Ausnahmetatbeständen vgl. etwa RAGANO (Anm. 24), S. 139 ff. m.w.N. sowie aus rechtspolitischer Sicht PETER MANKOWSKI, *Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht. Rechtspolitische Überlegungen zur Rom I- und zur Rom II-Verordnung*, 2011, S. 48 ff.

27 Zum Merkmal des Verbrauchervertrags in Art. 6 Rom I-VO HEIDERHOFF (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 16 ff.; MAGNUS (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 38 ff.

28 Sogenanntes Günstigkeitsprinzip nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO. Dazu HEIDERHOFF (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 6, 50 ff.; MAGNUS (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 132 ff.

29 Zu diesem Prinzip vgl. etwa die einzelnen Beiträge in GERTE REICHELT (Hrsg.), *Das Herkunftslandprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2006 und aus diesem insbesondere im vertraglichen Zusammenhang STEFAN GRUNDMANN, *Herkunftslandprinzip und Europäisches Vertragsrecht – Einige Leitlinien*, S. 15.

30 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung) ABl. C 2010/83, S. 1.

unklar sind. Da es für das Verbrauchervertragsrecht keine zentrale Rolle spielt, werde ich es hier vernachlässigen.

b) Vertragsrechtsharmonisierung durch EU-Richtlinien

Das klassische Instrument, die europäischen Verbrauchervertragsrechte einander auch inhaltlich näher zu bringen, stellt die Richtlinie dar. Richtlinien sind bekanntlich Rechtsakte des europäischen Gesetzgebers, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind und diesen mehr oder weniger konkrete Vorgaben machen, wie sie ihr nationales Recht auszugestalten haben. Im Bereich des Verbrauchervertragsrechts sind die Richtlinien vielfach so konkret formuliert, dass sie sich wie normale Gesetze lesen.³¹ In den vergangenen Jahrzehnten sind auf diese Weise beispielsweise das Recht der Haustürgeschäfte,³² der Verbraucherkredite,³³ der Time-share-Verträge,³⁴ der Fernabsatzverträge,³⁵ der Versicherungsverträge³⁶ oder auch Teile des Kaufrechts³⁷ und AGB-Rechts³⁸ harmonisiert worden.

31 In diesem Sinne etwa HEINRICH HONSELL, Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, S. 621, 622 m.w.N.

32 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 1985/37, S. 31, ersetzt durch die in Anm. 45 angeführte Richtlinie.

33 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 2008/133, S. 66.

34 Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. L 2009/33, S. 10, die die Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. 1994/280, S. 83 ersetzt hat.

35 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 1997/144, S. 27, ersetzt durch die in Anm. 45 angeführte Richtlinie.

36 Vgl. insbesondere für den Bereich der Lebensversicherung Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. L 2002/345, S. 1, die die früheren diesbezüglichen zahlreichen Richtlinien konsolidiert hat.

37 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 1999/171, S. 12.

38 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 1993/95, S. 29.

Bis etwa zum Jahr 2000 hat man dabei im Vertragsrecht lediglich eine Mindestharmonisierung³⁹ vorgenommen, also den Mitgliedstaaten erlaubt, zugunsten der Verbraucher über die Vorgaben der Richtlinie hinaus zu gehen. Damit blieben die Unterschiede zwischen den nationalen Lösungen natürlich bestehen, weil die Mitgliedstaaten von der ihnen eingeräumten Freiheit in sehr unterschiedlichem Maße Gebrauch gemacht hatten.⁴⁰ Von dieser Strategie ist der europäische Gesetzgeber seit der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁴¹ abgerückt und verfolgt nunmehr ganz überwiegend die Strategie der Vollharmonisierung,⁴² die den Mitgliedstaaten insoweit, als die Richtlinie eine Regelung trifft, jegliche Abweichung verbietet. Im Oktober 2008 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher⁴³ vorgelegt, der unter anderem das Kaufrecht und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Vollharmonisierung zu unterwerfen suchte. Dieser Vorschlag hat europaweit einen Sturm der Entrüstung ausgelöst, weil ein solches Regelungskonzept schier unabsehbare Folgewirkungen auf das gesamte Vertragsrecht der Mitgliedstaaten gehabt hätte.⁴⁴ Erlassen wurde schließlich nur

39 Dazu eingehend die Beiträge in ULRICH EVERLING/WULF-HENNING ROTH (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 1997.

40 Vgl. hierzu nur die rechtsvergleichende Studie von HANS SCHULTE-NÖLKE/CHRISTIAN TWIGG-FLESNER/MARTIN EBERS (Hrsg.), *EC Consumer Law Compendium*, 2008.

41 Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. 2002/271, S. 16.

42 Dazu jüngst etwa VANESSA MAK, *Full Harmonisation in European Private Law: A Two-Track Concept*, ERPL 2012, S. 213; die einzelnen Beiträge in MICHAEL STÜRNER (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 2010; in BEATE GSELL/CARSTEN HERRESTAHL (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?*, 2009; die einschlägigen Aufsätze in GERAINT HOWELLS/REINER SCHULZE (Hrsg.), *Modernising and harmonising consumer contract law*, 2009 sowie in BRIGITTA JUD/CHRISTIANE WENDEHORST (Hrsg.), *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?*, 2009. Vgl. auch THOMAS RIEHM, *Die überschießende Umsetzung vollharmonisierter EG-Richtlinien im Privatrecht*, JZ 2006, S. 1035; sowie DERS./BENEDIKT SCHREINDORFER, *Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbraucher-kreditrichtlinie*, GPR 2008, S. 244.

43 Vgl. dazu insbesondere die jeweiligen Beiträge in JUD/WENDEHORST (Anm. 42); DIES., *Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper*, GPR 2009, S. 68; die Beiträge in HANS SCHULTE-NÖLKE/LUBOS TICHÝ (Hrsg.), *Perspectives for European Consumer Law*, 2010; HOWELLS/SCHULZE (Anm. 42).

44 Etwa JUD/WENDEHORST (Anm. 43), GPR 2009, S. 68; MARKUS ARTZ, *Die „vollständige Harmonisierung“ des Europäischen Verbraucherprivatrechts*, GPR 2009, S. 171; PARASKEVI PAPAISENIU, *Der Verbrauchsgüterkauf unter bevorstehender Reform*, GPR 2009, S. 275; BEATE GSELL/HANS MARTIN SCHELLHASE, *Vollharmonisiertes Verbraucher-kreditrecht – Ein Vorbild für die weitere Europäische Angleichung des Vertragsrechts?*, JZ 2009, S. 20, 27 f.

ein erheblich schlankeres Produkt,⁴⁵ das sich im Wesentlichen auf eine Vollharmonisierung der Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge beschränkt.

c) Optionelles europäisches Vertragsrecht

Der heftige politische Widerstand gegen jeden autoritativen Eingriff in die Kernbereiche des Privatrechts hat dazu geführt, dass man zeitweise auch gleichsam sanftere Methoden erdacht hat, um eine weitergehende Privatrechtsangleichung in Europa zu bewirken. Einer dieser Ansätze ist im Zusammenhang mit dem sogenannten Gemeinsamen Referenzrahmen unter dem Schlagwort *toolbox of the legislator*, also Werkzeugkasten des Gesetzgebers, bekannt geworden.⁴⁶ Gemeint war eine unverbindliche Inspirationsquelle für den europäischen Gesetzgeber, die aus Definitionen, Prinzipien und Modellregeln bestanden und auch das Verbrauchervertragsrecht umfasst hätte. Dieser Gedanke ist jedoch mittlerweile stillschweigend aufgegeben worden oder zumindest sehr weit in den Hintergrund gerückt.

Mit der Schaffung einer eigenen Generaldirektion für Justiz und dem Amtsantritt von Kommissarin VIVIANE REDING kam stattdessen das Projekt eines sogenannten optionellen europäischen Vertragsrechts auf den Plan.⁴⁷ Damit ist ein europäisches Vertragsrecht gemeint, das bestimmten Parteien in bestimmten Situationen anstelle eines nationalen Vertragsrechts zur Wahl stehen soll. Ein Schlagwort ist der „Blue Button“,⁴⁸ also eine Schaltfläche in den Farben der euro-

45 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 2011/304, S. 64.

46 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 12. Februar 2003 an das Europäische Parlament und an den Rat „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht. Ein Aktionsplan“, KOM(2003) 68 endg., insbesondere S. 17 ff. sowie das Grünbuch der Kommission vom 1. Juli 2010 „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“ KOM(2010) 348 endg., S. 8.

47 Vgl. VIVIANE REDING, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP 2011, S. 1.

48 Etwa SEBASTIAN A. E. MARTENS, Ein Knopf für den Binnenmarkt? oder: Vollharmonisierung durch den „Blue Button“?, GPR 2010, S. 215; HANS SCHULTE-NÖLKE, Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt, ZEuP 2011, S. 749; DERS., How to Realise the „Blue Button“, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, 2011, S. 89; JÜRGEN SCHMIDT-RÄNTSCH, Per Knopfdruck nach Europa und per Mausclick zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher, in: ders./Dieter Kraus/Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Entwicklungen nicht-legislatorischer Rechtsangleichung im Europäischen Privatrecht*, 2008, S. 34 sowie WALTER DORALT, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, AcP 2011, S. 1.

päischen Flagge, die der Verbraucher beim Vertragsschluss im Internet anklicken und damit den Vertrag europäischem Recht unterstellen kann. Die Absicht der Kommission wurde am 11. Oktober 2011 nach siebzehn Monaten Vorarbeiten mit der Veröffentlichung des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁴⁹ verwirklicht. Nach dem Entwurf soll dieses Gemeinsame Kaufrecht – dem Vorbild des UN-Kaufrechts folgend – ein „zweites innerstaatliches Regime“ sein, wobei allerdings die kollisionsrechtliche Prüfung zwingend vorge-schaltet ist. Der Vorschlag für ein optionales Europäisches Kaufrecht hat erwartungsgemäß eine intensive Diskussion ausgelöst, die unter wissenschaftlichem,⁵⁰ praktischem⁵¹ sowie politischem Blickwinkel geführt wurde. Die Debatte hat die Kommission unter anderem dazu bewegt, sich verstärkt für den Bereich des Cloud-Computing einzusetzen und ein weiteres optionales Recht in Aussicht zu stellen.⁵²

49 Vorschlag der Europäischen Kommission vom 11. Oktober 2011 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. Vgl. auch Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzübergreifender Geschäfte im Binnenmarkt“, KOM(2011) 636 endg.

50 Vgl. insbesondere REINER SCHULZE (Hrsg.), *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, 2012; die Sammelbände von CHRISTIANE WENDEHORST/BRIGITTA ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 KOM(2011) 635 endg.*, 2012; MARTIN SCHMIDT-KESSEL (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, 2012; OLIVER REMIEN/SEBASTIAN HERRLER/PETER LIMMER (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, 2012; HANS SCHULTE-NÖLKE/FRYDERYK ZOLL/NILS JANSEN/REINER SCHULZE (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012; die einzelnen Beiträge in *AcP 212* (2012).

51 Vgl. insbesondere THE EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM (2011) 635 final*, abrufbar unter http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf (letzter Zugriff: 10. September 2013); GUIDO ALPA/GIUSEPPE CONTE/UBALDO PERFETTI/FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN (Hrsg.), *The Proposed Common European Sales Law – the Lawyers’ View*, 2012.

52 Mitteilung der Kommission vom 27. September 2012 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Freisetzung des Cloud-Computing-Potenzials“, KOM(2012) 519 endg., S. 14 f.

d) Vertragsrechtsvereinheitlichung durch EU-Verordnungen

Wenn ein solches optionelles Vertragsrecht in vielen Mitgliedstaaten mit äußerster Skepsis betrachtet wird, so liegt es daran, dass man fürchtet, es könnte sich als trojanisches Pferd entpuppen und den Weg ebnen für ein echtes, bindendes europäisches Zivilgesetzbuch.⁵³ Dieses stellt die letzte und tiefgreifendste Form einer Europäisierung des Privatrechts dar,⁵⁴ wie sie vor allem das Instrument der EU-Verordnung ermöglicht. Bislang ist man im Verbrauchervertragsrecht vor diesem Instrument aber zurückgeschreckt und hat nur in Randbereichen – vor allem auf dem Gebiet des Personentransports mit den diversen Passagier-Verordnungen⁵⁵ – eine unmittelbare Rechtsvereinheitlichung herbeigeführt.

2. Bewertung

Was die Erscheinungsformen europäischen Verbrauchervertragsrechts betrifft, beobachten wir in den letzten Jahren durch den Wechsel von der Mindest- zur Vollharmonisierung, durch die wachsende Regelungsdichte und durch die Bemühungen um den Gemeinsamen Referenzrahmen eine deutliche Tendenz zu stärkerer Vereinheitlichung. Dass es bei der klassischen Koordinierung mindestharmonisierter nationaler Vertragsrechte durch das europäische Kollisionsrecht, also beim Verbraucherlandprinzip, nicht bleiben wird, dürfte beinahe feststehen. Das eigentliche Ringen geht somit um die Frage, ob Vollharmonisierung oder optionelles Instrument den richtigen Weg in die Zukunft weist. Da dies nicht zwingend etwas mit edukatorischer Gesetzgebung zu tun hat, werde ich darauf nicht näher eingehen. Ich will aber an dieser Stelle nicht verhehlen, dass ich aus verschiedenen Gründen die Schaffung eines europäischen Parallelprivatrechts

53 Symptomatisch dürfte es sein, dass sich die Gruppe der Wissenschaftler, welche hauptsächlich mit der Ausarbeitung des DCFR betraut wurde, „Study Group on a European Civil Code“ nennt. Vgl. ferner nur den Titel des Sammelbandes von ARTHUR HARTKAMP (Hrsg.), *Towards a European civil code*, 3. Aufl. 2011.

54 Ebenso im Grünbuch der Kommission vom 1. Juli 2010 (Anm. 46), KOM(2010) 348 endg., S. 12.

55 Verordnung (EG) 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr ABl. L 2007/315, S. 14; Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) 295/91, ABl. L 2004/46, S. 1; Verordnung (EG) 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Mai 2002 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl. L 2002/140, S. 2.

klar vorziehe, und dies scheint momentan auch der offiziellen Politik der Kommission zu entsprechen.

III. Entwicklungstendenzen im europäischen Verbrauchervertragsrecht

Lassen wir die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte Revue passieren, so wird bei näherem Hinsehen deutlich, dass wir es mit mindestens drei unterschiedlichen Phänomenen zu tun haben: Erstens mit der Tendenz weg von unterschiedlichen nationalen Lösungen hin zu einem einheitlichen europäischen Vertragsrecht – davon habe ich soeben schon gesprochen. Zweitens haben wir es zu tun mit der Akzentverschiebung weg vom Paradigma gestörter Vertragsparität hin zu einem Binnenmarktparadigma. Drittens schließlich geht es um das Aufeinanderprallen von Privatrecht klassischer Prägung mit etwas, das von Anderen – insbesondere von HANS MICKLITZ – treffend „europäisches Regulierungsprivatrecht“ genannt worden ist.⁵⁶

1. Wiederherstellung gestörter Vertragsparität vs. Binnenmarktförderung

Kommen wir zunächst zur Entwicklung vom Paradigma der Wiederherstellung gestörter Vertragsparität hin zum Binnenmarktparadigma.

a) Die älteren Rechtsakte

Analysiert man die frühen Richtlinien im Bereich des Verbrauchervertragsrechts ebenso wie das kollisionsrechtliche Verbraucherlandprinzip im Römischen Schuldvertragsübereinkommen, so dienen sie schwerpunktmäßig dem Schutz des Verbrauchers als der präsumtiv schwächeren Vertragspartei.⁵⁷ Sicherlich hat die Binnenmarktrhetorik von Anfang an eine bedeutende Rolle gespielt und auch die Mehrzahl der Rechtsakte ist auf die Binnenmarktklausel des EWG- und später EG-Vertrags gestützt.⁵⁸ Die Argumentation mit dem Binnenmarkt

56 HANS-WOLFGANG MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*, Teile I und II, GPR 2009, S. 254 sowie GPR 2010, S. 2.

57 Ein Bild des Verbrauchers im sekundären Gemeinschaftsrecht als einer schutzbedürftigen Partei haben etwa ANGUS JOHNSTON/HANNES UNBERATH, *The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection*, *Common Market Law Review* 44 (2007), S. 1237 entwickelt.

58 Vgl. Art. 100 EWG-Vertrag (i.d.F. ABl. C 1992/224, S. 32), auf den die Richtlinie 85/577/EWG (Anm. 32) über die Haustürgeschäfte gestützt wurde; danach Art. 100a

nahm aber gleichsam einen Umweg über ein durch den Gedanken sozialer Gerechtigkeit angereichertes, im Kern jedoch immer noch weitgehend klassisches Privatrecht. Die Logik war gleichsam: Ein bestimmter Mindestschutz des Verbrauchers ist allgemein wünschenswert und erforderlich, vor allem zur Beseitigung tatsächlicher Missstände; und damit der Verbraucher überall in der Gemeinschaft diesen Mindestschutz genießen kann, muss der Gemeinschaftsgesetzgeber tätig werden.⁵⁹ Teilweise war der spezifische Binnenmarktbezug so schwach ausgeprägt, dass die Kompetenz der Gemeinschaft, etwa zum Erlass der Haustürgeschäfte-Richtlinie, ganz bestritten worden ist.⁶⁰

Dabei bedienen sich etwa die Klauselrichtlinie oder die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durchaus klassischer zivilrechtlicher Instrumentarien.⁶¹ Andere Richtlinien dagegen führen ein spezifisches gemeinschaftsrechtliches Instrumentarium ein, namentlich ein Widerrufsrecht des Verbrauchers,⁶² also ein Recht, sich ohne weitere Begründung binnen einer bestimmten Frist vom Ver-

EWG-Vertrag; ferner Art. 95 EG-Vertrag und nunmehr Art. 114 AEUV, auf dem bereits die neue Richtlinie 2011/83/EU (Anm. 45) zu den Verbraucherrechten beruht. Über die Kompetenz der Gemeinschaft zur Rechtsangleichung vgl. etwa KARL RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003, S. 65 ff. mit weiteren Literaturhinweisen. Ablehnend zur Kompetenz der EG (nunmehr EU) im Bereich des Verbraucherschutzes auf der Grundlage von Art. 95 EGV (nunmehr Art. 114 AEUV) HELMUT COING/HEINRICH HONSELL, in: J. von Staudinger (Begr.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 1: Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1-14; Verschollenheitsgesetz (Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1), Neubearb. 2004, Einl. zum BGB, Rn. 112; HEINRICH HONSELL (Anm. 31), ZIP 2008, S. 624 f.

59 Auf derartige Rhetorik hat der europäische Gesetzgeber besonders intensiv seit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zurückgegriffen. Dazu STEFAN GRUNDMANN, Einleitung zu ders./Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, 2002, S. 15, 29, Rn. 17. Ihre Anzeichen waren aber bereits in der Fernabsatzrichtlinie klar erkennbar: dazu MICKLITZ, *Regulierungsprivatrecht Teil II* (Anm. 56), GPR 2010, S. 3. Vgl. auch Art. 114 Abs. 3 AEUV (ex Art. 95 Abs. 3 EWG-Vertrag), der normiert, dass die Kommission sich bei den Vorschlägen hinsichtlich Maßnahmen zur Erreichung und zum Funktionieren des Binnenmarktes an einem hohen Schutzniveau u.a. im Bereich der Verbraucherpolitik zu orientieren hat.

60 Vgl. etwa STEPHEN WEATHERILL, *Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, ERCL 2006, S. 136, 141. Dieser Meinung hat sich jüngst SUSANNE HÄHNCHEN, *Die Rechtsform des CFR und die Frage nach der Kompetenz*, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009, S. 147, 165 angeschlossen.

61 Im Hinblick auf die Klauselverbote im deutschen Recht bereits MANFRED LIEB, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privater Verträge*, AcP 1978, S. 196, 215 ff.

62 Vgl. etwa DIRK STAUDENMAYER, *Richtlinien des Privatrechts*, in: Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, S. 72; OLIVER REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertragsrechts*, 2003, S. 134; oder jüngst etwa HORST EIDENMÜLLER, *Widerrufsrechte*, in:

trag wieder zu lösen, sowie vorvertragliche Informationspflichten⁶³ und vielfach die Pflicht, dem Verbraucher bestimmte Informationen in einer Vertragsurkunde oder einem anderen Medium dauerhaft zugänglich zu machen.⁶⁴ Sämtliche dieser Schutzmechanismen sind zugunsten des Verbrauchers zwingend, d.h. der Verbraucher kann nicht wirksam auf sie verzichten.

Gerade der halbzwingende Charakter der Vorgaben verleiht ihnen gewisse paternalistische Züge, ist doch der individuelle Verbraucher gezwungen, die Segnungen zu akzeptieren und ihre Kosten gegebenenfalls in der Form höherer Preise⁶⁵ zu tragen. Dem Vorwurf des Paternalismus wird allerdings regelmäßig entgegengehalten, dass durch die Maßnahmen zwar formelle Autonomie eingeschränkt, materielle Autonomie aber gerade gewährleistet werde.⁶⁶ Inwieweit

ders./Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, S. 109.

- 63 Vgl. etwa STAUDENMAYER (Anm. 62), S. 72; REMIEN (Anm. 62), S. 134; jüngst FLORIAN FAUST/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen, in: Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, S. 193.
- 64 Art. 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG (Anm. 37); Art. 13 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. L 2003/9, S. 3 oder Art. 5 Abs. 1 der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG (Anm. 33). Ebenso auch Art. 2: 206 (Clarity and form of information) der *acquis* Principles.
- 65 Vgl. HANS-BERND SCHÄFER, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts, in: Stefan Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, 2000, S. 559.
- 66 Hinsichtlich der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diese Richtung bereits WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl. 1992, S. 670 f. Angesichts der gesetzlichen Widerrufsrechte ANDREAS FUCHS, *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht*, AcP 1996, S. 313, 326 ff.; ihm folgend PETER BÜLOW/MARKUS ARTZ, *Handbuch Verbraucherprivatrecht*, 2005, S. 4 ff. Über Informationspflichten als das Instrument der Privatautonomie umfassend STEFAN GRUNDMANN, *Privatautonomie im Binnenmarkt*, JZ 2000, S. 1133 ff. Die Diskussion um die Erosion der Privatautonomie hat manche Autoren dazu gebracht, diese Figur wegen ihrer Realitätsferne gänzlich abzulehnen und anstelle dieser die Gewährleistung der „materiellen Gerechtigkeit“ durch das Vertragsrecht zu fordern. Vgl. insbesondere LUDWIG RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in: Ernst von Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Richard Lange (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. 1, 1960, S. 101; ähnlich KONRAD ZWELGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 324 f. („die Vertragsfreiheit vom Gesetzgeber oder vom Richter eingeschränkt werden muss“). Eine Übersicht über die Meinungen (einschließlich der vermittelnden Positionen) geben etwa BYDLINSKI, *System und Prinzipien* (Anm. 1), S. 147 ff. und STEPHAN LORENZ, *Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 22 ff. Hier wird der Gedanke des Paternalismus vor dem Hintergrund einer äußerst liberalen und individualistischen Deutung der Privatautonomie verwendet. In der Literatur spricht man vom Rechtspaternalismus im

diese Verteidigung gerechtfertigt ist oder nicht – vermutlich wird auch hier die Antwort differenziert ausfallen müssen –, kann an dieser Stelle dahinstehen, denn spezifisch edukatorisch ist dieses Regelungsziel jedenfalls nicht. Man könnte im Gegenteil böse bemerken, dass durch manche der Maßnahmen die Erziehung des Verbrauchers zu aufmerksamer Teilnahme am Rechtsverkehr nachgerade verhindert wird.

b) Neuere Tendenz: Instrumentelles Verbrauchervertragsrecht

Das europäische Verbraucherbild ebenso wie die Zielsetzung des Verbrauchervertragsrechts änderte sich allerdings mit der Zeit. Aus dem schutzbedürftigen Verbraucher, der – sei es zu Hause, sei es auf Reisen – gleichsam passiv mit ausländischen Angeboten konfrontiert wird, wurde ein aktiv über die Grenzen hinweg nachfragender Verbraucher und damit ein wichtiger Akteur bei der Verwirklichung des Binnenmarktes.⁶⁷ Besser gesagt: Er hat in den Augen des europäischen Gesetzgebers dieses Potenzial, denn die grenzüberschreitende Nachfrage in der Union ist bis heute stark unterentwickelt.⁶⁸ Das hat natürlich nahe liegende Gründe in sprachlichen und kulturellen Barrieren sowie in der Angst vor erschwerter Rechtsdurchsetzung.⁶⁹ Der europäische Gesetzgeber macht jedoch noch zwei weitere Binnenmarkthindernisse aus: Erstens sei dem Verbraucher die Geltung des kollisionsrechtlichen Verbraucherlandprinzips nicht hinreichend bewusst, d.h. er wisse gar nicht, dass er sich bei grenzüberschreitenden Geschäften allermeist auf den gewohnten Schutzstandard als Mindeststandard

Verbraucherrecht meist erst dann, wenn zum Schutz des Verbrauchers Mittel eingesetzt werden, die zur Wiederherstellung der materiellen Privatautonomie nicht mehr notwendig sind. Vgl. vor allem GRUNDMANN, a.a.O., S. 1137; in diesem Sinne auch etwa BRIGITTA LURGER/SUSANNE AUGENHOFER, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, 2. Aufl. 2008, S. 14.

67 Diese Entwicklung setzt mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG (Anm. 37) ein; vgl. GRUNDMANN (Anm. 59), S. 29, Rn. 17 m.w.N. in Fn. 2. Sie spiegelt sich auch in der Erweiterung der situativen Voraussetzungen des kollisionsrechtlichen Schutzes in Art. 6 Rom I-VO, im Vergleich mit jenen des Art. 5 EVÜ, wider. So etwa HEIDERHOFF (Anm. 25), Art. 6 Rom I-VO, Rn. 26; abgeschwächt RAGANO (Anm. 24), S. 144 ff., die in den Voraussetzungen des Art. 6 Rom I-VO zwar eine Erweiterung des Schutzes durch das Verbraucherlandsprinzip auf den *mobilen*, nicht jedoch auf den *aktiven* Verbraucher erblickt.

68 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2011 „Ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (Anm. 49): Laut der in der Mitteilung zitierten Studie „Eurobarometer 299a (Attitudes towards cross-border trade and consumer protection)“, S. 5 und 14, abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_299a_en.pdf (letzter Zugriff: 10. September 2013), haben nur 7 % der befragten Verbraucher online grenzüberschreitend Einkäufe getätigt.

69 Vgl. die Begründung des Vorschlags der Kommission vom 11. Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anm. 49), S. 2.

verlassen darf.⁷⁰ Zweitens könne er deswegen gar nicht genug grenzüberschreitend nachfragen, weil zu wenige Unternehmen grenzüberschreitend anböten.⁷¹ Das Verbraucherlandprinzip des Römischen Schuldvertragsübereinkommens und später der Rom I-Verordnung führe nämlich dazu, dass Unternehmen sich theoretisch auf 27 und mehr Rechtsordnungen einstellen müssten, wenn sie den europäischen Markt abdecken wollten. Gerade für kleine und mittlere Unternehmer sei dies finanziell nicht tragbar.⁷²

Es sind im Wesentlichen diese Begründungen, mit denen der europäische Gesetzgeber dazu überging, das Verbrauchervertragsrecht schrittweise einer Vollharmonisierung zu unterziehen. Das bedeutet, dass in einem bestimmten harmonisierten Bereich, der durch die Menge der von der Richtlinie erfassten Sachverhalte und die Menge der geregelten Rechtsfragen determiniert ist, inhaltlich einheitliche Regelungen in den Mitgliedstaaten bestehen müssen. Kommissarin KUNEWA, unter deren Ägide wesentliche Schritte des neuen Vollharmonisierungskonzepts vollzogen wurden, betonte immer wieder, dem Verbraucher müsse – ähnlich wie dem Fluggast – eine klare Liste „These are your rights as a European consumer“ vor Augen gehalten werden, und solche Listen müssten unionsweit in Internetshops und Geschäften publik gemacht werden. Ganz in diese Richtung geht die obligatorische Einführung europaweit einheitlicher Formblätter wie etwa der Europäischen Standardinformationen für

70 Vgl. die Begründung des Vorschlags der Kommission vom 11. Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anm. 49), S. 4. Diese Aussage der Kommission geht wieder auf die Studie Eurobarometer 299a (Anm. 68), S. 10 f. zurück: 44 % der befragten Verbraucher haben angegeben, sie seien gegenüber Einkäufen bei Unternehmern aus den anderen EU-Mitgliedstaaten deshalb abgeneigt, weil Unsicherheit darüber bestünde, welche Rechtsmittel ihnen zustehen, wenn es zu Leistungsstörungen kommt.

71 Vgl. die Begründung des Vorschlags der Kommission vom 11. Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anm. 49), S. 2 und 4. Laut der Studie „Eurobarometer 321 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen und Verbrauchern)“, S. 6 f., abrufbar unter http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf (letzter Zugriff: 10. September 2013) haben 60 % der Unternehmer, die Waren und Leistungen nur innerhalb eines EU-Landes anbieten, angegeben, dass sich die Schwierigkeiten mit Verbraucherschutzregeln auf ihre Möglichkeiten, grenzüberschreitend tätig zu werden, negativ auswirken. Nach derselben Studie hat beinahe ein Viertel (23 %) der befragten Unternehmer Fälle gemeldet, in denen sie Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten als Vertragspartner wegen der unterschiedlichen Verbraucherschutzregelungen abgelehnt haben. Vgl. Eurobarometer 321, a.a.O., S. 6 f. Ferner nach Eurobarometer 299a (Anm. 68), S. 9: 8 % der Verbraucher wurden beim Versuch einer Bestellung bei einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat zurückgewiesen.

72 Vgl. Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2011 „Ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (Anm. 49), S. 2 f. unter Bezugnahme auf die Studie „SME Panel Survey on the Impacts of European contract law“, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/report_sme_panel_survey_en.pdf (letzter Zugriff: 10. September 2013).

Verbraucher Kredite durch die neue Verbraucher Kreditrichtlinie.⁷³ Diese sollen es dem Verbraucher einerseits ermöglichen, Angebote aus verschiedenen Staaten leicht und verlässlich miteinander vergleichen zu können, vor allem aber – und hier dürfte in Wahrheit der Schwerpunkt liegen – vor Augen führen, dass er als Konsument auf einem einheitlichen europäischen Markt agiert. Nichts anderes gilt nunmehr für den Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,⁷⁴ der mit dem in Anhang II enthaltenen Standardinformationsblatt Kenntnisse im europäischen Verbrauchervertragsrecht vermittelt.

Wir haben es somit tatsächlich mit edukatorischen Zwecken zu tun, und zwar im weiteren wie im engeren Sinne: Nicht nur soll der Verbraucher durch entsprechend günstige Regelungen dazu animiert werden, Produkte grenzüberschreitend nachzufragen, sondern er soll auch und gerade dadurch animiert werden, dass man in ihm ein europäisches Verbraucherbewusstsein weckt. Ähnliches gilt entsprechend für die Unternehmenseite. Es ist interessant zu beobachten, dass der ursprüngliche Sinn der konkreten Schutzmechanismen demgegenüber ganz in den Hintergrund tritt. So macht sich der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen zur Verbraucher Kreditrichtlinie nicht einmal mehr die Mühe, zu begründen, warum der Verbraucher bei einem Darlehensvertrag, einem Zahlungsaufschub oder einem Finanzierungsleasingvertrag eigentlich eines Widerrufsrechts bedarf. Bei näherem Hinsehen ist es auch schwer zu begründen⁷⁵ und könnte sich faktisch sogar zum Schaden der Verbraucher auswirken.⁷⁶

73 Vgl. Anm. 33.

74 Vorschlag der Kommission vom 11. Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anm. 49).

75 Kritisch bereits anhand der damals autonomen deutschen Regelung des Rücktrittsrechts des Verbrauchers vom Kreditvertrag LORENZ (Anm. 66), S. 171 ff., 200 ff. Ihm folgend MATHIAS ROHE, Privatautonomie im Verbraucher Kreditrecht wohin? Zum Richtlinien-vorschlag zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucher Kredit, BKR 2003, S. 267, 269; HORST EIDENMÜLLER, Privatautonomie, Verteilungsgerechtigkeit und das Recht des Vertragsschlusses im DCFR, in: Reiner Schulze/Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen: Kontroversen und Perspektiven, 2008, S. 73, 88 f. Befürwortend etwa PETER BÜLOW, in: ders./Markus Artz (Hrsg.), Verbraucher Kreditrecht, 7. Aufl. 2011, § 459 BGB, Rn. 38 m.w.N. Eingehend zum Prinzip *pacta sunt servanda* bei Verbraucherrücktrittsrechten MARC-PHILIPPE WELLER, Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, 2009, S. 291 ff.; LORENZ (Anm. 66), S. 122 ff.; FUCHS (Anm. 66), AcP 1996, S. 351. Bedenken zu den Widerrufsrechten als zwingende Regelung aus ökonomischer Sicht jüngst bei EIDENMÜLLER (Anm. 62), S. 131 ff.

76 Dazu EIDENMÜLLER, Privatautonomie (Anm. 75), S. 88 ff.; CHRISTIANE WENDEHORST, in: dies./Brigitta Zöchling-Jud, Verbraucher Kreditrecht, 2010, § 12 VKrG, Rn. 3.

2. Klassisches Privatrecht vs. Regulierungsprivatrecht

Mit dem Übergang vom Paradigma der Vertragsparität zum Binnenmarktparadigma ist aufs Engste eine weitere Entwicklung verknüpft: diejenige hin zu einem Regulierungsprivatrecht,⁷⁷ das im Schwerpunkt nicht mehr Zielen ausgleichender oder verteilender Gerechtigkeit zwischen Privatrechtssubjekten dient, sondern privatrechtliche Mechanismen zur Förderung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen instrumentalisiert.⁷⁸ Dabei wird Regulierungsprivatrecht sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene erlassen. Was ist Regulierungsprivatrecht und wodurch unterscheidet es sich von unserer Vorstellung von „klassischem“ Privatrecht?

a) Politische Zielsetzung

Regulierungsprivatrecht dient wirtschafts- oder sozialpolitischen Zielsetzungen⁷⁹ und zielt in der Regel nicht nur auf die Bewahrung und Stabilisierung des Vorhandenen, sondern auf die Herbeiführung politisch gewollter Änderungen.⁸⁰ Im Vordergrund stand dabei im 20. Jahrhundert der Ausgleich sozialer Ungleichgewichtslagen,⁸¹ insbesondere zugunsten von Arbeitnehmern,⁸² von Mietern⁸³ oder generell von Verbrauchern in einem geschäftlichen Kontakt

77 Vgl. die exzellente Abhandlung des Themas auch unter historischem Blickwinkel von THOMAS SIMON, Was ist und wozu dient die Gesetzgebung, in: ders./Gerald Kohl/Christian Neschwara (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive, 2008, S. 635, 639 f. sowie im Hinblick auf Europäisches Recht MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teile I und II (Anm. 56), GPR 2009, S. 255 und GPR 2010, S. 2.

78 CHRISTOPH U. SCHMID, The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code, ERCL 2005, S. 211; CHRISTIANE WENDEHORST, The 'Legal Basis' of European Private Law in the Light of EU Constitutionalisation, in: Luigi Moccia (Hrsg.), The Making of European Private Law: Why, How, What, Who, 2013, S. 37.

79 Vgl. SIMON (Anm. 77), S. 639 f.

80 WENDEHORST (Anm. 78), S. 38.

81 Vgl. nur RAISER (Anm. 1), S. 225 ff.

82 Für den auf der Grundlage des Arbeitsrechts aufgebauten „allgemeinen Teil“ des Rechts für die Ungleichgewichtslagen hat insbesondere FRANZ GAMILLSCHEG, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualverhältnisses, AcP 1976, S. 197 plädiert. Kritisch dazu BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 711 ff. Die gewissen Parallelen zwischen dem Arbeitsrecht und dem Verbraucherschutzrecht hat aber auch etwa RAISER (Anm. 1), S. 226 angedeutet.

83 Vgl. nur BYDLINSKI, System und Prinzipien (Anm. 1), S. 715 ff.; RAISER (Anm. 1), S. 226 f., der u.a. interessanterweise darauf hinweist, dass es in den 1970er Jahren auch eine Gegentendenz gab, das bereits entwickelte soziale Mietrecht wieder in ein individualistisches Vertragsmodell zurückzuverwandeln.

mit Unternehmern.⁸⁴ Im unionsrechtlichen Verbraucherprivatrecht wird neben dem Verbraucherschutz als solchem vor allem das wirtschaftliche Ziel der Verwirklichung und Vollendung des Binnenmarktes verfolgt.⁸⁵ Zwar lässt sich auch klassisches Privatrecht in der Regel nur vor dem Hintergrund bestimmter ordnungspolitischer Grundvorstellungen erklären und ist die Existenz eines steuernden Nebenzwecks nichts Außergewöhnliches, was auch das Schlagwort von der „Privatrechtsgesellschaft“ belegt.⁸⁶ Der Unterschied zwischen dem Privatrecht klassischer Prägung und dem Regulierungsprivatrecht liegt jedoch im Schwerpunkt der Zielrichtung sowie darin, dass sich Ersteres grundsätzlich um die Stabilisierung des Ist-Zustandes durch Systematisierung und möglichst weitgehende Widerspruchsfreiheit bemüht, während das Regulierungsprivatrecht auf Änderung ausgerichtet ist. Dies entspricht der Unterteilung der Rechtssetzung in die „kodifizierende“ und die „gestaltende“⁸⁷ oder „gezielte“⁸⁸ oder „steuernde“⁸⁹ Gesetzgebung, wie sie im Rahmen der allgemeinen Gesetzgebungslehre entwickelt wurde.

b) Regelungsstil

Um dem steuernden Zweck möglichst gerecht zu werden, bedient sich das Regulierungsprivatrecht typischerweise einer legistischen Technik, für die detailreiche und technisch anmutende Regelungen⁹⁰ charakteristisch sind. Folglich

84 Von der Ausprägung des nationalen Verbraucherrechts der früheren Phase durch die Ideale der sozialen Gerechtigkeit insbesondere MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teil II (Anm. 56), GPR 2010, S. 2 f.

85 Dazu eingehend u.a. unter dem Blickwinkel der Kompetenz der Europäischen Union zur Rechtsangleichung MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teil I (Anm. 56), GPR 2009, S. 257.

86 FRANZ BÖHM, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 17 (1966), S. 75; KARL RIESENHUBER (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, 2007 und aus diesem insbesondere DERS., Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, S. 2. Vgl. ferner CLAUS-WILHELM CANARIS, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 874. Aus dem früheren Schrifttum siehe etwa THEO MAYER-MALY, Raumordnung und Privatrechtsgesellschaft, 1973.

87 PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 215.

88 JOSEF ESSER, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 18. Er spricht genauer gesagt von der „gezielten Regelungsgesetzgebung“ und der „Kodifikation“.

89 So SIMON (Anm. 77), S. 639.

90 Vgl. etwa HONSELL (Anm. 31), ZIP 2008, S. 622 oder MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teil I (Anm. 56), GPR 2009, S. 261; vgl. auch WENDEHORST (Anm. 78), S. 38.

unterscheidet sich Regulierungsprivatrecht von klassischem Privatrecht auch rein äußerlich: durch den unterschiedlichen Stil und die unterschiedliche Sprache. Die im europäischen Privatrecht verankerten, schier endlosen Kataloge von Informationspflichten und zwingenden Vertragsbestandteilen, neuerdings sogar europaweit verpflichtende Formblätter,⁹¹ stehen den knappen, meist unmittelbar eine bestimmte Wertung reflektierenden Bestimmungen in europäischen Zivilrechtskodifikationen gegenüber. Nicht anders verhält es sich, wenn man Letzteren etwa die mietrechtlichen – indessen im BGB integrierten – Regelungen über die Miethöhe oder über die Betriebskostenabrechnung gegenüberstellen möchte.

Bereits aus diesen Bemerkungen zum Regelungsstil wird deutlich, dass mitnichten alle europäischen Normen, die in den letzten Jahrzehnten zum Verbrauchervertragsrecht erlassen wurden, ohne Weiteres als Regulierungsprivatrecht bezeichnet werden dürfen. Insbesondere die Klauselrichtlinie – zumindest ohne ihre Anhänge – und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haben sich eines klassischen privatrechtlichen Instrumentariums bedient und Regelungen geschaffen, wie sie auch in anderen als Verbraucherverträgen und in anderen als europäischen Regelwerken üblich waren (vgl. oben III. 1. a)). Konsequenterweise haben denn auch viele Mitgliedstaaten die Vorgaben ganz oder wenigstens teilweise in ihr allgemeines Zivilrecht übernommen.⁹² Es dürfte in diesem Zusammenhang durchaus symptomatisch sein, dass der Versuch der Europäischen Kommission, mit dem Vorschlag von 2008 für eine Verbraucherrechterichtlinie weite Teile des Vertragsrechts einer Vollharmonisierung zu unterziehen und damit in Richtung Regulierungsprivatrecht zu rücken, just am Kaufrecht und Klauselrecht gescheitert ist.

91 Gemeint sind die Formblätter im Anhang II der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG (Anm. 33), in den Anhängen I-III der Time-Sharing Richtlinie 2008/122/EG (Anm. 34), im Anhang I der Richtlinie über die Verbraucherrechte 2011/83/EU (Anm. 45) sowie jene in den Anlagen I und II des Vorschlags der Kommission vom 11. Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anm. 49).

92 So insbesondere die Entwicklung in Deutschland. Kritisch dazu CHRISTIANE WENDEHORST, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht, in: Jud/Wendehorst (Anm. 42), S. 154, 183; DIES., Verbraucherprivatrecht in Österreich – Plädoyer für eine Reform, in: Rudolf Welsch (Hrsg.), Reformen im österreichischen und im türkischen Recht, 2010, S. 101, 112.

c) Vertikaler (sektoraler) Ansatz

Eine weitere Konsequenz der soeben besprochenen steuernden Intention des Regulierungsprivatrechts ist, dass es sich systematisch nicht an klassischen privatrechtlichen Instituten orientiert – wie an Vertrag oder unerlaubter Handlung – sondern regelmäßig einen bestimmten Sektor des Wirtschaftslebens umfassend durchreguliert,⁹³ sei es das Mietrecht, sei es eine bestimmte Vertriebsform, wie den Fernabsatz oder die Vermarktung einer bestimmten Produktpalette, wie Pauschalreisen oder Kreditierungen. Europarechtlich spricht man insofern von einem sektoralen oder vertikalen Ansatz,⁹⁴ doch ist diese Bezeichnung auch im nationalen Zusammenhang nicht verfehlt. Insbesondere im Europarecht ist zu beobachten, dass sich der Anwendungsbereich der einzelnen privatrechtlichen Rechtsakte typischerweise auf einen relativ engen wirtschaftlichen Realitätsausschnitt beschränkt. Der breite horizontale Regelungsansatz – wie eben wiederum die Klauselrichtlinie und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – ist bislang die Ausnahme geblieben. Der sektorale Ansatz hat aber auch zur Folge, dass innerhalb der einzelnen europäischen Rechtsakte die Grenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht verschwimmen.⁹⁵ Kreditierungen etwa werden umfassend geregelt, von der Werbung über die Bonitätsprüfung bis hin zu Vertragsschluss und Vertragsdurchführung, und teilweise bleibt es schlicht offen, ob eine bestimmte Regelung gewerbeaufsichtsrechtlichen oder vertragsrechtlichen Charakter besitzt.

3. Konsequenzen für die Rechtsfindung auf der europäischen Ebene

Während die bislang genannten Merkmale des Regulierungsprivatrechts insbesondere im Hinblick auf Europäisches Privatrecht häufig und in der Regel beklagend⁹⁶ hervorgehoben werden, bleibt ganz überwiegend unterschätzt, welche gravierenden Auswirkungen der regulierend-instrumentelle Charakter auf die Rechtsfindung hat.

93 Vgl. WENDEHORST (Anm. 78), S. 38.

94 Vgl. nur Grünbuch der Kommission vom 8. Februar 2007 „Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz“ KOM(2006) 744 endg., S. 9. Teilweise spricht man in diesem Kontext auch vom europäischen Privatrecht als einer Teilrechtsordnung oder von der punktuellen (oder „pointillistischen“) Harmonisierung. So etwa KARL RIESENHUBER, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 55 ff. m.w.N.

95 Vgl. MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teil I (Anm. 56), GPR 2009, S. 256.

96 SIMON (Anm. 77), S. 642 f. hebt allerdings zu Recht hervor, dass Regulierungsrecht nicht an den kodifikatorischen Idealen des 19. Jahrhunderts gemessen werden dürfe.

a) Teleologische Reduktion

Nehmen wir als Beispiel das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, den der deutsche Gesetzgeber in § 312d BGB umgesetzt hat und der die Verbraucher ermutigen soll, vertrauensvoll Produkte etwa über Telefon, Internet oder Katalog zu bestellen. Die Regelung, die für die Zukunft vom ähnlich gefassten Art. 9 der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU ersetzt wird, lautet auszugsweise:

„Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluß im Fernabsatz innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. [...]“

Vergleichen wir diese Regelung etwa mit § 119 BGB, der im deutschen nationalen Recht die Anfechtung eines Vertrags wegen Irrtums regelt, so sind die Unterschiede augenfällig. Nicht nur ist die europäische Regelung auf Verbraucherverträge beschränkt. Sie baut auch auf Tatbestandsmerkmalen auf, die allenfalls typischerweise, nicht notwendig aber im konkreten Einzelfall in Beziehung zur angeordneten Rechtsfolge stehen. Dass ein Vertragsabschluss im Fernabsatz vorliegt, ein Vertrag also unter ausschließlicher und systematischer Verwendung von Fernkommunikationsmitteln wie Telefon, Brief oder Internet geschlossen wurde, mag typischerweise ein gewisses Informationsdefizit beim Besteller mit sich bringen, da dieser die bestellten Waren nicht in Augenschein nehmen kann, und mag dieses Informationsdefizit typischerweise eine Möglichkeit rechtfertigen, vom Vertrag wieder loszukommen.

Das Widerrufsrecht besteht aber auch bei bekannten und bewährten Standardprodukten, etwa wenn der Verbraucher zehn Flaschen Persil-Waschmittel bestellt, obgleich er über dessen Eigenschaften bestens Bescheid weiß. Handelte es sich bei der Regelung um klassisches Privatrecht, wäre dies ein Fall für eine teleologische Reduktion,⁹⁷ also eine Einschränkung der Regelung auf das vom Regelungszweck her Gebotene. Im europäischen Regulierungsprivatrecht ist eine solche Reduktion nicht möglich, weil der europäische Gesetzgeber bewusst typisierende Tatbestandsmerkmale verwendet und weil Gerichte der Mitgliedstaaten an die Richtlinienvorgaben gebunden sind.

97 Dazu CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 82 ff., 151 ff.; LARENZ (Anm. 5), S. 381 ff.; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre (Anm. 3), S. 480 ff.

b) Analogiebildung

Auf der anderen Seite ist ein Widerrufsrecht nicht vorgesehen für andere Vertriebsformen, bei denen der Verbraucher einem ganz identischen Informationsdefizit ausgesetzt ist. So besteht ein Widerrufsrecht etwa nicht bei der Bestellung von Waren in einem Ladenlokal von Tchibo, wo viele Produkte gar nicht ausgestellt sind, sondern ausschließlich aufgrund eines im Geschäft ausliegenden Katalogs bestellt werden können. Im klassischen Privatrecht wäre dies ein Fall für eine Analogie.⁹⁸ Diese ist dem nationalen Gericht zwar auch durch die Richtlinie nicht verwehrt, sofern man dadurch keine Abweichungen zulasten des Verbrauchers oder innerhalb eines voll harmonisierten Bereichs vornimmt. Sie wird aber aufgrund der unabsehbaren Folgen für das Vertragsrecht, insbesondere einer weiteren Erosion des Grundsatzes *pacta sunt servanda*, stillschweigend versagt. Der allgemeine Gleichheitssatz, der sonst dem Richter im Einzelfall eine Rechtsfortbildung durch Analogie nicht bloß freistellen, sondern geradezu gebieten kann,⁹⁹ vermag daran nichts zu ändern: Die Tatsache des unterschiedlichen Normhintergrunds, also des Umstands, dass sich der deutsche Gesetzgeber bei Fernabsatzverträgen nur dem europäischen Normbefehl gebeugt hat, gilt als sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung.

c) Feinststeuerung durch allgemeine Grundsätze

Ebenso wie teleologische Reduktion oder Analogie weitgehend ausscheiden, kommt es aber auch kaum zu einer Feinststeuerung durch allgemeine Grundsätze und Prinzipien des Vertragsrechts. So ist es dem Verbraucher unbenommen, in sorglosester Weise Bestellungen zu tätigen, von allem wieder zurückzutreten und am Ende nach der Rechtsprechung des EuGH nicht einmal die Hinsendekosten¹⁰⁰ oder ein Entgelt für die zeitweise Benutzung der Ware¹⁰¹ zu schulden.¹⁰² Dem Vertragspartner kann damit im konkreten Einzelfall sehenden Auges ein erheblicher Schaden zugefügt werden, ohne dass dies durch die Grundsätze der

98 Vgl. CANARIS (Anm. 97), S. 71 ff., 144 ff.; LARENZ (Anm. 5), S. 381 ff.; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre (Anm. 3), S. 480 ff.

99 Vgl. CANARIS (Anm. 97), S. 63 ff., 132 ff.; LARENZ (Anm. 5), S. 334, 375, 381 f.; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre (Anm. 3), S. 474.

100 EuGH vom 15. April 2010, C-511/08 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.), NJW 2010, S. 1941.

101 EuGH vom 3. September 2004, C-489/07 (Messner v. Krüger), NJW 2009, S. 3015.

102 Vgl. auch MICKLITZ, Regulierungsprivatrecht Teil I (Anm. 56), GPR 2009, S. 262. Mit dieser Entwicklung geht auch der Ausschluss des Vorteilsausgleichs nach Rückstellung der Ware wegen eines Mangels einher. Vgl. EuGH vom 17. April 2008, C-404/06 (Quelle v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände), NJW 2008, S. 1433.

culpa in contrahendo oder ähnliche Instrumente zu verhindern wäre. Der EuGH hat in der Entscheidung *Messner*¹⁰³ zwar angedeutet, dass insoweit eine Grenze bestehen könnte, und dass inakzeptable Ergebnisse durch Grundsätze des bürgerlichen Rechts, wie jene von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung, korrigiert werden könnten. Dies ist sicherlich ein Hoffnungsschimmer. Es ist aber auch deutlich geworden, dass diese Korrektur nur in Ausnahmefällen möglich ist, eine Feinsteuerung durch allgemeine Privatrechtsprinzipien also erst dann einsetzen kann, wenn eine gewisse Schwelle des unerträglichen Widerspruchs überschritten ist.

d) Das regulierte Marktsegment als Auslegungsprinzip

Regulierungsprivatrecht nimmt also im Interesse eines bestimmten Regulierungsziels, wie der Förderung des Internethandels im Binnenmarkt, bewusst in Kauf, dass die angeordneten Rechtsfolgen vielfach überschießend sind und dass sie – gemessen an einem privatrechtlich relevanten Regelungsziel – nicht in konsistenter Weise angewendet werden. Es orientiert sich dabei an Tatbestandsmerkmalen, die nicht auf eine zugrunde liegende privatrechtlich relevante Wertung abgestimmt sind, sondern weitgehend bestimmten Marktsegmenten entsprechen.

Deutlich wird dies nicht nur anhand des Umstands, dass hier ein Sonderprivatrecht für Verbraucher geschaffen wird, sondern auch etwa anhand von Regelungen wie Art. 3 der Fernabsatzrichtlinie, wonach bei einer enumerativ aufgezählten Reihe von Dienstleistungen ein Widerrufsrecht nicht besteht, wenn für die Leistung ein fester Zeitpunkt vereinbart war. So gelten die Regelungen über das Widerrufsrecht nach Art. 3 Abs. 2 etwa nicht für „Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Lieferer bei Vertragsabschluß verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen“.

Wie der EuGH in der Entscheidung *easyCar (UK)*¹⁰⁴ erläutert hat, sind solche Listen in sektorialem Sinn zu verstehen. Das bedeutet, dass etwa ein Mietwagenvertrag unter „Beförderung“ zu fassen ist, weil der Unternehmer im Beförderungssektor tätig ist, obgleich es sich bei der vertraglich geschuldeten Leistung um Gebrauchsüberlassung handelt.¹⁰⁵ Bei Verträgen über Reparaturleistungen,

103 S. Anm. 101.

104 EuGH vom 10. März 2005, C-336/03 (*easyCar (UK) Ltd v. Office of Fair Trading*), NJW 2005, S. 3055.

105 In der neuen Richtlinie 2001/83/EU wurden die Mietwagenverträge in Art. 16 lit. 1 vom Widerrufsrecht ausdrücklich ausgenommen.

bei denen sich der Dienstleistende gleichermaßen verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen, bleibt dagegen der Widerruf möglich, weil dieser Sektor keiner Sonderbehandlung unterzogen werden sollte. Eine analoge Anwendung der Ausnahmebestimmung auf derartige Verträge verbietet sich von vornherein, weil damit eine unionsrechtlich jedenfalls verbotene Rücknahme des Verbraucherschutzes gegenüber dem Mindeststandard der Richtlinie einherginge.¹⁰⁶

e) Folgerungen

Regulierungsprivatrecht ist im Ergebnis gekennzeichnet durch eine doppelte Entkoppelung des Regelungszwecks: Erstens ist ein vordergründiger privatrechtlicher Regelungszweck – etwa: Kompensation des Informationsdefizits beim per Internet bestellenden Kunden – partiell entkoppelt von dem dahinter stehenden wirtschaftspolitischen Ziel – etwa: Förderung des Binnenmarkts in ganz bestimmten Segmenten. Zweitens ist die Regelungszweckintention des nationalen Gesetzgebers partiell entkoppelt von der Regelungszweckintention des europäischen Gesetzgebers, indem der nationale Gesetzgeber sich teilweise den privatrechtlichen (seltener: den wirtschaftspolitischen) Regelungszweck des europäischen Gesetzgebers zu eigen macht, teilweise dagegen nur unter dem Druck der an die Mitgliedstaaten adressierten Richtlinie agiert und daher primär den Zweck der Richtlinienkonformität verfolgt. Dies hat – wie gezeigt wurde – erhebliche Konsequenzen für den Prozess der Rechtsfindung. Es ist angesichts dieser doppelten Entkoppelung übrigens nicht einmal klar, inwieweit die klassischen Argumentationsformen noch greifen, wie etwa die Argumente *e contrario* oder *a maiore ad minus*, weil Regulierungsprivatrecht eben seiner ganz eigenen Logik folgt.

Es wäre dies der falsche Ort, die methodologischen Konsequenzen noch mehr zu vertiefen. Jedenfalls bleibt zu konstatieren, dass europäisches Regulierungsprivatrecht in weit größerem Ausmaß einen Fremdkörper in den kontinentaleuropäischen Privatrechtsordnungen darstellt als dies gemeinhin angenommen wird. Es hat seine eigenen, wirtschaftspolitisch ausgerichteten Regelungszwecke, folgt ganz eigenen methodischen Grundsätzen und zwingt dazu, sich von den Zielen der teleologischen Schlüssigkeit und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung teilweise zu verabschieden. Es ist daher naiv zu glauben, man müsse die herkömmliche Methodenlehre nur um die Aspekte der richtlinien- und primärrechtskonformen Auslegung erweitern, um den Anforderungen etwa des europäischen Verbrauchervertragsrechts gerecht zu werden. Es ist mindestens

¹⁰⁶ Der europäische Gesetzgeber hat dieses Defizit allerdings jetzt mit Art. 16 lit. h der Richtlinie 2011/83/EU zumindest teilweise beseitigt.

gewagt zu fordern, dass europäische Vertragsrechtsentwürfe – seien sie jetzt eine *toolbox* nach dem Modell des Gemeinsamen Referenzrahmens oder ein optionelles Instrument – das allgemeine Vertragsrecht und das Richtlinienvertragsrecht schlicht miteinander verbinden müssten, als sei es Holz vom selben Stamm. Es ist daher möglicherweise auch schlicht falsch zu glauben, die Integration des Verbrauchervertragsrechts in das BGB diene der Einheitlichkeit der Privatrechtsordnung und hebe die Bedeutung der Hauptkodifikation. Ich möchte im Gegenteil sagen: Die Vermengung von Regulierungsprivatrecht und klassischem Privatrecht gefährdet in dem Maße, in dem das Regulierungsprivatrecht immer mehr Raum greift, und dies wird zweifellos der Fall sein, die Fortexistenz des Privatrechts klassischer Prägung überhaupt. Dies ist möglicherweise der Preis, den wir für diese Form edukatorischer Gesetzgebung zu zahlen haben.

IV. Ergebnisse

1. Edukatorische Gesetzgebung im weiteren Sinne zielt darauf ab, das Verhalten von Rechtssubjekten zu beeinflussen. Edukatorische Gesetzgebung im engeren Sinne versucht, dies im Wege der Bewusstseinsbildung zu erreichen. Der edukatorische Charakter von Privatrecht kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Von „edukatorischem Privatrecht“ sollte erst gesprochen werden, wenn der edukatorische Zweck einer Norm gegenüber anderen Normzwecken überwiegt.
2. Von edukatorischer Gesetzgebung abzugrenzen ist paternalistische Gesetzgebung, welche nicht Entscheidungen des Individuums zu beeinflussen, sondern das Individuum vor den Folgen eigener Entscheidungen zu bewahren sucht. Erst recht hat ein möglicher distributiver Zweck von Privatrechtsnormen nichts mit edukatorischer Gesetzgebung zu tun.
3. Das frühe europäische Verbrauchervertragsrecht ist noch überwiegend geprägt von dem Bestreben, die wirtschaftlich und sozial schwächere Vertragspartei zu schützen, um ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien einzuebnen. Diese Motivation ist keine eigentlich edukatorische. Dem Vorwurf des Paternalismus wird meist entgegen gehalten, durch die Beschneidung formeller Autonomie gerade materielle Autonomie zu gewährleisten.
4. Jüngere Rechtsetzung im europäischen Verbrauchervertragsrecht steht ganz unter dem Zeichen der Verwirklichung des Binnenmarkts. Vertragsrecht wird instrumentalisiert, um Verbraucher zu grenzüberschreitendem Konsumverhalten oder Unternehmer zu grenzüberschreitender Vermarktung ihrer Produkte zu animieren. Diese Zielsetzung ist jedenfalls edukatorisch

im weiteren Sinn. In den letzten Jahren mehren sich zudem edukatorische Elemente im engeren Sinn, die schwerpunktmäßig auf die Bildung eines europäischen Verbraucher- und Unternehmerbewusstseins hinwirken.

5. Das neue europäische Regulierungsprivatrecht (MICKLITZ u.a.) unterscheidet sich ganz wesentlich von Privatrecht klassischer Prägung. Schon rein äußerlich verfolgt es einen eigenen Regelungsstil und Regelungsansatz. Sein instrumenteller Charakter, der durchaus edukatorische Züge trägt, hat aber auch gravierende Auswirkungen auf den Prozess der Rechtsfindung, die überwiegend unterschätzt werden und den Preis darstellen, den das Privatrecht für diese Form edukatorischer Gesetzgebung zu zahlen hat.