

Die Entwicklung des Verbraucherleitbildes im deutschen Vertragsrecht – Förderung der Effizienz oder Paternalismus?

Hans Tönnies, Bonn*

Das deutsche Vertragsrecht unterliegt einer stetigen Europäisierung. Als Folge dieser Entwicklung stehen dem Verbraucher heute Sonderrechte zu, welche zu Zeiten des Inkrafttretens des BGB kaum denkbar gewesen wären. Zwischen paternalistischer Entmündigung und ökonomischer Notwendigkeit liegt seit jeher ein schmaler Grat. Denn weder die Anforderungen der Vertriebsformen an den Verbraucher noch die Erkenntnisse über sein Verhalten in einem freien Markt sind heute dieselben wie damals.

I. Einleitung

Die Debatte darüber, wie viel Vertragsfreiheit den Adressaten des BGB zugemutet werden kann und sollte, wurde schon vor dessen Erlass kontrovers geführt¹ und ist bis heute grundlegend auch für eine ökonomische Betrachtung des Verbrauchervertragsrechts. Die Legitimität paternalistischer Eingriffe steht und fällt mit der Antwort auf die Frage, ob und inwieweit der Verbraucher in der Lage ist, sich und seine Interessen im Rechtsverkehr angemessen zu schützen. Der Entwicklung des Vertragsrechts in Rechtssetzung und -interpretation lag und liegt stets eine – meist zweckgebundene – Vorstellung von den Eigenschaften und Fähigkeiten des Verbrauchers zugrunde.² Dieser Beitrag untersucht, ob und inwieweit sich die Entwicklung dieses Leitbildes im deutschen Vertragsrecht in eine effizienzfördernde Richtung bewegt hat. Zu diesem Zweck wird zunächst die historische Entwicklung

des Verbraucherleitbildes dargestellt (II.) und anschließend unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten diskutiert (III.).

II. Die Entwicklung des Verbraucherleitbildes im deutschen Vertragsrecht

1. Das Verbraucherleitbild in den Ursprüngen des Verbrauchervertragsrechts

In den Ursprüngen des zivilrechtlichen deutschen Verbraucherschutzes im 19. Jahrhundert stand zunächst nicht der Bürger in seiner Eigenschaft als Konsument, sondern der Schutz schwächerer Marktteilnehmer im Vordergrund, sodass kein klares „Verbraucherleitbild“ zu erkennen war. Ausgangspunkt der deutschen Verbrauchervertragsrechtsentwicklung ist vielmehr das Menschenbild des BGB. Das oft als „spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus“³ bezeichnete BGB verfolgte das Ideal eines auf der Freiheit der Bürger aufbauenden Privatrechts und damit eines freien Marktteilnehmers.⁴ Seine Normen wendeten sich an einen vernünftigen und urteilsfähigen Menschen.⁵ Die Vertragsfreiheit galt als Garant eines hinreichenden Interessenausgleichs und war wesentliche Voraussetzung der Rechtsordnung.⁶

Ein erstes und prominentes Beispiel dafür, dass dem Gesetzgeber zu jener Zeit jedoch soziale Gedanken nicht ganz so fremd waren, wie im Nachhinein oft behauptet wurde,⁷ ist das im Jahre 1894 erlassene Abzahlungsgesetz,⁸ welches als erster Eckpfeiler der deutschen zivil-

* Der Autor ist Absolvent des Studienganges Law and Economics (LL.B.), wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte und Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn. Der Beitrag basiert auf einer Arbeit, welche im Rahmen eines Seminars von Prof. Dr. Mathias Schmoeckel und Dr. Dr. Alexander Morell betreut wurde. Ihnen sei für hilfreiche Hinweise herzlich gedankt.

¹ Vgl. etwa das Plädoyer *Otto von Gierkes* (1841–1921), Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag, gehalten am 05.04.1889 in der Juristischen Gesellschaft zu Wien: „Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen [...]“, zit. nach Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1950, S. 499.

² Zur fließenden Abgrenzung von Verbraucherleitbildern und politischen Verbraucherschutzkonzepten *Tamm*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 20–26.

³ Vgl. *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 15.

⁴ Vgl. *Rückert*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, Band I, 2003, vor § 1 Rn. 39 ff.; *Schulte-Nölke*, NJW 1996, 1705 (1710).

⁵ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1976, S. 482.

⁶ Vgl. *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 51 ff.; Kittner, Schuldrecht, 3. Aufl. 2003, S. 19 f.; *Schmoeckel/Maetschke*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 78.

⁷ Vgl. *Duве*, JURA 2002, 793 (797); zum sozialen Charakter des BGB *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, S. 522 f.

⁸ Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.05.1894, RGBl. 1894, 450.

rechtlichen Verbraucherschutzrechtsentwicklung gilt.⁹ Im Zuge von Urbanisierung und Bevölkerungswachstum hatte sich eine Kombination aus Kaufvertrag und Warenkredit entwickelt und bald wurden die Mehrzahl aller Bedarfsartikel und Handwerksgeräte auf Raten verkauft.¹⁰ Der Gesetzgeber erkannte angesichts der „Übermacht des Abzahlungsverkäufers“¹¹ einen Eingriffsbedarf insbesondere zum Schutze Kleinstgewerbetreibender. Die durch das Gesetz eingeführten Einschränkungen der Vertragsfreiheit, z. B. Beschränkungen von Vereinbarungen über die Restschuldfähigkeit,¹² waren jedoch „nur auf denjenigen Teil des Publikums berechnet, der eines gesetzlichen Schutzes gegen nachteilige Vertragsabschlüsse [tatsächlich] bedarf.“¹³ So waren etwa gemäß § 8 AbzG eingetragene Kauflleute aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen. Denn der Schutz Schwacher schien mit dem Postulat formaler Gleichheit des liberalen BGB dogmatisch schwer vereinbar, weshalb man sich auch dagegen entschied, das Abzahlungsgesetz in dieses aufzunehmen.¹⁴

Ein ähnliches Schutzkonzept findet sich in dem im Jahre 1908 erlassenen Versicherungsvertragsgesetz¹⁵ wieder. Der Gesetzgeber befand, dass „der Versicherte im allgemeinen der schwächere Teil“¹⁶ sei. Auch hier wählte er jedoch ein Eingriffsniveau, das auf ein für die Sicherung materieller Vertragsfreiheit notwendiges Minimum reduziert war¹⁷ und auf tatsächlich vorliegende Schutzbedürftigkeit abstellte. So waren etwa Versicherungszweige, in denen von einer Branchenkundigkeit des Versicherten ausgegangen werden konnte, vom Schutzbereich des Gesetzes nicht erfasst.¹⁸

In den Ursprüngen des deutschen Verbrauchervertragsrechts lässt sich also kein klares „Verbraucherleitbild“, sehr wohl jedoch das dem BGB zugrunde liegende Menschenbild eines vernünftigen Marktteilnehmers erkennen. Die speziellen Gesetze waren auf die Regelung sozialer Abhängigkeitsverhältnisse und faktischer Schutzbedürftigkeit beschränkt.¹⁹ An der Mündigkeit oder den kognitiven Fähigkeiten der Individuen wurde nicht gezweifelt.

2. Die Entwicklung vor dem Hintergrund der europäischen Integration²⁰

a) Das Verbrauchervertragsrecht im europäischen Marktkonzept

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg trat die Bundesrepublik mit erheblicher Verspätung gegenüber anderen Industrieländern in das „Zeitalter des Massenkonsums“ ein.²¹ So hat sich auch die deutsche Verbraucherpolitik als eigenständige Sparte der Wirtschaftspolitik erst nach dem Krieg entwickelt.²² Später nahm auch die europäische Gemeinschaft starken Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Verbraucherrechts. Dabei verfolgten der europäische und der deutsche Gesetzgeber von Anfang an unterschiedliche Verbraucherschutzkonzepte, was sich auch auf das Verbraucherleitbild auswirkte.

Da die Europäische Gemeinschaft seit ihrer Gründung im Jahre 1957 als Wirtschaftsgemeinschaft konzipiert war, fehlte ihr zunächst eine soziale Komponente.²³ Dies änderte sich im Laufe der Zeit.²⁴ Der Verbraucherschutz als unabhängig von der Verwirklichung des Binnenmarkts angestrebtes Ziel wurde jedoch erst 1992 im Unionsvertrag von Maastricht durch Einführung des (ehemaligen) Art. 129a EGV auch primärrechtlich verankert. Bis heute besteht auf europäischer Ebene ein Spannungsverhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik.²⁵ Gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV sind Ziele der Europäischen Union sowohl Wirtschaftswachstum durch Binnenmarktverwirklichung als auch die Förderung sozialen Schutzes.

So stellt sich die Frage, ob der Verbraucherschutz als „sozialer Schutz“ oder als Beitrag zum Wirtschaftswachstum verstanden wurde. Für das Vertragsrecht liegt die Antwort hierauf schon dann auf der Hand, wenn man die Ermächtigungsgrundlagen betrachtet, welche der europäische Gesetzgeber zum Erlass der verbrauchervertraglichen Richtlinien bemüht hat. Hier zeigt sich, dass er von der Stärkung des Verbraucherschutzes durch die Einführung des damaligen Art. 129a EGV keinen Gebrauch machte, sondern jede Richtlinie auf Art. 95 EGV bzw. zuvor Art. 100a EGV stützte, also stets auf diejenigen Vorschriften, welche sich auf die Binnenmarktverwirklichung und nicht auf einen sozialen Schutz bezogen.²⁶ Die Gemeinschaft betrachtete (und betrachtet) Verbraucherschutz und die Erhöhung des

⁹ Geyer, Der Gedanke des Verbraucherschutzes im Reichsrecht des Kaiserreichs und der Weimarer Republik (1871–1933), 2001, S. 58.

¹⁰ Duve, in: HKK-BGB, (Fn. 4), §§ 1–14 Rn. 69; Geyer, (Fn. 9), S. 48.

¹¹ Begründung zum Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.05.1894, in: Reichstagsverhandlungen 1893/94, Aktenstück Nr. 113, 723.

¹² Vgl. Duve, in: HKK-BGB, (Fn. 4), §§ 1–14 Rn. 69.

¹³ Reichstagsverhandlungen 1893/94, (Fn. 11), 725 f.

¹⁴ Geyer, (Fn. 9), S. 70 f.

¹⁵ Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.05.1908, RGBl. 1908, 263.

¹⁶ Begründung zum Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.05.1908, in: Motive zum Versicherungsvertragsgesetz, 63.

¹⁷ Vgl. Langheid/Wandt, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), MüKo-VVG, Band I, 2. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 2–8.

¹⁸ Vgl. Roth, JZ 2001, 475 (476).

¹⁹ So auch Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, S. 260.

²⁰ Zum Verbraucherschutzgedanken zu Beginn des 20. Jahrhunderts sowie der Zeit der Weimarer Republik Geyer, (Fn. 9), S. 92–139; eine kohärente Entwicklung eines privatrechtlichen Verbraucherschutzes fand jedoch ebenso wenig statt wie in der Zeit des Nationalsozialismus, vgl. Duve, in: HKK-BGB, (Fn. 4), §§ 1–14 Rn. 72.

²¹ So Abelshäuser, Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945, 2004, S. 336.

²² Vgl. Duve, in: HKK-BGB, (Fn. 4), §§ 1–14 Rn. 74.

²³ Reinhard, EuLF 2004, 86 (86).

²⁴ 1975 erklärte die Gemeinschaft in ihrem ersten Verbraucherschutzprogramm erstmals auch einen sozialen Verbraucherschutz zu ihren Zielen, ABl. 1975, C 92.

²⁵ Vgl. Craig/De Búrca, EU Law, 6. Aufl. 2015, S. 627 ff.; Schmoeckel, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK-BGB, Band II, 2007, vor §§ 312 ff. Rn. 45.

²⁶ Heiderhoff, (Fn. 19), S. 221.

Binnenmarktvolumens also nicht als konträre, sondern als zusammengehörige Ziele.²⁷ Das europäische Verbraucherschutzkonzept war ursprünglich marktbezogen und stellte nicht in erster Linie auf sozialen Schutz ab.²⁸

b) Das Verbrauchervertragsrecht im deutschen Verbraucherschutzkonzept

Ausgangspunkt der deutschen Wirtschaftspolitik nach Gründung der Bundesrepublik war der Einfluss des Ordoliberalismus und die Propagierung der Sozialen Marktwirtschaft.²⁹ Dies galt zwar zunächst auch für den Verbraucherschutz, sodass ein Minimum an Eingriffen gefordert und der Wettbewerb als „bester Freund“ des Verbrauchers betrachtet wurde.³⁰ Dort, wo das Wettbewerbsrecht die Vertragsfreiheit des Verbrauchers jedoch nicht gewährleisten konnte, sollte das Vertragsrecht als soziales Korrektiv eingreifen.³¹

Deutlich zeigt sich dieses soziale Verständnis in der Entstehungsgeschichte des AGB-Gesetzes von 1976.³² Neben einer Kodifikation der materiellen Inhaltskontrollen forderten Teile der SPD eine Genehmigungspflicht für vorformulierte Verträge, wonach nur „sozial gerechtfertigte“ Klauseln Eingang in den Rechtsverkehr finden und einer behördlichen Kontrolle unterliegen sollten.³³ Die Bundesregierung begründete das Gesetz mit dem Befund einer „Unterwerfung“ der „schwächeren Seite“ durch das Verhalten der Verwender.³⁴

Das deutsche Verbrauchervertragsrecht machte also nicht den Markt, sondern das Individuum zum Ausgangspunkt seiner Entwicklung. Ihm lag damit ein „Sozialmodell“³⁵ zugrunde. Spätestens durch die weitreichende Richtliniensetzung in den neunziger Jahren wurde deutlich, dass das europäische Verbraucherrecht unter dem Primat des Binnenmarktes stand, während der Schutz Schwächerer als Aufgabe bei den Mitgliedstaaten verblieb.³⁶

c) Das europäische Leitbild vom „vertrauenden“ Verbraucher

Ausgangspunkt des europäischen Verbraucherleitbildes war die Rechtsprechung des EuGH und dessen normatives Leitbild vom „mündigen“ oder „verständigen“ Verbraucher.³⁷ Dieses ist im Wettbewerbsrecht notwendig, um protektionistische Praktiken zu unterbinden.³⁸ Im Vertragsrecht verwundert es vor dem Hintergrund des marktbezogenen Verbraucherschutzverständnisses jedoch nicht, dass der europäische Gesetzgeber dem Verbraucher eine gewisse Sorglosigkeit ermöglichen möchte, um ihn als Marktteilnehmer zu aktivieren.³⁹ Ihm ist bewusst, dass das Vertrauen der Verbraucher „für den Erfolg der Wirtschaft von vitaler Bedeutung“⁴⁰ ist. Zum Aufbau dieses Vertrauens beschränkte er sich daher auch nicht etwa auf die Regelung konkreter situativer Schutzbedürftigkeiten des Verbrauchers. Dies war noch nicht einmal bei der als situativ schützend anerkannten AGB-Richtlinie der Fall. Hier sollte nach den Vorschlägen der Kommission eine Kontrolle sogar für individuell ausgehandelte Klauseln erfolgen,⁴¹ wonach das situative Element völlig gefehlt hätte.⁴² Auch die Rechtsprechung des EuGH machte deutlich, dass allein die Verbrauchereigenschaft als solche den Schutzbereich der Richtlinien zu eröffnen vermochte.⁴³ Es zeigt sich also ein Leitbild, nach welchem der Verbraucher allein aufgrund seiner Verbraucherstellung umfassend schutzbedürftig ist.⁴⁴ Mit Blick auf das ursprüngliche wettbewerbsrechtliche Leitbild vom „verständigen“ Verbraucher liegt heute folgender Schluss nahe: „There is no need to be ‚reasonably circumspect‘, like the average consumer of EU law, when one is protected by these Directives.“⁴⁵ Das sekundäre Gemeinschaftsrecht hat vielmehr einen „vertrauenden“⁴⁶, ja einen „zufriedenen“⁴⁷ Verbraucher zum Ideal.

²⁷ Heiss, ZEuP 1996, 625 (625 f.); Howells/Wilhelmsson, EC Consumer Law, 1997, S. 299 ff.; Verbrauchsgüterkauf-RiL 99/44/EG, Erwägungsgrund 4: „Dem Verbraucher [...] fällt eine fundamentale Aufgabe bei der Vollendung des Binnenmarkts zu.“

²⁸ Zum „Changieren“ der Verbraucherschutzkonzepte bzw. -leitbilder vgl. jedoch Schmoeckel, in: HKK-BGB, (Fn. 25), vor §§ 312 ff. Rn. 38–51.

²⁹ Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 139; Schmoeckel/Maetschke, (Fn. 6), S. 514–518.

³⁰ Bock, in: Bock/Specht (Hrsg.), Verbraucherpolitik, 1958, S. 51 ff., 57 f.; Stolte, Versandhandel und Verbraucherschutz, 2005, S. 116 f.

³¹ Vgl. schon Reich, in: Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, 1976, S. 20 ff.

³² Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 09.12.1976, BGBl. 1976 I, 3317.

³³ Friedrichs, Verbraucherschutz und AGB, 2003, S. 136.

³⁴ BT-Drs. 7/3919, 9.

³⁵ Sedlmeier, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, 2012, S. 66 ff.

³⁶ Micklitz, VuR 2003, 2 (5).

³⁷ Grdl. EuGH, 20.02.1979, Rs. C-120/78 – Cassis de Dijon; seitdem st. Rspr., etwa EuGH, 13.01.2000, Rs. C-220/98 – Esteé Lauder; EuGH, 28.01.1999, Rs. C-303/97 – Sekteller Kessler.

³⁸ Vgl. Rott, VuR 2015, 163.

³⁹ Heiderhoff, (Fn. 19), S. 289; Weatherill, EU Consumer Law and Policy, 2. Aufl. 2013, S. 310.

⁴⁰ Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999–2001, KOM(1998) 696, 6; vgl. auch Klausel-RiL 93/13/EWG, Erwägungsgrund 5; Pauschalreisen-RiL 90/314/EWG, Erwägungsgrund 8.

⁴¹ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(1990) 322, vgl. BR-Drs. 611/90, 73.

⁴² Vgl. auch Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71 (94).

⁴³ Etwa EuGH, 17.03.1998, Rs. C-45/96 – Dietzinger, wonach ein Bürge nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie falle, wenn zwar er selbst, nicht aber auch der Hauptschuldner Verbraucher sei.

⁴⁴ Vgl. Pfeiffer, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.): Europäische Rechtsangleichung, 1999, S. 21 (41).

⁴⁵ Mak, ERPL 2011, 25 (31).

⁴⁶ Zum „vertrauenden Verbraucher“ Micklitz, Gutachten A zum 69. DJT (2012), A 39 f.

⁴⁷ Verbraucherpolitischer Aktionsplan 1999–2001, KOM(1998) 696, 6.

d) Das deutsche Verbraucherleitbild und seine Europäisierung

Wie auf europäischer, so lassen sich auch auf deutscher Ebene die frühen wettbewerbsrechtlichen Leitbilder der Rechtsprechung nicht ohne Weiteres mit dem des Vertragsrechts gleichsetzen.⁴⁸ Ausgangspunkt war vielmehr auch in der Nachkriegsentwicklung zunächst der mündige Bürger,⁴⁹ welcher unter gewissen Umständen in den sozialen Schutzbereich des Verbrauchervertragsrechts fallen konnte. Ein rollenspezifischer Schutz, der allein auf der Verbrauchereigenschaft begründet wurde, stand hingegen in starkem Widerspruch zu dem klassischen Menschenbild des BGB.⁵⁰

Soweit der deutsche Gesetzgeber in seiner Vertragsrechtssetzung noch unabhängig von den Vorgaben der Europäischen Union war, begegnete er diesem Widerspruch durch das Abstellen auf situative Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers.⁵¹ In diese Linie fügte sich auch das AGB-Gesetz von 1976, welches kein reines Verbraucherschutzgesetz war, sondern auch Kaufleute mit einschloss⁵² und allein die situative Unterlegenheit zum Schutzkriterium machte.⁵³ Erst die Klauselrichtlinie⁵⁴ stellte diese Grundhaltung des Gesetzgebers in Frage, indem sie nur den Verbraucher als Schutzobjekt anerkannte.⁵⁵

Der Widerspruch zwischen deutschem und europäischem Leitbild zeigte sich auch in der Aversion des deutschen Gesetzgebers gegen die Integration verbrauchervertraglicher Normen und des Begriffs des „Verbrauchers“ in das BGB, welche sich bis in die neunziger Jahre fortsetzte.⁵⁶ Später beschränkte sich die deutsche Gesetzgebung im Wesentlichen auf die Umsetzung europäischer Richtlinien, wobei sich auch hier in der häufigen überschießenden Richtlinienumsetzung⁵⁷ das Auseinanderfallen der Leitbilder zeigte. Der deutsche Gesetzgeber schien ein autonomes Verbraucherschutzkonzept bzw. eine soziale Implementierung der rein binnenmarktorientierten Vorgaben zu verfolgen.⁵⁸ Bald wurde jedoch deutlich, dass das deutsche

Recht in der von ihm verfolgten Verbraucherschutzkonzeption nicht mehr autonom war.⁵⁹

Im Jahre 2000 hat der „Verbraucher“ (§ 13 BGB) schließlich Eingang in das BGB gefunden,⁶⁰ wodurch dieses für den vertraglichen Verbraucherschutz und den „vertrauenden“ Verbraucher geöffnet wurde. Eine umfassende Einbindung verbrauchervertraglicher Regelungen in das BGB erfolgte durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz,⁶¹ welches zugleich die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁶² umsetzte. Auch aufgrund weiterer Richtlinien ist das deutsche Vertragsrecht heute in weiten Teilen vom europäischen Leitbild des „vertrauenden“ Verbrauchers geprägt.

3. Fazit zur historischen Entwicklung des Verbraucherleitbildes

Der europäische hat den deutschen Gesetzgeber zu einem Übergang vom Schwächerenschutz zum Verbraucherschutz bzw. Verbraucherrecht gezwungen.⁶³ Das deutsche Vertragsrecht *schützt* nicht mehr den „mündigen“ Verbraucher, sondern es *stärkt* den „vertrauenden“ Verbraucher, was zu einer beträchtlichen Zunahme paternalistischer Eingriffe in die Vertragsfreiheit geführt hat.

III. Ökonomische Analyse der Leitbildentwicklung

1. Ausgangspunkt

Wichtige Grundlage der ökonomischen Analyse des Rechts ist das sog. „Coase-Theorem“, nach welchem ein effizientes Marktgleichgewicht schon allein durch Verhandlungen und den daran anknüpfenden Güteraustausch erreicht wird.⁶⁴ Dieses Modell beruht auf der Annahme, dass die Transaktionskosten, d. h. die Kosten für die Koordination der Rechtsübertragung und die Information der Vertragspartner, gleich null sind.⁶⁵ Es deckt sich also nicht mit der Realität. Eine wichtige Aufgabe des Vertragsrechts ist es, die Realität diesem Ideal anzunähern, also Transaktionskosten zu minimieren.⁶⁶ Mit Blick auf dieses Ziel erscheint auch angesichts moderner Vertriebsformen und den sich daraus ergebenden Anforderungen an den Verbraucher eine Standardisierung von Verträgen unumgänglich. Das Leitbild des „vertrauenden“ Verbrauchers könnte sich also als Transaktionskostensparprojekt verstehen und

⁴⁸ So hinsichtl. des urspr. Leitbildes des „flüchtigen“ Verbrauchers jedoch insb. *Dreher*, JZ 1997, 167 (174); ferner *Blaurock*, JZ 1999, 801 (803); wie hier *Reich*, JZ 1997, 609 (610); *Reichardt*, Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr, 2008, S. 158.

⁴⁹ Vgl. *Reichardt*, (Fn. 48), S. 158.

⁵⁰ *Heiderhoff*, (Fn. 19), S. 262.

⁵¹ *Heiderhoff*, (Fn. 19), S. 262.

⁵² § 24 AGBG a. F.

⁵³ *Heiderhoff*, (Fn. 19), S. 243; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 7/3919, 10; auch andere verbraucherschützende Gesetze dieser Zeit waren in ihrem Anwendungsbereich nicht auf Verbraucher beschränkt, so etwa das Reisevertragsgesetz v. 04.05.1979, BGBl. 1979 I, 509.

⁵⁴ RiL 93/13/EWG.

⁵⁵ *Preis*, ZHR 158 (1994), 567 (578).

⁵⁶ So wurde z. B. das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (BGBl. 1986 I, 122) nicht in das BGB aufgenommen und der Terminus des „Verbrauchers“ in Gesetzestext und -begründung vermieden, vgl. BT-Drs. 10/2876, 6: „Menschen aus einfachen sozialen Verhältnissen“.

⁵⁷ Zu dieser sehr krit. *Dreher*, (Fn. 48), (172 f.).

⁵⁸ *Sedlmeier*, (Fn. 35), S. 67 ff.

⁵⁹ Vgl. *Roth*, (Fn. 18), (475).

⁶⁰ Durch das Gesetz über Fernabsatzverträge v. 27.06.2000, BGBl. 2000 I, 897.

⁶¹ Gesetz v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I, 3138.

⁶² Verbrauchsgüterkauf-RiL 99/44/EG.

⁶³ So *Micklitz*, (Fn. 36), (5); vgl. auch *Sedlmeier*, (Fn. 35), S. 65.

⁶⁴ Grdl. *Coase*, 3 J. L. Econ. (1960), 1 (15).

⁶⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 73.

⁶⁶ *Mackaay*, Law and Economics for Civil Law Systems, 2013, S. 423 f.; *Schäfer/Ott*, (Fn. 65), S. 427 f.

legitimieren lassen. Ob eine ökonomische Rechtfertigung gelingt, hängt von den Wirkungen der das Leitbild umsetzenden Normen sowie der Frage ab, inwieweit paternalistische Maßnahmen auch aufgrund verhaltensökonomischer Aspekte effizienzfördernd sein können.⁶⁷

2. Analyse verschiedener Vertragsrechtsinstrumente⁶⁸

a) Gewährleistungsrechte nach §§ 437 ff., 475 BGB

In der Ökonomie wird Verbraucherschutzrecht klassischerweise durch Informationsasymmetrien legitimiert.⁶⁹ So überrascht es nicht, dass Unternehmen im deutschen Recht inzwischen umfassende Informationspflichten auferlegt werden.⁷⁰ Ausgehend von der mangelnden Erkennbarkeit von Qualitätsmerkmalen der Güter bedient sich das Verbrauchertragsrecht jedoch auch direkter Regulierungen der Vertragsinhalte.

Gemäß § 475 Abs. 1 BGB kann der Unternehmer von den dem Verbraucher in §§ 437 ff. BGB gewährten Rechten nicht abweichen. In richtlinienkonformer Auslegung wendet der BGH außerdem § 476 BGB nunmehr bereits dann an, wenn dem Verbraucher der bloße Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang eine Mangelerscheinung gezeigt hat.⁷¹ Die Beweislastumkehr erstreckt sich nunmehr also auch auf das Vorliegen eines Grundmangels. Die Gewährleistung gleicht damit für sechs Monate geradezu einer vertraglichen Garantie.⁷² Eine solche Regelung bewirkt eine erhöhte Haftungsgefahr für den Unternehmer und kann diesen dazu zwingen, höhere Qualität anzubieten.⁷³ Dies kann jedoch auch Probleme mit sich bringen.

So kann es zu opportunistischem Verhalten und ineffizienten Sorgfaltsniveaus auf der Käuferseite kommen.⁷⁴ Ein Überschuss aus einer optimalen Sorgfalts-Kooperation kann stets nur bei einer partiellen Garantie erreicht werden.⁷⁵ Das Aushandeln einer solchen kann zwar mit Transaktionskosten verbunden sein und ein Mindeststandard diese senken.⁷⁶ Ineffiziente Ergebnisse werden jedoch unvermeidbar, wenn das Gesetz ein maximales Garantieniveau erzwingt. Dann werden teurere Produkte verkauft, welche von dem Verbraucher weniger sorgsam ausgewählt und genutzt werden. Das hohe Gewährleistungsniveau kann ferner einer wichtigen Funktion vertraglicher Garantien in einer Marktwirtschaft zuwiderlaufen. Diese besteht darin, dass Verkäufer durch eine Garantiezusage ein Signal für höhere Qualität senden und dadurch einem Marktversagen durch adverse Selektion entgegenwirken können.⁷⁷ Denn aufgrund der Haftungsrisiken können nur Anbieter hoher Qualität Garantien anbieten, sodass der Verbraucher „gute“ von „schlechten“ Verkäufern unterscheiden kann.⁷⁸ Eine gesetzliche Garantie kann diesen natürlichen Selektionsprozess behindern, wenn aus Kostengründen höhere Garantien nur noch erschwert angeboten werden können.⁷⁹ Zwar kann dann verstärkt der Vertriebsweg als Signal dienen (hohe Qualität wird über den Händler, niedrige direkt privat verkauft).⁸⁰ Der Rückgriff auf andere Vertriebskanäle kann jedoch zu erhöhten Transaktionskosten führen. Auch könnte es zu einem bloßen Ausscheiden der Anbieter niedriger Qualität kommen, sodass sich gute Qualität letztlich doch durchsetzt. Dies hat jedoch höhere Preise zur Folge, welche jeden Verbraucher treffen, obwohl bereits der Umstand, dass der Gesetzgeber in den Markt eingreifen muss, die Unternehmer also nicht aus Eigeninitiative besondere Sicherheiten anbieten, suggeriert, dass viele einen günstigeren Preis präferieren würden.⁸¹ Es kommt also zu einer Quersubventionierung derjenigen Käufer, die von einem Mehr an Sicherheiten profitieren⁸² sowie zu einer Reduktion von Angebot und Wettbewerb.⁸³ So können divergierende Käuferpräferenzen weniger differenziert abgedeckt werden.⁸⁴

⁶⁷ Nicht eingegangen werden kann hier auf die durch Rechtsharmonisierung erhofften (makro-)ökonomischen Vorteile grenzüberschreitenden Handels, krit. zu solchen *Faure*, 15 *Ma. J. Eur. Comp. L.* (2008), 433 (437 f.).

⁶⁸ Eine umf. Analyse kann hier nicht geleistet werden. Zur AGB-Kontrolle etwa *Schäfer/Leyens*, *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law*, in: Larouche/Chirico (Hrsg.), *Economic Analysis of the DCFR*, 2010, S. 97–119.

⁶⁹ Auf bes. prominente Weise hat *Akerlof* dargelegt, wie es aufgrund von Informationsasymmetrien zu einer sog. „adversen Selektion“, also einem Verschlechterungswettbewerb („race to the bottom“) kommen kann, vgl. *ders.*, 84 *Q. J. Econ.* (1970), 488 (489 ff.).

⁷⁰ Dieser stetige Zuwachs ist ökonomisch nur eingeschränkt zu begrüßen, da erwiesen ist, dass der Nutzen des Verbrauchers durch ein Mehr an Informationen nicht etwa stetig steigt, sondern es zu einem sog. „Information Overload“ und somit zu ineffizienten Entscheidungssituationen kommen kann. Dazu insb. *Rehberg*, *Der staatliche Umgang mit Information*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, S. 284 (319 f.); *Bar-Gill/Ben-Shahar*, 50 *Com. Ma. L. Rev.* (2013), 109 (118 f.); *Ben-Shahar/Schneider*, 159 *U. Pa. L. Rev.* (2011), 647 (720 ff.).

⁷¹ *BGH NJW* 2017, 1093.

⁷² Zur ökonom. Bedeutung dieser Auslegung des § 476 BGB schon *Mankowski*, *Korreferat*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), (Fn. 70), S. 406 (410 f.).

⁷³ Nachgewiesen von *Kirstein/Schäfer*, *Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen?*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), (Fn. 70), S. 369–405.

⁷⁴ *Eger*, *Einige ökonomische Aspekte der Europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht*, in: Schäfer/Lwowski (Hrsg.), *FS Ott*, S. 183 (194–200).

⁷⁵ *Eger*, (Fn. 74), S. 198.

⁷⁶ Hierzu *Eger*, (Fn. 74), S. 201.

⁷⁷ *Kirstein/Schäfer*, (Fn. 73), S. 369, 372; *Wehrt*, in: de Geest (Hrsg.), *Contract Law and Economics*, 2. Aufl. 2011, S. 259 ff.

⁷⁸ Vgl. *Noll*, 16 *Eur. J. L. Econ.* (2003), 219 (222 f.).

⁷⁹ *Kirstein/Schäfer*, (Fn. 73), S. 374, 392 f.

⁸⁰ *Kirstein/Schäfer*, (Fn. 73), S. 402.

⁸¹ Vgl. *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (113).

⁸² *Eger*, (Fn. 74), S. 203 f.; vgl. auch *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (114 f.).

⁸³ Vgl. *Luth/Cseres*, *The DCFR and Consumer Protection*, in: Larouche/Chirico (Hrsg.), (Fn. 68), S. 235 (245 f.).

⁸⁴ Vgl. auch *Schäfer*, *Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts*, in: Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, 2000, S. 559 (565); *Van den Bergh*, *Wer schützt die Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht*, 1997, S. 77 (95).

b) *Widerrufsrechte am Beispiel des Fernabsatzvertrages, §§ 312c Abs. 1, 312g Abs. 1, 355 BGB*

Zum Aufbau des Verbrauchervertrauens sind auch Widerrufsrechte von großer Bedeutung. Diese können den Verbraucher darin unterstützen, effiziente⁸⁵ Vertragsentscheidungen zu fällen. Ein Widerrufsrecht kann dem Verbraucher z. B. die Möglichkeit geben, eine getroffene Vertragsentscheidung zu überdenken, welche durch Manipulation oder einen Überraschungseffekt in ihrer Rationalität gestört wurde.⁸⁶ Deutlich wird dies am Beispiel des Widerrufs in „haustürähnlichen“ Situationen gemäß §§ 312b Abs. 1, 312g Abs. 1, 355 BGB, welcher vor Überumpelungsgefahren schützen soll⁸⁷ und aus diesem Grund ökonomisch sinnvoll ist.⁸⁸

Ein Widerrufsrecht kann außerdem der Überwindung von Informationsasymmetrien zwischen den Vertragspartnern dienen,⁸⁹ wenn etwa der Verbraucher ein „Erfahrungsgut“ erwirbt, dessen Qualität sich erst innerhalb der Widerrufsfrist überprüfen lässt. Das Fernabsatzgeschäft kann zwar durchaus Erfahrungsgüter „kreieren“.⁹⁰ Dies gilt jedoch nicht für alle Güter. Durch das Internet sind Verbraucher heute in der Lage, Preise und Qualitäten oft umfassend zu vergleichen, sodass bei vielen Warentypen im Fernabsatz kein erhebliches Informationsgefälle mehr vorliegt.⁹¹ Die Differenzierung zwischen Such- und Erfahrungsgut ist einzelfallabhängig und das zwingende Regime des § 312k Abs. 1 BGB somit insoweit fragwürdig.

Den Unternehmer treffen erhöhte Kosten, welche er an den Verbraucher weitergibt.⁹² Viele Verbraucher würden jedoch ein günstigeres Produkt ohne Widerrufsrecht präferieren.⁹³ Tatsächlich werden Widerrufsrechte nur von einem kleinen Anteil der Verbraucher genutzt.⁹⁴ Der größere Teil unterliegt somit einer Zwangsversicherung.⁹⁵ Dies kann nicht nur eine Markteintrittsbarriere für kleine-

re Unternehmen darstellen,⁹⁶ sondern Verbraucher auch zu einer missbräuchlichen Ausnutzung des Widerrufsrechts bewegen, sodass es zu einer Quersubventionierung einer kleinen Gruppe opportunistisch handelnder Verbraucher kommt.⁹⁷ Diese Quersubventionierung ist ineffizient, wenn die Kosten der Vielen den Nutzen der Wenigen übertreffen.⁹⁸

Zuletzt kann das zwingende Recht auch hier Selektionsprozesse in Form des sog. „Signalling“ unterbinden, indem es das freiwillige Anbieten eines Widerrufsrechts als Signal für höhere Qualität unmöglich macht.⁹⁹

So könnte man hinterfragen, ob ein Widerrufsrecht im Fernabsatz überhaupt gesetzlich vorgeschrieben werden sollte,¹⁰⁰ da auch ein Blick in das Ausland zeigt, dass alleine die Kraft des Marktes diverse Widerrufsrechte gewährleisten kann.¹⁰¹ Der Nachteil einer Marktlösung ist jedoch, dass ein Verhandeln des Widerrufsrechts oft nicht möglich bzw. mit hohen Transaktionskosten verbunden ist.

Ferner könnte man eine dispositive Regelung erwägen.¹⁰² Jedoch muss aufgrund der dann de facto einseitigen Opt-Out-Möglichkeit des Unternehmers die sonst anerkannte Transaktionskostensparnis durch dispositives Recht auf Verbrauchermärkten hinterfragt werden.¹⁰³ Die Entscheidung über das Widerrufsrecht läge zudem auch hier nicht allein bei dem Verbraucher, welcher jedoch am besten weiß, ob ein Widerrufsrecht oder ein niedrigerer Preis seinen Nutzen maximiert.¹⁰⁴

Eine vorzugswürdige Regelung *de lege ferenda* könnte in einem zwingend optionalen Regime liegen, in welchem der Unternehmer ein Widerrufsrecht zwar anbieten muss, der Verbraucher aber selbst entscheidet, ob er ein solches benötigt und deshalb einen höheren Preis zahlt.¹⁰⁵ Eine Quersubventionierung würde so vermieden, Güter- und Preisdifferenzierung hingegen ermöglicht. Trotz zwingender Regelung bliebe die Möglichkeit des „Signalling“ durch die Unternehmen erhalten, da der Verbraucher anhand der Preisdifferenz zwischen Vertrag mit und ohne Widerrufsrecht hohe von niedriger Qualität unterscheiden könnte. Durch die Neuregelung des § 357 Abs. 6 BGB und die Belastung des Verbrauchers mit den Rücksendekosten wäre auch kein übermäßig opportunistisches Verhalten des Verbrauchers in dem Sinne zu befürchten, dass er den Kaufgegenstand zum höheren Preis erstehen und später zurückgeben würde, um ihn dann zum niedrigen Preis

⁸⁵ Der gezahlte Preis soll mit seiner tatsächlichen Wertschätzung für das erworbene Gut übereinstimmen.

⁸⁶ Man spricht insoweit von einem „hot state“ der Entscheidung und von einer durch das Widerrufsrecht gewährten „cooling off“-Periode, vgl. *Camerer et al.*, 151 U. Pa. L. Rev. (2003), 1211 (1238); *Rekaiti/Van den Bergh*, 23 J. Cons. Pol. (2000), 371 (371–407); vgl. auch *Eidenmüller*, ERCL 2011, 1 (1 ff.).

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 10/2876, 1, 6 f.

⁸⁸ Vgl. *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (121).

⁸⁹ *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (120); *Ben-Shahar/Posner*, 40 J. Leg. Stud. (2011), 115 (137).

⁹⁰ Vgl. *Eidenmüller*, (Fn. 86), (9).

⁹¹ *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union, 2010, S. 119.

⁹² Vgl. *Schäfer*, (Fn. 84), S. 567, wobei immerhin der Kostenfaktor des Wertverlustes durch Inaugenscheinnahme und Ausprobieren der Sache durch die neuere BGH-Rspr. eingeschränkt wird, insb. *BGH NJW* 2017, 878.

⁹³ Vgl. *Eidenmüller*, (Fn. 86), (11).

⁹⁴ Zu Kaufverträgen *Höhne*, Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität, 2016, S. 54 f.; allgemein zu Widerrufsrechten *Eidenmüller*, (Fn. 86), (19) m. w. N.

⁹⁵ Vgl. *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, S. 128; *Van den Bergh*, (Fn. 84), S. 82.

⁹⁶ *Kunz*, (Fn. 91), S. 125; vgl. auch *Callies*, AcP 203 (2003), 575 (585).

⁹⁷ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 863; *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (120 f.); zu dem Problem des „moral hazard“ auch *Rekaiti/Van den Bergh*, (Fn. 86), (382 f.).

⁹⁸ Vgl. *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (115).

⁹⁹ *Bar-Gill/Ben-Shahar*, (Fn. 70), (120); *Eidenmüller*, (Fn. 86), (9).

¹⁰⁰ So *Schäfer*, (Fn. 84), S. 567.

¹⁰¹ Zur Schweiz *Kunz*, (Fn. 91), S. 119 f.; zu den USA *Ben-Shahar/Posner*, (Fn. 89), (120 f., 138).

¹⁰² Einen „default“ vorschlagend etwa *Ben-Shahar/Posner*, (Fn. 89), (143 f.).

¹⁰³ *Bar-Gill/Ben-Shahar*, 45 J. Leg. Stud. (2016), 137 (138).

¹⁰⁴ *Eidenmüller*, (Fn. 86), (11).

¹⁰⁵ *Eidenmüller*, (Fn. 86), (11 f.).

erneut zu erwerben.¹⁰⁶ Auch die Implementierungskosten dieser Regelung sollten überschaubar sein, hat man doch mit der sog. „Button-Lösung“ in § 312j BGB schon eine Situation geschaffen, in welcher der Verbraucher nur noch einen weiteren Haken für das Widerrufsrecht setzen müsste.

3. Verbraucherleitbild und Paternalismus aus verhaltensökonomischer Perspektive

a) Kritik am Rationalitätsmodell

Die hier durchgeführte Untersuchung einiger den „vertrauenden“ Verbraucher schützender Rechtsinstrumente hat gezeigt, dass die Beschneidungen der Vertragsfreiheit Ineffizienzen zur Folge haben können. Dabei wurde jedoch in Teilen die Annahme zugrunde gelegt, dass der Verbraucher grundsätzlich dazu in der Lage ist, rationale Entscheidungen zu treffen, sofern er nicht in seiner Rationalität gestört wird.¹⁰⁷ Fraglich ist, inwieweit diese Annahme vor dem Hintergrund des stetigen Forschungsschrittes der „Behavioral (Law and) Economics“ bestehen kann. Es wurde eine Vielzahl von Willens- und Entscheidungsschwächen des Menschen nachgewiesen und starke Kritik an dem Rationalitätsmodell geübt.¹⁰⁸ Vielleicht wäre die Anzahl ineffizienter Vertragsschlüsse im Falle einer Deregulierung höher, als das Ergebnis der bisherigen Untersuchung es suggeriert. Dann könnte die Entwicklung des Verbraucherleitbildes zu begrüßen und ein Rechtsrahmen, der sorgloses Handeln ermöglicht, gerechtfertigt sein.¹⁰⁹

b) Verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus

Wie aber könnte ein verhaltensökonomisch fundierter Paternalismus aussehen, der die Vertragsfreiheit nicht in übertriebenem Maße beeinträchtigt? Zwei prominente Vorschläge aus der ökonomischen Literatur sollen hier kurz dargestellt werden.¹¹⁰

Nach dem Konzept des „libertären Paternalismus“¹¹¹ soll das Recht die Entscheidungen der Individuen in eine wohlfahrtsfördernde Richtung lenken, ohne die Entscheidungsfreiheit der Akteure aufzuheben.¹¹² Dies könne es insbesondere gewährleisten, indem es dispositive Regelungen als eine Entscheidungsreferenz setzt oder das Individuum

zu einer aktiven Entscheidung zwingt.¹¹³ Eingriffe, die eine freie Entscheidung unterbinden könnten, seien nur in Fällen gerechtfertigt, in denen systematische extreme Rationalitätsdefizite zu erwarten sind.¹¹⁴

Auf dieser Linie stünde etwa das hier vorgeschlagene Regime im Widerrufsrecht, das den Verbraucher zu einer Entscheidung zwingt, ihm diese jedoch nicht abnimmt.

Das Konzept des „asymmetrischen Paternalismus“¹¹⁵ betont, dass Verhaltensanomalien nicht universell vorkommen und deshalb nicht vorschnell zur Legitimierung rechtspaternalistischer Eingriffe herangezogen werden sollten.¹¹⁶ Nur solche Eingriffe sollten legitim sein, die denjenigen, welche Entscheidungsfehlern unterliegen, große Vorteile, den rational Handelnden hingegen nur geringe Nachteile bringen.¹¹⁷ Diesbezüglich habe eine genaue Kosten-Nutzen-Analyse zu erfolgen, bevor ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit erfolgen dürfe.¹¹⁸

Ob eine solche Analyse im deutschen Vertragsrecht weitläufig angestellt wurde, ist fraglich. Zwar können Maßnahmen zur Gestaltung der Entscheidungssituation, wie Informationspflichten, auf diese Weise gerechtfertigt sein.¹¹⁹ Jedoch gehen etwa zwingende Gewährleistungs- und Widerrufsrechte weit darüber hinaus. Die niedrigen Widerrufsquoten legen nahe, dass der Gruppe irrational Handelnder durch das Widerrufsrecht tatsächlich nur wenig geholfen ist, wohingegen die rationalen Entscheider die erhöhten Preise ebenso zahlen.¹²⁰ Auch liegen dem Gewährleistungsrecht nicht systematische Rationalitätsdefizite, sondern das bloße Ziel der Stärkung der Rechtsposition des Verbrauchers zugrunde.

c) Folgerungen für das Verbraucherleitbild

Das Transaktionskostensparprojekt des vertrauenden Verbrauchers verlangt eine Standardisierung der Verträge, welche mit den Default-Lösungen eines libertären Paternalismus gerade im Widerspruch steht. Es erscheint somit fraglich, ob die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie das Leitbild des vertrauenden Verbrauchers in seiner Legitimität tatsächlich stützen. Die Verhaltensökonomie zeigt jedenfalls, dass Verbraucher eine heterogene Masse sind.¹²¹ Das Leitbild des auf seine Rechte vertrauenden, „zufriedenen“ Verbrauchers verkennt dies jedoch. Es verlangt hohen Schutz für jeden Verbraucher und differenziert somit unzureichend.¹²²

¹⁰⁶ Höhne, (Fn. 94), S. 101, 129.

¹⁰⁷ Die sog. Rationalitätsannahme ist Grundlage der herkömmlichen (Rechts-)Ökonomie, vgl. Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, S. 26, 33 f.

¹⁰⁸ Überblick zu versch. Verhaltensanomalien (auch „biases“ genannt) bei Schäfer/Ott, (Fn. 65), S. 105 ff.; für eine umf. Darstellung Köszegi, 52 J. Econ. Lit. (2014), 1075.

¹⁰⁹ Vgl. Schnellenbach, Verbraucherleitbilder aus ökonomischer Sicht, in: Klinck/Riesenhuber (Hrsg.), Verbraucherleitbilder, 2015, S. 53 (67).

¹¹⁰ Ausführlich Schmolke, (Fn. 97), S. 218–232.

¹¹¹ Grdl. Sunstein/Thaler, 70 U. Chi. L. Rev. (2003), 1159; vgl. auch Eidenmüller, JZ 2011, 814.

¹¹² Sunstein/Thaler, (Fn. 111), (1161–1163, 1167 f.).

¹¹³ Sunstein/Thaler, (Fn. 111), (1161–1163, 1188 ff.).

¹¹⁴ Sunstein/Thaler, (Fn. 111), (1161–1163, 1188 ff.).

¹¹⁵ Camerer et al., (Fn. 86).

¹¹⁶ Camerer et al., (Fn. 86), (1214).

¹¹⁷ Camerer et al., (Fn. 86), (1212).

¹¹⁸ Camerer et al., (Fn. 86), (1247).

¹¹⁹ Vgl. Camerer et al., (Fn. 86), (1230 ff.).

¹²⁰ Hierzu z. B. Eidenmüller, JZ 2005, 216 (221) m. w. N.

¹²¹ Vgl. Schmolke, (Fn. 97), S. 838.

¹²² Vgl. auch Micklitz, (Fn. 46), A 106; Reich, 14 J. Cons. Pol. (1992), 257 (276 f.).

Mit Blick auf mittel- und langfristige Effizienzziele greift eine Orientierung gerade am schwächsten Verbraucher zu kurz, auch wenn dies zunächst absatzfördernd wirken mag. Denn Verhaltensanomalien können durch Lernprozesse, insbesondere auch aufgrund rechtlicher Anreize, korrigiert werden.¹²³ Auch der Markt kann Lernprozesse fördern, wenn es aus Wettbewerbsgründen im Interesse des Unternehmers liegt, den Verbraucher über seine Fehler aufzuklären¹²⁴ oder der Verbraucher dies sogar einfordert.¹²⁵ Ein System, in dem Lernprozesse unterbunden werden, kann zu einer Spiralbewegung nach unten führen.¹²⁶ Mit einem umfassenden Schutz des Verbrauchers geht das Leitbild des „vertrauenden“ Verbrauchers auf die Forderungen der Verhaltensökonomie somit nur scheinbar ein.¹²⁷

4. Fazit zur ökonomischen Analyse

Eine mögliche Rechtfertigung des Leitbildes des „vertrauenden“ Verbrauchers ist die Senkung von Transaktionskosten durch Standardisierungen. Allerdings legt die obige Analyse nahe, dass dieses Bestreben durch die stetige Zunahme zwingender Regelungen zu rigide verfolgt worden sein könnte. Die Kosten zwingender paternalistischer Maßnahmen sollten stets sorgsam gegen den aus ihnen zu erwartenden Nutzen abgewogen werden.

D. Zusammenfassung

Der deutsche Verbraucherschutz ist historisch aus dem Schutz schwacher Marktteilnehmer und dem Motiv, dem Bürger Vertragsfreiheit zu gewährleisten, gewachsen. Durch den europäischen Einfluss schützt bzw. stärkt das deutsche Vertragsrecht heute jedoch nicht mehr nur den schwachen, sondern jeden Verbraucher. Der Leitbildwandel vom mündigen Bürger zum „vertrauenden“ Verbraucher hat zu einer Vielzahl paternalistischer Eingriffe geführt. Diese können zwar Transaktionskosten senken und die Nachfrage erhöhen, jedoch auch zu ineffizienten Ergebnissen führen. Ein effizienzorientiertes Verbraucherschutzkonzept könnte dem Vertragsrecht mehr Flexibilität und dem Verbraucher mehr Vertragsfreiheit zutrauen. Dem Verbraucher sollte eine freie und rationale Vertragsentscheidung ermöglicht werden, ohne ein Konzept der „Rundum-Sorglosigkeit“¹²⁸ zu legitimieren.

¹²³ Schäfer/Ott, (Fn. 65), S. 114, 119.

¹²⁴ Epstein, 73 U. Chi. L. Rev. (2006), 111 (insb. 119–121); krit. Köszegi, (Fn. 108), (1107).

¹²⁵ Camerer et al., (Fn. 86), (1252).

¹²⁶ Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 11; Rehberg, (Fn. 70), S. 348; man spricht von den sog. „slippery slopes“ des Paternalismus, vgl. Camerer et al., (Fn. 86), (1251).

¹²⁷ Eidenmüller, (Fn. 120), (223), erwägt sogar ein „Kontrafaktisches“ Festhalten am Rationalitätsmodell.

¹²⁸ Vgl. auch Calliess, (Fn. 96), (585): „Vollkasko mentalität“.