

Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert

Peter Rott

Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen

Dezember 2016

Berlin, Dezember 2016
ISSN 2365-8436

Herausgeber:

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 18 580-0
Fax: +49 (0) 30 18 580-9525
E-Mail: info@svr-verbraucherfragen.de
Internet: www.svr-verbraucherfragen.de

Diese Veröffentlichung ist im Internet abrufbar.
© SVRV 2016

Mitglieder des SVRV

Prof. Dr. Lucia Reisch (Vorsitzende)

Professorin für Interkulturelle Konsumforschung und europäische Verbraucherpolitik an der Copenhagen Business School

Dr. Daniela Büchel (stellv. Vorsitzende)

Mitglied der Geschäftsleitung REWE für die Bereiche Human Resources und Nachhaltigkeit

Prof. Dr. Gerd Gigerenzer

Direktor der Abteilung „Adaptives Verhalten und Kognition“ und des Harding-Zentrums für Risikokompetenz am Max-Planck-Institut für Bildungsforschung in Berlin

Helga Zander-Hayat

Leiterin des Bereichs Markt und Recht bei der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen

Prof. Dr. Gesche Joost

Professorin für das Fachgebiet Designforschung an der Universität der Künste und Internetbotschafterin der Bundesregierung im Gremium der „Digital Champions“ der EU

Prof. Dr. Hans-Wolfgang Micklitz

Professor für Wirtschaftsrecht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz

Prof. Dr. Andreas Oehler

Professor für Finanzwirtschaft an der Universität Bamberg und Direktor der Forschungsstelle Verbraucherfinanzen und Verbraucherbildung

Prof. Dr. Kirsten Schlegel-Matthies

Professorin für Haushaltswissenschaft an der Universität Paderborn

Prof. Dr. Gert G. Wagner

Professor für Empirische Wirtschaftsforschung und Wirtschaftspolitik an der Technischen Universität Berlin, Vorstandsmitglied des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung und Max Planck Fellow am MPI für Bildungsforschung

Mitarbeitende des SVRV

Leiter der Geschäftsstelle: Thomas Fischer

Wissenschaftlicher Stab der Geschäftsstelle: Mathias Bug, Dr. Irina Domurath,
Dr. Christian Groß

**Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener
Fragen und Herausforderungen der deutschen
Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert**

**für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz**

erstattet von Prof. Dr. Peter Rott

Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht und Verbraucherrecht
an der Universität Kassel

November 2016

Gliederung

A. Einleitung	4
B. Die Relevanz der Rechtsdurchsetzung	5
I. Prozessrisiko	5
II. Prozesskostenrisiko und Prozessfinanzierung	5
III. Klageziele im kollektiven Rechtsschutz	7
1. Die Sammelklage der Verbraucherverbände	7
2. Das Musterfeststellungsverfahren.....	8
3. Geldbußen und Gewinnabschöpfung.....	8
4. Die Unterlassungsklage	8
5. Der Folgenbeseitigungsanspruch.....	9
6. Zusammenfassung	11
IV. Anreiz zur Einhaltung des Verbraucherschutzrechts	11
C. Grundlegende Anforderungen an das materielle Verbraucherrecht	13
I. Die Orientierung an realistischen Leitbildern.....	13
1. Zum Zweck von Leitbildern	13
2. Der „Durchschnittsverbraucher“.....	14
II. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.....	15
1. Beispiele	16
a) Versorgungssperre bei Haushaltskunden	16
b) Angemessenheit des Entgelts für ein Basiskonto.....	18
c) Neue (gemischte) Vertragstypen.....	20
d) Schriftformklauseln von Online-Partnerschaftsvermittlungen.....	21
2. Substitut durch Klärung von Rechtsfragen durch die Rechtsprechung?	22
a) Das Prozessrisiko	22
b) Die Verjährungsfalle.....	23
3. Schlussfolgerung.....	24
III. Verbraucherschutz als Querschnittsmaterie	24
1. Problembezogenheit des Verbraucherrechts.....	24
2. Gefahr von Ausweichstrategien.....	25
3. Schlussfolgerung.....	26
D. Entwicklungen und Herausforderungen	28
I. Verbraucherleitbild(er) und Schutzinstrumente.....	28
1. Verbraucherleitbilder und Realität.....	28
2. Differenzierte Anforderungen in bestimmten Bereichen.....	29
a) Geringere Kompetenz des Durchschnittsverbrauchers	29
b) Besondere Gefährdungslage	30
3. Ausdifferenzierungen nach dem Kenntnisstand	31
a) Typen besonders schutzwürdiger Verbraucher	32
b) Differenzierung nach individuellen Eigenschaften.....	37

4. Folgerungen für Instrumente des Verbraucherschutzes.....	39
a) Informationspflichten.....	39
b) Erläuterung, Beratung und Professionalisierung.....	42
c) Widerrufsrechte.....	44
d) Produktregulierung und -standardisierung statt Information?	46
5. Verbraucherschutz als Grundrecht oder Staatszielbestimmung?.....	48
II. Technische Entwicklungen, insb. Digitalisierung und Internethandel	50
1. Preisbildung und Transparenz	50
a) Dynamic Pricing.....	51
b) Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung.....	52
c) Vergleichsportale	55
d) Paketpreise und Standardisierung	56
2. Der Einfluss des Unternehmers auf die Nutzbarkeit	58
3. Trust services	59
4. Online-Plattformen	62
a) Verhältnis Anbieter - Verbraucher	63
b) Verhältnis Plattformbetreiber - Verbraucher	64
5. Die Kommerzialisierung der Privatsphäre.....	67
6. „Legal Tech“.....	70
III. Privatisierung öffentlicher Aufgaben.....	72
1. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.....	73
a) Zugang durch Kontrahierungszwang	74
b) Erschwingliches Entgelt.....	75
c) Schutz vor Kündigung und Versorgungssperre.....	76
2. Sicherheit	81
IV. Entwicklung von Gesellschaft und Markt.....	85
1. Von der Waren- zur Dienstleistungsgesellschaft.....	85
2. Vom Spotgeschäft zum Dauerschuldverhältnis.....	87
3. Neue Konsummodelle: Nutzen statt Kaufen	90
V. Europäisierung und Globalisierung.....	91
1. Anwendbares Recht	92
2. Intermediäre.....	93
E. Schlussfolgerungen und Empfehlungen.....	94
Anhang: Bibliographie	97

A. Einleitung

Das moderne Verbraucherrecht begann seine Entwicklung in den 1970er Jahren. Eines der prominenten Gesetze aus dieser Zeit war das AGBG. In den 1980er Jahren verabschiedete die damalige Europäische Gemeinschaft ihre ersten Verbraucherrechtsakte, insbesondere die Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, die Produkthaftungs-Richtlinie 85/374/EWG, die Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG und die Verbraucherkredit-Richtlinie 87/102/EWG. Seit dieser Zeit ergingen kontinuierlich weitere Verbraucherrechtsakte, wobei die Europäische Gemeinschaft bzw. mittlerweile die Europäische Union wesentlich die Agenda bestimmte. In Deutschland erfuhr die Entwicklung eine Zäsur mit der Schuldrechtsmodernisierung von 2000, im Zuge derer das bis dahin weitgehend in Sondergesetzen geregelte Verbraucherrecht bis auf wenige Ausnahmen ins Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) überführt wurde.

Selbstverständlich trug das Verbraucherrecht in den 40 Jahren seiner Geschichte auch technologischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung. So reagierte die (damalige) EG mit der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG auf den aufkommenden Internet-Handel. Die Privatisierungswelle im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse führte zum Erlass von Regelungen zu Universaldienstleistungen und Ende der 2000er Jahre zu expliziten Forderungen nach Schutz für besonders schutzbedürftige Verbraucher (*vulnerable consumers*). Weite Teile des Verbraucherrechts sind aber über die Jahrzehnte unverändert oder kaum modifiziert geblieben, und das Schutzinstrumentarium hat sich seit den 1980er Jahren kaum verändert.

Daher ist es an der Zeit für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob das geltende deutsche Verbraucherrecht seinen Zweck noch erfüllt, soweit es das je getan hat. Diese Auseinandersetzung muss sich sowohl auf die grundlegende Konzeption des deutschen Verbraucherrechts als auch auf seine Reaktion auf technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen oder deren Fehlen sowie auf die Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse über die kognitiven Fähigkeiten und das Verhalten, aber auch über die soziale Lage von Verbrauchern beziehen.

Da der Schutz der Verbraucher vom Wechselspiel von materiell-rechtlichem Verbraucherschutz abhängt, wird einleitend das aktuelle, seit langem weitgehend unveränderte System der Durchsetzung des Verbraucherschutzes in Deutschland skizziert, weil sich daraus Anforderungen an das materielle Recht ableiten lassen (Teil B.). Anschließend werden zunächst die grundlegenden Anforderungen an die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern erörtert. Diese sind die Orientierung an realistischen Leitbildern, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und die Problembezogenheit des Verbraucherrechts, die mitunter quer zu den tradierten Vertragstypen des BGB liegt (Teil C.). Im Hauptteil (Teil D.) werden die Grundkonzeption des bisherigen Verbraucherrechts und die seither eingetretenen technologischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen sowie die damit einher gegangenen oder gehenden Veränderungen der Konsumbeziehungen skizziert und untersucht, ob bzw. inwieweit das geltende Verbraucherrecht sowohl den grundlegenden Anforderungen als auch den veränderten Rahmenbedingungen gerecht wird. Abschließend folgen Handlungsempfehlungen (Teil E.), die u.a. positiv zu bewertende rechtliche Regelungen in einzelnen Rechtsgebieten aufgreifen.

B. Die Relevanz der Rechtsdurchsetzung

Nach der Leistungsbeschreibung soll sich diese Studie nur mit dem materiellen Recht befassen eine „mögliche Neuordnung der Rechtsdurchsetzung“ soll nicht behandelt werden.¹ Das materielle Verbraucherrecht steht aber in mancherlei Hinsicht in einer Wechselwirkung mit der Rechtsdurchsetzung, so dass diese eingangs in Grundzügen beleuchtet werden sollen.

Es ist anerkannt, dass die Rechtsdurchsetzung von einer Reihe von Faktoren abhängt, von denen das Prozessrisiko und das damit verbundene Prozesskostenrisiko – neben der sog. rationalen Apathie bzw. dem rationalen Desinteresse insbesondere bei Kleinforderungen² – eine maßgebliche Rolle spielen. Aus Sicht des Verbrauchers entscheidend ist daneben, mit welchem Klageziel insbesondere die kollektive Durchsetzung des Verbraucherschutzes erfolgt bzw. erfolgen kann. Von der Effektivität der Rechtsdurchsetzung wiederum wird die Rechtstreue des durchschnittlichen Unternehmers abhängen. Hier gilt: Wenn die Wahrscheinlichkeit oder die Schärfe einer Sanktion gering ist, ist auch der Anreiz zur Rechtstreue nicht hoch.

I. Prozessrisiko

Das Prozessrisiko wird sowohl vom materiellen Recht als auch vom Verfahrensrecht, etwa den zur Verfügung stehenden Beweismitteln bestimmt.³ Das Zivilprozessrecht als solches soll nicht Gegenstand dieser Studie sein. Hinsichtlich des materiellen Rechts ist entscheidend, wie klar der Verstoß gegen eine verbraucherrechtliche Vorschrift ist, aber auch wie klar die Vorschrift selbst formuliert ist. Auf diesen letzten Punkt wird später ausführlich eingegangen (infra, C. II.).

II. Prozesskostenrisiko und Prozessfinanzierung

Für die Durchsetzbarkeit von Vorschriften kommt es entscheidend darauf an, ob diese von finanzstarken Experten – etwa einer finanziell gut ausgestatteten Verbraucherschutzbehörde oder auch einer Großkanzlei mit Eigeninteresse aufgrund von Erfolgsbeteiligung -, von weniger finanzstarken Experten – etwa einem privaten Verbraucherverband – oder vom Verbraucher selbst mit oder ohne anwaltliche Unterstützung, gegebenenfalls finanziert durch eine Rechtsschutzversicherung, durchgesetzt werden müssen.

Erstere werden in der Lage sein, große und möglicherweise riskante Verfahren durchzuführen. Dies zeigt sich etwa beim Handeln britischer Verbraucherschutzbehörden wie der Financial Conduct Authority⁴ oder bei den *class actions* des US-amerikanischen Rechts.⁵

¹ Vgl. die Leistungsbeschreibung, sub A. II. 1.

² Vgl. dazu nur *Stadler/Micklitz*, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559; *Köhler/Lettl*, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Richtlinie, WRP 2003, 1019, 1048.

³ Vgl. nur die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz, dazu ausf. *Rott*, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts, 2006,. Zur Relevanz des Beweisrechts vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318, Rn. 14.

⁴ Vgl. dazu *Hodges*, Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques, ERPL 2015, 829, 836 ff. Vgl. auch *Rott*, Behördliche Rechtsdurchsetzung in Großbritannien, den Niederlanden und der USA, in: Schulte-Nölke (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, erscheint 2016.

⁵ Zu *class actions* im Verbraucherrecht vgl. *Money-Kyrle*, Collective Enforcement of Consumer Rights in the United Kingdom, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), Im Namen des Verbrauchers? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa, 2015, 45, 54, m.w.N.

Beide Typen von Rechtsdurchsetzern finden wir im deutschen Recht bislang jedenfalls flächendeckend nicht vor. Behördlicher Rechtsschutz wird in Ansätzen bislang von der Bundesnetzagentur (insbesondere im Bereich Telekommunikation) und von der BaFin gewährt.

Verbraucherverbänden ist die Rechtsdurchsetzung möglich, wenn ihr Kostenrisiko begrenzt ist⁶ oder wenn sie die Möglichkeit haben, eine Prozessfinanzierung durch Dritte in Anspruch zu nehmen. Paradigmatisch für die Begrenzung des Kostenrisikos ist die deutsche Rechtsprechung zum Streitwert von AGB-Klagen. Die Gerichte schöpfen den Rahmen des § 48 Abs. 1 S. 2 GKG von 250.000 Euro bei weitem nicht aus, sondern orientieren sich bei der Streitwertbemessung am Prozesskostenetat der Verbraucherorganisationen,⁷ um diese bei der Wahrnehmung der ihnen im Allgemeininteresse eingeräumten Befugnis, den Rechtsverkehr von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu befreien, vor unangemessenen Kostenrisiken zu schützen.⁸ Den in der Literatur vorgeschlagenen Regelstreitwert von 3.000,- EUR pro angegriffener Klausel hat der BGH mittlerweile bestätigt.⁹ Es gibt allerdings Ausnahmefälle. Im Zusammenhang mit Bearbeitungsentgelten bei Darlehensverträgen legte der BGH den Streitwert auf 25.000 Euro fest;¹⁰ dort ging es allerdings auch um ungewöhnlich hohe Beträge, die Verbraucher bei Missbräuchlichkeit der angegriffenen Klausel zurückfordern konnten.¹¹

Wo eine solche Streitwertbegrenzung nicht gegeben ist, etwa bei Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 UWG,¹² kann ein Verbraucherverband bei hohen möglicherweise abzuschöpfenden Gewinnen schon aufgrund des ebenfalls hohen Prozessrisikos kaum noch ohne Drittfinanzierung agieren, wie dies bei der (letztlich verlorenen)¹³ Klage gegen O2 der Fall war.¹⁴ Aus demselben Grund – und auch wegen des mit ihnen verbundenen organisatorischen Aufwands – sind Sammelklagen von Verbraucherverbänden Grenzen gesetzt.¹⁵

Hinsichtlich des Individualrechtsschutzes kommt es für die Einschätzung des Prozessrisikos und damit für die Klagebereitschaft nicht zuletzt darauf an, ob der Verbraucher anwaltlich vertreten ist¹⁶ bzw. ob er die Mittel für eine anwaltliche Vertretung aufbringen kann. Hier spielt eine erhebliche Rolle, dass in Deutschland Rechtsschutzversicherungen weit verbreitet

⁶ Vgl. bereits *Homburger/Kötz*, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, 1975, 72 ff.

⁷ So ausdrücklich BGH, GRUR 2011, 560.

⁸ Grundlegend BGH, NJW-RR 1991, 1074; vgl. auch BGH, NJW-RR 2001, 352; BGH, NJW-RR 2007, 497; BGH, GRUR 2011, 560. Ebenso neuerdings zur Rechtsbruchklage nach § 2 UKlaG BGH, GRUR-Prax 2015, 393.

⁹ BGH, NJW 2013, 995, 1001; zuvor 2.500,- EUR, vgl. BGH, NJW-RR 2007, 497.

¹⁰ BGH, BKR 2014, 330; abgelehnt in BGH, ZNER 2015, 441 (AGB in Gasliefervertrag); BGH, NJOZ 2015, 857 (AGB eines Paket- und Expresszustelldiensts).

¹¹ Hier war von einem Gesamtschaden von 13 Mrd. Euro die Rede, vgl. *N.N.*, BGH präzisiert Verjährung auf exakt zehn Jahre, *Süddeutsche Zeitung* vom 29.10.2014.

¹² Vgl. zu diesen zuletzt *Henning-Bodewig*, Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, GRUR 2015, 731 ff.

¹³ Vgl. OLG München, BeckRS 2015, 12177.

¹⁴ Dazu *Hörmann*, Massenschäden in der Praxis – aus Sicht der Verbraucherverbände, VuR 2016, 81, 82.

¹⁵ Vgl. dazu *Heidemann-Peuser*, Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz, VuR 2002, 455, 458; *E. Müller*, Verbraucherschutz und Deregulierung, WiVerw 2004, 65, 73; *Rott*, Kollektive Klagen von Verbraucherverbänden in Deutschland, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 259, 265 ff.; *Hörmann*, VuR 2016, 81.

¹⁶ Auch wenn der EuGH der anwaltlichen Vertretung keinen Einfluss auf die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Verbraucherrechts von Amts wegen beigegeben hat, vgl. EuGH, Urteil vom 4.6.2015, Rs. C-497/13 *Faber*, ECLI:EU:C:2015:357; zu diesem Punkt auch *Rott*, Improving consumers' enforcement of their rights under EU consumer sales law: *Froukje Faber*, CMLRev. 2016, 509, 517 f.

sind. Beispielsweise konnte etwa der Telekom-Prozess¹⁷ als Massenverfahren nur deswegen von so vielen Klägern geführt werden, weil die jeweiligen Rechtsschutzversicherungen hier Deckung erteilt haben.¹⁸ Begünstigt wurde dies dadurch, dass der BGH Ansprüche aus Prospekthaftung als von der Familienrechtsschutzversicherung erfasst sah.¹⁹ Allerdings sind viele Rechtsschutzversicherer im Anschluss an dieses Urteil des BGH dazu übergegangen, kapitalmarktrechtliche Ansprüche generell vom Leistungsumfang auszunehmen oder sie jedenfalls der Höhe nach zu begrenzen.²⁰ Im Übrigen bleibt natürlich ein signifikanter Teil der Bevölkerung, der über keine Rechtsschutzversicherung verfügt. Genauso gibt es einen signifikanten Teil der Bevölkerung, der sich anwaltliche Hilfe nicht leisten kann. Die Mittel, die das Beratungshilfegesetz insoweit zur Verfügung stellt, führen bei der Anwaltschaft kaum zu der Bereitschaft, sich ausführlich mit schwierigen Rechtsfragen auseinanderzusetzen.

Zu ergänzen wäre noch der mittelbare Verbraucherschutz, der sich daraus ergibt, dass nach § 8 UWG Wettbewerber bei Lauterkeitsrechtsverstößen gegeneinander oder Gewerbeverbände gegen Unternehmer vorgehen. Über § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.) beziehen sich Lauterkeitsrechtsverstöße häufig auf den Bruch von Verbraucherschutzvorschriften, durch den sich Unternehmer auch gegenüber ihren Mitbewerbern einen unlauteren Vorteil verschaffen. Gerade bei leicht erkennbaren Verstößen, insbesondere gegen Informationspflichten, ist hier viel Aktivität vor allem im Wege von Abmahnungen zu vermelden.²¹

III. Klageziele im kollektiven Rechtsschutz

Die Durchschlagskraft und damit die Effektivität kollektiver Klagemöglichkeiten hängen vor allem mit den möglichen Klagezielen zusammen.

1. Die Sammelklage der Verbraucherverbände

Hierzu ist festzustellen, dass primär die Sammelklage der Verbraucherverbände unmittelbar darauf abzielt, Ansprüche von Verbrauchern gebündelt durchzusetzen und den Erlös an diese Verbraucher auszukehren. Wie bereits erwähnt, ist sie aber in ihrer Breitenwirkung überschaubar. *Günter Hörmann*, der ehemalige Leiter der Verbraucherzentrale Hamburg, berichtete, dass die VZ Hamburg im Aufsehen erregenden Verfahren gegen E.ON wegen unzulässiger Preiserhöhungen in Gaslieferungsverträgen für 54 von ca. 300.000 betroffenen Verbrauchern tätig wurde²² (zum über die Klage hinausreichenden Effekt sogleich). Gegen die Allianz Lebensversicherungs-AG, die wie die anderen Versicherungsunternehmen auch bei vorzeitiger Kündigung durch Verbraucher zu geringe Rückkaufwerte berechnet hatte, wurde die VZ Hamburg für 80 Kunden tätig.²³

¹⁷ Vgl. zuletzt BGH, NJW 2015, 236.

¹⁸ Vgl. *Halfmeier/Rott/Feess*, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht – Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, 2010, 39.

¹⁹ Vgl. BGH, NJW 2003, 2384, 2385 f.

²⁰ Vgl. *Bergmeister*, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), 2009, 306 m.w.N.

²¹ Das Abmahnwesen wird dabei durchaus auch kritisch gesehen, vgl. etwa *Ernst*, Zeitlich gebundene und zu reservierende Dienstleistungen im neuen Fernabsatzrecht (§ 312 g Abs. 2 Nr. 9 BGB), VuR 2015, 337, 339 f.

²² Vgl. *Hörmann*, VuR 2016, 81.

²³ *Ibid.*, 81, 82.

2. Das Musterfeststellungsverfahren

Die Effektivität der Rechtsdurchsetzung verbessern soll auch das Musterfeststellungsverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG).²⁴ Nach dem KapMuG kann bei Vorliegen von mindestens zehn Verfahren, denen eine oder mehrere gleiche Fragen zu Grunde liegen, ein Musterverfahren ausgewählt werden, anhand dessen die gemeinsame Frage in einem Musterentscheid des Oberlandesgerichts geklärt werden kann. Alle Ausgangsverfahren werden bis zum rechtskräftigen Abschluss des Musterentscheids ausgesetzt. Auf der Basis dieses Musterentscheids werden dann die Individualansprüche beurteilt. Für Verbraucher bzw. Anleger ergibt sich primär der Vorteil, dass die im Kapitalmarktrecht z.T. sehr umfangreichen Beweisfragen gebündelt werden, so dass die entsprechenden Kosten nicht in jedem einzelnen Rechtsstreit anfallen. Eine Erleichterung des Zugangs zum Musterfeststellungsverfahren brachte eine Gesetzesänderung aus dem Jahre 2012, mit der eine Anmeldung zum Musterverfahren ohne Klageerhebung ermöglicht wurde. Diese Anmeldung bewirkt nach § 204 Nr. 6a BGB die Hemmung der Verjährung. Bislang ist die Musterfeststellungsklage auf bestimmte Kapitalmarktklagen beschränkt,²⁵ auch wenn ihre Ausweitung auf andere Angelegenheiten immer wieder diskutiert wurde. Ihre Effektivität ist auch nicht unbestritten.²⁶ Das bereits erwähnte Telekom-Verfahren, in dem es um die Richtigkeit des anlässlich des so genannten „dritten Börsengangs“ der Deutsche Telekom AG im Jahr 2000 herausgegebenen Prospekts geht und das den Anlass für die Schaffung des KapMuG lieferte, ist bis heute nicht abgeschlossen. Zuletzt hob der BGH im Oktober 2014 den Musterentscheid des OLG Frankfurt auf und verwies die Sache an das OLG Frankfurt zurück.²⁷

3. Geldbußen und Gewinnabschöpfung

Behördlicher Rechtsschutz im Wege von Geldbußen kommen dem geschädigten Verbraucher unmittelbar ebenso wenig zugute wie die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG oder die Gewinnabschöpfung durch Behörden wie die Bundesnetzagentur nach § 43 TKG, bei der der abgeschöpfte Gewinn an den Staatshaushalt abzuführen ist.

4. Die Unterlassungsklage

Das Hauptinstrument des deutschen kollektiven Verbraucherschutzes ist die Unterlassungsklage nach den §§ 1 und 2 UKlaG und nach § 8 Abs. 1 UWG. Diese ist auf ein zukünftiges Unterlassen der Verwendung einer missbräuchlichen Klausel oder das zukünftige Unterlassen einer verbraucherschutzrechtswidrigen Praxis gerichtet, hat aber keine kompensatorische Wirkung. Der einzelne Verbraucher muss trotz eines Unterlassungsurteils in einem Verbandsklageverfahren seinen Anspruch gegebenenfalls gerichtlich geltend machen. Tatsächlich ist dies häufig erforderlich, denn viele Unternehmer sind trotz eines Unterlassungsurteils nicht bereit, die geschädigten Verbraucher von sich aus oder auch nach nur außergerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs zu entschädigen, so dass eine Durchsetzung des Individualanspruchs im Klageweg erforderlich ist. Insoweit sei nur wieder

²⁴ Zu den weiteren Zielen der Durchsetzung des objektiven Kapitalmarktrechts, der Justizentlastung und der Stärkung des Börsen- und Justizplatzes Deutschland vgl. BT-Drs. 15/5091, 16 f.

²⁵ Vgl. § 1 KapMuG.

²⁶ Dies hängt allerdings auch mit dem materiellen Kapitalmarktrecht zusammen, vgl. *Halfmeier/Rott/Feess*, 41 ff.

²⁷ BGH, NJW 2015, 236. Vgl. auch die Übersicht von Verfahren bei *Halfmeier/Rott/Feess*, 48 f.

auf den Bericht von Günter Hörmann über die Gaspreis-Verfahren gegen E.ON verwiesen.²⁸ Dasselbe Verhalten wurde von Banken infolge der BGH-Entscheidung zu Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen berichtet.²⁹ Im Falle der Bausparkassen, die sich generell darauf beriefen, nicht mit „normalen“ Banken vergleichbar zu sein,³⁰ dauerte es weitere Jahre, bis der BGH im November 2016 auch deren Klauseln über Bearbeitungsgebühren für unwirksam erklärte.³¹ Anders als beim KapMuG-Verfahren gibt es auch keine Möglichkeit für Verbraucher, sich einer Unterlassungsklage in irgendeiner Form anzuschließen, um wenigstens von einer Hemmung der Verjährung ihrer Ansprüche zu profitieren (dazu noch infra, unter C. II. 2. b).

5. Der Folgenbeseitigungsanspruch

Eine kompensatorische Wirkung könnte die Anerkennung eines Folgenbeseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG oder nach dem im Februar 2016 entsprechend ergänzten § 2 Abs. 1 UKlaG mit sich bringen.³² Zielsetzung des Beseitigungsanspruchs ist es, rechtswidrige Zustände andauernder Störung zu beenden, die allein durch einen Unterlassungsanspruch nicht beseitigt werden können. Der Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs hängt von der Natur der andauernden Störung ab.³³ Die verbraucherrechtliche Rechtsprechung befasste sich (unter § 8 Abs. 1 UWG) zunächst mit Störungen, die aus rechtswidrigen Informationsschreiben resultierten. Den Anfang machten das LG Berlin und das KG Berlin in ihren Flexstrom-Urteilen. Die ursprünglichen Nutzer-AGB des Stromversorgers Flexstrom enthielten (noch) keine Preisanpassungsklausel. Vielmehr wies Flexstrom in später versandten Informationsschreiben an ihre Kunden auf neue Strompreise bei gleichzeitiger Kündigungsmöglichkeit hin. Gleichzeitig enthielt das Schreiben folgende Formulierung: „Wenn Sie nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterhin günstigen *Flexstrom* beziehen, behandeln wir dies als Zustimmung zu den neuen Vertragspreisen.“ Das KG behandelte dieses Schreiben als Irreführung i.S.d. § 5 UWG und sprach der klagenden Verbraucherzentrale Hamburg einen Folgenbeseitigungsanspruch folgenden Inhalts zu: Flexstrom wurde verurteilt, den Empfängern der Erstmitteilung ein individualisiertes Berichtigungsschreiben zuzusenden.³⁴ Das LG Stuttgart folgte diesem Beispiel in einem Verfahren der Verbraucherzentrale Hamburg gegen die Allianz Lebensversicherungs-AG. Die Allianz-Lebensversicherung hatte, nachdem eine Vorgängerversion dieser Klausel durch Urteil des OLG Stuttgart³⁵ für unwirksam erklärt worden war, im Wege des Klauselersetzungsverfahrens nach § 164 VVG in Verträge über kapitalbildende Lebens- und Rentenversicherungen eine neue, erneut unwirksame Klausel aufgenommen. Das LG Stuttgart beurteilte die Ersetzung unwirksamer Klauseln durch neue unwirksame Klauseln als irreführende Handlung nach § 5 Abs. 1 UWG und verurteilte die Allianz-

²⁸ Hörmann, VuR 2016, 81.

²⁹ Vgl. Dopheide, Zahlen? Nein danke., Handelsblatt vom 26.11.2014.

³⁰ Dagegen bereits Tiffe, Wie aktive Verbraucher Banken und Bausparkassen zunehmend unter Druck setzen, VuR 2015, 201, 202.

³¹ BGH, 8.11.2016, Az. XI ZR 552/15.

³² Ausf. Rott, Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, erscheint in Zeitschrift für Verbraucherrecht (VbR) 2016.

³³ Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 8 Rn. 1.80.

³⁴ LG Berlin, BeckRS 2011, 11068; KG, BeckRS 2013, 09271; dazu Reich, Zur Möglichkeit und Durchsetzung eines sog. Folgenbeseitigungsanspruchs im UWG und im AGB-Recht – das Flexstrom-Urteil des KG v. 27.03.2013 und die Folgen für unberechtigt geforderte Energiespreis“anpassungen“ durch die Versorger, VuR 2014, 247 ff.

³⁵ OLG Stuttgart, BeckRS 2011, 21308.

Lebensversicherungs-AG, Kunden mit einer Lebensversicherungspolice deutlich darüber zu informieren, dass bestimmte von ihr verwendete Vertragsklauseln unwirksam beziehungsweise irreführend sind.³⁶

Den Schritt zu einer kompensatorischen Wirkung des Folgenbeseitigungsanspruchs machte erstmals das LG Leipzig in einer Entscheidung zu unrechtmäßig erhobenen Entgelten für Kontopfändungen. Der Fall war kein AGB-Fall, sondern ein Fall des § 306a BGB, weil die Entgelte aufgrund ständiger Geschäftspraxis erhoben worden, ohne dass eine entsprechende Klausel in den AGB eingestellt war, wohl weil der beklagten Dresdner Volksbank die Unzulässigkeit einer solchen Klausel bewusst war. Auf Klage der VZ Sachsen hin verpflichtete das LG Leipzig die Bank, die durch die Einforderung der Entgelte eingetretene Störung, nämlich den Geldtransfer, durch Rückzahlung an die Kunden zu beseitigen³⁷ und die Kunden in entsprechenden Schreiben zu informieren.³⁸ Hier ist wieder auf die Effektivität des Rechtsschutzes zu verweisen. Das LG Leipzig argumentierte zutreffend, dass die geschädigten Verbraucher wegen des Betrags von 30 Euro wohl nur sehr eingeschränkt ein gerichtliches Verfahren anstrengen würden.³⁹ Daraus lässt sich schließen, dass die Störung in der Rechtswirklichkeit ohne die Rückzahlung nicht beseitigt würde.

Diese neue Rechtsprechung ist allerdings keineswegs unbestritten. Das Urteil des LG Stuttgart in Sachen Allianz Lebensversicherungs-AG wurde vom OLG Stuttgart kassiert. Das OLG Stuttgart sah das Vorgehen der VZ Hamburg als Versuch an, die engen Vorgaben des § 1 UKlaG auf dem Weg über § 8 Abs. 1 UWG zu umgehen oder zu überspielen, und argumentierte, es wäre systemwidrig, anzunehmen, dass die Beschränkungen, die der Gesetzgeber in einem Spezialgesetz (dem UKlaG) vorgegeben hat, nach seinem Willen unter Zuhilfenahme eines allgemeineren Gesetz sollten unterlaufen werden können. Unabhängig davon könne die VZ Hamburg, auch soweit sie sich auf das UWG stütze, nicht dartun, einen eigenen Schaden zu haben oder selbst beeinträchtigt zu sein, so dass gleichermaßen Folgenbeseitigungsansprüche und Auskunftsansprüche ausschieden.⁴⁰ Das Verfahren ist mittlerweile beim BGH anhängig.⁴¹ Auch die vom LG Leipzig verurteilte Dresdner Volksbank hat Berufung beim OLG Dresden eingelegt.⁴² In der Literatur ist der Gedanke eines auf Zahlung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs auch schon auf Ablehnung gestoßen.⁴³

Weiter einschränkend sei noch erwähnt, dass der Folgenbeseitigungsanspruch zwar verschuldensunabhängig ist, aber „verhältnismäßig“ sein muss. Selbst wenn also das Urteil des LG Leipzig bestätigt und der Folgenbeseitigungsanspruch damit grundsätzlich die Rückzahlung zu Unrecht eingemommener oder einbehaltener Beträge an Verbraucher erfassen sollte, wird es noch immer darauf ankommen, ob dies im Einzelfall verhältnismäßig ist. Dies setzt voraus, dass die Beseitigung geeignet und erforderlich ist, um den widerrechtlichen Störungszustand zu beseitigen, und dass sie darüber hinaus im engeren Sinne verhältnismäßig und dem Störer zumutbar ist.⁴⁴ Ein wesentliches Kriterium hierfür wird die Schwere des

³⁶ LG Stuttgart, VuR 2015, 30, m. Anm. *Rott*.

³⁷ Dafür bereits *Rott*, Anmerkung, VuR 2015, 32.

³⁸ LG Leipzig, VuR 2016, 109, 110 f.

³⁹ LG Leipzig, VuR 2016, 109, 111.

⁴⁰ OLG Stuttgart, WM 2016, 308.

⁴¹ BGH, Az. I ZR 184/15.

⁴² OLG Dresden, Az. 14 U 82/16.

⁴³ Vgl. *Bunte*, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln, ZIP 2016, 956 ff.

⁴⁴ BGH, GRUR 1990, 630, 633; BGH, GRUR 1995, 424, 426; BGH, GRUR 1998, 415, 416; BGH, GRUR 2002, 709, 711.

Verstoßes sein, die dann auf der Hand liegt, wenn etwa AGB-Klauseln entgegen bereits bestehender höchstrichterlicher Rechtsprechung verwendet werden.⁴⁵

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist nach dem derzeitigen Rechtszustand – ohne Berücksichtigung der noch offenen Entwicklung beim Folgenbeseitigungsanspruch – weitestgehend die Eigeninitiative des Verbrauchers erforderlich, im Wege des Individualrechtsschutzes seine Ansprüche durchzusetzen. Der kollektive Rechtsschutz dient primär zur Klärung der Rechtslage, die die Durchsetzung von Ansprüchen im Individualrechtsschutz erleichtert, aber nicht ersetzt.

IV. Anreiz zur Einhaltung des Verbraucherschutzrechts

Ohne dass vorliegend präzise Berechnungen vorgenommen werden könnten, ist doch deutlich geworden, dass der Anreiz für Unternehmer zur Einhaltung des Verbraucherschutzrechts wesentlich davon abhängt, ob Verbraucher zu Unrecht geforderte oder einbehaltene Beträge zurückfordern, da die zusätzlichen Durchsetzungsmittel entweder – wie der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG - eher schwach ausgeprägt sind oder – im Falle des an sich gut funktionierenden Unterlassungsanspruchs – nur vergleichsweise geringe Kosten für die Abmahnung und/oder das gerichtliche Verfahren verursachen. Bei der Abmahnung hat sich zudem eine Rechtsprechung herausgebildet, die von einer qualifizierten Einrichtung nach § 4 UKlaG (ebenso wie von Wettbewerbsverbänden iSd § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG) erwartet, dass sie typische und durchschnittlich schwer zu verfolgende verbraucherfeindliche Praktiken selbst erkennen und abmahnen können.⁴⁶

Dabei ist zunächst bei sog. Bagatellschäden nicht zu erwarten, dass jeder Einzelne oder zumindest eine hinreichende Zahl von Verbrauchern ihre Rechte geltend machen, selbst wenn diese Schäden massenhaft auftreten,⁴⁷ weshalb ja der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG eingeführt wurde,⁴⁸ von dem Verbraucher aber nicht unmittelbar profitieren. Dieses Phänomen betrifft zunächst den Bereich der missbräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwar wie im Falle der Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehensverträgen oder auch bei den Gaspreiserhöhungsklauseln signifikante Schäden verursachen können, häufig aber auch im Bagatellbereich verbleiben.⁴⁹ Es betrifft aber auch verbraucherschutzwidrige Praktiken i.S.d. § 2 UKlaG, wenn etwa nach Widerruf eines Fernabsatzvertrags überhöhter Wertersatz gefordert⁵⁰ oder an sich bestehende Ansprüche des Verbrauchers aus einem Verbrauchsgüterkaufvertrag verweigert werden. Solche Fälle sind auch von Dritten vor allem dann schwer zu verfolgen, wenn sie sich nicht z.B. aus der Gestaltung einer Homepage erkennen lassen. Jenseits des Bagatellbereichs wird das Prozessrisiko von entscheidender Bedeutung sein.

Sanktionswirkung könnte noch die negative Werbewirkung einer Verurteilung haben. Diese ergibt sich jedenfalls nicht aus der Möglichkeit einer Veröffentlichung eines Urteils im Bundesanzeiger (§§ 7 UKlaG, 12 Abs. 3 UWG), die von der Rechtsprechung in der Regel

⁴⁵ Vgl. dazu die Ausführungen bei LG Leipzig, VuR 2016, 109, 111.

⁴⁶ Vgl. BGH, NJW 2012, 3023; OLG Köln, VersR 2011, 101; OLG Köln, BeckRS 2014, 23206; OLG Stuttgart, GRUR-RR 2015, 164. Vgl. auch BGH, BeckRS 2012, 25503, zu Kosten für einen auswärtigen Prozessvertreter.

⁴⁷ Vgl. etwa *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559; *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1048.

⁴⁸ Vgl. nur BT-DrS. 15/1487, 23.

⁴⁹ Vgl. *E. Müller*, WiVerw 2004, 65, 73.

⁵⁰ Vgl. dazu LG Hamburg, VuR 2014, 436, zu Wertersatzforderungen einer Online-Partnerschaftsvermittlung.

abgelehnt wird, etwa weil der Kläger anderweitig für die Verbreitung des Urteils sorgen kann,⁵¹ was die Verbraucherverbände insbesondere über ihre Homepage, aber auch über die allgemeine Presse tun. Aber auch im Übrigen scheinen die deutschen Verbraucher und auch die deutschen Unternehmer eher unsensibel auf die (drohende) Veröffentlichung von Verstößen zu reagieren. Verklagt zu werden, schadet dem Ruf eines Unternehmens in Deutschland in aller Regel nicht, und auch eine Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das Verbraucherrecht stellt offenbar keine "Brandmarkung" dar. Auch wenn verlässliche Daten insoweit nicht zur Verfügung stehen, wird man wohl feststellen können, dass auch und gerade große Unternehmen in Deutschland immer wieder wegen Verstößen gegen das Verbraucherrecht verurteilt werden, ohne dass dies ihrem unternehmerischen Erfolg abträglich wäre. Noch weniger sanktionierend ist die Wirkung, wenn in homogenen Branchen ohnehin die gesamte Branche denselben Verstoß begangen hat, etwa durch die koordinierte Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Rechtsbruch kann also eine durchaus rationale Geschäftsstrategie darstellen.⁵² Damit soll nicht angedeutet sein, dass deutsche Unternehmer massenhaft absichtlich das Recht brechen. Die geringe Sanktionswahrscheinlichkeit trägt aber sicher dazu bei, dass viele Unternehmer der Einhaltung des Verbraucherschutzrechts wenig Aufmerksamkeit schenken – anders sind die immer noch regelmäßig grob rechtswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen z.B. von kleinen Werkstätten nicht zu erklären. Tatsächlich führt bereits die Abmahnfähigkeit der Verbraucherverbände gerade in eindeutigen Fällen sehr häufig zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, was eben eher auf Nachlässigkeit denn auf böse Absicht schließen lässt.

Die deutsche Gerichtspraxis zeigt aber auch, dass vor allem große, rechtlich bestens beratene Unternehmen wie etwa Banken und Versicherungen, aber auch Energieversorger, Telekommunikationsdienstleister oder große Handelsketten bei ungeklärter Rechtslage insbesondere bei der Gestaltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig bis an die Grenze dessen gehen, was möglicherweise noch rechtmäßig sein könnte, auch wenn von vornherein, spätestens aber nach einer Abmahnung durch einen Verbraucherverband, die Gefahr erkennbar ist, dass die Rechtsprechung dies schließlich anders sehen wird. In solchen Fällen wird nämlich die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG mangels vorsätzlichen Handelns nicht in Betracht kommen, so dass – abgesehen von den Kosten eines verlorenen Verfahrens, gegebenenfalls durch drei Instanzen – letztlich eben nur diejenigen zu Unrecht eingekommenen oder einbehaltenen Beträge zurückerstattet werden müssen, die Verbraucher aktiv und bei entsprechendem Widerstand der Unternehmer wiederum im Klagewege einfordern. In der Praxis verbleiben erhebliche Unrechtsgewinne.⁵³ Der schon EU-rechtlich erforderliche Abschreckungseffekt⁵⁴ besteht nicht.

⁵¹ BGH, NJW-RR 2007, 1286, 1290; LG Stuttgart, BKR 2007, 377, 379. Ausf. MüKoZPO – Micklitz, § 7 UKlaG Rn. 1 ff.

⁵² Ebenso *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, 2015, 38.

⁵³ Vgl. wiederum *Hörmann*, VuR 2016, 81 f.

⁵⁴ Vgl. zuletzt EuGH, 21.4.2016, Rs. C-377/14 *Radlinger und Radlingerová*, ECLI:EU:C:2016:283.

C. Grundlegende Anforderungen an das materielle Verbraucherrecht

Bei den gegebenen Rahmenbedingungen der Durchsetzung des Verbraucherrechts muss das Verbraucherrecht zwei grundlegende Anforderungen erfüllen: Es muss sich an einem oder mehreren realistischen Verbraucherleitbildern orientieren (I.), und es muss angesichts der hohen Relevanz der individuellen Rechtsdurchsetzung für den Einzelnen handhabbar sein (II.). Beides ist derzeit nicht hinreichend gegeben.

I. Die Orientierung an realistischen Leitbildern

Sonderregelungen für das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern wurden eingeführt, weil man sich der Erkenntnis nicht mehr verschließen konnte, dass Verbraucher aufgrund von Informationsasymmetrien, aber auch aus anderen Gründen gegenüber Unternehmern in einer schwächeren Position sind. Das Verbraucherrecht ist also seiner Grundidee nach eine Reaktion auf reale Verhältnisse. Schon daraus wird deutlich, dass sein Instrumentarium auch so ausgestaltet sein muss, dass es von real existierenden Verbrauchern⁵⁵ und von Dritten, die sich deren Schutz verschrieben haben, genutzt werden kann. Anderes gälte nur, wenn das Verbraucherrecht vollständig staatlich und von Experten durchgesetzt würde, was zweifellos nicht der bisherigen deutschen, auf privatrechtliche Rechtsdurchsetzung ausgerichteten Verbraucherrechtspolitik entspricht.

1. Zum Zweck von Leitbildern

Der Gesetzgeber muss eine Vorstellung davon entwickeln, wie Verbraucher sind und welche Art von Schutz sie benötigen. Diese Vorstellung kann man als „Leitbild“ bezeichnen. Gleichzeitig ist ein Leitbild für den Rechtsverkehr im Allgemeinen vonnöten. Insbesondere dann, wenn ein Akteur Kommunikation an einen oder viele ihm unbekannte Adressaten richtet, muss er sich jedenfalls im Ausgangspunkt an einem durchschnittlichen oder repräsentativen Verständnishorizont orientieren können. Besonders deutlich ist dies im Lauterkeitsrecht, wo im Regelfall mit kommerzieller Kommunikation „die Öffentlichkeit“ angesprochen wird. Da „die Öffentlichkeit“ aber aus einer unbekanntem Zahl von Individuen besteht, kann nicht auf jeden Einzelnen Rücksicht genommen werden. Das Verbraucherleitbild dient dann dem Zweck, ein Schutzniveau festzulegen, an dem sich der Handel ausrichten kann und bei dessen Einhaltung er nicht riskiert, das (europäisierte) Lauterkeitsrecht zu brechen. Das europäische Verbraucherleitbild wurde denn auch im Zusammenhang mit lauterkeitsrechtlichen Fragestellungen entwickelt und in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken kodifiziert. Dieselbe Erwägung greift bei der nach Art. 5 der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG bzw. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Transparenz Allgemeiner Geschäftsbedingungen, da AGB-Klauseln in aller Regel gegenüber einer Vielzahl von Kunden verwendet werden und zur Schaffung von Rechtssicherheit für den Verwender ein Maßstab festgelegt werden muss, dessen Einhaltung ihn vor Sanktionen schützt. Daher hat der EuGH im April 2014 in der

⁵⁵ Vgl. auch *Schmidt-Kessel/Germelmann*, Funktionen und Funktionsweisen des Leitbilds, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), *Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe*, 2016, 25, 40; *Strünck/Arens-Azevêdo/Brönneke/Hagen/Jaquemoth/Kenning/Liedtke/Oehler/Schrader/Tamm*, Ist der „mündige Verbraucher“ ein Mythos? Auf dem Weg zu einer realistischen Verbraucherpolitik, 2012.

Rechtssache *Kásler* zu den Anforderungen an die Transparenz einer AGB-Klausel (erstmalig) auf das Verständnis des „Durchschnittsverbrauchers“ verwiesen.⁵⁶

Aber auch da, wo nur ein Einzelner Adressat einer Erklärung ist, deren Auslegung sich nach allgemeinen vertraglichen Grundsätzen am „objektiven Empfängerhorizont“ orientiert oder die aufgrund spezieller verbraucherrechtlicher Vorschriften „klar und verständlich“ sein muss, ist ein Leitbild erforderlich.

Allerdings zeigt das Vertragsrecht auch, dass ein Leitbild nur als Ausgangspunkt der Betrachtung zu verstehen ist.⁵⁷ Erkennt nämlich der Erklärende, dass seine Erklärung vom Adressaten nicht verstanden ist, so kann eine Korrektur erforderlich sein. Ein Beispiel aus dem allgemeinen Vertragsrecht bietet der Zugang mündlicher Willenserklärungen gegenüber schwerhörigen Personen: Grundsätzlich wird eine Erklärung wirksam, wenn aus Sicht eines sorgfältigen Erklärenden keine Anhaltspunkte vorliegen, die Anlass zu Zweifeln geben können, dass der Adressat die Erklärung richtig und vollständig vernommen hat. Bestehen Zweifel daran, ob der Adressat die Erklärung akustisch richtig vernommen hat, muss sich der Erklärende also vergewissern. Andererseits hat der Adressat bei Taubheit oder Schwerhörigkeit die Obliegenheit, den Erklärenden entweder hierauf hinzuweisen oder sich über den Inhalt der Erklärung zu vergewissern.⁵⁸

Dasselbe kann für vom Durchschnittsverbraucher abweichende kognitive Fähigkeiten oder Zwangslagen gelten. Daher sind im Vertragsrecht seit jeher Korrekturen möglich, etwa über Generalklauseln wie Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder über die Sittenwidrigkeit der Ausbeutung besonderer Notsituationen oder Schwächen (§ 138 BGB).⁵⁹ Im Kreditrecht verlangt die EU vom Kreditgeber, vor Abschluss eines Kreditvertrags die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers zu eruieren,⁶⁰ im Versicherungsrecht und im Wertpapierrecht muss kundengerecht beraten werden,⁶¹ was selbstverständlich voraussetzt, dass zunächst die individuellen Kenntnisse des Kunden ermittelt werden müssen.⁶² An diese individuellen Kenntnisse muss dann das weitere Verhalten angepasst werden.

2. Der „Durchschnittsverbraucher“

Die Europäisierung des Verbrauchervertragsrechts hat dazu geführt, dass sich unionsweit das normativ geprägte Leitbild des durchschnittlich informierten, aufgeklärten, kritischen und verständigen Verbrauchers durchgesetzt⁶³ und nationale Leitbilder weitgehend verdrängt hat.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 30.4.2014, Rs. C-26/13 *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282; dazu auch *Sik-Simon*, Missbräuchliche Klauseln in Fremdwährungskreditverträgen – Klauselersatz durch dispositive nationale Vorschriften, EuGH Rs C-26/13 (*Kásler*) und *Kúria 2/2014*, euvr 2014, 256 ff.

⁵⁷ Vgl. auch *Schmidt-Kessel*, Einleitung, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 19, 20 f.

⁵⁸ Vgl. MüKo – *Einsele*, § 130 BGB Rn. 28.

⁵⁹ Dagegen *Schmidt-Kessel*, Zusammenfassung zu den rechtlichen Verbraucherleitbildern, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 174, 176 (Fn. 535).

⁶⁰ Vgl. Art. 8 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG; Art. 18 bis 20 der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU, ABl. 2014, L 60/34.

⁶¹ Vgl. Art. 19 (4) der MiFID-Richtlinie 2004/39/EG; Art. 12 (3) der Versicherungsvermittler-Richtlinie 2002/92/EG; Art. 20 (1) der Versicherungsvertriebs-Richtlinie (EU) 2016/97; BGH, BGHZ 123, 126.

⁶² Vgl. auch *Brömmelmeyer*, Gläserner Vertrieb? – Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln in der Richtlinie (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb, RuS 2016, 269, 273.

⁶³ Erwägungsgrund (18) der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt.

Der Bezug zum Europarecht wird ferner legitimiert durch die fortschreitende Vollharmonisierung.

Kritisiert wurde dieses Leitbild seit langem aus verschiedenen Gründen, die streng voneinander zu trennen sind.

(1) Eher sozialpolitisch geht es um die Frage des (normativen) Schutzniveaus: Sollen nur „durchschnittliche“ Verbraucher geschützt werden oder auch solche mit kognitiven oder anderen Defiziten? Ist das normative Leitbild generell richtig angesetzt, und falls ja, soll es für bestimmte Gruppen, gegebenenfalls in bestimmten Lebensbereichen, andere Schutzniveaus geben? Eine Rolle kann hierbei auch die Diskussion darum spielen, ob Verbraucherschutz ein Menschenrecht bzw. Grundrecht ist oder sein sollte, das allen Menschen, nicht nur solchen mit „durchschnittlichen“ Kompetenzen Schutz bieten muss (vgl. auch *infra*, D. I. 5.).

(2) Hinsichtlich des Instrumentariums, das ein „durchschnittlicher“ oder auch ein „unterdurchschnittlicher“, aber dennoch schützenswerter Verbraucher zu seinem Schutz benötigt, geht es – wissenschaftlich – um die Frage seiner Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten. In diesem Zusammenhang ist auch danach zu fragen, ob diese Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten sich je nach Lebensbereich unterscheiden, ob z.B. für Finanzdienstleistungen andere Maßstäbe anzulegen sind als für Alltagsgegenstände und sich deshalb das Schutzinstrumentarium unterscheiden muss (vgl. *infra*, D. I. 1. und 2.).

(3) Schließlich ist, vor allem vor dem Hintergrund der zunehmend bei den Anbietern oder bei Dritten vorhandenen Daten über den einzelnen Verbraucher zu hinterfragen, inwieweit ein Anbieter, der die Abweichungen des oder der von ihm adressierten Verbraucher vom Leitbild des „Durchschnittsverbrauchers“ kennt und nutzt, sich dennoch auf diesen normativen Maßstab berufen kann. Antworten oder Ansätze zu Teilaspekten dieser Fragen finden sich bereits im geltenden Recht, sie werden aufgegriffen und systematisiert (vgl. *infra*, D. I. 3.).

Das vorliegende Gutachten will nicht die allgemeine Diskussion um die Rechtsfigur eines Durchschnittsverbrauchers⁶⁴ aufwärmen, sondern vielmehr die Frage stellen, ob dieses Leitbild angesichts der Vielfalt der real existierenden Verbraucher ein einheitliches Leitbild sein kann bzw. inwieweit eine Ausdifferenzierung entlang von Verbrauchergruppen oder auch rechtlichen Materien notwendig und möglich ist. Die Frage nach dem Verbraucherleitbild und dem daraus abzuleitenden Schutzinstrumentarium kann damit keine (rein) normative Frage sein, sondern muss wissenschaftliche Erkenntnisse anderer Disziplinen über Verbraucher einbeziehen (dazu *infra*, D. I. 1.).

II. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Die Nutzbarkeit des Verbraucherrechts erfordert aber auch, dass es für den Einzelnen handhabbar ist, und dies Rechtsklarheit voraus. Rechtliche Regeln, die nur für Experten verständlich sind oder deren Gehalt sich gar erst nach jahrelangen Rechtsstreitigkeiten durch alle Instanzen bis hin zum Bundesgerichtshof erschließt, erfüllen dieses Kriterium nicht; eine Erkenntnis, die etwa der Entscheidung des EuGH in *Kommission gegen Niederlande*⁶⁵ (zum

⁶⁴ Vgl. dazu nur *Weatherill*, Who is the ‘Average Consumer’?, in: *Weatherill/Bernitz* (Hrsg.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 2007, 115 ff.; *Wilhelmsson*, The Average European Consumer: a legal Fiction?, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, 2007, 243 ff.; *Incardona/Poncibò*, The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution, *Journal of Consumer Policy* 30 (2007), 21 ff.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-144/99 *Kommission gegen Niederlande*, ECLI:EU:C:2001:257, Rn. 18.

Transparenzgebot der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG) zugrunde liegt. Gerade im EU-Recht findet sich zunehmend der Auftrag an die Mitgliedstaaten, klare Festlegungen zu treffen. In besonderem Maße gilt dies, wenn für den betroffenen Verbraucher eine schnelle Lösung vonnöten ist und/oder wenn der betroffene Verbraucher, insbesondere aus finanziellen Gründen, nur über eingeschränkten Zugang zum Recht verfügt.

Rechtssicherheit ist selbstverständlich auch für den Unternehmer von Bedeutung. Das deutsche Verbraucherrecht hat zahlreiche Fälle hervorgebracht, in denen Unternehmer bei unklarer oder strittiger Rechtslage (vielleicht bewusst riskante) Entscheidungen getroffen haben, die sich im Nachhinein und mit Rückwirkung als rechtswidrig herausstellten. Prominent sind hier Entscheidungen, in denen der BGH verbraucherrechtliche Vorschriften aufgrund von Entscheidungen des EuGH richtlinienkonform uminterpretierte.⁶⁶ Betroffen sind aber auch rein deutsche Sachverhalte, etwa aus der AGB-Rechtsprechung des BGH (vgl. auch im Folgenden).

Speziell im Verbraucherrecht eröffnet Rechtsunsicherheit dem Unternehmer die Möglichkeit, sich im Verhältnis zum Verbraucher auf die für den Unternehmer denkbar günstigste Auslegung des Rechts zu berufen und den Verbraucher dadurch regelmäßig in die Position zu bringen, seine Rechte auf dem Klagewege (oder neuerdings im Wege der außergerichtlichen Streitschlichtung) durchzusetzen. Dass dieses Szenario realistisch ist, belegt schon die Rechtsprechung zur verbraucherfeindlichen Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Im kollektiven Rechtsschutz nach § 1 UKlaG geht sie bis zur Grenze der überhaupt ernsthaft in Betracht kommenden, für den Verbraucher nachteiligen Auslegungsmöglichkeit und orientiert sich daran, wie der angesprochene Personenkreis diese Klausel nach ihrem Wortlaut schlimmstenfalls verstehen kann.⁶⁷ Im Übrigen entspricht es der Erfahrung der Verbraucherverbände und der Verbraucheranwälte, dass sich Unternehmer gegenüber Verbrauchern selbst bei augenscheinlich klarer Rechtslage, etwa bei der Verwendung von AGB-Klauseln, deren Missbräuchlichkeit in Verbandsklageverfahren gegen andere Unternehmer, die identische Klauseln verwendet haben, gerichtlich festgestellt wurde, noch immer auf besondere Umstände berufen, die ihren Fall von dem gerichtlich entschiedenen Fall vermeintlich unterscheiden.⁶⁸ Einige Beispiele sollen die Problematik verdeutlichen.

1. Beispiele

a) Versorgungssperre bei Haushaltskunden

§ 19 Abs. 2 StromGVV befasst sich mit der Versorgungssperre bei Zahlungsverzug. Die Vorschrift lautet:

„Bei anderen Zuwiderhandlungen, insbesondere bei der Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung, ist der Grundversorger berechtigt, die Grundversorgung vier Wochen nach Androhung unterbrechen zu lassen und den zuständigen Netzbetreiber nach § 24 Abs. 3 der Niederspannungsanschlussverordnung mit der Unterbrechung der Grundversorgung zu beauftragen. *Dies gilt nicht, wenn die Folgen der Unterbrechung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen* oder der Kunde

⁶⁶ Vgl. nur BGH DB 2002, 1262, im Anschluss an EuGH 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Heininger*, ECLI:EU:C:2001:684; BGH, NJW 2009, 427 ff. im Anschluss an EuGH, Urteil vom 17.4.2008, Rs. C-404/06 *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231; BGH, NJW 2012, 1073 im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16.6.2011, verb. Rs.C-65/09 und C-87/09 *Weber und Putz*, ECLI:EU:C:2011:396.

⁶⁷ BGH, NJW 2004, 1588; BGH, NJW 2003, 1237, 1238; BGHZ 95, 350, 353; BGHZ 51, 55, 61; BGH, WM 1990, 886; BGH, NJW 1980, 831, 832; BGH, NJW 1981, 867, 868; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 1640.

⁶⁸ Vgl. supra, B. III. 5, zu den Bearbeitungsentgelten bei Verbraucherdarlehensverträgen.

darlegt, dass hinreichende Aussicht besteht, dass er seinen Verpflichtungen nachkommt. Der Grundversorger kann mit der Mahnung zugleich die Unterbrechung der Grundversorgung androhen, sofern dies nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung steht. Wegen Zahlungsverzuges darf der Grundversorger eine Unterbrechung unter den in den Sätzen 1 bis 3 genannten Voraussetzungen nur durchführen lassen, wenn der Kunde nach Abzug etwaiger Anzahlungen mit Zahlungsverpflichtungen von mindestens 100 Euro in Verzug ist. Bei der Berechnung der Höhe des Betrages nach Satz 4 bleiben diejenigen nicht titulierten Forderungen außer Betracht, die der Kunde form- und fristgerecht sowie *schlüssig begründet beanstandet* hat. Ferner bleiben diejenigen Rückstände außer Betracht, die wegen einer Vereinbarung zwischen Versorger und Kunde noch nicht fällig sind oder die aus einer streitigen und noch nicht rechtskräftig entschiedenen Preiserhöhung des Grundversorgers resultieren.“

Die Vorschrift sieht einen Mindestzahlungsrückstand von 100 Euro vor.⁶⁹ Klar gestellt hat der Gesetzgeber nach entsprechenden Grundsatzentscheidungen des BGH,⁷⁰ dass hierbei Rückstände aus einer zwischen dem Versorger und dem Kunden streitigen Preiserhöhung nicht zu berücksichtigen sind.⁷¹ Damit wurde eine zuvor bestehende, aus Rechtsunsicherheit resultierende Drucksituation, entweder die (womöglich rechtswidrig) erhöhten Preise zu bezahlen oder nicht mehr mit Strom beliefert zu werden beseitigt.⁷²

An anderen Stellen bleibt die Vorschrift vage und auslegungsbedürftig. Wann stehen die Folgen der Unterbrechung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 2 StromGVV? In der Kommentierung von Hartmann heißt es dazu: „Die Frage, ob die Folgen der Versorgungsunterbrechung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantwortet werden. Als Ausfluss des grundrechtlich und rechtsstaatlich verankerten Übermaßverbots verlangt der Ausnahmetatbestand der Unverhältnismäßigkeit eine Abwägung, bei der alle Interessen zu berücksichtigen sind (...).“⁷³ Strittig ist schon, ob auch die Höhe des vom Haushaltkunden geschuldeten Betrags, also die Schwere seiner Zuwiderhandlung gegen die Verordnung und der Schädigung des Grundversorgers, in die Abwägung einzubeziehen ist.⁷⁴ Das AG Ludwigslust verlangte in einem der seltenen Fälle, in denen ein von einer Sperre bedrohte Kunden sich gerichtlich wehrten, eine konkrete Gefahr für Leib und Leben, während die Tatsache, dass Kleinkinder ohne Strom nicht bekocht und damit nicht ausreichend versorgt werden können, keine Härte darstellen soll.⁷⁵

Die Prüfung des Nichtbestehens einer besonderen Härte obliegt dem Grundversorger, der nach dem Willen des Gesetzgebers ihm bereits bekannte Umstände auch unabhängig von einer ausdrücklichen Darlegung durch den Haushaltkunden bei seiner Abwägung zu berücksichtigen hat.⁷⁶ Solche Umstände kennt der Versorger aber üblicherweise nicht, und

⁶⁹ Selbst dieser wird z.T. von den Versorgern nicht beachtet. Vgl. AG Dieburg, BeckRS 2012, 22185, wo der Versorger Rückstände aus der Stromversorgung und der Gasversorgung addiert hatte, die jeweils die 100 Euro-Grenze nicht erreicht hatten.

⁷⁰ BGH, NJW 2003, 1449; BGH, NJW 2003, 3131.

⁷¹ Vgl. dazu auch BGH, NJW 2014, 2024.

⁷² Versorger versuchten freilich dennoch, sog. „Gasrebellen“ mittels Androhung einer Versorgungssperre zur Zahlung zu bewegen, wogegen letztere erfolgreich einstweiligen Rechtsschutz erwirkten, vgl. etwa LG Oldenburg, WuM 2006, 162. Vgl. dazu auch Rott, The adjustment of long-term supply contracts – Experience from German gas price case law, ERPL 2013, 717, 731 f.

⁷³ Vgl. Danner/Theobald – Hartmann, Energierecht, § 19 StromGVV Rn. 22.

⁷⁴ So Danner/Theobald – Hartmann, § 19 StromGVV Rn. 22; anders die Begründung der Bundesregierung vom 4.5.2006, BR-Drs. 306/06, 39.

⁷⁵ AG Ludwigslust, BeckRS 2012, 03802.

⁷⁶ Vgl. BR-Drs. 306/06, 39; Danner/Theobald – Hartmann, § 19 StromGVV Rn. 22.

weder das Gesetz noch der Versorger selbst treffen irgendwelche Vorkehrungen, die dazu führen könnten, dass dem Versorger relevante Umstände bekannt werden müssten. So bleibt es beim rechtlich nicht geschulten und regelmäßig mittellosen Verbraucher, auf die Androhung einer Versorgungssperre hin Umstände geltend zu machen, die in der Abwägung mit den Interessen des Versorgers eine unzumutbare Härte darstellen; was eine nicht unkomplizierte rechtliche Würdigung voraussetzt.

Dass Versorger auch bei scheinbar eindeutigen Sachverhalten nicht vor einer Versorgungssperre Halt machen, belegen vom Bund der Energieverbraucher dokumentierte Sachverhalte (vgl. *infra*, D. III. 1. c) dd).

Eine andere Regelungsstruktur ist durchaus möglich. Das zeigt ein Blick in die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten, wo die Situationen, in denen eine unzumutbare Härte so klar definiert sind, dass Verstöße seitens der Versorger für Verbraucher klar erkennbar sind. Das französische Recht legt z.B. eine Winterperiode fest, in der die Heizung nicht abgestellt werden darf.⁷⁷

Eine Lösung für derartige Fälle könnte in einer Auflistung von Regelbeispielen durch den Gesetzgeber bestehen, die dem von einer Versorgungssperre bedrohten Verbraucher mit der Androhung der Versorgungssperre vom Versorger zur Kenntnis gebracht werden müsste. Prozedural müsste es zudem einen leicht zu erreichenden Ansprechpartner geben, dem dann Härtefall-relevante Umstände zur Kenntnis gebracht werden könnten. Denkbar wäre auch ein einfacher Fragebogen bei Vertragsschluss, in dem Härtefall-relevante Kriterien abgefragt werden. Zur zudem erforderlichen Verzahnung mit dem Sozialrecht erfolgen an späterer Stelle noch Ausführungen.⁷⁸

b) Angemessenheit des Entgelts für ein Basiskonto

Ein zweites Beispiel bietet der gerade eingeführte § 41 Abs. 2 Zahlungskontengesetz (ZKG), nachdem das Entgelt für das Führen eines Basiskontos „angemessen“ sein muss. Zur Konkretisierung verweist § 41 Abs. 2 S. 2 ZKG auf die „marktüblichen Entgelte und das Nutzerverhalten“. Dazu im Gegensatz steht die Erläuterung im Regierungsentwurf, das ein Entgelt angemessen erscheine, „das im Durchschnitt die Kosten der Institute deckt und ihnen einen angemessenen Gewinn sichert“.⁷⁹ Dies ist insofern widersprüchlich, als die Kreditinstitute heute schon beim „Normalkunden“ kaum in der Lage sind, mit der bloßen Kontoführung einen Gewinn zu erwirtschaften.⁸⁰ Die Erläuterung im Regierungsentwurf scheint den Banken die Argumentation zu gestatten, dass das Basiskonto höhere Kosten verursache als ein normales Zahlungskonto, so dass ein höheres Entgelt gerechtfertigt sei.⁸¹ Unterstützt wird dies noch dadurch, dass der Bundestag der Forderung des Bundesrats nicht nachgekommen ist, einen Satz einzufügen, wonach das geforderte Entgelt „dasjenige nicht übersteigen darf, welches der Zahlungsdienstleister für anderweite Girokonten mit

⁷⁷ Vgl. Décret n°2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, geändert durch Décret n° 2012-309 du 6 mars 2012 relatif à l'automatisation des procédures d'attribution des tarifs sociaux de l'électricité et du gaz naturel und durch Décret n° 2013-1031 du 15 novembre 2013 portant extension à de nouveaux bénéficiaires des tarifs sociaux de l'électricité et du gaz naturel.

⁷⁸ Vgl. *infra*, D. III. 1. c) ee).

⁷⁹ Vgl. BR-Drs. 537/15, 101.

⁸⁰ Vgl. *Arbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung der Verbände (AG SBV)*, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 02.10.2015, , 12. Ebenso der Bundesrat, vgl. BR-Drs. 537/15(B), 11.

⁸¹ Für eine solche Differenzierungsmöglichkeit auch *Piekenbrock*, Das Zahlungskonto für jedermann und sein Preis: Der Sonderfall der Sparkassen, WM 2013, 1925, 1931.

entsprechenden Funktionen üblicherweise verlangt“.⁸² Tatsächlich verlangen zahlreiche Banken mittlerweile bei Basiskonten höhere Gebühren als bei Normalkunden.⁸³ Mit der zugrunde liegenden Richtlinie 2014/92/EU dürften aber höhere Entgelte als beim Normalkunden nicht vereinbar sein.⁸⁴

Weiter erschwert wird das Verständnis der Vorschrift durch das auf Empfehlung des Finanzausschusses des Bundestags eingefügte Kriterium des Nutzerverhaltens. Dieses Kriterium soll bewirken, dass sowohl allgemein als auch konkret bei der Entgeltgestaltung zu berücksichtigen ist, ob eine bestimmte Kundengruppe (allgemein) beziehungsweise ein bestimmter Kunde (konkret) Leistungen in unterschiedlichem Umfang in Anspruch nimmt. So sollte nach Auffassung des Finanzausschusses bei der Entgeltgestaltung insbesondere berücksichtigt werden, ob Konten nur in geringem Umfang oder nur über bestimmte Medien genutzt werden.⁸⁵ Problematisch ist bereits, dass bei Abschluss des Kontovertrags der Umfang der Nutzung noch gar nicht absehbar ist. Der Verweis auf die genutzten Medien birgt die Gefahr, für das gruppenbezogene Argument verwendet zu werden, Inhaber von Basiskonten würden eher als „Normalkunden“ in Bankfilialen erscheinen und damit höhere Kosten verursachen. Eine solche Betrachtung würde aber wieder dem Ziel widersprechen, die bisher kontolosen Verbraucher jedenfalls nicht schlechter zu stellen als „Normalkunden“, scheint also unzulässig.⁸⁶

Unabhängig von der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht kreiert die Regelung Rechtsunsicherheit. Der Verbraucher wird nicht beurteilen können, ob das Entgelt im oben genannten Sinne angemessen ist, zumal er auch noch auf die Besonderheiten seines persönlichen Nutzerverhaltens verwiesen werden kann. Bezeichnend ist die Stellungnahme der Bundesregierung zum Antrag des Bundesrats, das Entgelt auf das üblicherweise verlangte Entgelt zu deckeln: „Dem Vorschlag des Bundesrates ist entgegenzuhalten, dass schon schwer zu ermitteln sein dürfte, ab wann es sich bei bestimmten Entgelten um üblicherweise verlangte Entgelte handelt oder nicht (z. B. bei Sonderkonditionen).“⁸⁷

So bleibt nur noch die Möglichkeit, Entgeltgestaltungen im Einzelfall anzugreifen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Entgeltgestaltung mit Kombinationen von Pauschalen und Einzelabrechnungen für bestimmte Aktivitäten ist dies denkbar ungeeignet.

Eine Lösungsmöglichkeit bestünde natürlich in einer klareren rechtlichen Vorgabe, entweder im Wege der Festlegung eines Höchstentgelts,⁸⁸ etwa durch die BaFin, oder wenigstens in einer expliziten Regelung, nach der das Entgelt für ein Basiskonto nicht höher sein darf als das Entgelt für ein „Normalkonto“ mit klar definierten Eigenschaften. Denkbar wäre auch eine Verpflichtung des Kreditinstituts, seine Kalkulationsgrundlagen offenzulegen. Eine solche Verpflichtung, die für Grundversorger in § 17 Abs. 2 Satz 3 StromGVV für Kosten aufgrund Zahlungsverzugs des Kunden vorgesehen ist, könnte ein hilfreiches Instrument in der Hand des Verbrauchers bzw. der Verbraucherverbände sein, denn bei einer

⁸² Vgl. BR-Drs. 537/15(B), 11.

⁸³ Vgl. *vzbv*, Kosten für Basiskonten zu hoch.

⁸⁴ Vgl. *Rott*, Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, *VuR* 2016, 3, 5.

⁸⁵ BT-Drs. 18/7691, S. 83.

⁸⁶ Ausf. *Rott*, Endlich Zugang zum Bankkonto!, in: Ulrich Faber/Kerstin Feldhoff/Katja Nebe/Kristina Schmidt/Ursula Waßer (Hrsg.), *Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion*, Festschrift für Wolfhard Kohte, 2016, 716, 738.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 18/7204, 121.

⁸⁸ So das portugiesische Recht, das die jährlichen Gebühren auf maximal 1% des Mindesteinkommens deckelt, vgl. Art. 3(2) Decreto-Lei n° 27-C/2000, de 10 de Março, geändert durch Decreto-Lei n° 225/2012, de 17 Outubro; dazu *Rott*, Access to Basic Bank Accounts – Portugal as Front Runner in Europe, in: *DECO* (Hrsg.), *Estudos de Direito do Consumo - Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, 2016, 470 ff..

Nichtoffenlegung würde der Verlust des Entgeltanspruchs drohen. Das AG Hamburg-Harburg entschied im Juni 2015 auf Klage eines Stromversorgers gegen einen Verbraucher, dass ein Energieversorger keine Mahngebühren, keine Gebühren für den Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung und auch keine Gebühren für die Einrichtung und Aufhebung einer Versorgungssperre verlangen könne, wenn er die entsprechenden Kalkulationsgrundlagen nicht offenlegt.⁸⁹

c) Neue (gemischte) Vertragstypen

Mit der gesellschaftlichen, vor allem der technologischen Entwicklung geht die Entwicklung neuer Produkte einher. Paradigmatisch hierfür sind die vielfältigen Internet-Provider-Verträge. Die vertraglichen Rechte und Pflichten von Unternehmen und Verbrauchern werden regelmäßig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers festgeschrieben. Diese zeichnen sich häufig nicht nur durch einen erheblichen Umfang aus, sondern auch dadurch, dass die Rechte des Verbrauchers massiv eingeschränkt werden. Beispielhaft dafür seien die im Jahre 2006 in der Studie von *Till Kreutzer* für den vzbv untersuchten AGB von Softwareherstellern, Musikdownload-Diensten und anderen Content-Providern genannt.⁹⁰

Die Kontrolle dieser AGB kann nur anhand der Generalklausel des § 307 BGB erfolgen, da die schwarze Liste des § 309 BGB und die graue Liste des § 308 BGB neuartige Klauseln regelmäßig (noch) nicht erfassen. Maßgeblich ist neben der gerade bei Datenschutzerklärungen häufig nicht gegebenen Transparenz i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB⁹¹ insbesondere die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesprochene Vereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird. Diese zentrale Schutznorm ist schwierig zu handhaben, wenn es keine explizite gesetzliche Regelung des entsprechenden Vertragstyps gibt bzw. wenn unklar ist, welchem Vertragstyp oder welchen Vertragstypen (bei gemischttypischen Verträgen) ein neuartiges „Produkt“ zuzuordnen ist.⁹²

Von diesen Schwierigkeiten zeugt zum einen die Rechtsprechung, wo um die vertragliche Einordnung der verschiedensten Formen der Bereitstellung digitaler Produkte bis zum BGH gestritten wurde, und zwar regelmäßig genau wegen der angesprochenen Leitbildproblematik. Von der Rechtsprechung und Lehre wurden oder werden solche Verträge bzw. bei typengemischten Verträgen⁹³ ihre Hauptbestandteile als Kaufvertrag (Standard-Software, dazu sogleich), Werkvertrag (Internet-System-Vertrag,⁹⁴ Streaming), Dienstvertrag (Access-Provider-Vertrag) oder Mietvertrag (Application Service Provider-Vertrag,⁹⁵ auch Cloud-Computing?⁹⁶) eingeordnet, wobei die genannten Zuordnungen durchweg umstritten sind und zu rechtlichen Auseinandersetzungen geführt haben.⁹⁷

⁸⁹ Vgl. AG Hamburg-Harburg, VuR 2015, 476, m. Anm. *Butenob* zur Klage eines Stromversorgers gegen einen Verbraucher.

⁹⁰ *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2007.

⁹¹ Vgl. nur LG Berlin, NJW 2013, 2605 – *Apple*; LG Berlin, MMR 2014, 563 – *Google*; LG Frankfurt a.M., BeckRS 2016, 10907 – *Samsung*.

⁹² Vgl. dazu auch *Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860.

⁹³ Vgl. BGH, NJW 2005, 2076.

⁹⁴ Vgl. BGH, NJW 2010, 1449 (Erstellung und Betreuung einer Website des Kunden sowie die Gewährleistung der Abrufbarkeit dieser Website im Internet für einen festgelegten Zeitraum).

⁹⁵ Vgl. BGH, NJW 2007, 2394.

⁹⁶ Für eine mietrechtliche Einordnung etwa *Pohle/Ammann*, Über den Wolken ... - Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273, 274 f.; *Schuster/Reichl*, Cloud Computing und SAAS, Was sind die wirklich

Ein schlichtes Beispiel für die Relevanz der vertraglichen Einordnung bieten Verträge über den Erwerb von Software, insbesondere im Wege des Downloads.⁹⁸ Auffällig sind dabei die sog. Endnutzer-Lizenzbedingungen (End User Licence Agreements; EULA) der Softwareindustrie. Mit diesen soll suggeriert werden, dass es sich beim Erwerb von Software um einen Lizenzvertrag handle.⁹⁹ Dieser Vertragstyp ist gesetzlich nicht geregelt, so dass die Unternehmenseite relativ frei darin wäre, die Vertragsbedingungen auszugestalten.¹⁰⁰ Tatsächlich ist der Erwerb von Software freilich nach der deutschen Rechtsprechung als Kauf eines sonstigen Gegenstands i.S.d. § 453 BGB zu betrachten, so dass die kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 433 ff. BGB entsprechende Anwendung finden.¹⁰¹ Dies gilt auch dann, wenn Software online überlassen wird¹⁰² und wenn der Unternehmer den Vertragsgegenstand als „Dienstleistung“ oder „Lizenz“ bezeichnet.¹⁰³ Diese bilden dann auch das dispositive Recht, an dem die AGB der Unternehmer zu messen sind.¹⁰⁴

Typisch ist das Gegenargument der Softwareindustrie, dass bei der Überlassung von Software die Rechte der Nutzer so beschränkt seien, dass der Vertrag dem Leitbild eines Kaufvertrags nicht ähnele und Kaufvertragsrecht keine Anwendung finden könne.¹⁰⁵ Diese Argumentation führt freilich zu einem Zirkelschluss. Richtig ist umgekehrt, dass Einschränkungen in AGB, die sich zu weit vom Leitbild eines Vertrags entfernen, missbräuchlich i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind,¹⁰⁶ so dass auch die Softwareüberlassung unter massiver Einschränkung der Rechte des Erwerbers noch immer ein Kaufvertrag ist und die Einschränkungen gegebenenfalls unwirksam sind.¹⁰⁷

d) Schriftformklauseln von Online-Partnerschaftsvermittlungen

Bei einfach zu behebenden Problemen müsste schlicht schneller reagiert werden. So hat der Gesetzgeber jetzt mit Gesetz vom 19.2.2016¹⁰⁸ durch Einführung des § 309 Nr. 13 b) mit Wirkung zum 1.10.2016 auf die Praxis z.B. von Anbietern von Online-Partnerschaftsvermittlungen reagiert, zwar den Vertragsschluss und die gesamte Vertragsdurchführung elektronisch zu gestalten, die Kündigung des Vertrags aber nur in der Schriftform des § 126 BGB zu akzeptieren. Diese Praxis war von den Verbraucherverbänden

neuen Fragen?, CR 2010, 38, 41; *Sujecki*, Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive, K&R 2012, 312, 316; *Wicker*, Vertragstypologische Einordnung von Cloud Computing-Verträgen, MMR 2012, 783, 785 ff.

⁹⁷ Vgl. zum Ganzen auch BGH, NJW 2010, 1449 ff., sowie den Überblick bei *Taeger*, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2015, NJW 2015, 3759 ff.

⁹⁸ Dazu ausf. *Grübler*, Digitale Güter und Verbraucherschutz, 2010.

⁹⁹ Dafür auch *Moritz*, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, 257, 263; *von Herget/Reimer*, Rechtsform und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, DStR 1996, 1288, 1289.

¹⁰⁰ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, 2. Aufl. 2005, 251; *Marly/Jobke*, Anmerkung, LMK 2007, 209583. Vgl. zur Relevanz der Klassifizierung für die AGB-Kontrolle auch *Baus*, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, 2004.

¹⁰¹ Vgl. nur BGHZ 102, 135, 144; BGH, NJW 2000, 1415.

¹⁰² Vgl. nur BGH, NJW 2007, 2394.

¹⁰³ Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1998, 84; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 563, 564. Vgl. auch OGH, GRUR Int. 2000, 1028, 1030.

¹⁰⁴ Vgl. auch *Rott*, Download of copyright protected internet content and the role of (consumer) contract law, Journal of Consumer Policy 2008, 441, 447 f.

¹⁰⁵ Vgl. *zur Megede*, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW 1989, 2580, 2584.

¹⁰⁶ Vgl. BGH, CR 1997, 470, 472.

¹⁰⁷ Vgl. auch AG Ansbach, CR 1995, 278, 279.

¹⁰⁸ BGBl. 2016 I, 254.

schon lange beanstandet worden,¹⁰⁹ die entsprechende Klausel in den Verträgen von Elitepartner wurde im Juli 2016 vom BGH für missbräuchlich erklärt.¹¹⁰ Eine erste Entscheidung des AG Altona lag schon im Juni 2011 vor.¹¹¹ Über die Zahl der Verbraucher, die in der Zwischenzeit nach vermeintlich unwirksamer Kündigung ein weiteres Jahr für die Dienste der Partnerschaftsvermittlung bezahlt haben, liegen keine Daten vor. Andere Rechtsfragen im Zusammenhang mit Online-Partnerschaftsvermittlungen sind weiter ungeklärt.¹¹² Auffallend ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich neue „Kündigungsdienstleister“ wie aboalarm¹¹³ auf dem Markt tummeln.¹¹⁴ Deren Dienstleistung wäre schlicht überflüssig und daher auch nicht marktgängig, wenn es auch Verbrauchern problemlos möglich wäre, rechtssicher zu kündigen (und Unternehmer, die die Kündigung dennoch nicht akzeptieren, sanktioniert würden).

2. Substitut durch Klärung von Rechtsfragen durch die Rechtsprechung?

a) Das Prozessrisiko

Die deutschen Zivilgerichte haben anerkanntermaßen in zahlreichen Verfahren durchaus verbraucherfreundlich agiert, so dass das deutsche Verbraucherrecht in vielen Punkten materiell-rechtlich insgesamt einen hohen Schutzstandard aufweist. Ebenso anerkannt ist aber, dass Verbraucher in der Vergangenheit nur zu einem kleinen Teil von diesem hohen Schutzstandard profitiert haben, was einerseits dem Fehlen von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes geschuldet ist (vgl. supra, B.), aber auch daran lag, dass die maßgeblichen Rechtsfragen erst nach Jahren höchstrichterlich geklärt waren. Ein Beispiel bieten die Gaspreiserhöhungen aufgrund unwirksamer Preiserhöhungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Versorger.¹¹⁵

Freilich gibt es auch Entscheidungen, in denen der BGH letztlich gegen den Verbraucher entschieden hat oder Lösungen gefunden hat, die dem Verbraucher keinen praktischen Nutzen bieten, so dass eben auch im Vorfeld eines Rechtsstreits ein nicht zu unterschätzendes Risiko besteht, dass eben dieses geschieht. Ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung zum Preisänderungsrecht in der Gasgrundversorgung nach § 4 AVBGasV a.F. bzw. § 5 GasGrundVV, wo der Bundesgerichtshof zwar einerseits aus § 315 BGB abgeleitet hat, dass Gasversorger in der Grundversorgung ihr Preisanpassungsrecht nur nach billigem Ermessen ausüben dürften und dabei die Kalkulationsgrundlagen offenlegen müssten. Gleichzeitig hat er den Gasversorgern diese Aufgabe aber sehr leicht gemacht, indem er den Versorgern nur aufgegeben hat nachzuweisen, dass die Bezugskosten entsprechend gestiegen seien und dieser Anstieg nicht durch Kosteneinsparungen an anderer Stelle kompensiert worden sei, wobei eine Kontrolle der Angemessenheit der Bezugspreise nicht erfolgte.¹¹⁶ In der Rechtswirklichkeit akzeptierten die Gerichte fast durchgängig die Begründungen und die Nachweise der Versorger.¹¹⁷

¹⁰⁹ Vgl. *Rehberg*, Online-Partnervermittlungen – Probleme in der Praxis, *VuR* 2014, 407, 412 f.

¹¹⁰ BGH, *NJW* 2016, 2800.

¹¹¹ AG Altona, 17.6.2011, *Az.* 7 C 69/10.

¹¹² So etwa die Frage, ob § 656 BGB einschlägig ist, vgl. dazu AG Spandau, 7.9.2011, *Az.* 4 C 167/11.

¹¹³ <http://www.aboalarm.de>.

¹¹⁴ Vgl. auch noch *infra*, D. II. 6.

¹¹⁵ Vgl. nur BGH, *NJW* 2009, 578, sowie EuGH, Urteil vom 21.3.2013, Rs. C-92/11 *RWE*, *ECLI:EU:C:2013:180*.

¹¹⁶ Vgl. BGH, *NJW* 2007, 2540.

¹¹⁷ Vgl. dazu den Überblick bei *Rott*, *ERPL* 2013, 717, 728 ff.

b) Die Verjährungsfälle

Die grundsätzliche Klärung von Rechtsfragen durch die Rechtsprechung nimmt Jahre in Anspruch, denn sie kann nur durch den BGH erfolgen, der zahlreiche wichtige Rechtsfragen dem EuGH vorlegen musste, was zu weiteren Verzögerungen führt. Vorlageverfahren beim EuGH dauerten zuletzt – aufgrund der Nutzung besonders schneller Verfahren wie dem Eilvorabentscheidungsverfahren, der Entscheidung mit Vorrang, dem beschleunigte Verfahren, dem vereinfachten Verfahren und dem Entscheidung ohne Schlussanträge des Generalanwalts – 15 Monate. Das *Quelle*-Verfahren zur Frage des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung einer mangelfreien Ware etwa dauerte von der ersten Abmahnung mit Schreiben vom 22.6.2004 bis zum Urteil des BGH am 28.11.2008 nach zwischenzeitlicher Befassung des EuGH knapp 4 1/2 Jahre. Im *RWE*-Verfahren zu Gaspreiserhöhungsklauseln wurde die erstinstanzliche Klage am 30.10.2006 rechtshängig, das endgültige Urteil des BGH erging am 31.7.2013. Beide Verfahren betrafen Sachverhalte, die bei Tausenden Verbrauchern einschlägig waren.

Gleichzeitig beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB drei Jahre, sie beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Verbraucher von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Eine wesentliche Erfahrung mit dem deutschen Verbraucherrecht besteht damit darin, dass Ansprüche verjährt sind, bevor der Verbraucher Sicherheit darüber hat, sie zu haben.

Auch hier hat wiederum die Rechtsprechung zum Teil geholfen, indem sie annimmt, dass die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinausschieben kann, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag.¹¹⁸ Prominentes Beispiel hierfür ist der Rechtsstreit um die Bearbeitungsgebühren, die Banken bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen zu Unrecht in Rechnung stellten.¹¹⁹ Hier nahm der BGH einen Verjährungsbeginn erst mit Ablauf des Jahres an, in dem sich eine gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung herausgebildet hatte, die formularmäßige Bearbeitungsentgelte entgegen der älteren Rechtsprechung des *BGH* missbilligte. Auch die Klärung dieser Verjährungsfrage setzte aber wiederum eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs voraus.¹²⁰

Ein Zeichen dafür, dass eine (vergleichsweise) klare bzw. eine noch rechtzeitig höchstrichterlich geklärte Rechtslage zu einer größeren Anzahl von Verbraucherklagen führen könnte, bietet die Nutzung des sog. Widerrufsjokers durch Verbraucher,¹²¹ bei der gerade die Besonderheit darin besteht, dass sie trotz langwieriger gerichtlicher Verfahren noch möglich war, weil das Widerrufsrecht – jedenfalls bis zu seiner gesetzlichen Befristung zum 21.6.2016¹²² – nicht erlosch. Gleich wie man zu diesem Phänomen stehen mag, belegt es doch, dass unter geeigneten Umständen mehr Verbraucher ihre Rechte geltend machen als dies unter Rechtsunsicherheit üblicherweise der Fall ist. Allerdings sorgten die Instanzgerichte dann doch wieder für erhebliche Unsicherheit, weil einige von ihnen die

¹¹⁸ Vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1237.

¹¹⁹ Vgl. BGH, NJW 2014, 2420.

¹²⁰ Vgl. dazu BGH, NJW 2014, 3713.

¹²¹ Vgl. etwa *Rehmke/Tiffe*, Widerruf von Immobiliendarlehen, *VuR* 2014, 135 ff.; *Borowski*, Der Widerruf des Verbraucherkredites - Gestaltungsmöglichkeiten des Verbrauchers im Kredit- und Kapitalanlagerecht, *BKR* 2014, 361 ff.; *Braunschmidt*, Der Widerruf im Bankrecht – Richtlinienkonforme Auslegung und Belehrungswirren, *NJW* 2014, 1558 ff.

¹²² Vgl. Art. 229 § 38 Abs. 3 EGBGB.

Ausübung des Widerrufsrechts als rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB beurteilten;¹²³ eine Sichtweise, die der BGH im Juli 2016 jedenfalls in ihrer Pauschalität zurückwies.¹²⁴

3. Schlussfolgerung

Selbstverständlich kann kein Gesetzgeber alle denkbaren Situation vorhersehen und mit klaren Regeln versehen. Rechtsklarheit sollte aber ein Leitbild der Gesetzgebung sein oder werden und schon dann Anwendung finden, wenn ein neues Problem erkennbar wird, sei es, weil bestimmte Praktiken bekannt werden oder weil bestimmte gesellschaftliche, technologische oder wirtschaftliche Entwicklungen sichtbar werden. Die oben ausgeführten Beispiele sind nur einige von vielen. Aktuell könnte sich der Gesetzgeber dem seit langem bekannten Problem der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung durch die Kreditgeber annehmen, denen von Verbraucherseite massenhafte und massive Fehlberechnungen zulasten der Verbraucher nachgesagt werden.¹²⁵ Nachdem die Bundesregierung noch im Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EG eine vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Festlegung der Berechnungsmethode abgelehnt hat,¹²⁶ wurde im Juli 2016 eine gemeinsame Arbeitsgruppe von BMJV und BMF eingesetzt, die sich der Frage widmen soll, ob es weiteren Kodifizierungsbedarf gibt, welcher Berechnungsweg den Schaden des Kreditinstituts widerspiegelt und wie für Verbraucher mehr Transparenz und damit Kontrollierbarkeit und Vorhersehbarkeit der Vorfälligkeitsentschädigung gewährleistet werden kann.¹²⁷

Dies mag in einem Spannungsverhältnis zur grundsätzlichen Konzeption des BGB stehen, das anerkanntermaßen als Gesetzeswerk für Experten konzipiert ist und gerade nicht die Verständlichkeit für die Allgemeinheit in den Vordergrund stellt.¹²⁸ Schon insofern könnte sich die Frage anschließen, ob das Verbraucherrecht nicht vielleicht in einem anders konzipierten gesonderten Gesetz besser aufgehoben wäre.

Alternativ oder kumulativ wäre noch an Instrumente zu denken, die mit der Klärung der Rechtslage zugunsten der Verbraucher, etwa im Wege einer Unterlassungsklage nach § 1 oder § 2 UKlaG, die Rückgängigmachung der mit einer missbräuchlichen Klausel oder einer verbraucherrechtswidrigen Praxis verbundenen Vermögensverschiebung bewirken, z.B. an Rückzahlungsanordnungen, wie sie das englische Recht neuerdings vorsieht. Solche Instrumente könnten sowohl das Problem der Verjährung als auch die wenigstens teilweise aus der Unsicherheit über die Klageaussichten resultierende Passivität der Verbraucher überwinden.

III. Verbraucherschutz als Querschnittsmaterie

1. Problembezogenheit des Verbraucherrechts

Verbraucherschutz ist problembezogen, es orientiert sich nicht notwendigerweise an der dogmatischen Zuordnung zu bestimmten Vertragstypen. Gerade das EU-Recht weist eine Reihe von Beispielen auf, die zur deutschen doktrinären Abgrenzung „quer liegen“.

¹²³ Vgl. dazu *Maier*, Bankrecht 2015, VuR 2016, 208, 209 f.

¹²⁴ BGH, NJW 2016, 3518.

¹²⁵ Vgl. auch BT-Drs. 18/6286, 6.

¹²⁶ Vgl. BT-Drs. 18/6286, 24.

¹²⁷ Vgl. die Pressemitteilung des BMJV vom 21.7.2016,

http://www.bmju.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/07212016_Vorfaelligkeitsentschaedigung.html.

¹²⁸ Vgl. dazu auch BT-Drs. 18/6286, 6.

Paradigmatisch ist das Verbraucherkreditrecht, das den Kreditvertrag als „Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht“, definiert. Es erfasst dabei nach deutscher Dogmatik den Darlehensvertrag, aber auch den Kaufvertrag mit Abzahlungsverpflichtung und Stundungsabreden bei jeder Art von Vertragstyp. In der verbraucherrechtlichen Literatur wird genau dieser umfassende Ansatz als Stärke des EU-Verbraucherrechts angesehen.¹²⁹

Ein anderes Beispiel bietet die EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG, die nicht nur den „klassischen“ Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB erfasst, sondern auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter,¹³⁰ also nach deutscher Dogmatik Werklieferungsverträge.¹³¹ Dahinter steht der zutreffende Gedanke, dass es für den Verbraucher und damit für den Verbraucherschutz keinen Unterschied macht, ob die nicht-vertragskonforme Ware vor oder nach Vertragsschluss hergestellt wurde. Aus demselben Grund stellt Art. 2 (5) der Richtlinie 1999/44/EG einen Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes der Vertragswidrigkeit der gekauften Ware gleich, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde. Wiederum zählt für den Verbraucher nur das Ergebnis nach Montage. Warum dieses Ergebnis nicht vertragsgemäß ist, ist nicht relevant.

Auch der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte¹³² will Inkonsistenzen vorbeugen und in seinen Begriffsbestimmungen der schnellen technologischen und wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung tragen.¹³³ Deshalb wurde beispielsweise die Definition des Begriffs „digitale Inhalte“ bewusst weit gefasst, um zukünftige technische Weiterentwicklungen zu berücksichtigen. „Digitale Inhalte“ sind nach Art. 2 Nr. 1 des Vorschlags a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software, b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, und c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen. Erfasst sind damit alle Arten von digitalen Inhalten, einschließlich heruntergeladener oder im Internet gestreamter Filme, Cloud-Speicherung, sozialer Medien oder Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks,¹³⁴ deren vertragliche Einordnung den deutschen Gerichten so viel Schwierigkeiten bereitet hat und weiterhin bereitet (vgl. supra, C. II. 1 c).

2. Gefahr von Ausweichstrategien

Umgekehrt zeigt sich, dass ein auf einen bestimmten Vertragstyp oder allgemeiner auf einen bestimmten Anwendungsbereich beschränkter Verbraucherschutz sogleich Versuche nach sich zieht, diesem durch Umgestaltung der vertraglichen Beziehung oder auch nur durch

¹²⁹ Vgl. Reich, in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, 735.

¹³⁰ Vgl. Art. 1 (4) der Richtlinie 1999/44/EG.

¹³¹ Vgl. Staudenmayer, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393, 2394.

¹³² KOM(2015) 634 endg.

¹³³ Zust. Spindler, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze - Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147, 148 f.

¹³⁴ Ibid., 13.

Umbenennung auszuweichen. Hierfür lassen sich in der Geschichte des Verbraucherschutzes zahlreiche Nachweise finden.

Eine Pauschalreise i.S.d. Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG lag nur vor, wenn mindestens zwei Dienstleistungen, die zu einem Gesamtpreis verkauft oder zum Verkauf angeboten werden und diese Leistung länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschließt. Dies führte dazu, dass Anbieter Reisen nicht als Paket anboten, sondern Reisen auf Wunsch des Reisenden zusammenstellten, was zu nicht unerheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führte.¹³⁵ Dass sich diese durch das verstärkte Aufkommen von Online-Portalen noch verschärften, war ein Anlass für die Reform des Pauschalreiserechts durch die Richtlinie 2015/2302/EU über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen.¹³⁶

Die Timesharing-Richtlinie 94/47/EG fand nur Anwendung auf „Verträge oder eine Gruppe von Verträgen mit einer Mindestlaufzeit von drei Jahren, durch die unmittelbar oder mittelbar gegen Zahlung eines bestimmten Gesamtpreises ein dringliches Recht oder ein sonstiges Nutzungsrecht an einer oder mehreren Immobilien für einen bestimmten oder einen zu bestimmenden Zeitraum des Jahres, der nicht weniger als eine Woche betragen darf, begründet oder übertragen wird oder eine entsprechende Übertragungsverpflichtung begründet wird“, mit der Folge, dass vermehrt Timesharing etwa von Hausbooten angeboten wurde. Auch wurden andere Modelle wie die sog. Ferienclubmitgliedschaften entwickelt, um dem Anwendungsbereich des Timesharing-Rechts auszuweichen. Erwägungsgrund (1) der zweiten Timesharing-Richtlinie 2008/122/EG macht dies deutlich: „Ferner hat sich bei der Anwendung der Richtlinie 94/47/EG gezeigt, dass einige ihrer Bestimmungen aktualisiert oder klarer formuliert werden müssen, um zu verhindern, dass Produkte entwickelt werden, mit denen diese Richtlinie umgangen werden soll.“

Eine weitere Methode liegt in der Bündelung unterschiedlicher Leistungen zu Gesamtpaketen, auf die dann sektorspezifische Verbraucherschutzvorschriften keine Anwendung mehr finden. So sieht das EU-Recht und in der Folge auch das deutsche Recht zwar das Recht vor, den Telekommunikationsdienstleister zu wechseln; das gilt aber wohl nicht, wenn der Verbraucher vom selben Anbieter in einem einheitlichen Vertragsverhältnis Internet, Telefon, Fernsehen und Mobilfunk bezieht.¹³⁷

Bereits angesprochen wurden die Versuche, der Anbieter digitaler Produkte oder Dienstleistungen, durch Änderung oder Umdeklaration des Vertragsverhältnisses rechtlichen Regelungen und einer wirksamen AGB-Kontrolle auszuweichen (vgl. supra, C. II. 1. c).

3. Schlussfolgerung

Dort wo ein vertragstypenübergreifendes verbraucherrechtliches Problem gelöst werden soll, wie dies häufig der Fall ist, sollte eine Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp vermieden werden, auch wenn sich die mögliche Sonderregelung dann nicht so elegant an einer bestimmten Stelle im BGB verankern lässt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass Unternehmer ihre Vertragsgestaltung so ändern, dass der Anwendungsbereich der Schutznormen nicht mehr gegeben ist, oder dies zumindest mit anderen

¹³⁵ Ausf. MüKo – Tonner, § 651a BGB Rn. 20 ff.

¹³⁶ ABl. 2015, L 326/1. Vgl. insb. Erwägungsgrund (2) der Richtlinie; dazu auch Bergmann, Die EU-Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – eine lange Reise zum neuen Recht, VuR 2015, 43 ff.; Tonner, Die neue Pauschalreiserichtlinie, EuZW 2016, 95 ff.

¹³⁷ Hier will die EU-Kommission gegensteuern, vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, KOM(2016) 590 endg.

Vertragsbezeichnungen suggerieren. Teilweise können Ausweichmanöver durch die Rechtsprechung, gegebenenfalls im Wege der analogen Anwendung der Schutzvorschriften, aufgefangen werden, dies nimmt aber wieder Jahre in Anspruch, in denen Rechtsunsicherheit den Schutz der Verbraucher verhindert.

D. Entwicklungen und Herausforderungen

I. Verbraucherleitbild(er) und Schutzinstrumente

1. Verbraucherleitbilder und Realität

Das vom Unionsrecht geprägte Leitbild des mündigen Verbrauchers als *homo oeconomicus* wird traditionell wie folgt konkretisiert: Der Verbraucher handelt streng nach seinem Präferenzsystem und entscheidet dann sachlich nach den Kriterien von Aufwand und Nutzen.¹³⁸

Dabei ist längst nachgewiesen, dass mit dieser Beschreibung das tatsächliche Verhalten des Verbrauchers verkannt wird,¹³⁹ da das Handeln selbst eines durchschnittlich informierten und sorgfältigen Verbrauchers nicht immer jenen rationalen Maßstäben entspricht.¹⁴⁰ Dies ist mittlerweile längst „Bestandteil des aktuellen Lehrbuchwissens“,¹⁴¹ und selbst der EuGH scheint sein Verbraucherleitbild neuerdings zu relativieren.¹⁴² Es soll im Folgenden nur skizziert werden.

Das Leitbild des Verbrauchers als *homo oeconomicus* beruht auf der Annahme, dass der Verbraucher aufgrund einer rationalen Entscheidungsgrundlage Präferenzen bildet und Entscheidung zu seinem eigenen Wohl tätigt. Er vergleicht die Ergebnisse verschiedener Möglichkeiten und entscheidet sich für die effizienteste Alternative; er wählt den Gegenstand oder Vertrag mit dem größten Nutzen.

Dieser Modellannahme widersprechen die Erkenntnisse der Verhaltensforschung, die das Verhalten der Menschen als nur begrenzte rational einstufen.¹⁴³ Vielmehr unterliegen die Verbraucher einzelfallbezogen gewissen Schwächen, beispielsweise, wenn sie zukünftige Ergebnisse über- oder unterschätzen, wenn sie reziprok über überoptimistisch handeln oder wenn sie von Emotionen und Gewohnheiten geleitet ineffiziente Verträge schließen.¹⁴⁴ Dieses Verhalten wäre zunächst aus rechtlicher Sicht vor dem Hintergrund der Parteiautonomie nicht zu beanstanden, wenn es der Unternehmer nicht gezielt zur Beeinflussung bei der Entscheidungsfindung des Verbrauchers nutzen könnte. Der Unternehmer kann das Potential zur Einflussnahme auf den Verbraucher erkennen, wobei ihm die Möglichkeiten zur Erstellung und zum Erwerb von Kundenprofilen insbesondere, aber nicht nur aufgrund von

¹³⁸ Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216, 217.

¹³⁹ Reisch/Oehler, Behavioral Economics: Eine neue Grundlage für die Verbraucherpolitik?, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 30, 32; Hagen/Micklitz/Oehler/Reisch/Strünck, „Check Verbraucherpolitik und Verbraucherbeteiligung“ – Empfehlungen für eine evidenzbasierte Verbraucherpolitik, Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 2013, 61, 62; Kenning/Wobker, Ist der „mündige Verbraucher“ eine Fiktion?, zfwu 2013, 282 (284).

¹⁴⁰ Dick, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung, 1995, 4, 22; Luzak, Online Disclosure Rules of the Consumer Rights Directive: Protecting Passive or Active Consumers?, EuCML 2015, 79, 80.

¹⁴¹ So Schmidt-Kessel/Germelmann, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 51.

¹⁴² Vgl. EuGH, Urteil vom 4.6.2015, Rs. C-195/14 Teekanne, ECLI:EU:C:2015:361; dazu Schebesta/Purnhagen, The Behaviour of the Average Consumer: A little Less Normativity and a Little More Reality in the Court's Case Law? Reflections on Teekanne, European Law Review 2016, 590 ff.

¹⁴³ Korobin/Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 2000, 1051, 1143.

¹⁴⁴ Vgl. Reisch/Oehler, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 30, 33; Engel/Stark, Buttons, Boxes, Ticks, and Trust, 107, 110; Jolls/Sunstein, Debiasing through Law, Journal of Legal Studies 2006, 199, 207.

deren Aktivitäten im Internet zugutekommen,¹⁴⁵ und kann es bei der Vertragsgestaltung und Produktpräsentation gezielt zu seinem Vorteil verwenden.¹⁴⁶ Dort, wo der Aufwand für einen effizienten Vertragsschluss für den Verbraucher größer als der Nutzen ist, wird der Verbraucher nach diesen Maßstäben irrational entscheiden.

Allerdings sollten nicht nur theoretische oder im Wege von Experimenten gewonnene Erkenntnisse der Verhaltensökonomik in die Betrachtung einbezogen, sondern vielmehr auch die Erkenntnisse empirischer Untersuchungen bei der Bestimmung des tatsächlichen Schutzbedürfnisses für den Verbraucher berücksichtigt werden.¹⁴⁷

Zu den bisher und schon seit langem gewonnenen Erkenntnissen gehört es, dass schon der „durchschnittliche“ Verbraucher in verschiedenen Rechts- und Lebensbereichen unterschiedlich vorgebildet ist und daher unterschiedlich viel Unterstützung durch den Unternehmer benötigt, um eine auch nur einigermaßen informierte Entscheidung zu treffen, bis hin zu Bereichen, wo dies jedenfalls einem Teil der Verbraucher gar nicht mehr gelingt. Hier sind insbesondere Finanzdienstleistungen anzusprechen (dazu 2.). Klar ist weiter, dass Verbraucher unterschiedlich sind und die meisten Verbraucher nicht dem Durchschnitt entsprechen, so dass das Verbraucherrecht eine Entscheidung darüber treffen muss, in welchem Maße es dieser Unterschiedlichkeit Rechnung tragen will (dazu 3. und 4.). Ein Gebot, dies zumindest in einem gewissen Umfang zu tun, lässt sich schon dem Verfassungsrecht entnehmen.¹⁴⁸

2. Differenzierte Anforderungen in bestimmten Bereichen

Differenzierte Anforderungen in bestimmten Bereichen können sich im Wesentlichen aus zwei Erwägungen ergeben: einer geringeren Kompetenz des Durchschnittsverbrauchers als in anderen Lebens- bzw. Rechtsbereichen und einer besonderen Gefährdungslage.

a) Geringere Kompetenz des Durchschnittsverbrauchers

Dass Verbraucher gerade mit Finanzdienstleistungen besondere Schwierigkeiten haben, ist Allgemeingut und muss hier nur angerissen werden. Grundprobleme sind nicht nur die schiere Komplexität und konzeptionelle Unverständlichkeit mancher Anlageprodukte und das damit zusammenhängende, für viele Verbraucher kaum überwindliche Hindernis, diese zu verstehen. Hinzu treten die bereits angesprochene begrenzte Rationalität der Verbraucher, die die Verlustrisiken unter- und den möglichen Gewinn überschätzen,¹⁴⁹ sowie die leichte Beeinfluss- bzw. Manipulierbarkeit durch die Anbieterseite¹⁵⁰ und nicht zuletzt Schwächen im

¹⁴⁵ Rott, Der „Durchschnittsverbraucher“ – ein Auslaufmodell angesichts personalisierten Marketings?, VuR 2015, 163, 164, mit einigen Beispielen.

¹⁴⁶ Etwa durch individualisierte Werbung oder geographisch differenzierte Preisbildung, vgl. Oehler, Digitale Welt und Finanzen, 2016, 50. Die Gefährdung des Verbrauchers als Patient kann durch die zunehmende Datenerhebung im Gesundheitswesen steigen, vgl. Gigerenzer/Schlegel-Matthies/Wagner, Digitale Welt und Gesundheit, 2016, 25.

¹⁴⁷ Vgl. Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2015, 837.

¹⁴⁸ Vgl. Schmidt-Kessel/Germelmann, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 36, sowie infra, D. I. 6.

¹⁴⁹ Vgl. etwa Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 2010, 67, 88.

¹⁵⁰ Vgl. etwa Domurath, The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law, euvr 2013, 124, 133 ff., sowie supra, D. I. 1,

sprachlichen Verständnis und in Mathematik.¹⁵¹ Auch die Europäische Kommission hat den Verbrauchern in den Mitgliedstaaten eine geringe Finanzbildung bescheinigt,¹⁵² weshalb der EU-Gesetzgeber den Aufruf an die Mitgliedstaaten, diese zu verbessern, mittlerweile sogar in Art. 6 der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU aufgenommen hat. Deutschland ist hier alles andere als Vorreiter.¹⁵³ Freilich muss man auch hier zwischen „schlichten“ Finanzdienstleistungen wie einem Ratenkredit ohne weitere Nebenvereinbarungen und komplexen Verträgen differenzieren.¹⁵⁴

Ähnlich schlecht ist es nach allgemeiner Ansicht um die „data literacy“ der Verbraucher bestellt.¹⁵⁵

Konsequenz ist zunächst, dass in diesen Bereichen zusätzliche oder andere Schutzinstrumente über das im Verbraucherrecht vorherrschende Instrument der Information hinaus erforderlich sind.¹⁵⁶ Zudem ist in denjenigen Bereichen, wo es bei der Gesetzesanwendung auf den typischen Durchschnittsverbraucher, etwa den durchschnittlich finanziell gebildeten Verbraucher, ankommt, dessen typischerweise limitierte Kompetenz in Betracht zu ziehen, will man dem Schutzziel der Regelung Rechnung tragen. Die beschränkte Finanzbildung der Verbraucher muss dann auch den Ausgangspunkt im Vertragsrecht bilden, soweit nicht individuelle Erkenntnismöglichkeiten ermittelt werden müssen oder anderweitig bekannt sind.¹⁵⁷ So ist bei der Frage, ob eine Klauseln in den AGB des Verwenders in dem Sinne transparent ist, dass der Verbraucher die sich daraus für ihn ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien absehen kann,¹⁵⁸ auf diese beschränkte durchschnittliche Finanzbildung der Verbraucher abzustellen.

b) Besondere Gefährdungslage

Hinsichtlich des Kriteriums der besonderen Gefährdungslage ist wiederum darauf hinzuweisen, dass eine Orientierung an einem bestimmten Verbraucherleitbild dazu führt, dass diejenigen Verbraucher, die die jeweiligen Anforderungen nicht erfüllen, nicht ihrem Schutzbedürfnis entsprechend geschützt werden. Dies wird zugunsten des Rechtsverkehrs hingenommen.

Der Ausgleich zwischen den Schutzinteressen des einzelnen Verbrauchers und denen des Rechtsverkehrs muss aber die Gefahren berücksichtigen, die für den einzelnen Verbraucher etwa daraus resultieren, dass er etwa eine uninformierte und deshalb falsche Entscheidung trifft. Daher wird das Schutzniveau im Verbraucherrecht niedriger angesetzt, wo es um Gesundheitsgefahren geht. Das Argument trägt aber auch bei bestimmten Finanzdienstleistungen, etwa bei Pensionsprodukten, die das Risiko von Altersarmut bergen, wenn sie nicht hinreichend sicher sind, oder auch bei Immobilienkreditverträgen, bei denen

¹⁵¹ Vgl. *Zankiewicz*, Die Tücken des Zinsezineffekts: Privatanleger unterschätzen Verlustrisiken bei Finanzprodukten, DIW Wochenbericht 9/2014, 166 ff.

¹⁵² Vgl. die Mitteilung der Kommission über die Vermittlung von Finanzwissen, KOM(2007) 808 endg. Vgl. weiter *OECD*, Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies, 2005; *Lusardi/Mitchell*, The Economic Importance of Financial Literacy: Theory and Evidence, *Journal of Economic Literature* 2014, 5, 37.

¹⁵³ Vgl. *Werner/Oehler*, Verbraucherbildung und Verbraucherberatung in der Altersvorsorge – Ein Überblick über deutsche und britische Initiativen, DIW Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 3/2009, 125 ff.

¹⁵⁴ Vgl. auch BT-Drucks. 16/11643, 79, mit Blick auf § 491a Abs. 3 BGB.

¹⁵⁵ Vgl. nur *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403, 408.

¹⁵⁶ Vgl. *Mak/Braspenning*, *Journal of Consumer Policy* 2012, 307, 329. Dazu infra, D. I. 4.

¹⁵⁷ Vgl. infra, D. I. 3. b).

¹⁵⁸ Dazu EuGH, Urteil vom 30.4.2014, Rs. C-26/13 *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282.

das Risiko von Verbraucherinsolvenz und des Verlusts des (mit dem Kredit erworbenen) Eigenheims besteht. Es findet sich auch im EU-Recht, etwa in Erwägungsgrund (9) der Richtlinie 2005/29/EG, der mit Blick auf die Bereichsausnahmen für Finanzdienstleistungen und Immobilien von der Vollharmonisierung auf die diesen „inhärenten ernststen Risiken“ verweist.¹⁵⁹ In der Rechtssache *Asbeek Brusse* zur Missbräuchlichkeit einer mietvertraglichen Klausel hat der EuGH darauf hingewiesen, dass die Folgen der zwischen den Parteien bestehenden Ungleichheit noch dadurch verschärft werden, dass sich ein Wohnungsmietvertrag in wirtschaftlicher Hinsicht auf ein grundlegendes Bedürfnis des Verbrauchers, nämlich die Wohnungsbeschaffung, beziehe und Beträge betreffe, die für den Mieter meist einen der größten Haushaltsposten darstellten.¹⁶⁰

Verfehlt ist demgegenüber der Schluss von einer besonderen Gefährdungslage darauf, dass der Verbraucher dem entsprechenden Gegenstand besondere Aufmerksamkeit widmen wird, das Schutzniveau also abgesenkt werden könnte.¹⁶¹

3. Ausdifferenzierungen nach dem Kenntnisstand

Die Frage, ob ein Verbraucher schutzbedürftig ist, beurteilt sich aus normativer Sicht nach seiner eingenommenen Rolle¹⁶² und Stellung im Rechtsgeschäft am Markt. Insofern nimmt das europäische Verbraucherleitbild eine situationsbezogene und keine konkrete Schutzbedürftigkeit an.¹⁶³ Vom Verbraucher wird angenommen, dass er sich vermeintlich wegen seiner Rolle als Verbraucher in einer schwächeren Position befinde, die ihm immer besonderen Schutz gestatten müsse.¹⁶⁴

Natürlich existiert aber keine homogene Gruppe von Verbrauchern mit einem einheitlichen Schutzbedürfnis. Insbesondere in der ubiquitären „digitalen Welt“ treffen informierte, wenig schutzbedürftige Verbraucher und weniger informierte und (nicht nur aus diesem Grund) stärker schutzbedürftige Verbraucher aufeinander. Der Grad der Informiertheit ist wiederum nicht einzelfallunabhängig auf alle Rechtsgeschäfte übertragbar. Im Einzelfall kann *der* Verbraucher in bestimmten Situationen sogar „stärker“ sein als der Unternehmer.¹⁶⁵

Bei der Ausrichtung an einem wie auch immer definierten „Durchschnittsverbraucher“ besteht stets die Gefahr, dass der „unterdurchschnittliche“ Teil der Verbraucher zu wenig Schutz erfährt.¹⁶⁶ Umgekehrt können besonders erfahrene Verbraucher zu viel Schutz erfahren und dafür insbesondere einen höheren Preis entrichten müssen als nötig, weil er Transaktionskosten tragen muss, die der Unternehmer zur Einhaltung der für ihn nicht erforderlichen verbraucherschützenden Mindestvorschriften auf ihn umlegt.¹⁶⁷ Die Kosten

¹⁵⁹ Vgl. auch *Rott*, A plea for special treatment of financial services in unfair commercial practices law, euvr 2013, 61, 66. Zu Sonderregeln in diesen Bereichen vgl. auch infra, D. I. 4.

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 30.5.2013, Rs. C-488/11 *Asbeek Brusse*, ECLI:EU:C:2013:341.

¹⁶¹ So aber wohl OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 220.

¹⁶² Vgl. *Coester*, Party Autonomy and Consumer Protection, euvr 2014, 170, 174.

¹⁶³ Vgl. MüKo - *Micklitz/Purnhagen*, § 13 BGB, Rn. 3.

¹⁶⁴ *Zimmermann*, Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience, Current Legal Problems 2005, 415, 419, jedoch bezogen auf das deutsche Recht.

¹⁶⁵ *Rösler*, Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis, *RabelsZ* 2009, 889, 897; *Engel/Stark*, Verbraucherrecht ohne Verbraucher?, *ZEuP* 2015, 32, 36.

¹⁶⁶ *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, A 111.

¹⁶⁷ Vgl. *Rehberg*, Verbraucherleitbilder – Rechtsempirische Grundlagen, 33, 48; *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Towards a Revision of the Consumer *Acquis*, *Common Market Law Review* 2011, 1077, 1114; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, A 111; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner "Materialisierung", *AcP* 2000, 273, 362.

übersteigen in beiden Situationen den jeweiligen Nutzen des Adressaten. Eine rechtliche Regulierung ist situationsbezogen (jedoch in Kombination mit der Rolle) dort notwendig, wo dem Markt keine gerechte Ressourcenverteilung gelingt.¹⁶⁸

Hier wurden verschiedene Ansätze vertreten. Eine geht dahin, es dem Verbraucher zu gestatten, im Austausch gegen die Gewährung von Vorteilen auf seinen Schutz etwa durch das Widerrufsrecht zu verzichten.¹⁶⁹ Dieser ist aber zum einen mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, zum anderen auch nicht zu empfehlen, weil nicht gewährleistet werden kann, dass eben nur diejenigen Verbraucher auf Schutz verzichten, die ihn tatsächlich nicht benötigen.¹⁷⁰

Vorzugswürdig ist es, den Verbraucherschutz über ein bewegliches Schutzsystem mit differenziertem Wertesystem zu verwirklichen.¹⁷¹ Ziel muss sein, den Verbraucher anhand bestimmter Kriterien einzustufen und ein seinen Eigenschaften entsprechendes Schutzniveau zu etablieren. Zur Ausdifferenzierung dieses Einstufungsmusters müssten insbesondere die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik herangezogen werden.¹⁷² Gleichzeitig muss das System aber handhabbar und auch für Unternehmer rechtssicher bleiben. Wo der Verbraucher nicht bekannt ist oder wo sich eine Marketingmaßnahme notwendigerweise undifferenziert an eine Vielzahl von Verbrauchern mit unterschiedlichen Schutzbedarfen richtet, ist die Orientierung an einem „Durchschnittsverbraucher“ auch weiterhin notwendig und gerechtfertigt.¹⁷³ Letzteres wird insbesondere bei Kommunikation der Fall sein, die Produkten anhaftet, die an die breite Allgemeinheit gerichtet sind. Insofern sei an die Entscheidung des EuGH in *Mars* erinnert. Der EuGH stellte auf die zusätzlichen Kosten ab, die es mit sich bringen würde, wenn die Verpackung des Mars-Riegels für den deutschen Markt anders gestaltet werden müsste als für den Rest der (damaligen) EG.¹⁷⁴ Wo die individuellen Eigenschaften des einzelnen Verbrauchers nicht erkennbar sind, muss daher weiterhin mit Typisierungen gearbeitet werden, die aber weniger grob als das bisherige System sein müssen.

Differenzierungen sind heute keine Seltenheit mehr.¹⁷⁵ Exemplarisch werden im Folgenden die Verwundbarkeit aufgrund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit und die besondere Situation einkommensschwacher herausgegriffen.

a) Typen besonders schutzwürdiger Verbraucher

aa) Schutzbedürftigkeit aufgrund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit

Die Berücksichtigung besonders schutzwürdiger Personengruppen findet sich seit jeher im Recht, etwa im Minderjährigenschutz der §§ 107 ff. BGB.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Vgl. *Wagner*, Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights, *Erasmus Law Review* 2010, 47, 68.

¹⁶⁹ Vgl. dazu bereits *Fuchs*, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, *AcP* 196 (1996), 313, 352 ff.; *Krämer*, Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten, *ZIP* 1997, 93, 95 ff. Ebenso *Ben-Shahar/Posner*, The Right to Withdraw in Contract Law, *Journal of Legal* 2011, 115, 144; *Eidenmüller*, Why Withdrawal Rights?, *ERCL* 2011, 1, 23.

¹⁷⁰ Vgl. auch *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, 417.

¹⁷¹ Vgl. *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, *A* 109-112; für eine differenzierte Betrachtung auch *V. Mak*, The Myth of the ‘Empowered Consumer’: Lessons from Financial Literacy Studies, *euvr* 2012, 254, 263; *Möstl*, Wandel des Verbraucherleitbilds? Eine Positionsbestimmung aus lebensmittelrechtlicher Perspektive, *WRP* 2014, 906, 909.

¹⁷² Vgl. auch *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: *Schmidt-Kessel/Germelmann* (Hrsg.), 25, 63.

¹⁷³ Vgl. auch *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG Rn. 5.2.

¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 6.7.1995, Rs. C-470/93 *Mars*, *ECLI:EU:C:1995:224*.

¹⁷⁵ Vgl. auch *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: *Schmidt-Kessel/Germelmann* (Hrsg.), 25, 69.

Paradigmatisch für den Schutz besonders schutzwürdiger Verbraucher (*vulnerable consumers*) im EU-Verbraucherrecht ist Art. 5 (3) der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG, der ein höheres Schutzniveau für eine „eindeutig identifizierbare Gruppe von Verbrauchern (...), die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit (...) besonders schutzbedürftig sind“, normiert. Die Regelung knüpft an die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Personen an, nicht an den Eigenschaften des konkreten Adressaten.

Die Schutzbedürftigkeit wird hier kontextbezogen berücksichtigt, sie muss gerade im Hinblick auf die konkrete geschäftliche Handlung oder die ihr zugrunde liegende Ware oder Dienstleistung bestehen. Die betreffende Verbrauchergruppe muss wegen ihrer Eigenschaften für eine derartige geschäftliche Handlung oder die zugrunde liegende Ware oder Dienstleistung besonders anfällig sein, und es soll verhindert werden, dass der Unternehmer dies für seine Zwecke ausnutzt.¹⁷⁷

Einen Bildungsrückstand berücksichtigte der EuGH auch in der Rechtssache *Buet*, wo er besondere Schutzvorschriften des französischen Rechts in Bezug auf den Verkauf von Unterrichtsmaterialien an der Haustür mit der Begründung akzeptierte.¹⁷⁸

Differenzierungen finden sich auch im Produktsicherheitsrecht, wo Art. 2 lit. b) der Richtlinie 2001/95/EG hinsichtlich des geforderten Sicherheitsniveaus auf „die Gruppen von Verbrauchern, die bei der Verwendung des Produkts einem Risiko ausgesetzt sind, vor allem Kinder und ältere Menschen“ verweist.

bb) Einkommensschwache Verbraucher

Einkommensschwache Verbraucher haben mittlerweile besondere Aufmerksamkeit im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erfahren, die – zumindest als Universaldienstleistungen – jedermann zu erschwinglichen Preisen zur Verfügung stehen sollen (vgl. *infra*, D. III. 1.). Im Wohnraummietrecht und im Verbraucherkreditrecht finden sich (wie auch im Recht der Universaldienstleistungen) zudem Vorschriften, mit denen Mieter bzw. Verbraucher bei kurzfristigen Zahlungsschwierigkeiten geschützt werden, indem insbesondere das scharfe Schwert der Vertragskündigung durch den Vermieter bzw. den Kreditgeber erst bei Erreichen einer bestimmten Schwelle von Zahlungsrückständen droht.¹⁷⁹

Sinnvoll ist es freilich, nicht erst bei dem Schutz vor dem Verlust notwendiger Waren oder Dienstleistungen aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten anzusetzen, sondern vorbeugend darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher erst gar nicht in diese Lage kommt. Dies ist zwar nur bedingt steuerbar, weil sich Zahlungsschwierigkeiten aufgrund exogener Schocks wie der Finanzkrise auf diese Weise kaum vermeiden lassen,¹⁸⁰ zumindest sollte man aber die vorhersehbaren Risiken einbeziehen.

Im Verbraucherkreditrecht hat dies auf EU-Ebene zur Einführung des Instruments der Kreditwürdigkeitsprüfung geführt, deren Ziel nach Auffassung des EuGH im „Schutz der Verbraucher vor der Gefahr der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit“ zu sehen ist.

¹⁷⁶ Vgl. *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 63. Zum geringeren Schutz des Minderjährigen im Datenschutzrecht vgl. *Langhanke*, Fruchtbar machen beim Datenschutz, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 139, 145 f.

¹⁷⁷ Vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG Rn. 5.19.

¹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 16.5.1989, Rs. 382/87 *Buet*, ECLI:EU:C:1989:198.

¹⁷⁹ Vgl. §§ 498, 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

¹⁸⁰ Vgl. *ausf. Domurath*, Consumer Debt and Contract Law – Protection from Over-indebtedness in EU Mortgage Law, 2016.

Präziser sei es das Ziel der Kreditwürdigkeitsprüfung, „einen wirksamen Schutz der Verbraucher vor der unverantwortlichen Gewährung von Krediten, die ihre finanziellen Möglichkeiten überschreiten und zu ihrer Zahlungsunfähigkeit führen können, zu gewährleisten“.¹⁸¹ Im Falle der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU folgt daraus ein Kreditvergabeverbot, wenn nicht aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass es wahrscheinlich ist, dass die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag in der gemäß diesem Vertrag vorgeschriebenen Weise erfüllt werden.¹⁸² Für die neuerdings so bezeichneten Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge hat der deutsche Gesetzgeber mittlerweile nachgezogen. Nach § 505a Abs. 1 BGB darf der Darlehensgeber den Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass keine erheblichen Zweifel daran bestehen, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird.¹⁸³

Noch weiter vorgelagert sehen einige Mitgliedstaaten der EU einen besonderen Schutz einkommensschwacher Verbraucher im Lauterkeitsrecht vor, was die insofern nicht vollharmonisierende Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken bei Finanzdienstleistungen zulässt.¹⁸⁴ Nach französischem Recht muss jede im Rundfunk verbreitete Werbung den folgenden Hinweis enthalten: „Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager.“¹⁸⁵ Spezielle Regelungen können besondere Zwangslagen oder besondere Bedürfnisse einkommensschwacher Verbraucher in den Blick nehmen, die diese anfällig für bestimmte Werbebotschaften machen.¹⁸⁶ Ein Beispiel wäre eine Werbung, die vor Weihnachten einkommensschwache Verbraucher damit ködert, dass auch sie dank spezieller (und gegebenenfalls unvorteilhafter) Kredite ihren Kindern Geschenke kaufen können. Rechtstechnisch könnte eine solche Regelung durch eine Erweiterung der Beispiele für besondere Schutzbedürftigkeit in § 3 Abs. 4 UWG gestaltet werden, derzeit – aufgrund des im Übrigen vollharmonisierenden Charakters der Richtlinie 2005/29/EG – allerdings nur für Finanzdienstleistungen.

Die Schutzbedürftigkeit einkommensschwacher Verbraucher reicht auch ins allgemeine Vertragsrecht hinein, etwa beim Zugang zu Leistungen, bei denen kein Kontrahierungszwang

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 27.3.2014, Rs C-565/12 *LCL Le Crédit Lyonnais*, ECLI:EU:C:2014:190; dazu *Rott*, Verbraucherschutz durch Kreditwürdigkeitsprüfung, EWS 2014, 201, 202 f; *Barta/Braune*, Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen *Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan* für das Verständnis des deutschen Rechts, BKR 2014, 324, 329 f., jeweils mit der Schlussfolgerung, dass aus dieser Zielsetzung eine Pflicht zur privatrechtlichen Umsetzung erfolge. A.A. *Herresthal*, Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung, EuZW 2014, 497, 500; *Schürnbrand*, Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, 168, 177; *Servatius*, Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe, ZfIR 2015, 178, 185; *Buck-Heeb*, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen -- Verschärfungen durch die EuGH-Rechtsprechung und die Wohnimmobilienkredit-Richtlinie, BKR 2015, 177, 181.

¹⁸² Art. 18 (5) lit. a) der Richtlinie 2014/17/EU.

¹⁸³ Ausf. *Stamenković/Michel*, Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht, VuR 2016, 132 ff.; *Feldhusen*, „Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, BKR 2016, 441 ff.; *Buck-Heeb*, Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung, NJW 2016, 2065 ff.

¹⁸⁴ Art. 3 (9) der Richtlinie 2005/29/EG. Unter Art. 5 (3) der Richtlinie lassen sich finanzielle Schwierigkeiten hingegen nicht fassen, vgl. auch *Köhler/Bornkamm*, § 3 UWG Rn. 5.2.

¹⁸⁵ Art. L 312(6) des Code de la consommation.

¹⁸⁶ Vgl. auch *Rott*, euvr 2013, 61, 67.

besteht. Der BGH hat sie im Jahre 2013 im AGB-Recht berücksichtigt.¹⁸⁷ Er hatte dabei über die folgende Klausel in den AGB eines Energieversorgungsunternehmens in Gaslieferungsverträgen mit Sonderkunden, also außerhalb der Universaldienstleistungen, zu befinden: „Sämtliche Rechnungsbeträge sind (...) ohne Abzug im Wege des Lastschriftverfahrens oder von Jahreszahlern mittels Überweisung zu zahlen“. Gegen diese Klausel hatte die Verbraucher-Zentrale Hamburg geklagt, weil sie von § 41 Abs. 2 EnWG abwich, der das Leitbild für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB darstellt. Nach § 41 Abs. 2 EnWG sind dem Haushaltskunden vor Vertragsschluss verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anzubieten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Kunden „über ein breites Spektrum an Zahlungsmodalitäten verfügen können, durch die sie nicht unangemessen benachteiligt werden“.¹⁸⁸

Bei der Klausel lagen drei Möglichkeiten vor: das Lastschriftverfahren, die Banküberweisung und die Barüberweisung. Diese sind durchaus üblich und daher im Grundsatz nicht zu beanstanden. Der BGH unterzog die Klausel aber einer Bewertung dahingehend, ob sie auch für einkommensschwache Verbraucher Zahlungsmöglichkeiten anbot. Dabei schied er zunächst zu Recht die Möglichkeit der Vorkasse für ein Jahr aus. Damit blieb nur noch die Lastschrift, die wiederum ein Bankkonto voraussetzt, auf das zum damaligen Zeitpunkt kein Rechtsanspruch bestand und über das nach verschiedenen Schätzungen in Deutschland im Jahre 2010 über ein halbe Million Menschen nicht verfügten.¹⁸⁹ So blieb für einkommensschwache Verbraucher gar keine Zahlungsmöglichkeit übrig, sie wurden durch die beanstandete AGB-Klausel am Zugang zum Versorgungsvertrag gehindert. Verallgemeinernd ist zu fordern, dass dort, wo einkommensschwache Verbraucher von einer gesetzlichen Regelung (jedenfalls auch) angesprochen werden, diese auch zum Maßstab der AGB-Kontrolle zu machen wären.¹⁹⁰ Insofern würde das AGB-Recht dann nicht nur, wie in der Rechtssache *Käsler*, den lauterkeitsrechtlichen Maßstab des Durchschnittsverbrauchers rezipieren, sondern auch den besonderen Maßstab des besonders schutzwürdigen Verbrauchers in der hier vorgeschlagenen Erweiterung um einkommensschwache Verbraucher.

cc) Die Berücksichtigung der Zugehörigkeit zu einer Gruppe im Allgemeinen

Jenseits der Berücksichtigung bestimmter Typen besonders schutzbedürftiger Verbraucher erlaubt das Recht schon jetzt in vielen Bereichen die Berücksichtigung der vom Unternehmer avisierten Zielgruppe.

Hier ist zunächst Art. 5 (2) der Lauterkeits-Richtlinie zu nennen. Dieser stellt nämlich, weitgehend unbeachtet, nicht auf einen „allgemeinen Durchschnittsverbraucher“ ab, sondern auch auf das durchschnittliche Mitglied einer Gruppe von Verbrauchern, „wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet“. Pate stand wohl die Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH stellt bislang in seiner Rechtsprechung auf erfahrene Adressaten kommerzieller Kommunikation ab und schloss darauf auf die Absenkung des

¹⁸⁷ BGH, NJW 2013, 2814 = JZ 2014, 355.

¹⁸⁸ Vgl. den zugrunde liegenden Art. 3 (3) S. 8 i.V.m. Anhang I lit. d) der Gasbinnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG.

¹⁸⁹ Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann, BT-DrS. 17/8312, 10.

¹⁹⁰ Ausf. Rott, Anmerkung, JZ 2014, 358 ff.

Schutzniveaus.¹⁹¹ Eine solche Absenkung des Schutzniveaus findet sich auch im Umgang des KAGB mit dem „semiprofessionellen Anleger“ i.S.d. § 1 Abs. 19 Nr. 33 KAGB.¹⁹²

Auf eine Absenkung des Schutzniveaus ist Art. 5 (2) der Richtlinie 2005/29/EG aber keineswegs beschränkt, er kann ebenso für die Anhebung des Schutzniveaus genutzt werden. Auf diese Weise können auch Zielgruppen, die Art. 5 (3) der Richtlinie nicht erfasst, berücksichtigt werden, etwa Flüchtlinge oder andere sprachunkundige Ausländer.

Praktisch besteht die Schwierigkeit darin, die entsprechenden Zielgruppen festzustellen. Damit tut sich die Rechtsprechung schon bei den in Art. 5 (3) der Richtlinie 2005/29/EG genannten Gruppen besonders schutzwürdiger Verbraucher schwer, wovon die wenigen Entscheidungen zur Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen und die Diskussionen um deren Richtigkeit Zeugnis ablegen.¹⁹³ Erst recht hat die Regelung des Art. 5 (2) der Richtlinie 2005/29/EG zum durchschnittlichen Verbraucher einer bestimmten Zielgruppe bislang keine Bedeutung in der Rechtsprechung erlangt. Gefragt ist hier die Marketingforschung, auf deren Expertise die Juristen zurückgreifen müssten.¹⁹⁴

Die besondere Relevanz der Zielgruppe findet sich auch in der Neuauflage der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II). Die MiFID II-Richtlinie 2014/65/EU¹⁹⁵ verlangt allgemein in Art. 24 (1), dass eine Wertpapierfirma bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder gegebenenfalls Nebendienstleistungen für ihre Kunden ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden handelt. Sie differenziert dabei nach Art. 24 (4) lit. b) zwischen verschiedenen Kundengruppen, nämlich professionellen Kunden und Kleinanlegern.¹⁹⁶ In Art. 24 (2) erfolgt aber eine weitere Differenzierung: „Wertpapierfirmen, die Finanzinstrumente zum Verkauf an Kunden konzipieren, sorgen dafür, dass diese Finanzinstrumente so ausgestaltet sind, dass sie den Bedürfnissen *eines bestimmten Zielmarktes von Endkunden innerhalb der jeweiligen Kundengattung* entsprechen, dass die Strategie für den Vertrieb der Finanzinstrumente mit dem bestimmten Zielmarkt vereinbar ist und dass die Wertpapierfirma zumutbare Schritte unternimmt um zu gewährleisten, dass das Finanzinstrument an den bestimmten Zielmarkt vertrieben wird.“¹⁹⁷

Auch die deutsche Rechtsprechung hat Typisierungen vorgenommen und etwa aus der Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe auf das Vorhandensein bestimmter Kenntnisse geschlossen, die dann bei der vorvertraglichen Aufklärung zu berücksichtigen sind.¹⁹⁸ Hier verfließen freilich die Grenzen zwischen der Berücksichtigung der Eigenschaften von Verbrauchergruppen und der Berücksichtigung der individuellen Eigenschaften des einzelnen Verbrauchers.

¹⁹¹ So EuGH, Urteil vom 8.4.2003, Rs. C-44/01 *Pippig Augenoptik*, ECLI:EU:C:2003:205. Diese Situation fällt freilich gar nicht unter die Richtlinie 2005/29/EG, deren Anwendungsbereich sich nur auf kommerzielle Kommunikation von Unternehmern gegenüber Verbrauchern bezieht.

¹⁹² Vgl. auch *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 63.

¹⁹³ Vgl. etwa BGH, GRUR 2006, 776; BGH, NJW 2014, 1014; BGH, GRUR 2014, 1211, mit krit. Bespr. von *Jahn/Palzer*, Werbung gegenüber Kindern – „Dus“ and don'ts, GRUR 2014, 332, 333. Zum Überblick auch *Gerecke*, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185 ff.

¹⁹⁴ Vgl. *Rott*, VuR 2015, 163, 167.

¹⁹⁵ ABl. 2014, L 173/349.

¹⁹⁶ Vgl. zu den Begriffen Art. 4 Nr. 10 und 11 der Richtlinie 2014/65/EU, ABl. 2014, L 173/349.

¹⁹⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁹⁸ Vgl. *Schmidt-Kessel/Germelmann*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 34.

b) Differenzierung nach individuellen Eigenschaften

Aus der Perspektive des Schutzes des Verbrauchers ideal ist die Berücksichtigung seiner individuellen Schutzbedürftigkeit. Dabei ist zu beachten, dass diese Schutzbedürftigkeit stets kontextbezogen ist. Verbraucher mögen Expertise in Küchengeräten oder Autos haben, aber Laien in Bezug auf Finanzdienstleistungen sein oder umgekehrt.¹⁹⁹

aa) Pflicht zur Ermittlung der individuellen Eigenschaften

Eine Differenzierung der Anforderungen nach den individuellen Eigenschaften des Verbrauchers findet sich im Recht der Finanzdienstleistungen. Dort, wo schon der durchschnittliche Verbraucher Erläuterungen oder gar Beratung benötigt, wird explizit oder implizit nach Vorkenntnissen bzw. Vorerfahrungen und daraus abzuleitendem Bedarf differenziert. Paradigmatisch sind das Versicherungsrecht, das Anlegerschutzrecht und das Verbraucherkreditrecht.

Nach § 6 Abs. 1 VVG hat der Versicherer den Versicherungsnehmer, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, oder der Person des Versicherungsnehmers und dessen Situation hierfür Anlass besteht, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und, auch unter Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beratungsaufwand und der vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämien, zu beraten sowie die Gründe für jeden zu einer bestimmten Versicherung erteilten Rat anzugeben.²⁰⁰

Noch weiter geht § 31 Abs. 4 WpHG:²⁰¹ Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung erbringt, muss von den Kunden alle Informationen einholen über Kenntnisse und Erfahrungen der Kunden in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Arten von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen, über die Anlageziele der Kunden und über ihre finanziellen Verhältnisse, die erforderlich sind, um den Kunden ein für sie geeignetes Finanzinstrument oder eine für sie geeignete Wertpapierdienstleistung empfehlen zu können. Die Geeignetheit beurteilt sich danach, ob das konkrete Geschäft, das dem Kunden empfohlen wird, oder die konkrete Wertpapierdienstleistung im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung den Anlagezielen des betreffenden Kunden entspricht, die hieraus erwachsenden Anlagerisiken für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar sind und der Kunde mit seinen Kenntnissen und Erfahrungen die hieraus erwachsenden Anlagerisiken verstehen kann. Erlangt das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die erforderlichen Informationen nicht, darf es im Zusammenhang mit einer Anlageberatung kein Finanzinstrument empfehlen oder im Zusammenhang mit einer Finanzportfolioverwaltung keine Empfehlung abgeben.

Im Kreditrecht verlangt die EU vom Kreditgeber, vor Abschluss eines Kreditvertrags die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers zu eruieren.²⁰² Implizit verlangt auch die Erläuterungspflicht des § 491a Abs. 3 BGB eine Befassung mit dem einzelnen Verbraucher.

¹⁹⁹ Vgl. zu diesem kontextbezogenen Ansatz *London Economics/VVA Consulting/Ipsos Mori*, Consumer vulnerability across key markets in the European Union, 2016.

²⁰⁰ Vgl. dazu *Schneider*, Zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge: Information, Beratung und Belehrung im Versicherungsvertragsrecht, RuS 2015, 477, 482 ff. Zur neuen Versicherungsvertriebs-Richtlinie (EU) 2016/97 vgl. *Brömmelmeyer*, RuS 2016, 269, 273.

²⁰¹ Vgl. dazu *Gläser*, Übertragung auf kapitalmarktrechtliche Vorgaben, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 123, 130 ff.

²⁰² Vgl. Art. 8 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG; Art. 18 bis 20 der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU.

Die Vorschrift verpflichtet den Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vor Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags „angemessene Erläuterungen“ zu geben, damit dieser in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird. Der Regelung implizit ist daher, dass die individuellen Bedürfnisse des Verbrauchers berücksichtigt und gegebenenfalls ermittelt werden müssen.²⁰³

Maßgeblich ist dabei stets, was für den Unternehmer (bei ehrlichem Bemühen) erkennbar ist. Täuscht der Verbraucher den Unternehmer über seine Vorkenntnisse oder Vorerfahrungen, spiegelt er also höhere Kenntnis vor als tatsächlich vorhanden, so ist er insoweit nicht schutzwürdig.²⁰⁴ Dies gilt allerdings dann nicht mehr, wenn der Unternehmer etwa bei der Beratung auf höherem Niveau erkennt, dass die vom Verbraucher angegebenen Kenntnisse nicht vorhanden sind. Andernfalls läge in der, regelmäßig durch eine gesonderte Unterschrift bestätigten, Angabe des Verbrauchers ein Verzicht auf den vom Gesetz zwingend ausgestalteten Verbraucherschutz. Ein solcher ist ebenso wenig wirksam wie die erkennbar unzutreffende Behauptung, kein Verbraucher zu sein,²⁰⁵ oder die unzutreffende Bezeichnung eines als fahrtüchtig verkauften Gebrauchtwagens als „Wrack“.²⁰⁶

bb) Berücksichtigung individueller Eigenschaften ohne ausdrückliche Pflicht zur Ermittlung

Verlangt das Recht nicht ausdrücklich die Ermittlung der Eigenschaften des individuellen Verbrauchers, so stellt sich die Frage, ob der Unternehmer dennoch vorhandene Erkenntnisse über dessen individuelle Eigenschaften zu berücksichtigen hat. Wiederum ist auf den Zweck der Orientierung am Durchschnittsverbraucher abzustellen: Der Unternehmer, der sich mit seiner kommerziellen Kommunikation an eine Allgemeinheit wendet, benötigt Rechtssicherheit und damit einen Maßstab, an dem er sich orientieren kann. Umgekehrt muss dem Unternehmer nicht mehr Schutz im Sinne von Rechtssicherheit gewährt werden als notwendig. Kennt er die Eigenschaften des Adressaten einer individuellen kommerziellen Kommunikation, so ist er nicht schutzbedürftig. Würde man ihm hier die Orientierung an einem Durchschnittsverbraucher gestatten, so gäbe man ihm die Möglichkeit, „unterdurchschnittliche“ Verbraucher gezielt zu benachteiligen.

Die relevante Kenntnis über die Eigenschaften und Gewohnheiten individueller Verbraucher kann der Unternehmer insbesondere über die Verfolgung der Aktivitäten der jeweiligen Verbraucher im Internet, aber auch in Supermärkten, an Tankstellen etc. generiert oder schlicht von Anbietern entsprechender Datensätze erworben haben.²⁰⁷

Im Vertragsrecht ist diese Berücksichtigung in den bereits angesprochenen §§ 138 und 242 BGB angelegt. Im Lauterkeitsrecht lässt sich die Berücksichtigung individueller Eigenschaften über Art. 5 (2) der Richtlinie 2005/29/EG erreichen, der, wie oben ausgeführt, auf das durchschnittliche Mitglied einer Gruppe von Verbrauchern abzielt, „wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet“. Die Zielgruppe stellt

²⁰³ Vgl. Tonner/Tamm – Rott, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 16 D, Rn. 63. Ebenso OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 1439, zur Kreditvermittlung. A.A. Buck-Heeb, Kreditberatung, Finanzierungsberatung, BKR 2014, 221, 226; Schürnbrand, ZBB 2014, 168, 175.

²⁰⁴ So auch Schmidt-Kessel/Germelmann, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 25, 34. Vgl. auch BGH, WM 1997, 309.

²⁰⁵ Vgl. AG Zeven, DAR 2003, 379., 380. Vgl. allerdings auch BGH, NJW 2005, 1045, zu einem Verbraucher, der sich vom Unternehmer unerkannt als Unternehmer ausgegeben hat; dazu Halfmeier, Widersprüchliches Verhalten als opt-out aus dem Europäischen Verbraucherschutzrecht?, GPR 2005, 184 ff.

²⁰⁶ Vgl. OLG Oldenburg, DAR 2004, 92; AG Marsberg, DAR 2003, 322. Dazu auch Müller, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975 ff.

²⁰⁷ Vgl. dazu auch infra, D. II. 1.

eine Annäherung an einen konkret kundenbezogenen Maßstab dar. Nichts deutet darauf hin, dass sie eine bestimmte Größe erreichen muss. Aus diesem Grund spricht auch nichts dagegen, dann, wenn der Unternehmer mit kommerzieller Kommunikation auf den einzelnen Verbraucher zielt, die „Zielgruppe“ auf eben diesen einzelnen Verbraucher zu beschränken.

Dabei ist klar, dass der entsprechende Nachweis noch schwerer zu führen sein wird als der Nachweis der kommerziellen Kommunikation an eine Zielgruppe. Helfen könnte allerdings die Pflicht, die persönlichen Daten des Verbrauchers offenzulegen, über die der Unternehmer verfügt.

4. Folgerungen für Instrumente des Verbraucherschutzes

a) Informationspflichten

aa) Der begrenzte Nutzen von Information

Insbesondere mit Informationspflichten, die dem Unternehmer auferlegt werden, wird auf Unionsebene wie auch autonom im deutschen Verbraucherrecht versucht, den Wissensvorsprung des Unternehmers gegenüber Verbrauchern zu begrenzen, um die Verhandlungsposition des Verbrauchers der des Unternehmers anzugleichen. Denn regelmäßig, so die Annahme, ist es dem Verbraucher nicht möglich, die Qualität von Waren oder Dienstleistungen zu beurteilen. Dafür kann es unterschiedliche Gründe geben, etwa die Komplexität insbesondere von Finanzdienstleistungen oder die physische Unerreichbarkeit im Fernabsatzgeschäft. Informationen sollen es dem Verbraucher ermöglichen, eine rationale Entscheidung zu treffen.²⁰⁸ Dazu wird dem Unternehmer eine Informationspflicht auferlegt und dem Verbraucher eine Informationslast. Das Gleichgewicht aus beiden soll sowohl für Verbraucherschutz sorgen, indem sich der Verbraucher umfassend – vor Vertragsschluss – informieren kann, als auch bei der Verwirklichung des Binnenmarkts unterstützen. Ziel in Bezug auf den Wettbewerb im Binnenmarkt ist, dass wegen Informationsdefiziten kein Markt nur mit minderwertigen Gütern entsteht.²⁰⁹

Dieses vom Unionsrecht geprägte Leitbild des mündigen Verbrauchers als *homo oeconomicus* verfolgt zweifelsfrei drei erstrebenswerte Zielvorstellungen: Der Verbraucher handelt streng nach seinem Präferenzsystem, er handelt nicht altruistisch und er entscheidet dann sachlich nach den Kriterien von Aufwand und Nutzen.²¹⁰ Verbraucherschutz soll erreicht werden, indem dem Verbraucher ausreichend Informationen²¹¹ verfügbar gemacht werden, auf deren Grundlage er eine rationale Entscheidung treffen kann.²¹²

Problematisch ist bei diesem Ansatz, dass der Verbraucher nur in den seltensten Fällen alle Informationen zur Kenntnis nimmt und alle Vertragsbestandteile liest.²¹³ Dieses Verhalten ist auch durchaus rational, ist doch die Aufnahme der Fülle der täglich zu verarbeitenden

²⁰⁸ Vgl. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, 2011, 150; *V. Mak*, euvr 2012, 254, 256.

²⁰⁹ Bekannt als „Market for Lemons“, vgl. *Akerlof*, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 1970, 488 ff.

²¹⁰ Vgl. *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 217.

²¹¹ Das ergibt sich beispielsweise aus § 5a Abs. 2 UWG in Umsetzung von Art. 7 (1) bis (3) der Richtlinie 2005/29/EG sowie aus Art. 246 Abs. 2 EGBGB.

²¹² *Reisch/Oehler*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 30, 35; *Howells*, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, Journal of Law and Society 2005, 349, 354.

²¹³ Vgl. auch *Rakoff*, Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, Harvard Law Review 1983, 1173, 1178; *Eisenberg*, Text Anxiety, Southern California Law Review 1986, 305, 309; *Ayres/Schwartz*, The No-Reading Problem in Consumer Contract Law, Stanford Law Review 2014, 545 ff.; *Engel/Stark*, Buttons, Boxes, Ticks, and Trust, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2014, 107, 110.

Information für den Verbraucher gar nicht darstellbar. Der Aufwand wäre größer als der Nutzen.

Hinzu kommt das Problem, dass nicht alle Informationen für einen effizienten Vertrag erforderlich sind,²¹⁴ der Verbraucher also die für ihn relevanten Informationen zunächst aus der Masse der verfügbaren Informationen herausfiltern muss. Die Informationszunahme kann damit dazu führen, dass der Grenznutzen sinkt oder gar negativ wird, der Verbraucher also die Informationsmasse nicht mehr verarbeiten kann und eine ineffiziente Entscheidung trifft,²¹⁵ wodurch das Schutzniveau sogar sinkt²¹⁶ und eben kein Marktgleichgewicht hergestellt wird.²¹⁷ Betrachtet man etwa die AGB oder die Datenschutzerklärungen einiger Unternehmen, so erscheint dieser Effekt durchaus gewollt.

Schließlich ist die Möglichkeit, aus Informationen Nutzen zu ziehen, regelmäßig abhängig vom Wissen des jeweiligen Verbrauchers: Während der eine Verbraucher wegen seines umfangreichen Wissens die Informationen zu niedrigen Kosten verarbeiten kann, wird der andere Verbraucher mangels Wissens gerade an der Informationsverarbeitung scheitern. Paradigmatisch hierfür sind Finanzprodukte,²¹⁸ vergleichbare Schwierigkeiten können aber gerade angesichts der zunehmenden Technisierung selbst von Alltagsgegenständen auch bei mangelndem technischem Verständnis auftreten.

Damit soll allerdings nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass Informationspflichten notwendig abgebaut werden sollten. Selbst Informationen, die für einzelne Verbraucher keinen Nutzen bringen, können für den Verbraucherschutz relevant sein, weil sie Experten – insbesondere Behörden und Verbraucherorganisationen – eine Überprüfung der Qualität von Waren und Dienstleistungen oder der vertragsrechtlichen Konstruktion ermöglichen. Für den Schutz des einzelnen Verbrauchers kommt es vielmehr auf die Art und Weise der Darstellung der Information an.

Hierbei kommen insbesondere die Vereinfachung und die Standardisierung der Information in Betracht. Wo damit zu rechnen ist, dass die Informationsvermittlung an den Durchschnittsverbraucher oder die spezielle Zielgruppe an den limitierten Verständnismöglichkeiten der Adressaten scheitert, müssen zusätzliche Instrumente wie Erläuterungen oder Beratung hinzutreten. Kann ein Risiko durch Information nicht hinreichend eingehegt werden, so bleibt nur der Weg der Produktregulierung. All diese Instrumente finden sich bereits im Werkzeugkasten des deutschen und des EU-Gesetzgebers, sie könnten aber mutiger angewendet werden.

²¹⁴ Vgl. *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Common Market Law Review 2011, 1077, 1114 f.

²¹⁵ Vgl. *Malhotra*, Information Load and Consumer Decision Making, Journal of Consumer Research 1982, 419, 427, unter Hinweis auf maximal zehn verarbeitbare Informationen; *Reisch/Oehler*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 30, 34; *Jacoby/Speller/Kohn*, Brand choice behavior as a function of information load, Journal of Marketing Research 1974, 63, 67; *Howells*, Journal of Law and Society 2005, 349, 360.

²¹⁶ Vgl. *Bürkle*, Die Bedeutung der Information für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Verbraucherinteressen, EuZW 2006, 685, 687.

²¹⁷ Vgl. *Hadfield/Howse/Trebilcock*, Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, Journal of Consumer Policy 1998, 131, 145.

²¹⁸ *Tiffe*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 110, 118; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, A 84.

bb) Vereinfachung der Information

Generell wird gefordert, dass die Information für den Verbraucher vereinfacht werden muss,²¹⁹ wobei die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik berücksichtigt werden müssen.

Ein signifikantes, wenn auch in der Praxis zunächst unbefriedigendes Ergebnis dieser Bemühungen stellten die Produktinformationsblätter nach § 31 Abs. 3a WpHG dar. Diese ersetzen nicht die ausführliche Beratung durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, sondern ergänzen diese durch eine kompakte Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale.²²⁰ Sie sollen dazu dienen, Anlegern auf einen Blick die wesentlichen Chancen und Risiken von Bankprodukten übersichtlich darzustellen, so dass Verbraucher die wesentlichen Eigenschaften des Finanzprodukts schnell erfassen und verschiedene Anlageprodukte miteinander vergleichen können.

Jüngstes Beispiel ist der von der Deutschen Telekom AG entwickelte „One-Pager“, mit dem die wesentlichen Informationen über den vom Unternehmer vorgesehenen Umgang mit den persönlichen Daten des Verbrauchers in verständlicher Sprache auf einer Seite zusammengefasst werden. Nutzer können durch ein „Mouseover“ oder mit einem Link weitere Details erfahren.²²¹

Piktogramme finden seit jeher im Gefahrstoffrecht Anwendung, etwa in Form eines Totenkopfes.²²² Sie sollen auch Leseunkundigen oder Personen, die Warnungen in Worten nicht lesen, die relevante Botschaft vermitteln. Im Lebensmittelrecht sind sie ebenfalls vorgesehen: Erlässt die Kommission delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte nach Art. 9 der Lebensmittelinformations-Verordnung (EU) Nr. 1169/2011, können die in Art. 9 (1) genannten Angaben durch Piktogramme oder Symbole anstatt durch Worte oder Zahlen ausgedrückt werden.²²³ Piktogramme werden in den Niederlanden auch bei anderen riskanten Produkten, insbesondere Finanzdienstleistungen, genutzt,²²⁴ und auch zur Anwendung bei Datenschutzerklärungen vorgeschlagen.²²⁵

Immer beliebter werden auch „Erklärvideos“, mit denen Verbrauchern z.B. über die Benutzung von Produkten oder auch Streitbeilegungsverfahren informiert werden.²²⁶ Zum Teil bieten Unternehmer Live-Chats an. Auch Bewertungen anderer Käufer des Produkts, die in die Produktübersicht integriert werden, können als weitere Entscheidungsgrundlage dienen,²²⁷ immer vorausgesetzt, dass die Bewertungen echt und repräsentativ sind. Derartige

²¹⁹ Vgl. nur *Kieninger*, Informationspflichten als Allheilmittel des Verbraucherschutzrechts? – Plädoyer für eine Dosisreduktion, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags 2012, Band II/1, Sitzungsberichte - Referate und Beschlüsse, I 29, I 44.

²²⁰ Vgl. auch *Gläser*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), 123, 136 f.

²²¹ http://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Verbraucherportal/OnePager/11192915_OnePager-Datenschutzhinweise.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²²² Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 über die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen, ABl. EG 2008, L 353/1.

²²³ Vgl. auch *Schäfer*, Die beginnende Vermischung mit der politischen Formel beim Täuschungsschutz bei Lebensmitteln, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 102, 107.

²²⁴ Vgl. *van Boom*, Netherlands, in: Civic Consulting, Netherlands, in: Civic Consulting, Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU, Part 2 – Country Reports, 188, 197 f.

²²⁵ Vgl. *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise, 8.

²²⁶ Vgl. etwa das Erklärvideo der Schlichtungsstelle Energie, <https://www.schlichtungsstelle-energie.de>.

²²⁷ Vgl. *Koopman/Mitchell/Thierer*, Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change, *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 2015, 529, 541.

Instrumente können allerdings nur zusätzlicher Service sein, um sich gegenüber anderen Unternehmern abzuheben und sich dadurch Vorteile am Markt zu sichern.

cc) Standardisierung von Information

Auch die Standardisierung von Information erleichtert dem Verbraucher, nicht zuletzt über einen Gewöhnungseffekt, das Auffinden und die Aufnahme der für ihn relevanten Information sowie den Vergleich zwischen den Angeboten verschiedener Anbieter.²²⁸ Die Standardisierung der Informationspflichten ist daher schon länger Element des EU-Verbraucherrechts.

Die Standardisierung der Inhalte wurde mittlerweile zum Teil ergänzt durch die Festlegung der Reihenfolge, in der Informationen zu erteilen sind.²²⁹ Bestes Beispiel ist das ESIS-Merkblatt der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU. Die Richtlinie sorgt dabei der Gefahr vor, dass die Verbraucher durch weitere Informationen abgelenkt werden können. Zusätzliche Informationspflichten für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, die Mitgliedstaaten nach Art. 4 (1) der Richtlinie 2002/65/EG vorsehen können, dürfen nach Art. 14 (8) der Richtlinie 2014/17/EU nicht im ESIS-Merkblatt selbst erscheinen, sondern müssen auf einem gesonderten Dokument mitgeteilt werden.

Insofern ist klar zwischen Information und Werbung zu trennen. Es gibt grundsätzlich kein dem Verbraucherschutz vorgehendes Recht des Unternehmers, Information werbewirksam zu verpacken und auf diese Weise von ihrem Inhalt abzulenken.

dd) Gütesiegel

Gütesiegel stellen eine „Abkürzung“ der Informationsverschaffung für leseunwillige Verbraucher dar. Voraussetzung ist freilich die Verlässlichkeit der Gütesiegel (vgl. auch *infra*, D. II. 3.).

Gütesiegel wurden bisher zumeist von privaten Organisationen vergeben, gegebenenfalls aufgrund staatlicher Akkreditierung, was zu einem äußerst unübersichtlichen Angebot an Gütesiegeln geführt und dem Verbraucher die Orientierung nicht unbedingt erleichtert hat. Mit dem Online-Portal Siegelklarheit²³⁰ will die Bundesregierung Verbraucher, Regierungen und Unternehmen dabei unterstützen, Umwelt- und Sozialsiegel besser zu verstehen. In der jüngeren Vergangenheit wurde allerdings vermehrt ein staatliches Engagement bei den Gütesiegeln selbst gefordert.²³¹

b) Erläuterung, Beratung und Professionalisierung

Dort, wo Informationen, gleich ob in ausführlicher oder abgekürzter Form, den Durchschnittsverbraucher oder auch den individuellen Verbraucher nicht zu einer informierten Entscheidung befähigen, müssen zusätzliche Instrumente wie die

²²⁸ Vgl. auch *Franck*, Bessere Kreditkonditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung?, ZBB 2003, 334, 341.

²²⁹ Im Gesetzgebungsverfahren zur Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG wurde ein entsprechender Vorschlag des Rats für Kreditwerbung in letzter Minute vom Europäischen Parlament gestoppt.

²³⁰ www.siegelklarheit.de.

²³¹ Vgl. etwa *vzbv*, Umfrage: Verbraucher würden für Tierschutz mehr zahlen, <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/umfrage-verbraucher-wuerden-fuer-tierschutz-mehr-zahlen>.

Erläuterungspflicht des § 491a Abs. 3 BGB oder die Beratungspflicht des § 6 VVG vorgesehen werden. Gerade der Beratung wird die Eignung zugeschrieben, den Verbraucher an seinen Leistungsgrenzen abzuholen, ihm seinem Interesse entsprechende Verträge aufzuzeigen und ihn auf sein bis dahin defizitäres Entscheidungsverhalten hinzuweisen.²³²

Gleichzeitig muss für den Verbraucher deutlich werden, in welcher Rolle ihm der „Berater“ gegenübersteht, ob er also als Vermittler im Auftrag eines Unternehmers oder als unabhängiger Berater agiert und auf welcher Grundlage er gegebenenfalls seine Beratungsleistung erbringt. Diese Form der Statustransparenz wurde in den vergangenen Jahren insbesondere auf EU-Ebene forciert. Sie findet sich mittlerweile, in leicht unterschiedlicher Form, im Recht der Versicherungsvermittlung, im Anlegerschutzrecht und auch im Verbraucherkreditrecht.²³³ Den Versicherungsvermittlern wurde mit der Richtlinie 2002/92/EG²³⁴ ein eigener Rechtsakt gewidmet, der jüngst durch die Richtlinie (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb²³⁵ ersetzt wurde. Diese Regelungen dienen der Vollendung des Binnenmarkts für Versicherungsprodukte, aber auch ausdrücklich der Verbesserung des Verbraucherschutzes in diesem Bereich.²³⁶ Anlagevermittler sind Gegenstand der MiFID-Richtlinie 2004/39/EG bzw. ihrer Nachfolgerin, der Richtlinie 2014/65/EU. Kreditvermittler wurden schon im Grünbuch „Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen“ vom Mai 1996 als Problem identifiziert.²³⁷ Sie wurden in der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG mitbehandelt, wenn auch rudimentär. In der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU finden sich schon weitaus umfassendere Regelungen.²³⁸

Ergänzt werden muss die Statustransparenz dadurch, dass gewährleistet wird, dass die Erläuterung bzw. die Beratung durch dazu kompetente Personen erfolgt, die über die entsprechende Qualifikation verfügen und nicht durch adverse Anreize wie Kommissionen oder die interne Gehaltsstruktur davon abgehalten werden, diese auch zum Nutzen der Verbraucher einzusetzen. Insbesondere die Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU und die Versicherungsvertriebs-Richtlinie (EU) 2016/97 weisen dazu gute Ansätze auf.²³⁹

Derartige Maßnahmen sollten in weiteren Bereichen eingeführt werden. Insbesondere der – mit Blick auf die erheblichen Beträge, die auf dem Spiel stehen – hochrelevante und –riskante Immobilienbereich hinkt hier noch hinterher.

²³² Vgl. *Inderst*, Consumer Protection and the Role of Advice in the Market for Retail Financial Services, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2011, 4, 10; *Kroll-Ludwigs*, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509, 526.

²³³ Vgl. *Rott*, Europäisierung des Rechts der Finanzintermediäre, EWS 2008, 21 ff., *ders.*, Kreditvermittlung nach der Reform des Verbraucherkreditrechts, VuR 2008, 281 ff.; *ders.*, Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8, 12 f.; *Brömmelmeyer*, RuS 2016, 269, 273 ff.

²³⁴ ABl. EG 2003, L 9/3. Zur Umsetzung in Deutschland vgl. *Schönleiter*, Das neue Recht für Versicherungsvermittler, GewArch 2007, 265 ff.; *Beenken/Sandkühler*, Das Vermittlergesetz und seine Konsequenzen für die Branche, RuS 2007, 182 ff.

²³⁵ ABl. 2016, L 26/19; dazu *Brömmelmeyer*, RuS 2016, 269 ff.

²³⁶ Vgl. auch *Micklitz*, Die Versicherungsvermittlerrichtlinie, in: Herrmann (Hrsg.), Reform des Versicherungsvertragsrechts, 2003, 173, 174 f.

²³⁷ KOM(96) 209 endg.

²³⁸ Vgl. dazu *Rott*, BKR 2015, 8, 12 f.

²³⁹ Dazu *Rott*, EWS 2008, 21 ff.; *ders.*, BKR 2015, 8, 13; *Brömmelmeyer*, RuS 2016, 269, 275 f.

c) Widerrufsrechte

Das Widerrufsrecht ist neben den Informationspflichten das Hauptinstrument des EU-rechtlichen und auch des deutschen Verbraucherrechts. Sein Ziel ist es, die freie und selbstbestimmte Willensentscheidung des Verbrauchers zu fördern.²⁴⁰ Während die Informationspflichten einen unvernünftigen Vertragsschluss verhindern sollen, verlängert das Widerrufsrecht den Entscheidungsprozess rechtlich gesehen über den Vertragsschluss hinaus und ermöglicht es dem Verbraucher, seine Entscheidung noch einmal zu überdenken und zu revidieren.

Die Gründe für eine womöglich unvernünftige Entscheidung unterscheiden sich allerdings bei den verschiedenen Widerrufsrechten.²⁴¹ Im Haustürgeschäft oder, wie es mittlerweile heißt, bei außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen, kann eine unvernünftige Entscheidung aus einer Überraschungssituation heraus getroffen werden, in der ein Vergleich der Qualität und des Preises der erworbenen Ware oder Dienstleistung mit Konkurrenzprodukten nicht möglich ist. Hinzu kommt die Gefahr eines Vertragsschlusses unter psychischem oder gar physischem Druck, insbesondere bei Verkaufsveranstaltungen mit halb-privatem Charakter („Tupper-Parties“) und bei vom Unternehmer oder mit ihm verbundenen Personen organisierten Bus- oder Schiffsreisen.²⁴²

Ähnlich ist die Situation, jedenfalls in der Rechtswirklichkeit, bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen, Verträgen über ein langfristiges Urlaubsprodukt, bei Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen, die häufig in euphorischer Urlaubsstimmung und womöglich zusätzlich außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossen werden.²⁴³ Die entsprechenden Produkte weisen allerdings die zusätzliche Schwierigkeit auf, dass die Kalkulation der jährlichen finanziellen Belastung nicht einfach ist. Insofern mag eine gewisse Parallele zum Verbraucherkreditrecht (dazu sogleich) bestehen.

Beim Fernabsatz dient das Widerrufsrecht beim Erwerb von Waren dazu, dem Verbraucher die Betrachtung und gegebenenfalls das Ausprobieren der Ware, die er zuvor nur im Katalog oder auf einer Webseite betrachten konnte, zu ermöglichen,²⁴⁴ weshalb die Widerrufsfrist beim Fernabsatz von Waren auch erst mit dem Erhalt der Ware zu laufen beginnt.²⁴⁵ Bei Dienstleistungen einschließlich Finanzdienstleistungen trägt dieses Argument hingegen nicht. Hier könnte allenfalls, jedenfalls beim Online-Vertrag, wieder der Übereilungsschutz greifen, zumal das traditionelle Schutzinstrument der Schriftform zur Förderung des E-Commerce weitestgehend abgeschafft wurde.²⁴⁶

Beim verbraucherkreditvertraglichen Widerrufsrecht steht schließlich klar der Gedanke im Vordergrund, dass nach Vertragsschluss, womöglich aufgrund negativen Feedbacks durch Dritte, noch einmal ein Nachdenken einsetzen und zur Reue führen kann, auch wenn sicherlich auch in den Geschäftsräumen einer Bank eine Situation entstehen kann, in der sich

²⁴⁰ Vgl. *Reiner*, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP 203 (2003), 9 ff.

²⁴¹ Vgl. nur *Kalss/Lurjer*, Rücktrittsrechte, 2001.

²⁴² Vgl. dazu Erw.Gr. (4) der Richtlinie 85/577/EWG.

²⁴³ Vgl. nur den Sachverhalt bei EuGH, Urteil vom 22.4.1999, Rs. C-423/97 *Travel Vac*, ECLI:EU:C:1999:197, sowie *Ehrhardt-Rauch*, Der Teilzeit-Wohnrechtevertrag, VuR 2002, 119 ff.

²⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 97/7/EG; Erwägungsgrund (37) der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU; EuGH, Urteil vom 3.9.2009, Rs. C-489/07 *Pia Messner*, ECLI:EU:C:2009:502.

²⁴⁵ Vgl. § 356 Abs. 2 BGB.

²⁴⁶ Vgl. bereits Art. 9 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG sowie aus dem Recht der elektronischen Signaturen Art. 5 (1) lit. a) der Signatur-Richtlinie 1999/93/EG und mittlerweile Art. 25 (2) der Verordnung (EU) 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt.

ein Kreditsuchender, etwa nach längerer Beratung, dem Abschluss eines Kreditvertrags kaum noch entziehen kann. Keine Hilfe bietet das Widerrufsrecht aber demjenigen, der schon vor Vertragsschluss nicht verstanden hat, was er tut, denn dieses Verständnis wird auch nach Vertragsschluss jedenfalls nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen entstehen.²⁴⁷

In der Praxis zeigt sich, dass von all den genannten Widerrufsrechten nur das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht eine signifikante Rolle spielt. Von diesem Widerrufsrecht machen Verbraucher zum Teil so rege Gebrauch, dass Unternehmer sie nicht mehr im Fernabsatz beliefern wollen.²⁴⁸ Das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, bei Teilzeitwohnrechtverträgen und bei Verbraucherkreditverträgen hat dagegen in seiner eigentlichen Bestimmung der Ausübung innerhalb der regulären Widerrufsfrist von zwei Wochen kaum Bedeutung erlangt, wobei bei letzteren der Grund nicht zuletzt darin zu suchen ist, dass Probleme regelmäßig erst weit nach Ablauf der regulären Widerrufsfrist auftreten.²⁴⁹ Tatsächlich kann es sich sogar dahingehend schädlich auswirken, dass der Verbraucher seiner vertraglichen Entscheidung weniger Aufmerksamkeit widmet, weil er sie ja widerrufen kann, was aber anschließend eben nicht zum erneuten Nachdenken führt.

Die verbraucherrechtliche Relevanz liegt – jenseits des Fernabsatzrechts - in der Praxis primär darin, dass Verbraucher sich aufgrund mangelhafter Belehrung über das Widerrufsrecht oder aufgrund z.T. recht kleiner Fehler bei dieser Belehrung durch den Unternehmer auch nach Jahren noch von ihrer vertraglichen Verpflichtung lösen konnten und von dieser Möglichkeit entweder aus anderen (aber deswegen nicht notwendig missbräuchlichen²⁵⁰) Gründen wie der Gelegenheit, ein teures Darlehen durch ein zinsgünstiges ersetzen zu können (sog. Widerrufsjoker),²⁵¹ oder weil nach während der Laufzeit eines langfristigen Vertrags Probleme aufgetreten oder erkennbar geworden sind (etwa in den Schrottimmobilienfällen²⁵² oder bei Ehegattenbürgschaften²⁵³), Gebrauch machen. Letzteres hat zwar eher zufällig vielen Verbrauchern genützt, belegt aber, dass das eigentliche Problem ein ganz anderes ist und durch das regelmäßige, zweiwöchige Widerrufsrecht nicht erfasst wird.

Ein modernes Verbraucherrecht muss daher das „Allheilmittel“ Widerrufsrecht überdenken und als Instrument auf diejenigen Fälle beschränken, in denen es einen sinnvollen Verbraucherschutz bewirken kann. Dabei ist zu bedenken, dass das Widerrufsrecht in einigen

²⁴⁷ Vgl. auch *Kroll-Ludwigs*, ZEuP 2010, 509, 534.

²⁴⁸ Vgl. dazu OLG Hamburg, BeckRS 2005, 07406; OLG Hamburg, MMR 2005, 617; OLG Köln, VuR 2016, 229 m. Anm. *Feldmann*. Vgl. auch *Trusted Shops*, <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/trusted-shops-gmbh/Zwei-Drittel-der-Online-Haendler-schliessen-ihre-Kunden-aus/boxid/648685>.

²⁴⁹ Vgl. auch *Micklitz/Reich*, The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)": Too broad or not broad enough?, EUI Working Papers 2012/4, 48; *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 2010, 85.

²⁵⁰ Vgl. nunmehr BGH, NJW 2016, 3512.

²⁵¹ Zur Diskussion vgl. etwa *Gansel/Huth/Knorr*, Zur Verwirkung von Verbraucherschutzrechten am Beispiel des Widerrufs von Immobiliendarlehensverträgen, BKR 2014, 353 ff.; *Duchstein*, Die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehen, NJW 2015, 1409 ff.; *Bülow*, Die Verwirkung des Widerrufsrechts, insbesondere beim Verbraucherkredit, in zivilrechtlicher Doktrin, WM 2015, 1829-.

²⁵² Zur Diskussion um die Zufälligkeit oder auch angebliche Missbräuchlichkeit des Widerrufs in diesen Fällen vgl. einerseits *Bungeroth*, WM 2004, 1505, 1509; andererseits *Rott*, Risikohaftung der Banken für 'Schrottimmobilien': Anmerkung zu EuGH, Rs. C-350/03 - *Schulte* und C-229/04 - *Crailsheimer Volksbank*, GPR 2006, 25.

²⁵³ Dazu EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Heininger*, ECLI:EU:C:2001:684; BGH, NJW 2006, 845; BGH, NJW 2007, 2110. Zur Zufälligkeit des Bürgenschutzes durch das Haustürwiderrufsrecht vgl. auch *Rott*, Germany, in: Colombi Ciacchi/Weatherill (Hrsg.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe – The Case of Personal Suretieships*, 2010, 253, 268.

Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, gewerberechtliche Verbote ersetzt hat, ohne einen annähernd vergleichbaren Schutz zu bieten.²⁵⁴

In diesen Fällen wiederum muss die Ausgestaltung des Widerrufsrechts in einer Weise erfolgen, die seine Nutzung zum Zweck des Überdenkens einer möglicherweise vorschnell oder unter Druck getroffenen Entscheidung ermöglicht, womit insbesondere die Regelung des Fristbeginns angesprochen ist.

Gleichzeitig muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Nutzen des Widerrufsrechts gerade bei Dauerschuldverhältnissen äußerst begrenzt ist und dass dort andere oder zusätzliche Schutzinstrumente vonnöten sind (dazu auch infra, unter IV. 2.).

d) Produktregulierung und -standardisierung statt Information?

Wenn Information nur einen begrenzten Nutzen hat und darüber hinausgehende Erläuterung oder Beratung entweder ebenfalls nicht zum Ziel führt, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit von (mehr) Produktregulierung. Produktregulierung ist ebenfalls kein neues Phänomen, das Produktsicherheitsrecht etwa basiert auf dem Gedanken, dass eben nur sichere Produkte auf den Markt gebracht werden dürfen. Für das Produkthaftungsrecht ist davon auszugehen, dass der Hersteller bei möglichen und zumutbaren Alternativdesigns zur Wahl des sichereren Bauplans verpflichtet und nicht berechtigt ist, die Gefahrsteuerungslast im Wege der Instruktion auf den Produktnutzer abzuwälzen.²⁵⁵

Während es beim Produktsicherheitsrecht und beim Produkthaftungsrecht zumindest auch um Leib und Leben geht, kann die Abwägung zwischen der Freiheit des Unternehmers und dem Schutz der Verbraucher in anderen Bereichen sicher anders ausfallen. Hohe Risiken für den Verbraucher gibt es aber auch in Bezug auf seine wirtschaftlichen Interessen, wobei das Recht der Finanzdienstleistungen heraussticht. Fehlentscheidungen in Bezug auf Anlagen können z.B. die Altersvorsorge gefährden, Fehlentscheidungen bei der Kreditaufnahme zum Verlust des Eigenheims oder in die Privatinsolvenz führen, mit all den sozialen Folgen, die sich daraus ergeben.

Tatsächlich resultierten daraus in der jüngeren Vergangenheit sowohl auf EU-Ebene als auch autonom im deutschen Recht Ansätze, den prozeduralen Verbraucherschutz (vor allem im Wege von Information, gegebenenfalls auch Beratung) durch materiellen Verbraucherschutz im Wege von Verboten oder Produktregulierung zu ergänzen.²⁵⁶ Im Anlegerschutzrecht sieht § 4b WpHG – in vorgezogener Umsetzung der MiFIR-Verordnung (EU) Nr. 600/2014 – nunmehr die Befugnis der BaFin vor, die Vermarktung, den Vertrieb oder den Verkauf von bestimmten Finanzinstrumenten oder strukturierten Einlagen oder von Finanzinstrumenten oder strukturierten Einlagen mit bestimmten Merkmalen zu verbieten oder zu beschränken sowie bestimmte Formen der Finanztätigkeit oder Finanzpraktiken zu verbieten oder zu beschränken. Voraussetzung ist, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass a) ein Finanzinstrument, eine strukturierte Einlage oder eine Tätigkeit oder Praxis erhebliche Bedenken für den Anlegerschutz aufwirft oder eine Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanz- oder Warenmärkte oder für die Stabilität des

²⁵⁴ So im Recht der Haustürgeschäfte, vgl. BGH, NJW 1996, 926; LG Berlin, WM 1999, 76. Vgl. auch *Rott*, Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten, 2000, 23.

²⁵⁵ Vgl. MüKo – *Wagner*, § 823 BGB Rdnr. 657.

²⁵⁶ Vgl. dazu *Möllers/Poppele*, Paradigmenwechsel durch MiFID II: divergierende Anlegerleitbilder und neue Instrumentarien wie Qualitätskontrolle und Verbote, ZGR 2013, 437 ff.; *Möllers/Kastl*, Das Kleinanlegerschutzgesetz, NZG 2015, 849, 853 f.

gesamten Finanzsystems oder eines seiner Teile innerhalb zumindest eines EU-Mitgliedstaates darstellt oder b) ein Derivat negative Auswirkungen auf den Preisbildungsmechanismus in den zugrunde liegenden Märkten hat, dass den genannten Risiken durch ein Verbot oder eine Beschränkung des Vertriebs oder Verkaufs begegnet werden kann und die Maßnahme unter Berücksichtigung der festgestellten Risiken, des Kenntnisniveaus der betreffenden Anleger oder Marktteilnehmer und der wahrscheinlichen Auswirkungen der Maßnahme auf Anleger oder Marktteilnehmer verhältnismäßig ist. Die BaFin hat aufgrund dieser Regelung eine Allgemeinverfügung zum Verbot der Vermarktung, des Vertriebs und des Verkaufs von Zertifikaten bezogen auf Bonitätsrisiken („Bonitätsanleihen“ oder „credit linked notes“) an Privatkunden i. S. d. § 31a Abs. 3 WpHG angekündigt.²⁵⁷

Im Immobilienkreditrecht sieht Art. 18 (5) lit. a) der Richtlinie 2014/17/EU ein Kreditvergabeverbot in Fällen vor, in denen sich aus der (zwingend erforderlichen) Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers nicht ergibt, dass es wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird. Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Kreditvergabeverbot – mit gewissen Modifikationen – mit § 505d Abs. 1 BGB auf den Bereich der neuerdings sog. Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge erstreckt. Hier darf der Kreditvertrag nur abgeschlossen werden, wenn keine erheblichen Zweifel daran bestehen, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird.

Eine weniger intensive Maßnahme als Produkt- oder Vertragsabschlussverbote ist die Standardisierung von Produkten oder Dienstleistungen, verbunden mit der Vermutung oder gar der Fiktion der Einhaltung der relevanten Vorschriften. Diese Form der Regulierung ist seit langem aus dem Produktsicherheitsrecht der EU²⁵⁸ und auch im Zusammenhang mit Musterformularen zur Erfüllung von Informationspflichten bekannt.

In den USA wurde sie mittlerweile – unter dem Eindruck der durch Subprime-Mortgages verursachten Finanzkrise - durch das Consumer Finance Protection Bureau für Immobilienkredite (*mortgages*) eingeführt. Als „Basisregulierung“ ist der Kreditgeber verpflichtet, anhand gesetzlich festgelegter Kriterien eine vernünftige Risikoeinschätzung vorzunehmen. Verstößt er gegen diese Pflicht, drohen Schadensersatzansprüche des Verbrauchers. Mit dem „Qualified Mortgage“-Standard stellt der Gesetzgeber gleichzeitig eine Möglichkeit bereit, bei dessen korrekter Nutzung – abhängig von weiteren Einzelheiten - eine Vermutung für die Erfüllung dieser Pflicht streitet oder diese Pflicht als erfüllt gilt. Für den Verbraucher soll dies dazu führen, dass die zuvor verbreiteten intransparenten Vertragsgestaltungen unattraktiv werden.²⁵⁹ Gerade im Bereich der Finanzdienstleistungen erscheint dieser Ansicht vielversprechend, reflektieren doch z.B. die zahllosen von der Kreditwirtschaft verwendeten Möglichkeiten, die tatsächlichen Kosten eines Kredits mit

²⁵⁷ Vgl. *BaFin*, BaFin plant Verbot des Retailvertriebs von Bonitätsanleihen, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160728_bonitaetsanleihe_n_allgemeinverfuegung.html.

²⁵⁸ Vgl. *infra*, D. III. 2.

²⁵⁹ Ausf. *Krüger*, Das Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) – aktuelle Ansätze zum Verbraucherschutz in den USA, VuR 2016, 417 ff.

Zinsen und Gebühren auszugestalten, nicht etwa echte Bedürfnisse der Vertragsgestaltung.²⁶⁰ Standardisierung wird auch für den Versicherungsmarkt vorgeschlagen.²⁶¹

Ergänzt werden kann die Standardisierung durch eine Pflicht, den Verbraucher über die Abweichung vom Standard zu informieren, um die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu gewinnen.

5. Verbraucherschutz als Grundrecht oder Staatszielbestimmung?

Die Aufnahme des Verbraucherschutzes ins Grundgesetz als Grundrecht oder Staatszielbestimmung wäre wünschenswert, wenn sie einen echten Mehrwert mit sich brächte.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Verbraucherrecht als Querschnittsmaterie bereits jetzt verschiedene Grundrechte oder auch grundgesetzliche Prinzipien berührt. Beim Produktsicherheitsrecht ist das Grundrecht auf Schutz von Leib und Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG betroffen. Beim Datenschutz geht es um das vom Bundesverfassungsrecht entwickelte und auch EU-rechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht.²⁶² Der Schwächerenschutz findet auch im Konzept der materiellen Vertragsfreiheit, wie sie vom Bundesverfassungsgericht u.a. im Fall von Angehörigenbürgschaften unter Art. 2 Abs. 1 GG entwickelt wurde, seinen Ausdruck. Danach ist Vertragsfreiheit nur dort gegeben, wo die Verhandlungsstärke auf beiden Seiten ungefähr gleich ist, so dass die Vertragspartner selbstbestimmt agieren. Daraus ergibt sich, dass in Fällen der Fremdbestimmung insbesondere durch das Ausnutzen einer strukturellen Überlegenheit eines Vertragspartners eine Schutzbedürftigkeit des anderen Vertragspartners auftritt, dass also die Privatautonomie begrenzt ist.²⁶³ Darüber lassen sich Verbraucher schützende Regelungen mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG begründen.²⁶⁴

Dass ein zusätzliches Grundrecht auf Verbraucherschutz oder auch die Aufnahme des Verbraucherschutzes als Staatszielbestimmung ins Grundgesetz weitergehende Wirkung hätte, ist jedenfalls nicht eindeutig. Ein Anspruch auf gesetzgeberisches Tätigwerden zugunsten des Verbrauchers ließe sich daraus kaum ableiten. Beides hätte, wie schon das Staatsziel Umweltschutz, (lediglich) die Wirkung, dass zwischen dem Verbraucherschutz und gegenläufigen Interessen oder Schutzgütern, die gleichfalls über verfassungsrechtliche Legitimationen bzw. Schutzwirkungen verfügen, ein verfassungskonformer, sprich: verhältnismäßiger Ausgleich hergestellt werden muss.²⁶⁵ Gegenläufige Grundrechte sind insbesondere die Grundrechte der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und das Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 GG. Ein Eingriff in grundrechtliche Rechtspositionen der Unternehmer wäre insbesondere nicht schon (allein) deshalb verfassungsrechtlich zulässig, weil der Gesetzgeber sich auf das Grundrecht oder Staatsziel Verbraucherschutz beruft. Die Grundrechte der Unternehmer würden dem Verbraucherschutz im Kollisionsfall weder prinzipiell vorgehen noch wären sie ihm grundsätzlich nachgeordnet. Einseitige

²⁶⁰ Zur Verschleierung der echten Kreditkosten durch "Herunterrechnen" des effektiven Jahreszinses vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 21.4.2016, Rs. C-377/14 *Radlinger und Radlingerová*, ECLI:EU:C:2016:283.

²⁶¹ Vgl. *Schwintowski*, Standardisierung auf den Versicherungsmärkten - Zurück in die Zukunft?, VuR 2014, 251 ff.

²⁶² Vgl. auch *C. Mak*, Fundamental Rights and Digital Content Contracts, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-06.

²⁶³ Vgl. BVerfG, NJW 1994, 36; BVerfG, NJW 1994, 2749; BVerfG, WM 2006, 23.

²⁶⁴ Vgl. BVerfG, NZM 2016, 685, 687, zum Bestellerprinzip bei der Wohnraumvermittlung.

²⁶⁵ Vgl. zum Umweltschutz Maunz/Dürig – Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art.20a Rn. 42.

Prioritätsentscheidungen wären weiterhin ausgeschlossen; das maßgebende Regulativ findet sich im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁶⁶

Den Verbraucherschutz berücksichtigt das BVerfG allerdings schon jetzt in seinen Entscheidungen. Der Gesetzgeber dürfe die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken.²⁶⁷ Es betrachtet dabei den Verbraucherschutz als legitimes Ziel, das vom Gesetzgeber zur sozialstaatlichen Rechtfertigung von Eingriffen herangezogen werden kann.

Zuletzt hielt es die Beschränkung der Berufsfreiheit der Wohnungsvermittler durch das Bestellerprinzip des § 2 Abs. 1a WoVermRG für verfassungsrechtlich unbedenklich, auch wenn die Regelung einen nicht unerheblichen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG umfasste Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit den Interessenten auszuhandeln,²⁶⁸ darstelle.²⁶⁹ Dem Verbraucherschutz hat das BVerfG auch bei der Frage der sofortigen Abschaltung einer mehrfach rechtswidrig genutzten Rufnummer durch die Bundesnetzagentur den Vorrang gegeben:

„Dass das Obergericht im Schutz der Verbraucher hier ein besonderes, über die voraussichtliche Rechtmäßigkeit der Abschaltverfügung hinausgehendes Sofortvollzugsinteresse sieht, das die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin überwiegt, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, da andernfalls den betroffenen Verbrauchern während des womöglich langwierigen Hauptsacheverfahrens zugemutet würde, sie aller Voraussicht nach rechtswidrig belastende Auskunfts- und Vermittlungsdienste der Beschwerdeführerin in Anspruch zu nehmen. Das Ergebnis der Abwägung vermag die Beschwerdeführerin nicht mit ihrem Hinweis zu erschüttern, dass die Verbraucherinteressen "relativ gering" seien. Der hier in Rede stehende Betrag von 3,98 €, den die Verbraucher für das Anhören der Preisansage zu entrichten hatten, dürfte für den einzelnen Verbraucher zwar nicht zu einer erheblichen Belastung führen. Doch ist zum einen die womöglich hohe Zahl der Betroffenen und zum anderen der Umstand zu berücksichtigen, dass dieser Betrag gerade deshalb anfällt, weil die Beschwerdeführerin dem äußeren Anschein nach dem Verbraucherschutz gerecht werden will.“²⁷⁰

Mit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch den BGH befasste sich das BVerfG zuletzt in Bezug auf die teleologische Reduktion des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. (zum Policenmodell), aufgrund derer der BGH angenommen hat, dass das versicherungsrechtliche Widerrufsrecht in diesen Fällen auch über die Jahresfrist des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. hinaus fortbesteht.²⁷¹ Das BVerfG sah hier weder die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung noch den sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Vertrauensschutz der Versicherer verletzt. Hinsichtlich des Vertrauensschutzes verwies es u.a. auf die *Heininger*-Rechtsprechung des EuGH, die der EuGH in der Rechtssache *Endress* auf die Zweite Richtlinie Lebensversicherung übertragen hat. Danach kann sich der Versicherer – hier: der Versicherer - nicht mit Erfolg auf Gründe der Rechtssicherheit berufen, um einer Situation abzuweichen, die er dadurch selbst herbeigeführt hat, dass er seiner unionsrechtlichen Obliegenheit zur Mitteilung von in einer Liste festgelegten Informationen, zu denen

²⁶⁶ Ausf. BVerfG, NJW 1995, 2648.

²⁶⁷ Vgl. BVerfGE 134, 204, 223 f.

²⁶⁸ Dazu BVerfGE 101, 331, 347.

²⁶⁹ BVerfG, NZM 2016, 685. A.A. etwa *Hufen*, Das geplante „Bestellerprinzip“ im Recht der Wohnungsvermittlung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, NZM 2014, 663 ff.

²⁷⁰ BVerfG, NVwZ 2012, 104.

²⁷¹ Dazu BGH, NJW 2014, 2646.

insbesondere die Informationen über das Recht des Versicherungsnehmers, vom Vertrag zurückzutreten, gehören, nicht nachgekommen ist.²⁷² Genauso hatte das BVerfG zur teleologischen Reduktion des § 5 Abs. 2 HaustürWG durch den BGH im Anschluss an die *Heininger*-Entscheidung des EuGH²⁷³ entschieden.²⁷⁴

Auch die Rechtsprechung des BVerfG zur Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch Verkennung der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV greift natürlich im (EU-)Verbraucherrecht.²⁷⁵

Im Übrigen hatte das BVerfG in jüngerer Zeit mit Blick auf das Verbraucherrecht zur Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz im Zivilverfahren durch Versagung der Revisionszulassung trotz ungeklärter Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, etwa als das OLG Schleswig von der Rechtsprechung verschiedener anderer Oberlandesgerichte in der Beurteilung der Rechtsfrage abwich, inwieweit die im Streitfall konkret erteilte Widerrufsbelehrung mit der Musterbelehrung nach Anlage 2 BGB-InfoV übereinstimmt. Hier hat das BVerfG die grundsätzliche Bedeutung dieser Rechtsfrage anerkannt, weil die Klärung für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft noch von Bedeutung sei.²⁷⁶ Freilich gilt diese Rechtsprechung auch für verbraucherfreundliche Entscheidungen der Instanzgerichte, mit denen dem Unternehmer der Zugang zu effektivem Rechtsschutz abgeschnitten wird.²⁷⁷

Zu erwägen wäre allerdings angesichts der zunehmenden Zahl von Verbraucherrechtsfällen, die den Weg über das Bundesverfassungsgericht nehmen, den Verbraucherverbänden, die vor den ordentlichen Gerichten klagebefugt sind, auch den Weg zum BVerfG zu eröffnen, was Letzteres in einem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahre 2006 abgelehnt hat.²⁷⁸

II. Technische Entwicklungen, insb. Digitalisierung und Internethandel

Die Digitalisierung gilt als die zentrale Herausforderung für das Verbraucherrecht. Tatsächlich hat sie einige neue Fragen aufgeworfen und viele andere auf ein neues Niveau gehoben. Im Folgenden sollen einige dieser Fragen diskutiert werden.

1. Preisbildung und Transparenz

Die Preisbildung wird von der Vertragsfreiheit erfasst. Der Unternehmer hat (in Abwesenheit der in Deutschland sehr seltenen behördlichen Preiskontrollen) die Freiheit, mit dem Verbraucher einen beliebigen Preis auszuhandeln bzw. einen solchen vorzugeben. Umgekehrt

²⁷² EuGH, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-209/12 *Endress*, ECLI:EU:C:2013:864; BVerfG, WM 2016, 1431.

²⁷³ Vgl. BGH, NJW 2002, 1881.

²⁷⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2012, 669.

²⁷⁵ Vgl. etwa BVerfG, NJW 2015, 2723 = VuR 2015, 184 m. Anm. *Schwintowski*; ebenso im Grundsatz BVerfG, NJW 2015, 1294, allerdings in der irrigen Annahme, dass der Einwand von Treu und Glauben als „tragfähige Alternativbegründung“ EU-rechtlich nicht relevant sei.

²⁷⁶ BVerfG, WM 2016, 1434. Vgl. weiter BVerfG, WM 2010, 794, zur Zurückweisung einer Berufung durch Beschluss trotz grundsätzlicher Bedeutung der Frage, welche Auswirkung der Widerruf des Beitritts zu einer KG nach dem HTürGG im Außenverhältnis der Gesellschaft hat, sowie BVerfG, NJW 2014, 1796, zur Zurückweisung einer Berufung durch Beschluss, obwohl sich die Frage der Vereinbarkeit des Policenmodells mit dem Unionsrecht stellte.

²⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2013, 1619, zur Klärungsbedürftigkeit der Frage der Anwendbarkeit von § 312b Abs. 1 a.F. BGB (Fernabsatzvertrag) auf Maklerverträge, die das OLG Bamberg für offensichtlich gehalten hatte.

²⁷⁸ Vgl. BVerfG, VersR 2006, 1057.

gilt dies natürlich genauso, wenn etwa Verbraucher auf Plattformen einen Handwerker suchen, der eine bestimmte Leistung zu einem vom Verbraucher vorgegebenen Preis erbringt.

Lange Zeit war es in Deutschland üblich, dass Preise im Wesentlichen stabil waren und als „Festpreise“ ausgewiesen wurden, wobei es auch schon immer zeitlich befristete Sonderangebote gab und Auslaufware im legendären Winter- bzw. Sommerschlussverkauf günstiger verkauft wurde. Auch das individuelle Verhandeln eines Preises (bzw. das Feilschen) war z.B. in der Gebrauchtwagenbranche und im Geschäft mit Kraftfahrzeugen mit sog. Tageszulassungen durchaus üblich. Mit der Abschaffung des Rabattgesetzes im Jahre 2000 kam es auch in anderen Branchen, z.B. in Elektromärkten auf.

Dabei kann der Unternehmer im Ausgangspunkt seine Preisvorstellungen *jederzeit* ändern und z.B. an die Nachfrage anpassen. Tankstellen praktizieren häufige Preisänderungen seit langem. Durch die Digitalisierung haben sich aber qualitative Änderungen ergeben, die unter den Stichworten „Dynamic Pricing“ und „Preisdifferenzierung“ bzw. „Preisdiskriminierung“ diskutiert werden. Problematisiert wird bislang vor allem das letztere Phänomen,²⁷⁹ aber auch Dynamic Pricing birgt Risiken für den Verbraucher.

a) Dynamic Pricing

Dynamic Pricing beschreibt die Anpassung der Preise an die aktuelle Wettbewerbslage. Die Digitalisierung erleichtert dabei sowohl die Erfassung der Wettbewerbslage als Grundlage für die Festlegung von Preisen wie auch den Preisanpassungsvorgang. Wichtig ist dabei, dass die Preise für alle Verbraucher gleichermaßen gelten, sofern sie die Ware oder Dienstleistung zur selben Zeit nachfragen.²⁸⁰

Bei der Preisbildung kann der Unternehmer u.a. auf Vergleichsportale zurückgreifen, um die aktuelle Marktlage zu eruieren. Dies ermöglicht ihm einen schnellen Überblick und damit eine schnelle Reaktion. Da dasselbe für alle Unternehmer am Markt gilt, können Preisänderungen häufiger vorgenommen werden, wodurch sich die zeitliche Gültigkeit eines bestimmten Preises immer weiter reduzieren kann.

Eingegriffen hat der Gesetzgeber bislang nur im Tankstellenbereich, allerdings nicht, wie in Österreich,²⁸¹ mit dem Verbot täglicher Preisschwankungen für bestimmte Zeiträume (insb. Urlaubszeiten), sondern nur mit der Verpflichtung nach § 47k GWB, die jeweils geltenden Preise in Echtzeit an die beim Bundeskartellamt angesiedelte Markttransparenzstelle zu melden. Diese Maßnahme dient nicht unmittelbar dem Verbraucherschutz, sondern der Erleichterung der Kartellaufsicht, die seit jeher die Mineralölbranche mit ihrer oligopolistischen Struktur im Verdacht der Preisabsprache hat, ihr diese aber nie nachweisen konnte.²⁸²

Wettbewerbsrechtliche Probleme können sich auch ergeben, wenn ein Unternehmer stets dynamisch die Preise seiner Konkurrenten unterbietet.²⁸³

²⁷⁹ Vgl. Zander-Hayat/Domurath/Groß, Personalisierte Preise; Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403 ff.

²⁸⁰ Ausf. Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403 f., m.w.N.

²⁸¹ Art. II § 1 a Preistransparenzgesetz (BGBl Nr. 761/1992, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 107/2011) i. V. mit der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend betreffend Standesregeln für Tankstellenbetreiber über den Zeitpunkt der Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen (BGBl II Nr. 484/2010, geändert durch BGBl II Nr. 186/2012)

²⁸² Vgl. zum Ganzen Knauff, Staatliche Benzinpreiskontrolle, NJW 2012, 2408 ff.

²⁸³ Vgl. dazu Mulke, Beim Benzinpreis wird getrickst – trotz transparenter Preise, Der Westen vom 13.8.2016.

Verbraucherrechtlich problematisch scheint dies zunächst einmal nicht. Allerdings leidet die Preistransparenz, wenn sich Preise ständig ändern, und Preistransparenz ist ein unverzichtbares Element des Verbraucherschutzes. Das zeigen nicht nur die Preisangaben-Richtlinie 98/5/EG und die deutsche Preisangabenverordnung (PAngV), sondern auch die vielfachen Vorschriften zur Preisklarheit, etwa in Form des effektiven Jahreszinses im Verbraucherkreditrecht,²⁸⁴ zur Angabe von Endpreisen bei Flugbuchungen²⁸⁵ oder zur Transparenz von Kosten im Recht der außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträge und der Fernabsatzverträge.²⁸⁶ Preistransparenz wird auch in anderen Rechtsakten betont.²⁸⁷

Preisvergleichsportale (zu diesen auch noch infra, D. II. 1. c) helfen dabei auch nur bedingt. So findet man bei einer Suche am 22.8.2016 um 12.14 Uhr beim günstigsten Angebot den Hinweis: „Daten vom 22.8.2016 um 12.12 Uhr. Preis kann jetzt höher sein“.²⁸⁸ Notwendig ist daher die ständige Aktualisierung der Preisangaben. Dies kommt auch in Erwägungsgrund (23) der Zahlungskonten-Richtlinie 2014/92/EU zum Ausdruck. Dort heißt es:

„Die Mitgliedstaaten sollten festlegen können, wie oft Vergleichswebsites ihre dem Verbraucher zur Verfügung gestellten Informationen zu überprüfen und zu aktualisieren haben, wobei berücksichtigt werden sollte, wie häufig die Zahlungsdienstleister allgemein ihre Entgeltinformation aktualisieren.“

Selbst wenn aber die Aktualisierung in Echtzeit stattfindet, so kann der Preis sich dennoch während der Suche nach dem geeigneten Angebot ändern. Ist dies bei einem gestarteten Kaufvorgang für den Verbraucher noch nachvollziehbar, so könnten andere, teurer gelistete Preise natürlich bis zum Abschluss des Vorgangs günstiger geworden sein. Noch weniger unwahrscheinlich ist dies, wenn man Wegstrecken, etwa zu der günstigsten Tankstelle im Umkreis, zurücklegen muss.

Die einzig denkbare gesetzgeberische Lösung besteht darin, die maximale Häufigkeit von Preisänderungen zu regulieren, wie Österreich dies in Bezug auf Tankstellenpreise getan hat. Ein übermäßiger Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Unternehmer ist hierin angesichts des Verbraucherschutzrechtlichen Interesses an Transparenz nicht zu erkennen.

b) Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung

Im Unterschied zu Dynamic Pricing zeichnen sich Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung dadurch aus, dass eben nicht jeder Verbraucher zur selben Zeit die Ware oder Dienstleistung zum selben Preis angeboten bekommt, sondern der Preis nach bestimmten Kriterien differenziert wird.

Wiederum hebt die technische Entwicklung diese schon immer vorhandene Möglichkeit der Preisdifferenzierung auf eine neue Stufe, und dies in zweierlei Hinsicht. Zunächst hat die Unternehmenseite drastisch verbesserte Möglichkeiten, Informationen über den einzelnen Verbraucher zu generieren oder zu erwerben. Die entsprechenden Aktivitäten nicht nur der Anbieter von Waren und Dienstleistungen, sondern der Webseitenbetreiber im Allgemeinen

²⁸⁴ § 491a Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB.

²⁸⁵ Art. 23 (1) der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft; dazu EuGH, Urteil vom 15.1.2015, Rs. C-573/13 *Air Berlin*, ECLI:EU:C:2015:11; BGH, NJW 2016, 1015 m. Anm. *Amort*.

²⁸⁶ § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB; zudem § 312a Abs. 2 und 3 BGB.

²⁸⁷ Vgl. etwa Erwägungsgrund (45) und Art. 3 (3) der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2009/72/EG.

²⁸⁸ Preissuche auf idealo.de nach einem Lenovo ThinkPad L540.

wurde unter dem Catchword „Big Data“ schon vielfach thematisiert.²⁸⁹ Anbieter von Webseiten können umfangreiche Daten über die Nutzer ihrer Dienste erlangen und zu Profilen zusammentragen, indem sie etwa die IP-Adresse, Browser Fingerprints, Cookies oder Web-Bugs verwenden.²⁹⁰ Das führt dazu, dass Anbieter immer besser über ihre (potentiellen) Kunden Bescheid wissen. Sie bzw. ihre Datenbanken erinnern sich an Geschäfte oder auch nur „Suchen“ (etwa per Google), die der Kunde längst vergessen hat. Auf diese Weise lassen sich Kundenprofile erstellen, die zunehmend detailliert sind.²⁹¹ Diese lassen sich wiederum in differenzierte Angebote und Preise für den einzelnen, bei der aktuellen Suche nach Angeboten identifizierbaren Verbraucher umsetzen.²⁹² Inwieweit dies derzeit tatsächlich schon praktiziert wird, ist unklar.²⁹³ Im Online-Handel wurden jedenfalls vereinzelte Versuche schon nachgewiesen,²⁹⁴ und auch für den Offline-Handel steht die relevante Technologie bereits zur Verfügung, und erfahrungsgemäß werden vorhandene technische Möglichkeiten über kurz oder lang genutzt, so dass Anlass zum Nachdenken über mögliche rechtliche Implikationen besteht.

Die Gründe für Preisdifferenzierungen können vielfältig sein. So ist im Versicherungsrecht anerkannt, dass unterschiedliche Risiken unterschiedliche Versicherungsprämien nach sich ziehen. Dasselbe gilt (mittlerweile) für das Verbraucherkreditrecht, wo bei immer mehr Anbietern das häufig mittels eines Scoring-Verfahrens ermittelte Risiko über den Kreditzins entscheidet.²⁹⁵

Zwei Probleme bestehen und sind zu unterscheiden. Das erste bezieht sich auf Preisdiskriminierung, also Preisdifferenzierung nach Merkmalen, die aufgrund von gesetzlichen Vorgaben nicht zur Differenzierung herangezogen werden dürfen, und im Übrigen die Transparenz der Preisdifferenzierung.

aa) Preisdiskriminierung

Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote finden sich in der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2004/113/EG, umgesetzt in den §§ 19 ff. AGG. Verboten ist nach § 19 AGG eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des

²⁸⁹ Vgl. etwa *Roßnagel*, Big Data – Small Privacy?, ZD 2013, 562 ff.; *Metz*, Credit Scoring: Will our Digital Identity Replace the Real Person?, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation - Liber amicorum for Hans Micklitz, 2014, 635 ff.

²⁹⁰ Vgl. dazu *Kelbert u.a.*, State of Online Privacy: A Technical Perspective, in: Buchmann (Hrsg.), Internet Privacy, Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme, 2012, 228 ff.; *Acar u.a.*, The Web never forgets, Persistent tracking mechanisms in the wild, 2014.

²⁹¹ Vgl. *Reisch/Büschel/Joost/Zander-Hayat*, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel, 7, 15 f., 18 f.

²⁹² Ausf. *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise; *Zander-Hayat/Reisch/Steffens*, VuR 2016, 403 f. Vgl. auch *Rott*, VuR 2015, 163, 165.

²⁹³ In wenigen Fällen fanden Verbraucherzentralen Unterschiede bei der Nutzung unterschiedlicher Endgeräte wie auch bei unterschiedlich häufiger Nachfrage bei der Suche in Preisportalen, vgl. *Dautzenberg/Gras/Halm/Schulze*, Buchungs- und Vergleichsportale – Die schwierige Suche nach dem günstigsten Preis, www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchung_preisvergleichsportale.pdf, 27.

²⁹⁴ Vgl. die Nachweise bei *Rott*, VuR 2015, 163, 165.

²⁹⁵ Vgl. nur *Metz*, Credit Scoring: Will our Digital Identity Replace the Real Person?, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties in European Economic Law – Liber amicorum for Hans Micklitz, 2014, 635 ff.; *Taeger*, Scoring in Deutschland nach der EU-Datenschutzgrundverordnung, ZRP 2016, 72 ff. In diesen Fällen helfen auch Preisvergleichsportale nicht weiter, vgl. *Schwintowski*, Versicherungsvermittlung über Internetportale, VuR 2014, 370, 376; *Bar-Gill*, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review 2008, 749, 756 f.

Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die 1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder 2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben. Zum Versicherungsrecht liegt bereits die sog. Unisex-Entscheidung des EuGH vor.²⁹⁶ Eine Ausnahme gilt nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG, wo besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt. Klassiker sind Ladies Nights oder günstigere Tarife für Kinder und Jugendliche, Schwerbehinderte oder Personen über 65.²⁹⁷ Speziell für die Kriterien der Staatsbürgerschaft und des Wohnsitzes sieht Art. 20 (2) der Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG, umgesetzt in § 5 Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung (DL-InfoV) ein Diskriminierungsverbot vor.²⁹⁸

Die materiell-rechtliche Lage ist insoweit – abgesehen von den allgemeinen AGG-rechtlichen Fragen wie der Bestimmung des „Massengeschäfts“ i.S.d. § 19 AGG - vergleichsweise klar, auch wenn man die Frage aufwerfen könnte und gegebenenfalls gesetzlich regeln müsste, ob auch das sog. „Gender-Marketing“ gegen das AGG verstößt. Gemeint ist damit, dass für Männer und Frauen nicht nur Produkte mit unterschiedlichen Vorteilen entwickelt und vermarktet werden, sondern auch dass sie zu unterschiedlichen Preisen verkauft werden.²⁹⁹ In Kalifornien wurden derartige Praktiken im Jahre 1996 ausdrücklich gesetzlich verboten, wobei die Regelung hauptsächlich auf Friseurdienstleistungen, Reinigung und Ähnliches abzielte.³⁰⁰

Problematisch ist die Nachweisbarkeit eines Verstoßes. Diese setzt zunächst voraus, dass die Preisdifferenzierung erkennbar ist (vgl. dazu infra, bb). Darüber hinaus muss sich nachweisen lassen, dass die Preisdifferenzierung eine Benachteiligung i.S.d. § 19 AGG darstellt, also auf einem der dort genannten Merkmale beruht. Hier muss, wenn eine Preisdifferenzierung festgestellt wurde, mit einer Beweislastumkehr gearbeitet werden, wie sie im Antidiskriminierungsrecht durchaus bekannt ist. Dabei müsste nicht notwendigerweise der Algorithmus offengelegt werden, den der BGH im Zusammenhang mit von der Schufa berechneten Score-Werten als Geschäftsgeheimnis ansieht,³⁰¹ sondern lediglich die Kriterien, die überhaupt in die Bewertung einfließen. Die Überprüfung könnte z.B. einer Antidiskriminierungsbehörde übertragen werden.

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 1.3.2011, Rs. C-236/09 *Test-Achats*, ECLI:EU:C:2011:100.

²⁹⁷ Vgl. nur MüKo – *Thüsing*, § 20 AGG Rn. 43.

²⁹⁸ Vgl. zu diesem *Hoffmann/Schneider*, Preisdiskriminierung bei Dienstleistungsbuchungen im Internet, EuZW 2015, 47 ff.

²⁹⁹ Vgl. nur *Ayres*, Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations, 104 Harvard Law Review (1991), 817 ff.

³⁰⁰ Gender Tax Repeal Act von 1995, Cal. Civil Code § § 51.6 (West Supp. 1996): “(b) No business establishment of any kind whatsoever may discriminate, with respect to the price charged for services of similar or like kind, against a person because of the person's gender.”

³⁰¹ Vgl. BGH, MMR 2014, 489. Gegen das Urteil des BGH ist eine Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 1 BvR 756/2014 beim BVerfG anhängig.

bb) Preisdifferenzierung

Jenseits der genannten Diskriminierungsverbote verbleibt eine Reihe von Kriterien, die zur Preisdifferenzierung herangezogen werden können, ohne dass ein AGG-Verstoß vorläge. Preisdifferenzierung ist aus Sicht des Unternehmers immer dann sinnvoll, wenn bei unterschiedlichen Kunden eine unterschiedliche Zahlungsbereitschaft gegeben ist. Schon immer praktiziert wird die Preisdifferenzierung auf verschiedenen Märkten, etwa in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU.³⁰² Dieses Phänomen bildet den Hintergrund zu Parallelimporten³⁰³ und zu Versuchen, diese durch Reimportverbote zu verhindern.³⁰⁴ Preisdifferenzierung kommt aber auch im nationalen Kontext vor. So passen Filialen desselben Möbelverkäufers ihre Preise auch innerhalb von Deutschland an die Kaufkraft der Kunden in ihrem Einzugsbereich an. Stets gelten dabei aber jedenfalls hinsichtlich desselben Produkts dieselben Preise für jeden Kunden, der die jeweilige Filiale besucht.

Anders kann sich dies – seit jeher – darstellen, wenn Unternehmer und Verbraucher sich individuell begegnen, etwa beim Haustürgeschäft. Im Internet aber stellt sich das schon beim Dynamic Pricing festgestellte Transparenzproblem in verschärfter Form. In der Regel wird dem Verbraucher nämlich ein vermeintlicher Festpreis präsentiert, ohne dass für ihn erkennbar wäre, dass anderen Verbrauchern zum selben Zeitpunkt vom selben Anbieter möglicherweise ein anderer Preis angeboten wird. Selbst wenn der Verbraucher möglicherweise schon einmal von den technischen Möglichkeiten gehört haben sollte, eine solche Preisdifferenzierung anhand von persönlichen Daten und bisherigem Nutzer- oder Suchverhalten vorzunehmen, kann er nicht erkennen, ob der konkrete Anbieter dies tut.

Nach geltendem Recht könnte man dies zunächst als Irreführung ansehen, wobei offenbleiben kann, ob die Irreführung in der Präsentation eines vermeintlichen Festpreises oder in der Unterlassung i.S.d. § 5a UWG der Klarstellung, dass personalisierte Preise angezeigt werden, liegt, denn die Frage, ob man denselben oder einen höheren oder niedrigeren Preis als der Durchschnittskunde angezeigt bekommt, dürfte vom „Durchschnittsverbraucher“ als wesentlich angesehen werden.³⁰⁵

Die lauterkeitsrechtlichen Verbote des UWG kommen allerdings dem Einzelnen nicht unmittelbar zugute. Insofern könnte nur eine vorvertragliche Aufklärungspflicht

c) Vergleichsportale

Vergleichsportale sollen dem Verbraucher helfen, das (für ihn) beste Angebot zu finden. Sie werden von der Mehrzahl der Verbraucher genutzt³⁰⁶ und finden mittlerweile auch im EU-Verbraucherrecht Beachtung. Paradigmatisch legt Erwägungsgrund (22) der Zahlungskonten-Richtlinie 2014/92/EG den Nutzen von und die Anforderungen an Vergleichsportale dar:

„Unabhängige Vergleichswebsites sind ein wirksames Instrument, das es Verbrauchern ermöglicht, sich an einem Ort über die jeweiligen Vorteile verschiedener Zahlungskontoangebote zu informieren. Diese Websites können sowohl dem Bedarf an klaren und knappen Informationen als auch dem Bedarf an vollständigen und umfassenden Informationen gerecht werden, da die Nutzer — sofern für sie von Interesse — auch

³⁰² Vgl. etwa n-tv vom 10.01.2008, Ikea unterbietet Ikea, <http://www.n-tv.de/ratgeber/Ikea-unterbietet-Ikea-article26526.html>; N.N., IKEA-Preisvergleich, Konsument 7/2004.

³⁰³ Vgl. etwa Freytag, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht, 2001.

³⁰⁴ Vgl. schon EuGH, Urteil vom 13.7.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64 *Consten*, ECLI:EU:C:1966:41.

³⁰⁵ Ausf. Zander-Hayat/Reisch/Steffens, VuR 2016, 403, 407 f.

³⁰⁶ Vgl. etwa den Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg, 55.

detailliertere Informationen abrufen können. Sie sollten eine möglichst breite Angebotspalette enthalten, um einen repräsentativen Überblick zu geben und gleichzeitig einen wesentlichen Teil des Marktes abzudecken. Sie können ferner dazu beitragen, die Kosten der Informationsbeschaffung zu reduzieren, da die Verbraucher die Informationen nicht separat bei den Zahlungsdienstleistern einholen müssen. Es ist von entscheidender Bedeutung, dass die auf solchen Websites bereitgestellten Informationen vertrauenswürdig, unparteiisch und transparent sind und dass die Verbraucher von der Verfügbarkeit solcher Websites in Kenntnis gesetzt werden. Die Mitgliedstaaten sollten die Öffentlichkeit also über solche Websites informieren.“

Dies setzt natürlich zunächst voraus, dass die Information durch Vergleichsportale korrekt und vollständig ist und Ergebnisse nicht zugunsten bestimmter Anbieter verfälscht werden.³⁰⁷ In Erwägungsgrund (23) der Zahlungskonten-Richtlinie heißt es dazu:

„Damit sie unparteiische Informationen über die Höhe der anfallenden Entgelte und der Zinssätze in Bezug auf ein Zahlungskonto einholen können, sollten die Verbraucher öffentlich zugängliche Vergleichswebsites nutzen können, deren Betrieb unabhängig von Zahlungsdienstleistern erfolgt, sodass bei den Suchergebnissen kein Zahlungsdienstleister eine bevorzugte Behandlung erfährt. Die Mitgliedstaaten sollten daher dafür Sorge tragen, dass Verbraucher in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet freien Zugang zu mindestens einer derartigen Website haben.“

Die Unparteilichkeit von Vergleichsportalen entspricht auch dem Bild, das Verbraucher von Vergleichsportalen haben.³⁰⁸ In der Vergangenheit war dies nicht durchgängig der Fall, wie eine Studie der Verbraucherzentralen belegt. U.a. wurde festgestellt, dass im Telekommunikationssektor Angebote der Anbieter teilweise günstiger waren als im Preisvergleichsportale.³⁰⁹ In derartigen Fällen müssen die Portalbetreiber für den Unterschied zwischen dem tatsächlich und dem angeblich günstigsten Preis haften.

Zur Information des Verbrauchers gehört auch hier Statustransparenz (dazu bereits D. I. 4. b). Im Zusammenhang mit Vergleichsportalen wurde die Statustransparenz von Vergleichsportalen bislang nur im Versicherungssektor gerichtlich relevant, als der Bundesverband Deutscher Versicherungskaufleute das Portal Check24 verklagte. Das LG München I stufte Check24 als Versicherungsmakler ein und erkannte u.a. einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 3 Versicherungsvermittlungsverordnung (VersVermV), weil Check24 Statusinformationen über nicht „beim ersten Geschäftskontakt“, sondern nur zum Abruf über einen Button in der Fußzeile ihrer Webseite mit der Aufschrift „Erstinformation“ bereithielt.³¹⁰ Entsprechende Regelungen sollten aber allgemein für Vergleichsportale gelten. Die Statustransparenz spielt z.B. bei Energievergleichsportalen wie verivox.de dieselbe Rolle wie im Finanzdienstleistungssektor.

d) Paketpreise und Standardisierung

Preistransparenz wird häufig dadurch erschwert, dass Leistungen unterschiedlich gestaltet sind oder werden. Ein einfaches Beispiel, das von Preisvergleichswebseiten bekannt ist, ist die

³⁰⁷ Vgl. zuletzt die Vorwürfe gegen das Hotelbuchungsportal HRS, *N.N.*, HRS manipuliert offenbar Ranglisten, Spiegel online vom 22.9.2016.

³⁰⁸ Vgl. *Dautzenberg/Grasl/Halm/Schulze*, Buchungs- und Vergleichsportale – Die schwierige Suche nach dem günstigsten Preis, 7 f.

³⁰⁹ *Ibid.*, 30 ff. Vgl. auch *Verbraucherkommission Baden-Württemberg*, Vergleichsportale im Internet – Transparenz schaffen, Verbrauchertäuschung verhindern, 2013.

³¹⁰ LG München I, VersR 2016, 1315.

Kombination aus dem Grundpreis einer Ware und den Lieferkosten, häufig auch mit den Kosten für die Nutzung bestimmter Zahlungsmittel. Preisvergleichsportale wie idealo.de haben darauf reagiert, indem die Kombination mit dem günstigsten Gesamtpreis optisch mit eben dieser Angabe herausgestellt wird. Die Angebote sind aber im Übrigen nach dem Grundpreis der Ware sortiert, während sich der jeweilige Gesamtpreis – zusätzlich in Abhängigkeit von dem gewählten Zahlungsmittel – noch immer recht übersichtlich in kleinerer Schrift unterhalb des Grundpreises findet.

Etwas komplizierter ist die mittlerweile von vielen Fluglinien praktizierter Zubuchbarkeit von Leistungen wie der Aufgabe von Gepäckstücken, der Sitzplatzwahl oder einem Getränk, die bei anderen Fluglinien ganz oder teilweise im Grundpreis enthalten sind. Hier hängt die einfache Handhabbarkeit schon von den Präferenzen des Verbrauchers ab, insbesondere davon, ob er auf derartige Leistungen Wert legt. Vergleichsportale fangen dies nur bedingt auf. Bei Expedia.de können Voreinstellungen nur in Bezug auf die Auswahl der Fluglinie(n) und der Anzahl der Zwischenstopps vorgenommen werden. Für die Frage der Gepäckgebühren findet sich unter jedem Angebot der Link „Gepäckgebühren überprüfen“. Daneben gibt es den Link „Flugdetails anzeigen“, unter dem es sich dann auch Hinweise zu Zahlungsgebühren finden. Hinweise zum sonstigen Komfort lassen sich (allenfalls) aus der Kategorie Flugwertung ableiten, in die „die Flugdauer, der Flugzeugtyp und die Qualität der Annehmlichkeiten mit einfließen.“

Probleme bereiten typischerweise auch Telekommunikationsdienstleistungen wie Mobilfunkverträge, wo sich die verschiedensten Leistungsmerkmale beliebig kombinieren lassen.³¹¹

Weiter erschwert wird Vergleichbarkeit von Preisen durch die Koppelung oder Bündelung von Leistungen mit anderen Leistungen, etwa mit Versicherungen. Das Problem der Koppelung oder Bündelung wurde von der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit unlauteren Geschäftspraktiken bereits thematisiert und in einigen sektorspezifischen Rechtsakten wie der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU und der Zahlungskonten-Richtlinie 2014/92/EU geregelt. In Erwägungsgrund (24) der Richtlinie 2014/92/EU formuliert der EU-Gesetzgeber:

„Die Studie der Kommission von 2009 zu Kopplungsgeschäften im Finanzsektor — ebenso wie die einschlägigen Konsultationen und Verbraucherbeschwerden — zeigen jedoch, dass Zahlungsdienstleister unter Umständen Zahlungskonten in Kombination mit Produkten anbieten, die von den Verbrauchern nicht gewünscht werden und für Zahlungskonten nicht unbedingt von Belang sind, wie etwa Hausratversicherungen. Darüber hinaus beeinträchtigen solche Praktiken Transparenz und Vergleichbarkeit der Preise, beschränken die Auswahlmöglichkeiten für die Verbraucher und können sich negativ auf deren Mobilität auswirken.“

Eine recht offensichtliche Lösung besteht darin, die Unternehmer zu verpflichten, Leistungen jedenfalls auch separat anzubieten. Diese Lösung verfolgt der EU-Gesetzgeber bereits mit unterschiedlichen Zielsetzungen. Zum einen geht es bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse darum, Verbrauchern Zugang zu einem Basisprodukt zu einem erschwinglichen Preis zu verschaffen. Dieser Motivation folgen Koppelungsverbote bei Universaldienstleistungen der Telekommunikation³¹² und bei Basiskonten.³¹³ Weiter können

³¹¹ Vgl. zum choice-overload Iyengar/Lepper, When Choice is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?, *Journal of Personality and Social Psychology* 2000, 995, 1003 f.

³¹² Vgl. Art. 10 (1) der Richtlinie 2002/22/EG,

³¹³ Vgl. Art. 16 (9) der Richtlinie 2014/92/EU.

Koppelungsangebote den Wettbewerb beeinträchtigen und auf diese Weise den Verbraucher zur Zahlung höherer Entgelte veranlassen. Diese Motivation steht hinter der Regelung des Art. 12 (4) der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU, nach dem die Mitgliedstaaten den Kreditgebern erlauben können, vom Verbraucher zu verlangen, eine Restschuldversicherung im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abzuschließen. In diesen Fällen muss aber der Kreditgeber die Versicherungspolice eines anderen als seines bevorzugten Anbieters akzeptieren, wenn diese eine gleichwertige Garantieleistung wie die vom Kreditgeber angebotene Versicherungspolice bietet.³¹⁴

Allgemeiner stellt sich die Frage der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, mit der Anschlussproblematik, dass sich ein lauterkeitsrechtlicher Verstoß nach in Deutschland h.M. weder vertragsrechtlich auswirkt noch zu einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB führt. Der EuGH befasst sich mit der Frage jüngst in der Rechtssache *Deroo-Blanquart*, in der es um die Zulässigkeit des Vertriebs eines Laptops nur mit vorinstalliertem Betriebssystem ging. Er sah dabei keinen Anlass, die Koppelung verschiedener Waren oder Dienstleistungen prinzipiell zu verbieten. Der Verkauf von Computern mit vorinstallierter Software entspreche den Erwartungen eines wesentlichen Teils der Verbraucher, die den Erwerb eines so ausgestatteten und sofort nutzbaren Computers dem getrennten Kauf von Computer und Software vorzögen. Das Lauterkeitsrecht verlange auch nicht die Angabe getrennter Preise für die einzelnen Bestandteile des Produkts, sondern nur des Gesamtpreises. Entscheidend sei, dass das Fehlen einer Preisangabe für die einzelnen Programme weder geeignet ist, den Verbraucher daran zu hindern, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, noch geeignet, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.³¹⁵

Hierin ist ein durchaus taugliches Abgrenzungskriterium zu sehen. Der Verbraucher erwartet nämlich nicht, dass er mit seinem Internetzugangsvertrag zugleich einen Vertrag über Smart-TV abschließt. Ebenso ist ein Vertrag über Mobiltelefonie für ihn von Nutzen, auch wenn er keine Sondertarife für bestimmte Tages- oder Nachtzeiten, Freunde oder Familienmitglieder vorsieht. Maßgeblich wird auch stets sein, ob der Verbraucher Alternativen hat, wie dies bei der Vielzahl von Laptops, die mit und ohne Betriebssystem auf dem Markt verfügbar sind, der Fall ist.

2. Der Einfluss des Unternehmers auf die Nutzbarkeit

Ein mit der Digitalisierung aufgetretenes Phänomen ist der unmittelbare Einfluss von Unternehmern auf die zukünftige Nutzung erworbener Ware durch den Verbraucher. Dieser Einfluss wurde zunächst im Zusammenhang mit Kopierschutz und ähnlichen Maßnahmen des Digital Rights Management (DRM) bei Software und anderen digitalen Produkten offenkundig und erfuhr im Urheberrecht Schutz durch den Gesetzgeber, der die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbot.³¹⁶ Er hat sich mittlerweile auf Güter aller Art im sog. Internet of Things (IoT) erstreckt (vgl. auch infra, IV. 2.), ist aber Gegenstand einer eigenen Studie³¹⁷ und wird daher hier nicht weiter thematisiert.

³¹⁴ Vgl. dazu *Rott*, BKR 2015, 8, 10.

³¹⁵ EuGH, Urteil vom 7.9.2016, Rs. C-310/15 *Deroo-Blanquart*, ECLI:EU:C:2016:633; dazu *Namysłowska*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Kopplungsangeboten, NJW 2016, 3409 ff.

³¹⁶ Vgl. Art. 6 (4) der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG.

³¹⁷ *Wendehorst*, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, 2016.

3. Trust services

Der Internethandel führt u.a. dazu, dass Verbraucher mit Unternehmern Verträge schließen, die sie nie zuvor gesehen haben, nicht zuletzt, weil sie vielfach über gar kein physisches Ladengeschäft verfügen. Das EU-Verbraucherrecht hat darauf mit Informationspflichten reagiert. So verlangt Art. 6 (1) der Richtlinie 2011/83/EU vom Unternehmer, den Verbraucher über seine Identität, z.B. seinen Handelsnamen, sowie über seine Anschrift und gegebenenfalls seine Telefonnummer, Faxnummer und E-Mail-Adresse zu informieren.

Unternehmer kommen diesen Anforderungen durchaus nicht immer nach, wie die zahllosen erfolgreichen Abmahnungen und Klagen von Verbraucherverbänden und Konkurrenten belegen. Noch weniger ist aber für den Kunden ersichtlich, ob Unternehmer denjenigen Pflichten nachkommen, deren Erfüllung nicht aus der Gestaltung ihrer Webseiten ersichtlich ist, ob sie etwa zuverlässig liefern, den berechtigten Widerruf des Verbrauchers akzeptieren und die erhaltenen Zahlungen vollständig rückerstatten, auf berechtigte Mängelanzeigen adäquat reagieren usw. Hier kommen sog. Trust services wie Trusted Shops e.V. ins Spiel, die Unternehmern mittels Gütesiegeln die Einhaltung des Rechts, darüber hinausgehende Kundenorientierung und/oder die Qualität der Waren oder Dienstleistungen bescheinigen.³¹⁸ Die Einschaltung derartiger Intermediäre ist auch zweifellos effizient, da es nicht sinnvoll wäre, wenn jeder Verbraucher sich die Information über die Vertrauenswürdigkeit von Anbietern selbst beschaffen müsste.

Nach Studien orientieren sich Verbraucher im E-Commerce vielfach an Gütesiegeln.³¹⁹ Angesichts dieser tatsächlichen Bedeutung von Gütesiegeln stellt sich denn auch die Frage nach ihrer rechtlichen Relevanz. Diese ist explizit im Lauterkeitsrecht geregelt, allerdings nur in Bezug auf ihre missbräuchliche Nutzung durch den Unternehmer. Letzterer darf nach dem Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnliches nicht ohne die erforderliche Genehmigung verwenden. Dabei spricht die Vorschrift nicht ausdrücklich von einer behördlichen Genehmigung, so dass sie auch auf Gütezeichen, die von privaten Organisationen vergeben werden, anwendbar ist.³²⁰

Gerade im Bereich der Umweltwerbung hat die deutsche Rechtsprechung auch Kriterien dafür entwickelt, wann die Verwendung eines Gütezeichens irreführend ist.³²¹ Grundlegend für das deutsche Umweltwerberecht ist die *Umweltengel*-Entscheidung des BGH, in der ein Unternehmen den Umweltengel verwendet hatte, ohne den Grund für seine Erteilung anzugeben. Der BGH entschied, dass diese Werbung mit dem Umweltzeichen irreführend sei, da der Verbraucher nicht erkennen könne, aus welchen Gründen das Umweltzeichen vergeben worden sei.³²² Generell ist die Täuschungsgefahr privater Labels groß, da Labels dem

³¹⁸ Vgl. ausf. *Föhlisch*, Gütesiegel: Haftung gegenüber dem Verbraucher?, DuD 2004, 74 ff.

³¹⁹ TNS Opinion & Social ermittelten in einer Studie für die Europäische Kommission im Juni 2011, dass auf europäischer Ebene 40% der Befragten nach Gütesiegeln zur Sicherheit im E-Commerce Ausschau halten, vgl. Special Eurobarometer 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf, 111. Der Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg ermittelte, dass 7 % der Verbraucher nur bei einem Anbieter mit Gütesiegel kaufen und für weitere 37 % der Verbraucher ein Gütesiegel eines von mehreren Entscheidungskriterien ist, vgl. Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg, 47.

³²⁰ So auch *Wilhelmsson*, in: Howells/Micklitz/Wilhelmsson, European Fair Trading Law, 161.

³²¹ Vgl. etwa *Gliniski*, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, 2010, 204 ff., m.w.N.

³²² BGHZ 105, 277. Vgl. auch *Roth*, Umweltbezogene Unternehmenskommunikation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, 2000, 240.

Verbraucher eine öffentliche, unabhängige Verleihung suggerieren.³²³ Deshalb müssen Label zumindest deutlich über die Prüfinstitution sowie über die Grundlage der Bewertung Auskunft erteilen.³²⁴ Weisen private oder von privaten Verbänden vergebene Gütezeichen ihre private Urheberschaft aus, so sind sie nicht irreführend, wenn sie den in den Verbandssatzungen festgelegten Anforderungen entsprechen und diese Anforderungen öffentlich zugänglich sind. Problematisch hingegen sind (nach den Kriterien der *Umweltengel*-Entscheidung) Verweise auf interne, nicht veröffentlichte Kriterienkataloge mit Blick auf die Nichtgewährung von Information bei gleichzeitigem Erwecken eines positiven Gesamteindrucks.³²⁵

Ähnliche Grundsätze gelten für Zertifikate, die die Rechtsprechung als durchaus mitentscheidend für die Entscheidung von Verbrauchern, Patienten o. Ä. ansieht.³²⁶ So ist es unlauter, mit einem Zertifikat zu werben, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt werden, selbst wenn das Zertifikat tatsächlich erteilt wurde.³²⁷ Diese Rechtsprechung lässt sich auf Gütesiegel von Trust Services übertragen. Auch sie gilt aber nur für den Unternehmer, der das Gütesiegel auf seinen Produkten oder seiner Webseite verwendet.

Lauterkeitsrechtliche Ansprüche stehen nach § 8 UWG weiter nur den Wettbewerbern, den Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, den Verbraucherorganisationen und den Industrie- und Handelskammern zu. Der einzelne Verbraucher kann aber nach der gefestigten, wenn auch zweifelhaften Rechtsprechung des BGH aus lauterkeitsrechtlichen Verstößen auch über § 823 Abs. 2 BGB keinen Schadensersatzanspruch herleiten.

Es verbleibt die Frage nach einer Eigenhaftung eines Siegelgebers, der die Vertrauenswürdigkeit oder Rechtstreue eines nicht vertrauenswürdigen oder nicht rechtstreuen Unternehmers zertifiziert. Ein Vertragsverhältnis zwischen Siegelgeber und Verbraucher liegt in aller Regel nicht vor. Nur ausnahmsweise kommt ein solches zustande, wenn der Siegelgeber gegenüber jedem potentiellen Käufer eine Garantie übernimmt, wie dies bei Trusted Shops der Fall ist.³²⁸

Wo eine solche Garantie nicht vorliegt, kommt – außerhalb eines veritablen Betrugs etwa in Komplizenschaft zwischen Unternehmer und Siegelgeber, der einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB sowie nach § 826 BGB auslösen würde, wenn er denn nachweisbar wäre – angesichts der Tatsache, dass § 823 Abs. 1 BGB das Vermögen als solches nicht schützt nur eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Der maßgebliche Vertrag wäre der zwischen dem Unternehmer/Verkäufer und dem Siegelgeber. Die vertraglichen Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB bestünden dann nicht lediglich zwischen dem Unternehmer und dem

³²³ Vgl. auch *Wiebe*, Zur „ökologischen Relevanz“ des Wettbewerbsrechts – lauterkeits-rechtliche Grenzen der Umweltwerbung, WRP 1993, 798, 808; *Federhoff-Rink*, Umweltschutz und Wettbewerbsrecht, 1994, 235; *Roth*, 241.

³²⁴ Vgl. ausf. *Wölwer*, Zur Zulässigkeit der Werbung mit Umweltslogans und Umweltzeichen im deutschen und amerikanischen Recht, 1999, 104 ff.

³²⁵ Das Europäische Parlament forderte in seiner Entschließung zur Mitteilung der Kommission betreffend die soziale Verantwortung der Unternehmen, KOM(2002) 347 endg., nicht nachprüfbar Umweltangaben zu verbieten und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen dieses Verbot einzuführen, vgl. EP-Dok. P5_TA(2003)0200, ABl. EG 2004, C 67 E/73, Nr. 30.

³²⁶ Vgl. nur OLG Schleswig, ArztlR 2006, 123.

³²⁷ Vgl. OLG Oldenburg, GRUR-RR 2003, 159.

³²⁸ Vgl. *Föhlich*, DuD 2004, 74, 75.

Siegelgeber, sondern kämen auch Dritten zugute, obwohl diese nicht Vertragspartner sind. Diese Konstruktion wurde bereits für die Haftung von Ratingagenturen diskutiert.³²⁹

Die Einbeziehung von Dritten in die Schutzwirkungen des Vertrags setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus, „dass Sinn und Zweck des Vertrags und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern und eine Vertragspartei, für den Vertragsgegner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maße auch dem Dritten entgegengebracht wird. Danach wird ein Dritter nur dann in die aus einem Vertrag folgenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrags bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist.“³³⁰

Dabei ist die Haftung nicht etwa ausgeschlossen, weil die Interessen des Vertragspartners des Siegelgebers (des Unternehmers) und des Dritten (des Verbrauchers) gegenläufig sein können: Der Unternehmer ist an einer möglichst positiven, der Dritte an einer korrekten, gegebenenfalls gar kritischen Bewertung interessiert. Der BGH hat im Fall eines Architekten, der für einen Hauseigentümer ein Wertgutachten anfertigte, das potentiellen Käufern vorgelegt werden sollte, eine Schutzwirkung angenommen.³³¹ Eher als problematisch könnte sich das Kriterium der Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung erweisen, das regelmäßig so verstanden wird, dass der Kreis der potentiell Anspruchsberechtigten eingegrenzt sein muss. Auch hier lässt sich die Rechtsprechung des BGH insbesondere zu Anleiheemissionen und auch zur Gutachtentätigkeit von Wirtschaftsprüfern weit verstehen.³³² Man kann sie so lesen, dass es mit einem Gütesiegel ersichtlich allen Kaufinteressenten eine wesentliche Entscheidungsgrundlage zur Verfügung gestellt werden soll, die sie zum Einkauf gerade bei diesem Unternehmer anreizen soll.³³³ In der Rechtsprechung ist allerdings noch kein Fall bekannt geworden, indem ein solcher Anspruch auch nur geltend gemacht worden wäre. Dabei ist angesichts der zahlreichen Probleme im E-Commerce³³⁴ auszuschließen, dass es noch keinen Anlass gegeben hätte. Eher lässt dies darauf schließen, dass die unsichere Rechtslage Verbraucher davon abhält, einen Siegelgeber, der keine ausdrückliche Garantie abgibt, zu verklagen.

Fraglich bleibt auch der Inhalt der Pflichten. Der Vertrag zwischen Unternehmer und Siegelgeber ist als Werkvertrag zu qualifizieren.³³⁵ Geschuldet sind die sorgfältige Überprüfung des Unternehmers sowie die Erteilung des Siegels, wenn dessen Anforderungen erfüllt sind. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn das Siegel erteilt wird, ohne dass die Anforderungen erfüllt sind oder obwohl nicht sorgfältig geprüft wurde. Dabei besteht das Problem, das jeder Siegelgeber die Anforderungen an sein Siegel autonom festlegen könnte. Im Lauterkeitsrecht wird dieses Problem, wie bereits angesprochen, dahin gehend gelöst, dass mangelnde Transparenz irreführend sein kann; was aber dem Verbraucher keinen Anspruch verschafft.

³²⁹ Vgl. insb. *Halfmeier*, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Kapitalanlegern: Von Sydney lernen?, *VuR* 2014, 327, 330 ff.

³³⁰ Vgl. BGH, BeckRS 2013, 20079 Rn. 12 m.w.N.

³³¹ BGHZ 127, 378, 380 ff.

³³² BGHZ 159, 1; BGH, NJW 1998, 1948; BGH, NJW 2006, 1975; BGH NJW-RR 2008, 286; BGH NJW-RR 2007, 1329.

³³³ Vgl. *Föhlisch*, DuD 2004, 74, 77 f.; ebenso *Halfmeier*, *VuR* 2014, 327, 330 f. zu Ratings.

³³⁴ Vgl. etwa Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg, 45 f.

³³⁵ Vgl. zur Zertifizierung von Medizinprodukten OLG Zweibrücken, MPR 2014, 62.

Die lauterkeitsrechtliche Kontrolle ist aber notwendig lückenhaft und einzelfallbezogen. Sie schafft erst nach langer Zeit Rechtssicherheit. Damit der Verbraucher in dieser Zeit nicht zunächst in eine Meta-Recherche zur Qualität der Gütesiegel einsteigen muss, wäre es hilfreich, wenn der Gesetzgeber Mindestanforderungen an Gütesiegel festlegen würde. Gütesiegelanbieter könnten dann immer noch über diese Mindestanforderungen hinausgehen und ihre Extras bewerben.

Darüber hinaus sollte gesetzlich klar gestellt werden, dass der Siegelgeber bei mangelnder Sorgfalt haftet. Dazu sollten wiederum Mindestanforderungen an ordnungsgemäße Erstprüfung und nachfolgende Prüfungen gestellt werden. Das Verfahren gegen TÜV Rheinland um die mögliche Haftung für mangelhafte Überprüfung des Herstellers von Brustimplantaten PIP (dazu auch infra, D. III. 2.) zeigt, dass die Beurteilung dessen, was an Kontrolle angemessen ist, nicht dem Siegelgeber bzw. Zertifizierer überlassen bleiben darf.

4. Online-Plattformen

Online-Plattformen oder Online-Marktplätze erleichtern es Anbietern und Nachfragern, zum Abschluss von Verträgen zusammenzufinden. Sie stehen insofern in der Tradition „realer“ Marktplätze, wie ihr Name schon suggeriert, gehen aber quantitativ wie auch qualitativ mittlerweile weit über diese hinaus.³³⁶ Unter der Fülle von Plattformen finden sich solche zum Tausch von Kleidung³³⁷, zur Kraftfahrzeugnutzung³³⁸, zum Verschenken von Lebensmitteln³³⁹, zur kostenlosen Nutzung oder zur Vermietung von Wohnungen³⁴⁰, zur privaten Kreditvergabe³⁴¹ oder sogar solche zum Leasing von Nutztieren³⁴².

Online-Plattformen können zusätzlich die Funktion haben, durch das Setzen bestimmter Rahmenbedingungen den Verbrauchern Vertrauen in bis dahin unbekannte Anbieter zu vermitteln. Beide Funktionen können, müssen aber nicht gegeben sein.

Online-Plattformen werfen Fragen in vielerlei Hinsicht und vielerlei Rechtsgebieten auf, darunter das Wettbewerbsrecht bei entsprechender Marktmacht,³⁴³ das Öffentliche Wirtschaftsrecht dort, wo öffentlich-rechtlicher Regulierung ausgewichen wird,³⁴⁴ oder das Arbeitsrecht, wo Tätigkeiten Dritter vermittelt werden, auf die der Plattformbetreiber erheblichen Einfluss ausübt.³⁴⁵ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf verbraucherrechtliche Fragestellungen.

³³⁶ Vgl. *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3 f.

³³⁷ Z.B. Kleiderkreisel, <https://www.kleiderkreisel.de>.

³³⁸ Beispielsweise Drivy, <https://www.drivy.de>; tamya, <https://www.tamya.de>; Flinkster, <https://www.flinkster.de>.

³³⁹ Z.B. Foodsharing, <https://foodsharing.de>.

³⁴⁰ Z.B. airbnb, <https://www.airbnb.com>, oder Couchsurfing, <https://www.couchsurfing.com>.

³⁴¹ Z.B. auxmoney, <https://www.auxmoney.com>.

³⁴² Z.B. Galloway-Leasing, galloway-leasing.de.

³⁴³ Vgl. nur *BMWi*, Grünbuch Digitale Plattformen, verfügbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Digitale-Welt/Netzpolitik/digitale-plattformen.html>.

³⁴⁴ Etwa im Recht der Personenbeförderung (Uber), dazu OVG Hamburg, NVwZ 2014, 1528; OVG Brandenburg, CR 2015, 376; KG, GRUR-RR 2016, 84; LG Frankfurt a.M., CR 2016, 126; *Terryn*, The sharing economy in Belgium – a case for regulation?, EuCML 2016, 45 ff.; im Telekommunikationsrecht, dazu *BMWi*, Grünbuch Digitale Plattformen, 2016; im Kreditrecht, vgl. *Colaert*, On the absence of peer-to-peer lending in Belgium, EuCML 2016, 182 ff.

³⁴⁵ Dazu *Lingemann/Otte*, Arbeitsrechtliche Fragen der „economy on demand“, NZA 2015, 1042 ff.; *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984 ff.

Zu trennen sind hier das Verhältnis des Verbrauchers zum Vertragspartner und das zum Betreiber der Online-Plattform. Darüber hinaus wird es noch ein Rechtsverhältnis des Anbieters zum Betreiber der Online-Plattform geben, aufgrund dessen ersterer Zugang zur Plattform erhält.

a) Verhältnis Anbieter - Verbraucher

Anbieter von Waren und Dienstleistungen können Unternehmer oder Verbraucher sein, wie dies etwa bei eBay der Fall ist. Bieten Unternehmer auf Online-Plattformen ihre Leistungen an, so finden unproblematisch die Vorschriften des Verbraucherrechts Anwendung.

Bei Plattformen, die Verbraucher zusammenbringen und dies auch unmissverständlich so kommunizieren,³⁴⁶ werden über den tatsächlichen Vertragsgegenstand „nur“ C2C Verträge geschlossen, so dass das Verbraucherschutzrecht keine Anwendung findet.³⁴⁷ So vermitteln Übernachtungsportale wie AirBnB Übernachtungsmöglichkeiten zwischen Verbrauchern, auch wenn die vollständige Kommunikation und gegebenenfalls auch die Bezahlung über die Plattform ablaufen. Verbraucherschutzvorschriften und Regelungen des öffentlichen Wirtschaftsrecht, die an die Unternehmereigenschaft anknüpfen, können auf diese Weise vermieden werden; womöglich ist dies auch beabsichtigt.³⁴⁸ Es bleiben natürlich die normalen vertraglichen Rechte und Pflichten, etwa Rückerstattungsansprüche bei Nichterbringen der vertraglichen Leistung, für die bereits eine Zahlung erfolgt ist.

Probleme ergeben sich dort, wo Unternehmer nicht offenlegen, dass sie Unternehmer sind, um Verbraucher über die Anwendbarkeit des Verbraucherrechts zu täuschen. Dieses Problem tauchte etwa anfangs bei eBay auf. Rechtlich ist die Situation eindeutig, denn selbstverständlich ist die objektiv vorliegende Unternehmereigenschaft maßgeblich.³⁴⁹ Allerdings bleibt die Frage, wie der Verbraucher die Täuschung herausfinden soll. Hier könnten Pflichten des Plattformbetreibers vorliegen bzw. erforderlich sein (vgl. infra, b).

Verbraucher, die regelmäßig Leistungen über Plattformen anbieten, können auch ihre Verbrauchereigenschaft verlieren.³⁵⁰ Längst bekannt ist dieses Phänomen bei sog. Powersellern auf eBay.³⁵¹ Auch dies ist eine Frage der objektiv vorzunehmenden Abgrenzung zwischen Verbrauchern und Unternehmern, bei der wiederum der Plattformbetreiber eine Rolle spielen kann (vgl. infra, b). Anknüpfungspunkt wird die Häufigkeit der Tätigkeit sein, eher nicht hingegen das Angebot an eine unbestimmte Zahl von Personen, aufgrund dessen *peer-to-peer lending* in Belgien als zulassungsbedürftige Tätigkeit verboten wurde.³⁵²

Zu diskutieren wäre, ob weitergehend Verbraucher, die ihre Leistungen über eine professionelle Plattform anbieten, insoweit als Unternehmer anzusehen sein sollten.³⁵³ Dies ist nach dänischem Recht offenbar dann der Fall, wenn der professionelle Vermittler eine aktive

³⁴⁶ Vgl. etwa V. Mak, Private Law Perspectives on Platform Services, EuCML 2016, 19, 20 f., zu AirBnB.

³⁴⁷ Meller-Hannich, Zu einigen rechtlichen Aspekten der "Share-Economy", WM 2014, 2337, 2342; Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, EuCML 2016, 3, 4; Terryn, EuCML 2016, 45, 50; Colaert, EuCML 2016, 182, 184.

³⁴⁸ Vgl. Terryn, EuCML 2016, 45, 48, zu Uber und AirBnB.

³⁴⁹ Vgl. etwa AG München, DAR 2004, 158.

³⁵⁰ So auch V. Mak, EuCML 2016, 19, 23, zu AirBnB.

³⁵¹ Vgl. OLG Frankfurt NJOZ 2008, 836; OLG Zweibrücken MMR 2008, 135; zum Ganzen Peter, Power Seller als Unternehmer – zur Beweislast hinsichtlich der Unternehmereigenschaft von „Power Sellern“ und „Vielverkäufern“ bei Internetauktionen, ITRB 2007, 18. Zum belgischen Recht vgl. Terryn, EuCML 2016, 45, 50 f.

³⁵² Vgl. Terryn, EuCML 2016, 45, 50.

³⁵³ Vgl. Terryn, EuCML 2016, 45, 51.

Rolle einnimmt, indem er etwa die Vertragsbedingungen bestimmt oder die Zahlungen abwickelt.³⁵⁴ Dies hätte zur Folge, dass die zahlreichen verbraucherrechtlichen Pflichten etwa auch den gelegentlichen Anbieter von Wohnraum treffen würden. Ein *chilling effect* für diese Art von Geschäftsmodell wäre unvermeidlich.

b) Verhältnis Plattformbetreiber - Verbraucher

Interessanter ist die Rolle, die der Betreiber der Online-Plattform spielt bzw. zu spielen hat, der häufig für seine Vermittlungstätigkeit ein Entgelt erhält. Dieser hat jedenfalls die Möglichkeit, Rechte des Verbrauchers gegenüber dem Anbieter durchzusetzen, indem er etwa Zahlungen des Verbrauchers erst an den Anbieter weiterleitet, wenn die Leistung erfolgt ist. In diesem Fall fungiert er als eine Art Hinterlegungsstelle. Er hat auch im Rahmen der Gewährung des Zugangs zur Online-Plattform die Möglichkeit, die Vertrauenswürdigkeit und Leistungsfähigkeit des Anbieters zu prüfen bzw. unzuverlässige Anbieter auszuschließen.³⁵⁵ Die Frage ist, ob er diese Dinge tun muss und ob er gegebenenfalls für mangelnde Organisation oder auch für mangelhafte oder nicht erbrachte Leistung haftet.

Dabei ist zunächst relevant, ob der Plattformbetreiber entsprechend seinen Angaben wirklich nur Vermittler ist oder nicht tatsächlich Leistungserbringer, der die Anwendbarkeit des Verbraucherrechts umgehen will, eine Frage, die im Zusammenhang mit Uber diskutiert wird, dessen Fahrer einige Merkmale von Angestellten aufweisen, allerdings über ihre Einsatzzeiten selbst bestimmen können.³⁵⁶ Das Central London Employment Tribunal hat die Fahrer in Bezug auf Arbeitnehmerrechte, Arbeitszeit und Mindestlohn als Angestellte eingestuft.³⁵⁷

Die Frage erinnert an die Rechtsprechung des BGH zum Agenturgeschäft beim Gebrauchtwagenkauf, wo der BGH die Anwendbarkeit des Verbrauchsgüterkaufrechts davon abhängig gemacht hat, ob der Autohändler (als Unternehmer) oder der Verbraucher (als Eigentümer des Altfahrzeugs) bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre Verkäufer ist.³⁵⁸ Aus der Perspektive des Verbrauchers sind derartige Abgrenzungen freilich nicht handhabbar, weil er die internen In Vereinbarungen zwischen seinem (vermeintlichen) Vertragspartner und dem Dritten kennen müsste, um überhaupt nur die Möglichkeit zu haben herauszufinden, ob das Verbraucherrecht Anwendung findet. Im Sinne der hier prominent geforderten Rechtssicherheit hilft das nicht weiter. Der EuGH hat auch jüngst in der Rechtssache *Wathelet* nur darauf abgestellt, ob der Vermittler den Verbraucher darüber informiert hat, dass er lediglich Vermittler ist.³⁵⁹

Die weitere Betrachtung soll daher von einem Plattformbetreiber ausgehen, der tatsächlich Vermittler zwischen einem Leistungserbringer und einem Verbraucher ist, wobei es nicht notwendig darauf ankommt, ob der Leistungserbringer Unternehmer ist oder nicht.

aa) Pflichten aus dem Vermittlungsverhältnis

³⁵⁴ Vgl. *Sørensen*, Private Law Perspectives on Platform Services, EuCML 2016, 15, 17 f.

³⁵⁵ Zu unterschiedlichen Gestaltungen vgl. nur *Možina*, Retail business, platform services and information duties, EuCML 2016, 25 ff.

³⁵⁶ Vgl. *Sørensen*, EuCML 2016, 15, 16 f.; *Solmecke/Lengersdorf*, MMR 2015, 493, 496 f.

³⁵⁷ London Central Employment Tribunal, 28.10.2016, *Aslam and Farrar v. Uber et al.*, <https://www.leighday.co.uk/LeighDay/media/LeighDay/documents/Employment/Aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028.pdf>

³⁵⁸ BGH, NJW 2005, 1039. Vgl. auch *Katzenmeier*, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2004, 2632.

³⁵⁹ EuGH, Urteil vom 9.11.2016, Rs. C-149/15 *Wathelet*, ECLI:EU:C:2016:840.

Für mögliche Pflichten des Plattformbetreibers wird zunächst relevant sein, ob neben dem Vertragsschluss mit dem Anbieter über die Plattform auch ein Vertragsschluss mit dem Plattformbetreiber selbst erforderlich ist.³⁶⁰ Bei den großen kommerziellen Plattformen ist dies in aller Regel der Fall. Dabei fallen oft Gebühren für die Nutzung des Portals oder des Produkts an, oder es müssen Provisionen für eine Vermittlung oder einen Verkauf gezahlt werden, so dass eine entgeltliche Dienstleistung vorliegt. Dabei kann es aus der Perspektive des Verbraucherschutzes nicht darauf ankommen, ob diese Gebühren unmittelbar vom Verbraucher oder von seinem Vertragspartner entrichtet werden, denn auch im letzteren Fall wird der Verbraucher die Gebühren über den erhöhten Preis zu tragen haben. Einen aufschlussreichen Vergleich hierfür bietet die Problematik der 0 %-Kredite.

Unentgeltliche Verbraucherdarlehen sind im Einklang mit Art. 2 Abs. 2 lit. f der Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG vom Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des Verbraucherdarlehensrechts (§§ 491 ff. BGB) ausgeschlossen. Unentgeltlichkeit bezieht sich dabei sowohl auf die Zinsen als auch auf sonstige Kosten, die mit der Darlehensaufnahme verbunden sind. Die Ausnahme erfasst nach der – durchaus angreifbaren – Rechtsprechung des BGH die sog. 0 %-Finanzierungen, die in Deutschland ein erhebliches Marktvolumen haben.³⁶¹ Der BGH stellte in seiner Entscheidung allein darauf ab, dass der Verbraucher nach seinem Vertrag mit dem Unternehmer den Listenpreis bezahlt und über diesen ein unentgeltliches Darlehen erhält. Dass dieses Darlehen aus Sicht des Darlehensgebers natürlich nicht unentgeltlich ist, sondern durch den Unternehmer finanziert wird, dem die Darlehenssumme vom Darlehensgeber mit einem Abschlag ausbezahlt wird, betrifft nach Auffassung des BGH nicht das Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber. Diese Rechtsprechung wirkt sich vor allem beim verbundenen Geschäft aus. Auch der besondere Kündigungsschutz für Verbraucherdarlehen nach §§ 498 BGB geht dem Verbraucher verloren. Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und mit § 514 BGB den Anwendungsbereich zwar nicht des ganzen Verbraucherdarlehensrechts, aber doch wichtiger Schutzvorschriften auf 0 %-Finanzierungen erstreckt.³⁶² Dieser Gedanke lässt sich auf andere Vertragskonstruktionen, an denen Dritte beteiligt sind, die nur scheinbar unentgeltlich tätig werden, übertragen.

Welche Pflichten einen Plattformbetreiber, mit dem der Verbraucher ein vertragliches oder quasi-vertragliches Verhältnis eingeht, nach geltendem Verbraucherrecht treffen, ist unklar. Während der Plattformbetreiber noch unproblematisch als Diensteanbieter i.S.d. E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG einzustufen ist, ist nicht eindeutig und womöglich von der genauen Ausgestaltung des Dreiecksverhältnisses zwischen Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher abhängig, ob den Plattformbetreiber auch die vertragsschlussbezogenen Pflichten der Art. 10 und 11 der E-Commerce-Richtlinie treffen.³⁶³ Im deutschen Recht scheint § 312j BGB gegen eine solche Lesart zu sprechen. Die Pflichten nach der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU treffen ihn jedenfalls insoweit, als sie seine eigene Leistung als Vermittler betreffen.³⁶⁴

Aus dem Vermittlungsverhältnis können aber auch Sorgfaltspflichten entstehen. Diese sind etwa aus dem Maklervertragsrecht bekannt und können auch den bloßen Nachweismakler

³⁶⁰ Vgl. auch *Colangelo/Zeno-Zencovich*, Online Platforms, Competition Rules and Consumer Protection in Travel Industry, EuCML 2016, 75, 83 f.

³⁶¹ BGH, NJW 2014, 3719; ausf. *Riehm*, Das Ende der „Null-Prozent-Finanzierungen“, NJW 2014, 3719 ff.

³⁶² Vgl. dazu *Schürmbrand*, Verbraucherschutz bei unentgeltlichen Finanzierungen, WM 2016, 1105 ff.

³⁶³ Ausf. *Wendehorst*, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, EuCML 2016, 30 ff.

³⁶⁴ Vgl. auch *Možina*, EuCML 2016, 25 ff., der aber zusätzlich Informationspflichten in Bezug auf die angebotenen Waren und Dienstleistungen annimmt.

treffen.³⁶⁵ Die Frage ist, wie weit diese Sorgfaltspflichten bei Online-Plattformbetreibern reichen sollten. Dabei ist es naheliegend, dass die Sorgfaltspflichten mit der Intensität der Einflussnahme, aber auch mit der Beteiligung an den Einnahmen des Anbieters steigen. Profitiert der Plattformbetreiber etwa prozentual von den Einnahmen, wie dies bei Uber der Fall ist, so ist es angemessen, dass ihn auch Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Person und Leistung des Anbieters treffen.

Einen Ansatzpunkt bietet insofern die E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG mit ihren Regelungen zur Haftung von Hosting Providern.³⁶⁶ Diese haften bei Unkenntnis von Rechtsverstößen zunächst einmal nicht, ihre Haftung setzt aber ein, wenn sie Kenntnis erlangen und nicht unverzüglich tätig werden, um den Verstoß abzustellen. Entsprechend müssten Plattformbetreiber, die von Problemen mit einem Vermieter (AirBnB) oder einem Fahrer (Uber) Kenntnis erlangen, diesen entweder von der Plattform ausschließen oder in anderer Form dafür sorgen, dass Verbraucher geschützt werden.

In Erweiterung dieses Ansatzes sollten originäre Pflichten dort bestehen, wo es dem Plattformbetreiber ohne weiteres technisch möglich ist, Kenntnis zu erlangen und transparent zu machen, nämlich bei der Frage des Ausmaßes der Aktivitäten des Anbieters im Wege der Nutzung der Plattform, die wiederum dafür maßgebend sein wird, ob der Anbieter als Unternehmer oder Verbraucher einzustufen ist. Wenn damit auch keine Pflicht des Plattformbetreibers zur Klassifizierung des Anbieters abzuleiten ist, lassen sich aus dieser Information doch zumindest Rückschlüsse ziehen.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Haftungsfreiheit sieht Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie für den Fall vor, dass der (rechtsverletzende) Nutzer „dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird“. Auch dieser Gedanke lässt sich auf Online-Plattformen übertragen, indem eine originäre Haftung des Plattformbetreibers besteht, wenn dieser den Anbieter kontrolliert, wie das im Fall von Uber diskutiert wird.³⁶⁷

Dabei bleibt problematisch, dass das Verhältnis zwischen Verbraucher und Plattformbetreiber als solches nicht gesetzlich geregelt und damit von Seiten des Plattformbetreibers recht frei ausgestaltbar ist. Typisch ist denn auch, dass Plattformbetreiber in ihren AGB jegliche Haftung ausschließen.³⁶⁸ Derartige Haftungsausschlüsse sind selbstverständlich am AGB-Recht zu messen. Sie dürften jedenfalls dann missbräuchlich sein, wenn der Plattformbetreiber gerade damit wirbt, dass er – über die reine Zurverfügungstellung einer Möglichkeit für Anbieter und Verbraucher, sich zu treffen, hinaus – den Zugang der Anbieter von Qualitätskriterien abhängig macht, die er auch kontrolliert, wie dies etwa bei Uber der Fall ist.³⁶⁹ Im Falle einer zukünftigen gesetzlichen Regelung sollten die Pflichten als zwingendes Recht ausgestaltet werden.³⁷⁰

³⁶⁵ Vgl. MüKo – Roth, § 652 BGB Rn. 258 ff.

³⁶⁶ Ebenso *Research group on the Law of Digital Services*, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164, 165. Eine Anwendung dieses Haftungsprivilegs auf Online-Plattformen *Colangelo/Zeno-Zencovich*, EuCML 2016, 75, 85.

³⁶⁷ Vgl. auch *Terryn*, EuCML 2016, 45, 51.

³⁶⁸ Vgl. *V. Mak*, EuCML 2016, 19, 20 f., zu AirBnB.

³⁶⁹ In diese Richtung auch *Terryn*, EuCML 2016, 45,

³⁷⁰ Vgl. auch *Research group on the Law of Digital Services*, Art. 18 des Draft Proposal, EuCML 2016, 164, 168.

bb) Pflichten in Bezug auf die Leistungserbringung?

Hingegen dürfte es zu weit gehen, den Plattformbetreiber selbst dann, wenn er aktiv, etwa durch Standardisierung der Vertragsbedingungen, Einfluss nimmt, wie einen Leistungserbringer haften zu lassen.³⁷¹ Aus Verbrauchersicht sollte zwar dafür gesorgt werden, dass der Anbieter, gleich ob er Unternehmer oder Verbraucher ist, die Plattform und damit die niedrige Barrieren des Markteintritts nicht ohne Weiteres nutzen kann, um mangelhafte Waren oder Dienstleistungen anzubieten, etwa den Transport mit nicht verkehrstauglichen Kraftfahrzeugen oder ohne Führerschein.³⁷² Der Plattformbetreiber sollte dafür aber nur unter den oben beschriebenen Umständen haftbar sein, es sei denn, er habe durch entsprechende Erklärungen den Anschein erweckt, eine solche Verantwortung zu übernehmen,³⁷³ wobei Sternchenfußnoten gegenteiligen Inhalts eine solche Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausschließen würden.³⁷⁴

5. Die Kommerzialisierung der Privatsphäre

„Daten sind die neue Währung“, „Daten sind das neue Gold“. Solche Sätze bringen den kommerziellen Wert von Daten zum Ausdruck. Unternehmer nutzen sie als Erkenntnisquelle über die Verhältnisse, die Präferenzen und das Verhalten aktueller und potentieller Kunden und handeln mit ihnen. Dass sie dabei häufig das Datenschutzrecht verletzen, ist hinreichend belegt und hat schon zu zahlreichen Verfahren gerade auch gegen große Unternehmen wie Apple, Google oder (indirekt) Facebook geführt.³⁷⁵ Das Datenschutzrecht als solches ist aber nicht Gegenstand dieses Gutachten, auch wenn sein Charakter als Verbraucherschutzrecht mit der Einführung von § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG im Februar 2016 nun auch positiv-rechtlich anerkannt wurde.³⁷⁶ Vielmehr soll es um Fragen des „klassischen“ Verbraucherschutzrechts gehen.

Ungeklärt ist nämlich, ob die Hingabe von Daten im Gegenzug oder als Vorbedingung für eine Leistung ein „Entgelt“ im (insbesondere vertrags-)rechtlichen Sinne darstellt. Dies ist deshalb von größter Bedeutung, weil zahlreiche Verbraucherschutzvorschriften einen entgeltlichen Vertrag voraussetzen. Dies gilt etwa für das Verbrauchsgüterkaufrecht, das einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB voraussetzt, aber auch für außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge und für Fernabsatzverträge³⁷⁷ sowie für das Verbraucherdarlehensrecht,³⁷⁸ auch wenn da der Gesetzgeber nun den Schutz einiger Vorschriften auf (scheinbar) unentgeltliche Darlehen erweitert hat, um der Problematik der sog. 0 %-Kredite zu begegnen.³⁷⁹

Offensichtlich ist zunächst, dass der Verbraucher für zahlreiche Online-Dienste (z.B. Spiele, Routenplaner etc.) kein Geld entrichten muss, dass diese Dienste aber von kommerziellen Anbietern angeboten werden und der Verbraucher regelmäßig in die Nutzung seiner Daten,

³⁷¹ Vgl. auch *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, EuCML 2016, 3, 7.

³⁷² *Ranchordás*, Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 2015, 413, 475.

³⁷³ Vgl. auch *Pisuliński*, Internet platforms under Polish law, EuCML 2016, 62, 64.

³⁷⁴ Vgl. nur OLG Frankfurt, *VuR* 2009, 151.

³⁷⁵ Vgl. etwa LG Berlin, *NJW* 2013, 2605; LG Berlin, *MMR* 2013, 563; LG Düsseldorf, *VuR* 2016, 230.

³⁷⁶ Die Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG gehört darüber hinaus zu den Rechtsakten, auf die sich die Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, *ABl.* 2004, L 364/1, bezieht.

³⁷⁷ Vgl. § 312 Abs. 1 BGB.

³⁷⁸ Vgl. § 491 Abs. 1 BGB.

³⁷⁹ Vgl. § 514 BGB.

darunter auch in die Weitergabe von Daten an Dritte, einwilligen muss.³⁸⁰ Daraus ergibt sich zunächst, dass die damit verbundene Erhebung von Daten sowie die anschließende Nutzung „Marktverhalten“ i.S.d. Lauterkeitsrechts darstellen, so dass bei einem Verstoß gegen Datenschutzrecht § 3a UWG zur Anwendung gelangen kann.³⁸¹

Die Hingabe von Daten führt aber auch zu monetären Vorteilen bei zivilrechtlichen Verträgen. Einige Kfz-Versicherer bieten Tarifvergünstigungen, wenn der Versicherte der Übermittlung von Daten aus dem Fahrzeug an den Versicherer zustimmt.³⁸² Weitere Beispiele dafür sind Bonusprogramme wie Payback, wo man im Gegenzug für die Registrierung Punkte sammeln kann, die dann in Waren umgetauscht werden können.³⁸³ Der Telekommunikationsdienstleister Telefónica hat angekündigt, die Bewegungsdaten seiner Kunden verkaufen zu wollen und Kunden, die darin einwilligen, dafür „zu belohnen“, etwa in Form von Rabatten.³⁸⁴ Auch für Fitness-Armbänder sind solche Bonusprogramme bei Krankenkassen im Gespräch,³⁸⁵ eine echte Verknüpfung von Tarifen mit gesundheitsbewusstem Verhalten wird aber – bislang noch – abgelehnt.³⁸⁶ Auch die Problematik ist nicht neu, sondern wurde schon ausgiebig im Zusammenhang mit genetischen Daten diskutiert, wo sich freilich zusätzliche ethische Fragen stellen.³⁸⁷ Hier stellt sich allerdings nicht die Frage der Anwendbarkeit verbraucher-schützender Vorschriften, da die Hingabe der Daten nur einen kleinen Teil der Gegenleistung ausmacht.

Klare Worte fand das LG Berlin im Zusammenhang mit den Nutzungsbedingungen von Google:

„Bei der Zurverfügungstellung der Dienste handelt es sich auch nicht um Schenkungen i.S.d. § 516 BGB, wie der *BGH* in seiner Entscheidung v. 28.5.2005 – Xa ZR 9/08 – festgestellt hat. Denn die Bekl. will die aus der Zurverfügungstellung ihrer Dienste erlangten Informationen – insb. für Werbemaßnahmen – weiter verwenden. Insofern liegt hier ein Gegenseitigkeitsverhältnis in der Weise vor, dass der Verbraucher sein Einverständnis mit der Nutzung der von ihm generierten Daten erklärt.“³⁸⁸

Diese Erwägungen haben auch Eingang in den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.³⁸⁹ Der in Art. 3 des Vorschlags beschriebene sachliche Anwendungsbereich deckt auch digitale Inhalte ab, die nicht nur gegen Geld, sondern auch im Austausch für von Verbrauchern übermittelte

³⁸⁰ Vgl. etwa die Datenrichtlinie von Facebook, <https://www.facebook.com/policy.php>.

³⁸¹ So die wohl inzwischen überwiegende Ansicht der Rechtsprechung zu § 4 BDSG, vgl. etwa KG, ZD 2014, 412; OLG Karlsruhe, NJW 2012, 3312, 3314 f.; OLG Köln, NJW 2014, 1820, 1821; LG Berlin, VuR 2014, 183; LG Berlin, VuR 2012, 366, 367; LG Berlin VuR 2015, 110 f. (Spiele-Apps auf Facebook) m. Bespr. *Boos*, Datenweitergabe an und durch Spieleanbieter auf Facebook, VuR 2015, 92 ff.; zu § 28 BDSG: OLG Stuttgart, GRUR-RR 2007, 330, 331; ausf. *Weichert*, Datenschutz im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, VuR 2006, 377, 380; *Schröder*, Datenschutz als Wettbewerbsvorteil – Es ist an der Zeit!, ZD 2012, 193. A.A. OLG München, GRUR-RR 2012, 395, 396; OLG Frankfurt a.M., GRUR 2005, 785, 786.

³⁸² Vgl. *Klimke*, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, RuS 2015, 217 ff.; *Lüdemann*, Connected Cars – Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück, ZD 2015, 247 ff.; *Helmes*, Verkehrstelematik und Versicherung: Technik – Datenschutz – Versicherungsprodukte, VersR 2015, 1096 ff.; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 219.

³⁸³ Vgl. *Appelt*, Rechtliche Anforderungen an Bonuskartensysteme, NJW 2016, 1409 ff., vor allem zur Erlaubnisspflichtigkeit von online-Bonussystemen nach dem ZAG.

³⁸⁴ Vgl. *N.N.*, Telefónica verkauft Bewegungsdaten ihrer Kunden, Badische Zeitung vom 23.9.2016.

³⁸⁵ Vgl. *N.N.*, Fitnessarmbänder: TK erwägt Belohnung von Bewegungsmessung, Spiegel online vom 22.8.2016.

³⁸⁶ Vgl. *N.N.*, Maas warnt Krankenkassen vor Zugriff auf Fitness-Apps, Zeit online vom 9.2.2016.

³⁸⁷ Vgl. statt vieler *Lensing*, Gendiagnostik in der Versicherungswirtschaft, VuR 2009, 411 ff.

³⁸⁸ LG Berlin, MMR 2014, 563, 564.

³⁸⁹ KOM(2015) 634 endg.

(personenbezogene und andere) Daten bereitgestellt werden. In Erwägungsgrund (13) heißt es:

„In der digitalen Wirtschaft haben Informationen über Einzelpersonen für Marktteilnehmer immer mehr einen mit Geld vergleichbaren Wert. Digitale Inhalte werden häufig nicht gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt, sondern gegen Erbringung einer anderen Leistung als Geld, d. h. durch Gewährung von Zugang zu personenbezogenen oder sonstigen Daten. (...) Die Einführung einer Differenzierung nach Art der Gegenleistung würde zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen führen und Unternehmen einen ungerechtfertigten Anreiz bieten, digitale Inhalte vermehrt gegen Daten anzubieten. (...) Zudem können mangelhafte Leistungsmerkmale von digitalen Inhalten, die gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt wurden, den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zuwiderlaufen. Daher sollte die Anwendbarkeit der Bestimmungen dieser Richtlinie nicht davon abhängen, ob ein Preis für die betreffenden digitalen Inhalte gezahlt wird.“

Dem ist wenig hinzuzufügen, außer dass es keinen Grund gibt, Daten nur dann als Entgelt anzusehen, wenn sie eine Gegenleistung für digitale Inhalte darstellen. Dasselbe muss gelten, wenn etwa ein Verbraucher an der Haustür einen langen Fragebogen eines Marktforschungsinstituts ausfüllt, um als Gegenleistung (oder „Belohnung“³⁹⁰) eine Ware zu erhalten. Insgesamt spricht alles dafür, die Hingabe von Daten generell als „Entgelt“ anzusehen, so dass alle Verbraucherschutzvorschriften, deren Anwendbarkeit von der Existenz eines Entgelts abhängt,³⁹¹ Anwendung finden.³⁹² Einfluss hat diese Sichtweise auch in anderen Rechtsgebieten, etwa bei der Anwendung des Minderjährigenrechts.³⁹³

Freilich gilt dies nicht für alle Daten, sondern nur für diejenigen, die der Unternehmer nicht ohnehin schon nach Datenschutzrecht erheben kann und für die er die Einwilligung des Verbrauchers benötigt.³⁹⁴ Relevant ist hier insbesondere die Ausnahmevorschrift des § 15 TMG, wonach der Diensteanbieter personenbezogene Daten eines Nutzers (nur) erheben und verwenden darf, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten). Diese Vorschrift wird aber von der deutschen Rechtsprechung durchaus restriktiv ausgelegt.³⁹⁵ Ausnahmen sind auch in Erwägungsgrund (14) des Richtlinienvorschlags der Kommission vorgesehen.

Es stellen sich dann allerdings Folgefragen: Die Einwilligung in die Nutzung der Daten ist nämlich jederzeit widerruflich (auch wenn dies in der Praxis kaum je erfolgt)³⁹⁶, und dasselbe gilt für die Einwilligung zur Zusendung von Werbung. Diese Rechte sind auch unverzichtbar. Der Verbraucher hat also zeitlich unbegrenzt die Möglichkeit, seine Gegenleistung (für die Zukunft) zu beenden, und dies dürfte auch angesichts des verfassungsrechtlichen Schutzes der Privatsphäre notwendig so bleiben.³⁹⁷ In einem solchen Fall muss natürlich auch der

³⁹⁰ Zur „Belohnung“ als Gegenleistung vgl. BGH, NJW 2009, 2737.

³⁹¹ Für die §§ 312 ff. BGB ist dies umstritten, vgl. etwa *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, Neue Anforderungen an die Umsetzung Verbraucherschützender Richtlinien, GPR 2013, 242 Fn. 61. Problematisch ist dabei, dass wiederum eine unklare Rechtslage bestehen würde, die erst durch den BGH, möglicherweise unter Mithilfe des EuGH, geklärt werden müsste.

³⁹² So im Ergebnis auch *Gläser*, Anwendbares Recht auf Plattformverträge – Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, 699, 701, zu Plattformverträgen mit sozialen Netzwerken.

³⁹³ Vgl. auch *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609, 2612.

³⁹⁴ Vgl. *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218, 220.

³⁹⁵ Vgl. etwa LG Berlin, MMR 2014, 564; LG Düsseldorf, VuR 2016, 230 m. Anm. *Weinhold*.

³⁹⁶ Vgl. *Graf von Westphalen*, Digitale Revolution – und das Recht glaubt, zu bleiben, wie es ist?, AnwBl. 2016, 619, 626.

³⁹⁷ Vgl. *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218, 220 f.

Unternehmer bei einem Dauerschuldverhältnis seine Leistung nicht mehr erbringen. Will der Verbraucher der weiteren Nutzung seiner Daten durch Facebook entgehen, muss er eben seinen Account löschen. Jedenfalls müsste der Vertragspartner ein Kündigungsrecht haben.³⁹⁸ Probleme, die sich aus der Nichtverfügbarkeit einer Leistung ohne Einwilligung in die Nutzung persönlicher Daten ergeben, sind über andere rechtliche Instrumente, etwa das Wettbewerbsrecht oder das Recht der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, zu lösen.

Dieselben Grundsätze sollten im Übrigen für die Einwilligung in die (ansonsten nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 UWG belästigende Werbung gelten. Der Richtlinienvorschlag der Kommission sieht diesen Zusammenhang, will aber kein Entgelt annehmen, wenn der Verbraucher ausschließlich zwecks Erlangung des Zugangs zu digitalen Inhalten Werbung ausgesetzt ist.³⁹⁹ Diese Ausnahme betrifft z.B. den Zugang zu den online-Angeboten von Zeitungen und Zeitschriften wie Spiegel online, bringt aber auch zum Ausdruck, dass jedenfalls eine darüber hinausgehende Einwilligung in die Zusendung von Werbung als „Entgelt“ zu werten ist.

6. „Legal Tech“

Der Begriff Legal Tech ist nicht fest definiert sondern wird allgemein für zahlreiche Erscheinungsformen juristisch nutzbarer Software verstanden, die unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf den Verbraucherschutz haben oder haben können. Diese Erscheinungsformen reichen von Software zur Kanzleiorganisation, zur Auswertung von Dokumenten oder auch zur Erstellung von Schriftsätzen innerhalb der Tätigkeit von Rechtsanwälten⁴⁰⁰ (zukünftig möglicherweise auch von Gerichten) über die Online-Vermittlung von Anwälten und die Online-Beratung durch Anwälte, die Inkassotätigkeit durch Rechtsdienstleister wie fliight und sonstige Dienstleistungen wie die (rechtssichere) Kündigung von Verträgen oder das Ausfüllen von Formularen bis hin zu Software, mithilfe derer der Verbraucher selbst Verträge erstellen kann.⁴⁰¹ Noch weiter in die Zukunft gedacht bietet die Blockchain-Technologie die Möglichkeit, Intermediäre insbesondere der Rechtsdurchsetzung gänzlich zu vermeiden.⁴⁰² Allgemein wird prophezeit, dass Legal Tech die Anwaltschaft drastisch verändern wird,⁴⁰³ und tatsächlich werden Veränderungen mit dem Aufkommen der angesprochenen Dienstleister bereits sichtbar, auch wenn die Deregulierung des Markts für Rechtsdienstleistungen in Deutschland noch nicht so weit fortgeschritten ist wie etwa in Großbritannien.⁴⁰⁴ Legal Tech hat aber auch eine Verbraucherdimension. Zahlreiche „Legal Techs“ haben sich auf die Fahnen geschrieben, Verbraucherrechte durchzusetzen.⁴⁰⁵

Für den Verbraucher stellen sich Fragen nach dem Einfluss von Legal Tech auf die Qualität von Rechtsdienstleistungen und, bei mangelhafter Qualität, auf seine vertraglichen Rechte sowie nach dem Einfluss von Legal Tech auf den Zugang zum Recht, insbesondere zu kostengünstiger Beratung und Rechtsdurchsetzung.

Letztere ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens und soll nur angerissen werden. Legal Tech soll die anwaltliche Tätigkeit effektiver und damit auch kostengünstiger machen. Prophezeit wird, dass insbesondere in Großkanzleien zahlreiche Tätigkeiten, die bislang „von Hand“,

³⁹⁸ So auch *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218, 222,

³⁹⁹ Vgl. KOM(2015) 634 endg., Erwägungsgrund (14) a.E.

⁴⁰⁰ Vgl. *Grupp*, Legal Tech – Impulse für Streitbeilegung und Rechtsdienstleistung, AnwBl. 2014, 660, 662 f.

⁴⁰¹ Zu Beispielen vgl. *Engel*, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096, 1099.

⁴⁰² Vgl. *Blocher*, The next big thing: Blockchain – Bitcoin – Smart Contracts, AnwBl. 2016, 612 ff.

⁴⁰³ Vgl. insb. *Susskind/Susskind*, The Future of the Professions, 2015.

⁴⁰⁴ Vgl. wiederum *Susskind/Susskind*, 66 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. nur *Schwan*, „Legal Techs“ wollen Verbraucherrechte durchsetzen, heise online v. 9.11.2016.

insbesondere von „junior staff“, durchgeführt werden, zukünftig durch den Einsatz von Software erledigt werden können, so dass die außergerichtliche Tätigkeit dieser Anbieter – über den Wettbewerbsdruck innerhalb der Anwaltschaft - auch für den Kunden günstiger werden kann.⁴⁰⁶ Für den Verbraucher, dem gegenüber Rechtsanwälte in der Regel nach den Gebührensätzen des RVG abrechnen, dürfte sich dieser Effekt kaum einstellen. Ihnen können andere Dienstleistungsmodelle zugutekommen, namentlich die Inkassotätigkeit von Anbietern wie flightright, die zugleich als Prozessfinanzierer agieren und ein auf Erfolgshonoraren basierendes Vergütungsmodell anbieten können. Letzteres erleichtert den Zugang zum Recht,⁴⁰⁷ reduziert aber natürlich aufgrund der Erfolgsbeteiligung der Anbieter den durchgesetzten Betrag im Erfolgsfall.⁴⁰⁸ Noch weiter gehen hier Anbieter, die die Forderung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer – mit einem Abschlag von bis zu 50 % - aufkaufen.⁴⁰⁹ Auch die Erledigung einfacher Tätigkeiten wie der Kündigung eines Vertrags oder der Ausfüllung eines Formulars erledigen Legal Techs zweifellos billiger als Anwälte, bei denen selbst „einfache Schreiben“ nach VV-RVG Nr. 2301 noch eine 0,3-fache Gebühr nach der streitwertabhängigen Gebührentabelle auslösen. So verlangt aboalarm für die Kündigung eines Vertrags zwischen 2,99 und 4,99 Euro,⁴¹⁰ Bahn buddy nimmt 1,99 Euro für die Ausfüllung des Antrags auf Entschädigung wegen Bahnverspätungen.⁴¹¹ Eine Kostenersparnis liegt schließlich auch bei interaktiver Software vor, mit deren Hilfe der Verbraucher gegen eine Einmalzahlung selbst einfachere rechtliche Angelegenheiten wie das Aufsetzen eines Vertrags erledigen kann.⁴¹²

Deutlich ist, dass die nicht-anwaltlichen Legal Techs, mit denen der Verbraucher direkt in Kontakt tritt, rechtlich eher unkomplizierte Fälle bearbeiten.⁴¹³ Insofern verbleibt allerdings die Frage, warum der Verbraucher für einfache Tätigkeiten wie die Kündigung eines Vertrags überhaupt die Hilfe von Dienstleistern in Anspruch nehmen muss, wofür es zwei Gründe geben kann: die Kompliziertheit selbst solcher Vorgänge, resultierend insbesondere aus den AGB der Anbieter, und das Verhalten von Anbietern, die die Wirksamkeit von Kündigungen, häufig widerrechtlich, bestreiten, wie dies im oben beschriebenen Fall von Online-Partnerschaftsvermittlungen der Fall war. Hinterfragen ließe sich auch, warum Ansprüche wegen Verspätungen gegen Bahnunternehmen, die ihre Tickets online verkaufen, nicht ebenfalls online geltend gemacht werden können. Die wirklich verbraucherfreundliche Lösung wäre hier nicht in Legal Techs, sondern in einer klaren Rechtslage und deren robuster Durchsetzung gegenüber den Unternehmern zu suchen.

Hinsichtlich des Einflusses von Legal Tech auf die Qualität der Rechtsberatung bzw. der Rechtsdurchsetzung ist zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Ebene und zwischen anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit zu differenzieren. Öffentlich-rechtlich stellt sich die Frage, inwieweit Software-unterstützte Dienstleistungen dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) unterfallen bzw. unterfallen sollten, das ja in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 UKlaG explizit als Verbraucherschutzgesetz benannt ist. Diese Frage ist in der Literatur umstritten. Sie spielt dort keine Rolle, wo Software vom Anwalt eingesetzt wird, wird aber insbesondere bei interaktiver Software zur Nutzung durch den Verbraucher

⁴⁰⁶ Vgl. *Susskind/Susskind*, 69 f.

⁴⁰⁷ So auch *Fries*, NJW 2016, 2860, 2863.

⁴⁰⁸ Ausf. dazu *Rott*, Claims Management Services – An Alternative to ADR?, ERPL 2016, 143 ff.

⁴⁰⁹ So etwa *WirkaufendeinenFlug*, vgl. <https://www.wirkaufendeinenflug.de/de>.

⁴¹⁰ Vgl. <https://www.aboalarm.de/hilfe/was-kostet-aboalarm>.

⁴¹¹ Vgl. <https://www.bahn-buddy.de/faq.html>.

⁴¹² Vgl. auch *Fries*, NJW 2016, 2860, 2862 f.

⁴¹³ Vgl. auch *Stachow*, Legal Tech Szene wächst in Deutschland, Soldan #insights vom 13.7.2016, <https://www.soldan.de/insights/legal-tech>.

relevant. Hier geht die wohl herrschende Auffassung dahin, dass in einem solchen Fall keine Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG vorliege, weil es an einem rechtlichen Subsumtionsvorgang,⁴¹⁴ jedenfalls aber am Tatbestand des „Einzelfalls“ fehle und schließlich das RDG von einem menschlichen Dienstleistenden ausgehe.⁴¹⁵ Bei interaktiver Software überzeugt das nicht gänzlich, auch wenn die „Beantwortung“ der „Fragen“ der Nutzer antizipiert ist.⁴¹⁶ Bei ganz schlichten Tätigkeiten wie dem Ausfüllen von Formularen liegt ohnehin keine Anwendung von Rechtsnormen vor. Anderes ist aber bei hochentwickelter Software durchaus denkbar.⁴¹⁷

Hinsichtlich der privatrechtlichen Rechtslage ist zwischen anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Tätigkeit zu unterscheiden. Rechtsanwälte unterfallen selbstverständlich auch dann der – aufgrund des Kausalitätserfordernisses selten durchgreifenden – Anwaltshaftung, wenn sie zur Unterstützung Software verwenden. Die Frage ist nur, inwieweit dies mittlerweile oder in Zukunft zu ihrem Pflichtenkatalog gehört bzw. gehören wird. Wurde die Nutzung juristischer Datenbanken vor zehn Jahren noch nicht als Standard angesehen,⁴¹⁸ so kann dies heute nicht mehr gelten. Dies gilt hingegen sicher noch nicht für den Einsatz von Datenbankanalysesoftware oder gar künstlicher Intelligenz.⁴¹⁹ Umgekehrt darf sich der Rechtsanwalt natürlich nicht blind auf das Ergebnis eines digitalen Assistenten verlassen.⁴²⁰

Nicht-anwaltliche (Rechts-)Dienstleister können in Ermangelung eines gefestigten Berufsbilds die von ihnen geschuldete Dienstleistung frei definieren; diese unterscheiden sich denn auch durchaus. Bei erfolgsbasierten Entgeltmodellen liegt die Folge einer „mangelhaften“ Dienstleistung natürlich darin, dass der Verbraucher mangels Erfolgs keine Zahlung leisten muss. Zum Teil wird sogar eine Garantie übernommen, die den Verbraucher auch von negativen Folgen wie der Weitergeltung des Vertrags nach misslungener Kündigung freistellt.⁴²¹

III. Privatisierung öffentlicher Aufgaben

Eine wesentliche Entwicklung seit den 1980er Jahren war und ist die Privatisierung ehemals staatlicher Aufgaben und Leistungen. Diese betrifft insbesondere zwei Bereiche: die sog. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Sicherheit. Beide sollen im Folgenden unterschieden werden, weil sich unterschiedliche Probleme stellen.

⁴¹⁴ Vgl. aber *Grupp*, AnwBl. 2014, 660, 663.

⁴¹⁵ Vgl. zum Diskussionsstand *Weberstaedt*, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung? – Legal-Tech-Innovationen: Kein Objekt der Regulierung für Rechtsdienstleistungsrecht, AnwBl. 2016, 535 ff.

⁴¹⁶ Vgl. auch *Susskind/Susskind*, 130 f.; *Grupp*, AnwBl. 2014, 660, 663.

⁴¹⁷ Vgl. *Remmert*, Aktuelle Entwicklungen im RDG – Neue Geschäftsmodelle auf dem Prüfstand, BRAK-Mitt. 2015, 266, 267.

⁴¹⁸ Dazu *Schnabl*, Juristische Online-Datenbanken im Lichte der Anwaltshaftung, NJW 2007, 3025 ff. Vgl. auch *Noack/Kremer*, Professionelle Online-Dienste für Juristen, NJW 2006, 3313 ff.

⁴¹⁹ Vgl. dazu auch *Frese*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090, 2092. Vgl. zu den Grenzen der Algorithmisierung der Rechtserzeugung auch *Kotsoglou*, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451 ff.

⁴²⁰ Vgl. auch *Fries*, NJW 2016, 2860, 2863.

⁴²¹ Vgl. die aboalarm Kündigungsgarantie für ausgewählte Anbieter, <https://www.aboalarm.de/kuendigungsschreiben-generieren.html>.

1. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (*services of general interest*) ist ein Begriff des EU-Rechts. In der Unterform der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stammt er aus dem Wettbewerbsrecht (jetzt Art. 106 (2) AEUV). Die Europäische Kommission hat den Begriff für die Debatte um die Liberalisierung von Telekommunikationsdienstleistungen, Postdiensten, Strom und Gas und möglicherweise anderen Bereichen verwendet, um sich von tradierten nationalen Begrifflichkeiten und Konzepten wie der deutschen Daseinsvorsorge oder dem französischen *service publique* zu lösen. Inhaltlich geht es um die genannten Netzwerkindustrien, dazu die bislang nicht liberalisierte Versorgung mit Wasser,⁴²² sowie um das Basiskonto, diskutiert wird aber auch über weitere Bereiche wie Gesundheitsdienstleistungen und Bildung.

Die Liberalisierung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse begann in den 1980er Jahren mit dem Telekommunikationssektor, in den 1990er Jahren folgten Postdienste, Strom und Gas. Ohne dass dies EU-rechtlich gefordert gewesen wäre, ging sie in vielen Mitgliedstaaten mit der Privatisierung vormals staatlicher Anbieter bzw. Versorger einher. Rechtlich erfolgt die Versorgung mittlerweile fast durchgängig in der Form privatrechtlicher Verträge. Eine Ausnahme bildet die Wasserversorgung, die vielfach noch auf öffentlich-rechtlicher Rechtsgrundlage, nämlich durch Satzungen der Gemeinden und Städte, beruht. Diese sind allerdings häufig den für die privatrechtlich organisierte Wasserversorgung geltenden Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) nachgebildet.⁴²³

Der Staat ist, soweit nicht insbesondere Städte und Gemeinden noch selbst als Leistungserbringer fungieren, an der unmittelbaren Leistungsbeziehung mit dem Verbraucher nicht mehr beteiligt. Seine Rolle besteht nach dem Konzept des Gewährleistungsstaats darin, dafür Sorge zu tragen, dass die privaten Leistungserbringer ihren Aufgaben nachkommen.⁴²⁴ Dies schließt sowohl die Schaffung des dafür notwendigen rechtlichen Rahmens durch den Gesetzgeber als auch die Sicherung der Anwendung bzw. Durchsetzbarkeit des Rechts in der Praxis ein,⁴²⁵ wobei beide Aspekte aufeinander bezogen sind, also der rechtliche Rahmen so ausgestaltet sein muss, dass die Regeln handhabbar und durchsetzbar sind.

Die Regelung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dient zwei Zielen: Zum einen sollen sie den Wettbewerb auf den entsprechenden Märkten ermöglichen und fördern, zum anderen muss sichergestellt werden, dass jedermann erschwinglichen Zugang zu diesen Dienstleistungen hat.

Zur Erreichung des ersten Ziels, des Wettbewerbs, wurde zunächst eine Vielzahl von Maßnahmen auf der vorgelagerten Ebene der Marktregulierung ergriffen, etwa die Schaffung von Durchleitungsrechten. Diese Ebene hat nur mittelbar Einfluss auf den Verbraucherschutz, wenn etwa überhöhte Durchleitungsentgelte durch die Regulierungsbehörde (die Bundesnetzagentur) nicht verhindert werden, die dann vom Versorger dem Endkunden in Rechnung gestellt werden. Ebenfalls dem Wettbewerb dienlich, aber gleichzeitig unmittelbar verbraucherrelevant sind Vorschriften, die dem Verbraucher helfen sollen, den für ihn am

⁴²² Vgl. dazu etwa *Schmidt*, Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, LKV 2008, 193 ff..

⁴²³ Vgl. etwa VG Freiburg, 4.9.2014, Az. 4 K 1748/14.

⁴²⁴ Vgl. nur das Weißbuch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endg., 5. Vgl. auch *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 92 ff., 102 ff. und 334 ff.; *Ruge* Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004; *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, 139 ff.

⁴²⁵ Vgl. auch *Müller*, WiVerw 2004, 65, 68.

besten geeigneten Dienstleister zu finden und gegebenenfalls zu einem neuen Vertragspartner zu wechseln.⁴²⁶ Angesprochen sind hier zunächst (regelmäßig aus dem EU-Recht herrührende) Informationspflichten über die Anbieter und die Kosten und die sonstigen Bedingungen des Angebots.⁴²⁷ Zur Erleichterung der Wechselmöglichkeit wurden einerseits Regelungen unmittelbar zur Durchführung des Wechsels (einschließlich der Möglichkeit der Mitnahme der Telefonnummer⁴²⁸) eingeführt,⁴²⁹ andererseits die zulässige Vertragslaufzeit begrenzt.⁴³⁰ Auch Informationen über das Verbrauchsverhalten⁴³¹ sollen den Wechsel unterstützen, indem Mitbewerber aufgrund des Verbrauchsprofils ein Konkurrenzangebot unterbreiten können. Wenn hier in der Praxis noch nicht alles reibungslos funktioniert, ist das kein Problem des materiellen Rechts, sondern eher der Rechtsdurchsetzung.

In dieser Studie soll vor allem auf das zweite Ziel eingegangen werden, jedermann erschwinglichen Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu ermöglichen. Dieses Ziel wird nicht nur durch das EU-Recht vorgegeben, es ergibt sich auch aus den Mindestanforderungen, die das Bundesverfassungsgericht aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet hat. Regelungstechnisch wird es unter dem Begriff der Universaldienstleistungen in sektorspezifischer Gesetzgebung verfolgt, die einen Mindeststandard festlegt.⁴³² Das Verbraucherrecht weist hier auch Überschneidungen zum Sozialrecht auf, die im Folgenden thematisiert werden sollen. Dabei ist klar, dass das Verbraucherrecht nicht dem Sozialrecht zugeordnete Aspekte mitregeln kann und soll; vielmehr geht es um die Frage eines Zusammenspiels dieser Rechtsgebiete, das dem Schutz derjenigen gerecht wird, die sowohl Verbraucher als auch Sozialrechtskunden sind. Nicht berücksichtigt wird im Folgenden die besondere Situation behinderter Verbraucher.⁴³³

Das Recht der Universaldienstleistungen verlangt insbesondere Regelungen zum Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, zur Erschwinglichkeit der Preise und zur Schutz vor der Beendigung des Zugangs durch Kündigung oder Versorgungssperre.

a) Zugang durch Kontrahierungszwang

Der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird im Allgemeinen durch die gesetzliche Festschreibung eines Kontrahierungszwangs abgesichert. Für die Energieversorgung ist dies in § 36 Abs. 1 EnWG geregelt,⁴³⁴ für den öffentlichen Personennahverkehr in § 22 PBefG, für Luftverkehrsunternehmen in § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG. Für die Wasserversorgung wird der Kontrahierungszwang – allerdings nur gegenüber dem Grundstückseigentümer – aus der Monopolstellung der Versorgungsunternehmen hergeleitet.⁴³⁵

⁴²⁶ Vgl. *Rott*, The user-provider relationship: Informed choice and user protection through private law, in: Krajewski/Neergard/van de Gronden (Hrsg.), *The changing legal framework for Services of General Interest in Europe - Between Competition and Solidarity*, 2009, 215 ff.

⁴²⁷ Vgl. nur § 43a Abs. 1 TKG.

⁴²⁸ Vgl. § 46 Abs. 3 TKG.

⁴²⁹ Vgl. § 46 TKG (Telekommunikation) sowie zuletzt §§ 20 ff. ZKG (Bankkonto).

⁴³⁰ Vgl. etwa § 43b TKG.

⁴³¹ Vgl. etwa § 40 EnWG.

⁴³² Vgl. etwa § 78 TKG; § 38 Abs. 2 ZKG.

⁴³³ Vgl. zu diesen insb. *Wenckebach/Welti*, *Barrierefreier Zugang zu Waren und Dienstleistungen – ein Recht und seine Durchsetzung*, VuR 2015, 209 ff.

⁴³⁴ Daneben besteht die Anschlusspflicht nach § 18 EnWG.

⁴³⁵ Vgl. BGH, NJW 2003, 3131. Zu möglichen Rechten von Mietern vgl. *Brinkmeier*, *Kontrahierungszwang in der Wasserwirtschaft*, 2002, 245 ff.

Dem Kontrahierungszwang unterliegt allerdings in den Bereichen Energie und Telekommunikation jeweils nur ein Anbieter: im Energiebereich ist dies das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, der sog. Gebietsversorger. Andere Versorgungsunternehmen weisen einkommensschwache Verbraucher nach einer Kreditwürdigkeitsprüfung regelmäßig ab.⁴³⁶ Hier findet also gerade kein Wettbewerb statt, der ja zur preisgünstigeren Versorgung der Verbraucher führen soll. Tatsächlich sind die Versorgungstarife der Grundversorger regelmäßig unter den teuersten Tarifen am Markt.⁴³⁷ Es gilt: *The poor pay more*.

Im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen ist jeder Anbieter, der auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig ist und einen Anteil von mindestens 4 Prozent des Gesamtumsatzes dieses Marktes im Geltungsbereich dieses Gesetzes auf sich vereint oder auf dem räumlich relevanten Markt über eine beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet, dazu beizutragen, dass der Universaldienst erbracht werden kann. Allerdings gilt dies nur, wenn eine Universaldienstleistung nach § 78 durch den Markt nicht ausreichend und angemessen erbracht wird oder zu besorgen ist, dass eine solche Versorgung nicht gewährleistet sein wird. Die Bundesnetzagentur kann dann ein oder mehrere Unternehmen zur Erbringung der Universaldienstleistung verpflichten.⁴³⁸

Anders ist die Rechtslage beim gerade eingeführten Zugang zum Bankkonto, wo nach § 31 Abs. 1 ZKG grundsätzlich alle Anbieter dem Kontrahierungszwang unterliegen. Dass hier auch die besonders schutzbedürftigen Verbraucher eine Auswahl haben sollen, belegt § 14 Abs. 1 Nr. 2 ZKG, nach dem Information insbesondere über Entgelte auf Verbraucher ohne festen Wohnsitz, Geduldete, Asylsuchende und Verbraucher, die über kein Zahlungskonto verfügen, ausgerichtet sein müssen.⁴³⁹

b) Erschwingliches Entgelt

Die Erschwinglichkeit des Entgelts wird im deutschen Recht meist nur generalklauselhaft angesprochen, eine Preisregulierung oder auch nur Preiskontrolle – jenseits des Wettbewerbsrechts⁴⁴⁰ - unterbleibt. Die wettbewerbsrechtliche Preiskontrolle ist freilich für den Verbraucherschutz nicht geeignet. Sie greift nur bei missbräuchlichen Preisgestaltungen ein und ist mit langen Verfahrensdauern viel zu schwerfällig.

Die Schwierigkeit, die Einhaltung von Vorgaben wie der eines „angemessenen Entgelts“ i.S.d. § 41 ZKG mit den Mitteln des Verbraucherrechts bzw. des Zivilrechts im Allgemeinen zu kontrollieren, wurden eingangs bereits illustriert (supra, C. II. 1. b).

Einzig sinnvoll ist es deshalb, eine Entgeltobergrenze staatlich festzulegen, wo die Bedingungen für die Anbieter einheitlich sind, wie das bei Basiskonten der Fall sein dürfte, oder in anderen Fällen, etwas bei der Energieversorgung, wenigstens eine Formel zu bestimmen, mittels derer die Berechnung des Entgelts ohne Schwierigkeiten nachzuvollziehen ist und entsprechende Kontrollen dann tatsächlich durchzuführen. Ein Beispiel für das letztere Vorgehen bietet das Telekommunikationsrecht: Nach § 79 Abs. 1 TKG gilt der Preis für die

⁴³⁶ Vgl. auch BT-Drs. 18/3395, 2.

⁴³⁷ Vgl. *Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt*, Monitoringbericht 2014, 149 ff., insb. 152. Vgl. auch BT-Drs. 18/3395, 5.

⁴³⁸ Zur Auferlegung von Universaldienstleistungen durch die Bundesnetzagentur vgl. § 81 TKG.

⁴³⁹ Vgl. auch *Rott*, VuR 2016, 3, 6.

⁴⁴⁰ Vgl. dazu *Daiber*, Wasserversorgung und Vergleichsmarktkonzept, NJW 2013, 1990 ff.

Universaldienstleistung nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 als erschwinglich, wenn er den realen Preis der Telefondienstleistungen nicht übersteigt, die von einem Privathaushalt außerhalb von Städten mit mehr als 100.000 Einwohnern zum 1. Januar 1998 durchschnittlich nachgefragt wurden. Dabei werden die zu diesem Zeitpunkt erzielten Leistungsqualitäten einschließlich der Lieferfristen und die bis zum 31. Dezember des jeweiligen Vor-Vorjahres festgestellte Produktivitätsfortschrittsrate berücksichtigt. Für den Verbraucher ist dies kaum ermittelbar,⁴⁴¹ für die Bundesnetzagentur schon. Die Bundesnetzagentur übt nach § 39 TKG bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht entweder eine Vormarktkontrolle aus oder reguliert Entgelte nachträglich.

Wird eine nur für die Regulierungsbehörde nachvollziehbare Formel gewählt, so müsste die Regelung prozedural gekoppelt werden mit der Anordnung der Rückerstattung zu viel geforderter Beträge.

Erwähnt sei bereits hier, dass das deutsche Recht in keinem der angesprochenen Rechtsgebiete Sonderregelungen für Haushalte trifft, die ganz oder teilweise von ALG II i.S.d. SGB II oder von Sozialhilfe i.S.d. SGB XII leben, etwa in Form von Sozialtarifen. Zuletzt hat der Gesetzgeber dies für Basiskonten explizit abgelehnt.⁴⁴² Vielmehr geht die Bundesregierung davon aus, dass mit dem Regelbedarf (derzeit 404 Euro für eine alleinstehende Person) alle Leistungen mit Ausnahme der Wohnung und der Heizung bezahlt werden können.⁴⁴³ Nach § 22 Abs. 1 SGB II⁴⁴⁴ werden die tatsächlichen Kosten der Unterkunft und Heizung anerkannt, soweit sie angemessen sind.⁴⁴⁵ Diese Kosten können auch direkt vom Grundsicherungsträger an den Vermieter bzw. an den Energieversorger überwiesen werden.⁴⁴⁶

Dass die innerhalb des Regelbedarfs für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insbesondere für Energie, angesetzten Beträge tatsächlich ausreichen, wird vielfach bezweifelt,⁴⁴⁷ ist aber nicht Gegenstand dieser Studie.

c) Schutz vor Kündigung und Versorgungssperre

Die Kündigung bzw. dieser vorausgehend die Versorgungssperre kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Verbraucher die Gegenleistung nicht erbringt, also seine Rechnung nicht oder nicht rechtzeitig bezahlt. Hier sehen die Vorschriften über die verschiedenen Dienstleistungen einige Schutzmechanismen vor. Im Einzelnen handelt es sich um Mindestzahlungsrückstände, Wartezeiten, Warnpflichten und Härtefallklausel. Diese werden kurz dargestellt, ehe ihre Wirksamkeit diskutiert wird.

⁴⁴¹ Vgl. nur die Erläuterungen bei Geppert/Schütz – Cornils/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 79 Rdnr. 3 ff.

⁴⁴² Vgl. BR-Drs. 537/15, 100 und 102 f.

⁴⁴³ Vgl. etwa die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum Thema Strompreise nach den Grundversorgungstarifen, BT-Drs. 18/3395, 7 ff.

⁴⁴⁴ Im Bereich der Sozialhilfe gilt § 35 Abs. 1 S. 1 SGB XII.

⁴⁴⁵ Vgl. dazu auch *Knickrehm/Rott*, Energetische Sanierung versus Sozialschutz: Zum Zusammenspiel von Mietrecht und SGB II, *Soziales Recht* 2015, 86, 89.

⁴⁴⁶ Bestehen bereits Energiekostenrückstände, die zu einer Unterbrechung der Energieversorgung berechtigen, soll im Rahmen der Sozialhilfe eine Direktüberweisung erfolgen, vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB XII.

⁴⁴⁷ Vgl. *Luschei*, Energiearmut: Wer sind die verletzlichen Verbraucher und wie viele gibt es?, in: Bala/Müller (Hrsg.), *Der verletzliche Verbraucher*, 2014, 85, 87 ff. und 90 ff. Vgl. auch *Fuchs*, Im Ruhrgebiet nimmt die Energiearmut zu, http://www.deutschlandradiokultur.de/stromsperren-im-ruhrgebiet-nimmt-die-energiearmut-zu.1001.de.html?dram:article_id=352082.

Selbstverständlich muss die Versorgung wieder aufgenommen werden, wenn die Zahlungsverpflichtung beglichen ist. In diesem Fall treffen aber den Verbraucher die Kosten der Sperrung und der Entsperrung.⁴⁴⁸ Im Strombereich können sich diese Kosten auf bis zu 150 Euro belaufen,⁴⁴⁹ was für das Budget eines Bezieher von ALG II eine erhebliche Belastung darstellt. Für das Basiskonto gilt dies nicht, weil das Gesetz hier keine Sperre, sondern die Kündigung vorsieht.⁴⁵⁰

aa) Schwellenwerte

In den Bereichen Strom, Telekommunikationsdienstleistungen und Basiskonten legt das Gesetz fest, dass der Verbraucher mit einem Mindestbetrag im Rückstand sein muss, bevor der Vertrag gekündigt bzw. ein Anschluss gesperrt werden kann. Bei Strom und beim Basiskonto beläuft sich dieser Mindestbetrag auf 100 Euro,⁴⁵¹ bei Telekommunikationsdienstleistungen auf 75 Euro.⁴⁵² Hier ist im Übrigen positiv anzumerken, dass der Gesetzgeber beim Basiskonto auf Wunsch des Bundesrats⁴⁵³ die Grenze von 100 Euro in § 42 Abs. 3 Nr. 2 ZKG aufgenommen hat, die im Regierungsentwurf nur als Regelfall für den Begriff „eines nicht unerheblichen Teils der dem kontoführenden Institut geschuldeten Entgelte oder Kosten“ erwähnt war.⁴⁵⁴

Bei Strom gilt dies allerdings nur für die Versorgung durch den Grundversorger. Dahinter steht wohl der Gedanke, dass ein Verbraucher, der von einem Drittanbieter nicht mehr versorgt wird, ja noch Anspruch auf die Versorgung durch den nach § 36 EnWG dem Kontrahierungszwang unterworfenen Grundversorger hat.

Für die Gasversorgung sieht § 19 Abs. 2 GasGVV keinen Schwellenwert vor. Dasselbe gilt nach § 33 Abs. 2 AVBWasserV für die Wasserversorgung. Ein vernünftiger Grund dafür ist in beiden Fällen nicht zu erkennen und findet sich auch nicht in den Verordnungsmaterialien. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, die 100 Euro-Grenze des § 19 Abs. 2 StromGVV könne auch bei der Gasversorgung „als Indiz herangezogen werden“.⁴⁵⁵ Da das Gesetz einen Schwellenwert auch nicht einmal generalklauselhaft erwähnt, kann damit allenfalls gemeint sein, dass sie bei der Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallregelung (dazu sogleich) herangezogen werden könnte. Dem Verbraucher nutzt eine solche eventuell denkbare Ableitung aus einem anderen Gesetz in einem Konflikt mit einem Gasversorger nicht. Hier sollte nachgebessert werden.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass jedenfalls bei einem Haushalt, der ganz oder teilweise von ALG II lebt und entsprechend keinen Puffer für unerwartete Ausgaben hat, die Nachzahlungspflicht für den Verbraucher von Strom oder Gas nach einem harten Winter die 100 Euro-Schwelle schnell überschreiten kann. Eine Rechnung über die Nachzahlung ist zwei Wochen nach ihrem Zugang fällig.⁴⁵⁶ In einem solchen Fall kann § 24 Abs. 1 SGB II⁴⁵⁷

⁴⁴⁸ Vgl. etwa § 19 Abs. 4 StromGVV; § 19 Abs. 4 GasGVV; § 33 Abs. 3 AVBWasserV; § 45k Abs. 5 TKG.

⁴⁴⁹ Vgl. etwa den Sachverhalt bei AG Hamburg-Harburg, VuR 2015, 475 (144,80 Euro). Im Jahre 2013 verlangten die Netzbetreiber im Durchschnitt 48 Euro nur für die Sperre, vgl. *Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt*, 143.

⁴⁵⁰ Vgl. § 42 Abs. 3 Nr. 2 ZKG.

⁴⁵¹ Vgl. § 19 Abs. 2 S. 4 StromGVV, § 42 Abs. 3 Nr. 2 ZKG.

⁴⁵² § 45k Abs. 2 S. 1 TKG.

⁴⁵³ Vgl. BR-Drs. 537/15(B), 14.

⁴⁵⁴ BR-Drs. 537/15, 107. Zur Kritik vgl. *Rott*, VuR 2016, 3, 7.

⁴⁵⁵ Vgl. *Danner/Theobald – Hartmann*, GasGVV § 19 Rn. 3.

⁴⁵⁶ Vgl. § 17 Abs. 1 StromGVV; § 17 Abs. 1 GasGVV.

⁴⁵⁷ Im Bereich der Sozialhilfe ist § 37 Abs. 1 SGB XII einschlägig.

eingreifen. Danach gewährt der Grundsicherungsträger dem Leistungsberechtigten ein Darlehen, wenn im Einzelfall ein vom Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts umfasster und nach den Umständen unabweisbarer Bedarf nicht gedeckt werden kann. Dies setzt freilich ein entsprechendes Verfahren voraus, das einige Zeit in Anspruch nehmen kann.

Bei Haushalten, deren Einkommen gerade über der Schwelle liegt, der zum sozialrechtlichen Leistungsbezug berechtigt, besteht die Möglichkeit des § 24 Abs. 1 SGB II nicht. Tatsächlich sind gerade diese Haushalte häufig von Energiearmut betroffen, da ihre Energiekosten eben nicht in tatsächlicher Höhe von einem Grundsicherungsträger übernommen werden.⁴⁵⁸

bb) Wartezeit

Stets erforderlich ist natürlich die Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung. Hinzu tritt bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse regelmäßig eine Frist, die der Dienstleister abwarten muss, bevor er die Leistung einstellen darf. Diese beträgt bei der Grundversorgung mit Strom und Gas vier Wochen,⁴⁵⁹ bei Telekommunikationsdienstleistungen und bei der Versorgung mit Wasser zwei Wochen.⁴⁶⁰ Die Kündigung eines Basiskontos setzt voraus, dass der Verbraucher mindestens drei Monate im Verzug ist, und auch dann gilt noch eine Kündigungsfrist von zwei Monaten.⁴⁶¹

Eine Wartefrist hilft freilich nur dann, wenn der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit hat, innerhalb der Wartefrist den fehlenden Betrag aufzutreiben. Dies ist bei einer vier- oder gar nur zweiwöchigen Frist bei einkommensschwachen Haushalten problematisch, selbst wenn – bei Leistungsberechtigten nach dem SGB II – ein sozialrechtlicher Anspruch besteht.

cc) Warnpflichten

Die Leistungseinstellung ist regelmäßig gesondert anzudrohen.⁴⁶² Allerdings kann diese Androhung zusammen mit der Mahnung erfolgen, die den Verzug auslöst.⁴⁶³

dd) Härtefallklausel

Bei der Versorgung mit Strom, Gas und Wasser ist die Einstellung der Leistung dann nicht zulässig, wenn sie bei Abwägung der beiderseitigen Interessen eine besondere Härte darstellt. Die Formulierungen unterscheiden sich im Einzelnen.

Nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromGKV und der Parallelvorschrift des § 19 Abs. 2 S. 2 GasGKV ist die Leistungseinstellung unzulässig, wenn die Folgen der Unterbrechung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen oder der Kunde darlegt, dass hinreichende Aussicht besteht, dass er seinen Verpflichtungen nachkommt.

§ 33 Abs. 2 S. 2 AVBWasserV verlangt, dass die Folgen der Einstellung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen *und* hinreichende Aussicht besteht, dass der Kunde seinen Verpflichtungen nachkommt.

⁴⁵⁸ Vgl. *Luschei*, in: Bala/Müller (Hrsg.), 85, 88.

⁴⁵⁹ Vgl. § 19 Abs. 2 S. 1 StromGKV; § 19 Abs. 2 S. 1 GasGKV.

⁴⁶⁰ Vgl. § 45k Abs. 2 S. 1 TKG; § 33 Abs. 2 S. 1 AVBWasserV.

⁴⁶¹ Vgl. § 42 Abs. 3 Nr. 2 ZKG.

⁴⁶² Vgl. § 19 Abs. 2 S. 1 StromGKV; § 19 Abs. 2 S. 1 GasGKV; § 33 Abs. 2 S. 1 AVBWasserV; § 45k Abs. 2 S. 1 TKG.

⁴⁶³ Vgl. § 19 Abs. 2 S. 3 StromGKV; § 19 Abs. 2 S. 3 GasGKV; § 33 Abs. 2 S. 3 AVBWasserV;

Beim Basiskonto ist eine Härteregelung nicht erforderlich, weil der Verbraucher nach der Kündigung andere Anbieter zur Verfügung hat, die ebenfalls dem Kontrahierungszwang unterliegen und einen Vertragsschluss nicht unter Verweis auf die Kündigung beim ersten Anbieter verweigern können.⁴⁶⁴ Das TKG enthält ebenfalls keine Härteregelung.

Wie schon zu Beginn der Studie dargelegt (supra, C. II. 1 a), haben die Härteregelungen jedenfalls kaum gerichtliche Relevanz erreicht, ihr Inhalt ist unklar und umstritten. Berichte aus der Praxis zeigen, dass es durchaus vorkommt, dass Verbrauchern bei Minusgraden die Heizung abgestellt wird⁴⁶⁵ oder dass einem Blinden, der auf elektrisch betriebene Hilfsmittel angewiesen war, oder einer älteren Dame mit einem 90 % behinderten Ehemann und einem 100 % behinderten Sohn der Strom abgestellt werden soll.⁴⁶⁶ Dies mag teilweise an der Unkenntnis von Härtefällen liegen, die aber auch wieder auf mangelndes Interesse aufgrund fehlender Sanktionen zurückzuführen sein kann.

ee) Bewertung der Regelung und Verbesserungsvorschläge

Betrachtet man die – erst seit 2012 verfügbaren – Statistiken von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zu Stromsperren, so zeigt sich, dass deren Zahl stetig ansteigt. Im Jahre 2013 wurden 7 Millionen Versorgungssperren angedroht, von denen 344.798 durchgeführt wurden.⁴⁶⁷ Betroffen waren ca. 800.000 Personen. Schätzungen zufolge waren zu etwa 60 % ältere Menschen betroffen.⁴⁶⁸ Die durchschnittlichen Stromschulden der Haushalte, die von einer Versorgungssperre betroffen waren, betrugen 105 Euro.⁴⁶⁹

Über die Zahl der Aufhebungen von Versorgungssperren liegen, soweit ersichtlich, keine Statistiken vor. Da aber mittlerweile nicht mehrere Millionen Deutsche ohne Strom und Gas leben, ist davon auszugehen, dass in einer Vielzahl der Fälle irgendwann die Versorgung wieder aufgenommen wird. Häufig wird dabei ein Darlehen des Grundsicherungsträgers eine Rolle spielen.

Zur Verbesserung der Situation ist an einigen Stellschrauben zu drehen. Bei alledem ist erneut daran zu erinnern, dass dort, wo Dienstleistungen von allgemeinem Interesse privatisiert wurden, private Unternehmen an die Stelle des Staats getreten sind. Damit darf für den Verbraucher kein Rechtsverlust einhergehen. Vielmehr müssen die privaten Unternehmen verpflichtet werden, so zu agieren, wie es auch eine Behörde tun müsste – nur eben effizienter. Tatsächlich sind es nach der Erfahrung der Verbraucherzentralen die privaten Versorger, die rigoros beim Überschreiten des Schwellenwerts mit einer Versorgungssperre reagieren, während die Stadt- und Gemeindewerke in der Regel nach anderen Lösungen suchen.

Ebenfalls zu erinnern ist an die EU-rechtlichen Vorgaben insbesondere der Richtlinie 2009/72/EG zum Schutz besonders schutzbedürftiger Verbraucher, deren hinreichende Umsetzung in Deutschland in Anbetracht des dargestellten Zusammenspiels von materiellem Recht und dessen (mangelnder) Durchsetzung erheblichen Zweifeln unterliegt.

Bereits angesprochen wurde die Rechtsunklarheit der Härteregelungen. Hier können durch klar verständliche Regelbeispiele sowie eine institutionelle Absicherung von deren

⁴⁶⁴ Vgl. Rott, VuR 2016, 3, 4.

⁴⁶⁵ Vgl. Peters, Strom und Gas für alle, 23 BAG-SB Informationen 2008, 56, 57.

⁴⁶⁶ Vgl. Bund der Energieverbraucher, Energieunrecht.

⁴⁶⁷ Vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, 142.

⁴⁶⁸ Vgl. Bund der Energieverbraucher, Die 1.000-Watt Lösung von Köln.

⁴⁶⁹ Vgl. Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, 142.

Erkennbarkeit unrechtmäßige Versorgungssperren vermieden werden, die – wegen der Fokussierung auf den Selbstschutz der Betroffenen mit zivilrechtlichen Mitteln⁴⁷⁰ und wegen des Fehlens öffentlich-rechtlicher Sanktionen für solche Verstöße – in aller Regel nicht geahndet werden⁴⁷¹ und beim Verbraucher zumindest zu Schaden in Höhe der Kosten für die Versorgungssperre und die Wiederaufnahme der Leistung führen. Im Übrigen sollten die Härteregelungen bei Strom, Gas und Wasser zumindest vereinheitlicht werden. Die Regelung des § 33 Abs. 2 AVBWasser ist angesichts der elementaren Bedeutung der Wasserversorgung für die tägliche Lebensführung⁴⁷² völlig unzureichend. Eine Härteregelung sollte auch für die Universaldienstleistungen im Telekommunikationsbereich eingeführt werden, schon weil z.B. chronisch Kranke darauf angewiesen sein können, Hilfe rufen zu können. Die Regelbeispiele und die Begünstigten können sich von einem Bereich zum anderen unterscheiden.

Hinsichtlich des Schwellenwerts wäre zunächst einmal klarzustellen, dass nur ein Zahlungsrückstand aus dem entsprechenden Versorgungsverhältnis zur Versorgungseinstellung führen kann und letztere nicht als Druckmittel zur Durchsetzung anderer Forderungen genutzt werden kann.⁴⁷³ Im Übrigen wäre auch für die Gasversorgung ein Schwellenwert einzuführen. Dessen Höhe sollte angesichts der Kostensteigerungen für Strom und Gas überdacht werden.

Notwendig erscheint weiter, dass institutionell sichergestellt wird, dass Verbraucher, die in Zahlungsrückstand in signifikanter Höhe geraten, Unterstützung erhalten. Hier kann zunächst an eine Beratungspflicht der Versorgungsunternehmen⁴⁷⁴ oder aber an eine Pflicht der Versorgungsunternehmen, den Verbraucher auf konkrete, für ihn zugängliche und vor allem kostenlose Beratungsangebote zu verweisen, gedacht werden. Einen Ansatz in diese Richtung zeigt der neue § 504a BGB, der bei dauerhafter Inanspruchnahme einer Überziehungsmöglichkeit eine Beratungspflicht des Kreditgebers vorsieht, was nach § 504a Abs. 2 BGB den Hinweis auf geeignete Beratungseinrichtungen einschließen kann.

Bei Verbrauchern, die sozialrechtlich leistungsberechtigt ist, muss eine Verzahnung mit dem Sozialrecht gewährleistet werden. Bemerkenswert ist insoweit die folgende Aussage des VG Freiburg (in Zusammenhang mit der Sperre der Wasserversorgung aufgrund einer dem § 33 Abs. 2 AVBWasserV nachgebildeten Regelung in einer kommunalen Satzung:

„Immerhin wäre daran zu denken, dass die Antragsgegnerin auch in ihre Überlegungen hätte einstellen müssen, ob es nicht angezeigt sein könnte, vor einer Einstellung der Wasserversorgung das Ergebnis der Prüfung des Jobcenters für den Landkreis L. abzuwarten“.

Damit Verbraucher nicht von einer Versorgungssperre betroffen werden, obwohl sie einen Anspruch entweder auf Übernahme der Kosten nach § 22 Abs. 1 SGB II oder auf ein Darlehen nach § 24 Abs. 1 SGB II haben, muss sichergestellt werden, dass der Grundversorger erstens den Verbraucher (in verständlicher Sprache) auf diese Möglichkeiten verweist und zweitens die Versorgung nicht unterbrechen darf, ehe nicht das sozialrechtliche Verfahren abgeschlossen ist. Die derzeitigen Wartezeiten sind dafür zu kurz.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu ausdrücklich die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum Thema Unfaire Geschäftspraktiken von Energieunternehmen, BT-Drs. 16/9656, 2.

⁴⁷¹ Verbraucher könnten einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB geltend machen.

⁴⁷² So das VG Freiburg, 4.9.2014, Az. 4 K 1748/14.

⁴⁷³ So jetzt LG Lübeck, VuR 2016, 238. Ebenso für die öffentlich-rechtlich ausgestaltete Wasserversorgung OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 140; VG Dresden, 17.4.2012, Az. 2 K 816/10; VG Magdeburg, 22.6.2012, Az. 9 A 166/11; VG Freiburg, 4.9.2014, Az. 4 K 1748/14.

⁴⁷⁴ Eine solche Pflicht hat die Bundesregierung bislang abgelehnt, vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum Thema Energiearmut erkennen und Lösungen anbieten, BT-Drs. 17/10582, 7.

Über die sozialrechtlich Leistungsberechtigten hinaus wäre zu überlegen, ob nicht für weitere Verbrauchergruppen, die von Energiearmut bedroht sind, Hilfsangebote speziell für den dauerhaften Zugang zu Strom und Gas eingeführt werden müssten, und sei es nur, um den EU-rechtlichen Vorgaben zu genügen. Diese müssten dann ebenfalls institutionell mit den verbraucherrechtlichen Vorschriften verzahnt werden.

2. Sicherheit

Die Privatisierung der Sicherheit betrifft gesellschaftlich eine Reihe von Bereichen bis hin zur vormals allein der Polizei obliegenden Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und zum Betrieb von Gefängnissen. Verbraucherrechtlich relevant ist die Privatisierung des Produktsicherheitsrechts seit dem sog. New Approach des EU-Rechts Mitte der 1980er Jahre. Echte staatliche Kontrolle im Sinne staatlicher Zulassungsverfahren besteht nur bei einigen hochriskanten Produkten, insbesondere bei Arzneimitteln.⁴⁷⁵ In den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerieten in der jüngeren Vergangenheit insbesondere unsichere und damit fehlerhafte Medizinprodukte wie Herzschrittmacher⁴⁷⁶ und Brustimplantate,⁴⁷⁷ für die keine staatlichen Zulassungsverfahren zu durchlaufen sind.⁴⁷⁸

Auch hier gilt es zunächst, auf das Konzept des Gewährleistungsstaats zurückzugreifen. Wenn der Staat Aufgaben der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit auf Private überträgt,⁴⁷⁹ dann muss er gewährleisten, dass diese die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig und im öffentlichen Interesse ausführen. Dafür besteht im EU-Produktsicherheitsrecht eine mehrschichtige Struktur, die in der Vergangenheit immer wieder überarbeitet wurde, um Fehlerquellen auszuschalten. Im Ausgangspunkt zeichnet sie sich dadurch aus, dass wesentliche Elemente sowohl der Normsetzung als auch Kontrolle der Normeinhaltung in der Hand (sachkundiger) Privater liegen.

Nach dem New Approach werden im Wege der Gesetzgebung selbst nur noch die grundlegenden Anforderungen an die Sicherheit von Produkten verankert, während der Weg zur Erreichung des geforderten Sicherheitsniveaus im Wesentlichen dem Hersteller überlassen wird. Ausgefüllt werden diese Sicherheitsanforderungen dann über „Mandate“ im Wege der technischen Normung durch private Normungsinstitutionen. Die Befolgung der so entstandenen Normen ist für den Hersteller nicht verpflichtend, sie führt aber dazu, dass die nationalen Marktüberwachungsbehörden zunächst davon auszugehen haben, dass das normkonform hergestellte Produkt sicher ist.⁴⁸⁰ Hersteller können also auch ein alternatives Sicherheitskonzept verfolgen, allerdings hat sich gezeigt, dass es in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, nationale Behörden davon zu überzeugen, dass die

⁴⁷⁵ Vgl. §§ 21 ff. AMG.

⁴⁷⁶ Dazu EuGH, Urteil vom 5.3.2015, verb. Rs. C-503/13 und C-504/13 *Boston Scientific Medizintechnik*, ECLI:EU:C:2015:148, m. Anm. Reich, EuZW 2015, 320; Reich, Fehlerhaftigkeit von Medizinprodukten, EuZW 2014, 898.

⁴⁷⁷ Dazu Rott/Glinski, Die Haftung der Zertifizierungsstelle im Produktsicherheitsrecht, ZEuP 2015, 192 ff.

⁴⁷⁸ Vgl. allg. Beyerbach, Studien mit gefährlichen CE-zertifizierten Medizinprodukten – Wer schützt die Patienten? – Teil 1, MPR 2015, 123 ff.

⁴⁷⁹ Mit „Übertragung“ ist hier nicht zwingend eine formale Übertragung gemeint, die Private zu Beliehenen machen würde.

⁴⁸⁰ Vgl. zum Ganzen Schepel/Falke, Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA, Bd. 1: Comparative Report, 2000; 22 ff.; Kapoor/Klindt, „New Legislative Framework“ im EU-Produktsicherheitsrecht – Neue Marktüberwachung in Europa?, EuZW 2008, 649 f.

erforderliche Sicherheit trotz Abweichung von der fraglichen Norm gewährleistet ist.⁴⁸¹ Flankiert werden die Regelungen durch das Produkthaftungsrecht, das Geschädigten einen Schadensersatzanspruch gibt, wenn unsichere Produkte Schäden verursachen, wobei der Fall der minderwertigen Brustimplantate der (insolventen) Firma PIP zeigt, dass auch im deutschen Recht nach französischem Vorbild eine Pflichtversicherung für Hersteller eingeführt werden sollte.

Prozedural soll die Konformität der Produkte mit den geforderten Sicherheitsstandards nach dem New Approach durch Konformitätsbewertungsverfahren sichergestellt werden. Der Hersteller selbst ist verpflichtet, die Konformität seines Produkts mit den Sicherheitsstandards der Richtlinie vor dem Inverkehrbringen zu überprüfen und nachzuweisen sowie das CE-Kennzeichen an seinen Produkten anzubringen. Die Ausgestaltung der Konformitätsbewertungsverfahren ist nicht einheitlich geregelt, sie ist insbesondere am mit dem jeweiligen Produkt verbundenen Gesundheitsrisiko ausgerichtet.⁴⁸²

Bei Produkten mit hohem Gefährdungspotential werden in die Kontrollstruktur Dritte eingebaut. Dies soll in aller Kürze am Beispiel der Medizinprodukte illustriert werden. Die Medizinprodukte-Richtlinie 93/42/EWG⁴⁸³ teilt Medizinprodukte in vier Klassen ein. Die Klassifizierungsregeln basieren auf der Verletzbarkeit des menschlichen Körpers und berücksichtigen die potentiellen Risiken im Zusammenhang mit der technischen Auslegung der Produkte und mit ihrer Herstellung. Während die Konformitätsbewertungsverfahren für Produkte der Klasse I generell unter der alleinigen Verantwortung des Herstellers erfolgen, da der Grad der Verletzbarkeit durch diese Produkte gering ist, ist für die Produkte der Klassen IIb und III, die ein hohes Gefahrenpotential darstellen, eine Kontrolle durch eine sog. benannte Stelle in Bezug auf die Auslegung der Produkte sowie ihre Herstellung erforderlich.⁴⁸⁴

Die „benannten Stellen“ werden von den Mitgliedstaaten benannt, nachdem in einem Benennungsverfahren ihre Kompetenz zur Konformitätsbewertung überprüft wurde.⁴⁸⁵ Die Mitgliedstaaten müssen hierfür eine Akkreditierungsbehörde einrichten, an die das EU-Recht wiederum bestimmte Anforderungen stellt, die zuletzt in der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten niedergelegt wurden. Mit dieser Regelung sollte zunächst erreicht werden, dass die öffentlich-rechtliche Aufsicht über die benannten Stellen funktioniert. Im Bereich der Medizinprodukte war dies wohl auch im Folgenden nur bedingt der Fall, weshalb mit der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Medizinprodukte-Verordnung⁴⁸⁶ erneut nachgesteuert werden soll. Die benannten Stellen sind grenzüberschreitend tätig, d.h. ein Hersteller kann eine „benannte Stelle“ aus einem anderen

⁴⁸¹ Instruktiv EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11 *Fra.bo SpA.*, ECLI:EU:C:2012:453, insb. Rn. 29 f. Vgl. auch *van Gestel/Micklitz*, European Integration through Standardization: How Judicial Review is Breaking Down the Clubhouse of Private Standardization Bodies, CMLRev 50 (2013), 145, 157.

⁴⁸² *Kapoor/Klindt*, EuZW 2008, 649, 650 f.

⁴⁸³ ABl. EG 1993, L 169/1; geändert durch Richtlinie 2007/47/EG, ABl. EG 2007, L 247/21; dazu *Klümper/Vollebregt*, Die wesentlichen Änderungen an der Medizinprodukterichtlinie 93/42/EG durch die Richtlinie 2007/47/EG, MPR 2008, 57 ff.

⁴⁸⁴ Dazu auch *Beyerbach*, MPR 2015, 123, 124 f.

⁴⁸⁵ Das vorgeschaltete Akkreditierungsverfahren wurde in Deutschland mit der MPG-Novelle von 2009, mit der die Richtlinie 2007/47/EG umgesetzt wurde, abgeschafft, weil es über die Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 über die Anforderungen an Akkreditierung und Marktüberwachung bei der Vermarktung von Produkten, ABl. EG 2008, L 218/30, hinausging.

⁴⁸⁶ Vorschlag für eine Verordnung über Medizinprodukte, KOM(2012) 542 endg.

Mitgliedstaat beauftragen und der Import-Mitgliedstaat muss dessen akkreditierte Expertise akzeptieren.

In dieser Studie soll der Fokus aber auf den benannten Stellen liegen, die als besonders fachkundige Dritte die Einhaltung der Sicherheitsstandards im Zertifizierungsverfahren gewährleisten sollen. Die Europäische Kommission fasste die Pflichten der „benannten Stelle“ in ihrem Bericht von 2003 wie folgt zusammen: „Will ein Hersteller die Konformitätserklärung für Produkte der Klassen IIa und IIb auf der Grundlage eines vollständigen Qualitätssicherungssystems abgeben, so müssen sich die benannten Stellen nicht nur vom Vorliegen einer vollständigen technischen Dokumentation überzeugen, die der Hersteller nach einem einheitlichen Probenahmeverfahren erstellt hat, sondern auch von der richtigen Anwendung des Qualitätssicherungssystems des Herstellers und der Richtigkeit und Angemessenheit der Angaben.“⁴⁸⁷ Stellt die „benannte Stelle“ fest, dass die Voraussetzungen zur Ausstellung vom Hersteller nicht oder nicht mehr erfüllt werden und dies nicht durch geeignete Abhilfemaßnahmen abgestellt wird, so muss sie unverzüglich ihre auf der Grundlage des Konformitätsbewertungsverfahrens erteilte Zertifizierung einschränken, aussetzen oder zurückrufen.⁴⁸⁸

Die besondere Bedeutung der benannten Stellen und ihre Prüfungstätigkeit resultiert nicht zuletzt daraus, dass die nach der Zertifizierung gestattete CE-Kennzeichnung nach Art. 4 (1) der Richtlinie 93/42/EWG die freie Zirkulierbarkeit der Produkte im EU-Binnenmarkt nach sich zieht: „Die Mitgliedstaaten behindern in ihrem Hoheitsgebiet nicht das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Produkten, die die CE-Kennzeichnung nach Artikel 17 tragen, aus der hervorgeht, daß sie einer Konformitätsbewertung nach Artikel 11 unterzogen worden sind.“ Insbesondere dürfen sie sie nach der Rechtsprechung des EuGH keiner Genehmigungspflicht unterwerfen.⁴⁸⁹ Grenzkontrollen sind damit unzulässig. Gerade bei Medizinprodukten, die für den Einsatz im Körper des Patienten bestimmt sind, ist damit die Nachmarktkontrolle durch die mit der Produktsicherheit betrauten Behörden schwierig.

Sind Medizinprodukte fehlerhaft, so haftet zunächst der Hersteller bzw. der EU-Importeur nach den produkthaftungsrechtlichen Vorschriften. Bei Massenschäden kann dieser allerdings finanziell überfordert sein. Hier ist zu beachten, dass gerade die Medizinprodukte-Branche sich dadurch auszeichnet, dass eine Vielzahl kleiner und mittelständischer Unternehmen am Markt aktiv ist.⁴⁹⁰ Hier wäre eine Produkthaftpflichtversicherung erforderlich, wie sie in Frankreich besteht.⁴⁹¹ Damit verbleibt freilich das Problem, dass das Produktsicherheitsrecht primär dem Schutz des Lebens und der Gesundheit dienen, Schäden also verhindern soll. Hierzu reicht die kompensatorische Wirkung des Produkthaftungsrechts nicht aus.

Die benannten Stellen treten nicht unmittelbar im Verhältnis zum Verbraucher auf. Nach h.M. kommen vertragliche Ansprüche, insbesondere aus dem Vertrag zwischen der benannten Stelle und dem Hersteller mit Schutzwirkung zugunsten der Patienten nicht in Betracht.⁴⁹² Es

⁴⁸⁷ KOM(2003) 386, 18 (Hervorhebung durch den Verf.).

⁴⁸⁸ Art. 16(6) der Richtlinie 93/42/EG, § 18 Abs. 1 MPG.

⁴⁸⁹ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 8.5.2003, Rs. C-14/02 *ATRAL SA gegen Belgien*, ECLI:EU:C:2003:265, zur Richtlinie 73/23/EWG über elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen.

⁴⁹⁰

⁴⁹¹ Nach der deutschen wie der französischen Rechtsprechung ist die französische Produkthaftpflichtversicherung auf Geschädigte mit Wohnsitz in Frankreich beschränkt, vgl. OLG Karlsruhe, GesR 2016, 363; LG Essen, 9.2.2015, BeckRS 2015, 11619; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 22.1.2015, No. 2015/21.

⁴⁹² Vgl. OLG Zweibrücken, GesR 2014, 163; LG Essen, BeckRS 2015, 11619. A.A. *Deutsch*, in: *Deutsch/Lippert/Ratzel/Tag, Kommentar zum Medizinproduktegesetz*, 2. Aufl. 2010, § 15 MPG Rn. 13.

bleiben deliktsrechtliche Ansprüche aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht (§ 823 Abs. 1 BGB) oder aus einer Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB). Ob diese bestehen und ob insbesondere die Pflichten der benannten Stellen dem Schutz der Patienten zu dienen bestimmt ist, ist umstritten. Deutsche Gerichte haben dies bislang abgelehnt,⁴⁹³ der BGH hat die Frage dem EuGH vorgelegt.⁴⁹⁴

Nach hier vertretener Ansicht ist die Frage sowohl *de lege lata* zu bejahen als auch die potentielle Haftung der benannten Stellen als Folge der Privatisierung der Sicherheitsstrukturen rechtspolitisch erforderlich. Die Schutzgesetzqualität der Vorschriften über die Pflichten der benannten Stellen ergibt sich bereits aus deren zentraler Stellung beim Inverkehrbringen von Hochrisikoprodukten,⁴⁹⁵ die die Kommission wie folgt beschrieb: „Die Konformitätsbewertung ist eine Grundvoraussetzung für das Vertrauen in die Fähigkeit des Regulierungssystems, Patienten und Bürger zu schützen. Es müssen alle nur erdenklichen Bemühungen zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus unternommen werden. Mängel bei der Konformitätsbewertung stellen die Glaubwürdigkeit des vorhandenen Regulierungssystems und die Fähigkeit der Behörden zum wirksamen Schutz der öffentlichen Gesundheit in Frage, selbst wenn nur eine geringe Zahl spezifischer Produkte betroffen ist.“⁴⁹⁶ Im Übrigen ist zu beachten, dass die Zertifizierung durch die Benannte Stelle, u. a. als Nachweis der Einhaltung der sicherheitsrechtlichen Vorschriften gegenüber der Marktüberwachungsbehörde dient, also naturgemäß deren Kontrolltätigkeit reduziert.

Die rechtspolitische Notwendigkeit ergibt sich aus der staatlichen Verpflichtung, den Verbraucher vor Schäden an Leib und Leben zu bewahren. Dies würde zwar auch mit der kompensatorisch wirkenden Haftung der benannten Stellen für Pflichtverletzungen im Rahmen der Konformitätsprüfung nicht unmittelbar erreicht. Das Haftungsrecht hat aber auch präventive Funktion, indem die drohende Haftung zur Einhaltung der Pflichten anregt. Dies gilt zwar auch schon für die den Hersteller treffende Produkthaftung. Knackpunkt des produktsicherheitsrechtlichen Systems bei Hochrisikoprodukten ist aber ja gerade, dass diesem die Kompetenz zur Selbstzertifizierung nicht allein zugetraut wird, sondern eben die Kontrolle durch die akkreditierten benannten Stellen für erforderlich gehalten wird.

Als Vorbild könnte hier die Haftungsregelung des § 11 Signaturgesetz dienen. Diese beruht ebenfalls darauf, dass es die Zertifizierung durch den Zertifizierungsdiensteanbieter (§ 2 Nr. 8 SigG) ist, die der qualifizierten elektronische Signatur diejenige Sicherheit verleiht, die es rechtfertigt, sie nach § 126 Abs. 3 i.V.m. § 126a BGB in ihrer rechtlichen Wirksamkeit mit der Schriftform des § 126 BGB gleichzustellen. Dabei ist zu beachten, dass die Gefahr einer unsicheren qualifizierten elektronischen Signatur lediglich in einem Vermögensschaden liegen wird, während es beim Produktsicherheitsrecht und Schäden an Leib und Leben geht, so dass im Produktsicherheitsrecht eine zur Schadensvermeidung anreizende Haftungsregelung erst recht erforderlich scheint.

⁴⁹³ Vgl. OLG Zweibrücken, GesR 2014, 163; LG Nürnberg-Fürth, MPR 2014, 14 m. Anm. *Handorn*; LG München I, 11.12.2013, Az. 9 O 10603/12; LG Karlsruhe, BeckRS 2015, 07880.

⁴⁹⁴ Vgl. BGH, VuR 2015, 268, m. Anm. *Rott*. Das Verfahren wird beim EuGH als Rs. C-219/15 *Elisabeth Schmitt v TÜV Rheinland LGA Products GmbH* geführt.

⁴⁹⁵ Ausf. *Rott/Glinski*, ZEuP 2015, 192, 203 f. Ebenso *Lippert*, in: Deutsch/Lippert/Ratzel/Tag, § 6 MPG Rn. 9. Offen gelassen bei Tonner/Tamm – *Nietsch*, § 21 Produzentenhaftung, Rn. 32a; A.A. *Beyerbach*, Haftung der Benannten Stelle für Mängel in der Medizinprodukteherstellung?, GesR 2015, 522, 525.

⁴⁹⁶ KOM(2003) 386, 16.

IV. Entwicklung von Gesellschaft und Markt

1. Von der Waren- zur Dienstleistungsgesellschaft

Das Verbraucherrecht war in seinem Ausgangspunkt produktivistisch ausgerichtet. Er orientierte sich am Kauf von Waren,⁴⁹⁷ an der Sicherheit von Produkten und an der Haftung für fehlerhafte Produkte. Schon in den 1970er Jahren begann allerdings der Übergang von der Waren- zur Dienstleistungsgesellschaft, auch als Tertiarisierung bezeichnet.

Das Verbraucherrecht hat diesen Wandel nur ansatzweise nachvollzogen. Nach wie vor ist die Produktsicherheit ausführlich, wenn auch nicht durchgängig effektiv (vgl. supra, III. 2.) geregelt, während Regelungen zur Sicherheit von Dienstleistungen fehlen. Dasselbe gilt für die Haftung. Versuche der EU-Kommission in den 1990er Jahren, den Vorschriften zur Produkthaftung solche zur Dienstleistungshaftung zur Seite zu stellen,⁴⁹⁸ scheiterten, der Richtlinienvorschlag wurde 1994 zurückgezogen.⁴⁹⁹ Seither wurde das Projekt trotz weiterer Diskussion⁵⁰⁰ nicht wieder aufgenommen.

Zwei Aspekte sind zu unterscheiden: die Leistungspflicht und die Haftung. Beim Werkvertrag liegt die Leistungspflicht in der Erreichung des geschuldeten Erfolgs. Bei Dienstleistungen, zu denen neben den Arbeitsverträgen insbesondere die Verträge mit den freien Berufen wie der Anwaltsvertrag, der Arztvertrag oder der Steuerberatervertrag, aber auch andere Verträge, bei denen ein Erfolg nicht zugesichert werden kann, etwa die Partnerschaftsvermittlung oder der Unterrichtsvertrag, wird die geschuldete Leistung dann, wenn die Dienstleistung in Person zu erbringen ist (§ 613 BGB), subjektiv bestimmt. Der Dienstverpflichtete hat dann diejenigen Dienste zu leisten, die er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf die Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu leisten imstande ist.⁵⁰¹ Im Übrigen muss ein objektiver Maßstab gelten, der aber mangels konkreter vertraglicher Regelung schwer zu bestimmen sein kann.

Die vertragliche Haftung für Mängel orientiert sich im Grundsatz am kaufrechtlichen Regime. Diesem stark angenähert ist seit jeher die Haftung für Werkmängel (§§ 633 ff. BGB) und mit Einschränkungen für Mängel der Mietsache (§§ 536 ff. BGB).

Für Dienstleistungsverträge fehlen entsprechende Regelungen im BGB. Hier wird auf den allgemeinen Schadensersatzanspruch des § 280 Abs. 1 BGB zurückgegriffen. Hier wird im Unterschied zur Bestimmung der Leistungspflicht, auf einen objektiven Standard zurückgegriffen.⁵⁰² Maßstab ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Probleme treten aber auch bei Werkverträgen auf, bei denen der Erfolg nicht eindeutig bestimmbar ist. Paradigmatisch sind Telekommunikationsverträge. Die Mobiltelefonie etwa setzt zweifellos voraus, dass Mobiltelefone nutzbar sind, dass also Netzempfang besteht. Allerdings ist auch klar, dass dies nicht überall in Deutschland der Fall ist. Wo liegt nun die Grenze zwischen mangelfreier und mangelhafter Leistung?⁵⁰³ Internetverträge sehen stets eine Datenübertragungsrate vor, die in der Regel mit einem „bis zu ...“-Wert angegeben wird. Klar

⁴⁹⁷ Vgl. Zimmermann, Service Contracts, V.

⁴⁹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, KOM(1990) 482 endg.; dazu Heinemann, Auf dem Wege zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991, 1193 ff.; zu medizinischen Dienstleistungen etwa Gaidzik, Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen - Eine medizinrechtliche Würdigung, JR 1992, 323 ff.

⁴⁹⁹ Vgl. KOM(1994) 260 endg.

⁵⁰⁰ Vgl. nur Magnus/Micklitz, Liability for the Safety of Services, 2006.

⁵⁰¹ Vgl. MüKo – Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 19.

⁵⁰² Vgl. MüKo – Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 21.

⁵⁰³ Vgl. zur Problematik der Verfügbarkeit etwa den Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg, 35.

ist, dass nicht zu jeder Zeit der Maximalwert geschuldet ist, aber auch, dass nicht bei einer angegebenen Datengeschwindigkeit von 25 Mbit/s der Vertrag nicht mit einem extrem niedrigen Wert von 64 kbit/s erfüllt werden kann. Eine Untersuchung der Bundesnetzagentur hat ergeben, dass es über alle Technologien, Produkte und Anbieter hinweg eine deutliche Diskrepanz zwischen der vertraglich vereinbarten Maximaldatenübertragungsrate und der tatsächlich realisierten Datenübertragungsrate gibt. Zudem wurde in einer Marktstudie deutlich, dass die Anbieter gar keine oder nur wenig belastbare Aussagen zur realisierbaren Datenübertragungsrate machen.⁵⁰⁴ Welcher Wert erfüllt noch die vertraglichen Vorgaben?

Der Vorschlag der Kommission über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sieht dieses Problem. Er formuliert, dass – wenig überraschend - von digitalen Inhalten in erster Linie das verlangt sei, dass sie dem entsprechen, was vertraglich vereinbart wurde. In den Fällen, in denen der Vertrag keine hinreichend klaren und umfassenden Vorgaben zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte enthält, müsse aber durch die Festlegung objektiver *Konformitätskriterien* sichergestellt werden, dass den Verbrauchern ihre Rechte nicht vorenthalten werden.⁵⁰⁵

Schwierigkeiten gibt es auch dann, wenn bei Handwerkerleistungen kein Festpreis, sondern ein Stundensatz vereinbart wird. Ab wann ist die Tätigkeit zu langsam, um noch vertragsmäßig zu sein?

Mangels Vorgaben, die die relevanten Standards definieren, hat der Verbraucher hier kaum eine Möglichkeit, gegen die mangelhafte Erfüllung der Leistung vorzugehen. Der Unternehmer hat es im Wesentlichen selbst in der Hand, seine Leistungspflicht über die Leistungsbeschreibung festzulegen. Auch die AGB-Kontrolle kann hier kaum weiterhelfen, fehlt es doch an einem dispositiven Recht, an dem Abweichungen (nach unten) i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gemessen werden könnten. Allenfalls die Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB greift hier ein. Diesem Problem kann nur durch gesetzgeberisches Eingreifen abgeholfen werden.

Die von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene und von der Bundesregierung im Bundestag eingebrachte Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt⁵⁰⁶ greift das Problem auf, setzt aber eben nur auf Transparenz. Anbieter von Telefon- und Internetdienstleistungen müssen ihre Kunden künftig vor Vertragsabschluss in einem übersichtlichen Informationsblatt über die wesentlichen Vertragsinhalte aufklären. Außerdem erhalten Verbraucher einen Rechtsanspruch auf Informationen zur konkreten Übertragungsrate. Einen Standard, bei dessen Unterschreitung ein Mangel vorliegt, sieht die Verordnung aber nicht vor.

Für die Festlegung von Qualitätsstandards für Dienstleistungen sind verschiedene Verfahren denkbar. Angesichts der Fülle von Dienstleistung bietet sich eine Delegation an. Soweit Dienstleistungen in den Tätigkeitsbereich einer Regulierungsbehörde fallen, könnte die Festlegung auf dieser Ebene stattfinden. Allerdings müssten die Verbraucherverbände in diesem Verfahren beteiligt werden. Denkbar ist im Übrigen eine Ko-Regulierung in Zusammenarbeit der jeweiligen Branchen mit den Verbraucherverbänden.⁵⁰⁷ Die Erfüllung

⁵⁰⁴ Vgl. dazu *Bundesnetzagentur*, Transparenzmaßnahmen.

⁵⁰⁵ Vgl. Erwägungsgründe (24) und (25) des Kommissionsvorschlags, KOM(2015) 634 endg.

⁵⁰⁶ BT-Drs. 18/8804.

⁵⁰⁷ Vgl. zu diesem Erfordernis auch *Spindler*, MMR 2016, 147, 152. Zur Ko-Regulierung im digitalen Binnenmarkt auch *Busch*, Towards a “New Approach” in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market, EuCML 2016, 197 f.; *Spindler/Thorun*, Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft - Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik, MMR-Beil. 2016, 1.

der so erarbeiteten Standards könnte mit einer Vermutungswirkung zugunsten der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ausgestattet werden.

2. Vom Spotgeschäft zum Dauerschuldverhältnis

Eine weitere wesentliche Entwicklung ist die vom Spotgeschäft zum Dauerschuldverhältnisse. Dauerschuldverhältnisse sind wiederum nicht neu, das BGB kennt den Mietvertrag und den Darlehensvertrag, um nur zwei Vertragstypen zu nennen.

Bei Dauerschuldverhältnissen stellen sich Fragen des Verbraucherschutzes nicht nur vor Vertragsschluss und in Bezug auf die Ordnungsmäßigkeit der Leistung, sondern auch hinsichtlich der Vertragsdauer bzw. –beendigung und hinsichtlich der Bedeutung bzw. der Folgen von Veränderungen während der Vertragslaufzeit. Letztere hat das auf Wettbewerb ausgerichtete EU-Verbraucherrecht in der Vergangenheit weitgehend vernachlässigt, denn wettbewerbsrelevant ist primär die Entscheidung des Verbrauchers für einen bestimmten Anbieter, also der Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. die Anbahnungsphase. Zu diesem Zeitpunkt ist aber eine fundierte Risikoabschätzung für die gesamte Laufzeit des Vertrags kaum möglich.⁵⁰⁸ Einen Anfang macht die Kommission jetzt mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.⁵⁰⁹

Bei Dauerschuldverhältnissen setzt Wettbewerb voraus, dass der Anbieter gewechselt werden kann, was wiederum impliziert, dass es eine Möglichkeit geben muss, sich im Wege der Kündigung vom bisherigen Anbieter zu lösen. Folgerichtig hat der EU-Gesetzgeber diese Wechsellmöglichkeit in den Blick genommen und einerseits in einer Reihe von Richtlinien zu regulierten Möglichkeiten das Recht auf Anbieterwechsel verankert,⁵¹⁰ andererseits die Höchstdauer von Verträgen mit fester Laufzeit reguliert.⁵¹¹

Außerhalb dieses Bereichs bleibt nur die Kontrolle durch das AGB-Recht. Dabei erfasst § 309 Nr. 9 BGB, der den Verbraucher vor überlanger vertraglicher Bindung schützt, nur Vertragsverhältnisse, die die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand haben und findet deshalb auf Gebrauchsüberlassungsverträge grundsätzlich keine Anwendung.⁵¹²

Das BGB sieht kaum allgemeine, d.h. vertragstypenübergreifende Regelungen für Dauerschuldverhältnisse vor. § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) und § 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) sind nicht dazu gedacht, die „normalen“ Probleme, die sich während eines Dauerschuldverhältnisses ergeben, zu lösen, sondern behandeln die Extremsituationen einer „schwerwiegenden“ Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, bei gleichzeitiger Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag (§ 313 BGB) bzw. der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist (§ 314 BGB).⁵¹³

⁵⁰⁸ Vgl. auch *Wiedemann/Wank*, Begrenzte Rationalität – gestörte Willensbildung im Privatrecht, JZ 2013, 340, 342.

⁵⁰⁹ Zu den für Dauerschuldverhältnisse relevanten Vorschriften vgl. nur *Spindler*, MMR 2016, 147, 152.

⁵¹⁰ Vgl. etwa Art. 3 (7) der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2009/72/EG; Art. 3 (3) der Gasbinnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG.

⁵¹¹ Vgl. Art. 30 (5) der Telekommunikations-Universaldienstleistungs-Richtlinie 2002/22/EG i.d.F. der Richtlinie 2009/136/EG.

⁵¹² Vgl. BT-Dr 7/3919, 37; BGH, NJW 2012, 1431.

⁵¹³ Vgl. nur BGH, ZIP 2014, 1382.

Nach der Rechtsprechung allerdings der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag über die Erbringung einer Leistung abschließt, grundsätzlich das Risiko, diese auf Grund einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können.⁵¹⁴ Eine Ausnahme gilt nur, wenn ihm aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, eine weitere Inanspruchnahme der Leistungen des anderen Vertragspartners nicht mehr zumutbar ist. Zu solchen Gründen gehört nach der Rechtsprechung eine Erkrankung und auch die Schwangerschaft, nicht aber ein berufsbedingter Umzug, den die Rechtsprechung in der Sphäre des Kunden bzw. Verbrauchers verortet.⁵¹⁵ Schwierigkeiten bereiten daher langfristige Dauerschuldverhältnisse im Zusammenhang mit der – nicht zuletzt aufgrund des in vielen Branchen schwierigen Arbeitsmarkts – gestiegenen Mobilität der Verbraucher.

Bei Immobilienkreditverträgen sind geänderte Umstände in gewisser Weise dadurch berücksichtigt, dass ein Kreditnehmer nach § 490 Abs. 2 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht unter Einhaltung der Drei-Monats-Frist des § 488 Abs. 3 S. 2 BGB hat, wenn seine berechtigten Interessen dies gebieten und seit dem vollständigen Empfang des Darlehens sechs Monate abgelaufen sind. Ein solches Interesse liegt insbesondere vor, wenn der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung der zur Sicherung des Darlehens beliehenen Sache hat. Dies wird wiederum bei einem Verkauf aus privaten Gründen (z.B. Ehescheidung, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Überschuldung, Umzug) ebenso wie bei der Wahrnehmung einer günstigen Verkaufsgelegenheit anerkannt, allerdings mit der Erwägung, dass der Kreditgeber dafür einen Ausgleich im Wege der Vorfälligkeitsentschädigung erhält.⁵¹⁶

Für Telekommunikationsverträge sieht mittlerweile § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG - als Reaktion auf die Verweigerung der Rechts zur außerordentlichen Kündigung eines DSL-Vertrags durch den BGH - ein Sonderkündigungsrecht (ohne zusätzliche Entschädigung) mit einer Frist von drei Monaten für den Fall vor, dass nach einem Wohnortwechsel die Telekommunikationsleistung am neuen Wohnort nicht angeboten wird. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf andere Verträge wie einen Fitnessstudiovertrag lehnte der BGH aber ab.⁵¹⁷

Auch externe Umstände wie eine weltweite Finanzkrise mit der Folge des massenhaften Verlusts von Arbeitsplätzen und damit Einkommen⁵¹⁸ oder auch eine extreme Niedrigzinsphase, wie sie derzeit vorherrscht, bildet das Recht nur unzureichend ab. Letztere bekommen freilich nicht nur Verbraucher zu spüren, die an langfristige, nach heutigem Stand höchst ungünstige Kreditverträge gebunden sind, sondern auch Banken und Bausparkassen, die langfristige Zinsversprechen gegenüber Sparern abgegeben haben. Interessant ist insofern allerdings die den Machtverhältnissen geschuldete unterschiedliche Behandlung beider Phänomene. Während nämlich dem Verbraucher beim Immobilienkreditvertrag das Gesetz ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht zugesteht, weil die Nutzung einer Niedrigzinsphase nicht im „berechtigten Interesse“ des Verbrauchers nach § 490 Abs. 2 BGB liegen soll,⁵¹⁹ und sogar die Nutzung eines nicht verfristeten Widerrufsrechts aufgrund

⁵¹⁴ Vgl. BGH, NJW-RR 2011, 916 (DSL-Vertrag); BGH, NZM 2016, 798 (Fitnessstudiovertrag).

⁵¹⁵ Vgl. BGH, NZM 2016, 798.

⁵¹⁶ Vgl. etwa BGHZ 136, 161.

⁵¹⁷ Vgl. BGH, NZM 2016, 798. Vgl. dazu auch *Link/Soergel*, Die außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudiovertrags nach § 314 BGB bei einem Wechsel des Wohnsitzes, NJOZ 2012, 2057 ff.

⁵¹⁸ Vgl. dazu *Domurath*, Consumer Debt and Contract Law – Protection from Over-indebtedness in EU Mortgage Law, 2016.

⁵¹⁹ Vgl. LG München I, WM 2004, 626; vgl. auch *Becher/Lauterbach*, Darlehenskündigung nach § 490 Abs. 2 BGB wegen günstigerer Zinskonditionen?, WM 2004, 1163 ff.

mangelhafter Belehrung rechtsmissbräuchlich sein soll,⁵²⁰ berufen sich die Banken und Bausparkassen auf ein Recht zur außerordentlichen Kündigung der für sie ungünstigen Sparverträge, womit sie auch – wiederum nach jahrelangen Rechtsstreitigkeiten – vor Gericht zum Teil Erfolg hatten.⁵²¹

Selbst der klassische Kaufvertrag wird zunehmend zum Dauerschuldverhältnis. Der Autokauf wird schon lange mit umfangreichen Garantien kombiniert, die angesichts der Kostspieligkeit von Reparaturen einen nicht unerheblichen Teil des Gesamtpakets ausmachen können. Neu ist aber vor allem die Digitalisierung der gekauften Ware, die entweder einen Teil der Nutzbarkeit dieser Ware ausmachen kann oder sogar die Nutzung der gekauften Ware von der dauerhaften Aufrechterhaltung digitaler Dienste abhängig machen kann.⁵²²

Beispiele für Waren, deren Nutzbarkeit im Nachhinein eingeschränkt wurden, sind der Videochat Skype, den Microsoft auf Smart-TVs nicht mehr anbietet, oder die Smart-TV-Funktionen einiger Multimediasysteme der Marke Philips nach dem Verkauf von Philips an Gibson.⁵²³

Ein Beispiel für das zweite Phänomen ist der sog. digitale Ziegelstein (*digital brick*). Gekaufte Geräte, etwa Steuerungssysteme für ein Smart Home, funktionieren nur solange, wie der Hersteller (und Serviceprovider) das System unterstützt.⁵²⁴ Der digitale Ziegelstein kann auch als Mittel zur Selbsthilfe genutzt werden, wenn etwa der Autohändler sich das Recht vorbehält, das Auto elektronisch stillzulegen, wenn eine Leasingrate nicht bezahlt wird.⁵²⁵

Hinsichtlich der Verbraucherrechte bei Dauerschuldverhältnissen ist die Rechtslage derzeit davon abhängig, welcher Vertragstyp vorliegt, was naturgemäß dazu führt, dass um die Zuordnung einzelner Verträge zu dem einen oder anderen Vertragstyp gestritten wird. Dies gilt nicht nur für die oben angesprochenen digitalen Produkte,⁵²⁶ sondern auch um gemischttypische Verträge wie den Fitnessstudiovertrag.⁵²⁷

Das Mietrecht kennt selbstverständlich die Kündigung, wobei die ordentliche Kündigung bei einem befristeten Mietvertrag ausgeschlossen ist und die Begrenzung der Vertragsdauer nach § 309 Nr. 9 lit. a) BGB keine Anwendung findet.

Das Dienstvertragsrecht ist zwar in § 621 BGB im Ausgangspunkt sehr flexibel, die Vorschrift ist aber vollständig abdingbar. Eine äußere Grenze zieht § 624 BGB, der bei Dienstleistungsverhältnissen, die für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen wurden, eine Kündigungsmöglichkeit nach fünf Jahren vorsieht. Allerdings sind nach dem bereits angesprochenen § 309 Nr. 9 lit. a) BGB AGB-Klauseln unwirksam, die für den anderen Vertragsteil eine längere Laufzeit als zwei Jahre vorsehen.

Im Kaufrecht finden sich gar keine expliziten Regelungen, was insoweit konsequent ist, als er ja als Spotgeschäft konzipiert ist. Vertragsmäßigkeit muss bei Gefahrübergang gegeben sein, anschließende Mängel, etwa durch die Abschaltung bestimmter Funktionen eines

⁵²⁰ Vgl. supra, D. I. 5. b).

⁵²¹ Zu Bausparkassen vgl. den Überblick bei *Mass/Kammerer/Specht*, Ist die Praxis der Bausparkassen, zuteilungsreife und nicht voll angesparte Bausparverträge zulasten der Bausparer zu kündigen, rechtmäßig?, *VuR* 2016, 297 ff. Zur Unzulässigkeit der Kündigung vgl. *OLG Stuttgart*, *VuR* 2016, 305.

⁵²² Vgl. etwa. *Wendehorst*, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb, in: *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, 45 ff., insb. 56 ff.

⁵²³ Vgl. *Nagel*, Wenn Elektronikprodukte einfach eingestellt werden, *Welt* N24 vom 22.7.2016.

⁵²⁴ Vgl. *Gilbert*, The Time that Tony Fadell sold me a Container of Hummus.

⁵²⁵ Vgl. *Wendehorst*, *NJW* 2016, 2609, 2612.

⁵²⁶ Vgl. supra, C. II. 1. c.

⁵²⁷ Vgl. nur die Nachweise bei *AG Brandenburg*, *NJOZ* 2016, 858.

Gegenstands könnten bei rein kaufrechtlicher Betrachtung nicht berücksichtigt werden.⁵²⁸ Eine Grenze setzt die Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Gefahrübergang, die dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses nicht gerecht wird.

Insofern scheint wiederum das Vorgehen der Kommission im Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte zutreffend, auch wenn die vorgeschlagene Lösung im Detail durchaus noch verbesserungswürdig ist.⁵²⁹ Die Kommission will zwei vertragliche Rechte (Änderung und Beendigung langfristiger Verträge) regeln, „die als problematisch erkannt wurden und derzeit nur Gegenstand der allgemeinen Bestimmung über die Prüfung der Missbräuchlichkeit in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sind.“⁵³⁰ Art. 16 sieht das Recht des Verbrauchers auf Beendigung langfristiger Verträge jederzeit nach Ablauf eines Zeitraums von 12 Monaten vor.

Art. 15 befasst sich mit der Zulässigkeit und den Folgen der Änderung digitaler Inhalte durch den Unternehmer und sieht u.a. vor, dass der Verbraucher im Falle einer Änderung, die seinen Zugang zu den digitalen Inhalten und ihrer Nutzung beeinträchtigen, den Vertrag innerhalb von 30 Tagen ab Zugang der (erforderlichen) Mitteilung über die Änderung den Vertrag beenden darf, ohne dass ihm hierdurch Kosten entstehen. Darüber hinaus hat der Unternehmer dem Verbraucher nach Art. 15 (1) lit. d) i.V.m. Art. 13 (2) lit. c) die technischen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat. Der Verbraucher ist berechtigt, die Inhalte unentgeltlich, ohne erhebliche Unannehmlichkeiten, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat wiederzuerlangen. Bereits für die Restlaufzeit bezahlte Beträge muss der Unternehmer nach Art. 15 (2) lit. a) zurückerstatten.

3. Neue Konsummodelle: Nutzen statt Kaufen

Das Modell des Nutzens statt Kaufens hat mehrere Hintergründe. Im Zuge der Nachhaltigkeitsdebatte wurde das Teilen, etwa von Kfz (*car sharing*) als Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung verstanden.⁵³¹ Daneben kann es natürlich die Kosten von Konsum senken, worin der Hintergrund etwa der Entwicklung von Teilzeit-Wohnrechtenmodellen zu sehen ist, oder diesen sogar gänzlich kostenlos gestalten, wie dies etwa bei Plattformen wie Leihdirwas.de der Fall ist. Ein weiteres Argument für Nutzen statt Kaufen kann darin liegen, dass mit der Nutzung auch der Service der Instandhaltung oder Aktualisierung miterworben werden kann. Ein Beispiel für dieses letztere Argument ist der Wandel der Geschäftsmodelle für Software, wo Software – alternativ zum Kauf - zum Nutzen angeboten wird,⁵³² mit dem Vorteil, dass sie ständig aktualisiert wird, auf allen Endgeräte genutzt werden kann und die Ergebnisse ubiquitär verfügbar sind. Der Preis wird entweder individuell kalkuliert, zum Beispiel anhand der Kriterien Anwenderkreis (Schüler, kleine Unternehmen, Behörden etc.),

⁵²⁸ Vgl. auch *Brütigam/Klindt*, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137, 1138.

⁵²⁹ Ausf. *Kodek*, Änderung von Leistungsmerkmalen und Vertragsbeendigung, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, 159, 165 ff.

⁵³⁰ KOM(2015) 634 endg.

⁵³¹ Vgl. *Loske*, Neue Formen kooperativen Wirtschaftens als Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung, in: Bala/Schuldzinski, Presuming und Sharing – neuer sozialer Konsum, 31 ff.; *Tils/Rehag/Glatz*, Carsharing – ein Beitrag zu nachhaltiger Mobilität, in: Bala/Schuldzinski, Presuming und Sharing – neuer sozialer Konsum, 85 ff.

⁵³² Beispiele für dieses Konzept sind Adobe Creative Cloud (<https://www.adobe.com/de/creativecloud.html>) oder Microsoft Office 365 (<https://products.office.com/de-de/compare-microsoft-office-products>).

Software-Produkt, Vertragslaufzeit oder Support-Intensivität. Oder es erfolgt eine Bezahlung abhängig von der tatsächlichen Nutzung.⁵³³ Eine Ausprägung dieser Nutzung ist das Cloud-Computing.

Die Tausch- oder Schenkökonomie existierte schon lange vor der Digitalisierung, sie wurde durch die Digitalisierung aber erheblich ausgeweitet.⁵³⁴ Wesentlicher Faktor sind dabei Plattformen, die Nutzern ermöglichen, mit anderen Nutzern (sogenannte C2C-Geschäfte) Eigentum aus der „analogen Welt“⁵³⁵ zu „teilen“, also es der Gegenseite zu leihen, zu vermieten oder es mit ihr gemeinschaftlich zu nutzen.

Im Vordergrund einer Studie zum Verbraucherrecht stehen aber diejenigen Gestaltungen, bei denen Leistungen gegen Geld erbracht werden oder Gegenstände vermietet werden. Hier ist die unterschiedliche Intensität der Nutzung Grundlage des Vertrags und nicht die Eigentumsübertragung. In Bezug auf die Vermietung von Gegenständen über Plattformen wird zu Recht angemerkt, dass der Begriff „sharing economy“ durch den der „rental economy“ ersetzt werden sollte.⁵³⁶

Das Folgeproblem lässt sich kurz damit skizzieren, dass es zwar ein Verbrauchsgüterkaufrecht gibt, aber kein Verbrauchermietrecht. Das Schutzsystem des Mietrechts ist auf den Mieter von Wohnraum ausgerichtet, für ihn besteht in den §§ 549 ff BGB ein Netz von Schutzmechanismen, das in wichtigen Bereichen als zwingendes Recht ausgestaltet ist. Für die Miete beweglicher Sachen gilt dies nicht. Auch für diese bietet das BGB Regeln an, die aber dispositiv sind und damit nur durch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen begrenzt werden. Dieses sieht wiederum in den Listen der §§ 308 und 309 BGB kaum explizite Regelungen vor, so dass es bei der für den Verbraucher mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbundenen Kontrolle anhand der Generalklausel des § 307 BGB bleibt. Die Erfahrungen mit den in allerlei Varianten vorkommenden Leasingverträgen, über deren rechtliche Einordnung man sich nach Jahrzehnten noch immer nicht einig ist,⁵³⁷ sind dabei wenig ermutigend.⁵³⁸

Hier müssten auch für den Bereich der Miete von beweglichen Sachen zwingende Schutzvorschriften eingefügt werden. Dasselbe gilt für die angesprochenen Verträge im IT-Bereich, die als Mietverträge zu qualifizieren sind.⁵³⁹

V. Europäisierung und Globalisierung

Auch die Europäisierung und Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen hat vielfältige Implikationen, von denen hier nur einige unmittelbar für den Verbraucher relevante

⁵³³ *Holtorf*, Cloud Computing – Ein Überblick (Teil 1), MPR 2013, 49, 50; *Heidrich/Wegener*, Sichere Datenwolken - Cloud Computing und Datenschutz, MMR 2010, 803.

⁵³⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, JZ 2014, 53, 57; *Widener*, Shared Spatial Regulating in Sharing-Economy Districts, Seton Hall Law Review 2015, 111, 120; *Leismann/Schmitt/Rohn/Baedeker*, Nutzen statt Besitzen. Auf dem Weg zu einer ressourcenschonenden Konsumkultur, 2012, 7; *Solmecke/Lengersdorf*, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy - Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, MMR 2015, 493 ff.

⁵³⁵ *Sørensen*, EuCML 2016, 15.

⁵³⁶ Vgl. *Miller*, Is Owning Overrated? The Rental Economy Rises, The New York Times vom 29.8.2014

. Vgl. auch *Graf von Westphalen*, AnwBl. 2016, 619, 627: „Also: Miete statt Kauf.“

⁵³⁷ Vgl. nur *Graf von Westphalen*, Vertragsrecht und Klauselwerke, Teil „Klauselwerke“, Leasing Rn. 24 ff.

⁵³⁸ Zum Carsharing etwa liegen erste Entscheidungen vor, vgl. BGH, NJW-RR 2011, 1144. Vgl. auch *Schulze*, Juristische Herausforderungen beim Car Sharing, BB 2013, 195 ff.

⁵³⁹ Ebenso *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2612. A.A. *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, A 57 f.

herausgegriffen werden sollen. Diese bestehen insbesondere in einer Vervielfachung des Angebots von Waren und Dienstleistungen einschließlich solcher, die dem Verbraucher aus dem lokalen Kontext möglicherweise bis dahin unbekannt waren (etwa weil sie nach nationalem Recht verboten waren), mit der Folge möglicherweise noch intensiverer Beratungspflichten, und in der Verkomplizierung der Rechtslage durch die Suche nach dem anwendbaren Recht bzw. den anwendbaren Rechtsordnungen. Hinzu tritt eine Anonymisierung des Angebots, denn selbstverständlich ist es dem Verbraucher nicht möglich, die insbesondere über das Internet agierenden Anbieter und deren Produkte oder Dienstleistungen in Augenschein zu nehmen. Letzteres ist allerdings nur ein gradueller Unterschied zu der Anonymisierung des Angebots, die auch auf dem nationalen Markt stattfindet.

1. Anwendbares Recht

Das offensichtliche erste Problem des ständig wachsenden grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs besteht darin, dass die skizzierte Rechtsunsicherheit durch die nicht immer eindeutigen Regeln des Internationalen Privatrechts bzw. durch die Anwendbarkeit einer fremden Rechtsordnung verschärft wird.

Hier schützt natürlich zunächst Art. 6 der Rom I-Verordnung den sog. passiven Verbraucher davor, des Schutzes durch das zwingende Verbraucherschutzrecht seines Wohnsitzstaats beraubt zu werden. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH in *VKI gegen Amazon* muss der Unternehmer, der eine Rechtswahlklausel zugunsten einer für den Verbraucher fremden Rechtsordnung in den Vertrag aufnimmt, zudem den Verbraucher auf diesen speziellen Schutz hinweisen.⁵⁴⁰ So soll verhindert werden, dass der Verbraucher im Irrglauben, keine Vorstellungen von der Rechtslage zu haben, sich nicht einmal auf den durch Art. 6 der Rom I-Verordnung vermittelten Mindestschutz beruft.

Allerdings sind wichtige Vertragstypen, insbesondere Personenbeförderungsverträge, nach Art. 6 (4) der Rom I-Verordnung von diesem Schutzsystem ausgenommen. In anderen Bereichen bestehen gar keine zwingenden Schutzvorschriften, insbesondere in dem immer wichtigeren Mietrecht außerhalb der Wohnraummietverträge⁵⁴¹ oder auch beim Online-Erwerb digitaler Güter, der keinen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB darstellt.⁵⁴² Hier schlägt die fehlende Regelung im nationalen Recht auf das Internationale Privatrecht durch: Die Rechtswahl ist unbeschränkt möglich. Hier hat der Verbraucher keine realistische Möglichkeit, etwaige Rechtsverstöße zu entdecken oder geltend zu machen.

An dieser Stelle führt dann auch der kollektive Rechtsschutz durch die Verbraucherverbände nicht weiter. Nach der Entscheidung des EuGH in *VKI gegen Amazon* gilt nämlich auch im Falle der Unterlassungsklage, dass die mögliche Verletzung eines Verbraucherschutzgesetzes nach der gewählten Rechtsordnung zu beurteilen ist. Die Rechtslage zu ermitteln und ihre Auslegung gegebenenfalls im Prozess mithilfe von Sachverständigengutachten zur Überzeugung des Gerichts nachzuweisen, stellt Verbraucherorganisationen vor schwierige Aufgaben, die sie allenfalls in seltenen Fällen bewältigen können.⁵⁴³ Im Übrigen werden rationale Unternehmer dort, wo es ihnen möglich ist, eine für sie günstige Rechtsordnung zur Anwendung bringen.

⁵⁴⁰ EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-191/15 *VKI gegen Amazon*, ECLI:EU:C:2016:612; vgl. dazu *Rott*, Das IPR der Verbraucherverbandsklage, EuZW 2016, 733 ff.

⁵⁴¹ Vgl. supra, D. IV. 3.

⁵⁴² Vgl. *Luna Serrano*, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 1 Rn. 33.

⁵⁴³ Vgl. etwa die Verbandsklage gegen Air Baltic, BGHZ 182, 24

2. *Intermediäre*

Aus der Perspektive des Verbrauchers führt dies zu einem drastisch erhöhten Angebot, das Chancen eröffnet, aber auch Informationsbedürfnisse schafft. Dies gilt nicht zuletzt in Bezug auf Aspekte des Produktionsprozesses, die sich in anderen Ländern, insbesondere außerhalb der EU, von denen in Deutschland unterscheiden, wie etwa der Einsatz von Kinderarbeit oder die Umweltstandards der Produktion.⁵⁴⁴

Um dem Verbraucher die Orientierung zu erleichtern, bieten Intermediäre ihre Dienstleistungen an. Diese existierten zwar schon immer auch auf nationalen Märkten, etwa in Form von Versicherungsvermittlern, ihre Bedeutung ist aber durch die europäische und internationale Öffnung der Märkte weiter gestiegen. Eine Reihe der EU-Rechtsakte, die sich mit Intermediären befassen, insbesondere die Versicherungsvermittler-Richtlinie und die MiFID-Richtlinien, zielen denn auch in erster Linie auf die Öffnung der Märkte und erst in zweiter Linie auf den Schutz der Verbraucher ab.

Strukturell ergeben sich dadurch keine Besonderheiten gegenüber Intermediären auf nationalen Märkten (vgl. dazu supra, D. II. 3.). Hinzu tritt allerdings wiederum die Frage nach dem Recht, das auf das Verhältnis zwischen dem Verbraucher und dem Intermediär Anwendung findet. Hier wird mangels eines Vertrags zwischen dem Verbraucher und dem Intermediär regelmäßig die Rom II-Verordnung zu Rate zu ziehen sein, und zwar auch dann, wenn nach deutscher Vorstellung möglicherweise ein Vertrag (zwischen Unternehmer und Intermediär) mit Schutzwirkung zugunsten des Verbrauchers vorliegt. Dann kommt gemäß Art. 4 (1) der Rom II-VO das Recht am Ort des Schadenseintritts zur Anwendung. Dieser Ort ist bei reinen Vermögensschäden mitunter schwer zu ermitteln. In Betracht kommen u.a. der Sitz des Geschädigten, der Ort seiner Vermögenszentrale, der Ort der zum Schaden führenden Entscheidung oder der Ort, an dem die schädigende Vermögensbewegung getätigt wurde, etwa der Abfluss von einem Bankkonto. Geklärt ist dies in der Rechtsprechung noch nicht.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ Dazu *Glinski*, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, 2010.

⁵⁴⁵ Vgl. ausf. *Halfmeier*, VuR 2014, 327, 328 ff.

E. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

1. Das 21. Jahrhundert stellt zahlreiche Herausforderungen an das deutsche Verbraucherrecht, die allerdings teilweise lediglich schon zuvor vorhandene Probleme akzentuieren und die Notwendigkeit von Lösungen verschärfen. Hierzu gehören

- ökonomische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, die gezeigt haben, dass das ursprüngliche Verbraucherleitbild der EU, an dem sich Gesetzgebung und Rechtsprechung orientiert haben, in seiner Pauschalität eine unzureichende Arbeitsgrundlage darstellt,
- technische Entwicklungen, insbesondere die Digitalisierung, die neue Produkte wie Waren mit eingebetteter Software und neue Dienstleistungen hervorgebracht hat, es Unternehmen gestattet, ihr Angebot in kürzester Zeit zu ändern, durch die Nutzung persönlicher Daten von Verbrauchern zu individualisieren und auf die Nutzung von Waren und Dienstleistungen durch Verbraucher selbst nach deren Erwerb noch Einfluss zu nehmen. Selbst die Rechtsberatung und die Rechtsdurchsetzung werden zunehmend automatisiert.
- die Privatisierung ehemals oder eigentlich öffentlicher Aufgaben, die zu neuen Feldern des Verbraucherrechts im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, aber auch zu einer Verschiebung oder einem Verlust von Verantwortlichkeiten für Grundbedürfnisse der Verbraucher geführt hat,
- die Entwicklung der Wirtschaft und von Konsummodellen von der Waren- zur Dienstleistungsgesellschaft, die Entwicklung vom Spotgeschäft hin zu langfristigen Vertragsbeziehungen und vom Kaufen zum Nutzen sowie
- die Europäisierung und Globalisierung von Produktion und Handel.

2. Das deutsche Verbraucherrecht hat auf diese Herausforderungen bisher unzureichend reagiert. Zu sehr verlässt es sich auf die Anpassungsfähigkeit insbesondere des BGB und auf die Lösung von Problemen durch die Gerichte im Wege der Anwendung von Generalklauseln insbesondere des AGB-Rechts. Die Gerichte haben diese Aufgabe in der Vergangenheit an- und wahrgenommen, die Klärung von Rechtsfragen hängt aber davon ab, dass überhaupt geeignete Fälle vorliegen, und nimmt Jahre in Anspruch.

3. Das deutsche Verbraucherrecht setzt seit jeher und noch immer auf Individualrechtsschutz. Kollektive Rechtsdurchsetzung ist weitgehend auf den präventiven Verbraucherschutz im Wege der Unterlassungsklage beschränkt. Sanktionen für die Verletzung von Verbraucherrecht fehlen weitgehend, der Anreiz zur Rechtsbefolgung hängt wesentlich von der Wahrscheinlichkeit ab, mit der Verbraucher eigeninitiativ ihre Rechte gegen Unternehmer durchsetzen. Dies gilt selbst dann, wenn eine Rechtsfrage bereits im Wege der Unterlassungsklage geklärt ist. Um dem Verbraucher dann noch eine Reaktionsmöglichkeit zu belassen, sollte die Verjährung von Individualansprüchen während der Anhängigkeit der Unterlassungsklage gehemmt sein.

4. Die Wahrnehmung von Rechten gegenüber Unternehmern hängt angesichts des damit verbundenen Aufwands und Risikos erheblich von der Handhabbarkeit und der Klarheit der Vorschriften ab. Rechtsklarheit sollte daher ein zentrales Leitbild der Gesetzgebung sein oder werden und schon dann Anwendung finden, wenn ein neues Problem erkennbar wird, sei es, weil bestimmte Praktiken bekannt werden oder weil bestimmte gesellschaftliche, technologische oder wirtschaftliche Entwicklungen sichtbar werden. Generalklauseln des AGB-Rechts sind dazu ungeeignet, denn der Unternehmer kann sich im Ausgangspunkt auf

den Vertrag berufen, während der Verbraucher die Missbräuchlichkeit einzelner Vertragsbestandteile argumentativ vertreten muss.

5. Angesichts der immer schnelleren technischen Entwicklung, die zu immer neuen Waren und Dienstleistungen, Konsummodellen und Vertragsgestaltungen führt, hinkt das Verbraucherrecht und der damit Verbraucherschutz der Wirklichkeit damit strukturell um Jahre hinterher. Auf neue Entwicklungen und auftretende Schwierigkeiten muss zügig reagiert werden. Dabei können auch Regulierungsinstrumente wie delegierte Rechtssetzung durch Regulierungsbehörden wie die Bundesnetzagentur oder die BaFIN oder Ko-Regulierung eingesetzt werden. Entscheidend ist dabei aber die Beteiligung der Verbraucherorganisationen.

6. Nicht jede Produkt-, Dienstleistungs- oder Vertragsgestaltung verfolgt einen legitimen Zweck. Häufig handelt es sich lediglich um eine Umgehung von Schutzvorschriften. Das Verbraucherrecht muss diesem Umstand dadurch Rechnung tragen, dass es nicht auf bestimmten Vertragstypen aufsetzt, sondern seinen Anwendungsbereich problemorientiert festlegt. Vorbilder sind etwa die Verbraucherkredit-Richtlinie, aber auch der Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.

7. Wirksamer Rechtsschutz erfordert die Orientierung an realistischen Verbraucherleitbildern. Dabei ist die Heterogenität der Lebens- und Rechtsbereiche ebenso anzuerkennen wie die Heterogenität der Verbraucher. Eine entsprechende Differenzierung der Schutzinstrumente ist im geltenden Recht bereits angelegt und sollte konsequent weiterverfolgt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass der Unternehmer nur soweit durch Typisierungen der Verbraucher und ihrer Eigenschaften geschützt werden muss, wie er die individuellen Fähigkeiten und Verhaltensweisen seines Gegenübers nicht kennt.

8. Informationspflichten erfüllen ihren Zweck nur bedingt, sie sind überall dort, wo der Verbraucher Risiken ausgesetzt ist, die er nicht selbst beherrschen kann, durch Erläuterungs- oder Beratungspflichten zu ergänzen, wobei gleichzeitig die Qualität dieser Erläuterungen und Beratung durch die Professionalisierung der entsprechenden Branchen und das Vermeiden adverser Anreize zu gewährleisten ist. Dies betrifft nicht nur Finanzdienstleistungen, sondern etwa auch die Immobilienbranche. Verstöße müssen eine Haftung nach sich ziehen, die gegebenenfalls über eine Pflichtversicherung abzusichern ist, wie das bei einigen Finanzdienstleistungen bereits der Fall ist.

9. In den Fällen, in denen Verbraucher trotz Information und gegebenenfalls Beratung Risiken ausgesetzt sind, die sie nicht beherrschen können, ist auf Produktregulierung zurückzugreifen. Dabei kann auf einer niedrigen Schwelle schon bei unerwünschten Risiken auf Produktstandardisierung, verbunden mit der Pflicht, Abweichungen vom Standard offenzulegen, zurückgegriffen werden, um einen „sicheren Bereich“ zu schaffen und es dem Verbraucher gleichzeitig deutlich zu machen, wenn er diesen verlässt.

10. Die Preistransparenz ist ein hohes Gut, das vor allem durch die Digitalisierung, aber auch durch die Koppelung von Waren und Dienstleistungen bedroht ist und durch auf dem Markt verfügbare Dienstleistungen wie Preisvergleichsportale, die ihrerseits nicht gesetzlich reguliert sind, nur unzureichend gesichert wird. Phänomenen wie dynamic pricing, vom Verbraucher nicht zu erkennender Preisdifferenzierung und Preisdifferenzierung ist daher ebenso wie verbraucherschutz- und auch wettbewerbsbeschränkender Koppelung frühzeitig durch gesetzgeberische Maßnahmen entgegenzutreten, statt etwa auf die Problemlösung durch Gerichte im Wege der Anwendung lauterkeitsrechtlicher Generalklauseln zu hoffen.

11. Insbesondere die Vervielfachung des Angebots im Internet und die damit einhergehende Anonymisierung, aber auch die Privatisierung von Sicherheitssystemen haben zu einer

Intermediarisierung durch Trust Services, Zertifizierungsstellen, Vergleichs- und Bewertungsportale oder Online-Plattformen geführt, die rechtlich weitgehend unregelt verläuft bzw. deren rechtliche Ausgestaltung die Intermediäre selbst im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen festlegen. Hier muss der Gesetzgeber Klarheit insbesondere über die Rechte und Pflichten der Intermediäre und über deren Verantwortung für die Dienstleistungen oder Waren, die sie vermitteln, empfehlen oder deren Qualität sie bestätigen, gegenüber dem Verbraucher schaffen. Im Falle von Empfehlungen oder Qualitätsbestätigungen müsste eine explizite Haftung eingeführt werden.

12. Ebenfalls regelungsbedürftig ist die Frage, ob bzw. welche persönlichen Daten, die der Verbraucher dem Unternehmer zur Nutzung überlässt, eine geldwerte Leistung darstellen; eine Frage, die die EU-Kommission jetzt mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte aufgegriffen hat.

13. Die Überführung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus der staatlichen Leistungsverwaltung in private Hände darf auf Verbraucherseite nicht zu einem Rechtsverlust führen, sondern muss durch Zuweisung entsprechender Verantwortlichkeiten an die privaten Leistungserbringer aufgefangen werden. Dabei soll nicht die staatliche Sicherung des Existenzminimums durch das Sozialrecht ersetzt werden; notwendig ist aber eine Verzahnung der privat- bzw. verbraucherrechtlichen Regelungen mit den sozialrechtlichen Vorschriften. Die empirischen Erkenntnisse über das bestehende System belegen, dass dies bisher nur unzureichend gelingt.

14. Neue gesetzliche Regelungen sind insbesondere in den aufgrund der Entwicklung von Gesellschaft und Markt immer wichtiger werdenden Bereichen erforderlich, die das BGB (von 1900) trotz zahlreicher Änderungen bisher nur rudimentär regelt. Die gilt für das Recht der Dienstverträge ebenso wie für Dauerschuldverhältnisse im Allgemeinen und Mietverträge (außerhalb des Wohnraummietrechts) im Besonderen. Gerade bei Dienstleistungen bietet sich dabei für die Etablierung von Qualitätsstandards das Instrument der Ko-Regulierung an, wobei im Bereich der regulierten Märkte die mit hoher Expertise ausgestatteten Regulierungsbehörden eine zentrale Rolle spielen könnten, aber stets die Beteiligung der Verbraucherorganisationen erforderlich ist. Verbraucherschutz ist auch in den angesprochenen Bereichen als zwingendes Recht auszugestalten.

15. Die Einführung zwingender Vorschriften für bisher nicht oder nur ansatzweise geregelte Vertragsverhältnisse ist auch mit Blick auf die Europäisierung und Internationalisierung des Rechts unerlässlich, da nur insoweit das Internationale Privatrecht in Gestalt der Rom I-Verordnung zumindest dem „passiven Verbraucher“ Schutz vor der Wahl einer ungünstigeren ausländischen Rechtsordnung gewährt. Darüber hinaus würde die Einführung zwingender Vorschriften die Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherorganisationen im Wege der Verbandsklage erleichtern, da sie in Verfahren gegen ausländische Unternehmer zumindest auf diese verlässlich rekurrieren könnten.

16. Über diese materiell-rechtlichen Fragen hinaus bleibt die Frage der Rechtsdurchsetzung von zentraler Bedeutung. Insofern bleibt der Hinweis, dass das geltende System der Rechtsdurchsetzung zu wenig Anreiz zu rechtstreuem Verhalten bietet und durch wirksamere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes wie einen Folgenbeseitigungsanspruch als Ergänzung der Unterlassungsklage oder Rückzahlungsanordnungen durch Behörden ergänzt werden sollte. In diesem Zusammenhang könnte das Bundeskartellamt nach dem Vorbild der Niederlande und Großbritanniens die Zuständigkeit für den kollektiven Verbraucherschutz erhalten.

Anhang: Bibliographie

Acar, Gunes/Eubank, Christian/Englehardt, Steven/Juarez, Marc/Narayanan, Arvind/Diaz, Claudia, The Web never forgets, Persistent tracking mechanisms in the wild, 2014, <https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent>.

Akerlof, George A., The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 1970, 488-500.

Appelt, Christian, Rechtliche Anforderungen an Bonuskartensysteme, *NJW* 2016, 1409-1413.

Arbeitsgemeinschaft Schuldnerberatung der Verbände (AG SBV), Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 02.10.2015, http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/18_wp/Zahlungskonten/stellung_agbv_refe.html.

Ayres, Ian, Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations, 104 *Harvard Law Review* (1991), 817-872.

Ayres, Ian/Schwartz, Alan, The No-Reading Problem in Consumer Contract Law, *Stanford Law Review* 2014, 545-609.

Bar-Gill, Oren, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, *Minnesota Law Review* 2008, 749-802.

Barta, Sebastian/Braune, Ulrike, Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts, *BKR* 2014, 324-330.

Baus, Christoph A., *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, 2004.

Becher, Johannes/Lauterbach, Michael, Darlehenskündigung nach § 490 Abs. 2 BGB wegen günstigerer Zinskonditionen?, *WM* 2004, 1163-1168.

Bechtold, Stefan, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts: Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts*, 2010.

Beenken, Matthias/Sandkühler, Hans-Ludger, Das Vermittlergesetz und seine Konsequenzen für die Branche, *RuS* 2007, 182-185.

Ben-Shahar, Omri/Posner, Eric A., The Right to Withdraw in Contract Law, *Journal of Legal Studies* 2011, 115-148.

Bergmann, Stefanie, Die EU-Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – eine lange Reise zum neuen Recht, *VuR* 2016, 43-52.

Bergmeister, Felix, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*, 2009.

Beyerbach, Hannes, Studien mit gefährlichen CE-zertifizierten Medizinprodukten – Wer schützt die Patienten? – Teil 1, *MPR* 2015, 123-132.

Beyerbach, Hannes, Haftung der Benannten Stelle für Mängel in der Medizinprodukteherstellung?, *GesR* 2015, 522-526.

Blocher, Walter, The next big thing: Blockchain – Bitcoin – Smart Contracts, *AnwBl.* 2016, 612-618.

van Boom, Willem, Netherlands, in: *Civic Consulting, Study on the application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the EU, Part 2 – Country Reports*, 188-215.

Boos, Carina, Datenweitergabe an und durch Spieleanbieter auf Facebook, VuR 2015, 92-98.

Borowski, Sascha, Der Widerruf des Verbraucherkredites - Gestaltungsmöglichkeiten des Verbrauchers im Kredit- und Kapitalanlagegesetz, BKR 2014, 361-366.

Braunschmidt, Florian, Der Widerruf im Bankrecht – Richtlinienkonforme Auslegung und Belehrungswirren, NJW 2014, 1558-1560.

Bräutigam, Peter/Klindt, Thomas, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137-1142.

Brinkmeier, Stephan, Kontrahierungszwang in der Wasserwirtschaft, 2002.

Brömmelmeyer, Christoph, Gläserner Vertrieb? – Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln in der Richtlinie (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb, RuS 2016, 269-277.

Buck-Heeb, Petra, Kreditberatung, Finanzierungsberatung, BKR 2014, 221-236.

Buck-Heeb, Petra, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen -- Verschärfungen durch die EuGH-Rechtsprechung und die Wohnimmobilienkredit-Richtlinie, BKR 2015, 177-186.

Buck-Heeb, Petra, Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung, NJW 2016, 2065-2070.

Bülow, Peter, Die Verwirkung des Widerrufsrechts, insbesondere beim Verbraucherkredit, in zivilrechtlicher Doktrin, WM 2015, 1829-1831.

Bund der Energieverbraucher, Energieunrecht, www.energieverbraucher.de/de/energieunrecht__2176.

Bund der Energieverbraucher, Die 1.000-Watt Lösung von Köln, www.energieverbraucher.de/de/sozialtarif__2421.

Bundesnetzagentur, Transparenzmaßnahmen, https://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Verbraucher/Vertragsfragen/Transparenz/Transparenz-node.html.

Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2014.

Bungeroth, Erhard, Die Rückabwicklung nach dem HWiG widerrufenen Immobiliarkredite, WM 2004, 1505-1511.

Bunte, Hermann-Josef, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln, ZIP 2016, 956-961.

Bürkle, Jürgen, Die Bedeutung der Information für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Verbraucherinteressen, EuZW 2006, 685-688.

Busch, Christoph, Towards a “New Approach” in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market, EuCML 2016, 197-198.

Busch, Christoph/Schulte-Nölke, Hans/Wiewiórowska-Domagalska, Aneta/Zoll, Fryderyk, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3-10.

Butenob, Matthias, Anmerkung, VuR 2015, 477-478.

Cain Miller, Claire, Is Owning Overrated? The Rental Economy Rises, The New York Times v. 29.8.2014, http://www.nytimes.com/2014/08/30/upshot/is-owning-overrated-the-rental-economy-rises.html?_r=1.

Canaris, Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner "Materialisierung, AcP 2000, 273-364.

Cichon, Caroline, Internet-Verträge, 2. Aufl. 2005.

Coester, Michael, Party Autonomy and Consumer Protection, euvr 2014, 170-177.

Colaert, Veerle, On the absence of peer-to-peer lending in Belgium, EuCML 2016, 182-184.

Daiber, Hermann, Wasserversorgung und Vergleichsmarktkonzept, NJW 2013, 1990-1995.

Danner, Wolfgang/Theobald, Christian, Energierecht, 89. Aufl. 2016.

Dautzenberg, Kirsti/Grasl, Katharina/Halm, Tatjana/Schulze, Anne, Buchungs- und Vergleichsportale – Die schwierige Suche nach dem günstigsten Preis, www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchung_preisvergleichsportale.pdf.

Deutsch, Erwin/Lippert, Hans-Dieter/Ratzel, Rudolph/Tag, Brigitte, Kommentar zum Medizinproduktgesetz, 2. Aufl. 2010.

Dick, Hans, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung. Der Einfluß von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbraucherverschuldung und zur Verbraucherinformation, 1995.

Dinges, Beate, Das Spannungsverhältnis zwischen Verbraucherschutz und Unternehmerrechten anhand des Haustürgeschäfts und des Fernabsatzvertrages vor dem Hintergrund der Systemfrage und der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, 2014.

Domurath, Irina, The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law, euvr 2013, 124-137.

Domurath, Irina, Consumer Debt and Contract Law – Protection from Over-indebtedness in EU Mortgage Law, 2016.

Dopheide, Niklas, Zahlen? Nein danke., Handelsblatt vom 26.11.2014, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/kredite-zahlen-nein-danke-/11031850.html>.

Duchstein, Michael, Die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehen, NJW 2015, 1409-1413.

Ehrhardt-Rauch, Andrea, Der Teilzeit-Wohnrechtevertrag, VuR 2002, 117-120.

Eidenmüller, Horst, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216-224.

Eidenmüller, Horst, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 2010, 67-104.

Eidenmüller, Horst, Why Withdrawal Rights?, ERCL 2011, S. 1-24.

Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard, Towards a Revision of the Consumer *Acquis*, Common Market Law Review 2011, 1077-1123.

Eifert, Martin, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998.

Eisenberg, Melvin Aron, Text Anxiety, Southern California Law Review 1986, 305-311.

Engel, Martin, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096-1100.

Engel, Martin/Stark, Johanna, Buttons, Boxes, Ticks, and Trust, in: Klaus Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2014, 107-123.

Engel, Martin/Stark, Johanna, Verbraucherrecht ohne Verbraucher?, ZEuP 2015, 32-51.

Ernst, Stefan, Zeitlich gebundene und zu reservierende Dienstleistungen im neuen Fernabsatzrecht (§ 312 g Abs. 2 Nr. 9 BGB), VuR 2015, 337-339.

Faust, Florian, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016.

Federhoff-Rink, Gerlind, Umweltschutz und Wettbewerbsrecht, 1994.

Feldhusen, Claire, „Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, BKR 2016, 441-450.

Feldmann, Eva, Anmerkung, VuR 2016, 229-230.

Fox, Dirk, Elektronische Gesundheitskarte, DuD 2010, 844.

Föhlisch, Carsten, Gütesiegel: Haftung gegenüber dem Verbraucher?, DuD 2004, 74-79.

Franck, Jens-Uwe, Bessere Kreditkonditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung?, ZBB 2003, 334–342.

Frese, Yorck, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090-2092.

Freytag, Christiane, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht, 2001.

Fries, Martin, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860-2865.

Fuchs, Andreas: Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 196 (1996), 313-394.

Fuchs, Richard, Im Ruhrgebiet nimmt die Energiearmut zu, http://www.deutschlandradiokultur.de/stromsperren-im-ruhrgebiet-nimmt-die-energiearmut-zu.1001.de.html?dram:article_id=352082.

Gaidzik, Peter W., Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen - Eine medizinrechtliche Würdigung, JR 1992, 323-328.

Gansel, Timo/Huth, Marko/Knorr, Alexander, Zur Verwirkung von Verbraucherschutzrechten am Beispiel des Widerrufs von Immobiliendarlehensverträgen, BKR 2014, 353-361.

Geppert, Martin/Schütz, Raimund, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013.

Gerecke, Martin, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185-3190.

van Gestel, Rob/Micklitz, Hans-W., European Integration through Standardization: How Judicial Review is Breaking Down the Clubhouse of Private Standardization Bodies, Common Market Law Review 50 (2013), 145-181.

Gigerenzer, Gerd/Schlegel-Matthies, Kirsten/Wagner, Gert G., Digitale Welt und Gesundheit. eHealth und mHealth – Chancen und Risiken der Digitalisierung im Gesundheitsbereich, Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016.

Gilbert, Arlo, The Time that Tony Fadell sold me a Container of Hummus, <https://arlogilbert.com/the-time-that-tony-fadell-sold-me-a-container-of-hummus-cb0941c762c1#.nwgvr2gi>.

Gläser, Isabel, Anwendbares Recht auf Plattformverträge – Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, 699-704.

Glinski, Carola, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, 2010.

Grundmann, Stefan/Bianca, Cesare M. (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002.

Grupp, Michael, Legal Tech – Impulse für Streitbeilegung und Rechtsdienstleistung, AnwBl. 2014, 660-665.

Grübler, Ulrike, Digitale Güter und Verbraucherschutz, 2010.

Hadfield, Gillian K./Howse, Robert/Trebilcock, Michael J., Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, Journal of Consumer Policy 1998, 131-169.

Hagen, Kornelia/Micklitz, Hans-W./Oehler, Andreas/Reisch, Lucia A./Strünck, Christoph, „Check Verbraucherpolitik und Verbraucherbeteiligung“ – Empfehlungen für eine evidenzbasierte Verbraucherpolitik, Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 2013, 61-66.

Halfmeier, Axel, Widersprüchliches Verhalten als opt-out aus dem Europäischen Verbraucherschutzrecht?, GPR 2005, 184-189.

Halfmeier, Axel, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Kapitalanlegern: Von Sydney lernen?, VuR 2014, 327-334.

Halfmeier, Axel, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, 2015.

Halfmeier, Axel/Rott, Peter/Feess, Eberhard, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht – Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, 2010.

Handorn, Boris, Anmerkung zu: LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 10.09.2013, Az. 11 O 3900/13, MPR 2014, 18-19.

Heidemann-Peuser, Helke, Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz, VuR 2002, 455-458.

Heiderhoff, Bettina, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht, ZEuP 2003, 769-788.

Heidrich, Jörg/Wegener, Christoph, Sichere Datenwolken - Cloud Computing und Datenschutz, MMR 2010, 803-807.

Heinemann, Klaus, Auf dem Wege zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991, 1193-1204.

Helmes, Markus, Verkehrstelematik und Versicherung: Technik – Datenschutz – Versicherungsprodukte, VersR 2015, 1096-1128.

Henning-Bodewig, Frauke, Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, GRUR 2015, 731-739.

von Herget, Harald/Reimer, Mathias, Rechtsform und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, DStR 1996, 1288-1294.

Herresthal, Carsten, Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung, EuZW 2014, 497-500.

Hodges, Christopher, Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques, ERPL 2015, 829-873.

Hoffmann, Jochen/Schneider, Stephan, Preisdiskriminierung bei Dienstleistungsbuchungen im Internet, EuZW 2015, 47-52.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, JZ 2014, 53-63.

Holtorf, Marc L., Cloud Computing – Ein Überblick (Teil 1), MPR 2013, 49-50.

Howells, Geraint, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, Journal of Law and Society 2005, 349-370.

Hörmann, Günter, Massenschäden in der Praxis – aus Sicht der Verbraucherzentralen, VuR 2016, 81-82.

Hufen, Friedhelm, Das geplante „Bestellerprinzip“ im Recht der Wohnungsvermittlung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, NZM 2014, 663-668.

Incardona, Rosella/Poncibò, Cristina, The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution, Journal of Consumer Policy 30 (2007), 21-38.

Inderst, Roman, Consumer Protection and the Role of Advice in the Market for Retail Financial Services, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2011, 4-21.

Iyengar, Sheena S./Lepper, Mark R., When Choice is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?, Journal of Personality and Social Psychology 2000, 995-1006.

Jacoby, Jacob/Speller, Donald E./Kohn, Carol A., Brand choice behavior as a function of information load, Journal of Marketing Research 1974, 63-69.

Jahn, David/Palzer, Christoph, Werbung gegenüber Kindern – „Dus“ and don'ts, GRUR 2014, 332-336.

Jolls, Christine/Sunstein, Cass R., Debiasing through Law, Journal of Legal Studies 2006, 199-241.

Kalss, Susanne/Lurger, Brigitta, Rücktrittsrechte, 2001.

Kapoor, Arun/Klindt, Thomas, „New Legislative Framework“ im EU-Produktsicherheitsrecht – Neue Marktüberwachung in Europa?, EuZW 2008, 649-655.

Katzenmeier, Christian, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2004, 2632-2633.

Käseberg, Thorsten, Verbraucherschutz als Teil der Marktordnung, Wirtschaftsdienst 2013, 33-38.

Kelbert, Florian u.a., State of Online Privacy: A Technical Perspective, in: Johannes Buchmann (Hrsg.), Internet Privacy, Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme, 2012, 189-279.

Kenning, Peter/Wobker, Inga, Ist der „mündige Verbraucher“ eine Fiktion?, zfwu 2013, 282-300.

Kieninger, Eva-Maria, Informationspflichten als Allheilmittel des Verbraucherschutzes? – Plädoyer für eine Dosisreduktion, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags 2012, Band II/1, Sitzungsberichte - Referate und Beschlüsse, München 2013, I 29- I 56.

Klimke, Dominik, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, RuS 2015, 217-225.

Klümper, Mathias/Vollebregt, Erik, Die wesentlichen Änderungen an der Medizinprodukterichtlinie 93/42/EG durch die Richtlinie 2007/47/EG, MPR 2008, 57-65.

Knauff, Matthias, Staatliche Benzinpreiskontrolle, NJW 2012, 2408-2413.

Knickrehm, Sabine/Rott, Peter, Energetische Sanierung versus Sozialschutz: Zum Zusammenspiel von Mietrecht und SGB II, Soziales Recht 2015, 86-98.

Koch, Raphael, Rechte des Unternehmers und Pflichten des Verbrauchers nach Umsetzung der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, JZ 2014, 758-764.

Kocher, Eva/Hensel, Isabell, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984-990.

Kodek, Georg E., Änderung von Leistungsmerkmalen und Vertragsbeendigung, in: Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, 159-172.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 34. Aufl. 2016.

Köhler, Helmut/Letl, Tobias, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Richtlinie, WRP 2003, 1019-1048.

Koopman, Christopher/Mitchell, Matthew/Thierer, Adam, Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change, Journal of Business, Entrepreneurship and the Law 2015, 529-545.

Korobin, Russell B./Ulen, Thomas S., Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 2000, 1051-1144.

Kotsoglou, Kyriakos, Subsumtionsautomat 2.0, JZ 2014, 451-457.

Kötz, Hein, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, in: Adolf Homburger/Hein Kötz (Hrsg.), Klagen Privater im öffentlichen Interesse, 1975, 69-102.

Krämer, Gerd, Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten, ZIP 1997, 93-100.

Kreutzer, Till, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2007.

Kroll-Ludwigs, Kathrin, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509-535.

Krüger, Ulrich, Das Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) – aktuelle Ansätze zum Verbraucherschutz in den USA, VuR 2016, 417-421.

Langhanke, Carmen/Schmidt-Kessel, Martin, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218-223.

Leismann, Kristin/Schmitt, Martina/Rohn, Holger/Baedeker, Carolin, Nutzen statt Besitzen. Auf dem Weg zu einer ressourcenschonenden Konsumkultur, 2012, https://www.boell.de/sites/default/files/Endf_NutzenStattBesitzen_web.pdf.

- Lensing, Burkhard, Gendiagnostik in der Versicherungswirtschaft, VuR 2009, 411-419.
- Lingemann, Stefan/Otte, Jörn, Arbeitsrechtliche Fragen der „economy on demand“, NZA 2015, 1042-1047.
- London Economics/VVA Consulting/Ipsos Mori, Consumer vulnerability across key markets in the European Union, 2016,
- Loske, Reinhard, Neue Formen kooperativen Wirtschaftens als Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung, in: Christian Bala/Wolfgang Schuldzinski (Hrsg.), Presuming und Sharing – neuer sozialer Konsum, 2016, 31-62.
- Lüdemann, Volker, Connected Cars – Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück, ZD 2015, 247- 254.
- Lusardi, Annamaria/Mitchell, Olivia S., The Economic Importance of Financial Literacy: Theory and Evidence, Journal of Economic Literature 2014, 5-44.
- Luschei, Frank, Energiearmut: Wer sind die verletzlichen Verbraucher und wie viele gibt es?, in: Christian Bala/Klaus Müller (Hrsg.), Der verletzte Verbraucher, 2014, 85-98.
- Luzak, Joasia, Online Disclosure Rules of the Consumer Rights Directive: Protecting Passive or Active Consumers?, EuCML 2015, 79-87.
- Magnus, Ulrich/Micklitz, Hans-W., Liability for the Safety of Services, 2006.
- Maier, Arne, Bankrecht 2015, VuR 2016, 208-222.
- Mak, Chantal, Fundamental Rights and Digital Content Contracts, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-06.
- Mak, Vanessa, The Myth of the ‘Empowered Consumer’: Lessons from Financial Literacy Studies, euvr 2012, 254-263.
- Mak, Vanessa, Private Law Perspectives on Platform Services, EuCML 2016, 19-25.
- Mak, Vanessa/Braspenning, Jurgen, Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law, Journal of Consumer Policy 2012, 307-332.
- Malhotra, Naresh K., Information Load and Consumer Decision Making, Journal of Consumer Research 1982, 419-430.
- Marly, Jochen/Jobke, Nils, BGH: Softwareüberlassung im ASP-Vertrag hat grundsätzlich mietvertraglichen Charakter, LMK 2007, 209583.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz-Kommentar, 77. Aufl. 2016.
- zur Megede, Ekkehard, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW 1989, 2580-2587.
- Meller-Hannich, Caroline, Zu einigen rechtlichen Aspekten der "Share-Economy", WM 2014, 2337-2345.
- Metz, Rainer, Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten, NJW 2012, 1990-1995.
- Metz, Rainer, Credit Scoring: Will our Digital Identity Replace the Real Person?, in: Kai Purnhagen/Peter Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation - Liber amicorum for Hans Micklitz, 2014, 635-650.
- Micklitz, Hans-W., Aschenputtel – eine Verbrauchergeschichte. Versuch einer Deutung, JVL 2013, 241-245.

- Micklitz, Hans-W., Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012.
- Micklitz, Hans-W., Die Versicherungsvermittlerrichtlinie, in: Harald Herrmann (Hrsg.), Reform des Versicherungsvertragsrechts, 2003, 173-194.
- Micklitz, Hans-W./Reich, Norbert, The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)": Too broad or not broad enough?, EUI Working Papers 2012/04, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20485/LAW_2012_04_ERPL_03.pdf.
- Miller, Stephen R., First Principles for Regulation the Sharing Economy, Harvard Journal on Legislation 2016, 147-202.
- Money-Kyrle, Rebecca, Collective Enforcement of Consumer Rights in the United Kingdom, in: Martin Schmidt-Kessel/Christoph Strünck/Malte Kramme (Hrsg.), Im Namen des Verbrauchers? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa, 2015, 45-80.
- Moritz, Hans-Werner, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, 257-263.
- Möllers, M.J./Popele, Mauritz Christopher, Paradigmenwechsel durch MiFID II: divergierende Anlegerleitbilder und neue Instrumentarien wie Qualitätskontrolle und Verbote, ZGR 2013, 437-481.
- Möllers, M. J./Kastl, Stephanie, Das Kleinanlegerschutzgesetz, NZG 2015, 849-855.
- Möstl, Markus, Wandel des Verbraucherleitbilds? Eine Positionsbestimmung aus lebensmittelrechtlicher Perspektive, WRP 2014, 906-910.
- Možina, Damjan, Retail business, platform services and information duties, EuCML 2016, 25-30.
- Müller, Edda, Verbraucherschutz und Deregulierung, WiVerw 2004, 65-73.
- Müller, Markus, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975-1980.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015; Bd. 4, 7. Aufl. 2016; Bd. 5, 6. Aufl. 2013.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2013.
- Namysłowska, Monika, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Kopplungsangeboten, NJW 2016, 340-3412.
- N.N., BGH präzisiert Verjährung auf exakt zehn Jahre, Süddeutsche Zeitung vom 29.10.2014, www.sueddeutsche.de/geld/urteil-zu-bearbeitungsgebuehren-bgh-praezisiert-verjaehrung-auf-exakt-zehn-jahre-1.2195475.
- N.N., Fitnessarmbänder: TK erwägt Belohnung von Bewegungsmessung, Spiegel online vom 22.8.2016, <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/tk-erwaegt-nutzung-von-fitnessarmaendern-zu-belohnen-a-1108870.html>.
- N.N., HRS manipuliert offenbar Ranglisten, Spiegel online vom 22.9.2016, <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/hotelbuchungsportal-hrs-manipuliert-offenbar-ranglisten-a-1113426.html>.
- N.N., IKEA-Preisvergleich, Konsument 7/2004, <http://www.konsument.at/heim-garten/ikea-preisvergleich>.

- N.N., Maas warnt Krankenkassen vor Zugriff auf Fitness-Apps, Zeit online vom 9.2.2016, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2016-02/datenschutz-krankenkassen-heiko-maas-fitness-armband>.
- N.N., Telefónica verkauft Bewegungsdaten ihrer Kunden, Badische Zeitung vom 23.9.2016, <http://www.badische-zeitung.de/wirtschaft-3/telef-nica-verkauft-bewegungsdaten-ihrer-kunden--127526252.html>.
- Noack, Ulrich/Kremer, Sascha, Professionelle Online-Dienste für Juristen, NJW 2006, 3313-3317.
- OECD, Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies, 2005.
- Oehler, Andreas, Neue alte Verbraucherleitbilder: Basis für die Verbraucherbildung?, JVL 2013, 234-240.
- Oehler, Andreas, Digitale Welt und Finanzen. Zahlungsdienste und Finanzberatung unter einer Digitalen Agenda, Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016.
- Oehler, Andreas/Reisch, Lucia A., Sie lebt! Zur Verbraucherbildung im deutschsprachigen Raum: Eine empirische Analyse, JVL 2012, 105-115.
- Peter, Markus, Power Seller als Unternehmer – zur Beweislast hinsichtlich der Unternehmereigenschaft von „Power Sellern“ und „Vielverkäufern“ bei Internetauktionen, ITRB 2007, 18-21.
- Peters, Aribert, Strom und Gas für alle, BAG-SB Informationen 2008, 56, 57.
- Piekenbrock, Andreas, Das Zahlungskonto für jedermann und sein Preis: Der Sonderfall der Sparkassen, WM 2013, 1925-1931.
- Pisuliński, Jerzy, Internet platforms under Polish law, EuCML 2016, 62-64.
- Pohle, Jan/Ammann, Thorsten, Über den Wolken ... - Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273-278.
- Rakoff, Todd D., Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, Harvard Law Review 1983, 1173-1284.
- Ranchordás, Sofia, Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2015, 413-475.
- Rehberg, Julia, Online-Partnervermittlungen – Probleme in der Praxis, VuR 2014, 407-413.
- Rehberg, Markus, Verbraucherleitbilder – Rechtsempirische Grundlagen, in: Fabian Klinck/Karl Riesenhuber, (Hrsg.), Verbraucherleitbilder: Interdisziplinäre und europäische Perspektiven, Berlin 2015, 33-52.
- Rehmke, Stephen/Tiffe, Achim, Widerruf von Immobiliendarlehen, VuR 2014, 135-142.
- Reich, Norbert, Zur Möglichkeit und Durchsetzung eines sog. Folgenbeseitigungsanspruchs im UWG und im AGB-Recht – das Flexstrom-Urteil des KG v. 27.03.2013 und die Folgen für unberechtigt geforderte „Energiespreisanpassungen“ durch die Versorger, VuR 2014, 247-251.
- Reich, Norbert, Fehlerhaftigkeit von Medizinprodukten, EuZW 2014, 898-900.
- Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W., Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003.

- Reiner, Günter, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP Band 203 (2003), 1-45.
- Reisch, Lucia A./Bücher, Daniela/Joost, Gesche/Zander-Hayat, Helga, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel, Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016.
- Reisch, Lucia A./Oehler, Andreas, Behavioral Economics: Eine neue Grundlage für die Verbraucherpolitik?, Vierteljahresheft zur Wirtschaftsforschung 3/2009, 30-43.
- Remmert, Frank R., Aktuelle Entwicklungen im RDG – Neue Geschäftsmodelle auf dem Prüfstand, BRAK-Mitt. 2015, 266-274.
- Research group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164-169.
- Riehm, Thomas, Das Ende der „Null-Prozent-Finanzierungen“, NJW 2014, 3692-3696.
- Rösler, Hannes, Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis, RabelsZ 71 2007, 495-526.
- Roßnagel, Alexander, Big Data – Small Privacy?, ZD 2013, 562-567.
- Roth, Ina, Umweltbezogene Unternehmenskommunikation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Saarbrücken 2000.
- Rott, Peter, Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten, 2000.
- Rott, Peter, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts, 2006, <http://download.ble.de/04HS033.pdf>.
- Rott, Peter, Risikohaftung der Banken für 'Schrottimmobilien': Anmerkung zu EuGH, Rs. C-350/03 - *Schulte* und C-229/04 - *Crailsheimer Volksbank*, GPR 2006, 25-28.
- Rott, Peter, Europäisierung des Rechts der Finanzintermediäre, EWS 2008, 21-32.
- Rott, Peter, Kreditvermittlung nach der Reform des Verbraucherkreditrechts, VuR 2008, 281-285.
- Rott, Peter, Download of copyright protected internet content and the role of (consumer) contract law, Journal of Consumer Policy 2008, 441-457.
- Rott, Peter, Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 2008, 1104-1113.
- Rott, Peter, The Right of Withdrawal in the Common Frame of Reference, European Business Law Review 2009, 212-226.
- Rott, Peter, Kollektive Klagen von Verbraucherverbänden in Deutschland, in: Matthias Casper/André Janssen/Petra Pohlmann/Reiner Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, 259-277.
- Rott, Peter, The user-provider relationship: Informed choice and user protection through private law, in: Markus Krajewski/Ulla Neergard/Johan van de Gronden (Hrsg.), The changing legal framework for Services of General Interest in Europe - Between Competition and Solidarity, 2009, 215-232.
- Rott, Peter, German Law on Family Suretyships: An Overrated System, in: Aurelia Colombi Ciacchi/Stephen Weatherill (Hrsg.), Regulating Unfair Banking Practices in Europe – The Case of Personal Suretyships, 2010, 253-275.

- Rott, Peter, A plea for special treatment of financial services in unfair commercial practices law, *euvr* 2013, 61-68.
- Rott, Peter, The adjustment of long-term supply contracts – Experience from German gas price case law, *ERPL* 2013, 717-745.
- Rott, Peter, Verbraucherschutz durch Kreditwürdigkeitsprüfung, *EWS* 2014, 201-204.
- Rott, Peter, Anmerkung, *JZ* 2014, 358-360.
- Rott, Peter, Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *BKR* 2015, 8-14.
- Rott, Peter, Anmerkung, *VuR* 2015, 30-32.
- Rott, Peter, Der „Durchschnittsverbraucher“ – ein Auslaufmodell angesichts personalisierten Marketings?, *VuR* 2015, 163-167.
- Rott, Peter, Anmerkung, *VuR* 2015, 268-272.
- Rott, Peter, Access to Basic Bank Accounts – Portugal as Front Runner in Europe, in: DECO (Hrsg.), *Estudos de Direito do Consumo - Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, 2016, 470-479.
- Rott, Peter, Claims Management Services – An Alternative to ADR?, *ERPL* 2016, 143-160.
- Rott, Peter, Behördliche Rechtsdurchsetzung in Großbritannien, den Niederlanden und der USA, in: Hans Schulte-Nölke, (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, erscheint 2016.
- Rott, Peter, Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, *VuR* 2016, 3-9.
- Rott, Peter, Improving consumers' enforcement of their rights under EU consumer sales law: *Froukje Faber*, *CMLRev.* 2016, 509-525.
- Rott, Peter, Das IPR der Verbraucherverbandsklage, *EuZW* 2016, 733-736.
- Rott, Peter, Endlich Zugang zum Bankkonto!, in: Ulrich Faber/Kerstin Feldhoff/Katja Nebe/Kristina Schmidt/Ursula Waßer (Hrsg.), *Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion*, Festschrift für Wolfhard Kohte, Baden-Baden 2016, 739-769.
- Rott, Peter: Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, erscheint in *Zeitschrift für Verbraucherrecht (VbR)* 2016.
- Rott, Peter/Glinski, Carola, Die Haftung der Zertifizierungsstelle im Produktsicherheitsrecht, *ZEuP* 2015, 192-210.
- Ruge, Reinhard, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004.
- Schebesta, Hanna/Purnhagen, Kai, The Behaviour of the Average Consumer: A little Less Normativity and a Little More Reality in the Court's Case Law? Reflections on Teekanne, *European Law Review* 2016, 590-598.
- Schepel, Harm/Falke, Josef, *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA*, Bd. 1: Comparative Report, 2000.
- Schmidt, Torsten, Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, *LKV* 2008, 193-198.
- Schmidt-Kessel, Martin/Germelmann, Claas Christian (Hrsg.), *Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe*, 2016.

- Schmidt-Kessel, Martin/Sorgenfrei, Ramona, Neue Anforderungen an die Umsetzung Verbraucherschützender Richtlinien, GPR 2013, 242-253.
- Schmolke, Klaus Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2015.
- Schnabl, Daniel, Juristische Online-Datenbanken im Lichte der Anwaltshaftung, NJW 2007, 3025-3030.
- Schneider, Winfried-Thomas, Zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge: Information, Beratung und Belehrung im Versicherungsvertragsrecht, RuS 2015, 477-489.
- Schönleiter, Ulrich, Das neue Recht für Versicherungsvermittler, GewArch 2007, 265-273.
- Schröder, Markus, Datenschutz als Wettbewerbsvorteil – Es ist an der Zeit!, ZD 2012, 193-194.
- Schufa Holding AG, Schufa Kredit-Kompass 2015, https://www.schufa.de/media/editorial/ueber_uns/dateien/studien_und_publicationen_1/SCH_UFA_Kredit-Kompass-2015_ANSICHT.pdf.
- Schulze, Hans-Jürgen, Juristische Herausforderungen beim Car Sharing, BB 2013, 195-202.
- Schürmbrand, Jan, Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, 168-178.
- Schuster, Fabian/Reichl, Wolfgang, Cloud Computing und SAAS, Was sind die wirklich neuen Fragen?, CR 2010, 38-43.
- Schwan, Ben, „Legal Techs“ wollen Verbraucherrechte durchsetzen, heise online v. 9.11.2016, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Legal-Techs-wollen-Verbraucherrechte-durchsetzen-3459872.html>.
- Schwintowski, Hans-Peter, Standardisierung auf den Versicherungsmärkten - Zurück in die Zukunft?, VuR 2014, 251-255.
- Schwintowski, Hans-Peter, Versicherungsvermittlung über Internetportale, VuR 2014, 370-376.
- Servatius, Wolfgang, Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe, ZfIR 2015, 178-189.
- Sik-Simon, Rita, Missbräuchliche Klauseln in Fremdwährungskreditverträgen – Klauselersatz durch dispositive nationale Vorschriften, EuGH Rs C-26/13 (Kásler) und *Kúria 2/2014*, euvr 2014, 256-261.
- Solmecke, Christian/Lengersdorf, Bonny, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy - Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, MMR 2015, 493-497.
- Sørensen, Marie Jull, Private Law Perspectives on Platform Services, EuCML 2016, 15-19.
- Spindler, Gerald, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze - Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147-153.
- Spindler, Gerald/Thorun, Christian, Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft - Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik, MMR-Beil. 2016, 1-25.

Stachow, Anke, Legal Tech Szene wächst in Deutschland, Soldan #insights vom 13.7.2016, <https://www.soldan.de/insights/legal-tech>.

Stadler, Astrid/Micklitz, Hans-W., Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559-562.

Stamenković, Vladimir/Michel, Roman-Raphael, Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht, VuR 2016, 132-141.

Staudenmayer, Dirk, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393-2397.

Sujecki, Bartosz, Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive, K&R 2012, 312-317.

Susskind, Richard/Susskind, Daniel, The Future of the Professions, 2015.

Taeger, Jürgen, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2015, NJW 2015, 3759-3766.

Tamm, Marina, Verbraucherschutzrecht: Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, 2011.

Terryn, Evelyne, The sharing economy in Belgium – a case for regulation?, EuCML 2016, 45-51.

Tiffe, Achim, Verbraucherpolitik im Bereich der Finanzdienstleistungen muss mehr sein als Bereitstellung von Information, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 78 (2009), 110-124.

Tiffe, Achim, Wie aktive Verbraucher Banken und Bausparkassen zunehmend unter Druck setzen, VuR 2015, 201-202.

Tils, Gabriele/Rehag, Regine/Glatz, Andreas, Carsharing – ein Beitrag zu nachhaltiger Mobilität, in: Christian Bala/Wolfgang Schuldzinski (Hrsg.), Presuming and Sharing – neuer sozialer Konsum, 2016, 85-111.

Tonner, Klau, Die neue Pauschalreiserichtlinie, EuZW 2016, 95-100.

Tonner, Klaus/Tamm, Marina, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016.

Trusted Shops, <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/trusted-shops-gmbh/Zwei-Drittel-der-Online-Haendler-schliessen-ihre-Kunden-aus/boxid/648685>.

Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vergleichsportale im Internet – Transparenz schaffen, Verbrauchertäuschung verhindern, 2013, http://www.verbraucherkommission.de/pb/site/Verbraucherkommission/get/documents_E-986042690/nanoportal-bw/PB5Documents/VK_Stellungnahme%20Vergleichsportale.pdf.

Verbrauchermonitor 2015 Baden-Württemberg, <http://www.verbraucherportal-bw.de/site/pbs-bw-new/get/documents/MLR.Verbraucherportal/Dokumente/Dokumente%20pdfs/Verbraucherschutz/Verbrauchermonitor/Verbrauchermonitor%202015%20Baden-Wuerttemberg.pdf>.

vzbv, Kosten für Basiskonten zu hoch, <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/kosten-fuer-basiskonten-zu-hoch>.

Wagner, Gerhard, Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights, Erasmus Law Review 2010, 47-70.

- Weatherill, Stephen, Who is the 'Average Consumer'?, in: Stephen Weatherill/Ulf Bernitz (Hrsg.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, 2007, 115-138.
- Weberstaedt, Jakob, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung? – Legal-Tech-Innovationen: Kein Objekt der Regulierung für Rechtsdienstleistungsrecht, *AnwBl.* 2016, 535-538.
- Weichert, Thilo, Datenschutz im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, *VuR* 2006, 377-384.
- Wenckebach, Johanna/Welti, Felix, Barrierefreier Zugang zu Waren und Dienstleistungen – ein Recht und seine Durchsetzung, *VuR* 2015, 209-216.
- Wendehorst, Christiane, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, *EuCML* 2016, 30-33.
- Wendehorst, Christiane, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb, in: Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, 2016, 45-87.
- Wendehorst, Christiane, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, 2016.
- Werner, Christina/Oehler, Andreas, Verbraucherbildung und Verbraucherberatung in der Altersvorsorge – Ein Überblick über deutsche und britische Initiativen, *DIW Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung* 3/2009, 125-143.
- Graf von Westphalen, Friedrich, Vertragsrecht und Klauselwerke, 38. EL 2016.
- Graf von Westphalen, Friedrich, Digitale Revolution – und das Recht glaubt, zu bleiben, wie es ist?, *AnwBl.* 2016, 619-627.
- Wicker, Magda, Vertragstypologische Einordnung von Cloud Computing-Verträgen, *MMR* 2012, 783-788.
- Widener, Michael N., Shared Spatial Regulating in Sharing-Economy Districts, *Seton Hall Law Review* 2015, 111-187.
- Wiebe, Andreas, Zur „ökologischen Relevanz“ des Wettbewerbsrechts – lauterkeits-rechtliche Grenzen der Umweltwerbung, *WRP* 1993, 798-812.
- Wiedemann, Herbert/Wank, Rolf, Begrenzte Rationalität – gestörte Willensbildung im Privatrecht, *JZ* 2013, 340-345.
- Wilhelmsson, Thomas, Misleading Practices, in: Geraint Howells/Hans-W.Micklitz/Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law*, 2006, 123-165.
- Wilhelmsson, Thomas, The Average European Consumer: a legal Fiction?, in: Thomas Wilhelmsson/Elina Paunio/Annika Pohjolainen (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, 2007, 243-268.
- Wölwer, Thomas, Zur Zulässigkeit der Werbung mit Umweltslogans und Umweltzeichen im deutschen und amerikanischen Recht, 1999.
- Zander-Hayat, Helga/Domurath, Irina/Groß, Christian, Personalisierte Preise, *SVRV Working Paper*, 2016.
- Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia A./Steffen, Christine, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403-409.

Zankiewicz, Christian, Die Tücken des Zinsezinseffekts: Privatanleger unterschätzen Verlustrisiken bei Finanzprodukten, DIW Wochenbericht 9/2014, 166-171.

Zimmermann, Reinhard, Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience, Current Legal Problems 2005, 415-489.

Zimmermann, Reinhard, Service Contracts, 2010.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen ist ein Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Er wurde im November 2014 vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, eingerichtet. Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen soll auf der Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Gestaltung der Verbraucherpolitik unterstützen.

Der Sachverständigenrat ist unabhängig und hat seinen Sitz in Berlin.

Vorsitzende des Sachverständigenrats ist Prof. Dr. Lucia Reisch.