Idealismus und Realismus in den Menschenbildern zum Privatrecht

Lorenz Kähler*

Mit dem Privatrecht wird vielfach ein idealisiertes Bild vom Verbraucher, vom Unternehmer oder generell vom Einzelnen assoziiert. Letzterer etwa soll rational, wissend und vermögend sein sowie im Kräftegleichgewicht mit seinem Gegenüber verhandeln. Derartige Bilder dienen meist als Kontrastfolie, um Freiheitseingriffe zu rechtfertigen. Indes zeigt eine Analyse der einzelnen Normen, dass das BGB aus gutem Grund von realistischeren Annahmen ausgeht und mit Beschränkungen sowie Fehlern der Einzelnen rechnet. Will man ihre Freiheit ernst nehmen, darf man keine hohen Voraussetzungen an die Selbstbestimmung stellen.

A. Einleitung

Nahezu alle existenziellen Ereignisse schlagen sich im Privatrecht nieder. Es handelt von Geburt und Tod, von der Verleihung und dem Verlust eines Namens, von Eheschließung und Scheidung ebenso wie von der Begründung und der Kündigung von Arbeitsverhältnissen.[1] Selbst die Wahl einer Religion und der Verkauf des Familienheims sind privatrechtliche Themen.[2] Kein anderes Rechtsgebiet dürfte den Menschen in dem, was ihn prägt, besser kennen und daher so realistisch sein. Das Privatrecht weiß, dass sich Menschen irren, § 119 BGB, einander gelegentlich bedrohen, täuschen und übervorteilen, §§ 123, 138 BGB, ihre vertraglichen Pflichten nicht immer einhalten und auf Fristsetzungen nicht stets reagieren, § 281 BGB. Es regelt noch über den Tod hinausreichende Folgen menschlicher Unvollkommenheit wie Rechenfehler in einem Testament.[3] Soll sich das Privatrecht ein Bild vom Menschen schaffen, so kann es diesen nur aus „krummem Holz“[4] schnitzen. Nur weil dem so ist, gibt es privatrechtliche Normen für sittenwidrige und deliktische Handlungen[5] und die Vielzahl anderer Verfehlungen.

Das ist ganz gewiss kein vollständiges Bild. Das BGB hat zugleich Menschen vor Augen, die sich in Freiheit binden, §§ 145 ff BGB, ihre Pflichten erfüllen, § 362 BGB, und Entscheidungen nach Billigkeit treffen, § 315 BGB. Verträge sollen gehalten und die eheliche Treue gewahrt werden. All das wäre entbehrlich, wenn rechtliche Versprechen für die Entscheidung der Einzelnen keine Rolle spielten und

* Prof. Dr. Lorenz Kähler ist Inhaber des Lehrstuhl es für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsphilosophie am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen.

1 §§ 1, 611a, 622, 1310, 1355, 1564, 1616, 1922 BGB.

2 § 1 KErzG; § 433 BGB.

3 §§ 2089 f BGB.

4 *I. Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, 1784, AA VIII, Berlin 1968, S. 23.

5 §§ 138, 823, 826 BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

diese sich nicht im Großen und Ganzen rechtstreu verhielten. Ebenso geht das Privatrecht davon aus, dass gemeinnützige Vereine und Stiftungen geschaffen werden[6] und sich Vertragsparteien bei schwerwiegenden Änderungen der Umstände neu miteinander verständigen.[7] Selbst für das Scheitern von Vorhaben schafft das Privatrecht damit Instrumente, um trotz dieser Umstände zu einem noch sinnvollen Ergebnis zu kommen. Es gibt dem vertragsbrüchigen Verkäufer eine zweite Chance[8] und eröffnet dem insolventen Schuldner die Möglichkeit, sich durch Wohlverhalten von der Schuldenlast[9] zu befreien.

Soll ein Menschenbild mit dem Privatrecht vereinbar sein, muss es daher menschliches Versagen ebenso vor Augen haben wie das Gelingen menschlicher Vorhaben. Dass das Privatrecht insofern sowohl realistische als auch idealistische Elemente enthält, ist kein Zufall. Es muss wie jede andere normative Ordnung Maßstäbe setzen, nach denen sich die Einzelnen zu richten haben, und zugleich die Realität ernst nehmen, die dieses Leitbild allzu oft verfehlt. In dieser Ambivalenz lässt sich eine gewisse Parallele zu Luthers Betrachtung des Menschen als „Sünder und zugleich Gerechten“[10] finden.

Im Unterschied zum Strafrecht hat das Privatrecht nicht allein die Verfehlungen der Einzelnen im Blick und anders als das öffentliche Recht schwebt ihm kein wohlgeordneter Staat vor, in dem sich die Einzelnen ihrer Grundrechte erfreuen und in freien Wahlen die Regierung bestimmen.[11] Es stellt deutlicher als dieses den vorgegebenen Idealzuständen sogleich die Mittel an die Seite, die im Fall eines Scheiterns greifen. Privatrecht ist nicht nur geronnene Politik[12] als Ausdruck bestimmter Visionen für das Gemeinwesen, sondern geronnene Erfahrung menschlichen Versagens. So regelt das BGB neben der Eheschließung die Scheidung,[13] gleich nach der Übergabe einer gekauften Sache den Umgang mit deren Mängeln[14] und nach der Definition des Besitzes die verbotene Eigenmacht.[15]

6 §§ 21 ff, 80 ff BGB.

7 § 313 Abs. 1 BGB.

8 § 439 BGB.

9 §§ 286 ff InsO.

10 *M. Luther*, Der Brief an die Römer, 1515–1516, WA Bd. 56, Weimar 1938, S. 347. Da bei Luther die Rechtfertigung allein durch Gnade geschieht, ist sie noch weiter von einer Idealisierung des Menschen entfernt. Die Ambivalenz war bereits zuvor betont worden, *E. Cassirer*, Versuch über den Menschen, Hamburg 2007, S. 27.

11 Nach *P. Koller*, Pointierte Zusammenfassung: Die Wissenschaft und das Menschenbild des Rechts, in: F. Haft/H. Hof/S. Wesche (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, Baden-Baden 2001, S. 477 (489) setzt das Privatrecht umgekehrt eine „positiv idealisierte Sicht des Menschen“ voraus, während das Staatsorganisationsrecht von einem „eher realistisch-pessimistischen Menschenbild“ ausgehe.

12 *D. Grimm*, Recht und Politik, JuS 1969, 501 (502).

13 §§ 1303 ff, 1564 ff BGB.

14 §§ 433 ff BGB.

15 §§ 854 Abs. 1, 858 BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

B. Unterstellte Idealisierungen

Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass dem BGB immer wieder ein einseitiges, optimistisches Menschenbild unterstellt wird, das von jeglicher Ambivalenz, jeglichem Wissen um das Scheitern von Menschen, jeglicher Mischung aus idealistischen wie realistischen Elementen frei sei. Im Vordergrund derartiger idealisierender Zuschreibungen steht zunächst die historische These, dass das BGB ein Kind des Liberalismus des 19. Jahrhunderts sei und sich vornehmlich an das besitzende Bürgertum gewandt habe.[16]

In einer bemerkenswerten Allianz mit ökonomischen Theorien wird dazu behauptet, das BGB setze auf den Eigennutz bedachte Individuen voraus, die umfassend informiert seien.[17] Sie könnten die Folgen ihres Handelns bedenken und ihre Interessen durch Verträge verwirklichen. Hingegen spielten die Rücksicht auf andere und die Verpflichtung gegenüber Abhängigen nahezu keine Rolle. Das Menschenbild des BGB sei das eines rationalen, informierten, besitzenden homo oeconomicus.[18] Das Soziale sei ausgeklammert, die Schwächeren blieben ungeschützt.

Eine derartige Beschreibung findet sich in unterschiedlichen Akzentuierungen der einzelnen Eigenschaften bereits früh in der Antrittsvorlesung Radbruchs,[19] später noch wirkungsmächtiger bei Wieacker,[20] aber auch bei Boehmer,[21] Grimm,[22] Zweigert/Kötz[23] und Böckenförde.[24] Trotz oder gerade wegen seiner Plakativität handelt es sich um ein Narrativ, das sich der ihm widersprechenden Forschungen[25] zuwider bis in die Gegenwart zieht und dessen Wirkungsmacht daher kaum zu unterschätzen ist. Das zeigt sich nicht zuletzt an denen, die für eine Rehabilitierung

16 *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, § 11, S. 143; *C. Reymann*, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009, S. 169 (237).

17 *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005, S. 422.

18 In den Wirtschaftswissenschaften sind damit weitere Zuschreibungen wie etwa stabile Präferenzen verbunden, *H. Rogall/K. Gapp*, in: C. Dierksmeier/U. Hemel/J. Manemann (Hrsg.), Wirtschaftsanthropologie, Baden-Baden 2015, S. 99.

19 *G. Radbruch*, Der Mensch im Recht, in: Gesamtausgabe, Band 2, Heidelberg 1993, S. 467 (473).

20 *F. Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1963, S. 9 f.

21 *G. Boehmer,* Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Tübingen 1965, S. 83.

22 *D. Grimm*, Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. 2, München 1976, S. 13.

23 *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn.), § 11, S. 142 f, 147.

24 *E.-W. Böckenförde*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Frankfurt 2011, S. 29. Ferner *H. P. Westermann*, Sonderprivatrechliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), 150 (152) der Wieackers Analyse als „fast einmütig" geteilt ansieht; *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, S. 62.

25 Stellvertretend *T. Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 68 ff; *S. Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, Tübingen 2001, S. 2 ff; *J. Rückert,* JZ 2003, 749 ff; *ders.,* „Frei und sozial" als Rechtsprinzip, Baden-Baden 2006, S. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der „formalen Freiheitsethik des 19. Jahrhunderts“ eintreten[26] und dabei, wenn auch in Umkehrung der Bewertung, die entsprechende Charakterisierung des BGB übernehmen.

Plausibel ist dieses Bild nicht. Wie § 1 BGB klarstellt, setzt das BGB für die Rechtsfähigkeit nicht mehr als die Vollendung der Geburt voraus. Das ist trotz der symbolisch wichtigen Platzierung[27] am Anfang des Gesetzes vergleichsweise nüchtern und setzt keinen bestimmten Informationsstand und keine ausgeprägte Rationalität voraus. Wollte man es auf bestimmte Vorstellungen zurückführen, so müsste man eher ein humanistisches Ideal des Menschen in das Zentrum stellen, der schon durch sein Menschsein einzigartig ist und Rücksicht verdient, als das Modell eines eigennützigen und finanziell vermögenden Einzelnen.

Bereits historisch ist dieses Modell für das Privatrecht kaum dominant gewesen. Das BGB wurde nach der Bismarckschen Sozialgesetzgebung[28] verabschiedet und war damit seit seiner Entstehung in den Rahmen einer Rechtsordnung gestellt, die zumindest minimale soziale Absicherungen kannte und den Einzelnen keinesfalls restlos seinem eigenen Schicksal überließ. Man mag dies als Reste obrigkeitlicher Fürsorge deuten,[29] muss dann aber zugleich einräumen, dass sich diese Reste trotz grundlegender politischer Veränderungen seit dem Kaiserreich eines erstaunlich langen Lebens erfreuen und das Privatrecht seitdem begleiten. Überdies fanden sich selbst im BGB von Anfang an einige soziale Vorkehrungen wie im Dienstvertragsrecht mit §§ 615 ff.[30]

Als Frucht der Pandektistik[31] kann das BGB zweitens nicht allein ein Kind des Liberalismus gewesen sein, weil diese aus einem viel älteren und reicheren Repertoire an Ideen schöpfte. Sie beschrieb und entwickelte die aus dem römischen Recht stammenden, in der Rezeption überformten und über Jahrhunderte gewachsenen Grundsätze. Dazu gehören etwa die Konstruktion des Rechtsgeschäfts, die Einteilung der Vertragstypen und die Arten des Besitzes.[32] Niemand wird behaupten

26 Etwa *D. Reuter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 189 (1989), 199 (205 ff).

27 Vgl. *G. W. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Original 1820, Hamburg 1995, Randbemerkung zu § 2, S. 203: „Gottlob … darf man die Definition des Menschen – als eines rechtsfähigen – an die Spitze des Gesetzbuchs stellen, – ohne Gefahr zu laufen, auf Bestimmungen über Rechte und Pflichten zu treffen, die dem Begriff des Menschen widersprechen.“.

28 Nachweise bei *M. Stolleis,* Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, S. 52 ff; zur Berücksichtigung bei der Bewertung des BGB *Repgen,* Aufgabe (Fn.), S. 519 ff.

29 *Wieacker*, Sozialmodell (Fn.), S. 16 f; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn.), § 11, S. 142.

30 *Repgen,* Aufgabe (Fn.), S. 127 ff; *J. Rückert,* Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance? JZ 2003, 749 (751); *ders*., „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, S. 24 jeweils mit weiteren Beispielen.

31 *Wieacker*, Sozialmodell (Fn.), S. 9. Er attestiert der Pandektistik, die „unkritische Anthropologie alles vorkantischen Naturrechts aufgegeben“ zu haben, S. 5, hält das BGB aber zugleich für „das letzte Siegesmal des alten Bürgertums“, S. 7.

32 §§ 104 ff, 433 ff, 865 ff BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wollen, dass die deutsche Rechtsgeschichte über Jahrhunderte hinweg die eines durchgehenden Wirtschaftsliberalismus gewesen sei, sodass sich auch nur in einem Großteil der BGB-Vorschriften die Vorstellung eines homo oeconomicus hätte niederschlagen können. Bei der Verfassung des BGB sollte die „Autorität der Weisheit, der Billigkeit und des Völkerrechts“[33] berücksichtigt werden. All dies dürfte stärker von einer immer wieder aufs Neue gesammelten Erfahrung des Gelingens und Scheiterns von Vorhaben geprägt sein, als von perfektionistischen Modellvorstellungen eines rationalen, informierten, besitzenden homo oeconomicus. Derartige Vorstellungen dürften selbst für die Menschenbilder des 19. Jahrhunderts kaum repräsentativ sein, die ihn zumindest auch als „Träger des Ideals der Humanität“[34] begriffen, das sich nicht auf ökonomische Vorstellungen reduzieren lässt und ihnen teilweise sogar entgegensteht.

Der zum Beleg für die liberale Prägung angeführte[35] Verzicht auf die laesio enormis, d.h. auf die Preisgrenze beim Doppelten des Üblichen,[36] setzt kein idealisiertes Menschenbild voraus. Gerade wenn man Zweifel daran hat, dass sich Preise allein auf der Grundlage rationaler Kalkulation bilden, kann man den Marktpreis nicht ohne Weiteres zum Maßstab der Sittenwidrigkeit nehmen. Konsequenterweise berücksichtigt das BGB dafür weitere Faktoren wie die Unerfahrenheit oder Zwangslage, § 138 BGB. Der Verzicht auf die laesio enormis hebt überdies nicht die eingangs erwähnten, ebenfalls kodifizierten Vorkehrungen für Irrtum und Mangel, Übervorteilung und Sittenwidrigkeit auf, die von anderen Erfahrungen zeugen. Die Zurückhaltung vor Interventionen in getroffene Vereinbarungen war nie absolut. Allenfalls mag man daher von einer vergleichsweise starken Zurückhaltung vor staatlichen Eingriffen in private Vereinbarungen sprechen, sollte dann aber zugleich die gleichwohl vorhandenen Gegenfaktoren erwähnen. Zu ihnen zählte mit § 134 BGB von Anfang an ein breites Tor zu gesetzlichen Interventionen aller Art. Insoweit schuf das BGB eine Rahmenbegrifflichkeit, die sich auf höchst unterschiedliche Weise ausfüllen ließ und ausgefüllt wurde, ohne dabei auf ein bestimmtes Menschenbild festgelegt zu sein.

Drittens ist das BGB maßgeblich durch Praktiker und an der Praxis interessierte Wissenschaftler geprägt worden.[37] Ihnen ging es nicht um die Ableitung eines Gesetzes aus abstrakten Prinzipien, obwohl ihnen diese durch das Naturrecht und die Nationalökonomie durchaus vor Augen standen. Es ist äußerst unwahrscheinlich,

33 Bericht des Ausschusses für Justizwesen vom 9.6.1874, in: *W. Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin/New York 1978, S. 186, 194: „auctoritas prudentium, aequitas oder jus gentium“.

34 *M. Zichy*, Menschenbilder, Freiburg/München 2017, S. 54.

35 *Wieacker*, Sozialmodell (Fn.), S. 9, 19.

36 Motive, Bd. II, S. 321.

37 Übersicht bei *R. Jahnel*, in: *Schubert,* Entstehungsgeschichte, S. 69 ff.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dass ihnen ein einheitliches Menschenbild vor Augen stand oder sie unbewusst von einheitlichen Annahmen einer bestimmten philosophischen Anthropologie ausgingen. Sie orientierten sich vornehmlich an den bisherigen Normen,[38] von denen zumindest kein einfacher und klarer Weg zu einem dahinter stehenden Menschenbild führt.[39] Weder in ihrer Absicht noch im Ergebnis ihrer Arbeit ist daher das beschriebene idealisierte Menschenbild nachweisbar. Ihre bewusste Abstinenz gegenüber der Kodifikation abstrakter Prinzipien[40] sollte vielmehr Anlass zur Vorsicht sein, dem BGB eine einheitliche Konzeption zu unterstellen, aus der ein bestimmtes Menschenbild folgt.

Unabhängig von der historischen Analyse stellt sich die methodische Frage, wie derart weitgehende Behauptungen über ein Menschenbild des BGB oder gar des gesamten Privatrechts aus den einzelnen gesetzlichen Normen ableitbar sein sollen. Die Prominenz liberaler Vorstellungen am Ende des 19. Jahrhunderts genügt dafür schon deshalb nicht, weil aus ihrer Gleichzeitigkeit mit der Verabschiedung des BGB nicht dessen Abhängigkeit von ihnen folgt. Selbst wenn die beiden Kommissionen zur Erarbeitung des BGB und später der Reichstag ein ungetrübtes Bild eines rationalen, egoistischen, besitzenden Individuums gehabt hätten, bedeutet dies nicht zwingend, dass sich dieses Bild im BGB niedergeschlagen hätte. Gleiches gilt für andere vom Gesetzgeber verfolgte Ziele. Dass das BGB etwa als Manifestation nationaler Einheit konzipiert war,[41] besagt nicht, dass seine Normen einen deutschnationalen Charakter trugen oder gar heute noch tragen.

Überdies fehlt jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass sich das BGB nur an die „Besitzenden" wendet. Es kennt zwar die ein Vermögen voraussetzende Verschwendung, aber ausdrücklich auch die Verarmung.[42] Keiner seiner Vertragstypen und sonstigen Rechtsinstitute richtet sich allein an die Vermögenden oder hat nur für sie Relevanz. Auf Kaufverträge ist jedermann angewiesen, ob er nun trocken Brot erwirbt oder ganze Bäckereien. Vorschriften über das Darlehen spielen gerade in der Situation der Knappheit eine Rolle und sind daher für die Vermögenslosen nicht minder relevant als für die Vermögenden. Gleiches ist für Dienstverhältnisse zu konstatieren, dank derer zumindest ein bescheidenes Vermögen erarbeitet werden

38 Bericht des *Ausschusses für Justizwesen* vom 9.6.1874, in: *Schubert*, Entstehungsgeschichte, S. 186, 191.

39 Dementgegen hat das 19. Jahrhundert nach *K. Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl., Heidelberg 1965, S. 29 biologistische Vorstellungen vom „Kampf ums Dasein" auf das Recht übertragen.

40 *B. Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen 2004, S. 295 ff.

41 *von Kübel*, zitiert nach *Schubert*, Entstehungsgeschichte, S. 38; so bereits die Konzeption von *A. F. J. Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814, S. 32 f. Dazu *Mertens*, Kodifikationen (Fn.), S. 399; *S. Meder*, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen 2009, S. 133; sowie zur Kritik am „juristischen Absolutismus" *T. Duve*, in: D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers (Hrsg.), Rechtswege, Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, Baden-Baden 2015, S. 167, 170.

42 §§ 528, 2338 Abs. 1 S. 1 BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kann. So wie sich das Tötungsverbot nicht nur auf Arme erstreckt, gilt das BGB nicht nur für Reiche.

In ähnlicher Weise zweifelhaft ist die Vorstellung der Gleichheit[43] der Individuen im Privatrecht, wenn damit über die „formal" rechtliche Gleichheit hinaus gleiche tatsächliche Möglichkeiten und Verhältnisse gemeint sind. Nichts könnte dem Privatrecht mit seinen jahrtausendealten Erfahrungen von Abhängigkeiten, asymmetrischen Dienst- und Auftragsverhältnissen fremder sein als das Bild einer materiellen Gleichheit. Für die meisten privatrechtlichen Normen ist noch nicht einmal erkennbar, welche Relevanz die Gleichheit haben soll. Das hat Planck bereits anlässlich der Kritik am ersten Entwurf des BGB betont.[44] Versprechen hat man unabhängig davon zu halten, wie das Vermögen verteilt ist. Armut rechtfertigt keinen Vertragsbruch, so weit ihre Konsequenzen an anderen Stellen wie im Sozial- und Steuerrecht auch reichen mögen.

Dasselbe gilt für das dem Deliktsrecht zugrunde liegende Verbot, andere zu verletzen. Auch dieses wird durch Ungleichheit weder außer Kraft gesetzt noch ist überhaupt ersichtlich, wie sie es beeinflussen sollte. Man muss kein Liberaler sein, um dieses Verbot für sinnvoll zu halten und Privaten zu versagen, eigenmächtig die Vermögen umzuverteilen. Die für die Herstellung von Gleichheit stattdessen maßgeblichen Normen über die Enteignung und über die Umverteilung mittels Steuern sind in erster Linie solche des öffentlichen Rechts. Das Privatrecht verhält sich zu ihnen neutral, ohne damit selbst neutral zu werden.

Das alles scheint so offensichtlich, dass sich die Frage aufdrängt, warum sich dann das beschriebene Bild des rationalen, besitzenden, gleichen Menschen im Privatrecht so großer Beliebtheit erfreut. An detaillierten historischen und dogmatischen Analysen zu dieser Frage liegt das nicht. Auch ökonomische Theorien eines rationalen, informierten, egoistischen Einzelnen behaupten nicht, dass das Recht ein derartiges Bild voraussetzt. Vielmehr beschränken sie sich auf die viel bescheidenere Behauptung, dass mit derartigen Modellen die empirischen Phänomene am besten erfasst werden können.[45]

43 Etwa *Grimm*, Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 13; *K. Purnhagen/L. Reisch*, „Nudging Germany"? Herausforderungen für eine verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland, ZEuP 2016, S. 629 (651); *F. Bydlinski*, Das Menschenbild des ABGB in der Rechtsentwicklung, FS Großfeld, Heidelberg 1999, S. 119 (126) zur historischen Rechtsschule, auch wenn er solche Urteile über das ABGB als „banale Stereotypen" bezeichnet, S. 121. Gegen die Voraussetzung tatsächlicher Gleichheit schon *I. Kant*, „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis", Original 1793, Berlin 1968, AA VIII, S. 291.

44 *G. Planck*, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP 75 (1889), 327 (408 f.).

45 So etwa bereits *J. S. Mill*, System der deduktiven und induktiven Logik, Bd. 3, Gesammelte Werke 4, Aalen 1986, S. 312; *R. Posner*, Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer, New York 2014, S. 18.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Erklärung für die Popularität des dem BGB im kleinen wie dem Privatrecht im großen unterstellten Bildes dürfte daher eher darin liegen, dass es als Kontrastfolie für staatliche Interventionen taugt. Es ist ein willkommenes Feindbild, von dem man sich leicht und gern absetzt.[46] Damit sagt dieses Bild mehr über das Programm derjenigen, die es verwenden, als über das Privatrecht, das es beschreiben soll. Hat man einmal ein idealisiertes Menschenbild geschaffen, lässt sich umso besser auf eine von ihm abweichende Wirklichkeit hinweisen und scheinbar erklären, warum es in „einer modernen Industriegesellschaft" oder im „Informationszeitalter" zu einer Vielzahl von Wandlungen gekommen ist und noch kommen muss. Mit vermeintlicher geschichtlicher Notwendigkeit wird auf diese Weise darstellbar, warum mehr und mehr zwingendes Recht das BGB überlagert und insbesondere das Miet- und Arbeitsrecht, das Verbraucher- und AGB-Recht die einstige Freiheit beschränken. Während Radbruch die damit einhergehende Veränderung deutlich als Entwicklung zum „Kollektivmenschen"[47] kennzeichnete und entsprechende Verweise auf Marx[48] im Verbraucherschutz anfänglich noch in aller Klarheit anzutreffen waren, werden die heutigen Freiheitsbeschränkungen subtiler umschrieben. Man spricht von Informationsasymmetrie[49] oder struktureller Unterlegenheit.[50] An den Freiheitsbeschränkungen hat sich damit nichts geändert.

Ob die damit verbundene Zunahme zwingenden Rechts sinnvoll und unausweichlich ist, kann und muss an dieser Stelle nicht beantwortet werden.[51] Wichtig ist hier lediglich, dass man sie ebenso wenig mit einem zu idealistischen Menschenbild am Ende des 19. Jahrhunderts erklären kann wie den Wandel mit einem inzwischen angeblich höheren Realismus. Nicht erst das 20. Jahrhundert hat Erfahrungen mit Abhängigkeit, Unwissenheit und Schicksalsschlägen gesammelt. Entscheidend ist daher nicht allein, welches Menschenbild das Privatrecht voraussetzt, sondern mindestens ebenso, welche Konsequenzen man aus ihm zieht. Die Gefahr des Scheiterns kann dem einen Zeitalter Ansporn sein, den Verantwortlichen dafür in die Pflicht zu nehmen, während es für ein anderes ein Grund ist, durch rechtliche

46 *F. W. Graf*, Missbrauchte Götter, München 2009, S. 136 ff führt die Durchsetzung des Menschenbildbegriffs auf den Nationalsozialismus zurück und kritisiert den anhaltenden „ikonomanen Produktionsprozess" zu diesem Bild, S. 158; *T. Gutmann*, in: S. Meyer/A. Owzar (Hrsg.), Disziplinen der Anthropologie, Münster u.w. 2011, S. 179 (195) hält den Begriff für einen antiliberalen Topos.

47 *Radbruch*, Mensch (Fn.), S. 472; ähnlich *Engisch*, Weltbild (Fn.), S. 32.

48 Etwa *N. Reich*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1976, S. 186 (190) mit Verweis auf *K. Marx*, Das Kapital, 2. Aufl., Original 1872, Hamburg 2011, MEW 23, S. 50. *K. Marx* hatte etwa zur Menschenrechtserklärung von 1793 bemerkt, sie enthalte Rechte des „egoistischen Menschen … als isolierter, auf sich zurückgezogener Monade", Zur Judenfrage, Original 1844, Berlin 2016, MEW 1, S. 364.

49 Etwa BGH, NJW 2009, 534 Rn. 28; 2017, 1391 Rn. 31.

50 BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1994, 36 (38); NZA 2011, 60 Rn. 23; BGH, NJW 2002, 746 (747); *N. Reich*, Markt und Recht, 1977, S. 191 ff.

51 Zu Gestaltungsmöglichkeiten mittels abdingbaren Rechts *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 179 ff.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verbote bereits die Möglichkeit des Scheiterns auszuschließen, indem man für bestimmte Bereiche die Möglichkeit zum Vertragsschluss ganz aufhebt.

Unterschiedliche Schlussfolgerungen können selbst unter vergleichbaren wirtschaftlichen und technischen Verhältnissen gezogen werden. So wird die angebliche Unausweichlichkeit des Arbeits- und Verbraucherrechts fraglich, wenn man auf Gesellschaften wie die Schweiz und die USA blickt, die trotz höheren Wohlstands mit geringeren staatlichen Interventionen auskommen. Die „Vielfalt des Kapitalismus“,[52] die sich auch im Privatrecht niederschlägt, zeigt deutlich, dass man seine eigenen Präferenzen für oder gegen staatliche Interventionen nicht in eine vermeintliche historische Notwendigkeit projizieren sollte, mit der sich ein Menschenbild in bestimmten Normen manifestiert. Das erübrigt nicht die Frage, welches Menschenbild hinter einer bestimmten Gesetzgebung steht. Aber es verdeutlicht die Gefahr, mittels der beschriebenen Idealisierungen Freiheitsverluste zu bagatellisieren und Gestaltungsmöglichkeiten zu verdecken.[53]

C. Instrumentalisierung von Verbraucher- und Unternehmerbildern

Lässt man das deutsche Privatrecht hinter sich und schaut auf das europäische Privatrecht, so stößt man auf ein ähnliches Phänomen. In ihm beruht eine Vielzahl gesetzgeberischer und richterlicher Interventionen auf bestimmten Vorstellungen vom schutzbedürftigen Verbraucher[54] und dem ihm entsprechend überlegenen Unternehmer. Diese Bilder enthalten kein umfassendes Bild vom Menschen, sondern begreifen ihn lediglich in einer bestimmten Rolle, die für den Verbraucher mit der Fixierung auf das Konsumieren alles andere als schmeichelhaft ist. Aufgrund der Zweiteilung zwischen Verbrauchern und Unternehmern ist das vorausgesetzte Bild dabei nur unwesentlich komplexer als das bisher beschriebene, führt aber dessen Probleme fort. Der rationale, informierte, egoistisch handelnde homo oeconomicus ist dort zum Unternehmer geworden. Ihm werden diese Eigenschaften ausdrücklich zwar selten zugeschrieben.[55] Indes wird er in seiner Begegnung mit dem Verbraucher genauso behandelt. Nur durch die Annahme eines umfassenden Wissens sind die vielzähligen dem Unternehmer auferlegten Informationspflichten sowie die harschen Folgen ihrer Verletzung erklärbar.

Diese Pauschalierung zweier unterschiedlicher Rollen ist indes viel zu grob. Aufgrund der Rollenzuschreibung als Unternehmer bleiben etwa diejenigen außer Betracht, die erst am Anfang einer selbständigen Tätigkeit stehen und die den Groß-

52 *P. Hall/D. Soskice*, Varieties of Capitalism, Oxford, Oxford University Press 2001, S. 1 ff.

53 Nach *N. Luhmann*, in: P. Fuchs/A. Göbel (Hrsg.), Der Mensch – das Medium der Gesellschaft, Frankfurt 1994, S. 40 (55f.) hat die Orientierung an Menschenbildern dazu gedient, „Rollenasymmetrien über externe Referenzen zu erhärten und der sozialen Disposition zu entziehen“.

54 Art. 169 AEUV.

55 Etwa *Reymann*, Sonderprivatrecht (Fn.), S. 262.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

teil der dafür erforderlichen Informationen noch erwerben müssen. Will man etwa in Nebentätigkeit eine Reise für andere organisieren, ist dafür inzwischen eine so große Vielzahl von Belehrungen und Unterlagen vorzubereiten,[56] dass man das ohne aufwendige und kostspielige rechtliche Beratung kaum bewältigen kann. Es sind Anfangsinvestitionen erforderlich, die enorme Markteintrittsbarrieren schaffen. Ob das denjenigen Verbraucher schützt, der sich zunächst die Mittel erarbeiten muss, um am Konsum teilzuhaben, ist mehr als fraglich.

Aufgrund des einseitigen Rollenbildes werden Irrtümer des Unternehmers nur als Grenzüberschreitungen gegenüber dem Verbraucher thematisierbar, die es zu dessen Schutz abzuwehren gilt, nicht aber als Begleiterscheinungen jeglicher menschlichen Tätigkeit. Dabei bietet gerade das Privatrecht genügend Anschauungsmaterial dafür, dass sich auch Unternehmer und ihre Angestellten irren, scheitern und rational nicht erklärbare Fehler begehen. Es sind dieselben Menschen wie die Verbraucher. Indem der Unternehmer jedoch im Kontrast zum Verbraucher als überlegen erscheint, wird er selbst dann rigoros zur Verantwortung gezogen, wenn sein Fehler zu keinerlei Schaden geführt hat. Ein falsches Wort in der Widerrufsbelehrung genügt, um auch geraume Zeit nach dem Vertragsabschluss das Geschäft rückabzuwickeln.[57] Dafür muss nicht einmal der Verbraucher behaupten, sich darauf verlassen zu haben. Auf die Kausalität eines Belehrungsfehlers soll es nicht ankommen.[58] Dem liegt die Illusion zugrunde, es ginge gegenüber dem Unternehmer wie gegenüber einem homo oeconomicus nur darum, mit strikten Anreizen Fehler zu verhindern. Die konkreten Interessen und ihre Schutzbedürftigkeit lassen sich auf diese Weise ausblenden.

Etwa bleibt beim Widerrufsrecht außer Betracht, welche Kosten seine Ausübung verursacht und wer diese letztlich trägt, hat man es doch beim Unternehmer vermeintlich mit einem rationalen, egoistischen Wesen zu tun, dem nur die richtigen rechtlichen Vorgaben zu machen seien. Dass selbst perfekte Anreize nicht immer zum besten Ergebnis führen, weil man es auch bei Unternehmern mit Menschen zu tun hat, denen Fehler unterlaufen, gerät aus dem Blick. Das Bild des rationalen Unternehmers ist damit für diesen nur auf den ersten Blick schmeichelhaft und trägt dazu bei, von den konkreten Verhältnissen abzusehen. Ist die Person auf eine bestimmte Rolle reduziert, lassen sich ihr umso einfacher Rechte und Pflichten zuschreiben, ohne dass die zugrunde liegenden Interessen in den Blick kommen. Ob der Verbraucher im Einzelfall überfordert war, ob er ausnahmsweise über mehr Erfahrungen und Informationen als der Unternehmer verfügte, spielt keine Rolle. Die

56 § 651a Abs. 3 BGB, Art. 238 EGBGB, §§ 4 ff BGB-InfoV.
57 § 356 Abs. 3 S. 1 BGB.
58 BGH, NJW 2009, 3020 Rn. 25; 2016, 3512 Rn. 26; 2017, 243 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Rollenzuschreibung Verbraucher – Unternehmer erübrigt scheinbar zu untersuchen, welche Interessen verletzt sind und welche überwiegen.

So kann auch der Richter, der privat per Email bei einem Künstler eine Fotografie bestellt, von diesem eine makellose Widerrufsbelehrung erwarten. Ist dort ein Detail falsch, kann er selbst ein Jahr später sein Geld zurückverlangen, wenn der Künstler es längst ausgegeben und der Fehler keinerlei Rolle gespielt hat.[59] Denn er wird dabei nicht als Richter und sein Gegenüber nicht als Künstler behandelt. Vielmehr wird er zum Verbraucher wie der Künstler zum Unternehmer, was auch immer das tatsächliche Selbstverständnis und die tatsächliche Vereinbarung beinhalten. Nur mit diesen Rollenzuschreibungen und der Ausblendung der betroffenen Interessen erscheinen die strikten, den Einzelfall ausblendenden Regeln legitimierbar. Stilisierte Bilder vom Unternehmer überdecken auf diese Weise die tatsächlichen Verhältnisse.

Einseitige Zuschreibungen finden sich spiegelbildlich im Bild des Verbrauchers. Wie der Begriff des hohen Verbraucherschutzniveaus in Art. 169 AEUV verdeutlicht, gilt der Verbraucher ohne weitere Voraussetzung als schutzbedürftig. Ist seine Spaltung vom Unternehmer vollzogen, kann man in einen äußersten Pessimismus verfallen und den Verbraucher stets als unterstützungsbedürftig ansehen. Deshalb enthält etwa die Klauselrichtlinie Verbote, von denen aufgrund hoher Hürden für eine Individualvereinbarung praktisch keine Abweichung zulässig ist.[60] Das gilt sogar dann, wenn das Recht selbst sie wie im Falle von Haftungsbegrenzungen an anderer Stelle vorschreibt.[61] Beim Verbrauchsgüterkauf hilft für die Gewährleistung nicht einmal eine derartige Vereinbarung,[62] zu unüberwindlich ist das empfundene Gefälle zum Unternehmer.

Teilweise verzichten die europäischen Richtlinien zwar auf verbindliche Inhalte und beschränken sich auf prozedurale Mittel. So verpflichten sie wie beim Fernabsatz und beim Haustürgeschäft den Unternehmer zu umfangreicher Information des Verbrauchers,[63] ohne inhaltliche Vorgaben zu machen. Das ist vielfach zu einem Informationsmodell verdichtet worden, nachdem der Verbraucher dem Unternehmer mangels ausreichender Information zwar unterlegen ist, nach erfolgter Aufklärung indes seine Interessen selbst wahrnehmen könne.[64] Die Mündigkeit des

59 §§ 312c Abs. 1, 312g Abs. 1, 355 Abs. 1, 356 Abs. 3 S. 1 BGB.

60 Anhang zu Richtlinie 93/13/EWG; zu den Hürden für eine Individualvereinbarung BGH, NJW 1988, 410; 2000, 1110, 1111 (= BGHZ 143, 104, 111); 2014, 1725 Rn. 27.

61 Etwa §§ 418 Abs. 6 S. 2, 431, 433 f HGB.

62 § 475 Abs. 1 BGB.

63 §§ 312b ff BGB.

64 *N. Reich*, in: N. Reich/H.-W. Micklitz (Hrsg.), Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. Baden-Baden 2003, S. 23 ff, der vom Informationsparadigma spricht; *Dauner-Lieb,* Verbraucherschutz (Fn.), S. 63; zur Kritik *W. Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1191 (1193 ff).

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verbrauchers geht allerdings nicht so weit, als dass er selbst bei umfassender Information auf diesen Schutz verzichten könnte. Selbst kleinste Fehler in der Belehrung durch den Unternehmer führen zu einem Andauern des Widerrufsrechts weit über den Vertragsschluss hinaus.[65] Die Mündigkeit des Verbrauchers ist daher auch im europäischen Privatrecht eine überaus beschränkte.

Die Informationspflichten verstärken daher in ihrer ganz überwiegenden Ausgestaltung das zwingende Recht und bilden kein Modell, das mit einem sozialrechtlichen auf verbindliche inhaltliche Vorgaben setzenden Modell konkurrieren könnte.[66] Sie sind begrifflich wie dogmatisch nur eine weitere Form zwingenden Rechts. Bezeichnenderweise finden sich keine Belege dafür, dass Informationspflichten inhaltliche Vorgaben ersetzt hätten. Das wäre nur dann plausibel, wenn die Parteien durch sie eine bisher nicht bekannte Freiheit zur Abbedingung gewonnen hätten, sie also etwa im Unterschied zur früheren Rechtslage auf die Gewährleistung verzichten könnten, da sie ausreichend informiert seien. Dafür ist kein Beispiel ersichtlich. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich beim Informationsmodell um ein eigenständiges Modell handelt, das mit einem Sozialmodell konkurrieren kann. Eher drängt sich der Eindruck auf, dass auf diese Weise zusätzliche Eingriffe aufgrund von Informationspflichten beschönigt werden, während man die Autonomie durch Information an anderen Situationen nicht ernst nimmt.

Gelegentlich wird zu Informationspflichten die Alternative eines kompletten Verbots bestimmter Geschäfte angeführt, das durch sie entbehrlich würde.[67] Gegenüber einem derart drastischen Mittel erscheinen Informationspflichten zwar in der Tat als milder. Das zeigt aber nur, dass bei dieser Gegenüberstellung die milderen Formen zwingenden Rechts nicht einmal in den Blick genommen werden. Sie würden die Wirksamkeit des Geschäfts unberührt lassen und lediglich dessen Inhalt überlagern.[68] Ihnen gegenüber sind Informationspflichten, die wie im Fall von Widerrufsrechten zur eingeschränkten Wirksamkeit des Vertrages führen, kein milderes, sondern ein strengeres Mittel.

Die Striktheit der mit Informationspflichten auferlegten Vorgaben hindert den EuGH allerdings nicht daran, an anderer Stelle die Fähigkeit des Verbrauchers zu betonen, um zwingende Normen des nationalen Rechts beiseite zu räumen. Könne sich der Verbraucher etwa dank der Inhaltsangabe zu einer gekauften Sache selbst eine Vorstellung von ihr verschaffen, dürfe ein Mitgliedsstaat deren Vertrieb unter

65 § 356 Abs. 3 BGB.

66 So eine häufige Gegenüberstellung, etwa *Schön*, Zivilrechtsordnung, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1191 (1193 ff.); S. *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010, S. 18.

67 Etwa bei *Schön,* Zivilrechtsordnung (Fn.), S. 1196 f.

68 Nicht jede zwingende Norm ist ein Verbotsgesetz, § 134 HS 2 BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einem bestimmten Namen nicht wegen Irreführung untersagen.[69] An dieser Stelle einer Überlagerung nationalen Rechts durch das EU-Recht gilt der Verbraucher also als mündig, während er im Übrigen als weitgehend unmündig behandelt wird. Dem Verbraucher werden daher je nach Kontext andere Eigenschaften zugeschrieben.[70] Konsistent ist das nicht. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die dabei bemühten Bilder weniger auf einer so empfundenen Realität aufbauen[71] als am Interesse, die jeweilige Norm ad hoc zu legitimieren. Sie nehmen damit einen instrumentellen, nicht an einer Wiedergabe der Wirklichkeit orientierten Charakter an und sind schon deshalb fragwürdig.

Der Widerspruch zwischen den verschiedenen Verbraucher- und Unternehmerbildern fällt kaum auf, weil sie holzschnittartig gefasst sind, damit Raum für verschiedene harmonisierende Konkretisierungen schaffen und sich auf keine detaillierte empirische Studie stützen. Keine Behauptung über einen nicht ausreichend informierten, schutzbedürftigen Verbraucher erscheint zu gewagt und empirisch zu wenig belegt, um nicht eine Verbraucherschutzrichtlinie begründen zu können. Genauere Darlegungen hat der EuGH vom europäischen Gesetzgeber bisher nicht verlangt, obwohl sich diese angesichts der dem Einzelnen in anderen Bereichen des Rechts auferlegten Zumutungen aufdrängen. Die Wirksamkeit der Richtlinien wird insoweit nicht in Frage gestellt.[72] Maßgeblich ist zwar der „verständige Durchschnittsverbraucher".[73] Das führt aber im Ergebnis nicht zu einer Statuierung eines Mindestmaßes an Rationalität, das man beim Verbraucher stets voraussetzen könnte.

Der EuGH hat damit bisher trotz entsprechender Grundlagen in Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 263 AEUV, Art. 16 GrCh nicht die Rolle eines Verfassungsgerichts angenommen, das in nennenswerter Weise inkohärente Beschränkungen der Vertragsfreiheit rügt. Das ist jedoch schon deshalb angezeigt, weil mit den verschiedenen Vorstellungen von den handelnden Personen unterschiedliche Regelungen einhergehen, deren Wertungen einander widersprechen.[74] Der Instrumentalisierung einseitiger und unterkomplexer Bilder vom Verbraucher und vom Unternehmer, ob sie

69 So EuGH, NJW 1979, 1766, 1767 („Cassis de Dijon") gegenüber der Festsetzung eines Mindestweingeistgehalts, obwohl Angabe von Herkunft und Alkoholgehalt gereicht hätten.

70 *H. Unberath/A. Johnston*, The double-headed approach of the ECJ concerning consumer protection, CML Rev. 44 (2007), 1237 (1282).

71 *K. U. Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, Tübingen 2014, S. 837 spricht von einer kontrafaktischen Kunstfigur.

72 *Unberath/Johnston*, consumer protection (Fn.), S. 1238.

73 EuGH, GRUR Int 1998, 795 Rn. 31, 37 – Gut Springenheide; GRUR 2007, 69 Rn. 78 – Lidl; BGH, GRUR 2000, 619, 621. Zu diesem Hintergrund *H. Meyer*, Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshof – Abkehr vom flüchtigen Verbraucher, WRP 1993, 215 ff; *Schmolke*, Grenzen (Fn.), S. 834 ff.

74 Für einen Vorrang des primärrechtlichen Verbraucherleitbilds vor dem sekundärrechtlichen plädiert *Reymann*, Sonderprivatrecht (Fn.), S. 358.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

eher marktliberal oder eher interventionsfreudig ausfallen, lässt sich damit bisher nicht wirksam vorbeugen. Daher ist nicht allein die Frage entscheidend, ob man ein eher optimistisches oder eher ein pessimistisches Bild vom Verbraucher und Unternehmer zeichnen möchte. Vielmehr wäre zunächst die vorausliegende Frage zu beantworten, warum man sich überhaupt auf derart vereinfachte Bilder einlassen sollte. Auch das hat etwas mit einem einheitlichen Bild vom Menschen zu tun, das mit derartigen Reduktionen und Einseitigkeiten nicht vereinbar ist.

D. Vergleich mit den Personenrollen der Vertragstypen

Gegen die Kritik an der Verwendung holzschnittartiger Verbraucher- und Unternehmerleitbilder mag man einwenden, dass diese Beschränkung eine selbstverständliche Folge der Abstraktion von den konkreten Verhältnissen sei, wie sie in nahezu jeder rechtlichen Regelung und insbesondere in den etablierten Vertragstypen geschieht. Auch Käufer und Verkäufer, Entleiher und Verleiher sind dabei nur in einem bestimmten Ausschnitt ihrer Eigenschaften angesprochen.

Allerdings gibt es zwischen der Rollenbeschreibung in den Vertragstypen und dem Status als Verbraucher oder Unternehmer einen wichtigen Unterschied. Die mit den Rollen in einem Vertrag verbundenen Eigenschaften folgen aus bestimmten Handlungen der jeweiligen Person und nicht aus den ihr unabhängig davon zugeschriebenen Eigenschaften. Zum Verkäufer wird man aufgrund eines entgeltlichen Versprechens der Übergabe und Übereignung einer Sache, ohne dass damit weitere Eigenschaften wie ein bestimmter Informationsstand verknüpft wären. Zum Verleiher wird man durch das Versprechen der unentgeltlichen Überlassung einer Sache auf Zeit. Über das sonstige Vermögen, kognitive Fähigkeiten oder gar eine Überlegenheit gegenüber dem Entleiher ist dabei nichts vorausgesetzt.

Die Rolle der einzelnen Personen in einem Vertragstyp folgt daher aus deren Versprechen und ist nicht mit zusätzlichen, von ihm unabhängigen Zuschreibungen verbunden. Die Beschränkung der Rollen in den einzelnen Vertragstypen ist damit für vielfältige Konstellationen und Entwicklungen offen. Das führt dazu, dass man gleichzeitig die verschiedensten Rollen annehmen kann, etwa als Vermieter und Mieter, Käufer und Verkäufer, Dienstleister und Auftraggeber. Diese Rollen können selbst innerhalb ein und desselben Vertrages wechseln, etwa wenn eine Sache zunächst verkauft und dann zurückgemietet wird. Rechtliche Barrieren dafür bestehen nicht. Alles hängt davon ab, worauf man sich einigt.

Im Gegensatz dazu sind die mit einem Verbraucher und Unternehmer assoziierten Eigenschaften wie eine unterstellte oder in Zweifel gezogene Informiertheit nicht aus bestimmten Handlungen abgeleitet, zu denen sich die Einzelnen frei entscheiden können. Unternehmer und Verbraucher ist man schon vor dem Vertragsschluss und die damit verbundenen Eigenschaften bestehen unabhängig vom Inhalt der

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vereinbarung. Das bringt es mit sich, das anders als bei den erwähnten Rollen in den Vertragstypen kein einfacher Positionswechsel möglich ist. Während zwei Personen ohne weiteres zeitgleich zwei unterschiedliche Verträge miteinander schließen können, in denen sie mit vertauschten Rollen einmal als Käufer, einmal als Verkäufer auftreten, lässt sich zwischen Unternehmern und Verbrauchern ein derartiger Rollentausch kaum durchführen. Ist man als Unternehmer tätig, handelt man nicht als Verbraucher und umgekehrt.

Aufgrund des fehlenden Positionswechsels ist die Konzeption und Auslegung der Verbraucherschutznormen stärker davon geprägt, welche Interessen man unabhängig vom geregelten Vertrag für schützenswert hält. Damit fehlt in der Kontrolle der Sachgerechtigkeit eine wichtige Kontrollinstanz. Bei den einzelnen Vertragstypen ist diese hingegen vorhanden, weil man von vornherein kaum weiß, welche Personen sich ihrer in welchen Konstellationen bedienen. Zwar treten etwa meist Unternehmer als Verkäufer auf, aber notwendig ist das nicht, wenn man etwa an den Verkauf gebrauchter Sachen denkt. Weiß man nicht, wer Käufer oder Verkäufer ist, fällt es schwer, den einen oder anderen pauschal als schutzbedürftig zu behandeln. Daher liegt über den Parteirollen in den einzelnen Vertragstypen ein Schleier des Nichtwissens.[75] Dank seiner ist die Auslegung derartiger Normen weniger interessengesteuert und damit besser legitimierbar als die Auslegung von Normen, die an die Eigenschaft als Unternehmer oder Verbraucher anknüpfen. Nicht zufällig sind in den Vertragstypen des BGB Schutzvorschriften als erstes dort eingeführt worden, wo der Rollentausch unwahrscheinlich ist, nämlich im Miet- und im Arbeitsrecht. Dort hat man klarer vor Augen, wem eine Regelung nutzt und wem sie schadet, als etwa im Kauf- oder Werkvertragsrecht.

Erneut kommt es an dieser Stelle nicht darauf an, ob diese Entwicklung unvermeidlich und angesichts der Missbrauchsgefahren sinnvoll ist. Wichtig ist festzuhalten, dass die dabei bemühten Bilder vom Unternehmer und vom Verbraucher nicht unbedingt tatsächliche Eigenschaften beschreiben, sondern zu unüberwindbaren Zuschreibungen führen. Kein Studium, keine Promotion, keine Berufserfahrung kann die angebliche Unterlegenheit des Verbrauchers mildern und ihn etwa befähigen, von der zweijährigen Gewährleistungsfrist im Kaufrecht abzuweichen, § 475 Abs. 2 BGB. Das beinhaltet auch eine Anfrage an das damit verbundene, eine Entwicklung ausschließende Menschenbild. Denn dann hat man es mit Personen zu tun, die sich aus ihren beengten Verhältnissen begrenzter Rationalität und begrenzten Wissens zu selten befreien können, als dass man dies im Gesetz berücksichtigen müsste.

75 *J. Rawls*, A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press 1971, S. 136 ff unter Berufung auf Harsanyi.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

E. Konsequenzen eines realistischen Menschenbildes

Die bisherigen Überlegungen wandten sich gegen die Idealisierung des vom BGB angeblich vorausgesetzten Menschenbildes sowie gegen die entsprechende Instrumentalisierung der Verbraucher- und Unternehmerbilder. Dabei blieb offen, welche Annahmen über den Einzelnen man in der Gestaltung und Auslegung des Privatrechts stattdessen zugrunde legen sollte, um ähnliche Einseitigkeiten zu vermeiden.

Dabei ist zunächst an die eingangs beschriebene Ambivalenz zu erinnern. Danach setzt das Privatrecht einerseits eine Person voraus, die Versprechen abzugeben imstande ist und über absolute Rechte verfügt. Andererseits ist der Einzelne jemand, der diese Rechte zumindest gelegentlich überschreitet, sodass es einer Vielzahl von Normen bedarf, um die daraus entstehenden Folgen zu klären. Er kann sich irren, indem er etwa Verträge eingeht, die er nicht überschaut und die ihn gleichwohl binden. Nur in sehr engen Grenzen berechtigen Irrtümer zur Anfechtung, §§ 119 ff BGB, und Machtungleichgewichte zu einer Korrektur, §§ 138, 242 BGB. Der Einzelne ist des Rechtes ebenso bedürftig wie auf Recht hin ansprechbar.[76]

Zweifelhaft wird vor diesem Hintergrund die vielfach wiederholte Behauptung der Handelsvertreterentscheidung, wonach die Privatautonomie voraussetze, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen tatsächlich gegeben sind.[77] Dabei ist bereits unklar, welche Bedingungen das genau sein sollen. Nicht gemeint sein können damit diejenigen Eigenschaften, welche die oben beschriebenen Modelle dem Einzelnen zuschreiben, etwa umfassend informiert und rational zu sein. Anderenfalls könnte das Recht kaum eine unter Realbedingungen getroffene Entscheidung anerkennen, da die dafür verfügbare Information in aller Regel ebenso begrenzt ist wie die Rationalität, mit der sie getroffen wird.

Genau diese Beschränkungen des Wissens und der Rationalität ist vielfach sogar der Grund dafür, dass man einen Vertrag schließt. Hätte man ein umfassendes Wissen, müsste man etwa mit Ärzten, Anwälten oder Handwerkern meist keinen Vertrag schließen. Die für die Anerkennung einer Selbstbestimmung erforderlichen Bedingungen können daher nur äußerst minimal sein, will man nicht einem Großteil von Verträgen die Geltung versagen. Nicht zufällig setzt das BGB für die Geschäftsfähigkeit und damit für die Möglichkeit, sich rechtlich zu binden, bei Erwachsenen lediglich voraus, in der Geistestätigkeit nicht krankhaft gestört zu sein, § 104 Nr. 2 BGB. Der damit für nahezu jeden eröffnete Spielraum der Privatautonomie beruht nicht auf einer Idealisierung der tatsächlichen Verhältnisse, sondern im Gegenteil auf der realistischen Annahme, dass man angesichts der vorhandenen Beschränkungen nicht zu viel vom Einzelnen verlangen darf.

76 Parallel dazu sind die Moralbedürftigkeit und -fähigkeit, *O. Höffe*, Lebenskunst und Moral, München 2007, S. 54.

77 BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470); VersR 2006, 961 Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Nach der zitierten Rechtsprechung sind die Bedingungen der Selbstbestimmung allerdings bereits dann bedroht, wenn kein annäherndes Kräftegleichgewicht der Beteiligten besteht. Dann könne das Vertragsrecht keinen sachgerechten Ausgleich gewährleisten, sodass der Staat ausgleichend eingreifen müsse.[78] Zwar entspricht dieses Bild gleichstarker Verhandlungspartner einem naheliegenden Idealbild von auf Augenhöhe miteinander verhandelnden Partnern, welche die gleiche Möglichkeit haben, notfalls mit anderen Parteien einen Vertrag zu schließen. Allein auf dieses Idealbild darf man aber die Selbstbestimmung nicht beschränken. Unter nicht idealen Bedingungen ist es immer noch besser, wenigstens die Möglichkeit zu vertraglichen Bindungen zu haben, als davon ganz ausgeschlossen zu werden. Das gilt jenseits der beschriebenen Mindestanforderungen unabhängig davon, wie ideal die Willensbildung geschieht und in welchem Ausmaß sie beeinträchtigt ist.

Überdies gelten die Begrenzungen nicht nur für die Einzelnen, sondern auch für den Staat, der in ihre Verhältnisse eingreift. Angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Verhältnisse, der Unüberschaubarkeit der Entwicklung und unterschiedlicher Bewertungen von Gütern sowie Dienstleistungen vermag keiner genau anzugeben, worin ein sachgerechter Ausgleich besteht. Allein aus dem Umstand, dass nicht der Idealzustand eines annähernden Kräftegleichgewichts besteht, folgt daher nicht, dass ein staatlicher Eingriff die Situation verbessert und daher erfolgen darf oder gar muss. Dafür ist der Nachweis erforderlich, dass dieser Eingriff nicht zu größeren Problemen als denjenigen führt, die er beseitigen soll. Erneut zeigt sich hier die Gefahr, aus einer Idealisierung des Menschen- und Unternehmerbildes zu weitreichende Schlussfolgerungen zu ziehen. Der Verweis darauf, dass die Realität von ihm abweicht, leuchtet zwar ein. Jedoch genügt er nicht zur Rechtfertigung der Freiheitseingriffe, die den Einzelnen mit der Möglichkeit zu einer fehlerhaften Entscheidung auch die Möglichkeit zu einer abweichenden Gestaltung abschneidet, die besser zu ihrer Situation passt.

So wünschenswert ein annäherndes Kräftegleichgewicht zwischen den Einzelnen daher auch sein mag, so wenig entspricht es den tatsächlichen Möglichkeiten, unter denen sich die Selbstbestimmung der Einzelnen verwirklichen muss. Verlangt man dafür zu viel, verbannt man die Privatautonomie in eine Idealwelt. Soll sie unter den tatsächlichen Gegebenheiten eine Rolle spielen, muss man zu erheblichen Abstrichen von einer idealen Verhandlungssituation bereit sein. Etwa kann es angesichts der Vielfalt der tatsächlichen Verhältnisse und beteiligten Personen nicht darauf ankommen, ob beide Parteien mit einem „annähernden Kräftegleichgewicht“[79] verhandeln. Es muss genügen, dass sich jede Seite eine Vorstellung davon bilden kann, worauf sie sich einlässt, um notfalls auf einen Vertragsschluss zu ver-

78 BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470).
79 BVerfG, aaO.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zichten. Dies bedeutet nicht, dass man auf jeglichen Schutz und jeglichen Eingriff verzichten muss, jedoch dass deren Ziel nicht in der Herstellung einer idealen Verhandlungssituation liegen kann.

Vielmehr ist von einem realistischen Menschenbild auszugehen, das um die Begrenzungen der Einzelnen und um die eingeschränkten Möglichkeiten gesetzgeberischer Interventionen weiß. Allein eine fehlende Vertragsparität rechtfertigt daher nicht, die privatautonomen Akte für unerheblich zu erklären. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum das BGB die Wirksamkeit eines Vertrages selbst dann nicht einschränkt, wenn ein Beteiligter zur Ausführung des Vertrages außerstande ist, ohne dass ihm dies bewusst war, § 311a Abs. 1 BGB. Es ist nicht für ideale Personen geschaffen, sondern für die tatsächlichen, wie groß auch immer ihre Besonderheiten und Begrenzungen sind.

Ebenso wenig setzt das BGB für die Anerkennung selbstbestimmter Akte voraus, dass die Einzelnen über die Mittel verfügen, um ihre eingegangenen Verpflichtungen einzuhalten. Sie sind an diese unabhängig von ihren eigenen finanziellen Möglichkeiten gebunden. Das wird vielfach im Satz zusammengefasst: Geld hat man zu haben.[80] Wollte man die Freiheit zum Abschluss eines Vertrages nur denjenigen zubilligen, welche über die Mittel zu seiner Erfüllung verfügen, müsste man den Mittellosen die Möglichkeit versagen, in der Hoffnung auf eine Besserung ihrer Lage Verpflichtungen einzugehen. Ein bestimmtes Vermögen kann daher nicht Bedingung der Selbstbestimmung sein. Diese Bedingungen sind daher zumindest einfachrechtlich deutlich geringer, als es der Verweis des Bundesverfassungsgerichts auf das annähernde Kräftegleichgewicht der Parteien suggeriert.

Mehr kann auch das Grundgesetz nicht voraussetzen. Es ist vor dem Hintergrund der größtmöglichen Verletzung menschlicher Würde und Selbstbestimmung verfasst, sodass auch seine Regelungen so zu verstehen sind, dass sie sich unter den nicht idealen, tatsächlichen Bedingungen bewähren sollen und nicht in einer Modelwelt. So kommt die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ebenso wie andere Grundrechte nicht fiktiven, sondern realen Personen mit all ihren Schwächen und Unterschieden zu. Daher darf man auch verfassungsrechtlich an die Anerkennung der Privatautonomie keine hohen Anforderungen wie etwa eine bestimmte Verhandlungsstärke stellen.

Das bedeutet nicht, auf jegliche Überlagerung durch zwingendes Recht zu verzichten. Die Anerkennung selbstbestimmter Akte ist keine Entweder-oder-Entscheidung, sondern lässt sich graduieren, indem man etwa eine Abrede als bindend akzeptiert und sie nur punktuell durch zwingendes Recht überlagert. Jedoch kommt

80 *D. Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 490 ff; zu den Einschränkungen *L. Kähler*, AcP 206 (2006), 805, 830 ff mwN.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

es dabei auf eine Einzelanalyse an, wie weit der Eingriff geht und was mit ihm bewirkt wird, ohne dass man zu seiner Legitimation schlicht darauf verweisen könnte, dass die Parteien nicht in einem annähernden Kräftegleichgewicht verhandeln würden.

Für die Regelung privatrechtlicher Fragen ist zudem maßgeblich, dass es anders als im öffentlichen Recht nicht um Eingriffe eines Staates geht, der über umfassende Mittel und Erfahrung verfügt und eine Beeinträchtigung der Einzelnen unterlassen muss, wenn er dafür über keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe verfügt. Vielmehr sind Konflikte zwischen vielfach unerfahrenen Privaten zu entscheiden, bei denen keine besondere Kompetenz und Rücksicht vorausgesetzt werden kann. Bei ihnen sind auf beiden Seiten Freiheitsrechte zu beachten, wie auf beiden Seiten Informationsdefizite, irrationale Annahmen und andere Beschränkungen auftreten. Derartige Widrigkeiten sind kein Grund, Akten der Selbstbestimmung pauschal die Anerkennung zu versagen, sondern sprechen im Gegenteil dafür, die ihnen zum Trotz getroffenen Entscheidungen ernst zu nehmen, weil immerhin diese zustande gekommen sind und es an anderen Akten fehlt. Deshalb sind die einzelnen Versprechen und etwaigen Fehler auf beiden Seiten zu würdigen, selbst wenn die Verhandlungssituation nicht ideal war.

Ob etwa ein Verkäufer zwei Jahre nach der Übergabe der verkauften Sache noch für die Mängel einstehen muss, die bereits zuvor erkennbar waren, ist keine Frage, ob die Parteien im Kräftegleichgewicht verhandelt haben. Vielmehr geht es um die Gewichtung von Fehlern und die Abgrenzung von Verantwortungssphären, die mittels von Fristen erfolgt, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Das BGB weiß darin um die Fehlbarkeit beider Parteien und ist darin realistischer als Regelungswerke, die auf dem Reißbrett zur Verfolgung einer bestimmten Vision entworfen werden und eine anderweitige Wirklichkeit nur als Abweichung von ihrem Ideal begreifen, anstatt von ihr ausgehend nach den tatsächlichen Möglichkeiten der Selbstbestimmung zu fragen.

Zur Charakterisierung des Privatrechts scheiden daher einseitige Bilder aus, welche den Einzelnen als Verbraucher oder Unternehmer oder als rationales Individuum stilisieren, um Interventionen zu rechtfertigen. Mithilfe privatrechtlicher Normen und ihren Voraussetzungen lässt sich aus diesem Grund kein einfaches Menschenbild zeichnen, sondern allenfalls ein Rahmen dafür abstecken.[81] Man hat es mit den verschiedensten Personen und Verhältnissen zu tun, für die das erst noch zu

81 *H. Huber,* in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Bern, Stämpfli 1971, S. 76 (81) spricht generell vom „Ausschnittcharakter des rechtlichen Menschenbildes". Entsprechend außerhalb des Rechts, *E. Cassirer*, Versuch (Fn.), S. 31: „homo absconditus"; *Zichy*, Menschenbilder (Fn. 34), S. 222: Pluralismus lebensweltlicher Lebensbilder. *Graf*, Missbrauchte Götter (Fn.), S. 174 hält den Begriff für „eine Weltanschauungsformel von notorischer Unschärfe"; nach *Gutmann*, Anthropologie (Fn.), S. 194 kann ein weltanschaulich neutraler Staat keinem bestimmten Menschenbild folgen.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

entwerfende Bild offen sein muss. Es kann daher nicht mehr als minimale Annahmen darüber enthalten, was man vom Einzelnen voraussetzen und von ihm verlangen kann. Eine unbegrenzte Rationalität gehört dazu ebenso wenig wie ein bestimmtes finanzielles Vermögen.

Gleiches gilt für die Information des Einzelnen. Wie die Grenzen der Anfechtbarkeit zeigen, kann das Wissen der Einzelnen nicht als perfekt vorausgesetzt werden, sollte aber ein Mindestmaß erreichen. Man muss etwa zumindest die Bedeutung der geäußerten Worte verstehen, § 119 Abs. 1 BGB. Das ist Teil der Grenzziehung zwischen dem, was man dem Einzelnen trotz aller Fehler und Unvollkommenheiten zumuten kann, und dem, was man aufgrund von Sitten-, Treu- oder Gesetzwidrigkeit nicht mehr hinnimmt. Diese Grenze muss keinen geraden Verlauf nehmen und kann bald in die eine, bald in die andere Richtung ausschlagen. Das geltende Recht zieht sie sehr verschieden. Bürgschaften sind nach wie vor in unbegrenzter Höhe möglich, während der Höhe nach begrenzte Darlehensverträge genaueste Informationen der Widerrufsmöglichkeit erfordern, §§ 493, 495 BGB. Während Anwälte die Haftung gegenüber ihren Mandanten per Formular begrenzen dürfen, § 52 BRAO, ist das dem Großteil der Gewerbetreibenden untersagt,[82] obwohl diese von einer unbegrenzten Haftung nicht minder als Anwälte betroffen sind.

Das mittels privatrechtlicher Normen zu zeichnende Menschenbild ist daher nicht nur auf ein Minimum beschränkt, sondern angesichts höchst unterschiedlicher Anforderungen in den einzelnen Gebieten plural.[83] Generalisierungen über „den" Verbraucher und „den" Unternehmer sind daher unabhängig davon problematisch, wie sie im Einzelnen ausfallen. Je nachdem, wie stark die jeweiligen Traditionen des einzelnen Rechtsgebiets sind, welche Vorstellungen in der jeweiligen Legislaturperiode dominierten und wie aktiv sich der europäische Gesetzgeber einer Materie angenommen hat, schwankt das, was man dem Einzelnen zumutet. Normen, welche eine Vertragsstrafe weitgehend ausschließen, § 309 Nr. 6 BGB, stehen etwa Normen gegenüber, welche in einem anderen Bereich selbst bei einer überhöhten Strafe die richterliche Herabsetzung verhindern, § 348 HGB.

Diese Pluralität stellt infrage, ob das Rechtssystem auf allen Wertungsebenen kohärent ist. Neben den allgemeinen Grundsätzen gibt es in den jeweils maßgeblichen Vorstellungen vom Einzelnen auch Differenzen, die sich nicht durch die Besonderheit der Materie erklären lassen, sondern schlicht dadurch, dass der Gesetzgeber bei der Verabschiedung der einzelnen Normen jeweils unterschiedliche Vor-

82 Per AGB lässt sich die Haftung für so genannte Kardinalpflichten kaum einschränken, BGH, NJW 1985, 914, 916; 2013, 2502 Rn. 24 ff.

83 Ökonomen sprechen inzwischen teilweise vom „homo heterogenus", *Rogall/Gapp*, Ökonomie (Fn.), S. 99, 107.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

stellungen für maßgeblich hielt. Darin liegt zugleich eine Chance, weil man das Recht damit selbst als Menschenwerk begreifen kann, das manche der Eigenschaften teilt, die es dem Menschen zuschreibt. Perfektion darf man von ihm daher nicht erwarten. Die Bewahrung unterschiedlicher Vorstellungen in den einzelnen Normbereichen kann Anlass sein, die Berechtigung der bestehenden wie der zu verabschiedenden Regelungen zu überdenken. So mussten sich auch diejenigen, die wie Engisch dem Recht einen Wandel zu einem „Kollektiv Mensch" attestierten, mit den entgegenstehenden individualistischen Normen als „Leitfossilien"[84] anderer Rechtsschichten auseinandersetzen. Dieser als überwunden geglaubter Individualismus dringt nun wieder stärker zu Bewusstsein.[85] Ähnlich können heutige Normen und die hinter ihnen stehenden Vorstellungen über die grundlegenden Eigenschaften der Einzelnen künftig Fragen aufwerfen, ob sie noch zu überzeugen vermögen.

Das Systemideal, das hinter der Suche nach einem einheitlichen Menschenbild im Recht steht, wird mit der Anerkennung dieser Vielschichtigkeit der einzelnen Regelungen nicht obsolet. Es bleibt als Ideal erhalten und das Nachdenken über das in ihnen zum Ausdruck kommende Menschenbild damit methodisch[86] relevant. Etwa beeinflusst es die Wertungen, die in die Auslegung einfließen, und stellt die Frage, ob diese mit der Gesamtheit der geltenden Normen vereinbar sind. So lässt sich etwa überlegen, warum man den Einzelnen im einen Bereich nur wenig zutraut, während man ihn in anderen Bereichen nahezu überfordert. Die Kritik daran setzt kein umfassendes Menschenbild voraus, sondern kann bereits dort beginnen, wo das Recht dem Einzelnen an verschiedenen Stellen miteinander nicht zu vereinbarende Eigenschaften und Fähigkeiten zuschreibt. Bereits das ist ein Grund, überzeichnete Idealisierungen zu korrigieren.

Nicht zufällig ist daher der Aufstieg des Verbraucherrechts kein unbegrenzter. Etwa wird er begrenzt durch die aus Treu und Glauben abgeleiteten Pflichten, die dem Einzelnen generell auferlegt sind. Ähnlich unterliegen Widerrufsrechte der Verwirkung,[87] die inzwischen auch im Gesetz[88] einen Niederschlag gefunden hat. Das ist mit dem hier skizzierten ambivalenten Menschenbild besser vereinbar als mit einseitigen Idealisierungen. Im Vergleich zu den Unterstellungen unbegrenzter Rationalität sowie zu ihren nicht minder einseitigen Widerlegungen zeigt sich darin

84 *Engisch*, Weltbild (Fn.), S. 32.

85 *D. von der Pfordten*, Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, 1069 (1071).

86 Ablehnend („theoretisches Elend") *Gutmann*, Anthropologie (Fn.), S. 195, 197; dagegen wiederum *T. Hörnle*, Das Menschenbild des Rechts, in: Heilinger/Nida-Rümelin (Hrsg.), Anthropologie und Ethik, Berlin 2015, S. 97 (102). Zur Kritik an Menschenbildern, *Luhmann*, Subjekt (Fn.), S. 55 f; C. *Thies*, Menschenbilder und Ethik, in: Kaplow (Hrsg.), Mensch, Bild, Menschenbild, 2009, S. 21 (34).

87 Etwa BGH NJW 2016, 3512 Rn. 34; 2016, 3518 Rn. 41; r+s 2017, 129 Rn. 14.

88 Etwa die Befristung des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 3 S. 2 BGB.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ein größerer Realismus. Fehler können danach auf beiden Seiten geschehen, sowohl bei der Formulierung eines Widerrufsrechts als auch bei dessen Ausübung.

Damit wird zugleich deutlich, dass das Privatrecht die einzelnen Interessen und denkbaren Fehler beider Seiten in den Blick nehmen muss – und nicht nur ein Bild, das ihm vom Einzelnen vorschwebt. Das ist schwerer und aufwendiger festzustellen als ein Modell, dürfte aber dem näherkommen, was den Einzelnen tatsächlich auszeichnet.

https://doi.org/10.5771/1868-8098-2018-1-1
Generiert durch IP '3.147.65.85', am 04.11.2024, 21:13:47.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.