

formationen versetzt diesen Typus in die Lage, seine Rechte wahrzunehmen. Der vertrauende Verbraucher verlässt sich auf marktkorrigierende Sicherungsmaßnahmen, typischerweise, in dem ihm vom Rechtssystem ein Mindestmaß an Fairness durch unabdingbare, einseitig wirkende Regeln zugestanden wird. Hier spielt das EU-Recht eine dominante Rolle und prägt mittels der Umsetzung des i.d.R. zwingenden Richtlinienrechts die nationale Rechtsordnung. Der verletzte Verbraucher taucht in abgestufter Form im EU-Recht und im nationalen Recht auf. Das nationale Recht erlaubt Korrekturen im Wege der Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte im Einzelfall, verweist jedoch strukturell den Verbraucher, der aus dem ökonomischen System heraus fällt, auf das Sozialrecht. Ein Europäisches Sozialrecht in Form einer direkten finanziellen Unterstützung gibt es nicht. Das EU Recht definiert jedoch auch für den Typus des verletzlichen Verbrauchers einen Rahmen, zunächst in Form statusbezogener Anti-Diskriminierungsregeln, die neben kollektiver Fairness auch eine Umverteilung zugunsten der Diskriminierten bezwecken (sollen). Auch die Regeln über die Universaldienstleistungen, die allen Beteiligten den Zugang sichern, gehören in diesen Komplex. Die Verletzlichkeit resultiert aus der wirtschaftlichen und sozialen Notwendigkeit eines Zugangs. Die Eröffnung des Zugangs für alle bedeutet in der Sache eine Umverteilung, der sich die Anbieter stellen müssen. Auf der letzten Stufe stehen diejenigen, die auf externe finanzielle Hilfe angewiesen sind, um sich den Zugang zu erhalten.

Der Verbraucher-Bürger, der sich an öffentlichen Werten orientieren *möchte* oder *muss*, ist nicht das Leitbild, das dem Bürgerlichen Recht zugrunde liegt. Ein ‚möchte‘ würde voraussetzen, dass der Verbraucher die notwendigen Informationen über die Umweltverträglichkeit oder die Produktionsbedingungen in einer Form erhält, die es ihm erlaubt, eine sachliche Entscheidung zu treffen. Weder das Lauterkeitsrecht noch die vorvertraglichen Informationspflichten, unabhängig von ihrer Herkunft, stellen derzeit einen tauglichen Rechtsrahmen dar. Selbst der verantwortliche Verbraucher hat es schwer, sich durch den Dschungel der Informationen hindurchzukämpfen. Die Neuausrichtung des Privatrechts kommt auf leisen Sohlen daher, aber die Spuren werden sichtbarer und tiefer. Die Rede ist von der Konstitutionalisierung des Privatrechts, nicht nur über die Charta der Grundrechte, sondern auch über die wiederbelebte Diskussion um die im Lissaboner Vertrag geänderte Wirtschaftsverfassung der EU, die jetzt einer von eigenen Werten geleiteten ‚Verfassungsordnung‘ gegenübersteht. Dem Verbraucherrecht kommt, wie die Entscheidung der nationalen Obergerichte und des EuGH zeigen, erneut eine Vorreiterfunktion zu.

5. Die Differenzierung im materiellen Recht

Die sich ausbildende Differenzierung des Verbrauchers in den verantwortlichen Verbraucher, der den Klein- und Kleinstunternehmer mit umschließt, und den verletzlichen Verbraucher, ruht auf der Vorstellung, dass sich der Typisierung unterschiedliche Werteordnungen zurechnen lassen. Der verantwortliche Verbraucher, den Kunde/Kleinunternehmer situationsbedingt eingeschlossen, verlangt ein Rechtsmodell, dass nicht primär soziale Gerechtigkeit durch Umverteilung garantiert, sondern vor allem den Zugang zum Markt sicherstellt, um ihm die Vorteile des vervielfachten Produkt- und Dienstleistungsangebots in einem erweiterten europäischen bzw. globalen Umfeld zukommen zu lassen, eben das, was ich Zugangsgerechtigkeit nenne. Der verletzliche Verbraucher ist dagegen der Adressat sozialer Gerechtigkeit schlechthin. Individuell bedarf er als der Schwächere am Markt des Schutzes durch das Rechtssystem, kollektiv gelingt dies um den Preis der Umverteilung zwischen den verschiedenen Verbrauchertypen, aber auch zwischen den Verbrauchern und den Unternehmen.

Das differenzierte Wertesystem bildet den Ausgangspunkt für die Errichtung eines beweglichen Systems des Verbraucherschutzes. Die Autonomie des verantwortlichen bzw. des vertrauenden Verbrauchers ist größer als die des verletzlichen Verbrauchers. Das Ausmaß der Eigenverantwortung richtet sich graduell abgestuft nach dem Ausmaß der Autonomie, ebenso die notwendige und legitime staatliche/unionsrechtliche Intervention in die Vertragsbeziehungen zur Sicherstellung von Zugangs- bzw. sozialer Gerechtigkeit. Die Eigenverantwortung des Verbrauchers manifestiert sich in der Verpflichtung, die ihm zur Verfügung gestellte Information zu verarbeiten und gegebenenfalls erkennbare Defizite an den Unternehmer zurückzumelden. Je nach Verbrauchertypus reicht diese Verantwortung unterschiedlich weit. Dem verantwortlichen Verbraucher kann ein höheres Ausmaß an Eigenverantwortung abverlangt werden als dem verletzlichen Verbraucher. Eine solche Differenzierung erlaubt auch eine flexible Handhabung der Missbrauchsproblematik von Schutzrechten, wie sie vom EuGH in *Messner* ausdrücklich anerkannt und dem nationalen Recht anheimgestellt wird.

Die auf- und absteigende Verantwortung des Verbrauchers korreliert mit der auf- und absteigenden Verantwortung des Unternehmers. Wo die Eigenverantwortung des Verbrauchers höher ist, kann sich auch der Unternehmer zurückhalten. Anders sieht es dort aus, wo der Verbraucher nicht oder nur begrenzt in der Lage ist, die ihm vom Rechtssystem idealtypisch übertragenen Aufgaben wahrzunehmen.

men und auszufüllen. Die EU kann als Quasi-Staat dieses Defizit nicht auffangen. Sie kann nur eine soziale und rechtliche Rahmenordnung bereitstellen, die von den Mitgliedstaaten gemeinsam mit den Unternehmern ausgefüllt werden muss. Ganz im Sinne des Bürgschaftsurteils des BVerfG verweist der EuGH in *Viking* and *Laval* auf die erhöhte soziale Verantwortung wirtschaftlich mächtiger Institutionen. So wie die Gewerkschaften oder Sportverbände als Teil der Zivilgesellschaft verpflichtet sind, für die ökonomischen Auswirkungen ihrer Aktionen auf die Grundfreiheiten einzustehen, lassen sich in Fortentwicklung dieser Rechtsprechung auch Unternehmen in die soziale Pflicht nehmen, jedenfalls dann wenn eine strukturelle Abhängigkeit existiert, wie es etwa bei den Anbietern von Universaldienstleistungen der Fall ist. In einer Gesellschaft und Wirtschaft jenseits des Nationalstaates wachsen nicht nur die Freiräume für die Unternehmen sondern auch deren ökonomische und soziale Verantwortung. Die über die Grundfreiheiten begründete und die Charta der Grundrechte erweiterte Verantwortungslogik formt einen integralen Bestandteil des Unionsrechts, formal abgesichert über den Verweis in den Erwägungsgründen der Richtlinien. Damit ist prinzipiell der Weg für eine chartakonforme Auslegung der privatrechtlichen Regeln frei. *Habermas* hat die philosophischen und die rechtstheoretischen Grundlagen für eine horizontale wechselseitige Verknüpfung von Moral und positivem Recht jenseits des Staates gelegt. Die dogmatischen Konsequenzen müssen erst noch erarbeitet werden.

Im materiellen Recht führt die Unterscheidung zwischen verschiedenen Verbrauchertypen zu differenzierten Schutzbereichen und -instrumenten. Für den verantwortlichen Verbraucher bildet eine sinnvoll aufbereitete Information, die dem Gedanken von Qualität und nicht Quantität frönt, einen zentralen Baustein in der Entscheidungsfindung. Für den verletzlichen Verbraucher ist die Umkehrung der Informationsbeschaffungslast kein wirksamer Schutzmechanismus. Lange Zeit hatte die Schriftform für diesen Personenkreis eine wichtige Schutzfunktion übernommen. Mit dem Siegeszug des Internet und der von der EU forcierten Liberalisierung der Schriftform ist diese Barriere gefallen. Das Widerrufsrecht nützt dem cleveren Verbraucher, der sich noch nach einem Preisvergleich aus dem Vertrag lösen kann. Im Recht der Universaldienstleistungen übernimmt das Recht zum Wechsel des Anbieters diese Funktion. Die *Heininger*-Saga zeigt, wie wenig das Widerrufsrecht geeignet ist, den verletzlichen Verbrauchern zu helfen. Ihm hilft das Recht, den Vertragspartner zu wechseln nicht, weil es ihn nicht aus seiner misslichen Lage befreit. Hier bedarf es anderer neuer Mechanismen, die im Recht der Universaldienstleistungen bereits erkenn-

bar sind. Die Eckpunkte bildet das Recht auf Zugang und auf fortlaufenden Bezug für alle, jedenfalls zu einem Mindeststandard, selbst dann, wenn der Verbraucher nicht in der Lage ist, die Leistung zu bezahlen. Die Verträge sind so weit über Informationspflichten standardisiert, dass eine AGB-Kontrolle, wie sie noch für den vertrauenden Verbraucher konzipiert ist, durch vorab geprüfte Vertragsmuster ersetzt werden sollte. Hierzu bedürfte es einer Korrektur der unionsrechtlichen Vorgaben.

In einem beweglichen System des Verbraucherschutzes kommt der Abwägung der divergierenden Interessen eine zentrale Rolle zu, zumal dann, wenn höherrangige Rechte, wie die Grundfreiheiten, das GG und die Charta der Grundrechte, in die Bewertung einfließen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Bürgschaftsurteil den Weg gewiesen, der EuGH folgt dem einmal eingeschlagenen Weg in *Gysbrechts*, in *Allassini* oder in *Test Achats*.

Unter Rückgriff auf die von *Th. Wilhelmsson* definierten Typen des Wohlfahrtsstaates zeichnet sich ein System ab, dass hier prototypisch auf die beiden Vertragstypen Internetkauf und Unversaldienstleistungen übertragen wird.

	Instrumente Internetkauf	Instrumente UnversalDL	Verbraucher-Typus	Pflichten-Kanon Verbraucher	Pflichten-Kanon Unternehmer	MG/EU
Marktrational	Information Widerruf Transparenz	Information Anbieterwechsel Transparenz	Verantwortlich Verbraucher/Kunde	Notifizierung Rili 90/314 + 99/44	niedrig	EU
Marktkorrigierend	AGB-Kontrolle Ex officio SE ohne Verschulden	Standardisierung durch Informationspflichten	Verantwortlich/Kunde Vertrauend	Schadensminimierung	Mittel	EU
Internumverteilend	Kontrolle von Preisnebenabreden	Preiskontrolle Kontinuität/Weiterbezug	Vertrauend Verletzlich		Mittel	EU Art. 4 (2) 93/13 2009/72 + 73
Externumverteilend		Zugang	Vertrauend Verletzlich		Hoch	EU
Bedürftigkeit		Finanzhilfen	Verletzlich		Hoch	MG

	Instru- mente Internet- kauf	Instrumen- te Univer- salDL	Verbrau- cher- Typus	Pflichten- Kanon Verbrau- cher	Pflichten- Kanon Unter- nehmer	MG/EU
Öffentliche Werte Nachhaltig- keit Grund- Menschen- rechte			Ökologi- sche Ver- braucher		Ökologi- sche Un- terneh- mer	EU/MG

6. Die Differenzierung im Rechtsschutz

Die Differenzierung der Adressaten wirft neues Licht auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzes. Während das materielle Verbraucherrecht durch die EU als treibende Kraft aus- und umgestaltet wird, liegt im Rechtsschutz die Handlungsprärogative prinzipiell bei den Mitgliedstaaten. Das Leitmodell des singulär handelnden, verantwortlichen Verbrauchers, der seine Rechte selbst in die Hand nimmt und notfalls vor Gericht zieht, blieb in Deutschland weitgehend unangetastet. Im Modell des beweglichen Systems ist die Rechtsbesorgung des verletzlichen Verbrauchers über Schieds- und Schlichtungsstellen zu leisten, für deren Funktionsfähigkeit im Rahmen des harmonisierten materiellen Rechts der Staat in Form der Marktagenturen oder des BVL die Letztverantwortung trägt. Das nicht gerade mit der besten Reputation versehene englische Verbraucherrecht könnte Deutschland in der Ausgestaltung der Schieds- und Schlichtungsstellen unter staatlicher Verantwortung als Vorbild dienen. Grenzüberschreitend stellen diese Einrichtungen ohnehin die einzig realistische Variante der Rechtsverfolgung dar, jedenfalls bei Internetkäufen von geringem Wert.

Der Unterlassungsklage als einzig verbreitete und anerkannte Form der kollektiven Rechtswahrnehmung nützt in erster Linie dem Markt und erst in zweiter Linie dem Verbraucher. Die Verbraucherverbände und die Wettbewerbszentrale nehmen in der Sache staatliche Aufgaben wahr. Sie sollen die Funktionsfähigkeit der Märkte sicherstellen, die durch unlautere und irreführende Geschäftspraktiken bzw. durch rechtswidrige AGB-Klauseln gefährdet wird. Selbst eine Erweiterung der Unterlassungsklage auf die Folgenbeseitigung würde an dieser Einschätzung nichts ändern. Ein Folgenbeseitigungsanspruch hätte eine marktberreinigende Funktion, vergleichbar dem Bußgeld im Kartellrecht oder im Telekommunikations- bzw.

Energierecht. Auf dieser ersten Ebene spielt die Unterscheidung zwischen den Verbrauchertypen nur bedingt eine Rolle.

Anders sieht es dagegen aus, wenn man das mit der Unterlassungsklage gleichermaßen verfolgte Ziel der Sicherung des Verbraucherschutzes ins Visier nimmt. Die Unterlassungsklage als Stop-Order Mechanismus nützt zuvorderst dem verantwortlichen und dem vertrauenden Verbraucher, weil sie an der Korrektheit der über die Werbung verbreiteten Information ansetzt. Aber selbst hier reduziert die fehlende Breitenwirkung bzw. die fehlende Verzahnung von Lauterkeits- und AGB-Recht den verbraucherschützenden Mehrwert beträchtlich.¹⁹⁰ Effektiver Rechtsschutz sieht anders aus. Verkaufsfördernde Maßnahmen richten sich primär an den verletzlichen Verbraucher. Umso problematischer ist deshalb die vom EU Recht im Verein mit dem EuGH energisch vorangetriebene Liberalisierung, die allerdings nationale Regelungen zum Schutz der verletzlichen Verbraucher nicht ausschließt, solange sie nicht protektionistischen Zielen der Kleingewerbetreibenden dient. Eine Verbraucherpolitik, die sich dieser Problematik widmet und nach neuen Wegen im Verhältnis von kollektivem Verbraucherschutz, Lauterkeits- und Vertragsrecht sucht, ist zu entwickeln.

Die fehlende Möglichkeit, die Folgen einer unlauteren/irreführenden Werbung bzw. einer unwirksamen Vertragsklausel effizient und effektiv beseitigen zu lassen, schwächt die kollektiven Interessen der Verbraucher, die sich gegen die rechtswidrig erzielten Gewinne nicht zur Wehr setzen können. Der Gewinnabschöpfungsklage im UWG kommt nur symbolische Funktion zu. Die doppelte Funktion der Unterlassungsklage im Verbund mit dem Folgenbeseitigungsanspruch spiegelt sich in der gleichsam doppelten Rechtsnatur. Art. 47 der Charta verlangt im Anwendungsbereich des EU Rechts einen effektiven Rechtsschutz, institutionell wie in der konkreten Ausgestaltung der Rechtsbehelfe.

Wie sehr der kollektive Rechtsschutz jenseits der Unterlassungsklage noch in den Kinderschuhen steckt, zeigt sich in aller Deutlichkeit, wenn man diesen heterogenen Komplex von Einziehungsklage, Musterklage, Schadenersatzklage unter dem Paradigma der differenzierten Positionen der Verbrauchertypen durchleuchtet. Prototypisch steht das KapMuG für ein Modell, das an die Eigenverantwortung des Verbrauchers appelliert, der in der Lage ist, seine Interessen zu artikulieren und seine Klagansprüche im Register anzumelden. Den verletzlichen Verbraucher wird dieses Modell der kollektiven Selbstorganisation in der Regel nicht erreichen. Hier bedarf es eines anderen Trägers, nach deutschem Verständnis kommen für diese

¹⁹⁰ GA Trstenjak, 29. 11. 2011, Rs. C-453/10 (*Pereničová et. al.*).

Aufgabe vorrangig die Verbraucherorganisationen in Betracht. Unter dem KapMuG sind sie nicht klagebefugt. Selbst wenn sie es wären, könnten sie aber nicht sicherstellen, dass alle Verbraucher über den opt-in Mechanismus erreicht werden können. Will man diese Gruppe wirklich schützen, bleibt nur die inkriminierte opt-out Lösung. Die nordischen Länder haben die Klagebefugnisse, wenn sie überhaupt eine opt-out Lösung vorsehen, auf die staatlichen Verbraucherschutzbehörden beschränkt, um den möglichen Missbrauch einzudämmen.

Der einzige Rechtsbehelf im geltenden Recht, der tendenziell geeignet ist, die Interessen der verletzlichen Verbraucher zu umfassen, ist die Einziehungsklage, weniger in Form der Sammelklage als in der Form der Musterklage, wie etwa *Quelle* gezeigt hat. Genau diese bleibt in ihren Wirkungen jedoch symbolisch, weil sie keine rechtliche, allenfalls eine faktische, Breitenwirkung entfaltet. Theoretisch kämen für den Schutz der verletzlichen Verbraucher auch staatliche Aufsichtsagenturen in Betracht, also die BaFin, die BNetzA oder auch das BVL. Die möglichen Konsequenzen stellten eine ‚Revolution im Recht‘ dar. Die staatlichen Agenturen hätten nicht nur gezielt verbraucherschützende Funktion, sie hätten also nicht nur die Aufgabe die Funktionsfähigkeit des Marktes sicherzustellen und den kollektiven Interessen der Verbraucher institutionelle Rechnung zu Tragen, sie wären auch klagebefugt und so in der Lage, die individuellen bzw. kollektiv gebündelten Interessen der Verbraucher im Wege der Verhandlung mit den Unternehmen und gegebenenfalls vor den Zivilgerichten durchzusetzen, im Verbund und in Zusammenarbeit mit den Verbraucherorganisationen. Eine solche Rechtswelt ist derzeit (noch) nicht vorstellbar, auch wenn das EU Recht erheblichen Druck auf die Neuausrichtung staatlicher Behörden als Doppelagenturen ausübt und auch wenn in den nordischen Ländern und im Vereinigten Königreich die Entwicklung weitaus stärker voran geschritten ist.

Anders als im materiellen Recht findet sich im beweglichen System des Rechtsschutzes eine Reihe von offenen Flanken, die ohne Eingriffe in das Rechtssystem nicht abzusichern sind. Diese betreffen zentral die Aufgaben der staatlichen Aufsichtsagenturen, aber auch das Zusammenspiel zwischen den staatlichen Agenturen und den Verbraucherorganisationen, die Organisation von Teilnahme und Einfluss, die Aufteilung und den Zugang von Informationen, die gemeinsame Übernahme der Verantwortung für die verantwortlichen und die verletzlichen Verbraucher, nicht nur im nationalen sondern auch im grenzüberschreitenden Bereich.

	Individuell	Kollektiv	Judiziell Individuell/kollektiv		Administrativ Individuell/ institutionell/ kollektiv		
Verantwort- liche Kunde	x	Opt-in SelbstOrg	x	SelbstOrg		x	
Vertrauende	x	Verbrau- cherOrg	x	Verbrau- cherOrg		x	
Verletzliche		Opt-out Verbrau- cherOrg	Schieds- stelle		x	x	x