

# Marina Tamm

## Rechtsevolution – dargestellt am Beispiel des Verbraucherrechts

Das Verbraucherrecht ist seit etlichen Jahrzehnten Gegenstand rechtlicher Betrachtungen. Dass der Regelungsbereich auf dem 69. Deutschen Juristentag (DJT) im Zentrum der zivilrechtlichen Diskussion stand, zeigt, dass sein jetziger Entwicklungsstand zu einer vertieften Auseinandersetzung aufruft.<sup>1</sup> Diese sollte naturgegeben auf inhaltliche Fragestellung (der Ausbaurichtung und des -tempo, der Ansiedelung des Schutzniveaus, der Instrumente und der Kompetenzen) fokussiert sein. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass jede inhaltliche Weichenstellung auch Rückwirkungen auf die Konstruktion hat – zumal wenn diese, wie bisher (im deutschen Recht), vom Kohärenzpostulat geprägt ist, so dass sich auch insofern ein Diskussionsbedarf ergibt. Möglich und gewinnbringend erscheint aber auch die Durchführung einer rechtstheoretischen, d.h. auf einer abstrakteren Stufe angesiedelten Entwicklungsanalyse. Alle drei Ansätze sollen in diesem Aufsatz verknüpft werden, wobei der letzte Bereich, die rechtstheoretische Analyse des Entwicklungsstandes und des Entwicklungsprozesses, im Mittelpunkt stehen soll.

### *1. Möglichkeit und Notwendigkeit der rechtstheoretischen Entwicklungsanalyse*

Am Anfang der Darstellung zur Möglichkeit und Notwendigkeit einer vertieften rechtstheoretischen Betrachtung steht ein Befund, nämlich der, dass das deutsche Verbraucherrecht bereits eine solche „kritische Masse“<sup>2</sup> erreicht hat, dass es sich auch für Betrachtungen eignet, die jenseits der tagespolitischen Auseinandersetzung (um Inhalt und Form) auf einer Metaebene angesiedelt sind.

#### *1. Verbraucherschutz als Rechtsprinzip*

Dazu gehört etwa die Frage, ob sein derzeitiger Entwicklungsstand dazu aufruft, ein neues Rechtsprinzip – das des Schutzes des Verbrauchers<sup>3</sup> – anzuerkennen und ggf. zu eruieren, was seine Auswirkungen sind.<sup>4</sup>

#### *2. Rechtsevolutionäre Entwicklungsanalyse*

In die gleiche Richtung laufen auch hier erstmals vorzustellende Ideen, den Rechtsbereich anhand der Schablone der Rechtsevolutionsforschung zu scannen, um an seinem Beispiel Indikatoren und Mechanismen des allgemeinen Phäno-

1 Vgl. dazu das Gutachten von H.-W. Micklitz, „Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts“. Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012.

2 Das Erreichen einer „kritischen Masse“ ist Ausgangspunkt für eine Emergenz, dazu Tamm, Verbraucherschutzrecht, 2011, S. 947.

3 Schon 1976 wurde diese Frage durch K. Simitis, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976, aufgeworfen; später wurde sie durch v. Hippel (Verbraucherschutz, 3. Aufl., 1986) aktualisiert, allerdings ohne sie zu beantworten.

4 Dazu ausführlich und den Rechtsprinzipcharakter bejahend Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 893 ff.; dies., in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2012, S. 28 Rn. 53 ff.

mens der Rechtsevolution ausfindig zu machen. Der daraus ableitbare Erkenntnisgewinn mag manchen banal erscheinen: Er betrifft zum einen die „Naturgegebenheit“ der jetzigen, auch auf dem 69. DJT geführten Diskussion um die Entwicklungsrisiken und -potentiale des Verbraucherrechts, das an einem Kulminationspunkt angekommen zu sein scheint. M.E. ist eine derartige (analytische) „Vergewisserung“ aber gerade deshalb wichtig, weil nur so der Blick dafür geschärft werden kann, etwaige Entwicklungsfort- und -rückschritte ausfindig zu machen. Implizit wird damit zugleich dargestellt, dass jede Entscheidung für die weitere (Aus-)Gestaltung des Rechtsbereichs eine zutiefst rechtspolitische ist – auch wenn dies durch die eher vordergründig geführten Diskussionen um die formale Konstruktion in der subjektiven Reflexion der Gestalter unterzogen droht.

## II. Charakterisierung der Entwicklung des Verbraucherrechts

Um auf die Ebene der rechtstheoretischen Reflexion zu gelangen, bedarf es zunächst einer Aufarbeitung des Entwicklungsstandes; sodann soll auf den Entwicklungsprozess eingegangen werden.

### 1. Verbraucherrecht als neues Rechtsgebiet

Das deutsche Verbraucherrecht hat sich in den letzten 50 Jahren als ein relativ neues Rechtsgebiet herausgebildet. Mit seinem Ausbau veränderte sich auch die Diskussionsrichtung.<sup>5</sup> War das Verbraucherrecht in den 1960-1980er Jahren noch dazu angetan, den Schutz des Verbrauchers zu etablieren, ging es in der Zeit danach darum, den gewonnenen Status Quo beizubehalten und auszubauen.<sup>6</sup> Damit verbanden sich freilich auch Auseinandersetzungen hinsichtlich seiner rechtssystematischen Verortung (Ist es ein Sonderprivatrecht oder nicht<sup>7</sup> – soll es außerhalb des BGB kodifiziert werden oder ist eine Integrationslösung besser?).<sup>8</sup>

### 2. Marktrisiken der modernen Konsumgesellschaft als Entwicklungsauslöser

Dass das Verbraucherrecht noch ein relativ junges Rechtsgebiet ist, hat damit zu tun, dass erst der Aufschwung der nationalen Volkswirtschaften nach dem Zweiten Weltkrieg, der Einkommenszuwachs der Bevölkerung und die Internationalisierung des Handels die Verbraucher der modernen Industrienationen in die Lage versetzt haben, in einem bisher nicht bekannten Ausmaß Waren zu kaufen und Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Im Zuge des volkswirtschaftlichen Aufschwungs potenzierten sich für die Verbraucher aber auch die mit dem Konsum einhergehenden Risiken. Der Gesetzgeber reagierte darauf mit immer

5 Gärtner, JZ 1992, 72, 73 ff.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 4.

6 Meets, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, 1998, S. 1; Drexel, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 1; Hönn, ZfA 2003, 325, 354 ff.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 3 f.

7 Einen Überblick zum Meinungsstreit liefern Damm, in: FS Reich 1997, S. 129, 133 f.; Reichardt, Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr, 2008, S. 49 f. Für die Charakterisierung als Sonderprivatrecht K. Schmidt, BB 2005, 837, 838; Reich/Micklitz, Verbraucherschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 1; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 122 ff.; dagegen Westermann, AcP 178 (1978), 120 ff.; Lieb, AcP 178 (1978), 196 ff.; F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 415 ff.

8 Drexel (Fn. 7), S. 72 ff.; Basedow, AcP 200 (2000), 445, 450 f.; Duve, Jura 2002, 793, 794 ff.; Gernhuber, WM 1998, 1797; Gilles, JA 1980, 1, 6; ders., NJW 1986, 1131 ff.; Hondius, in: FS Reich, 1997, S. 311 ff.; Joerges, AG 1983, 57, 66 f.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 122.

umfangreicheren Regulierungsmaßnahmen. Das Recht zum Schutz des Verbrauchers lässt sich daher heute als eine Art modernes Konfliktmanagement<sup>9</sup> begreifen, mit dem die Legislative (aber auch die Judikative)<sup>10</sup> in ähnlicher Form wie zuvor im Arbeits- und Mietrecht das Versagen des Marktes (mangelnde Übersicht, unlauteres Verhalten und Marktaufteilung)<sup>11</sup> ebenso wie die rollensoziologisch bedingte Ungleichgewichtslage der Parteien<sup>12</sup> zum Anlass einer kodifikatorischen Intervention nahm. Notwendig erschien dem Gesetzgeber die Schaffung konsumentenprotezierender Regelungen auch deshalb, weil – anders als im Arbeits- und Mietrecht – im Verbraucherrecht keine ausreichende „Gegenmachtbildung“ durch Organisation der Verbraucherinteressen zu erwarten war und ist.<sup>13</sup> Denn die Gruppe der Verbraucher ist inhomogen,<sup>14</sup> die Interessenlage ist (bekanntlich) „diffus“;<sup>15</sup> ein Gruppenbewusstsein gibt es nicht.<sup>16</sup>

### 3. *Debatte um Reichweite und Mittel*

Vor dem dargestellten Hintergrund besteht heute weitgehend Einigkeit darin, dass es besonderer Regelungen zum Schutz des Konsumenten bedarf.<sup>17</sup> Strittig ist gegenwärtig aber noch, in welchem Ausmaß und mit welchen Instrumenten die notwendige Protektion des Verbrauchers im Verhältnis zum Unternehmer zu bewerkstelligen ist.<sup>18</sup> Der bis heute hierüber anhaltende Diskurs knüpft an die Charakterisierung der Asymmetrie im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis und damit an das Ausmaß legitimer, gesetzgeberischer Maßnahmen an,<sup>19</sup> die an sich bereits dem Leitbild des BGB von formal gleichen Verhandlungspartnern<sup>20</sup> widersprechen:

Besteht lediglich ein Informationsgefälle<sup>21</sup> zwischen den Vertragspartnern, bedarf es (neben der Verhinderung zu großer Kartellbildung zur Markterhaltung) nur einer Statuierung einer ausreichenden Anzahl von Informationspflichten, die dem Unternehmer aufzuerlegen sind. Diese wenig in das Verhandlungsgefüge eingreifenden Maßnahmen zielen auf die Etablierung marktkomplementärer Instrumente.<sup>22</sup> Offenbart sich die zwischen Unternehmer und Verbraucher zu cha-

9 Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 45.

10 Zur Entwicklung des Verbraucherrechts durch die Judikative hat bereits sehr früh die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu AGB und später der BGH beigetragen, vgl. dazu Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 536 ff.

11 Basedow, AcP 200 (2000), 445, 486; Drexl (Fn. 7), S. 9.

12 Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 50, 54.

13 Tamm, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, (Fn. 5.), S. 19 Rn. 8.

14 Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäische Gemeinschaft, 1987; E. Schmidt, in: FS Reich, 1997, S. 81 ff.; Lurger, Vertragliche Solidarität, 1998, S. 66.

15 Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl., 1993, S. 24; Micklitz/Reich/Rott, Understanding EU Consumer Law, 2009, S. 7 f.; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 55; Schmidt (Fn. 15), S. 81 f.; Oehler, VuR 2006, 294, 296.

16 Kuhlmann, Verbraucherpolitik, 1990, S. 85; Dick, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung (1995), S. 5 f.; Lurger, Vertragliche Solidarität, 1998, S. 66; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 16.

17 Zum Befund: Drexl (Fn. 7), S. 1.

18 Dazu: Damm, in: FS Reich, 1997, S. 129, 131; Gärtner, JZ 1992, 72, 73; Joerges, Verbraucherrecht als Rechtsproblem, 1981, S. 13; Ahrens, Die Rolle der Zivilrechtswissenschaft bei der Vorbereitung von „Verbraucher“-Schutzgesetzen, 1985, S. 169; Zöllner, JuS 1988, 329, 333.

19 Zum Hintergrund: Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 135 ff.; dies., in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht (Fn. 5.), S. 27 Rn. 48 f.

20 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 10; Westermann, AcP 178 (1978), 150, 152 ff.; Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher?, 1983, S. 25.

21 Lieb, AcP 178 (1978), 196 ff.; ders., AcP 183 (1983), 348 ff.; Dauner-Lieb (Fn. 21), S. 63 ff.; Vahrenkamp, Verbraucherschutz bei asymmetrischer Informationsverteilung, 1991, S. 15; Zöllner, AcP 188 (1988), S. 91 ff.; zum grds. Problem des Informationsgefälles vgl. auch Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 570 ff.

22 Dauner-Lieb (Fn. 21), S. 69 ff., 104; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 35 f.

rakterisierende Asymmetrie jedoch als „weit umfangreicher angelegt“, etwa, weil sie auch in Form von psychologischen, intellektuellen und wirtschaftlichen Defiziten auf Seiten des Verbrauchers zu Tage tritt,<sup>23</sup> genügen bloße Informationen nicht mehr. Hier bedarf es zusätzlich vertragspezifisch und situativ angelegter Inhaltskontrollnormen, um die Übervorteilung der einen Seite zumindest in den gravierendsten Problemfällen<sup>24</sup> vorrausschauend, breitenwirksam zu verhindern. Damit kommt es notwendig zum Einsatz von marktkompensatorischen Mitteln.<sup>25</sup>

#### *a. Das Verhältnis der unterschiedlichen Instrumente zueinander*

Das Verhältnis von marktkompensatorischen und marktkomplementären Instrumenten ist im Verbraucherrecht im starken Fluss. Während zu Beginn der Herausbildung des Rechtsbereiches die maßgeblichen Impulse noch von der nationalen Gesetzgebung (und Rechtsprechung) ausgingen und die Präferenz hier eindeutig bei der Inhaltskontrolle angesiedelt war,<sup>26</sup> wurde das Verbraucherrecht später durch die Gemeinschaft/Union in immer stärkerem Maße für das Projekt der Binnenmarktharmonisierung (Art. 95, 153 EGV; jetzt Art. 114, 169 AEUV) instrumentalisiert.<sup>27</sup> Damit ging ein massiver Ausbau der Informationspflichten einher, der zutreffender Weise eine Debatte zum Phänomen des Information overload<sup>28</sup> und zum von der Gemeinschaft präferierten Leitbild des mündigen, lediglich informationsbedürftigen Verbrauchers<sup>29</sup> als „omnipotenten Informationsassimilanten“ auslöste. Bei einer Untersuchung des Verbrauchersekundärrechts – namentlich des Richtlinienrechts – zeigt sich jedoch, dass die Union die Fokussierung auf die mit dem Binnenmarkt einhergehende rechtsökonomische Ausrichtung selbst nicht vollends durchhält, da das Sekundärrecht in umfangreicher Weise auch Inhaltskontrollnormen statuiert. Gerade das Richtlinienrecht spiegelt damit den Befund wider, dass es zu einseitig und zu kurz gegriffen ist, das Ungleichgewicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur auf ein Informationsgefälle zurückzuführen und Maßnahmen zum Ausgleich hierauf zu beschränken.

#### *b. Mindeststandard und Vollharmonisierungsansatz*

Zu einem starken Anstieg der Komplexität der Materie hat aber (an sich) nicht nur der zahlenmäßige Ausbau verbraucherrechtlicher Regelungen in der EU geführt, sondern gerade auch der in den letzten Jahren von Seiten der Kommission

23 Reich, Markt und Recht, 1977, S. 185; ders., ZRP 1974, 184 ff.; Habermas, Faktizität und Geltung, 1997, S. 487; Hart, KritV 1986, 240; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 135.

24 Aufgeworfen wird hier die Frage nach der Interventionsschwelle, dazu siehe Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 14 f.; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 280; Kocher (Fn. 16), S. 71 Fn. 259; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 176.

25 Reich, Markt und Recht (Fn. 24), S. 210; Dauner-Lieb (Fn. 21), S. 69, 104; Basedow, AcP 200 (2000), 445, 486; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 42 f.

26 Vgl. dazu die Entwicklung des AbzG und des AGBG dargestellt bspw. bei Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 184 ff.

27 Lurger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 153 EGV Rn. 3 ff.; Tonner, JZ 1996, 533 ff.

28 Instrukтив: Kind, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtgesetz, 1998.

29 EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Esteé Lauder, Rn. 27; EuGH, Urt. v. 28.1.1999, Rs. C-303/97 – Sektellerei Kessler, Rn. 36; das Leitbild begrüßend F. Bydliński, AcP 204 (2004), 309, 368; Lieb, AcP 178 (1978), 198; Bülow/Artz, NJW 2000, 2049; Dreher, JZ 1997, 167, 171 f.; Dausen/Strum, ZfRV 1996, 133, 141; dagegen Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, S. 4 f.; ders., AcP 192 (1992), S. 71, 93 f.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 157 ff.

forcierte Übergang vom Mindeststandard- zum Vollharmonisierungsansatz,<sup>30</sup> der sich in der fortlaufenden Überarbeitung und dem Ausbau des Verbrauchersekundärrechts niederschlägt.<sup>31</sup>

#### aa. Der Umschwung im Unionssekundärrecht

Während die in der Vergangenheit verabschiedeten Verbraucherschutzrichtlinien dem Mindeststandardprinzip folgend den Mitgliedstaaten erlaubten, höhere nationale Verbraucherschutzstandards als in der jeweiligen Richtlinie vorgesehen beizubehalten oder einzuführen,<sup>32</sup> ist die aktuelle Idee der Vollharmonisierung auf die „Deckelung“ der Standards zur Gewinnung maximaler Rechtseinheit<sup>33</sup> gerichtet.<sup>34</sup> Bereits diese Ausrichtung zeigt, dass das Unions-Verbraucherrecht nicht um seiner selbst, d.h. dem Gedanken der Vertragsparität Willen ausgebaut wird.<sup>35</sup> Es geht dem EU-Gesetzgeber vielmehr darum, Handelsschranken, zu der auch Rechtsdiversität gehört, abzubauen, wobei dabei eine Nivellierung<sup>36</sup> nationaler Verbraucherschutzstandards (im Sinne eines „race to the bottom“) in Kauf genommen wird.<sup>37</sup>

#### bb. *Acquis communautaire* und *Optionales Instrument*

Der gerade in Bezug auf die Verbraucherrechterichtlinie<sup>38</sup> ausgeübte Widerstand der Mitgliedstaaten gegen die (zu) breitflächige Durchsetzung des Vollharmonisierungskonzepts zeigt aber, dass der nationale Gesetzgeber hinsichtlich der Neuausrichtung der unionsrechtlichen Verbrauchergesetzgebung skeptisch geworden ist.<sup>39</sup> So wurde die Verbraucherrechterichtlinie im Zuge der Verhandlungen zwischen Rat und Europäischem Parlament auf eine Zusammenfassung der Haustürwiderrufs- und der Fernabsatzrichtlinie reduziert. Der ursprüngliche Ansatz der Kommission (KOM (2008), 614 endg.), in sie auch die Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu überführen und sie ebenfalls dem Vollharmonisierungskonzept zu unterstellen, ist gescheitert.<sup>40</sup> Der diesbezügliche Widerstand der Mitgliedstaaten ist aber wohl nicht nur durch die drohende Absenkung des Verbraucherschutzniveaus motiviert gewesen. Er baute sich auch deshalb auf, weil es das Mindeststandardprinzip

30 Eine Ankündigung des Strategiewechsels findet sich bereits in der Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006, KOM (2002), 208 endg. Der konzeptionelle Durchbruch wurde in der Verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013, KOM (2007), 99 endg. errungen.

31 Getrimmt auf Vollharmonisierung sind somit jetzt bereits die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (RL 2002/65/EG), die Verbraucherkreditrichtlinie (RL 2008/48/EG), die Teilzeitnutzungsrichtlinie (RL 2008/122/EG).

32 Tonner, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht (Fn. 5), S. 59 Rn. 28 ff.; MüKo/Micklitz, 4. Aufl., 2001, Vor §§ 13-14 BGB Rn. 29 ff.

33 Vgl. dazu Ausführungen im Gutachten von Micklitz (Fn. 2), S. 31: „Maximalharmonisierung“, S. 14 mit dem Befund, dass mit der Lissaboner Erklärung des Europäischen Rates aus dem Jahr 2000 das ökonomische Effizienzdenken zur herrschenden europäischen Idee mutierte.

34 Tonner, in: FS Derleder, 2005, S. 145; Reich/Micklitz, VuR 2008, 349, 351.

35 Kritisch deshalb zum neuen Ansatz Hoffmann, in: FS Reich, 1997, S. 291, 302; Reich, in: FS Stauder, 2006, 357, 374 ff.; Grub, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl., 2006, Art. 153 Rn. 10; Grundmann, JZ 1996, 274, 279 f.; Taschner, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 157, 165 ff.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 347.

36 Zum Befund Grub, in: Lenz/Borchardt (Fn. 36), Art. 153 EGV Rn. 10; Lurger, in: Streinz (Fn. 28), Art. 153 EUV Rn. 15; Howells/Schulze, in: Howells/Schulze (Hrsg.), Modernising and Harmonising EU Contract Law, 2009, S. 3, 25; Wilhelmsson, ZEuP 2008, 225, 229. Diese Tendenz befürwortend Herresthal, EuZW 2011, 328; sie ablehnend Tonner, EuZW 2010, 767 ff.; Tonner/Tamm, FS Stauder (2006), S. 527; dies., JZ 2009, 277 ff.; Tamm, KJ 2007, 391 ff.; dies., EuZW 2007, 756 ff.

37 Tonner, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht (Fn. 5), S. 60 Rn. 31 ff.

38 Zum Vorschlag siehe KOM (2008), 614 endg.; später verabschiedet als RL 2011/83/EU, ABL.EU Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64.

39 Zypries, ZEuP 2009, 225; Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279 ff.; Tonner/Tamm, JZ 2009, 277 ff.; Rott/Terry, ZEuP 2009, 456 ff.

40 Zum Befund Tonner, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht (Fn. 5), S. 64 Rn. 49.

erlaubte, die EU-Rechtsbausteine bei der Transformation in innerstaatliches Recht so zurecht zu schleifen, dass sie in das nationale Normgefüge einpassfähig wurden, ohne zu große Spannungen hervorzurufen.<sup>41</sup> Mit dem abnehmenden Umsetzungsspielraum sinkt aber gerade diese Gestaltungsoption. Das Friktionspotential, das durch EU-Sekundärrecht ausgelöst wird, steigt mit der breitflächigen Vollharmonisierung vor allem für sehr hochgezüchtete nationale Rechtsordnungen wie die deutsche stark an.<sup>42</sup>

Dass die Union nun mit einem Optionalen Instrument im Gewande einer Rechtsverordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht<sup>43</sup> das von den Mitgliedstaaten gesetzte „Stoppschild“<sup>44</sup> hinsichtlich der durchgehenden Vollharmonisierung des *acquis communautaire* durch Anlegung einer „zweiten Spur“ zu umgehen versucht,<sup>45</sup> zeigt nur, wie sehr sich das EU-Verbraucherrecht mittlerweile von seinem ursprünglichen Ansatz der Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus entfernt hat. Der Verbraucherschutz wird auf EU-Ebene mittlerweile nicht mehr als ein eigenständiges Anliegen betrachtet, das auch einmal dem Ansatz der durchgehenden Rechtsangleichung entgegenstehen kann. Er tritt als Regelungsziel gegenüber einer wie auch immer gearteten vollkommenen Marktöffnung in den Hintergrund.

#### 4. Verbraucherschutz versus Binnenmarktharmonisierung

Der Befund, dass Verbraucherschutz und das Anliegen der Binnenmarktharmonisierung nicht zwingend „Hand in Hand“ gehen, weil die Interessen von Verbrauchern und Unternehmern nicht immer gleichgerichtet sind,<sup>46</sup> ruft dazu auf, den Gedanken der Vertragsparität auch auf EU-Ebene stärker als bisher zu verankern.

##### a. Eigener Kompetenztitel „Verbraucherrecht“

Die notwendig stärkere Fokussierung des EU-Sekundärrechts auf eine zwischen den Parteien herzustellende Vertragsparität ließe sich bewerkstelligen, indem etwa dem Verbraucherrecht ein eigener, von der bloß auf Marktöffnung ausgerichteten Binnenmarktharmonisierungskompetenz (Art. 114 AEUV) losgelöster Kompetenztitel zugestanden wird.<sup>47</sup> Das Verbraucherrecht müsste auf Primärrechtsebene so konzipiert werden, dass es nicht mehr wie bisher faktisch als „unselbständiger Partner“<sup>48</sup> die Binnenmarktzielsetzung begleitet. Es müsste als gleichberechtigtes, konkurrierendes Regelungsziel neben das des herzustellenden Binnenmarktes treten. Wäre das der Fall, ließe sich das Verbraucherrecht nicht mehr wie bisher von der Binnenmarktharmonisierung vollumfänglich ver-

41 Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 99.

42 Lurger/Augenhofer, Österreichisches und europäisches Konsumentenschutzrecht, 2. Aufl., 2008, S. 52 ff.; Pfeiffer, AcP 2008 (2008), 227, 228; Tröger, ZEuP 2003, 525, 528: „strukturell bedingte Verwerfungen“.

43 Vgl. zu den Grünbuchplänen KOM (2010), 348 endg.; dazu ausf. Max-Planck-Institut, RabelsZ 75 (2011), 371; Tonner, EuZW 2010, 767; Tamm, GPR 2010, 282; dies., VuR 2012, 3 ff.; Herresthal, EuZW 2011, 7.

44 Zypries, ZEuP 2009, 225.

45 Dazu Tamm, GPR 2010, 282 ff.; dies., VuR 2012, 3 ff.

46 Tonner, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht (Fn. 5), S. 60 Rn. 31: „Mitgliedstaatliche Verbraucherschutzvorschriften werden als Hindernisse für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr angesehen, die im Interesse der Realisierung des Binnenmarktes beseitigt werden müssen“; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 301, 305; dies., KJ 2007, 391, 394 ff.

47 Zu derartigen Forderungen vgl. schon Derleder, in: FS Reich, 2007, S. 111; später Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 312.

48 Micklitz/Reich/Rott, *Understanding EU Consumer Law* (2009), S. 17; Struyck, CMLRev 2000, 1, 367: „little sister“.



einnahmen. Es könnte dann in einem viel stärkeren Maße als bisher als Schranke für das breitflächig in Angriff genommene Marktöffnungsanliegen eingesetzt werden, das verbraucherrechtliche Standards in den Mitgliedstaaten nach unten hin einebnet.

### *b. Grundsatz der Subsidiarität und der Unionstreue*

Ein zweiter, mitzuverfolgender Ansatz, die im nationalen Recht durch EU-Sekundärrechtsakte verursachten Friktionen<sup>49</sup> durch den zu schnellen und den zu breitflächigen Ausbau des Richtlinienrechts zurückzufahren, wäre über eine umfassende Revitalisierung des Grundsatzes der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 AEUV) und der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV)<sup>50</sup> zu bewerkstelligen. Beide Grundsätze sind auf eine Selbstbeschränkung der Union ausgerichtet. Ersterer in dem Sinne, dass bei der Verabschiedung von Verbrauchersekundärrecht durch die EU stets der Nachweis dafür zu erbringen ist, dass das von der Union verfolgte (ihr kompetenzrechtlich nicht allein zugewiesene, vgl. Art. 4 Abs. 2 f AEUV: Verbraucherschutz) Regelungsanliegen nicht auf nationaler Ebene gleich effektiv umgesetzt werden kann.<sup>51</sup> Hier hinein spielt zwingend die notwendige Auseinandersetzung mit dem Vollharmonisierungsansatz, der in der von der Union gegenwärtig verfolgten Breite dem Subsidiaritätsprinzip diametral entgegenläuft. Der zweite Gedanke – die Rückbesinnung auf den Grundsatz der Gemeinschafts-/Unionstreue<sup>52</sup> – erscheint ebenso wichtig. Denn er verbürgt die *gegenseitige*<sup>53</sup> Rücksichtnahme der Rechtssetzungsakteure auf elementare<sup>54</sup> Interessen des anderen Partners.<sup>55</sup> Insofern ist auch die EU ihrerseits zu einem mitgliedstaatfreundlichen Verhalten<sup>56</sup> verpflichtet. Notwendig eingeschlossen ist darin die Forderung der Mitgliedstaaten nach einem seitens der Union möglichst gering zu haltenden Friktionspotential für ihre nationalen Rechtsordnungen.<sup>57</sup> Denn die Union ist nach dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV nicht nur zur Achtung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, der Kompetenzausübungsbegrenzung und Bereichsausnahmen verpflichtet. Sie hat auch die „nationale Identität“<sup>58</sup> zu wahren, die sich in der jeweiligen Rechtsordnung findet. Vom Unionsrecht darf danach durch Inhalt und Form nur eine solche Störungsintensität ausgehen, dass es die Stabilität und damit die Effektivität der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, auf die es einwirkt, nicht insgesamt in Frage stellt.

49 Zum Befund vgl. auch das Gutachten zum 69. DJT von Micklitz (Fn. 2), S. 79.

50 Er war früher explizit in Art. 10 EGV niedergelegt und speist sich heute aus Art. 4 Abs. 3 EUV: gegenseitige Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit. Er geht über den völkerrechtlichen Grundsatz des Rechtsmissbrauches und der Vertragsbindung hinaus, vgl. dazu Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 4 EUV Rn. 30.

51 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 51), Art. 5 EUV Rn. 20 f.; Isensee, Subsidiarität und Verfassungsrecht, 1968, S. 71.

52 Vgl. dazu auch Hatje, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, S. 67 f.

53 Zur beidseitigen Ausrichtung der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit EuGH, Rs. C-339/00, Slg. 2003, I-11757, Rn. 72 (Irland/Kommission); Kahl, in: Calliess/Ruffert (Fn. 51), Art. 4 EUV Rn. 45: „reziproke“ Ausrichtung.

54 BVerfGE 89, 155, 184; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Fn. 51), Art. 4 EUV Rn. 105.

55 Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 256; dies., KJ 2007, 391 ff.; dies., EuZW 2007, 756 ff.

56 Brohm, StWuStP 1990, 132, 148 ff.; Calliess, Subsidiarität und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl., 1999, S. 168 ff.; Durner, EuR 2004, 547, 561; Epiney, EuR 1994, 301, 310 ff.; Hailbronner, JZ 1990, 149, 152 ff.; Huber, VVDStRL 60 (2001), 194, 227 f.; a.A. Schröder AöR 129 (2004), 3, 34.

57 In diese Richtung deuten auch die Ausführungen von v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009: „constitutional tolerance“.

58 So zum Ganzen, Vedder, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 4 Abs. 3 EUV Rn. 25. <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2013-1-52>

Abschließend lässt sich gerade auch in Bezug auf das von H.-W. Micklitz zum 69. DJT verfasste Gutachten<sup>59</sup> sagen, dass es effektiver erscheint, das Problem des durch EU-Verbraucherrecht verursachten Friktionspotentials im deutschen Zivilrecht an der „Wurzel“ zu packen und nicht durch ein notwendig oberflächlich bleibendes Facelifting der nationalen Zivilrechtskodifikation durch Extraktion und Separierung der verbraucherschützenden Bestimmungen einer vermeintlichen Lösung zuführen zu wollen. Eine Problemlösung wird es so nicht geben, allenfalls eine Symptombehandlung. Denn die Funktionsanforderungen an das Recht sind einerseits von der Gesetzesform und Standortfragen unabhängig. Andererseits können Gesetze auch bei äußerlicher Trennung nie isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung gelten.<sup>60</sup>

### III. Rechtstheoretische und -soziologische Betrachtungen

Wenn neues Recht (vielleicht sogar in großem Umfang) in ein altes, relativ statisch erscheinendes Rechtskontinuum eindringt, bringt dies unausweichlich einen Abstimmungsbedarf mit sich. Einpassungsschwierigkeiten müssen um der Kohärenz des gesamten Rechtsbestandes, d.h. um der Einheit der Rechtsordnung willen, gemeistert werden, indem alle Bereiche – neue wie alte – widerspruchsfrei<sup>61</sup> in das rechte Verhältnis zueinander gesetzt werden.<sup>62</sup> „Ohne eine solche Integration – im Sinne innerer Abstimmung – wäre das sich ständig differenzierende Recht vor Widersprüchen und vor bizarren Wuchererscheinungen nicht gefeit – und die gilt es um jeden Preis zu vermeiden.“<sup>63</sup>

Es zeigt sich nun gerade anhand der auf dem 69. DJT geführten Debatte, dass sich unsere derzeitige Gesellschaft und unser (Zivil-)Rechtssystem in einer Art „Beschleunigungskrise“<sup>64</sup> befinden.<sup>65</sup> Die Komplexität und Dynamik von gesellschaftlichen und rechtlichen Vorgängen nimmt stetig zu,<sup>66</sup> weshalb es immer schwieriger wird, in dem richtigen Ausmaß und mit genügend reflektierten Entscheidungen steuernd einzugreifen. Dabei ist es wichtig, die Folgen von Steuerungshandlungen vorausschauend abzuschätzen, um ein Umschlagen von Stabilität<sup>67</sup> in Instabilität zu vermeiden.<sup>68</sup> Die nachfolgende Darstellung soll die Naturgegebenheit dieser entwicklungsbedingten Beschleunigungskrise reflektieren helfen und Wege eines richtigen Handelns suchen.

#### 1. Systemgefährdung durch neues Recht?

Angesichts der mit der Einbindung neuen Rechts verbundenen verantwortungsvollen Aufgabe des richtigen Austarierens und des Ins-Verhältnis-Setzens aller Bestimmungen, die manchmal als kaum noch bewältigbar erscheint, verwundert es nicht, dass sich neuere Rechtsentwicklungen stets dem Vorwurf ausgesetzt

59 Gutachten von Micklitz (Fn. 2).

60 Larenz/Canaris, Methoden der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 264; Larenz, DRiZ 1959, 306, 307.

61 Henke, Über die Evolution des Rechts, 2010, S. 40.

62 Lampe, Genetische Rechtstheorie, 1987, S. 49.

63 Lampe (Fn. 63), S. 49.

64 Zum Begriff vgl. Kafka, Gegen den Untergang. Schöpfungsprinzip und Beschleunigungskrise, 1994.

65 Zum Befund Helsper, Die Vorschriften der Evolution für das Recht, 1989, S. 1.

66 Henke (Fn. 62), S. 120. Das Ansteigen der Komplexität ist bei evolutionären Prozessen nichts Außergewöhnliches. Denn alles, was entsteht, hat vor seiner Entstehung eine Komplexität von Null, so zu treffend Gould, Illusion Fortschritt (2. Aufl., 1998), S. 209.

67 Zum Stabilitätsbegriff siehe Holzkämpfer, Management von Singularitäten und Chaos, 1996, S. 257 ff. m.w.N.

68 Weimar/Leidig, Evolution, Kultur und Rechtssystem, 2002, S. 33.



sehen, das „System zu gefährden“,<sup>69</sup> so dass man von ihnen lieber Abstand nehmen sollte. Eine derartige Systemerhaltungsstrategie schlägt jedoch zwangsläufig fehl, das zeigt sich gerade beim Verbraucherrecht. Denn es ist zum einen nicht möglich, die weitere Herausbildung von EU-Sekundärrecht gänzlich abzuwehren, auch nicht in Bezug auf das eingangs erwähnte Subsidiaritätsprinzip und den Grundsatz der Unionstreue – diese ermöglichen allenfalls eine gewisse Rückführung der Dynamik.

Es wäre aber auch angesichts der Idee des Rechts kontraproduktiv, eine Systemerhaltung durch Verhinderung eines Rechtswandels einzufordern. Denn Recht ist nicht um seiner selbst willen da.<sup>70</sup> Es soll eine Ordnungsaufgabe wahrnehmen und darüber die gesellschaftlichen Verhältnisse konfliktlösend gestalten.<sup>71</sup> Dazu muss es die gesellschaftlichen Entwicklungen nachvollziehen; es darf sich von ihnen nicht abkoppeln.<sup>72</sup> Pointiert könnte man sagen, nur wenn das Recht die Bedürfnisse der Gesellschaft reflektiert (sich also von ihnen steuern lässt), kann es selbst seine Steuerungsfunktion<sup>73</sup> innerhalb der Sozietät wahrnehmen.<sup>74</sup> Auch wenn Recht keine automatische Kopie der Wirklichkeit darstellt, weil es stets eines Akteurs bedarf, der es erzeugt, wird daran doch eine gewisse Wechselbedingtheit von Recht und Gesellschaft deutlich. Diese führt dazu, das Recht stets angelegt in einer Zeitstruktur<sup>75</sup> zu sehen, den Wandel und die Komplexitätssteigerung also als etwas ihm Immanentes zu begreifen.<sup>76</sup> Das Postulat muss daher lauten: Keine Verhinderung der Rechtsentwicklung, sondern reflektierte Steuerung des Prozesses!

## 2. *Der Gedanke der Ko-Evolution*

In der dem Recht innewohnenden Strategie der Anpassung (der sog. „zeitgemäßen Korrektur“, so W. Schreckensberger) kommt die durch die Rechtsevolutionsforschung aufgeworfene Idee von der Ko-Evolution sozialer Systeme<sup>77</sup> deutlich zum Ausdruck. Diese Idee steht für den Gedanken der „wechselseitigen Aneinanderentwicklung“<sup>78</sup> von Gesellschaft und Recht, aber auch von rechtlichen Teilsystemen untereinander.<sup>79</sup> Insofern kommt es auch nicht von ungefähr, dass das Hereinbrechen des Verbraucherrechts in das tradierte Zivilrecht eine Debatte darüber ausgelöst hat, ob und inwieweit dadurch ein Materialisierungs-

69 Schubel, JZ 2001, 1113, 1114; Roth, JZ 2001, 480, 486; Bydliński (Fn. 8), S. 415; Zöllner, AcP 196 (1996), 1, 15 ff.

70 Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 7, 25; Müller, Normstruktur und Normativität, 1966, S. 131; Helsper (Fn. 66), S. 34 f.

71 Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 106 ff.; Lampe (Fn. 63), S. 42 f.

72 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 343; Barnet, Die formelle Freiheitsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsparität, 1999; Henke (Fn. 62), S. 74.

73 Dazu Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., 1980, S. 255; Brüggemeier, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, 1980, S. 20 ff.

74 Zu dieser Interdependenz Lampe (Fn. 63), S. 42 f.; Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 34, 35.

75 Rittner, NJW 2011, 3440; Henke (Fn. 62), S. 89; Lampe (Fn. 63), S. 42 f.; Weimar, Der Bedeutungswandel des Gesetzes, 1982, S. 241 ff.; ders., Die Rekonstruktion von Rechtsvernunft, 1985, S. 259 ff.; Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 7 ff.

76 In der Literatur (Habermas, Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus, 1979, S. 12; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 117), wurde bereits verschiedentlich darauf hingewiesen, dass ein und dieselbe Veränderung als Lern- und Fortbildungsprozess des Rechts, aber auch als Auflösungserscheinung und Systembruch verstanden werden kann.

77 Calliess, ZfRSoz 2005, 35 ff.; ders., Prozedurales Recht, 1999, Kap. 3 I; Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 35 ff.; Böhret/Konzendorf, Ko-Evolution von Gesellschaft und funktionalem Staat (1997), S. 219 ff.

78 Böhret/Konzendorf (Fn. 78), S. 219, 223.

79 Zur Ko-Evolution von Verbraucherrecht und tradiertem Zivilrecht siehe Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 115 ff., 134; Gilles, JA 1980, 1, 6; Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der EU, 2002, S. 360.

schub für das gesamte Zivilrecht ausgelöst wird bzw. umgekehrt, ob und inwieweit aufgrund dessen das Verbraucherrecht „domestiziert“ werden kann.<sup>80</sup>

#### a. *Bifurkationen als Ausgangspunkt der Rechtsevolution*

Die Entwicklungsschübe, die das Recht durchmacht, und die dadurch aufgeworfenen Fragen nach den Möglichkeiten der Aufrechterhaltung der Systemstabilität, lassen sich kaum bewältigen, wenn nicht auch eine Ursachenforschung einsetzt. Diese wird m.E. mit dem Befund beginnen müssen, dass am Anfang jeder Rechtsentwicklung sog. „Bifurkationen“ auftreten.<sup>81</sup> Sie stehen für die im Recht durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung in Reaktion auf das gesellschaftliche Umfeld<sup>82</sup> bewusst<sup>83</sup> erzeugten Abzweigungen vom bisherigen Weg. Ohne eine Normabweichung wäre eine Einstellung des Rechts auf Veränderungen nicht möglich.<sup>84</sup> Verfestigen sich einmal erzeugte Bifurkationen, eventuell weil (wie im Verbraucherrecht) zwischen den Parteien ein rollensoziologisch angelegtes Ungleichgewicht besteht, das nach und nach zu Tage tritt, und nach einem materieübergreifenden<sup>85</sup> Ausgleich der bestehenden Verhandlungsasymmetrie verlangt, ist es naheliegend, dass der ersten Bifurkation ganze Kaskaden folgen – dass nach der Regelung des Verbraucherkredits und der AGB-Kontrolle, auch die Kreditvermittlung, Distanzgeschäfte, Reise- und Timesharingverträge, Verbrauchsgütergeschäfte, die Produkthaftung, prozedurale Fragen, und vieles andere mehr<sup>86</sup> zu einer besonderen Regelung aufrufen.

#### b. *Störungspotential und Chance zur Herstellung eines neuen Gleichgewichts*

Bifurkationen, die in großer Zahl und in immer kürzerer Folge herausgebildet werden,<sup>87</sup> stellen das Gesamtsystem, auf das sie einwirken, entweder insgesamt in Frage, weil mit ihnen die Gefahr verbunden ist, dass es durch sie ins Chaos gestürzt wird. Es besteht aber auch die Chance, dass durch herzustellende Rückkopplungsschleifen (die der gegenseitigen Abstimmung dienen) ein „neues Gleichgewicht“ entsteht, so dass die Gesamtrechtsmasse bis zum nächsten „Bifurkationsschub“ in relativer Stabilität verharrt.<sup>88</sup> Dass Rückkopplungsschleifen in ausreichendem Maße vorhanden sind, ist im Bereich des kodifizierten Rechts primär Aufgabe des Gesetzgebers, der dafür zu sorgen hat. Es liegt an ihm, sie zu kreieren, um die Gesamtrechtsmasse zu einer ausreichenden Kohärenz zu führen. Das Ausmaß an Kohärenz, d.h. die Abstimmung zur Vermeidung von Widersprüchen, steigt wiederum an, je inhaltlich und äußerlich verknüpfter das aus Einzelnormen bestehende Gesamtgefüge beschaffen ist.

80 Zum Ganzen vgl. Pfeiffer, in Ernst/Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 481, 494; Bülow/Artz, *Verbraucherprivatrecht*, 2003, S. 13; Bydlinski (Fn. 8), S. 415 ff.; Meller-Hannich, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2009; Tamm, *Verbraucherschutzrecht* (Fn. 3), S. 134; Reich/Micklitz (Fn. 8), S. 1.

81 Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 33, 40.

82 Fögen, *Zufälle, Fälle und Formeln, Rechtsgeschichte* 6/2005, 84 ff.

83 In der Biologie spricht man von Mutationen, die nicht bewusst erzeugt werden, sondern einfach auftreten, besprochen i.d.Z. von Henke (Fn. 62), S. 45.

84 Münch, in: Frommel/Gessner (Hrsg.), *Normenerosion*, 1996, S. 147 f.; Henke (Fn. 62), S. 45.

85 Zum Querschnittscharakter des Verbraucherrechts vgl. Tamm, *Verbraucherschutzrecht* (Fn. 3), S. 58 ff.

86 Einen Überblick über die Gesamtmaterie des deutschen Verbraucherschutzrechts geben Tamm/Tonner, *Verbraucherrecht* (Fn. 5).

87 Zur Tendenz der Erreichung eines immer höheren Differenzierungsgrades Lampe (Fn. 63), S. 49.

88 Lampe (Fn. 63), S. 43.

### c. Evolutionsprozess: Zeiten des Umbruchs und der Stagnation

Der Prozess der Rechtsevolution, der hier anhand der Entwicklung des Verbraucherrechts verifiziert werden soll, ist letztlich durch einen Modus ständiger Strukturveränderung gekennzeichnet, der selten linear verläuft; vielmehr wechseln sich Zeiten des Umbruchs mit Zeiten der Stagnation ab.<sup>89</sup> Derartig nicht linear verlaufende Strukturveränderungen sind auch im Recht nicht aufhaltbar, außer man verweigert jede Rechtsentwicklung (sog. „Evolutionsblockade“),<sup>90</sup> was die Funktion des Rechts aber insgesamt in Frage stellen würde.<sup>91</sup> Der Prozess der Rechtsveränderung ist durch Gesetzgebung und Rechtsprechung nur sinnvoll begleitbar. In der Begleitung geht es darum, die beiden Schwingungskreise – Gesellschaft und Recht – in weitgehende<sup>92</sup> Resonanz zueinander zu bringen.<sup>93</sup> Dass sich im Verlauf rechtlicher Entwicklung (wie in der Gesellschaft auch) Zeiten des dynamischen Umbruchs mit Zeiten der Stagnation abwechseln und dass sich in den Zeiten der dynamischen Entwicklung Knotenpunkte für „Quantensprünge“ herausbilden, lässt sich anhand einer Betrachtung der Entwicklung des Verbraucherrechts besonders gut demonstrieren.

#### (1.) Quantensprung: Integration des Verbraucherrechts ins BGB

Während es nämlich zunächst noch sehr vereinzelte Rechtsakte zum Schutz des Verbrauchers außerhalb des BGB gab, die ein Schattendasein führten, nahmen sie an Zahl und damit auch an Bedeutung im Laufe der Zeit beständig zu, so dass sich ein offensichtlicher Abstimmungsbedarf mit dem übrigen Zivilrecht ergab, der im Zuge der Schuldrechtsreform zur Überführung des Verbraucherrechts ins BGB führte. Damit kam es für das Verbraucherrecht zu einem ersten Quantensprung.<sup>94</sup> Denn hiermit stieg das Maß seiner inneren und äußeren Verknüpfung mit dem tradierten Zivilrecht an. Das Verbraucherrecht rückte damit nicht zuletzt viel stärker in das Bewusstsein von Rechtsanwendern und Lehrenden auf.<sup>95</sup>

#### (2.) Quantensprung: Extraktion des Verbraucherrechts aus dem BGB?

Während die Überführung des Verbraucherrechts ins BGB einen ersten Meilenstein zur Fortentwicklung des Rechtsbereiches (und zugleich zur Fortentwicklung des BGB) darstellte, wird nun die Frage aufgeworfen, ob es der „ungestörten Weiterentwicklung“ der Bereiche nicht dienlicher ist, das Verbraucherrecht wieder aus dem BGB zu extrahieren und es unter dem Dach eines eigenständigen Konsumentenschutzgesetzes vom übrigen Zivilrecht zu separieren.<sup>96</sup> Macht man die Beantwortung der Frage von der Effizienz des Gesamtbereiches Zivilrecht abhängig, führt das dadurch bewirkte Abschneiden bisher bestehender Rückkopplungsschleifen sicher zu keinem Fortschritt, weder für den einen noch für den anderen Bereich. Denn es obliegt nun dem Rechtsanwender, die sonst vom

89 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 243; Henke (Fn. 62), S. 119.

90 Helsen (Fn. 66); ders., Gesetzgebung und Evolution, 1986.

91 Lampe (Fn. 63), S. 57: „Auslöschung (Extinktion) des Rechts“.

92 Eine vollständige Resonanz wird nicht erreicht werden, da das Recht ein Instrument der nachhinkenden Steuerung ist, dazu Rütters, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 2. Aufl., 1993, S. 62; Wege, Positives Recht und sozialer Wandel, 1977, S. 110.

93 Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 53, 55; Lampe (Fn. 63), S. 49.

94 MüKo/Micklitz, 4. Aufl., 2001, Vor §§ 13, 14 BGB Rn. 1; Dörner, Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 177 ff.; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 73.

95 Zum Problem der Zersplitterung des Zivilrechts siehe E. Schmidt, JZ 1980, 153, 154; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 214.

96 Vgl. dazu den Vorschlag im Gutachten zum 69. DJT von Micklitz (Fn. 2), S. 11: „Fremdkörper“ und S. 79 mit dem Befund, dass sich das Verbraucherrecht mit der Statik des BGB nicht in Einklang bringen lässt.

Gesetzgeber herzustellende Abstimmung des Verbraucherrechts mit dem tradierten Zivilrecht in jedem Einzelfall sicherzustellen, mit allem damit einhergehendem Irritationspotential und Objektivierungsverlust.<sup>97</sup>

*d. Komplexität und Vielfalt der Erscheinungsformen, Koordinierungspostulat*

Evolution – auch die Rechtsevolution – fördert die Variationsbreite und Vielfalt<sup>98</sup> und damit die Komplexität.<sup>99</sup> Sie treibt jedes System zu Verfeinerungen, Vervielfältigungen und Abweichungen an. Dieser Prozess ist jedoch mit einer Ambivalenz verbunden: Auf der einen Seite ist ein komplexes, kompliziertes, ggf. sogar „überzüchtetes“ System weniger leistungsfähig, und es besteht gerade wegen seiner Schwerfälligkeit und Komplexität die Gefahr größerer Störanfälligkeit.<sup>100</sup> Auf der anderen Seite kann auch jede Weiterentwicklungsblockade zur Instabilität des Systems führen, weil es dann von den gesellschaftlichen Umfeldanforderungen, die es mitgestalten soll, abgeschnitten ist.<sup>101</sup> Daraus folgt, dass nicht der Mechanismus zur Herausbildung von Komplexität und Vielfalt abgeschaltet werden darf. Vielmehr ist die Optimierung, die ein derart anschwellendes System trotzdem handhabbar macht, die zweckmäßige Antwort auf die gegenwärtig in Recht und Gesellschaft auszumachende Beschleunigungskrise.<sup>102</sup> Mit ihr verbindet sich die Forderung nach Strukturierung, Vermeidung von Redundanz, Transparenz und einem hohen Maß an Rationalisierung bei der Gestaltung des Gesamtsystems.<sup>103</sup>

*3. Konzentration auf den Inhalt: Fortentwicklung durch mehr Sozialresonanz*

Instabilitäten in sozialen Systemen – wie den Rechtsordnungen – können aber nicht nur durch Entwicklungsblockaden auftreten. Die Funktionsfähigkeit eines sozialen Systems hängt mehr und mehr auch davon ab, ob und wieweit es durch Steuerungsmaßnahmen der dafür verantwortlichen Akteure gelingt, einer „bloß nach innen gerichteten *Selbstbefassung*“ zu entrinnen. Die Fortentwicklung<sup>104</sup> des Rechts, gerade auch des Verbraucherrechts, wird in Zukunft dadurch bedingt sein, ob und inwieweit es möglich ist, ein höheres Maß an *Sozialresonanz*<sup>105</sup> sicherzustellen und den Fokus damit auf den Inhalt, d.h. auch auf die Werteorientierung zu richten. Es bedarf insofern unweigerlich einer (stärkeren) Umsteuerung und Öffnung hin zu *rechtsethischen* Fragestellungen.<sup>106</sup> Gelingt dies, ist

97 Der Kompetenzverlust der Zentralkodifikation und die dadurch bedingten Abstimmungsdefizite waren gerade der Grund für die mit der Schuldrechtsreform einsetzende Inkorporierung des Verbraucherrechts ins BGB, dazu E. Schmidt, JZ 1980, 153, 154; Basedow AcP 200 (2000), 445, 449 ff.; Zimmermann, *The New Law of Obligations*, 2005, S. 160; Rösler, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, 2004, S. 268. Ablehnend schon früher zum Vorschlag eines eigenständigen Konsumentenvertragsrechts (neben dem BGB) W. H. Roth, JZ 2001, 475, 484 ff.

98 Zu biologischen Systemen siehe Mayr, *Das ist Evolution*, 2. Aufl., 2005, S. 116.

99 Henke (Fn. 62), S. 41; Lampe (Fn. 63), S. 49.

100 Luhmann (Fn. 90), S. 288; Henke (Fn. 62), S. 121; Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 53, 56.

101 Henke (Fn. 62), S. 120.

102 Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 45, 50.

103 Lampe (Fn. 63), S. 53 spricht schlicht von „Rationalisierung“.

104 Zur Frage, anhand welcher Kriterien ein Fortschritt des Rechts (in Hinblick auf eine Höherentwicklung) festgestellt werden kann, siehe u.a. Henke (Fn. 62), S. 125 f.

105 Zur Gerechtigkeitsvorstellung als Selektionsfaktor der Rechtsentwicklung vgl. Henke (Fn. 62), S. 69. Der Hintergrund dafür ist, dass das Recht nicht wertfrei ist, dazu Kuhlen, in: Hilgendorf/Kuhlen (Hrsg.), *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 1999, S. 33 ff.

106 Anders als es Weimar/Leidig (Fn. 69), S. 53, 57 sehen, ist dies nicht nur dem Wissenschaftlichkeitsanspruch des Rechtes geschuldet, sondern hängt zutiefst mit seiner Funktion der Herstellung einer (friedlichen) Gesellschaft zusammen.

Rechtsevolution tatsächlich sichergestellt. Sie erreicht ihr höchstes Maß<sup>107</sup> nämlich dann, wenn sich das Recht voll und ganz auf die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit einlässt<sup>108</sup> und demnach versucht, immer komplexere soziale Tatbestände und ihre umweltpolitischen Konsequenzen in stetig komplizierter werdenden Normen einzufangen und zu gestalten.<sup>109</sup> Mit der in immer stärkerem Maße notwendig werdenden Ausbalancierung sozialer, ökologischer und ökonomischer Interessen/Bedürfnisse geht es letztlich um die Ausrichtung des Rechts auf den Gedanken der *Nachhaltigkeit*,<sup>110</sup> der einen neuen Entwicklungsschub einleiten kann und dies auch sollte.<sup>111</sup>

#### IV. Konsequenzen

Die Überarbeitung des bisherigen konsumentenschützenden Besitzstandes, aber auch die Herausbildung neuer verbraucherrechtlicher Regelungen müssen konsequenterweise mehr als bisher durch den Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit bestimmt werden. Auf der Ebene der europäischen Gesetzgebung wäre dies unproblematisch dadurch möglich, dass man sowohl den Umweltschutz als auch den Verbraucherschutz, die im Primärrecht beide in Form von Querschnittsklauseln (vgl. Art. 11 AEUV – Umweltschutz, Art. 12 AEUV – Verbraucherschutz) verankert sind und damit per se in jedem Regelungsbereich Berücksichtigung finden müssen,<sup>112</sup> miteinander besser verzahnt, und tatsächlich zur *praktischen Wirksamkeit*<sup>113</sup> bringt. In diesem Zusammenhang wäre dann auch zu eruieren, ob man die sozialetische Forderung nach Herstellung von ausreichend Parität im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis nicht noch zusätzlich durch einen eigenständigen Kompetenztitel Verbraucherschutz begleiten sollte, wie es hier vorgeschlagen wurde.<sup>114</sup> Die stärkere Fokussierung auf das Nachhaltigkeitspostulat könnte den Verbraucherschutz vor allem im Bereich der Gestaltung der Gewährleistungsrechte, die auch auf den Umweltschutz ausgerichtet sein müssen, voranbringen.<sup>115</sup> Nicht nur dem Verbraucherschutz dienlich, sondern auch

- 107 „Die Einbeziehung der sozialen Frage in die Rechtsordnungen der Neuzeit ist Ausdruck der Expansion des (staatlichen) Rechts auf immer neue Bereiche des sozialen Lebens .... Diese Expansion des Rechts verläuft ... in immer neue Umweltbereiche (z.B. ...Umweltrecht). Teilweise evolviert auch lediglich das Bewusstsein, dass man eine Reihe von Problemen, die bisher als Schicksalsfügungen galten, durch Rechtsnormen lösen könnte (... soziale Fürsorge“, so Lampe (Fn. 63), S. 52.
- 108 Grundlegend zur notwendig stärkeren Fokussierung des Rechts auf sozialetische Fragestellungen Repgen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001; Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973; Study Group on Social Justice in European Private Law, ELJ 2004, 653, 655; Joerges/Rödl, KJ 2008, 149, 159; Scharpf, 40 Journal of Common Market Studies (2002), 645 ff.
- 109 Lampe (Fn. 63), S. 52.
- 110 Lendi, Subtilitäten des Rechts, 1996, S. 73; Krol, Ökonomische Aspekte von Nachhaltigkeit, 1999; Magel, Nachhaltige Entwicklung, 2000, S. 53 ff.; Nick, Zauberwort Nachhaltigkeit, 1997; Wolff, Ökonomie und ökologische Bewertung für eine nachhaltige Entwicklung 1997, S. 67 ff.
- 111 Das im Nachhaltigkeitsgedanken angelegte Verantwortungsprinzip in seiner intra- und intergenerativen Ausrichtung ist u.a. auch ein essentielles Grundmuster der Philosophie Kants, der die These vertrat, eine Handlung – z.B. im ökonomischen oder im ökologischen Bereich – sei moralisch, wenn man sie verallgemeinern könnte; vertiefend Störing, Weltgeschichte der Philosophie, 1985, S. 384 ff., 408 f.
- 112 Vgl. dazu die ersten Ansätze im Aktionsplan für die Nachhaltigkeit in Produktion und Verbrauch und für eine nachhaltige Industriepolitik, KOM (2008), 397 endg.; dazu Lorz, JEEPL 2009, 277. Überführt wurden sie in die Strategie „Europa 2020“, vgl. dazu die Schlussfolgerungen des Rates von Brüssel, EUCO 6/09 mit der Forderung nach einem „nachhaltigem Wachstum“.
- 113 Zu den derzeit noch bestehenden erheblichen Vollzugsdefiziten in diesem Bereich siehe Callies, in: Callies/Ruffert (Fn. 51), Art. 11 AEUV Rn. 17.
- 114 Wie Micklitz in seinem Gutachten zum 69. DJT (Fn. 2) auf S. 40 feststellte, sind Konturen eines „sozialen“ europäischen Vertragsrechts bislang noch wenig erkennbar.
- 115 Vgl. dazu Tonner, #Zeitschrift# Heft 9/2012 mit dem Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung der Gewährleistungsrechte.

zur Vermeidung volkswirtschaftlicher Krisen einsetzbar, ist im Übrigen der Grundsatz der verantwortungsvollen Kreditvergabe, der ähnlich dem Schweizer Modell (Art. 32 Abs. 1 KKG)<sup>116</sup> in einer novellierten Verbrauchercreditrichtlinie viel stringenter als bisher zu verankern wäre.

## V. Resümee

Wollte man nach diesen Ausführungen, die inhaltlichen Fragestellungen, Standortdiskussionen und eher abstrakteren Entwicklungsbetrachtungen verbinden, ein Resümee ziehen, ließe sich sagen, dass die Herausbildung des deutschen Verbraucherrechts bis heute stark durch das Projekt der EU-Binnenmarktharmonisierung geprägt ist, was durchaus ambivalent zu bewerten ist. Denn dadurch kam es zunächst zwar zu einer starken Expansion verbraucherrechtlicher Regelungen. Einen Einschnitt beim Ausbau des Rechtsbereiches markiert jedoch das Umschwenken der Kommission vom Mindeststandardprinzip auf den Grundsatz der Vollharmonisierung. Denn dieser führt bei der Überarbeitung und Erweiterung des *acquis communautaire* zu einer Deckelung und letztlich auch zu einer Nivellierung<sup>117</sup> Verbraucherschutzrechtlicher Standards.

Es ist dieser Umstand, der letztlich auch die heute im Mittelpunkt der Diskussion stehenden starken Friktionen in den nationalen Rechtsordnungen bewirkt – gerade dann, wenn sie, wie die deutsche Zivilrechtskodifikation, sehr „hochgezüchtet“<sup>118</sup> sind.<sup>119</sup> Der Grund ist, dass sich die ins nationale Recht zu transformierenden EU-Rechtsbausteine nicht mehr im selben Maße wie unter der Geltung des Mindeststandardprinzips „zurechtschleifen“ lassen. Daraus den Schluss zu ziehen, dass geltende Verbraucherrecht aus dem BGB wieder herauszulösen und in eine eigene Kodifikation zu überführen, um das Irritationspotential gering zu halten, ist jedoch verfehlt. Es gilt vielmehr das Problem an der „Wurzel“ zu packen, das heißt, den Grundsatz der Subsidiarität und der Unionstreue auf EU-Ebene stärker als bisher zur Geltung zu bringen, um so die flächendeckende Regelung des Zivilrechts unter dem Deckmantel des mitforcierten Verbraucherschutzes abzubremesen.

Erforderlich ist darüber hinaus kein Abbau bzw. keine Blockade der Ko-Evolution der Systeme (tradiertes Zivilrecht/Verbraucherrecht), sondern ein optimiertes Handling, durch ein durchgängig zu aktualisierendes Ins-Verhältnis-Setzen alten und neuen Rechts, was wegen der Zahl der Regelungen und dem Anstieg der Komplexität freilich schwierig ist. Zu einem optimierten Umgang bei der Rechtsetzung gehört es jedoch, dass die notwendigen (inneren und äußeren) Rückkopplungsschleifen durch den Gesetzgeber, die derzeit aufgrund der Integration des Verbraucherrechts im BGB noch bestehen, auch weiterhin existent bleiben und bei der Integration neuen Verbraucherrechts ins BGB ausgebaut werden. Nur dann kann nämlich die für den Gedanken der Einheit des Rechts sinnstiftende *Kohärenz aller* gesetzlichen Regelungen untereinander (die nie isoliert betrachtet werden dürfen)<sup>120</sup> erzeugt werden.

116 Danach hat der Verbraucher bei Verletzung des Grundsatzes der verantwortungsvollen Kreditvergabe durch die Bank weder die Kreditsumme noch die Kosten oder Zinsen zurückzuzahlen; zum Ganzen siehe Reifner, in: FS Stauder, 2006, S. 383, 394.

117 Grub, in: Lenz/Borchardt (Fn. 36), Art. 153 EGV Rn. 10; Lurger, in: Streinz (Fn. 38), Art. 153 EUV Rn. 15; Howells/Schulze, in: Howells/Schulze (Fn. 37), S. 3, 25; Wilhelmsson, ZEuP 2008, 225, 229.

118 Zum Befund Flessner, JZ 2002, 14, 16; vgl. auch Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 3), S. 99.

119 Das Problem ist, dass sich gerade in einem relativ geschlossenen Normenumfeld das Störungspotential des Sekundärrechts stark erhöht.

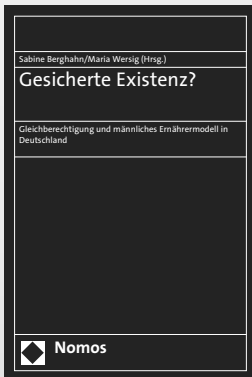
120 Larenz/Canaris (Fn. 61), S. 263; Larenz, DRiZ 1959, 306, 307.



Um die Beschleunigungskrise, die derzeit in Gesellschaft und im Recht besteht, aber wirklich effizient zu meistern, wäre ein weiterer Schritt hin zu einer neuen Sinnggebung nötig, der über die Selbstbefassung, die sich jetzt vordringlich auf die Konstruktion des Regelungsclusters „Verbraucherrecht“ richtet, hinausgeht. Zu einer *inhaltlichen* Fortentwicklung des Verbraucherrechts – zu der ich hier dringend aufrufen und ermutigen möchte – ist m.E. die Einbindung eines höheren Maßes an Sozialresonanz erforderlich. Das führt zu einer stärkeren sozialetischen Ausrichtung des Regelungsbereichs, die die derzeitige (europäische) „Dominanz der rechtsökonomischen Marktöffnungsstrategie“<sup>121</sup> überwinden muss.

# Geschlechterunterschiede

## Gesetzliche Hindernisse der Gleichstellung



### Gesicherte Existenz?

Gleichberechtigung und männliches Ernährmodell in Deutschland

Herausgegeben von PD Dr. Sabine Berghahn und Maria Wersig

2013, 373 S., brosch., 89,- €  
ISBN 978-3-8329-3699-0

Frauen können in Deutschland seltener als Männer ihre Existenz durch ihr Erwerbseinkommen sichern. In Paarbeziehungen sind sie daher häufig auf einen männlichen Ernährer angewiesen. Woher rührt dieser Geschlechterunterschied? Ist er strukturell in grundlegenden rechtlichen Regelungen angelegt, die Hindernisse auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter darstellen?

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.  
Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de/10279](http://www.nomos-shop.de/10279)



**Nomos**