

Gralf-Peter Calliess, Frankfurt am Main

Prozedurales Zivilrecht

Vertragsrecht als Verfassung der Konsumgesellschaft
– Bürgerrechte als Verfassung des Vertragsrechts

Vortrag anlässlich der 1. Bamberger Verbraucherrechtstage, 6.-8. Oktober 2004

Vor gut einem Jahr ist im Archiv für die civilistische Praxis ein Aufsatz erschienen, in welchem ich mich mit den Perspektiven des Verbrauchervertragsrechts nach der Schuldrechtsreform auseinandergesetzt habe.¹ Der leicht provozierende Unterton der dort vorgetragenen Kritik hat nun nicht nur – wie beabsichtigt – den einen oder anderen Leser zum Lachen verführt, sondern offensichtlich auch Irritationen bezüglich der Richtung hervorgerufen, in die der Verbraucherschutz in Zukunft fahren soll: zurück in die Siebziger Jahre und – nach erneutem Schlagen vergangener Schlachten – ins bürgerliche Formalrecht des 19. Jahrhundert? Oder was soll mit dem Stichwort „Prozedurales Verbrauchervertragsrecht“ gemeint sein? Ich möchte an dieser Stelle einen Präzisierungsversuch unternehmen.

Um Missverständnissen vorzubeugen, beginne ich zunächst mit einer Präzisierung des mir vorgeschlagenen Themas: „Prozeduraler Verbraucherschutz als Königsweg zwischen der Rückkehr zum Markt und dem verlorenen Traum vom Sozialstaat“. Der Begriff „Prozeduraler Verbraucherschutz“ ist nämlich leider schon vergeben, er steht für eine bestimmte Art von *Mitteln*, derer sich der Staat zum Schutz der Interessen der Verbraucher bedienen kann. Gemeint sind solche zwingenden Schutzvorschriften, die nicht den Inhalt eines Vertrages betreffen, sondern die insbesondere durch vorvertragliche Informationspflichten, „Cooling-Off Periods“ etc. sicherstellen wollen, dass der den Vertragsinhalt legitimierende *Konsens* trotz vermuteter struktureller Ungleichgewichtslagen zwischen Unternehmer und Verbraucher tatsächlich als *frei* gelten kann (*informed consent*). Im Hinblick auf die Funktion solcher Regeln, die Vertragsfreiheit nicht zu beschränken, sondern abzustützen und zu ermöglichen, werden diese auch als *facilitative law* bezeichnet. Solche Regeln haben insbesondere im Europäischen Vertragsrecht eine große Bedeutung, ihre Problematik scheint mir vornehmlich auf dem Gebiet der wirtschaftlich relevanten Rechtsfolgen der Nichterfüllung von Informationspflichten, der Ausübung von Widerrufsrechten, etc. zu liegen. Das Wichtigste zu diesem Thema ist

¹ AcP 203 (2003), 575-602

– *state of the art* – in dem von *Grundmann, Kerber* und *Weatherill* herausgegebenen Band „Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market“ versammelt.²

Wenn sich auch gewisse Verbindungslinien konstruieren lassen, so meine ich mit dem Begriff „Prozedurales Recht“ jedoch etwas ganz anderes.³ Ich werde deshalb in einem ersten Schritt in den Begriff „Prozedurales Recht“ einführen (1.), sodann einige Konsequenzen für ein „Prozedurales Vertragsrecht“ skizzieren (2.), um diese am Beispiel des Verbraucherschutzes im Fitness-Vertrag zu erläutern (3.).

1. Was ist Prozedurales Recht?

Unter Recht verstehe ich nicht eine Menge von Normen, sondern das Recht als Kommunikationssystem, also die Menge aller gesellschaftlichen Kommunikationen, die sich am Rechtscode rechtmäßig/rechtswidrig orientieren. Begreift man Recht in diesem Sinne als gesellschaftsweiten Diskurs, dessen Operationen sich alltäglich in einer Unzahl von Verhandlungen und Vertragsschlüssen, Klagschriften und Klagerwiderrungen, Urteilen, Berufungen und Revisionen, und nur ganz peripher auch in politischen Gesetzgebungsakten vollziehen, so verschiebt sich der theoretische Fokus vom materiellen auf das prozedurale Recht, welches die Selbstorganisation des Rechts als System einschließlich der Beziehungen zu seiner innergesellschaftlichen Umwelt, also zu den relativ autonomen Bereichen Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, Familie, Bildung, etc. betreffen. Prozedurales Recht ist dann „Rechtsverfassungsrecht“ im Sinne der aktuell beobachtbar gültigen Konstitution von „Recht-in-der-Gesellschaft“.

Weil sich Rechtskommunikation *in* der Gesellschaft vollzieht, geht die Theorie „prozeduralen“⁴ oder auch „reflexiven“⁵ Rechts davon aus, dass sich die Verfassung des Rechtssystems in Abhängigkeit von der Gesellschaft und ihren Problemen, vom Selbstverständnis der Politik und des Staates, vom Stand der Wissenschaft, den Produktionsweisen der Wirtschaft, etc. entwickelt. Im Anschluss an *Max Weber*, der die Entwicklung der westlichen Rechtssysteme in der Moderne als Umstellung von materialer auf formale Rationalität beschrieb, wobei er vor anti-formalistischen Tendenzen warnte,⁶ sowie an *Franz Wieacker*, der in den 1960er Jahren die Materialisierung des Privatrechts aufgrund eines veränderten „Sozialmodells“ des Rechts beschrieb,⁷ wird die Entwicklung des Rechts in der Gesellschaft in ein idealtypisches *Drei-Phasen-Modell* unterteilt, wonach das bürgerliche Formalrecht des 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert zunächst durch das materiale Recht des Sozialstaats

² Berlin, New York 2001

³ Vgl. zum folgenden *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999.

⁴ *Wiethölter*, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, *KritV* 1988, 1 ff.

⁵ *Teubner*, Reflexives Recht, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1982, 13 ff.

⁶ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Teil 2, Kap. VII (Rechtssoziologie) § 8, S. 503 ff.

⁷ *Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1963; *ders.*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 514 ff., 539 ff.

der Industriegesellschaft abgelöst wurde und gegenwärtig ein erneuter Umbruch in Richtung auf eine „Prozeduralisierung des Rechts“ beobachtet werden kann.⁸

Tabelle: Rationalisierung des Rechts

Staat	Problem	Medium	Rechtsform	Rationalität
Liberaler Staat	Gewalt	Macht	Konditionalprogramm	formal
Sozialstaat	Armut	Geld	Zweckprogramm	material
Präventionsstaat	Risiko	Wissen	Relationierungsprogramm	prozedural/ reflexiv

In diesem Entwicklungsmodell geht es *nicht* um eine gegenseitige Ersetzung der in der Tabelle angesprochenen Phänomene in der Realität, sondern um die Behauptung, dass das Rechtssystem zu einer bestimmten Zeit jeweils unter einem in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis dominanten *Rechtsparadigma* operiert, welches als implizites Bild von der Gesellschaft (Fremdbild) und der Rolle des Rechts in dieser Gesellschaft (Selbstbild) verstanden werden kann. Paradigmen sind dabei im Sinne von *Kuhn* eine Reihe von Hintergrundannahmen und Hintergrundgewissheiten, die von den Teilnehmern einer gesellschaftlichen Praxis geteilt und im Geltungsbereich des Paradigmas weder hinterfragt noch widerlegt, sondern nur im Zuge eines revolutionären *Paradigmenwechsels* abgelöst werden können. Der Gehalt solcher Paradigmen lässt sich deshalb nicht befriedigend definieren, sondern erschließt sich eher anhand von *Bildern* und *Beispielen*.⁹

⁸ Vgl. *Wiethölter*, *Proceduralisation of the Category of Law*, in *Joerges/Trubek* (Ed.), *Critical Legal Thought*, 1989, S. 501 ff.; *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999; weiterhin an der Diskurstheorie orientiert: *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992; *Eder*, *Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 155 ff.; *Maus*, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, 1992; an der Systemtheorie orientiert: *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989; *Willke*, *Ironie des Staates*, 1992; an der Postmoderne orientiert: *Ladeur*, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, 1992; *Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997; an der Institutionentheorie orientiert: *Schuppert*, *Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens*, AÖR 1989, S. 127 ff.; *ders.*, *Institutional Choice im öffentlichen Sektor*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 647 ff., *Hagenah*, *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996.

⁹ Dazu schon *Wiethölter*, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*, in: FS Kegel, 1977,

Das material-sozialstaatliche Rechtsparadigma rechtfertigt sich im Kern aus einer Kritik am formal-liberalen Rechtsparadigma, die mit dem Schlagwort „*the haves come out ahead*“ auf den Punkt gebracht werden kann. Danach reicht die infolge der Aufklärung verwirklichte Ausstattung aller Menschen mit den gleichen Rechten nicht aus, um eine materiell gerechte Gesellschaftsordnung zu verwirklichen. Denn die formale Gleichberechtigung reproduziert im Ergebnis lediglich die gesellschaftlichen Machtverhältnisse, solange nicht auch die faktischen Voraussetzungen der Ausübung der formal gleichen Rechte garantiert werden. Strukturell benachteiligte soziale Gruppen werden daher vom Sozialstaat *einerseits* mit Leistungsrechten ausgestattet, die auf eine Gewährung faktischer Gleichheit durch Umverteilung von Gütern zielen. In den gereiften Wohlfahrtsstaaten wird auf diese Weise jedes Jahr ungefähr die Hälfte des Volkseinkommens anhand sozialpolitischer Kriterien neu verteilt. *Andererseits* werden aber auch die Rechte nicht mehr gleich verteilt, sondern im Wege der positiven Diskriminierung sollen faktische Benachteiligungen schutzbedürftiger Gruppen wie etwa Arbeitnehmer, Mieter, Verbraucher, Frauen, Kinder, Behinderte, Ausländer etc. durch eine rechtliche Bevorzugung ausgeglichen werden.

Zu den Hintergrundgewissheiten dieses Paradigmas gehört, dass zwischen Staat und Gesellschaft unterschieden werden kann, dass der Staat relativ autonom über die Sozial- und Wirtschaftspolitik bestimmen kann (territorialer Nationalstaat), dass Wirtschaft und Wissenschaft sich grundsätzlich linear in einer Weise entwickeln, die unseren Kindern ein besseres Leben ermöglicht (Wachstums- und Fortschrittsglaube), dass in der Gesellschaft relativ klar abgrenzbare Interessengegensätze zwischen strukturell benachteiligten und sozial und wirtschaftlich mächtigen Gruppierungen ausgemacht werden können (Klassengesellschaft), dass solche Benachteiligungen durch staatliche Eingriffe kausal behebbar sind (Interventionsstaat), dass die Entwicklung der Gesellschaft rational politisch gestaltbar ist, wenn Politik „intelligent“ auf der Grundlage wissenschaftlicher Folgenabschätzung und Implementationsforschung betrieben wird (Planungsoptimismus), dass etwa anhand „moderner“ Theorien wie der Informations- und Transaktionskostenökonomik rational bestimmt werden kann, wann ein „Marktversagen“ vorliegt und welche gesellschaftlichen Ergebnisse bestimmte regulatorische Gegenmaßnahmen zeitigen werden etc.

Das so umrissene Paradigma ist in den vergangenen Jahrzehnten in eine multiple Krise geraten, die hier nur grob umrissen werden kann:¹⁰ Seit dem Ausgang der siebziger Jahre hat sich zunehmend gezeigt, dass wir trotz aller Gesetzesfolgenabschätzung überhaupt nicht wissen, ob, wie und warum Gesetze wirken. Sicher ist hingegen, dass gut gemeinte Interventionen des Gesetzgebers meistens nicht wirken wie geplant, gleichzeitig aber eine Vielzahl von nicht-intendierten Nebenfolgen und kontraproduktiven Effekten zeitigen. „Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungs-lärm?“¹¹ heißt das Rechtsrätsel, dessen Lösung aufgrund des Bedeutungsverlusts des

S. 213, 220 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, Kap. IX (Paradigmen des Rechts), S. 468 ff.

¹⁰ Ausführlich *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 60-82 m.w.N.

¹¹ *Teubner*, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Theorie Bd. XIII (1988), 45 ff.

Nationalstaats im Kontext der Globalisierung in den Bereich des Unmöglichen gerückt zu sein scheint (*Steuerungskrise des Rechts*). Die Flut von Maßnahmegesetzen und Zweckprogrammen mit unbestimmten Rechtsbegriffen hat zudem zu einer Erosion rechtsstaatlicher Grundfunktionen des Rechts geführt. Formale Gleichheit und Rechtssicherheit als Minimalvoraussetzungen von Gerechtigkeit sind abhanden gekommen, während der Rechtsweg im vermehrt politische Kontrollfunktionen wahrnehmenden Justizstaat dauerhaft verstopft ist (*Krise des Rechtsstaats*). Entscheidend ist schließlich eine Selbst-Delegitimation des Sozialstaats: an keiner Stelle ist nämlich zu beobachten, dass das Klientel der Schutzmaßnahmen tatsächlich in die Lage versetzt worden wäre, seine Rechte nunmehr auch faktisch gleichberechtigt *selbst auszuüben*. Die angestrebte Emanzipation aus den vorgefundenen gesellschaftlichen Machtverhältnissen in Ehe, Familie, Arbeitsleben etc. hat nicht zu mehr Selbstbestimmung, sondern lediglich zu einer Verlagerung der Machtbeziehungen in den *Paternalismus* advokatorischer Gruppenvertreter und staatlicher Fürsorgebürokratien geführt, und damit zu ganz neuartigen und perfiden Anpassungs- und Unterwerfungszwängen an in die sozialpolitischen Programme eingelassene Standards wie etwa das „Normalarbeitsverhältnis“ (*Krise des Sozialstaats*).¹²

Der Gehalt des neuen, prozeduralistischen Rechtsparadigmas lässt sich dagegen noch wenig klar umschreiben: Zwar ist die Diskussion um Paradigmen inzwischen reflexiv geworden, insofern diese ausdrücklich thematisiert werden. Aber ein Paradigma ist nicht einfach Gegenstand rationaler Konstruktion, sondern es entsteht inkrementell in einem evolutorischen Prozess, der sich als Gesamtbild erst im historischen Rückblick erschließt. Das *allererste Gebot* unter einem prozeduralen Rechtsparadigma kann allerdings wie folgt formuliert werden:

„Lasst Euch irritieren!“

Eine Theorie prozeduralen Rechts setzt voraus, dass Rechtswissenschaft sich einlässt auf die theoretischen Herausforderungen der neueren Wissenschaftstheorie, Philosophie und Soziologie, sich also durch Phänomene wie Zirkularität, Paradoxien, Selbstreferenz, Autopoiese und Dekonstruktion ernsthaft verunsichern lässt,¹³ und sich zugleich den praktischen Herausforderungen der gesellschaftlichen Pluralisierung und Vernetzung, der Entstaatlichung und Globalisierung stellt.¹⁴ Auf der Basis eines „radikalen Konstruktivismus“ werden Wissensprobleme und der Eigenwert inkompatibler Weltkonstruktionen in pluralen Rationalitätssphären in den Vordergrund gerückt. Gegen den allzu selbstgewissen Imperialismus ökonomischer (Effizienz), politischer (Wertverwirklichung) oder rechtlicher (Grundrechte) Maß-

¹² Zum Paternalismus-Vorwurf insbesondere am Beispiel feministischer Rechtstheorie *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 505-515.

¹³ Dazu *Wiethölter*, Recht-Fertigung eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 ff.; *Teubner*, Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, ebenda, S. 25 ff.

¹⁴ Dazu *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; *ders.*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 2003, 1 ff.; *Calliess*, Reflexive Transnational Law, *ZfRSoz* 2002, 185 ff.; *Santos*, Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization, and Emancipation, 2. Aufl. 2002.

stöße wird ein Plädoyer für Bescheidenheit und Selbstbeschränkung gerichtet, das neben potentielltem Marktversagen auch die Phänomene des Politik- und Rechtsversagens reflektiert.

Die normativen Implikationen des prozeduralen Rechtsparadigmas möchte ich anhand einiger Zitate beleuchten. Nach *Jürgen Habermas* verändert das sozialstaatlich materialisierte Recht

„Lebenslagen und Machtpositionen in der Weise, dass sich der Ausgleich von Situationsnachteilen mit Bevormundungen verbindet, die die beabsichtigte *Autorisierung* zum Gebrauch der Freiheit in *Betreuung* verkehren. [502] ... Indem es Gerechtigkeit auf *distributive* Gerechtigkeit reduziert, verfehlt es den freiheitsverbürgenden Sinn legitimer Rechte. [504] ... Der ... Fehler ... liegt darin, ... Rechte an Güter zu assimilieren, die man aufteilen und besitzen kann. Ebensovwenig sind Rechte kollektive Güter, die man gemeinsam verzehrt; Rechte lassen sich nur „genießen“, indem man sie *ausübt*. [505] Solange diese kolonisierenden Abhängigkeiten nicht überwunden werden, geht eine noch so wohlmeinende Politik der „begünstigenden Diskriminierung“ in die falsche Richtung; denn sie unterdrückt die Stimmen derer, die allein sagen könnten, was die jeweils relevanten Gründe für eine Gleich- bzw. Ungleichbehandlung sind. [507] ... Auch die feministischen Avantgarden verfügen nicht über ein Definitionsmonopol. ... Dieser Streit um die Interpretation von Bedürfnissen kann nicht an Richter und Beamte, nicht einmal an den politischen Gesetzgeber delegiert werden. [514]“¹⁵

Rudolf Wiethölter führt unter dem Zwischentitel „Skepsis-Verheißungen“ aus:

„Meine Vision, als produktive Utopie: Rechtsverfassungsrecht! ... Es geht um ...: 1) Das bürgerlich wie antibürgerlich unerledigte nachfeudalistische Sachprojekt „Reziprozität“; hier geht es um Verklammerungen ... von abhängigen Unabhängigkeiten ..., die Kants „Selbständigkeit“ ... ablösen; 2) die nur methoden-theoretisch zu entkrampfende „Unparteiliche Parteilichkeit“ ... allen Rechts; hier geht es um Einlassungen auf/ Zulassungen von Autonomien (alias Freiheiten, Erfahrungen und Eigensinnen usw.) unter vorbehaltenen Kontrollen (Maßstäben, Foren, Verfahren). ... Rechtsverfassungsrecht ist „Prozeduralisierung“, „Recht-Fertigung“, ein Produktionsprinzip für „positives als richtiges Recht“, ..., immer „gerichtet“ auf mitgeführte Vermeidungen vor allem von „Eigen-(Rechts-)Versagen“.¹⁶

Die sich aufdrängende Frage „*Can Law be Emancipatory?*“ beantwortet der portugiesische Rechtssoziologe und Mitbegründer des Weltsozialforums *Boaventura de Sousa Santos* am Ende seiner ein halbes Tausend Seiten umfassenden Suche nach einem neuen Rechtsparadigma („*Toward a New Legal Common Sense*“) wie folgt:

„... the question ... turns out to be as profitable as inadequate. After all, law can be neither emancipatory nor non-emancipatory; emancipatory or non-emancipatory are the movements ... that resort to law to advance their struggles.“¹⁷

¹⁵ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992

¹⁶ *Wiethölter*, Recht-Fertigung eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 13 ff., 18.

¹⁷ *Santos*, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2. Aufl. 2002, S. 495; das Kapitel „*Can Law be Emancipatory*“ ist auch erhältlich unter: <http://www.geocities.com/relaju/souzasantos.htm>

2. Prozedurales Vertragsrecht als Verfassung der Konsumgesellschaft

Nach dieser Einführung in das prozedurale Rechtsparadigma dürfte dem einen oder anderen Zuhörer der Gemeinpruch, „Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“¹⁸, auf der Zunge liegen. Kann man aus der Theorie prozeduralen Rechts überhaupt brauchbare Schlussfolgerungen für das Zivilrecht ziehen? An anderer Stelle habe ich versucht, potentielle Auswirkungen auf ein der modernen Gesellschaft angemessenes Verständnis von Privatautonomie im allgemeinen sowie auf die Rolle der Zivilgesellschaft bei der Zivil-Recht-Fertigung, insbesondere im Kontext der Entstaatlichung des Privatrechts in transnationalen Handlungssphären, darzustellen.¹⁹ Dabei habe ich betont, dass sich das prozeduralistische Rechtsparadigma *strikt gegen* die dem formal-bürgerlichen und dem material-sozialstaatlichen Rechtsparadigma gemeinsame *Verkürzung der Autonomie der Bürger* auf die Rollen des Wählers (Volkssouveränität) und des Verbrauchers (Konsumentensouveränität) wendet. In der globalen Zivilgesellschaft nehmen die Bürger vielmehr an mannigfaltigen Praktiken der zivilen Produktion von Recht teil. Diese zivile Recht-Fertigung legitimiert sich aus einer *Zivilautonomie* (als Freiheit, als Selbstgesetzgebung), welche von einer die Bürgerrechte (d.h. wirtschaftliche Grundfreiheiten *und* politische Grundrechte einschließende, aber nicht darauf beschränkte) umfassenden *Zivilverfassung* zugleich gewährleistet und begrenzt wird (i.e. Freiheit unter Auflagen und vorbehaltenen Kontrollen).²⁰

Die Rückkoppelung der Begriffe Autonomie und Verfassung an die Zivilgesellschaft ist essentiell, um Verwechslungen oder Gleichsetzungen mit der in der Tradition von *Hayek's* betriebenen evolutorischen Konstitutionenökonomik zu vermeiden: letztere begreift unvollständiges Wissen als konstitutives Element des „Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren“ und überträgt die für den Marktprozess entwickelte Idee der dezentral-systemischen Wissensgeneration auf den institutionellen Bereich der Wirtschaftsverfassung, welche evolutorisch vor allem durch Richterrecht entwickelt werden soll. In ihrem Fokus auf Evolution von Ordnung im (Ideen-) Wettbewerb bleibt sie freilich auf den Wirtschaftsprozess fixiert und wird deshalb in ihren Generalisierungen dem Eigensinn anderer gesellschaftlicher Handlungsbereiche nicht gerecht, oder: Wettbewerb als oberste Grundnorm tut dem Pluralismus von an je unterschiedlichen Leitideen, Rationalitäten, und Praktiken orientierten „eingerrichteten und ausgeübten Autonomiesphären“ in der modernen Gesellschaft in einem metaphorischen Sinne Unrecht.²¹

¹⁸ Dazu *Kant*, Über den Gemeinpruch, Werke, hrsg. von Weischedel, Darmstadt 1983, Bd. VI S. 145 ff.

¹⁹ *Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Stuttgart 2001, S. 83 ff.; *ders.*, Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, *ZfRSoz* 2002, 185 ff.

²⁰ *Calliess*, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, S. 239 ff.;

²¹ Der Unterschied wird deutlich zwischen der ökonomischen Sicht bei *Okruch*, *Innovation und Diffusion von Normen*, 1999; sowie *Voigt*, *Explaining Constitutional Change: A Positive Economics*

Wenn im folgenden in Bezug auf das Verbrauchervertragsrecht von *evolutionischem Wirtschaftsrecht* und *Wirtschaftsverfassung* die Rede ist, so verdankt sich diese Reduktion nicht dem hier zugrunde gelegten pluralistischen Vertragskonzept,²² sondern allein dem Begriff des Verbrauchervertrags selbst, der lediglich Austauschverträge betreffend entgeltliche Leistungen eines Unternehmers an einen Verbraucher erfasst. Der damit im Verbraucherbegriff angelegte ökonomische Reduktionismus, der den Bürger als Träger von Vertragsfreiheit auf den eigennützigen Konsum zu „privaten Zwecken“ beschränkt, den Bezug von Leistungen zu (auch) fremd- und/oder gemeinnützigen, zivilgesellschaftlichen Zwecken also schon als Kategorie gar nicht kennt, ist ein für eine prozedurale Zivilrechtstheorie wesentlicher Kritikpunkt an der gegenwärtig dominanten Verbrauchersemantik im Vertragsrecht.

Die Konsequenzen aus einer – soweit ersichtlich von den Vertretern der „Critical Legal Studies“ bisher unterlassenen – *Dekonstruktion des Verbraucherbegriffs* hat – dem vermutlichen Ergebnis vorausgehend – *Norbert Reich* gezogen, der nicht mehr von Verbraucherschutz durch Wirtschafts-Interventions-Recht, sondern schlicht von „Bürgerrechten“ spricht, wobei der Anspruch auf Schutz der wirtschaftlichen Interessen und legitimen Erwartungen in ein rechtsstaatliches *System der Rechte der Nachfrageseite* eingeordnet wird, zu dem auch die aus den EG-Grundfreiheiten folgenden Rechte auf behinderungsfreien Zugang zum Binnenmarkt, auf Wahl- und Entscheidungsfreiheit und auf Information gehören.²³ Diese Tendenz bestätigend hat *Christian Joerges* im Kontext der privatrechtsrelevanten Rechtsprechung des EuGH herausgearbeitet, dass es sich bei den EG-Grundfreiheiten keinesfalls nur um „Wirtschaftsrechte“ handelt, die den Interessen der Verbraucher gleichsam entgegenstünden, sondern um *Freiheitsrechte*, die gleichzeitig *als politische Rechte wirken*, weil sie die Bürger eines Mitgliedstaates in Stand setzen, ihren Souverän unter Begründungszwang zu setzen, nämlich durch einen justiziablen Verhältnismäßigkeitsstests für paternalistische Beschränkungen von Wahlfreiheiten der Bürger.²⁴

Die so umschriebenen wirtschaftlichen Bürgerrechte in der Europäischen Union sind als Bestandteil einer *transnationalen Zivilverfassung* zu verstehen, die den gemeinsamen Bezugsrahmen (*Common Frame of Reference*) für die Fertigung von europäischem Vertragsrecht bildet. Das Vertragsrecht wird aber nicht nur in seiner alltäglichen Re-Produktion über die Rechtsakte „Vertrag“ und „Urteil“ von den Prinzipien der Zivilverfassung geprägt, sondern im Kontext des prozeduralistischen Rechtsparadigmas wird auch das Vertragsrecht selbst als Verfassung im Sinne einer Rahmenordnung für gesellschaftliche Selbstorganisation verstanden. Aufgrund der dreifachen Krise des material-sozialstaatlichen Rechts kann Recht tendenziell nicht

Approach, 1999 einerseits und der rechtstheoretischen Sicht bei *Wielsch*, Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, 2001; sowie *Amstutz*, Evolutionarisches Wirtschaftsrecht, 2002 andererseits.

²² Dazu *Teubner*, Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law, 9 Social and Legal Studies (2000), 399 ff.

²³ *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, 1999, §§ 23 ff.

²⁴ *Joerges*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 183, 209.

als regulatorisches Interventionsrecht, sondern eher als prozedurale Regulierung von Selbstregulierung funktionieren. Freilich führt diese Einsicht nicht zu einer generellen Präferenz für bestimmte gesetzgeberische Mittel: so kann etwa eine exzessive Verwendung von „prozeduralen“ Informationspflichten sowohl das intendierte Ziel der Ermöglichung einer „informierten Wahl“ verfehlen, als auch die Begründung von Marktzutrittsschranken auf der Anbieterseite zur nicht beabsichtigten Folge haben. Demgegenüber könnte eine reaktive Missbrauchskontrolle anhand des „materialen“ Maßstabs der Sittenwidrigkeit im Einzelfall vorzugswürdig sein. Insgesamt kommt es also weniger auf die Verwendung bestimmter Schutzmittel, als auf ein generelles Verständnis von (Verbraucher-) Vertragsrecht als Verfassung der (Konsum-) Gesellschaft im Sinne der Gewährung von Freiheit unter Auflagen und vorbehaltenen Kontrollen an.

Vertrags-Recht-Fertigung findet in diesem Zusammenhang nicht aufgrund eines vermeintlich rationalen politischen Masterplans, sondern in einem evolutorischen Prozess statt, in welchem der zivilgesellschaftlichen Produktion von funktional spezialisierten Vertragsregimes in Form von Musterverträgen und Klauselwerken oder abstrakter in Form von Privatkodifikationen wie den Principles of European Contract Law als gemeinsamer europäischer Bezugsrahmen für solche Klauselwerke die *Vorhand* gebührt („Laufen lassen“), während es einem funktionsfähigen, d.h. einfach zugänglichen und effektiven Europäischen Zivilgerichtssystem obliegt, den im Entdeckungsverfahren ziviler Praxis produzierten normativen Eigensinn anhand des Maßstabs der allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts, zu denen auch die beschriebenen Bürgerrechte gehören, *reaktiv* auf seine Verallgemeinerbarkeit hin zu überprüfen und bei dieser Gelegenheit gleichzeitig *prospektiv* Zivilverfassungsrecht zu fertigen. Von großer Bedeutung ist bei der Ausübung von (Missbrauchs-) Kontrollen die Vermeidung von Eigen-Rechts-Versagen, welches sich insbesondere in richterlichem Aktivismus verwirklicht. Der Tendenz zu unreflektierter Besserwisseri und vorschnellen Verallgemeinerungen in *obiter dicta* ist nur durch eine Kultur des *judicial self-restraint* beizukommen.²⁵

Aufgabe der *staatlichen Verbraucherpolitik* ist es demgegenüber,

- (1) die zivilgesellschaftliche Produktion von Vertragsregimes zu ermöglichen und wo nötig zu fördern, um Variantenreichtum und Pluralität von zivilen Ordnungsmustern und dadurch gleichzeitig Innovationsfähigkeit und gesellschaftliche Lernerfahrungen zu sichern,
- (2) die Eigenverantwortung der Bürger durch Ermöglichung und Förderung einer informierten Wahl zu stärken, wobei insbesondere an Optionsmodelle, Gütesiegelprogramme und Akkreditierungsverfahren, insgesamt also an eine dritte Kategorie von *semi-dispositivem* Recht (*Comply or Explain*) zu denken ist, da vorvertragliche Informationspflichten über den konkreten Inhalt von Verträgen praktisch kaum handhabbar sein dürften,
- (3) die im Einzelfall der Rechtsprechung obliegende Produktion und Reproduktion von Zivilverfassungsrecht durch Schaffung eines gemeinsamen

²⁵ Dazu *Calliess*, Das Tetralema des Rechts, *ZfRSoz* 2000, 293 am Beispiel der richterlichen Preiskontrollen (S. 308 ff.).

Bezugsrahmens (*Common Frame of Reference*), der sowohl die allgemeinen Grundregeln des Vertragsrechts positiviert als auch vermittelt über abstraktere Prinzipien und Generalklauseln auf die Bürgerrechte der europäischen Verfassung verweist, transparent zu gestalten und dadurch einen europäischen Rechtsfortbildungs-Diskurs zu ermöglichen,

- (4) den aus dem staatlichen Gewaltmonopol folgenden verfassungsrechtlichen Kernanspruch der Bürger auf Zugang zu effektiven Justizdienstleistungen durch Schaffung eines effektiven europäischen Zivilgerichtssystems sowie durch Förderung alternativer Streitschlichtungssysteme zu verwirklichen.

3. *Fitnessverträge: Vertragsrecht in guter Konstitution?*

Die Funktionsweise von prozeduralem Vertragsrecht möchte ich anhand eines praktischen Beispiels verdeutlichen, nämlich anhand der Fitnessbranche: Laut einer Studie von Deloitte & Touche waren im Jahr 2002 bereits 6,6 % der über 15 Jahre alten Deutschen Mitglied in einem Fitnessclub, wobei eine ungebrochen steigende Tendenz prognostiziert wird, weil die traditionellen Sportvereine mit dem Dienstleistungsangebot der privaten Anbieter nicht mithalten können. Trotz steigender Gesamtumsätze ist der Markt hart umkämpft, stetige Erweiterungen (Wellness) und Spezifizierungen (Health- und Greymarket) des Angebots sowie allgemeine Qualitätssteigerungen in Verbindung mit der Expansion von Franchise-Netzen führen zur Verdrängung kleinerer und älterer Studios.²⁶

Fitnesscenter sind trotz der häufig anzutreffenden Rede von „Club“ und „Mitgliedschaft“ nicht vereinsrechtlich organisiert, sondern schließen als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB Verträge mit ihren Kunden, die als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB auftreten. Man kann sich denken, dass diese „Kommerzialisierung des Sports“ die sozialstaatliche Interventionsmaschinerie mancherorts nicht unberührt lassen konnte. Lediglich unter der Rubrik Realsatire möchte ich den öffentlich-rechtlichen Leistungsaspekt ansprechen, der einige sozialstaatlich korrumpierte Geister auf die Idee brachte, dass die Dienstleistungen der Fitnesscenter gar nicht zu privaten Zwecken, sondern im Sinne der gesundheitlichen Prävention auf Kosten der Krankenversicherung in Anspruch genommen werden könnten. Aus zivilrechtlicher Sicht interessiert uns freilich eher die „Umverteilung von Rechten“, die gemäß der sozialstaatlichen Logik der Inklusion aus der Transformation der Mitgliedschaft in staatlich subventionierten, weil „gemeinnützigen“ Sportvereinen in die Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch Verbraucher am Markt folgt.

Besteht also verbraucherpolitischer Handlungsbedarf? In der Tat, der Civil Code des Staates Kalifornien enthält in §§ 1812.80 ff. eine umfassende Regelung für „Health Studio Services Contracts“. Auf 16 Paragraphen und 1830 Wörter verteilt findet sich dort das gesamte Arsenal verbraucherpolitischer Folterwerkzeuge: Schriftformerfordernis, Laufzeitbegrenzung auf maximal 3 Jahre, Beschränkung des

²⁶ Vgl. <http://www.innovations-report.de/html/berichte/studien/bericht-10489.html>

Gesamtpreises während der Laufzeit auf maximal 1000 \$,²⁷ Widerrufsrecht innerhalb von drei Werktagen, Sonderkündigungsrecht bei Tod, Krankheit und Umzug von mehr als 25 Meilen verbundenen mit einem linear degressiv zu berechnenden Rückzahlungsanspruch von geleisteten Vorauszahlungen, maximal 100 \$, nach Ablauf der Hälfte der Vertragslaufzeit max. 50 \$ Kündigungsgebühr, Nichtigkeit aller Verträge, die gegen eine Vorschrift der §§ 1812.80 ff. verstoßen, Anspruch auf bis zu dreifachen Schadensersatz, etc. pp.²⁸ Abgrenzungsprobleme können etwa im Übergang von Aerobics zu Jazz-Dance zu den „Dance Studio Services Contracts“ entstehen, die in weiteren 20 Paragraphen mit über 2200 Wörtern geregelt sind (§§ 1812.50 ff. Civil Code) und für die ein jederzeitiges, fristloses und kostenfreies Kündigungsrecht ohne Angabe von Gründen vorgesehen ist, wobei Vorauszahlungen für nicht in Anspruch genommene Leistungen auf Basis einer Abrechnung pro Tanzstunde zurückzuerstatten sind (§ 1812.54 (b)), was freilich nicht für Ballettstunden für Minderjährige zum Preis von höchstens 500 \$ gilt, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss erbracht werden (§ 1812.67 (b)).

Als Begründung für diese Vorschriften finden sich pauschale Verweise auf unlautere Geschäftspraktiken.²⁹ Einem „Factsheet for Consumers“ der Federal Trade Commission aus dem Jahr 1992 zum Thema „Dance Studios“ kann man entnehmen, dass diese u.a. Verkaufspraktiken wie *Relay Salesmanship* (aufeinander folgende Verkaufsgespräche durch verschiedene Mitarbeiter am selben Tag), *Overlapping Contracts* (z.B. Verkauf von Aufbaukursen während der Laufzeit des Grundkurses) und *High-pressure Sales* (Ausnutzen von Emotionen und persönlicher Verletzbarkeit) nutzen.³⁰ Völlig unklar bleibt freilich, warum gerade die genannten Vertragsarten durch diese Verkaufspraktiken geprägt sein sollen und zwingenden Vorgaben unterworfen werden, während andere Geschäftsbereiche ungeregelt bleiben. Das Problem interventionistischen Verbraucherrechts besteht hier, wie auch für sämtliche EG-Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht nachweisbar, in der aus Sicht der Betroffenen willkürlichen Definition schutzwürdiger Personenkreise und Situatio-

²⁷ Zur Geschmacksprobe der Text von § 1812.86 Civil Code California: “(a) No contract for health studio services shall require payment by the person receiving the services or the use of the facilities of a total amount in excess of the amount specified in subdivision (b). (b) The limit specified in subdivision (a) shall, on January 1, 1981, be one thousand dollars (\$1,000), exclusive of interest or finance charges.” Der Maximalbetrag wurde seit 23 Jahren nicht erhöht!

²⁸ State of California, Department of Consumer Affairs, Overview of California’s Health Studio Services Contract Law, May 2003: <http://www.dca.ca.gov/legal/w-10.pdf>

²⁹ § 1812.80 (a) Civil Code lautet: “The Legislature finds that there exists in connection with a substantial number of contracts for health studio services, sales practices and business and financing methods which have worked a fraud, deceit, imposition, and financial hardship upon the people of this state; that existing legal remedies are inadequate to correct these abuses; that the health studio industry has a significant impact upon the economy and well-being of this state and its local communities; and that the provisions of this title relating to such contracts are necessary for the public welfare.” Dabei handelt es sich um einen “Textbaustein”, der sich wortgleich auch für “Dance Studio Services” in § 1812.50 (a) Civil Code findet.

³⁰ “Sometimes, when students refuse to buy additional prepaid lessons, instructors will neglect them in classes, embarrass them in public, or transfer them to a less skilled instructor.“, Factsheet erhältlich unter: <http://consumerlawpage.com/brochure/28.shtml>

nen, in der Detailversessenheit der Regulierung (Umzug von 25 Meilen, Geldbeträge, Laufzeiten, etc.) sowie in der Durchsetzung willkürlicher Ausnahmeregelungen durch gut organisierte Lobbyisten (z.B. „Ballettschulen“).

Diese Gesetzgebungstechnik fordert Umgehungen geradezu heraus, führt zu einem ständigen Nachsteuerungsbedarf und damit zu immer komplizierteren Gesetzen, während der rechtsuchende Bürger durch die Gerichte enttäuscht wird, weil gerade sein konkreter Fall vom Gesetzgeber nicht vorhergesehen wurde und deshalb unregelt blieb. Man denke hier *einerseits* an den Kommissionsentwurf zur Modernisierung der Verbraucherkreditrichtlinie (KOM 2002, 443), der gegenüber den 19 kurzen Artikeln der ursprünglichen Richtlinie von 1986 nunmehr aus 38 ausufernden Artikeln mit drei komplexe mathematische Formeln enthaltenden Anhängen insgesamt 89 Seiten Platz beansprucht und deshalb sinnvollerweise gar nicht mehr in das BGB integrierbar wäre. Und *andererseits* an den Fall des Edgar Dietzinger, der nach jahrelangen Prozessen vom EuGH (Slg. 1998 I-1199) formal juristisch völlig korrekt darüber belehrt wurde, dass gerade er nicht vom Schutzbereich der Haustürwiderrufs-Richtlinie erfasst sei.

Trotz dieser aufgrund der vielfältigen Erfahrungen in der Praxis und der in der Theorie formulierten Kritik unübersehbaren Probleme einer interventionistischen Verbraucherpolitik formuliert der wissenschaftliche Beirat beim Verbraucherministerium im Juli 2003 als Leitbild einer „neuen“ (?) Verbraucherpolitik:

„Eine verbraucherpolitische Strategie ist ein *rational geplantes* sowie zeitlich aufeinander abgestimmtes Bündel von *Maßnahmen*, das zur Umsetzung eines kurz- bis mittelfristigen verbraucherpolitischen Programms sowie längerfristig zur Erreichung übergeordneter verbraucherpolitischer Ziele eingesetzt wird.“ ... „Verbraucherpolitik [ist] umfassend als *positive Gesellschaftspolitik und aktive Strukturpolitik* zu positionieren und zu gestalten.“ ... „Bei grundlegender Entscheidung für das Marktmodell zeigt insbesondere das Verbraucherschutzrecht Elemente eines Sozialmodells.“ ... „*Konsumenten sind systemimmanent wirtschaftlich schwächer*, haben eine schlechtere Informationslage und haben als unerfahrene „Einmal-Prozessierer“ ohne eigene Rechtsabteilung einen schlechteren Zugang zur Rechtssprechung als Produzenten. Um ihrer Rolle auf dem Markt und in der Zivilgesellschaft als „Konsumenten-Bürger“ gerecht werden zu können, muss ihre *Stellung systematisch gestärkt* werden.“³¹

Der „Aktionsplan Verbraucherschutz“³² der Bundesregierung vom April 2003 enthält freilich keinen Hinweis auf geplante Vorhaben im Fitness-Bereich. Ein Beschluss des Parteirats der Grünen, die derzeit die zuständige Ministerin stellen, vom 19. Mai 2003 lässt denn auch den Schluss zu, dass auf dem Gebiet des Vertragsrechts generell nicht durch zwingende inhaltliche Vorgaben interveniert werden soll:

„Das Leitbild des aktivierenden Sozialstaates, der die Menschen vor Ausgrenzung aber auch vor Bevormundung durch den Staat schützt, prägt grüne Sozialpolitik. Wir haben hierfür das Bild der *Flexicurity* geprägt, d.h. die größtmögliche Selbstbestimmtheit und Flexibilität mit individueller

³¹ Aus: Strategische Grundsätze und Leitbilder einer neuen Verbraucherpolitik, Diskussionspapier des Wissenschaftlichen Beirats für Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMVEL, Juli 2003, <http://www.verbraucherministerium.de/data/000C0EF46CD21017A7556521C0A8D816.0.pdf> Hervorhebungen hinzugefügt.

³² Erhältlich über <http://www.verbraucherministerium.de/>

Sicherheit (Security) verbinden, wo sie notwendig ist. ... Grüne Verbraucherpolitik beherzigt konsequent den Gedanken von *Sicherheit durch Schutz und Information* als Grundlage für Flexibilität und Wandel, also gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Erneuerung. Sie schützt das Individuum und ermöglicht (vor allem auf Vertrauensmärkten) die Entwicklung neuer „Märkte der Zukunft“, in dem sie den notwendigen rechtlichen Rahmen für sie setzt. ... *In Wirtschaftsbereichen, die nicht direkt eine Gefährdung für Gesundheit und Leben darstellen, gilt es die Information und Transparenz zu erhöhen, um die Entscheidungsfreiheit zu vergrößern.*³³

In einer Grundsatzrede zum Verbraucherschutz an der Humboldt-Universität vom 15. Mai 2003 bestärkt die Verbraucherministerin Künast diese Position zunächst, wenn sie unter dem Leitspruch „Gute Waren machen gute Märkte“ ausführt:

„Nun, gute Waren sind solche Waren, die den Bedürfnissen und Anforderungen der Verbraucher entsprechen. Das müssen nicht die teuersten Produkte sein. Es müssen auch nicht die Produkte sein, die am längsten halten. Denn welche Kriterien der Verbraucher letztlich für seine Kaufentscheidung anlegt, bleibt selbstverständlich immer ihm selbst überlassen. Aber wichtig ist, dass für die Verbraucher gut erkennbar ist, ob diese Waren diese Kriterien und damit ihren Zweck erfüllen.“³⁴

Einige Zeilen später beruft sie sich freilich ausgerechnet auf den Informationsökonom *Akerlof* und dessen Ideen zum „Market for Lemons“ von 1970³⁵ (sic!) als Zeugen einer „im 21. Jahrhundert angekommenen“ wirtschaftswissenschaftlich angeleiteten Verbraucherpolitik, die auf die staatliche Schaffung von Verbrauchervertrauen auf Märkten, die durch „Informationsversagen“ gekennzeichnet sind, setzt. Die grundlegende Bedeutung für die Entwicklung der Institutionenökonomik – und damit die Nobelpreiswürdigkeit – dieses Aufsatzes soll nun keinesfalls in Frage gestellt werden. Freilich hat sich unter den Nachfolgern *Akerlofs* schnell herumgesprochen, dass mit der Lemons-Theorie praktisch jeder politische Eingriff in das Vertragsrecht gerechtfertigt werden kann: von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG), die für Verbrauchsgüter eine zwingende Mindesthaltbarkeit von zwei Jahren und damit auch Mindestpreise einführt,³⁶ bis hin zu einem potentiellen „Fitnessvertragsgesetz“. Denn die Lemon-Argumentation ist immer gleich: in Bezug auf das Vertragsrecht lautet sie, dass um sog. Nebenbestimmungen wie Haftung, Gewährleistung, Kündigungsrechte etc. kein wirksamer Wettbewerb stattfindet, da der Verbraucher sich bei seiner Kaufentscheidung ausschließlich vom Preis-Leistungs-Verhältnis leiten lasse. Ein Anbieter, der freiwillig verbraucherfreundliche AGB zu den damit verbundenen leicht erhöhten Preisen vorsehe, könne sich deshalb am Markt nicht durchsetzen. Schließlich pendelten sich alle AGB auf der „Zitronenqua-

³³ Grüne Verbraucherpolitik, Beschluss des Parteirates vom 19.05.03, erhältlich unter <http://www.renate-kuenast.de/files/1053958818.65/Parteiratsbechluss>

³⁴ Vgl. <http://www.renate-kuenast.de/klarkompetent/verbraucherschutz/redehu>

³⁵ 84 Quarterly Journal of Economics (1970) 488-500

³⁶ Kritisch *Wehrt*, Warranties, in: Bouckaert/De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume III., 2000, S. 179 ff., der aufgrund einer ausführlichen ökonomischen Analyse der durch eine „full warranty“ begründeten „moral hazards“ (i.e. fehlender Anreiz für den Käufer zum vorsichtigen Umgang mit dem Produkt) gesetzgeberische Interventionen zurückweist. Kritisch auch *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 437 ff.

lität“ ein, weshalb eine staatliche Gewährleistung eines zwingenden Mindeststandards auf hohem Niveau geboten sei.³⁷

Beeindruckend ist, wie die Politik dabei regelmäßig unter Verweis auf *Good Practices* dazu neigt, nach dem *One-Size-Fits-All*-Prinzip vertragsrechtliche Lösungen von Großunternehmen und Marktbeherrschern zu generalisieren: bieten Quelle und Amazon ein Rückgaberecht, so wird daraus ein zwingendes Widerrufsrecht für alle Fernabsatzverträge, bieten Premiumhersteller zwei Jahre Garantie, so gilt dies wenig später für alle Verbrauchsgüter. Bei aller vordergründigen Rhetorik bezüglich der Stärkung von Entscheidungsfreiheit durch Information laufen gesetzgeberische Aktivitäten auf dem Gebiet des Verbrauchervertragsrechts praktisch immer auf eine Abschaffung der Vertragsfreiheit hinaus. Übersehen wird dabei, dass es in einer Reihe von Fällen sowohl gute Gründe gibt, von zwingenden Regelungen abzuweichen, als auch wirksamer Wettbewerb um vertragliche Nebenbestimmungen stattfindet. Bestimmte Vertragsgestaltungen, die sich bei vordergründiger Betrachtung als nachteilig für den Verbraucher darstellen, können beim zweiten Hinsehen durchaus eine wirtschaftliche Berechtigung haben und zu einem angemessenen Interessenausgleich führen.

Die juristische Kautelarpraxis ist ein Entdeckungsverfahren, welches offen für im Entdeckungsverfahren Wettbewerb produzierte wirtschaftliche Innovationen sein muss. Gerechte Lösungen können in einer dynamischen Volkswirtschaft nicht im Vorhinein gesetzgeberisch verbindlich festgelegt werden, sondern Gerechtigkeit ist vor allem im Rahmen einer richterlichen Missbrauchskontrolle zu sichern, die sich unter tunlichster Vermeidung voreiliger Verallgemeinerungen fallweise zu allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien verdichtet, welche aufgrund ihrer Allgemeinheit auch eine flexible Reaktion auf wirtschaftliche Innovationen erlauben, *kurzum: Freiheit unter vorbehaltenen Kontrollen*. Nur dieses Vorgehen sichert auch eine Rückbindung der Recht-Fertigung von Verbraucherschutz an real in der Gesellschaft existierende Probleme und die tatsächlichen Verbraucherinteressen. Denn während die Politik im Zusammenwirken mit Verbraucherverbandsvertretern häufig nur ihre eigenen, aus Sicht der Verbraucher rein fiktiven Probleme im Wege „symbolischer Gesetzgebung“ bearbeitet, gilt im klassischen Zivilprozess der Grundsatz „Wo kein Kläger, da kein Richter“, wodurch die Kondensation und Konfirmation von Rechtsnormen im streitigen Verfahren auf nicht zu übertreffende Weise an die gesellschaftliche Wirklichkeit und die tatsächlichen Bedürfnisse realer Verbraucher rückgekoppelt wird.

So hat sich in der deutschen Praxis der reaktiven Missbrauchskontrolle nach dem AGBG im Hinblick auf den Fitnessvertrag gezeigt, dass – wie bei allen Dauerschuldverhältnissen – ein reales Problem in der Verteilung des Verwendungsrisikos zwischen Unternehmer und Kunden liegt.³⁸ Der BGH hatte über die Wirksamkeit einer in Fitnessverträgen üblichen Klausel zu entscheiden, wonach der Beitrag auch

³⁷ Vgl. Darstellung und differenzierende Argumentation bei *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 478 ff. zur Rechtfertigung der AGB-Kontrolle.

³⁸ Überblick zur Rechtsprechung bei *Schwefler*, Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Fitness-Verträgen, 2003.

dann zu zahlen ist, wenn das Mitglied die Einrichtungen nicht nutzt.³⁹ Der Fitnessvertrag ist ein atypischer Mietvertrag mit dienstrechtlichen Elementen, der – jedenfalls in Bezug auf das Verwendungsrisiko – im BGB nicht geregelt ist.⁴⁰ Die Vielzahl gleichförmiger Nutzungsverträge zwischen dem Unternehmer und den Mitgliedern konstituiert ein hierarchisches „Netzwerk als Vertragsverbund“⁴¹, welches die Mitglieder in der Weise verbindet, dass die Nutzung der Einrichtungen des Clubs allen Mitgliedern zwar prinzipiell jederzeit, faktisch aber nur in Abhängigkeit vom Nutzungsverhalten der anderen Mitglieder, bei Überfüllung zu Spitzenzeiten also nur eingeschränkt möglich ist. Das Entgelt ist regelmäßig auf einen längeren Zeitraum bezogen und von der konkreten Nutzung unabhängig, so dass sich eine Quersubvention zwischen Wenignutzern und Vielnutzern ergibt. Die Bindung der Mitglieder über einen längeren Zeitraum führt bei den Studiobetreibern zu verlässlichen, saison-unabhängigen Einnahmen und ermöglicht so auf die einzelne Trainingseinheit bezogen deutlich niedrigere Nutzungspreise als bei kurzfristiger Vermietung der Einrichtungen im Einzelfall.⁴²

Im Vereinsrecht ist gem. § 39 Abs. 2 BGB eine Kündigungsfrist von bis zu zwei Jahren zulässig, wobei schon das Reichsgericht einen fristlosen Austritt aus wichtigem Grund trotz wirksamer satzungsrechtlicher Befristung für möglich erklärte.⁴³ Im Mietrecht trägt der Mieter gem. § 537 Abs. 1 BGB das Verwendungsrisiko grundsätzlich auch dann, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird. Für befristete Verträge über Wohnraum hat die Rechtsprechung freilich aus § 242 BGB hergeleitet, dass der Vermieter zum Abschluss eines Ersatzmietvertrages mit einem annehmbaren Nachmieter insbesondere dann verpflichtet ist, wenn das Verwendungsinteresse des Mieters aufgrund schwerer Krankheit, beruflicher Versetzung, Familienzuwachs oder unverschuldeter Arbeitslosigkeit weggefallen ist.⁴⁴ Das von der Rechtsprechung im Wege der Generalisierung aus §§ 543 und 626 BGB hergeleitete Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund ist zudem in § 314 BGB kodifiziert worden.

Freilich stellt sich in Bezug auf langfristige Fitnessverträge die Frage, unter welchen konkreten Umständen dem Nutzer eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar wird. Hier ist es sinnvoll und üblich, diese Bedingungen durch AGB näher zu konkretisieren. Der BGH hat bei der Kontrolle solcher Klauseln generell darauf abgestellt, ob der Kunde „aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, auf Dauer die Einrichtungen des Fitnessstudios nicht nutzen könnte“, z.B. „wenn ihm wegen einer Krankheit oder einer Verletzung auf Dauer jede sportliche Betätigung

³⁹ BGH NJW 1997, 193 ff. sowie 195 f.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 193, 194 f.

⁴¹ Vgl. *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S. 109 ff.

⁴² Zur Frage ob falsche Angaben über die Kundenanzahl im Fitness-Studio zur Anfechtung berechtigten oder eine Überfüllung einen Mangel darstellt vgl. OLG Düsseldorf, Wohnungswirtschaft & Mietrecht 2003, 138-142.

⁴³ RG 130, 378; im Anschluss BGH 9, 157.

⁴⁴ Palandt-Weidenkaff, 62. Aufl. 2003, § 537 BGB R. 9 m.w.N.

verwehrt wäre“.⁴⁵ Dem Kunden müsse in diesen Fällen ein Anspruch auf Vertragsaufhebung bzw. ein Kündigungsrecht eingeräumt werden, eine Klausel, nach der eine Vertragsaufhebung bloß in das Ermessen des Unternehmers gestellt werde, genüge hingegen nicht.⁴⁶

Der Vorteil der reaktiven Missbrauchskontrolle des BGH gegenüber der prospektiven zwingenden Verbraucherschutzgesetzgebung in Kalifornien liegt nun in der *Flexibilität* des Ansatzes. Während § 1812.89 des Civil Code explizit und bis ins feinste Detail die Fälle des Todes, der dauerhaften Krankheit und des Umzugs regelt, erlangt das Urteil des BGH nur in Bezug auf die Unwirksamkeit der konkreten Formulierung einer Klausel Rechtskraft. Die Urteilsbegründung enthält hingegen lediglich allgemeine Maßstäbe, während die konkrete Umsetzung und Formulierung neuer Klauseln der Kautelarpraxis obliegt und so Raum für Innovationen bietet. Zum Beispiel lässt § 1812.89 (a) (3) Civil Code offen, wie dauerhaft eine Krankheit sein muss, um zur Kündigung zu berechtigen, und nach § 1812.89 (b) Civil Code kommt es beim Umzug ausschließlich auf die Entfernung in Meilen an: jede vertragliche Konkretisierung der Rechte des Kunden durch den Anbieter ist im Bereich des zwingenden Rechts jedoch ausgeschlossen. Durch Vorschriften wie das jederzeitige Kündigungsrecht für „Dance Studio Contracts“ in Verbindung mit der zwingend vorgeschriebenen Abrechnung auf Stundenbasis wird darüber hinaus das Geschäftsmodell des vereinsähnlichen Vertragsverbands mit der Möglichkeit der Beeinflussung der individuellen Kosten pro Stunde durch das Nutzungsverhalten des Mitglieds einerseits und der Möglichkeit zur generellen Kostensenkung aufgrund von Planungssicherheit für den Unternehmer andererseits völlig ausgeschlossen.

Demgegenüber findet in Deutschland ein intensiver Wettbewerb um die Ausgestaltung von Fitnessverträgen statt: Allerorten versucht sich die Fitnessindustrie gegenseitig die Kunden abzuwerben, wobei vertragliche „Nebenbedingungen“, die bei Dauerschuldverhältnissen gar keine Nebenbedingungen, sondern *essentialia* sind, ausdrücklich beworben werden: „Keine Aufnahmegebühr, keine Mindestvertragslaufzeit“, „3 Monate für 99 €“, „Sie zahlen nur, wenn Sie tatsächlich kommen“ sind nur einige der Geschäftsmodelle, die zur Zeit auf großflächigen Plakaten beworben werden. In den Vertragsbedingungen finden sich zwischenzeitlich auch Regelungen zur nicht dauerhaften Verhinderung durch Krankheit, etwa die Möglichkeit, bei einer Verhinderung von mehr als einem Monat, diesen Monat am Ende der Laufzeit anzuhängen, etc. Für Umzüge finden sich z.B. Regelungen, die auf die Fahrtzeit abstellen, denn „25 Meilen“ können innerhalb von Berlin etwas ganz anderes als in durch Autobahnen gut erschlossenen Ballungsräumen oder in abseitigen ländlichen Regionen sein.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich in Deutschland im Wechselspiel zwischen Kautelarpraxis und Missbrauchskontrolle der Rechtsprechung ein prozedurales Recht der Fitnessverträge entwickelt hat, welches den berechtigten Interessen der Verbraucher gerecht wird, ohne dass Innovationen auf dem Gebiet der Ge-

⁴⁵ BGH NJW 1997, 193, 195.

⁴⁶ BGH, NJW 1997, 195 f.

schäftsmodelle der Fitnessindustrie ausgeschlossen oder der Verbraucher durch einseitige und praxisferne Definition seiner Interessen bevormundet worden wäre.

4. Zum Schluss: Was tut das Recht, wenn es nichts tut?

Zur Erinnerung noch einmal: im Geltungsbereich eines Paradigmas kann dieses mit seinen Hintergrundgewissheiten weder hinterfragt noch widerlegt werden. Es ist deshalb keine ganz leichte Aufgabe, vor führenden deutschen und europäischen Verbraucherschutzexperten über die Ablösung des Paradigmas zu sprechen, das die Begründung des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes maßgeblich geprägt hat. Überzeugen kann ich nicht, vielleicht ein wenig verunsichern? Worum es in Zukunft geht, ist eine ergebnisoffene und innovationsorientierte Diskussion um die Gewährleistung von Vertragsgerechtigkeit in der Konsumgesellschaft jenseits „verbrauchter“ Ideologien des 19. und 20. Jahrhunderts. Auf die Bezeichnung kommt es dabei nicht an, wenn nur ein Modell verfolgt wird, welches im Hinblick auf Schutzbedürfnisse und legitime Interessen der Verbraucher auch die negativen Nebeneffekte und kontraproduktiven Folgen staatlicher Intervention reflektiert. Auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes bedarf es vorrangig der Einsicht, dass das Rechtssystem keinesfalls nichts tut, nur weil der Gesetzgeber einmal nichts tut.

Dr. Galf-Peter Calliess
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Zivilrecht
Abteilung Wirtschaftsrecht
Senckenberganlage 31
D – 60325 Frankfurt am Main
<http://www.jura.uni-frankfurt.de/teubner/>
Kontakt: calliess@web.de